T.C
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
FELSEFE VE DİN BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI
DİN SOSYOLOJİSİ BİLİM DALI

ABD YÜKSEK MAHKEMESİ'NDEKİ HAK ÇATIŞMASI DAVALARINDA DİN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SÖYLEMSEL İNŞASI

Yüksek Lisans

RÜMEYSA GEÇER

İSTANBUL, 2023

T.C
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
FELSEFE VE DİN BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI
DİN SOSYOLOJİSİ BİLİM DALI

ABD YÜKSEK MAHKEMESİ'NDEKİ HAK ÇATIŞMASI DAVALARINDA DİN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SÖYLEMSEL İNŞASI

Yüksek Lisans

RÜMEYSA GEÇER

Danışman: DOÇ. DR. HAFİZE ŞULE ALBAYRAK

İSTANBUL, 2023

ÖZET

ABD YÜKSEK MAHKEMESİN'NDEKİ HAK ÇATIŞMASI DAVALARINDA DİN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SÖYLEMSEL İNŞASI

Bu tezin konusu, ABD Yüksek Mahkemesi'nde görülen, bir tarafın din özgürlüğü hakkının ihlali veya talebi nedeniyle yer aldığı anayasal hak çatışması davalarıdır. Çalışma kapsamında, *Masterpiece Cakeshop v. Colorado*, *Employment Division v. Smith* ve *EEOC v. Abercrombie & Fitch* davaları ele alınmıştır. Tezin temel problemi şudur; "ABD Yüksek Mahkemesi'nde görülen ve bir tarafın din özgürlüğünün ihlali nedeniyle yer aldığı anayasal hak çatışmaları davalarında, din özgürlüğü söylemsel olarak nasıl inşa edilmektedir?" Bu soruyu cevap bulmak adınaysa, söz konusu davaların mahkeme salonu söylemleri sosyal inşacı bir perspektiften; Foucaultcu söylem analizi ve Davies ve Harre'nin "konumlandırma" teorileri kapsamında analiz edilmiştir. Yapılan analizlerin yanı sıra davaların karar metinleri, mahkemeye sunulan üçüncü taraf görüşleri ve kamuoyu görüşü değerlendirilmiştir. Sonuç olarak, Yüksek Mahkeme yargıçlarının toplumun her kesimi için aynı din özgürlüğü söylemine sahip olmadıkları görülmüştür. Ayrıca, yargıçların davayı üzerinden okudukları hukuki argümanların ve verdikleri kararların ideolojik eğilimleriyle yakından alakalı olduğu fark edilmiştir. Öte yandan, bilhassa yargıçların ideolojik eğilimleriyle uyumlu olmayan kararlarında, lehte karar bildirmek durumunda kaldıkları taraf için büyük bir kamuoyu desteği olduğu görülmüştür. Sonuç olarak, her bir davada toplumda var olan farklı ideolojik söylemlerin çatışma halinde olduğu ve tarafların din özgürlüklerinin çatışan bu söylemler arasında kamuoyunda ve mahkemede iktidarı kuran söylemin, hakikat iddiası doğrultusunda inşa edildiği görülmüştür. Son olarak ülkemizde de insan hakları davalarının mahkeme salonu kayıtlarının kamuya açık hale getirilmesinin ve eleştirel çalışmalar yapmak isteyen sosyal bilimcilerin istifadesine sunulmasının; toplumsal adalet, insan hakları ve din özgürlüğünün gelişebilmesi için ne kadar önemli olduğu üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: anayasal hakların çatışması, insan hakları, din özgürlüğü, ABD Yüksek Mahkemesi, mahkeme salonu söylem analizi, Foucaultcu söylem analizi, konumlandırma teorisi

ABSTRACT

THE DISCURSIVE CONSTRUCTION OF FREEDOM OF RELIGION IN THE US SUPREME COURT'S CONFLICT OF RIGHT CASES

The subject of this thesis is the constitutional conflicts of rights cases in the US Supreme Court, in which a party is involved due to the violation or claim of the right to freedom of religion. Within the scope of the study, the cases of Masterpiece Cakeshop v. Colorado, Employment Division v. Smith and EEOC v. Abercrombie & Fitch are discussed. The main problem of the thesis is; "How is freedom of religion discursively constructed in constitutional rights conflict cases in the US Supreme Court in which one side is involved due to the violation of freedom of religion?" In order to answer this question, the courtroom discourses of these cases were analyzed from a social constructionist perspective; through Foucauldian discourse analysis and Davies and Harre's "positioning" theories. In addition to the analysis, the decision texts of the cases, third party submissions to the court and public opinion were evaluated. As a result, it was observed that the Supreme Court judges did not have the same discourse of religious freedom for all segments of the society. Moreover, it has been realized that the legal arguments the judges read through the case and the decisions they render are closely related to their ideological leanings. Furthermore, it has been observed that there is a great deal of public support for the side they are forced to rule in favor of, especially when the judges' decisions are not in line with their ideological leanings. Therefore, it was understood that judges took these decisions because they wanted to avoid contradicting public opinion. As a result, it has been observed that in each case, different ideological discourses in society are in conflict and the religious freedom of the parties are constructed in line with the truth claim of the discourse that establishes power in public opinion and in court. Finally, it is emphasized how crucial it is for the development of social justice, human rights and freedom of religion that courtroom recordings of human rights cases in our country are made publicly accessible and made available to social scientists who wish to conduct critical studies.

Keywords: conflict of constitutional rights, human rights, freedom of religion, US Supreme Court, courtroom discourse analysis, Foucauldian discourse analysis, positioning theory

ÖNSÖZ

Bizi kendisine kullukla özgürlüğün hakiki anlamına eriştiren Allah'a hamd, bize hakların çatışmadığı mükemmel bir hukuk sistemiyle gelen Resul'e salat ve selam olsun.

Kendi mülkünde ezan sesi duymak istemeyen bir Hindu ve inançları gereği beş vakit ezan okuyan Müslümanlar; kürtaj yapmak isteyen bir kadın ve inançları gereği kürtaj yapmayı reddeden bir doktor; düğünleri için pasta isteyen eşcinsel çift ve eşcinsel bir çifte düğün pastası yapmayı inancı gereği reddeden dindar bir pastacı; iş başvurusu yapan başörtülü Müslüman bir kadın ve şirketinde başörtülü çalıştırmak istemeyen bir işveren; evlat edinmek isteyen eşcinsel bir çift ve eşcinsel çiftlere evlat edindirmek istemeyen Katolik bir evlat edindirme kurumu ya da inançları gereği uyuşturucu kullanan Kızılderililer ve uyuşturucu yasağını herkese eşit şekilde uygulamak isteyen bir devlet… Tüm bu durumlarda bir kişinin veya grubun din özgürlüğü, başka bir kişinin, grubun veya devletin farklı türden bir hakkıyla çatışmaktadır. Bu tezin konusu, "toplumsal hayatta yaşanan ve daha sonra yargıya intikal eden bu tür çatışmalarda, ilgili mahkemenin nasıl bir tarafın hakkını ve özgürlüğünü ihlal etmek pahasına diğer taraf lehine karar verebildiği" sorusuna cevap ararken belirlenmiş oldu.

İşin başında mahkemelerin, bir kişinin samimi dini inançlarından kaynaklanan bir uygulamasını kısıtlarken veya onu dini inançlarıyla tamamen ters bir şeyi yapmaya zorlarken ne tür hukuki gerekçelere dayandıklarını merak ediyordum. Bu yüzden önce geçmişten günümüze düşünürlerin "hak çatışmalarında, bir hak ve özgürlüğün, diğerine üstünlüğü ve önceliği olabilir mi?" sorusuna verdikleri cevapları aramaya başladım. Ne var ki anayasal hukuk öncesindeki dönemlerde "yukarıda zikredilen tarzlarda" hak çatışmalarına rastlamadığımdan, düşünürlerin çatışmaların çözümüne dair cevaplarına da rastlamadım. Dolayısıyla bu tarz hak çatışmalarının, anayasal hukuk düzenlerine ve liberal hümanist söylemin yön verdiği modern dünyaya has olduğunu gördüm. Bu durum dikkatimi, anayasaların kuruluşunu mümkün kılan koşullara ve dolayısıyla Aydınlanma'nın özgürlük söylemine yoğunlaştırmamı gerektirdi ki tezin, araştırma ve yöntemi için kullanışlı araçlar sunan, sosyal inşacı çerçevesi de böylece belirlenmiş oldu. Daha sonra dünyanın birçok ülkesinde açılan anayasal hak çatışması davalarını inceledim. Fakat araştırmanın kıyaslanabilir verilerden oluşması zorunluluğu, dil engeli, verilerin ulaşılabilirliği gibi durumlar; tezin kapsamını ABD Yüksek Mahkemesi'nde görülen, bir tarafın din özgürlüğü hakkının ihlali ve talebi nedeniyle yer aldığı, anayasal hak çatışması davaları ile sınırlamayı gerektirdi.

Tüm bu süreçlerde yanımda olan, tez konumu seçerken haftalarca benimle birlikte düşünen, tezin araştırma ve yazım aşamasında en büyük yol göstericim olan,

yönlendirmeleriyle meseleye dair ufkumu genişleten ve beni Amerika'yı baştan keşfetmekten kurtaran, her an kolaylıkla ulaşabildiğim, tezimi defalarca titizlikle okuyan; mantık hatalarından, anlatım bozukluklarına, noktalama işaretlerinden, sayfa düzenine varıncaya kadar hiç üşenmeden kontrol eden; olanca disipliniyle birlikte son derece müşfik olan, odasından elimde yeni kitaplar ve peçete arasına sıkıştırılmış ikramlar olmadan nadiren çıktığım; çok sevdiğim, pek kıymetli Hocam, tez danışmanım, Doçent Doktor Hafize Şule Albayrak'a çok teşekkür ediyorum. Yine, tez yazım sürecinde her türlü soruma ilgi ile cevap veren ve yol gösteren, kıymetli Hocam, Dr. Öğr. Üyesi Nesrin Ünlü'ye ve din sosyolojisi yüksek lisans yolcuğumda derslerini aldığım bütün hocalarıma çok teşekkür ediyorum. Ayrıca, lisans eğitimim boyunca bana kattıklarıyla tezimin zenginleşmesini sağlayan lisans danışmanım Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Okumuş'a, kendilerinden Anayasa Hukuk'u derslerini almış olmakla bu tezi yazmaya cesaret bulduğum Prof. Dr. Ergun Özbudun ve Prof. Dr. Serap Yazıcı Özbudun Hocalarım'a, tezin bağlamı olan anayasal hakların çatışması konusunda en büyük desteği aldığım Doç. Dr. İsmail Köküsarı Hoca'ma ve sosyoloji yolculuğuna kendisiyle başladığım, kıymetli Prof. Dr. Ferhat Kentel Hocam'a çok teşekkür ederim. Sunmuş oldukları imkanlarla çalışmamı rahat bir şekilde sürdürebilmemi sağlayan Diyanet Vakfı'na, ablam Süheyla Agâh'a ve eniştem Prof. Dr. Mustafa Agâh'a; her türlü sorumda rahatsız ettiğim, bana sabırla yardımcı olan canım abim Doç. Dr. Ekmel Geçer'e ve tezimin her aşamasında yanımda olan, stresimi paylaşan, tavsiyelerde bulunan canım kardeşim Muhammed İzzeddin Geçer'e, yeğenim Erva Agâh'a ve bütün aileme çok teşekkür ederim. Son fakat en büyük teşekkürü hayata başladığım günden itibaren, en büyük yol göstericim olan Babam, Seydam, Hüsnü Geçer Hocaefendi'ye ve en büyük destekçim olan güzel annem Makbule Geçer'e ve canım kızım Zehra'ya ediyorum. Başarıya ulaştıran ancak Allah'tır.

İÇİNDEKİLER

ÖZET ---- **III**

ABSTRACT ---- **IV**

ÖNSÖZ ---- **V**

İÇİNDEKİLER ---- **VII**

KISALTMALAR ---- **IX**

TABLOLAR LİSTESİ ---- **X**

GİRİŞ ---- **1**

1. ARAŞTIRMANIN KONUSU, KAPSAMI VE PROBLEMİ ---- 3
2. ARAŞTIRMANIN AMACI VE ÖNEMİ ---- 8
3. ARAŞTIRMANIN YÖNTEMİ ---- 9
4. ARAŞTIRMADA KARŞILAŞILAN ZORLUKLAR VE ARAŞTIRMANIN SINIRLILIKLARI ---- 15
5. LİTERATÜR DEĞERLENDİRMESİ ---- 15

1. BÖLÜM: ARAŞTIRMANIN KURAMSAL ÇERÇEVESİ ---- **34**

1.1. SOSYAL İNŞACILIK ---- 34
1.1.1 Foucault'cu Söylem Analizi ---- 39
1.1.2 Konumlandırma Teorisi ---- 41
1.2 HUKUK VE SÖYLEM ---- 43
1.2.1 Anayasal İnsan Haklarının Arkeolojisi; Aydınlanmanın Özgürlük Söylemi ve Anayasal İnsan Hakları ---- 46
1.2.2 İnsan Hakları Prensipleri ve Anayasal Hakların Çatışması ---- 52

2. BÖLÜM: ABD'DE DİN ÖZGÜRLÜĞÜ VE ANAYASAL HAK ÇATIŞMASI DAVALARINDA YÜKSEK MAHKEME'NİN ROLÜ ---- **57**

2.1 AMERİKAN AYDINLANMASI ---- 57
2.2 ABD'DE DİN ÖZGÜRLÜĞÜ ---- 59
2.3 HUKUK'UN SOSYOLOJİKLEŞTİRİLMESİ: AMERİKAN HUKUK REALİZMİ ---- 67
2.3.1 ABD Hukuk Realizmi'ne Sosyal İnşacı Bir Bakış ---- 72
2.3.2 Anayasal Hak Çatışmalarında ABD Yüksek Mahkemesi'nin Üç Düzeyli Denetimi ---- 73
2.4 ABD YÜKSEK MAHKEMESİ VE DİN ÖZGÜRLÜĞÜ TARTIŞMALARINDAKİ ROLÜ ---- 78
2.4.1 ABD Yüksek Mahkemesi'nin Görev ve Yetkileri ---- 78
2.4.2 ABD Yüksek Mahkemesi'nin Yapısı ---- 80
2.4.3 Din Özgürlüğü Davalarında Yüksek Mahkemenin Rolü ---- 82
2.4.4 Amerikan Yüksek Mahkemesi Kararları ve Kamuoyu İlişkisi ---- 88

3. BÖLÜM: AMERİKAN YÜKSEK MAHKEMESİ'NDE GÖRÜLEN DİN ÖZGÜRLÜĞÜ- ANAYASAL HAK ÇATIŞMASI DAVALARININ MAHKEME SALONU SÖYLEM ANALİZLERİ ---- **91**

3.1 MASTERPİECE CAKESHOP, LTD. V. COLORADO CİVİL RİGHTS COMMİSSİON ---- 94
3.1.1 Davanın Konusu ---- 94
3.1.2 Mahkeme Salonu Söylem Analizi ---- 97
3.1.3 Sonuç: ---- 113
3.1.4 Değerlendirme ---- 117
3.2 EMPLOYMENT DİVİSİON, DEPARTMENT OF HUMAN RESOURCES OF OREGON V. SMİTH ---- 122
3.2.1 Davanın Konusu ---- 122
3.2.2 Mahkeme Salonu Söylem Analizi ---- 123
3.2.3 Sonuç ---- 137
3.2.4 Değerlendirme ---- 140
3.3 EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNİTY COMMİSSİON V. ABERCROMBİE & FİTCH ---- 145
3.3.1 Davanın Konusu ---- 145
3.3.2 Mahkeme Salonu Söylem Analizi ---- 150
3.3.3 Sonuç ---- 163
3.3.4 Değerlendirme ---- 165

SONUÇ---------- **172**
KAYNAKLAR---------- **181**

KISALTMALAR

ABD	Amerika Birleşik Devletleri
ACLU	Amerikan Sivil Özgürlükler Birliği/American Civil Liberties Union
CADA	Colarado Ayrımcılık Karşıtı Yasası/Colorado Anti-Discrimination Act
CAIR	Amerikan-İslam İlişkileri Konseyi/Council on American-İslamic Relations
EEOC	Eşit İstihdam Fırsatı Komisyonu/ Equal Employment Opportunity Comm.
HRC	İnsan Hakları Kampanyası/Human Rights Campaign
STK	Sivil Toplum Kuruluşu
bkz.	Bakınız
Çev.	Çeviren
Ed.	Editör
vb.	Ve Benzeri

TABLOLAR LİSTESİ

Tablo 1 – ABD Yüksek Mahkemesi'nin Görev ve Yetkileri 79

Tablo 2: Güncel Yüksek Mahkeme Üyeleri 82

Tablo 3: Masterpiece Cakeshop v. Colorado davasında yer alan Yüksek Mahkeme Üyeleri . 97

Tablo 4: Employment Division v. Smith davasında yer alan Yüksek Mahkeme Üyeleri 123

Tablo 5: Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie & Fitch davasında yer alan Yüksek Mahkeme üyeleri 150

GİRİŞ

1990'lı yılların ortalarında "insan hakları sosyolojisi" adı altında insan hakları, sosyoloji disiplini içerisinde tartışılmaya başlanmıştır (Turner, 1993; Turner vd., 1995; Waters, 1996) Turner ve Waters'ın öncü çalışmalarıyla başlayan bu süreçte, insan haklarına yönelik, temelci (Turner, foundationalist) ve inşacı (Waters, constructionist) olmak üzere iki rakip sosyolojik söylem gelişmiştir (Breskaya vd., 2018, s. 420). Turner (1993, s. 489) insan haklarının, insanın kırılganlığı, sosyal kurumların istikrarsızlığı ve ahlaki sempati üzerine kurulu temel ahlak ilkeleri olarak görülmesi gerektiğini savunmuştur. Ona göre insan hakları, insanın bedensel zayıflığı, diğerlerine karşı duyarlılığı ve toplumların istikrarsızlığından doğan risk ortamı gibi etkenlerden dolayı ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla insan hakları, insanlığın korunmaya duyduğu ihtiyacının "doğal ve evrensel" bir sonucudur. Turner, Marx, Weber ve Durkheim'in çalışmalarını, ayrıca kültürel görecelilik ve olgu-değer ayrımı iddialarını; doğal hak düşüncesine ve insan haklarının evrenselliğine olan inancı azaltmakla eleştirmiştir. Bunun yerine, insan bedeninin kırılganlığı (beden sosyolojisi) ve toplumsal kurumların güvencesizliği ve riskli yapısı temelinde, insan haklarının -vatandaşlık ve ulus-devleti aşan- evrensel bir hakikat barındırdığını ve bunu sosyolojik bir temelde açıklamanın mümkün olduğunu iddia etmiştir. (Turner, 1993, s. 489).

Waters (1996, s. 593) ise, insan haklarına sosyal inşacı bir çerçeveden yaklaşmıştır ve onları sosyal yapıların ve sosyopolitik ilişkilerin aracı olarak görmek gerektiğini savunmuştur. Dolayısıyla Waters insan haklarına evrenselci bakışı ve sabit insan hakları fikrini reddetmiş, bunun yerine toplumsal ve politik süreçlere bağlı, değişken ve çoklu insan hakları fikrini benimsemiştir (Waters, 1996, s. 599). Ayrıca sosyal inşacı yaklaşımın insanlığa, kendi haklarını oluşturması, var olan hakları yeniden inşa etmesi veya onaylaması noktasında katkı sunacağını savunmuştur (Waters, 1996, s. 598). Görüldüğü üzere Waters'ın yaklaşımı, insan haklarının yeniden inşa edilebilir olduğuna dair bir mesaj taşımaktadır; yani sosyal yapıların ve politik güçlerin inşalarını yıkarak, dışlanmış kimliklerin de dahil edildiği, yeni bir insan hakları inşasına ışık yakmaktadır.

Devam eden süreçte, araştırmacılar insan hakları sosyolojisine daha fazla ilgi duymuş; 2000'li yılların başından itibaren din de yapılan bu çalışmaların bir parçası haline gelmeye başlamıştır. Çeşitli uluslarda din özgürlüğü tecrübesini anlamaya yönelik sürdürülen ampirik

çalışmalar doğrultusunda, din özgürlüğünün düzenlenmesine ilişkin yargı uygulamalarının sosyolojik perspektifle analizleri gerçekleştirilmiştir. Bu çalışmalar neticesinde "din özgürlüğü sosyolojisi" kavramı gelişmiştir (Breskaya vd., 2018, s. 425). Din ve insan haklarına sosyolojik bir perspektiften yaklaşan Richardson (2006, s. 271) din özgürlüğü sosyolojisini "yeni ve azınlık dinlerin sosyolojilerine dair çalışmaların din sosyolojisi ve hukuk sosyolojisi alanında gelişen fikirlerle harmanlanması, din özgürlüğünü ise insanlık tarihinde henüz yeni olan, zamana ve mekâna bağlı olarak değişik anlamlara sahip olabilen sosyal bir yapı" olarak tanımlamıştır. Din özgürlüğünün değişen anlamlarının daha iyi anlaşılabilmesi içinse, onu din sosyolojisi ve hukuk sosyolojisi alanlarının birikimleriyle birlikte ele almanın önemini vurgulamıştır (Richardson, 2006, s. 271). Richardson, sunduğu bu disiplinler arası yaklaşımda araştırmacıların; üzerine çalıştıkları toplumun dini inanç ve uygulamalarının tarihine dair bilgi sahibi olmaları gerektiğini savunmuştur (Richardson, 2006, s. 272).

Öte yandan Richardson, azınlık grupların din özgürlüğü hakkına erişiminin çoğunluğu oluşturan dini gruplara oranla oldukça düşük olduğunu ifade etmiştir (Richardson, 2006, s. 278). Bu sebeple, genellikle karmaşık ve çoğulcu yapıya sahip batı toplumlarında bu çeşitliliği yönetmek sıklıkla sorun haline gelmiş ve bu yük zorunlu olarak mahkemelere bırakılmıştır. Dolayısıyla mahkemelerin aldıkları kararlarla din özgürlüğünü her an yeniden inşa ettikleri düşünülmüş ve bu durum "din özgürlüğünün sosyolojisi" alanında çalışma yapan araştırmacıları mahkeme salonu söylemlerinin analizine yönlendirmiştir. Richardson (2015, s. 1) mahkemelerin, din özgürlüğü inşasındaki bu önemli rolünü "din özgürlüğünün yargısallaşması" (judicialization of religious freedom) olarak kavramsallaştırmıştır. Kavram, bilhassa çağdaş batı toplumlarında din özgürlüğü tecrübesinin anlaşılmasına ışık tutmuştur. Örneğin, batılı ülkelerin toplumsal dinamiklerine ve siyasi eğilimlerine bağlı olarak Müslümanların din özgürlüğü davalarında mahkemelerin adil olabilmek ile ilgili ciddi zafiyetlere sahip olduğu görülmüştür. Bu sebeple, popüler değerlerle çatışması durumunda azınlıkların din özgürlüğünün yargısal süreçler tarafından nasıl inşa edildiği birçok araştırmacı tarafından sosyolojik açıdan analiz edilmeye başlanmıştır (Breskaya vd., 2018, s. 427).

Fakat bu çalışmalardan öncesinde de toplumda karar verici pozisyonunda olanların azınlık grupların sahip olduğu hak ve özgürlükleri nasıl inşa ettiklerine dair araştırmalar gerçekleştirilmiştir. Örneğin Black (1976, s. 63), azınlık gruplara üye kimseler ile mahkeme yargıçları gibi karar verme pozisyonunda olan kişiler arasındaki "kültürel yakınlığın" (cultural intimacy) oldukça büyük bir öneme sahip olduğunu öne sürmüştür. Black, karar vericiler ile adalet arayışında olan kişiler arasında kültürel yakınlığın, yargıçların hukuki kaideleri yorumlamasına dahi yansıyan ve dava sonucu için ehemmiyet arz eden bir unsur olduğunu

savunmuştur. Dolayısıyla, genellikle toplumun önemli hukuki kurumlarının karar alma mercilerinde yer alamayan azınlık gruplara mensup kişilerin; yargıçlarla aralarındaki "kültürel mesafe" (cultural distance) nedeniyle haklara erişim noktasında popüler gruplara kıyasla dezavantajlı bir konumda olduklarını ortaya koymuştur. (Black, 1976, s. 79).

Bununla birlikte düşük statüye sahip, marjinal grupların veya bireylerin din özgürlüklerinin bazen üstün geldiği durumlar söz konusu olmaktadır. Black ve Baumgartner (1993, s. 95) bu durumun oluşmasında "üçüncü taraf taraftarları"nın (third party partisans) etkisi olduğunu savunmaktadır. Üçüncü taraf taraftarı ifadesi, çeşitli gruplara veya sivil toplum kuruluşlarına; marjinal grupların hakları için verdikleri mücadeleye atıfla verilen isimdir. Örneğin ABD'de faaliyet gösteren Amerikan Sivil Haklar Birliği (American Civil Liberties Union, ACLU) bu gruplardan biridir. ACLU azınlık dinlere mensup olanlar da dahil olmak üzere düşük sosyal statüye sahip bireyler ve grupların din özgürlüğünün de içinde yer aldığı insan haklarını korumakla tanınmaktadır. ACLU ve benzeri sivil toplum kuruluşları azınlıkların dini özgürlüklerini korumak adına Yüksek Mahkeme'de görülen davalarda mahkemeye "dost görüşü" (amicus briefs) adı verilen bildiriler sunarak hem kamuoyu görüşünü hem de mahkeme kararını etkilemeye çalışmaktadır. Bu sebeple, bir davaya bakan yargıçlar ve adalet bekleyen marjinal gruplar arasında "kültürel mesafe" olsa dahi, sonucun marjinal grup lehine olması; kamuoyu görüşü oluşturarak meseleye ağırlıklarını koyan "üçüncü taraf taraftarlarının" desteği ile açıklanmıştır (Breskaya vd., 2018, s. 426).

1. ARAŞTIRMANIN KONUSU, KAPSAMI ve PROBLEMİ

Bu tez, konusu itibariyle din sosyolojisi ve hukuk sosyolojisi alanında yapılan "insan hakları sosyolojisi" ve "din özgürlüğü sosyolojisi" literatürünün bir devamı olarak düşünülebilir. Zira bu **tezin konusu**, ABD Yüksek Mahkemesi'nde görülen, bir tarafın din özgürlüğü hakkının ihlali veya talebi nedeniyle yer aldığı anayasal hak çatışmaları davalarıdır. Tezin **kapsamı** ise, *Masterpiece Cakeshop v. Colorado, Employment Division v. Smith* ve *EEOC & Abercrombie Fitch* davaları ile sınırlandırılmıştır. Bu tezde, din özgürlüğünün anayasal hak çatışması davaları bağlamında ele alınmasının temelde üç nedeni vardır; ilk sebebi, bu davaların öngörülemez olmaları dolayısıyla duruşmalarının, toplumsal değerlerin ve güç dinamiklerinin yargı süreçlerine nasıl yansıdığını analiz etmek için elverişli ortamlar olmasıdır. İkinci nedeniyse bu davaların, bilhassa çoğulcu toplumlarda azınlık dinler ve çoğunluğun sahip olduğu değerler arasındaki etkileşimlerin ve çatışmaların izini sürmek için

uygun bir zemin oluşturmasıdır. Son nedeniyse; bu davaların dinin toplumsal değişim nedeniyle oluşan yeni değerler ve haklarla girdiği etkileşimleri ve çatışmaları yansıtmasıdır.

Kendi mülkünde ezan sesi duymak istemeyen bir Hindu ve inançları gereği beş vakit ezan okuyan Müslümanlar; kürtaj yapmak isteyen bir kadın ve inançları gereği kürtaj yapmayı reddeden bir doktor; düğünleri için pasta isteyen eşcinsel çift ve eşcinsel bir çifte düğün pastası yapmayı reddeden dindar bir pastacı; inancı gereği taktığı başörtüsü ile iş başvurusu yapan Müslüman bir kadın ve şirketinde başörtülü çalıştırmak istemeyen bir işveren; evlat edinmek isteyen eşcinsel bir çift ve eşcinsel çiftlere evlat edindirmek istemeyen Katolik bir evlat edindirme kurumu ya da inançları gereği uyuşturucu kullanan Kızılderililer ve uyuşturucu yasağını herkese eşit şekilde uygulamak isteyen bir devlet… Tüm bu durumlarda karşılıklı olarak taraflar birbirlerinin doğrudan anayasal olan veya anayasadan kaynaklanan haklarını ihlal etmektedir. Anayasal hak çatışmaları adı verilen bu tür davalarda mahkemeler, bir tarafın hakkını ihlal etmeksizin diğer tarafın hakkını koruyamamakta, bu sebeple bir hakkı diğerine öncelemek durumunda kalmaktadır. Anayasal hak çatışmaları davaları mahkemelerin önceden kestirmelerinin mümkün olmadığı davalardır ve bu sebeple mahkemeler çatışmayı karşılaştıkları anda çözmek durumundadır (Köküsarı, 2020, s. 17). Bu sebeple Zucca'ya göre (2007, s. 20) "bu tür davalarda çözüme dair bir kılavuz yoktur ve hiçbir hukuki gerekçe -bir hakkı zedelemek pahasına diğerini korumanın- 'doğru cevabı' değildir." Dolayısıyla, bu anayasal açmazların çözümünde mahkemelerin din özgürlüğünün lehine veya aleyhine karar vermelerinin hukuki bir zeminde cevaplanması mümkün değildir. Bu da yargıçların kararlarında hukuk dışı süreçlerin; yani toplumsal değerlerin, ideolojilerin ve siyasi süreçlerin etkisinde kaldıklarına dair bir kabulün doğmasına sebebiyet vermiştir (Sager, 2004, s. 70). Dolayısıyla, ABD Yüksek Mahkemesi'nde görülen anayasal hak çatışması davalarının karar süreçlerinin; toplumsal değer çatışmalarıyla ve ideolojik çatışmalarla yakından ilgili olduğu düşünüldüğü için bu tezde yer verilmiştir.

Anayasal hak çatışmalarını sosyolojik açıdan mühim kılan ve bu tezin bağlamı olarak belirlenmesini sağlayan ikinci nedense; bu çatışmaların dini çoğulculuğun olduğu toplumlarda, her biri kendi çıkarları, değerleri ve kimlikleri için savaşan popüler ve azınlık dini gruplar arasındaki etkileşimi ve çatışmayı yansıtması açısından sosyolojik önem arz etmesidir. Modern toplumların genellikle çoğulcu ve karmaşık yapıda olması anayasal hak çatışmalarının arkasında yatan sebeplerden bir tanesidir (Köküsarı, 2020, s. 17) ve çoğulcu toplumlarda din özgürlüğünün toplumun bütün kesimleri için eşit koruma ve hak sağlayıp sağlamadığı tartışmalı bir konudur. Bilhassa azınlıkların dini değerlerinin veyahut pratiklerinin, çoğunluğun değerleri ve pratikleri ile veya kamusal haklarla çatışması durumları, bir anayasal hak olarak din

özgürlüğünün kısıtlanmasına sebep olabilmektedir. Bu sebeple örneğin marjinal dini grupların; dini inanç veya uygulamalarının, herkese eşit şekilde uygulanması gereken veya kamu güvenliğini teşvik eden yasalarla çatışması durumunda din özgürlüğü hakkına ne derece erişebildiklerinin tespiti; bu grupların gündelik hayatlarını dinleri ile uyumlu bir şekilde idame ettirebilmelerinin ne derece mümkün olduğunu anlamak açısından oldukça önemlidir. Dolayısıyla, azınlık inançlarına mensup kişilerin inanç ve pratiklerinin toplumda çoğunluğu oluşturan dini grupların değerleriyle çatışması durumunda, azınlığın din özgürlüğünün nereye konumlandırıldığı ve nasıl inşa edildiğini anlamada, anayasal hak çatışması davalarının mahkeme salonu etkileşimleri önemli bir veri sağlamaktadır. Bu veriler, bilhassa ABD Yüksek Mahkemesi gibi yargıçların çoğunluğun oyları ile iktidara gelmiş Başkan tarafından ideolojik kaygılar gözetilerek aday gösterildiği bir mahkemede; popüler değerlerin muhafızı konumundaki yargıçların -kolektif yasalar veya çoğunluğun değerleri ile çatışması durumunda marjinal grupların din özgürlüğüne nasıl yaklaştıklarını görmeyi sağlamaktadır.

Bir tarafın din özgürlüğü hakkının talebiyle bulunduğu anayasal hak çatışması davaları, toplumsal değişim ve din arasındaki ilişkinin görülmesi açısından da sosyolojik önem taşımaktadır. Bu sebeple, geleneksel dinlerin, toplumsal koşulların ve şartların değişmesine bağlı olarak ortaya çıkan yeni nesil değerlerle ve haklarla etkileşimlerinin ve çatışmalarının anlaşılmasına katkı sunacağı düşünüldüğünden; tezde anayasal hak çatışması davalarına odaklanılmıştır. Zira bu davaların duruşma salonları; dini inançların, değişen toplumsal değerler ve normlarla ya da haklarla nasıl etkileşime girdiğini ve bu etkileşimlerin bireylerin dini inanç ve pratikleri üzerinde ne gibi etkileri olduğunu anlamak için elverişli ortamlardır. Bilhassa ABD gibi emsal kararların bağlayıcılığının söz konusu olduğu ülkelerde bu davaların sözlü yargılamalarının söylem analizini yapmak, dinin oluşan yeni toplumsal değerler, normlar ya da haklarla ilişkisini yansıtmanın yanı sıra bir de verilen kararlar sonucunda belirli dini grupların din özgürlüğünün, gelecekteki muhtemel durumlarını görmeyi sağlar. Dolayısıyla, anayasal hak çatışması davaları, bireylerin ve toplumun çeşitli kesimlerinin din özgürlüklerinin toplumsal değişim karşısındaki durumunu ve yeniden inşasını yansıtması bakımından, din odaklı toplumsal araştırmanın ilgi noktası olmuştur. Özetle, tezin anayasal hak çatışması bağlamı, hukuk dışı gerekçelerin din özgürlüğünü inşa etmedeki rolünü, toplumdaki popüler değerler ile marjinal değerler arasındaki çatışmayı ve yeni nesil hakların din özgürlüğü gibi geleneksel haklarla girdiği çatışmayı yansıtması bakımından ehemmiyet arz etmektedir.[1]

[1] Ancak bütün hukuki uyuşmazlıkların bir hak çatışması olduğunu ileri süren yazarlar da vardır. Örneğin Sumner (1987 s.1-3), neredeyse hayatın her alanında yaşanan çatışmaların hak çatışmaları olduğunu ileri sürmüştür. Ancak Köküsarı'a göre (2020,

Dolayısıyla bu tezin başlangıç motivasyonu; kaynağını aynı anayasadan alan bir hakla çatışması durumunda yetkili mahkemenin din özgürlüğünü kısıtlamak pahasına, diğer taraf lehine karar vermesinde nelerin etkili olduğunu anlamak olmuştur. Fakat araştırmanın kapsamının sınırlılığı dolayısıyla **tezin temel sorusu** şudur; *"ABD Yüksek Mahkemesi'nde görülen ve bir tarafın din özgürlüğünün ihlali nedeniyle yer aldığı anayasal hak çatışmaları davalarında, din özgürlüğü nasıl inşa edilmektedir?"*

Bu soru kapsamında, mevzubahis Yüksek Mahkeme davalarının sözlü yargılamaları sırasında;

1) Yargıçların, davacı ve davalı tarafların ait oldukları söylem düzeninin hakikat iddialarını yargılama etkileşimlerine nasıl yansıttıkları,
2) Yargıçların veya avukatların; davada din özgürlüğü talebiyle yer alan tarafı nasıl konumlandırdıkları,
3) Yargıçların ideolojileri ile verdikleri kararlar arasında ne tür bir bağlantının olduğu,
4) Marjinal grupların dini inanç veya pratiklerinin popüler değerlerle çatışması durumlarında yargıçların din özgürlüğünü nasıl inşa ettikleri,
5) Popüler dinlere mensup kişilerin dini inançlarının ya da pratiklerinin yeni nesil haklarla çatışması durumunda yargıçların din özgürlüğü söylemlerinin nasıl oluşturulduğu, şeklinde bazı **alt sorular** oluşturulmuştur.

   Ayrıca;

6) Üçüncü tarafların mahkemeye bildirdiği görüşlerin ve kamuoyu görüşünün; Yüksek Mahkeme'nin sözlü yargılamalarına ve kararlarına nasıl yansıdığı, sorusuna da cevap aranmıştır.

Soruların alt metninden anlaşılacağı üzere bu tez hukukun ve insan haklarının; nesnel, sabit ve tutarlı bir yapı olmadığına dair bir kabulden hareketle yazılmıştır. Bu durum, tezin kuramsal çerçevesi olan sosyal inşacı düşünce geleneğinin modern hukuku ve doğal olarak insan haklarını dil ve söylem aracılığıyla, toplumsal olarak inşa edilmiş yapılar olarak görmesiyle alakalıdır. Bu sebeple **birinci bölüm**de tezin soyut ve sistematik çerçevesine dair ayrıntılı bilgiye yer verilmiştir. Bölümde **ilk olarak** postmodernizm, postyapısalcılık ve yapısökümcülük gibi başlıklarıyla birlikte sosyal inşacı düşünce geleneğine değinilmiştir. Daha sonra alt başlıklar halinde, tezin söylem analizi kısmında uygulanan Foucaultcu söylem analizi

s.15, 2020 s. 81-82)) bütün çatışmaları hak çatışması olarak görmek mümkün değildir. Bu çatışmada da bu görüş benimsenmiştir ve anayasal hak çatışmaları yukarıda bahsi geçen yönleri ile ele alınmıştı; hukuki ve teknik meselelere yalnızca konuyu açıklamak için gerekli olduğu yerlerde değinilmiştir.

yöntemi ve konumlandırma teorileri, sosyal inşacı düşünceyle bağlantılı olarak ele alınmıştır. Bölümün ikinci **kısmında** ise yine sosyal inşacı ve Foucaultcu düşünce ile bağlantılı olarak; gerçekliğin ve dolayısıyla hukuki gerçekliğin dil ve söylem aracılığıyla inşasına değinilmiştir. Bu sebeple tezde ele alınacak olan anayasal insan haklarının tarihsel ve söylemsel olarak nasıl inşa edildiğine; anayasal insan haklarının kabul gören genel özelliklerine ve çatışmalarına dair bilgilere yer verilmiştir.

Tezin **ikinci bölüm**ünde ise genel olarak ABD'de din özgürlüğü ve anayasal hak çatışmaları davalarında Yüksek Mahkeme'nin rolüne değinilmiştir. Bu bölümün **ilk kısmında**, ABD'de din özgürlüğü üzerine yapılan tartışmalara geçmeden önce devletin anayasal devlet olarak kuruluşunda ve rasyonel doğal hukuk düşüncesinin, insan haklarının Amerikan tecrübesinde etkisini anlamak adına, Amerikan Aydınlanması'ndan söz edilmiştir. **İkinci kısmında** ise, ABD'nin kuruluşundan bugüne din özgürlüğünü inşa eden söylemler bir önceki bölümle bağlantılı olarak ele alınmıştır. **Üçüncü** olarak ise, din özgürlüğünün Amerikan tecrübesini anlaşılır kılmak ve bu tezin kuramsal çerçevesiyle ilişkisini ortaya koymak adına ABD hukukunun sosyolojik yapısına yani Amerikan hukuk realizmi yaklaşımına değinilmiştir ve anayasal hak çatışmalarını çözme yöntemine ve realist tavrın etkisine değinilmiştir. Bu bölümün **son kısmında** ise yapılan analizlere arka plan bilgisi oluşturması ve ABD Yüksek Mahkemesi kararlarının söylemsel olarak nasıl inşa edildiğini anlamak adına, Yüksek Mahkeme'nin din özgürlüğü tartışmalarındaki rolüne; Mahkeme'nin görev ve yetkileri, yapısı, din özgürlüğü davalarındaki rolü ve kararlarının kamuoyu görüşüyle ilişkisi gibi alt başlıklar altında değinilmiştir.

Tezin üçüncü ve **son bölümün**de ise seçilen üç dava olan *Masterpiece Cakeshop v. Colorado, Employment Division v. Smith* ve *EEOC & Abercrombie Fitch* davalarının sözlü yargılamalarının söylem analizleri gerçekleştirilmiştir. Bu bölümde öncelikle her bir davanın **konu**suna, Yüksek Mahkeme'ye gelmeden önce alt mahkemelerde alınan kararlara ve gerekçelerine, üçüncü tarafların davayla ilgili görüş bildirmek üzere Mahkeme'ye gönderdiği bildirilerde dahil edilecek şekilde değinilmiştir. İkinci olarak davaların sözlü yargılamalarının **söylem analizi** gerçekleştirilmiştir. Daha sonra davaların **sonuç**larına ve yargıçların kararlarına vrine değinilmiştir. Bu bölümde son olarak, yargıçların ideolojileri, din özgürlüğü talep eden azınlık gruplarının haklarının, çoğunluğun sahip olduğu değerler karşısındaki durumu, yargıçların ve avukatların mahkeme salonu söylemleri, üçüncü taraf görüşleri ve kamuoyu görüşü gibi unsurlar göz önünde bulundurularak yapılan analizin **değerlendirme**si gerçekleştirilmiştir.

2. ARAŞTIRMANIN AMACI VE ÖNEMİ

Bu tezin başlangıç motivasyonu sözü edildiği üzere; din özgürlüğü hakkının kaynağını aynı anayasadan alan başka bir hakla çatışması durumunda; yetkili mahkemenin bir tarafın hakkını kısıtlama pahasına, diğer taraf lehine karar vermesinde nelerin etkili olduğunu anlamaktır. Fakat bilimsel araştırmanın ölçülebilir ve kıyaslanabilir verilerden oluşması zorunluluğu dolayısıyla tezin kapsamı ABD Yüksek Mahkemesi'nde görülen *Masterpiece Cakeshop v. Colorado, Employment Division v. Smith, EEOC v. Abercrombie&Fitch* ile sınırlandırılmıştır. Bu sebeple **tezin amacı**; ABD Yüksek Mahkemesi'nde görülen ve bir tarafın din özgürlüğünün ihlali nedeniyle yer aldığı anayasal hak çatışmaları davalarında din özgürlüğünün nasıl inşa edildiğini anlamaktır. Bunun için Foucault'cu söylem anlayışı çerçevesinde; yargıçların, davacı ve davalı tarafın ait oldukları söylem düzeninin hakikat iddialarını yargılama etkileşimlerine nasıl yansıttıkları birinci odak noktasını oluşturmuştur. Bu sebeple, yargıçların veya davacı ve davalı tarafların sahip oldukları dini, ahlaki ve ideolojik değerlerin ne olduğu ve yargılamayı ve kararı nasıl bu değerlerin "doğruluk" kabülü üzerinden inşa etmeye çalıştıkları analiz edilmeye çalışılmıştır.

Buna bağlı olarak, Yüksek Mahkeme'nin toplumun farklı kesimleri için aynı din özgürlüğü söylemini sürdürüp sürdürmediğini anlamak hedeflenmiştir. Ayrıca, yargıçların ideolojik eğilimleri ve davayı üzerinden okudukları hukuki argümanlar ve verdikleri kararlar arasında bir bağ olup olmadığını tespit etmek hedeflenmiştir. Yine tarafların avukatlarının müvekkillerini ve karşı tarafı mahkemeye sunuş şekillerini yani konumlandırmalarıyla mahkemeye nasıl bir mesaj verdiklerini ve haklılık iddialarını nasıl güçlendirdiklerini anlamak hedeflenmiştir. Yüksek Mahkeme'nin din tanımının marjinal dinler açısından ne derece kapsayıcı olduğu anlaşılmaya çalışılmıştır. Ayrıca, davada görüş bildiren fakat taraf olmayan üçüncü tarafların söylemlerinin kamuoyu ve mahkeme görüşünü etkilemede nasıl bir role sahip olduğunu anlamak hedeflenmiştir.

Bu tezin, Türkiye'de hem mahkeme salonu söylem analizi yönteminin kullanıldığı ilk kapsamlı araştırma olması hem de anayasal hak çatışmalarının sosyolojik mahiyetini ortaya koyan ilk çalışma olması nedeniyle; ulusal literatüre din sosyolojisi ve hukuk sosyolojisi alanında yeni iç görüler sunması beklenmektedir. Dolayısıyla bu tez, anayasal hak olarak din özgürlüğünün mahkeme salonu etkileşimleri ve dava kararları yoluyla söylemsel olarak nasıl inşa edildiğinin anlaşılmasına kısmi de olsa bir katkı sunuyor olması bakımından önemlidir. Ayrıca, yine toplumsal norm ve söylemlerin hukuki süreçlere, hukuki süreçlerin ise topluma

etkisinin daha iyi kavranabilmesine az da olsa ışık tutuyor olmasından dolayı ehemmiyet arz etmektedir.

3. ARAŞTIRMANIN YÖNTEMİ

Bu çalışmada, ABD Yüksek Mahkemesi'nde görülen bir tarafın din özgürlüğü hakkının ihlali nedeniyle yer aldığı üç anayasal hak çatışması davasının mahkeme salonu etkileşimlerinin sosyal inşacı bir perspektiften; Foucaultcu söylem anlayışı ve Davies ve Harre'nin konumlandırma teorisi üzerinden analizi yapılmıştır. Bu tezde, davaların karar metinleriyle yetinilmeyip mahkeme salonu söylemlerinin analiz edilmesi; davaların karar metinlerine kıyasla daha az yapılandırılmış olan mahkeme salonu söylemlerinde yargıçların ve avukatların söylemleri aracılığıyla, ait oldukları ideolojik düşüncenin ve toplumsal söylem çatışmalarının izini sürmenin daha kolay olması nedeniyledir. Fakat davaların sonunda yer alan değerlendirme kısımlarında; davaların sözlü yargılamalarının söylem analizleri, davaların yargıçların görüşlerini içeren karar metinleri, mahkemeye üçüncü taraflar tarafından sunulan dost görüşleri (amicus briefs), konuya ilişkin kamuoyu görüşünü yansıtan anketler veya haberler ve gerekli olduğu durumlarda alt mahkeme yargıçlarının görüşleri dikkate alınmıştır. Dolayısıyla mevzubahis davalarda din özgürlüğünün nasıl inşa edildiğinin değerlendirmesi sözlü yargılama analizlerinin yanında birden fazla unsur göz önünde bulundurularak yapılmıştır.

Mahkeme salonları genellikle, bir adliye binasında yasal işlemlerin gerçekleştirilmesi için belirlenmiş alanlardır. Hakimlerin; avukatların, sanıkların, davacıların, tanıkların ve jüri üyelerinin kanıtlarını dinlediği, meselenin yasal boyutunu tartıştığı ve davayla ilgili bir karar aldığı resmi ortamlardır. Mahkeme salonları tipik olarak hâkimler, avukatlar ve tanıklar için özel alanların olduğu, bunun yanı sıra halk ve bazen de medya için oturma yerlerinin bulunduğu özel olarak yapılandırılmış alanlardır. Ceza davaları, hukuk davaları ve temyiz davaları da dahil olmak üzere çok çeşitli yasal işlemlerin yapıldığı mahkeme salonlarında, yargıçlardan yargılamaya başkanlık etmeleri ve yargılamayı adil ve yasalara uygun bir şekilde yürütmeleri beklenir.

Mahkeme salonlarında oturma planı genellikle yargıçların, davacı ve davalı tarafları ve tarafların avukatlarını rahatça görebileceği şekilde karşılıklı olarak düzenlenmiştir. Bu özel olarak yapılandırılmış hukuki yargılama alanlarının kendilerine has söylem dinamikleri mevcuttur. Örneğin taraflar, avukatlar ya da şahitler kural olarak yalnızca kendilerine sıra geldiğinde veya söz verildiğinde konuşabilirler. Bunun yanında yargıçlar istedikleri zaman konuşabilir, konuşanların sözünü kesebilir ve soru sorabilirler. Dolayısıyla mahkeme salonları

yargıçların, yargılanan taraflardan, avukatlardan ya da üçüncü taraflardan söylemsel açıdan üstün ve öncelikli olduğu alanlardır. Mahkeme salonlarının bu genel özellikleri ABD Yüksek Mahkemesi için de söz konusudur. Davaların sözlü yargılamaları sırasında salonda bulunan dokuz yargıç davacı ve davalı tarafı görecek şekilde, karşılarında kendileri için ayrılmış masada yan yana oturarak yargılamayı yönetirler. Yüksek Mahkeme'de tipik olarak önce davacı tarafın avukatı daha sonra davalı tarafın avukatı söz alır. Yargıçlar gerek duydukları zaman avukatların sözlerini keserek sorular sorar veya belli konularda itirazlarını dile getirebilirler.

Belirtildiği üzere bu tezde ilgili davaların mahkeme salonu etkileşimleri Foucaultcu söylem analizi yöntemi ve Davies ve Harre'nin konumlandırma teorisi üzerinden analiz edilmiştir. Foucault'nun söylem anlayışına ve konumlandırma kavramına dair teorik bilgilere tezin kuramsal çerçevesinin ele alındığı birinci bölümde değinilmiştir dolayısıyla bu kısımda yalnızca mahkeme salonu söylemine nasıl uygulandığına dair bilgilere yer verilecektir. Foucaultcu söylem analizi yöntemi; Foucault'un güç, bilgi ve sosyal kurumlarla ilgili geniş teorisi içinde önemli bir yere sahiptir ve söylem, bilgi ve gücün birbirine bağlı olarak sosyal gerçekliği nasıl şekillendirdiğini incelemektedir. Dolayısıyla Foucault'cu söylem analizi, belirli bir söylemin arkasında yatan gizli güç ilişkilerini ve egemen söylemlerin nasıl hâkimiyet oluşturduğunu açığa çıkarmayı amaçlamaktadır. Bu yaklaşım mahkeme salonlarındaki söyleme uygulandığında; kısaca mahkeme salonu etkileşimlerinde ne tür dil kullanımlarının baskın olduğunu, etkileşimleri hangi güç yapılarının şekillendirdiğini ve hangi söylemlerin baskı altında tutulduğunu analiz etmeyi hedeflemektedir.

Foucault, sosyal alanın birbiriyle etkileşim halinde olan, çatışan ve birbirini şekillendiren "çoklu sosyal gerçeklik" katmanlarından teşekkül ettiğini ileri sürmüştür (Foucault, 2015, ss. 257-260). Buna göre sosyal alan bilgi ve kontrol sistemi olarak tek bir söylemin iktidarı altında değildir; bunun yerine birden fazla söylemin güç, kontrol ve dolayısıyla iktidarı elde etmek için çatıştığı bir alandır. Foucault'ya göre tarihsel olarak oluşturulmuş belirli hakikat iddialarını haiz söylemler toplumda sürekli çatışırlar ve kendi iddialarını güçlendirecek bilgiler üreterek iktidar olmaya çalışırlar (Foucault, 2003, s. 35). Dolayısıyla mahkeme salonlarında da birçok söylem kararı kendileri için "doğru" olan yöne sevk etmek için çatışmaktadırlar. Bu sebeple analiz sürecinde, yargıçların ideolojileri, avukatların söylemleri ve konumlandırmaları, mahkemeye sunulan üçüncü taraf görüşleri ve kamuoyu görüşü gibi farklı unsurlara bakılmış ve toplumdaki farklı söylem düzenlerinin dava sonucunu belirlemek için nasıl çatıştıkları anlaşılmaya çalışılmıştır.

İnsan eylemleri ve bilhassa dil kullanımı çatışan bu söylemlerin sahnesi konumundadır (Mouzelis, 1995, s. 45; Burr, 2012, ss. 121-122). Fakat Foucault, dilin sadece söylenenler değil

söylenmeyenler aracılığıyla da "söylemin sahnesi" olabileceğini savunmuştur. Bu sebeple söylemdeki boşlukları, "ihmal edilen alanları" ve sessizlikleri de analiz etmeye teşvik etmektedir (Foucault, 1972, s. 138). Dolayısıyla insanın dil aracılığıyla söylemlerin sahnesi olduğu düşüncesi, Yüksek Mahkeme'de görülen bu davaların mahkeme salonlarında yargıçların ve avukatların konuşmalarını, etkileşimlerini veya sessizliklerini de belirli söylemlerin hakikat inşalarının sahnelenişi olarak görmeyi gerektirmiştir. Dolayısıyla bu tezde, sosyal alanın bütününde olduğu gibi mahkeme salonlarında da tarihsel olarak inşa edilen söylem düzenlerinin, kararı kendi hakikat iddiaları çerçevesinde belirlemek için çatıştığı iddia edilmektedir. Zira Foucault'ya göre hukuk da modern iktidarın güç, kontrol ve disiplin mekanizmalarından biridir (Cotterill, 2003, s. 4). Dolayısıyla belirtildiği gibi, Foucault'cu söylem anlayışı çerçevesinde adı geçen davaların sözlü yargılamalarının söylem analizinin yapıldığı bu tez de yargıçların, davacı ve davalı tarafın ait oldukları söylem düzeninin hakikat iddialarını nasıl yargılama etkileşimlerine yansıttıkları birinci odak noktasını oluşturmuştur. Bu sebeple, yargıçların veya davacı ve davalı tarafların sahip oldukları dini, ahlaki ve ideolojik değerlerin ne olduğu ve yargılamayı ve kararı nasıl bu değerlerin "doğruluk" kabülü üzerinden inşa etmeye çalıştıkları analiz edilmeye çalışılmıştır.

Fakat elbette, onların yargılama etkileşimlerindeki tutumları mahkeme salonunun kendine has söylemsel dinamikleri göz önünde bulundurularak incelenmiştir. Davanın sözlü yargılaması sırasında yargıçların, davacı veya davalı tarafın hangisiyle daha fazla etkileşim halinde oldukları; onlara ne tür sorular sordukları, hangi hususlarda itiraz ettikleri, söz kesme sıklıkları gibi unsurlar; davayı hangi söylemsel inşanın kelimeleri, hakikatleri üzerinden okuma eğiliminde olduklarının kolayca anlaşılmasını sağlayan belirteçler olmuştur. Yüksek Mahkeme'de görülen davalar daha çok eyalet mahkemelerinden intikal eden davalar olduğu için, yargıçlar davaları öncesinde okuyup bilgi sahibi olma fırsatına sahiptir. Bu durum, yargıçların henüz sözlü yargılama aşamasına gelmeden tarafların ait oldukları dini, etnik ya da cinsel kimlikler hakkında bilgi sahibi olmalarına olanak sağlamaktadır. Ayrıca Yüksek Mahkeme yargıçları önlerine gelen davaların intikal ettikleri alt mahkeme yargıçlarını da tanıma ve kararı vermedeki ideolojik veya hukuki gerekçelerini bilme fırsatına sahiptirler. Dolayısıyla, alt mahkemeyi karara götüren gerekçelerin Yüksek Mahkeme yargıçlarının dahil oldukları ideoloji için ne ifade ettiği, yargıçlara kararı bozma veya onama noktasında bir fikir verebilmektedir. Aynı şekilde, davalı veya davacı taraf hakkında önceden sahip olunan bilgiler ışığında yargıçlar, taraflardan hangisinin "haklılığı" durumunda, kendi ideolojilerinin hakikat iddiasını güçleneceğini kestirme şansına sahiptir.

Dolayısıyla, davaların mahkeme salonu söylem analizini yaparak yargıçların mahkeme kararı hangi söylemin hakikat iddiası üzerinden inşa etmeye çalıştıkları anlamak hedeflenmektedir. Bunun için de yargıçların davacı ya da davalı tarafın avukatlarıyla kurdukları diyaloglar, onlara ne tür sorular sordukları, hangi noktalarda itiraz ettikleri, nerelerde sessiz kaldıkları ve hangi hukuki aleti kullanmayı önceledikleri analiz edilmiştir. Fakat yalnızca yargıçların değil davacı veya davalı tarafın avukatlarının söylemleri de benzer şekilde analiz edilmiştir. Bu sebeple, avukatların temsil ettikleri tarafın haklılığını savunurken ortaya koydukları argümanları, hangi hukuk kurallarını önceleyip hangilerini ihmal ettikleri, yargıçlardan gelen sorulara ne tür cevaplar verdikleri incelenmiştir. Buna ek olarak, avukatların "haksızlığını" ıspat etmeye çalıştıkları karşı tarafı nasıl konumlandırdıkları, onları mahkemeye nasıl tanıttıkları, yaşanan olayın ve karşı tarafın hangi yönünün vurguladıklarının, analizi gerçekleştirilmiştir. Bunun için de Davies ve Harre'nin Foucault'nun "ifade ve söylem" kavramları çerçevesinde geliştirdikleri "konumlandırma" kavramından yararlanılmıştır.

Konumlandırma, kişilerin günlük etkileşimlerde kendilerine veya diğerlerine kimlik tayin etmeleriyle alakalı bir kavramdır. Dolayısıyla kişilerin kendilerine veyahut diğerlerine atadıkları kimlikler veya özne konumları ile ilgilidir. (Davies & Harré, 1999, s. 35). Davies ve Harre (1990, 1999) dil kullanımını kişilerin bireysel "tutumlarını" yansıtan tarafsız ifadeler olarak görmenin yanlış olduğunu ve söylemlerin kişilere nasıl davranılacağına yönelik imalar içeren kasıtlı konumlandırmalar olduğunu öne sürmüşlerdir. Dolayısıyla onlar, bu özne konumlarının kendi içeresinde belirli bir "hak ve sorumluluk" sistemi taşıdığını ve "o tür bir kişiden" mantıken ne tür davranışların bekleneceğini yasalaştırdığını iddia etmişlerdir. (Burr, 2012, s. 124). Bu sebeple konumlandırma, Foucault'cu söylem analizinin, hayatın farklı alanlarında hüküm süren söylemleri tanımlama ve bunların özne konumlarına, pratiğe ve güç ilişkilerine dair sonuçlarını inceleme amaçlarıyla uyumlu bir teoridir (Burr, 2012: 170). Dolayısıyla mahkeme salonu etkileşimlerinde bireylere tahsis edilen konumları ve bunların pratik sonuçlarını yani kararı hangi yöne sevk etmeye yönelik olduğunu anlamak için; yargıç ve avukatların taraflardan nasıl bahsettiklerine, tarafların kendilerinin ve birbirlerinin kimliklerini, dinlerini veya dini pratiklerini, profesyonel meşguliyetlerini nasıl tanımladıklarına ve söz konusu olayı nasıl bir çerçevede değerlendirdiklerine bakılmıştır. Bu sebeple, tarafların birbirlerinin belirli yönlerini ön plana çıkartmasının veya birbirlerinden o şekilde değil de bu şekilde bahsetmelerinin; kararı kasıtlı bir yöne doğru etkileme noktasında nasıl bir işlev gördüğü üzerinde durulmuştur.

Sonuç olarak, Davies ve Harre'nin "konumlandırma" teorisi aslında Foucault'nun (1993, s. 241) söylemin nötr kelimeleri düzen üreten ifadelere çevirdiği fikrini, tarihsel ve bağlamsal

çerçevesinden koparmadan gündelik olaylara taşımaktır. Tarihsel ve bir kültüre özgü olarak inşa edilen söylemler basit işaretler olmanın çok ötesine geçerek etkileşimin kendisinde içkin olan bir "haklar ve sorumluluklar" sistemi kurar (Tirado & Gálvez, 2008, ss. 233-234). Bu sistem gündelik etkileşimin her alanında olduğu gibi kurumsal dili de ele geçirmekte ve davaların seyrini belirlemektedir. Bu sebeple, mahkeme salonundaki zıt söylemlerin veya bir kişiyi işaret etmek için kullanılan atıf kelimelerinin esasında toplumda halihazırda var olan çatışmalardan ve konumlandırmalardan beslendiği açıktır. Netice de kelimler aracılığıyla şeyler üretilmektedir (Austin, 1962, ss. 6-7) ve onların gizli fakat güçlü inşalarını anlamak yapı sökümü ve akabinde mikro düzeyde günlük hayatın her alanını olduğu gibi mahkeme salonunu da söylem analizine tabi tutma fikrini gerektirmiştir.

Çalışmada, analizin temel veri kaynağı olarak davaların sözlü yargılamalarının ses kayıtları ve transkripsiyon metinleri kullanılmıştır. Bu belgelere *oyez.org* ve *supremecourt.gov* sitelerinden ulaşılmıştır. Analiz öncesindeki hazırlık aşamasında davaların sözlü yargılamalarının ses kayıtları birkaç kez dikkatle dinlenmiş ve eş zamanlı olarak MAXQDA Analytics Pro programından transkripsiyon metinlerinin kodlanması gerçekleştirilmiştir. Böylece, her davanın kendine has söylemsel dinamikleri çerçevesinde temalar oluşturulmuş ve yargılama etkileşimlerindeki ilgili diyaloglar bu temaların altına yerleştirilmiştir.

Bu aşamalardan sonra, oluşturulan temalar üzerinden davaların sözlü yargılamalarının analizlerine geçilmiştir. Davaların analizlerine geçilmeden önceki başlıkta her bir davanın önemine ve seçilme nedenine dair ayrıntılı bilgiye yer verildiğinden bu başlıkta ayrıca değinilmemiştir. Fakat, davaların sözlü yargılamalarının ses kayıtlarının dinlenmesi aşamasında her yargılamanın kendine has söylemsel dinamiklere sahip olduğu görülmüştür. Üç davada da yargıçların ve avukatların söylemlerinin ve dil kullanımlarının bazı benzer özellikler taşısalar da genelde farklılaştığı görülmüştür. Bu sebeple Cotterill'in (2003, s. 3) yaptığı gibi davaların duruşma salonu etkileşimlerinin ve işlenen temaların kendi adına konuşmalarına izin verilmiştir. Bu sebeple kasıtlı olarak her bir durum için ne tür bir analizin konuyu en iyi şekilde aydınlatılacağı göz önünde bulundurularak mahkeme salonundaki dil mercek altına alınmıştır. Örneğin, bir davada yargıçların söylemleri ya da sessiz kaldıkları hususları analiz etmek, yargılama etkileşiminin ve kararın söylemsel niteliğinin anlaşılmasına ışık tutarken, diğer bir davada avukatların karşı tarafı nasıl konumlandırdıkları öne çıkmıştır. Bu sebeple sözlü yargılamalarda konuşulanlar ile ilgili temalar oluşturulurken her bir davanın kendine has söylemsel hususiyetleri göz önünde bulundurulmuştur.

Mesela *Masterpiece Cakeshop v. Colorado* davasının analizinde Foucaultcu söylem anlayışının genel hatları göz önünde bulundurulsa da etkileşimin genel niteliğinin

anlaşılmasında, konumlandırma öğelerinin analizi ön plana çıkmıştır. Bu sebeple, bu davada eşcinsel çiftin avukatları Cole ve Yarger'ın, pastacı Phillips'i veya genel olarak eşcinsel kişileri nasıl konumlandırdıklarının analizini yapmak etkileşimlere hâkim olan söylemleri ve temaları ortaya çıkarmak için elverişli olmuştur. Bu doğrultuda, "pastacı Phillips", "satıcı Phillips", "sanat olarak pasta", "yiyecek olarak pasta", "ırkçılık benzetmesi" ve "eşcinsel evlilik-ırklararası evlilik analojisi" gibi temalar oluşturulmuştur.

Employment Division v. Smith davasında ise konumlandırma öğeleri olmakla birlikte etkileşiminin genel niteliğinin anlaşılmasına Foucault'nun bilgi güç ve iktidar kavramları çerçevesinde geliştirdiği söylem analizi ışık tutmuştur. Yargıçların ve avukatların kararı kendi hakikat iddiaları doğrultusunda inşa etmek için ne tür bilgiler ürettikleri veya verili bilgileri nasıl lehlerine olacak şekilde meseleyle ilişkilendirdikleri dikkat çekmiştir. Bu doğrultuda davada, tarafların avukatlarının ve yargıçların din tanımları, peyoteye bakış açıları, azınlık dinlere ya da popüler dinlere yaklaşımları noktasında antropolojik, sosyolojik ya da istatistiki bilgileri nasıl kullandıklarının analizi ön plana çıkmıştır. Bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda davanın mahkeme salonu etkileşimleri "dinim peyote", "masum peyote", "güçlü bir halisünojen olarak peyote", "azınlık dinler arasında eşitlik sağlama", "azınlık dinlere karşı çoğunluk dini", "sakatlık olarak din", "dinlerin değişmesi", "irrasyonel din söylemi", "irade dışı din söylemi" gibi temalar üzerinden analiz edilmiştir.

EEOC v. Abercrombie &Fitch davasında yine konumlandırma öğeleri dikkate alınmış olmakla birlikte genel olarak Foucault'nun söylemdeki boşlukları, ihmal edilen alanları ve sessizlikleri analiz etme teklifi üzerinden analiz edilmiştir. Alt mahkemenin ve yargıçların etkileşimlere kendi ideolojik değerlerini ve hakikat iddialarını nasıl yansıttıklarına ayrıca yine onların ve tarafların; mevcut yasaları nasıl yorumladığına, hangi ilkeleri görmezden geldiğine, sessiz kaldığı noktalara, ayrımcı muameleyi hangi hukuki prensip üzerinden okuduğuna ve nasıl yeni hukuki bilgiler ürettiğine odaklanmak bu davanın analizinde ve değerlendirilmesinde önemli yol göstericiler olmuştur. Bu doğrultuda analiz "ayrımcı muamele; herkes için eşitlik tanımı/Madde 7 tanımını göz ardı etmek", "ayrımcı muamele; Madde 7/ dindara ayrıcalık tanımı", "diyalog başlatma yükünü adaya yükleme", "diyalog başlatma yükünü işverene yükleme", "kesin bilgi-şüphe tartışması", "anlamak-bilmek tartışması", "dini uyum yükümlülüğünü vurgulama", "din özgürlüğü konusunda sessiz kalma" gibi temalar üzerinden gerçekleştirilmiştir.

4. ARAŞTIRMADA KARŞILAŞILAN ZORLUKLAR VE ARAŞTIRMANIN SINIRLILIKLARI

Bu çalışmada mahkeme salonu söylem analizi yönteminin uluslararası literatürde birçok farklı disiplinde kullanılıyor olmasından, davaların dilinin İngilizce olmasından ve yargılama sürelerinin uzun olmasından kaynaklanan zorluklar sebebiyle analiz edilen dava sayısı üçle sınırlandırılmıştır. Bu sebeple tezin sonuç kısmında ABD Yüksek Mahkemesi'nde din özgürlüğünün söylemsel inşasına yönelik çıkarımlara, bu üç davanın analiz, sonuç ve değerlendirme kısımlarında elde edilen bilgiler ışığın ulaşılmıştır.

İlk olarak yöntemin uluslararası literatürde sosyoloji, antropoloji, psikoloji, siyaset bilimi, toplumdilbilim, hukuk gibi birçok disiplin tarafından kullanılıyor olması doğrudan sosyoloji alanında yapılan çalışmalara ulaşmayı zorlaştırmıştır. Bu da yönteme dair araştırmaları incelerken geniş bir literatürde neredeyse kaybolmaya sebep olmuş; bu sebeple yöntemin uygulandığı sosyolojik araştırmaların bulunması ve incelenmesi hayli zaman almıştır. Ek olarak literatürde mahkeme salonu söylemini konumlandırma teorisi üzerinden analiz eden bir çalışmaya rastlanmamıştır. Bu sebeple yöntemi benzer teoriler üzerinden uygulayan çalışmalar bulunmaya çalışılmış; bu da oldukça ayrıntılı bir araştırma sürecini gerektirmiştir.

Ayrıca ABD Yüksek Mahkemesinde görülen davaların konuşma dilinin İngilizce olması ve dava yargılamalarının toplamda dört saate yakın sürmesi araştırmayı üç dava ile sınırlamayı gerektirmiştir. Tercüme sürecinde, toplamda yaklaşık dört saat süren davaların İngilizce konuşma dilinin vurgularını ve kasıtlarını kullanılan üslupla da uyumlu bir şekilde Türkçe yazı diline aktarma süreci büyük bir hassasiyet ve emek gerektirmiştir. Bu da araştırmanın analiz yükünün yanına titiz bir çeviri yükünün de eklenmesine sebep olmuştur. Sonuç olarak karşılaşılan bu zorluklar, daha fazla sayıda davanın analiz edilebilmesini engellemiştir. Dolayısıyla araştırmanın sonuç kısmında ABD Yüksek Mahkemesi'nde din özgürlüğünün söylemsel inşasına dair çıkarımlar, analiz edilen üç yargılamanın değerlendirmeleri sonucunda elde edilmiştir ve bunlarla sınırlıdır.

5. LİTERATÜR DEĞERLENDİRMESİ

Din Özgürlüğü konusu ile ilgili YÖK Ulusal Tez Merkezi, ULAKBİM ve İSAM, ProQuest, EThOS, OATD, JSTOR, Google Scholar, Boğaziçi Üniversitesi, Marmara Üniversitesi, İstanbul Üniversitesi, Ankara Üniversite'nin kütüphane kataloglarında "hak çatışması", "özgürlüklerin çatışması", "çatışan haklar" "çatışan özgürlükler", "anayasal hakların çatışması", "din özgürlüğü", "inanç özgürlüğü", "dini özgürlükler", "din hürriyeti",

"inanç hürriyeti", "anayasal hakların çatışması", "conflict of rights", "rights in conflict", "competing rights", "conflict of freedoms", "freedom of religion", "religious freedom" "competing freedoms", "conflict of constitutional rights" anahtar kelimeleriyle yapılan taramalarda bu tezin konusu ve kapsamıyla yakın olduğu düşünülen 12 adet çalışmaya rastlanmıştır.[2]

Jena McGill *Now Its My Rights Versus Yours': Equality in Tension with Religious Freedoms (Şimdi Benim Haklarıma Karşı Senin Hakların: Dini Özgürlükler Geriliminde Eşitlik)* adlı makalesinde; gey, lezbiyen, biseksüel ve queer kişilerin eşitlik hakları ile gey, lezbiyen, biseksüel ve queer kimlikleri ve eşcinsel yakınlığı reddeden inanç temelli toplulukların dini özgürlükleri arasındaki gerilimi içeren davalara odaklanmıştır. Kanada temyiz mahkemelerinde görülen dört din özgürlüğü ve eşitlik hakkı çatışma davasını incelemiş ve bu davaların gelecekteki sonuçlarını tartışmıştır. McGill araştırmasında ayrıca hak çatışması fikri ile anayasal hak çatışmalarını ve bunları uzlaştırmak için mevcut yasal çerçeveyi ele almıştır (McGill, 2016).

Benzer şekilde, 2016 yılında Morgan Alcala'ya ait California State University'de gerçekleştirilen *Civil Rights Versus Religious Freedom: An Examination of Policy Narratives (Din Özgürlüğüne Karşısında Sivil Haklar: Siyasi Anlatıların İncelenmesi)* adlı yüksek lisans tezi Amerika Birleşik Devletleri'nde yaşayan eşcinsel çiftlerin çocuk edinme haklarını konu edinmektedir. LGBTQ+ evliliklerine 2015'ten beri yasal statü tanınmış olsa da bu yasalar çiftlerin evlat edinebilmesi noktasında belirginlik kazanmamıştır. ABD'de, LGBTQ+ ailelerin ayrımcılığa karşı korunması, 8 eyalette yasal olarak kabul edilmiş durumdadır. Diğer eyaletlerde ise aksi yönde, Din Özgürlüğü Restorasyon Yasası (1993) çerçevesinde LGBTQ+ ailelerin evlat edinme talepleri, özel koruyucu bakım ve evlat edinme kurumları tarafından derinden benimsenen dini inançlar nedeniyle reddedilmektedir.[3] Alcala, LGBTQ+ koruyucu ebeveynlerden özellikle bahseden ayrımcılık karşıtı yasalara sahip California ve Massachusettes eyaletleri ile dini inançlara dayalı olarak LGBTQ+ bakıcı ailelerin evlat edinmesini reddeden Michigan ve Mississippi eyaletlerindeki farklı politika söylemlerini ve bu söylemlerin eyaletlerin çiftlerle alakalı evlat edinme hizmetlerine yönelik yasalarını nasıl etkilediğini, vaka çalışması tekniği ile incelemiştir. Çalışmada, tarafların söylemlerini,

[2] Bu teze ait literatür değerlendirmesi, Eylül 2022 tarihi itibarıyla tamamlanmıştır. Bu tarihten sonra literatüre eklenecek olan yayınlar, değerlendirme kapsamı dışında tutulmuştur.

[3] 17 Haziran 2021'de görülen *Fulton v. City of Philadelphia* davasında Amerika Yüksek Mahkemesi, Philadelphia'nın, Katolik Sosyal Hizmetler (CSS) kurumuna, evlatlık edinmek isteyen eşcinsel çiftlerin taleplerini onaylama zorunluluğu getirmesi Amerikan Anayasası'nın I. Ek Madde'sinin *Dini İnançları Yaşama Hakkı İlkesi'ne* aykırı olduğuna karar vermiştir. Dolayısıyla, dini bir saikle kurulan kuruluşların, eşcinsel çiftlerin evlat edinme taleplerini inançlarına aykırı olduğu gerekçesiyle reddetmelerininin ayrımcılık kapsamında değerlendirilemeyeceğine karar verilmiştir.

savundukları şeyi gerekçelendirmek üzere inşa ettikleri sonucuna varılmıştır. Ayrıca, LGBTQ+ bireyler için ayrımcılık karşıtı yasaların evlat edinilen çocuklara, Din Özgürlüğü Restorasyonu Yasası'ndan daha fazla fayda sağladığı sonucuna varılmıştı. Bu sebeple, yasa veya politika yaparken ayrımcılık karşıtı yasaların Din Özgürlüğü Restorasyon Yasası'na öncelenmesi tavsiye edilmiştir (Alcala, 2016).

Megan Rebecca Pearson tarafında 2014'te London School of Economics and Political Science'da yapılan *Religious Objections to Equality Laws: Reconciling Religious Freedom With Gay Rights (Eşitlik Yasalarına Dini İtirazlar: Dini Özgürlük ile Eşcinsel Haklarını Uzlaştırmak)* adlı doktora tezi de din özgürlüğü ve cinsel yönelim hakkı çatışmasını konu edinen çalışmalardan biridir. Pearson'ın tezi, din özgürlüğü ile, cinsel yönelim ayrımcılığını önleme yasasının çatışması halinde hukukun durumu nasıl yönetmesi gerektiğini ele almaktadır. Çalışmada, İngiltere ve Galler, Kanada ve ABD hukuklarında, mahkeme ve yasama organlarında bu tür davaların nasıl ele alındığı karşılaştırmalı bir metot benimsenerek incelenmiştir. Araştırmada çatışma durumları dört farklı hukuk alanına referans ile ele alınmıştır. İlk olarak, inancı gereği diğerlerine karşı ayrımcı görüşlere sahip olan çalışanların iş yerlerinde ne derece kabul görmeleri gerektiği değerlendirilmiştir. Bu değerlendirme, bu çalışanların ayrımcı görüşlerini paylaşmalarına izin verilip verilmemesi ve işverenin inançlarına aykırı isteklerini gerçekleştirmeme hakkına sahip olup olmaması gibi sorular üzerinden yapılmıştır. İkinci değerlendirme ise, dini organizasyonların istihdam kararlarından doğan ayrımcılıklara (inançlarının gerektirdiği kriterlere uygun kişileri işe almaları diğerlerini almamaları gibi) ne derece müsaade edilebileceğiyle ilgilidir. Üçüncüsü, dini organizasyonların; hayır işlerinde veya bina kiralamalarında ayrımcılık (kendi inancından olanlara yardım etmek veya kazandırmak gibi) yapmalarına izin verilip verilmemesi, dördüncüsü ise; dindar bireylerin laik pazarda ayrımcı tercihlerine müsaade edilip edilmeyeceği ile ilgilidir. Pearson, din özgürlüğü ile cinsel yönelim ayrımcılığı yasağının çatışması durumuna hukukun sunabileceği en iyi çözümün "ölçülülük analizi" metodu olduğunu gerekçeleri ile açıklamaktadır. Pearson'ın tezinin odak noktası çatışmalarının hukuki çözümüne öneri sunmak ve bunu gerekçelendirmektir (Pearson, 2014).

R. H. Smith'in, 2015'te University of London'da yaptığı, *Moral Equality and Rights: A Specificationaist Account of Rights in Conflict (Ahlaki Eşitlik ve Haklar: Çatışma Halindeki Haklara İlişkin İzaha Dayalı Bir Açıklama)* adlı tez; eşitlik, bireysel haklar ve insan onuru arasındaki ilişkinin felsefi doğasını keşfederken birbirleri ile kıyaslanamaz gibi görünen temel hakların çatışma durumlarına çözüm sunabilecek normatif bir çerçeve aramaktadır. Smith'in çalışmasının altıncı bölümüne her ikisi de liberal değerler olan "din özgürlüğü ile kadınların

eşit onur hakkının"[4] birbiri ile çatıştığı durumları incelenmiştir. Smith anayasal hak çatışmalarına eşitlikçi ve belirleyici bir metodoloji ve vaka analizi tekniği ile yaklaşmıştır (Smith, 2015). Benzer şekilde Gila Stopler, *The Liberal Bind: Women's Rights and Patriarchal Religion in the Liberal State* adlı makalesinde kadın hakları ve din gerilimini liberal devletin ataerkil din ile girdiği ilişki üzerinden ele almıştır. Stopler araştırmasında "liberal devlet ve din arasındaki ilişki kadınlar için kötü müdür?" sorusunu merkeze almaktadır. Ona göre, yaygın kanının aksine liberal devletin ataerkil din ile ilişkisi kadınların haklarını olumsuz yönde etkilemektedir ve devlet ataerkil din ile ilişkisini değiştirmeksizin kadınların eşitlik hakları ile ilgili taahhütlerini yerine getirmekte başarısız olacaktır (Stopler, 2005).

Waheeda Amien, *Overcoming the Conflict between the Right to Freedom of Religion and Women's Rights to Equality: A South African Case Study of Muslim Marriages ((Din Özgürlüğü Hakkı ile Kadın Hakları Arasındaki Çatışmanın Üstesinden Gelme: Güney Afrika'da Müslüman Evlilikleri Konulu Bir Vaka İncelemesi)* adlı makalesinde Güney Afrika'nın anayasal taahhütleri bağlamında Müslüman evliliklerinin yasal olarak tanınmasına ilişkin Güney Afrika hukuk reformu sürecine genel bir bakış sunmuştur. Amien, kadınların eşitlik hakları ile din özgürlüğü hakkının çatışması durumunu ele aldığı araştırmasında; din özgürlüğü ve kadınların eşitlik hakları arasındaki çatışmaya rağmen, Müslüman evliliklerinin tanınmasının kadın haklarının korunması açısından son derece gerekli olduğunu savunmuştur. Ayrıca İslam Hukuku temelli aile hukuku sisteminin tanınması; evlilik, boşanma, çok eşlilik, velayet, vesayet ve miras gibi hususlara değinmiştir. Çalışmanın sonunda çatışmanın yasama ve yargı seviyesinde çözümüne yönelik bir tartışmaya ve önerilere yer verilmiştir (Amien, 2006).

1986 yılında, Dawn E. Johnsen *The Creation of Fetal Rights:Conflicts with Women's Constitutional Rights to Liberty, Privacy, and Equal Protection (Fetal Haklarının Oluşturulması: Kadınların Anayasal Özgürlük, Mahremiyet ve Eşit Koruma Haklarıyla Çatışmalar/ı)* adlı makalesinde, fetüs/cenin hakları ile kadınların anayasal özgürlük, mahremiyet ve eşit koruma haklarının çatışmasını ele almaktadır. Johnsen, içinde bulunduğu yıllarda Amerika Birleşik Devletleri'nde fetüsü annenin bir parçası olarak gören hukuki temayülün mahkemeler ve eyalet yasama organlarında giderek değişerek geleneksel olarak kişilere tanınan hakların fetüse de tanınması noktasına ulaştığını belirtmiştir. Ona göre, fetüsün

[4] "Kadınların eşit onur hakkı" kavramı cinsiyet eşitliği ilkesi çerçevesinde; kadınların toplumsal, hukuki ve insani açıdan erkeklerle eşit olarak değerlendirilme, haklar ve fırsatlara eşit erişim, ayrımcılıkla mücadele ve insan haklarının korunması gibi konularda sahip olduğu hakları ifade etmektedir.

bir varlık olarak tanınmasından çok daha ileri boyutlu olan bu yeni eğilim annenin menfaatleri açısından tehdit uyandırıcıdır. Fetüsün çıkarı için kadının özerkliğinin kısıtlanmasına sebep olmuştur. Örneğin, fetüsün sağlıklı bir şekilde dünyaya gelmesi için sezeryan doğuma karar verilmesi halinde kadının normal doğum yapma talebi ve özgürlüğü yok sayılmıştır. Ayrıca, olası zararlı durumları göz önünde bulundurmadan cenin haklarının verilmesi için getirilen kürtaj yasağı Johnsen'e göre kadınların anayasal haklarının ellerinden alınmasıdır (Johnsen, 1986).

Barbara Pfeffer Billauer ise *Abortion, Moral Law, and the First Amendment: The Conflict Between Fetal Rights & Freedom of Religion (Kürtaj, Ahlak Kanunu ve I. Ek Madde: Fetal Haklar ve Din Özgürlüğü Arasındaki Çatışma)* adlı makalesinde fetüs haklarını din özgürlüğü ile çatışma içerisinde görmüştür. Ona göre fetüs hakları iddia edildiği gibi doğal hukuk çerçevesinde cenine sağlanan bir hak değil, kürtajın günah olduğunu düşünen dini inanç mensuplarının bir iddiasıdır. Billauer tarihsel verileri, çeşitli dinleri inceleyerek kürtaj ve fetüs ile alakalı genel geçer bir hükmün varlığını sorgulamıştır. Sonucunda farklı dinlerde ve kültürlerde bu konuya yaklaşımların çeşitlendiğini dolayısıyla da böyle bir doğal hakkın olmadığını iddia etmiştir. Kürtajı cinayet olarak görmenin yaygın ve genel kabul gören bir görüş olmadığını dolayısıyla doğal hukuk çerçevesinde değerlendirilmemesi gerektiğini, neyin günah olduğunun hükümetlerin değil dinlerin sorunu olduğunu savunmuştur. Araştırmasının sonucunda Billauer, kürtajın Amerikan Anayasası'nın I. Ek Maddesi kapsamında korunması gereken bir hak olarak görülmesi gerektiğini öne sürmüştür (Billauer, 2017).

Chetty Kastury tarafından 2013 yılında Nelson Mandela Metropolitan University'de yapılan *The Interaction of Children's Rights, education rights and freedom of religion in South African Schools (Güney Afrika Okullarında Çocuk Hakları, Eğitim Hakları ve Din Özgürlüğü Etkileşimi)* adlı doktora tezi ise bir başka çatışma noktasını; Güney Afrika'daki okullarda çocuk haklarının, eğitim haklarının ve din özgürlüğünün etkileşimini legal perspektiften, ele alan bir çalışmadır. Kastury, Güney Afrika'daki okullarda dinin tarihsel süreçteki gelişiminin anayasada yer alan çocuk haklarının ya da daha geniş bir ifade ile öğrenenlerin faydalarının dikkate alınmadan gerçekleştiğini göstermektedir. Kastury, inançlı olmayan çocuklara, okullardaki yerleşik dini eğitimden muafiyet sağlayan bir yasal düzenlemenin gerekliliğini savunmuştur. Bu tezde, inançsız çocukların din özgürlüklerinin, haysiyetlerinin ve yüksek menfaatlerinin yok sayıldığı özel okullarda, inançlı çocukların din özgürlüklerinin de korunamayacağı ileri sürülmüştür. Son olarak, özel okullara belirli düzenlemeler getirilerek, okulun inancına uygun eğitim verme hakkı ile inançsız çocukların haklarının uyum içinde bir

arada bulunmasının mümkün olduğu savunulmuştur (Kastury, 2013).

2012 yılında Hishaam Jurgens tarafından The University of Western Cape'de yapılan *Investgating the Conflict Between Freedom of Religion and Freedom of Expression Under the South African Constitution (Güney Afrika Anayasası Kapsamında Din Özgürlüğü ve İfade Özgürlüğü Arasındaki Çatışmanın İncelenmesi)* adlı çalışma ise ifade özgürlüğü ile din özgürlüğü çatışması üzerinedir. Makale, 2005 yılında Danimarka'da Jyllands-Posten adlı derginin "Muhammed'in Yüzü" başlıklı bir makale yayınlayarak Hazreti Muhammed'i tasvir eden 12 adet karikatür paylaşmasını konu edinmektedir. Jurgens'e göre, Hz. Muhammed'in suretinin tasvir edildiği bu karikatürler Müslümanların dini inanç ve hassasiyetleri alay ederek onurlarını zedelemektedir. Onur hakkının çiğnenmesi ise din özgürlüğüne zarar vereceğinden, bu karikatürler din özgürlüğünün ihlalidir. Jurgens'in mini tez çalışması din özgürlüğü ve ifade özgürlüğünün çatışmasını konu edinmektedir. Çalışmada analitik ve normatif bir yaklaşım benimsenmiş ve nitel araştırma yöntemi kullanılmıştır, ayrıca ilgili mevzuat ve içtihatlara da atıfta bulunulmuştur. Sonuçta, İslami terminolojiye atıfla, Hz. Muhammed'in herhangi bir şekilde tasvir edilmesinin küfür olduğu belirtilmiştir (Jurgens, 2012).

Danimarka'da yaşanan karikatür krizi başka bir çatışmayı daha ortaya çıkarmıştır: bir yanda insanların diğerlerini kendi dinlerine davet etme hakkı, ifade özgürlükleri ve din özgürlükleri; diğer tarafta bu davete maruz kalanların dinlerini barışçıl bir şekilde muhafaza etme, sürdürme ve dini duygularının incitilmemesi hakları…Peter G. Danchin bu hak taleplerinin meydana getirdiği toplumsal ve hukuksal çatışmaları bir uluslararası hukuk meselesi olarak değerlendirme noktasındaki akademik ilgisizliği şaşkınlıkla karşılamıştır. Bu sorunu ele almak maksadıyla yazdığı *Of Prophets and Proselytes: Freedom of Religion and the Conflict of Rights in International Law (Peygamberler ve Tebliğciler (veya Dinden Dönenler) Üzerine: Uluslararası Hukukta Din Özgürlüğü ve Hak Çatışması)* adlı makalede din ve inanç özgürlüğünün sadece ifade özgürlüğü gibi diğer temel haklarla çatışmadığını aynı zamanda din özgürlüğü hakkının kendi içinde rekabet eden iddialar ürettiği sonucuna varmıştır. Bunun sonucunda Kant ve Locke'un hak teorilerini çıkmaza sürükleyen üç problem tespit etmiştir: birincisi, liberal hak düşüncesinin çözemediği "değerlerin ölçülemezliği" sorunu; ikincisi, temel hak anlayışının doğurduğu kavramsal sorunlar ve üçüncüsü; kamu yararına özcü yaklaşım ve bunun birey özgürlüğü ile ilişkisi. Danchin hak söylemindeki bu sınırlamaları ve kör noktaları kabul edip, değerlere çoğulcu bir yaklaşım benimsemenin, liberal teorinin özneler arası ve hermeneutik terimlerle yeniden tasavvur edilebilmesini sağlayan iyi bir yol olduğunu savunmuştur (Danchin, 2008).

Yine Najma Moosa'ya ait *How Loud Is Too Loud? Competing Rights to Religious*

Freedom and Property and Muslim Call to Prayer (Adhan or Azan) in South Africa (*Ne Kadar Yüksek Ses Çok Gürültülüdür)? Güney Afrika'da Dini Özgürlüğü ve Mülkiyet Haklarının Çatışması ve Müslümanların Ezanı)* adlı makalesinde din özgürlüğünün mülkiyet hakkı ile çatıştığı bir konuyu ele almıştır. Moosa makalede 21 Ağustos 2020 tarihinde, Güney Afrika Kwazulu-Natal bölgesinde Sidwell Mngadi isimli bir avukatın açtığı dava üzerine bölge Yüksek Mahkemesinin ezan sesinin hoparlör ile dışarıya verilmesini yasaklayan kararı konu edilmektedir. Dava konusu kısaca şöyledir: Dokuz Güney Afrika bölgesinden biri olan Kwazulu-Natal bölgesinde Hindu dini azınlık olarak bulunmaktadır. Müslümanlar'a ait Taleemuddeen Medresesi'nin camisinden okunan ezan Ellaurie isimli bir Hindu'nun evinden günde beş vakit duyulmaktadır.Ellaurie, istemediği ve gürültü kirliliği olarak nitelediği sesin kendi evinden duyuluyor olmasını"özel mülkiyetin ihlali" olması gerekçesi ile mahkemeye vermiştir. Kwazulu-Natal komşuların özel mülkiyet sınırlarını ihlal ettiği ve rahatsız edici derecede gürültü kirliliğine sebep olduğu gerekçesi ile Ellaurie'ye hak vermiş ve ezan sesinin hoparlör ile dışarıya verilmesini yasaklamıştır. Bu davada Ellaurie'nin mülkiyet hakkı Müslümanların dini özgürlük ve inançlarını pratik etme hakları ile çelişmiştir. Moosa'nın çalışmasında mevzubahis dava çerçevesinde Güney Afrika'da ezanın gürültü kirliliğine sebep olup olmadığı sonuçta sesinin yükseltilmemesi, hoparlör ile gereğinden fazla yükseltilmesi veya usulüne uygun yükseltilmesigibi durumları konu edinmektedir (Moosa, 2021).

Türkiye'deki ve uluslararası literatürdeki makale, kitap, tebliğ, lisansüstü tezleri vb. kaynaklarda din özgürlüğü ve anayasal hak çatışmaları üzerine yapılan geniş çaplı literatür taramasında din özgürlüğünün başka türden bir hakla çatışma durumlarını ele alan 12 adet araştırmaya rastlanmıştır. Alcala, Mcgill ve Pearson'ın çalışmaları farklı noktalara odaklanmakla birlikte genel çerçevede cinsel tercih hakkı ile din özgürlüğünün çatışmasını ele almışlardır. Smith, Stople ve Amien'in araştırmalarında ise kadın hakları ile din özgürlüğünün çatışması durumu ele alınmıştır. Johnsen fetüs haklarının kadın hakları ile çatışmasını konu edinirken, Billauer fetüs haklarının ve kürtaj yasağının din özgürlüğü ile çatıştığını iddia etmiştir. Kastury, çalışmasında çocuk hakları, eğitim hakkı ve din özgürlüğünün çatışması üzerinden Güney Afrikada'ki okulları incelemiştir. Jurgens analitik ve normatif bir yaklaşım ile ifade özgürlüğü ve din özgürlüğü çatışmasına odaklanmıştır. Danchin ise, kişilerin kendi dinlerine davet etme hakları ile davet edilenlerin dini duygularının incitilmemesi hakkının çatışmasından hareketle; din özgürlüğünün kendi içerisinde çatışma yaratan bir hak olduğunu iddia etmiştir. Moosa ise araştırmasında Afrika'da ezanın sesinin kısılması olayını mülkiyet hakkı ve din özgürlüğü çatışması olarak değerlendirmiştir. Adı zikredilen bu çalışmalarda din özgürlüğünün başka türden bir hakla çatışması durumlarından yalnızca biri ele alınmıştır, oysa

bu tez, din özgürlüğünün birden fazla hak alanı ile çatışmasını ele aldığından kapsam bakımından daha geniştir. Bununla birlikte bu tezde bir çatışma noktasına değil, anayasal hak çatışmasına genel olarak sosyolojik bir bakış açısıyla yaklaşılmıştır. Öte yandan, çalışmaların hiçbiri mahkeme salonu etkileşimlerinin söylem analizi yöntemini kullanmadığından, yöntem ve teknik açıdan bu tez ile benzerlik taşımamaktadır. Dolayısıyla bu tez belirli bir hak çatışmasına değil birden fazla hak çatışması durumunun mahkeme salonu etkileşimlerine sosyal inşacı bir perspektiften yaklaşması bakımından; özgün nitelik taşımaktadır. Öte yandan, bu çalışma ulusal literatürde, mahkeme salonu etkileşimlerini söylem analizine tabi tutan ilk kapsamlı çalışma olması bakımından ve anayasal hak çatışmalarının sosyolojik mahiyetini vurgulayan ilk çalışma olması açsından özgün olup, ulusal din sosyolojisi ve hukuk sosyolojisi literatürüne mütevazı bir katkı sunmayı hedeflemektedir.

-Yönteme Dair Literatür Değerlendirmesi-

Daha önce sözü edildiği üzere, bu tezde ABD Yüksek Mahkemesi'nde görülen ve bir tarafın din özgürlüğü iddiasıyla bulunduğu anayasal hak çatışması davalarının sözlü yargılamalarının söylem analizi yapılacaktır. Mahkeme salonu söylem analizi hukuk söylemi kapsamında değerlendirilen bir araştırma alanıdır. Hukuki söylem, hukuk (McGill, 2016), söylem çalışmaları (Coulthard, 1992), dilbilim (Solan & Gales, 2016) pragmatik (Mey, 2017), siyaset (Habermas, 1996), göstergebilim (Le Cheng vd., 2008), sosyoloji (Chow, 2018) ve psikoloji (Levinson, 2018; Wang & Tu, 2018) gibi çeşitli disiplinlerden akademisyenler tarafından yaygın olarak incelenmiştir. Türkiye'de hukuk söylemi alanında birçok çalışma olsa da[5] ulusal literatürde hukuki söylem bağlamında bilhassa mahkeme salonu söylemini inceleyen tek bir bildiri çalışmasıyla[6] karşılaşılmıştır. Firdevs Karahan, 12 sayfalık bir bildiri

[5] Türkiye'de hukuk ve dil, hukuk söylemi konularında yapılmış bazı tez çalışmaları için bkz.: Emine Damla Turan, "Dava Metinlerine Söylem Çözümlemesi Bağlamında Bir Yaklaşım Denemesi: Yassıada Davaları Örneği", (Doktora Tezi, Karadeniz Teknik Üniversitesi, 2023) ; Hasan Ekmekçi, "Toplumsal, kültürel ve iletişimsel boyutlarıyla bir boşanma analizi" (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, 2010) ; Güler Acar, "Türk hukuk dili: Türk Medeni Kanunu'nun toplumbilimsel açıdan incelenmesi" (Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi, 1996)

[6] Firdevs Karahan'a ait olan bu araştırma bir asliye hukuk mahkemesinde görülen davaların ve dava tutanaklarının söylem çözümlemesi, anlatı çözümlemesi ve kesit dil çözümlemesi yönünden incelenmesi ile gerçekleştirilmiştir. Karahan araştırmasında, mahkeme salonunda kullanılan dilin; mesaj ve bilgi içerikli olması, belli bir bağlamda üretilmiş olması ve mahkeme dışındaki dünyada yaşanılan olaylara gönderme yapması nedeniyle "söylem" niteliği taşıdığını ortaya koymuştur(Karahan, 2014). Karahan, "Davalarda kullanılan sözlü dil ve dava tutanaklarının dilsel özellikleri" adlı çalışmasını 27. Ulusal Dilbilim Kurultayına **bildiri** olarak sunmuştur. Türkiye'deki mevzuat gereği mahkeme salonunda ses kaydı alamayan Karahan, alanda ilk olması sebebi ile oldukça kıymetli olan çalışmasını, davalara bizzat iştirak ederek ve sıkı notlar tutarak gerçekleştirebilmiştir. -Türk Ceza Kanunu Madde 286- (1) ; "Soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasındaki ses veya görüntüleri yetkisiz olarak kayda alan veya nakleden kişi, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır." Görüleceği üzere; duruşmalarda ses, fotoğraf ve video kaydı almanın cezası, 6 aya kadar hapis cezasıdır. Uluslararası alanyazında birçok araştırmacı tarafından ilgiyle kullanılmakta olan mahkeme salonu etkileşimlerinin söylem analizi tekniğinin bu sebeple, Türkiye'de yaygınlık kazanamadığı zannedilmektedir.
https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5237&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5

metni olan bu çalışmasında söyleme ağırlıklı olarak toplumdilbilimsel açıdan yaklaşmıştır. Dolayısıyla bu tez Türkçe alanyazında, sosyolojik bir çerçeveden hareketle mahkeme salonu söylemini analiz eden ilk çalışmadır. Dolayısıyla, yöntemin daha iyi anlaşılması adına oluşum, gelişim ve uygulanışına dair bir literatür değerlendirmiştir. Bu tarz tez çalışmalarında yönteme dair literatür değerlendirmesine genelde ihtiyaç duyulmamaktadır. Fakat, yöntemin ulusal alanyazında ilk kez kapsamlı bir şekilde ele alınıyor olması, okurlara ve araştırmacılara daha detaylı bilgi sunma ihtiyacını doğurmuştur. Bu sebeple, bu tezde yönteme dair bir literatür değerlendirilmesi kısmına yer verilmiştir.

Mahkeme salonu söylem analizi yöntemi ulusal alanyazında yeni kullanılmaya başlansa da uluslararası literatürde birçok farklı alandan araştırmacı tarafından ilgi ile takip edilmiştir. İlk etapta bu alana etki eden çalışmalar dil kodları, sosyal sınıf ve dilbilgisel öğeleri ilişki içerisinde inceleyen sosyolinguistik çalışmalar olmuştur. Örneğin Bernstein, (1962, ss. 221-240) *Social Class, Linguistic Codes and Grammatical Elements (Sosyal Sınıf, Dilsel Kodlar ve Dilbilgisel Unsurlar)* adlı makalesinde toplumsal yapı, dil ve öğrenme arasındaki ilişkiyi araştırmıştır.[7] Bernstein, bu araştırmasında sosyal bilimlerde oldukça yeni olan konuşma analizi yöntemini kullanmıştır. Fakat yöntem, eğitim, toplumsal yapı ve sınıf farklılıklarına bağlı dil kullanımını tespit etme amacıyla sınırlı kalmamış, kısa süre içerisinde yeni alanlara uygulanmaya başlanmıştır.

Günlük hayattaki konuşma tarzları üzerine yapılan sosyo-dilbilimsel araştırmaların bir uzantısı olarak hukuki ortamlar da bu yöntem ile analiz edilmeye başlanmıştır. (Conley vd., 1979, s. 1377). Özellikle, mahkeme salonlarında kullanılan dil ve iletişim kalıplarını analiz etmek için sıklıkla söylem ya da konuşma analizi yöntemlerine başvurulmuştur. Mahkeme salonunu ekileşimlerini analiz yöntemi ilk olarak, Schubert ve Danielsko'nun (1965) *The Judicial Mind (Yargısal Akıl)* adlı çalışmasında olduğu gibi yargıçların toplumsal arka planlarının ve mahkeme salonu etkileşimlerinin analiz edilmesi şeklinde ortaya çıkmıştır (Wodak, 1980, s. 369). Bu alanda kullanıldığında yöntemin odak noktası kısaca, hakimlerin, avukatların, tanıkların ve diğer katılımcıların amaç ve hedeflerine ulaşmak için dili nasıl kullandıklarını analiz etmek olmuştur. Güç dinamikleri oluşturmak için dilin kullanımı, jüri

[7] Berstein bu çalışmasında "kısıtlı" ve "ayrıntılı" olmak üzere iki farklı dilsel kod türü tespit etmiştir. Araştırmada bu kodlar, kullanıldıkları sosyal çevrenin üretimi veya onun bir işlevi olarak görülmüştür. Ayrıca sınırlı bir dil kullanımına sahip kişilerin, daha ayrıntılı dil kullananlara kıyasla düşük sosyal sınıftan oldukları tespit edilmiştir. Yine, başka bir çalışmasında farklı zekâ profillerine sahip orta ve işçi sınıfı deneklerin bir tartışma sırasındaki tereddüt olgularını analiz eden Bernstein, orta sınıf grupların, işçi sınıfı gruplara göre daha kısa cümleler kurduklarını ve daha fazla durakladıklarını görmüştür. Tereddüt olgusundaki bu farklılıklar, zekâ açısından eşleştirilen işçi sınıfı ve orta sınıf grupları karşılaştırıldığında daha da keskinleşmiştir. İki grubun üyelerinin, kelime ve cümle yapılarını belirleyen farklı sözsel planlama düzeylerine sahip oldukları sonucuna varılmıştır. İşçi sınıfından olanların daha kısıtlı ve dar dil kullanımına sahip oldukları görülürken, orta sınıfın "zekâ düzeyinden bağımsız olarak" dilsel hiyerarşinin daha yüksek bir seviyesinden seçim yapmaya yöneldikleri gözlemlenmiştir.

üyelerini veya hakimleri ikna etmek için kullanılan stratejiler ve argümanları ve kanıtları çerçevelemek için dilin kullanım yolları gibi mahkeme salonu söyleminin çeşitli yönleri incelenmiştir (Erickson vd., 1978; Lind vd., 1978; Conley vd., 1979; Wodak, 1980; O'Barr, 1982; Harris, 1984; Matoesian, 1994; Conley & O'Barr, 1998; Conley & O'Barr, 1998; Philips, 1998).

Erickson ve arkadaşları *Speech style and impression formation in a court setting: The effects of "powerful" and "powerless" speech (Mahkeme ortamında konuşma tarzı ve izlenim oluşumu: "Güçlü" ve "güçsüz" konuşmanın etkileri)* (1978, ss. 266-279) adlı makalelerinde, mahkeme salonundaki konuşma kalıplarını incelemiş ve konuşmacıların sosyal statü ve güçleri ile örtüşen konuşma tarzlarına sahip olduklarını tespit etmişlerdir.[8] Konuşma tarzının kişinin, sosyal statüsü ile örtüştüğü, güvenilirliği ve ikna ediciliği üzerinde etkisi olduğu saptanmıştır. Fakat araştırmanın çığır açan sonucu, mahkeme salonlarının sosyal bilimlerde saha olarak kullanılmaya ve hukuki konuların, sosyal psikoloji açısından tartışılmaya başlanması olmuştur.

Benzer araştırmacıların yer aldığı *Social attributions and conversation style in trial testimony (Mahkeme Tanıklığında Sosyal Atıf ve Konuşma Tarzı)* (1978, ss. 266-279) adlı makalede, O'Barr ve arkadaşları ABD'de, North Carolina Üniversitesi'nde, farklı branşlardan 83, hukuk branşından 43 öğrenciye, bir erkek ya da kadın tanığın bir ceza davasındaki ifadelerini dinletmiştir. İfadeler ya avukatın birçok sorusuna tanığın kısa cevaplar verdiği "parçalı" bir tarzda ya da az sayıda soruya uzun cevapların verildiği "anlatı" tarzında sunulmuştur. Mahkeme salonunun çekişmeli ortamı ve cinsiyet tipi göz önünde bulundurulduğunda, az sayıda soruya uzun cevaplar veren kadınların, çok sayıda soruya kısa cevaplar veren erkeklere kıyasla, avukatlar tarafından daha olumlu değerlendirilecekleri öngörülmüştür. Öğrencilerin değerlendirmeleri sonucunda kadın tanıklar ile ilgili öngörü hukuk öğrencileri, erkek tanıklar ile ilgili öngörü ise lisans öğrencileri tarafından doğrulanmıştır. Araştırmanın sonuç kısmında, "hukukun sosyal algısı ve sosyal psikolojisi"ne dair çıkarımlar tartışılmıştır.

Hukuk yazarları, uzun yıllar insan davranışının çeşitli yönleri hakkında spekülasyonlar yapmışlardır. Bu çalışmalar genellikle, yazarların "sezgilerine ve sağduyularına" güvenerek verdikleri; jüri, tanık ve avukatların düşünceleri üzerinde etkili olabilecek ve davaların seyrini

[8] Çalışmada abartılı ifade kullanımı, lafı dolandırma, duraksama ve kafası karışık tonlamalar gibi dilsel özelliklerin sık kullanımı "güçsüz" üslup olarak ifade edilirken, bu ifadelerin daha az kullanımı "güçlü" üslup olarak değerlendirilmiştir. ABD'deki North Caroline Üniversitesinde okuyan Psikoloji bölümü birinci sınıf öğrencilerinin denek olarak kullanıldığı araştırmada, öğrencilere bir mahkeme salonundaki ifadeler ses kaydı veya yazılı transkript şeklinde sunulmuştur. Aynı kanıtları sunmak için güçlü ya da güçsüz bir üslup kullanan erkeklerin ve kadınların ifadelerini dinleyen öğrenciler, kendilerinin ve tanıkların cinsiyetlerinden bağımsız olarak, güçlü üslup kullanan tanıkları daha ilgi çekici bulmuşlardır. Ayrıca, güçlü üslup kullananları güçsüz üslup kullananlara kıyasla daha güvenilir olarak algıladıkları da tespit edilmiştir.

belirleyen bir takım taktiksel tavsiyeleri içermektedir. Conley ve arkadaşları (1979, ss. 1375-1400) *The Power of Language: Presentational Style in the Courtroom (Dilin Gücü: Mahkeme Salonunda Sunum Tarzı)* adlı makalelerinde bu yaklaşımdan uzaklaşarak sosyal bilimlerin "gözlemsel, analitik ve deneysel" yöntemlerini kullanarak yeni bir yaklaşım benimsemiş ve mahkeme salonundaki tanıkların sunum tarzındaki değişikliklerin yasal karar vericiler üzerindeki etkisini sorgulamışlardır. ABD, Kuzey Karolina'da yer alan Durham Bölgesi Yüksek Mahkemesi'nde yapılan davaların incelendiği araştırmada, mahkeme salonunda tarafların sergiledikleri sunum tarzlarının jürinin kararını etkileyebileceği sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıca, mahkeme salonu söyleminin hukukçular ve sosyal bilimciler tarafından önceden olduğundan çok daha fazla gündeme alınması gerektiği belirtilmiştir.

İdeoloji, söylem ve söylem analizi konusunda uzmanlaşmış bir dilbilimci olan Wodak'da *Discourse Anaysis and Courtroom Interactions (Söylem Analizi ve Mahkeme Salonu Etkileşimleri)* adlı makalesine (1980, ss. 369-380) mahkeme salonu etkileşimlerinin söylem analizinin nasıl olacağını mahkeme salonunun kendine has özellikleri çerçevesinde tartışarak başlamıştır ve Bernstein'in yöntemini eleştirmiştir. Viyana mahkemelerinde görülen trafik kazası davalarının duruşma salonlarındaki spontane etkileşimi; yani mahkeme salonunda kimin ne şekilde konuştuğunu ve davrandığını ve nasıl sonuçlar doğurduğunu toplumdilbilimsel söylem analizi tekniği ile incelemiştir. Bu yaklaşım, sosyalleşme biçimlerinin orta sınıf ve işçi sınıfı olarak iki ana sosyal ve dilsel davranış kalıbı ile ortaya çıktığını göstermiştir. Wodak araştırmasında, söylemin bir davanın sonucunu belirleyen önemli bir etken olduğu sonucuna varmıştır: zira söylemin, sanıkların sosyal sınıf, gelir, saygınlık, sorumluluk ve inandırıcılık gibi konumlarında belirleyici olduğu görülmüştür. Buna bağlı olarak çalışma, farklı toplumsal statülere ve rollere sahip insanların farklı söylemlere sahip olduğunu ve bu farklılıkların etkileşimler üzerinde etkili olduğunu ortaya koymuştur. Örneğin, orta sınıftan sanıkların trafik kazalarında, suçu doğrudan reddetmek yerine teknik aksaklıkların sebep olduğu talihsizlik olarak gördüklerini belirttikten sonra kabul ettikleri görülmüştür. Bu tavır, hâkimin suçu nötr bir durum olarak algılayıp sanık ile empati kurmaya başlamasında etkili olmuştur. Bu kişiler mahkeme salonunu domine eden strateji ve değerleri iyi bildiklerinden dolayı spontane etkileşimlerde güçlü bir söylem ve kimlik inşa etmekte daha başarılı olmuşlardır. İşçi sınıfından ve orta alt sınıftan olan sanıklar ise suçu reddetme eğilimi gösterdikleri ve salona hâkim olan kural ve beklentiler konusunda daha az bilgi sahibi oldukları için güçlü bir kimlik inşa edememiş ve hakimlerin suçlulara yönelik mevcut önyargılarını harekete geçirmişlerdir. Sonuç olarak, kanıtları ile suçlulukları ispat edilmiş olsa dahi iyi bir mesleğe sahip olan orta sınıf sanıkların başına gelen bir talihsizlik olarak görülürken, mahkeme salonundaki beklentileri

karşılayamayan düşük sınıflı sanıklar söylemleri sebebi ile potansiyel suçlular olarak görülmüştür.

Bu sonuçlar dolayısıyla Wodak, Luhmann'ın mahkeme salonuna ilişkin sistem-teorik yaklaşımını eleştirdiği bir bölüme yer vermiştir. Luhmann'ın teorisi çerçevesinde mahkeme salonu etkileşimlerine hâkim olan kurallar şöyledir:

a) Mahkeme işlemleri toplumdaki özerk alt sistemlerden biridir.

b) Bu sistem alınan kararları meşrulaştırma işlevi görmektedir.

c) Mahkeme işlemlerinde temel amaç kısa sürede karar alabilmektir.

d) Mutlak gerçek diye bir şey yoktur. Mahkeme salonu etkileşim sürecinin kendisi tüm kararları meşrulaştırır.

e) Mahkeme işlemleri çatışmaları çözüme kavuşturmanın toplumsal olarak kabul görmüş halidir.

f) Mahkeme etkileşimleri, davalının kararı kabul etmesini ve onu anlamasını sağlayan bir "öğrenme süreci" sağlar.

g) Mahkeme dışındaki sosyal roller belirleyici değildir.

h) Dolayısıyla sanıklar hakimle diyalogları sırasında gündelik statüleri ve konumsal rollerinden bağımsız olarak kendi kimliklerini inşa edebilmektedirler.

Wodak, mahkeme salonu etkileşimlerine dair gözlemlerine dayanarak bu kuralların geçerli olmadığını ve hakimlerin kararlarını oldukça farklı kriterler izleyerek aldıklarını öne sürmüştür. Bu karar alma sürecinde mahkeme dışındaki sosyal roller oldukça etkilidir. Wodak, duruşmalardan önce hakimler ile yaptığı görüşmelerde, sanıklar hakkında çok kesin izlenimlere sahip olduklarını görmüştür, örneğin; "bu bir kadın, kadınlar zaten araba kullanamaz" veya "Bu daha önceden hüküm giymiş bir sanık, onun ne olduğunu biliyoruz" gibi ifadeler kullanmışlardır. Hatta hâkimin karar verme sürecinde, sanıkların konuşma tarzları, sözsüz davranışları ve kıyafetleri dahi etkilidir. Luhmann, bu gibi örneklerin mahkeme salonu etkileşimlerinde istisna olduğunu savunsa da Wodak, bunların istisnai durumlar değil bilakis etkileşimlere hâkim olan normlar olduğunu öne sürmüştür. Nitekim daha sonra, Matoesian ve Bogoch tarafından gerçekleştirilen araştırmalarda da mahkeme salonu söyleminin taraflı ve cinsiyetçi yönü ortaya çıkartılmıştır.

Matoesian (1993), *Reproducing rape : domination through talk in the courtroom (Tecazvüzün Yeniden Üretilmesi: Mahkeme Salonunda Konuşarak Tahakküm Kurma)* adlı kitabında ABD'deki tecavüz davalarının ses kayıtlarının analizine ve bir kadına yönelik cinsel saldırının mahkeme salonunda kullanılan söylem aracılığıyla, nasıl rızaya dayalı ve rutin bir eyleme dönüştürülerek toplumsal açıdan inşa edildiğine odaklanmaktadır. Salon içindeki

etkileşimler sırasında savunma avukatlarının, "olayı mağdurun isteğiyle gerçekleşmiş gibi hikayeleştirmek" için dili nasıl kullandıklarını analiz edilmiştir. Analiz sırasında, mahkeme salonu konuşmalarında karizmatik hitabet ve retorik becerilerine, kelime seçimleri ile yapılan manipülasyonlara, ifadelerin tutarlı olup olmadığına ve tarafların söz alırken izledikleri düzene odaklanmıştır. Matoesian analizin sonuç kısmında, mahkeme salonu etkileşimleri sırasında savunma avukatlarının gerçeği manipüle ettiği ve kadınlar üzerindeki ataerkil tahakkümü sürdürdüğü sonucuna ulaşmıştır.

Benzer şekilde, Bryna Bogoch (1999, ss. 329-375) *Courtroom Discourse and the Gendered Construction of Professianal Identiy (Mahkeme Salonu Söylemi ve Mesleki Kimliğin Cinsiyetçi İnşası)* adlı makalesinde, İsrail bölge mahkemelerindeki hukuk söyleminin kadınların ikincil konumunu yinelemedeki rolünü ortaya çıkarma çabasında feminist akademiye katkı sunduğunu belirtmiştir. Mahkeme salonu söylemi üzerine yapılan çalışmalar, mahkeme salonunda kadın hukukçuların profesyonel olmaktan çok tanık ve mağdur rolünde olduğunu ortaya çıkarmıştır. Bogoch, hukuk profesyonellerinin mahkeme salonundaki etkileşimlerini söylem analizi tekniği ile incelediği araştırmasında, hukukun ataerkilliğinin ve hukuktaki kadın profesyonelleri içeren uygulamaların cinsiyetçi karakterinin bir mikro analizini sunmuştur. Ona göre, kadın avukatların ve hakimlerin duygusallıkları nedeni ile nesnel, tarafsız ve mesafeli olamamak nedeni ile eleştirildikleri mahkeme salonları, profesyonel kimliğin cinsiyetçi inşasına sahne olmaktadır.

Araştırmalar neticesinde, dilin tarafsız bir aktarım aracı olmadığı bilakis toplumda var olan güç ilişkilerinin sahnesi olduğu fikri pekiştikçe mahkeme salonu söylemini analiz eden araştırmacılar Foucault'nun söylem tanımına daha fazla ilgi duymaya başlamışlardır. Nitekim, bir dilbilimci olan Stygall (1994) Anglo-Amerikan hukuk söylemi ve jürili duruşma ortamında Amerikan hukuk söylemi üzerine yapılan ilk kapsamlı söylem analizi olan *Trial Language: Differential Discourse Processing and Discursive Formation (Duruşma Dili: Farklılık Gösteren Söylem İşleyişleri ve Söylemsel Oluşum)* adlı kitabında mahkeme salonu söylemine Foucault'cu bir perspektiften bakmıştır. Jürili bir hukuk duruşmasında toplanan verilerle, duruşmaya katılan hukukçuların ve hukukçu olmayan jüri üyelerinin söylem süreçlerinin karşılaştırıldığı kitapta, duruşmaların tamamı incelenmiş ve hukukçu olmayan jürilerin davaları anlamasını zorlaştıran şeyin Foucault'nun da sözünü ettiği söylemsel oluşum düzeyindeki kısıtlamalar olduğu ortaya konulmuştur. Stygall'a göre bu kısıtlamalar arasında; a) olayın hikayeleştirilmesi ve anlatımında hukukçulara öncelik verilmesi b) sıradan tanıkların anlatılarının bastırılması c) tanıkların belirli kanıt türlerini kullanmalarına yönelik kısıtlamalar d) meslekten olmayan katılımcıların hukuk metinlerinin hakim olmayışlarından dolayı

üzerlerinde oluşan otorite e) işlenen fiilin hukuk dilindeki karşılığının bilinmemesi d) davacı tarafın avukatının kanıt sunarken aynı zamanda jüriye teknik hukuki terimleri de kullanması ve açıklaması gerekliliğiyle hukuki "ispat yüküne" eşlik eden dilsel bir "yük" yer almaktadır. Tüm bu faktörler, hukuki söylemi meslekten olmayan katılımcılar için anlaşılmaz kılmakta ve jürinin kararını, davayı başlatan olayların sağduyulu bir senaryosuna dayanarak vermesiyle sonuçlanmaktadır. Çalışma, mahkeme salonu söylemine yönelik geleneksel toplum dilbilimsel açıklamanın başarısız olduğunu, kurumsal dilin ne denli güçlü ve etkin olduğunu açıklayabilmek için güçlü bir sosyal teori olan "Foucaultcu söylem analizine" duyulan ihtiyacı vurgulayarak sonlanmıştır.

Aynı şekilde, Cotterill'de (2003) *Language and Power in Court: A Linguistic Analysis of the O.J. Simpson Trial (Mahkemede Dil ve İktidar: O.J. Simpson Davasının Dilbilimsel Analizi)* adlı kitabında yüzyılın en önemli davalarından olan O.J. Simpson[9] davasında dili tıpkı Foucault gibi iktidar ilişkileri ile ilişkisi üzerinden ele almıştır. Çalışmada dava bütün yönleri ile ele alınmış ve dilbilimin yanı sıra psikoloji, sosyoloji, kriminoloji ve hukuk da dahil olmak üzere birçok disiplinden faydalanılmıştır. Hem iddia makamı avukatlarının hem de savunma avukatlarının olayı jüri beklentisini karşılayacak şekilde nasıl hikayelendirdiğine ve etkileşim sırasında sorulan sorularla verilen cevaplara odaklanılmıştır. Cotterill dava sürecince işlenen konularda verilerin kendi adına konuşmasına izin verdiğini belirtmiştir (2003, s. 3). Bu sebeple kasıtlı olarak her bir durum için ne tür bir analizin konuyu en iyi şekilde aydınlatacağını göz önünde bulundurarak mahkeme salonundaki dili mercek altına almıştır. Örneğin; mahkeme salonu etkileşimlerinin temel dinamiklerinin analizi için Hymes'ın (1972) *etkileşimsel toplumdilbilim* ve Gofmann'ın *katılımcı rolleri ve çerçeveleri* teorisinden faydalanmıştır. Yine katılımcıların söze başlama ve açılış ifadelerinin analizine en uygun olduğu düşünüldüğü için bu kısımlarda *derlem dilbilim* (belirli bir dil kullanımına dair sıklık bilgisini tespit) ve *bürün dilbilim* (dilin ton, ezgi, vurgu, uzunluk gibi boyutlarını tespit) yöntemlerini kullanmıştır. Cotterill, kitap boyunca duruşma tutanaklarına ek olarak bir de davanın medyada nasıl yer aldığına, jüri üyeleri ve Simpson'la duruşma sonrası yapılan mülakatlara odaklanmıştır. Bununla birlikte kitabın temel vurgusu "dilin ne kadar güçlü bir araç olduğudur"; bu maksatla duruşma salonunda suçun (yeniden) sunulması ve (yeniden) kurgulanmasında dilin inşa edici rolü üzerine durulmuştur.

[9] Eski Amerikan futbolcusu O.J. Simpson'ın 1995 yılında eski karısı Nicole Brown ve arkadaşı Ron Goldman'ı öldürme suçlamasıyla yargılandığı davadır. Simpson 1995 yılında görülen duruşmada masum kabul edilse de 1996 yılında dava tekrar görülmüş ve Simpson suçlu bulunarak otuz üç milyon dolara tazminat cezasına çarptırılmıştır. Dava Amerikan medyasında büyük şöhret bulmuş ve Amerikan tarihine en kötü şöhretli ceza davalarından biri olarak geçmiştir. Kaynak: *Encyclopedia Britannica* (17 Aralık 2015), "O.J Simpson Trial" https://www.britannica.com/event/O-J-Simpson-trial (son erişim: 8 Mayıs 2023).

Nitekim, sözlü yargılamaların (oral arguments) mahkemelerin karar verme sürecinde nasıl bir rol oynadığı birçok araştırmacının ilgi alanı olmuştur. Bu araştırmacılardan biri olan Johnson (2001, s. 331) Amerikan Yüksek Mahkemesi'nde görülen sözlü yargılamaların, mahkemenin karar alma sürecinde belirleyici olduğu sonucuna varmıştır. Ayrıca yargıçların dava kararını kendi görüşleri doğrultusunda belirleyebilmek için sözlü tartışmalardan elde ettikleri bilgileri kullandıklarını tespit etmiştir. Benzer şekilde Ringsmuth ve arkadaşları (2012, s. 429) da avukatların birbirlerini ikna eme sürecinde sunulan sözlü argümanların Amerikan Yüksek Mahkemesi'ndeki yargıçların fikirlerini belirlemede etkili olduğunu belirtmiştir.

Bunlara ek olarak, Tracy[10] de (2011, ss. 65-66) ABD yüksek mahkemelerindeki salonundaki tartışmalar sırasında bir kişiye atıfta bulunmak için kullanılan terimler ile avukat ve yargıçların duruşları arasındaki ilişkiyi incelemiş ve bu terimlerin kasıtlı tercih edildikleri sonucuna varmıştır. Tracy'ye göre bu ifadeler basitçe bir kişiye işaret etmenin ötesinde, tarafsız olmayan kasıtlı kullanımlardır. Bu sebeple, toplum içinde bir kişiden söz ederken kullanılan ifadelerdeki değişiklikleri, tutum değişikliği olarak okumak yanlıştır zira bu ifadeler değer yüklüdür ve içerisinde gizil anlamlar barındırmaktadır. Dolayısı ile, nesnelere/kişilere verilen isimler bize bu kişilere nasıl davranmamız gerektiğine dair ipuçları veren ahlaki yargıları da içermektedir (Burke, 1954, s. 176).

Bu sebeple hukuk insanları ahlaki yargılarını savunurken tarafsızmış gibi görünebilmek adına birçok teknik geliştirmiştir. Örneğin, kesinliği tartışmalı ve inkâr edilebilir olan önermeler kullanılamayacağından tartışmasız ve kesin önermelerden aynı görevi görecek olanlar seçilerek kullanılmakta ve bu dil oyunları vasıtası ile hukukun yönünü belirlenmektedir (Amsterdam & Bruner, 2000, s. 175). Tracy, küçük kelimelerin neyin doğru veya yanlış, makul yada değil olduğunu belirlemede oldukça güçlü olduğunu göstermek için Burke'un (1954) ait *ağırlıklı kelimeler* (weighted words) kavramından faydalanmıştır. Ağırlıklı kelimelerin, ABD temyiz mahkemelerinde gerçekleşen seçili davaların sözlü tartışmalarında nasıl kullanıldığı ve bu davalardan önceki 20 yıl içinde toplumun genelinde nasıl kullanıldığı ile ilişkilendirerek incelenmiştir. Makale, sonuç kısmında eyalet temyiz mahkemelerinin söylem analizinin yapılmasının önemini vurgulanmıştır.

Nitekim, Tracy'de tıpkı Davies ve Harre gibi (1990, 1999) gibi dil kullanımını kişilerin bireysel "tutumlarını" yansıtan tarafsız ifadeler olarak görmenin yanlış olduğunu ve söylemlerin kişilere nasıl davranılacağına yönelik imalar içeren kasıtlı konumlandırmalar olduğunu kabul etmiştir. Zira, duruşmalar sırasında kullanılan terimler davaların seyrini

[10] Tracy (2011), *What's in a name? Stance markers in oral argument about marriage laws* adlı çalışmasında üç Amerikan eyaletinin Yüksek Mahkemeleri'nde görülen davaların sözlü duruşmalarını söylem analizi tekniği ile incelemiştir.

değiştirecek ve sonucu belirleyecek kadar güçlüdür (Dettenwanger, 2015). Örneğin, Chaemsaithong (2019, s. 240) rakip mahkeme salonu anlatılarını dilbilimsel olarak incelediği çalışmasında, çatışan tarafların zıt söylemsel uygulamalar yolu ile farklı kimlikler ve alternatif gerçeklikler inşa ettiklerini ortaya koymuştur. Başka bir deyişle, rakip mahkeme anlatılarında belli işaretler kasıtlı olarak kullanılarak karşı tarafa toplumsal olarak kabul görmüş "suçluluk" veya "haksızlık" pozisyonlarından biri tahsis edilmektedir. Dolayısıyla tarafsız gibi görünen dilsel işaretlerin toplumsal açıdan uzlaşılmış anlamları, kurumsal söylemi kasıtlı bir yöne sevk etmeye -mahkeme salonunda da- muktedirdir. Nitekim, Chaemsaithong araştırmasının sonucunda konuşmacıların kullandığı işaretlerin, ait oldukları söylem ve ideoloji ile derinden alakalı olduğunu ortaya koymuştur (Chaemsaithong, 2019, s. 259).

Nihayetinde, tüm bu çalışmalar toplumsal ideolojilerin veya söylemlerin, hukuku dil aracılığıyla inşa ettiğinin bir göstergesidir. Bu sebeple tezde, toplumsal gerçekliğin dil aracılığıyla inşa edildiğini savunan sosyal inşacı bir perspektiften, insanların temel anayasal haklarının çatıştığı davaların mahkeme salonu etkileşimlerinin söylem analizi yapılmıştır. Öte yandan, yukarıda zikredilen, mahkeme salonu söylemini konu edinen çalışmalardan görüleceği üzere mahkeme salonları kusursuz işleyen, nesnel, kurallı ve tutarlı alanlar değildir. Aksine yargıçların ideolojilerinin veya tarafların mahkeme salonunda daha güçlü bir söylem inşa etmelerinin kararlar üzerinde belirleyici olduğu alanlardır. Sonuç olarak, anayasal hak çatışması davalarının mahkeme salonu söylem analizini yapmak; toplumun farklı grupları arasında cereyan eden çatışmaların hangi taraf lehine sonuçlandığını, hakem konumunda olanların ideolojileri ile bağlantılı olarak incelemektir. Dolayısıyla, bireylerin din özgürlüklerinin mahkeme salonundaki avukatlar ve yargıçların söylemleri yoluyla nasıl sürekli yeni inşalara konu olduğunu anlamaktır.

Görüleceği üzere bu tezin sahası olan mahkeme salonu söylemi, araştırmacılar tarafından öncelikle toplumdilbilimci (sociolinguistics) bir yaklaşımla söylem analizine tabi tutulmuştur. Toplumdilbilim ve söylem analizi bazen birbirleri yerine kullanılsa da odak noktaları farklılık gösterir. Toplumdilbilim, çok basit ve sağduyulu bir tanımla, kimin kiminle, ne zaman, nerede ve neden hangi dili konuştuğu sorularını araştıran bir disiplindir (Wodak, 1980, s. 370). Başka bir deyişle, farklı gruplarda dil kullanımının nasıl çeşitlendiğini; bölge, yaş, cinsiyet, sosyal sınıf, köken vb. özellikleri göz önünde bulundurarak faklı kelimeleri, gramer biçimlerini, sesleri, tonlama kalıplarını vs. nasıl kullandıklarını incelemektedir (Nessa & Malterud, 1990, s. 78). Söylem analizi ise dildeki ifadeleri kullanıldığı sosyal ve kültürel bağlamın özeliklerini dikkate alarak yani bir kelimenin, cümlenin veya metnin ne anlama geldiğini muhatap (konuşmacı/yazar ve dinleyici/okur), mekân, zaman, konuşulduğu söylemin genel çerçevesi

gibi bağlamlarda analiz eden bir yaklaşımdır (Fairclough, 1992). Toplumdilbilim ve söylem analizi yaklaşımları dil kullanımını toplumsal bağlamında incelemeleri sebebiyle sıklıkla örtüşseler de aslında çalışmaların odak noktaları farklılık gösterir. Toplumdilbilim, bir anlamın farklı sosyal gruplardan konuşmacılar tarafından nasıl farklı şekillerde ifade edildiğini incelerken, söylem analizi bir dilsel biçimin farklı bağlamlarda nasıl farklı anlamlar kazanabileceğini inceler. Fakat her iki disiplin birbirlerinin verilerinden faydalanarak daha iyi açıklamalara erişebilir. Örneğin, bir söylem analisti muhatapların sosyal kimlikleri ve iletişimsel alışkanlıklarını dikkate almadan metnin muhtemel anlamlarını açıklığa kavuşturmada sıkıntı yaşayabilir. Yine, bir toplum-dilbilimci de belli bağlamlarda anlamın nasıl inşa edildiğini, grupların kendilerini nasıl tarif ettiklerini açıklığa kavuşturmadan onların farklı dil kullanımlarına ilişkin derinlemesine bir analiz gerçekleştirmekte zorlanır (Boutet & Maingueneau, 2005, s. 27). Bu sebeple mahkeme salonu söylemini analiz eden bazı araştırmacılar bu iki yaklaşımı bir arada kullanmışlardır.

Öte yandan mahkeme salonu bağlamında "söylem" sözcüğünün üzerine uzlaşılan tek bir anlama sahip olmaması nedeniyle mahkeme salonu söylem analizi yöntemi ile kastedilen de her zaman aynı değildir. Söylemin dilsel ve toplumsal olmak üzere iki farklı anlamı vardır. Dilbilimsel anlamda söylem, tek bir cümleden daha büyük olan konuşma ve metin parçalarını ifade etmek için kullanılır. Söylemin bu anlamında, söylem analizi de bu parçaların nasıl yapılandırıldığının ve etkileşim esnasında nasıl kullanıldığının incelenmesidir. Hukuk bağlamında kullanıldığında ise dilbilimsel söylem, mahkeme salonundaki ifadeleri, kapanış argümanlarını, avukat, müvekkil görüşmelerini, ihtilaflı gruplar arasındaki tartışmaları ve arabuluculuk konuşmalarını ifade eder.

Söylemin ikinci anlamı ise Foucault'cu anlamda söylemin nasıl anlaşıldığıdır. Foucault'ya göre söylem hakkında konuştuğu nesneyi şekillendiren her türlü edimin adıdır (Foucault, 1972, s. 49). Ayrıca kendimiz dışındaki dünya ile ilişkimizi belirleyen kavramları ve bilgileri bize sunan söylem "iktidar" ile yakından alakalıdır (Burr, 2012, s. 67). Söylemin bu anlamında söylem analizi ise en genel anlamda dilin iktidar ilişkileri ile nasıl iç içe geçtiği ile ilgilenir. Başlangıçta birçok araştırmacı analitik dikkatlerini söylemin dilsel yapısına yöneltmiş ve yasal karar verme süreçleri üzerindeki etkilerini anlamaya çalışmışsalar da son yıllarda gerçekleştirilen çalışmalarda, hukuk söyleminin; hukuki, siyasi ve ekonomik gücün kullanımına ilişkin sonuçlarına yani söylemin toplumsal anlamına daha fazla odaklanılmıştır (Conley vd., 1998, ss. 8-9).

Söylemin Foucault'cu yani toplumsal inşacı anlamında dil, güç ve eşitsizlik arasında sıkı bir ilişki vardır. Çünkü güç, bilhassa da yasal güç dil aracılığıyla, yalnızca engelleyip yasaklar

koymaz, aynı zamanda onun vasıtasıyla "gerçekliği, nesnelerin hakikatte ne olduğunu ve bunun 'pratik sonuçları'nı üretir"(Foucault, 1977, s. 194). Yasal güç, bir meclisin veya kongrenin yasa çıkarması veya anayasayı değiştirmesi gibi devletin gücü şeklinde ortaya çıkabileceği gibi polis tutuklamaları, savcı suçlamaları, jüri kararları ve yargıç cezaları gibi bireyler üzerinde doğrudan etkili yerel kararlar şeklinde de gerçekleşebilir (Conley vd., 1998, s. 10). Hukuk söyleminin her ediminde nesne belirli bir anlama doğru kasıtla itilir ve bu konumlandırma birilerinin otoritesini pekiştirirken, diğerlerini belirlenmiş edilgen nesnelere dönüştürerek eşitsizliğe sebep olur. Dolayısıyla, güç kullanıldıkça hem kendi kendini pekiştirir hem de kaçınılmaz olarak kendi düşmanlarını üretir. Bunun sonucunda dışlananlar, kendilerine baskı uygulanan alanları büyük direniş alanlarına çevirebilir. Fakat bu direniş Marx'ın savunduğu devrimlerden ziyade yerel iktidarların ara sıra da olsa önemli ölçüde bireyler tarafından ele geçirilmesi şeklinde gerçekleşir (Conley vd., 1998, s. 9). Nitekim, olması gereken hukuk ile gerçekte olan hukuk arasında farklılık olduğu iddia eden ve bu farkı inceleyen *boşluk çalışmaları* (gap studies), bireylerin kendilerini dışlayan yasal güç ile onu üreten toplumsal yapı ve anlamlara direnmek için hukuku kullandıklarını ortaya koymuştur. Böylece hukuk hem dil aracılığıyla eşitsizliklerin kökleştiği hem de bu eşitsizliklere karşı toplumsal direniş ve bilincin dirildiği bir çatışma alanına dönmüştür. Dışlanan ve güçsüz gruplar hukuk söylemine stratejik bir kaygı ile yaklaşıp kendi lehlerinde olacak şekilde kullanarak kendileri ile ilgili toplumsal bilinç ve farkındalık oluşturmaya çalışırlar (Hoffmann, 2003; Hull, 2003; Marshall, 2003). Bu durum, hukukun çatışmaları önlemek ve çözmekten çok üreten ve kökleştiren bir hal almasına, bir toplumsal eylem ve protesto sahnesine dönüşmesine sebep olmuştur (Marshall & Barclay, 2003, s. 624).

Bu sebeple, söylemin kullanıldığı topluluk ve iktidar ilişkilerindeki rolü bağlamında ne anlama geldiğini Foucault'cu söylem anlayışı etrafında analiz etmek, mahkeme salonu etkileşimleri de dahil olmak üzere mikro ölçekli konuşmalarda yapılan dilbilimsel analizlerden daha önemlidir. Bu sebeple, Conley ve arkadaşları (1998, s. 9) söylemin dilbilimsel ve toplumsal anlamları birbirini besleyen kaynaklar olarak görmüşlerdir. Ne var ki onlar bu argümanı, söylemin bu iki anlamının söylem analizi sürecinde kaçınılmaz olarak birlikte düşünülmesi gerektiği iddiasını gerekçelendirirken kullanmışlardır. Bu araştırma kapsamında ise söylemin dilbilimsel analizinin, iktidar ilişkilerini inceleyen makro düzeyli analiz için bir kaynaklık teşkil edebileceği kabul edilse de aralarındaki ilişki mecburi görülmemektedir.

Mikro düzeyli bir etkileşimde dilin iktidar ilişkileri ile nasıl iç içe geçtiğinin anlaşılmasında dilbilimsel bir analizin faydalı olabileceği kabul edilse de her durumda mutlaka gerekli bir araç olarak değerlendirilmemektedir. Nitekim, yöntemleri ve odak noktaları değişik olsa da mahkeme salonu söylemine yönelik araştırmaların birçoğu "hukuk söylemi"

çerçevesinde dilin eyleme gücünün ve söylemin hakkında konuştuğu kişi ve nesneleri belirleme gücünün kabul edildiği sosyal inşacı düşünce atmosferinde gerçekleşmiştir. Bu sebeple, alana ilgi duyan dilbilimciler dahi çalışmalarında söylem analizine güç ilişkilerine ve eşitsizliklere odaklanan Foucaultcu eleştirel söylem analizini kullanmışlardır (Stygall, 2001). Nitekim Foucault'ya göre söylem, dil aracılığı ile bilginin üretilmesi anlamına geldiğinden dilbilimsel bir kavram olmanın ötesindedir. Söylem, bir nesnenin bilgisini ürettiğinden, onun hakkında nasıl konuşulacağını ve hatta o konuda nasıl davranılacağını da belirlediğinden iktidar kavramı ile doğrudan ilişkilidir (Bircan, 2016, s. 92). Bu düşüncede, bir şeye işaret etmek maksadıyla yapılan kelime tercihi Saussure'nin dilbilgisel yaklaşımında olduğu gibi özne tarafından değil söylem tarafından belirlenmiştir. Diğer bir deyişle "kelimeler ve şeyler" arasındaki mütekabiliyeti inşa eden özne veya nesnenin kendisi değil içerisinde yer aldıkları söylemsel kültürdür (Bircan, 2016, s. 91). Gerçekten, mahkeme salonu söylemine dilbilimsel bir çerçeveden yaklaşan yazarların dahi günün sonunda dil kullanımını konuşan öznenin dışına taşırarak; önyargı, toplumsal sınıf farklılıkları, cinsiyet, etnisite gibi unsurlar üzerinden açıklamaları, bunun bir göstergesidir.

Öte yandan Widdicombe'ye göre geniş ve ideolojik bir bakış açısı ile söylem analitik bir duruş sergilemeksizin yalnızca "konuşma analizi" ile dil kullanımı ve iktidar arasındaki ilişkiyi açıklamak için yeterlidir. Kapsamına gücü de alan diyaloğa dayalı konuşma analizleri bunun en önemli göstergesidir (Carranza, 2007, s. 186). Ne var ki, konuşma analizi yaklaşımı, etkileşime hâkim olan iktidar ilişkilerini göz önünde bulundurarak yalnızca gücü ihmal ettiği eleştirisinden kurtulmuş olur. Zira bu düzeyde bir analiz, gücün toplumsal yeniden üretim ve en önemlisi toplumsal değişim üzerine etkisinin etkileşimler yolu ile nasıl sağlandığını veya alt üst edildiği üzerine bir arkaplan sorusu ve motivasyonu içermemektedir. Nitekim konuşma analistleri, konuşmanın gerçekleştiği ortama ve konuşmacının sözlerine yüklediği anlama bu anlamın dışsal ve söylemsel belirlenimlerinden daha fazla odaklanmaktadırlar (Antaki, 2008, s. 438). Dolayısıyla, bu araştırmada konuşma analizinin değil de söylem analizinin benimsenmiş olması; toplumun her bir yapısını -dolayısıyla mahkeme salonlarını da- bir mücadele ve direniş alanı olarak gören; bu sebeple, dil kullanımının gerçekliğin nötr bir şekilde sunuluşu olduğunu reddeden Foucault'cu söylem çerçevesi nedeniyledir.

1. BÖLÜM: ARAŞTIRMANIN KURAMSAL ÇERÇEVESİ

Post modernizmin etkisi ile 20. yüzyılın son çeyreğinden günümüze kadar geçen süreçte sosyal bilimler alanında birbirinden farklı yaklaşımlar ortaya çıkmıştır. Bu yaklaşımlardan biri olan ve toplumun dil ve söylem aracılığıyla inşa edildiğini iddia eden "sosyal inşacılık" bu tezin kuramsal çerçevesini oluşturmaktadır. Bu bölümün ilk başlığında, sosyal inşacılık; post-yapısalcılık ve yapı sökümcülük gibi alt başlıklarıyla birlikte; ortaya çıkışlarında etkili olan sosyolojik ve entelektüel vasata, reddiyelerine ve tekliflerine kısaca değinilerek açıklanmaya çalışılmıştır. Ayrıca alt başlıklarda, bu tezde ele alınan davaların mahkeme salonu söylemlerinin analizinde faydalanılan Foucault'cu söylem analizi yöntemi ve Davies ve Harre'nin konumlandırma teorisi, tezin soyut, sistematik çerçevesi olan sosyal inşacılıkla bağlantılı olarak daha ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır.

İkinci olarak yine sosyal inşacı çerçeveden hareketle hukuk ve söylem arasındaki ilişki incelenmiştir. Bu kısımda özetle, toplumun dil ve söylem aracılığıyla inşa edildiği düşüncesinden hareketle, toplumun yapılarından biri olan hukukun ve mahkeme salonlarının da söylemsel inşalara konu olan yerler olarak ele alınışı tartışılmıştır. Daha sonra, tezin anayasal hak çatışmaları bağlamı dolayısıyla, anayasaların ve koruma altına aldığı insan haklarının da dil ve söylem aracılığıyla inşa edilişi; Foucault'nun "söylemin oluşumunu mümkün kılan koşulların incelenmesi" (Çelebi, 2016, s. 993) olarak gördüğü arkeolojik yönteminden hareketle analiz edilmiştir.

1.1. Sosyal İnşacılık

"...hieße das nicht den Intellekt kastrieren?" Nietzche "peki bu, aklı hadım etmek manasına gelmez mi?" sorusunu, aydınlanmanın insan iradesi ve duygularını ortadan kaldıran "nesnellik" tutkusuna yöneltmişti (Nietzsche, 1887, s. 12). Nietzsche'nin aklın ve bilimin aydınlanmanın dogmaları olduğu ve tarihin belirli bir amaca doğru ilerlemediği savunusu aynı zamanda "post modernizm"in başlangıç noktasını teşkil etmekteydi. Postmodernizm dünyanın büyük anlatılar ile anlaşılamayacağını öne süren ve doğrunun keşfedilebilir bir doğası olduğunu reddeden bir düşünce akımı olarak ortaya çıkmıştır (Lyotard, 1984, s. 8). Bu çerçevede "ya gerçeklik diye bir şey yoktur ya birden fazla gerçeklik vardır ya da gerçeklik kültüre özgüdür… Şayet gerçeklik diye bir şey mümkünse, o muhakkak görecelidir" (Cunningham & Fitzgerald, 1996, s. 49-50). Post modern düşünce, modernizmin mutlak ve yukarıdan aşağıya aktarılan

dikey "hakikat" resmini, yatay ve alışveriş halindeki göreceli hakikatler şeklinde yeniden tasvir etmiştir.

Kültürel arka planını post modernizmden alan sosyal inşacılık da hakikatin göreceliliği resmi ile uyumlu olarak dünyayı anlama yollarımızın, kullandığımız kategori ve kavramların kültüre ve zamana özgü olduğunu öne sürmektedir. Olayların yorumları arasından birini doğru kabul edip, diğerlerini kurgu kabul etmemizin sebebi, doğru kabul edilen görüşün özünde bir hakikat barındırması ile alakalı değildir. Çünkü bu yaklaşıma göre, bilgi ve gerçeklik söylemler aracılığı ile sosyal süreçlerde inşa edilmektedir (Burr, 2012, s. 7). Fakat sosyal inşacı düşünürlerin tamamı hakikatin göreceliliği noktasında hem fikir değildir. Örneğin Parker, dünyayı anlama yollarımızın ve eylemlerimizin sosyal olarak inşa edildiğini öne sürmekle birlikte, gerçek şartların varlığını ve sosyal inşaları sınırlandırma ve biçimlendirmedeki rolünü kabul etmektedir. Parker'a göre mesela bir arada çalıştıkları için erkek işçilerin haksızlıklar karşısında kolektif bir tavır takınıp sendikalar kurmaları beklendik bir şeydir. Fakat, her biri kendi evinde temizlik ve yemek işleri ile meşgul kadınların sendikalaşarak toplu eylemler yapması fiziksel şartlar gereği daha düşük bir ihtimaldir (Parker, 1992, s. 36). Erkeklerin iş yerinde bir arada olması ya da kadınların çoğunlukla evde olması gibi gerçek şartlar onların eylemlerinin ne yönde olacağını da etkilemiştir. Dolayısıyla gerçeklik sosyal olarak inşa edilse dahi mevcut koşullar bu inşanın yönünü ve sınırlarını belirlemede etkilidir. Sonuçta tüm bu görecelilik ve gerçeklik tartışmaları arasında sosyal inşacılığın teklifi, kesin kabul edilen "gerçekliğe karşı eleştirel bir duruş" takınmaktır.

Sosyal inşacılık; post yapısalcılık, yapısökümcülük ve söylem analizi gibi başlıklar altında ortaya çıkmıştır. Zaman zaman post modernizm yerine kullanılan post yapısalcılık, kendisinden sonra geldiği ve çeşitli ilavelerde bulunduğu yapısalcılık ile iki temel noktada hem fikirdir. Bunlardan ilki dilin insan kimliklerini inşa edici rolüdür. Kimliğimizi, duygu ve düşüncelerimizi diğerlerine, dil tarafından önceden belirlenmiş yapılar vasıtası ile aktarırız (Burr, 2012, s. 54). Toplumsal fenomenler, dil ve diğer sosyal eylemler ile oluşturulup korunmaktadır (Peter L. Berger & Luckmann, 1966). İkincisi ise, anti-hümanist duruş sahibi olmalarıdır. Hümanizm insanı, yapıp etmelerinde ve kim olduğunu belirlemede iradeli ve tutarlı bir fail olarak görür ve bunu insanın "asli doğasına" bağlar. Oysa yapısalcı ve post yapısalcı görüşlere göre sosyal dünyada olup biten şeylerin açıklamasını bireylerde değil, onların diğerleri ile etkileşiminde kullandıkları dilde aramak gerekmektedir, çünkü anlam dilde üretilmektedir. Post yapısalcılığın yapısalcılıktan ayrıldığı yer de işte burasıdır. Dilde üretilen anlam bir kez ortaya çıkmış ve değişmez değildir, aksine her an değişmekte ve yeniden inşa edilmektedir (Burr, 2012, s. 54). Örneğin; bir kitap, bir film, duvardaki tablo, giysiler veya

herhangi bir şey anlamı sürekli olarak değişmeye konu teşkil eden metinlerdir. İnsanlar gündelik konuşmalarında veya ikinci bakışlarında daha önceden izledikleri bir filmin anlamını yeniden inşa edebilirler (Denzin, 1995, s. 52).

Post yapısalcılık, anlamın sürekli yeniden üretiliyor olmasından dolayı insanın tekil, düzenli, tutarlı ve doğasından gelen bir benliği olduğu fikrini reddeder. Bunun yerine, tek düze bir kimliği olmayan, tutarsız bir insan resmi çizer. Çünkü "insan özneleri dilin yapısı ve ideolojisi ile sürekli inşa edilmektedir." Bu sebeple, Potter ve Wetherell, geleneksel olarak kabul gören "tutum" kavramını sosyal inşacı bir analize tabi tutarak, sorgulamıştır (Potter & Wetherell, 1987). Onlara göre, sosyal bilimciler insanların söz gelimi işsizlik, göç vs. gibi durumlar üzerine yaptıkları yorumların o konudaki tutum ve kanaatlerini yansıttığını düşünmektedir. Oysa kişinin kullandığı dil, kafasındaki tutumun kusursuz bir ifadesi olarak düşünülemez. Tutumların var olmadığını öne süren Potter ve Wetherell bunun ispatı için herhangi bir kişinin mülakat sırasında aynı konu üzerine verdiği tutarsız ifadelerin incelenmesinin yeterli olacağını savunmuştur. Onlara göre insanların ne söylediklerini anlamak için ifadelerinin hangi amaca hizmet ettiğine bakmak gerekir. Potter ve Wetherell, "söylem" kavramını en geniş anlamıyla bütün yazı ve konuşma türlerini içerecek şekilde kullanmaktadırlar ve onun algıları düzenleme ve olayları gerçekleştirme üzerindeki etkilerini incelemektedirler. Onlara göre "dil" etkindir ve iddia etmektedir; dolayısıyla da sosyal ve politik açıdan anlam taşımakta ve sonuçlar doğurmaktadır (Potter & Wetherell, 1987). Sonuç olarak, sosyal gerçeği inşa etmede söylemi önemli bir aktör olarak gördükleri için dil kullanımlarının sosyal ve kültürel bağlamlar tarafından nasıl şekillendirildiğinin incelenmesi gerektiğini savunmuşlardır.

İnsanlar hayatları boyunca farklı söylemler ve hakikat iddialarının iktidarı altına girerler. Örneğin; bir Türkiye'li, ülkesine sığınan milyonlarca Suriyeli mülteciyi -İslam'ın ilk dönemlerinde yaşanan Hicret olayına atıfla- "muhacir kardeşleri" olarak tanımlarken; ülke ekonomisinin zor günlerini İslam'ın rızk öğretisinden değil de radikal milliyetçilerin "mülteciler hakkımızı yiyor" söyleminin etkisinde açıklayabilmektedir. Dolayısıyla insanlar aynı meseleyi dahi farklı söylemlerin veya hakikat iddialarının etkisi altında kalarak açıklayabilmektedir. Bazen dahil oldukları söylem düzeninin iktidarını güçlendirmek adına kasıtlı olarak belirli görüşleri savunsalar da insanlar çoğu kez hangi söylemlerin etkisi altında olduklarının ve bu söylemlerin hakikat iddialarının zıtlığından dolayı, görüşlerinde oluşan tutarsızlıkların farkında dahi değildir. Nihayetinde kasıtlı ya da kasıtsız olsun, kişilerin dil kullanımını tamamen içlerinden gelen görüşlerin bir yansıması olarak okumak mümkün

değildir, söylediklerinin gerçek anlamını anlamak için hangi söylemsel düzene ait olduklarına ve hizmet ettiğine bakmak gerekir.

Bu yüzden, post yapısalcı düşüncede "dil" hem kişisel hem de sosyal değişim açısından merkezi konumdadır (Burr, 2012, s. 56) ve muhtemel anlam ve inşaların kendi kimliklerini üretmek için çatıştığı bir alan olarak görülebilir. Bir yerde çatışma varsa orada mutlaka iktidar ve direniş söz konusu olacağından, dile hangi güçlerin hâkim olduğunu anlamak bizim için tahsis edilen kimlikleri anlamak için oldukça önemlidir. Köklerini Foucault ve Derrida'da bulan bu görüş, Derrida tarafından *yapısökümcülük* olarak adlandırılmış (Derrida, 1976) olup Burr'a göre "sosyal inşacılığın mantıksal yapısının bir açıklamasıdır". Yapısökümcülük, insanları kişisel ve sosyal düzeyde inşa eden söylemlerin yaşantıları nasıl belirlediğini anlamak için metinleri yapı sökümüne uğratarak parçalarına ayırmayı teklif etmektedir (Burr, 2012, s. 18). Böylece dünyaya o değil de bu yönden bakmamızı sağlayan söylemlere karşı koymamız mümkün olacaktır.

Burada dikkat edilmesi gereken söylemin ne olduğudur. Foucault'ya göre söylem, hakkında konuştuğu nesneyi biçimlendiren "her türlü eylemin" adıdır (Foucault, 1972, s. 49). Dolayısıyla söylem yalnızca konuştuklarımız veya yazdıklarımız değil yöneldiği nesne üzerinde inşa edici etkisi olan her türlü edimdir. Fakat kelimeler kendi başlarına nötrdür ve bir söyleme ait değildir; onların ne anlama geldiği söylendikleri kavramsal çerçeve ile sıkı şekilde bağlantılıdır (Burr, 2012, s. 66). Dolayısıyla, kelimelerin ve insanların yapıp etmelerinin anlamını belirleyen şey içinde bulundukları söylemsel kültürdür. Dünyaya bakışımızda, nesneleri ve olayları yorumlayışımızda ve günlük hayattaki eylemlerimizde neyin doğru neyin yanlış olduğuna dair sahip olduğumuz bilgiler söylem aracılığı ile üretilmiştir. Bu sebeple kendimiz ve kendimiz dışındaki dünya ile ilişkimizi belirleyen kavramları ve bilgileri bize sunan söylem, "iktidar" ile doğrudan alakalıdır (Burr, 2012, s. 67). Çünkü söylemler soyut fikirlerden ve şeyler hakkında görüşlerden ibaret değildir. Söylemler nasıl davranmamız gerektiği ve bize nasıl davranılabileceği hakkında etki sahibi olan sosyal yapı ve pratiklerle doğrudan alakalıdır (Foucault, 1987, s. 43). Fakat, söylem kendisini insan aracılığı ile sahnelerken, aynı zamanda onun tarafından yeniden inşa edilmektedir.

Yapısökümcünün işi ise, belirli bir metin, argüman, gelenek veya toplumsal yaşantıda söz konusu olan karşıtlıklardan sıyrılarak gerçeklik tahtına oturmayı başaran söylemi, diğerlerine üstün ve öncelikli hale getiren yolları aramaktır. Bir söylemi doğru, normal, merkezi veya asıl kılarken diğerini kurgu, anormal, tali veya ikincil yapanın ne olduğunu anlamak için; ayrıcalıklı söylem yapı söküme tabi tutulur (Balkın & Kasım, 2004, s. 320). Böylece, hakikat telakki edilen bilgilerin üretildiği söylemin hangi yollarla iktidarı ele geçirdiği anlaşılmış olacaktır. Bu ayrıca,

söylemlerin kimliğimiz ve yaşantımız üzerindeki etkilerini bertaraf edebilmek ve dışlanmış söylemleri gün yüzüne çıkartıp alternatif kimlik inşaları ve yaşamsal pratiklerle karşılaşmak için de bir fırsat olarak düşünülebilir.

Bir şeyi veya durumu tarif etmek; onun ne olduğunu kendi sözcüklerimizle zihinlerde yeniden inşa etmek demektir. Bir şeyi tarif etmek ise o şeyi parçalarına ayırmak ve onu diğerlerinden ayıranın ne olduğunu belirlemek ile mümkündür. İşte söylemler; belirli kelimeler, tarifler, kavramlar vasıtası ile şeye dair bilgimizde ayırıcı unsurun ne olması gerektiğini belirleyip, ona dair tasavvurumuzu ele geçirerek iktidarlarını kurarlar. Örneğin, akşam haberlerine "acemi şoför şehrin trafiğini alt üst etti" diye anons edilen kazada zihnimizde araba kullanmayı yeni öğrenmiş ve henüz yetkinleşmemiş acemi bir şoför sureti belirir. Diğer bir kanala geçtiğimizde aynı kaza "kadın şoför bir kez daha şehrin trafiğini alt üst etti" şeklinde anons edildiğinde ise muhtemelen zihnimizde daha önceden hazır bulunan "araba kullanma konusunda pek de iyi olmayan kadın şoför" sureti gün yüzüne çıkar. Söylem, şoförün ayırıcı yönünün kadınlık mı yoksa acemilik mi olduğunu belirleyerek, onun hakkındaki bilgimizi üretir, böylece iktidarını kurar. Aslında, yapısökümcünün söylemi parçalarına ayırırken yaptığı da budur. Söylemi tarif ederek, zihinlerdeki bilgisini belirler, böylece söylemin iktidarına son verir. Başka bir ifade ile yapısöküm, söylemi belirleyerek söylem tarafından belirlenmeye son verme ameliyesidir.

Foucault'nun bilgi ve iktidarı sıkı bir ilişki içinde resmetmesi şüphesiz yapısökümün temel dayanağıdır. Fakat iktidara direnmek için tüm bu incelikli işçiliğe ne gerek vardır? Bu sorunun cevabı yeni iktidarın alışılmışın dışındaki yapısında saklıdır. Foucault, *Hapishanenin Doğuşu*'nda gücünü gösterişten alan tahakküm edici iktidarların yerini gittikçe görünmez hale gelen ve tebaanın rızası ile onları disipline eden iktidarların aldığını söylüyordu. Modern siyaset sisteminin ürettiği bu yeni iktidar, şiddet yollarına başvurmaksızın yalnızca insanlara kim olduklarının bilgisini vererek ve verili kimliklerini kayıt altına alarak onları hizaya sokmayı başarmıştır. "Karanlıklar arkasına gizlenen modern iktidar herkesi bireyselleştirmek istemektedir; çünkü bireyselleştirmek, gözetim altında tutmak ve cezalandırmak, yani egemen olmak demektir" (Foucault, 2015). Foucault'nun büyük bir gözaltı olarak tasvir ettiği bu gizil iktidarın egemenliğine direnmek de hiç şüphesiz eski yöntemler ile veya kanlı devrimler ile olacak şey değildi. Bu, yapısökümcünün işiydi.

1.1.1 Foucault'cu Söylem Analizi[11]

"Sizi olmakla suçladığımız şey olmadığınızı bir defa daha söylemeye mi hazırlanıyorsunuz?...Hayır, hayır, beni gözetlediğiniz yerde değilim; fakat burada size gülerek baktığım yerdeyim."(Foucault, 2022: 29)

Sosyal inşacılığın; gerçekliğe, insanın doğasına, dilin kimlik ve sosyal hayattaki rolüne dair iddiaları, araştırmanın odağına, dildeki etkileşimlerin ve sembolik değeri olan ifadelerin yerleşmesine neden olmuştur. Bu dönüşüm ile birlikte, dil kullanımının ve söylemin insan hayatındaki etkileri anlaşılmaya başlanmıştır (Van Dijk, 1997, s. 1-2). Bu dönemde, özellikle modernitenin etkisinde olan kent toplumları için dili önemli bir sosyal eylem biçimi olarak görme eğilimi hızla artmıştır (Fairclough, 1992; Mills, 1997). Bu sebeple araştırmacılar ele alınan nesneyi veya durumu kendi bağlamında değerlendirmeye imkân veren nitel araştırma yöntemlerine yönelmişlerdir. Elde edilen verilerin analizinde ise "söylem analizi" tekniği kullanılmıştır (Burr, 2012, s. 149).

Aslında söylemi analiz etme fikri felsefi ve sosyolojik kökenlerini Wittgenstein'ın geç dönem felsefesinde (Wittgenstein, 1984) ve Berger ve Luckman'ın etkileşimci sosyolojilerinde (Berger & Luckmann, 1966) bulmuştur. Söylem analizi, Wittgenstein için geniş anlamı ile görüşmedeki gizemi çözmektir: oyunu tanımlamak, sessiz kurallarını gün yüzüne çıkarmak, sınırlarını, oyuncularını ve hakemlerini belirlemektir.[12] Söylem analizi; dilin kullanılışını, onun anlamsal kaynaklarına ulaşma maksadı ile kendi bağlamında sosyal eylem yönü ile analiz etmektir. Öncelikle, söylem analizinde, dildeki ifadelerin, sözdizimi veya semantik gibi bağlamlarının ötesine geçerek onların işaret ettiği anlam ve içeriğe odaklanılır. Fakat, burada önemli olan analiz edilen ifadelerin yer aldığı sosyo-kültürel bağlama ve bağlamın sözlü ve yazılı söylemin içeriğini nasıl belirlediğine dikkat edilmesidir (Abdullah, 2022, ss. 47-48). Bunun yanı sıra, sosyal eylemlerin söylem yoluyla nasıl gerçekleştirildiği ve söylemsel olaylarda dilin nasıl kullanıldığı ile ilgilenir (Hastings, 1999, s. 9). Sonuç olarak, söylem analizi dilin kullanılışını kendi sosyo-kültürel bağlamında, onun anlamsal kaynaklarına ulaşma ve bu anlamların söylem yolu ile sosyal eylem icra eden yönünü anlama maksadı ile incelemektir.

Foucault'cu bir perspektiften bakıldığında ise söylem analizi dilin iktidar ilişkileri ile nasıl iç içe geçtiğine odaklanır, fakat bundan daha fazla, "dil aracılığı ile inşa edilen özne konumları"

[11] Bu başlıkta Foucaultcu söylem analizi kuramsal çerçeveyle ilişkili olarak ele alınmıştır, yöntemin mahkeme salonu söylemine nasıl uygulandığına dair ayrıntılı bilgi araştırmanın yöntemi başlığında yer almaktadır.

[12] "Sohbet esnasında, bir kişi topu diğerine atar, bu kişi topu tutup geri ona atana mı atmalı, yoksa atacağı üçüncü bir kimse mi bulmalı, topa hiç dokunmadan olduğu yerde mi bırakmalı yoksa alıp cebine mi koymalı, bilemez."(Wittgenstein, 1984: 74)

ile ilgilenir (Burr, 2012, s. 111). Bu özne konumları yolu ile söylem; bize ne yapılabileceğini ve bizim neler yapabileceğimize dair pratik sonuçlara sahip olduğundan dil kullanımının ötesinde bir anlam taşır. Althusser'in tezinin odak noktası olan *interpeller* yani "bir kişiye varsayılan kimliği ile hitap etmek", söylem içindeki konum alışa oldukça benzer. Onun, meşhur örneği şöyledir; eğer arkadan "hey, sen oradaki!" diye bağıran bir polis memurunun, size seslendiğini anlayıp dönüyorsanız artık "özne"sinizdir. Yani, ideolojide kastedilen o kişinin siz olduğunu anladığınızda artık o kişi haline gelmişsinizdir (Althusser, 1971, s. 48). Çünkü, söylem içinde bizim için tahsis edilmiş olan özne konumlarına kendimizi ait hissettiğimiz anda; konumun gerektirdiği hak ve sorumlulukları kabul etmiş oluruz (Burr, 2012, s. 111).

Dolayısıyla sosyal inşacı düşünce çerçevesinde post-yapısalcılık, insanın doğasından gelen düzenli ve sürekli bir kişiliği olduğu fikrini reddederken, yerine düzensiz, hatta "tutarsız" sürekli yeni inşalara konu olan özne konumları ve kimlikler koyar. İnsanlar, etnisite, cinsiyet, yaş, gelir durumu vs. birçok kategoride üretilen söylemler aracılığı ile bir kimlik edinir. Fakat bu kimliği inşa eden her bir söylemsel kategorinin eşit güce sahip olduğu anlamına gelir mi? Örneğin; "orta yaşlı, fakir, siyahi bir kadın"dan söz etmekle "orta yaşlı, fakir, kadın bir siyahi"den söz etmek arasındaki fark nedir? Buradaki fark, kişiye kadınlık ya da siyahilik konumlarından hangisini tahsis etmek istenildiği ile alakalı olmalıdır. Çünkü siyahi "kadın"dan beklenen davranışlar ve sorumluluklar, kadın "siyahi" den beklenenle tam olarak örtüşmemektedir ya da en azından vurgulanmak istenenin farklı olduğu açıktır. Fakat bu değişkenlik, bir bakıma verili inşalara mecbur olunmadığı anlamına da gelmektedir. Çünkü, tıpkı bu örnekte olduğu gibi iktidarı hangi söylemsel kategorinin kurduğunu yapısökümcü bir perspektiften söylem analizini yapmak, verili konumları ve yüklediği sorumlulukları tespit etmenin fırsatını verir.

Fakat, Foucault ve Althusser için bu konumlandırmalarda söylemin kurucu rolü sahnenin merkezinde yer alır. Althusser, hayatımızı özgürce seçtiğimiz illüzyonu içinde baskın ideolojinin gerektirdiği gibi yaşadığımızı savunmuştur. Örneğin; hümanist olmak kaçınılmaz olarak belli davranışsal ihtimallere ve ahlaki kurallara sahip olmak demektir, dolayısı ile hümanizm kişinin eylemleri üzerinden kendisini sahnelemektedir. Benzer şekilde Foucault'nun da insan eylemlerinin söylemin sahnesi olduğunu söyleyerek, faillik fikrini reddettiği iddia edilmiştir (Mouzelis, 1995, s. 45; Burr, 2012, ss. 121-122). Bununla birlikte, Foucault'nun çalışmalarının karmaşık şekillerde de olsa failliğe izin verdiğini savunanlar da vardır. Örneğin, Markula, Foucault'nun "benlik teknolojileri" kavramının faillik ve direnişi yeniden kavramsallaştırmanın bir yolu olarak görülebileceğini öne sürmüştür (Markula, 2003, s. 87). Nihayet, failliğin tartışılması, söylemlerin sağladıkları özne konumlarının farkına varmanın

mümkün olduğuna dair inancın yerleşmesi ile başlamıştır. Bu farkındalık, sosyal inşacılığın mantıksal yapısı olan yapısökümün teklif ettiğidir zaten. İnsanları kişisel ve sosyal düzeyde inşa eden söylemlerin yaşantıları nasıl belirlediğini anlamak için metinleri yapı sökümüne uğratmak (Burr, 2012, s. 18), dünyaya o değil de bu yönden bakmamızı sağlayan söylemlere karşı koymamızı mümkün kılacaktır.

Bu sebeple Edward Said Foucault'nun söylem analizi alanına katkısının "Neden bu ifade gelişti de başka bir ifade gelişmedi?" sorusu olduğunu söyler. (Edward, 1999). Bir söylem içerisinde yer alan ifadelerden hangilerinin kullanıldığı, hangilerinin kullanılmadığı iktidar ve kontrolün gizli mekanizmalarını ortaya çıkarmak için Foucault'cu söylem anlayışında oldukça önemlidir. Bunun için de Foucault söylenenler kadar, söylemdeki boşlukları, "ihmal edilen alanları" ve sessizlikleri de analiz etmeye teşvik etmektedir (Foucault, 1972, s. 138). Sonuç olarak Foucault'cu söylem analizi, hayatın farklı alanlarında hüküm süren söylemleri tanımlama ve bunların özne konumlarına, pratiğe ve güç ilişkilerine dair sonuçlarını incelemeyi amaçlamaktadır (Burr, 2012, s. 170).

1.1.2 Konumlandırma Teorisi

Gerçekten sosyal inşacılığın Foucault sonrası döneminde, farkındalığa ve failliğe imkân tanıyan çalışmalar artış kazanmıştır. Örneğin, Davies ve Harre'nin (1990, 1999) *konumlandırma* teorisi sosyal düzeyde söylemin inşa edici gücüne olduğu kadar amaçlarına ulaşmak için kendisini, söylem içindeki konumlardan birine atayan faile de aynı anda imkân tanımaktadır. Onlara göre kendilerine atanmış özne konumlarını fark eden insanlar, söylem aracılığı ile kendilerine çeşitli haklar iddia edebilecekleri yeni konumlar atayabilirler. Aynı şekilde başkalarını konumlandırarak, onlara çeşitli davranışsal ihtimal ve sorumlulukları içeren kimlikler atayabilirler. Teoriye göre kişiler, sosyal etkileşim süreçlerinde farklı söylemsel pratiklere dahil olurlar. Bunun sonucunda onlar, etkileşimde sabit olmayan, sürekli yenilenen kimlikler ile var olurlar. Dolayısıyla kişinin kim olduğu, nasıl bir insan olduğu soruları etkileşim içinde dahil oldukları söylemlerin onlar için mümkün kıldığı özne konumları ile ilgilidir (Davies & Harré, 1999, s. 35). Bağlandığımız özne konumları, belli bir "hak ve sorumluluk" sistemi taşır ve "o tür bir kişiden" mantıken ne tür davranışların bekleneceğini yasalaştırır (Burr, 2012, s. 124).

Bir söylem içinde konum alan kişi kaçınılmaz olarak kendisini ve diğerlerini belli bir hikâye çerçevesinde anlamlandırmaya başlar. Hem tahsis edildiğimiz hem de kendimizi ait

hissettiğimiz özne konumları yolu ile nasıl bir insan olduğumuz, nasıl bir ahlakı benimsediğimiz, neleri yapıp neleri yapmayacağımız ve bize nasıl davranılması gerektiği ortaya konulmuş olur. Bu konumlar sosyal etkileşim sırasında kimlik müzakereleri ve güç elde etme yarışları yolu ile ortaya çıkar. Bu sebeple müzakere ettiğimiz konumlara göre kimliklerimiz, ahlaki ve fiziksel anlamda nasıl davranacağımızla ve bize nasıl davranılacağı ile ilgili çıkarımlarıyla, sürekli olarak değişime uğramaktadır (Burr, 2012, ss. 119-120).

Tirado ve Galvez, Davies ve Harre'nin söylemsel farkındalığı takip eden faillik ile ilişkili olarak ortaya attıkları konumlandırma kavramının Foucault'cu "söylem" ve "ifade" kavramına çok şey borçlu olduğunu savunur. Özellikle, -tarihsel ve ideolojik olarak bağlama oturtulmuş- bir toplumsal eylem olarak "dil" kavramı ile ilgisi vardır. Çünkü, söylemler bir şeyi belirtmek için belirli işaretleri kullanmaktan daha fazlasıdır (Foucault, 2022, s. 48). Konumlandırma teorisi de söylenenlerin kelimelerin çok ötesine geçerek, ötekini konumlandırmaya ve tanımlamaya ve aynı zamanda kendimizi konumlandırmaya ve tanımlamaya yardımcı olduğunu söyler. Çünkü, "ben" ve "öteki" arasında aşkın olmayan, bilakis konuşma ve etkileşimin kendisinde içkin olan bir "haklar ve sorumluluklar" sistemi kuruludur (Tirado & Gálvez, 2008, ss. 233-234). Foucault'ya göre, özne bir söylemi gerçekleştirdiği zaman çeşitli statüler kazanabilir veya çeşitli konumları işgal edebilir (Foucault, 2022, s. 74). Söylemsel pratikler ise belirli bir çağda, belirli bir toplumda belirlenmiş olan tarihsel ve yerleşik kurallardır. Konumlandırma teorisi, Foucault'un söylemsel pratikler olarak tanım getirdiği bu tarihsel çerçeveyi günlük etkileşimlerin her anına uygulayarak güncellemiştir (Tirado & Gálvez, 2008, s. 235).

Aynı şekilde, Tirado ve Galvez konumlandırmanın, Foucault'cu "ifade" kavramının gözden geçirilmiş ve güncellenmiş bir versiyonu olduğunu söyler. Foucault için ifade, düzen üreten bir varlıktır yani ifadeler aracılığıyla söylem düzenleri; bilgi üretimi ve güç ilişkileri inşa edilmektedir. (Foucault, 1993: 241). Örneğin, "dünya yuvarlaktır" ifadesini, Galileo'dan öncesi ve sonrası için farklı "sonuç doğuran" iki ayrı ifade olarak düşünmek durumunda kalırız, oysa kelimeler ve dizim aynıdır. Bu ifadenin düzen üreten bir varlık olması ile alakalıdır.

> *"İfade dolanır, işe yarar, bozgunculuk yapar, bir arzuyu gerçekleştirmeye olanak verir ya da engel olur, çıkarlara karşı saygılı ya da isyankâr olur, tartışmaların ya da çatışmaların düzeninin içine girer, uyum ya da rekabet konusu olur"* (Foucault, 2022, s. 137).

Bu sebeple, Foucault'a göre "ifadenin değeri içeriğinin tezahür ettiği hakikatte değil, onun dolaşım, mübadele ve dönüştürme kapasitesindedir" (Foucault, 1993, s. 241). Bu sebeple, bir

ifadenin anlaşılmasına, nerede ve ne zaman söylendiğinden çok hangi söylem düzeni içerisinde kullanıldığının tespiti katkı sunar (Foucault, 2022, s. 135).

Neticede, Foucault'nun tarihsel ve yerleşik birtakım kurallar olarak gördüğü söylemsel pratikler ve düzen değiştirme gücü olan ifadeler, Davies ve Harre'nin konumlandırma teorisinde günlük etkileşimlerin her bir alanını kuşatan böylece söylemsel farkındalığa ve failliğe imkân tanıyan bir hal almıştır. Fakat, insanlar belli bir farkındalık sonrası bilinçli failler olarak belli söylemleri ve konumları kendileri mi seçer yoksa söylemler kendilerini insan öznelerinde mi sahneler, soruları hala tartışmalıdır. Sosyal inşacı düşünce çerçevesinde failliğe bir ölçüde ışık yakan veya tamamen reddeden görüşler olagelmiştir. Bu araştırma her iki düşüncenin de "hakikat" iddialarını, oluşturuldukları bağlamda haklı bulmakta ve şöyle bir orta yol benimsemektedir. İnsan özneleri, kendilerine atanan özne konumlarına dair söylemsel bir farkındalık yakaladıklarında yapı tarafından eylenen özneler olmaktan çıkarak görece bilinçli eyleyen faillere dönüşebilirler. Bunun en önemli örneklerinden biri Amerika'da kürtajın anayasal hak olarak tanımlanmasının sembolü olan Roe v. Wade davasının baş karakteri olan Roe takma isimli McCorney'dir. McCorney, Amerikan anayasal tarihinin dönüm noktalarından birinin sembol ismi olmuşken, kürtaj yanlısı söylemin reklam malzemesi olduğunu fark edip, söylem içerisinde kendisine atanan konumdan rahatsız olunca kendisini kürtaj karşıtı bir aktivist olarak konumlandırmıştır (McCorvey & Meisler, 1994).

Sonuç olarak, her ne kadar Tonkiss (2006, s. 408) sınırları olan, belli bir metot ile ilerleyen bütünleşik bir "söylem analizinden" bahsetmenin mümkün olmadığını söylese de bu çalışmada, Foucault'nun söylemi bilgi, güç, iktidar kavramıyla sıkı ilişki içerisinde gördüğü söylem analizi yönteminden ve Davies ve Harre'nin kişilerin kendilerini ve diğerlerine kimlikler atayarak, belirli bir hak ve sorumluluk sistemine dahil ettikleri iddiasını taşıyan konumlandırma teorisinden faydalanılmıştır.

1.2 Hukuk ve Söylem

Görüldüğü üzere söylem kavramı toplumsal iktidar ve onun yapılarıyla ilişkili görülmüştür. Bu sebeple, sosyal inşacılık bu yapıların bilhassa hukukun sabit ve nesnel bir varlık olmadığını, daha ziyade sosyal söylem ve güç ilişkilerinin bir ürünü olduğunu öne sürmüştür. Hukuk dil aracılığıyla inşa edilmekte ve bu nedenle dil değiştikçe hukuk da değişmektedir. Bu görüşte, hukukun inşasında gücün rolü ayrıca vurgulanır, çünkü daha fazla güce sahip olanların hukuku kendi çıkarlarına göre şekillendirmeleri daha olasıdır (Matoesian, 2013, s. 701). Sonuç olarak, bilginin inşasında dilin ve söylemin önemini vurgulayan sosyal

inşacılık, hukukun da benzer vasıtalar ile üretildiğini vurgular. Sosyal inşacılığın hukuk ve söyleme dair bu görüşleri neticesinde hukuk ve dilin güçlü etkileşimini ifade eden "hukuk söylemi" kavramı ortaya çıkmıştır. Kavram çerçevesinde bazen hukuk dile benzetilmiş bazen ise hukuk kendi başına bir dil olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte, dilbilimsel yaklaşımların aksine bu yaklaşımda, biçimciliğe ve onun yansıması olan gerçekçiliğe güçlü bir muhalefet vardır. Bu yaklaşıma göre kullanılan dil, verili öğelerin ve önermelerin kurallı dizilişinden "çıkarılamaz" ancak kendi *modaliteleri* (deneyimlendiği bağlam) açısından incelenmelidir (Brown, 1998).

Sosyal inşacı düşüncenin mutlak gerçekliğe mesafeli duruşu toplumun bütün yapılarını kökten irdeleyen bir tavrı meydana getirmiştir. Bilginin üretimi ve iktidar ilişkileri açısından söylemin gücü, toplumda ve toplumun her bir yapısında irdelenmeye başlanmıştır. Bu araştırmalar makro düzeyde toplumu incelediği gibi mikro düzeyde eğitim, hukuk vs. alanların ve bunların da alt kuruluşlarının incelenmesini beraberinde getirmiştir. Mahkeme salonu söylemi de çoğunlukla Foucault'cu mikro-iktidar kavramı etrafında bu amaca yönelik olarak analiz edilmiştir (Berti, 2016, s. 345; Conley vd., 1998, s. 10). Mahkeme salonları çoğunlukla çerçevesi belli, hukukun doğrudan uygulandığı nötr alanlar olarak düşünülse de sosyal inşacı söylem perspektifi bu kabulün değişmesini sağlamıştır. Söylem günlük hayatta her an birilerine kimlik tayin eden, birilerinin kendi hakikat kabullerini diğerlerinin sahip olduklarından daha iyi ve doğru göstermek için iktidar savaşlarının gerçekleştirildiği bir sosyal eylemdir. Söylemin bu özellikleri mahkeme salonu söylemleri için de geçerlidir. Fakat, mahkeme salonu etkileşimlerinin düzenli bir yapıya sahip olması; "sıra alma, söz hakkı istemek ve vermek" gibi özellikleri onu günlük hayat etkileşimlerine kıyasla söylemin izini sürmek için daha elverişli bir alan kılmaktadır.

Nitekim daha önce sözü edilen, hukuk ve toplum alanında çok eski bir gelenek olan "boşluk çalışmalarının" (gap studies) varlığı da bunun bir göstergesidir (Marshall & Barclay, 2003, s. 624). Kâğıtta yazılı hukuk kuralları ile günlük hayattaki hukuk arasındaki farkı açıklama girişimi olan bu çalışmalar hukukun uygulanmasının tekdüze ve olağan olmadığını göstermiştir. Peki, teoride hukuk uygulamalarının bilgi kaynağı hukuk metinleri kabul edildiği halde, uygulamada metnin dışına çıkarak farklılaşmaya sebep olan nedir ve bu boşluk, hukuku uygulayanların hukuk metninden başka bir kaynaktan beslendiğini göstermez mi? Foucault'cu perspektiften bakıldığında, yeni bir bilgi kaynağı, yeni bir iktidar söylemi demek olacağından metnin otoritesinin onun dışında ve üstünde bir şey ile geri plana atıldığını söylemek mümkün görünmektedir. Bu çalışma kapsamında, hukuk metni ile uygulamaları arasındaki boşluğun toplumda iktidarı ele geçiren söylemlerin hukuku da ele geçirmesinden kaynaklandığı, görüşü

benimsenmiştir. Hakimlerin, yargıçların veya jürilerin mahkeme salonlarında sanıklar veya avukatlarla girdikleri etkileşimlerde toplumdaki söylemler sahnelenir. Dava, kendisini iktidar olan, karşı tarafı ise tali kalan söyleme konumlandıran taraf lehine sonuçlanır. Dolayısıyla hukuk metni ile uygulaması arasındaki boşluğa neden olanın, doğru, iyi ve hakikat olma payesini elde ederek metnin otoritesinin üstüne çıkan ve ortamda iktidarı kuran söylem olduğu savunulmaktadır.

Bu sebeple, mahkeme salonunu mevcut hukuk kurallarının dava konusuna uygulanmasıyla çatışmaların adil bir biçimde çözüme kavuşturulduğu tarafsız bir alan olarak görmek güçtür. Genel anlamda hukuku, sadece "hukuk" olarak ele alma eğilimi olsa da Foucault onu sabit ve tutarlı bir bütün olarak değerlendirmek yerine iktidar ilişkilerinin hâkim olduğu, istikrarsız, çoklu ve değişken bir alan olarak değerlendirir ve ona göre bu alanda "tahakküm üretilir." Hukuk, cezalandırma yetkisinin, yani kitleleri disipline etme gücünün yasalar aracılığı ile meşrulaştırıldığı bir alandır. Bu sebeple Foucault, yasa ile ilgilenen akademisyenleri gücün pratik sonuçlarını araştırmaya ve anlamın yukarıdan aşağı üretildiği sistemi aşağıdan yukarıya çevirmeye davet etmektedir. Günlük hayatta yaşanan çatışmalar mahkemeye taşındıktan sonra bir anda tüm toplumsal bağlamlarından ve iktidar savaşlarından sıyrılıyor değildir zira. Bu düşüncenin bir sonucu olacak ki, mahkeme salonu söylemi çoğunluğu sosyolog birçok akademisyen tarafından ilgi çekici bulunmuş ve analiz edilmiştir (Cotterill, 2003, s. 4). Örneğin, mahkeme salonundaki güç asimetrileri, hukuk sisteminin belirli bir toplumsal grubu nasıl dışladığına dair çalışmalar gerçekleştirilmiş, hukukun ve hukuk uygulamalarının toplumsal yapılarca inşa edilişini anlamak için mahkeme salonu etkileşimlerinin "söylem analizi" gerçekleştirilmiştir.

Sonuç olarak, Foucaultcu düşüncenin etkisi altında, sosyal bilimler toplumsal yaşamın söylemsel yönlerine daha duyarlı hale gelmiş ve söylem çalışmaları gündelik toplumsal pratiklerde örtük olarak sahnelenen iktidara daha fazla odaklanmıştır. Ayrıca genel çerçevede, sosyal inşacılığın gerçekliğe düştüğü zaman ve mekân kaydı, onun toplumsal olarak üretildiğinin ve yeniden yapılandırılabileceğinin bir göstergesidir. Dolayısıyla, bir toplumda "gerçeklik" olarak kabul gören hukuk, metinleriyle, mahkemeleriyle ve diğer alt kurumlarıyla birlikte söylem yoluyla her an yeniden yapılandırılan toplumsal bir inşadır. Bu sebeple, bir hukuk metni olarak anayasayı, kurallarını ve uygulanışını anlamak için öncelikle onu inşa eden söylemi ve daha da önemlisi o söylemin ortaya çıktığı toplumsal koşulları ve şartları anlamak oldukça mühimdir.

1.2.1 Anayasal İnsan Haklarının Arkeolojisi; Aydınlanmanın Özgürlük Söylemi ve Anayasal İnsan Hakları

Bu amaçla, bu başlık altında anayasaların ve anayasal insan haklarının söylemsel olarak inşa ediliş süreci, Foucault'nun "söylemin oluşumunu mümkün kılan koşulların incelenmesi" (Çelebi, 2016, s. 993) olarak gördüğü arkeolojik yönteminden hareketle analiz edilmiştir. Arkeoloji kavramı, Foucault'nun tabiriyle "söylemsel bir pratiğin düzeninin gün yüzüne çıkarılmasıdır" (Foucault, 2022, s. 185). Foucault'nun bilgi arkeolojisi "ifadelerin oluşumunu ve söylemsel oluşumlara dönüşümünün genel sistemini aramayı ifade eder." Bir arkeolojik analizde söylem ve o söylemin ürettiği belgeler çözümlenmeye ve betimlenmeye çalışılır. Bu anlamda arkeolojinin görevi, kronolojik tarih yığınına ulaşmak değil, eşzamanlı olarak farklı şeylerden meydana gelen dizilerin bağıntılarını keşfetmektir. Bu anlamda, Foulcault'nun arkeolojik kazısı insan bilimlerini, bunların kavramsallaştırılmasını mümkün kılan simgesel ve anlatısal stratejileri açığa çıkarmayı hedefler (Keskin, 2021, ss. 116-117). Diğer bir deyişle, arkeoloji bir söylemi mümkün kılan koşulları ve şartları ortaya çıkarmaktır (Çelebi, 2016, s. 1006). Dolayısıyla da bir ifadeler bütününün oluşum kurallarını keşfe çıkmaktır.

Bu kurallarla olayların ortaya çıktığı düzen içerisinde art arda gelişlerinin, nasıl söylem konusu olabildiğini ve nasıl teorik bir seçim fırsatı verebildiğini gösterir. Arkeoloji bir söylemin süregelen olaylara eklemlenişini inceler ve olayların ifadelere dönüşmesi işleminin nasıl gerçekleştiğini tanımlar. Örneğin, zenginliklerin analizi ve 17. ve 18. yüzyıl başlangıcındaki ekonomik krizlerin arasındaki ilişkiyi arkeoloji kabul etmez. Arkeolojinin konusu; bu krizlerin söylemin içinde nasıl kavramsallaştırıldığını, bu süreçler sırasında birbirleriyle çatışan çıkarların söylem içinde kendi stratejilerini nasıl yerleştirdiklerini göstermeye çalışmaktır. Arkeoloji dış olaylarla bağlantılı olarak yeni ifadelerin ortaya çıkacağını reddetmez fakat ifade ve olay arasındaki bağlantının neye dayandığını göstermeye çalışır (Foucault, 2022, s. 213).

Bu bölümde, toplumsal dönüşümlerin bir sistemini ortaya koyan arkeoloji kavramının ifade ettiği şekilde tarihin süreksiz ve tutarsızlığından hareketle Aydınlanma'nın özgürlük söyleminin anayasal insan haklarına dönüşümünden söz edilecektir. Bu parçalılık ve süreksizlik arkeolojik kazıya benzemektedir. "Eğer arkeoloji bir çağdan söz ederse bu hep belirli söylemsel pratikler konusunda ve onun analizlerinin sonucu olacaktır" (Foucault, 2022, s. 224). Bu anlamda, Aydınlanma'dan bahsederken ondan ortaya çıkan ve kaybolan söylemsel oluşumların bir karışımından; yani Aydınlanma'nın Avrupa'nın orta çağı el değmemiş olarak bırakarak; ondan söylemsel olarak kopuşu ve kendisini doğrudan Antik Yunan'a bağlamasından söz

edilmektedir. “Kopma” bir söylemsel oluşumun genel rejimine dayanan dönüşümleri betimlemek maksadıyla kullanılan bir kavramdır (Foucault, 2022, s. 224).

Aydınlanma kavramı, 18. yüzyıl Batı düşüncesi ve felsefi kültürünü aynı zamanda Avrupa’da ve modern Batı’da tecrübe edilen toplumsal ve siyasal süreçleri tarif maksadı ile kullanılmıştır (Cevizci, 2002, s. 1-2). En önemli vurgusu akılcılık olan aydınlanma, ünlü Alman filozufu Immanuel Kant tarafından “*sapere aude!”* yani “bilme cesaretine sahip ol!” sloganı ile “insanın kendi suçu ile düştüğü ergin olmama durumundan” aklını kullanması suretiyle kurtulması olarak tanımlanmıştır (Kant, 2000, s. 17). Din, dogmalar ve geleneklerin büyük bir bilinç ve amaçlılık ile terkedilmesi ve “aklın” insanın yegâne rehberi olması kabulü aydınlanma düşüncesinin ana prensibini oluşturmuştur. Kilisenin, bozuk itikatların, cehalet ve ön yargıların gölgelediği insan aklının bu engellerden sıyrılarak bütün fonksiyonları ile yeniden işler hale getirilmesi farklı yorumlar mevcut olmakla birlikte Aydınlanma sürecinin genel kabul görmüş fikirleri olmuştur (Cevizci, 2002, s. 9).

Aydınlanmacı düşünürlere göre ekonomik devrim, Reform, bilimsel gelişmeler ve Rönesans sonrasında, “orta çağ” dogmaları, kilisesi ve akıldışılığı ile tarih sahnesinden silinmeye başlamıştır. Daha sonrasında yaşanan buharlı makinenin keşfi sonrası Sanayi Devrimi başlamış, (Öktem & Türkbağ, 2009, s. 151) böylece Aydınlanma, bir entelektüel hareket olarak 17. Yüzyılın son çeyreğinde Sanayi Devrimi beraberinde kapitalizmin ortaya çıktığı ve geliştiği İngiltere’de başlamış ve Fransa ve Almanya gibi Avrupa’nın farklı bölgelerinde ve ABD’de özgün biçimler alarak yayılmıştır. Değişen üretim biçimlerinin ve ticaretin yeni bir orta sınıf (burjuvazi) meydana getirmesi, Batı’da birçok alanda köklü ve büyük dönüşümlere sebep olmuştur. Bu dönüşümün adeta simgesi kabul edilen Fransız İhtilali’nin *liberte, egalite, fraternite”* (özgürlük, eşitlik, kardeşlik) sloganı ile Aydınlanma düşüncesi asıl gücünü ve ideallerini elde etmiştir (Cevizci, 2002, s. 9)

İnsan aklına olan inancın artması sonucunda insanlara nasıl yaşamaları gerektiğini söyleyen Orta Çağ’ın geleneksel otoriteleri bir yok sayma sürecine tabi tutulmuştur. Yeni çağın düşünürleri köklerini Antik Yunan’a dayandırmış, bilhassa, Eflatun, Aristo ve Stoa’dan tevarüs eden “insana saygı” ve “özgürlük” ilkeleri; zenginleşme sonucu ortaya çıkan yeni sınıf tarafından benimsenmiştir. Yeni sınıf olan burjuvazi edindiği mülkiyetin bir hak olarak geçerliliğini sağlamak ve onu merkezi otoritenin sınırsız egemenliğinden korumak için felsefi ve sosyolojik gerekçelerini Antik Yunan’dan beri kabul gören doğal hak anlayışında bulmuştur (Öktem & Türkbağ, 2009, s. 135).

Bu anlayış, insanların doğuştan getirdiği birtakım haklara sahip oldukları inancı üzerine kurulmuştur. Diğer bir deyişle, dünyada bulunan bütün hukuk sistemlerinin üstünde ve ötesinde değişmez, evrensel bir "adalet"in varlığının kabulü olmuştur. İnsanların doğuştan getirdikleri haklar bu adalet kavramı içinde yer almakta ve eşitlik, özgürlük, kardeşlik temelleri üzerinde kurulmaktadır. Dolayısıyla doğal hukuk anlayışı en temelde doğuştan getirilen hakların temeli olarak adaletin ve onun gerçekleşmesine olanak sağlayan "özgürlüğün" varlığına olan inançtır (Öktem & Türkbağ, 2009, ss. 63-64). Dönemin düşünürleri, tevarüs ettikleri doğal hukuk anlayışını mevcut sosyal, siyasi ve iktisadi vasatta felsefi bir dayanak olarak benimsemiş ve akılcılık ilkesi çerçevesinde yeniden yorumlamışlardır. Hugo Grotius'a göre doğal hukukun ilk temel ilkesi *pacta sunt servanda* yani "ahde vefa"dır. Başkalarının hakkını gözetme (özellikle mülkiyet kastedilmiştir), verilen zararın tazmin yükünü üstlenme ve borcuna sadık olma gibi ilkelerin tamamı özünde ahde vefa ilkesinden meydana gelmiştir. Buna bağlı olarak Grotius devletin asli görevinin doğal hukuku ve bireysel özgürlükleri korumak olduğunu savunmuştur. Zira ona göre, doğa ile uyumlanmış bir yaşam ancak insanın özgür olduğu bir ortamda mümkündür (Öktem & Türkbağ, 2009, ss. 140-141) Aydınlanma'nın getirdiği yeni toplumsal yapıda düşünürlerin özgürlük kavramına verdikleri hayati anlam ile yakından alakalı olarak, Grotius gibi filozofların Doğal Hukuk düşünceleri rasyonellik kisvesi giydirilerek devralınmıştır.

Düşünce alanındaki bu köklü gelişmelere karşın, Aydınlanma döneminde siyasi otorite hala aristokrasinin elinde bulunuyordu ve bu durum toplumsal, iktisadi ve siyasi alanda birçok çatışma ve çelişkiye sebep oluyordu. Bu çelişkiler üzerine, İngiltere'de liberalizmin kurucu babası olarak John Locke ve Fransa'da ise cumhuriyetçi ve genel irade taraftarı Jean Jacques Rousseau, otorite karşısında eşitlik ve özgürlük düşüncesini savundular. Jean Bodin ve Bossuet gibi düşünürler onların karşısında aristokrasinin gücünü artırmaya yönelik felsefeler üretseler de başarılı olamadılar (Öktem & Türkbağ, 2009, s. 151) ve süreç, siyasi düşünceye felsefi dayanağını doğal hukuk düşüncesinden alan liberalizmin ve cumhuriyetçiliğin hakimiyeti ile sonuçlandı.

Siyasi liberalizm bireylerin doğuştan getirdiği bir hak olarak özgür olduklarını ve bu özgürlüğe erişimde her birinin eşit olduğunu "kanun önünde eşitlik" ilkesine dayandıran ve soydan kaynaklı üstünlük fikrini geçersiz kılan bir düşünce akımıdır. Bu sebeple liberal tasarıda devlet, bireylerin tercihlerine minimum müdahale yetkisi olan, nötr bir yapı olarak resmedilmiştir. (Taşgetiren, 2022, s. 162) Cumhuriyetçilik ise antik Roma ve Yunan'dan modern zamanlara aktarılan ve ortak iyiyi sağlayabilmek için genel irade, siyasi özgürlük, sivil erdem ve aktif vatandaşlık taraftarı olan siyasi düşünce geleneğinin adıdır. (Irrera, 2022, s. 1)

Cumhuriyetçilik, cumhuriyet yani halk egemenliği ile örgütlenmiş bir devlette yurttaşlığı merkeze alan siyasi bir ideolojidir. (Hammersley, 2020, s. 9) Bu ki düşüncenin ortak noktası mutlak monarşi ve aristokrasi karşısında demokratik ilkeleri ve özgürlükçü düşünceleri savunmuş olmaları ve dolayısıyla devrime giden sürecin temel taşlarını döşemiş olmasıdır.

Sözü edilen sosyolojik ve siyasi vasatta rasyonalist doğal hukuk geleneğine yaslanan Aydınlanma düşünürleri "sosyal sözleşme" ve "doğal yaşam hali" kuramlarını geliştirdiler. Thomas Hobbes'un *Leviathan*'ı ile başlatılan "sosyal sözleşme" düşüncesi (Riley, 1973, s. 450) liberal bireyciliğin babası kabul edilen Locke ve Rousseau tarafından devletin temeli kabul edildi. (Öktem & Türkbağ, 2009, s. 151)

Sosyal sözleşme kuramı liberal pozisyonunu İngiliz, Amerikan ve hatta Fransız Devrimi'nin köklerini bulduğu John Locke'un öncü çalışmalarına borçludur. Locke kapitalist üretim biçimlerinin işleyebilmesi, daha dar anlamı ile mülkiyet hakkının korunup, iktidar müdahalesinin sınırlandırılması için ihtiyaç duyulan hukuki kurumlar hususunda çalışmalar yapmıştır. Locke'un bu maksatla ileri sürdüğü felsefenin dayanağı "doğal yaşama dönemi" ve "sosyal sözleşme" varsayımlarıdır. Temel gayesi ise ancak özgürlük, barış ve güven içerisinde ulaşılabilecek olan "mutluluktur." (Öktem & Türkbağ, 2009, s. 154) Zira, Locke'a göre hukukun kaynağı insandır ve oluşturulması insanların rızasına bağlıdır. Kimse, meşruiyeti halkın rızasına dayanmayan bir otoriteye boyun eğmeğe zorlanamaz. (Toku, 2003, s. 115) Aslında, Locke'un sözünü ettiği bireyin yaşama hakkını, özgürlüğünü ve mülkiyet hakkını koruma altına almış "liberal hukuk devleti"nin ta kendisidir (Çüçen, 2006, s. 28).

Ona göre temel gayesi birey çıkarını korumak olan devlet şu şekilde teşekkül etmiştir. Doğal yaşam halinde insanlar eşitlik ve özgürlük içerisinde yaşıyorlardı. O dönemde siyasal yapılanma olmadığı için siyasi kurumlarca oluşturulmuş yasaların varlığı da söz konusu değildi. İnsanların tabi olduğu şey ise mutlak ve değerli doğa yasaları idi (Akın, 1974, s. 130). Bu dönemde yaşayan insanların sahip oldukları temel haklar; yaşama hakkı ve doğa yasalarına karşı gelenleri cezalandırma hakkı idi (Öktem & Türkbağ, 2009, s. 154). Locke doğal yaşam düzenine karşı özünde iyimser bir yaklaşım sergiliyor olsa da onu iki açıdan kusurlu bulmaktadır; ilki burada mülkiyet hakkının yeterince sağlanamamasıdır (Akın, 1974, s. 131). Çünkü Locke'a göre en önemli hak ve özgürlük mülkiyettir ve bunun muhakkak sağlanması gerekmektedir. Toplumsal sözleşme sonucu kurulan yönetim biçimi ne olursa olsun mülkiyet hakkından vazgeçmezler. Bir kimsenin mülkiyet hakkının sınırı ancak bir başkasının mülkünün sınırı olabilir. İkincisi ise cezalandırma işlemini gerçekleştirecek hususi bir yargının yokluğudur. Bu sebep ile insanlar herkesin uyacağı tarafsız yasaların, tarafsız ve adil yargıçların ve polislerin olduğu devleti kurmak için sözleşme yapmışlardır.

Böylelikle insanlar doğal durumda ölçütü "bireysel öfke" (Öktem & Türkbağ, 2009, s. 154) olan cezalandırma hakkını devlete devretmişlerdir. Cezalandırma yetkisinin devredildiği devletin öncelikli olarak koruması gereken ise ilk ve asli hak olarak mülkiyettir (Öktem & Türkbağ, 2009, s. 155). Bunun dışında kalan haklar ise hala bireye aittir (Kapani, 1981, s. 31), devlete koşulsuz ve kayıtsız bağlılık diye bir şey söz konusu değildir (Okandan, 1976, s. 558).

Locke yönetim biçimlerini düzenlerken de yine hak ve özgürlükleri ön plana almıştır ve bu nedenle kuvvetler ayrılığı ilkesini benimsemiştir. Yargı yürütmeye, yürütme yasamaya yasama ise burjuvaziye dayanmaktadır. Yasama en üstteki kuvvettir. Locke, özgürlüğü devletin meşruluk ölçütü kabul ettiği için en uygun yönetim biçiminin demokratik ve liberal ilkelere bağlı bir rejim olması gerektiğini savunmuştur. (Okandan, 1976, s. 562-563) Sonuç olarak, Aydınlanma döneminin özgürlük söyleminin inşasında Locke oldukça önemli bir rol oynamıştır. Bu yeniden inşa edilmiş özgürlük anlayışı taraftarlarını mevcut rejimleri alt üst etme düşüncesine ve nihayetinde devrimlere sevk etmiştir. Bunun sonucunda kurulan devlet ve anayasaları da şüphesiz, Locke'un sosyal sözleşme, özel mülkiyet, insan hakları, demokrasi ve liberal değerler hakkındaki düşünceleri üzerine inşa edilmiştir.

Fakat, Aydınlanma'nın devrime giden yollarını döşeyen tek kişi elbette Locke değildir. Felsefesi birtakım tutarsızlıklar içerdiği gerekçesi ile eleştirilmiş olan Rousseau da Locke gibi devrimlerin, bilhassa Fransız Devrimi'nin kurucu mimarlarından biri olarak kabul edilir (Öktem & Türkbağ, 2009, s. 38). Toplumsal Sözleşme ilkesine dayalı doğal hukuk anlayışının akla gelen ilk ismi olan Rousseau'ya göre doğal hukukun temelinde gerçekleşmesi toplum içinde yaşamaya bağlı olan "insan özgürlüğü" bulunmaktadır. (Öktem & Türkbağ, 2009, s. 157)

Rousseau'nun felsefesi de Aydınlanma Felsefesinin tavrına uygun olarak "benlik" kavramı çevresinde döner. Ona göre insanlar özleri itibari ile iyi ve ahlaklıdırlar, insanda duygular akılcı gerekçelerden daha baskın olarak vardır. Fakat Rousseau, uygarlığın gelişimi ile özü itibari ile iyi olan insanın bir takım temel hasletlerinin yitime uğradığını söyleyerek, Aydınlanma karşısında eleştirel bir tavır takınmıştır. (Cevizci, 2005, s. 1426) Bu sebeple, modernliğin kendiliğinden akılcı bir toplumsal düzeni getireceği fikri[13] Rousseau için kabul edilemez niteliktedir. Aydınlanma ile gelen modern toplum aslında ne akılcıdır ne de birleştiricidir; bilakis çıkar odaklı ve bölücüdür. (Touraine, 2014, s. 43)

Ona göre, uygarlığın gelişmesi özgürlüklerin ve eşitliğin sınırsız olduğu Doğal Yaşama Dönemi'nin bozulmasına neden olmuştur. Bu iyi dönemde ortak mülkiyet vardı ve herkes eşit

[13] J.J.Rousseau bu görüşün sahibi olan Voltaire'i İngiliz burjuvasine hayranlık duymakla ve vicdanı ile çıkarlarını bağdaştırmada mahir olmakla suçlamıştır. (Touraine, 2014, s. 43) Alan Touraine'ın *modernliğin modernist eleştirmeni* olarak tanımladığı Rousseau, Aydınlanma düşüncesinin içinden çıkmış olmakla birlikte onu eleştirmiştir. (Touraine, 2014, s. 38)

hak sahibiydi. Fakat zamanla iş bölümü neticesinde bireysel mülkiyete geçilince eşitlik bozulmuş, güçlenen muhteris mülk sahipleri diğerlerini ezerek sürekli çalışmaya mahkûm hale getirmiştir. Ustaca yapılan gaspı sorgulanamaz bir hak haline getiren "bireysel mülkiyet" uygarlık çağında artık meşrulaşmıştır. Rousseau, daha sonraki dönemlerde bireysel mülkiyete karşı olumsuz tutumunu değiştirmiş olsa da (Öktem & Türkbağ, 2009, s. 158) devletin aşırı servet farklılıklarını ortadan kaldırmakla yükümlü olduğunu savunmaya devam etmiştir.

Ona göre, bireysel mülkiyetin yol açtığı aşırı servet farklılıklarını önlemek için devlet genel irade ile yönetilmelidir, yani kaynağını halkın egemenliğinden alan Toplum Sözleşmesi ile. (Cevizci, 2005, s. 1426) Rousseau genel irade kavramında genellik konseptini "hukukun üstünlüğü" irade kavramını ise "herkesin gönüllü olarak katılması" olarak açıklar. Bireylerin özgür iradeleri ile oluşturdukları genel irade, onları kendi iradeleriyle ortaya koymadıkları yönetimlerden korumanın da tek yoludur (Riley, 1991, s. 55). Dolayısıyla Rousseau özgürlüğü, (liberal düşünürlerden farklı olarak) kişinin istediğini yapabilmesi değil başkalarının iradesine tabi olmaması anlamında kullanmaktadır (Rousseau, 2002, s. 64). Dolayısıyla kendi rızasıyla katıldığı bir genel irade tarafından yönetilme özgürlüğü, her insan için vazgeçilemez ve devredilemez bir haktır. Çıkar mekanizmalarının karşıtı olarak genel iradeyi özellikle de akla geri dönüşü koymak, insanla evrenin barışıklığına yeniden sağlayabilmek için mutlak bir gerekliliktir (Touraine, 2014, s. 43). Çünkü, bireysel çıkarlar Rousseau'nun vazgeçilemez ve devredilemez nitelikte gördüğü "özgürlüğe" zarar vermektedir. Bu sebeple, doğuştan özgür ve eşit olan insan özgür iradesi ile Toplum Sözleşmesi'ni yaparak doğal haklarını devlete devreder ve bunun karşılığında güvenceli medeni haklarını elde etmiş olur (Öktem & Türkbağ, 2009, s. 159). Neticede, Rousseau'nun temelini kazdığı şey modern Cumhuriyet anlayışından başkası değildir.

Sonuç olarak, Locke ve Rousseau gibi Aydınlanma düşünürlerinin yeniden kurdukları özgürlük ve doğal hak söylemleri modern devletin ve anayasaların kurulmasıyla etkilerini bugüne değin sürdürmüşlerdir. Bu düşüncede birey hak ve özgürlükleri önemli bir yere konulmuştur. Locke yaşam, özgürlük ve mülkiyet haklarını öne plana çıkardığı bir siyasi model ve yasal düzlem öne sürmüş, Rousseau ise özgürlüğün vazgeçilemez ve devredilemez niteliği üzerinde durmuştur. (Çüçen, 2006, s. 32) Sonuç olarak, insan hakları ve özgürlüklerinin tanınmadığı, korunmadığı ve yasal olarak güvence altına alınmadığı toplumlarda aydınlanmanın gerçekleşemeyeceği inancı, dönemin hâkim düşüncesi olmuştur. Bu düşünce, siyasi liberalizm ve mutlak monarşi karşısında halk egemenliğini savunan cumhuriyetçilerin idealleri ile birleşip, rasyonalist doğal hukuk anlayışı çerçevesinde geliştirdikleri toplumsal

sözleşme kuramları ile güçlenince kaçınılmaz olarak mevcut düzeni yerle bir eden devrimler gerçekleşmiştir.

Bu devrimler sırasıyla 1688 İngiliz Şanlı Devrimi, Amerikan Devrimi (1775-1783) ve Fransız Devrimi'dir (1789). Devrim düşüncesinin Aydınlanma'nın akıl, özgürlük, eşitlik ideallerinden mülhem olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Elbette, tek bir Aydınlanma'dan söz edilemeyeceği gibi bu üç devrimin de aynı şekilde gerçekleştiği söylenemez. Fakat bu kısım için önemli olan en genel anlamda Aydınlanma düşüncesinin ideallerinin Devrim'ler yolu ile anayasalara ve bugünkü anlamı ile insan haklarına varan yolculuğudur. Aydınlanma sürecinde oluşan rasyonalist doğal hukuk okulu, Fransız Devrimi sonrasında *İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi* ile Amerikan Devrimi sonucunda Haklar Bildirgesi ile yasal plana geçmiştir (Öktem & Türkbağ, 2009, s. 333).

Belli bir sınıfın belli bir coğrafyada, haklarını koruma altına alma ve iktidardan pay alma çabasına felsefi ve sosyolojik bir arka plan oluşturma ameliyesi olarak başlayan süreçte üretilen felsefe coğrafyasını aşarak evrensel bir nitelik kazanmıştır (Touchard, 1959, s. 384). Nihayetinde toplumsal düzlemde, zenginleşen burjuvazinin mülkiyet hakkı arayışı, siyasi düzlemde liberalizmin temelde özgürlük ve cumhuriyetçilerin ise genel irade tutkusu ile monarşi karşıtlığı, hukuksal zeminde rasyonalist doğal hukuk anlayışı; devrimleri, anayasaları ve bugünkü anlamda insan hakları söylemini mümkün kılan toplumsal şartları ve koşulları ortaya çıkarmıştır. Anayasalar verilen özgürlük, eşitlik ve adalet söylemlerini gerçekleştirmek adına girilen mücadeleler sonucunda ilk kez 1787'de Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, ikinci olarak 1791 Fransız Anayasası ile siyasi ve hukuki belgeler olarak hayata geçirilmiştir. Fransızlar, önceleri anayasa kavramını Kralın iktidarını sınırlayan bir belge olarak görmüş, sonrasında ise siyasi özgürlük anlamında kullanmışlardır. 1920'lerden sonra bütün dünyaya yayılan anayasalar, kişilerin özgürlüklerini güvence altına alan, devlet iktidarını sınırlayan bir belge olarak devletin en üst düzeyli hukuk normu olarak kabul edilmiştir (Özer, 2010, s. 8). 18. yüzyıldan itibaren özel bir iktidar formu ve temeli olarak ortaya çıkan çağdaş anayasalar, hukukun temel düzenlemesi olarak sunduğu şemsiye değerler ve insan haklarını koruma altına alma gayesi ile varlığını halen sürdürmektedir.

1.2.2 İnsan Hakları Prensipleri ve Anayasal Hakların Çatışması

Bir yerde ahlaki/manevi haklardan söz ediliyorsa orada mutlaka "herkesin eşit derecede özgür olma hakkı" olan bir doğal hakkın varlığı söz konusudur. Bu ilke anayasal özgürlük anlayışının temelini oluşturmaktadır. (Brogyava, 2005, s. 379) Çeşitli yasal sistemlerde farklı

tezahürleri bulunsa da nihai anlamda anayasal özgürlük için yasal bir özgürlüktür, denilebilir.

Anayasalarca korunan, uluslararası anlaşma ve bildirgelerde kabul görmüş olan İnsan Hakları'nın üzerinde ittifak edilmiş prensibleri şunlardır;

> *"İnsan hakları evrenseldir ve devredilemez; bölünemez, birbirine bağımlı ve bağlantılıdır., İnsan hakları evrenseldir çünkü nerede yaşarlarsa yaşasınlar, cinsiyetleri veya ırkları, dini, kültürel veya etnik kökenleri ne olursa olsun herkes aynı haklara sahiptir. Devredilemezdir, çünkü insanların hakları asla ellerinden alınamaz. Bölünemez ve birbirine bağımlıdır, çünkü tüm haklar -siyasi, medeni, sosyal, kültürel ve ekonomik – önem bakımından eşittir ve hiçbiri, diğerleri olmadan tam olarak kullanılamaz. Herkese eşit olarak uygulanırlar ve herkesin hayatlarını etkileyen kararlara katılma hakkı vardır."*[14]

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde (1948) ekonomik, siyasi, sivil, kültürel ya da sosyal içerikli hakların arasında mutlak surette eşitlik bulunduğu bildirilmektedir. Dolayısıyla hakların her biri eşit öneme sahiptir. Daha sonra imzalanan uluslararası anlaşmalarda da hakların statü bakımından eşit olduklarının ve bu haklardan yararlanmada herkesin eşit olduğunun üzerinde durulmuştur.[15]

Fakat yine de insan hakları arasında bir hiyerarşi olup olmadığı sorusu daima tartışmalı olmuştur. Bir görüşe göre insan hakları arasında hiyerarşi mevcuttur. Örneğin Tom Farer (1992, ss. 115-116), temel insani ihtiyaçların diğer haklardan daha üstün olduğunu iddia ederek haklar arasında hiyerarşik bir ilişki olduğunu savunmuştur.[16] Gözler (2017, s. 252) ise anayasal hakların birbiriyle eşit olduğunu fakat anayasanın koruduğu bir hakkın kanunla korunan haktan daha üstün olacağını savunmuştur. Diğer bir görüşe göreyse, insan hakları arasında bir hiyerarşi yoktur ve haklar arasında bir önem sıralaması yapmak yanlıştır. (Sangiovanni, 2017, ss. 246-248). Köküsarı (2020, s. 194) bu görüşte olanların sahip oldukları gerekçeleri şöyle özetlemiştir; ilk olarak hakların üst veya alt dereceli olarak sıralanabilmesi için hiçbir objektif kriterin bulunmadığını; ikinci olarak, hakların aynı anayasada bulunması nedeniyle eşit dereceli olmaları ve aralarında bir hiyerarşi bulunanamayacağını; son olaraksa, insan haklarının bölünmezlik (*indivisibility*) niteliği nedeniyle haklar arasında hiyerarşi olamayacağını öne sürmüşlerdir.

---

[14] "Human Rights Principles" (2005), *United Nations Population Fund*. https://www.unfpa.org/resources/human-rights-principles#:~:text=Human%20rights%20are%20universal%20and,religious%2C%20cultural%20or%20ethnic%20background. (son erişim: 15 Eylül 2023)

[15] Bkz.: 1986 Kalkınma Hakkı Bildirgesi, 1993 Viyana Bildirgesi ve Eylem Programı ve Çocuk Hakları Konvansiyonu.

[16] Hegel'e göre daha somut hak olan yaşama hakkı, daha soyut hak olan mülkiyet hakkından hiyerarşik olarak daha üstündür. Bu sebeple hayatını kurtarmak için başkasının mülküne izin almadan giren bir kişi mülkiyet hakkını ihlal ettiği gerekçesi ile suçlu sayılamaz (Meyer, 2021, s. 67).

Neticede anayasa teorisinde genel olarak edilen yaklaşım, bir anayasal hüküm aksini belirtmediği sürece anayasada yer alan bütün hakların eşit derecede ve aynı öneme sahip olduğudur (Barak, 2012, s. 359). Fakat ne var ki devletler anayasal hakların çatışmaları durumlarında bir hakka diğerinden daha fazla öncelik vermek durumunda kalabilirler. Dolayısıyla insan hakları arasında hiyerarşi olmadığı iddiası ilke düzeyinde kabul görse de uygulanması pek mümkün olmamaktadır. İnsan haklarının çatışması durumunda devletlerin hangi hakkı önceleyeceği veya ne tür bir yaklaşım benimseyeceği ise büyük oranda o devletin toplumsal, kültürel ve siyasi yapısına bağlı olarak değişiklik göstermektedir (Saral, 2021, s. 446). Zira anayasal olarak eşit statüde olan haklar, toplumun farklı gruplarınca farklı değerlere sahip olabilirler. Haklar arası pratik ve toplumsal önem farklılıkları zorunlu olarak hem haklar arası çatışmalara hem de devletlerin bir hakkı diğerine önceledeği durumlara sebep olmaktadır. Bu sebeple, çeşitli toplumlarda ve devletlerde kimi haklar diğerlerine göre daha fazla korunmuştur.[17] Buna rağmen hakların eşit derecede önemli olduğunu savunmak ve bu yolla hakların bütünlüğünü korumaya çalışmak; bireyin özerkliğini korumak ve hakların önemini vurgulamak açısından daha fazla tercih edilmiştir (Köküsarı, 2020, s. 197). Fakat sonuç olarak, teoride hakların eşit önem ve statülü olduklarını iddia etmek kolay ve mümkün olsa da uygulamada devletlerin toplumsal ve kültürel değerlerine, siyasi ve ideolojik durumlarına bağlı olarak bir hakkı diğerine öncelemesi söz konusu olmuştur. Bu sebeple, anayasal insan hakları çatışmaları, toplumun farklı kesimleri arasındaki çatışmaları ve siyasi konjonktüre ya da hakem konumunda olan yargıçların ideolojilerine bağlı olarak bir grubun hakkının diğerine öncelenmesi durumlarını göstermesi açısında sosyolojik araştırmanın da konusu olmuştur.

Günümüzde, gerek anayasa ve diğer hukuki belgelerde hakların oldukça soyut bir biçimde düzenlenmesi, gerekse değişen yaşama paralel olarak hakların genişlemesi ve yeni hakların ortaya çıkması bu çatışmaların sayısının giderek artmasına sebep olmuştur. Örneğin; bir kişinin sahip olduğu ifade özgürlüğü hakkı ile yaptığı açıklamalar veya sosyal medya paylaşımları diğerleri açısından özel hayatın gizliliğini ihlal edici davranışlar olarak görülebilmektedir (Köküsarı, 2020, ss. 15-16). Bunun yanı sıra toplumdaki değer ve anlayışların çeşitlenmesi de hak çatışmalarının sayısını artırmaktadır. Kişilerin sahip oldukları değerlere bağlı olarak iddia ettikleri haklar, başkalarının hak ve değerleri ile uyumlu olmayabilmek de ve bu durum çatışmalara sebep olmaktadır. Neticede, hakların soyut bir biçimde genişlemesi ve toplumdaki

[17] Örneğin; İsrail Yüksek Mahkemesi bir kararında insan onurunun mülkiyet hakkından daha üstün olduğunu belirtmiş, Amerika Birleşik Devletleri, Güney Afrika, Yeni Zelanda gibi ülkeler de hakların farklı sosyal statüleri olduğunu kabul etmişlerdir. Almanya ve Kanada gibi ülkeler ise hakların sosyal öneminin eşit olduğunu kabul etmişlerdir (Barak, 2012, ss. 359-360; Köküsarı, 2020, ss. 196-197).

anlayış ve değerlerin çeşitlenmesi nedeniyle, gerek ulusal mahkemeler gerekse AİHM gibi bölgesel ve uluslararası mahkemeler daha fazla sayıda hak çatışması davasına sahne olmaktadır (Köküsarı, 2020, s. 15-17). Bu tarz hak çatışmalarının tamamının önceden öngörülmesi mümkün olmadığından çözüm genellikle çatışma halinde belirli kriterler belirleyerek alınabilmektedir. Bu kriterlerin belirlenmesi aşaması da sözü edildiği gibi büyük oranda devletlerin sosyokültürel ve siyasi durumuna bağlı olarak değişmektedir (Köküsarı, 2020, s. 17).

Bu sebeple, Peggy Ducoulombier'e (2008, s. 221) göre, anayasal hak çatışmalarını devletin ödevlerinin çelişmesi olarak (*Grundrechtsverpflichtungskollisionen*) tanımlamak daha doğrudur. Çünkü bireylerin hakları arasındaki çatışma, ancak her iki tarafın da haklarını gerçekleştiremediği durumda söz konusudur. Diğer bir deyişle, aynı anda korunmaları imkânsız olan hakların çatışması durumunda, devletin iki tarafın da anayasal ihtiyaçlarını gidermesinin mümkün olmadığı bir durum ortaya çıkar. Bu nedenle kavram her ne kadar "anayasal hakların çatışması" olarak ifade edilse de aslında çatışan, devletin her iki hakkı da eşit derecede koruma yükümlüğüdür. Örneğin ifade özgürlüğü hakkı ile özel yaşamın gizliliği hakkı arasında çıkan bir çatışmada aslında her iki hak da devlet karşısında geçerli olan haklardır. Burada hak sahipleri birbirlerinden ifade özgürlüğü hakkı veya özel hayatın gizliliği hakkını talep ediyor değillerdir, her iki taraf da devletten anayasal haklarını koruma altına almasını talep etmektedir. Dolayısıyla çatışma, doğrudan anayasal hakların kendilerinden değil, devletin her iki hakkı da eşit derecede koruması yükümlülüğünü bir hakkı ihlal etmeksizin ya da her ikisini de kısıtlamaksızın sağlayamamasından doğmaktadır (Coşkun, 2022, ss. 27-28).

Coşkun'a (2022, s. 30) göre yine de "anayasal hakkın gerçekleştirilmesi" üzerindeki vurguyu korumak ve konunun anayasal hak teorisi ile bağlantılı konumunu yansıtması açısından "anayasal hakların çatışması" kavramının kullanılması yerinde olacaktır. Buna göre Coşkun (2022, s. 30), anayasal hak çatışmalarını şöyle tanımlamaktadır: *"anayasal hakların çatışması, en az iki farklı anayasal hak sahibinin anayasal haklarının koruma alanlarının, aynı olay için bağdaşmaması nedeniyle aynı anda gerçekleştirilememesi, bu anlamda hakların kullanımlarının birbirlerine karşılıklı müdahale oluşturmasıdır…anayasal hak çatışmaları, hakların, sağladıkları korumanın kısmen gerçekleştirilmesine veya hiç gerçekleştirilmemesine yol açacak şekilde, karşı karşıya gelmeleri durumudur."*

Sonuç olarak, anayasaları kuranların gündeminde o gün kaleme aldıkları veya metnin "özgürlükçü" ruhu gereği daha sonradan kaleme alınan insan haklarının çatışabileceğine dair bir gündem var mıydı bilinmez fakat bugün anayasal insan haklarının; Aydınlanma'nın coşkulu "özgürlük" söyleminin belgesi niteliğinde olduğu söylenebilir. Aydınlanma döneminde

yaşanan siyasi ve iktisadi gelişmeler ve bunlara paralel olarak ortaya çıkan yeni toplumsal koşullar, özgürlük ve halk egemenliği söylemlerinin ortaya çıkmasını sağlamıştır. Doğal hukuk düşüncesinin her insanın doğuştan getirdiği bir hak olarak özgür olduğu düşüncesi, aydınlanmanın kiliseye ve orta çağa sırtını dönen rasyonellik tutkusuyla birleşerek, rasyonel doğal hukuk düşüncesini oluşturmuştur. Sonucunda, toplumsal, siyasi, iktisadi ve hukuki her alandan yükselen özgürlük söylemi devrimler yoluyla iktidarı ele geçirmiştir. İşte bu özgürlük söyleminin ve eşlik eden halk egemenliği anlayışının belgesi niteliğinde olan anayasalar, insan hak ve özgürlüklerinin hukukun temel yapı taşı olmasını sağlamıştır. Dolayısıyla, modern devlet insan hak ve özgürlükleri üzerine kurulmuştur ve bunu sürdürebildiği ölçüde meşru sayılmıştır.

Fakat, devletler ileriki dönemlerde anayasal hakların tamamını eşit derece korumanın mümkün olmadığı hak çatışmaları davalarıyla karşı karşıya kalmıştır. Anayasalarda zikredilen hak ve özgürlüklerin oldukça soyut ve muğlak yapıda olması, bununla birlikte, -hatta belki buna bağlı olarak- modern toplumun belki tarihin hiçbir döneminde görülmediği kadar karmaşık ve çeşitli inanç sistemlerini ve yaşam tarzlarını bir arada bulundurması; insan haklarının birbirlerinin sınırlarına girdiği ve birbirini bastırdığı durumlara sebep olmuştur. Anayasal hak çatışmaları adı verilen bu durumlarla karşı karşıya kalan devletler, büyük oranda sosyokültürel, siyasi ve ideolojik yapılarına bağlı olarak, az veya çok bir hakkın diğerine önceleyerek çatışmaları çözmeye çalışmışlardır. Bu sebeple, toplumun farklı kesimleri arasındaki çatışmaları ve siyasi konjonktüre ya da hakem konumunda olan yargıçların ideolojilerine bağlı olarak bir grubun hakkının diğerine öncelenmesi durumlarını gösteren anayasal insan hakları çatışmaları davaları, hukukun olduğu kadar sosyolojik araştırmanın da konusu olmuştur.

2. BÖLÜM: ABD'DE DİN ÖZGÜRLÜĞÜ VE ANAYASAL HAK ÇATIŞMASI DAVALARINDA YÜKSEK MAHKEME'NİN ROLÜ

2.1 Amerikan Aydınlanması

Bu bağlamda, çalışmanın bu başlığında Amerikan Aydınlanması ve onun söylemsel oluşumlarının ürettiği belgelerin başında gelen Haklar Bildirgesi (Bill of Rights) ve Amerikan Anayasası ele alınacaktır. Ayrıca, anayasal insan haklarının uluslararası boyutta kabul görmüş mahiyeti ve anayasal hak çatışması durumuna değinilecektir.

Aydınlanma düşüncesi çok kısa sürede Avrupa'dan Atlantik'in öbür yakasına da taşmıştır. 1743 yılında, Harvard Üniversitesi'nde gerçekleştirilen mezuniyet töreninde, genç bir öğrenci yüksek lisans teziyle alakalı bir konuşmada şu soruyu sormuştur: "Kamu yararı (commonwealth[18]) şayet başka türlü korunamayacaksa Üstün Otorite'ye (supreme magistrate[19]) direnmek yasal mıdır?" ve çekinmeden "evet" cevabını vermiştir. Gencin, Amerikan halkının faydasını sağlama görevini yerine getiremeyen Britanya'nın egemenliğine karşı ayaklanma fikrini ortaya koyduğu bu konuşma sırasında, onu dinleyenler arasında Britanya Kraliyet Valisi Shirley'de vardır. Bu cesur genç, Harvard'da bulunduğu yıllar boyunca okuduğu Locke'a hayranlık duyan ve Locke'cu bir doğal hak düşünürü olan Samuel Adams'den başkası değildir. Aydınlanma düşüncesinden oldukça etkilenen Adams'ın henüz 21 yaşındayken bir kraliyet valisinin yanında sorduğu bu cüretkâr soru ve cevabı, Amerikan bağımsızlık mücadelesinin ve Devrimi'nin fitilini ateşlemiştir.

Gencin sözünü ettiği "yasal olarak direnmek" teması 1688 yılının Şanlı İngiliz Devrimi'ni kuran söylem olarak Avrupa'da oldukça bilindiktir. Görüldüğü üzere Amerikalılar, paradoksal bir biçimde bağımsızlık mücadelesi verdikleri İngiliz hakimiyetine karşı Avrupa Aydınlanmasının fakat daha çok İngiliz düşüncesinin argümanlarını kullanmışlardır. Zira zorbalaşan siyasi otoriteye karşı yasal direniş ve halkın kendini yönetmesi düşüncesi köklerini başta Locke olmak üzere Birleşik Krallıktaki ve Avrupa'daki düşünürlerden almıştır (Köktaş, 2014, s. 115). Bu düşünürlerin sıkı takipçileri olan Thomas Jefferson, Benjamin Franklin, John Adams, George Washington ve James Madison gibi isimler, Amerika'da Aydınlanma

[18] Locke, *commonwealth* kavramını spesifik anlamda bir Cumhuriyet'e ya da demokrasiye atıfla değil, genel anlamda "ortak iyi", "herkesin faydası" yani "kamu yararı" anlamında kullanmıştır. Aynı şekilde *supreme magistrate* kavramı da Locke'cu terminolojide spesifik olarak Britanya Krallığı'na atıfla değil, genel olarak kamu yararını koruma yükümlülüğü bulunan yüksek devlet otoritesi anlamında kullanmıştır (Locke, 1884, s. 168) Fakat büyük bir Locke hayranı olan Samuel Adams bu sözleriyle, Amerikan halkının faydasını sağlama görevini yerine getiremeyen Britanya'nın egemenliğine karşı ayaklanma fikrini ortaya koyduğu açıktır.

düşüncesinin temellerini kazımış, özgürlük, bağımsızlık ve egemenlik gibi düşünceleri Amerika kıtasına taşımışlardır.

Gerçekten, Amerikan Bağımsızlık Bildirgesine ve Thomas Paine'nin *Common Sense*'ine, Amerikan Anayasasına, Haklar Bildirgesine ve diğer federalist yazılara, Aydınlanma düşüncesine hâkim olan; özgürlük, doğal hukuk, insan hakları ve halk egemenliği gibi temalar damga vurmuştur. Aydınlanmanın Amerikan tecrübesine eşlik eden ve onu Avrupa'dakilerden farklılaştıran ise "Britanya'dan ayrılma, kolonilerin birleşmesi, eyalet anayasaları ve haklar bildirgeleri" gibi unsurlar olmuştur. Öte yandan Amerikan Devrimi'ni Avrupa'dakilerden ayıran temel fark ardından bir korku ve terör döneminin gelmemesi olmuştur. Amerikan Devrimi sonrasında kabul edilen Anayasa bugün hala geçerliliğini korumaktadır. Dolayısıyla, Amerikan siyasal sistemi ve değerleri, Devrim ve onun metinleri üzerinden inşa edilmiştir (Köktaş, 2014, s. 115).

Ferguson'a göre (1997, s. 22)Amerikan Aydınlanması tek bir söz ile açıklanacak olsaydı bu "kendi kaderini tayin etme hakkı" (*the right of self-determination*) olurdu. Zira bu söz, 18. Yüzyıl Aydınlanma düşüncesinin; aklın önceliği, insan aklına itimat, bireysel özgürlüğün değeri, bilimsel yönteme güven, eğitim ve ilerlemeye duyulan inanç ve bunların yanında geleneği, yerleşik otoriteyi ve dogmaları reddetme gibi temel prensiplerinin tamamını ihtiva etmektedir. Kendi kaderini tayin etme düşüncesinin hayata geçirilmesi, Amerikan Aydınlanması'nın, Aydınlanma felsefesini ete kemiğe bürümesi olarak görülebilir (Ferguson, 1997, s. 22). Oldukça yeni bir halk olan ve Avrupalı çağdaşlarının mücadele etmek zorunda oldukları krallık veya yerleşik kiliseler gibi durumlarla başı dertte olmayan Amerikalılar, karmaşık felsefi tartışmalarda boğulmak yerine pratiğe yönelmişlerdir. Belki de bu sebeple kıtaya hâkim olan en güçlü felsefe "pragmatizm" olmuştur.

Sonuç olarak, 18. yüzyılın başlarında Avrupa'da yayılan Aydınlanmacı fikirlerin, yeni bir toplumun filizlenmekte olduğu Amerika kıtasına ulaşması ile Amerikan kolonilerindeki düşünürler ve devlet adamları, Aydınlanmanın Amerikan tecrübesini başlatmışlardır. Benjamin Franklin, Thomas Jefferson, John Adams ve James Madison gibi elitler, Aydınlanmanın doğal hukuk, insan hakları, özgürlük ve bilimsel yöntem üzerine fikirlerini, kıtanın dört bir yanına taşıyarak Amerikan bağımsızlık arayışının bir parçası haline getirmişlerdir. Yedi Yıl Savaşları'ndan çıkan Britanya'nın, savaşın maddi kayıplarını Amerikalılara yükledikleri yüksek vergilerle gidermeye çalışması da fikirlerin hızlıca kabullenilmesinde etkili olmuştur. Amerikalılar "temsil yoksa vergi de yok" (*no taxation without reprensentation*) sloganıyla Amerikan Devrimi'ni başlatmış ve 1776'da Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi ilan etmişlerdir. Amerikan kolonilerinin İngiliz yönetimine meydan okuduğu ve bağımsızlığını ilan ettiği

bildirgede, insanların doğal haklara sahip olduğu, hükümetin bu hakları korumak için var olduğu ve halkın hükümet üzerinde egemenlik sahibi olduğu vurgulanmıştır. On küsur yıl süren bağımsızlık ve devrim mücadelesinin ardından 1789 yılında ülkenin temel yasal çerçevesini oluşturan Amerika Birleşik Devletleri Anayasası kabul edilmiştir. Ardından 1791 yılında Bill of Rights (Haklar Bildirgesi) onaylanarak, Anayasa'ya on değişiklik maddesi olarak eklenmiştir. Sonuç olarak, bu kurucu metinleri ile, demokratik ilkelerin, bireysel özgürlüklerin ve güçler ayrılığı ilkesinin temellerini oluşturduğu Amerika Birleşik Devletleri kurulmuştur ve bu metinler, ülkenin temel değerlerini şekillendirmeye hala devam etmektedir.

2.2 ABD'de Din Özgürlüğü

"Bizler tüm kurumlarıyla birlikte yüce bir varlığa inanan dindar bir halkız. Herkesin istediği gibi ibadet etme ve inanma özgürlüğünü teminat altına alırız, çok çeşitli inançlara yer veririz. Devlet olarak hiçbir grup tarafında olmayız ve her grubu taraftarlarının kendi coşkularıyla gelişip serpilmesi için serbest bırakırız. Devlet din eğitimini desteklediği veya toplumsal olayları dinsel ihtiyaçlara uydurmakla dini otoritelerle iş birliğine girdiğinde bu, geleneklerimizle tam bir uyum içinde olduğumuz anlamına gelir. Zira o zaman (anayasamız) insanlarımızın dini doğasına saygı duymuş olur ve kamu hizmetlerini manevi ihtiyaçlara uydurur. Bunun böyle olamayacağını savunmak, Anayasa'da devletin dini gruplara karşı katı bir tarafsızlık göstermesi gerektiği maddesini bulmak demektir. Fakat bu hiçbir dine inanmayanları inananlara tercih etmek olacaktır. Evet devlet dini gruplara finansal destekte bulunamaz veya din eğitimini üstlenemez, laik ve dini eğitimi birleştiremez, laik kurumları bir veya birkaç dini insanlara dayatmak için kullanamaz. Fakat devleti dine düşman olmaya ve dinin etkisini genişletmeye çalışma etkinliklerine karşı çıkmaya zorlayan bir madde de bilmiyoruz."
Yargıç William O. Douglas

Alexis de Tocqueville Amerikan demokrasisi üzerine yaptığı çalışmada, ABD'de din ve özgürlük fikrinin ayrı düşünülemez şekilde iç içe geçtiğini ve Amerikan hukuk ve siyasetinin dinin özgürlük alanını kısıtlamadığı sonucuna varmıştır (Albayrak, 2018, ss. 9-10; Tocqueville, 1998, ss. 120-121). ABD anayasası, kurumsal sekülerizm ile dini özgürlükleri ve dinin kamusal alanda görünürlüğünü uzlaştıran bir din-devlet ayrımı ilkesi benimsemiştir. "Kongre bir dinin

kurumsallaşmasına neden olan ya da dini özgürlükleri kısıtlayan yasa yapamaz"[20] ibaresini içeren Anayasa'nın I. Ek Maddesi bu dengenin sağlanmasındaki en önemli aktör olmuştur. Bu doğrultuda Amerikan kurucularının yazılarında I. Ek Madde'nin ihtiva ettiği anlama yönelik altı ilke öne çıkmıştır: (1) vicdan özgürlüğü; (2) dinin özgürce uygulanması; (3) dini çoğulculuk; (4) dini eşitlik; (5) kilise ve devletin ayrılması ve (6) ulusal bir din kurulmaması. I. Ek Madde bu altı prensip etrafında şekillenmiştir ve eyalet anayasalarına da yön vermiştir. Bu ilkeler, bugün hala Amerikan deneyiminin yol gösterici ilkeleri olmaya hem orijinal formunda hem de "dini uzlaşmacılık", "dini zorlama yasağı", "eşit erişim", "eşit muamele" ve "maddi tarafsızlık"[21] gibi yeni anlamlarıyla devam etmektedir (Witte & Nichols, 2016, s. 5).

Gertrude Himmelfarb, Amerika, İngiliz ve Fransız aydınlanmasını karşılaştırırken; Fransız Aydınlanmasının daha çok dinden özgürleşme (*freedom from religion*), Amerika aydınlanmasının ise İngiliz aydınlanmasına benzer şekilde, kilisenin kurumsal iktidarı karşısında dini özgürleştirme (*freedom for religion*) şeklinde olduğunu belirtmiştir (Witte & Nichols, 2016, s. 5). ABD'de demokrasi Avrupa tecrübesinin aksine, kiliseye düşman olmayı veya devletin bütünü ile dini vasıflarını bir kenara bırakmasını gerektirmemiştir. Bu sebeple Amerikan demokrasisi sekülerist olmaktan çok çoğulculuk ile nitelenmiştir. (Albayrak, 2018, s. 111) Bu sebeple Berger (1977, s. 151), Fransızcadaki laiklik kavramının (*laïcité*) Amerikan dilinde karşılığının olmamasının tesadüfi olmadığını belirtmiştir. Çünkü Amerikan toplumu, din ile ilişkisinde devletten, Fransız laikliğine benzer bir siyaset izlemesini talep etmemiştir. Benzer şekilde, Jeremy Gunn'da (2006, s. 5), Fransa'nın din ile ilgili siyaset tavrını *laiklik* olarak açıklarken, ABD'nin tavrını *din özgürlüğü* olarak açıklamıştır. Gunn'a göre laiklik din düşmanlığı veya dine karşı şüpheli bir bakış açısını yansıtmaktayken, din özgürlüğü devletin agnostisizm ve ateizmi dışlayarak dini sahiplenmesi anlamını çağrıştırmaktadır (Albayrak, 2018, s. 111).

Monsma ve Soper, *The Challenge of Pluralism: Church and State in Five Democracies* (Çoğulculuğun Zorlukları: Beş Demokraside Kilise ve Devlet) adlı kitaplarında Amerikan tarihini din ve devlet ilişkileri bağlamında dört dönemde incelemişlerdir (Albayrak, 2018, s.

[20] First Amendment: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances."
"The Bill of Rights: A Transcription", America's Founding Documents, *National Archives*, https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript
1.Ek Madde: "Kongre, dini bir kuruma ilişkin veya serbest ibadeti yasaklayan; ya da ifade özgürlüğünü, basın özgürlüğünü kısıtlayan; ya da halkın sükûnet içinde toplanma ve şikâyete neden olan bir halin düzeltilmesi için hükümetten talepte bulunma hakkını kısıtlayan herhangi bir yasa yapmayacaktır."
Amerika Birleşik Devletleri Anayasası; https://tr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/91/abd-anayasasi.pdf

[21] "Maddi tarafsızlık, tarafsız teşvikler gerektirir. Bir yasa, "dini inancı ya da inançsızlığı teşvik etmediği ya da caydırmadığı" takdirde maddi açıdan tarafsızdır" (Laycock, 2007, ss. 54-55).

111; Monsma & Soper, 1997, s. 18). İlk dönem, Amerika'nın kuruluşundan 1789'daki ABD Anayasası'nın kabulüne kadar olan süreci kapsamaktadır. Bu dönemde, koloniler belirli bir dini tercih ederek kendi resmi kiliselerini kurmuşlar ve vergi yardımları almışlardır. Dini kurumsallaşmanın siyasi istikrar açısından önemli görüldüğü bu dönemde, inançsızlık suç olarak görülmüş ve çeşitli yaptırımlara tabi tutulmuştur. Bu dönemde din-devlet ilişkileri "siyasi birlik için dini birlik" söylemi etrafında inşa edilmiştir.

18. Yüzyılın ikinci yarısı ile başlayan ikinci dönemde ise, İngiltere'ye karşı bağımsızlık mücadelesi verilmiş, kolonilerdeki kurumsallaşmış kiliseler ilga edilmiş, toplumda ve siyasi elitler arasında kilisenin devletten ayrılması gerektiği görüşü kabul görmüştür. Anayasanın kabulünden elli yıl önceki bu süreçte başlayan Büyük Uyanış Hareketi, resmi kiliseleri dini belli kalıplara soktukları gerekçesi ile "şekilcilikle" suçlamıştır. Oldukça coşkulu bu söylem kısa sürede toplumsal olarak da kabul görmüştür. Hareketin şekilci kiliselerin devletten ayrılması talebine ek olarak, Aydınlanma düşüncesinin özgürlükçü söylemlerinin etkisinde kalan Thomas Jefferson, James Madison gibi siyasi elitler, devlet yönetiminde Hristiyan öğretilerinin hâkim kılınmasına şiddetle karşı çıkarak, kurumsallaşmış kiliselerin ilgasına giden süreci hazırlamışlardır. Böylece sürecin dayandığı "din ve devlet ayrılığı" düşüncesi, 1789'da ABD Anayasa'sının I. Ek Madde'si ile iktidarını kurmayı başarmıştır. (Albayrak, 2018, s. 112; Monsma & Soper, 1997, s. 19). Amerikan Anayasasının I. Ek Maddesinin dini kurumsallaşmanın önüne geçerken aynı zamanda din özgürlüklerini koruma altına almaya yönelik din-devlet ayrılığı hedefi Jefferson tarafından "ayrım duvarı" (*wall of seperation*) olarak sembolleştirilmiştir. Sonuç olarak, Büyük Uyanış Hareketinin kurumsallaşmış kiliselere yönelik "şekilcilik" eleştirisi ve Aydınlanma düşüncesinin "din devlet ayrılığı" fikri, ikinci dönemde din devlet ilişkilerini inşa eden temel söylemler olmuşlardır.

Üçüncü dönem ise ABD anayasasının kuruluşundan kısa bir süre sonra başlamış ve 1947'deki *Everson v. Ewing* davasının kararına kadar devam etmiştir.[22] Bu dönemde, Protestanlık gayri resmi olarak yeniden kurumsallaşmaya başlamıştır. Okullarda İncil okutulmuş, Pazar ayinlerini zorunlu hale getiren yasalar yapılmış ve Amerikan yerlilerine yönelik misyonerlik faaliyetleri desteklenmiş ve Yüksek Mahkeme "Amerikan toplumunun Hristiyan bir millet" olduğuna dair söylemlerde bulunmuştur. Fakat, 1947'de görülen *Everson*

[22] 1947 yılında karara bağlanan bu dava ABD'deki din-devlet ilişkileri üzerinde oldukça belirleyici olmuştur. Dava, New Jersey eyaletinin okula giden çocukların ulaşım masraflarını karşılamaya yönelik yasasını, yasa kapsamında yardım gören özel okulların %96'sının Katolik okulları olması nedeniyle Anayasa'nın I. Ek Maddesi'ne aykırı bulan Arch Everson'un eyalet mahkemesine açtığı davayı kaybetmesi üzerine Yüksek Mahkeme'ye taşınmıştır. Yüksek Mahkeme yasa anayasaya aykırı bulmamıştır ve yasanın bir dini desteklemediği, aksine çocuğunu okula gönderen farklı dinlere mensup ebeveynlerin tamamına eşit davrandığı sonucuna varmıştır. *Everson v. Board of Education of the Township of Ewing, 330 U.S. 1 (1947),* "Library of Congress". https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep330/usrep330001/usrep330001.pdf

davası, din-devlet ayrılığında gelinen nokta açısından bir dönüm noktası olmuştur. Bu davanın konusu, New Jersey yasası gereğince, öğrencilerin okula ulaşımları için özel okullar da dahil olmak üzere okullara yapılan yardımdır. Bu yasadan yararlanan özel okulların %96'sı kiliseye bağlı Katolik okullarıydı. Ewing Township'te yaşayan ve vergi mükellefi olan Arch R. Everson, Katolik okullara yapılan bu yardımın hem New Jersey eyalet anayasasını hem de I. Ek Madde'yi ihlal ettiğini iddia ederek dava açmıştır. Fakat eyalet mahkemesine açtığı davayı kaybetmiştir. Everson bunun üzerine ABD Yüksek Mahkemesi'ne başvurmuş, fakat mahkeme 4'e 5 oyla yasanın Anayasa'yı ihlal etmediği kararına varmıştır. Mahkeme yargıçlarından biri olan Black, yasanın kilise okullarına para ödemediğini ya da onları herhangi bir şekilde doğrudan desteklemediğini, daha ziyade (ayrımcılık yapmaksızın) tüm dinlerden ebeveynlerin çocuklarını okula göndermelerine yardımcı olmak amacıyla çıkarıldığını belirtmiştir. Mahkeme bu kararda, I. Ek maddenin, devletin herhangi bir dine öncelik vermesini yasakladığı gibi herhangi bir dine karşı önyargılı davranmasını da yasakladığını belirtmiştir. Yüksek Mahkemenin bu kararı dördüncü dönemin başlangıcı olmuş, aydınlanmacı liberal görüşler yeniden gündeme gelmiştir. Bu dönemde, Jefferson'ın "ayrım duvarı" yaklaşımı hem toplumsal hem de hukuki alanda yeniden benimsenmiş; din devlet iş birliğine veya bir dinin yasal olarak benimsenmesine karşı çıkılmış fakat bunun yanında dini sebeplerle yapılan ayrımcılıklara göz yumulmamış, din özgürlükleri korunmuştur.(Albayrak, 2018, ss. 112-113; Monsma & Soper, 1997, s. 20)

Sonuç olarak, ABD'de din-devlet ilişkileri, bu dört döneme hâkim olan söylemler üzerinden inşa edilmiştir. Örneğin, kiliselerin vergi desteklerinin sunulduğu ve inançsızlığa kötü gözle bakıldığı birinci dönem "siyasi birlik için dini birlik" söylemi etrafında şekillenmiştir. Bu dönemde din, siyasi istikrar ve düzenin güvencesi olarak konumlandırılmıştır. İkinci dönemse, kurumsallaşmış kiliseleri "şekilcilik" ile suçlayan Büyük Uyanış Hareketi'nin dine ket vuran bu yapıların ortadan kaldırılması söylemi ve dönemin siyasi elitlerinin "ayrım duvarı" söylemi etrafında şekillenmiştir ve bu söylem aynı zamanda Anayasa'nın I. Ek Maddesiyle birlikte iktidarını kurmuştur. Üçüncü dönemde ise Protestanlığın gayri resmi olarak devlet dini haline gelmesini sağlayan Yüksek Mahkeme'nin "Amerikan toplumu Hristiyan bir devlettir" söylemi etrafında inşa edilmiştir. Dolayısıyla ilk dönemin devletin dini olmalı mantığına geri dönülmüştür fakat çok sürmeden dördüncü dönemde ikinci dönemin "ayrım duvarı" söylemine geri dönülmüştür. Bu dönemde, bireylerin din özgürlüklerinin koruma altına alınması ve devletin bir dini olmaması prensiplerine sıkı sıkıya bağlı kalınmıştır. Sonuç olarak, ABD'de, din-devlet ilişkilerini belirlemek üzere "siyasi istikrar için devletin dini olmalı" söylemi ve "devlet bireylerin din özgürlüğünü korumalı fakat dini

kurumsallaşmanın önüne geçmeli" söylemi daima çatışmıştır ve her iki söylem de çeşitli dönemlerde iktidarı ele geçirmeyi başarmıştır.

Görüldüğü üzere, ABD'de henüz koloniler döneminden beri din önemli bir konum teşkil etmiş ve anayasanın kurulmasına kadar din-devlet ilişkileri oldukça iç içe bir süreçte ilerlemiştir. Kolonilerde baskın olan Protestanlık, anayasanın kuruluşundan sonra da zaman zaman *de facto* bir biçimde devlet dini gibi algılanmıştır. Bu durum, Protestan ritüellerinin devlet okullarında tüm öğrencilere dayatılmasına kadar varmış ve bu durum diğer dini gruplar fakat bilhassa Amerikan Katolikleri tarafından tehdit olarak algılanmıştır. Bu grupların siyasi ve hukuki haklarını elde etmek için sürdürdükleri mücadele, Yüksek Mahkeme'nin 20. yüzyılda devletin desteklediği çeşitli dini uygulamalara son verilmesine yönelik kararlarına kadar devam etmiştir (Albayrak, 2018, s. 14).

Fakat, ABD'deki din devlet ilişkileri ilgili maddenin soyut ve sınırları muğlak çift yönlü niteliği nedeniyle günümüze kadar bir çatışma çizgisinde devam etmiştir. Örneğin 80'li yıllarda yükselişe geçen Evanjelik hareket dönemin siyasetini etkileyerek, dinin kamusal alandaki konumunu korumaya yönelik bir tavrı ortaya çıkarmıştır. Başkan R. Reagan ve George W. Bush, bu grupları söylemleriyle destekleyerek, onlara güç kazandırmıştır. Kendisi de evanjelik bir Hristiyan olan George W. Bush, Teksas'lı bir gazetecinin "okullarda evrim teorisine alternatif olarak *akıllı tasarım* (intelligient design) okutulması hakkında görüşünüz nedir?" sorusu karşısında; her iki teorinin de düzgün bir şekilde öğretilmesini ve insanların bu tartışmalar hakkında bilgi sahibi olmasının gerekliliğini savunmuştur (Branch, 2005). Dolayısıyla Başkan Bush, yaratılış teorisini bilimsel zeminde açıklayan akıllı tasarım teorisinin okullarda okutulmasının önünü açmıştır. Bush, bilimsel çerçevede alternatif teorilerin öğretilmesi gerektiğine vurgu yapıyor gibi dursa da yaratılışı bilimsel anlamda açıklayan bir teoriyi evrime alternatif olarak sunmasında "yaratılışa inanıyor olmasının" bir payı olmadığı düşünülemez. Fakat, aynı gazetecinin "evrime alternatif olarak akıllı tasarımın geçerliliğini kabul mü ediyorsunuz?" sorusuna doğrudan bir yanıt vermekten kaçınarak, bunu bir adalet sorunu olarak yorumlamıştır ve soruyu "Bana insanların farklı fikirlere maruz bırakılması gerekip gerekmediğini soruyorsanız, cevabım evet." şeklinde yanıtlamıştır. Kendisini "yeniden doğmuş" (born-again) bir Hristiyan olarak tanımlayan George W. Bush Amerikan eğitim sisteminde yaratılışa kapı aralayan bir teorinin öğretilmesine getirdiği açıklamada, adalet vurgusu ağır basan bir söylem geliştirmiştir. Aynı şekilde *dini temelli girişimlere* (faith based initiatives) devlet kaynaklarının sağlanmasına yönelik politikalarını 'din-devlet ayrılığı ilkesi' gereği eleştirenlere, kendisini en az onun kadar baskın olan "özgürlük" söylemine

konumlandırarak yanıt vermiştir. Elbette, bu söylem aynı zamanda kendisi ile mücadele edenlerin "özgürlük" karşıtı bir noktaya konumlandırılması anlamına da gelmiştir.

Başkan Barack Obama döneminde ise Demokratların eşcinsel evlilikleri destekleyen söylemlerinden de anlaşılacağı gibi fundamentalist evanjeliklerin Amerikan siyasetindeki etkisi azalmıştır (Albayrak, 2018, s. 15). Bu süreçte, Obama Amerikan tarihindeki, eşcinsel evlilikleri destekleyen ve *transseksüel* (transgender) kelimesini kullanan ilk başkan olmuştur. Ayrıca henüz reşit olmamış eşcinsellere yönelik "dönüşüm" tedavilerinin yasaklanması gerektiğini savunmuştur. Başkanlığından önce eşcinsel evlilik karşıtı olduğunu çeşitli vesilelerle dile getiren Obama'nın bu konudaki ifadeleri sık sık değişmiş ve nihayetinde bu tür evlilikleri destekleyici ifadeler kullanmaya başlamıştır (Steinmetz, 2015) Bu durum, Potter ve Wetherell'in dil kullanımı ile alakalı görüşlerini sağlamlaştırmaktadır. Onlara göre, bir konu hakkında geliştirilmiş aynı kişiye ait tutarsız ifadeler, geleneksel olarak kabul gören insanların belli konuda belli "tutum"lara sahip olduğu görüşünü yanlışlamaktadır. Dolayısıyla, kullanılan ifadeler ile hangi söylemin hakikat iddiasının güçlendirilmeye çalışıldığını anlamak, kelimelerin gündelik kullanımdaki uzlaşımsal manalarını bilmekten daha önceliklidir. Bu sebeple, Obama'nın eşcinsel evlilikler ile alakalı görüşlerini, iç dünyasının veya düşüncelerinin doğrudan bir ifadesi olarak görmek yerine bu ifadelerin hangi amaçlara hizmet ettiğine bakmak gerekmektedir. Basitçe demokrat seçmenin taleplerine karşılık vermek olarak düşünülebileceği gibi bu çevreler tarafından inşa edilen "hakikat" anlayışının, yani söylemin iktidarını kurmaya yönelik inşa edici bir hamle olarak da görülebilir. Her iki durumda da dildeki ifadelerin, çeşitli söylemlerin sahnelendiği sosyal eylemler olduğu sonucu ile karşı karşıya kalırız. Diğer taraftan Obama döneminde de din-devlet yakınlaşması devam etmiştir. Dini temelli ayrımcılığa engel olmak için çocuklarını dini okullara gönderen ailelere verilen nakdi yardımlar, inanç temelli örgütlere sağlanan imkanlar bu yakınlaşmanın görüldüğü örneklerdir.

Başkan Donald Trump dönemine gelindiğinde ise evanjeliklerin Amerikan yönetiminde söylemi yeniden ele geçirdikleri bir döneme girilmiştir. Bu durumun Amerikan dış politikasına yansımasını, İsrail'in Kudüs'ü başkent yapma ilanına destek maksadı ile Amerikan büyük elçilik binasını Tel Aviv'den Kudüs'e taşınması kararında görmek mümkündür (Albayrak, 2018, s. 15). Görünüşte, bir yapı içerisinde bulunan insanları bir başka yapıya taşımaktan ibaret olan bu adım, taşıdığı anlam bakımından söylemsel bir ifadedir. Bu sebeple, yalnızca sözlü ifadeler değil hukuki, siyasi, toplumsal her bir hamle belli bir söylemin iktidarını kurmaya ve çatışan görüşleri marjinalize etmeye yönelik sosyal eylemlerdir. Bu durumu, bu kez kendisini Trump aracılığı ile sahneleyen ve onun tarafından yeniden inşa edilen Evanjelik söylemin, iç politikaya yansımalarında görmek mümkündür.

Seçim kampanyasında Yüksek Mahkemenin kürtajı anayasal bir hak olarak tanıdığı Roe v. Wade[23] kararını devirmek için "mahkemeye yaşam yanlısı yargıçlar" koyma vaadinde bulunan Trump, görevde olduğu 2017-2021 yılları arasında mahkemeye muhafazakâr görüşlere sahip olmakla tanınan üç üye atamıştır: Neil Gorsuch[24] (2017), Brett Kavanaugh[25] (2018) ve Amy Coney Barrett[26] (2020). Her ne kadar, Yüksek Mahkeme üyeleri atandıktan sonra parti veya siyasi görüşlerine bağlı kalmayıp, yasaları bağımsız bir şekilde yorumlamak için çabalayan bireyler olarak kabul edilseler de bu atamalar, Yüksek Mahkeme'nin ideolojik yapısını değiştirmiş, muhafazakâr eğilimli bir çoğunluğa sahip olmasına neden olmuştur. Yüksek Mahkeme'de çoğunluğu ele geçiren muhafazakâr yargıçların ilk önemli hamlesi kürtajın anayasal hak olarak tanınırlığını iptal etmek olmuştur. Yeni atanan üyeler, kürtajın anayasal bir hak olarak kabul edilişinin, karar gününden bugüne kadar tartışmalara yol açtığını ve tam anlamı ile kabullenilmediğini belirtmişlerdir. Her üç üye de *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* davasında, Roe'yu "korkunç derecede yanlış ve karar verildiği günden bu yana Anayasa ile çatışmakta" olarak nitelendiren çoğunluk görüşünü imzalayarak destek olmuştur.[27]

---

[23] 1973'te görülen Roe v. Wade davasında Yüksek Mahkeme kürtajın anayasal bir hak olduğunu ortaya koymuştur. 1969'da henüz 22 yaşında iken üçüncü kez hamile kalan ve bebeğini aldırmak isteyen "Jane Roe" takma isimli Norma McCorvey Texas yasaları gereği (gebelikte anne sağlığını tehdit eden bir durum söz konusu olmadığı için) kürtajdan menedildi. Bunun üzerine kürtaj haklarını savunan Avukat Sarah Weddington ve Linda Coffee ile çalışarak ABD Yüksek Mahkemesi'nde dava açtı. Yüksek Mahkeme 1973 yılında, Roe v. Wade ile ilgili kararını verdiğinde, Roe artık hamile olmadığı için davayla ilgili olarak bir sonuç elde edemese de bu karar kürtajın yasal olduğu birçok eyalette yasalardaki yasakların ortadan kalkmasına sebep oldu. McCorvey, Roe v. Wade kararıyla ilgili olarak uzun yıllar sessiz kaldı, anti-kürtaj grupları tarafından bir reklam malzemesi olarak kullanılmasının ardından, kürtajın yasallaştırılmasına karşı çıkan bir aktivist oldu (McCorvey & Meisler, 1994). 2017 yılında ölümüne kadar kürtaj karşıtı bir aktivist olarak kalmaya devam etti.

[24] Yargıç Gorsuch, George W. Bush tarafından 2006 yılının mayıs ayında ABD Onuncu Daire Temyiz Mahkemesi'ndeki boşluğu doldurmak üzere aday gösterilmiştir. Gorsuch, dini özgürlükleri geniş bir şekilde tanımlaması ve koruması ile ün kazanmış bir isimdir. Anaysanın "sadece popüler dini inançları korumak için geçerli olmadığını, belki de en önemli işini popüler olmayan dini inançları korumak için yaptığını ve bu ulusun uzun süredir dini hoşgörü sığınağı olarak hizmet etme arzusunu haklı çıkardığını" ifade etmiştir. Ayrıca *Episcopal* mezhebine mensuptur. (Bu kilisenin üyeleri kendilerini "Prostestan ama Katolik" (Prostestant, yet Catholic) olarak tanımlamaktadırlar ve piskoposlar tarafından yönetilmektedir. Episcopal kilisesi sıklıkla Anglikan kilisesi ile eş değer görülse de İngiliz kilisesine tamamen bağlı değildir.)
(*Neil Gorsuch*, t.y.) (https://www.oyez.org/justices/neil_gorsuch)

[25] Başkan Bush Kavanaugh'u ilk olarak 25 Temmuz 2003 tarihinde ABD DC Temyiz Mahkemesi'ne aday göstermiş, ancak adaylığı Demokrat senatörler tarafından aşırı partizan olduğu iddiasıyla durdurulmuştu. Başkan Bush onu 2006 yılında tekrar aday göstermiş, demokrat senatörlerin benzer itirazlarına rağmen 57-36 oyla adaylığı onaylanmıştır. Kavanaugh, Roma Katolik Kilisesine mensuptur.
(*Brett M. Kavanaugh*, t.y.)(https://www.oyez.org/justices/brett_m_kavanaugh)

[26] Barrett, koyu muhafazakâr bir Katolik olması ile tanınmaktadır. 2012 yılında, Başkan Barack Obama'nın Hesaplı Sağlık Hizmetleri Yasasını (Affordable Care Act) doğum kontrol zorunluluğu nedeniyle eleştiren bir bildiriyi imzalamıştır. Mayıs 2017'de Başkan Trump Barrett'i Yedinci Daire'ye aday göstermiş ve adaylığı Ekim 2017'de 55-43 oyla onaylanmıştır. Onay duruşmalarında Demokratlar, Barrett'in dini inançlarından gereğinden fazla etkileneceği yönündeki endişelerini dile getirmişlerdir.
(*Amy Coney Barrett*, t.y.) (https://www.oyez.org/justices/amy_coney_barrett)

[27] Yargıç Samuel Alito tarafından, 24 Haziran 2022 tarihinde yazılan bu karar kürtaj hakkını federal düzeyde korunan bir hak olmaktan çıkarmıştır. Bu eyaletleri kürtaj konusunda fetüs haklarından ya da üreme hakkından yana tavır takınmakta özgürleştiren bir adım olmuştur. Öte yandan, kürtaj tartışmasını yalnızca fetüs hakları veya üreme hakkı çerçevesinde okumak da eksik kalacaktır. Örneğin, Avrupa ve Türkiye'nin aksine tam anlamı ile liberal olan ve sosyal refah yükümlülüğü bulunmayan ABD'de özel şirketler de hamile kalarak işlerine ara vermek zorunda kalan kadınların izin sürelerini karşılamak istemediklerinden kürtaj hakkının en ateşli savunucularından olmuşlardır (Erdölen, 2022). Dolayısı ile kürtaj, ekonomik,

Öte yandan, Trump Amerika Birleşik Devletlerinde kadınlık ve erkeklik olmak üzere yasal açıdan kabul edilen iki cinsiyet olduğunu ve bunların doğuştan kazanıldığını dile getirerek eşcinsel hakları konusunda da muhafazakar bir çizgide olduğunu ortaya koymuştur.[28] Bu sözlerin bir kısmı başkanlığından sonraki kampanya sürecinde sarf edilmiş olsa da ilk görev yılında transseksüellerin ordunun her hangi bir kademesinde görev almasını yasaklaması Trump'ın pozisyonunu göstermektedir.[29] Ayrıca, "yanlış beden" söyleminin radikal solcuların ürettikleri bir kavram olduğunu ve dünya tarihinde benzerinin olmadığını ifade etmiştir. Trump eşcinsellik karşıtı söylemlerini iki mesele üzerinde yoğunlaştırmıştır. İlk olarak, çocuklara cinsiyet değişimi için amacı dışında hormon ilaçları verenleri tespit etme ve onlara "yanlış bir bedende dünyaya geldiğini" söyleyen okul yönetimlerine ve öğretmenlere yaptırım uygulamak gibi çocuk suiistimalini engellemeye yönelik tedbirleri gündeme getirmiştir. İkinci olarak, biyolojik olarak erkek olduğu halde cinsiyet değiştirerek kadınların yarıştığı spor müsabakalarına katılan ve daha güçlü oldukları için rekor kıran biyolojik erkeklerin, kadınların adil yarış hakkını zedelediği üzerine yoğunlaşmıştır. Dolayısıyla Trump eşcinsellik karşıtı söylemini; eşcinsel hakları savunucularını, kadın hakları ve çocuk haklarına karşıt bir yere konumlandırarak inşa etmiştir.

Muhafazakâr ve cumhuriyetçi Başkan Trump, görev süresince yürüttüğü bu politikalar dolayısıyla ABD'nin evanjelik kitlesinin büyük desteğini kazanmıştır. Öyle ki on beyaz evanjelistten sekizi Trump'ı, kendi inançları için savaşan ve faydalarını gözeten bir başkan olarak gördüklerini belirtmiştir.[30] Ayrıca, "değer sistemlerini yeniden kurması" ve "kültürlerini cesurca savunması için" Tanrı'ya dua eden ve kendilerini dinsel bir şevk ile kutsal bir savaşın içinde gören Beyaz Evanjelistler[31] yeni başkanın kendi taraflarında olmasından dolayı mutlu olduklarını beyan etmişlerdir.

---

toplumsal, politik ve hukuki birçok alan açısından önemlidir. Bu yüzden protesto/miting meydanlarında açılan "Benim bedenim, benim kararım" (my body my choice), "Kadın hakları rahimde başlar." (woman rights begin in the womb), "Kürtaj sağlık hizmetidir" (abortion is healthcare) yazılı pankartlar ile tam karşısında açılan "Mahkemeyi aldır." (abort the court), "Kürtaj cinayettir" (abortion is murder), "Gelecek yaşam yanlısı" (future is pro-life), "Roe öldü" (roe is dead) pankartlarını; basitçe kürtaj yanlısı ya da karşıtı iki grubun bu konudaki görüşleri olarak görmek mümkün değildir. Zira, kürtajı sağlık hizmeti olarak konumlandırmak ile cinayet olarak konumlandırmak; pratik sonuçları bakımında oldukça başka sonuçlar doğuracak olan bilinçli ve kasıtlı sosyal eylemlerdir.

[28] "Trump wants law to stop gender-affirming care for minors if re-elected" (04.03.2023), *TRT World*, https://www.trtworld.com/americas/trump-wants-law-to-stop-gender-affirming-care-for-minors-if-re-elected-65178 (son erişim: 25.04.2023).

[29] "Trump bans transgender people from serving in US military" (26.07.2017) *TRT World*, https://www.trtworld.com/americas/us-commander-in-chief-tweets-ban-against-transgender-persons-in-army-409532 (son erişim Tarihi: 25.04.2023).

[30] "White Evangelicals See Trump as Fighting for Their Beliefs, Though Many Have Mixed Feelings About His Personal Conduct" (12.02.2020) , *Pew Research Center*, (https://www.pewresearch.org/religion/2020/03/12/white-evangelicals-see-trump-as-fighting-for-their-beliefs-though-many-have-mixed-feelings-about-his-personal-conduct/) (son erişim: 27 Nisan 2022).

[31] "Baskından geriye kalan soru: Evanjelistler nasıl Trump'la birlikte aşırılığa meyletti?" (12.01.2021), *Independent Türkçe*, (https://www.indyturk.com/node/299281/d%C3%BCnya/bask%C4%B1ndan-geriye-kalan-soru-evanjelistler-nas%C4%B1l-trumpla-birlikte-a%C5%9F%C4%B1r%C4%B1l%C4%B1%C4%9Fa)(son erişim: 25.04.2023).

Sonuç olarak, ABD'nin muhafazakâr başkanları döneminde uygulanan politikalar başta beyaz evanjelistlerin olmak üzere çoğunluğun dini değerleriyle uyumlu olmuştur. Liberal başkanlar ise marjinal dini grupların din özgürlüklerini ön plana çıkartan bir söylem geliştirmişler, bunun yanında dini kurumsallaşmaya şiddetle karşı çıkmışlardır. Fakat, mesele din olduğunda; ABD'de ideolojik eğilimleriyle doğru orantılı karar alanlar yalnızca başkanlar veya siyasetçiler değildir, hukuk realizmi yaklaşımının etkili olduğu Amerikan mahkemelerinde yargıçlar da kararlarını büyük ölçüde ideolojik eğilimleriyle uyumlu olacak şekilde almaktadır.

2.3 Hukuk'un Sosyolojikleştirilmesi: Amerikan Hukuk Realizmi

ABD hukukunun ideolojik mahiyetini daha iyi anlamak adına bu başlık altında Amerikan hukuk realizmi yaklaşımına yer verilmiştir. Dolayısıyla Amerikan hukuk realizmine bu tez kapsamında değinilmiş olmasının temelde iki nedeni vardır; birincisi ABD hukuk tecrübesinin ve söylemsel inşasının anlaşılmasına katkı sunmak; ikincisi ise yaklaşımın, hukuka bakışında sosyal inşacı düşünceyle belli noktalarda ortaklık barındırmasından dolayı araştırmada neden ABD Yüksek Mahkemesi davalarının tercih edildiğini açıklamaktır. Belirtildiği gibi Amerikan Anayasası da çoğunlukla Locke'cu bir çizgide, "herkes için eşit hak olarak özgürlük" ilkesinin merkezde olduğu doğal hukuk anlayışı çerçevesinde oluşturulmuştur. Bu anlamda doğal hukukun her insanın doğuştan birtakım haklara sahip olduğu düşüncesi, liberal değerlerle harmanlanmış şekilde, anayasa metninde varlığını hala sürdürmektedir. Fakat ne var ki, aydınlanmanın rasyonel doğal hukuk anlayışının mutlak adaleti gerçekleştirmeye yönelik amacı ve hukuku tutarlı ve nesnel normlar sistemi olarak gören anlayışı hızla değişen Amerikan toplumuna "dar" gelmiştir. Bu sebeple Amerikan hukuku 19. yüzyılda, "bilimsellik" adı altında hukukun saf ve bağımsız bir varlığı olduğunu iddia eden olması gereken hukuk yani "doğal hukuk" anlayışından ayrılmıştır ve yerine "faydacı" okulu benimsemiştir (Türkbağ, 2000, s. 81).

Bu okul, hukuku ve kurumu olduğu devleti mutlak adalet gerçekleştirme idesine bağlamak yerine, toplumda yaşayan bireylerin yararına uygun olan hukuk anlayışını yerleştirme maksadı gütmektedir. Faydacı okulun ahlak anlayışında "insan doğası gereği haz veren şeyleri ister ve acıdan sakınır" görüşü hakimdir. Bu görüşün hukuka yansıması ise "menfaatlerin ortak faydayı gözetecek şekilde dengelenmesi" şeklinde olmuştur. Hukuk kurumu vasıtasıyla devletin görevi toplumda mutluluğu sağlamaktır. Doğal hukuk anlayışının soyut adalet anlayışı yerine faydacı okul "ortak menfaat ve mutluluğu" koymuştur. Hukuk bu amaca yönelik olarak bir araçtır, bu

sebeple söz konusu yaklaşım enstürmantalist görüş olarak da değerlendirilmiştir. Faydacı yaklaşımda toplumsal yarar ve bireysel yarar ilkeleri hukukun temelini oluşturmaktadır (Öktem & Türkbağ, 2009, ss. 315-316).

Anglo-Sakson hukuk düşüncesi tamamen Jeremy Bentham ve John Stuart Mill gibi "faydacı" hukuk düşünürlerinin etkisi altında gelişmiştir. İngiliz hukuk sisteminin bir uzantısı olarak başlayan ABD hukukunda da faydacı hukuk düşüncesi benimsenmiş ve hukuk doğurduğu somut sonuçlar üzerinden değerlendirilmiştir (Öktem & Türkbağ, 2009, s. 325). Faydacı hukukun etkisinde kurulan "Amerikan Hukuk Realizmi" oldukça karmaşıklaşmış Amerikan toplumunun hukuk üzerindeki tesirlerini ve hukuku toplumsal bir fenomen olarak ele almayı önemseyen bir bakış açısının gelişmesine yol açmıştır. Bu durum, hukuksal pozitivizmin hukukun kesinliği postulatını Amerikan hukuk uygulamalarında işlemez hale getirmiştir. Özellikle jürili mahkemelerin işleyişi mahkemenin vereceği kararı kestirmeyi neredeyse imkânsız hale getirmiştir. Hukuk uygulamasındaki somut sonuç ve fayda odaklı anlayış ve kesinlik yoksunluğu ABD'de hukukun realist bir çerçevede şekillenmesini sağlamıştır (Özcan, 2007, ss. 41-42).

Amerika Birleşik Devletleri'nin kendisine özgü toplumsal ve siyasi koşulları Avrupa'daki akımlardan[32] farklı olarak orada realist hukuk yaklaşımının yerleşmesine sebep olmuştur. ABD hukuk sisteminin kökeninde İngiliz teamül hukuku (*common law*)[33] geleneğinin emsal kararlara dayanan uygulaması (*case law)*[34] bulunması ve iktisadi ve siyasi alanda liberalizmin etkisi, ülkede realist hukuk anlayışının kök salmasını sağlamıştır. Ayrıca, federalizm nedeniyle devlet bürokrasisi ve adli bürokrasinin merkezileşmesinin gecikmeli olarak yaşanmış olması da ABD hukuk tecrübesinin Kıta Avrupa'sından farklılaşarak realist bir yönde ilerlemesine neden olmuştur. ABD'de realizmin kalıcı bir şekilde sürdürülmesinde ise federalizm, yerel ve jürili mahkemelerin çokluğu, çok-merkezli ulusal toplum yapısı etkili olmuştur[35] (Özcan, 2007, s. 41).

Amerikan Yüksek Mahkemesi başyargıcı olan Yargıç O.W. Holmes (1841-1935) ABD hukuk realizminin kurucusu olarak kabul edilir. Holmes, yargıçların yalnızca var olan kuralları uyguladıkları biçimindeki genel geçer öğretiyi yıkarak, yargı sürecine gerçekçi bir bakış teklif etmiştir. Ona göre, yargıçların aldıkları kararlarda vurguladıkları kurallara bakarak onların neyi

[32] İskandinav Realizmi ve çıkarlar hukukçuluğu gibi istisnalar mevcuttur (Özcan, 2007, s. 40).

[33] "Teamül hukuku anayasacılığı, anayasal yargılamaya ilişkin bir teori ya da daha ziyade bir teoriler ailesidir. Bu anayasacılık anlayışı, mahkemelerin genel veya muğlak anayasal metinlerin anlamını orijinal anlayıştan ziyade gelenek ve emsallere atıfta bulunarak geliştirdiği ve geliştirmesi gerektiği fikrini içermektedir." (Vermeule, 2007, s. 1482)

[34] *Case law* emsal teşkil eden, önceden verilmiş mahkeme kararlarının oluşturduğu hukuk kaynaklarını ve gelecekteki benzer davaların çözümünde kullanılabilecek önceki davalardan oluşan bir dizi yargı kararını ifade eden bir hukuk uygulamasıdır.

[35] Avrupa ülkelerinde merkezi otoritenin olmasına karşın ABD'nin sadece doğusunda beşten fazla bu tür merkezin ve megapolün olması hukuk tecrübesindeki bu farklılaşmayı daha kolay anlaşılır kılmaktadır (2007, s. 41).

hedeflediğini anlamak mümkündür. Yargıçlar davaları siyasi ve ahlaki zevklerine göre karara bağlarlar ve ardından kararlarını akli bir zemine oturtmak için uygun bir hukuk kuralını seçerler. Holmes, hukuk realizmi yaklaşımını Yüksek Yargı Konseyi ve Yüksek Mahkeme başkanlıkları yaptığı dönemlerde fiili olarak sergilemiş ve teorisini pratikle birleştirmiştir (Önal, 2015, s. 95).

Başka yaklaşımlar da olmakla birlikte, bugün Amerikan hukuk tecrübesi üzerinde hala en güçlü etkiye sahip olan yaklaşım hukuk realizmidir. Amerika'da bugün hukuki süreçleri değerlendiren uzmanların neredeyse tümü bilhassa Yüksek Mahkeme yargıçlarının karar alma süreçlerinde sahip oldukları ideolojik ve siyasi değerlerin kilit rol oynadığını kabul etmiş durumdadır (Gibson & Caldeira, 2009, ss. 195-196). Ülkenin önde gelen Yüksek Mahkeme uzmanlarından olan Segal ve Speath (2002, s. 86) yıllarca süren gözlemlerine dayanarak yargıçlar hakkında şöyle tespitler yapılabileceğini öne sürmüştür; "Yargıç Rehnquist şu şekilde oy verir çünkü o son derece muhafazakar biridir; Yargıç Marshall ise son derece liberal olduğu için bu şekilde oy kullanmaktadır." Bu sebeple, Gibson ve Caldeira hiçbir Yüksek Mahkeme uzmanının, Mahkeme'de alınan kararların yargıçların kişisel ideolojik değerlerinden bağımsız olduğunu iddia etmeyeceğini dile getirmiştir (Gibson & Caldeira, 2009, s. 196). Dolayısıyla, Amerikan hukuk realizmi yaklaşımı bugün hala Amerikan hukuku tecrübesini anlamanın en iyi yoludur (Peller, 1985, s. 1151; Singer, 1988, s. 465).

Bugün Yüksek Mahkeme yargıçları arasında da (açıkça olmasa bile) realist hukuk yaklaşımını benimseyenler vardır (Gibson & Caldeira, 2011, s. 196). Bunlardan biri olan Yargıç Sotomayor Brown University'de yaptığı bir konuşmada izleyicilerden gelen "davayı sonuca götüren unsurlar nelerdir?" sorusu üzerine mahkemenin karar verme sürecini şöyle anlatmıştır: "Hepimizin hem çoğunluk hem de muhalefet ya da oy birliği kararlarına yol gösterici bir ilkeyle başladığımızı görürsünüz. Bu, konuyu yönettiğini düşündüğümüz yasal standarttır. Daha sonra davanın unsurlarını bu yol gösterici ilkeyi destekleyecek şekilde sıralamamız gerekir, çünkü unsurlar sonuçlara yol açar. Her yasal karar alma sürecinde, yorumlayıcı araçlardan oluşan bir -hukuki- alet kiti vardır, (hukuki terimler, emsal kararlar, tüzükler vs.) sonucu yönlendirmek için en önemli olduğunu düşündüğünüz araçlara öncelik vermeniz gerekir. Daha sonra davanın unsurlarını bu araca uygun olarak sıralar ve sonuca ulaşırsınız. Ancak, burada önemli olan nokta, davanın maddi unsurlarının önemini anlamak için süreci açıklamaya yönelik varsayımsal açıklamaları anlamak gerektiğidir. Böylece, her bir yargıcın aslında neyi "korumaya" çalıştığını anlarsınız. Anayasalar ilkeler açısından "yargıç için neyin önemli olduğu hangi hukuki aracı önceliğinde ortaya çıkar". Onun (bir diğer yargıcın) hangi yol gösterici ilkeyi benimsediğini

ve önemle muhafaza etmeye çalıştığını anladığınızda uzlaşmaya varabilirsiniz."[36] Savcı, bir davayı sonuca götüren süreci, yargıçların konuyu hangi yasal aletler üzerinden açıklamaya çalıştığı ile ilişkilendirmektedir. Çünkü, bu araç aslında yargıcın hangi anayasal prensibi daha fazla önemsediğinin ve muhafaza etmeye çalıştığının da bir göstergesidir. Bu durum I. Ek Madde söz konusu olduğunda da geçerlidir. Mahkeme salonunda yargıçların zikrettikleri emsal kararların, konuyu açıklamaya yönelik farazi açıklamaların tümü aslında yargıcın konuyu nereye konumlandırdığı ve onun açısından muhafaza edilmesi gereken ilkenin ne olduğunu ele vermektedir.

Dolayısıyla realistler yargıçların ne söylediklerine değil söylediklerinin pratik sonuçlarına ve geniş halk kitlesi üzerindeki etkisine odaklanırlar. Bu durum, hukukçuların mesleki becerilerinin; olguları sıralama kabiliyetleri ve toplumsal sonuçları hesaplayarak geliştirdikleri taktikler üzerinden değerlendirilmesi sonucunu doğurmuştur (Gibson & Caldeira, 2011, ss. 195-196). Bu sebeple, Amerikan hukuk realizmi hukukçuların davranışlarını incelemesi ve bu davranışların toplumsal ve hukuki sonuçlarına odaklanması bakımından hem sosyolojik yapıdadır hem de davranışçılıkla sıkı bir ilişki içerisindedir (Türkbağ, 2000, s. 81). Yöntemleri ve kuramsal arka planları değişiklik gösterse de günümüzde yapılan araştırmalarda bu durumun etkisini görmek mümkündür. Bu araştırmalarda, örneğin Yüksek Mahkeme yargıçlarının verdikleri kararlarla ideolojileri, kişilikleri ve diğer faktörler arasında bağlantı kurulmaya çalışılmaktadır (Türkbağ, 2000, s. 91).

Yargıç Holmes'a göre "hukuk, mahkemelerin verecekleri kararlara dair tahminlerde bulunmaktan ibaret olup, bundan daha iddialı bir şey değildir" (Yörükoğlu, 1982, s. 106). Bu görüşe temel teşkil eden Amerikan hukuk realizminin temel kabulleri şöyle sıralanabilir: (1) Hukukta kesinlik yoktur; bir mahkeme ya da jürili mahkeme toplumsal açıdan bambaşka sonuçlar doğuracak hukuk kuralı yapabilirler. (2) Bu durumda, mevzubahis davada hangi hukuk kuralının uygulanacağı tartışmasının yerini, potansiyel olarak uygulanabilecek birçok hukuk kuralından hangisinin tercih edildiğini ve ne amaca hizmet ettiğini anlama çabası almıştır. (3) Dolayısıyla hukukta kesinliğin yerini davayı sonuçlandıracak mahkeme kararını önceden tahmin etmeye yönelik ön görüler almıştır, başka bir ifade ile hukukçu, mevcut koşulları, siyasi havayı, jüri üyelerinin siyasi ve ahlaki eğilimlerine bakarak dava sonucunu tahmin etmeye çalışan bir kişiye dönüşmüştür. (4) Bu da hukuksal kararların istatistiksel olarak ölçülebilir bir toplumsal fenomenler grubu haline getirmiştir. Diğer bir ifade ile hukuk bilimini sosyolojik yöntem ve tekniklere tabi kılmış, yani hukuku "sosyolojikleştirmiştir." (5) Sonuç olarak tüm

[36] "A Conversation with U.S. Supreme Court Justice Sonia Sotomayor", *Brown University* (dakika: 36:47-41:04), https://www.youtube.com/watch?v=7-wOU4kKvnM .

bunlar hukuku bir toplumsal kontrol aracı kılmış ve onun toplumsal işlevini diğer toplumsal kontrol araçlarıyla birlikte teşhisini gerektirmiştir (Özcan, 2007, ss. 42-43).

Bu da hukuku toplumsal işlevleri açısından inceleyen ve onu büyük ölçüde sosyolojinin dalı olarak gören görüşü doğurmuştur. Bu sebeple toplumdan uzak, nesnel, bağımsız ve bilimsel bir hukukun varlığı reddedilmiş; hukuk sosyal dengenin sağlanması ve bireysel yarar odaklı bir sosyal gelişme aracı olarak kabul görmüş, hukukçuluk ise bir tür sosyal mühendislik olarak görülmüştür (Öktem & Türkbağ, 2009, s. 325). Burada hukuk diğer toplumsal kontrol araçları ile uyumlu olarak veya zıt yönde işlevini yerine getirir. Hukuku sosyal düzen ve gelişme aracı olması bakımından davranışları üzerinden açıklayan bu model, onun sosyolojinin bir dalı olarak görülmesine yol açmıştır. Herhangi bir uyuşmazlık durumunda mahkemenin vereceği kararın çeşitli istatistikler göz önünde bulundurularak tahmini, tıpkı sosyolojik bilgide olduğu gibi gözleme dayalı olarak gerçekleşmektedir. Bu yaklaşımda hukuk kuralları pozitivist yaklaşımlarda olduğu gibi yazılı metne bağımlı değildir ve kesin önermeler içermez. Bundan dolayı hukuk kuralları ve sosyal kurallar açık uçludur ve birbirine karışması an meselesidir (Özcan, 2007, s. 43). Bu durum hukukun sosyolojinin bir dalı olarak algılanmasına sebep olmuş ve birçok sosyal bilimciyi bu alanda çalışmaya sevk etmiştir. Bilhassa, yargıçların sahip olduğu ideolojilerin, ahlaki değerlerin hatta karakteristik özelliklerinin dava sonuçlarını nasıl etkilediğini anlamak maksadıyla, mahkeme salonu etkileşimlerinin söylem analizi gerçekleştirilmiştir (Conley vd., 1998; Lind vd., 1978; O'Barr, 1982).

Özetle, ABD bir yandan kuruluşuna eşlik eden Aydınlanma düşüncesinin katı pozitivizminin, hukukun nesnelliği ve kesinliği söylemine maruz kalmış; bir yandan ise İngiliz hukuk sisteminin bir uzantısı olarak başlamış olmasından dolayı, İngiliz hukukunda etkili olan "faydacı" okulun "sonuç ve fayda odaklı, kesinlikten yoksun hukuk" söylemine maruz kalmıştır. Ülkenin kendine has gelişim aşamaları, siyasi ve toplumsal koşullarından dolayı çatışan bu söylemlerden faydacı söylem ABD hukukunda iktidarını kurmuştur ve buna bağlı olarak ülkeye realist hukuk anlayışı yerleşmiştir. Sonuç olarak, Amerikan hukuk realizmi, diğer hukuk yaklaşımlarıyla çatışan fakat "hakikat, doğru" koltuğuna oturmayı başararak iktidar kuran faydacı söylemin bir inşası niteliğindedir.

2.3.1 ABD Hukuk Realizmi'ne Sosyal İnşacı Bir Bakış

Diğer taraftan hukuki kararların sadece hukuki normlara dayanmadığını savunan Amerikan hukuk realizminin hukuk yaklaşımı, hukuku söylemsel inşa olarak gören sosyal inşacı düşünceyle bazı ortak noktalara sahiptir. Amerikan hukuk tecrübesine damga vuran Amerikan Hukuk Realizmi anlayışı farklı bir açıdan da olsa sosyal inşacılığa benzer şekilde hukukun ve uygulamasının sosyal, ideolojik ve kültürel bağlam ve amaçlar doğrultusunda şekillendiğini ileri sürmektedir. Sosyal inşacılık, hukuki normların toplumsal ve tarihsel bağlam içinde anlam kazandığını ve hukukun, toplumsal değerlerin etkisi altında inşa edildiğini savunmakta, Amerikan hukuk realizmi ise, hukukun sadece yasalardan ve yargısal örneklerden ibaret olmadığını, yargıçların kişisel değerlerini, toplumsal etkileri ve diğer faktörleri de dikkate aldığını öne sürmektedir. Dolayısıyla her iki yaklaşımda da hukukun toplumsal ve siyasal dinamiklerle sıkı şekilde bağlantılı olduğu kabul edilmektedir. Diğer bir deyişle, hukuki kararların, toplumsal normlar, değerler, politik etkiler ve retorik unsurlar gibi faktörlerin etkisi altında şekillendiğini kabul etmektedir. Her iki yaklaşımda hukukta kesinlik ve objektivite iddialarının eleştirisini içermektedir.

Sosyal inşacılığın ve Amerikan hukuk realizminin hukuk yaklaşımlarındaki bu ortaklıklar, sosyal inşacı bir çerçeveden mahkeme salonu söylemini analiz eden bu araştırmada neden ABD Yüksek Mahkeme'sinin seçildiğini açıklamaktadır. Zira pozitivizmin katı ve nesnel hukuk anlayışının benimsendiği bir ülkede "sosyal inşacı bir perspektiften" mahkeme salonlarının söylem analizini yapmak, hukuka sonuç ve fayda odaklı bakan hukuk yaklaşımına sahip bir ülkede yapmaktan çok daha zordur. Zira metnin kesinliğine dayalı pozitivist hukuk anlayışı, belli bir durum için hangi hukuk kuralının işletilmesi gerektiğine dair çok daha kesin çizgilere sahipken, realist hukuk duruma uygulanabilecek potansiyel kuralların olduğu bir çantadan bir kuralın, sonuca nasıl etki edeceği göz önünde bulundurularak seçilmesi gibidir. Dolayısıyla, sosyal inşacı bir perspektiften mahkeme salonu söylemini analiz ederken "bir yargıcın neden o kanunu değil de şu emsal kararı" seçerek karara ulaşmaya çalıştığını anlamak, yargıcın ideolojisi ile karar arasındaki köprüyü anlamaktır. Bu sebeple realist hukuk anlayışını sosyal inşacı düşünceyle ortaklıklarını zikretmenin, hukukun nesnelliği postulatına hala sıkı sıkıya bağlı kişilerin; yargıçların mahkeme kararlarındaki tutumlarıyla ideolojileri arasında bir bağlantı kurulmasına yöneltilebilecekleri eleştirilere cevap niteliğinde olacağı düşünülmüştür.

Ancak bu iki düşüncenin "faillik" konusunda birbirinden ayrıldığının altını çizmek gerekir. Hukuki realizmin hem teorisinde hem de ABD pratiğinde, yargıçlar sonuç odaklı, fayda gözeten kararlar alarak hukuku ideolojik eğilimleriyle uyumlu bir şekilde inşa eden failler

olarak görülmektedir. Oysa, sosyal inşacı düşünce hukuk realizminin kendisi de dahil olmak üzere hukukun bütününü farklı söylemlerin iktidarı ele geçirmek için çatıştığı sosyal bir inşa olarak görür. Dolayısıyla, post yapısalcılık başlığı altında sosyal inşacı düşünce; örneğin ABD hukuk realizmini faydacı söylemin, Yargıç Sotomayor'u liberal söylemin ya da Yargıç Scalia'yı muhafazakâr söylemin hem sahnesi hem de yeniden inşa edicisi olarak görür. Dolayısıyla, sosyal inşacılık kapsamında yargıçlar aracılığıyla kararı inşa eden "yapı veya söylem" aynı zamanda onlar tarafından yeniden inşa edilir. Oysa, Amerikan Hukuk Realizmi yaklaşımında yargıçlar bilinçli failler olarak kararları ve hukuku inşa eden toplum mühendisleridir.

Özetle, hukuk uygulamalarının ve hukuki kararların söylemsel inşalarını anlamak adına mahkeme salonu söylemlerini analiz etmeyi hedefleyen bu çalışmada Amerika Yüksek Mahkemesi'nde görülen davaların seçilmiş olmasının nedeni, ABD'nin hukuk tecrübesine damga vuran realist hukuk anlayışının sosyolojik mahiyeti nedeniyledir. ABD hukuku bu yönü dolayısıyla, bir tarafın din özgürlüğü hakkının ihlali nedeniyle taraf olduğu anayasal hak çatışması davalarının, toplumsal yönünü anlamak ve söylemin izini sürmek açısından oldukça elverişlidir.

2.3.2 Anayasal Hak Çatışmalarında ABD Yüksek Mahkemesi'nin Üç Düzeyli Denetimi

"Herhangi bir anayasa yargılaması teorisinin ilk erdemi, yargının yasama emirlerini geçersiz kılma yetkisi olan yargısal denetim teorisidir."(Vermeule, 2007, s. 1532)

Anayasal hak çatışmalarının önlenmesi ve çözümünde yetkili olan yasama, yürütme ve yargı organlarının rollerinin ne olduğu; belirginleştirmeci ve kategorik yöntem gibi çatışmayı önleme yöntemlerinin nasıl işlediği; çatışmaların çözümü için hiyerarşik yöntem, dengeleme ve ölçülülük gibi yöntemlerin nasıl uygulandığı gibi hususlar bu tezin kapsamı dışında olduğundan değinilmeyecektir. Fakat, konunun anlaşılmasına katkı sağlayacağı düşünüldüğünden ABD hukukunun anayasal hak çatışmalarını önlemeye yönelik yöntemi olan Amerikan Yüksek Mahkemesinin "üç düzeyli denetimi"ne yer verilecektir.

Ancak üç düzeyli denetime geçmeden önce anayasa mahkemelerinin yasama kararları üzerindeki gücünün tespiti açısından yargısal denetim teorisine kısaca değinilecektir. Bu konu, sınırlı-devlet ideali, siyasi iktidarın yozlaşması nedeniyle sınırlanmasının gerekliliği ve yasamayı anayasal sınırlar içinde tutma ihtiyacı dolayısıyla, Amerika Birleşik Devletleri'nin

kuruluş yıllarında oldukça canlı bir tartışma konusu olmuştur. Anayasal hakları yozlaşan siyasi iktidar karşısında korumak ihtiyacı anayasaya uygunluk denetimini yani yargısal denetim teorisini gündeme getirmiştir (Korucu, 2013, s. 22). İlk kez, *Marbury v. Madison*[37] kararıyla gündeme gelen bu denetimin benimsenmesindeki amacın, hak ve özgürlüklerin çoğunluk karşısında korunması olarak gören görüşün yanında toplumsal seçkinlerin sahip oldukları ayrıcalıkları sürdürme arzusu olarak kabul edenler de olmuştur. Bunun yanı sıra, anayasa yargısının yasama kararlarını denetlemesini Amerika Birleşik Devletleri'nin federal devlet yapısının beraberinde getirdiği kurumsal faktörlere dayandıran görüşler de mevcuttur. *Kurumsal zorunluluk tezi* olarak adlandırılan bu teze göre anayasa yargısı, federal devlet ile federe devletler arasında ortaya çıkabilecek uyumsuzlukların çözümünde, üçüncü bir tarafa ve hakem niteliğinde bir organa ihtiyaçtan doğmuştur (Korucu, 2013, s. 25) Sonuç olarak *Marbury v. Madison* kararıyla başlayan süreç ABD tarihi ve dünya anayasacılık doktrini bakımından bir dönüm noktası olmuş, anayasa yargısı anayasal demokrasinin kilometre taşlarından biri halini almıştır (Korucu, 2013, s. 26).

Din özgürlüğünün korunması, herkesin mutabık olduğu ve bir devletin önemli bir çıkarının söz konusu olmadığı durumlarda oldukça kolaydır. Fakat herkesin aynı görüşü paylaşmadığı ve devletin mühim bir menfaatini zedelemesi gibi durumlarda; bireylerin din özgürlüğü ile bundan doğan çatışmanın çözümü anayasa yargısı açısından önemli bir problemdir. Bu tür durumlarda, Yüksek Mahkeme cevaplaması gereken altı soruyla karşı karşıya kalır. İlk soru "neyin din olarak kabul edilmesi gerektiğidir. İkincisi, ne tür davranışların dini uygulama olarak değerlendirilebileceğidir. Üçüncü soru, kasıtlı olarak dine karşı ayrımcılık yapılmasına neden olan yasalar ile kasıtsız olarak dine zarar veren yasalar arasında ayrım yapıp yapılmaması gerektiği ile ilgilidir. Dördüncü soru, dini kısıtlamanın boyutuna yöneliktir, dini özgürlüğünün kısıtlandığını iddia eden kişinin dinini özgürce yaşama hakkı tamamen mi elinden alınmıştır yoksa yalnızca belirli aktiviteleri mi engellenmiştir? Beşinci soru, bu iddiadaki kişinin dini duygularının samimi olup olmadığıyla alakalıdır. Altıncı ve son soru ise, mahkemenin bireylerin din özgürlüğü ile hükümetin kamu yararı için düzenlediklerini iddia

[37] "*Marbury v. Madison* davasına konu olan olaylar özetle şöyledir: 1800 yılında yapılan genel seçimlerde Federalistler yenilgiye uğramış ve Cumhuriyetçi Partinin adayı Thomas Jefferson Başkan seçilmiştir. Yeni seçilen başkan görevi devralmak üzereyken Şubat 1801'de Federalistler yeni bir kanun (Judiciary Act) çıkartarak bazı yargı mercilerine atama yapma hakkı elde etmişlerdir. Başkanlık görevini devretmek üzere olan John Adams, bu Kanuna dayanarak sulh hakimliğine 42 kişinin atamasını yapmış; bu atamalardan bir kısmı ilgililerine tebliğ edildiği halde, bir kısmı tebliğ edilememiştir. Başkan Jefferson göreve başladığında, son dakika ataması niteliğindeki bu işlemlerin bir kısmını iptal etmiştir. Atama işlemleri tamamlandığı halde, kendisine tebligat yapılmadığı için göreve başlama imkânı bulamayan William Marbury ise Aralık 1801'de Federal Yüksek Mahkeme'ye başvurarak, tayin kararlarının ilgililere tebliğ edilmesine yönelik emredici bir karar (*writ of mandamus*) alınmasını talep etmiştir. Senato ve Temsilciler Meclisinde çoğunluğu ele geçiren Cumhuriyetçiler ise açılan bu davaya sert tepki göstermişler, davanın aleyhlerine sonuçlanması durumunda kararı uygulamayacaklarını belirtmişler ve bu arada 1801 tarihli Kanunu 3 Mart 1802'de ilga etmişlerdir" (Korucu, 2013, s. 27).

ettikleri politikalarını nasıl dengeleyeceğidir? Din özgürlüğünün kısıtlandığı çatışma davalarında Amerikan anayasa yargısı olan Yüksek Mahkeme bu soruların cevaplarını araştırmak durumunda kalır.[38]

Bu sebeple Yüksek Mahkeme, hükümetlerin anayasada yer alan haklarla çatışan bir kanun çıkarması veya bir mahkeme kararı almasında çatışmayı önlemeye ve çözmeye yönelik birtakım yöntemler geliştirmiştir. Yüksek Mahkeme'nin anayasal hak çatışmalarını önleme yöntemi olan üç düzeyli denetimi, (*three-tiered review*); rasyonellik denetimi (alt düzey denetim- *reasonable-rational basis review*), orta düzey denetim (*intermediate scrutiny review*) ve sıkı denetim (*strict scrutiny review*) olarak üç düzeyde gerçekleştirilir. İlgili çatışmanın tarafları olan hakların hangi düzeyde korunacağı seçilen denetim düzeyine göre değişiklik göstermektedir. Bu denetimler, federe hükümetlerin yasama veya politik faaliyetlerine ya da mahkemelerinin aldığı kararlara uygulanarak, onları anayasal çerçevede tutmak hedeflenir. Böylece anayasa tarafından koruma altına alınmış insan haklarının hükümetler tarafından haksız şekilde sınırlandırmalara tabi tutulmasının önlenmesi amaçlanır. Alt düzey denetim olan rasyonellik denetimi, asgari düzeyde uygulanan bir denetimdir. Örneğin, anayasada yer alan bir hakkı sınırlayan bir kanun çıkarması durumunda Yüksek Mahkeme, ilgili hükümetin bu kanunu çıkarmada "makul bir gerekçe"sinin olup olmadığını sorgular. Yani kanunun anayasaya aykırı olduğunu ve bir hakkı sınırladığını iddia edenler, bu kanunun meşru bir amaca hizmet "etmediğini" ispatlamakla sorumludurlar. Adil yargılanma ve eşit muamele hakkı kapsamında kullanılan rasyonellik denetimi, genellikle yasamanın eylemlerini destekler ve yasamaya geniş bir takdir alanı sunar. Mahkemenin bu denetim tipine karar vermesi, çoğunlukla kanunun geçersizliği sonucunu doğurmamaktadır ve bu denetimde genellikle federe hükümetin veya mahkemenin kararına müdahale edilmemektedir (Chemerinsky, 2015, s. 790; Köküsarı, 2020, s. 179).

Orta düzeyli denetim ise rasyonellik denetimine göre anayasal haklar açısından daha koruyucu bir denetimdir. İlk düzey denetimde hakkı sınırlandıran aracın rasyonel ve geçerli bir amacı olması yeterli görülürken, orta düzeyde meşru bir amacın var olması yetmemekte buna ek olarak, hükümetten bu amacın "önemli" olduğunu ispatlaması beklenmektedir. Yasadışı göçmen çocuklara eğitim hakkı çerçevesinde uygulanan farklı muamelelere, cinsel ayrımcılık, evlilik dışı çocuklara ayrımcı muamele, kamusal alanda yapılan konuşmalar ile ticari ifade özgürlüğü gibi kapsamlarda kullanılan bu denetimde ispat yükü bazen de diğer tarafa düşebilmektedir. Örneğin, "hükümetin yasadışı göçmen çocuklara eğitim hakkı çerçevesinde

[38] Richard W. Garnett (2 Haziran 2021), "From Employment Division v. Smith to Fulton v. City of Philadelphia: The Free Exercise Clause" (12:08), *The Federalist Society,* https://www.youtube.com/watch?v=DhoVTmnDFHk.

yaptığı farklı muamelelerin" doğru olduğunu savunan kişi, amacının bir hakkı sınırlamaya yetecek kadar "önemli" olduğunu ispat etmek durumundadır. Buna ek olarak orta düzey denetimde Mahkeme, hükümetin hedefi gerçekleştirmek için kullandığı yöntemlerin bu hedefle "makul bir ilişkisi" olup olmadığını denetler. Yani hakkı sınırlayan araç biçilmiş kaftan (*narrowly tailored*) olmalıdır; önemli meşru amaç uğruna dahi olsa gereğinden fazla kısıtlama yapılmasının tespiti, hakkın korunması adına anayasal müdahale gerektirir. Sonuç olarak orta düzeyli denetimde mahkeme, hükümet eylemlerini daha dikkatli bir şekilde değerlendirir ve bireysel hakları ve özgürlükleri daha fazla koruma altına alır (Chemerinsky, 2015, s. 791; Köküsarı, 2020, ss. 179-180).

Üçüncü düzey, sıkı denetim olarak adlandırılır ve en katı değerlendirme standardını temsil eder. Bu düzeyde, mahkeme, hakları koruma noktasında son derece titiz davranır ve hükümetin eylemlerini en yüksek düzeyde denetleyerek genellikle iptallerine karar verir. Bu düzeyde hükümetlerden, eylemlerinin "olağanüstü bir devlet ilgisi" sebebiyle olduğunu göstermesi beklenir. Rasyonellik denetiminde hakkı sınırlandıran aracın makul bir amacının olması, orta düzeyde ise meşru ve önemli bir amacının olması gerekirken, en üst düzey denetim olan sıkı denetimde araç ile amaç arasında "acil" bir ilişki olması beklenir. İlgili kanun, çok acil ve son derece gerekli bir toplumsal ihtiyacı karşılamak gibi bir gerekçeye sahip değilse sıkı denetim için gerekli olan şartları sağlayamaz ve hak üzerindeki sınırlayıcı etkisine son verilir. Din özgürlüğü, ırk veya millet temelli ayrımcılık, seçme hakkı, özel hayata saygı hakkı ve ifade hakkı kapsamındaki uyuşmazlıklarda bu denetim türüne başvurulur. Sıkı denetim düzeyinde de hakkı sınırlandırmanın acil ve zaruri bir gerekçesi olsa dahi hak, gereğinden fazla sınırlandırılamaz. Burada da biçilmiş kaftan (narrowly tailored) ifadesi kullanılmıştır; fakat sıkı denetim düzeyinde ifade, söz konusu hakkı gerektiği kadar sınırlandırmak anlamına değil, "en az sınırlandırıcı" araç hangisi ise onun kullanılması anlamına gelmektedir. Sonuç olarak bu aşamada federe hükümetler yasama ya da yargı eylemlerinin anayasal bir hakkı sınırlandırıcı nitelikte olması durumunda, bu eylemlerin "acil bir toplumsal ihtiyacı gerçekleştirmek adına zorunlu" olduğunu ispatlamakla yükümlüdürler. Aksi halde eylemler Yüksek Mahkeme tarafından hükümsüz kılınmaktadır. Bu düzeydeki bireysel haklar ve özgürlükler en sıkı şekilde korunmaktadırlar (Chemerinsky, 2015, s. 792; Köküsarı, 2020, ss. 180-181)

Ken Hyle (2018, s. 203), Yüksek Mahkeme'nin hak çatışmalarının olduğu uyuşmazlıklarda uyguladığı klasik üçlü düzeyli denetimin haklar arasında adil olmayan bir hiyerarşi oluşturduğunu savunmuştur. Mahkeme bazı haklara daha fazla önem vermekte ve denetim türlerini de buna göre seçerek, kararı neredeyse başında belirlemektedir. Yüksek Mahkeme üyelerinin hakka ne derecede önem verdiği denetimin düzeyini belirlemekte, bu da

bir hakkı adil olmayan bir şekilde diğerinden daha üstün tutarak galip duruma getirmektedir. Çünkü kategorik yöntem olarak görülebilecek bu üçlü yöntemde, denetim türünü seçmek demek hangi hakkın galip geleceğini seçmekle neredeyse eş değer bir faaliyettir. Beschle (2004, s. 958) ise Yüksek Mahkeme'nin üç düzeyli denetimini karmaşık, belirsiz ve düzeylerin istikrarsız olmasından dolayı eleştirmiştir. Özellikle hangi anayasal hakkın veya konunun, hangi tür denetime tabi tutulması gerektiği hususunun karmaşık olduğunu belirtmiştir. Bu da hakkın bir defa bu kategorilerden birine dahil edilmesine karar verildiğinde sonucun zaten denetime neredeyse gerek kalmayacak şekilde "öngörülebilir" olmasına sebep olmaktadır. Özellikle eşit koruma ve din özgürlüğü ile ilgili problemlerde sorun çoğunlukla sınıflandırma süreciyle alakalıdır. Sınıflandırılmaya karar verildikten sonra sonuç otomatik olarak şöyle işleyecektir: hak ya sıkı denetime tabi tutulacak ve karşısındaki hükümet kaybedecektir ya da rasyonellik denetimine tabi tutulacak ve hükümet kazanacaktır. Örneğin din özgürlüğü genellikle sıkı denetim kapsamında görülse de *Employment Division v. Smith* davasında kişilerin dini ayinlerde uyuşturucu kullanması kamusal menfaate zararlı hatta suç niteliğinde olduğundan, davalıların din özgürlüğü sıkı denetime tabi tutulmamıştır. Benzer şekilde *United States v. Lee* davasında da vergi toplamanın kamusal menfaate katkısı göz önünde bulundurularak, inançları gereği vergi ödemek istemeyen kişilerin vergi yasalarından muafiyetleri sağlanmamıştır

Dolayısıyla, Yüksek Mahkeme toplumsal sonuçlara odaklanarak, bir hakkın sıkı denetime tabi tutulmasına karar vererek koruma altına alabilir, fakat başka bir çatışmada aynı hak rasyonellik denetimine tabi tutularak çatışmanın kaybeden tarafı olabilir. Fakat sonuçların değerlendirilmesi süreci, yargıçların değer yargıları ve ideolojileriyle sıkı bir ilişki içerisindedir. Neticede karar verilen şey toplumsal menfaattir ve toplumun menfaatinin neyde olacağı yargıçların kişisel kanaatleri gibi belirsiz bir kıstasa bağlıdır. Bu sebeple J. Frank "var olan Amerikan mahkeme türleri içinde, ilk derece mahkemelerinde, tahmin edilebilirliğin muhtemelen olanaksız olduğunu" ileri sürmüştür. Llewellyn de var olan kuralların ve emsal kararların yargıca kararını vermede rehberlik ettiğini fakat onlar üzerinde denetleyici bir gücü olmadığını iddia etmiştir. Buna göre, söz konusu kararlar ve kurallar, yargıçların verdikleri kararların onanması sürecinde ileri sürdükleri bir takım hukuki aletler olmaktan fazlası değildir (Türkbağ, 2000, s. 89).

2.4 ABD Yüksek Mahkemesi ve Din Özgürlüğü Tartışmalarındaki Rolü

ABD Yüksek Mahkemesi, anayasal yargı organı olması dolayısıyla Amerikan hukukunun en üst düzeyli mahkemesi konumundadır. Bu sebep Yüksek Mahkeme'de görülen din özgürlüğü davalarında alınan kararlar din özgürlüğünün kaderi açısından oldukça belirleyici olmaktadır. Ancak Yüksek Mahkeme yargıçlarının göreve Amerikan Başkanları tarafından aday gösterilerek geliyor olmaları Mahkeme'nin oldukça ideolojik bir yer haline gelmesine sebep olmuştur. Başkanlar kendi siyasi ideolojileriyle uyumlu kimseleri Yüksek Mahkeme yargıçlığına aday göstererek Mahkeme'nin ideolojik çoğunluğunu elde etmeye çalışmış, böylece dava kararlarının kendi değerlerini ve iktidarlarını güçlendirecek şekilde alınmasını sağlamaya çalışmışlardır. Bu da denildiği gibi, Yüksek Mahkeme'nin, ideolojik çoğunluğu sağlayan yargıçların kararları kendi değerleri ile uyumlu şekilde aldıkları siyasi bir organ gibi görülmesini sağlamıştır. Bu işleyişin daha iyi görülebilmesi adına bu başlıkta, Yüksek Mahkeme'nin görev ve yetki alanları, yapısı ve din özgürlüğü davalarındaki rolü ile alakalı ayrıntılı bilgiye yer verilmiştir. Ayrıca, hem yukarıda sözü edilen realist tavrın daha iyi görülebilmesi hem de Yüksek Mahkeme kararlarının sosyal ve söylemsel inşalar olduğu fikrine ışık tutacağı düşünüldüğü için Yüksek Mahkeme kararları ve kamuoyu görüşü arasındaki paralelliğe değinilmiştir.

2.4.1 ABD Yüksek Mahkemesi'nin Görev ve Yetkileri

ABD Yüksek Mahkemesi'nin görev ve yetkileri, Amerikan Anayasası'nın 3. Maddesi'nin 2. Bölümü'nde şu şekilde belirlenmiştir:

> "*Yargı organının yetkisi, bu Anayasa'dan doğan tüm hukuksal ve adli davaları, Birleşik Devletler yasalarından, bunlardan alınan yetki ile yapılmış veya yapılacak antlaşmalardan ortaya çıkacak, yasalar ve emsaller kapsamına giren bütün davaları; büyükelçileri, diğer diplomatik görevlileri ve konsolosları ilgilendiren bütün davaları; bütün deniz hukuku ve deniz davalarını; Birleşik Devletlerin taraf olacağı anlaşmazlıkları; iki veya daha fazla eyalet arasındaki anlaşmazlıkları; [bir Eyalet ile başka eyalete mensup vatandaşlar arasındaki anlaşmazlıkları]; aynı eyaletten olup da değişik eyaletlerden toprak bağışları iddiasında bulunan vatandaşlar arasında ve bir eyalet veya o eyalet vatandaşları ile yabancı devletler, [vatandaşları veya yabancı uyruklu olanları] arasındaki anlaşmazlıkları kapsamına alacaktır. Büyükelçileri, diğer yabancı devlet temsilcilerini ve konsoloslarını ilgilendiren ve bir eyaletin taraf olduğu*

bütün davalarda ilk yargı yetkisi Yüksek Mahkeme'nin olacaktır. Daha önce sayılan bütün diğer davalarda, Kongre'nin getireceği istisnalar ve koyacağı kurallar çerçevesinde, hem hukuk hem de fiil bakımından, Yüksek Mahkeme temyiz yetkisine sahip olacaktır."[39]

Özetle ABD Yüksek Mahkemesi'nin ilk derece mahkemesi ve temyiz mahkemesi olarak görev ve yetkileri farklıdır. İlk derece mahkemesi olarak görev ve yetkileri şunlardır;1) iki veya daha fazla eyalet arasında cereyan eden uyuşmazlıklara bakmak, 2) farklı eyaletlerde ikamet eden kişiler arasındaki davalara bakmak, 3) federal hükümet ile eyaletler arasındaki davalara bakmak, 4) yabancı ülkelerin diplomatlarının, diplomatik elçilerinin, konsoloslarının ve yardımcılarının dahil olduğu davalara bakmaktır. Temyiz mahkemesi olarak görev ve yetki alanları ise şunlardır; 1) Federal temyiz mahkemelerinde alınmış kararları denetleyebilir. 2) bir eyaletin Yüksek Mahkemesi'nin Amerikan anayasası ile alakalı kararlarını denetleyebilir. 3) Üç yargıçlı Federal Bölge Mahkemesinde alınmış kararları inceleyebilir. 4) Belirli alanlarda uzmanlaşmış olan İtiraz Mahkemeleri'nde alınan kararları denetleyebilir (Yavuz, 2017, s. 447).

Tablo 1 – ABD Yüksek Mahkemesi'nin Görev ve Yetkileri[40]

-İlk Derece Mahkemesi Olarak Görevleri-	-Temyiz Mahkemesi Olarak Görevleri-
İki veya daha fazla eyalet arasındaki uyuşmazlıklara bakar (münhasır yetki)	Federal Temyiz Mahkemelerinin kararlarını inceleyebilir.
Farklı eyaletlerin sakinleri arasındaki davalara bakar.	Eyalet Yüksek Mahkemelerinin federal yasayla ilgili kararlarını inceleyebilir.
Federal hükümet ile eyaletler arasındaki davalara bakar.	Üç yargıçlı Federal Bölge Mahkemesi kararlarını inceleyebilir.
Yabancı diplomatların, diplomatik elçilerin, konsolosların ve konsolos yardımcılarının taraf olduğu davalara bakar.	Belirli alanlarda uzmanlaşmış İtiraz Mahkemelerinin kararlarını inceleyebilir.

[39] *Amerika Hakkında, Amerika Birleşik Devletleri Anayasası Açıklamalı;* https://tr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/91/abd-anayasasi.pdfğn

[40] Can Yavuz (2017) "Amerika Birleşik Devletleri Yüce Mahkemesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* 128. (437-480).

2.4.2 ABD Yüksek Mahkemesi'nin Yapısı

ABD Anayasası, Birleşik Devletler'in yargı yetkisini kullanacak bir Yüksek Mahkeme'nin kurulacağını belirtmekle birlikte, bu mahkemenin yapısı ve işleyişiyle ilgili bir hüküm içermemektedir. 1789 tarihli *Yargı Kanunu* (Judiciary Act of 1979) gereği başlarda altı yargıç bulunan Amerika Yüksek Mahkemesi'nde 1869 yılında yapılan bir yasa değişikliği gereğince yargıç sayısı dokuza çıkartılmıştır. Yargıçların ölüm veya ileri yaşta emeklilik isteme gibi sebeplerle görevden ayrılmaları durumunda, yönetimde olan Amerikan Başkanı tarafından yeni bir aday gösterilir ve Senato'nun onayı üzerine atanır. Bugüne kadar yalnızca 11 adayın üyeliği Senato tarafından geri çevrilmiştir (McMillion, 2022, s. 1). Genellikle kendi görüşlerinden kişileri (cumhuriyetçi veya demokrat) aday gösteren Başkanlar, mahkemedeki ideolojik çoğunluğu sağlamaya gayret ederler. Hatta bu sebeple mahkeme üyelerinin sayısını değiştirerek Mahkemedeki ideolojik çoğunluğu elde etmeye çalışan Amerikan başkanları dahi olmuştur, fakat bu tür girişimleri başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Örneğin Demokrat Başkan Roosevelt, 1937 yılında mahkemede en az on yıl çalışmış ve yetmiş yaşını doldurmuş yargıçların yerlerine yeni yargıçlar atamaya yönelik bir teklif sunmuştur. Böylece, görevlerinden ayrılan muhafazakâr yargıçların yerine demokrat yargıçlar atayarak mahkemedeki ideolojik çoğunluğu elde etmeye çalışmıştır. Fakat, bu teklifi kabul edilmemiştir(Arslan, 2003, s. 13).

Ülkenin en üstün yasası olan Amerikan Anayasası'nın[41] yargı organı olan Yüksek Mahkeme ülkenin en üst düzey temyiz mahkemesi olarak ve yukarıda zikredilen diğer görev ve yetkilerinden dolayı yalnızca hukuk, değil siyasi ve toplumsal açıdan da oldukça büyük ve birleştirici bir öneme sahiptir. Böyle önemli bir görevi icra eden Yüksek Mahkeme yargıçlarının bağımsız kararlar almaları oldukça önemli olduğundan dolayı onlara iki önemli anayasal güvence sağlanmıştır. İlki, yargıçların bir kez göreve atandıktan sonra iyi hallerini devam ettirdikleri ve suç sayılan eylemlere karışmadıkları sürece ömür boyu görevde kalabilmeleridir. İkincisi ise, yargıçların görevde kaldıkları sürece maaşlarının azaltılamamasıdır[42]. Bu iki güvence yoluyla yargıçların görevlerini ya da maaşlarını kaybetme korkuları giderilerek özgür ve adil kararlar alabilmeleri sağlanmaya çalışılmıştır. Ne var ki tüm bu anayasal tedbirlere rağmen yargıçların ideolojik eğilimleri ve ahlaki değer yargıları verilen kararların tarafsız olmasının önünde engel teşkil etmektedir. (Arslan, 2003, s. 14) Özellikle din özgürlüğü ve ifade

[41] *Amerika Hakkında, Amerika Birleşik Devletleri Anayasası Açıklamalı;* https://tr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/91/abd-anayasasi.pdf

[42]" 3. Madde; 1. Bölüm." *Amerika Hakkında, Amerika Birleşik Devletleri Anayasası Açıklamalı;* https://tr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/91/abd-anayasasi.pdf

özgürlüğünü kapsayan I. Ek Madde kapsamındaki bir davada Mahkeme'nin tavrının ne olacağı öncelikle yargıçların çoğunluğunun muhafazakâr mı yoksa liberal mi olduğuna bakılarak tahmin edilebilir (Segal & Spaeth, 2002, s. 86).

Hatta Arslan'a göre (2003, s. 15) bir yargıcın zaman içerisinde "görüşlerinin değişmesi" dahi I. Ek Madde ile ilgili alacağı kararları etkileyebilmektedir. Örneğin Yüksek Mahkeme'nin en meşhur yargıçlarından biri olan Oliver Wendell Holmes, I. Dünya Savaşı sırasında görülen *Frohwerk v. United States* (1919) davasında savaş karşıtı yazılar yazan Frohwerk hakkında ulusal güvenlik kaygıları nedeniyle alınan hapis kararına katılmıştır. Ancak bu davaya oldukça benzeyen *Abrams v. United States* (1919) davasında Yargıç Holmes görüşlerini tamamen değiştirerek liberal bir tavır takınmıştır. ABD'nin Rus topraklarına girmesine karşı olan ve mühimmat fabrikalarına grev çağrısı yaparak ülkenin savaş mücadelesini zayıflatmaya çalışan Rus göçmenler Jacob Abrams ve arkadaşlarının ifade özgürlüğünü ve savaş zamanlarında dahi anayasal ilkelere bağlı kalınması gerektiğini savunarak haklarında alınan mahkûmiyet kararına muhalefet şerhi yazmıştır (Arslan, 2003, s. 15). Hatta bu şerhte yer alan "serbest fikir pazarı" (*free marketplace of ideas)* ifadesi tarihe geçmiştir. Dolayısıyla, Yüksek Mahkeme yargıçlarının görev sürelerinin başından sonuna kadar belirli bir tutumumu devam ettirmedikleri söylenebilir[43].

Öte yandan bir Yüksek Mahkeme yargıcının görevi kötüye kullanması durumunda Temsilciler Meclisi olan Kongre tarafından dava açılabilir ve bu davalarda nihai karar Senato'ya aittir. Bugüne kadar hakkında görevi kötüye kullanma suçlaması (impeachment) bulunan tek yargıç Samuel Chase'dir. 1804 yılında Kongre partizan eğilimlerinin mahkeme kararlarını etkilemesinden dolayı Chase hakkında suçlama (impeachment) yapmıştır. Fakat bu suçlama Senato tarafından aklanmıştır ve Chase görevde kalmaya devam etmiştir.[44]

Bugün, Yüksek Mahkeme'de çoğunluğu muhafazakâr yargıçlardan oluşan 9 yargıç bulunmaktadır. Yargıçların isimleri, hangi başkan tarafından aday gösterildikleri, göreve başlama tarihleri ve görüşlerini aşağıdaki *Tablo 2'*de görmek mümkündür.

[43] Bu durum ayrıca Potter ve Wetherell'in (1987) daha önce sözü edilen; insanların belirli bir konuda sabit ve değişmez bir tutuma sahip olamayacağı yönündeki iddialarını doğrulamaktadır.

[44]"Impeachment Trial of Justice Samuel Chase, 1804-05" https://www.senate.gov/about/powers-procedures/impeachment/impeachment-chase.htm

Tablo 2: Güncel Yüksek Mahkeme Üyeleri [45]

Yargıçlar	Aday Gösteren Başkan ve Partisi	Göreve Başlama Tarihi	Görüşü
John G. Roberts (Baş Yargıç)	George W. Bush- Cumhuriyetçi Parti	29 Eylül 2005	Muhafazakâr
Samuel A. Alito	George W. Bush- Cumhuriyetçi Parti	32 Ocak 2006	Muhafazakâr
Sonia Sotomayor	Barack Obama- Demokratik Parti	8 Ağustos 2009	Liberal
Elena Kagan	Barack Obama- Demokratik Parti	7 Ağustos 2010	Ilımlı Liberal
Neil Gorsuch	Donald Trump- Cumhuriyetçi Parti	7 Nisan 2017	Muhafazakâr
Brett M. Kavanaugh	Donald Trump- Cumhuriyetçi Parti	6 Ekim 2018	Muhafazakâr
Amy Coney Barrett	Donald Trump- Cumhuriyetçi Parti	27 Ekim 2020	Muhafazakâr
Ketanji Brown Jackson	Joe Biden- Demokratik Parti	30 Haziran 2022	Liberal
Clarence Thomas	George H. W. Bush – Cumhuriyetçi Parti	23 Ekim 1991	Muhafazakâr

2.4.3 Din Özgürlüğü Davalarında Yüksek Mahkemenin Rolü

Batı dünyasının en eski yazılı anayasasına sahip olan ABD'de seküler anayasa farklı inançlara sahip olan insanların veya inanmayanların kamusal alanda birbirlerinin alanına girmeden var olabilmelerini öngörür. Bu açıdan Fransız tipi laiklikte görüldüğü gibi kamusal alanın dinden ve dini sembollerden arındırılması ABD'deki din özgürlüğü için geçerli değildir. Burada, seküler bir kamusal alan yerine dini inançların özgürce var olabildikleri bir kamusal alana işaret vardır (Albayrak, 2018, s. 153). Amerika'da din özgürlüğünün durumu Yüksek Mahkeme'nin I. Ek Maddeyi nasıl yorumladığıyla yakından ilgilidir. I. Ek Madde'nin dini

[45] "Justices", *Oyez,* https://www.oyez.org/justices.

kurumsallaşmanın önüne geçmek ile dini özgürlükleri korumak ilkelerinden hangisinin Amerikan sekülerizminin baskın yönü olacağı Yüksek Mahkeme kararları ile inşa edilmiştir (Albayrak, 2018, ss. 12-13). Sonuç olarak ABD'de din özgürlüğünün tarihini ve güncel durumunu okumak, Yüksek Mahkeme'nin I. Ek maddeyi hangi yönde yorumladığıyla doğrudan alakalıdır.

ABD'nin din devlet ilişkilerinde üzerinde bulunduğu çizgide devamlılığını sağlamak Yüksek Mahkeme'ye atanan dokuz hâkimin sorumluluğundadır. Bu durum, hakimlerin dini hassasiyetlerinin Mahkeme kararlarındaki etkisinin gündeme gelmesini sağlamıştır. Örneğin; Yüksek Mahkeme kararları üzerine yapılan bir araştırmada, Mahkeme'nin evanjelist yargıçlarının ölüm cezası, cinsiyete dayalı ayrımcılık, müstehcenlik gibi konularda verdikleri kararların diğer yargıçlardan daha muhafazakar olduğu sonucuna varılmıştır (Wahlbeck, 2009, s. 526).

Amerikan Anayasasında bulunan I. Ek Madde'nin kişilerin dini özgürlüğünü koruma altına almakla dini kurumsallaşmanın önüne geçmek arasında kurmaya çalıştığı denge ayrışmacı (seperationist) ve uyuşmacı (accommodationist) olarak iki ayrı tavrın benimsenmesine sebep olmuştur. Genellikle Thomas Jefferson'a ait "ayrım duvarı" metaforu ile ilişkilendirilen ayrışmacı tavrı benimseyenler, I. Ek Madde'yi yorumlarken dini kurumsallaşmanın önüne geçmesi fonksiyonu üzerinde daha fazla durmuştur. Bu görüşe göre, hükümet dine karşı katı bir tarafsızlık sergilemeli, belirli bir dini inancı veya grubu desteklemek ya da kayırmak şeklinde algılanabilecek her türlü eylemden uzak durmalıdır. Ayrışmacılık, din ve devlet arasında katı bir ayrım olması gerektiğini vurgulamaktadır (Hoover, 2016, s. 25).

Yüksek Mahkeme bazı davalarda ayrışmacı tavrı benimsemiştir. Örneğin, 1990 yılında Oregon eyaletinde yaşayan ve Kızılderili Kilisesi (Native American Church) üyesi olan Alfred Smith ve Galen Black katıldıkları dinsel ayinde *peyote* adlı uyuşturucuyu kullanıp işten atılmaları dolayısıyla Oregon'un işsizlik sigortası programına başvurmuş, fakat başvuruları işten atılma sebepleri uyuşturucu kullanımı olduğu için reddedilmiştir. Smith ve Black kararın I. Ek Madde'nin din özgürlüğü ilkesini (*free exercise clause*) ihlal ettiği gerekçesi ile Yüksek Mahkeme'ye başvurmuşlardır. *Employment Division v. Smith, 494 U.S. 872 (1990)* olarak bilinen davada Yüksek Mahkeme Oregon işsizlik sigortası programının peyote kullanımını dini bir eylem olarak tanımamasını haklı bularak, din özgürlüğünün ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Ayrıca kararda, "din özgürlüğü gereğince peyote kullanımına serbestlik getirmek, ileride başka türden sivil yükümlülükler için de benzer muafiyet taleplerinin önünü açacaktır" şeklinde bir açıklama yer almıştır. Örneğin; dini inancı gereği vergi ödemeyi, askerlik hizmetini, aşı zorunluluklarını reddetmek isteyen başka insanlar da olacaktır. Bu

kararda, bazı dini davranışların yasal kısıtlamaya tabi tutulması gerekliliğini savunan ayrışmacı tavır söz konusu olmuştur. Yine Yüksek Mahkeme, devlet okullarında resmi olarak desteklenen dua (Engel v. Vitale, 1962) ve devlet mülklerinde dini sembollerin sergilenmesi (Lynch v. Donnelly, 1984; Van Orden v. Perry, 2005) gibi I. Ek Madde'yi ihlal ettiğini düşündüğü çeşitli uygulamaları ayrışmacı tavır gereği sonlandırmıştır. Sonuç olarak ayrışmacı tavır, devletin dini kurumsallaşmanın önüne geçmesi ve dinin özel alan konusu olması gerekliliğinin üzerinde durmuştur.

Uyuşmacı tavır ise hükümetin yasal sınırlar çerçevesinde bireylerin dini uygulamalarına kolaylık sağlamak için makul adımlar atması gerektiğini ifade eden yasal yaklaşımdır. Uyuşmacılar için I. Ek Madde'nin önemli yönü bireylerin dini özgürlüklerini koruma altına almasıdır. Bu maksatla hükümetten beklenen dinler arası ayrımcılık yapmadan tümünü koruma altına alması, dini hayatı kolaylaştırıcı adımlar atmasıdır. Bu adımlar, yasaya veya yasanın tesis etmeyi hedeflediği düzeni bozmadığı sürece dini değerlerine sıkıca bağlı olan kimselere bazı toleranslar gösterilmesini de içermektedir.

Yüksek Mahkeme kararlarında uzlaşma ilkesi çeşitli bağlamlarda tercih edilmiştir. Örneğin *Holt v. Hobbs (2014)* davasında Mahkeme, inançları gereği sakalını bir buçuk santim uzatmak isteyen Abdul Maalik Muhammed'e cezaevinde mahkumlara uygulanan bakım kuralları gereği engel olan Arkansas Ceza İnfaz Kurumu'nun kararını bozmuştur. Yüksek mahkeme, Muhammed'in sakal bırakmasının mevcut penolojik (ceza yasası ile ilgili) hedeflere müdahale etmediği için ona din özgürlüğünden dolayı istisna yapılması gerektiğine hükmetmiştir. Benzer şekilde Burwell v. *Hobby Lobby (2014)* davasında da Mahkeme din özgürlüğünden dolayı çalışanlarına genel sağlık sigortası kapsamında doğum kontrol teminatı sağlamak istemeyen şirketlerin taleplerini kabul etmiştir. Bu davada, *Hesaplı Sağlık Hizmetleri Yasası* (Affordable Care Act, Obamacare olarak da bilinir) gereği çalışanlarına doğum kontrol yöntemlerini de kapsayacak şekilde sağlık sigortası sağlanmaya zorlanan şirketler; sigortanın doğum kontrol teminatı sağlama zorunluluğuna dini inançları gereği itiraz sunmuşlardır. Mahkeme şirketlerin bu taleplerini kabul ederek onları sigortanın bu kısmından muaf tutmuştur. Mahkeme bu kararı, dini vecibelerin yerine getirilmesine engel teşkil eden her türlü yasanın sıkı bir incelemeye tabi tutulmasını gerektiren Dini Özgürlüklerin Restorasyonu Yasası'na (1993) dayandırmıştır. Sonuç olarak, uyuşmacı tavır hükümetin bireyleri, dini inançlarını özgürce yaşayabilmeleri adına bazı yasalardan makul derecede muaf tutulmaları gerektiğini savunmaktadır. Fakat bu muafiyet, yasalardan sınırsız bir biçimde muaf olmaya izin verecek derecede değildir.

Özetle bu iki yaklaşım, Yüksek Mahkeme'nin din özgürlüğü ve I. Ek Madde ile ilgili kararlarını etkilemiştir ve etkilemeye devam etmektedir. Mahkeme, dini inanç ve uygulamaları, dini kurumsallaşmaya veya bir dini kayırmaya neden olmayacak şekilde muhafaza etmeli ve denge oluşturmalıdır. İki tavır, Yüksek Mahkeme'nin din özgürlüğü konusundaki içtihatlarında belirleyici olmuştur. Ne var ki, Mahkeme'nin tavrı, o sırada Mahkeme'de yer alan yargıçların hangi ideolojiyi ve yorumlama tavrını benimsediğine ve davanın konusuna göre değişmektedir. Dolayısıyla, Mahkeme'nin uyuşmacılık ve ayrışmacılık konusundaki tutumu, mahkeme yargıçlarının hangi ideolojiyi ve hukuki tavrı benimsediğine bağlı olarak zaman içerisinde değişiklik gösterir. Bu sebeple din özgürlüğü davalarında mahkemeler, aynı soru ile boğuşmaya devam etmektedir: Samimi dini inançlara sahip bireyler veya gruplar, bu inançları nedeniyle genel olarak tüm vatandaşlara uygulanan yasal gerekliliklerden muaf tutulma hakkına sahip midir? Soru aynı kalsa da mahkemelerin cevabı defalarca değişmiştir.

Bu soru ilk kez 19. Yüzyılın sonlarında *Reynolds v. United States* davasında Mormon Kilisesi'nin bazı üyelerinin dini inançları gereği çok eşli evlilik talepleriyle gündeme gelmiştir. Federal hükümet 1862 yılında çıkarılan *Morrill Çok Evlilik Karşıtı Yasa*'sı (Morrill Anti-Bigamy Act) gereği çok evlilik yasaklanmış olduğundan Mormon'ların bu taleplerini reddetmiştir. Bu karar, din özgürlüğü maddesinin "dini inançları" koruduğu ancak yasayla çelişen durumlarda "dini eylemlerin" korunmayacağı sonucunu doğurmuştur. Fakat 1960'lı yılların başından itibaren, mahkeme geri adım atarak, din özgürlüğü maddesinin dini motivasyonlu eylemlerin bazı yasal gerekliliklerden muaf tutulabileceği fikrini benimseyen bir dizi karar almıştır. Örneğin *Sherbert v. Verner* davasında dini inançları gereği Şabat günü dolayısıyla cumartesi günleri çalışmak istemeyen Adele Sherbert işverenin haftalık çalışma programı nedeniyle ibadetlerini yerine getiremediğini iddia etmiştir. Bu sebeple işten ayrılıp sonrasında işsizlik sigortası talep eden Sherbert'in talebi "haksız" yere işten ayrıldığı iddia edilerek reddedilmiştir. Sherbert bu kararı, din özgürlüğü hakkını ihlal ettiği gerekçesi ile Yüksek Mahkeme'ye taşımıştır. Mahkeme ise, dini inancın devletin genel geçer kurallarıyla çatışması durumunda dahi korunması gerektiğine karar vermiştir. Bu karar, din özgürlüğünün devletin çıkarları dolayısıyla sınırlandırılması eğilimine ciddi bir ket vurmuştur. Benzer şekilde 1972 yılında görülen *Wisconsin v. Yoder* davasında Mahkeme, Amish ailelerin, 16 yaşından sonra lise eğitimine devam etmelerinin çocuklarına zarar vereceği iddiasını din özgürlüğü kapsamında değerlendirmiş ve zorunlu eğitim yasasıyla çatışmasına rağmen Amish ailelerin çocuklarının lise eğitiminden muaf tutulmasına karar vermiştir. Böylece, Yüksek Mahkeme Amish topluluğunun dini inançlarını yaşama haklarının, lise eğitimine devam etme zorunluluğunu kapsayan yasadan daha öncelikli olduğuna karar vermiştir.

Fakat 1990 yılında mahkeme bir kez daha yön değiştirerek *Employment Division v. Smith* davasında, yasa ile uyuşmaması halinde dini motivasyonlu eylemlerin kısıtlanabileceği kararını vermiştir. Bu karar dini gruplar tarafından büyük bir tepki ile karşılanmış ve devletin kişilerin din özgürlüklerini sınırlayıcı kararlarının kısıtlanması gerektiği vurgulanmıştır. Bu teklif üzerine Kongre 1993 yılında Dini Özgürlükleri İyileştirme Yasası'nı (*Religious Freedom Restoration Act*) onaylayarak dini özgürlüğe daha büyük koruma sağlama yolunda adım atmıştır. Özgürce ibadet etme hakkına ilişkin bu değişken yorumlar, ülkede ve davaların görüldüğü Yüksek Mahkeme'de dini inanç ve uygulamaların mevcut diğer yasalar ile nasıl uyumlanacağı noktasında bir fikir birliğine varılamadığını göstermektedir. Gerçekten, Yüksek Mahkeme'nin bu alandaki yüzyılı aşkın kararları, bir uçtan diğerine, düzensiz bir yol çizmiştir.[46]

Yüksek Mahkeme yargıçlarının, din özgürlüğü davalarında karar verirken etkili olan bir diğer gerilim noktası da anayasanın yorumlanmasında *dar yorum* ve orijinalist tavrın mı (strict constructionist; originalism) yoksa *geniş yorum* yani "yaşayan anayasa" tavrının mı (broad constructionist; living constitution) benimseneceğidir. Orjinalist bir yaklaşımla anayasanın dar yorumunu benimseyenler I. Ek Madde'nin metninde yer alan kelime ve ifadelerin lafzi anlamlarına odaklanarak, Anayasa'yı sıkı bir şekilde koruma ve kurucuların orjinal amacına sadık kalmayı amaçlarlar. Bu sebeple, Anayasayı değişen toplumsal koşullara göre yorumlamak yerine, metnin yazıldığı dil, siyasi ortam ve hukuki normları dikkate alırlar. Öte yandan, "yaşayan anayasa" anlayışıyla metnin geniş yorumunu benimseyenler, I. Ek Madde'yi geniş bir biçimde yorumlamayı uygun görürler. Bu yaklaşım, Anayasa'yı mevcut toplumsal koşullara uygun olarak yorumlamanın daha uygun olacağını savunur ve Mahkeme için geniş bir yorum yetkisine sahip olmayı hedefler. Temel amacı insan haklarını korumak olan Anayasa'nın toplumun değişen ihtiyaçlarına göre yorumlanması gerektiğini savunurlar.

Siegel ve Post (2006, ss. 545-546) yargıçların siyasi ve ideolojik eğilimleri ile anayasayı yorumlama tavırları arasında bir ilişki olduğu ileri sürmüştür. Onlara göre muhafazakâr yargıçlar anayasayı yorumlarken genellikle orjinalizme ve metinselciliğe yani dar yoruma öncelik verirler. Dolayısıyla muhafazakâr yargıçların karar alma süreçlerinin öngörülebilirliği daha yüksektir. Fakat öte yandan muhafazakâr yargıçların anayasayı kurucuların asıl niyetlerine odaklanarak okumaları, değişen toplumsal şartlara uyum sağlama ve marjinal dini grupların haklarını koruma noktasındaki becerilerini sınırlandırabilmektedir. Öte yandan, liberal yargıçlar ise genellikle yaşayan anayasa yaklaşımını benimserler. Liberal yargıçlar anayasanın

[46] "A delicate balance: The free exercise clause and the Supreme Court." (24 Ekim 2007). *Pew Research Center's Religion & Public Life Project.* https://www.pewresearch.org/religion/2007/10/24/a-delicate-balance-the-free-exercise-clause-and-the-supreme-court/ (son erişim: 13 Haziran 2023)

katı bir metin olmaktan ziyade dönemsel ve toplumsal ihtiyaçlara cevap verebilen bir metin olması gerektiğini düşündükleri için ortaya çıkan yeni toplumsal değerleri tolere etme, azınlık dini grupların ihtiyaçlarına cevap verme noktasında daha mahirdirler (Siegel & Post, 2006, s. 569).

Bu sebeple, Yüksek Mahkeme'de çoğunluğu hangi ideolojiden yargıçların sağladığı bilhassa azınlığın din özgürlüklerinin konu olduğu davalarda toplumsal ve siyasi açıdan büyük önem taşımaktadır. Dolayısıyla, Amerikan Başkanları Yüksek Mahkeme'ye kendileriyle benzer ideolojilere sahip yargıçlar atayarak; başta azınlık hakları ve din özgürlüğü davaları olmak üzere birçok konuda kararları kendi siyasi görüşleriyle uyumlu olacak şekilde etkilemeye çalışır. Yargıçların atama süreçlerinin bu şekilde siyasallaşması, Yüksek Mahkeme'yi hukukun değil ideolojilerin üstünlük sağladığı, siyasi nitelikte bir organ haline getirmiştir (Bartels & Johnston, 2012, s. 105) .

Özellikle son yirmi yılda ABD'de, muhafazakâr Cumhuriyetçiler ile liberal Demokratlar arasındaki kutuplaşmanın artması Yüksek Mahkeme'nin gittikçe daha da siyasallaşan bir nitelik kazanmasına sebep olmuştur. Yargıçların ömür boyu atandığı mahkemenin yasama ve yürütme üzerindeki denetim yetkisini kendi lehlerine çevirmek isteyen Başkanlar mahkeme üyelerini gittikçe daha ideolojik isimlerden seçmeye başlamıştır. Dolayısıyla yargıçların atanma süreçleri oldukça politik etmenlere bağlı olarak ilerlemektedir. Fakat bunun yanında yargıçların emekliliğe ayrılma süreçlerinin dahi oldukça politik olduğu düşünülmektedir. Öyle ki yargıçların ayrıldıktan sonra yerlerine kendileriyle benzer ideolojik eğilimlere sahip yargıçların gelmesi için emeklilik zamanlamalarını kasıtlı olarak ayarladıkları, kendi siyasi ve ideolojik görüşleriyle uyumlu bir hükümet dönemine denk getirmeye çalıştıkları öne sürülmektedir (Bailey & Yoon, 2011, s. 293) . Hatta, Trump döneminde emekliye ayrılan liberal kararlarıyla tanınan Yargıç Ginsburg, Obama döneminde ayrılmadığı ve yerine bir muhafazakâr yargıç atanmasına sebep olduğu için liberal çevrelerden ciddi eleştirilere maruz kalmıştır. Bu durum, kamuoyunda yargıçların emekliliklerini siyasi ve ideolojik faktörlere bağlı olarak ayarlamaları gerektiğine dair bir beklenti olduğunun göstergesidir (Moyer vd., 2021, s. 452). Öte yandan, Yüksek Mahkeme'nin ideolojik niteliğinin kamuoyunda kabul gördüğünün ve bir meşruiyet sorununa sebep olmadığını da göstermektedir.

Nihayetinde, ABD Yüksek Mahkemesi'nde kararlar nasıl alınıyor sorusuna hukuki (*legal model*) ve hukuk dışı (*extralegal model*) olmak üzere iki tür cevap geliştirilmiştir. İlk cevap olan yasal modelde, hukukun üstünlüğünün (*stare decisis*) mahkeme kararlarının temel belirleyicisi olduğu öne sürülmüştür. İkinci açıklama olan hukuk dışı yani yasal olmayan modelde (*extralegal model*) ise bir dizi sosyolojik, psikolojik ve siyasi faktörün yargısal

sonuçları ürettiği öne sürülmüştür. George ve Epstein (1992, s. 323) dava kararlarında bu iki açıklamadan hangisinin daha etkili olduğunu test etmek için yaptıkları araştırma sonucunda, Mahkeme'nin nasıl karar aldığını açıklamada her iki modelinde zayıflıkları olduğunu tespit etmiştir. Bu sonuçlardan hareketle, hukuki ve hukuk-dışı modelin birbirini dışlamadığını aksine karar alma sürecini birbirleriyle bağıntılı şekilde açıkladıklarını öne sürmüştür. Bu sebeple, George ve Epstein (1992, s. 323) yasal sınırlamaların yani hukuki etmenler ile birlikte kamuoyu görüşü ve siyasi faktörlerin Yüksek Mahkeme'nin karar alma sürecini bütünleşik bir şekilde etkilediğini ortaya koyan yeni bir model önermişlerdir. Sonuç olarak yargıçlar, hukuki araçların yanı sıra hukuk-dışı toplumsal ve siyasi faktörleri de göz önünde bulundurarak karar almaktadırlar. Dolayısıyla bir hakkın nereye konumlandırılacağı ve hangi denetim türüne tabi tutulacağı yasal faktörler kadar, yargıçların kendi ideolojik eğilimlerine, siyasi konjonktüre ya da kamuoyu görüşüne göre değişkenlik gösterebilmektedir.

2.4.4 Amerikan Yüksek Mahkemesi Kararları ve Kamuoyu İlişkisi

ABD'de teamül hukukunun varlığı Yüksek Mahkeme'nin kararlarının geniş bir halk kitlesi tarafından ilgiyle takip edilmesine sebep olmaktadır ve oluşan genel kamuoyu görüşü yargıçlar için önem arz edebilmektedir. Bu sebeple, Yüksek Mahkeme kararları ile kamuoyu arasında paralellik olduğunu kabul eden akademisyen sayısı oldukça fazladır (Zaller, 1992, ss. 310-332). Fakat, araştırmacıların tamamı, bu paralelliğin kaynağının "yargıçların kamuoyu görüşünü dikkate alması" şeklinde açıklamamaktadır. Bu sebeple, kamuoyu görüşü ve Yüksek Mahkeme kararları arasındaki eş zamanlı ilişkinin neden var olduğu ve yönünün ne olduğu tartışmalı bir konudur. Mahkeme kamuoyundan mı etkileniyor, yoksa onu etkiliyor mu veyahut kamuoyunun ruh halini şekillendiren sosyal güçler eş zamanlı olarak yargıçların ruh halini de mi belirliyor? (Gibson, 1990, s. 290) İlişkinin yönü net olmasa da geniş bir literatür Amerikan Yüksek Mahkemesi kararları ile kamuoyu arasında bir ilişki olduğunu belgelemektedir (Mishler & Sheehan, 1993; Link & Michael W. Link, 1995; Flemming vd., 1997; McGuire & Stimson, 2004; Casillas vd., 2010). Öte yandan mevcut araştırmaların ağırlıklı bir kısmı kamuoyu ve yüksek mahkeme kararları arasındaki paralelliğin her ikisinin de aynı sosyal güçler tarafından belirleniyor olmasıyla açıklamıştır (Flemming vd., 1997; Link & Michael W. Link, 1995; Mishler & Sheehan, 1993).

George ve Epstein'e göre yargıçlar, karar alırken hukuki etmenlerin yanı sıra kamuoyu görüşünü de dikkate almaktadır (George & Epstein, 1992, s. 323). Zira, ABD'de teamül hukukunun varlığı, Mahkeme'nin kararlarının çok uzun süreli ve geniş bir kitle için bağlayıcı

olmasına sebep olmaktadır. Bu sebeple, Yüksek Mahkeme kararları toplumun büyük bir kesimi tarafından takip edilmekte ve dava sonucunun ne olması gerektiğine ilişkin genel bir kamuoyu görüşü oluşmaktadır. Dolayısıyla, toplumun genel beklentisi ve değerleriyle hiç teması yokmuş gibi algılanmaktan ve bunun sonucunda meşruiyetlerini kaybetmekten kaçınan yargıçlar, oluşan bu kamuoyu görüşünün çok uzağına düşen kararlara imza atmaktan çekinmektedirler. (Allen & Haider-Markel, 2006, s. 209). Benzer şekilde, Casillas ve arkadaşlarına göre de Yüksek Mahkeme ve kamuoyu arasındaki ilişki, kamuoyunun, yargıçların kararlarını ve mahkemenin hareket tarzını doğrudan "kısıtlaması" şeklinde gerçekleşmektedir (Casillas vd., 2010, s. 86).

Tam aksi yönde, Johnson ve Strother ise (2020, ss. 32-33) Yüksek Mahkeme'nin kurumsal özelliklerini dikkate alarak, yargının kamuoyuna karşı kanıtlanabilir bir duyarlılığının olmadığını iddia etmektedir. Onlara göre, anayasa, yargının kamuoyu siyasetinden bağımsızlığı için oldukça güçlü bir bariyerdir. Öte yandan, yargıçların atama süreçleri, iyi hal süresince görevde kalmaları ve maaşlarının korunması gibi faktörler de yargıyı kamuoyu baskısından korumaktadır ve bu kurumsal özelliklere rağmen Mahkeme'nin kamuoyunu takip etmesi olası değildir. Tüm bu iddialar, Yüksek Mahkeme yargıçlarının nadiren hâkim kamuoyundan farklı görüşlere sahip olduğu gerçeği (Klarman, 2004, s. 6) ile uyuşmamaktadır. Nitekim, kurumların kurucu ilkelerinin ve kurumsal özelliklerinin idealize ettiği durumun vakıayı her zaman yansıtmadığı açıktır.

Nitekim, kamuoyu ve Yüksek Mahkeme kararları arasındaki ilişkiyi araştıran üçüncü bir grup; her ikisi arasındaki ilişkiyi, mahkeme kararlarının ve kamuoyu görüşünün aynı sosyal süreçlerden etkilenerek oluştuğunu varsaymıştır (Flemming vd., 1997; Link & Michael W. Link, 1995; Mishler & Sheehan, 1993). Yüksek Mahkeme'de açılan bir davada bireyler, gruplar, uzman kişiler, sivil toplum kuruluşları (STK), dini örgütler ve çeşitli kurumlar görüş bildirmek üzere Mahkeme'ye "dost görüşü" (amicus briefs[47]) adı verilen bildiriler sunmaktadır. Amicus Curiae denilen bu kişi ve kuruluşlar, potansiyel kararların genel kamu yararına ve hukuki prensiplere etkisini göz önünde bulunduran üçüncü taraflar olarak mahkemeye bildiriler sunarak, kararı kendi çıkarlarıyla ve bakış açılarıyla uyumlu olacak şekilde etkilemeyi hedeflemektedirler. Toplumun sosyal ve ahlaki değerlerine atıflar yapan bu bildiriler hem kamuoyu görüşünün oluşmasında oldukça önemli bir yere sahiptir hem de yasalar ve emsal kararlar gibi hukuki dayanaklara atıflar yaparak meselenin hukuki boyutunu ortaya

[47] "Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi Yönetmeliğinin 37. Maddesinde, Türkçeye bilirkişi beyanı olarak çevirebileceğimiz amicus brief'in içeriğinin, formatının ve şartlarının ne olduğu bildirilmiştir." "Amicus Curiae", *Cornell Law School*: *Legal Information Institute,* https://www.law.cornell.edu/wex/amicus_curiae.

koyduklarından, yargıçların karar alma süreçlerinde önemli bir rol oynamaktadır. Dolayısıyla, Yüksek Mahkeme kararları ve kamuoyu görüşü arasındaki paralelliğin aynı sosyal süreçlerden etkilenmeleri sonucunda oluştuğunu ileri süren araştırmacılar haklı gibi durmaktadır. Ancak ne var ki, amicus briefsleri Mahkeme açısından önemli kılan yalnızca hukuki yönü değildir. Yargıçlar, aynı zamanda kamuoyu görüşünü de oluşturduğunu bildikleri bu bildirileri, kamuoyunun genel görüşüne zıt düşmekten ve meşruiyetlerinin zedelenmesinden endişe ettikleri için dikkate almaktadırlar.

Sonuç olarak, Yüksek Mahkeme'de görülen bir davanın karara bağlanmasında, yargıçların ideolojik eğilimlerinin, kamuoyu görüşünün ve hukuki etmenlerin aynı anda rol oynadığı söylenebilir. Fakat araştırmalar, bunlar arasında en önemli faktörün yargıçların ideolojik eğilimleri olduğunu söylemektedir. Dolayısıyla yargıçların oy verme pratiklerinin anlaşılması için öncelikler onların hangi inanca ya da ideolojik değerlere sahip olduğu bilgisine sahip olunmalıdır (Bartels & Johnston, 2012, s. 105). Ancak bir yargıç ideolojik eğilimleriyle örtüşmeyen bir karara imza attığında, o davada güçlü bir kamuoyu görüşü olup olmadığına bakılabilir. Zira yargıçlar kamuoyu desteğini kaybetmekten korktukları davalarda ideolojik eğilimlerinin aksine kararlara imza atabilmektedirler. Dolayısıyla Yüksek Mahkeme yargıçlarının belirli grupların din özgürlüklerini hangi söylemsel çerçeveden anlamlandırdıklarını anlamak için imza attıkları çoğunluk görüşlerini okumanın yanı sıra sözlü yargılamalardaki söylemlerinin analizini yapmak da oldukça önemlidir.

3. BÖLÜM: AMERİKAN YÜKSEK MAHKEMESİ'NDE GÖRÜLEN DİN ÖZGÜRLÜĞÜ- ANAYASAL HAK ÇATIŞMASI DAVALARININ MAHKEME SALONU SÖYLEM ANALİZLERİ

ABD Yüksek Mahkemesi sözlü yargılamaları, yargıçların tarafların avukatlarını dinleme, davanın konusuna ilişkin detaylı bilgi sahibi olma, tarafların argümanlarını daha yakından inceleme fırsatı bulduğu, kendine özgü nitelikleri bulunan bir yargılama sürecidir. Ayrıca yargıçlar, birbirlerinin fikirleri ve konunun hangi hukuki argümanlar üzerinden ele alacağını da sözlü yargılama etkileşimleri yoluyla vakıf olur. Bu sebeple davaların sözlü yargılamaları Mahkeme'nin karar alma sürecinde oldukça önemli bir rol oynamaktadır (Wasby, vd., 1976, s. 411). Yapılan araştırmalar, yargıçların tercih ettikleri sonuçlara uygun hukuki kararlara varabilmek adına sözlü yargılamaları kullandığını göstermiştir (Langran, 2005 s. 642). Hatta, Carter ve Phillips (2008, s. 90) sözlü yargılamaları yargıçların birbirlerini ikna etmek ve kararı istedikleri yönde belirlemek için kullandıkları bir platform olarak görmüştür. Bu bulgular araştırmacıları Yüksek Mahkeme'nin sözlü yargılamalarını söylemsel ve toplumsal inşa yönünü analiz etmeye sevk etmiştir (Ward, 2017; Malphurs 2013; Hode & Meisenbach 2017, Jacobi, 2017)

Bu tezde analiz edilmek üzere ABD Yüksek Mahkemesi'nde görülen bir tarafın din özgürlüğü hakkının ihlali nedeniyle bulunduğu üç anayasal hak çatışması davası seçilmiştir. Davalar seçilirken, bilhassa toplumun farklı kesimlerinden kişilerin din özgürlüğünü konu edinen üç ayrı dava seçilmiştir. Böylece farklı dinlere mensup kişiler için din özgürlüğünün mahkeme salonundaki söylemsel inşalarını analiz edebilmek amaçlanmıştır. Davaların analizi sırasında mahkeme salonu etkileşimlerinin yanı sıra, yargıçların ideolojik eğilimleri, hukuki argümanlar, çatışmayı çözmek için seçilen denetim türü (sıkı, orta düzey denetim veya rasyonellik denetimi), yargılama öncesinde mahkemeye sunulan "dost görüşleri" (amicus briefs) ve davaya ilişkin kamuoyu görüşünü yansıtan haberler ya da anketler gibi verilere bakılmıştır. Böylece, her davanın mahkeme salonu etkileşimlerinde ve karar metinlerinde, din özgürlüğünün hukuki ve hukuk dışı faktörlere bağlı olarak nasıl söylemsel olarak inşa edildikleri anlaşılmaya çalışılmıştır.

Öte yandan, analizler sırasında mahkeme salonlarının kendine has söylemsel özellikleri göz önünde bulundurulmuştur. Yüksek Mahkeme'de görülen bir davanın sözlü yargılaması sırasında yargıçların, davacı veya davalı tarafın hangisiyle daha fazla etkileşim halinde oldukları; onlara ne tür sorular sordukları, hangi hususlarda itiraz ettikleri, söz kesme sıklıkları gibi unsurlar; davayı hangi söylemsel inşanın kelimeleri, hakikatleri üzerinden okuma eğiliminde olduklarının kolayca anlaşılmasını sağlayan belirteçler olmuşlardır. Yüksek

Mahkeme'de görülen davalar daha çok eyalet mahkemelerinden intikal eden davalar olduğu için, yargıçlar davaları öncesinde okuyup bilgi sahibi olma fırsatına sahiptir. Bu durum, yargıçların henüz sözlü yargılama aşamasına gelmeden hangi taraf lehine karar alacaklarına dair belirli bir fikre sahip olmalarına olanak sağlamaktadır.

Bu davalar yöntem kısmında sözü edildiği üzere sosyal inşacı bir çerçeveden, Foucaultcu söylem anlayışı ve Davies ve Harre'nin "konumlandırma" teorileri çerçevesinde analiz edilmiştir. Fakat, davaların sözlü yargılamalarının ses kayıtlarının dinlenmesi aşamasında her yargılamanın kendine has söylemsel dinamiklere sahip olduğu görülmüştür. Yargıçların ve avukatların sahip oldukları söylemlerin ve dil kullanımlarının bazı benzer özellikler taşısalar da genelde farklılaştığı görülmüştür. Bu sebeple Cotterill'in (2003, s. 3) yaptığı gibi davaların mahkeme salonu etkileşimlerinin ve işlenen temaların kendi adına konuşmalarına izin verilmiştir. Bu sebeple kasıtlı olarak her bir durum için ne tür bir analizin konuyu en iyi şekilde aydınlatılacağı göz önünde bulundurularak mahkeme salonundaki dil mercek altına alınmıştır.

Seçilen ilk dava olan *Masterpiece Cakeshop v. Colorado* davası, dindar bir Hristiyan olan Pastacı Phillips'in inancına aykırı olduğu için eşcinsel bir çiftin düğünlerine pasta yapmamasını konu edinmektedir. Dolayısıyla dava pastacı Phillips'in din özgürlüğü ile eşcinsel evlilik yapan çiftin kamusal alanda herkesle eşit muamele görme hakkının çatışmasını konu edinmektedir. Davanın seçilme nedeni, dinin toplumda oluşan yeni değerler ve yaşam pratikleriyle girdiği etkileşimi anlamak; bu gibi durumlarda açılan anayasal davalarda yargıçların, tarafların ve kamuoyu görüşünü yansıtan üçüncü tarafların söylemlerini hangi hakikat iddiaları üzerinden inşa ettiklerini görebilmektir. Davanın analiz sürecinde, Foucaultcu söylem anlayışının genel hatları göz önünde bulundurulsa da etkileşimin genel niteliğinin anlaşılmasında, konumlandırma öğelerinin analizi ön plana çıkmıştır. Bu sebeple, bu davada eşcinsel çiftin avukatları Cole ve Yarger'ın, pastacı Phillips'i veya genel olarak eşcinsel kişileri nasıl konumlandırdıklarının analizini yapmak etkileşimlerine hâkim olan söylemleri ve temaları ortaya çıkarmak için elverişli olmuştur. Bu doğrultuda, "sanatçı Phillips", "satıcı Phillips", "sanat olarak pasta", "yiyecek olarak pasta", "mesaj değeri taşıyan pasta" "ırkçılık benzetmesi" ve "eşcinsel evlilik-ırklararası evlilik analojisi" gibi temalar oluşturulmuştur.

İkinci dava olan *Employment Division v. Smith* davası ise, Kızılderili Kilisesi'ne mensup iki kişinin katıldıkları bir ayin sırasında dini gerekçelerle güçlü bir uyuşturucu madde olan peyote kullanmaları dolayısıyla işten atılmalarını ve işsizlik ödeneği alabilmek için yaptıkları tazminat taleplerinin reddedilmesini konu edinmektedir. Bu davada, bireylerin din özgürlüğü hakkı; işverenin mülkiyet ve serbest teşebbüs hakkından doğan şirketiçi politikalarını uygulama

hakkı ve devletin cezai düzenlemeleri uygulama hakkı ile çatışmaktadır. Bu davanın seçilmesinin nedeni azınlık dinine mensup kişilerin çoğunluğun din özgürlüğü ile çatışan dini değer ve pratiklerin mevzu bahis olduğunda, din özgürlüğünün yargıçlar ve taraflarca nasıl inşa edildiğini görmektir. Öbür taraftan, davanın mahkeme salonu söylem analizi sırasında, etkileşimlerde konumlandırma ögeleride mevcut olmakla birlikte daha çok Foucaultcu söylem yaklaşımının ön plana çıktığı görülmüştür. Yargıçların ve avukatların kararı kendi hakikat iddiaları doğrultusunda inşa etmek için ne tür bilgiler ürettikleri veya verili bilgileri nasıl lehlerine olacak şekilde meseleyle ilişkilendirdikleri dikkat çekmiştir. Bu doğrultuda davada, tarafların avukatlarının ve yargıçların din tanımları, peyoteye bakış açıları, azınlık dinlere ya da çoğunluk dinlere yaklaşımları noktasında ait oldukları söylemsel kültürü anlamak için antropolojik, sosyolojik ya da istatistiki bilgileri nasıl kullandıklarının analizi ön plana çıkmıştır. Bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda davanın mahkeme salonu etkileşimleri "dindar Black ve Smith", "uyuşturucu ile mücadele danışmanları Black ve Smith "dinim peyote", "masum peyote" "güçlü bir halisünojen olarak peyote", "azınlık dinler arasında eşitlik sağlama" "azınlık dinlere karşı çoğunluk dini", "sakatlık olarak din" ,"dinlerin değişmesi" ,"irrasyonel din" gibi temalar üzerinden analiz edilmiştir.

Üçüncü ve son dava olan *EEOC v. Abercrombie &Fitch* davası ise ulusal giyim mağazaları zinciri olan Abercrombie&Fitch adlı markanın bir mağazasında çalışmak için iş başvurusunda bulanan Müslüman bir genç kızın başörtülü olması dolayısıyla işe alınmamasını konu edinmektedir. Davada Abercrombie'nin mülkiyet veya serbest teşebbüs hakkı ile iş başvurusu yapan adayın din özgürlüğü hakkı çatışmaktadır. Bu davanın seçilme nedeni ABD'de yaşayan ve azınlık dinlerden biri olan İslam'a mensup olan bir kişinin, çoğunluğun dini değerleriyle örtüşen pratikleri söz konusu olduğunda, Yüksek Mahkeme'de ve kamuoyunda din özgürlüğünün nasıl inşa edildiğini görmektir. Zira başörtüsü benzeri giyim uygulamaları yalnızca İslam'da değil, Katolik Hristiyanlık, Hasidik Yahudilik, Sihizim gibi birçok dinde mevcuttur. Bu davanın analizinde ise, konumlandırma öğeleri dikkate alınmış olmakla birlikte genel olarak Foucaultcu söylem anlayışı üzerinden analiz edilmiştir. Alt mahkemenin ve yargıçların etkileşimlere kendi ideolojik değerlerini ve hakikat iddialarını nasıl yansıttıklarına ayrıca yine onların ve tarafların; mevcut yasaları nasıl yorumladığına, hangi ilkeleri görmezden geldiğine, sessiz kaldığı noktalara, ayrımcı muameleyi hangi hukuki prensip üzerinden okuduğuna ve nasıl yeni hukuki bilgiler ürettiğine odaklanmak bu davanın analizinde ve değerlendirilmesinde önemli yol göstericiler olmuştur. Bu doğrultuda analiz "ayrımcı muamele; herkes için eşitlik tanımı/Madde 7 tanımını göz ardı etmek" "ayrımcı muamele; Madde 7/ dindara ayrıcalık tanımı/", "diyalog başlatma yükünü adaya yükleme", "diyalog

başlatma yükünü işverene yükleme", "kesin bilgi-şüphe tartışması", "anlamak-bilmek tartışması" "dini uyum yükümlülüğünü vurgulama" "dini özgürlüğü konusunda sessiz kalma" gibi temalar üzerinden gerçekleştirilmiştir.

3.1 Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission [48]

3.1.1 Davanın Konusu[49]

Temmuz 2012'de, Charlie Craig ve David Mullins, Lakewood, Kolorado'da yer alan ve dindar bir Hristiyan olan Jack Philips'e ait *Masterpiece Cakeshop* adlı pastaneye gitmişler ve Phillips'ten düğünleri için bir pasta tasarlamasını talep etmişlerdir. Fakat Phillips, dini inançları nedeniyle eşcinsel düğünleri için düğün pastası yapmadığını dile getirerek talebi reddetmiştir. Çünkü Phillips, pasta süslemenin Tanrı'yı onurlandıran bir sanat olduğuna ve bu sebeple sanatını Tanrı'nın hoşlanmayacağı eşcinsel evlilikler için kullanmanın Tanrı'yı hoşnut etmeyeceğine inanmaktadır.

Bu olay üzerine Craig ve Mullins, *Kolorado Ayrımcılık Karşıtı Yasası* (CADA)[50] kapsamında pastacının cinsel yönelime dayalı ayrımcılık suçunda bulunduğu iddiasıyla *Kolorado Sivil Haklar Şubesi*'ne[51] başvurmuştur. Sivil Haklar Şubesinin olayın olası sebeplerini tespit eden bir bildiri yayınlamasının ardından Craig ve Mullins, pastacının CADA'yı ihlal ederek kamuya açık bir dükkânda kendilerine yönelik ayrımcılık yaptığı iddiasıyla *İdari Mahkemeler Ofisi*'ne[52] resmi bir şikâyette bulunmuştur.

Davayı gören İdari Hukuk Hâkimi, Craig ve Mullins lehine yazılı bir karar vermiş ve bu karar *Kolorado Sivil Haklar Komisyonu* tarafından onaylanmıştır. Pastacı Jack Philips'in Anayasa'nın I. Ek Maddesi[53] kapsamında, "sanatını" aynı cinsten kişilerin evliliklerinde,

---

[48] Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission, 584 U.S. ___ (2018). https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf

[49] Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission. *Oyez*. https://www.oyez.org/cases/2017/16-111

[50] Colorada Anti-Discrimination Act, §§ 24-34-301 ila -804, C.R.S. 2014. Bu yasa istihdam, konut ve kamuya açık konaklama (işyerleri, oteller vs.) yerlerinde sınıfa dayalı ayrımcılıkla mücadele etmekte ve her türlü ayrımcılığı yasaklamaktadır. https://ccrd.colorado.gov/

[51] Colorado Civil Rights Division; Bu şube Colorada eyaletine bağlıdır ve yukarıda zikredilen CADA kapsamında ayrımcılığa uğrayan kişilerin şikayetleri üzerine soruşturmalar yapmakta, aynı zamanda arabuluculuk da yapmaktadır. https://ccrd.colorado.gov/

[52] Office of Administrative Courts

[53] 1.Ek Madde: *"Kongre, dini bir kuruma ilişkin veya serbest ibadeti yasaklayan; ya da ifade özgürlüğünü, basın özgürlüğünü kısıtlayan; ya da halkın sükûnet içinde toplanma ve şikâyete neden olan bir halin düzeltilmesi için hükümetten talepte bulunma hakkını kısıtlayan herhangi bir yasa yapmayacaktır."*
Amerika Birleşik Devletleri Anayasası; https://tr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/91/abd-anayasasi.pdf
"First Amendment: *"Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances."*

"dini inançları gereği icra edemeyeceği" yönündeki iddiasını reddetmiş, bunun üzerine dava temyize taşınmıştır. Fakat *Kolorado Temyiz Mahkemesi*[54] Komisyon'un Pastacı aleyhine olan kararını bozmamış ve onaylamıştır. Bunun üzerine pastacı davayı ABD Yüksek Mahkemesi'ne taşıyarak, verdikleri soruyla ilgili olarak kararın yeniden incelenmesini talep etmiştir. Soru şu şekildedir:

"Kolorado'nun kamu konaklama yasasının[55]*, bir pastacıyı eşcinsel evlilikle ilgili içtenlikle sahip olduğu dini inançlarını ihlal eden bir pasta tasarlamaya ve yapmaya zorlamak için uygulanması, I. Ek Madde'nin İfade Özgürlüğü veya Dini İnançları Yaşama Hakkı İlkesi'ni*[56] *ihlal eder mi?"* [57]

Hem *Kolorada Sivil Haklar Komisyonu* (Kolorado Civil Right Commission) hem de *Amerikan Sivil Özgürlükler Birliği* (American Civil Liberties Union), dini nedenlerden dolayı işletme sahibi lehine karar vermenin, sivil haklar ile ilgili yasalarda "büyük bir boşluk" yaratacağı iddiasıyla temyiz başvurusunun reddedilmesini talep etmişlerdir. Fakat bu talepler karşılıksız kalmıştır, Yüksek Mahkeme 26 Haziran 2017'de Phillips'in dava talebini kabul etmiştir. Sözlü yargılama tarihinden iki ay öncesinde ABD'nin önemli sivil toplum kuruluşlarından biri olan *İnsan Hakları Kampanyası* (Human Rights Campaign/ HRC) 17 Ekim 2017'de 37 işletmenin yer aldığı bir yazı (amicus brief) [58] yayınlamışlardır. HRC, Her eyaletten fırıncıların, aşçılar, restorancıların, mutfak endüstrisi patronlarını ve Elizabeth Falkner, Jose Andres, Kathherine Berman gibi gıda sektörünün önde gelen birçok ismin imzası ile birlikte "Eşitlik için Aşçılar" bildirisini yayınlanmıştır. Bu bildiride, işletmelerin kapılarının herkese açık olması gerektiği ve her bir Amerikalının eşit derecede saygın kabul edilmesinin hem ulusun hem de Yüksek Mahkeme'nin sorumluluğunda olduğu beyan edilmiştir. Ayrıca

---

"The Bill of Rights: A Transcription", America's Founding Documents, *National Archives*, https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript

[54] Colorado Court of Appeals

[55] 1964 tarihli Medeni Haklar Yasası'nın 2. Başlık'ı (Title II of the Civil Rights Act of 1964) gereği, ABD'de yer alan eyaletler ve onlara bağlı alt bölgelerde, kamuya açık alanlarda ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır. "Herkes, ırk, renk, din veya ulusal köken temelinde ayrımcılık veya ayrıştırma yapılmaksızın, bu bölümde tanımlandığı şekliyle herhangi bir kamuya açık konaklama yerinin mallarından, hizmetlerinden, tesislerinden, ayrıcalıklarından, avantajlarından ve konaklamalarından tam ve eşit olarak yararlanma hakkına sahip olacaktır." Kolorado Ayrımcılık Karşıtı Yasası'da (CADA) bu amaca hizmet etmektedir.

[56] Free Exercise Clause

[57] *"Does the application of Colorado's public accommodations law to compel a cake maker to design and make a cake that violates his sincerely held religious beliefs about same-sex marriage violate the Free Speech or Free Exercise Clauses of the First Amendment?"*
Oyez. https://www.oyez.org/cases/2017/16-111 ; *Justia. https://supreme.justia.com/cases/federal/us/584/16-111/*

[58] " 'Amicus Brief' hukuk dilinde davanın taraflarından biri olmadığı halde davayla ilgili olarak görüş ve bildiri sunan üçüncü taraf anlamına gelen hukuki bir terimdir. Türkçe'de uzman müşavir ya da bilirkişi yerine geçmektedir. Genellikle davaya taraf olmayan fakat davada tartışılan konuların genel kamu yararına veya hukuki prensiplere etkisini göz önünde bulunduran gruplar, kurumlar, dernekler, uzman kişiler ya da şahıslar taraflar için kullanılır. Bu kişiler yayınladıkları bildirilerde, hukuki argümanlara, emsal kararlara ve yasal kaynaklara dayandıkları için mahkemenin görüşünü etkileme potansiyeline sahiptir. Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi Yönetmeliğinin 37. Maddesinde, Türkçeye bilirkişi beyanı olarak çevirebileceğimiz amicus brief'in içeriğinin, formatının ve şartlarının ne olduğu bildirilmiştir. "Amicus Curiae", *Cornell Law School*: *Legal Information Institute,* https://www.law.cornell.edu/wex/amicus_curiae.

#kapımızherkeseaçık (#opentoall) etiketiyle sosyal medyada kampanyalar düzenlenmiş ve yargılama öncesi Yüksek Mahkeme'nin alacağı karar etkilenmeye çalışılmıştır. Dava toplumda eşcinsel haklarının yerini sağlamlaştırabilmek açısından büyük bir öneme sahip olduğu için bireyler, gruplar ve sivil toplum kuruluşları Mahkeme'nin kararını eşcinsel çift lehine vermesi için var güçleriyle çalışmışlardır.

Öte yandan, Mahkeme'nin görüşünü Pastacı Phillips lehine belirlemek isteyen 50'yi aşkın kişi, kurum ve kuruluş Mahkeme'ye bildiri sunmuşlardır. ABD Adalet Bakanlığı'da (The U.S. Justice Department) bir amicus brief yayınlayarak, dini inançlarına aykırı olan bir pasta yapmayı reddetmesinin Phillips'in I. Ek Madde kapsamında korunan bir hakkı olduğunu ileri sürmüştür. Ayrıca Katolik Piskoposlar Konferansı (The U.S. Conference of Catholic Bishops) ve İsa Mesih'in Son Zaman Azizleri Kilisesi (Church of Jesus Christ of Latter-day Saints) de pastacı lehine bildiri sunmuşlardır. Aralarında Randy Barnett, Stephen Presser, Michael McConnell, Ronald Rotunda gibi hukuk profesörlerinin de olduğu 34 hukuk akademisyeni de bildiri sunarak eşcinsel evliliğe itiraz etmekle eşcinsellere hizmet etmeyi reddetmek arasında ayrım tanınmasını talep etmiştir. Ayrıca, pastacılardan oluşan bir grup Yüksek Mahkeme'ye üç düzine yüksek işçilikli pasta fotoğrafı sunarak, pasta yapmanın bir sanat olduğunu ve mesaj değeri taşıdığını ifade etmiştir.

Devlet kurumlarının, sivil toplum kuruluşlarının, şahısların ve grupların üçüncü taraflar olarak Mahkeme'ye görüş bildirmeleri ve sosyal medyada kampanya düzenlemeleri göz önünde bulundurulduğunda davanın Amerikan toplumunda ne kadar ses getirmiş olduğu anlaşılacaktır. ABD toplumunda yeni nesil haklardan biri olan eşcinsel evliliklere yasal statü tanınması ve eşit onur hakkının, kişilerin din özgürlüğü ile çatışması durumunu içeren bu davada Yüksek Mahkeme'nin vereceği karar oldukça önemlidir. Zira hem toplumda eşcinsel kişilerin statülerini belirleyecek de hem de toplumun çeşitlenen değerleri karşısında bireylerin din özgürlüğüne ne derece erişebileceklerini belirleyecektir. Bu durum, bir yanıyla toplumun çeşitlenen değerleriyle geleneksel değerleri arasındaki çatışmayı yansıtan anayasal hak çatışması davalarının sosyolojik yönünün anlaşılmasına da ışık tutmaktadır. Bu sebeple, bir tarafın din özgürlüğü iddiasıyla yer aldığı anayasal hak çatışması davalarının mahkeme salonu söylem analizini yapmak; toplumu, toplumun çeşitlenen ve çatışan değerlerini ve birilerinin başka türden hak ve özgürlükleriyle çatışması durumunda bireylerin din özgürlüğüne ne derece erişebildiklerini anlamak açısından önem arz etmektedir.

3.1.2 Mahkeme Salonu Söylem Analizi[59]

Nihayetinde 5 Aralık 2017'de ABD Yüksek Mahkemesi'nde davanın sözlü yargılaması gerçekleştirilmiştir. Davada pastacı Phillips'i Avukat Kristen Kellie Waggoner ve Noel J. Francisco[60] temsil etmiştir. Davalılar, Kolorado Sivil Haklar Komisyonunu ve Craig ve Mullins'i ise Frederick R. Yarger ve David D. Cole temsil etmiştir. Davada Yüksek Mahkeme'de adet olduğu üzere birinci sırada davacı tarafın avukatları (önce Waggoner sonra Francisco), ikinci sırada ise davalı tarafın avukatları (önce Yarger sonra Cole) söz almıştır. Sözlü yargılamanın son beş dakikasında Pastacı Phillips'in Avukatı Waggoner tekrardan söz almıştır. Davanın sözlü yargılaması sırasında görevde olan Yüksek Mahkeme'de üyeleri: Yargıç, Roberts, Kennedy, Thomas[61], Ginsburg, Breyer, Alito, Sotomayor, Kagan ve Gorsuch'tur. Aşağıdaki tabloda, davada yer alan yargıçların hangi başkan döneminde atandıklarına, başkanların hangi siyasi partiden olduklarına, yargıçların göreve başlama tarihlerine ve ideolojik eğilimlerine dair ayrıntılı bilgi yer almaktadır:

Tablo 3: Masterpiece Cakeshop v. Colorado davasında yer alan Yüksek Mahkeme Üyeleri[62]

YARGIÇLAR	Aday Gösteren Başkan ve Partisi	Göreve Başlama Tarihi	Görüşü
John G. Roberts (Baş Yargıç)	George W. Bush- Cumhuriyetçi Parti	29 Eylül 2005	Muhafazakâr
Samuel A. Alito	George W. Bush- Cumhuriyetçi Parti	32 Ocak 2006	Muhafazakâr
Sonia Sotomayor	Barack Obama- Demokratik Parti	8 Ağustos 2009	Liberal
Elena Kagan	Barack Obama- Demokratik Parti	7 Ağustos 2010	Ilımlı Liberal

[59] "Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission", *Oral Argument* (Sözlü Yargılama) – (5 Aralık 2017). *Oyez,* https://www.oyez.org/cases/2017/16-111, *Supreme Court,* https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2017/16-111_f29g.pdf .
[60] Francisco sözlü yargılama sırasında ABD Adalet Bakanlığı Başsavcısıydı. Davacı Phillips'i destekleyen bir tarafsız bilirkişi (amicus curiae) olarak davada bulunmuştur.
[61] Yargıç Thomas, sözlü yargılamalar sırasında konuşmamayı tercih etmektedir.
[62] "Justices", *Oyez,* https://www.oyez.org/justices.

Neil Gorsuch	Donald Trump- Cumhuriyetçi Parti	7 Nisan 2017	Muhafazakâr
Ruth Bader Ginsburg	Bill Clinton- Demokratik Parti	10 Ağustos 1993	Liberal
Stephen G. Breyer	Bill Clinton- Demokratik Parti	3 Ağustos 1994	Ilımlı Liberal
Clarence Thomas	George H. W. Bush – Cumhuriyetçi Parti	23 Ekim 1991	Muhafazakâr
Anthony M. Kennedy	Ronald Reagon- Cumhuriyetçi Parti	18 Şubat 1988	Muhafazakâr

Davada ilk sırada söz alan Phillips'in avukatı Waggoner'ın konuşması boyunca hâkim olan tartışma; pastanın ifade değeri taşıyan bir sanat olarak görülüp görülemeyeceği olmuştur. Bu tartışma, Phillips'in bir işletme sahibi olarak mı yoksa satıcı olarak mı konumlandırılacağıyla yakından alakaladır. Zira, Phillips'i bir satıcı olarak konumlandırmak, Kolarado Sivil Haklar Komisyonu'nun meseleyi, kamuya açık işyerlerinde sınıfa dayalı ayrımcılık yapmayı yasaklayan Kolorado Ayrımcılık Karşıtı Yasası (CADA) kapsamında değerlendirmesini haklı kılacaktır. Fakat onu bir sanatçı olarak konumlandırmak meseleyi basit bir alışveriş ya da kamuya açık işyeri meselesi olmaktan çıkaracaktır. Çünkü CADA kapsamında, bir sanatçının eserlerini kimin için üreteceği ve ne tür görüşler için üreteceği düzenlenmemiştir. Dolayısıyla Phillips sanatçı olarak konumlandırıldığı takdirde, Kolorado Sivil Haklar Komisyonu'nun uygulamakla yükümlü oldukları kamu konaklama alanlarında ayrımcılığı yasaklayan CADA'yı aşan bir durum söz konusu olacaktır.

Phillips'in ikinci avukatı Francisco konuşmasında bir şeyin sanat olarak değerlendirilebilmesi için çizginin şu olması gerektiğini savunmuştur; eğer bir ürüne ödenen para vereceği fayda ile orantılıysa bu onun sanat eseri olmadığını gösterir fakat ödenen para vereceği faydanın çok üzerindeyse bu onun sanat değeri taşıdığının bir işaretidir. Bu durumda, vereceği faydanın çok üstünde yüksek fiyatlara satılan özel-tasarım bir pastanın sanat değeri taşıdığı tartışmasızdır ki bu durumda Phillips bir sanatçıdır. Francisco'nun konuşmasının bundan sonraki kısmında yargıçlar ona bir sanat eseri olsa dahi pastanın taşıdığı mesajın pastacıyı neden ilgilendireceği üzerine sorular sormuşlardır ve yorumlarını dile getirmişlerdir. Dolayısıyla, pastayı talep eden kişilerin onunla hangi mesajı vermek istediklerinin, pastacıyı neden ilgilendirdiği tartışılmıştır.

Kolorado Sivil Haklar Komisyonu'nun ve Craig ve Mullins'in avukatı Yarger'ın konuşmasında ise ağırlıklı olarak Pastacı'nın eşcinsel çifte pasta yapmayı reddetmesinin;

onların kimliğine karşı ayrımcı görüşlerinde mi kaynaklandığı yoksa pastanın kullanılacağı düğünün taşıdığı mesaja ortak olmak istememesinden mi kaynaklandığı tartışılmıştır. Yarger'a göre düğünün taşıdığı mesaj doğrudan Craig ve Mullins'in eşcinsel kimliği ile alakalı olduğu için Pastacı onların kimliğine karşı ayrımcı görüşlerinden dolayı pasta yapmayı reddetmiştir.

Craig ve Mullins'in ikinci avukatı Cole'un konuşmasında tartışılan ana konu ise şu olmuştur; ABD'de bugün ırk, cinsiyet (kadın/erkek), din söz konusu olduğunda Phillips'in pasta yapmayı reddetme tavrının ayrımcılık olarak değerlendirileceği açıkken neden aynı sonuç eşcinsel çiftin talebini reddettiğinde de doğmamaktadır? Yani eşcinsellik kimliği neden kategorik olarak ırk, cinsiyet ve din mensubiyetinden farklı değerlendirilmektedir ve farklı bir muamele görmektedir? Cole, eşcinsel evlilik gerçekleştirmek isteyen kişilerin, zamanında ırklar arası evlilik yapmak isteyen kişilerle aynı zorlu süreçleri geçirdiğini savunmuştur. Dolayısıyla ona göre, bugün nasıl ABD'de ırklar arası evlilik görüşüne (dini nedenlerle ya da başka bir nedenle) karşı çıktığı için bir müşterinin düğün pastasını yapmayı reddetmek ırkçılık kapsamında değerlendiriyorsa, bu tavır eşcinsel evlilik görüşüne karşı çıkıldığı için sergilendiğinde de ayrımcılık olarak görülmelidir.

Materpiece Cakeshop davasının sözlü yargılaması Pastacı Phillips'in avukatı olan Kristen Kellie Waggoner'a söz verilmesiyle başlamıştır. Waggoner söze şöyle başlamıştır: "*Sayın Baş Yargıç ve mahkemenin izniyle: Anayasa'nın I. Ek Maddesi, hükümetin insanları dini inançlarını ihlal eden 'mesajları' ifade etmeye zorlamasını yasaklamaktadır. Ancak Komisyon, Bay Phillips'ten tam da bunu yapmasını talep ederek, dini inançlarına aykırı bir evlilik görüşünü kutlayan 'pastalar tasarlamasını, onları şekillendirmesini ve elle boyamasını' emretmektedir.*"[63] Waggoner'ın başlangıç cümlesi tartışmanın devamının hangi konu üzerinden ilerleyeceğini de belirlemiştir. Öncelikle, "mesaj" sözcüğünün tercih edilmesi Phillips'in pasta yapmayı reddetme tavrının, Craig ve Mullins'in "kimliklerine değil", evliliklerinin taşıdığı "mesaja" yönelik olduğu anlamını ifade etmek için kullanılmıştır. Nitekim Phillips'in avukatları Waggoner ve Francisco bu söylemi sözlü yargılama boyunca sürdürmüştür. Örneğin Avukat Waggoner ile Yargıç Sotomayor arasında şöyle bir diyalog geçmiştir;

[63] "Kristen Kellie Waggoner; "Mr. Chief Justice, and may it please the Court: The First Amendment prohibits the government from forcing people to express messages that their violate religious convictions. Yet the Commission requires Mr. Phillips to do just that, ordering him to sketch, sculpt, and hand-paint cakes that celebrate a view of marriage in violation of his religious convictions." (00:00:10), Oyez, https://www.oyez.org/cases/2017/16-111.
Supreme Court, s:5. https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2017/16-111_f29g.pdf .

"Yargıç Sotomayor; *Müvekkiliniz eşcinsel bir çifte pasta vermenin ifade özgürlüğü ve serbest uygulama haklarına aykırı olduğunu söylüyordu, çünkü bu tür bir evliliği kutlayamaz."*[64]

Avukat Waggoner; *Bay Phillips bu tür durumlarda (müşretinin) "kim" olduğuna değil ne olduğuna, yani "mesajın" ne olduğuna bakmaktadır..."*[65]

Avukat Waggoner, Bay Phillips'in Craig ve Mullins'in talebini reddetmesinin onların cinsel kimlikleri ile değil evliliklerinin taşıdığı mesajla ilgili olduğunu iddia etmiştir. Açılış konuşmasında Waggoner ikinci olarak, Philips'in kendi elleriyle tasarlayacağı, çizimini yapacağı ve süsleyeceği bir pastadan bahsederek; pastanın sanatsal değer taşıdığını ve Phillips'in de bir sanatçı olduğunu vurgulamıştır. Böylece, olayın basit bir alışveriş faaliyeti olmadığının da altı çizilmiş ve Kolorado Sivil Haklar Komisyonu'nun ekonomik eşitlik vurgusuyla kamu konaklama yasasının arkasına sığınmasının da önüne geçmeye çalışmıştır. Sonuç olarak Waggoner savunmasını, Phillips için pasta yapmanın basit bir ticari faaliyet olmanın çok ötesinde, fikri ve bedeni çabasını ortaya koyduğu bir sanat olduğu iddiası üzerinden inşa etmiştir ve dolayısıyla Phillips'i bir sanatçı olarak konumlandırmıştır. Bu açıdan Komisyon'un yaptığı, bir sanatçıyı, dini görüşlerini ihlal eden bir mesajı vermek için sanatını kullanmaya zorlamaktır.

Waggoner'ın konuşma süresince başlattığı tartışmayla en çok ilgilenen iki yargıç, Gingsburg ve Sotomayor olmuştur. İki yargıç, savunması boyunca defalarca Waggoner'ın sözünü kesip çeşitli sorular sorarak Phillips'in pasta sanatını icra ederken yaptığının neden bir "ifade" olarak değerlendirilmesi gerektiğini sorgulamışlardır. Pastanın sanatsal bir ifade değeri taşımadığı kabul edildiğinde, Phillips'in sanatını katılmadığı bir evlilik görüşü için kullanmaya zorlandığı iddiasının yerini, "Phillip's Craig ve Mullins'in cinsel kimliklerini dışlayarak onlara mal satmadı" iddiasına bırakmaması için bir neden kalmayacaktır. Çünkü, Phillips'i bir sanatçı olarak konumlandırmak ile bir satıcı olarak konumlandırmak arasında önemli bir fark vardır; bu özne konumlarından her biri, ona nasıl muamele edilmesi gerektiğine, onun hangi haklara ve yükümlülüklere sahip olduğuna dair bambaşka sonuçları beraberinde getirecektir.

Örneğin Yargıç Gingsburg "*…tıpkı herhangi bir müşteriye sattığı gibi (Craig ve Mullins için de) özel yapım bir pasta tedarik etmesi gerekiyor diye sanıyordum. Ancak başka*

[64] Yargıç Sotomayor; "Well, your client was saying that providing a cake to a same-sex couple was against his free-expression rights because -- and his free-exercise rights, because he cannot celebrate that kind of marriage." Oyez, (00:18:32), Supreme Court, s. 24.
[65] Kristen Kellie Waggoner ; "Mr. Phillips is looking at not the "who" but the "what" in these instances, what the message is." Oyez, (00:18:48), Supreme Court, s. 24.

birinin mesajını iletmek zorunda değildi; yani pastanın üzerine bir şey yazmak zorunda değildi"[66] şeklinde bir görüş belirtmiştir. Bu itiraz, üstüne yazı olmayan bir pastanın birisinin mesajını iletmek gibi bir fonksiyonu olamayacağını yani bir konuşma değeri olmadığını iddia etmenin dolaylı bir yoludur. Dolayısıyla Ginsburg, pasta yapmanın, ifade değeri olan bir sanat olarak değerlendirilmesini ve buna bağlı olarak Phillips'in pastayla arasında, bireyselliğini yansıttığı bir sanatçı-eser ilişkisi olduğunu reddetmiştir.

Bunun üzerine Avukat Waggoner ile aralarında şöyle bir diyalog geçmiştir:

> Waggoner*; "mahkemenin Hurley*[67] *ve diğer kararlarında tanıdığı gibi, sanatsal bir ifadenin, bir mesaj veya konuşma ifade ediyor olması için semboller veya kelimeler içermesi gerekmez."*
>
> Yargıç Ginsburg*; "Hurley'den bahsettiniz, ama Hurley'deki olay bir geçit töreniydi. Bu bir konuşmaydı, geçit töreniydi. Bir düğün töreninde ise, evlenen kişiler ve belki de resmi görevlinin (nikah memurunun) konuşma yapacağını sanıyorum, bir düğünde başka kim konuşur ki?*"
>
> Waggoner*; "Sanatçı konuşur, Yargıç Ginsburg. Bu en az çiftin olduğu kadar Mr. Phillips'inde konuşmasıdır. Ve Hurley'de, Mahkeme zorla ifade doktrininin*[68] *ihlal edildiğini tespit etmiştir."*
>
> Yargıç Ginsburg*; "O zaman başka kim? Başka kim bir sanatçı olarak kabul edilir? Mesela çiçek aranjmanı yapan, çiçek dükkânı olan biri? Bu kişi de düğünde konuşmuş olur mu?"*
>
> Waggoner; "*eğer özel olarak tasarlanmış aranjmanlar yapıyorsa ve bu mahkemenin bir mesaj olarak ettiği "sanatsal ifadeyi" yaratmaya zorlanıyorsa, evet, o kişi de konuşmuş olur."*[69]

---

[66] "Yargıç Ginsburg; **"**I thought that the requirement was he supply a custom-made cake, as he would to any other shopper, but that he didn't have to convey somebody else's message; that is, he didn't have to write anything on the cake." Oyez, (00:03:22). https://www.oyez.org/cases/2017/16-111.
Supreme Court, s:7. https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2017/16-111_f29g.pdf .

[67] "*Hurley* davası, 1993 yılında Boston'da St. Patrick Günü için bir geçit töreni düzenleyen South Boston War Veterans Council (Güney Boston Müttefik Savaş Gazileri Konseyi)'nin törene katılmak isteyen İrlanda Amerikan Eşcinsel, Lezbiyen ve Biseksüel Grubu (GLIB)'i reddetmesi üzerinedir. Devlet Mahkemesi kamusal konaklama yasası gereği bu tavrı ayrımcılık olarak nitelemiş ve Konseyi geçit töreninde bu gruba yer vermesi için zorlamıştır. Bunun üzerine Gaziler Konseyi olayı Yüksek Mahkemeye taşımıştır. Mahkeme; "böyle bir eylem, "bir konuşmacının kendi mesajının içeriğini seçme ve tersine, ne söylemeyeceğine karar verme" özerkliğine sahip olduğu şeklindeki temel I. Ek Madde kuralını ihlal etmektedir.' şeklinde karar vererek, Devlet Mahkemesi'nin kararını bozmuştur." *Oyez*, https://www.oyez.org/cases/1994/94-749

[68] *Compelled Speech*/Zorla ifade doktrini; hükümetin bir birey veya grubu belirli bir ifadeyi desteklemeye zorlayamayacağı ilkesini ortaya koymaktadır.

[69] Waggoner: *"Well, this Court has recognized in Hurley as well as in other decisions that artistic expression doesn't need to include words and symbols to express a message or to be protected speech."* Yargıç Ginsburg *: " -- you mentioned - you brought up Hurley, but in Hurley, the parade was the event. It was the speech, a parade. At a wedding ceremony, I take it, the*

Yargılama boyunca bilhassa Waggoner'ın konuşması sırasında bu diyalog kimlere sanatçı denilip kimlere denilmeyeceğine dair bir dizi hipotezin tartışılmasıyla devam ettirilmiştir. Waggoner'a bir düğünde saç yapan kuaförün, yemekleri yapan aşçının, gelini süsleyen makyözün de sanatçı olarak görülüp görülemeyeceğine dair sorular sorulmuştur. Nihayetinde tüm bu diyaloglar Phillips'in hangi özne konumuna konumlandırılması gerektiğine dair bir anlam taşımaktadır. Waggoner'a göre Phillips bir sanatçıdır ve bireyselliğinin yansıması olan eserini hangi mesajı vermek ya da vermemek için kullanacağını seçme hakkına sahiptir. Dolayısıyla, sanatçı konumundaki Phillips'in, sanatını dini görüşleriyle muhalif bir şey için kullanmaya zorlanması pekâlâ I. Ek Madde kapsamında suçtur. Fakat, sıradan bir işletme sahibi ya da satıcı olarak Phillips'den beklenen ürünlerini (pasta ya da herhangi bir şey) satıp parasını kazanması ve bunu yaparken bütün müşterilerine eşit davranmasıdır. Aksi bir davranış sergilemesi durumundaysa, Komisyon'nun kamu konaklama yasası gereği onu cezalandırılması haklı sayılacaktır.

Etkileşimlerden, Phillips'in bir sanatçı olarak konumlandırılması fikrine pek de sıcak bakmadığı anlaşılan Yargıç Sotomayor, Phillips'in ortaya çıkardığı şeyin yalnızca bir yiyecek olduğu görüşünü ortaya atmıştır. *"…biz ne zaman bir gıdayı koruma altına aldık? Her türlü yiyeceğin birincil amacı yenmektir. Şimdi, bazı insanlar özel bir tatlının estetik çekiciliğini sevebilir ve ona uzun süre bakabilirler. Ancak sonuçta tek amacı yenmektir… Pasta, düğünlerinde onu gösteren kişiyle bağlantılıdır. Bu, onların göstermek istediğidir. Peki nasıl, genel amacı yenmek olan bir şeyi müvekkilinizin ifadesi olarak görebiliriz, bir dışavurum (ifade) aracı diyebiliriz?"*[70] şeklinde bir yorum yapmıştır. Waggoner, Phillips'in özel yapım pastasını; tasarımı ve el emeği sonucu ortaya çıkardığı sanatsal bir ifade olarak tanımlarken, Yargıç Sotomayor, nihai amacı yenilmek olan bir şey olarak tanımlamış; şayet bir mesaj özelliği taşıyorsa bile bu mesajın onu yapana değil düğün sahiplerine ait olduğunu öne sürmüştür. Yani, Yargıç'a göre pasta yapmak nihai anlamda birilerine yiyecek bir şey hazırlamanın ötesinde bir anlama sahip değildir. Bu iddia aynı zamanda, Phillips'in pastayla arasındaki ilişkiyi sanatçı-

Official speech is of the people who are marrying and perhaps the officiant, but who -- who else speaks at a wedding?" Waggoner *: "The artist speaks, Justice Ginsburg. It's as much Mr. Phillips's speech as it would be the couples'. And in Hurley, the Court found a violation of the compelled speech doctrine."* Yargıç Ginsburg *: "Who else then? Who else as an artist? Say the -- the person who does floral arranging, owns a floral shop. Would that person also be speaking at the wedding?"* Waggoner*: "If the -- if they are custom-designed arrangements and they are being forced to create artistic expression which this Court determines is a message" Oyez,* (00:04:16). *Supreme Court,* s:8.

[70] Yargıç Sotomayor; "*…when have we ever given protection to a food? The primary purpose of a food of any kind is to be eaten. Now, some people might love the aesthetic appeal of a special dessert, and look at it for a very long time, but in the end its only purpose is to be eaten…It's affiliated with the person who shows the cake at their wedding. It's what they wish to show. So how is this your client's expression, and how can we find something whose predominant purpose is virtually always to be eaten? Call it a medium for expressive expression…"Oyez*, (00:09:55). *Supreme Court,* s.15-16.

eser ilişkisi olmaktan çıkarıp satıcı-mal ilişkisine çevirmeye yönelik bir anlam taşımaktadır. Phillips'in pastayla, sanaçının eseriyle kurduğu tarzda bir ilişkisi olduğu fikrini reddettiğindeyse; çiftin düğün pastasını yapmamasının "ayrımcılıktan" başka bir açıklaması kalmamaktadır. Fakat, Phillips'in avukatı Waggoner'ın ifadelerinden, dini inançlarını ihlal eden bir evlilik için beyaz kanvas üzerine kendi elleriyle gökkuşağı[71] boyamasının[72] Phillips için yiyecek bir şeyler hazırlamaktan daha öte bir mana taşıdığı anlaşılıyordu.

Phillips'in ikinci avukatı Noel J. Francisco'ya söz verildiğinde; Yargıç Kagan'ın ifade ettiği şekliyle yargılama boyunca genel olarak üç şey sorgulanmıştır; birinci olarak, çizginin nasıl belirleneceği konuşulmuştur; yani çiçekçi ve şef, pastacıdan farklı bir kategoride mi değerlendirilmelidir yoksa aynı mı, bu neye göre belirlenecektir? Bu soru doğrudan pastacının nasıl konumlandırılacağına yöneliktir ve cevabı davanın kararını etkileyecek kadar önemlidir. İkinci olarak; neden bu durumun sadece eşcinseller hakkında tartışıldığıdır; niçin ırk, cinsiyet veya farklı dini gruplar eşcinsellikle aynı kategoride değildir? Bu soru ise eşcinselliğin nereye konumlandırılacağıyla alakalıdır. Örneğin; eşcinsellere yapılan bu muamele bir kişiye ırkından, cinsiyetinden veya dininden dolayı yapılması, kategorik olarak neden farklıdır? Bunu somut bir çizgiye oturtmak mümkün müdür? Üçüncü eksen ise, bu durum sadece düğün merasimine mi özgüdür yoksa bir cenaze, Bar Mitzvah[73], yıldönümü ya da doğum günü kutlaması da sayılabilir mi?[74]

Her üç eksen de olayın konusunun ve taraflarının nasıl ve nereye konumlandırılması gerektiğine dairdir. Zira, mahkeme salonu söylemi içinde "söylem", öznenin nereye konumlandırılacağına ve olayın nasıl tanımlanması gerektiğine dair konu başlığını belirleyerek; bu gibi durumlarda ya da bu gibi kişilere nasıl davranılması gerektiğine dair çıkarımlar taşımıştır (Burr, 2012, s. 124). Nihayetinde, eşcinselliği doğuştan sahip olunan ve biyolojik olarak değiştirilmesi mümkün olmayan ırk ya da cinsiyet ile aynı kategoriye koymak yalnızca *Masterpiece Cakeshop* davasının kararını değil, bundan sonra gerçekleşebilecek benzer

[71] Gökkuşağı sembolü, LBTQ+ topluluğunun eşitlik, hak, kabul görme ve ayrımcılıkla mücadelesindeki çabalarını temsil etmektedir. Gökkuşağının renkleri, topluluk için çeşitliliği ve farklı cinsel kimliklerin, cinsel yönelimlerin bir araya gelerek oluşturduğu ahengi ve birliği temsil etmektedir.

[72] Waggoner; *"…The couple came in and they requested a custom cake for their wedding.At that point, they brought in a folder with all kinds of designs they wanted to discuss and ended up purchasing a rainbow-layered cake or -- or received a free rainbow-layered cake, which certainly is expression. The order below requires Mr. Phillips also to include words and symbols on his cakes. It's that broad…"*Oyez, (00:02:50), Supreme Court, s.7.

[73] Yahudi erkek çocukları için yapılan bir reşit olma töreninin adı.

[74] Elena Kagan : *"General, it… it seems as though there are kind of three axes on which people are asking you what's the line? How do we draw the line? So one axis is what we started with, like what about the chef and the florist…and…and, you know, everybody else that participates… in a wedding? A second axis is, well, why is this only about gay people? Why isn't it about race? Why isn't it about gender? Why isn't it about people of different religions? So that's a second axis.And there's a third axis, which is why is it just about weddings? You say ceremonies, events. What else counts? Is it the funeral? Is it the Bar Mitzvah or the communion? Is it the anniversary celebration? Is it the birthday celebration? So there are all three of these that suggest like, whoa, this doesn't seem like such a small thing. And so let me just give you one hypothetical and then you can answer more broadly."* Oyez, (00:27:01), Supreme Court, ss. 33-34.

olaylarda da Amerikan halkının nasıl bir tavır takınması gerektiğini belirlemiştir (Hyle, 2018, s. 207).

Dolayısıyla, taraflar her üç eksen için de sözü edilen konumlardan hangisinin atanacağını belirlemek ve kararı kendi hakikat söylemleri üzerinden inşa etmek adına sözlü yargılama etkileşimleri boyunca mücadele etmişler ve sıklıkla verilecek kararın gelecekte yol açacağı muhtemel sonuçlara odaklanmışlardır. Phillips'in söz hakkı alan ikinci avukatı Francisco ilk eksen için, yani çiçekçi ve şefi pastacıdan ayırabilmek için çizginin nasıl belirleneceğine; ürettikleri şeyin ifade değeri olan "bir konuşma olup olmadığına"[75] bakılması teklifini sunmuştur. Buna göre şayet müşteri pastanın sadece fayda yönünü dikkate alarak bir ücret ödüyorsa burada bir sanat ve dolayısıyla sanatsal bir ifade söz konusu değildir. Fakat, eğer ürüne vereceği faydanın çok üzerinde fiyatlar ödeniyorsa bu durumda onun bir sanat çalışması ve sanatsal bir ifade olduğu düşünülebilir, demiştir. [76] Francisco'ya göre bir düğün pastasına yüksek meblağların ödeniyor olması da onun sanatsal değeri nedeniyledir.[77] Dolayısıyla önerdiği bu testin sonucunda Avukat, pastanın "konuşma" olduğunu belirtmiştir.[78]

Yargıç Kagan: "*…anladığım kadarıyla pastacıya şeften ayrı davranmak istiyorsunuz. Ancak diyelim ki aynı pasta (için bu kez pastacının değil de şefin yanına) bir çift geliyor, eşcinsel bir çift ve birinci yıl dönümleri olduğunu ve özel bir pasta yapmak istediklerini söylüyor. O zaman (size) "pasta yok" diyebilir mi?*

Francisco: "*Sayın Yargıç, pasta tamamıyla aynıysa ve konuşma eşiğini geçiyorsa (mesaj ileten bir ifade değeri taşıyorsa), diyebilirim ki…*

Yargıç Kagan: *Harika bir pasta(ymış).*

Francisco: *Evet, yapabilir* (müşterinin talebini reddedebilir).

Yargıç Kagan: *Ne demek aynı kek mi?*

Francisco: *Hayır, demek istediğim şu ki, eğer Bay Phillips'in yaptığı gibi yüksek işçilikli tasarım bir pastaysa, bize göre konuşma çizgisini aşan (mesaj ileten bir ifade*

[75] Noel J. Francisco; *"Speech, non-speech." Oyez*, (00:27:15), *Supreme Court,* s. 33.
[76] Noel J. Francisco; "I think -- I think both. And I think one of the key factors that the Second Circuit looks to, it looks to a bunch of different factors, but one factor is price. Are people paying for the utilitarian side of it or are they paying for the artistic side of it?" Oyez, (00:23:07), Supreme Court, s. 42.
[77] Noel J. Francisco; *"…And here people pay very high prices for these highly sculpted cakes, not because they taste good, but because of their artistic qualities. I think the more important point…" Oyez*, (00:32:14), *Supreme Court,* s. 41.
[78] Noel J. Francisco; *"Is it speech or is it not speech? We think it'in on the speech side of the line" Oyez*, (00:29:07), *Supreme Court,* s. 36.

değeri taşıyan), o zaman onu bunu yapmaya zorlayamazsınız, tıpkı (bir) heykeltıraşı zorlayamayacağınız gibi…"[79]

Pastacı Phillips'in avukatı Francisco bu cevap ile dolaylı olarak, törenin bir düğün ya da bir yıldönümü kutlaması olması arasında fark olmadığını ayrıca pastayı yapanın da bir pastacı veya şef olmasının fark etmeyeceğini belirtmiştir. Ona göre, yüksek işçilikli bir pasta sanat eseridir ve bir kişiyi tamamıyla karşı olduğu bir görüşe sanatı aracılığıyla katkı sunmaya zorlamak I. Ek Madde gereği uygun değildir. Bunu şöyle bir benzetmeyle açıklamıştır örneğin, "*Afro-Amerikalı bir heykeltraşı bir Klan töreni için haç yapmaya zorladığınızda, onun mesajını dönüştürmüş olursunuz. O, (yaptığı) haçın barış ve birliktelik mesajı vermesini istiyor olabilir. Onu bu (belli bir) ifade taşıyan etkinlikte bulundurmaya çalışarak, nefret ve bölünme mesajı vermeye zorluyorsunuz."*[80] Ku Klux Klan ırkçı nedenlerle onlarca siyahinin canına kasteden, evlerini yakan ve beyaz ırkın üstünlüğüne inanan bir terör örgütüdür. Francisco'ya göre, yaptığı haçlarla yalnızca barış ve birliktelik mesajı vermek isteyen Afro-Amerika'lı bir heykeltraşı, bu ırkçı grup için örgütlerinin sembolü olan haccı yapmaya zorlamak, onu vermek istemediği nefret ve bölünme mesajlarına ortak olmaya zorlamaktır. Bu iddiaya göre, heykeltıraşın elleriyle yonttuğu bir haçın taşıdığı anlam, onu talep eden müşterinin vermek istediği mesaja bağlantılı olarak değişmektedir. Yani talep edilen şey bir pasta veya haç, müşterilerin kullanım maksatlarına göre anlamlanmakta ve bir konuşma niteliği kazanmaktadır. Peki, sanatçı karşı olduğu böyle bir mesaja ortak olmaya zorlanabilir mi?

Kolorado Sivil Haklar Komisyonu; Charlie Craig; ve David Mullins adına konuşan avukat Frederick R. Yarger ve David, D. Cole'a göre *Kolorado Ayrımcılık Karşıtı Yasası'sı* gereğince bu sorunun bir önemi yoktur, çünkü Phillips'in tavrı mesaja değil, müşterinin kimliğine yöneliktir.

Yargıç Alito*: "Bay Phillips'in eşcinsel evliliği onayladığını ifade eden bir düğün pastasını kimseye satmayacağı gerçeğine katılmıyor musunuz?"*

---

[79] Elena Kagan *:"about the same cake, if you don't…if you want to, as I understand it, you want to treat the chef differently from the baker, but let's say the same cake, and a couple comes in, a same-sex couple, and says it's our first-year anniversary, and we would like a special cake for it. Can he then say no -- no? No cake?"*
Noel J. Francisco*: "Well, Your Honor, if it's the exact same cake and it crosses that threshold into speech, I would say…*Elena Kagan*: "It's a great cake."* Noel J. Francisco*: "Yeah, he can…"* Elena Kagan*: "What do you mean is it the exact same cake? Noel J. Francisco: No, what I'm saying is if it's the same type of highly-sculpted stylized cake that Mr. Phillips makes, such that in our view it crosses the line into speech, then you can't force him to create that any more than you can force the sculptor…" Oyez*, (00:30:49), *Supreme Court,* ss. 38-39.

[80] Francisco; *"my example, when you force that African-American sculptor to sculpt that cross for a Klan service, you're transforming his message. He may want his cross to send the message of peace and harmony. By forcing him to combine it with that expressive event, you force him to send a message of hate and division." Oyez*, (00:35:03), *Supreme Court,* s.45.

Yargıç Sotomayor*: "Bu soruya cevap verir misiniz?"*

Avukat Yarger*: "…evet… evet, Sayın Yargıç... başka şartlarda (başkalarına) satacağı bir ürünü, birisine satmamaya karar veriyor, çünkü ona göre müşterinin kimliği mesajı değiştiriyor."*

Yargıç Alito*: "Hayır, kimlik demedi."*

Avukat Yarger*: "Bu, yasalarımıza göre ayrımcılıktır."*

Yargıç Alito*: "Mesaj dedi. Mesaj dedi."*

Avukat Yarger: "Bu davadaki mesaj, Sayın Yargıç, tamamen pasta siparişi veren müşterinin kimliğine bağlıydı."[81]

Yargıç Alito, Phillips'in tavrının Craig ve Mullins'in kimliklerine değil düğünleri ile verdikleri mesaja yönelik olduğunu belirtmiştir. Fakat, avukatları Yarger'a göre Phillips pasta yapmayı reddederek doğrudan onların eşcinsel kimliğini hedef almıştır.

Aslında, dava etkileşimleri boyunca özetle şu sorgulanmıştır; Phillips Craig ve Mullins'in düğün pastasını yapmayı "dini görüşlerine aykırı bir mesaja" ortak olmak istemediği için mi reddetti yoksa onların cinsel kimliklerine yönelik ayrımcı görüşlere sahip olduğu için mi? Dolayısıyla, tartışma öncelikle bir pastanın konuşma niteliği taşıyıp taşıyamayacağı üzerinden ilerlemiştir. Pasta, bir konuşma ya da dışavurum aracı olarak görülmediği takdirde, Phillip'in, hiçbir dahlinin olmadığı bir konuda, sadece cinsel kimliklerinden dolayı Craig ve Mullins'e ayrımcılık yapan birisi olduğu sonucu doğacaktır. Pastayı mesaj ileten bir konuşma olarak değerlendirmek ise Kolorado'nun Bay Phillips'i dini inançlarına aykırı bir evliliğin mesajına ortak olmaya zorladığı anlamına gelecektir.

Fakat, bu ikinci söylem üzerine bir başka tartışma daha söz konusuydu; bir pasta konuşma/mesaj niteliği taşıyor olsa dahi; bu mesaj müşterinin kimliğiyle doğrudan alakalıysa Phillips' in tavrı yine ayrımcılık sayılmaz mı? Kolorada Sivil Haklar Komisyonu ve Craig ve Mullins'in avukatı Yarger'a göre, bu davada söz konusu şey -karşı tarafın iddia ettiği gibi- bir mesaja dahil olmayı reddetmek olsa dahi, bu mesaj müşterinin kimliğiyle doğrudan alakalı olduğundan olaya ayrımcılık karşıtı yasayı uygulamak yerindedir. Çünkü, onlara göre Avukat Francisco'nun iddia ettiğinin aksine; bir pastanın taşıdığı mesaj müşterinin kimliğinden

[81] Yargıç Alito: *"Mr. Phillips would not -- do you disagree with the fact that he would not sell to anybody a wedding cake that expresses approval of same-sex marriage?"* Yargıç Sotomayor: "*Would you answer that question?"* Frederick R. Yarger: *"-- yes -- yes, Your Honor -- is decide that he won't sell somebody a product that he would otherwise sell because in his view the identity of the customer changes the message."* Yargıç Alito: *"No, he didn't say the identity." Frederick R. Yarger: "That is discrimination under our law."* Yargıç Alito: *"He said the message. He said the message."* Frederick R. Yarger: *"Well, and the message in this case, Your Honor, depended entirely on the identity of the customer who was ordering the cake." Oyez*, (00:48:24), *Supreme Court,* ss.61-62.

bağımsızdır. Dolasıyla, davalı tarafın ikinci avukatı Cole'a göre, kamuya açık bir alanda, herkes için hizmet veren bir müessesenin "bir müşteriye sattıkları malı dinsel, ırksal ya da cinsel kimliğinden dolayı bir başka müşteriye satmamaya hakkı yoktur."[82] Çünkü buna bir kez izin verilmesi gelecekte birçok ayrımcı davranışa emsal oluşturabilir. Nitekim, Craig ve Mullins'in ikinci avukatı Cole savunmasını, karşı tarafın iddiasının gelecekteki "kabul edilemez sonuçları"nı hatırlatmak üzere inşa etmiştir;

> *"Sayın Başyargıç ve Mahkeme'nin izniyle; Biz Bay Phillips'in inançlarının samimiyetinden şüphe duymuyoruz. Ancak onun iddiasını kabul etmek, kabul edilemez sonuçlara yol açar. Bir pastane/fırın, eğer siyahilerin hayatlarının kutlanmasına karşıysa, siyahi bir aileye doğum günü pastası satmayı reddedebilir. Kurumsal bir fotoğraf stüdyosu, kadının yerinin evi olduğuna inanıyorsa, kadın CEO'ların fotoğraflarını çekmeyi reddedebilir. Ve bir çiçekçi, şayet eşcinsellerin anılmasına karşı çıkıyorsa, vitrinine eşcinsel cenazesi (için çiçek satmıyoruz) yapmıyoruz şeklinde bir tabela asabilir. Şimdi hem davacı taraf hem de Birleşik Devletler bu sonuçların ırka yönelik ayrımcılıkta kabul edilemez olduğunu kabul etmektedir. Ve bu nedenle, onlar ırk ayrımcılığı ile cinsel yönelim ayrımcılığı arasında ve devletin bunları koruma yeteneği arasında bir ayrım yapmanızı önermektedirler. Ancak bunu yapmak, eşcinsel ve lezbiyen kişileri anayasal olarak ikinci sınıf vatandaşlar konumuna düşürmek anlamına gelir, üstelik devletin -Kolorado'nun burada yaptığı gibi- onlara eşit muamele sağlamayı seçtiği durumlarda bile."*[83]

Dolayısıyla, Craig ve Mullins'in avukatları Cole'a göre müşterinin kim olduğu ve talep ettiği ürünle ne mesaj vermek istediğinin, kamuya açık bir esnaf için önemi olmamalıdır. Hiçbir ayrım yapılmaksızın bir müşteriye satılan ürün, diğer müşteriye de satılmalıdır. Aksi bir durum gelecek sonuçları açısından, Amerikan toplumunun yıllarca mücadele verdiği "siyahilere karşı

---

[82] Cole: "…Kolorado yasası ve kamu konaklama yasasının genel olarak gerektirdiği tek şey, cinsel yönelim, ırk, engellilik, din ve benzerleri gibi belirli korunan sınıflar temelinde ayrımcılık yapmamanızdır…" *"…all that Colorado law and public accommodations law generally requires is that you not discriminate on the basis of particular protected classes: sexual orientation, race, disability, religion, and the like…" Oyez*, (01:11:17), *Supreme Court,* s.87.

[83] David D. Cole: *"Mr. Chief Justice, and may it please the Court: We don't doubt the sincerity of Mr. Phillips's convictions. But to accept his argument leads to unacceptable consequences. A bakery could refuse to sell a birthday cake to a black family if it objected to celebrating black lives.A corporate photography studio could refuse to take pictures of female CEOs if it believed that a woman's place is in the home. And a florist could put a sign up on her storefront saying we don't do gay funerals, if she objected to memorializing gay people. Now, both Petitioner and the United States recognize that these results are unacceptable with respect to race. And so they suggest that you draw a distinction between race discrimination and sexual orientation discrimination and the state's ability to protect it.But to do that would be to constitutionally relegate gay and lesbian people to second class status, even when a state has chosen, as Colorado has done here, to extend them equal treatment." Oyez*, (00:58:49), *Supreme Court,* ss. 74-75.

ırkçılık" veya "kadınlara karşı ayrımcılık" gibi durumlardan farklı olmayacaktır. Peki, ırkçılık karşıtlığı ve kadın hakları gibi üzerine artık en azından "ilkesel" bağlamda tartışılmayan hususlar ile "eşcinsel evliliklere dini inançları gereği hizmet vermeyi reddetme" durumu eşit midir? Dava konusunun gerek kamuoyunu[84] gerekse Yüksek Mahkeme'yi ne kadar meşgul ettiği göz önünde bulundurulduğunda, Amerikan toplumunun bu konuda net bir yargıya ulaşmamış olduğu iddia edilebilir.

Şu durumda, Cole'un yapmaya çalıştığı, Amsterdam ve Bruner'in (2000, s. 175) ifade ettiği gibi kesinliği tartışmalı ve inkâr edilebilir bir önermeyi kabul ettirmek adına, onu tartışmasız ve kesin önermeler ile bir tutmaya yöneliktir. Örneğin; "Amerika'da bir işletme sahibinin ırkından dolayı bir kişiye ürün satmayı reddetmesi suçtur" ifadesi hem ayrımcılık karşıtı yasalar kapsamında hem de toplumsal açıdan kesinlik kazanmış bir önermedir. Ancak "Amerika'da bir işletme sahibinin eşcinsel bir çiftin düğünleri için ürün tasarlamayı reddetmesi" suç mudur yoksa değil midir hala tartışmalıdır. Amerika'da yapılan bir ankete katılanların %60'na göre işletme sahibi inancı gereği bunu yapmayı reddediyorsa, onu inancına aykırı bir şey yapmaya zorlamak doğru değildir. Dolayısıyla, işletme sahiplerinin inançlarına aykırı olan eşcinsel çiftlerin düğünleri için bir şeyler tasarlamayı reddetmesi suç değildir. Ancak geriye kalan yaklaşık %38'lik bir kısmı ise bunun ayrımcılık olduğunu düşünmekte yani suç olarak görmektedir.[85] Fakat Cole, eşcinsel kimliğe sahip oldukları için dışlanan insanları, ırkları, cinsiyetleri veya dinleri dolayısıyla dışlanan insanlar ile aynı yere konumlandırmıştır. Çünkü toplumun ezilen sınıfları olarak siyahilerin, kadınların veya azınlık dinlere mensup olanların uzun zaman süren mücadeleler sonunda kazandıkları haklara eşcinsellerinde sahip olması gerektiğini savunmaktadır.

Fakat, Cole'un bu söyleminin asıl mesajı şudur: bugün Amerika'da bir işletme sahibinin ırklar arası evliliğe karşı olduğu için bir çifte pasta satmayı reddetmesi nasıl sorgusuz sualsiz ırkçılık olarak görülüyorsa, aynı şekilde eşcinsel bir çiftin düğünü için pasta satmayı reddeden Phillips'inde ırkçılık benzeri ötekileştirici bir suçun içerisinde olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla, Komisyon'un bunu CADA kapsamında suç olarak görmesinin haklılığı da kabul edilmelidir.

[84] Oliphnat, B.J. ve Doherty, C., (2023), "Freedom of speech and LGBT rights: Americans' views of issues in Supreme Court case" *Pew Research Center,* https://www.pewresearch.org/short-reads/2023/06/14/freedom-of-speech-and-lgbt-rights-americans-views-of-issues-in-supreme-court-case/ .

[85] "Freedom of speech and LGBT rights: Americans' views of issues in Supreme Court case" (14.06.2023), *Pew Research Center*, (https://www.pewresearch.org/religion/2020/03/12/white-evangelicals-see-trump-as-fighting-for-their-beliefs-though-many-have-mixed-feelings-about-his-personal-conduct/) (son erişim: 23 Temmuz 2022).

Yargıç Sotomayor*: "Pardon, sorulan soruya cevap verebilir misiniz? Varsayalım ki, bu çift içeriye giriyor ve gökkuşağı (desenli) pastayı istiyor.*

Avukat Yarger*: Evet.*

Yargıç Sotomayor*: Ve bu beyefendi iki şeyden birini söylüyor: (ya; birinci seçenek) eğer eşcinselseniz, size gökkuşağı (desenli) bir pasta tedarik edemem ya da (ikinci seçenek) düğünler için gökkuşağı (desenli) pasta yapmıyorum çünkü eşcinsel evliliğe inanmıyorum. Bunu size satmayacağım, heteroseksüel bir çifte de satmayacağım. Ben sadece bir düğünde, herhangi bir düğünde gökkuşağı konseptiyle ilişkilendirilmek istemiyorum…*

Avukat Yarger*: Ve, Yargıç…*

Yargıç Sotomayor*: (aralarındaki) muamele farkı nedir?*

…

Avukat Yarger*: Yargıç Sotomayor, bu ikinci durumda, eğer gerçekten başka hiçbir müşteriye satmayacağı bir ürünse, onu bu müşteriye de satmak zorunda kalmaz. Ancak söz konusu olan başka herhangi bir müşteriye satacağı bir pastaysa, ırklar ya da dinler arası evliliklere karşı çok güçlü bir itirazım var ve bu tür olaylarla ilgili mesaj vermek istemiyorum, bu yüzden size satmayacağım- diyemez. Bu ayrımcılıktır. Bu Kolorado Eyalet Yasalarına göre uygun olmaz ve bu bir I. Ek Madde ihlali olacaktır."* [86]

Avukat Yarger, Yargıç Sotomayor'un eşcinsel çift örneği üzerinden sorduğu soruyu cevaplarken; örneği "ırklar arası ya da dinler arası evliliklere itiraz" şeklinde güncellemiştir ve eşcinsel çifte lafzen hiç değinmemiştir. Dolayısıyla cevap, "bu çift de geçmişte ırkları ya da dinleri nedeniyle ayrımcılık gören herhangi bir çift gibidir", yargısını içerisinde barındırmaktadır. Fakat burada dikkat çekici olan anolojinin, gramatik benzetme ögelerinden hiç birisine yer verilmeden yapılmış olmasıdır. Cümle de ne "gibi ya da benzer" gibi benzetme edatlarına yer verilmiştir ne de benzeyen öge olarak "eşcinsel çift" zikredilmiştir. Dolayısıyla, ifadenin taşıdığı mesaj; ırklar arası evlilik ile eşcinsel evlilik arasındaki benzerliğin, tartışmasız

---

[86] Yargıç Sotomayor: *"I'm sorry, could you answer the question asked? Let's assume **this couple** did come in and wanted the rainbow cake."* Frederick R. Yarger: *"Yes."* Yargıç Sotomayor: *"And this gentleman says one of two things: If you're same-sex, I'm not going to provide you with a rainbow cake or I don't create rainbow cakes for weddings because I don't believe in same-sex marriage. I'm not going to sell it to you. I'm not going to sell it to a same -- a heterosexual couple. I just don't want to be affiliated with that concept of rainbowness at a wedding, any kind of wedding."*Frederick R. Yarger: *"And Justice…"* Yargıç Sotomayor: *"So what are the difference in treatment?"* Frederick R. Yarger: *"Justice Sotomayor, in that latter case, if that was truly a product he wouldn't sell to any other customer, he would not have to sell it to this customer. But if it's a question of a cake he would sell to any other customer, he cannot say I have a very strong objection to interracial or interfaith marriages and I don't want to send message about those -- those events, and so I'm not going to sell it to you.That's discrimination. It wouldn't be appropriate under Colorado-- law, and it would be a First Amendment objection." Oyez*, (00:49:00), *Supreme Court,* ss. 62-64.

ve neredeyse "aynılık" derecesinde olduğudur. Bu durumda, ırklar arası evliliğe karşı gelinmesi durumu nasıl ırkçılık olarak görülüyorsa, bugün aynı sebepten Phillips de ırkçılıkla eş değer ayrımcı bir tavrın içerisinde görülmelidir.

Nitekim, Phillips'i tavrından dolayı, ırkçı ya da ayrımcı kimselerle bir tutmak, onu yasadışı bir noktaya konumlandırmaktadır. Bu konumlandırma, ırkçı kimselere uygulanan müeyyidelerin doğrudan Phillips'e de uygulanması gerektiğine dair bir anlam taşımaktadır. Dolayısıyla, Kolorado'nun kararını haklı çıkarma ve Yüksek Mahkeme'yi karara katılmaya davet etme maksadına yöneliktir. Ancak Yargıç Roberts bu söyleme şöyle cevap vermiştir. *"…Irkçılık benzetmesi açıkçası çok zorlama, …, mahkeme Obergefell'de eşcinsel evliliği onayladığında, karşıt görüşlere sahip olabilecek saygın ve onurlu insanları da zikretme yoluna gitmiştir. Bu kişileri hemen ırklar arası ilişkilerde eşitliğe karşı olan kişilerle aynı gruba koymak… Obergefell kararındaki bu kavramın tam olarak dikkate alındığından emin değilim."*[87]

Ryan T. Anderson (2018, s. 123), *Masterpiece* davasını ele aldığı makalesinde, benzer şekilde, Kolorado'nun bu tavrıyla alakalı olarak; ırklar arası evlilik ile eşcinsel evlilik arasında bir benzerlik kurmanın mümkün olmadığını dile getirmiştir. Ona göre, ırklar arası evliliğe muhalefet etmek ırkçı sistemin bir parçasıdır, fakat evliliği karı-koca arasında görmek ve dolayısıyla eşcinsel evlilik görüşüne katılmamak, bir şey karşıtlığından kaynaklanmamaktadır. Anderson'a göre, nasıl ki "yaşam yanlısı" (kürtajı karşıtı) yani fetüs haklarını ve yaşamı korumak gayesine olan insanları "kadın hakları karşıtı" olarak görmek yanlışsa, aynı şekilde dini inançları gereği, evliliği karı-koca arasında gerçekleşen bir sözleşme olarak gören insanları "gay karşıtı olarak görmek" de öyle yanlıştır.[88]

Fakat Craig ve Mullins'in ilk söz hakkı alan avukatları Yarger, pastacının eşcinsel evlilik mesajına karşı olan görüşlerinin de özünde eşcinsel kimlik karşıtlığından doğduğunu ileri sürmüştür. Şayet düğün pastası isteyen çift eşcinsel olmasaydı onlara pasta verecek olan Phillips, Craig ve Mullins'e sadece kimliklerinden dolayı pasta satmamayı kendisine hak görerek ayrımcı bir tavır sergilemiştir.

---

[87] Yargıç Roberts: "… the racial analogy obviously is very compelling, but when the Court upheld same-sex marriage in Obergefell, it went out of its way to talk about the decent and honorable people who may have opposing views. And to immediately lump them in the same group as people who are opposed to equality in relations with respect to race, I'm not sure that takes full account of that -- of that concept in the Obergefell decision." Oyez, (01:00:01), Supreme Court, ss. 75-76.

[88] Bu sebeple, Anderson'a göre Kolorado, ayrımcılık karşıtı yasayı insanları haksız ayrımcılıktan korumak için "kalkan" olarak kullanmak yerine (Afro-Amerikalılar gibi) zaten marjinalleştirilmiş insanları (karı-koca arası evlilik anlayışını destekleyen insanlar gibi) cezalandırmak için "kılıç" olarak kullanmıştır. Böylece, ayrımcılıkla mücadele yasayı; cinsel ortodoksinin (*sexual orthodoxy*) dayatılmasına yarayan hukuki alet haline getirilmiştir. "Cinsel ortodoksi"; katolik okullarını, cinsellikle alakalı değerlerini sarsan kişileri istihdam etmeye zorlamak veya Evanjelik fırıncıları, sanatsal yeteneklerini katılmadıkları görüşler için kullanmaya zorlamak örneklerinde olduğu gibi; kişilerin ya da kurumların cinsel tercih ile alakalı katı görüşlerini herkese dayatma anlamında kullanılan bir kavramdır (Anderson, 2018, s. 128).

Avukat Yarger*;" ... kimliğinin mesajı değiştireceğini düşündüğü kimselere bu hizmeti vermeyi reddetme hakkına sahip olduğunu söyledi. Ve onlara satış yapmak istemiyor…*

Yargıç Alito*; "Dilekçe sahiplerinin avukatları tarafından yapılan sorgulamalarda, "konuşma ve konuşma dışı" arasındaki çizgiyi araştırdık (neye konuşma denir neye denmez?), ancak anladığım kadarıyla, burada söz konusu olan (konuşma olduğu kesin olan) kelimeler olsaydı da durum aynı olurdu. Yanılıyor muyum? Eğer bir düğün pastasının üzerine, bir müşteri için belirli bir kelime formu koyarsa, aynı kelime formunu, aynı kelimeleri, bağlamdan bağımsız olarak başka herhangi bir müşteri için (yapılan) bir düğün pastasına da koymak zorunda mıdır? (Bir müşterinin pastasının üzerine yazdığı yazıyı hiç değiştirmeden ve bağlamdan bağımsız olarak aynı şekilde diğer müşterinin pastasına da yazmak zorunda mıdır?)"*

Avukat Yarger*; "Bu doğru (evet, aynen öyle), tıpkı Yahudi inancına mensup bir kişiye ya da Afro-Amerikan bir çifte 'mutlu yıllar' (yazılı) pasta satmak zorunda olduğu gibi."*

Yargıç Alito*; Yani birisi gelip dese ki: Evlilik yıldönümümüzü kutlamak için bir pasta istiyorum ve üzerinde '9 Kasım, tarihteki en iyi gün' yazmasını istiyorum, (pastacı) tamam (der), onlara bir pasta satar. Başka biri gelir ve üzerinde aynı kelimelerin yazılı olduğu bir pasta ister, ona da (aynı) pastadan satar: (Ve pastacı sorar) Aaa, bu(gün) sizin de mi yıldönümünüz? (Müşteri de) der ki: "Hayır, Kristallnacht'ı*[89] *kutlamak için bir parti vereceğiz". Bunu yapmak zorunda mı?... Tamamen aynı kelimeler.*

Avukat Yarger*; Öyle, Sayın Yargıç. Bu, fırıncı tarafından uygulananın; müşterinin kimliğiyle ilgisi olmayan, eşitlikçi ve gerçek bir politika olup olmadığıyla ilgili bir soru olmalı. 'Eğer, müşterinin kimliğiyle ilgisi olmayan bir mesajla alakalıysa, o zaman bunu reddedebilir. Aksi takdirde…Bu ayrımcılık olurdu. Ve buna karşı yasalarımızı uygulamakta herhangi bir I. Ek Madde (açısından) problem teşkil etmezdi."*[90]

---

[89] "9-10 Kasım 1938 tarihinde Nazi liderleri Yahudi nüfusa karşı bir dizi planlı katliam düzenlemişlerdir. Bu olay, Yahudilere ait işyerlerinin, sinagogların ve evlerin vandalizmle tahrip edilmesinin ardından sokaklara saçılan cam kırıkları nedeniyle *Kristallnacht* (Kırık Cam Gecesi) olarak anılmıştır." *Holocaust Encylopedia,* https://encyclopedia.ushmm.org/content/en/article/kristallnacht .

[90] Frederick R. Yarger; "*That's not incorrect, Your Honor. What -- what he has said is that all of his wedding cakes are custom-made. And so what he said is that he would have a right to refuse that service to anyone whose identity in his view means that the message has changed. And he does not want to sell it to them…"* Yargıç Alito; *"And we have a history of -- in the questioning by -- of Petitioners' counsel, we explored the line between speech and non-speech, but as I understand your*

Yargıçlardan biri olan Alito, müşterinin pastayı ne amaçla talep ettiğinin o pastayla verilmek istenen mesajın belirleyicisi olduğu yargısını içeren bir metafor sunmuştur. Yargıcın üslubu soru sorar tarzda olsa da nihayetinde avukatın "bir müşteriye sattığı pastayı, kimliğine bakmaksızın diğer müşteriye de satmalı" şeklindeki argümanını çürütme gayesi olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre, pastacının yıldönümlerini kutlamak için pasta isteyen birisine pasta satmasıyla, bir katliamı kutlamak için isteyen birine pasta satması arasında fark vardır ve bu fark doğrudan kişilerin vermek istedikleri mesajın ne olduğuyla alakalıdır. O halde Phillips'in hiç katılmadığı görüşler için pasta yapmayı reddederek, onların yanlış bulduğu mesajlarına ortak olmamaya hakkı vardır. Fakat Yarger, verilen örnekteki mesajın müşterinin kimliğiyle ilgili olmadığını ima etmiştir ve durumu yine eşcinselliğe hiç değinmeden ırkçılık üzerinden cevaplamıştır.

Yargıç Alito'nun örneğine benzer bir başka metafor Yargıç Gorsuch'dan gelmiştir. *"Peki, bizimkine biraz daha benzeyen bir vakayı, (yani) kelimeler içermeyen (üzerinde yazı yazmayan), sade bir pastayı ele alalım. Pasta, Kızıl Haç (şeklinde olsun) pastası ve fırıncı, büyük bir insani yardım kuruluşunun yıldönümünü kutlamak için kızıl haç (şeklinde pasta) isteyen birine hizmet vermiş (olsun). Bir sonraki kişi de gelsin ve aynı kırmızı haç (şeklindeki pastayı) KKK*[91]*'yı kutlamak için istesin. Fırıncı ikinci müşteriye de satış yapmak zorunda mıdır? Değilse, neden?"*[92] Avukat Cole da bu soruya Craig ve Mullins'in diğer avukatı Yarger'a benzer şekilde "bu kimlik temelli bir ayrımcılık değil" diyerek cevap vermiştir. Ancak Yargıç Kennedy, Avukat Cole'u savunmasını inşa ettiği "kimlik" söyleminin yüzeysel bir konsept olması dolayısıyla eleştirmiştir.[93] Bunun üzerine Cole kimlik temelli ayrımcılığın mahkeme açısından ne olduğunu açıklamak üzere daha önceden görülen *Bob Jones University v. United*

---

position, it would be the same if what was involved here were words. Am I wrong? If he would put a particular form of words on a wedding cake, on a cake for one customer, he has to put the same form of words, the same exact words, on a wedding cake for any other customer, regardless of the context?" Frederick R. Yarger; *"That's -- that's right, just as he would have to sell a happy birthday cake to a member of the Jewish faith or an African-American couple."* Yargıç Alito; *"So, if someone came in and said: I want a cake for -- to celebrate our wedding anniversary, and I want it to say November 9, the best day in history, okay, sells them a cake. Somebody else comes in, wants exactly the same words on the cake, he says: Oh, is this your anniversary? He says: No, we're going to have a party to celebrate -- celebrate Kristallnacht. He would have to do that?... It's exactly the same words*." Frederick R. Yarger*; It is, Your Honor.I haven't -- I don't -- that would be a question about whether there is a even-handed, genuine policy applied by the baker that doesn't have to do with the identity of the customer. And if it has to do with a message that is apart from the identity of the customer, then he can refuse that. Otherwise, you'd have a circumstance in which he would paint a picture of a couple but wouldn't change the skin tone of the -- of the couple that's pictured on the cake. That would be discrimination. And there wouldn't be any First Amendment problem with enforcing our law against that." Oyez*, (00:54:15), *Supreme Court,* ss. 69-70.

[91] Daha önce sözü edilen; siyahilere karşı katliamlar düzenleyen ve beyaz ırkın üstünlüğüne inanan Ku Klux Klan terör örgütünün isminin kısaltılmış halidir.

[92] Yargıç Gorsuch; *"Well, let's take -- let's take a case a little bit more like ours, and -- and it doesn't involve words, but just a cake. It is Red Cross, and the baker serves someone who wants a red cross to celebrate the anniversary of a great humanitarian organization. Next person comes in and wants the same red cross to celebrate the KKK. Does the baker have to sell to the second customer? And if not, why not?" Oyez*, (01:10:47), *Supreme Court,* s. 87.

[93] Yargıç Kennedy: *"...your identity thing is just too facile." Oyez*, (01:13:06), *Supreme Court,* s. 89.

States[94] davasını hatırlatmıştır. Üniversite'nin ırklar arası evlilik ve flörte karşı olumsuz tutumunun Yüksek Mahkeme tarafından ırk ayrımcılığı olarak değerlendirilmesinin, kimlik temelli ayrımcılıkla kastettiği şey olduğunu belirtmiştir[95] ve böylece Yargıç Kennedy'nin kimlik kavramına yönelik eleştirisini cevaplandırmıştır. Sonuç olarak, Cole ve Yarger'ın savunmaları neredeyse tamamen eşcinselliği ırk konsepti ile, eşcinsel evlilik karşıtı görüşü ise ırkçılıkla aynı yere konumlandırmak üzerine inşa edilmiştir.

Öte yandan, Yargıç Gorsuch'un verdiği KKK örneğinin daha önce Phillips'in avukatı Francisco tarafından da verilmiş olması dikkat çekicidir. Davanın analizi boyunca, Yargıç Ginsburg ve Sotomayor'un Claig ve Mullins'in avukatlarıyla, Yargıç Alito ve Gorsuch'un ise Phillips'in avukatlarıyla benzer söylemlere sahip oldukları veya onların söylemlerini sürdürdükleri gözlemlenmiştir.[96] Öte yandan karşı tarafın avukatlarının savunmalarını; sıklıkla zorlayıcı sorular sormak, sözlerini kesmek ya da doğrudan eleştirmek suretiyle zayıflattıkları görülmüştür. Bu sebeple, Yargıçların dava ve taraflar ile ilgili görüşlerinin ne olduğunu; karşı tarafın avukatlarıyla girdikleri diyaloglardan anlamak mümkün olmuştur.

3.1.3 Sonuç[97]:

Sonuç olarak, dava Yüksek Mahkeme yargıçlarının 7-2'lik kararıyla Kolorado Sivil Haklar Komisyonu'nun pastane sahibinin eşcinsel bir çift için düğün pastası yapmayı reddetme gerekçelerini değerlendirirken sergilediği tutumun *Dini İnançları Yaşama Hakkı İlkesi*'ni ihlal ettiğine hükmederek Kolorado'nun kararını bozmuştur. Yani, Mahkeme inançları gereği karşı olduğu eşcinsel evlilik görüşünün mesajını iletecek bir pastayı yapmaya zorlanan ve din özgürlüğünün ihlal edildiğini düşünen Pastacı Phillips'i haklı bulmuştur. Mahkeme, eşcinsel bireylerin ve eşcinsel çiftlerin medeni hakları için yasal ve anayasal kapsamda koruma

[94] Konusu federal vergi muafiyeti ve ırk ayrımcılığı arasındaki çatışma olan bu dava 1983 yılında ABD Yüksek Mahkemesinde görülmüştür. Köktenci Katolik Hristiyan görüşlere sahip olmakla bilinen Bob Jones üniversitesi ırklararası flört ve evliliğe karşıydı ve ırk ayrımı yaptığı gerekçesiyle okullara sağlanan vergi muafiyetini kaybetmiştir. Fakat üniversite bu kararın din özgürlüğünü ihlal ettiğini iddia ederek, davayı ABD Yüksek Mahkemesi'ne taşımıştır. Mahkeme 8-1 oyla vergi muafiyetinin kaldırılmasını Üniversite'nin ayrımcı politikalar yapmasından dolayı haklı bulmuştur. https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep461/usrep461574/usrep461574.pdf

[95] Avukat Cole: *"Well, Justice Kennedy, this Court faced that question in Bob Jones University. Bob Jones University said we're not discriminating on the basis of race; we allow black people to come into the school.We just refuse to admit those who are engaged in interracial marriages or advocate interracial dating. And this Court said that's race discrimination.That's identity-based discrimination…"* Oyez, (01:13:09), Supreme Court, s. 90.

[96] Yargıç Sotomayor da Craig ve Mullins'in avukatlarının söylemlerine oldukça benzer şekilde, Phillips'in tavrına karşı Kolorado'nun verdiği kararı ırkçılıkla mücadele kapsamında değerlendirdiğini ve desteklediğini gösteren yorumlarda bulunmuştur. *"Avukat (Waggoner'a hitaben), sorun şu ki Amerika'nın karma evliliklere ve ırklara karşı tepkisi kendiliğinden değişmedi. Değişti çünkü insanları, pek çok kişinin ifade haklarına ve dini haklarına aykırı olduğunu iddia ettiği şeyleri yapmaya zorlayan kamu konaklama yasalarımız vardı."; "Counsel, the problem is that America's reaction to mixed marriages and to race didn't change on its own. It changed because we had public accommodation laws that forced people to do things that many claimed were against their expressive rights and against their religious rights…" Oyez*, (01:25:51), *Supreme Court,* s. 103.

[97] *Oyez*. https://www.oyez.org/cases/2017/16-111; *Justia. https://supreme.justia.com/cases/federal/us/584/16-111/*

sağlandığını, fakat aynı zamanda eşcinsel evliliğe yönelik dini ve ideolojik itirazların da "görüş ve ifade biçimleri" olarak koruma altında olduğunu açıklamıştır. Kararda ürün ve hizmetlerin satın alınmasında eşcinsellere karşı ayrımcılığı yasaklayan CADA'nın Phillips için de tarafsız bir şekilde uygulanması gerektiği vurgulanmıştır. Mahkeme üyelerinin çoğunluğu, Phillips'in bakış açısıyla "pasta yapmanın" sanatsal bir ifade biçimi ve dini inançlarının bir parçası olduğunu kabul etmiştir.[98]

Yargıç Kennedy'nin bildirdiği Yargıç Roberts, Breyer, Alito, Kagan ve Gorsuch'un da katıldığı bu kararda, Phillips'in eşcinsel çifte hizmet vermeyi reddettiği 2012 yılında, aynı cinsten evliliklerin yasal tanınırlıklarına ilişkin önemli iki kararı içeren *United States v. Windsor*[99] (2013) ve *Obergefell v. Hodges*[100] (2015) davaları henüz görülmemiş olduğundan ülke genelinde bu konuya ilişkin bir belirsizliğin hâkim olduğu dile getirilmiştir.[101] Dolayısıyla Phillips'in o sırada yasalara aykırı bir tavır içerisinde olduğunu düşünmemesi kabul edilebilir ve tarafsız muamele hakkına sahip bir iddia olarak görülmüştür. Öte yandan, Kolarado Sivil Haklar Bölümü, o dönemde eşcinsel çiftleri aşağılayan pastalar yapmayı reddeden pastacılarla alakalı olarak görülen davalarda[102] aynı tavrı sergilememiş olduğu için eleştirilmiştir.[103]

Ancak Mahkeme, Phillips'in bu tarafsız muameleyi görmediğini, Kolorada Sivil Haklar Komisyonu üyelerinin Phillips'in dini inançlarına karşı açık ve kabul edilemez bir düşmanlık gösterdiğini belirtmiştir. Mahkeme, Komisyon üyelerinin Phillips'in inançlarını küçümseyen ve retorik olarak nitelendiren yorumlarının uygunsuz olduğunu, ancak bu yorumların daha sonraki yasal işlemlerde belirtilmediğini veya reddedilmediğini açıklamıştır. Mahkeme, bu yorumların Komisyon'un Phillips'in iddialarını değerlendirmesinin haklılığı konusunda şüphe uyandırdığı

---

[98] Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commison, 584 U.S ___ (2018), No: 16-111, sayfa: 1. https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf

[99] *United States v. Windsor* (2013) davasında Federal Evlilik Yasası'nın (DOMA) anayasaya aykırılığı üzerine odaklanılmıştır. DOMA, federal hükümetin evlilik tanımını sadece bir erkek ile bir kadın arasındaki birliktelik olarak kabul etmesini gerektiren bir yasaydı. Davanın merkezinde, New York'ta evlendikten sonra eşi Thea Spyer'in ölümü üzerine mülk vergisi avantajlarından yararlanma hakkı elde edemeyen Edith Windsor yer almaktaydı. Windsor, bu durumu anayasaya aykırı olduğunu düşünerek, federal hükümetin evlilik tanımına müdahale etmesini eleştirmiştir. Dava sonucunda Yüksek Mahkeme, DOMA'nın eşitlik ilkesine aykırı olduğuna ve anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Böylece, federal hükümet, eyaletlerce tanınan eşcinsel evlilikleri de tanımak zorunda kalmıştır.

[100] *Obergefell v. Hodges* (2015) davasında ise, eyaletlerin eşcinsel çiftlerin evliliklerini tanıma zorunluluğunu ele alınmıştır. Ohio, Michigan, Kentucky ve Tennessee eyaletlerinden eşcinsel gruplar eyaletlerinde evliliklerini gerçekleştirmek istediklerinde engellerle karşılaştıklarını ve bunun anayasaya aykırı olduğunu savundular. Dava sonucunda Yüksek Mahkeme, evlilik hakkının temel bir hak olduğunu ve eşcinsel çiftlerin bu hakka eşit erişim hakkı olduğunu kabul etmiştir. Bu kararla birlikte, eşcinsel evliliklerin tüm Amerika Birleşik Devletleri'nde yasal olarak tanınması zorunlu hale getirildi.

[101] "Opinion of the Court (Mahkeme Kararı)", *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commison, 584 U.S ___ (2018*), No: 16-111, sayfa: 1-2. https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf

[102] Kolorado'daki üç pastacı dükkanını eşcinsellik karşıtı mesajlar içeren pasta yapmak için dolaşan William William Jack iki pasta sipariş etmek istemiştir; bu pastaların açık incil şeklinde olmasını birinin üzerine "Tanrı günahtan nefret eder" (Psalm 15:7) şeklindeki İncil ayetinin yazılmasını, diğerinin üstünde ise "Homoseksüellik iğrenç bir günahtır" (Leviticus 18:2) ayetinin yazılmasını talep etmiştir. Pastacılar nefret dolu bu mesajların yazılı olduğu pastayı yapmayı reddetmişlerdir. Bunun üzerine William Jack bu pastacılardan biri olan Silva'yı Kolorada Sivil Haklar Komisyonu'na şikâyet etmiştir, fakat Komisyon Silva'nın dine dayalı ayrımcılık yapmadığını yalnızca nefret dolu mesajları yaymak istemediğine karar vermiştir.

[103] "Opinion of the Court (Mahkeme Kararı)", *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commison, 584 U.S ___ (2018)*, No: 16-111, sayfa: 9. https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf

sonucuna varmıştır. Mahkeme ayrıca, Phillips'in davası ile eşcinsellik karşıtı mesajlar içeren pastalar yapmaya itiraz eden ve Komisyon önünde zafer kazanan diğer fırıncıların davaları arasındaki eşitsizliklerin, "Phillips'in pozisyonunun dini temeline yönelik düşmanlığı" daha da yansıttığına dikkat çekmiştir[104].

Mahkeme, Komisyon'un eylemlerinin I. Ek Madde gereğince, Eyalet'in yasalar veya düzenlemelerde, dine veya dini bir bakış açısına yönelik düşmanlık yapmama esasına dayanma yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Komisyon'un Phillips'in dini inançlarına karşı ne saygılı ne de hoşgörülü olduğu ifade edilmiştir.Bu davanın unsurları sonucunda Mahkeme, Phillips'in Craig ve Mullins'e hizmet vermeyi reddetmesine ilişkin dini gerekçesinin, *Özgür Uygulama Maddesi* tarafından zorunlu kılınan tarafsız muameleye tabi tutulmadığına karar vermiştir.[105]

Yargıç Ginsburg, Yargıç Sotomayor'un da katıldığı bir muhalefet şerhi yazarak, ne Komisyon'un Phillips'in dini görüşlerine ilişkin yorumlarının ne de eşcinsellik karşıtı mesajlar içeren pastalar yapmaya itiraz eden pastacılara farklı muamelede bulunulması iddiasının Phillips lehine karar verilmesini haklı çıkardığını belirtmiştir. Çünkü onlara göre Kolorado'daki üç pastacı dükkanını eşcinsellik karşıtı mesajlar içeren pasta yapmak için dolaşan William Jack'in durumu oldukça farklıdır. William Jack iki pasta sipariş etmek istemiştir; bu pastaların açık İncil şeklinde olmasını birinin üzerine İncil'in "Tanrı günahtan nefret eder" (Psalm 15:7) ifadesinin yazılmasını, diğerinin üstünde ise "Homoseksüellik iğrenç bir günahtır" (Leviticus 18:2) cümlesinin yazılmasını talep etmiştir. Pastacılar nefret dolu bu mesajların yazılı olduğu pastayı yapmayı reddetmişlerdir. Bunun üzerine William Jack bu pastacılardan biri olan Silva'yı Kolorada Sivil Haklar Komisyonu'na şikâyet etmiştir, fakat Komisyon Silva'nın dine dayalı ayrımcılık yapmadığını yalnızca nefret dolu mesajları yaymak istemediğine karar vermiştir. Yargıç Ginsburg, Craig ve Mullin'in herhangi bir mesaj içermeyen bir düğün pastası istediğini bu sebeple durumlarının William Jack'den farklı olduğunu dile getirmiştir.[106]

Fakat, Phillips'in avukatı Waggoner'ın ifadelerinden anlaşıldığı kadarıyla, Craig ve Mullins Phillips'den beyaz kanvas üzerine gökkuşağı şeklinde boyanmış [107] bir pasta istemiştir.

---

[104]"Opinion of the Court (Mahkeme Kararı)", *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commison, 584 U.S ___ (2018*), No: 16-111, sayfa: 9-10. https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf

[105] "Opinion of the Court (Mahkeme Kararı)", *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commison, 584 U.S ___ (2018*), No: 16-111, sayfa: 3. https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf

[106] "Ginsburg J., dissenting (Yargıç Ginsburg'un itirazı)" *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commison, 584 U.S ___ (2018*), No: 16-111, sayfa: 1-3. https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf

[107] Waggoner; *"…The couple came in and they requested a custom cake for their wedding.At that point, they brought in a folder with all kinds of designs they wanted to discuss and ended up purchasing a rainbow-layered cake or -- or received a free rainbow-layered cake, which certainly is expression. The order below requires Mr. Phillips also to include words and symbols on his cakes. It's that broad…"*Oyez, (00:02:50), Supreme Court, s.7.

Gökkuşağı sembolü, LBTQ+ topluluğunun eşitlik, hak, kabul görme ve ayrımcılıkla mücadelesindeki çabalarını temsil etmektedir. Gökkuşağının renkleri, topluluk için çeşitliliği ve farklı cinsel kimliklerin, cinsel yönelimlerin bir araya gelerek oluşturduğu ahengi ve birliği temsil etmektedir. Bu durumda, Kolorado Sivil Haklar Komisyonu'nun dindar bir Hristiyan olan Phillips' inancı gereği günah olduğunu düşündüğü, eşcinsellik mücadelesinin sembolünü taşıyan bir pasta yapmaya zorladığı anlaşılmaktadır.

Yargıç Kagan, Yargıç Breyer'in de katılımıyla, Komisyon'un Phillips'in dini hassasiyetlerine karşı tarafsız davranmadığı noktasında çoğunlukla hemfikir olduğunu, ancak Komisyon'un eşcinsellik karşıtı mesajlar içeren pastalar yapmayı reddeden pastacılara yönelik muamelesine herhangi bir önem atfetmeyi reddettiğini, çünkü bunun Phillips'in davasında söz konusu olan Kolorado yasasını ihlal etmediğine inandığına dair görüş bildirmiştir. Kolorada Ayrımcılık Karşıtı Yasası (CADA) kamuya açık yerlerde bulunan işyerlerinde sınıfa dayalı ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır. Oysa William Jack'in pasta yapma taleplerini reddeden fırıncıların Jack'e sınıfından dolayı ayrımcı bir muamelede bulunmuş değillerdir. Dolayısıyla CADA'yı korumakla yükümlü Kolorado Sivil Haklar Komisyonu'nun görev alanında değildir. [108]

Fakat Yargıç Gorsuch, Yargıç Alito'nun da katıldığı bir görüş bildirerek, Phillips ve pastalarında eşcinsellik karşıtı mesajlar kullanmaya itiraz eden fırıncıların durumlarının oldukça benzer olduğunu ve Komisyon'un bu iki gruba farklı muamele ederek uygunsuz davrandığını savunmuştur.[109]

Yargıç Thomas da aynı fikirde olan bir görüş bildirmiş ve Yargıç Gorsuch da bu görüşe katılmıştır. Thomas, Phillips'in eşcinsel bir çift için düğün pastası yapmaya zorlamanın I. Ek Madde ile korunan hakları ihlal edeceğini savunmuştur.[110]

Mahkeme davada, üçüncü düzey denetim olan sıkı denetimi (*strict scrutiny review*) uygulamıştır. Bu denetim, Yüksek mahkemedeki en katı denetim standardını temsil etmektedir. Mahkeme bu düzeydeki denetimlerde, eyalet kanunları veya mahkeme kararları karşısında, bireylerin kısıtlanan haklarını koruma noktasında son derece titiz davranmaktadır ve genellikle hükümet kararlarını en yüksek düzeyde denetleyerek iptaline karar vermektedir. Hükümetlerden sıkı denetim kapsamında değerlendirilen bir hakkı sınırlayıcı bir kanun çıkardıklarında veya bir mahkeme kararı aldıklarında; bu kısıtlamanın olağan üstü bir devlet

[108] "Kagan, J., concurring (Yargıç Kagan'ın mutabık görüşü) "*Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commison, 584 U.S ___ (2018*), No: 16-111, sayfa: 1-3. https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf
[109] "Gorsuch, J., concurring (Yargıç Gorsuch'un mutabık görüşü) "*Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commison, 584 U.S ___ (2018*), No: 16-111, sayfa: 1. https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf
[110] "Thomas, J., concurring (Yargıç Thomas'ın mutabık görüşü) "*Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commison, 584 U.S ___ (2018*), No: 16-111, sayfa: 1-3. https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf

menfaati için gerekli olduğunu ve sınırlandırmanın mümkün olan en alt düzeyde (*narrowly tailored*) ve yalnızca gerekli olduğu kadar yapıldığını ispatlaması beklenmektedir (Chemerinsky, 2015, s. 792; Köküsarı, 2020, ss. 180-181).

Nitekim Yargıç Kennedy, yargılama sırasında Phillips'in pastanesinin olduğu muhit ve civarında Craig ve Mullins'in aynı pastayı yaptırabilecekleri başka pastane ve fırınların olmasının[111] olası olduğunu dile getirmiştir. Bu durumda Kolorado'nun acil bir devlet çıkarı için Phillips'in din özgürlüğü hakkını sınırlaması ihtimali ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla Phillips'in din özgürlüğünün gerekçesiz olarak gereğinden fazla kısıtlandığı yani, bu kısıtlamanın olayı çözmek için biçilmiş kaftan (*narrowly tailored*) olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla Kolorado'nun Phillips'in din özgürlüğünü kısıtlamaya yönelik olarak aldığı bu karar, sıkı denetim için gerekli olan; acil devlet yararı için ve mümkün olan en alt düzeyde olma şartlarını sağlayamadığından bozulmuştur. Bununla ilgili olarak Yargıç Gorsuch, kararında şu ifadelere yer vermiştir; *"Mahkemenin de açıkladığı üzere, Komisyon'un ayrımcılık yapmak için öne sürdüğü gerekçe, Bay Phillips'in inançlarını "saldırgan" bulmasıdır. İçtenlikle sahip olunan bir dini inancın bu şekilde yargılayıcı bir şekilde reddedilmesi, elbette I. Ek Madde'ye aykırıdır ve sıkı denetim (için gerekli olan şartları) sağlayamaz."* [112] Sonuç olarak Mahkeme, Phillips'in dini inançlarını ihlal ettiği için, Craig ve Mullins'in düğününe pasta yapmayı reddetmesini, I. Ek Madde'nin kapsamında sahip olduğu din özgürlüğünden dolayı haklı bulmuştur.

3.1.4 Değerlendirme

Ken Hyle'a (2018, s. 207) göre *Masterpiece Cakeshop* davasının etkileri Kolorado dışında da hissedilmiştir, bu sebeple dava ulusal boyutta toplumsal öneme sahiptir. ABD'nin dört bir yanında küçük işletmeleri olan insanlar, dini inanç ve hassasiyetlerini ihlal eden hizmetler vermeye zorlanmışlardır. Davanın kararı, işletmelere yönelik bu tür baskılara karşı hukuki düzeyde koruma sağladığı gibi toplumsal beklentinin de ne yönde olması gerektiğini etkilemiştir. Hyle'a göre mahkemenin makro düzeydeki devlet çıkarları yerine bireysel özgürlüğü önceleyen bir tavır takınması Yüksek Mahkeme'nin I. Ek Madde ile alakalı adil ve

[111] Bir önceki dipnottaki konuşmanın devamı Yargıç Kennedy: *"And – because accommodation is, quite possible, we assume there were other shops that -- other good bakery shops that were available."*

[112] *"As the Court also explains, the only reason the Commission seemed to supply for its discrimination was that it found Mr. Phillips's religious beliefs "offensive." That kind of judgmental dismissal of a sincerely held religious belief is, of course, antithetical to the First Amendment and cannot begin to satisfy strict scrutiny."* 584 U. S. ____ (2018), No. 16–111, s.27. *https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf*

yasal çerçeveyi yeniden canlandırması ve Anayasal haklar arasındaki çatışmaları bu yolla çözmesi için bir fırsattır. Dolayısıyla, *Masterpiece Cakeshop* kararı "din, ifade ve düğün sektörü"ne dair; hem Yüksek Mahkeme'de görülecek gelecek davaların yönünü tayin etmiştir hem de mikro ve makro düzeyde toplumsal ihtilafların çözümüne katkı sağlamıştır. Dolayısıyla, dava hukuki ve toplumsal boyutta bireysel hak ve özgürlüklerin öncelenmesi açısından potansiyel miras değeri taşımaktadır.

Nitekim, Yüksek Mahkeme 30 Haziran 2023'te *303 Creative LLC V. Elenis* adlı davada *Masterpiece Cakeshop* kararına benzer bir karar vermiştir. Davanın konusu şu şekildedir; 303 Creative LLC adlı bir grafik tasarım firmasının sahibi ve kurucusu olan Lorie Smith, işini düğün web sitelerini de kapsayacak şekilde genişletmek istemektedir. Ancak Smith, web sitesinde dini gerekçeleri nedeniyle eşcinsel düğünlere yer vermek istememektedir. Ayrıca, kendi web sitesinde eşcinsel düğünlere karşı dini itirazlarını açıklayan bir mesaj yayınlamak istemektedir (bu eşcinsel müşterilere hizmet vermek istemediğini ima eden bir mesajdır). Fakat Kolorado, Ayrımcılık Karşıtı Yasası (CADA) gereği cinsel yönelimde dahil olmak üzere çok sayıda kimlik temelinde ayrımcılığı yasaklamaktadır. Bu yasa gereği, Smith yalnızca mal ve hizmet sağlamayı reddettiği için değil, aynı zamanda korunan bir özelliği nedeniyle (*protected characteristic*, *örn; eşcinsel olması*) bazı kişilerin müşteri olma taleplerinin hoş karşılanmadığını söyleyen veya ima eden bir mesaj yayınlaması nedeniyle de ayrımcı olarak değerlendirilmiştir. Fakat, Yüksek Mahkeme Kolorado'nun bu kararını da I. Ek Madde gereği bozmuştur ve bir web sitesi tasarımcısını katılmadığı mesajları ileten tasarımlar yapmaya zorlanmasını yasaklamıştır.[113]

Bu davanın karar tarihinden iki ay öncesinde, ABD'de bir araştırma merkezi (*Pew Research Center*) bu konuyla alakalı bir anket düzenlemiştir. Çıkan sonuçlar, Yüksek Mahkeme kararları ile kamuoyu arasında eş zamanlı bir ilişki olduğunu iddia eden akademisyenleri doğrular niteliktedir (Gibson, 1990, s. 290; Zaller, 1992, s. 310). Amerikalıların %60'ının, işletme sahiplerinin karşı oldukları LGBT konularında dini inançlarını zedeleyici bir şekilde hizmet vermeye zorlanmalarının yanlış olduğunu savunmuşlardır. %38'lik bir kısmı ise bu tür durumlarda işletme sahiplerinin hizmet sunması gerektiğini düşünmektedir. Daha önceki anketlerde halk, eşcinsel evliliğin yasallaşması konusunda olumlu görüşlerini ifade etmiş ve trans Amerikalılara karşı ayrımcılığı önlemeye yönelik politikalara geniş destek vermiştir. Fakat, söz konusu bilhassa düğün sektöründe faaliyet gösteren işletmeleri, dini inançları gereği karşı oldukları evlilikler için hizmet vermeye zorlamak olduğunda, Amerikan halkının büyük

[113] *303 Creative LLC v. Elenis*, 600 U.S. ___ (2023), https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-476_c185.pdf .

çoğunluğu Yüksek Mahkeme ile benzer görüşlere sahip olmuştur. Cumhuriyetçi görüşlere sahip olan Amerikalıların %82'si işletme sahiplerinin tarafını tutarken, Demokrat eğilimli kişilerin ise %60'a yakını bu gibi durumlarda işletme sahiplerinin hizmet sunması gerektiğini söylemişlerdir. [114]

Yüksek Mahkeme üyeleri de dahil toplumun her bir ferdinin tecrübe ettikleri sosyal süreçleri nasıl tanımladıkları, sürece dahil olan kişileri neden ve nereye konumlandırdıkları gibi unsurlar; kişilerin ya da grupların ideolojileri ile yakından alakalıdır. Yeni nesil haklarla çoğunluğun sahip olduğu dini değerlerin çatışması durumlarında muhafazakâr yargıçlar çoğunluk değerlerini kucaklayan bir tavır sergilerken, liberal yargıçlar azınlık grubun haklarına sahip çıkan bir söyleme sahip olmuşlardır. Örneğin hem davanın sözlü yargılamaları boyunca hem de karar metninde Phillips'in din özgürlüğü lehine bir söylem inşa eden Yargıç Kennedy, Gorsuch ve Alito muhafazakâr görüşlere sahip olmakla tanınmaktadırlar. Sıkı bir şekilde Craig ve Mullisn'in haklarını savunan Yargıç Sotomayor ve Ginsburg ise liberal görüşlere sahiptirler. Dolayısıyla Amerikan toplumunun ideolojik eğilimleri doğrultusunda konuya yaklaşımlarıyla yargıçların yaklaşımı benzerdir. Bu durumda, hak çatışmaları davalarının sözlü yargılamaları sadece verilecek karara etkilerini anlamak açısından değil aynı zamanda toplumsal değerleri yansıtması açısından da önem arz etmektedir. Çünkü yargıçlar da olup bitene dair konu başlıklarını ve özne konumlarını etkisinde oldukları söylemsel kültür aracılığıyla inşa etmektedirler.

Öte yandan, bu davanın her iki tarafı da toplumun farklı kesimleri tarafından desteklenmiştir, çok sayıda devlet kurumu, dini grup, akademisyen ve sivil toplum kuruluşu mahkemeye destekledikleri taraf lehine karar vermesi için "dost görüşü" (amicus briefs) sunmuştur. Dolayısıyla liberal yargıçların Craig ve Mullins lehine karar vermesini destekleyecek büyük bir kitle vardır. Aynı şekilde muhafazakâr yargıçların pastacı lehine karar vermesini destekleyecek çok sayıda muhafazakâr kişi bulunmaktadır. Dolayısıyla yargıçların karar verirken kamuoyu desteğini kaybetme gibi bir korku yaşamadıklarından karar verme sürecinde ideolojik eğilimleriyle uyumlu şekilde karar aldıkları söylenebilir.

Masterpiece Cakeshop davasının sözlü yargılamaları; sosyal inşacı bir perspektiften, Foucaultcu söylem anlayışı ve Davies ve Harre'nin *konumlandırma teorisi* çerçevesinde söylem analizine tabi tutulmuştur. Birçok odak noktası olmakla birlikte sözlü yargılamalara genel olarak, pastacıya hangi özne konumunun tahsis edilmesi gerektiğine ve eşcinselliğin

[114] "Freedom of speech and LGBT rights: Americans' views of issues in Supreme Court case" (14.06.2023), *Pew Research Center*, (https://www.pewresearch.org/religion/2020/03/12/white-evangelicals-see-trump-as-fighting-for-their-beliefs-though-many-have-mixed-feelings-about-his-personal-conduct/) (son erişim: 23 Temmuz 2022).

nereye konumlandırılması gerektiğine dair tartışmalar hâkim olmuştur. El emeği ile özel yapım sanat eserleri ortaya çıkartan dindar bir sanatçı kimliğine konumlandırılan Phillips'in dahil olduğu "hak ve sorumluluklar" sistemi ile yenilecek bir şeyler satan işletme sahibi ya da satıcı olarak Phillips'in dahil olduğu "hak ve sorumluluklar" sistemi birbirinden farklıdır. İlk konumlandırmada Phillips'in ortaya çıkardığı pastalara bireyselliğini yansıtan dindar bir sanatçı olarak, sanatını dini inançlarıyla uyumlu olmayan bir mesaj vermek için kullanmamaya hakkı vardır ve aksi bir durum sahip olduğu din özgürlüğünün ihlalidir.

Diğer konumlandırmada ise Phillips kamuya açık bir işletme sahibidir ve hazırladığı yiyecekleri kamu konaklama yasası ve ayrımcılık karşıtı yasa gereğince gelen her müşteriye satmak zorundadır. Bu konumlandırmada Phillips'in dindarlığından oldukça az önem atfedilmiştir. Phillips'e satıcı ya da sanatçı konumlarından birisini tahsis etmek için pastanın ne olduğu dahi tartışma konusu olmuştur. Tek amacı yenmek olan bir şey olduğunda pasta sadece bir fayda ürünü yani ticari mal iken; el emeği ile hazırlanan ve vereceği faydanın çok üzerinde fiyatlara satın alınan bir şey olduğunda ise bir sanat eseridir. Bir nesnenin tarifi üzerine yaşanan bu tartışma basit bir tanım uyuşmazlığı olmanın çok ötesinde, Phillips'in nereye konumlandırılması gerektiğini belirleyen bir kimlik müzakeresi niteliğindedir. Hatta bu neden John Corvino (2018, s. 1) pasta üzerine yapılan tartışmaları biraz kinayeli bir biçimde "pastaların metafiziği" (metaphysics of cakes) olarak kavramsallaştırmıştır.

Öte yandan, eşcinselliğin ırk, cinsiyet (kadın/erkek), din gibi kimlik kategorilerinden hangisi gibi muamele görmesi gerektiği, sözlü yargılamalarda ortaya çıkan diğer bir temadır. Kolorado, Craig ve Mullins adına söz alan Avukat Yarger ve Cole eşcinsel evliliği, ırklar arası evlilikle aynı kategoride görmüştür. Onların ifadelerinden anlaşılacağı üzere, ırkçı olmadıklarını söyleyip ırklar arası evliliğe karşı çıkanlarla, eşcinsellik karşıtı olmadığını söyleyip eşcinsel evlilik için pasta yapmayan Phillips arasında ciddi bir ortaklık söz konusudur. Bu iddia da Phillips'in ırkçı bir kimse olarak konumlandırılmasına yöneliktir ve Kolorado'nun ayrımcılık karşıtı yasayı uygulamasını haklı çıkarma amacı taşımaktadır.

Sonuç olarak, *Masterpiece Cakeshop* davası söylem analizi kısmında da görüleceği üzere sözlü yargılamalar, tarafların sundukları argümanların önyargısız bir şekilde dinlenip değerlendirildiği ve tarafsız kararların alındığı alanlar değildir. Yargılamalarda yargıçlar, ideolojik eğilimleri doğrultusunda, kendi görüşlerinin gerçekliği ve meşruluğunu diğer yargıçlara da göstermeye çalışarak, kararı görüşleri yönünde etkilemeyi hedeflemiştirler. Bu maksada yönelik olarak sözlü yargılamalar kimlik müzakerelerine sahne olmuştur. Taraflar kendilerine ve karşı tarafa belirli özne konumları atayarak; onlardan ne tür davranışların beklenebileceğini, sorumluluklarının ne olduğunu ve onlara nasıl muamele edilmesi gerektiğini

yasalaştırmıştırlar. Başka bir deyişle, mahkeme salonu etkileşimlerinde, taraflar belli işaretleri kasıtlı olarak kullanılarak kendilerine haklılık, karşı tarafa toplumsal olarak kabul görmüş "suçluluk" veya "haksızlık" pozisyonlarından birini tahsis etme gayesi gütmüştürler. *Masterpiece Cakeshop* davasının mahkeme salonu sözlü yargılamalarının söylem analizinin sonucunda, tarafların ve yargıçların tarafsız gibi görünen dil kullanımları yoluyla kararı ait oldukları ideolojinin ve söylemsel kültürün hakikat iddiaları doğrultusunda etkilemeye çalıştıkları görülmüştür. Nihayetinde, dava kararını etkilemeyi başaran ideolojinin ve söylemin toplumda güç kazanması ve bu gibi durumlarda nasıl davranılması gerektiğini belirlemesi oldukça beklendik bir durumdur. Dolayısıyla davanın sözlü yargılama etkileşimlerinin söylem analizi, değer çatışması yaşayan toplumsal grupların kendi hakikat iddialarını hangi söylemler üzerinden inşa ettiklerini anlamaya imkân tanımıştır. Bu sebeple, bir tarafın din özgürlüğü iddiasıyla yer aldığı bu anayasal hak çatışması davasının mahkeme salonu söylem analizini yapmak; toplumun çeşitlenen ve çatışan değerlerini hangi söylemler üzerinden hakikat olarak inşa etmeye çalıştıklarını anlamaya katkı sunmuştur.

3.2 Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith

3.2.1 Davanın Konusu

ABD Yüksek Mahkemesi'nde 1989 yılında görülen bu dava, özel bir uyuşturucu rehabilitasyon merkezinde çalışan Alfred Leo Smith ve Galen Black adlı iki uyuşturucu ile mücadele danışmanının, üyesi oldukları Kızılderili Amerikan Kilisesi'nin dini ayini sırasında güçlü bir halüsinojen olan *peyote* adlı uyuşturucuyu kullanmaları üzerine, çalıştıkları rehabilitasyon merkezi tarafından işten çıkarılmalarıyla alakalıdır. O dönemin Oregon yasalarına göre peyotenin kasıtlı olarak bulundurulması suç hükmündeydi ve dini amaçlarla kullanımına muafiyet sağlayan bir yasa da bulunmuyordu. İşten atılmaları üzerine Smith ve Black Oregon İnsan Kaynakları Departmanı İstihdam Birimi'ne (Emploment Division of the Oregon Department of Human Resources) giderek işsizlik tazminatı başvurusunda bulunmuşlardır. Fakat İstihdam Birimi işle ilgili suiistimallerinden yani "görevi kötüye kullanma" dan dolayı işten atılan iki danışmanın tazminat talebini reddetmiştir. Black ve Smith bu kararın I. Ek Madde kapsamında dinlerini özgürce yerine getirme haklarını ihlal ettiğini ileri sürerek, yardımların reddedilmesine itiraz etmiş ve kararı Oregon Temyiz Mahkemesi'ne taşımıştır. Eyaletin Temyiz Mahkemesi, Smith ve Black'e hak vererek bu reddin I. Ek Madde'de yer alan dinin özgürce yaşanması hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır ve İstihdam Birimi'nin işsizlik yardımlarını reddeden kararını bozmuştur. Fakat Oregon Eyaleti, Oregon eyalet yasaları gereğince suç olan peyoteyi kullanmalarından dolayı Temyiz Mahkemesi'nin Black ve Smith'e tazminat ödenmesi kararına itiraz etmiştir ve kararı Oregon Yüksek Mahkemesi'ne taşımıştır. Ne var ki, Oregon Yüksek Mahkemesi, Temyiz Mahkemesi'nin Black ve Smith lehine olan kararını onaylamıştır. Bunun üzerine Oregon Eyaleti davayı ABD Yüksek Mahkemesi'ne taşımıştır.[115]

Amerikan Yüksek Mahkemesi, Oregon Yüksek Mahkemesi'nin kararını iptal etmiştir ve dini amaçlarla ayinlerde uyuşturucu kullanılmasının Oregon eyaletinin uyuşturucu yasalarını ihlal edip etmediğinin belirlenmesi amacıyla davayı alt mahkeme olan Oregon Yüksek Mahkemesi'ne geri göndermiştir. Eyalet Yüksek Mahkemesi, Oregon yasaları kapsamında ayinsel kullanımı da dahil olmak üzere peyote bulundurmanın yasak olduğunu belirtmiştir. Ancak eyaletin bu yasağının, ABD'nin I. Ek Madde ile korunan bireylerin inançlarını özgürce yaşama haklarından daha önemli olmadığı sonucuna vararak, Black ve Smith'in din özgürlüğü

[115] *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), sayfa: 872, https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep494/usrep494872/usrep494872.pdf.

lehine olan kararını yinelemiştir. Bunun üzerine dava yeniden Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne taşınmıştır. [116]

3.2.2 Mahkeme Salonu Söylem Analizi

Nihayet, 6 Kasım 1989'da davanın sözlü yargılaması gerçekleştirilmiştir. Davacı taraf olan Oregon İnsan Kaynakları Departmanı İstihdam Birimi'ni (Employment Division, Department of Human Resources of Oregon) Avukat David B. Frohnmayer temsil etmiştir. Davalı taraf olan Alfred Smith ve Galen Black'i ise Avukat Craig Dorsay temsil etmiştir. Sözlü yargılamada önce davacı tarafın avukatı Frohnmayer daha sonra davalı tarafın avukatı Dorsay söz almıştır. Aşağıdaki *Tablo 4'*de dava sırasında Yüksek Mahkeme'de bulunan yargıçlara, hangi Amerikan başkanı tarafından aday gösterildiklerine ve başkanın partisine, göreve başlama tarihlerine ve ideolojik eğilimlerine dair bilgiler yer almaktadır.

Tablo 4: Employment Division v. Smith davasında yer alan Yüksek Mahkeme Üyeleri[117]

YARGIÇLAR	Aday Gösteren Başkan ve Partisi	Göreve Başlama Tarihi	Görüşü
William H. Rehnquist (Baş Yargıç)	Ronald Reagon-Cumhuriyetçi Parti	26 Eylül 1986	Muhafazakâr
William J. Brennan	Dwight D. Eisenhower-Cumhuriyetçi Parti	16 Ekim 1956	Liberal
Byron R. White	John F. Kennedy-Demokratik Parti	16 Nisan 1962	Belirsiz (fakat kararları çoğunlukla muhafazakâr)
Thurgood Marshall	Lyndon B. Johnson-Demokratik Parti	7 Ağustos 2010	Liberal
Harry Andrew Blackmun	Richard Nixon-Cumhuriyetçi Parti	2 Ekim 1967	Liberal (görevinin ilk yıllarında muhafazakar)
John Paul Stevens	Gerald Ford-Cumhuriyerçi Parti	19 Aralık 1975	Ilımlı Muhafazakâr

[116] Employment Division v. Smith, 494 U.S. 872 (1990), sayfa: 873, https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep494/usrep494872/usrep494872.pdf .
[117] "Justices", *Oyez,* https://www.oyez.org/justices.

Sandra Day O'Connor	Ronald Reagon-Cumhuriyetçi Parti	25 Eylül 1981	Ilımlı Muhafazakâr
Antonin Scalia	Ronald Reagon-Cumhuriyetçi Parti	26 Eylül 1985	Muhafazakâr
Anthony M. Kennedy	Ronald Reagon-Cumhuriyetçi Parti	18 Şubat 1988	Muhafazakâr

Davanın sözlü yargılamasında ilk söz alan İstihdam Birimi'nin avukatı Frohnmayer savunmasının başında Black ve Smith'in uyuşturucu ile mücadele danışmanı olma özelliklerini ön plana çıkartıp inançlarının gereği gibi yaşayan dindar insanlar olmalarını geri planda bırakan bir söylem benimsemiştir. Ayrıca Frohnmayer savunması süresince en çok Kızılderili Kilisesi mensuplarının diğer azınlık din mensuplarından daha ayrıcalıklı konumda olmasına ve dini peyote kullanımına sağlanacak bir muafiyetin öngörülemez sonuçlarına odaklanmıştır. Bu temaların önemini vurgulamak adına "dinler değişir" savını ve Kızılderili Kilisesi mensuplarının peyote kullanımı ile ilgili inançlarının ironik olduğunun ve akliliğinin ispatlanmaya muhtaç olduğunu öne sürmüştür. Black ve Smith'in avukatı Dorsay ise savunmasına peyote yasağının etnosentrik bir bakış açısıyla konulmuş olduğunu iddia ederek başlamıştır. Aslında bu onun savunmasını üzerine inşa ettiği söylemle oldukça alakalı bir başlangıç olmuştur. Zira Dorsay söylemini, yasaların çoğunluğun değerleri ve doğrularıyla uyumlu olarak yapıldığı ve azınlık inançlarının çoğunluğun değerleriyle çatıştığı durumlarda dışlandığı üzerine kurmuştur.

Sözlü Yargılama İstihdam Birimi'nin avukatı olan Frohnmayer'ın söz almasıyla başlamıştır. Frohnmayer söze, Black ve Smith'in "uyuşturucu ile mücadele danışmanı" olarak görev aldıkları rehabilitasyon merkezinin uyuşturucu kullanmamaları yönündeki kuralını Kızılderili Kilisesi'nin törenlerinde peyote kullanarak çiğnediklerini belirterek başlamıştır. Ayrıca, Mahkeme'nin davayı ilk gördüğünde *Sherbert v. Verner*[118] doktrinine atıf yaparak verdiği kararı hatırlatarak; davacıların, dini saiklerle yapılmış olsa bile yürürlükte olan bir Oregon ceza yasasını ihlal eden davranışları nedeniyle işsizlik yardımı almaya hak kazanmadıklarını belirtmiştir. Frohnmayer, Yüksek Mahkeme'nin ikinci kere görülmesi üzere davayı Oregon Yüksek Mahkeme'sine gönderdiğini fakat Oregon Yüksek Mahkemesi'nin

[118] *Sherbert v. Verner* davasında dini inançları gereği Şabat günü dolayısıyla cumartesi günleri çalışmak istemeyen Adele Sherbert işverenin haftalık çalışma programı nedeniyle ibadetlerini yerine getiremediğini iddia etmiştir. Bu sebeple işten ayrılıp sonrasında işsizlik sigortası talep eden Sherbert'in talebi "haksız" yere işten ayrıldığı iddia edilerek reddedilmiştir. Sherbert bu kararı, din özgürlüğü hakkını ihlal ettiği gerekçesi ile Yüksek Mahkeme'ye taşımıştır. Mahkeme ise, dini inancın devletin genel geçer kurallarıyla çatışması durumunda dahi korunması gerektiğine karar vermiştir. Bu karar, din özgürlüğünün devletin çıkarları dolayısıyla sınırlandırılması eğilimine ciddi bir ket vurmuştur.

peyote kullanımının -dini motivasyonlu olsa dahi- Oregon ceza kanunu kapsamında suç olduğunu belirtmesine rağmen, yasağın I. Ek Madde kapsamındaki din özgürlüğü gereği geçersiz olduğu şeklinde bir karar verdiğini açıklamıştır. Bu son karardan sonra Frohnmayer'a göre dava kapsamında cevaplanması gereken soru şudur: *"İbadet Özgürlüğü Maddesi (Free Exercise Clause) Kızılderili Kilisesi'nde dini amaçlarla peyote kullanımının ya da belki de bunun da ötesinde, diğer dinlerin de başka maddeleri kullanmasının; kontrole tabi (yasaklanmış uyuşturucu) maddelerin kullanımını düzenleyen herkes için geçerli ceza yasalarından muafiyetini gerektirir mi?"*[119]

Avukat Frohnmayer konuşmasının başında Smith ve Black'i uyuşturucu rehabilitasyon merkezinde çalışan danışmanlar olarak tanımlamıştır. Bu ifade gerçekle uyumsuz ya da çarpıtılmış değildir, fakat Kızılderili Kilisesi'ne ve öğretilerine sıkı sıkıya bağlı dindar insanlar olarak tanımlasaydı da aynı şekilde gerçekle uyumlu bir tanımlama yapmış olacaktır. Black ve Smith'e ait bu özelliklerden birinin seçilip öne çıkarılması diğerininse geri planda bırakılması şüphesiz "kasıtlı bir konumlandırma"dır. Davies ve Harre, Foucault'nun "Neden bu ifade gelişti de başka bir ifade gelişmedi" sorusundaki "ifade" kavramını güncelleyerek gündelik hayat etkileşimlerinde kişilerin neden o değil de bu konuma yerleştirildiklerini açıklamak için kullanmışlardır. Buna göre bir söylem içerisinde yer alan ifadelerden hangilerinin kullanıldığı, hangilerinin ise kullanılmadığı söylemsel açıdan önem taşımaktadır. İnançlarına sıkı sıkıya bağlı olan Smith ve Black'in dindarlıklarının gereği olarak peyote kullanmaları ile bir rehabilitasyon merkezinde insanlara uyuşturucuyu bırakmalarını söyleyen danışmanlar olarak peyote kullanması arasında büyük bir fark vardır. Her ikisi de gerçek olmakla birlikte imaları ve hedefleri birbirinden oldukça farklıdır.

Öte yandan Frohnmayer, başlangıç konuşmasında Yargıçların kafalarını hangi soruyla meşgul etmeleri gerektiğini de belirlemiştir. Aslında bu soru hiç şüphesiz, Kızılderili Kilisesi mensuplarına tanınan bu muafiyetin, diğer dinler tarafından da talep edileceğini hatırlatmak maksatlıdır ve bunun uyuşturucu maddelerinin kullanımını yasaklayan kanunlarda büyük çaplı bir zaafiyete sebep olacağını ve kaos oluşturacağını vurgulamaya yöneliktir. Bu sebeple

---

[119] David B. Frohnmayer; *"Thank you, Mr. Chief Justice, and may it please the Court: This case is before this Court a second time. The first question was whether claimants were entitled to receive unemployment compensation benefits after being fired as drug counselors. It is undisputed that they violated their employer's job-related rule that they be drug free because they ingested peyote in the ceremonies of the Native American Church. A majority of this Court held that the claimants were not entitled to unemployment benefits under the doctrine of Sherbert v. Verner if their conduct, even if religiously motivated, violated a valid Oregon criminal law. After the Oregon Supreme Court's ultimate decision on federal grounds on remand, the question is this. Does the Free Exercise Clause require every state to exempt the religious peyote use by the Native American Church, or perhaps even beyond that, other substance use by other religions, from the reach of generally applicable criminal laws regulating the use of controlled substances by all citizens?"*
Oyez, (00:01:05). https://www.oyez.org/cases/1989/88-1213 ; *Supreme Court,* s:3. https://www.supremecourt.gov/pdfs/transcripts/1989/88-1213_11-06-1989.pdf

Frohnmayer, konuşmasına peyote ve benzeri halüsinojenleri kontrol etmenin hükümetler için evrensel, yaygın ve önemli bir menfaat olduğunu belirterek devam etmiştir. Ayrıca bu tür muafiyetleri din özgürlükleri gereği talep eden başka dinlerin de olduğunu hatırlatmıştır.[120] Hatta, temyiz mahkemesinde, marihuana kullanmanın din kaynaklı olduğuna inanan samimi dindarların[121], Oregon'un uyuşturucu yasalarından muafiyet taleplerini konu edinen ve birçok yönden bu dava ile aynı olan bir davanın olduğunu belirtmiştir.[122]

Yargıç Antonin Scalia, Avukat'ın sözlerini onaylar şekilde, bu durumun Kuruluş İlkesi'ni (Establishment Clause) ihlal etmeksizin bir karar alabilmenin önünde engel teşkil ettiğini dile getirmiştir. Buna göre tüm dinlerin peyote kullanımına izin verirken, marihuana ya da başka halüsinojenik uyuşturucuları kullanmasını izin vermemenin problemli olacağını zannettiğini belirtmiştir.[123] Yargıç'ın iddia ettiği şey aslında Frohnmayer'ın sözü getirmek istediği yerdir. Frohnmayer, davayı ikinci kez Yüksek Mahkeme'ye taşımalarının sebebinin bu olduğunu belirtmiştir. Bunun yalnızca bir dava olarak görülemeyeceğini, gittikçe artan sıklıkta alt mahkemelerin buna benzer durumlarla, başka uyuşturucu maddeler için de karşı karşıya kaldığını, dolayısıyla bunun tehlikeli bir gelişmenin ilk adımı (thin edge of wedge) olduğunu belirtmiştir.[124] Ancak, Avukat Frohnmayer'in tutumu Yargıç Stevens tarafından "katı kural yaklaşımı"[125] olarak değerlendirilmiştir. Bu ifade genelde, herhangi bir istisna ve esneklik olmaksızın belirli bir kuralın tüm durumlara uygulanmasını savunan bir yaklaşımı ifade etmek için kullanılmaktadır.

Yargıç Scalia'nın pozisyonu ise daha çok bu tür muafiyetlerin tüm dinlere eşit derece "sağlanmamasının" eşitlik ilkesini ihlal edeceği üzerinedir. Nitekim, Frohnmayer'in peyote kullanımına yönelik federal muafiyetin Kızılderili Kilisesi ile sınırlı olduğunu[126] belirtmesi üzerine Yargıç Scalia *"Yani eğer Amerikan Kilisesi'nin Martin Luther'i iseniz, şansınız yok demektir. Muafiyeti Kızılderili Kilisesi ile sınırlayan eyaletlerde peyote kullanarak bir din*

---

[120] Frohnmayer: *"Government's interest in controlling peyote and similar hallucinogens is real, it is compelling, and it is evident by universal and pervasive regulation. There are other religions using peyote, and there are other religions using other drugs which also clamor for First Amendment constitutional exemptions.." Oyez,* (00:06:39). ; *Supreme Court,* s:8.

[121] Frohnmayer konuşmasında bu kişilerin hangi dine mensup olduğunu belirtmemiştir fakat ABD'de dini gerekçelerle marihuana kullanımı büyük oranda Rastafaryanizm dini ile özdeşleştirilmiştir.

[122] Frohnmayer: *"we have pending in our appellate courts a case which in many ways is on all fours with this, in which sincere religious communicants who believe that their use of marijuana is religiously inspired, have asked for exemption from Oregon's drug laws." Oyez,* (00:14:45). ; *Supreme Court,* s.15.

[123] Yargıç Scalia: *"Well, that is also another problem in deciding what the states can do without offending the Establishment Clause. There is a problem in just allowing all religions to use peyote, but not allowing all religions to use marijuana, or any other hallucinogenic drug, I would assume." Oyez,* (00:15:01). ; *Supreme Court,* s.15.

[124] Frohnmayer: "Justice Scalia, that is one of the major reasons we have brought this case to this Court for a second time, which is, we are asked, we believe, not merely to see this as one case, but it is in fact the thin end of the wedge in which analytical distinctions are extremely difficult to draw, and in which claims certainly will be made, as they have been made in lower courts with increasing frequency, for other drugs and other…" *Oyez,* (00:15:23). ; *Supreme Court,* s.15.

[125] Yargıç Stevens : "*I take it, then, that your flat rule position would permit a state to outlaw totally the use of alcohol, including wine, in religious ceremonies?" Oyez,* (00:15:44). ; *Supreme Court,* s.15.

[126] Frohnmayer: *"The federal exemption is limited to the Native American Church." Oyez,* (00:05:04). ; *Supreme Court,* s.6.

kuramazsınız"[127] şeklinde yorum yapmıştır. Frohnmayer, daha düşük dereceli bir Federal Mahkeme'nin, çok sayıda Kızılderili üyesi bulunan Peyote Way Church of God Kilisesi'ne, Kızılderili Kilisesi'nin sahip olduğu muafiyetin aynısını tanımadığının altını çizmiştir.[128]

Dolayısıyla Kızılderili Kilisesi'nin federal düzeyde ve eyaletler düzeyinde diğer azınlık dinlerine kıyasla daha fazla din özgürlüğüne sahip olmaları anayasanın eşitlik ilkesine aykırı bulunmuştur. Fakat Amerika'da yasak zamanlarında dahi dini törenlerde şarap tüketimine muafiyet sağlanması çoğunluk dinine karşı azınlık dini tartışmasını gündeme getirmiştir. Frohnmayer'e göre şarap ve peyote etkileri bakımından oldukça farklıdır.

Frohnmayer: "*...Törenlerde peyote kullanımının en azından kısmen halüsinojenik etkisi için olduğu açıktır. Yani, dini deneyim, en azından bazı katılımcılar için, yüksek halüsinojenik etkinin elde edilmesinden kaynaklanmaktadır, oysa bu durum kutsal törenlerdeki şarabın az miktarlarda içilmesi için geçerli değildir."*

Yargıç Stevens*: "Ayine iştirak etmenin özel bir manevi duygusu olduğunu düşünmüyor musunuz?"*

Frohnmayer: "*Duygu, bilincin fiilen değişime uğramasından farklı birşeydir."*[129]

Bu diyaloğun sonunda Frohnmayer, Mahkeme'nin şarap gibi hafif maddelerin kullanıldığı ayinlere, insanlar için açıkça tehlikeli olan bir maddeyi içeren ve tehlikeli durumlara sebebiyet veren bir uyuşturucunun kullanıldığı ayinlere kıyasla daha rahat kolaylık ve esneklik sağlayabileceğini iddia etmiştir.[130] Bu cevap, Amerika'da ikamet eden geniş Hristiyan nüfusun dini maksatla şarap kullanmasının tolere edilmesinin onların çoğunluk dinine mensup olmalarıyla alakası olmadığını ima etmenin bir yoludur. Ayrıca Kızılderili Kilisesi mensuplarının peyote kullanımına getirilen kısıtlamaların ya da en azından bu sebeple işten atılanların tazminat taleplerinin reddedilmesinin, azınlık dine mensup olmalarıyla değil peyotenin zararlarıyla alakalı olduğunu söylemenin bir yoludur.

---

[127] Scalia; *"So, if you are sort of the Martin Luther King, the Martin Luther... not King, of the Native American Church, you are just out of luck. You can't start a branch religion using peyote" Oyez,* (00:05:08). ; *Supreme Court,* s.6.

[128] Frohnmayer; *"That is one of the deeply troubling aspects we find in the Oregon Supreme Court's decision, because there is another church, an offshoot of this church, called the Peyote Way Church of God, which also has many Native American members and which has strictly controlled religious rights which a lower federal court has denied the same exemption enjoyed by the Native American Church." Oyez,* (00:05:24). ; *Supreme Court,* s.17.

[129] Frohnmayer: *" the use of peyote in the ceremonies is at least in part for its very hallucinogenic properties. That is to say, the religious experience, at least for some communicants, comes from the achievement of the heightened hallucinogenic effect, where this is also not true of the ingestion of sacramental wine in small quantities."* John Paul Stevens: *" You don't think there is any special spiritual feeling in taking communion?"*
Frohnmayer: *"Well, the feeling is different than the induction of an actual altered state of consciousness." Oyez,* (00:16:56). ; *Supreme Court,* s.17.

[130] Frohnmayer: "this Court or any other to say that the argument for accommodation is much stronger in the case of those religious sacraments than in the case where it is unquestionably a very dangerous substance for everyone else, acknowledged and conceded to be, and where it is taken for the purposes of inducing the very state that causes the danger, at least with respect to everyone else." *Oyez,* (00:17:30). ; *Supreme Court,* s.17.

Bu sebeple Frohnmayer, peyotenin en tehlikeli uyuşturucu maddeler sınıfında olduğunu, çok güçlü ve öngörülemez negatif etkilerinin olduğunu ve bu tehlikelerin, Oregon'un herhangi bir kullanıcıya muafiyet tanımaksızın maddenin kullanımını düzenlemeyi tercih etmesine neden olacak kadar büyük olduğunu belirtmiştir. Ancak buna rağmen Oregon Yüksek Mahkemesi'nin, Kızılderili Kilisesi'ne federal düzeyde muafiyet sağlayan anayasa emrinin arkasına sığınarak, din özgürlüğünü kamu yararına önceledığini ima etmiştir. Bu muafiyetin *hoşgörülebilirlik doktrini* (de minimis) temelinde yalnızca bir gruba dar bir şekilde uygulanmasını, eyalet ve federal anayasaların bir dini diğerine tercih etmesi olarak yorumlamıştır.[131] Görüldüğü gibi Frohnmayer davayı hükümetin mücbir bir menfaat sebebiyle riskli uyuşturucu kullanımı engelleme hakkı üzerinden okumasına rağmen var olan çatışmanın hükümet menfaatine karşı din özgürlüğü kısmına çok az vurgu yapmış, bunun yerine çatışmayı Kızılderili Kilisesi ile diğer azınlık dinler arasındaki bir eşitlik problemi üzerinden değerlendirmiştir. Böylece kendisine yöneltilebilecek ilk itiraz olan azınlık dinlere karşı ayrımcı bir konumda olma iddiasını onlara yönelterek, bertaraf etmeye çalışmıştır.

Frohnmayer konuşmasının başında *"Kızılderili Kilisesi'nin gerçek bir kilise olduğunu ve peyote kullanımına ilişkin gerçek doktrinel inançlara sahip olduğunu kabul ettiklerini"* beyan etmiştir. *"Ayrıca kilisenin üyelerinin tartışmasız bir şekilde samimi olduklarının ve bu maddeyi kullanmakta özgür olmadıkları takdirde dinlerinin varlıklarının tehdit altında olacağına inandıklarına, gerçekten inandıklarını"*[132] söylemiştir. Fakat konuşmasının ilerleyen safhalarında Frohnmayer *"Davalıların birinci derecede riskli uyuşturucu kullanımının herkes için tehlikeli olduğunu fakat kendileri için güvenli olduğunu kabul etmelerinin ironik olduğunu"* ve *"uyuşturucu madde kullanımının kendileri için neden daha az tehlikeli olduğunun ikna edici bir şekilde gösterme yükümlülüğünün de onlara düştüğünü"*[133] belirtmiştir. Öncesinde, Smith ve Black'in peyote kullanımını samimi inançlarının bir gerekliliği olarak gördüklerini kabul ederken, sonrasında peyotenin kendileri için neden zararlı olmadığını akli bir düzleme oturtmakla yükümlü olduklarını iddia etmiştir. Dolayısıyla peyote

[131] Frohnmayer: *"…It is almost universally a Schedule I drug… it is a powerful and potent agent which does sometimes have long-lasting negative effects on its user, with no predictability as to when that can happen. It is "very risky"… In the face of these considerations, the Oregon Supreme Court has concluded, however, that the federal Constitution commands a judicially crafted exemption for sincere adult users of a single church…On the one hand, if the exemption is crafted so narrowly that it applies to one group on a de minimis basis, then that means that our state and federal constitutions have preferred one religion over another, and hopelessly compromised the constitution requirements of neutrality." Oyez,* (00:10:25). ; *Supreme Court,* s:12.

[132] Frohnmayer: *"…we recognize that this is a genuine church with doctrinal beliefs in peyote use that are real. The church's members are unquestionably sincere, and the adherents generally... genuinely believe that the existence of their religion is threatened if they are not free to use this substance."*
Oyez, (00:03:26). ; *Supreme Court,* s:5.

[133] Frohnmayer: *"We believe that it is ironic that while Respondents concede that the use of a Schedule I drug is dangerous as to everyone else, it is safe as to them. And the burden, we believe, lies properly on Respondents to show convincingly why the dangers of the drug use, or substance use, are less as to them." Oyez,* (00:18:07). ; *Supreme Court,* s:18-19.

kullanımının bu kişilerin dini inançlarının neredeyse en önemli kısmını oluşturduğunu kabul eden Frohnmayer daha sonrasında bu kişilerin peyotenin kendilerine zarar vermediğini söylemelerinin ironik olduğunu ifade ederek; samimi fakat akli olmayan bir inanç portresi çizmiştir. Kızılderili Kilisesi mensuplarının dini inanışlarının bir parçası olan bu kabulü ironik olarak nitelendirmek ve akliliğini ispata muhtaç görmek, bu kişilerin dini inanışlarını özgürce yaşamak için onları bilimsel ve akılcı bir açıklama yapmaya zorlamak anlamı taşımaktadır. Foucault'cu bir perspektifle dini inançların akla uygunluğunun ispatlanması talebini, iktidarın "din ve aklilik" ile ilgili hakikat inşalarını bir kontrol aracına çevirmesi olarak okumak mümkündür.

Avukat, Smith ve Black'in inanışını "ironik ve akliliği ispatlanmaya muhtaç" olarak değerlendirerek aslında onları irrasyonel bir noktaya konumlandırmıştır. Bu konumlandırma hükümetin bu kişilere "sağlık ve güvenlik çıkarıyla alakalı son derece kritik olan böyle bir konuda" söz hakkı tanımaması gerektiğini iddia etmenin dolaylı bir yoludur. Nitekim Frohnmayer bu iddiasını bütün dinlere ve hatta onların gelecekte alabilecekleri yeni hallere kadar genişletmiş ve böylesi bir anayasal muafiyetin büyük sorunlara sebep olabileceğinin altını çizmiştir.

> Frohnmayer: "*Burada sağlık ve güvenlik çıkarlarımızla ilgili nihai ve kritik bir nokta daha var. O da mezhepsel uygulamaların ve inanan bireylerin, uzun süredir var olan dinlerde bile değişebileceği ve değiştiğidir. (İnsanlar) dini inançlarının mahiyetini değiştirirler, öğretilerinin yapısını değiştirirler ve bu din ve inanç özgürlüğünün esas niteliğidir. Dolayısıyla zaman ve mekâna bağlı bir anayasal muafiyet oldukça risklidir. Bir uygulamaya muafiyet tanıdığımızda şu an için güvenli olduğunu düşünsek bile (sonrasında) kontrol sonsuza dek bireylerin eline geçebilir. Bu beklenen bir şeydir. (Bu yüzden) mezhebe özgü olsun ya da olmasın, şimdi ve gelecekte bu kontrol anayasal bir muafiyet halini almadan önce, bu muafiyetin sınırlarının ne olduğunu ve nasıl (hangi şartlar altında) verileceğini sorgulamalıyız. Çünkü mezhep ya da kilisenin mevcut kontrolü zayıflasa ya da değişse (el değiştirirse) dahi bu dinin uygulamalarına tanınmış olan muafiyet Haklar Bildirgesi'nde yer almaya devam edecek."*
>
> Yargıç Kennedy: "*Anladığım kadarıyla Oregon ceza yasalarının uygulanmasının eyaletinizdeki Kızılderili Kilisesi'ni ve ritüellerini yok edeceğini kabul ediyorsunuz."*
>
> Frohnmayer: "*Oldukça pratik bir nedenden dolayı bunu kabul etmiyoruz Sayın Yargıç. Oregon Temyiz Mahkemesi'nce anayasaya uygun bulunan Oregon ceza yasağı, ...on yıldan fazla bir süredir yürürlüktedir. Eyaletimizde, polisin Kızılderili*

çadırlarındaki seremonilere uygunsuz bir şekilde müdahale ettiğine dair bir iddia söz konusu değildir."[134]

Frohnmayer, diyaloğun başında mezheplerin hatta uzun süredir varlıklarını devam ettiren dinlerin dahi değişebileceğini, öğretilerilerinin farklılaşabileceğini belirtmektedir. Foucaultcu bir perspektifte bilginin üretimi ve nasıl kullanıldığı, toplumdaki güç ilişkileri ile yakından alakalıdır. İktidar sürekli olarak bilgi üretir ve bilgi de iktidarı daha etkili kılmanın yollarını üretir (Foucault, 2003, s. 35). Foucault'nun modern iktidarın işleyişine dair bu tasviri, modern iktidarın ürettiği yapılarda ve onlarda sürdürülen etkileşimlerde kendini göstermektedir. Frohnmayer'ın, toplumdaki dengelerin ve normların değişebilir olduğu bilgisini nasıl kullandığına ve bununla nasıl dini muafiyetlerin sınırlarını belirleme iddiasını güçlendirdiğine bakarak; bilginin nasıl kontrol ve tahakküm aracı haline getirildiğini anlamak mümkündür. Frohnmayer'ın "dinler değişebilir" bilgisini, ceza yasalarında herhangi bir gruba tolerans sağlanmaması gerektiği yönündeki iddiasını güçlendirmek için kullanmıştır. Yargıç Kennedy, aynı bilgiye dayanarak, Oregon ceza yasalarından muafiyet sağlanmaması durumunda Kızılderili Kilisesi'nin dini ve ritüellerinde değişme meydana gelebilir sonucuna ulaşmıştır. Fakat Frohnmayer Kennedy'nin iddiasını kabul etmediklerini belirterek; bu bilginin Kızılderili Kilisesi lehine kullanılmasının önüne geçmiştir. Aslında, gözlemlenebilir ve nötr olan "dinler değişebilir" bilgisi hangi söylemsel inşada kullanıldığına bağlı olarak başka anlamlara gelmiştir.

Sonuç olarak, Avukat Frohnmayer'ın konuşmasında, Yargıç Scalia'nın da desteği ile "Kızılderili Kilisesi'nin diğer azınlık dinlere kıyasla avantajlı durumu" teması öne çıkmıştır. Diğer azınlık dinlerin Kızılderili Kilisesi yanındaki dezavantajlı durumu sıklıkla dile getirilmiş ve eşitlik ilkesinin ihlal edildiği vurgulanmıştır. Buna karşı, Smith ve Black'in avukatı Dorsay, savunmasını "çoğunluk dine mensup olanlara karşı azınlık din mensuplarının dezavantajlı

---

[134] Frohnmayer; *"...And there is a final and critical point here related to our health and safety interest. That is that denominational practices, and indeed individual believers, even in long-standing religions, can and do change. They change the nature of their religious beliefs, they change the nature of their doctrine, and that is the very essence of freedom of religion and belief. So a constitutional exemption that is bound in time and place is very risky. If we exempt a practice, even if we are presently satisfied by its safety, control passes forever into private hands. And that is proper. But then we must ask, before we let that control pass in the form of a constitutional exemption, denomination specific or not, now and in the future, what are the contours of that exemption and how will it be conferred. Because if the denominational or church controls weaken or change, there are still enshrined in the Bill of Rights a permanent exemption for the practices of that religion."* Yargıç Kennedy; *"You do concede, I take it, that the enforcement of the Oregon criminal laws would in effect destroy the Native American Church and its ritual in your state."* Frohnmayer; "*We don't concede that, Justice Kennedy, for a very practical reason.The Oregon criminal prohibition, construed as constitutional by the Oregon court of appeals ... has been on the books for more than a decade. There is no suggestion in our state that that religion has been destroyed by inappropriate police intrusion into the tepee ceremony." Oyez,* (00:25:47). ; *Supreme Court,* s:24.

durumu"na dikkat çeken bir söylem üzerinden inşa etmiştir. Dorsay konuşmasına şöyle başlamıştır;

> Dorsay: "*Sayın Baş Yargıç ve Mahkeme'nin izniyle: İlk olarak, Yargıç Stevens tarafından gündeme getirilen ve bence şu an mahkemenin önüne gelen bu davada temel problemlerden birini oluşturan, alkol kullanımıyla alakalı konuya değinmem gerekir. Eğer alkolün Amerika Birleşik Devletleri tarihi boyunca Kızılderili halkı ve Kızılderili kabileleri üzerindeki yıkıcı etkisini; Kızılderililer 'in Amerika Birleşik Devletleri'nin başında olduğunu ya da hükümetin başında olduğunu (varsayarak) göz önünde bulundurursanız, (muhtemelen) alkolün birinci dereceden (uyuşturucu) madde olduğunu ve peyotenin listede hiç yer almadığını görürdünüz. Bence bu noktada, Amerika Birleşik Devletleri'nde dinin ne olduğuna karar veren etnosentrik bakışın özünü kavramış oluyoruz. Neyin tehlikeli bir madde olup neyin olmadığını belirlemeden önce bunun dikkatle göz önünde bulundurulması gerektiğine inanıyorum.*"[135]

Dorsay böylece peyotenin "zararlı" bir madde olarak görülüp, alkolün sıradan bir içki olarak görülmesini iktidarda olanlar tarafından inşa edilmiş göreceli bir hakikat olduğunu dile getirmiştir. Dolayısıyla alkolü normal, peyoteyi ise zararlı olarak tanımlamasının, çoğunluğun değerleri ve doğruları üzerinden inşa edilmiş bilgiler sebebiyle olduğunu savunmuştur. Foucault'ya göre iktidar sadece baskı ve yasaklamalar yoluyla değil, aynı zamanda hakikatin üretimi ve kontrolü yoluyla da çalışmaktadır. İktidarın hakikat üretimi, toplumdaki normların, değerlerin ve kabullerin şekillendirilmesi ve denetlenmesini de içermektedir. Böylece iktidar, belirli bir düşünsel çerçeveyi benimsemeyi sağlayarak, "özgür" bireyler üzerinde kontrolünü sağlamaktadır (Foucault, 2005, s. 86). Dorsay, iktidar sahiplerinin peyotenin zararlı oluşuna dair bilgiyi kendi hakikat anlayışları doğrultusunda ürettiklerini ima etmekle Foucault'nun hakikatin iktidar tarafından üretilerek bir kontrol aracı haline getirilmesi iddiasını güçlendirmiştir. Sonuç olarak Dorsay konuşmasına, toplumun değerlerinin ve normlarının iktidar sahipleri tarafından, diğer kültürleri ve perspektifleri dışlayan etnosentrik bir bakışla oluşturulduğunu öne sürerek başlamıştır.

---

[135] Dorsay: *"Mr. Chief Justice, and may it please the Court: I am compelled as an initial matter to address the subject raised by Justice Stevens relating to the use of alcohol, which I think raised one of the primary problems with this case as it comes before the Court. I think, if you looked at this situation and Indian people were in charge of the United States right now, or in charge of government, and you look at the devastating impact that alcohol has had on Indian people and Indian tribes through the history of the United States, you might find that alcohol was the Schedule I substance and peyote was not listed at all. And we are getting here to the heart of an ethnocentric view, I think, of what constitutes religion in the United States. And I think that needs to be looked at very hard before determining what is a dangerous substance and what is not." Oyez,* (00:29:12). ; *Supreme Court,* ss:27-28.

Bu iddiasını somutlaştırmak için Dorsay, Kızılderililer'in perspektifinden bakıldığında; alkolün peyoteden daha tehlikeli olduğunu, şayet iktidarda olan onlar olsaydı birinci dereceden tehlikeli olanın peyote değil alkol olacağını belirtmiştir. Dorsay her ne kadar alkol kelimesini kullansa da kastının Hristiyan inancında kutsal kabul edilen "şarap" olduğu açıktır. Avukatın doğrudan şarap demeyi tercih etmemesi, o sırada görevde olan yargıçların çoğunluğunun muhafazakâr Hristiyan olması ve onların dini hassasiyetlerini zedelemekten çekinmesi olarak yorumlanabilir. Fakat buna rağmen Dorsay'ın kastettiğinin ne olduğu açıktır. Bu sebeple, Yargıç Scalia Dorsay'a cevap verirken tereddüt etmeden alkol yerine şarap demeyi tercih etmiştir. Yargıç, peyotenin dini kullanımındaki maksadın onun halüsinojenik etkisi olduğunu hatırlatarak[136] (dini amaçlarla şarap kullanımının böyle bir etkisi ve amacı olmadığını iddia etmiştir) "şarap ve peyoti arasında bir ilişki göremediğini"[137] ifade etmiştir.

Fakat Dorsay, Kızılderili Kilisesi'nin yüzlerce yıllık uzun geçmişinde peyotenin zararına dair -bir iki kulaktan dolma örnek haricinde- hiçbir belgenin olmadığını dolayısıyla; peyotenin zararlı olduğunu beyan eden yasama kararlarına bakılacaksa, muaf tutulabileceğine dair mevcut yasama kararlarına da bakılması gerektiğini dile getirmiştir. Kongrenin ve diğer eyaletlerin, peyote kullanımının muafiyetine yönelik kararlarında, (peyotenin etkilerini öğrenmeye yönelik olarak) bir "bilgi toplama ve gerçekleri araştırma" (legislative fact finding) sürecinden geçtiklerini belirtmiştir. Bu sebeple Dorsay, kongrenin ve eyaletlerin peyote muafiyet kararlarını, kongrenin önüne sunulan tasdikli uzman görüşlerine ve Kaliforniya Yüksek Mahkemesi'nde görülen *People v. Woody*[138] kararı doğrultusunda, peyotenin zararlı kullanımına dair hiçbir kanıt bulunmadığını gösteren olgusal bulgulara dayandırdığını beyan etmiştir.[139] Dorsay'ın bu bilgiler ışığında öne çıkarmaya çalıştığı temel iddia, peyote kullanımına muafiyet sağlanmasının yasal, tarihsel ve kanıta dayalı argümanlarının bulunduğudur. Bu iddialara dayanarak Dorsay "bu davanın (Yüksek) Mahkeme önüne gelen diğer işsizlik davalarından ayırt edilemez" olduğunu savunmuştur; çünkü daha önceki işsizlik

---

[136] Yargıç Scalia *"do you disagree with what the Attorney General said, that the whole purpose of the ingestion of the peyote is its hallucinogenic effect." Oyez,* (00:31:20). ; *Supreme Court,* s:29.

[137] Yargıç Scalia *"I don't see a correlation between the wine and the peyote." Oyez,* (00:31:14). ; *Supreme Court,* s:29.

[138] "28 Nisan 1962'de bir grup Navaho Kızılderilisi peyote kullanımını da içeren bir dini töreni gerçekleştirmek üzere Kaliforniya, Needles yakınlarındaki bir çölde bulunan bir Kızılderili kulübesinde bir araya gelmişlerdir. Törenin bir bölümünü izleyen polisler orada bulunanları tutuklamıştır. Daha sonra bu grup Sağlık ve Güvenlik Kanunu'nu gereği izinsiz peyote bulundurdukları için suçlu bulunmuşlardır. Fakat Kaliforniya Yüksek Mahkemesi bu kararı anayasanın I. Ek Maddesi gereği tarafların din özgürlüğünü zedelemesi gerekçesiyle bozmuştur." (*People v. Woody*, 394 P. 2d 813 – California Supreme Court 1964)

[139] Dorsay: *"Well, we have a long history with this church of hundreds of years, and there has been no documented evidence. We have one or two anecdotal instances. I think, also, if you are going to look at the legislative judgment that peyote is a dangerous substance, you also have to look at the legislative judgment that peyote can be exempted. There is some kind of legislative fact finding when Congress and other states have acted to exempt the use of peyote. They have based this in large part, for instance, on testimony before Congress, the factual findings by the California supreme court in People v. Woody, that there have been no evidence that there have been harmful use." Oyez,* (00:32:32). ; *Supreme Court,* s:30.

tazminatı davalarının tümünde işçiler Black ve Smith gibi görevi kötüye kullanma dolayısıyla işten çıkarılmalarına[140] rağmen tıpkı *Sherbert v. Verner*[141] davasında olduğu gibi dini özgürlüğü lehine karar verilmiştir. Ayrıca Dorsay, peyote kullanımının Oregon'daki başka bir yasayı ihlal ediyor olmasının; Oregon işsizlik tazminatı yasası gereğince önemsiz olduğunu ve Oregon Yüksek Mahkemesi'nin konuyu anayasal düzeyde incelemesinin sebebinin de bu olduğunu belirtmiştir.[142]

> Yargıç White: "*Neden… neden bu insanların…. işçi tazminatı almaya hakları olduğunu söylüyorsunuz?"*
>
> Dorsay: "*Çünkü Anayasa'nın I. Ek Madde'si gereğince dinlerini yaşamaya hakları vardır."*[143]

Bu diyaloğun devamında Yargıç White "işverenin kurallarını ihlal ettikleri durumlarda bile mi[144] I. Ek Madde gereği tazminat almaya hakları vardır?" diye sormuştur. Dorsay ise işverenin dini sebeple peyote kullanımına yönelik maddeyi, işçileri görevden aldıktan sonra yaptığı bir düzenlemeyle eklediğini bildirmiştir.[145] Çalıştıkları dönemde işverenin dini nedenlerle peyote kullanımının yasak olduğuna dair açık bir kural belirtmediğini; dolayısıyla, Black ve Smith'in bir kural ihlali yapmadıklarını belirtmiştir.

Yüksek Mahkeme, *Sherbert v. Verner* davasına çok benzer bir dava olan *Hobbie v. Unemployment Appeals Commission* davasında işverenine, yeni katıldığı Yedinci Gün Adventizmi inancı gereği, Şabat günü olan cumartesi günleri çalışamayacağını bildiren Paula Hobbie'nin işsizlik tazminatının reddedilmesini din özgürlüğüne aykırı bulmuştur. *Hobbie* davasında Yargıç Stevens, dini inançların fiziksel bir bozukluğa eş değer görülmesi gerektiğini savunmuştur. Bu sözleri hatırlatan Dorsay, Mahkeme'nin, devletin fiziksel engele sahip olduğu için işten çıkarılan insanların yardım taleplerini reddedilip edilemeyeceği konusundaki bakışını,

---

[140] Dorsay: *"…all the previous decisions, the employees were fired for misconduct…"Oyez,* (00:38:30). ; *Supreme Court,* s:34.

[141] Yedinci gün Adventist Kilisesi mensubu olan Adeil Sherbert, inancı gereği Şabat günü olan Cumartesileri çalışmayı reddetmiştir. Daha sonrasında işsizlik tazminatı için İstihdam Güvenliği Komisyonu'na (The Employment Security Commission) başvuran Sherbert'in talebi, makul bir neden olmaksızın görev ihmali yaptığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Bunun üzerine Amerikan Yüksek Mahkeme'si eyaletin, işsizlik tazminatı hakkına yönelik bu kısıtlamasını I. Ek Madde'de yer alan din özgürlüğüne aykırı bulmuştur. Üstelik zorlayıcı bir devlet çıkarının da bulunmadığını belirtmiştir. (Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963))

[142] Dorsay: *"The first point I wanted to make is that this case is indistinguishable from the previous unemployment cases before this Court. The Oregon Supreme Court has now decided twice, as a matter of state law, that the criminality of Respondent's conduct is immaterial to Oregon's unemployment compensation law…It said we also stated that it was immaterial to Oregon's unemployment compensation law whether the use of peyote violated some other law."* (00:34:30). ; *Supreme Court,* s:30.

[143] Yargıç White: "*Why do you... why do you say that the... these people are entitled to workmen's compensation?"* Dorsay: *"Because they had a right to practice their religion under the First Amendment to the Constitution." Oyez,* (00:37:07). ; *Supreme Court,* ss:33.

[144] Yargıç White: *"Even though the... even though the employee breached the rules of the employer." Oyez,* (00:37:50). ; *Supreme Court,* ss:33.

[145] Dorsay: *"After the first Respondent, Galen Black, used peyote and was fired, the employer realized that their policy was not clear, and they changed their written policy." Oyez,* (00:40:32). ; *Supreme Court,* s:35.

din özgürlüğü davalarına da yansıtması gerektiği yönündeki kararını hatırlatmıştır.[146] *"Dini inanç, bu Mahkeme tarafından "gönüllü bir seçim (meselesi)" olarak görülmemiştir. Örneğin Hobbie davasında Mahkeme, Florida eyaletinin davalı ya da davacının dine kendi isteğiyle girdiği yönündeki görüşünü reddetmiştir."*[147]

Daha önceden Mahkeme'nin benimsemiş olduğu dinin "fiziksel bir özür" olarak görülmesi gerektiği yaklaşımı ile İstihdam Birimi'nin avukatı Frohnmayer'in Kızılderili Kilisesi mensuplarının inanışlarıyla alakalı olarak yaptığı "ironik ve akliliği ispatlanmaya muhtaç" yorumu; dini akli bir tercih sürecinin sonucu olmayacak şekilde tasvir etmeleri bakımından ortak noktalara sahiptir. Dolayısıyla dinin hakikatine yönelik bu inşada, kişilerin belirli bir dine mensup olmaları ya da dindarlıkları akıldışı ve tercih haklarının olmadığı bir sürecin sonucudur. Bu kabulde dinleriyle uyumlu bir hayat yaşamak isteyen, hatta sadece belirli bir dine inanan insanlar "akıldışı" bir noktaya konumlandırılmıştır. Ne var ki, bu din inşası ve dindar konumlandırmasına, Frohnmayer'in dahil oluşu ve yeniden inşasına katkı sunuşu Mahkeme'den -en azından bu davaya kadarki halinden- farklı olmuştur. Frohnmayer, sonraki süreçlerde oldukça belirleyici olacak bu kararı "değişebilen" dinlere teslim etmemek gerektiğini savunmuştur. Oysa mahkeme yargıçları, *Hobbie* davasında yaptıkları din-fiziksel bozukluk benzetmesiyle; insanların özür gibi kadere bağlı inançları ve dindarlıkları nedeniyle suçlanmaması ve bilakis müsamaha görmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

Akli tercih sürecinin sonucu olmayan din söyleminin iki kaynağı bulunmaktadır; ilki Aydınlanma'nın pozitivist felsefesi, ikincisi ise Aydınlanma sonrası Hristiyan teologların din söylemidir (Aydın, 1986, s. 14). Aydınlanma düşüncesinin ilerlemeci tarih anlayışının ve pozitivist felsefesinin bir sonucu olarak, birçok Batılı bilim ve fikir adamı Hristiyanlığın uluhiyet anlayışına, peygamberliğin imkanına, mucizeye ve ahirete inanmayı, bilim çağında akıl-dışı(irrasyonel) bir tutumu devam ettirmek olarak görmüştür. Bu atmosferde neşet eden Batılı ideolojiler birçok noktada çatışsalar da dinin akıldışılığı noktasında hemfikir olmuşlardır (Aydın, 1986, s. 14). Birçok Batılı ilahiyatçı dini Aydınlanma felsefesinin maddeciliği, tabiatçılığı ve katı pozitivizminden koruma maksadıyla bir savunma refleksi göstererek, inancın zaten özü gereği "esrarengiz" bir şey olduğunu savunmuşlardır. Bu sebeple, inancın insan

[146] Dorsay: *"This Court has chosen to view religious beliefs, and I believe it is Justice Stevens who said this in both the Goldman case and the Hobbie case, as equivalent to a physical impairment. So this Court has chosen to look at the issue as whether the state would have denied benefits to other people with a similar physical impairment." Oyez,* (00:38:45). ; *Supreme Court,* s:34.
[147] Dorsay: *"Religious belief has not been seen to be a voluntary choice by this Court. For instance, in Hobbie the Court rejected the State of Florida's view that the respondent or the claimant in that case had come voluntarily to the religion." Oyez,* (00:39:09). ; *Supreme Court,* s:34.

aklının ve tercihinin bir sonucu olmadığı aksine Tanrısal bir lütuf sonucu "gözü kapalı bir bağlanış ya da sıçrayış" şeklinde gerçekleştirildiğini öne sürmüşlerdir[148] (Aydın, 1986, s. 14).

Foucault, insan eylemlerinin ve bilhassa dil kullanımının söylemin sahnesi olduğunu savunmaktadır (Mouzelis, 1995, s. 45; Burr, 2012, ss. 121-122). Frohnmayer'in din görüşünün daha çok Aydınlanmacı söylemsel kültürün özelliklerini yansıttığı söylenebilir; ona göre peyote ile ilgili atılacak adımlarda değişebilen, ironik ya da akliliği ispatlanmaya muhtaç olan Kızılderili Kilisesi'nin öğretileri değil somut sayısal veriler öncelenmelidir. Yüksek Mahkeme'nin muhafazakâr Hristiyan yargıçlarının ise söylemsel olarak Hristiyan teolojisinin din inşasına dahil oldukları iddia edilebilir. Zira Hristiyan teologlarının inancı "gözü kapalı bir bağlanış ya da sıçrayış" olarak betimlemesiyle; yargıçların kişilerin dine iradî bir biçimde girdiklerini reddetmesi; bilinçli ve rasyonel bir tercih fikrini dışlamaları benzerdir. Ayrıca, teologların "sıçrayış" tasviri, inancın rasyonel düşünce ve mantıkla değil; beklenmedik bir şekilde, irade dışı/kadere bağlı olarak gerçekleşen bir şey olma yönünü vurgular[149]; bu anlamda mahkemenin "din" ile "fiziksel bozukluk" arasında, beklenmedik, istem dışı ve kadersel olma yönleri ile benzerlik kurduğu iddia edilebilir. Dolayısıyla Foucaultcu bir yaklaşımla, *Hobbie* davasında karara katılan yargıçlar aracılığıyla Aydınlanma sonrası Hristiyan teologlarının irade dışı/kadere bağlı inanç söyleminin, Avukat Frohnmayer aracılığıyla ise Aydınlanmanın pozitivist felsefesinin irrasyonel din söyleminin sahnelendiğini söylenebilir.

Çoğulcu bir yapıya sahip olan Amerikan toplumunda, farklı dinlere mensup birçok insanın din özgürlüğü davaları için başvurdukları Yüksek Mahkeme'de, yargıçların "dini" Hristiyan teolojisinin din söylemi üzerinden betimlemesi azınlıklar için dezavantajlı bir duruma yol açabilir. Zira örneğin, İslam inancında "sakatlık" ifadesi iman edenlerin değil etmeyenlerin akletmemelerine atıfla kullanılmaktadır. Müslümanların kutsal kitabı Kur'an-ı Kerim'de "insanlardan kimi vardır ki 'Allah'a ve ahiret gününe inandık' derler; oysa inanmazlar… Onların kalplerinde 'hastalık' vardır"[150] buyurulmuştur. Kur'an'da akletme fonksiyonunun kalbe ait olduğu bildirilmiştir.[151] Dolayısıyla, İslam'da iman etmemek kalpteki bir hastalıktan yani akletme fonksiyonunun sekteye uğramasından ileri gelmektedir. Nitekim Aydın, ayetteki kalbî hastalık ifadesini; bilme, idrak etme ve öylece karar verme kabiliyetinde ortaya çıkan bir "sakatlık" olduğunu; bunun da aklı kullanamama anlamında bir çeşit irrasyonellik olduğunu ifade etmiştir (Aydın, 1986, s. 18). Dolayısıyla, Hristiyanlık ve İslam'da iman ve akletme

[148] Aydın, Hristiyan teologların bu savunma reflekslerinin de irrasyonel din söylemini beslediğini savunmaktadır (Aydın, 1986, s. 14).
[149] "Faith and Reason", *Britannica,* https://www.britannica.com/topic/Christianity/Faith-and-reason (son erişim: 9 Ağustos 2023)
[150] Bakara Suresi, 8. ve 10. ayetler.
[151] Hac Suresi, 46. ayet.

arasındaki ilişki neredeyse tamamen zıt olmasına rağmen, Yüksek Mahkeme yargıçları Müslümanları veya Kızılderili Kilisesi mensuplarını ve diğer azınlık din mensuplarını da kapsayacak şekilde, genel bir "dini inanç" tanımı yapmışlardır. Bu durum, azınlığın din özgürlüğünün, çoğunluğun ya da iktidar söylemin din anlayışı üzerinden inşa edildiğine dair bir iddiaya olanak tanır.

Örneğin, Dorsay'ın *"... Peyote'nin kötüye kullanıldığına veya uyuşturucu kullanımı sorununa katkıda bulunduğuna dair bir kanıtımız yok. Doğrusunu isterseniz, tüm kanıtlar bunun aksini göstermektedir... Bu nedenle de herhangi bir zararı söz konusu değildir"*[152] iddiası üzerine başlayan diyalogda, Yargıç Stevens Avukat'a *"Ancak, Bay Dorsay, bu analiz altında, iki eşliliği yasaklayan eyalet yasalarını savunabilmemiz mümkün mü? İki eşliliğin zararlı olduğuna dair kanıt nedir ki?"*[153] şeklinde bir soru yöneltmiştir. Bunun üzerine aralarında şu konuşma geçmiştir;

> Dorsay; "*...Bence 1800'lerde iki eşliliğin zararlı olduğuna dair kanıtlar, bugünkü (kanıtlardan) farklı olabilir."*
>
> Yargıç Stevens: "*O zamanın kanıtları nelerdi? Birçok insanın dini ve ahlaki inançlarına aykırıydı, ama birisi (çıkıp da) bunun zararlı olduğunu ispatlayabildi mi?"*
>
> Dorsay: "*1800'lerde Mahkeme tarafından yapılan analizin farklı olduğunu ve o yasanın bugün kabul edilemeyeceğini söyleyebilirim."*
>
> Yargıç Stevens: "*Sanırım sizin pozisyonunuzun (konuyla ilgili genel duruşunuzun) mantığı bu, muhtemelen (size göre peyote kullanımını yasaklayan) bu yasa da düşer (öyle değil mi?)"*
>
> Dorsay: "*(Hayır) Bunun yeterince (iyi) gerekçelendirilmediğini düşünüyorum. Bu dava da (Reynold v. United States) devlet çok eşliliğin Birleşik Devletler toplumu için zararlı olduğunu iddia ediyordu..."*[154]

Diyalogda görüleceği üzere Yargıç Stevens, çok eşliliğin yasaklanmasının gerekçesinin, zararlı olduğunun ispatlanması değil çoğunluğun dini ve ahlaki inançlarına aykırı olması

---

[152] Dorsay: *"...we do not have any evidence in this case that peyote has been abused or that it contributes to the drug abuse problem. In fact, all of the evidence is to the contrary... And therefore there is no harm that is..." Oyez,* (00:42:30). ;*Supreme Court,* ss:36-37.

[153] Yargıç Stevens: *"But, Mr. Dorsay, under that analysis, is there any... can we possibly defend the state laws that prohibit bigamy? What is the evidence that bigamy is harmful?"* Oyez, (00:46:00). ;Supreme Court, s:36.

[154] Dorsay: *"--Well, I think the evidence that bigamy was harmful in the 1800s perhaps may be different than exists today."* Yargıç Stevens: "*What was the evidence then?It was against a lot of people's religious and moral beliefs, but did anybody ever prove it was harmful?"* Dorsay: *"Well, I would say that the analysis conducted by the Court back in the 1800s was perhaps different, and maybe that statute would not be upheld in the present day."* Yargıç Stevens: "*I think that is the logic of your position, that that statute probably falls, too."* Dorsay: *"--I think it is not substantially justified.In that case the state, or the United States, was obviously alleging that bigamy was harmful to society in the United States."* Oyez, (00:46:11). ;Supreme Court, ss:36-37.

olduğunu söylemektedir. Avukat ise popüler değerlere aykırı olması nedeniyle çıkartılan çok eşlilik yasağı kanununun, yürürlükte kalmaya devam etse dahi gerekçelendirilmesinin bugün için kabul edilemez olduğunu iddia etmektedir. Çünkü, bu karar çok eşliliğin zararlarına dair olgusal verilere değil çoğunluğun ahlak anlayışına dayanmaktadır. Dorsay'a göre bu, bir kanunu gerekçelendirmek için uygun olmayan bir yaklaşımdır. Dolayısıyla Dorsay, Kızılderili Kilisesi mensupları üzerinde zararlı olduğu ya da uyuşturucu kullanımına katkıda bulunduğu ispatlanmadığı halde, peyotenin kısıtlanmasının da popüler değerlerin bir sonucu olduğunu düşünmekte ve bunun da kabul edilemez olduğunu ileri sürmektedir. O söylemini başından beri iktidardakilerin kendi inançlarını ve bakış açılarını diğerlerine dayattığı üzerine kurmuştur. Bunu konuşmasının başında "yönetimde Kızılderililer olsaydı zararlı kabul edilen peyote değil alkol olurdu" sözüyle vurgulamıştır. Sonuç olarak Dorsay'ın savunmasında öne çıkan genel iddia şudur; azınlık dinlere mensup olanların dinlerini özgürce yaşama hakları, yalnızca çoğunluğun değerleri ile örtüşen uygulamalar için tam koruma sağlamakta "aksi durumda dinleri yok olma tehdidi ile karşı karşıya kalmaktadır."[155]

3.2.3 Sonuç

17 Nisan 1990'da Yargıç Scalia'nın; Yargıç Rehnquist, White, Stevens ve Kennedy'nin de katıldığı çoğunluk görüşünü sunmasıyla dava karara bağlanmıştır. Davanın ana kararı (primary holding) şu şekildedir; şayet bir yasa görünürde tarafsızsa ve genel olarak uygulanmaktaysa, İbadet Özgürlüğü Maddesi (Free Exercise Clause) kapsamında anayasaya uygundur. Oregon yasaları, bir tıp doktoru tarafından reçete edilmediği sürece "yasaklanmış ve kontrole tabi (uyuşturucu) bir maddenin" (controlled substance) bilerek veya kasıtlı olarak bulundurulmasını yasaklamaktadır. Lophophorawilliamsii Lemaire bitkisinden elde edilen bir halüsinojen olan *peyote* de bu listede yer almaktadır. Peyote kullanımını yasaklayan yasanın belli bir dine inananları hedef alan bir dil içermediği ve herkesi kapsadığı açıktır. Bu sebeple, bir devletin, ceza kanunlarıın -I. Ek Madde'yi ihlal etmeksizin- yasakladığı bir uyuşturucu maddeyi dini motivasyonlarla da olsa kullanan kişilerin, işsizlik tazminatı yardım taleplerini reddedebileceği sonucuna varılmıştır.[156]

Dinin uygulanması sadece inancı değil, aynı zamanda fiziksel birtakım eylemlerin gerçekleştirilmesini de (veya bunlardan kaçınılmasını da) içerir: ibadet maksatlı toplanmak,

---

[155]Dorsay: *"Devlet, bu dinin tamamen yok edebileceğine inandığımız şeyi (eylemini) haklı çıkarmaya yönelik I. Ek Madde'den kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirememiştir..." (The state has failed to meet its burden under the First Amendment to justify what we believe would be the total destruction of this religion...)* Oyez, (00:41:34). ;Supreme Court, ss:36-37.

[156] Employment Division v. Smith, 494 U.S. 872 (1990), sayfa: 874, https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep494/usrep494872/usrep494872.pdf .

ekmek ve şarabın tüketmek, din değiştirmek ya da belirli yiyeceklerden kaçınmak gibi. Yüksek Mahkeme'ye göre, bir devletin sergilenen veya kaçınılan bu tür eylemleri yalnızca dini nedenlerle ilişkili olduğunda ya da sadece inanç gereği yapıldığında yasaklaması halinde "dinin özgürce uygulanmasının önüne geçmiş" olacağı doğrudur. Örneğin, dini amaçlarla kullanılacak heykellerin dökümünü yasaklamak gibi… Ancak mevcut davadaki davalılar (Smith ve Black) peyote kullanmak için dini bir motivasyona sahip olmaları sebebiyle, dini olmayan sebeplerle bu maddeyi kullananlara uygulanan ve anayasaya uygun olan ceza yasasının kapsamı dışında olduklarını iddia etmektedirler.[157] Peyote kullanmak için dini motivasyonlarının kendilerini, özellikle dini uygulamalarına yönelik olmayan ve uyuşturucuyu başka nedenlerle kullananlara uygulandığında anayasaya uygun olduğu kabul edilen bir ceza yasasının kapsamı dışında bıraktığını iddia etmektedirler.

Kararda Mahkeme'nin hiçbir zaman, bir bireyi dini inançlarından dolayı, hükümetin düzenlemekte özgür olduğu davranışları yasaklayan bir yasadan muaf tutmaya yönelik bir karar almadığı belirtilmiştir. Dini etkileyen her devlet yasası veya düzenlemesine istisna tanınması "akla gelebilecek her türlü sivil yükümlülükten anayasal olarak muaf olmanın önünü açacaktır." Yargıç Scalia örnek olarak, zorunlu askerlik hizmetini, vergi ödemeyi, aşı zorunluluklarını ve çocuk ihmali yasalarını örnek göstermiştir. Sonuç olarak, peyote kullanımını herkes için yasaklayan mevzubahis Oregon yasasının tarafsız bir yasa olması nedeniyle anayasal olduğuna ve din özgürlüğü ile çatışmadığına karar verilmiştir. Bu sebeple, işsizlik ödeneklerinin kesilmesine yönelik daha önceki Yüksek Mahkeme kararlarında mücbir bir devlet menfaatinin olduğunun ispatlanmasını gerektiren sıkı denetim (*strict scrutiny review)* uygulandığı halde bu davada uygulanmamıştır.[158]

Yargıç O'Connor bu davada, zorlayıcı bir devlet çıkarının olup olmadığını anlamak adına "mücbir menfaat testi" (compelling interest) uygulanması gerektiğini savunmuştur. Bu denetim, devletin I. Ek Madde gereği korunan din özgürlüğünü kısıtlamadaki menfaatinin bir seçim, tercih veya takdir meselesi olmaktan ziyade elzem ve gerekli olduğunu ortaya koymaya yönelik üst düzey denetimdir. Yargıç O'Connor'a göre, bu dava kapsamında din özgürlüğünün kısıtlanmasında zorlayıcı devlet menfaati söz konusudur ve kısıtlama dar bir şekilde (narrowly tailored) uygulanmıştır. Dolayısıyla Yargıç O'Connor çoğunluk görüşüne farklı bir gerekçe ile katılmıştır.[159]

---

[157] Employment Division v. Smith, 494 U.S. 872 (1990), sayfa: 879, https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep494/usrep494872/usrep494872.pdf .

[158] Employment Division v. Smith, 494 U.S. 872 (1990), sayfa: 879-887, https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep494/usrep494872/usrep494872.pdf .

[159] Employment Division v. Smith, 494 U.S. 872 (1990), sayfa: 891, https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep494/usrep494872/usrep494872.pdf .

Yargıç Blackmun ise Yargıç Brennan ve Marshall'ın da katıldığı bir muhalefet şerhi yazmıştır. Blackmun şerhte, zorlayıcı menfaat testinin uygulanması gerektiği konusunda Yargıç O'Connor'a katıldığını, fakat testin sonucunun zorlayıcı bir devlet çıkarının söz konusu olmadığını ortaya çıkardığını belirtmiştir. Bu sebeple Black ve Smith'in din özgürlüklerini kısıtlayan bu kararın dar bir şekilde (olabilecek en alt düzeyde/narrowly tailored) uygulanmadığı sonucuna varmıştır. Oregon'un diğer eyaletlerde olduğu gibi, peyote yasağını kapsayan yasaya, dini durumların istisna olduğunu belirten bir şerh düşebileceğini belirtmiştir. Yani, Oregon ibadet özgürlüğünü mümkün olan en dar çerçevede ve zorunlu bir devlet ilgisinden dolayı uygulamış değildir. Blackmun, Oregon'un peyote yasağından dolayı dini maksatlar için onu kullananlara cezai yaptırım uygulamadığının altını çizmiş, Smith ve Black için de kovuşturma başlatmadığına dikkat çekmiştir. Dolayısıyla çok zorlayıcı bir devlet çıkarının söz konusu olmadığını, aksi takdirde yasa ihlallerinin daha titiz bir şekilde kovuşturulacağını iddia etmiştir. Ona göre, Oregon'da dini amaçlarla peyote kullanan kimseye dava açılmamış olması, iddia edilen devlet menfaatinin, "sınırsız bir yasağı sembolik bir şekilde korumak" maksadından öte olmadığını göstermektedir. Ancak devletin yasadışı uyuşturucu kullanımını ortadan kaldırmak gibi önemli bir amaç için bu kararın sembol değeri olsa dahi, bu bir anayasal hakkı ortadan kaldırması için yeterli sebep değildir. Zorlayıcı bir devlet menfaatine hizmet ettiğini savunmalarına karşın dini törenlerde peyote kullanımının gerçekten fiziksel zarara yol açıp açmadığı belirsizdir. Ayrıca Blackmun salt eğlence amaçlı peyote kullanımıyla dini amaçlı kullanımı birbirinden ayırmış ve federal hükümetin peyotenin dini kullanımına izin verdiğine dikkat çekmiştir. (Fakat Yüksek Mahkeme peyote kullanımı için Kızılderili Kilisesi'ne sağlanan federal düzeydeki muafiyet yerine Oregon ceza yasalarının peyote yasağını dikkate alarak karar vermeyi tercih etmiştir.) Ayrıca peyotenin kayda değer bir piyasası olmadığı göz önünde bulundurarak, dini amaçlarla peyote kullanımının uyuşturucu kaçakçılığını artıracağı endişesinin yersiz olduğunu belirtmiştir. Son olarak Blackmun, bu kısıtlamanın azınlık dinlerine mensup olanlar üzerinde ciddi bir etkisi olacağı konusunda endişelerini dile getirmiş ve ortodoks olmayan dini görüşlerin bu şekilde kısıtlanmasını anayasanın I. Ek Maddesi kapsamında korunan din özgürlüğüne aykırı bulmuştur. [160]

[160] Employment Division v. Smith, 494 U.S. 872 (1990), sayfa: 907, https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep494/usrep494872/usrep494872.pdf .

3.2.4 Değerlendirme

Nitekim Yargıç Scalia tarafından sunulan çoğunluk kararında, azınlık dinlerinin kendilerine muafiyet tanınmaması nedeniyle maruz kaldıkları göreceli dezavantajın, yasaların popüler bir siyasi süreç tarafından oluşturulduğu radikal çoğulcu bir toplumda yaşamanın, kabul edilebilir bir maliyeti olduğu sonucuna varmıştır.[161] Bu kararda açıkça çok eşlilik davasındaki gerekçelere atıfta bulunulmuştur.[162] Mahkeme hukuk dünyasında büyük tartışmalara neden olacak şekilde 6-3 oyla Kızılderililer'in tazminat talebinin reddine karar vermiştir. Yargıç Scalia diğer dört yargıcın da katıldığı görüşünde; herkesi kapsayan ve genel olarak uygulanan yasaların (Oregon'un peyote yasağı gibi) din özgürlüğünde kısıtlamaya neden olsalar dahi "zorlayıcı menfaat testine" (compelling interest test/ sıkı denetim düzeyi) tabi olmadığına dair bir sonuca varıldığını bildirmiştir. Bu sebeple Mahkeme bu tür ayrımcı olmayan genel yasaların "rasyonellik denetimi" (rational basis test) düzeyinde değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Daha önce belirtildiği üzere, bu düzeyde devletlerin çıkardıkları, -bireylerin özgürlükleri ile çatışan- kanunların ya da mahkeme kararlarının makul bir sebebe dayandığını bildirmeleri yeterli olur, zorlayıcı bir devlet menfaatinin varlığı aranmaz. Oregon'un halüsinojenik etkiye sahip bir uyuşturucu olan peyoteyi yasaklamasının da rasyonel bir dayanağı olduğu için, İbadet Özgürlüğü Maddesi' nin (Free Exercise Clause) dini nedenlerle peyote kullananlara muafiyet sağlamayacağına karar verilmiştir.[163]

Ancak Yargıç O'Connor genel karara katılsa da sıkı denetimin bu dava için tercih edilmemiş olmasına karşı çıkmıştır ve peyotenin yasaklanmasının tam da zorlayıcı bir devlet çıkarı olduğu için gerekli olduğunu öne sürmüştür. Yargıç Blackmun'da (Yargıç Brennan ve Marshall'ın da katılımıyla) bu davanın, sıkı denetim düzeyini gerektirdiği konusunda O'Connor'a katılmıştır ve bunun "devlet kısıtlamalarının azınlık dinleri üzerindeki ciddi etkilere sahip olması nedeniyle"[164] gerekli olduğunu belirtmiştir. Fakat o, O'Connor'dan farklı

---

[161] "Employment Division v. Smith, 494 U.S. 872 (1990)", *Library of Congress*, 902. https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep494/usrep494872/usrep494872.pdf.

[162] "Employment Division v. Smith, 494 U.S. 872 (1990)", *Library of Congress*, 872.

[163] Bu davada Yargıç Scalia, ilk kez "melez haklar" (hybrid rights) kavramını ortaya atmıştır. Buna göre örneğin *Wisconsin v. Yoder* davasında Yüksek Mahkeme, Amish topluluğundaki ebeveynlerin çocuklarını kendi değerleriyle yetiştirmek istemeleri ve lise öğreniminin onlar için zararlı olduğuna inanmaları nedeniyle, 16 yaşından sonra okula göndermeme taleplerine olumlu yanıt vermiştir. Yargıç Scalia'ya göre *Yoder* davasında Amish topluluğuna tanınan bu muafiyet, melez haklar söz konusu olduğu içindir. Çünkü bu davada din özgürlüğü hakkı ile ebeveynlerin çocuklarının yetiştirilmesini yönlendirme ve kontrol etme hakkı aynı anda birbirleriyle bağlantılı olarak iddia edilmiştir. *Employment Division v. Smith* davasında ise Kızılderililer'e genel yasalardan muafiyet tanınmamasının sebebi burada yalnızca din özgürlüğü iddiasının bulunması dolayısıyladır. Nihai olarak melez haklar kavramıyla din özgürlüğü iddialarının diğer anayasal muafiyetlerle bir arada bulunduğu durumların daha yüksek koruma gerektirdiği ve sıkı denetim düzeyinde değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. "Employment Division v. Smith, 494 U.S. 872 (1990)", *Library of Congress*, 882.

[164] "Employment Division v. Smith, 494 U.S. 872 (1990)", *Library of Congress*, 888.

olarak, zorlayıcı bir devlet çıkarının olmadığını, Black ve Smith'in dini nedenlerle peyote kullanma menfaatlerinin, Oregon'un peyote karşıtı yasalarını uygulama menfaatinden daha öncelikli olduğunu savunmuştur.

1990 yılında sonuçlanan *Employment Division v. Smith* davası, yasa ile uyuşmaması halinde dini motivasyonlu eylemlerin kısıtlanabileceğine dair bir emsal karar oluşturmuştur. Ülkedeki dini örgütler ve Amerikan Sivil Haklar Birliği (American Civil Liberties Union, ACLU) gibi önemli sivil toplum kuruluşları karara siyasi protestolar yoluyla karşı çıkmış ve azınlıkların din özgürlüğünün büyük bir tehdit altında olduğunu savunmuştur. Dolayısıyla ülkedeki dini ve sivil kuruluşlar tarafından, devletin kişilerin din özgürlüklerini sınırlayıcı kararlarının kısıtlanması gerektiği vurgulanmıştır. Bu teklif üzerine Kongre 1993 yılında Dini Özgürlükleri İyileştirme Yasası'nı (*Religious Freedom Restoration Act*) onaylayarak dini özgürlüğe daha büyük koruma sağlama yolunda adım atmıştır.

Dolayısıyla *Smith* kararı hem liberal hem de muhafazakâr görüşlere sahip kişiler tarafından aynı anda eleştirilmiş olması dolayısıyla oldukça nadir bir konuma sahiptir. Liberaller, Mahkeme'nin genel yasalardan muafiyet tanınamayacağı görüşünü, azınlık inançlarına düşmanlık olarak görmeleri nedeniyle eleştirmiştir. Onlara göre azınlık inançları, *Smith* kararı ile çoğunluk inancının insafına terk edilmiştir. Muhafazakârlar ise kararı dini inanca yönelik bir saldırı olarak görmüş ve eleştirmiştir. Onlara göre, bu karar dini inancı; giderek sekülerleşen, dine karşı her zamankinden daha düşman ve baskıcı olan ve dini çağdışılık olarak gören bir ulusun değişken isteklerine tabi kılmıştır (Aden & Strang, 2003, s. 581).

Karara her iki kanattan yöneltilen eleştirilerin ortak noktası "din özgürlüğü"nün yeterince korunamamış olması ve bireylerin dinlerini özgürce yaşayamadıkları bir toplum düzenine doğru sürüklenmesidir. Peki ama din özgürlüğüne sahip olmamanın insanları ne tür baskılara maruz bırakacağı düşünülmüştür ya da insanlara din özgürlüğü hakkı tanınmasıyla hangi problemin önüne geçilmeye çalışılmıştır? Bu sorunun cevabı yani din özgürlüğünün çözmesi beklenen dini baskı probleminin ne olduğu, Reform Hareketi'nden sonraki beş asırda neredeyse hiç değişmemiştir. Din özgürlüğünden, Reform'u takip eden 200 yıl boyunca birbirlerini katleden ve baskı altına alan Avrupalı Hristiyanları durdurması ve bunların bir daha yaşanmamasını garanti etmesi beklenmiştir (Laycock, 1994, s. 883). Yüksek Mahkeme'de görülen önemli din özgürlüğü davalarında avukat olarak bulunmuş olan Douglas Laycock'a göre Reformasyon'un başlattığı bu dini çatışma ve baskı ortamı tamamen ortadan kalmış değildir. Hala ana akım dini gruplar azınlık dinlere karşı düşmanlığa varacak tavırlar sergilemektedir. Bu durum, en azından Amerika Birleşik Devletleri'nde kanlı savaşlar şeklinde gerçekleşmiyor olsa da ya da kabul gören ve hoşgörü gösterilen dini grupların sayısı oldukça

artmış olsa da çoğunluk dini mensupları tarafından tuhaf karşılanan ya da onlar için tehdit oluşturan dini azınlıklara karşı düşmanlık ve ayrımcılık hala devam etmektedir. Fakat Reformasyon'un kalıntısı olan bu dini çatışma türü günümüzde din özgürlüğü çatışmalarının temel kaynağı değildir (Laycock, 1994, ss. 883-884).

Bugün, Amerika Birleşik Devletleri'nde din özgürlüğü çatışmalarındaki sorun büyük ölçüde dini olana karşı seküler olan şeklinde cereyan etmektedir. Laycock'a göre inançsızlığın ve din düşmanlığının arttığı ve hem federal devletin hem de eyaletlerin kamu ve özel hayata giderek daha fazla düzenleme getirdiği bir dönemde; din özgürlüğünün temel problemi sekülerizm- din çatışmasından doğmaktadır(Laycock, 1994, s. 883). Laycock'a göre *Smith* davasında marjinal bir dini inanç grubunun sahip olduğu değerlerin, toplumun büyük bir kısmının sahip olduğu ahlaki değerlerle çatışması söz konusu olduğu için Reformasyon kalıntısı olan din-din çatışmasına kısmen de olsa örnektir. Fakat bundan daha fazla, sekülerizm-din çatışmasına örnektir, zira bireylerin dini yaşantılarına hem federal düzeyde hem de eyalet düzeyinde önemli düzenlemeler getirilmiştir. Sonuç olarak Laycock, Smith davasının eksikliğini, artan devlet düzenlemelerine karşı dine tanınan korumanın azalması olarak tanımlamıştır (Laycock, 1994, s. 895).

Davanın mahkeme salonu etkileşimlerinin söylem analizi göz önünde bulundurulduğunda, Laycock'un görüşüne katılmakla birlikte bu davada "çoğunluk dini-azınlık dini" çatışmasının "sekülerizm-din" çatışmasından daha baskın olduğu söylenebilir. Çünkü bu davada, çoğunluk dinine mensup olan muhafazakâr yargıçların, azınlık dinlere mensup olanların din özgürlüğünü koruma noktasında -bilhassa çoğunluğun dini değerleriyle örtüşmeyen pratikler söz konusu olduğunda- isteksiz oldukları görülmüştür. Zira Smith ve Black'in din özgürlüklerinin aleyhine olacak bu karara imza atan Yargıç Rehnquist[165], Scalia[166], White[167], Kennedy ve O'Connor muhafazakâr yargıçlardır ve bu yargıçların daha önceki davalarda din özgürlüğü lehine karar verdikleri görülmüştür. Örneğin, daha önce adları geçen *Sherbert* davasında Yargıç Rehnquist ve White, *Hobbie* davasında ise yargıç O'Connor, Scalia, Rehnquist ve White bireylerin din özgürlüğü lehine karar vermiş ve işsizlik tazminatı taleplerinin reddedilmesini I. Ek Madde gereği din özgürlüğüne aykırı bulmuştur. Yine *Wisconsin* davasında Yargıç Rehnquist ve White, Amish ailelerinin 16 yaşını geçmiş çocuklarını dini kaygıları nedeniyle okula göndermeme taleplerini din özgürlüğü gereği haklı bulmuş ve onlara genel eğitim yasalarından muafiyet sağlamıştır. Daha önceden alınan bu

[165] https://www.oyez.org/justices/william_h_rehnquist
[166] https://www.oyez.org/justices/antonin_scalia
[167] https://www.oyez.org/justices/byron_r_white

kararlar *Smith* kararının tam aksi yönündedir ve bireylerin din özgürlüğüne üst düzey bir koruma sağlamaktadır. Dolayısıyla davanın söylem analizi ve yargıçların daha önceki kararları göz önünde bulundurulduğunda; *Smith* kararını, sekülerizm-din çatışmasından ziyade, toplumu oluşturan kodların çoğunluk dini mensuplarınca oluşturulmuş olmasından dolayı popüler dini değerlerinin azınlık dini değerleriyle çatışması olarak değerlendirmenin daha uygun olacağı düşünülmektedir. Bilhassa *Wisconsin* kararında seküler, genel ve tarafsız bir düzenlemenin, din özgürlüğünü korumak adına nasıl önemsizleştirildiği düşünüldüğünde; *Smith* kararının seküler düzenlemeleri muhafaza etmekten çok, azınlık dinlerinin -çoğunluğun değerleriyle örtüşmeyen- pratiklerini bertaraf etmeye yönelik olarak alındığı anlaşılacaktır.

Yargıç Scalia, *Wisconsin* kararıyla oldukça çelişkili olduğu ortada olan bu kararı neden aldıklarını "melez haklar" kavramıyla açıklamaya çalışmıştır. Buna göre Wisconsin davasında Amish ailelerin çocuklarına eğitim muafiyeti sağlanması kararı; ailelerin din özgürlüğünün yanında, -bir başka anayasal hak olan- "ebeveynlerin çocuklarının din eğitimini kontrol etme hakkının" da söz konusu olması nedeniyle alınmıştır. Ne var ki Yargıç Scalia'nın, *Wisconsin* kararını açıklamak için öne sürdüğü "melez haklar" kavramından *Wisconsin* davasının karar metninde hiç söz edilmemiştir. Hatta kararda din özgürlüğü ve ebeveynlerin çocuklarının yetiştirilmesi hakkı ayrı ayrı zikredilmemiştir; bunun yerine ebeveynlerin çocuklarının din eğitimini kontrol etme hakkı doğrudan din özgürlüğü başlığı altında değerlendirilmiştir[168]. Ayrıca karar metninde, kararın bu iki hakkın birlikte var olmasından doğduğuna dair bir imada da bulunulmamıştır. Dolayısıyla Yargıç Scalia, bireylerin din özgürlüğünü koruma noktasında Amish ailelerine tanınan muafiyetin oldukça uzağına düşen Smith kararını açıklamak üzere, *Wisconsin* kararını yeniden gerekçelendirmiş gibi durmaktadır.

Bu sebeple, *Smith* kararının din-sekülerizm çatışmasından ziyade azınlığın değerlerinin çoğunluk dini mensuplarınca oluşturulmuş popüler değerlerle çatışması olarak değerlendirmek daha mümkün görünmektedir. *Sherbert, Hobbie* veya *Wisconsin* davalarında bireylerin din özgürlüklerini korumak adına genel yasalardan büyük muafiyetler sağlanmasına imza atan muhafazakâr yargıçların Black ve Smith'in din özgürlüklerine karşı aynı hassasiyeti göstermemesi de ortada seküler kaygılardan çok bir değer çatışması olduğunu göstermektedir. Nitekim Steve Pavlik, *peyote* ile alakalı bu kararın, Amerikan yerlilerine yönelik ön yargılardan kaynaklandığını belirterek; Mahkeme'nin muhafazakar yargıçlarının kendilerinin de ait olduğu çoğunluğun değerlerini korumak adına Amerikan Yerlilerinin din özgürlüğünü yok ettiklerini ileri sürmüştür (Pavlik, 1992, s. 38).

[168] *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972) : 205.
https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep406/usrep406205/usrep406205.pdf

Öte yandan Enrique Hernandez (2014, s. 34), *Smith* kararının 1910'lardan bu yana kamuoyunda oluşturulan ahlaki panikle alakalı olduğunu ileri sürmüştür. Ona göre, peyote beyaz adamın ahlak anlayışıyla uyuşmadığı için, Kızılderili Kilisesi üyelerinin din özgürlükleri muhafaza edilmemiştir. Hernandez (2014, s. 37), Amerika'nın önemli gazeteleri olan The New York Times, Los Angeles Times gibi gazetelerinde *peyote* ile ilgili; "geleneksel değerlere karşı bir tehdit, ahlak üzerinde olumsuz etkisi var, aileyi yok edecek, Hristiyan Kilisesi'ne zarar verecek, İncil'in tahrifi , Amerikan Yerliler dini bahane ederek uyuşturucu kullanıyor" şeklinde haberler yapıldığını belirterek tüm bunların toplumda bir ahlaki panik havası oluşturduğunu belirtmiştir. Ona göre kamuoyunda yıllarca ilmek ilmek işlenen *peyote* düşmanlığı Yüksek Mahkeme'nin kararı üzerinde etkileyici olmuştur (Hernandez, 2014, s. 40). Bu da, Yüksek Mahkeme kararları ile kamuoyu arasında eş zamanlı bir ilişki olduğunu iddia eden akademisyenleri doğrular niteliktedir (Gibson, 1990, s. 290; Zaller, 1992, s. 310).

Sonuç olarak, *Employment Division v. Smith* davasının sözlü yargılamasının söylem analizinde, yargıçların "dinin ne olduğunu" kendilerinin de dahil olduğu çoğunluğun değerleri üzerinden inşa ettikleri görülmüştür. Buna bağlı olarak, kendi dini değerleriyle çatışan azınlık dinlerinin değerlerine ve mensuplarının din özgürlüklerine karşı daha az toleranslı oldukları görülmüştür. Dolayısıyla davaya sosyal inşacı ve Foucault'cu bir çerçeveden bakıldığında, çoğunluğa ait söylemin Yüksek Mahkeme'de iktidarı kurduğu ve dinin ne olduğuna dair kendi "hakikati"ni normal, asıl ve doğru bilgi olarak kabul ettirdiği; öte yandan diğerlerinin dine dair "iddia"larını ise kurgu, anormal ya da tali olarak konumlandırdığı söylenebilir. Davanın mahkeme salonu etkileşimlerine hâkim olan söylemden ve karar metninden anlaşılacağı üzere, inanç ve uygulamaları popüler değerlerle çatışan marjinal dinlere mensup bireylerin din özgürlüğü Yüksek Mahkeme tarafından daha az korunmuştur.

3.3 Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie & Fitch

3.3.1 Davanın Konusu

Bir Müslüman olan ve inancı gereği başörtüsü takan Samantha Elauf 2008 yılında, 17 yaşındayken doğduğu yer olan Oklahoma eyaletinin Tulsa kentinde yer alan Abercrombie&Fitch-*Kids* mağazasına giderek iş başvurusunda bulunmuştur. Ulusal bir giyim mağazaları zinciri olan Abercrombie&Fitch (A&F), çalışanlarının mağazalarda siyah kıyafetler giyinmesi ve şapka takması yasağını da kapsayan bir "Görünüm Politikası"na sahiptir. Buna göre; şayet iş başvuru mülakatı sırasında, başvuru sahibi bu politikayla alakalı bir sorun yaşarsa ya da belirli bir muafiyet talep ederse mülakatı gerçekleştiren kişinin bu talebi İnsan Kaynakları departmanına iletmesi gerekir. Bunun üzerine departman, başvuru sahibinin talebiyle alakalı olarak "Görünüm Politikası"nda bir değişiklik yapılıp yapılamayacağını belirler.[169]

Fakat Elauf, iş başvurusu mülakatı sırasında başörtüsüyle alakalı şirketin Görünüm Politikası'nda bir muafiyet talebinde bulunmamıştır. Bunun yanında mülakatı gerçekleştiren A&F sorumlusu Heather Cooke, mülakat sırasında başörtüsünden hiç bahsetmemiştir. Mülakat sonunda Cooke Elauf'a işe alınmasını sağlayacak bir puan vermiş; fakat başörtüsünün şirketin "Görünüm Politikası" kapsamındaki şapka takma yasağıyla çelişip çelişmeyeceği noktasında şüpheye düşmüştür. Bunun üzerine markanın bölge müdür Randall Johnson ile iletişime geçmiştir ve inancı gereği başörtüsü takan Elauf'un durumunun Görünüm Politikası'na zarar verip vermeyeceğini sormuştur. Johnson, "dini veya değil fark etmez başa takılan herhangi bir şeyin politikaya zarar vereceğini, bu sebeple Elauf'un görünümle alakalı puanının düşürülmesini" söylemiştir, böylece genel puanı da düşen Elauf işe alınmamıştır. Yani, Elauf'un iş başvuru talebi, başörtüsünün markanın görünüm ile ilgili politikasıyla uyuşmamasından dolayı reddedilmiştir.[170]

Bu olay üzerine Elauf, A&F'yi ABD, Eşit İstihdam Fırsatı Komisyonuna (Equal Employment Opportunity Commission, EEOC) şikâyet etmiştir ve EEOC Eluaf adına Abercrombie mağazasına, 1964 tarihli Medeni Haklar Kanunu'nun 7. Maddesi'ni ihlal ettiği iddiasıyla, ABD Kuzey Oklahoma Bölgesi Federal Mahkemesi'nde[171] dava açmıştır. Bu yasa işe alım, terfi, maaşlandırma ya da işten çıkarma işlemleri sırasında ırka, renge, dine, cinsiyete

[169] Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie&Fitch 575__(2015), Sayfa: 3. https://www.justice.gov/sites/default/files/osg/briefs/2014/01/01/2014-0086.pet.aa.pdf
[170] Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie&Fitch 575__(2015), Sayfa: 4. https://www.justice.gov/sites/default/files/osg/briefs/2014/01/01/2014-0086.pet.aa.pdf
[171] U.S. District Court for the Northern District of Oklahoma

ve etnik kökene dayalı her türlü ayrımcılığı yasaklayarak, insanların koruma altına alınmış bu özellikleri temelinde eşitsizliğe ve adaletsizliğe maruz kalmasını önlemeyi amaçlamaktadır.[172]

Abercrombie, Madde 7 kapsamında, görünüm politikasıyla alakalı bir düzenlemeye ihtiyaç duyduğunu bildirmenin Eluaf'un yükümlülüğünde olduğunu, ancak onun böyle bir talepte bulunmadığını gerekçe göstererek ayrımcılık iddialarını reddetmiştir. Marka ayrıca başörtüsünün içtenlikle sahip olunan bir dini inanç ifadesi olmadığını savunmuştur. Davaya bakan bölge mahkemesi, EEOC yani Eluaf lehine karar vermiş ve Abercrombie'yi haksız bulmuştur. Bunun üzerine marka davayı ABD Onuncu Daire Temyiz Mahkemesi'ne (United States Court of Appeals for the Tenth Circuit) taşımıştır. Temyiz Mahkemesi, "Eluaf'un mülakatı gerçekleştiren kişiye, görünüm politikasıyla alakalı bir problemi olduğunu belirtmemesi ve dolayısıyla A&F'nin, adayın başörtüsüne kolaylık sağlanmasına ihtiyaç duyduğunu kesin olarak bilmemesi" nedeniyle A&F lehine karar vererek, bölge mahkemesinin Eluaf lehine olan kararını bozmuştur.[173] Dolayısıyla Temyiz Mahkemesi Madde 7 kapsamında bir işverenin ayrımcı muamele yapmış sayılması için "adayın kesin ve açık bildirim yoluyla dininden dolayı kolaylığa ihtiyaç duyduğunu beyan etmesi ve işverenin de bunu kesin olarak bilmesi" şeklinde iki şart getirmiştir. Sonuç olarak, Elauf şirkette başörtülü çalışabilmek için başı örtmeyi yasaklayan şirket politikalarında kendisi için bir kolaylık sağlanmasına ihtiyaç duyduğunu kesin ve açık bir şekilde bildirmediği için ve mülakatı gerçekleştiren Cooke böyle bir ihtiyacın olabileceğini sadece varsaydığı fakat kesin olarak bilmediği için; Temyiz Mahkemesi A&F'nin Madde 7 kapsamında ayrımcı muamele ile suçlanamayacağına karar vermiştir.

Fakat, Eşit İstihdam Fırsatı Komisyonu (EEOC) ABD Onuncu Daire Temyiz Mahkemesi'nin kararını ABD Yüksek Mahkemesi'ne taşımıştır. EOOC Yüksek Mahkeme'den şu soruyla alakalı olarak temyiz mahkemesinin kararının yeniden gözden geçirilmesini talep etmiştir:

"'Dini hassasiyetlerinden ve yaşayışından' dolayı bir çalışanını işten atan ya da iş başvurusunda bulunan birinin başvurusunu reddeden bir işverenin, Yedinci Madde (1964 sayılı Medeni Kanun'un) kapsamında sorumlu olabilmesi için; çalışanın ya da iş başvurusunda bulunan adayın dini hassasiyetleri ya da pratiklerinden dolayı (şirketin politikalarında) bir kolaylığa ya da düzenleme ihtiyaç duyduğunu kesin olarak bilmesi ve bu bilginin de bizzat

[172] Title VII of the Civil Rights Act of 1964, https://www.justice.gov/sites/default/files/crt/legacy/2010/12/15/Title_VII_Statute.pdf

[173] *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie&Fitch 575__(2015)*, Sayfa: 6-7. https://www.justice.gov/sites/default/files/osg/briefs/2014/01/01/2014-0086.pet.aa.pdf

çalışanın ya da başvuranın doğrudan ve açık bildirimi yoluyla elde edilmiş olması mı gerekir?"[174]

Yüksek Mahkeme Komisyon'un talebini kabul etmiş ve 2 Ekim 2014'te dava açılmıştır.[175] Davanın açılmasının üzerine, Yedinci Gün Adventistleri Genel Birliği (General Conference of Seventh-Day Aventists), Gene Schaerr Hukuk Bürosu (Law Offices of Gene Schaerr), Ulusal Evanjelikler Birliği (National Association of Evangelicals), Yeniden Yapılanmacı Yahudi Birliği (Union of Reform Judaism), Hrıstiyan Hukuk Topluluğu (Christian Legal Society), Sih Koalisyonu (The Sikh Coalition), Amerikan Yahudi Komitesi (American Jews Committee), İnsan Hakları için Kadın Avukatlar (Women Lawyers for Human Rights), Amerikan İslami Kongresi (American Islamic Congress), Amerikan Sivil Haklar Birliği (American Civil Liberties Union, ACLU), Becket Herkes İçin Din Özgürlüğü Platformu (Becket Religious Liberty for All) ve Ulusal İstihdam Avukatları Derneği (National Employment Lawyers Association) vb. dini kuruluşlar ve STK'lar Elauf'un dini inançları dolayısıyla haksızlığa maruz kaldığını ifade etmek ve EEOC'ye destek olmak maksadıyla *amicus briefs* (davayla alakalı üçüncü tarafların mahkemeye sunduğu görüş) yayınlamışlardır. Yüksek Mahkeme, dini görünüşü nedeniyle eşit istihdam hakkından mahrum edilen ve ayrımcı bir muameleye maruz kalan Elauf lehine karar vermeye davet edilmiş ve bunun için gerekli olan bütün hukuki argümanlar sunulmuştur.[176]

Yedi Ortodoks Yahudi grubu daha Müslüman bir sivil toplum kuruluşu olan Amerikan-İslam İlişkileri Konseyi (Council on American-İslamic Relations, CAIR) ile birlikte A&F'ye karşı açılan davada Samantha Elauf'u desteklemek üzere Yüksek Mahkeme'ye başvuruda bulunmuştur. CAIR tarafından sunulan özette şu ifadelere yer verilmiştir: *"Bu belirli bir dinle sınırlı bir mesele değildir; Yahudilik ve Sihizim gibi diğer birçok inancın takipçileri, dinlerinin gerektirdiği kılık kıyafet kurallarını takip etmektedirler."* Ortodoks Yahudi grupları adına Mahkeme'ye başvuruda bulunan Nathan Lewin ise şunları söylemiştir: *"Bu, Şabat gününe katılma konusunda hassas olan veya kipa takan kişilerin iş başvurularının, işveren tarafından rahatsız edici bulundukları için reddedilmesinde yaşadığı deneyimin aynısıdır. Bu sebeple*

---

[174] *"whether an employer can be liable under Title VII for refusing to hire an applicant or discharging an employee based on a "religious observance and practice" only if the employer has actual knowledge that a religious accommodation was required and the employer's actual knowledge resulted from direct, explicit notice from the applicant or employee."*
"On Petition for A Writ of Certiorari to the US Court of Appeals fort he Tenth Circuit," *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie&Fitch 575__ (2015),* (I). https://www.justice.gov/sites/default/files/osg/briefs/2014/01/01/2014-0086.pet.aa.pdf.

[175] *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie&Fitch 575__(2015),* Sayfa: 13. https://www.justice.gov/sites/default/files/osg/briefs/2014/01/01/2014-0086.pet.aa.pdf

[176]"Brief Amici Curiae of Religious Organizations"(27 Ağustos 2014) *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie&Fitch 575__(2015),* https://www.uschamber.com/assets/documents/Religious20Organizations20Amici20Brief20-20EEOC20v.20Abercrombie20and20Fitch20Stores2C20Inc.2028U.S.20Supreme20Court29.pdf

Ortodoks Yahudi grupların benzer bir durumu tecrübe eden bu Müslüman kadına desteklerini belirtmeleri önemlidir." Benzer şekilde dosyaya katılan Ortodoks Yahudi gruplardan biri olan Amerika Hahamlar Birliği'nin (Rabbinical Alliance of America) başkanı olan Haham Gershon Tannenbaum da, *"bu kararın başörtüsü ve tunik giyen Yahudiler için de kritik olduğunu, bunun bir din özgürlüğü ihlali olduğunu ve sonuçlarının önemli bir nüfusu etkileyeceğini bu sebeple çözüme kavuşturulması gerektiğini"* belirtmiştir.[177] Elauf da kendisiyle gerçekleştirilen bir röportajda *"Ben sadece kendimi değil, çalışırken inançlarına bağlı kalmak isteyen herkesi savunuyorum. İnancımın gereklerini yerine getirmem iş bulmamı engellememeli"* demiştir.[178]

Öte yandan, Ulusal Bağımsız İş Federasyonu (The National Federation of Independent Business, NFIB), Amerika Ticaret Odası Dava Merkezi (U.S Chamber Litigation Center) ve Latham, Watkins Hukuk Şirketi (Latham&Watkins Hukuk Şirketi) gibi kuruluşlar ise Abercrombie&Fitch lehine bir bildiri (amicus brief*)* yayınlayarak; bir şirketten, ayrımcılık yapma niyetiyle yapmadığı halde nötr bir politikasının kasıtsız olarak sebep olduğu eşitsizlikten dolayı tazminat talep etmenin haksızlık olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla, adı geçen bu kuruluşlar Yüksek Mahkeme'yi EEOC'nin Abercrombie&Fitch'e yönelik tazminat talebini, -işverenin görünüm politikasının "etki" bakımından ayrımcı sonuçlar doğuran fakat özünde tarafsız olan bir politika olması sebebiyle reddetmeye davet etmiştir. Ayrıca, A&F lehine yazılan bu bildiride (amicus briefs), Elauf'un "dini nedenlerle başörtüsü taktığını ve bunun şirketin mevcut politikalarıyla uyuşmadığını, dolayısıyla bu konuda şirketten bir esneklik talep ettiğini" doğrudan ve açıkça bildirmediği halde, şirketin ona bir esneklik tanımadığı için suçlanmasının haksızlık olduğu dile getirilmiştir. İş başvurusunda bulunan adaylara dini pratikleri dolayısıyla şirket politikalarında bir esneklik gösterilebilmesi için adayın açık ve kesin bir bildirim ve talebinin olması gerektiği savunulmuştur. [179]

Elauf'u desteklemek için Yüksek Mahkeme'ye *amicus* özeti veren Amerikan-İslam İlişkileri Konseyi personel avukatı William Burgess ise bu davada şu sorunun cevabının arandığını dile getirmiştir: *"İş başvurusu yapan bir kişi kıyafetlerinin, saç stilinin vs. dini motivasyonlu olduğunu ve bu sebeple şirket politikalarında bir esnekliğe ihtiyaç duyduğunu belirtmek zorunda mıdır?"* Burgess'a göre *"Herhangi bir din mensubunun, iş görüşmesinde*

---

[177] "Orthodox Jews back scarf-wearing Muslim in Abercrombie&Fitch", *Council on American-Islamic Relations,* (13 Aralık 2014), https://www.cairoklahoma.com/blog/orthodox-jews-back-scarf-wearing-muslim-in-abercrombie-fitch-case/ (son erişim: 23 Ağustos 2023).

[178] "Abercrombie & Fitch case: justices set to side with Muslim woman over headscarf", *The Guardians*, (25 Şubat 2015), https://www.theguardian.com/law/2015/feb/25/supreme-court-muslim-woman-abercrombie-fitch-case. (son erişim: 23 Ağustos 2023).

[179] "Brief fort he Chamber of Commerce of the US and NFIB Small Business Legal Center as Amici Curiae in Support of Respondent "(27 Ağustos 2014) *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie&Fitch 575__(2015),* sayfa:3. https://www.uschamber.com/assets/documents/U.S.20Chamber20and20NFIB20Amici20Brief20-20EEOC20v.20Abercrombie20and20Fitch20Stores.pdf

doğrudan dini nedenlerle esneklik talep ettiğini beyan etmesi onu kötü bir duruma düşürecektir. Bu da işverenin diğer adayları seçme olasılığını artıracaktır." Benzer bir yorum, Washington merkezli Dini Özgürlük İçin Becket Fonu (Becket Fund for Religious Liberty) adlı kuruluşun kıdemli avukatlarından biri olan Eric Baxter'dan gelmiştir. Baxter *"Abercrombie, üzerlerinde "hey, ben dindarım" diyen bir işaret taşımadıkları için insanlara ayrımcılık yapamayacağını bilmelidir"* demiştir. Böylece Elauf lehine toplanan gruplar, şirketin bir çalışanına dini pratiklerinden dolayı esneklik göstermesini, çalışanın ya da adayın açık talebine bağlayan yaklaşıma karşı çıktıklarını bildirmişlerdir. [180]

Görüleceği gibi dava, ticaret odaları, hukuk toplulukları, dini kuruluşlar, iş konfederasyonları ve STK'lar tarafından ilgi ile takip edilmiştir. Çünkü bu dava yalnızca başörtülü olduğu için işe alınmayan Elauf'u değil EEOC'ye dini ayrımcılığa uğradıkları için şikâyette bulunan binlerce kişiyi ilgilendirmiştir.[181] Elauf'un yaşadığıyla benzer ayrımcılıklara maruz kalan dini gruplar toplumsal değişim ve dönüşümde büyük rol sahibi olan Yüksek Mahkeme kararını etkilemek için var güçleriyle çalışmışlardır. Dolayısıyla, Elauf ve Abercrombie arasındaki çatışma davanın birincil açılma sebebi olsa dahi, davanın, işverenleri tarafından din, ırk, cinsiyet, ten rengi, etnisite temelinde **ayrımcılığa maruz kalan binlerce kişinin sesi olması hedeflenmiştir.**[182] Öte yandan, Abercrombie için ayaklanan kuruluşlar, işletmelerin kasıtsız politikalarından dolayı bu tarz yaptırımlara maruz kalmanın doğuracağı zararları engellemek amacıyla dava boyunca markaya desteklerini bildirmiştir.[183] Sonuç olarak, EEOC'ye gelen binlerce şikayetten anlaşılacağı üzere toplumsal olarak büyük bir öneme sahip olan; bireylerin işe alım süreçlerinde dinlerinden dolayı ayrımcılığa uğramama haklarının ihlal edilmesi meselesi Yüksek Mahkeme'ye taşınmıştır ve dava süreci kamuoyunda büyük bir ilgi ile takip edilmiştir.

---

[180] "Brief fort he Chamber of Commerce of the US and NFIB Small Business Legal Center as Amici Curiae in Support of Respondent "(27 Ağustos 2014) *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie&Fitch 575__(2015),* sayfa:3. https://www.uschamber.com/assets/documents/U.S.20Chamber20and20NFIB20Amici20Brief20-20EEOC20v.20Abercrombie20and20Fitch20Stores.pdf

[181] "Yalnızca en son tamamlanan mali yılda işyerlerinde çeşitli ayrımcılıklara maruz kalan 3721 kişi EEOC'ye şikâyette bulunmuştur." "EEOC Issues New Publications on Religious Garb and Grooming in the Workplace" (3 Haziran 2014) *U.S EEOC.* https://www.eeoc.gov/newsroom/eeoc-issues-new-publications-religious-garb-and-grooming-workplace (son erişim: 10 Eylül 2023).

[182] *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie&Fitch 575__(2015)*, Sayfa: 26. https://www.justice.gov/sites/default/files/osg/briefs/2014/01/01/2014-0086.pet.aa.pdf

[183] *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie&Fitch 575__(2015),* "U.S Chamber of Commerce" https://www.uschamber.com/cases/discrimination/equal-employment-opportunity-commission-v-abercrombie-fitch-stores-inc (son erişim: 20 Ağustos 2023).

3.3.2 Mahkeme Salonu Söylem Analizi

Nihayet, 25 Şubat 2015 günü Yüksek Mahkeme'de davanın sözlü yargılaması gerçekleştirilmiştir. Yargılamada, dini görümü nedeniyle haksızlığa maruz Elauf adına dava açan EEOC'yi Adalet Bakanlığı Başsavcı Yardımcısı Avukat Ian H. Gershengorn temsil etmiştir. Abercrombie&Fitch mağazasını ise Avukat Shay Dvoretzky temsil etmiştir. Davada sırasıyla önce davacı tarafın avukatı Gershengorn, sonra davalı tarafın avukatı Dvroretzky söz almıştır. Dvoretzky'nin konuşma süresi dolduktan sonra EEOC'nin avukatı Gershengorn, karşı tarafın iddialarına cevap vermek üzere yaklaşık beş dakika süren bir savunma daha gerçekleştirmiştir. Yargılama sırasında Yüksek Mahkeme'de bulunan yargıçlar; Yargıç Roberts, Scalia, Kennedy, Thomas, Ginsburg, Breyer, Alito, Sotomayor ve Kagan'dır. Aşağıdaki *Tablo 5*'te, davada yer alan yargıçların hangi başkan döneminde atandıklarına, başkanların hangi siyasi partiden olduklarına, yargıçların göreve başlama tarihlerine ve ideolojik eğilimlerine dair ayrıntılı bilgi yer almaktadır:

Tablo 5: Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie & Fitch davasında yer alan Yüksek Mahkeme üyeleri [184]

YARGIÇLAR	Aday Gösteren Başkan ve Partisi	Göreve Başlama Tarihi	Görüşü
John G. Roberts (Baş Yargıç)	George W. Bush- Cumhuriyetçi Parti	29 Eylül 2005	Muhafazakâr
Samuel A. Alito	George W. Bush- Cumhuriyetçi Parti	32 Ocak 2006	Muhafazakâr
Sonia Sotomayor	Barack Obama- Demokratik Parti	8 Ağustos 2009	Liberal
Elena Kagan	Barack Obama- Demokratik Parti	7 Ağustos 2010	Ilımlı Liberal
Antonin Scalia	Ronald Reagon- Cumhuriyetçi Parti	26 Eylül 1985	Muhafazakâr
Ruth Bader Ginsburg	Bill Clinton- Demokratik Parti	10 Ağustos 1993	Liberal

[184] "Justices", *Oyez,* https://www.oyez.org/justices.

Stephen G. Breyer	Bill Clinton- Demokratik Parti	3 Ağustos 1994	Ilımlı Liberal
Clarence Thomas	George H. W. Bush – Cumhuriyetçi Parti	23 Ekim 1991	Muhafazakâr
Anthony M. Kennedy	Ronald Reagon- Cumhuriyetçi Parti	18 Şubat 1988	Muhafazakâr

Bu davanın sözlü yargılamasının neredeyse başından sonuna kadar benzer tartışmalar üzerinden ilerlediğini söylemek mümkündür. Tartışmalar ağırlıklı olarak alt mahkeme olan Onuncu Daire Temyiz Mahkeme'sinin A&F lehine verdiği kararda sarf ettiği ifadeler üzerinden ilerlemiştir. Onuncu Daire'nin bu kararı yukarıda zikredildiği gibi Elauf'un başörtüsüyle çalışabilmek adına kendisine bir kolaylık sağlanmasına ihtiyaç duyduğunu şirkete bildirmemiş olması ve bu sebeple de A&F'nin ayrımcı muameleyle itham edilemeyeceği ile alakalıdır. Daire, işverenin ayrımcılıkla suçlanabilmesi için adayın kolaylık istediğine dair beyanının olmasını ve işverenin de bunu kesin olarak bilmesi şartlarını koymuştur. Bu iki şart her iki tarafın savunmasında da "diyaloğu işveren mi başlatmalı yoksa aday mı?" tartışmasının yapılmasına neden olmuştur. Ayrıca sözlü yargılama boyunca Cooke'un Elauf'un başörtüsünü dini kaygılarla takıyor olmasını anlamış olmasının A&F'ye ona bir kolaylık sağlama noktasında sorumluluk yükleyip yüklemediği tartışılmıştır. Bunun üzerine "anlamak, bilmek, şüphe etmek vs." durumlarından hangisinin bir işvereni Madde 7 gereği ayrımcı olarak görmek için kesin delil niteliği taşıdığı üzerine oldukça yüzeysel, fakat karmaşık bir tartışma yapılmıştır. A&F'nin avukatı Dvoretzky ayrımcılık suçlamalarını bertaraf etmek adına; diyaloğu başlatma yükümlülüğünün Elauf'a ait olduğunu savunmuştur. Ayrıca, Cooke'un Elauf'un başörtüsünü dini nedenlerle takmış olduğunu anlamış olmasının kesinlikten uzak bir varsayım olduğunu, bu sebeple de A&F'nin kasıtlı bir ayrımcılık yapmadığını öne sürmüştür. Öte yandan Elauf'un avukatı Gershengorn, Cooke'un varsayımının A&F'nin Elauf'ın dini pratiklerine kolaylık sağlamamaktan yana suçlanması için yeterli olduğunu savunmuştur. Ayrıca hiçbir diyalog kurmaksızın, basmakalıp bir yargıya dayanarak Elauf'u işe alınmamasının yanlış olduğunu öne sürmüştür. Bu sebeple A&F'nin diyaloğu başlatmakla yükümlü taraf olduğunu iddia etmiştir.

Davanın sözlü yargılamasında sürdürülen diğer bir tartışma ise "ayrımcı muamelenin" tanımı üzerine olmuştur. Taraflar "ayrımcı muamele"nin ne olduğu ile alakalı iki ayrı tanım benimsemiş ve savunmalarını bu tanımlar üzerinden gerçekleştirmiştir. A&F'nin avukatı Dvoretzky, ayrımcı söylemin "herkese tanınan bir fırsatın, dini hassasiyetleri dolayısıyla bir kişiye tanınmaması ya da bir yasağın sadece dindarları kapsayacak şekilde uygulanması"

şeklindeki genel tanımını benimsemiştir. Dolayısıyla Dvoretzky bu genel ayrımcılık tanımından hareketle, A&F'nin herkese uygulanan nötr bir politikayı Elauf'a da uyguladığı yani ona herkesle eşit davrandığı için suçlanamayacağını ifade etmiştir. Fakat başörtülü Elauf adına dava açan EEOC'nin avukatı Gershengorn ayrımcılığın genel tanımını değil Madde 7 kapsamındaki tanımını benimsediklerini söylemiştir. Bu tanım gereğince; bir işverenin, iş başvurusunda bulunan bir adayın ya da bir çalışanının dini hassasiyet ve uygulamalarından dolayı şirket politikalarında bir kolaylığa ihtiyaç duyduğunu anladığı halde, ona bu kolaylığı sağlamaması ayrımcılıktır. Sonuç olarak Gershengorn, ayrımcı muamelenin Madde 7 kapsamındaki tanımına odaklanarak, A&F'nin, Elauf'a başörtüsünden dolayı bir kolaylık sağlamamasının ayrımcılık olduğunu savunmuştur. Aşağıda bu tartışmalara ve söylemsel niteliklerine detaylı olarak değinilecektir:

Başörtüsü taktığı için A&F tarafından işe alınmayan Elauf için dava açan EEOC'nin avukatı Gershengorn konuşmasına, Yüksek Mahkeme'ye taşıdıkları Onuncu Daire Temyiz mahkemesinin, A&F'nin olaydaki bütün sorumluluğunun ortadan kalkmasına sebep olacak kararını açıklamakla başlamıştır. Bu kararda, 10. Daire Temyiz Mahkemesi işverenin, iş başvurusunda bulunan adaya özel dini durumundan dolayı şirket politikalarında esneklik sağlamadığı için sorumlu tutulabilmesi için -Gershengorn'un aşağıda belirttiği şekliyle- iki şart aramıştır.

Gershengorn: *"Sayın Baş Yargıç ve Mahkeme'nin izniyle: Onuncu Daire, (Temyiz Mahkemesi) Bayan Elauf'a kolaylık sağlanması*[185] *talebine ilişkin olarak ortaya iki şart koymuştur ve bu şartlar davalı tarafın (A&F) Bayan Elauf'a kolaylık sağlanması talebini reddetmesinden doğan sorumluluğunu (1964 tarihli Medeni Haklar Kanunu'nun 7. Maddesi gereği) ortadan kaldırmıştır.* ***İlk olarak****, iş başvurusunda bulunan kişinin, kolaylık sağlanması talebini kendisinin bizzat yapmış olması (şartı aranmıştır).* ***İkinci olarak ise****, işverenin (başvuran adayın şirket politikalarında) bir kolaylığa ihtiyaç*

[185] Kolaylık kelimesi ingilizce "accommodation" kelimesi yerine kullanılmıştır. Bu kelimeyi uyumlama veya uzlaştırma olarak çevirmek kelimenin ilk çağrışımı açısından daha yerindedir fakat kastedilen anlamı Türkçe'deki kullanıma uygun olarak daha rahat verebilmek adına genellikle "kolaylık ya da esneklik" olarak çevirmek tercih edilmiştir. "Religious accommodation" kavramı "dini uyumlama" şeklinde çevirmek mümkündür ve bu haliyle dava kapsamında "dini uygulamaları mevcut şirket politikalarıyla uyumlu hale getirmek" anlamına gelir. Fakat burada, daha anlaşılır olması adına kavram "dine kolaylık sağlamak" olarak çevrilecektir ve bu dava bağlamında "dini uygulamaları dolayısıyla kişilere mevcut şirket politikalarında kolaylık veya esneklik sağlamak" anlamına gelecektir. Yer yer konuşmanın bağlamının gerektirmesi halinde "accommodation" kelimesi "uyumlama, uzlaştırma" olarak ya da "düzenleme yapmak" olarak kullanılabilir fakat genel olarak "kolaylık ya da esneklik sağlamak" olarak çevrilecektir.

duyduğunu sadece doğru bir şekilde anlamakla kalmayıp, aynı zamanda "bilmesi" (şartını aranmıştır)."[186]

Gershengorn göre Onuncu Daire'nin "anlamak ve bilmek" arasında bir ayrım olduğunu öne sürmesi tamamen A&F'ye yönelik ayrımcılık iddialarını ortadan kaldırmak istemesinden kaynaklanmaktadır. Onuncu Daire, işyerlerinde dine kolaylık sağlanmasının ne tür hallerde gerekli olduğunun bilgisini, daha önce hiçbir dairenin gerek görmediği iki yeni şart getirerek yeniden üretmiştir.[187] Buna göre, 1964 tarihli Medeni Haklar Kanunu'nun 7. Maddesi gereği şirketin ayrımcı muamele sergilemiş sayılabilmesi için; Elauf'un kesin ve açık bir şekilde şirkete, dindar biri olduğunu ve şirket politikalarında kendisine kolaylık sağlanmasını dair bir talebi olduğunu bilgilendirmiş olması ve A&F'nin bunu "kesin olarak bilmesi" gerekmektedir. Elauf'un iş başvuru mülakatını gerçekleştiren Cooke'un, onun örtüsünü dini nedenlerle taktığını ve bu sebeple şirket politikalarında bir düzenlemeye ihtiyaç duyduğunu "anlaması" Onuncu Daire'ye göre Madde 7 kapsamında şirkete bir sorumluluk yüklememektedir. Çünkü anlamak ile bilmek arasında fark vardır. Böylece Temyiz Mahkemesi, A&F'nin Madde 7 kapsamında bir sorumluluğu olmadığını iddia ederek, ona yöneltilen "ayrımcı muamele"de bulunma suçlamasını bertaraf etmeye çalışmıştır.

Müslüman bir kadın olan ve inancı gereği başörtüsü takan Elauf aleyhine olan bu karara imza atan Onuncu Daire Temyiz Mahkemesi yargıçları Yargıç Holmes[188] ve Yargıç Ebel'i[189] bulundukları göreve aday gösteren Amerikan Başkanı; cumhuriyetçi, dindar ve muhafazakâr olmasıyla tanınan, George W. Bush'tur. Diğer yargıç olan Kelly[190] de yine cumhuriyetçi ve muhafazakâr bir başkan olan Ronald Reagon tarafından aday gösterilmiştir. Kendileri de muhafazakar eğilimleri olmakla tanınan üç yargıcın, Müslüman bir kadının dini uygulamaları nedeniyle işe alınmamasını haklı çıkaran böyle bir karara varmaları, Amerikan federal temyiz mahkemelerinde, muhafazakar yargıçların azınlıkların din özgürlüğüne karşı daha az toleranslı

---

[186] Gershengorn; *"Mr. Chief Justice, and may it please the Court: The Tenth Circuit imposed two requirements on religious accommodation claims that eliminated liability for Respondent's refusal to accommodate Ms. Elauf here: First, that the applicant herself verbally requested the accommodation; and second, that the employer know, rather than just correctly understand, the need for an accommodation."* Yargıç Scalia; *"I don't understand.What is the difference between knowing and correctly understanding?"* Gershengorn: *"Your Honor, …it's a fair question.The Tenth Circuit perceived a difference. What the testimony was was that Ms. Cooke assumed that the -- that Ms. Elauf needed to wear the headscarf because she was religious, that she figured that the headscarf signified that it was a religious headscarf, and that she figured it was a religious headscarf. What the Tenth Circuit said was that was insufficient; what was needed was actual knowledge. Our position is that when you figure, when you assume, when you -- when it signifies to you that a religious accommodation is needed, that is sufficient notice for an employer to be on notice." Oyez,* (00:00:09). https://www.oyez.org/cases/1989/88-1213 ; *Supreme Court,* s:3-4. https://www.supremecourt.gov/pdfs/transcripts/1989/88-1213_11-06-1989.pdf

[187] Gershengorn: *"The Ninth Circuit, the Third Circuit, the Seventh Circuit, everybody is applying the same test. It's the Tenth Circuit that for the first time has imposed these two new requirements." Oyez,* (00:57:08) ; *Supreme Court,* s:57.

[188] "Holmes, Jerome A." *Federal Judicial Center.* https://www.fjc.gov/history/judges/holmes-jerome (son erişim: 24 Ağustos 2023)

[189] "Ebel, David M.", *Federal Judicial Center*. https://www.fjc.gov/history/judges/ebel-david-m (son erişim: 24 Ağustos 2023)

[190] "Kelly, Paul Joseph, Jr*", Federal Judicial Center*. https://www.fjc.gov/history/judges/kelly-paul-joseph-jr (son erişim: 24 Ağustos 2023)

oldukları tespitini haklı kılıyor gibi durmaktadır (Goldman, 1975, s. 497). Yargıçlar, sadece iki yeni şart getirerek -ki bu yeni bilgiler üretilmesi demektir- ilgili yasanın hem maksadının hem de yaygın uygulanışının dışına "yasal" yollarla çıkmıştır. Bu da toplumsal yapı olarak hukukun söylem yoluyla her an yeniden üretildiğini gözler önüne sermektedir. Dolayısıyla Foucault'cu perspektiften bakıldığında, buradaki hukuki bilginin nötr ve nesnel kaynaklara dayanmadığı; yargıçların onu kendi ideolojileri doğrultusunda ürettikleri görülebilir.

Ayrıca dil ve söylem yalnızca yeni bilgilerin üretilmesinde değil; var olan bilgilerden işe yarayacak olanların seçilip, aleyhte olanların göz ardı edilmesinde de kurucu rol oynamaktadır. Michel Foucault iktidar ve kontrolün gizli mekanizmalarını ortaya çıkarmak için sadece söylenenleri değil söylenmeyenlerin önemini de vurgulamaktadır. Bunun için söylemdeki boşlukları, "ihmal edilen alanları" ve sessizlikleri de analiz etmeye teşvik etmektedir (Foucault, 1972, s. 138). A&F'yi "ayrımcı muamele" yapma suçlamasından aklamak için iki yeni şart getiren 10. Daire Temyiz Mahkemesi, bunun yanında "ayrımcı muamele"nin 7. Madde kapsamındaki tanımını görmezden gelerek, genel geçer ayrımcılık tanımına yönelmiştir. 10. Daire ve A&F tarafı için dine karşı ayrımcı muamelenin "bir kişiye dininden dolayı herkese davrandığından farklı bir muamele de bulunmak" şeklindeki genel tanımı üzerinde dururken, başörtüsü dolayısıyla işe alınmayan Elauf adına dava açan EEOC ise "ayrımcı muamelenin" Madde 7 kapsamındaki tanımına odaklanmıştır. 7. Madde kapsamında "ayrımcı muamele" genel tanımındaki kabulden farklı olarak dindar kişilere herkese davranıldığı gibi davranılmasını değil aksine ayrıcalıklı davranılmasını gerektirmektedir. Yani 7. Madde kapsamında ayrımcı muamele bir iş verenin, işyerinde çalışmak için başvuruda bulunan ve şirketin genel politikalarıyla çatışan dini hassasiyetlere sahip kişilere, politikalarında kolaylık sağlayacak düzenlemeler yapmamasıdır. Görüldüğü üzere taraflar, yargılama sürecinde bir tanımı öne çıkarıp, diğerini ihmal ederek kararı kendi lehlerine olacak şekilde belirlemeye çalışmışlardır. Bu durum, dil ve söylemin hukukun yönünü belirlemedeki önemini göstermektedir.

Belirtildiği gibi, A&F'nin avukatı Dvoretzky sözlü yargılama boyunca ayrımcı muamelenin Madde 7'de kapsamındaki tanımını göz ardı ederek, A&F'nin lehine olacak genel tanımını benimsemiştir. Genel tanıma göre, bir işverenin dine karşı ayrımcı muamele ile suçlanabilmesi için iş başvurusu yapan adaya *"ben herkesin şapka takmasına izin veriyorum fakat dini nedenlerle şapka takıyorsanız size izin vermiyorum"*[191] tarzında bir şey söylemiş olması gerekmektedir. Oysa, A&F'nin bölge müdürü Johnson; Elauf'un başvurusunu reddettiği

[191] Gershengorn; *"I allow hats for everyone, but not if you have a religious hat."Oyez,* (00:24:55) ; *Supreme Court,* s: 28.

sırada *"başörtüsü, beyzbol şapkası, kask veya başka bir dini sembol takarak gelen biri için de aynı işlemin yapılacağını"*[192] söylemiştir. Dolayısıyla A&F tarafına göre, Elauf'u işe almama kararı, din temelinde ayrımcı muamele değildir, aksine dini ya da değil fark etmez başında bir örtü bulunan herkese uygulanacak eşit ve tarafsız bir politikadır.[193] Sonuç olarak, ayrımcı muamelenin bu genel tanımı baz alınarak, A&F'nin herkes için uyguladığı genel politikasından dolayı ayrımcı olarak suçlanamayacağı iddia edilmiştir

Fakat Elauf adına dava açan EEOC'nin avukatı Gershengorn, kendilerinin benimsediği ayrımcı muamele tanımının *"7. Madde'nin önlemeye çalıştığı türden"* olduğunu belirmiştir. Ona göre *"Kongre bu kanunu yaparken Bayan Elauf gibi başörtüsü konusunda bir düzenlemeye ihtiyaç duyan kişileri, başörtüsü takmayan kişilerle eşit dereceye getirmeyi"*[194] hedeflemiştir. Yani, iş başvurusu sırasında bir adayın başörtüsü taktığı için diğer adaylardan daha dezavantajlı olması durumunu ortadan kaldırmak için ona özel bir düzenleme getirilmesini işverenin boynuna yüklemiştir. Bu yüzden Madde 7 kapsamında hedeflenen şey dini pratiklere sahip kişilere herkesle eşit muamelede bulunmak değil, aksine dezavantajlı durumunu giderip onu herkesle eşit seviyeye getirebilmek için ayrıcalıklı davranmaktır. Bu sebeple, *"beyzbol şapkası ya da başörtüsü farketmez herkese eşit davranırdık"* diyen A&F'nin Avukatı'na, Başyargıç Roberts şöyle cevap vermiştir; *"Böyle bir davada bu işe yaramaz. Soru, herkese eşit davranıp davranmadığınızla alakalı değil. Belirli dini inanç ve pratiklere sahip kişilere kolaylık sağlamak gibi bir yükümlüğünüz var, bu yüzden durmadan biz beyzbol şapkası olan birine de aynı şekilde davranırdık demeniz bana cevap niteliğinde gelmiyor…(dini pratiğe sahip bir adaya) kolaylık sağlamadığınız için kasıtlı ayrımcılık söz konusu."*[195] demiştir. Yargıç Ginsburg ise *"Madde 7, dini uygulamaları olan kişilere farklı muamele etmelerini gerektirir. Bir beyzbol şapkasını kabul etmek zorunda değiller fakat bir kipaya kolaylık sağlamak zorundalar"* [196] demiştir.

---

[192] Dvoretzky; *"Johnson's testimony… is that he would have taken the same action for somebody who came into an interview wearing a headscarf, a baseball cap, a helmet or another religious symbol." Oyez,* (00:39:39) ; *Supreme Court,* s:41-42.

[193]Dvoretzky; *"bu da eylemin (işe almamanın) din temelinde yapılmadığını aksine dine karşı oldukça kayıtsız kaldığının bir göstergesidir." "That's right, and what that shows is that religion is not the basis for the action here, rather, Abercrombie at most was completely indifferent to…" Oyez,* (00:40:03) ; *Supreme Court,* s:41.

[194] Gershengorn: *"The brief -- the phrase used in the brief was that a failure to accommodate is -- is the kind of disparate treatment that Title VII was designed to prevent. We think that is correct and accurate, that what the Congress meant to do was put people who needed an accommodation like Ms. Elauf, a headscarf accommodation, on the same footing as people who did not need to wear a head -- headgear." Oyez,* (00:21:00); *Supreme Court,* s:25.

[195] Yargıç Roberts; "No, but that doesn't work in a case like this. It's not a question, are you treating everybody the same. You have an obligation to accommodate people with particular religious practice or beliefs, so to keep constantly saying, oh, we would have treated somebody with a baseball cap the same way doesn't seem to me is very responsive." *Oyez,* (00:40:12) ; *Supreme Court,* s:42.

[196] Yargıç Ginsburg; *"They -- Title VII requires them to treat people who have religious practice differently. They don't have to accommodate a baseball cap. They do have to accommodate a yarmulke." Oyez,* (00:52:37); *Supreme Court,* s:52.

Görüldüğü gibi, A&F'nin avukatı her ne kadar 7. Madde'nin ayrımcı muamele tanımını göz ardı etmeye çalışsa da Yüksek Mahkeme nezdinde suçlamalardan kurtulmayı başaramamıştır. A&F'nin ayrımcı muamele suçlamalarını reddetmek için kullandığı ikinci argüman ise "Elauf'un neden başörtü taktığının kesin olarak bilinmiyor oluşudur." Yani, daha önce Cooke'un onun dini gerekçelerle başörtüsü taktığını varsayması A&F'yi ayrımcı muamelede bulunmakla suçlamak için yeterli değildir. A&F'nin dini nedenlerle ayrımcılık yapmakla suçlanabilmesi için Elauf'un başörtüsünü dini bir gerekçeyle taktığının kesin olarak biliniyor olması gerekmektedir. Bu sebeple Dvoretzky "dini nedenlerle ayrımcılık yapabilmek için Elauf'un başörtüsünü inancı gereği taktığını yalnızca varsaymak yetmez, ayrıca kesin olarak bilmek gerekir" iddiasına sıkıca tutunmuştur. Fakat anlamak ve bilmek arasındaki bu ayrımı mahkemeye ilk kez iddiayı çürütmek maksadıyla Elauf adına dava açan EEOC'nin Avukatı Gershengorn sunmuştur ve bu aşağıda görüleceği üzere mahkemede karışıklığa sebep olmuştur.

> Yargıç Scalia: *"Anlayamadım. Bilmek ve doğru anlamak arasındaki fark nedir?"*
>
> Gershengorn*: "Sayın Yargıç, …bu haklı bir soru. Onuncu Daire bir fark algıladı. Tanık ifadeleri, Bayan Cooke'un (başörtülü adayla mülakatı gerçekleştiren kişi) Bayan Elauf'un dindar olduğu için başörtüsü taktığını 'tahmin ettiği', (Elauf'un) başörtüsünün dini bir başörtüsü olduğunu 'anladığı', (yani sonuç olarak) onun dini (amaçlarla örtülen) bir başörtüsü olduğunu 'düşündüğü' şeklindeydi. Onuncu Daire ise bunun yetersiz olduğunu söyledi; (anlamak, zannetmek yetmez) gerekli olan şey gerçek bir bilgiydi. Bizim görüşümüze göre, dine bir kolaylık sağlamanın gerekli olduğunu düşündüğünüzde, zannettiğinizde veya size belirtildiğinde, bu işverenin farkında olması için yeterli bir bildirim olacaktır."* [197]

Diyalogdan anlaşılacağı üzere, iş başvurusu sırasında Elauf'la mülakat gerçekleştiren, A&F sorumlusu Cooke, Elauf'un başındaki örtüyü "dini nedenlerle" taktığını anlamıştır ve

[197] Yargıç Scalia; *"I don't understand. What is the difference between knowing and correctly understanding?"* Gershengorn: *"Your Honor, …it's a fair question. The Tenth Circuit perceived a difference. What the testimony was was that Ms. Cooke assumed that the -- that Ms. Elauf needed to wear the headscarf because she was religious, that she figured that the headscarf signified that it was a religious headscarf, and that she figured it was a religious headscarf. What the Tenth Circuit said was that was insufficient; what was needed was actual knowledge. Our position is that when you figure, when you assume, when you -- when it signifies to you that a religious accommodation is needed, that is sufficient notice for an employer to be on notice." Oyez,* (00:00:33). https://www.oyez.org/cases/1989/88-1213 ; *Supreme Court,* s:4. https://www.supremecourt.gov/pdfs/transcripts/1989/88-1213_11-06-1989.pdf

Avukat Gershengorn'a göre bu, A&F'nin-başa takılan herhangi bir şeyi yasaklayan- Görünüm Politikası'da Elauf'a esneklik tanıması için yeterli bir gerekçedir. Dolayısıyla, A&F dini bir gerekçeye sahip olmasına rağmen bu kolaylığı sağlamadığı Elauf'a karşı ayrımcılık yapmıştır. Fakat, Onunca Daire Temyiz Mahkemesi'nin kararına göre, Cooke'un böyle sanması, A&F'ye istihdam meselelerinde din temelinde ayrımcılığı yasaklayan Madde 7 kapsamında sorumlu tutulması için yeterli değildir. Çünkü Onuncu Daire'nin kararına göre şirketin, Elauf'a böyle bir kolaylığı sağlamamaktan dolayı sorumlu tutulabilmesi için, Elauf'un bizzat bunu istediğine dair şirkete açık bir talepte bulunması ve şirketin de bunu kesin olarak bilmesi gerekmektedir.

Görüldüğü üzere, Abercrombie'ye yöneltilen suçlamaları uzaklaştırmak için Cooke'un yalnızca bir varsayımda bulunduğu fakat kesin bir bilgiye sahip olmadığı bilgisi üzerinde ısrarla durulmuştur. Oysa Elauf'un avukatı Gershengorn'a göre bir varsayım varsa yapılması gereken şudur;

> Gershengorn; *"...eğer bir işveren, herhangi bir pozisyona başvuru yapan bir adayla alakalı üçte iki ihtimalle dini bir problem oluşacağından şüpheleniyorsa ya da dini bir çatışma yaşanacağını düşünüyorsa önünde iki seçenek vardır; çatışma olmayacağını varsayar ve işe alma kararını liyakata göre verir. Bu durumda Bayan Elauf işe alınmış olacaktır. Diğer alternatif ise, şayet Bayan Elauf'un nasıl bir performans göstereceği konusunda oldukça endişelilerse (bu durumda) onunla bir diyalog başlatılabilir. Kongre de bunu amaçlamıştır (ilgili kanunu yaparken). Burada yaptıkları şeyi yapamazlar, basmakalıp bir yargı nedeniyle dini bir çatışma olacağını varsayıp (işe almayıp), sonra da bunu varsaydıktan sonra (bu sadece bir varsayımdı, kesin olarak bilmiyorduk diyerek) bizim kolaylık sağlamak gibi bir yükümlülüğümüz yok diyemezler… Eğer işveren gerçekten çok küçük bir ihtimalle çalışanın dindar olduğunu düşünüyorsa yapması gereken doğru şey, (adayı) basma kalıp bir kategoriye sokmamak (adına) dini bir sorun olmayacağını varsaymak ve (adayın) tıpkı başörtüsünü dini nedenlerle takmayan herhangi (örn; süs maksatlı takan) biri gibi başvuru koşullarına uyduğunu varsaymaktır."* [198]

[198] Gershengorn: *"...The answer is, in a situation like this in which it's an applicant applying for a ... a position, and the employer suspects, thinks, two-thirds, that there's a religious problem ..the ... a religious conflict, the employer has two options. It can assume there is no conflict, in which case they -- they make the hiring decision on the merits. In that case here, Ms. Elauf would have been hired. Alternatively, if the employer feels like there's enough concern to -- about how Ms. Elauf would be able to perform, they can raise -- start a dialogue. That's what -- what Congress intended. What they can't do is what they did here and assume through a stereotype that there was going to be a need for accommodation, and then say, having assumed that, I don't have any obligation to actually try to accommodate that…If the employer really has a very small in -- understanding or thinks there's -- it's very unlikely that the employee would be religious, the right thing for the employer to do is to assume that there's isn't a religious problem, to not engage in the stereotyping and assume that the person could comply as they would with somebody who was wearing a headscarf or something else for not religious reasons." Oyez,* (00:03:16); *Supreme Court,* s:6-7.

Görüldüğü üzere A&F tarafı "ortada bir varsayım vardı" bilgisini ayrımcılık suçlamasından "aklanmak" için kullanmışken, EEOC'nin avukatı Gernshergon, A&F'nin ayrımcılık yaptığı iddiasını "ispatlamak" için kullanmıştır. Dolayısıyla aynı ifade kullanıldığı "söylem düzeniyle" alakalı olarak bambaşka bir işlev görmüştür. Foucault'ya göre (Foucault, 1993, s. 241), bir ifadenin değeri içeriğinin barındırdığı hakikatle değil, dönüştürme kapasitesiyle yani nasıl bir işlev gördüğüyle ölçülür. Dolayısıyla, "Cooke, Elauf'un başını dini hassasiyetlerinden dolayı örttüğünü varsaymıştı" ifadesini Mahkeme açısından önemi hakiki anlamda "Cooke'un Elauf hakkında bir takım düşüncelere sahip olması"ndan değil bir suçluluk iddiasının reddine ya da kabulüne delil niteliğinde olmasından kaynaklanmıştır. Taraflar, aslında nötr olan bu bilgiyi kendi hakikat iddialarını "doğru" kabul ettirmek ve güçlendirmek maksadıyla kullanmışlardır.

Sonuç olarak yargılamanın ilerleyen safhalarında Mahkeme'nin görüşünü etkilemeyi başaranın davacı taraf olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü, Gershengorn'un "adayın başörtüsünü dini nedenlerle taktığı düşünülüyorsa ya bu varsayım göz ardı edilir yani dini nedenlerle takmadığı varsayılır ya da bir sorun oluşturacağı düşünülüyorsa adayla diyalog kurulur" şeklindeki görüşü Yargıçlar tarafından da kullanılmaya başlanmıştır. Dolayısıyla "Cooke, Elauf'un başını dini hassasiyetlerinden dolayı örttüğünü düşünmüştü" bilgisi yargılamanın bundan sonraki kısımda Elauf lehine işlev görmüştür. Böylece, Elauf'un avukatı "varsayım, sanı, kesinlik derecesinde bilme vs." karmaşasını da Yargıçlar açısından çözüme kavuşturmuştur. Örneğin Yargıç Breyer, A&F'nin avukatına *"İşveren bu kadının dindar olduğunu ve bir düzenlemeye ihtiyaç duyduğuna inanıyorsa ya da böyle düşünüyorsa (ne olduğu fark etmez!); (ona) 'şayet geçerli bir mazeretin yoksa o zaman (kolaylık sağlamak adına) bir şeyler yap, demek neden uygulanamaz olsun? (Sizce) bu neden uygulanamazdır?"*[199] diye sormuştur. Diğer bir deyişle Yargıç Breyer, A&F personeli Cooke'un, Elauf'un başörtüsünü dini hassasiyetleri dolayısıyla taktığını anladığı halde, şirketin neden kesin olarak bilmiyorduk bahanesini öne sürerek şirket politikalarında Elauf'a bir esneklik sağlamadıklarını sorgulamıştır. A&F'nin avukatı Dvoretzky bu soruya oldukça kaçamak bir şekilde *"Uygulanamazdır çünkü, EEOC şüphe karşısında inancın yüzde kaçlık bir kesinlik gerektirdiğini açıklamıyor…"*[200] cevabını vermiştir. Yargıç Breyer avukatın bu cevabına alaycı sayılabilecek bir tonda (özetle); *"her yıl görülen 80.000 federal davanın yüzde doksanında*

[199] Breyer; *"It is -- it is unadministrable to say that if the employer believes, thinks, this woman is religious and needs an accommodation and he's right, well, do something unless you have an excuse. What -- why is that unadministrable?" Oyez,* (00:31:12); *Supreme Court,* s: 34.

[200] Dvoretzky; *"Your Honor, I believe that's unadministrable because the EEOC does not explain what level of certainty is required for a belief versus suspecting …" ?" Oyez,* (00:31:30); *Supreme Court,* s: 34.

birilerinin bir şeylere inanması ve bunun ispatlanması söz konusudur, bu davalarda standart neyse bunda da odur"[201] şeklinde bir cevap vermiştir

Bu sebeple, davanın geldiği alt mahkeme olan 10. Daire Temyiz Mahkemesi'nin, "iş başvurusunda bulunan kişi dini pratiklerinden dolayı bir düzenlemeye ihtiyaç duyuyorsa bunu işverene açık ve kesin bir şekilde bildirmelidir, aksi takdirde işveren kolaylık sağlamadığı için ayrımcı muamele yapmakla suçlanamaz" şeklindeki iddiası da yargıçlar tarafından geçerliliğini yitirmiştir. Dolayısıyla A&F'nin avukatına "madem başörtüsünün dini nedenlerle takıldığını anladınız, neden onunla bu konuda bir diyalog başlatmadınız" tarzında sorular yöneltilmiştir. Örneğin, Yargıç Alito şöyle bir soru sormuştur: *"Peki işveren şöyle diyemez mi? Bizim bir sakal bırakmama politikamız var ya da her neyse… (örn: başı kapatmama, siyah giymeme) Sadece, 'bununla ilgili bir sorununuz var mı' deyin?"*[202] Yargıç Alito, A&F'nin neden belirsizlik üzerine hareket etmek yerine Elauf'la iletişime geçmeyi tercih etmediklerini sorgulamıştır.

Avukat Dvoretzky, yargıçlardan ve EEOC tarafından gelen "adayla neden bir diyalog başlatmadıkları" yönündeki eleştirilere, 10. Daire'nin kararında belirttiği şekilde[203]; görüşmeyi başlatma sorumluluğunun iş başvurusu yapan adaya ait olduğunu söyleyerek cevap vermiştir. Bunun için Dvoretzky "*EEOC'nin kırk yıldır görüşmeyi başlatma yükünü çalışana (ya da adaya) yüklediğini"*[204] söylemiştir. Bu cevabını ise üç şekilde gerekçelendirmiştir. Birincisi, *"doğası gereği bireysel ve kişisel bir şey olan dini"*[205] hakkında ancak adayın kendisinin bilgi sahibi olabileceği, bu yüzden de diyaloğu başlatma yükünün ona ait olduğu şeklindedir.

İkinci gerekçe ise daha önce belirtildiği üzere, örtünün dini bir mahiyeti olduğunun "kesin olarak" bilinmediği ve bu sebeple bir diyalog kurulmadığı şeklindedir. Çünkü, Dvoretzky'a göre, Elauf'un başörtüsü dini nedenlerle takılmış gibi durmamaktadır ya da en azından neden takıldığını anlamak kolay değildir. Bunun için de yargıçları, sundukları dosyada yer alan, Elauf'un fotoğraflarına bakmaya davet etmiştir.[206] Fakat Yargıç Alito, *"Yani, şayet*

---

[201] Yargıç Breyer: *" …Now, we probably in 250,000 Federal cases a year, of those, say, 80,000 that go to trial. Proving that somebody has a belief or other is probably at issue in 90 percent of them. Now, I'm making that up, that number, but nonetheless, I don't think it's uncommon in the law that you have to prove that somebody believes something. So we say, the standard of proving belief is like in any other case." Oyez,* (00:31:41); *Supreme Court,* s: 34.

[202] Yargıç Alito; *"Well, couldn't the employer say, we have a policy no beards, or whatever, do you have any problem with that? Why do you have to -- why does it have to be phrased, could you do it? Just say, do you have any problem with that?" Oyez,* (00:19:24) ; *Supreme Court,* s:22-23.

[203] *Equal Employment Opportunity Commision v. Abercrombie & Fitch*, No. 11-5110. "United States Court of Appeals Tenth Circuit." sayfa: 27. https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/ca10/11-5110/11-5110-2013-10-01.pdf?ts=1411095590

[204] Dvoretzky: *"For 40 years, the EEOC's own guidance has put the burden to initiate the conversation on the employee because only the employee knows."*
Oyez, (00:35:07) ; *Supreme Court,* s:37.

[205] Dvoretzky: *"In the typical case, that is going to come directly from the employee because of the individualized and personal nature of religion…" Oyez,* (00:27:44) ; *Supreme Court,* s: 30-31.

[206]Dvoretzky; "*I would direct the Court, if I could, to Joint Appendix 130 and 131, which contain pictures of the sort of headscarf that Ms. Elauf was actually wearing in this case. Those sorts of situations where it's far more ambiguous whether a -- whether a particular outward symbol is religious in nature or not will be far more common." Oyez,* (00:38:37); *Supreme Court,* s: 32.

burada söz konusu olan kişinin başörtüsünü her gün takacağını varsaymasaydınız onu işe almamak için hiçbir nedeniniz olmazdı. (Çünkü) sadece o gün başörtü takmış olması her gün takacağı anlamına gelmezdi… Belki de saçının kötü olduğu bir gündü ve (bu yüzden) başörtüsüyle gelmişti ancak hiçbir dini gerekçesi yoktu. Bunun için onu reddeder miydiniz? Hayır. Reddetme nedeniniz bunu her gün yapacağını varsaymanızdı ve bunu her gün yapacağını varsaymanızın tek nedeni de dini nedenlerle takılmış olmasıydı"[207] diyerek Elauf'un başörtüsünü dini nedenlerle taktığının anlaşılmadığı gerekçesine itiraz etmiştir.

Avukat Dvoretzky'nin "diyaloğu aday başlatmalıdır" iddiası için sunduğu üçüncü gerekçesiyse; adaya -kendisi bu konuda hiçbir şey söylememişken- "başörtüsünü dini nedenlerle mi takıyorsunuz" diye sormanın önyargılı ve ayrımcı bir tavır olacağı, şeklindedir. Bunun için Dvoretzky *"yalnızca tahmine dayalı olarak bir diyalog başlatmanın; kişiyi basmakalıp bir kategoriye sokmak (stereotype) ve ona diğerlerinden farklı bir muamele yapmak anlamına geleceğini"*[208] söylemiştir. Bu son gerekçe ile A&F'nin avukatı, Elauf'la başörtüsünü hangi nedenle taktığını öğrenmeye yönelik bir diyalog başlatmanın, ona karşı ayrımcı bir tavır olacağını savunmuştur ve ona diğer adaylarla eşit davranma kaygılarının onları sessiz kalmaya ittiğini iddia etmiştir. Fakat Yargıç Kagan, Dvoretzky'nin sunduğu bu gerekçenin oldukça ironik olduğunu düşünmüştür.

> Yargıç Kagan: *"İnsanlarla asla böyle münasebetsiz bir konuşma yapamayız(!) çünkü bu insanları işten çıkaracağız ve asla bir Abercrombie çalışanı olmamalarını sağlayacağız. Şimdi, bu kanun (7. Madde) bu iki seçenekten, (yani) basma kalıp düşüncelere dayanarak bir kişinin asla işe alınmamasına neden olma seçeneği ile basma kalıp düşüncelere dayanarak münasebetsiz bir konuşma yapma seçeneğinden… hangisinin daha kötü bir problem olduğunu düşünür (sence)?"*[209]

Diyaloğun öncesi de göz önünde bulundurulduğunda özetle Yargıç Kagan; A&F'nin Elauf'la bir diyalog başlatmamasının, ona ayrımcı davranmaktan kaçınmak gibi bir hassasiyetin ürünü olmadığını, aksine onu işe almak istememelerinden kaynaklandığını belirtmiştir. Kagan, Elauf'un iş başvurusunun reddedilmesinin zaten önyargılara dayandığını ve ayrımcılık

---

[207] Yargıç Alito; "*So what -- on -- there would be no reason for not hiring the individual involved here unless you assumed that she was going to wear a scarf every day. Just because she wore a headscarf on that one day, wouldn't mean that she necessarily was going to wear it everyday. Every day she might. Maybe she's just having a bad hair day so she comes in with a headscarf, but she doesn't have any religious reason for doing it. Would you reject her for that? No.The reason that she was rejected was because you assumed she was going to do this every day and the only reason why she would do it every day is because she had a religious reason." Oyez,* (00:47:39) ; *Supreme Court,* s:48-49.

[208] Dvoretzky; *"…that isn't a solution, because that is asking employers to treat applicants differently based on stereotypes or assumption about whether something is likely a religious practice." Oyez,* (00:46:40) ; *Supreme Court,* s: 48.

[209] Yargıç Kagan; *"We'll never have the awkward conversation because we're just going to cut these people out and make sure that they never become Abercrombie employees. Now, between those two options, the option of using a stereotype to make sure that somebody never gets a job and using a stereotype to have an awkward conversation, which does this statute seem to think is the worst problem?*" *Oyez,* (00:52:03) ; *Supreme Court,* s:52.

olduğunu, bu sebeple de "biz ön yargı ve ayrımcılık olur diye onunla diyaloğa geçmedik" demenin ironik olduğunu ifade etmiştir. Dolayısıyla, Dvoretzky ötekileştirmemek, diğer adaylardan farklı bir muamele yapmamak için Elauf'a başörtüsü ile ilgili soru sormadıklarını savunmuştur; oysa bu konuşmayı yapmamanın bedeli Elauf'u başörtüsü dolayısıyla işe almamak olmuştur ki bu çok daha büyük bir ayrımcılık olmuştur. Bu sebeple Yargıç Kagan, Madde 7 kapsamında, "işyerlerimizde başı örtülü olarak gezmeyi yasaklayan bir kanunumuz var, bu sizin için bir problem teşkil eder mi?" tarzında bir soru sormanın o kişiyi ötekileştirmek olmayacağı yani ayrımcılık olarak nitelendirilmeyeceğini; fakat başörtüsünü dini nedenlerle taktığını varsayarak onu işe almamanın ayrımcılık olacağını belirtmiştir.

Özetle Dvoretzky'nin diyaloğu başlatma yükümlülüğünün Elauf'da olduğu iddiasını gerekçelendirirken sunduğu "dinin kişiye özel olması, Elauf'un başörtüsünü dini bir gerekçeyle takıp takmadığının anlaşılamaz olması ya da ön yargıdan kaçınmak" argümanları Yüksek Mahkeme yargıçlarının geneli tarafından ikna edici ve gerçekçi bulunmamıştır. Hatta Yargıç Ginsburg ve Yargıç Sotomayor gerekçelere hiç takılmadan, diyaloğu başlatma yükümlülüğünün şirketin kuralları hakkında bilgi sahibi olmayan Elauf'a yüklenmesine itiraz etmiştir. Yargıç Ginsburg, Elauf'un şirketin kurallarından habersiz olduğu için bir konuşma yapmaya ihtiyaç duymadığını belirtmiştir; *"Bu, eğer çalışan kuralı biliyorsa geçerlidir. Ancak burada çalışanın kıyafetinde rahatsız edici bir şey olduğunu düşünmesi için hiçbir nedeni yok. İşverenin bundan rahatsızlık duyduğuna dair bir emare yokken neden, 'bu arada başörtüsü takmak benim için dini bir gereklilik' desin? Ona göre başörtüsü takmakta bir sorun yoktu ki."*[210]

Benzer şekilde Yargıç Sotomayor'da *"Elauf'un Abercrombie'de çalışan bir arkadaşına başörtüsünün sorun olup olmayacağını sorduğunu ve onun da (başörtüsü) siyah değilse sorun olmaz"*[211] dediğini aktararak, Elauf'un Abercrombie mağazasında rengi siyah olmadığı sürece başörtülü çalışmanın sorun olmayacağını düşündüğünü belirtmiştir. Bu vesileyle, başörtüsü ile alakalı bir diyalog başlatmanın Elauf açısından gereksiz olduğunu ima etmiştir. Bunun üzerine Dvoretzky Yargıç Sotomayor'u, Cooke'un "*Elauf'a 'Görünüm Politikası'nı okuduğu ve ona soru sorması için fırsat tanıdığı"*[212] şeklindeki beyanına bakmaya davet etmiştir. Ayrıca, dosyadaki beyanlarına dayanarak Elauf'un *"Abercrombie tarzında giyinmesi gerektiğini ve*

[210] Yargıç Ginsburg: *"That's if the employee knows the rule. But here the employee had no reason to think that there was anything offensive about her dress. How can she say, by the way, I have a religious reason for wearing this headscarf, when from everything, from all appearances, the employer doesn't care.It's okay to wear a headscarf." Oyez,* (00:35:23) ; *Supreme Court,* s:37-38.

[211] Yargıç Sotomayor; "*But she asked a friend, who worked for Abercrombie whether the -- whether the headscarf was a problem, and the friend said, no, if it's not black, it should be okay." Oyez,* (00:36:45) ; *Supreme Court,* s:38-39.

[212] Dvoretzky; *"If you look at Joint Appendix 33 and Joint Appendix 100 to 101, that's Cooke's testimony, that she read a summary of the Look Policy and gave Ms. Elauf the opportunity to ask any questions." Oyez,* (00:38:04) ; *Supreme Court,* s:40.

Abercrombie mağazalarında başörtüsü satılmadığını"[213] bildiğini dolayısıyla Abercrombie mağazalarında başörtülü çalışamayacağı konusunda bilgi sahibi olduğunu iddia etmiştir. Bunun üzerine Dvoretzky ve Yargıç Ginsburg arasında şöyle bir konuşma geçmiştir;

> Yargıç Ginsburg: *"Evet ama okuduğu şeyde başörtüsünden bahsedilmiyordu."*
>
> Dvoretzky: *"Özellikle başörtüsünden bahsetmiyordu ancak, genel olarak Görünüm Politikası'nı açıklamıştı. Abercrombie'nin çalışanlarından Abercrombie tarzı kıyafetler giyinmelerini istemesi herkesçe bilinebilecek birşeydir (bir sağduyu meselesidir)."*[214]

A&F'nin avukatı, Elauf'un Abercrombie'nin başörtüsü satmamasından ya da Abercrombie'nin çalışanlarından ürettiği tarzda kıyafetler giyinmelerini beklemesinden dolayı sağduyusal olarak orada başörtülü çalışamayacağını bilebileceğini iddia etmiştir. Dolayısıyla, diyaloğu başlatma yükümlülüğünün, hem kendi dini hassasiyetlerini daha iyi bilmesi hem de A&F'de başörtülü çalışılamayacağını bilmesi dolayısıyla Elauf'a ait olduğunu ifade etmiştir. Oysa, Dvoretzky'nin ardından iddialara cevap vermek üzere tekrardan söz hakkı alan EEOC Avukatı Gershengon *"iş başvurusu yapan adayların, işverenle sürekli etkileşimde olma ve (işyeri) kurallarını anlama şansına sahip çalışanların aksine, bilgi açısından ciddi bir dezavantaja sahip olduklarını ve çalışma kurallarını bilmediklerini"*[215] belirtmiştir.

Elauf'la mülakat yapan A&F görevlisi Cooke'un onun dini nedenlerle başörtüsü taktığını varsayıp bunu bölge sorumlusu Johnson'a iletmesi dahi A&F'nin Elauf'un dini nedenlerle başörtüsü taktığı bilgisine sahip olduğuna dair bir delil oluşturmazken, Elauf'un şirketin başörtü satmamasından orada başörtülü çalışılamayacağı bilgisine ulaşabileceğini iddia etmek tutarsız görünmektedir. Başörtülü birinin başını örtme maksadının dini olduğu bilgisine sorumluluk doğurmayan bir varsayım gözüyle bakan Dvoretzky; Elauf'un başörtüsü satmayan bir markanın başörtülü çalışan da kabul etmeyeceği bilgisine, şüpheye yer bırakmayacak şekilde kesin bir biçimde ulaşabileceğini iddia etmiştir. Sonuç olarak hayli çelişkili olan bu iddialar, Dvoretzky'nin *"EEOC'den bilmek ve şüphe arasındaki kesinlik derecesi farkının ne*

---

[213] Dvoretzky *"She -- she testified that she knew that she would have to wear Abercrombie style clothes….She knew that Abercrombie did not sell headscarves." Oyez,* (00:36:24); *Supreme Court,* s:38.

[214] Yargıç Ginsburg; "*Okay, but there was no mention of a headscarf in what she read."* Dvoretzky; *"It did not specifically mention the headscarf. However, it described the Look Policy in general. Ms. Elauf knew before, it was a matter of common sense that Abercrombie requires their employees to wear clothes that look like Abercrombie style." Oyez,* (00:37:44) ; *Supreme Court,* s:39-40.

[215] Gershengorn; *"…most applicants -- unlike employees, who are in a position to go back and forth with their employer and understand the work rules, applicants are at a serious informational disadvantage. They don't know the work rules…" Oyez,* (00:58:12); *Supreme Court,* s:58.

olduğunu tayin etmesini" istemesinin gerçek bir ihtiyaca ve nesnel standartlara dayalı yargılanma isteğine dayanmadığını göstermektedir.

3.3.3 Sonuç

1 Haziran 2015'de Yüksek Mahkeme dava ile ilgili kararını açıklamıştır. Dava sonucunda, Yargıç Scalia; Yargıç Roberts, Kennedy, Ginsburg, Breyer, Sotomayor ve Kagan'ın da katılımıyla, başörtüsü takması nedeniyle işe alınmayan "Elauf lehine" karar bildirmiştir. Kararda 1964 tarihli Medeni Haklar Kanunu'nun 7. Maddesi kapsamında, ilk olarak, bir işverenin; herhangi bir bireyi ırkı, rengi, dini, cinsiyeti veya etnik kökeni nedeniyle işe almayı reddetmesinin, işten çıkarmasının; ücret, iş şartları ve koşulları veya istihdam ayrıcalıkları ile ilgili konularda ayrımcılık yapmasının yasadışı olduğunu belirtmiştir. İkinci olarak, çalışanları veya iş için başvuran kişileri dinleri, ırkları, renkleri, cinsiyetleri veya etnik kökenleri nedeniyle istihdam fırsatlarından mahrum bırakacak ya da mahrumiyete dolaylı olarak sebep olacak ya da çalışan olarak statüsünü düşürecek şekilde kısıtlamaların, ayrıştırmaların ve kategorizasyonların yasa dışı olduğunu belirtmiştir.[216]

Mahkeme, "kasıtlı ayrımcılık" ile "ayrımcı etki" olarak adlandırılan bu iki durumun, söz konusu kanun gereği dava açma nedenleri olduğunu belirtmiştir. Ayrıca, bu madde kapsamında "din" kelimesinin; dini duyarlılıkların ve ibadetlerin tümünü ve inancı da içine alacak şekilde tanımlandığını ve bir işverenin kendisini aşırı derecede zor durumda bırakacak bir şey söz konusu olmadığı sürece "dini hassasiyetlere ve ibadetlere" esneklik sağlaması gerektiği belirtilmiştir.[217]

Sonuç olarak, Yargıç Scalia kaleme aldığı 7 kişilik çoğunluk kararında Mahkeme'nin, Abercrombie tarafından ileri sürülen iddialara katılmadığını dile getirmiştir. Abercrombie'nin temel iddiası şudur; iş başvurusu yapan bir kişi, işverenin ona karşı ayrımcı bir muamele yaptığını iddia etmeden önce; işverenin, başvuru sahibinin dini gerekçelerinden dolayı mevcut şirket politikalarında esnekliğe ihtiyaç duyduğuna dair bir bilgiye sahip olduğunu göstermesi gerekir. Çünkü başvuru sahibi böyle bir ihtiyacı olduğunu beyan etmediği sürece işveren bunu bilemeyeceğinden kasıtlı bir ayrımcılıkta gerçekleştiremez. Mahkemeye göre, iş başvurusu yapan bir kişinin işveren tarafından ayrımcılığa maruz kaldığını iddia etmesi için işverenin onun ihtiyacı konusunda bilgi sahibi olduğunu ispatlaması gerekmez; yalnızca bir esnekliğe ihtiyaç

[216] "Opinion of the Court", *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie&Fitch 575__(2015)*, Sayfa: 3. https://supreme.justia.com/cases/federal/us/575/14-86/case.pdf
[217] "Opinion of the Court", *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie&Fitch 575__(2015)*, Sayfa: 3.

duyduğunu ve bu ihtiyacın işverenin onu işe almama kararında motive edici olduğunu göstermesi gerekir.[218]

Dolayısıyla kararda, 1964 tarihli Medeni Kanun'un 7. Maddesi kapsamında ayrımcı bir muamelenin var olduğuna hükmedebilmek için bir bilgi şartı aranmadığı; aksine maddenin, işverenin "bilgi sahibi olup olmadığına bakılmaksızın" belli davranışları yasakladığı dile getirilmiştir.[219] Ayrıca, bu madde gereği işverenlerden beklenenin sadece, tüm başvuranlara eşit muamelede bulunmaları olmadığı, aksine dini hassasiyetleri ve ibadetleri söz konusu olan kişilere ayrıcalıklı muamelede bulunmalarının da beklendiği ifade edilmiştir. Sonuçta mahkeme, 10. Daire Temyiz Mahkemesi'nin ilgili maddeyi yanlış yorumladığına hükmederek, Abercrombie lehine verdiği kararını bozmuştur.[220]

Yargıç Alito ise bu karara yukarıda zikredilenlerden farklı bir gerekçe ile katıldığını bildiren bir görüş yayınlamıştır. Ona göre, iş başvurusu yapan kişinin ayrımcılık iddiasında bulunabilmesi için işverenin onun dini ibadet ve uygulamaları konusunda bilgi sahibi olduğunu ispat etmesi gerekir; fakat bu uygulamaları konusunda işverene bir bildirimde bulunmuş olması gerekmez. Elauf mülakata başörtüsü ile gittiği için işverenin bu konuda bir bilgiye sahip olduğu hükmedilebilir, dolayısıyla ayrıca bir bilgilendirme şartı aranmaz. Dolayısıyla Yargıç Alito çoğunluktan ayrılarak, kanun dilinin işverenin herhangi bir bilgi sahibi olup olmadığına bakılmaksızın bir anlam ifade etmeyeceğini dile getirmiştir. Çünkü, bir işverenin başvuru yapan adaya karşı dini temelli ayrımcılık yapmış olması için, adayın dini hassasiyetleri ve pratikleriyle ilgili bir bilgiye sahip olması gerekir. Dolayısıyla Yargıç Alito, kanunu çoğunluk kararında belirtildiği şekliyle okumanın, hiçbir kusuru olmayan işverenlerin dahi ayrımcılıkla suçlanmalarına sebep olacağını öne sürmüştür.[221]

Yargıç Clarence Thomas ise Abercrombie'nin tarafsız bir şekilde uyguladığı "Görünüm Politikası"nın ilgili kanunun 7. Maddesi'nin ihlal eden bir nitelik taşımadığını, bu sebeple de ayrımcılık olarak değerlendirilemeyeceğini ifade eden, kısmen muhalif bir görüş yazmıştır. Ona göre her ne kadar şirketin bu politikasını katı bir biçimde uygulaması başörtüsü takanlar için orantısız bir etkiye sebep olsa da nihayetinde bu politika tüm potansiyel başvuru sahiplerine eşit davranacak şekilde oluşturulmuştur ve bu nedenle dini nedenlerle iş başvurusu reddedilen Elauf ayrımcı bir muameleye maruz kalmamıştır. Ayrıca ona göre, Madde 7'nin ayrımcı muamele konusundaki içtihadının, başvuru sahibinin dini hassasiyet ve uygulamaları ile

[218] "Opinion of the Court", *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie&Fitch 575__(2015)*, Sayfa: 3.
[219] "Opinion of the Court", *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie&Fitch 575__(2015)*, Sayfa: 5.
[220] "Opinion of the Court", *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie&Fitch 575__(2015)*, Sayfa: 6-7.
[221] "Alito, J., concurring in judgement" *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie&Fitch 575__ (2015)*, Sayfa: 1-6. https://supreme.justia.com/cases/federal/us/575/14-86/case.pdf .

şirketin politikalarını uzlaştırma konusunda sıkıntı yaşayan işverenlerin ayrımcı olarak nitelendirilmesine hükmetmemektedir. Sonuç olarak, Yargıç Thomas ilgili kanun metninin yalnızca ayrımcılık yapma niyetiyle hareket edenlerin cezalandırılacağı şekilde dar yorumlanması gerektiğini bildirmiştir.[222]

3.3.4 Değerlendirme

Davanın sözlü yargılamasında yargıçların taraflara yönelttikleri soru sayısının mahkeme içerisindeki ideolojik bölünmeyi yansıttığı görülmüştür. Muhafazakâr yargıçlar Roberts (+3), Scalia (+15) ve Kennedy'nin (+5) EEOC avukatı Gershengorn'a, liberal yargıçlar Breyer (+9), Kagan (+1), Ginsburg (+8) ve Sotomayor'un (+6) ise A&F'nin avukatı Dvoretzky'ye daha fazla sayıda zorlayıcı soru yönelttiği görülmüştür. Muhafazakâr yargıçlardan sadece Yargıç Alito (+4), A&F avukatına daha fazla soru sormuştur. Liberal yargıçların yönelttiği sorular ağırlıklı olarak Elauf'un lehine olacak şekildedir.[223] Öte yandan muhafazakâr yargıçların yönelttiği soruların, 10. Daire Temyiz Mahkemesi'nin karar metnindeki söylemlere atıf yaptığı ve A&F tarafını destekleyici nitelikte olduğu görülmüştür. Sözlü yargılamalarda, yönelttikleri soru sayılarına ve soruların içeriklerine bakarak yargıçların hangi taraf lehine karar bildireceğine dair tahminler yapan ve %65 oranında doğru tahminde bulunan Chris Schmidt (2015), bu davanın sözlü yargılamalarının ardından liberal yargıçlar ve Yargıç Alito'nun birleşerek kararı Elauf lehine belirleyeceklerini tahmin etmiştir. Dolayısıyla, muhafazakâr yargıçlar Roberts, Kennedy ve Scalia'nın ise A&F lehine karar bildireceğini düşünmüştür. Gerçi, ABD temyiz mahkemelerinde ve Yüksek Mahkemesi'nde; muhafazakâr yargıçların daha çok işveren lehine karar bildirdikleri, liberal yargıçlarınsa genellikle emek yanlısı bir yaklaşım benimsedikleri (Taratoot, 2013, s. 45) bilinen birşeydir.[224] Dolayısıyla Schmidt'in tahmininin bu ön bilgiye dayandığı da düşünülebilir.

---

[222] "Opinion of Thomas, J." *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie&Fitch 575__ (2015)*, Sayfa: 1-10. https://supreme.justia.com/cases/federal/us/575/14-86/case.pdf .

[223] Chris Schmidt, (25 Şubat 2015) "Predicting the Winners in EEOC v. Abercrombie & Fitch and Baker Botts v. ASARCO," *IIT Chicago-Kent College of Law.* https://blogs.kentlaw.iit.edu/iscotus/predicting-winners-eeoc-v-abercrombie-baker-botts-v-asarco/ (11 Eylül 2023).

[224] Mark Douglas McGarvie Amerikan kültürünün, kabaca Aydınlanma hümanizmi ve Hristiyan ahlakçılığı olarak ifade edilebilecek iki çatışan fikir sistemine dayandığını söylemektedir (McGarvie, 2016, s. 194). Aydınlanma'nın sözü edilen özgürlükçü ve hümanist söylemiyle Hristiyanlığın ahlakçı ve komüniteryen (cemaatçi) fikirleri Amerikan tarihinin büyük bir bölümünde çatışmıştır. Özellikle sömürge döneminden yirminci yüzyılın ortalarına kadar, Hristiyan ahlakçılığı ve cemaatçiliği, Aydınlanma'nın bireyci, serbest girişimci, kapitalist ve hümanist demokratik söylemlerine karşı bir protesto sesi olmuştur. Fakat ABD'nin kutsal ve aşkın bir tarihi deneyimlediği inancı olan "sivil din"; bu iki düşünce sistemine hem ihanet etmiştir hem de onları bütün çelişkilerine ve uzlaşmazlığına rağmen bütünleştirmeyi başarmıştır. Sivil din, bir yandan liberalizmin sertliğini kırarken diğer yandan Hristiyan cemaatçiliğinin meydan okumalarını susturmuştur. 19. yüzyılın ortalarında sivil dinin çöküşüyle birlikte, Amerikan toplumu sivil dinin dayandığı kültürel dünya görüşündeki tutarsızlıkların farkına varmıştır. 1970'li yıllara gelindiğinde ise Amerikalılar arasında, Hristiyanlığın; serbest girişimci kapitalizmi, demokrasiyi, çevresel tahribat ve sömürüyü, militarist emperyalizmi ve refahtaki büyük eşitsizlikleri meşrulaştırdığını düşünen çok küçük bir kısım

Fakat tüm bunların ötesinde yapılan söylem analizi de muhafazakâr yargıçların söylemlerinin A&F'yi ve alt mahkemeyi destekleyecek nitelikte olduğunu dolayısıyla bu yönde bir karar bildirmemelerinin şaşırtıcı olduğunu ortaya koymuştur. Yargıç Roberts, Scalia ve Kennedy'nin bilhassa sözlü yargılamanın başlarındaki söylemlerinin alt mahkemenin karar metnindeki gerekçelere oldukça sadık olduğu söylenebilir. Örneğin, Yargıç Scalia'nın sözlü yargılamanın başlarında A&F tarafının iddialarını güçlendiren söylemleri dikkat çekmiştir. Scalia Gershengorn'a *"sadece Cooke'un ifadelerine dayanarak işverenin bir hak ihlalinde bulunduğunun kanıtlanamaz"*[225] olduğunu söylemiştir. Dolayısıyla alt mahkemenin koyduğu "adayın bildirmesi sonucu kesin olarak bilme" şartını desteklemiştir. Öte yandan, Yargıç Scalia alt mahkemenin diyaloğu başlatma yükümlülüğünün Elauf'a ait olduğu yönündeki kararına[226] katıldığını ifade eden söylemlerde bulunmuştur.[227]

Benzer şekilde Yargıç Roberts da sözlü yargılamanın başında diyaloğu başlatma yükünün Elauf'a ait olduğunu düşünüyor gibi durmaktadır. Zira, Gershengorn'un; 'A&F'nin işe almama kararından önce Elauf'la başörtüsünü neden örttüğüne dair bir diyalog başlatması gerektiği' fikrine karşı çıkmıştır ve bunun *"Elauf'u basmakalıp bir kategoriye sokmak olacağını"*[228] söylemiştir. Bu söylem daha sonra A&F'nin avukatı Dvoretzky tarafından da desteklenmiştir. Dvoretzky de *"yalnızca tahmine dayalı olarak bir diyalog başlatmanın; kişiyi basmakalıp bir kategoriye sokmak (stereotype) ve ona diğerlerinden farklı bir muamele yapmak anlamına geleceğini"*[229] söylemiştir. A&F avukatının ve Yargıç Roberts'ın bu ifadeleri aynı ile 10. Dairenin Temyiz Mahkemesi'nin karar metninde de yer almaktadır.[230] Dolayısıyla, Yüksek Mahkeme'nin muhafazakâr yargıçlarının, sözlü yargılamanın başındaki söylemlerinin, alt mahkemenin muhafazakâr yargıçlarının A&F lehine olan söylemleriyle önemli ölçüde benzerlik gösterdiği görülmüştür.

---

kalmıştır. Bu küçük grup şaşılacak bir şekilde Beyaz Evanjelikler ve onların Katolik ve Mormon müttefiklerinden oluşuyordu; bu gruplar sivil dinin çok daha şiddetli bir versiyonunu yeniden canlandırmışlardır. Onlara göre, Tanrı Amerikalıları seçmişti ve onları Cumhuriyetçi bir hükümet ve serbest girişimci kapitalizmle ödüllendirmiştir. Bu ödüllere sahip çıkmak ise Amerikalılar'ın Tanrı'ya borçlu olduğu kutsal bir sorumluluktur (McGarvie, 2016, s. 194).

[225] Yargıç Scalia; *"So the mere fact that this supervisor said that doesn't prove a violation by the employer." Oyez,* (00:10:07) ; *Supreme Court,* s:12.

[226] *Equal Employment Opportunity Commision v. Abercrombie & Fitch*, No. 11-5110. "United States Court of Appeals Tenth Circuit." sayfa: 27. https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/ca10/11-5110/11-5110-2013-10-01.pdf?ts=1411095590

[227] Yargıç Scalia; *"You could avoid those hard questions, whether it's understand, believe, suspect, by adopting the rule that the court of appeals adopted here; and that is, if you want to sue me for denying you a job for a religious reason, the burden is on you to say, I'm wearing the headscarf for a religious reason, or I'm wearing the beard for a religious reason." Oyez,* (00:13:19) ; *Supreme Court,* s:15.

[228] Yargıç Roberts; *"Well, your your solution that you suggested is that if there's some doubt the employer should begin a dialogue, I think is what you but I think that may promote stereotypes to a far greater degree than what you're objecting to…" Oyez,* (00:11:13) ; *Supreme Court,* s:13.

[229] Dvoretzky; *"…that isn't a solution, because that is asking employers to treat applicants differently based on stereotypes or assumption about whether something is likely a religious practice." Oyez,* (00:46:40) ; *Supreme Court,* s: 48.

[230] *Equal Employment Opportunity Commision v. Abercrombie & Fitch*, No. 11-5110. "United States Court of Appeals Tenth Circuit." sayfa: 26-27. https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/ca10/11-5110/11-5110-2013-10-01.pdf?ts=1411095590

İlaveten, bir diğer muhafazakâr yargıç olan Kennedy, Elauf'un avukatı Gershengorn'un konuşması boyunca 5 kere söze girmiş, A&F'nin avukatının savunması sırasında ise hiç konuşmamıştır. Fakat bunun tam aksine, Yargıç Kennedy dindar bir Hristiyan olan Pastacı Phillips'in inancına aykırı olduğu halde eşcinsel bir çifte pasta yapmaya zorlandığı davada, eş cinsel çiftin avukatlarının savunmaları boyunca 14 kez söze girmiş ve Phillips aleyhine karar veren alt mahkemeyi din özgürlüğüne saygılı olmamakla eleştirmiştir. Özgür bir toplumda hoşgörünün esas oluğunu belirttikten sonra alt mahkemenin Phillips aleyhine verdiği kararı inanca karşı saygısızlık ve hoşgörüsüzlük olarak nitelendirmiştir.[231] Fakat aynı yargıç, Müslüman bir kadının başörtüsünden dolayı işe alınmadığı bir davada "özgürlük, din özgürlüğü, hoşgörü" üzerine hiçbir şey söylememiştir. Dolayısıyla bu iki davada Yargıç Kennedy'nin din özgürlüğü tutumunun, din özgürlüğünün ihlali iddiasında bulunan tarafın "dini kimliğine" bağlı olarak değişkenlik gösterdiği söylenebilir. Muhafazakâr yargıçlar arasında yalnızca Yargıç Alito başından beri diğerlerinden farklı bir tutum sergilemiştir. Hem A&F'nin diyaloğu başlatmakla yükümlü taraf olduğunu, hem de A&F'nin Elauf'u dini gerekçelerle başörtü takan biri olduğu için işe almadığını savunmuştur.

Fakat sonuç olarak, koyu muhafazakâr olmasıyla tanınan Yargıç Thomas hariç diğer muhafazakâr yargıçlar Elauf'u başörtüsü dolayısıyla işe almayan A&F aleyhinde karar bildirmiştir. Muhafazakâr yargıçların A&F'den yana gibi görünen söylemlerinin Elauf lehine dönmesinde; "Yargıç Alito'nun tutumunun, A&F'nin ayrımcılık konusunda kötü şöhret sahibi bir marka olmasının ve birçok sivil ve dini kuruluşun Elauf'u desteklemek adına mahkemeye "dost görüşü" (amicus briefs) sunmuş olmasının" etkili olduğu öne sürülebilir. İlk olarak Yargıç Alito'nun tutumunun mahkemenin diğer muhafazakâr yargıçlarını etkilediği söylenebilir. Zira muhafazakâr bir yargıç olarak Alito, birçok dinde kıyafet ile alakalı özel uygulamaların bulunduğunu, dolayısıyla davanın geniş bir inanan kitlesini ilgilendirebileceğini vurgulayan söylemlerde bulunmuştur. Örneğin A&F'nin avukatı Dvoretzky'nin ve alt mahkemenin "diyaloğu aday başlatmalı" iddiasına şöyle itiraz etmiştir; *"Diyelim ki dört kişi Abercrombie'ye bir iş görüşmesi yapmak için geldi… bunlardan birincisi türban takan Sih bir adam, ikincisi kipa takan Hasidik bir adam, üçüncüsü başörtüsü takan Müslüman bir kadın, dördüncüsü ise cübbe giyen Katolik bir Rahibe. Şimdi işverene (A&F) göre; bu insanlar 'şunu söylemek isteriz ki biz dini sebeplerden dolayı bu şekilde giyindik, bir moda gösterisi yapmaya çalışmıyoruz'*

[231] Yargıç Kennedy: *Sayın avukat, özgür bir toplumda hoşgörü esastır. Ve hoşgörü en çok karşılıklı olduğunda anlamlıdır. Bana öyle geliyor ki devlet (Colorado) burada, Bay Phillips'in dini inançlarına karşı ne hoşgörülü ne de saygılı davranmıştır." "Counselor, tolerance is essential in a free society. And tolerance is most meaningful when it's mutual. It seems to me that the state in its position here has been neither tolerant nor respectful of Mr. Phillips's religious beliefs." Oyez*, (00:50:05), https://www.oyez.org/cases/2017/16-111, *Supreme Court,* s. 64. *Court,* https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2017/16-111_f29g.pdf .

demek zorundalar mı?"[232] Aslında Yargıç Alito ABD'de İslam'a benzer kıyafet uygulamalarına sahip birçok din olduğunu ifade etmiştir. Dolayısıyla, bu dinlerin de çok sayıda mensubu olduğu düşünüldüğünde; sadece Müslümanları değil büyük bir kitlenin dini hassasiyetlerini rahatsız eden bir yönü olduğunu ima etmiştir. Bu sebeple sözlü yargılama etkileşimlerinin ilerleyen safhalarında, muhafazakâr yargıçlarda, çeşitli kıyafet uygulamalarına sahip dinlere mensup birçok kişinin din özgürlüğünü koruma noktasında bir hassasiyetin oluştuğu ve bunun da karara yansıdığı söylenebilir. Zira, başörtüsü uygulaması sadece Müslümanlıkta değil farklı şekillerde Yahudilik'te Hristiyanlık'ta ve Sihizm'de de bulunmaktadır.

Belirtildiği gibi muhafazakâr Yargıçlar Roberts, Scalia ve Kennedy'nin yargılamanın başında Elauf'un avukatına yönelttikleri sorular, alt mahkemenin söylemleriyle paralellik göstermiştir. Fakat buna rağmen dava sonucunda A&F aleyhine bir karar bildirmişlerdir. Bu değişimde üçüncü olarak, A&F'nin sıklıkla ırk, cinsiyet, renk ve dine dayalı ayrımcılıklarla anılan bir firma olmasının da etkisi olduğu söylenebilir. Zira marka, Kaliforniya Bölge Mahkemesinde görülen ve 2005 yılında karara bağlanan *Gonzales v. A&F* davasında; Afrika ve Asya kökenli Amerikalı gençlere işe alım süreçlerinde ayrımcı tavırlar sergilemesinden dolayı Madde 7 gereği haksız bulunmuş ve tazminat cezasına çarptırılmıştır[233]. Bu durumların, Yüksek Mahkeme'yi toplumsal olarak kötü şöhret sahibi olan, ırkçı ve cinsiyetçi tavırlarıyla nam salmış[234] bir firmayı desteklemekten alıkoyduğu iddia edilebilir.

Öte yandan, davanın açılmasının ardından başta ACLU olmak üzere birçok dini grup ve sivil toplum örgüt kararı Elauf lehine verilmesi için mahkemeye görüş bildirisinde bulunmuştur. Dolayısıyla, bu dava ile alakalı kamuoyu görüşü, Müslümanlara yönelik ayrımcı tutumları gösteren anket sonuçlarından farklıdır. Bu farklılığın oluşmasına sebep ise Black ve Baumgartner'ın (1993, s. 95) tabiriyle "üçüncü taraf taraftarlarının" desteği yani mahkemeye bahsedilen gruplarca sunulan bildirilerdir. Black ve Baumgartner'a göre marjinal gruplara mensup bireylerin özgürlüklerinin ABD Yüksek Mahkemesi'nde galip gelmesinin sebebi bu grupların haklarını korumak adına mücadele veren örgütlerdir. Bu davada ACLU gibi sivil hak örgütlerinin yanısıra Sih, Yahudi ve Yedinci Gün Adventistleri adına açılmış dini örgütlerde

---

[232] Yargıç Alito ; *" Let's say four -- four people show up for a job interview at Abercrombie… So the first is a Sikh man wearing a turban, the second is a Hasidic man wearing a hat, the third is a Muslim woman wearing a hijab, the fourth is a Catholic nun in a habit. Now, do you think the employer has to -- that those people have to say, we just want to tell you, we're dressed this way for a religious reason." Oyez,* (00:27:51) ; *Supreme Court,* s: 31.

[233] *Gonzalez v. Abercrombie & Fitch.* No. 03-2817, "US District Court Northern District of California". https://ecommons.cornell.edu/bitstream/handle/1813/80139/Gonzalez__et_al_v__Abercrombie_and_Fitch_Stores.pdf?sequence=1

[234] Horton, A. (2022). "'Discrimination was their brand': how Abercrombie & Fitch fell out of fashion" *The Guardian* https://www.theguardian.com/film/2022/apr/19/abercrombie-fitch-netflix-documentary-fashion-discrimination (son erişim: 28 Ağustos 2023).

Elauf lehine mahkemeye karar bildirmiştir. Dolayısıyla, otoritelerini ve meşruiyetlerini devam ettirmek adına kamuoyu desteğini kaybetmek istemeyen ABD Yüksek Mahkemesi yargıçlarının kamuoyu görüşünün çok uzağına düşen bir karar vermekten çekindikleri düşünülebilir.

Neticede dava Elauf lehine sonuçlanmış olsa da davanın sözlü yargılamalarının söylem analizi; Yüksek Mahkeme'nin muhafazakâr yargıçlarının azınlıkların (bilhassa Müslümanların) din özgürlüklerini koruma noktasında liberal yargıçlar kadar hevesli olmadıklarını göstermiştir. Dolayısıyla, Yüksek Mahkeme'ye cumhuriyetçi başkanlar döneminde aday gösterilmiş olan muhafazakâr yargıçlar, azınlıklara yaklaşım konusunda cumhuriyetçi ve muhafazakâr ABD'lilerden farklı bir noktada değildir. Zira davanın açılmasından bir ay sonra *Pew Research Forum* tarafından yayınlanan bir anket; kendini (muhafazakâr) Cumhuriyetçi olarak tanımlayan veya Cumhuriyetçi Parti'ye meyilli olduğunu söyleyen kişilerin Müslümanlar hakkındaki görüşlerinin (liberallere) Demokratlara kıyasla daha olumsuz olduğunu göstermiştir. Bir dizi dini grubu "duygu termometresi" üzerinde sıfırdan (en soğuk) 100'e (en sıcak) kadar derecelendirmeleri istenen Cumhuriyetçiler, Müslümanlara ortalama 33 puan vermiştir, ateistler için verdikleri ortalama puan ise 34'tür. Anket, Cumhuriyetçilerin Müslümanlara duyduğu yakınlığın diğer tüm dini gruplardan önemli ölçüde daha düşük olduğunu göstermiştir. Demokratların Müslümanlara verdiği ortalama puan ise daha nötr bir değer olan 47'dir. Yine de Demokratların Müslümanlara verdiği puanlar diğer dini grupların çoğundan daha düşüktür. Ankette yer alan diğer sekiz grup arasında sadece ateistler (ortalama 46 puan) ve Mormonlar (44) Müslümanlar kadar düşük puan almıştır.[235]

Ayrıca, 2011 yılında aynı şirket tarafından gerçekleştirilen bir ankete katılan Müslümanların yalnızca %15'i Cumhuriyetçi Parti'yi kendi toplumlarına karşı dostane bulurken, %48'i dostane bulmadığını belirtmiştir. Buna karşılık Müslümanların %46'sı Demokrat Parti'nin kendilerine dostça yaklaştığını söylerken %7'si dostça yaklaşmadığını belirtmiştir. Yine bu ankete göre, ABD'deki Müslümanların beşte biri (%20) ayrımcılık, önyargı ve haksız muameleye maruz kaldıklarını söylemektedir. Ankete katılan Müslümanların yaklaşık onda üçü (%29) Müslümanlar hakkındaki olumsuz görüşlere, %15'i İslam hakkındaki bilgisizliğe, %7'si ise Müslümanlar ve gayri-müslimler arasındaki dini ve kültürel sorunlara

[235] Lipka, M., (2015). "The political divide on views toward Muslims and Islam", Pew Research Center, https://www.pewresearch.org/short-reads/2015/01/29/the-political-divide-on-views-toward-muslims-and-islam/ (son erişim: 27 Ağustos 2023).

dikkat çekmiştir. Ankete katılan Müslüman ABD'lilerin sadece %16'sı Müslüman Amerikalıların herhangi bir sorunla karşılaşmadığını söylemektedir.[236]

Öte yandan, Müslümanlara yönelik olumsuz tutumları yansıtan bu anket sonuçları göz önünde bulundurulduğunda, Yüksek Mahkeme'nin Elauf lehine olan bu kararının kamuoyu görüşü ve mahkemenin kararları arasında paralellik olduğu iddiasını desteklemediği düşünülebilir. Fakat, kararın kamuoyunda ırkçılık ve ayrımcılıkla nam salmış ve nefret uyandıran[237] bir şirketin aleyhine olduğu ve birçok dini ve sivil toplum kuruluşunun Elauf lehine mahkemeye görüş bildirdiği göz önünde bulundurulduğunda; yüksek mahkeme ve kamuoyu görüşü arasında paralellik iddiasının doğrulanması söz konusu olacaktır. Foucault sosyal alanın birbiriyle etkileşim halinde olan, çatışan ve birbirini şekillendiren "çoklu sosyal gerçeklik" katmanlarından teşekkül ettiğini söyler (Foucault, 2015, ss. 257-260). Bu sebeple, *EEOC v. A&F* davasında din özgürlüğü talep eden tarafın mensup olduğu dini inanç ve pratiklerin popüler değerlerle uyumu, hukuki argümanlar, yargıçların ideolojileri, üçüncü tarafların görüşleri ve kamuoyu görüşü gibi birçok unsur dava kararının anlaşılmasında göz önünde bulundurulmuştur. Bunun sonucunda çatışan birden fazla söylemin ve sosyal gerçekliğin dava kararında etkili olduğu görülmüştür. Dolayısıyla Yüksek Mahkeme'nin kararlarının analizinde ve anlaşılmasında geniş bir sosyal bağlamın ya da Foucaultcu terminolojiyle ifade edilecek olursa "sosyal gerçekliğin çok katmanlı doğasının" göz önünde bulundurulmasının önemi anlaşılmıştır.

Sonuç olarak, Müslümanlara yönelik olumsuz görüşlerin oldukça yaygın olduğu Amerikan toplumunda, Yüksek Mahkeme'nin *EEOC v. Abercrombie* davasında Elauf lehine karar vermiş olması Amerikan Müslümanlarının dini inançlarını özgürce ifade etmeleri ve iş dünyasında eşit muamele görmeleri açısından önemli bir adım olmuştur. İstihdam eşitliğine teşvik eden bu karar, Müslümanların ve diğer azınlık din mensuplarının iş hayatında maruz kaldıkları ayrımcılıklara dikkat çekmesi bakımından ehemmiyet taşıyan bir emsal karardır. Ancak her ne kadar dava kararında muhafazakâr ve liberal yargıçlar ortak bir görüş sunmuş olsalar da dava yargılamasının söylem analizi Müslümanların din özgürlüğü konusunda muhafazakâr yargıçlarla liberal yargıçların ortak bir söyleme sahip olmadıklarını göstermiştir. Yargılama boyunca, genel olarak cumhuriyetçi yargıçların, liberal yargıçlara kıyasla; Elauf'un

---

[236] Lipka, M., (2013). "Abercrombie hijab firing highlights Muslim concern about discrimination" *Pew Research Center,* https://www.pewresearch.org/short-reads/2013/09/11/abercrombie-hijab-firing-highlights-muslim-concern-about-discrimination/ (son erişim: 27 Ağustos 2023).

[237] Hatta, ABD'de 2005 yılında Dwight A. McBride'ın "Abercrombie&Fitch'ten Neden Nefret Ediyorum? Irk ve Cinsellik Üzerine Denemeler" (Why I Hate Abercrombie & Fitch: Essays on Race and Sexuality) adlı kitabı yayınlanmış ve oldukça ses getirmiştir. Bunun yanı sıra, davanın karar tarihinden önce şirketin işe alım süreçlerinde yaptığı ayrımcılıkları konu edinen birçok haber yayınlanmıştır.

din özgürlüğüne daha az odaklanan bir söylem geliştirdikleri görülmüştür. Dolayısıyla davanın sonucuyla iktifa etmeyip, davanın mahkeme salonunun söylem analizini yapmak, "yargıçların, ideolojik yapıları ile azınlıklara karşı tutumları" arasındaki bağlantının ve yargıçların ideolojik eğilimlerini söylemlerine nasıl yansıttıklarının görülmesi açısından elverişli olmuştur.

Son olarak bu davada Anayasa'nın hakları eşit bir şekilde koruma yükümlülüğünden doğan sıkı denetim veya rasyonellik denetimi gibi testler uygulanmamıştır. Mahkeme bunun yerine, mevzubahis ayrımcılık iddiasını 1964 tarihli Medeni Haklar Kanunu'nun 7. Maddesi'nin hükümleri temelinde yorumlayarak karar vermiştir. Madde 7 daha önce söz edildiği gibi, iş yerinde ırk, renk, din, cinsiyet ve ulusal köken temelinde ayrımcılığı yasaklayan bir yasadır. Fakat, işyerinde bir kişiye din temelinde ayrımcılık yapıldığı durumlarda Madde 7, Anayasa'nın bireylerin din özgürlüğü ve ibadet özgürlüğünü kapsayan I. Ek Maddesi ile önemli oranda ilişki içerisinde görülmektedir. Zira I. Ek Madde bireylere inançlarıyla uyumlu hareket etme özgürlüğü tanır ve bu hakkın işyerlerinde de korunması anayasal bir ehemmiyet taşımaktadır. Madde 7 ile I. Ek Madde arasındaki ilişki bilhassa bir çalışanın dini inançları ile işverenin politika ve uygulamalarının çatışması durumunda önem arz eder. Bu tür durumlarda mahkemelerden çalışanın din özgürlüğü ile işverenin meşru iş çıkarlarını dengelemesi beklenir. Dolayısıyla Yüksek Mahkeme'nin *TWA v. Hardison*[238] ve *EEOC v. Abercrombie & Fitch* gibi dini uyum ve ayrımcılık davalarında verdiği kararlar, çatışan bu hakların dengelenmesi konusunda oldukça büyük öneme sahiptir. Bu sebeple örnek teşkil etmesi bakımından, bir tarafın din özgürlüğü iddiasıyla yer aldığı anayasal hak çatışmaları davalarını ele alan bu tezde EEOC v. A&F davasına da yer vermek uygun görülmüştür.

[238] Trans World Airlines v. Hardison, 432 U.S. 63 (1977) ; Davada Trans World Airlines (TWA)şirketinde çalışan Hardison isimli çalışan işvereninden inancı gereği Sabbath günü olan cumartesi günleri çalışmamayı, iş saatlerinin buna göre düzenlenmesini talep etmiştir. Ancak, Hardison, TWA ile Uluslararası Makinistler ve Havacılık İşçileri Sendikası arasındaki toplu sözleşmesinde yer alan bir kıdemlilik sistemine tabiydi. Sisteme göre kendisine uygun iş ve vardiyalar talep etmek öncelik kıdemi yüksek çalışanlara veriliyordu. Bu sebeple yaptığı işte yeterince kıdemli olmayan Hardison'un teklifi kıdemlilik sistemine aykırı olduğu için sendika tarafından reddedildi. Yüksek Mahkeme'ye taşınan davada 1964 tarihli Medeni Haklar Kanunu'nun 7. Maddesi gereği TWA ve Sendika'yı çok zorda kalmalarını gerektirecek bir durum olmadığı halde Hardison'un inançlarına kolaylık sağlamadıkları için haksız bulunmuştur. *"U.S. Reports: Trans World Airlines, Inc. v. Hardison, 432 U.S. 63" (1977). Library of Congress,* https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep432/usrep432063/usrep432063.pdf

SONUÇ

1990'lı yılların başında insan hakları, sosyoloji disiplini altında çalışılmaya başlanmıştır. Yapılan bu çalışmalar sonucunda ortaya insan haklarına yönelik, temelci ve sosyal inşacı olmak üzere iki sosyolojik yaklaşım çıkmıştır. Temelci yaklaşım, insan haklarının insan bedeninin kırılganlığı ve toplumsal kurumların güvencesiz ve riskli yapısının ortaya çıkardığı kurumsallaşmış korunma ihtiyacının "evrensel" bir sonucu olduğunu öne sürmüştür. Öbür taraftan sosyal inşacı yaklaşım ise insan haklarının sosyal ve politik süreçlerin bir sonucu olduğunu, kültürden kültüre değişiklik gösterdiğini ve yeniden inşa edilebileceğini savunmuştur. 2000'li yıllarda din de insan hakları sosyolojisinin ilgi alanlarından biri haline gelmiş; azınlıkların din özgürlükleri, din özgürlüğünün yargı süreçlerinde inşası, popüler değerler ve dini çoğulculuk gibi meseleler hukuk sosyolojisi ve din sosyolojisi alanlarının birikimlerinden istifade edilerek "din özgürlüğü sosyolojisi" alanında incelenmeye başlanmıştır.

İnsan hakları sosyolojisi ve din özgürlüğü sosyolojisi çalışmalarından biri olan bu tezde de insan haklarına sosyal inşacı bir perspektiften yaklaşılmış ve din özgürlüğünün yargısal süreçlerde nasıl inşa edildiği analiz edilmiştir. Dolayısıyla bu tezin konusu, ABD Yüksek Mahkemesi'nde görülen, bir tarafın din özgürlüğü hakkının ihlali veya talebi nedeniyle yer aldığı anayasal hak çatışması davalarıdır. Kapsamı ise, *Masterpiece Cakeshop v. Colorado, Employment Division v. Smith* ve *EEOC & Abercrombie Fitch* davaları ile sınırlıdır. Din özgürlüğünün anayasal hak çatışmaları davaları bağlamında ele alınması; bu davaların öngörülemez olmaları nedeniyle çözümlerinde hukukun yetersiz kalması ve dolayısıyla kararlarında hukuk-dışı yani toplumsal, siyasi ve ideolojik faktörlerin etkisinde kaldıklarının düşünülmesidir. Bu sebeple bu davaların mahkeme salonlarının analizi, toplumdaki söylemsel çatışmaları yansıtması bakımından oldukça elverişlidir. Din özgürlüğünün anayasal hak çatışmaları bağlamında ele alınmasının ikinci nedeni ise bu davaların; toplumdaki çoğunluk grupların değerleri ile azınlık gruplarının değerleri arasındaki çatışmayı yani her biri kendi çıkarları, değerleri ve kimlikleri için savaşan toplumsal grupların arasındaki etkileşimi ve çatışmayı yansıtması bakımından sosyolojik öneme sahip olmasıdır. İkinci olarak, bu davaların sürekli değişen ve gelişen toplumlarda ortaya çıkan yeni değerlerin ve hakların; geleneksel değerlerle ve din özgürlüğüyle girdiği etkileşimlerin ve çatışmaların anlaşılmasına ışık tutacağı düşünülmüştür.

Teze başlarken ilk olarak kaynağını aynı anayasadan alan bir hakla çatışması durumunda yetkili mahkemenin din özgürlüğünü kısıtlamak pahasına, diğer taraf lehine karar

vermesinde nelerin etkili olduğu merak edilmiştir. Fakat araştırmanın kapsamının sınırlılığı dolayısıyla tez sorusu ; *"ABD Yüksek Mahkemesi'nde görülen ve bir tarafın din özgürlüğünün ihlali nedeniyle yer aldığı anayasal hak çatışmaları davalarında, din özgürlüğü nasıl inşa edilmektedir?"* şeklinde belirlenmiştir. Bu soru kapsamında, mevzubahis Yüksek Mahkeme davalarının sözlü yargılamaları sırasında; yargıçların, davacı ve davalı tarafların avukatlarının ait oldukları söylem düzeninin hakikat iddialarını yargılama etkileşimlerine nasıl yansıttıkları, yargıçların veya avukatların; davada din özgürlüğü talebiyle yer alan tarafı nasıl konumlandırdıkları, yargıçların ideolojileri ile verdikleri kararlar arasında ne tür bir bağlantının olduğu, marjinal grupların dini inanç veya pratiklerinin popüler değerlerle çatışması durumlarında yargıçların din özgürlüğünü nasıl inşa ettikleri, popüler dini gruplara mensup kişilerin dini inançlarının ya da pratiklerinin yeni nesil haklarla çatışması durumunda yargıçların din özgürlüğü söylemlerinin ne olduğu ve üçüncü tarafların ve kamuoyunun Yüksek Mahkeme kararlarına etkisinin ne olduğu şeklinde bazı alt sorular oluşturulmuştur.

Bu sorulara cevap bulmak adına söz konusu davaların sözlü yargılamalarının söylem analizleri gerçekleştirilmiştir. Dolayısıyla bu tezin temel amacı, ABD Yüksek Mahkemesi'nde görülen ve bir tarafın din özgürlüğünün ihlali nedeniyle yer aldığı anayasal hak çatışmaları davalarının mahkeme salonu söylemleri ve kararları yoluyla din özgürlüğünün nasıl inşa edildiğini anlamaktır. Bu amaca ulaşmak maksadıyla dava yargılamaların analizinde, Foucaultcu söylem analizi yönteminden ve Davies ve Harre'nin konumlandırma teorisinden istifade edilmiştir. Fakat davaların sonunda yer alan değerlendirme kısımlarında; davaların sözlü yargılamalarının söylem analizleri, davaların yargıçların görüşlerini içeren karar metinleri, mahkemeye üçüncü taraflar tarafından sunulan dost görüşleri (amicus briefs), konuya ilişkin kamuoyu görüşünü yansıtan anketler veya haberler ve gerekli olduğu durumlarda alt mahkeme yargıçlarının görüşleri dikkate alınmıştır. Dolayısıyla mevzubahis davalarda din özgürlüğünün nasıl inşa edildiğinin değerlendirmesi sözlü yargılama analizlerinin yanında birden fazla unsur göz önünde bulundurularak yapılmıştır.

Bu tez kapsamında analiz edilen üç davanın sözlü yargılamalarının ses kayıtlarına ve bunların transkripsiyon metinlerine ABD Yüksek Mahkemesi'nin resmi internet sitesi olan *supremecourt.gov* ve *oyez.org* siteleriden ulaşılmıştır. Davaların analiz aşamasında temalar oluşturmak maksadıyla MAXQDA Analytics Pro programından yararlanılmıştır. Böylece her bir davanın kendine has söylemsel dinamiği göz önünde bulundurularak temalar oluşturulmuş ve yargılama etkileşimlerindeki ilgili diyaloglar bu temaların altına yerleştirilmiştir. Davaların sözlü yargılamalarının dinlenmesi sırasında her bir davada, yargıçların ve avukatların söylemlerinin ve dil kullanımlarının bazı ortak özelliklere sahip olmakla birlikte, birbirlerinden

ayrı olduğu görülmüştür. Bu sebeple analizler sırasında her bir davanın kendine özgü söylemsel hususiyetleri göz önünde bulundurulmuştur. Örneğin *Masterpiece Cakeshop v. Colorado* davasında tarafların avukatlarının karşı tarafı nasıl konumlandırdığı yargılama etkileşimlerinin söylemsel niteliğinin anlaşılmasına ışık tutarken, *Employment Division v. Smith* davasında Foucault'cu bilgi, güç ve iktidar kavramları ve *EEOC v. Abercrombie & Fitch* davasında Foucault'cu söylem anlayışı çerçevesinde göz ardı edilen, sessiz kalınan ve ihmal edilen alanların analizi etkileşimlerin söylemsel niteliğinin anlaşılmasına ışık tutmuştur.

Belirtildiği üzere, bu tezde modern hukuka, baş metni olan anayasalara dolayısıyla insan haklarına, din özgürlüğüne ve yargılama süreçlerine sosyal inşacı bir çerçeveden yaklaşılmıştır. Sosyal inşacı düşünce gerçekliğin toplumsal olarak dil ve söylem aracılığıyla inşa edildiğini ve dolayısıyla kültürden kültüre değişiklik gösterdiğini savunan bir düşünce akımıdır. Bu sebeple tezin kuramsal çerçevesinin anlatıldığı birinci bölümünde, sosyal inşacılık; postmodernizm, post-yapısalcılık ve yapısökümcülük gibi başlıklar altında ele alınmıştır. Postmodernizm, Aydınlanma'nın nesnel gerçeklik iddiasının reddiyesi olarak ortaya çıkmıştır ve dünyanın büyük anlatılarla anlaşılamayacağını ve gerçekliğin keşfedilebilir bir doğası olmadığını öne sürmüştür. Kültürel arka planını postmodern düşünceden alan sosyal inşacılık da dünyayı anlama yollarımızın, kullandığımız kategori ve kavramların kültüre ve zamana özgü olduğunu ileri sürmektedir. Dolayısıyla, kesin kabul edilen gerçekliğe karşı eleştirel bir duruş teklif etmektedir. Zaman zaman postmodernizm yerine kullanılan post yapısalcılık da halefi olduğu yapısalcı düşünce gibi, toplumsal fenomenlerin açıklamasının bireylerin yapıp etmelerinde değil dilde üretilen anlamlarda aranması gerektiğini savunmaktadır. Ne var ki post yapısalcılık dilde üretilen anlamların her an değiştiğini ve yeni inşalara konu olduğunu savunarak yapısalcı düşünceden ayrılmaktadır. Bu sebeple, dil hem kişisel hem de sosyal değişim açısından merkezi konumdadır ve kendi hakikat iddiasının iktidarını kurmak ve bunun üzerinden kendine ve ötekine kimlik tahsis etmek için çatışan söylemlerin sahnesi durumundadır. Bu sebeple sosyal inşacılığın mantıksal yapısının bir açıklaması olan yapısökümcülüğün teklif ettiği şey, dile hâkim olan güçleri ve tahsis edildiğimiz kimlikleri anlamak için söylemleri yapı sökümüne uğratmaktır. Böylece söyleme dair bilgiyi yeniden kurarak, söylemin ürettiği bilgilerin iktidarına son vermektir.

Çalışmamızda kuramsal çerçeveyle alakalı genel bilgilere yer verildikten sonra, Foucault'nun güç, bilgi ve iktidar kavramları ile alakalı olarak söylem anlayışına değinilmiştir. Ayrıca Davies ve Harre'nin, kişilerin kendilerine ve diğerlerine söylem aracılığıyla özne konumları ve kimlikler atayarak, kendilerini ve diğerlerini belirli bir hak ve sorumluluk sistemine dahil ettiklerini iddia ettikleri konumlandırma teorisine değinilmiştir. Böylece

mahkeme salonlarının söylem analizlerini yaparken faydalanılan yöntemlerin tezin soyut ve sistematik çerçevesiyle ilişkisi anlaşılır kılınmaya çalışılmıştır. Kuramsal çerçevenin ele alındığı ikinci kısımda ise hukukun toplumsal inşasına yani hukuk ve söylem ilişkisine değinilmiştir. Sosyal inşacı düşünce, gerçekliğin dolayısıyla hukukun da sabit ve nesnel bir varlık olmadığını, çatışan söylemler ve güç ilişkilerinin bir sonucu olduğunu öne sürmektedir. Post yapısalcı çerçeveden bakıldığında ise hukuk, toplumda iktidarı kuran söylem tarafından dil aracılığıyla her an yeniden inşa edilmektedir; bu da hukukun inşasında söylemin ve gücün rolünü vurgulamaktadır. Bu minvalde gelişen hukuk söylemi kavramı sosyal bilimlerin hemen her alanı için ilgi çekici bulunmuştur ve hukuk metinleri ve hukuki yargı süreçleri söylem analizine tabi tutulmuştur. Bu sebeple, Foucault'nun "söylemin oluşumunu mümkün kılan koşulların incelenmesi" olarak tanımlanabilecek arkeoloji yöntemine dayanarak, bir hukuk metni olan anayasaların toplumsal inşasını anlamak adına anayasal özgürlük ve insan haklarını mümkün kılan toplumsal şartlar ve koşullar incelenmeye çalışılmıştır. Daha sonra anayasal insan haklarının kabul gören genel özelliklerine ve hakların çatışması durumuna değinilmiştir.

Tezin ikinci bölümünde ise genel olarak ABD'de din özgürlüğü tecrübesine ve anayasal hak çatışmaları davalarında Yüksek Mahkeme'nin rolüne değinilmiştir. Bu bölümde ABD'nin din özgürlüğü tecrübesine geçmeden önce ABD Anayasası'nı ve din özgürlüğü hakkının inşasını mümkün kılan toplumsal şartları ve koşulları anlamak için Amerikan Aydınlanma sürecine değinilmiştir. Bu başlık, anayasal insan haklarının arkeolojisi başlığının bir devamı olarak da düşünülebilir. Zira, 18. yüzyılın başlarında Avrupa'da yayılan Aydınlanmacı fikirlerin, yeni bir toplumun filizlenmekte olduğu Amerika kıtasına ulaşmasıyla başlayan Amerikan Aydınlanmasına, ABD'nin kurucu metinlerini mümkün kılan süreç olması bakımından değinilmiştir.

Bununla birlikte bölümün ikinci başlığında ABD'nin hukuki yargılama süreçleriyle, din özgürlüğünün ilişkisi genel hatlarıyla anlatılmaya çalışılmıştır. ABD Anayasası'nın bilhassa I. Ek Madde'sinin yapıldığı süreçteki tartışmaların bugün hala ülkenin din özgürlüğü tartışmaları için önem teşkil ettiği üzerinde durulmuştur. ABD din devlet ilişkilerinde çatışma halinde olan "siyasi birlik için dini birlik" söylemi ile "ayrım duvarı" söylemleri ABD'de bazı dönemlerde diğerine baskın gelerek iktidarı ele geçirmiştir. Ayrıca ABD'nin muhafazakâr başkanları popüler dini değerleri muhafaza etmeye yönelik politikalar uygularken, liberal başkanlar marjinal grupların din özgürlüğünü korumaya ve dini kurumsallaşmanın önüne geçmeye yönelik bir siyaset yürütmüşlerdir.

Öte yandan, ABD mahkemelerinde bulunan yargıçların da büyük ölçüde ideolojik eğilimleriyle uyumlu kararlar aldığına değinilmiştir. Bu durumun büyük oranda ABD hukuk

tecrübesinin, hukuk realizmi yaklaşımı etrafında şekillenmiş olmasından dolayı, bu bölümde Amerikan Hukuk realizmi yaklaşımına ve anayasal hak çatışmalarını çözme yöntemine ve realist tavrın etkisine değinilmiştir. Ayrıca, bugün bile Yüksek Mahkeme yargıçlarının kararlarının anlaşılmasında ABD'nin realist hukuk tecrübesinin etkisi olduğu üzerinde durulmuştur. Zira bugün hala yargıçların bir davada karar verirken mevcut hukuk kuralları arasından istediği sonuca hizmet edecek olanları seçtiğini gösteren çalışmalar bulunmaktadır. Bilhassa, anayasal hak çatışması davalarının çözümünde kullanılan üç düzeyli denetim yönteminde, Yüksek Mahkeme yargıçları denetim yöntemini korumak istediği hakkın lehine olacak şekilde seçerek; dava sonucunu en başta belirlemektedir.

Dolayısıyla, bu bölümde bireylerin din özgürlüklerinin korunmasında ve din devlet ilişkilerinde Yüksek Mahkeme'nin rolüne değinilmiştir. Son olarak, din özgürlüğü davalarında Yüksek Mahkeme'nin rolünü anlayabilmek adına Mahkeme'nin ilk derece ve temyiz mahkemesi olarak sahip olduğu görev ve yetki alanlarına, Yüksek Mahkeme'nin yapısına ve yargıçların kararlarında etkili olan ideolojik ve toplumsal unsurlara değinilmiştir. Öte yandan emsal kararların bağlayıcı olması nedeniyle, din özgürlüğünün inşasında ABD Yüksek Mahkemesi yargıçlarının aldıkları kararlar ile kamuoyu görüşü arasındaki ilişkiye dikkat çekilmiştir. Özetle, bu bölümde, Yüksek Mahkeme'de görülen din özgürlüğü davalarının karara bağlanmasında etkili olan faktörlere değinilmiştir.

Son bölümde ise, bir tarafın din özgürlüğünün ihlali nedeniyle yer aldığı sözü edilen üç anayasal hak çatışması davasının sözlü yargılamalarında din özgürlüğünün yargıçlar ve tarafların avukatları tarafından nasıl inşa edildiği analiz edilmiştir. Yapılan bu analizler sonucunda, her bir davada toplumda var olan farklı ideolojik söylemlerin çatışma halinde olduğu ve tarafların din özgürlüklerinin çatışan bu söylemler arasında kamuoyunda ve mahkemede iktidarı kuran söylemin, hakikat iddiası doğrultusunda inşa edildiği görülmüştür.

Konusu, bir pastane sahibinin dini inançları gereği eşcinsel bir çiftin düğünleri için pasta yapmayı reddetmesi olan *Masterpiece Cakeshop v. Colorado* davasında; pastacının din özgürlüğü hakkı ile eşcinsel çiftin eşit muamele görme hakkı çatışmıştır. Dava sonucunda Yüksek Mahkeme pastacı Phillips'in din özgürlüğü hakkı lehine, eşcinsel çiftin ise eşit muamele görme haklarının aleyhine olacak şekilde karar vermiştir. Bu davanın mahkeme salonu söylemlerinin analizinde muhafazakâr yargıçların söylemlerinden ve avukatlara yönelttikleri soruların içeriğinden Hristiyan bir pastacı olan Phillips'in din özgürlüğünü koruma noktasında büyük bir hassasiyet içerisinde oldukları görülmüştür. Öte yandan liberal yargıçlar Ginsburg ve Sotomayor'un, marjinal bir gruba mensup olan eşcinsel çift Craig ve Mullins'in eşit muamele görme hakları için mücadele ettikleri görülmüştür. Bunun yanı sıra, pastacı

Phillips'in avukatlarının onun "sanatçı" kimliğini öne çıkartan bir konumlandırma yaparken, eşcinsel çiftin avukatlarının pastacıyı "satıcı veya işveren" olarak konumlandırdıkları görülmüştür. Sanatçı konumlandırmasının Phillips'e görece bir özerklik sağlayarak, satıcıların kamusal alanda herkese eşit davranma sorumluluğundan muaf tutmaya yönelik olduğu görülmüştür. Öte yandan, "satıcı" konumlandırmasının Phillips'i dini hassasiyetlerinden ayırıp, kamusal alana ait sorumluluklarını vurguladığı görülmüştür. Böylece Craig ve Mullins'in düğün pastalarını reddetmesinin kamusal bir menfaate zarar veren ayrımcı bir tavır olduğu vurgulanmıştır. Öte yandan bu davanın her iki tarafı da büyük bir halk kitlesi tarafından desteklenmiş olduğundan, yargıçların kararlarında kamuoyu desteğini kaybetmeye yönelik bir kaygı yaşamadıkları ve ideolojik eğilimleri doğrultusunda karar aldıkları görülmüştür.

Öte yandan, mensubu oldukları kilisenin ayinlerinde inançları gereği güçlü bir uyuşturucu olan peyoteyi kullanan iki uyuşturucu ile mücadele danışmanının, çalıştıkları Rehabilitasyon merkezinden kovulmaları üzerine açtıkları tazminat davasıyla alakalı olan *Employment Division v. Colorado* davasında, bireylerin din özgürlüğü hakkı; işverenin mülkiyet ve serbest teşebbüs hakkından doğan şirketiçi politikalarını uygulama hakkı ve devletin cezai düzenlemeleri uygulama hakkı çatışmıştır. Bu davada Yüksek Mahkeme devletin genel ve tarafsız yasaları uygulama hakkı lehine, davalılar Smith ve Black'in ise din özgürlüklerinin aleyhine olacak şekilde bir karar vermiştir. Davanın mahkeme salonu söylem analizlerinde, yargıçların ve avukatların dinin ve din özgürlüğünün ne olduğuna dair söylemlerinin birbirinden oldukça farklı olduğu görülmüştür. Muhafazakâr yargıçların din tanımlarını, çoğunluğun dini öğretileriyle uyumlu olacak şekilde yaptıkları ve bu tanımın azınlık dinlerin din tanımları ile uyuşmadığı anlaşılmıştır. Dolayısıyla Hristiyan teolojisinin din söyleminin muhafazakâr yargıçlar aracılığıyla sahnelendiği görülmüştür. Buna bağlı olarak, Smith ve Black'in dini uygulamaları popüler değerlerle uyumlu olmaması nedeniyle kısıtlanmıştır. Liberal yargıçların söylemlerinin ise çoğunluk dini grupların değerlerinin karşısında azınlık dine mensup olan Black ve Smith'in din özgürlüğünü korumaya yönelik olduğu tespit edilmiştir. Öte yandan, davacı taraf olan İstihdam Birimi'nin avukatının, davalıların dini inançlarını ve din özgürlüklerini; pozitivist düşüncenin irrasyonel din söylemi etkisinde kalarak inşa ettiği görülmüştür. Davalıların avukatıysa, peyotenin zararlı olduğuna dair bilginin iktidarı ve gücü elinde bulunduran popüler gruplar tarafından üretildiğini öne sürerek; marjinal grupların din özgürlükleri için alternatif bir inşa teklif etmiştir. Son olarak dava sonucu birçok eleştiriye maruz kalmış olsa bile, dava öncesindeki 80 yıllık sürede, peyotenin ABD gazetelerinde geleneksel değerlere düşman olarak lanse edilişi göz önünde bulundurulduğunda; Yüksek Mahkeme'nin bu kararının kamuoyu görüşüyle paralel olduğu iddia edilebilir.

Son dava olan EEOC v. Abercrombie & Fitch davası ise, Müslüman bir başörtülü genç kızın A&F mağazalarına yaptığı iş başvurusunun örtüsü nedeniyle reddedilmesini konu edinmektedir. Davada Abercrombie'nin mülkiyet veya serbest teşebbüs hakkı ile iş başvurusu yapan adayın din özgürlüğü hakkı çatışmıştır. Dava sonucunda Yüksek Mahkeme başörtülü kızın din hürriyeti lehine, A&F'nin ise mülkiyet veya serbest teşebbüs hakkı aleyhine olacak bir karar vermiştir. Bu davada avukatların müvekkillerinin haklılıklarını ve suçsuzluklarını ıspat edebilmek adına; ayrımcı muamelenin ne olduğu ile ilgili işe yarayacak hukuki tanımları ön plana çıkartıp, diğerlerini göz ardı ettikleri görülmüştür. Davada bir muhafazakâr yargıç sözlü yargılamalar süresince sessiz kalmış ve başörtülü kızı destekleyen çoğunluk görüşüne muhalefet şerhi yazmıştır. Bir muhafazakâr yargıç ise hem mahkeme salonu söylemlerinde hem de karar da din özgürlüğü lehine olacak söylemlerde bulunmuştur. Geriye kalan üç muhafazakâr yargıcın ise mahkeme salonu söylemleri ile imza attıkları çoğunluk görüşü arasında fark olduğu anlaşılmıştır. Bilhassa sözlü yargılamaların başında, alt mahkemenin A&F lehine olan kararında sunduğu gerekçelerle paralel söylemlerde bulunsalar da dava sonunda alt mahkemenin kararını bozmuşlardır. Dolayısıyla işveren ve serbest teşebbüs yanlısı kararlarıyla bilinen Muhafazakâr yargıçların işçi lehine verdikleri bu kararın kamuoyu görüşüne zıt düşmemek için yapıldığı söylenebilir. Zira bu davada çok sayıda dini ve sivil kuruluş Yüksek Mahkeme'ye başörtülü kız lehine karar vermesi için bildiride bulunmuştur. Ayrıca A&F kamuoyunda ayrımcılıkları ile meşhur bir şirkettir; bu sebeple de muhafazakâr yargıçların tepkilere sebep olacak ve meşruiyetlerini zedeleyecek bir karardan çekindikleri söylenebilir. Öte yandan, liberal yargıçların mahkeme salonu söylemleri ve kararları, beklendiği gibi hem azınlık grupların din özgürlüğü hem de emekçiyi korumaya yöneliktir.

Sonuç olarak, Yüksek Mahkeme yargıçlarının mahkeme salonlarında toplumun her kesimi için aynı din özgürlüğü söylemine sahip olmadığı görülmüştür. Ayrıca, yargıçların davayı üzerinden okudukları hukuki argümanların ve verdikleri kararların ideolojik eğilimleriyle yakından alakalı olduğu görülmüştür. Yargıçlar, anayasal hak çatışması davalarının çözümünde kullanılan denetimlerden, destekledikleri tarafın, lehine olacak denetimlere yönelmiş, dezavantajlı duruma sokacak testleri uygulamaktansa sakınmışlardır. Muhafazakâr yargıçlar -çoğunluğun dini değerleriyle uyumlu olması durumunda- bireylerin din özgürlüğünü, çatıştığı hak karşısında öncelerken, azınlık grupların din özgürlüklerini koruma noktasında daha az hevesli olmuşlardır. Öte yandan liberal yargıçların, azınlık grupların din özgürlüğünün çoğunluğun sahip olduğu değerlerle çatışması durumunda azınlık haklarını korumaya yönelik tavır sergiledikleri görülmüştür. Dolayısıyla, Yüksek Mahkeme'nin bazı dönemlerde yaptığı din tanımları, yargıçlarında mensup olduğu çoğunluğun dini değerleriyle uyumlu olacak şekilde

yapılmıştır ve bu durum azınlık dinlere mensup kişilerin din özgürlükleri açısından olumsuz sonuçlar doğurmuştur.

Ayrıca, bilhassa yargıçların ideolojik eğilimleriyle uyumlu olmayan kararlarında, lehte karar bildirmek durumunda kaldıkları taraf için büyük bir kamuoyu desteği olduğu görülmüştür. Dolayısıyla, yargıçların bu kararları kamuoyu görüşüyle ters düşmekten kaçındıkları için aldıkları anlaşılmıştır. Yani, Yüksek Mahkeme yargıçları anayasal hakların çatıştığı din özgürlüğü davalarında genellikle ideolojik eğilimleriyle uyumlu kararlara imza atmaktadırlar fakat kamuoyu desteğini kaybetme korkusu oluştuğunda ideolojileriyle uyumsuz kararlar alabilmektedirler. Bu durum, bazı davalarda yargıçların mahkeme salonu söylemleriyle imza attıkları kararlar arasında bir uyumsuzluk olduğunu farkına vardıktan sonra tespit edilebilmiştir. Dolayısıyla, davaların yalnızca karar metinleriyle iktifa etmeyip mahkeme salonu söylemlerinin analizini yapmak, yargıçların bir davayı hangi söylem düzeni üzerinden okuduklarını anlamak için daha elverişli veriler sunmuştur.

Nihayetinde, yapılan mahkeme salonu etkileşimleri yoluyla toplumda çatışan söylemlerin nasıl sahnelendiğinin izi sürülmüş, karar metinleri aracılığıyla iktidarı kuran söylemin inşa edici gücü anlaşılmaya çalışılmıştır. Ayrıca, mahkemeye sunulan dost görüşleri, konuya ilişkin anketler veya haberler, alt mahkeme yargıçlarının görüşlerine de gerekli oldukça yer verilerek toplumsal değerlerin ve güç ilişkilerinin din özgürlüğü inşasındaki rolü anlaşılmaya çalışılmıştır. Sonuç olarak tüm bu değerlendirmeler sonucunda, her bir davada toplumda var olan farklı ideolojik söylemlerin çatışma halinde olduğu ve tarafların din özgürlüklerinin çatışan bu söylemler arasında kamuoyunda ve mahkemede iktidarı kuran söylemin, hakikat iddiası doğrultusunda inşa edildiği görülmüştür.

Her geçen gün değerleri çeşitlenen, çoğulcu bir topluma sahip olan ABD'de insanlar dini inançlarını özgürce yaşama noktasında farklı zorluklarla karşılaşmaktadırlar. Bu tez kapsamında, kişilerin veya grupların din özgürlüklerini kısıtlayan zorlukların neler olduğunun görülebilmesi adına üç ayrı anayasal hak çatışması davası ele alınmıştır fakat, elbette bütün çatışma noktalarına değinmek mümkün olmamıştır. Bu sebeple, meseleyi farklı yönleriyle irdelemek isteyen araştırmacıların ABD Yüksek Mahkemesi'nde görülen diğer davalara da göz atmaları tavsiye edilir. Bunun yanında, ülkemizde de insan haklarının ve din özgürlüğünün gelişebilmesi adına yargılama süreçlerine analitik ve eleştirel bir bakış sunan çalışmalara oldukça ihtiyaç vardır. Bu sebeple, devlet birimlerinin ve bürokrasisinin mahkemelerin ses kayıtlarını ve transkripsiyon metinlerini herkes için ulaşılabilir hale getirmeleri ve bilhassa sosyal bilimcilerin bu verilerden istifade edebilmeleri oldukça büyük ehemmiyet arz

etmektedir. Zira yargılama süreçlerinin şeffaf ve eleştirilebilir olmasının toplumsal adaletin gelişmesine sunacağı katkı tartışılmazdır.

Bu tez, Türkçe literatürde anayasal hak çatışması davalarının yargılama süreçlerini sosyolojik bir perspektifle analiz eden ilk çalışmadır. Fakat bilhassa değerlerin hızla değişip, dönüştüğü günümüzde, bireylerin din özgürlüklerinin yeni nesil haklar ve değerlerle çatışması durumlarını konu edinen daha fazla çalışmaya ihtiyaç vardır. Bu tarz davalarla ilk kez karşılaşan mahkemelerin, bu hızlı değişime mevcut hukuki gerekçelerle ayak uyduramayacağı açıktır. Dolayısıyla, verilen mahkeme kararlarında yargıçlar bazen bir hakkın savunucusu haline gelmekte ve ideolojik eğilimleri doğrultusunda tarafgir davranabilmektedir. Dolayısıyla ülkemizde de bireylerin insan haklarının ve din özgürlüklerinin nasıl yargısal süreç yoluyla inşa edildiğini analiz etmek oldukça önemlidir. Bu sebeple, ileride mahkeme salonu söylem analizi yöntemine ilgi duyacak araştırmacılara katkı sunacağı düşünülerek tezde, mahkeme salonu söylem analizine dair literatür değerlendirmesi uzun tutulmuştur.

Son olarak, bu tezde toplumsal süreçlerin ve ideolojilerin hukuk yoluyla insan hak ve özgürlüklerini nasıl inşa ettikleri üzerinde durulmuştur. Fakat, burada ABD'de teamül hukukunun varlığı dolayısıyla alınan kararların gelecekte geniş halk kitleleri için bağlayıcı olması kastedilmiştir. Dolayısıyla çatışan söylemlerin, kitleleri hukuki inşa yoluyla yönlendirmesine değinilmiştir. Fakat, alınan kararların hukuken bağlayıcı olması haricinde kararların toplumu nasıl inşa ettiği ya da hukukun toplumsal rıza üretmedeki rolü üzerinde durulmamıştır. Dolayısıyla hukuki kararların toplumu ve kamuoyunu görüşünü nasıl etkilediği ve bunun bireylerin din özgürlükleri için nasıl sonuçları olabileceğine dair daha fazla çalışmaya ihtiyaç vardır.

KAYNAKLAR

Abdullah, A. (2022). The Discursive Production of Urban Temporalities: A Foucauldian Critical Discourse Analysis of the Lyrai Expressway, Karachi, Doktora Tezi, Ankara, Ortadoğu Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Aden, S., Strang, L. (2003). "When a "Rule" Doesn't a Rule: The Failure of the Oregon Employment Division v. Smith "Hybrid Rights Exception"". *Dickinson Law Review*, *108*(2), 573-609.

Albayrak, H. Ş. (2018). *ABD'de din-devlet ilişkileri*. İstanbul: İz Yayınları.

Alcala, M. (2016). Civil Rights Versus Religious Freedom: An Examination of Policy Narratives,Yüksek Lisans Tezi, California, California State University.

Allen, M., & Haider-Markel, D. (2006). "Connecting Supreme Court Decisions, Media Coverage, and Public Opinion: The Case of Lawrence v. Texas". *American Review of Politics*, (*27)*, 209-230.

Althusser, L. (1971). "Ideology and Ideological State Apparatuses" Althusser, L (Ed.), B. Brewster (Çev.), *Lenin and Philosophy and Other Essays*. Newyork: Monthly Review Press.

Amerika Birleşik Devletleri Anayasası Açıklamalı, https://tr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/91/abd-anayasasi.pdf

Amien, W. (2006)." Overcoming the Conflict between the Right to Freedom of Religion and Women's Rights to Equality: A South African Case Study of Muslim Marriages." *Human Rights Quarterly*, *28*(3), 729-754.

Amsterdam, A. G., Bruner, J. (2000). *Minding the Law*. Cambridge: Harvard University Press.

Anderson, R. T. (2018). "Disagreement is Not Always Discrimination: On Masterpiece Cakeshop and the Analogy to Interracial Marriage. *Georgetown Journal of Law & Public Policy*", *16*(1), 123-145.

Antaki, C. (2008). "Discourse Analysis and Coversation Analysis." P. Alasuutari, L. Bickman, & J. Brannen (Ed.), *The SAGE Handbook of Social Research Methods*. Londra: SAGE.

Arslan, Z. (Ed.). (2003). *ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü*. Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu.

Austin, J. L. (1962). *How to Do Things With Words*. Oxford: The Clarendon Press.

Aydın, M. (1986). "Allah'ın Varlığına İnanmanın Aklîliği." *İslâmî Araştırmalar*, (2) 12-21.

Bailey, M., & Yoon, A. (2011). 'While There's a Breath in My Body': The Systemic Effects of Politically Motivated Retirement From the Supreme Court." *Journal of Theoretical Politics*, *23*(3), 293-316.

Balkın, J. M., Kasım, K. (2004). "Yapısöküm." *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi*, *13*(1), 321-332.

Barak, A. (2012). *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*. Cambdridge: Cambridge University Press.

Bartels, B. L., Johnston, C. D. (2012). "Political Justice?: Perceptions of Politicization and Public Preferences Toward the Supreme Court Appointment Process." *Public Opinion Quarterly*, *76*(1), 105-116.

Baumgartner, M. P., Black, D. (1993). "Toward a theory of third party partisans." D. Black (Ed.), *The Social Structure of Right and Wrong*. Newyork: Academic Press: 95-124.

Ben Johnson, Johnson, B., Strother, L. (2020). "The Supreme Court's (Surprising?) Indifference to Public Opinion." *Political Research Quarterly*, *74*(1), 18-34.

Berger, P. (1977). *Facing Up to Religion*. Newyork: Basic Books.

Berger, P., Luckmann, T. (1966). *The Social Construction of Reality: A treatise in the sociology of knowledge,* New York: Doubleday.

Bernstein, B. (1962). "Social Class, Linguistic Codes and Grammatical Elements." *Language and Speech*, *5*(4), 221-240.

Berti, D. (2016). "The Authority of Law and the Production of Truth in India." *Oral Tradition*, *30*(2), 345-360.

Beschle, D. L. (2004). "Kant's Categorical Imperative: An Unspoken Factor in Constitutional Rights Balancing." *Pepperdine Law Review*, (31), 949-978.

Billauer, B. P. (2017). "Abortion, Moral Law, and the First Amendment: The Conflict Between Fetal Rights & Freedom of Religion." *Wm. & Mary J. Women & L.,* (23), 271-335.

Bircan, U. (2016). "Michel Foucault'da Dil ve Söylem." *Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi*, 28(14), 85-106.

Black, D. (1976). *The Behaviour of Law*. Newyork: Academic Press.

Bogoch, B. (1999). "Courtroom Discourse and the Gendered Construction of Professional Identity." *Law and Social Inquiry-journal of The American Bar Foundation*, *24*(2), 329-375.

Boutet, J., Maingueneau, D. (2005). "Sociolinguistics and Discourse Analysis: Ways of Saying, Ways of Doing." *Langage et société*, *114*(4), 15-47.

Branch, G. (2005). *President Bush addresses "Intelligent design"*. National Center for Science Education. https://ncse.ngo/president-bush-addresses-intelligent-design sitesinden alındı.

Breskaya, O., Giordan, G., Richardson, J. T. (2018). "Human Rights and Religion: A Sociological Perspective." *Journal for the Scientific Study of Religion*, *57*(3), 419-431.

Britannica, "Faith and Reason", https://www.britannica.com/topic/Christianity/Faith-and-reason sitesinden alındı.

Brown, B. (1998). "Legal Discourse." *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. Oxfordshire: Taylor and Francis.

Burke, K. (1954). *Permanence and Change*. İndianapolis: Babbs-Merril Co.

Burr, V. (2012). *Sosyal İnşacılık* (Sibel A. Arkonaç, Çev.). Ankara: Nobel.

Carranza, I. E. (2007). "Face, Social Practices, and Ideologies in the Courtroom." Placencia, M.E., Garcia-Fernandez, C. (Ed.), *Research on Politeness in the Spanish-Speaking World*. Oxfordshire: Routledge.

Carter, E. and Phillips, J. (2008). "Justices treat newspapers differently in oral argument." *Newspaper Research Journal*, 29(1), 90-102.

Casillas, C. J., Enns, P. K., Wohlfarth, P. C. (2010). "How Public Opinion Constrains the U.S. Supreme Court." *American Journal of Political Science*, 55(1), 74-88.

Chaemsaithong, K. (2019). "Deconstructing competing courtroom narratives: Representation of social actors. *Social Semiotics*," *29*(2), 240-260.

Chemerinsky, E. (2015). *Constitutional Law: Principles and Policies*. Philadelphia, Philadelphia: Wolters Kluwer Law & Business.

Chow, P. Y. S. (2018). *Cultural Rights in International Law and Discourse: Contemporary Challenges and Interdisciplinary Perspectives.* Leiden: Brill.

Chris Schmidt, (25 Şubat 2015) "Predicting the Winners in EEOC v. Abercrombie & Fitch and Baker Botts v. ASARCO," *IIT Chicago-Kent College of Law.* https://blogs.kentlaw.iit.edu/iscotus/predicting-winners-eeoc-v-abercrombie-baker-botts-v-asarco/ (11 Eylül 2023).

Colorada Anti-Discrimination Act, §§ 24-34-301 ila -804, C.R.S. 2014 https://ccrd.colorado.gov/

Conley, J. M., O'Barr, W. M., Lind, E. A. (1979). "The Power of Language: Presentational Style in the Courtroom." *Duke Law Journal*, *27*(6), 1375-1400.

Conley, J. M., O'Barr, W. M., Riner, R. C. (1998). *Just Words: Law, Language, and Power*. Chicago: University of Chicago Press.

Cornell Law School "Amicus Curiae" *Legal Information Institute,* https://www.law.cornell.edu/wex/amicus_curiae sitesinden alındı.

Corvino, J. (2018). "The Kind of Cake, Not the Kind of Customer". *Philosophical Topics*, *46*(2), 1-20.

Coşkun, S. Y. (2022). "Anayasal Hakların Çatışması", Doktora Tez, Bursa, Bursa Uludağ Üniversitesi.

Cotterill, J. (2003). *Language and Power in Court A Linguistic Analysis of the O.J. Simpson Trial*. Londra: Palgrave Macmillan.

Coulthard, M. (1992). *Advances in Spoken Discourse Analysis*. Oxfordshire: Routledge.

Council on American-Islamic Relations, "Orthodox Jews back scarf-wearing Muslim in Abercrombie&Fitch", (13 Aralık 2014), https://www.cairoklahoma.com/blog/orthodox-jews-back-scarf-wearing-muslim-in-abercrombie-fitch-case/ sitesinden alındı.

Cunningham, J. W., Fitzgerald, J. (1996), "Epistemology and Reading", *Reading Research Quarterly*, *31*(1), 49-50.

Çelebi, V. (2016). "Michel Foucault'da Arkeolojik Çözümleme ve Arkeolojik Çözümlemenin Süreksizlik Tezi." *Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, *7*(1), 993-1014.

Danchin, P. G. (2008). "Of Prophets and Proselytes: Freedom of Religion and the Conflict of Rights in International Law." *Harvard International Law Journal*, *29*(2), 249-321.

Davies, B., & Harré, R. (1990). "Positioning: The Discursive Production of Selves." *Journal for the Theory of Social Behaviour*, *20*(1), 43-63.

Davies, B., & Harré, R. (1999). "Positioning and Personhood." L. V. Langenhove & R. Harré (Ed.), *Positioning Theory*. Oxford: Blackwell.

Denzin, N. (1995). "Symbolic Interactionism." J. A. Smith, R. Harré, & L. V. Langenhove (Ed.), *Rethinking Psychology*. Londra: SAGE.

Derrida, J. (1976). *On Grammatology*. Baltimore: John Hopkins University Press.

Dettenwanger, S. (2015, Ekim 30). "Witnesses on Trial: Address and Referring Terms in US Cases." *Law Explorer*. https://lawexplores.com/witnesses-on-trial-address-and-referring-terms-in-us-cases/ sitesinden alındı.

Ducoulombier, P. (2008). "Conflicts Between Fundamental Rights." E. Brems (Ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights and the European Court of Human Rights: An Overview*. Antwerpen: Intersentia.

Dworkin, R. (1997). *Taking Rights Seriously*. Massachusetts: Harvard University Press.

Edward, S. (1999). *Michel Foucault: 1926-1984* (Ö. Emir, Çev.). Ankara: Doğu Batı.

Equal Employment Opportunity Commision v. Abercrombie & Fitch, No. 11-5110. "United States Court of Appeals Tenth Circuit." https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/ca10/11-5110/11-5110-2013-10-01.pdf?ts=1411095590

Erdölen, Y. E. (1 Temmuz 2022). "Güncel Sorunlar, tıkanan sistem: ABD ve kürtaj yasakları." *Anadolu Ajansı*. https://www.aa.com.tr/tr/analiz/guncel-sorunlar-tikanan-sistem-abd-ve-kurtaj-yasaklari/2627765 sitesinden alındı.

Erickson, B. E., Lind, E. A., Johnson, B. C., O'Barr, W. M. (1978). "Speech style and impression formation in a court setting: The effects of "powerful" and "powerless" speech." *Journal of Experimental Social Psychology*, *14*(3), 266-279.

Fairclough, N. (1992). *Discourse and Social Change*. Cambridge: Polity Press.

Farer, T. (1992). "The Hierarchy of Human Rights." *American University International Law Review*, *8*(1), 115-119.

Federal Judicial Center, "Ebel, David M." https://www.fjc.gov/history/judges/ebel-david-m sitesinden alındı.

Federal Judicial Center, "Kelly, Paul Joseph, Jr.," https://www.fjc.gov/history/judges/kelly-paul-joseph-jr sitesinden alındı.

Ferguson, R. A. (1997). *The American Enlightenment, 1750-1820*. Cambridge: Cambridge University Press.

Flemming, R. B., Bohte, J., Wood, B. D. (1997). "One Voice Among Many: The Supreme Court's Influence on Attentiveness to Issues in the United States, 1947-92." *American Journal of Political Science*, *41*(4), 1224.

Foucault, M. (1972). *Archaeology of Knowledge* (A. M. S. Smith, Çev.). Londra: Tavistock.

Foucault, M. (1977). *Discipline and Punish: The Birth of the Prison* (A. Sheridan, Çev.). Paris: Pantheon.

Foucault, M. (1987). *Söylemin Düzeni* (T. Ilgaz, Çev.). İstanbul: Hil.

Foucault, M. (1993). *Kelimeler ve Şeyler* (M. A. Kılıçbay, Çev.). İstanbul: İmge.

Foucault, M. (2003). *İktidarın Gözü: Seçme Yazılar* (I. Ergüden, Çev.). İstanbul: Ayrıntı.

Foucault, M. (2005). *Özne ve İktidar Seçme Yazılar* (I. Ergüden & O. Akınhay, Çev.). İstanbul: Ayrıntı.

Foucault, M. (2015). *Hapishanenin Doğuşu* (M. A. Kılıçbay, Çev.). İstanbul: İmge.

Foucault, M. (2022). *Bilginin Arkeolojisi* (U. Veli, Çev.; 5. Basım). İstanbul: Ayrıntı.

George, T. E., Epstein, L. (1992). "On the Nature of Supreme Court Decision Making." *American Political Science Review*, *86*(2), 323-337.

Gertrude, H. (2004). *The Roads to Modernity*. New York: Vintage Books.

Gibson, J. L. (1990). "Review of Public Opinion and the Supreme Court, Thomas R. Marshall." *Public Opinion Quarterly*, *54*(2), 289-290.

Gibson, J. L., & Caldeira, G. A. (2009). "Confirmation Politics and the Legitimacy of the U.S. Supreme Court: Institutional Loyalty, Positivity Bias, and the Alito Nomination." *American Journal of Political Science*. 53(1), 139-155.

Gibson, J. L., & Caldeira, G. A. (2011). "Has Legal Realism Damaged the Legitimacy of the U.S. Supreme Court?" *Law & Society Review*, *45*(1), 195-219.

Goldman, S. (1975). "Voting Behavior on the United States Courts of Appeals Revisited." *The American Political Science Review*, *69*(2), 491-506.

Goldstein, M., & Meisenbach, R. J. (2017). "Reproducing whiteness through diversity: A critical discourse analysis of the pro-affirmative action amicus briefs in the *Fisher* case." *Journal of Diversity in Higher Education, 10*(2), 162–180.

Gözler, K. (2017). *İnsan Hakları Hukuku*. Bursa: Ekin Yayınevi.

Gunn, J. T. (2006). *Din Özgürlüğü ve Laisite*. (H. Bal & Ö. F. Altıntaş, Çev.). Ankara: Liberte Yayınları.

Habermas, J. (1996). *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: Polity Press.

Harris, S. L. (1984). "Questions as a mode of control in magistrates' courts." *International Journal of the Sociology of Language*, *1984*(49), 5-28.

Hernandez, E. (2014). "Peyote and The Ensuing Moral Panic." *Ramapo Journal of Law & Society*. https://www.ramapo.edu/law-journal/thesis/peyote-ensuing-moral-panic/

Hoffmann, E. A. (2003). "Legal Consciousness and Dispute Resolution: Different Disputing Behavior at Two Similar Taxicab Companies." *Law & Social Inquiry*, *28*(3), 691-716.

Holmes, Jerome A." *Federal Judicial Center*. https://www.fjc.gov/history/judges/holmes-jerome sitesinden alındı.

Holocaust Encylopedia, "Kristallnacht", *https://encyclopedia.ushmm.org/content/en/article/kristallnacht* sitesinden alındı.

Hoover, D. R. (2016). "Pluralist Responses To Pluralist Realities In the United States." *Society*, *53*(1), 20-27.

Horton, A. (2022). "'Discrimination was their brand': how Abercrombie & Fitch fell out of fashion" *The Guardian,* https://www.theguardian.com/film/2022/apr/19/abercrombie-fitch-netflix-documentary-fashion-discrimination sitesinden alındı.

Hull, K. E. (2003). "The Cultural Power of Law and the Cultural Enactment of Legality: The Case of Same-Sex Marriage." *Law & Social Inquiry*, *28*(3), 629-657.

Hyle, K. (2018)." When Constitutional Rights Clash: Masterpiece Cakeshop's Potential Legacy." *ConLawNOW*, *9*(1), 200-207.

Independent Türkçe, "Baskından geriye kalan soru: Evanjelistler nasıl Trump'la birlikte aşırılığa meyletti?" (12.01.2021), https://www.indyturk.com/node/299281/d%C3%BCnya/bask%C4%B1ndan-

geriye-kalan-soru-evanjelistler-nas%C4%B1l-trumpla-birlikte-a%C5%9F%C4%B1r%C4%B1l%C4%B1%C4%9Fa sitesinden alındı.

Jacobi T., Schweers D., (2017) "Justice, Interrupted: The Effect of Gender, Ideology, and Seniority at Supreme Court Oral Arguments", *Virginia Law Review,* (103), 1379.

Johnsen, D. E. (1986). "The Creation of Fetal Rights: Conflicts with Women's Constitutional Rights to Liberty, Privacy, and Equal Protection." *The Yale Law Journal*, *905*, 599-625.

Johnson, T. R. (2001). "Information, Oral Arguments, and Supreme Court Decision Making." *American Politics Research*, *29*(4), 331-351.

Johnson, T., Wahlbeck, P., & Spriggs, J. (2006). "The influence of oral arguments on the u.s. supreme court." *American Political Science Review*, 100(1), 99-113.

Jurgens, H. (2012). Investgaitng the Conflict Between Freedom of Religion and Freedom of Expression, Mini-Tez, Cape Town, The University of Western Cape.

Justia, "Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie&Fitch 575__ (2015)", https://supreme.justia.com/cases/federal/us/575/14-86/case.pdf .

Justia, "Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission, 584 U.S. ___ (2018)." *https://supreme.justia.com/cases/federal/us/584/16-111/* sitesinden alındı.

Karahan, F. (2014). "Mahkeme Söylemi: Davalarda kullanılan sözlü dil ve dava tutanaklarının dilsel özellikleri." *27. Ulusal Dilbilim Kurultayı,* Ankara.

Kastury, C. (2013). The Interaction of Children's Rights, education rights and freedom of religion in South African Schools, Doktora Tezi, Gqerberha, Nelson Mandela Metropolitan University.

Keskin, İ. (2021). *Yapısalcılıktan Postyapısalcılığa: Sosyal Teorinin Dönüşümü*. Ankara: Dün Bugün Yarın Yayınları.

Klarman, M. J. (2004). *From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality*. Oxford: Oxford Universtiy Press

Korucu, S. (2013). Yargısal Aktivizm Teorisi. Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi.

Köktaş, M. (2014). "Amerikan Aydınlanması: Bir Giriş Denemesi." *Liberal Düşünce Dergisi*, *(74)*, 109-137.

Köküsarı, İ. (2020). *Anayasal Hakların Çatışması*. Ankara: Adalet.

Langran, R. (2005). "Oral Arguments and Decision Making on the United States Supreme Court." *Perspectives on Politics, 3*(3), 642-643.

Laycock, D. (1994). "Free Exercise and the Religious Freedom Restoration Act." *Fordham Law Review*, *62*(4), 883-904.

Laycock, D. (2007). "Substantive Neutrality Revisited." *West Virginia Law Review*, *110*(1), 51-88.

Le Cheng, Cheng, L., Sin, K. (2008). "A court judgment as dialogue". Weigand, E. (Ed.), *Dialogue and Rhetoric*. Philadelphia: John Benjamins: 267-281.

Levinson, B. M. (2018). "Strategies for the Reinterpretation of Normative Texts within the Hebrew Bible." *International Journal of Legal Discourse*. 3(1), 1-31.

Lind, E. A., Erickson, B. E., Conley, J. F., Conley, J. M., O'Barr, W. M. (1978). "Social attributions and conversation style in trial testimony." *Journal of Personality and Social Psychology*, *36*(12), 1558-1567.

Link, M. W. & Michael W. Link. (1995). "Tracking Public Mood in the Supreme Court: Cross-Time Analyses of Criminal Procedure and Civil Rights Cases." *Political Research Quarterly*, *48*(1), 61-78.

Lipka, M., (2013). "Abercrombie hijab firing highlights Muslim concern about discrimination" *Pew Research Center,* https://www.pewresearch.org/short-reads/2013/09/11/abercrombie-hijab-firing-highlights-muslim-concern-about-discrimination/ sitesinden alındı.

Lipka, M., (2015). "The political divide on views toward Muslims and Islam", *Pew Research Center,* https://www.pewresearch.org/short-reads/2015/01/29/the-political-divide-on-views-toward-muslims-and-islam/ sitesinden alındı.

Locke, J. (1884). *Two Treatises on Civil Government*. New York: George Routledge and Sons.

Lyotard, J. F. (1984). *The Postmodern Condition: A Report on Knowledge* (B. Geoff & B. Massumi, Çev.). Minneapolis: University of Minneapolis Press.

Malphurs, R., (2013), *Rhetoric and Discourse in Supreme Court Oral Arguments,* New York: Routledge.

Markula, P. (2003). "The technologies of the self: Sport, feminism, and Foucault." *Sociology of Sport Journal*, *20*(2), 87-107.

Marshall, A.M. (2003). "Injustice Frames, Legality, and the Everyday Construction of Sexual Harassment." *Law & Social Inquiry*, *28*(3), 659-689.

Marshall, A.M., Barclay, S. (2003). "In Their Own Words: How Ordinary People Construct the Legal World." *2000 Annual Meeting of the Law and Society Association*, *28*(3), 617-628.

Matoesian, G. (1993). *Reproducing rape: Domination through talk in the courtroom*. Chicago: University of Chicago Press.

Matoesian, G. (2013). "Language and Law." Bayley, R. Cameron, R. Lucas, C. (Ed.), *The Oxford Handbook of Sociolinguistics*. Oxford: Oxford University Press: 701-719.

McCorvey, N., Meisler, A. (1994). *I Am Roe: My Life, Roe V. Wade, and Freedom of Choice*. New York: HarperCollins.

McGarvie, M. D. (2016). *Law and Religion in American History*. New York: Cambridge University Press.

McGill, J. (2016). "Now Its My Rights Versus Yours; Equality in Tension with Religious Freedoms." *Alberta Law Review*, *53*(3), 583-608.

McGuire, K. T., & Stimson, J. A. (2004). "The Least Dangerous Branch Revisited: New Evidence on Supreme Court Responsiveness to Public Preferences." *The Journal of Politics*, *66*(4), 1018-1035.

McMillion, B. J. (2022). "Supreme Court Nominations, 1789 to 2020: Actions by the Senate, the Judiciary Committee, and the President." *Congressional Research Service,* 1-28.

Mey, J. L. (2017). "Discourse, Interests, and the Law: Some Pragma-Legal Reflections." *International Journal of Legal Discourse*. *2*(1), 13-27.

Meyer, T. (2021). "Hierarchies of Freedom—Hegel's Liberalism Between the Individual and the State." *Ethics & Politics*, *23*(2), 59-76.

Mills, S. (1997). *Discourse*. Londra: Routledge.

Mishler, W., & Sheehan, R. S. (1993). "The Supreme Court As A Countermajoritarian Institution? The Impact of Public Opinion on Supreme Court Decisions." *American Political Science Review*, *87*(1), 87-101.

Monsma, S. V., Soper, J. C. (1997). *The Challenge of Pluralism*. Oxford: Rowman & Littlefield Publishers.

Moosa, N. (2021). "How Loud Is Too Loud? Competing Rights to Religious Freedom and Property and the Muslim Call to Prayer (Adhan or Azan) in South Africa". *Religions*, *349*(12), 1-33.

Mouzelis, N. (1995). *Sociological Theory: What went Wrong? Diagnosis and Remedies*. Londra: Routledge.

Moyer, L. P., Szmer, J., Haire, S. B., Christensen, R. K. (2021). "'All Eyes Are on You': Gender, Race, and Opinion Writing on the US Courts of Appeals." *Law & Society Review*, *55*(3), 452-472.

Nessa, J., & Malterud, K. (1990). "Discourse Analysis in General Practice: A Sociolinguistic Approach." *Family Practice*, *7*(2), 77-83.

Nietzsche, F. (1887). *Zur Genealogie der Moral- Eine Streitschrisft*. Leipzig: C. G. Naumann.

O'Barr, W. M. (1982). *Linguistic Evidence: Language, Power, and Strategy in the Courtroom*. New York: Academic Press.

Oliphnat, B.J. ve Doherty, C., (2023), "Freedom of speech and LGBT rights: Americans' views of issues in Supreme Court case" *Pew Research Center,* https://www.pewresearch.org/short-reads/2023/06/14/freedom-of-speech-and-lgbt-rights-americans-views-of-issues-in-supreme-court-case/ sitesinden alındı.

Oyez, "Neil Gorsuch," https://www.oyez.org/justices/neil_gorsuch sitesinden alındı.

Oyez, "Amy Coney Barrett," https://www.oyez.org/justices/amy_coney_barrett sitesinden alındı.

Oyez, “Antonin Scalia”, https://www.oyez.org/justices/antonin_scalia sitesinden alındı.

Oyez, “Brett M. Kavanaugh” https://www.oyez.org/justices/brett_m_kavanaugh sitesinden alındı.

Oyez, “Byron R. White”, https://www.oyez.org/justices/byron_r_white sitesinden alındı.

Oyez, “Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie&Fitch,” https://www.oyez.org/cases/1989/88-1213 sitesinden alındı.

Oyez, “Justices”, https://www.oyez.org/justices sitesinden alındı.

Oyez, “Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission”. https://www.oyez.org/cases/2017/16-111 sitesinden alındı.

Oyez, “William H. Rehnquist, ”https://www.oyez.org/justices/william_h_rehnquist sitesinden alındı.

Öktem, N., & Türkbağ, A. U. (2009). *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*. İstanbul: Der Yayınları.

Önal, M. (2015). “Çağdaş Pragmatist ve Realist Hukuk Felsefelerinin Ontolojik ve Epistemolojik Kökenleri.” *Betulhikme*, *5*(2), 68-104.

Özcan, M. T. (2007). *Hukuk Sosyolojisine Giriş*. Ankara: Kavim Yayıncılık.

Özer, A. (2010). *Anayasa Hukuku Genel İlkeler*. Ankara: Turhan Kitabevi.

Parker, I. (1992). *Discourse Dynamics Critical Analysis for Social and Individual Psychology*. Londra: Routledge.

Pavlik, S. (1992). The U.S. “Supreme Court Decision on Peyote in Employment Division v. Smith: A Case Study in the Suppression of Native American Religious Freedom.” *Wicazo Sa Review*, *8*(2), 30-39.

Pearson, M. R. (2014). Religious objection to equality laws: Reconciling religious freedom with gay rights, Doktora Tezi, Londra, London School of Economics and Political Science.

Peller, G. (1985). “The Metaphysics of American Law.” *California Law Review*, *73*(4), 1151-1290.

Pew Research Center, “Freedom of speech and LGBT rights: Americans’ views of issues in Supreme Court case” (14 Haziran 2023), https://www.pewresearch.org/religion/2020/03/12/white-evangelicals-see-trump-as-fighting-for-their-beliefs-though-many-have-mixed-feelings-about-his-personal-conduct/ sitesinden alındı.

Pew Research Center, “White Evangelicals See Trump as Fighting for Their Beliefs, Though Many Have Mixed Feelings About His Personal Conduct” (12 Şubat 2020) , https://www.pewresearch.org/religion/2020/03/12/white-evangelicals-see-trump-as-fighting-for-their-beliefs-though-many-have-mixed-feelings-about-his-personal-conduct/ sitesinden alındı.

Pew Research Center, "A delicate balance: The free exercise clause and the Supreme Court." (24 Ekim 2007). https://www.pewresearch.org/religion/2007/10/24/a-delicate-balance-the-free-exercise-clause-and-the-supreme-court/ sitesinden alındı.

Pew Research Center, "Freedom of speech and LGBT rights: Americans' views of issues in Supreme Court case" (14.06.2023), https://www.pewresearch.org/religion/2020/03/12/white-evangelicals-see-trump-as-fighting-for-their-beliefs-though-many-have-mixed-feelings-about-his-personal-conduct/ sitesinden alındı.

Philips, S. U. (1998). *Ideology in the Language of Judges: How Judges Practice Law, Politics, and Courtroom Control*. Oxford: Oxford University Press.

Potter, J., & Wetherell, M. (1987). *Discourse and Social Psychology: Beyond attitudes and behaviour*. Londra: Sage.

Richard W. Garnett (2 Haziran 2021), "From Employment Division v. Smith to Fulton v. City of Philadelphia: The Free Exercise Clause" (12:08), *The Federalist Society,* https://www.youtube.com/watch?v=DhoVTmnDFHk sitesinden alındı.

Richardson, J. (2015). "Managing religion and the judicialization of religious freedom." *Journal for the Theory of Social Behaviour*, *54*(1), 1-19.

Richardson, J. T. (2006). "The Sociology of Religious Freedom: A Structural and Socio-Legal Analysis." *Sociology of Religion*, *67*(3), 271-294.

Riley, P. (1991). "Rousseau's General Will: Freedom of Particular Kind." *Political Studies*, *39*(1), 55-74.

Ringsmuth, E. M., Bryan, A., Johnson, T. P. (2012). "Voting Fluidity and Oral Argument on the U.S. Supreme Court." *Political Research Quarterly*, *66*(2), 429-440.

Rousseau, J. J. (2002). *İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı* (N. İleri, Çev.). İstanbul: Say Yayınları.

Sager, L. G. (2004). *Justice in Plainclothe: A Theory of American Constitutional Practice*. New Haven: Yale University Press.

Sangiovanni, A. (2017). *Humanity without Dignity*. Massachussett: Harvard University Press.

Saral, M. (2021). "İnsan Hakları ve Normları Arasında Hiyerarşi." *Ekonomi, Politika & Finans Araştırmaları Dergisi*, *6*(2), 446-482.

Scott, J. (2008). "Codified Canons and the Common Law of Interpretation." *The Georgetown Law Journal,* (98): 341-425.

Segal, J. A., Spaeth, H. J. (2002). *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge: Cambridge University Press.

Siegel, R., & Post, R. (2006). "Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution." *Fordham Law Review*, *75*(2), 545-574.

Singer, J. W. (1988). "Legal Realism Now." *California Law Review*, *76*(2), 465-544.

Smith, R. H. (2015). Moral equality and rights: A specificationist account of rights in conflict, Doktora Tezi, Londra, University of London.

Solan, L. M., Gales, T. (2016). "Finding Ordinary Meaning in Law: The Judge, the Dictionary or the Corpus?" *International Journal of Legal Discourse,* 2(1): 253-276.

Steinmetz, K. (2015, Nisan 10). "Obama's 20-year evolution on LGBT rights*." Time.* https://time.com/3816952/obama-gay-lesbian-transgender-lgbt-rights/ sitesinden alındı.

Stopler, G. (2005). "The Liberal Bind: The conflict between Women's Rights and Patriarchal Religion in the Liberal State." *Social Theory and Practice*, *31*(2), 191-231.

Stygall, G. (1994). *Trial Language: Differential Discourse Processing and Discursive Formation*. Philadelphia: John Benjamins.

Stygall, G. (2001). "A Different Class of Witnesses: Experts in the Courtroom." *Discourse Studies*, 3(3): 327-349.

Sumner, L.W., (1987). *The Moral Foundation of Rights*, Oxford: Clerandon Press.

Taratoot, C. D. (2013). "The Influence of Administrative Law Judge and Political Appointee Decisions on Appellate Courts in National Labor Relations Board Cases." *Law & Policy*, *36*(1), 35-67.

The Guardians, "Abercrombie & Fitch case: justices set to side with Muslim woman over headscarf", (25 Şubat 2015), https://www.theguardian.com/law/2015/feb/25/supreme-court-muslim-woman-abercrombie-fitch-case sitesinden alındı.

Tirado, F., Gálvez, A. (2008). "Positioning Theory and Discourse Analysis: Some Tools for Social Interaction Analysis." *Historical Social Research / Historische Sozialforschung*, *33*(1), 224-251.

Title VII of the Civil Rights Act of 1964, https://www.justice.gov/sites/default/files/crt/legacy/2010/12/15/Title_VII_Statute.pdf

Tocqueville, A., (1998). *Democracy in America*. Londra: Wordsworh.

Tonkiss, F. (2006). "Analysis text and speech: Content and discourse analysis." Seale, C., (Ed.), *Researching Society and Culture*, Londra: SAGE: 406-408.

Tracy, K. (2009). "How questioning constructs judge identities: oral argument about same-sex marriage." *Discourse Studies*, *11*(2), 199-221.

Tracy, K. (2011). "What's in a Name? Stance Markers in Oral Argument About Marriage Laws." *Discourse & Communication*, *5*(1), 65-88.

TRT World, "Trump bans transgender people from serving in US military" (26 Temmuz 2017) https://www.trtworld.com/americas/us-commander-in-chief-tweets-ban-against-transgender-persons-in-army-409532 sitesinden alındı.

TRT World, "Trump wants law to stop gender-affirming care for minors if re-elected" (04.03.2023), https://www.trtworld.com/americas/trump-wants-law-to-stop-gender-affirming-care-for-minors-if-re-elected-65178 sitesinden alındı.

Turner, B. S. (1993). "Outline of a Theory of Human Rights." *Sociology*, *27*(3), 489-512.

Turner, B., Rowland, R., Connell, R. W., Waters, M., Barbalet, J. M. (1995). "Symposium: Human rights and the sociological project." *Journal of Sociology*, *31*(2), 1-44.

Türkbağ, A. U. (2000). "Amerikan Hukuki Realizm Akımı." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, *8*(1-2), 79-95.

U.S EEOC,"EEOC Issues New Publications on Religious Garb and Grooming in the Workplace" (3 Haziran 2014) . https://www.eeoc.gov/newsroom/eeoc-issues-new-publications-religious-garb-and-grooming-workplace sitesinden alındı.

US Court of Appeals for the Eight Circuit, U.S. Reports: Trans World Airlines, Inc. v. Hardison, 432 U.S. 63" (1977). https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep432/usrep432063/usrep432063.pdf

US District Court Northern District of California, *Gonzalez v. Abercrombie & Fitch. No. 03-2817*, https://ecommons.cornell.edu/bitstream/handle/1813/80139/Gonzalez__et_al_v__Abercrombie_and_Fitch_Stores.pdf?sequence=1

US Senate, "Impeachment Trial of Justice Samuel Chase, 1804-05" https://www.senate.gov/about/powers-procedures/impeachment/impeachment-chase.htm sitesinden alındı.

US Supreme Court, "Brief Amici Curiae of Religious Organizations"(27 Ağustos 2014) *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie&Fitch 575__(2015),* https://www.uschamber.com/assets/documents/Religious20Organizations20Amici20Brief20-20EEOC20v.20Abercrombie20and20Fitch20Stores2C20Inc.2028U.S.20Supreme20Court29.pdf

US Supreme Court, "Brief fort he Chamber of Commerce of the US and NFIB Small Business Legal Center as Amici Curiae in Support of Respondent" (27 Ağustos 2014) *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie&Fitch 575__(2015),* https://www.uschamber.com/assets/documents/U.S.20Chamber20and20NFIB20Amici20Brief20-

US Supreme Court, "Opinion of the Court", *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie&Fitch 575__(2015)*, https://supreme.justia.com/cases/federal/us/575/14-86/case.pdf

US Supreme Court, *303 Creative LLC v. Elenis*, 600 U.S. ___ (2023), https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-476_c185.pdf .

US Supreme Court, *Bob Jones University v. United States*, 461. U.S__ 1982. https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep461/usrep461574/usrep461574.pdf

US Supreme Court, *Employment Division v. Smith, 494 U.S. 872* (1990), sayfa: 873, https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep494/usrep494872/usrep494872.pdf .

US Supreme Court, *Employment Division v. Smith, 494 U.S. 872 (1990)* https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep494/usrep494872/usrep494872.pdf.

US Supreme Court, *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie&Fitch 575__(2015)*, https://www.justice.gov/sites/default/files/osg/briefs/2014/01/01/2014-0086.pet.aa.pdf

US Supreme Court, *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie&Fitch 575__(2015),* "U.S Chamber of Commerce" https://www.uschamber.com/cases/discrimination/equal-employment-opportunity-commission-v-abercrombie-fitch-stores-inc

US Supreme Court, *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie&Fitch,* https://www.supremecourt.gov/pdfs/transcripts/1989/88-1213_11-06-1989.pdf

US Supreme Court, *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commison, 584 U.S ___ (2018), No: 16-111.* https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf

US Supreme Court, *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, *Oral Arguments*, *(2018),* https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2017/16-111_f29g.pdf .

US Supreme Court, *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972). https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep406/usrep406205/usrep406205.pdf

Van Dijk, T. A. (1997). "Discourse as Social Interaction." Van Dijk,T.A (Ed.), *The Study of Discourse*, Londra: SAGE : 1-34.

Vermeule, A. (2007). "Common Law Constitutionalism and the Limits of Reason." *Colombia Law Review*, *107*(6), 1482-1532.

Wahlbeck, P. J. (2009). "Religion and Judicial Politics." Guth, J.L., Kellstedt, L.A., Smidt, C. E., (Ed.), *The Oxford Handbook of Religion and American Politics*, Oxford: Oxford University Press: 518-545.

Wang, X.,Tu, Y. (2018). "The conceptual metaphors in law—A case analysis of PRC Company Law." *International Journal of Legal Discourse*, *3*(2), 269-285.

Wasby. S. L., D'Amato, A., (1976) "The functions of oral argument in the U.S. supreme court," *Quarterly Journal of Speech*, 62:4, 410-422

Waters, M. (1996). "Human Rights and the Universalisation of Intersts: Towards a Social Constructionist Approach." *Sociology*, *30*(3), 593-600.

Witte, J., Nichols, J. A. (2016). *Religion and the American Constitutional Experiment*. Oxford: Oxford University Press.

Wittgenstein, L. (1984). *Culture and Value* (G. H. von Wright, Ed.; Peter Winch, Çev.). Chicago: University of Chicago Press.

Wodak, R. (1980). "Discourse analysis and courtroom interaction." *Discourse Processes*, *3*(4), 369-380.

Yavuz, C. (2017). "Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (*128)*, 437-480.

Yörükoğlu, Ö. (1982). *Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında A.B.D. de Hâkim Olan Hukuk Teorisi*. İstanbul: İ.Ü.H.F.

Zaller, J. R. (1992). "Epilogue: The question of elite domination of public opinion." Zaller, J., (Ed.) *The Nature and Origins of Mass Opinion*, Cambridge: Cambridge University Press: 310-332.

Zucca, L. (2007). *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*. Oxford: OUP Oxford.