

KAHD

Karatekin Hukuk Dergisi Karatekin Law Journal

Cilt: 2- Sayı: 1 / Vol. 2 - No. 1
Ocak / January 2024
e-ISSN: 2980-079X



ÇANKIRI KARATEKİN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

hukuk.karatekin.edu.tr - kahd.karatekin.edu.tr

Sahibi

Prof. Dr. Hüseyin ODABAŞ
Çankırı Karatekin Üniversitesi

Editörler Kurulu

Baş Editör

Dr. Öğr. Üyesi Serdar DEMİRCİ
Çankırı Karatekin Üniversitesi

Editörler

Dr. Öğr. Üyesi Çolpan MÜCAHİT KÜÇÜK

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Duygu ÇELEBİ DEMİR

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet YEŞİLLER

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Editör Yardımcıları

Arş. Gör. Beyza BAYRAKTAR

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Arş. Gör. Hale ŞAHİN

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Arş. Gör. Salih YILDIZ

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Arş. Gör. Yusuf ÖZEL

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Yayın Kurulu Üyeleri

Prof. Dr. Constance DE LA VEGA

San Francisco Üniversitesi

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Çankaya Üniversitesi

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Özyeğin Üniversitesi

Prof. Dr. Francois du BOIS

Leicester Üniversitesi

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Prof. Dr. Kartini ABOO TALIB

Malezya Ulusal Üniversitesi

Prof. Dr. Marta Otero CRESPO

Santiago de Compostela Üniversitesi

Prof. Dr. Musa AYGÜL

Selçuk Üniversitesi

Prof. Dr. Tekin MEMİŞ

Beykent Üniversitesi

Yabancı Dil Editörleri

Dr. Öğr. Üyesi Ayşe GÜNEŞ

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Şerife Esra KİRAZ

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Mizanpaj Editörü

Arş. Gör. Salih YILDIZ

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Owner

Prof. Dr. Hüseyin ODABAŞ
Çankırı Karatekin Üniversitesi

Editorial Board

Editor in Chief

Assist. Prof. Dr. Serdar DEMİRCİ
Çankırı Karatekin Üniversitesi

Editors

Assist. Prof. Dr. Çolpan MÜCAHİT KÜÇÜK

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Assist. Prof. Dr. Duygu ÇELEBİ DEMİR

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Assist. Prof. Dr. Mehmet YEŞİLLER

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Editorial Assistants

Res. Asst. Beyza BAYRAKTAR

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Res. Asst. Hale ŞAHİN

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Res. Asst. Salih YILDIZ

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Res. Asst. Yusuf ÖZEL

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Editorial Board Members

Prof. Dr. Constance DE LA VEGA

The University of San Francisco

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Çankaya University

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Özyeğin University

Prof. Dr. Francois du BOIS

The University of Leicester

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Ankara Hacı Bayram Veli University

Prof. Dr. Kartini ABOO TALIB

The National University of Malaysia

Prof. Dr. Marta Otero CRESPO

The University of Santiago de Compostela

Prof. Dr. Musa AYGÜL

Selçuk University

Prof. Dr. Tekin MEMİŞ

Beykent University

Foreign Language Editors

Assist. Prof. Dr. Ayşe GÜNEŞ

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Assist. Prof. Dr. Şerife Esra KİRAZ

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Layout Editor

Res. Asst. Salih YILDIZ

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Danışma Kurulu Üyeleri - Advisory Board Members

Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK
İstanbul Kültür Üniversitesi
Prof. Dr. Cemal OĞUZ
Çankaya Üniversitesi
Prof. Dr. Elif UZUN
Anadolu Üniversitesi
Prof. Dr. Erdal YERDELEN
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi
Prof. Dr. Mahmut YAVAŞI
Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. Muhammed Fatih UŞAN
Ankara Medipol Üniversitesi
Prof. Dr. Murat BATI
Ondokuz Mayıs Üniversitesi
Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENÇİ
TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi
Prof. Dr. Serkan ÇINARLI
İzmir Bakırçay Üniversitesi
Doç. Dr. Abdülkerim YILDIRIM
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Doç. Dr. Burçak YILDIZ
Ankara Üniversitesi
Doç. Dr. Damla KÜÇÜK
Sakarya Üniversitesi
Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU
Ankara Medipol Üniversitesi
Doç. Dr. İştah URHANOĞLU
Hacettepe Üniversitesi
Doç. Dr. Nesibe KURT KONCA
Ankara Medipol Üniversitesi
Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Doç. Dr. Ozan CAN
Kırıkkale Üniversitesi
Doç. Dr. Önder TOZMAN
Hacettepe Üniversitesi

Dr. Anabela Susana GONÇALVES
The University of Minho
Dr. Öğr. Üyesi Cemal DURSUN
Çankırı Karatekin Üniversitesi
Dr. Öğr. Üyesi Elif ŞEN BOYNUEĞRİ
Çankırı Karatekin Üniversitesi
Dr. Öğr. Üyesi Esra YILDIZ ÜSTÜN
Atatürk Üniversitesi
Dr. Öğr. Üyesi Gülen SOYASLAN
Çankırı Karatekin Üniversitesi
Dr. Ivan TOT
The University of Zagreb
Dr. Öğr. Üyesi İlker KILIÇ
Çankaya Üniversitesi
Dr. Öğr. Üyesi Neslihan ÖZKERİM GÜNER
Çankırı Karatekin Üniversitesi
Dr. Öğr. Üyesi Özge ARPACI
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Dr. Öğr. Üyesi Özge ÇELEBİ
Çankırı Karatekin Üniversitesi
Dr. Öğr. Üyesi Sarp ŞAHANKAYA
Çankırı Karatekin Üniversitesi
Dr. Shaimaa ABDELKARIM
The University of Birmingham
Dr. Stelios ANDREADAKIS
Brunel University London
Dr. Syed Raza Shah Gilani GILANI
The Abdul Wali Khan University Mardan
Dr. Öğr. Üyesi Taner ŞAHİN
Ondokuz Mayıs Üniversitesi
Dr. Öğr. Üyesi Z. Özen İNCİ
Ondokuz Mayıs Üniversitesi
Dr. Öğr. Üyesi Zeynep ERHAN BULUT
Çankırı Karatekin Üniversitesi
Dr. Öğr. Üyesi Zeynep ÖZCAN
Ondokuz Mayıs Üniversitesi

Çankırı Karatekin Üniversitesi Karatekin Hukuk Dergisi
*Ocak ve Temmuz aylarında yayınlanan
hakemli bir dergidir.*

*Dergide yayınlanan yazıların içeriğinden
yazarlar sorumludur.*

Çankırı Karatekin Üniversitesi Karatekin Hukuk Dergisi

Cankiri Karatekin University Karatekin Law Journal
*is an international peer-reviewed journal published
in January and July.*

*Any responsibility related to contents of papers
belong to authors.*

Cankiri Karatekin University Karatekin Law Journal

İletişim - Contact

Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluyazı Kampüsü 18100 Çankırı/Türkiye

web: <https://dergipark.org.tr/pub/kahd> - kahd.karatekin.edu.tr

e-mail: kahd@karatekin.edu.tr

EDİTÖR'DEN

Değerli Okuyucularımız,

Hukuk bilimine ve eğitimine katkı sağlamak amacıyla, üzerine düşen sorumluluk bilinciyle 2023 yılında yayın hayatına başlayan Dergimizin üçüncü sayısı ile yeniden sizlerle birlikte olabilmenin mutluluğunu yaşamaktayız. Henüz yayın hayatında emekleme sürecini yaşayan Dergimiz, çıkmış olduğu kutsal bilimsel yolda kararlı ve istikrarlı bir şekilde yoluna devam etmektedir. Nitekim ilk sayımızın ardından “TR Dizin” tarafından izlenme sürecine alınmış olan Dergimiz, diğer bilimsel indekslere de başvuru şartlarını adım adım gerçekleştirmektedir.

Yeni bir derginin varoluş sürecinde, özgün ve alana katkı sağlayan bilimsel çalışmaların varlığı son derece önemlidir. İlk iki sayımızda olduğu gibi, güncel sayımızda da Dergimize gösterilen teveccüh, olumlu ve destekleyici tepkiler inanç ve kararlılığımızı pekiştirmektedir. Bu bağlamda bilhassa değerli hakemlerimiz, inceleme sürecinde mesleki tecrübeleriyle bizlere önemli bir katkı sağlamaktadır. Bununla birlikte Dergimiz, gerek hukuk mesleğini gerekse genç araştırmacıları teşvik amacıyla uygulamada ve eğitim hayatında olan hukuk gönüllülerinin çalışmalarına da yer vermeyi son derece önemsemektedir.

Dergimizin üçüncü sayısında değerli çalışmalarıyla bize destek olan tüm yazarlarımıza, hakemlerimize ve özverili bir şekilde çalışan editör, yayın ve danışma kurulu üyelerimize ayrı ayrı teşekkür ederiz. Her bir sayımızda Dergimizin nicelik ve niteliksel anlamda daha da gelişeceği ümidiyle, güncel sayımızda yer alan çalışmalarını siz değerli okuyucularımıza saygılarımızla sunarız.

Dr. Serdar DEMİRCİ
KAHD Baş Editörü

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

MAKALELER / ARTICLES

Türk Ticaret Kanunu Bakımından Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Yolcunun Bagaj Hakkındaki Yükümlülükleri ve Taşıyanın Hapis Hakkı
Obligations of Passenger Regarding Baggage and Carrier's Right of Lien in Maritime Transportation Contracts under the Turkish Commercial Code..... 1
Arş. Gör. Tekincan Akif Karaarslan

Queer Hukuk Teorisi
Queer Legal Theory..... 27
Arş. Gör. Rojbin Meço

KİTAP TANITIM / BOOK REVIEW

Kitap: Hukuk Felsefesi Açısından Tabii Hukuk Teorisi ve İslâm Hukuku
Yazar: Şahban Yıldırım..... 63
Arş. Gör. Seniyye Şahin

Kitap: A History of Law in Europe: From the Early Middle Ages to the Twentieth Century
Yazar: Antonio Padoa-Schioppa..... 69
Dr. Öğr. Üyesi Cemâl Dursun



Karatekin Hukuk Dergisi Karatekin Law Journal

Cilt/Volume: 2, Sayı/Issue: 1, 1-25

ISSN: 2980-079X

Geliş Tarihi / Received: 29.08.2023

Kabul Tarihi Accepted: 02.01.2024



TÜRK TİCARET KANUNU BAKIMINDAN DENİZ YOLUYLA YOLCU TAŞIMA SÖZLEŞMELERİNDE YOLCUNUN BAGAJ HAKKINDAKİ YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE TAŞIYANIN HAPİS HAKKI

Tekincan Akif Karaarslan* 

Özet

Deniz Ticaretinde gemiler genellikle yük taşımak için kullanılsa da bir kısmı da yolcu taşıma sözleşmelerinin ifası için tahsis edilmiştir. Yolcu taşıma sözleşmeleri ise öğretilde taşıyanın yolcuyu ve bagajını sağ salim varma limanına götürmesine karşılık yolcunun da bu taşıma için ücret ödediği akitler olarak öğretilde tanımlanmaktadır. Kanun koyucu, TTK md. 1247 vd. hükümlerinde yolcu taşıma sözleşmesi hükümlerini düzenlemekte mezkûr hükümlerde yolcunun bagajının taşınmasına karşılık ona birtakım yükümlülükler yüklemektedir. Çalışmada ise yolcunun asli yükümlülüğü olan taşınan bagaj için ücret ödeme borcu ve bagaj hakkında doğru bilgi verme yükümlülüğü ele alınmakta ayrıca TTK md. 1254/1'de taşıyanın yolcunun bagajı üzerindeki hapis hakkı hükmünün uygulanabilir olup olmadığı incelenmekte uygulanabileceği takdirde ise hangi şartlarda uygulanabileceği değerlendirilmektedir. Bu ihtimallerin sonucunda kanun koyucunun abesle iştiğal etmeyeceğinden hareketle ve yolcu taşıma ücreti istinasız olarak taşımanın başında tahsil edilmiş olsa dahi belirli durumlarda taşıyanın hapis hakkına sahip olabileceği durumlar belirtilmekte ve bu olasılıklardan yola çıkılarak ise taşıyanın nasıl ve ne şekilde hapis hakkını kullanacağı navlun sözleşmelerindeki hapis hakkı dikkate alınarak incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Yolcu Taşıma, Yolcu Taşıma Sözleşmesi, Yolcu Bagajı, Taşıyanın Hapis Hakkı, Deniz Taşıma

OBLIGATIONS OF PASSENGER REGARDING BAGGAGE AND CARRIER'S RIGHT OF LIEN IN MARITIME TRANSPORTATION CONTRACTS UNDER THE TURKISH COMMERCIAL CODE

Abstract

In maritime, while ships are generally used for the transportation of cargo, some are specifically designated for the performance of passenger carriage contracts., contract of carriage of passengers as defined in the doctrine, entail an agreement in which the carrier undertakes to safely transport the passenger and their luggage to the destination port in exchange for the passenger's payment. Legislative provisions addressing contract of carriage of passengers are outlined in articles 1247 and subsequent articles of the Turkish Commercial Code (TTK). In these provisions, the legislator imposes certain obligations on the passenger concerning the carriage of their luggage. This study focuses on the primary obligation of the passenger, which is the payment of fees for the transported luggage, and the obligation to provide accurate information about the luggage. Additionally, it examines whether the right of lien stipulated in TTK Article 1254/1 is applicable to the carrier regarding the passenger's luggage. If applicable, the study evaluates the conditions under which this right of lien can be exercised. Considering that the legislator would not engage in futile endeavors, the theoretical scenarios where the carrier might have the right of lien, even if the passenger carriage fee has been collected at the beginning of the transportation, are delineated. Based on these possibilities, the study suggests that, in certain circumstances, the carrier may possess the right of lien and explores how and under what conditions the carrier can exercise this right, taking into account the right of lien in freight contracts.

Keywords: Carriage of Passengers, Passenger Carriage Contract, Passenger Baggage, Carrier's Right of Lien, Carriage by Sea

* Arş. Gör. Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: akifkaraarslan@klu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5594-0380

GİRİŞ

Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmeleri, yolcunun veya yolcu ile birlikte yanında getirdiği bagajının deniz yolu ile gemi vasıtasıyla taşınması için taşıyan ya da taşıyanın adı ve hesabına yapılan sözleşmedir¹.

Deniz yoluyla taşınan yolcular, denizde gerçekleşen birçok rizikoya maruz kalmakta ve gemi kazalarının doğurduğu yahut gemi kazası dışındaki nedenlerden dolayı hayatını kaybetmekte, bedensel zarara uğramakta ya da bagajları zayi olmaktadır. Yolcuların çoğunun tüketici sıfatında olduğu ve ekonomik açıdan taşıyana karşı daha zayıf durumda olmaları göz önüne alındığında etkin bir koruma mekanizmasına ihtiyaç duymalarının önemi ortaya çıkmaktadır².

Bu çerçevede deniz yolu ile yolcu taşıma sözleşmeleri hakkında milletlerin yeknesak olarak uygulayacakları bir sözleşmenin var olması arzu edilmiş ancak denizde eşya taşıma faaliyetinin yolcu taşıma faaliyetinden daha ön planda olması hasebiyle uzun yıllar amaçlanan sözleşme için çalışmalar başlatılamamıştır³. 1951 yılında Napoli Konferansı'nda deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmelerine ilişkin Fransa'nın başkanlığında bir komisyonun toplanması gerektiği kararı alınmıştır⁴. Bu komisyonun hazırladığı taslak metin üzerine 1957 Brüksel Konferansı yapılmış burada tartışılan hükümler 1961'de yapılan son konferansta nihai halini almıştır⁵. Ancak 1961 Konferansı'nda deniz yolu ile yolcu taşımalarında davaların en çok görüldüğü denizci milletlerden olan İngilizler'in ısrarı ve yolcu bagajlarının korunmaya değer olmadığı gerekçesiyle bu Konvansiyona yolcu bagajı hükümleri dahil edilmemiş yalnızca ölüm ve bedensel yaralanmaya ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Ancak daha sonra konunun önemi anlaşılmış 1967'de Brüksel'de toplanan komisyon yolcu bagajlarının zıya ve hasarının hüküm

¹ Melda Taşkın, *Deniz Yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesinde Taşıyanın Gemi Kazasından Doğan Sorumluluğu*, İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2016, s. 54; Mertol Can, *Türk Hukukunda ve Milletlerarası Hukukta Deniz Yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesi*, Ankara: İmaj Yayınları, 2001, s. 17; İsmail Demir, 2002 *Atina Sözleşmesi Çerçevesinde Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020, s. 133; Emine Yazıcıoğlu, *Kender-Çetingil Deniz Ticareti Hukuku*, 17. Bası İstanbul: Filiz Kitapevi, 2022, s. 445; Kerim Atamer, "2002 Atina Sözleşmesi'nde ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Denizyolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesi", *Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Dergisi*, XXIV/III (2008) 130; Hacı Kara, *Deniz Ticareti Hukuku*, İstanbul: Onikilevha Yayınevi, 2020, s. 271; Şaban Kayıhan, *Deniz Ticareti Hukuku*, 2. Bası İstanbul: Umuttepe Yayınları, 2021, s. 228; İlknur Uluğ Cicim, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Deniz Yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 18/2 (2012) 529; İsmail Demir, *Deniz Ticareti Hukuku*, 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2023, s. 408; TTK md. 1247 gereği devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yapılan ticari yolcu taşıma sözleşmelerine de TTK'nın deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmelerine ilişkin mezkûr hükümleri uygulanmaktadır.

² Demir, *Deniz Ticareti*, s. 407.

³ Rayegan Kender, *Deniz Yolu ile Yolcu Taşınmasına Dair Kaidelerin Enternasyonal Hukukta Birleştirilmesi*, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 28, Sayı 3-4, s. 729.

⁴ Kender, *Enternasyonal Kaide*, s. 729.

⁵ Taşkın, *Gemi Kazası*, s. 11; Demir, *Deniz Ticareti*, s. 407.

altına aldığı bir sözleşme üzerinde anlaşmıştır. Lakin sözleşme yeterli katılım olmadığından dolayı yürürlüğe girememiştir⁶.

1961 Konvansiyonu ihtiyacı karşılayamadığından 1967 Konvansiyonu da yürürlüğe girmediğinden istenilen sonuç gerçekleşmemiş bunun üzerine yolcuların uğradığı ölüm/bedensel yaralanma ve bagaj zıya/hasarını kapsayacak 1974 Atina Konvansiyonu kabul edilmiştir⁷. Bu Konvansiyonun uygulanmasını sağlamak için 1976 ve 1990 Protokolleri yapılmış lakin yine istenilen sonuca ulaşılmamıştır.

Daha sonra aynı amaca müstenit 2002 Tarihli Yolcuların ve Bagajlarının Deniz Yolu ile Taşınmasına İlişkin Atina Sözleşmesi (Konvansiyon) imzalanmış çağın gereklerine ayak uydurma yolcuların menfaatinin çağdaş biçimde sağlanma gayesi güdülmüştür. Mezkûr konvansiyon her türlü zarar bakımından sınırlı sorumluluk prensibini kabul etmiş kusurun varlığı bakımından ise karma bir sistem öngörmüştür⁸. Ölüm-cismani zararlardan belirli bir kısma kadar kusursuz sorumluluk ilkesi kabul edilirken belirli sınırlar arasına ise taşıyanın kusurlu olduğu kabul edilmiştir. Bagaj yükünün ziya ve hasarı bakımından ise çeşitli ihtimallere göre ispat yükünün ters çevrildiği durumlar hüküm altına alınmıştır⁹.

Türk Hukuku bakımından ise mülga 6762 sayılı Ticaret Kanunu (TTK)¹⁰, yelkenli gemilerle eşya ve yolcu taşıma sözleşmeleri için hükümler getiren 1861 Tarihli Alman Kanunundan tedvin edilmiş ve zaman içerisinde günün ihtiyaçlarını karşılayamayacak hale gelmiştir¹¹. Bu çerçevede Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Deniz Ticareti Alt Komisyonu, çağdaş standartları yakalamak adına 2002 Tarihli Atina Konvansiyonu hükümlerinin Türkçe çevirisini esas alıp iç hukuka aktararak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK)¹² deniz yolu ile yolcu taşınmasına ilişkin hükümleri ihdas etmişler ve milletlerarası hukukla yeknesaklık sağlamışlardır¹³.

Ancak belirli hükümler Konvansiyonda yer almayıp 6762 sayılı TTK'ndan 6102 sayılı TTK'na aktarılmıştır. Bu hükümlerden biri de çalışmamızın temelini oluşturan “Taşıyanın

⁶ Demir, *Deniz Ticareti*, s. 407; Kerim Atamer ve Cüneyt Süzel, “Yolcu Taşıma Sözleşmesi-2002 Tarihli Atina Sözleşmesi”, *Yeni Deniz Ticareti Hukuku'nun Kaynakları, Cilt1: Milletlerarası Sözleşmeler ve Açıklamalı Çevirileri-Bibliyografya-Mahkeme Kararları*, İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2013, s. 247.

⁷ Taşkın, s. 12; Atamer ve Süzel, s. 247; Demir, *Deniz Ticareti*, s. 408.

⁸ Türkiye, mezkûr Konvansiyona taraf olmuştur. Yolcuların ve Bagajlarının Deniz Yolu ile Taşınmasına İlişkin Atina Sözleşmesine Ait 2002 Protokolü, 6690 sayılı Kanun, RG 30027.

⁹ Demir, *Deniz Ticareti*, s. 408.

¹⁰ 6762 sayılı Ticaret Kanunu, Tarih: 29/06/1956 Resmi Gazete Sayı: 9353.

¹¹ Turgut Kalpsüz, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Deniz Ticareti Hukuku Hükümlerine İlişkin Açıklamalar”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Sayı 4, 2005, s. 35; Atamer, *Yolcu Taşıma*, s. 110; Serap Amasya, Anlam Altay, *Karakteristik Çizgilerle Türk Ticaret Kanunu Tasarısı*, İstanbul: Deloitte, 2007, s. 19.

¹² 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, Tarih: 14/2/2011 Resmi Gazete Sayı : 27846.

¹³ Kalpsüz, *Tasarı*, s. 35; Atamer, *Yolcu Taşıma*, s. 111.

Hapis Hakkı” kenar başlıklı TTK md. 1254’tür. Mezkûr madde “*Taşıyan, deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinden doğan bütün alacakları için, Türk Medeni Kanunu’nun 950 ile 953’üncü maddeleri uyarınca yolcuya ait bagaj üzerinde hapis hakkına sahiptir*” hükmünü ihtiva etmektedir.

Dolayısıyla çalışma kapsamı TTK’nın uygulandığı deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmeleri ile sınırlandırılmış olup bu taşımalarından doğacak hapis hakkının varlığı ele alınmıştır. Hapis hakkının varlığı bakımından önem arz ettiğinden taşıma bakımından, yolcu ve yolcu bagajının tanımı, ücretin zorunlu olup olmadığı unsuru ve yolcunun bagaj hakkındaki yükümlülükleri ele alınmıştır.

I. YOLCU KAVRAMI

TTK md. 1249 gereği, deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesine dayanarak yahut deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesi hükümlerine tabi olmayan bir navlun sözleşmesinin konusu olan aracı ya da canlı hayvanları gözetmek üzere, taşıyanın onayı ile gemide taşınan kişiler yolcu sayılmaktadır¹⁴. Belirtmek gerekir ki yolcu sıfatına sahip olunması için sözleşmenin tarafı olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Üçüncü bir kişi tarafından yolculuğu yapacak kişi lehine akdedilen yolcu taşıma sözleşmeleriyle de taşınacak kişi “yolcu” sıfatına sahip olacaktır¹⁵. Aşağıda da ele alınacağı üzere “yolcu” sıfatı taşımadan doğan haklar ve borçları üzerinde barındıracağından yolcu sıfatının varlığının olup olmadığı bazı özel durumların incelenmesi gerekmektedir.

İlk olarak kaçak yolcunun, TTK md. 1249 anlamında yolcu sıfatına sahip olup olmadığını irdelenmesi gerekmektedir. Kaçak yolcu kavramı taşıma sözleşmesinin tarafı olmayan ve biletsiz şekilde gemiye gizlice binen yolculara verilen tanıma karşılık gelmektedir¹⁶. Kaptan, kaçak yolcuyu ilk fırsatta gemiden uzaklaştırabileceği gibi kaçak

¹⁴ Demir, *Deniz Ticareti*, s. 412.

¹⁵ Demir, *Deniz Ticareti*, s. 412; TTK m. 1249/II de taşıma sözleşmesinde yolcunun adının bulunması durumunda taşınma hakkını bir başkasına devredemeyeceğini düzenlemektedir. Bu takdirde hamiline yazılı bir bileti elinde bulunduran yolcu, taşıma başlamadan önce bileti devredebilecek ve devralan kişi yolcu sıfatına sahip olacaktır: İsmail Doğanay, “Denizde Yolcu Taşıma Mukavelesi”, *Yargıtay Dergisi*, C.1, S.2, 1976, 128; Öğretide *Atamer* ve *Demir* bilet üzerinde nama yazılı bir bileti devretmek isteyen yolcunun taşıyandan onay alması gerektiğini belirtmektedir: *Atamer, Yolcu Taşıma*, s. 139; *Demir, Yolcu Taşıma*, s. 220; Ancak yazarlar onayın şekli bakımından farklı görüş belirtmekte *Atamer*, yolcu taşıma sözleşmesi şekle bağlı bir sözleşme olmadığından onayın şekil şartına tabi olmadığını ifade ederken, *Demir* ise bu hakkın devrinin hukuki niteliğinin alacağın devri olduğu dolayısıyla da TBK md. 184’te düzenlenen yazılı şekil şartına tabii olması gerektiğini ileri sürmektedir. Kanaatimizce söz konusu durum bakımından *Demir*’in görüşüne üstünlük tanınmalıdır. Zira TBK, şekle bağlı olmayan sözleşmeler bakımından alacağın devrinin de şekle bağlı olmadığı yönünde herhangi bir hüküm ihtiva etmemektedir.

¹⁶ Can, *Yolcu Taşıma*, s. 27; *Demir, Yolcu Taşıma*, s. 218; Ergon Çetingil, *Denizde Yolcu Taşıma Sözleşmesi ve Sigorta*” Ankara: Sigorta Hukuku Türk Derneği, 1985, s. 135.

yolcunun taşınmasına da izin verebilecektir¹⁷. Kaçak yolcunun gemide taşınması durumunda onun TTK bağlamında yolcu sayılıp sayılmayacağı öğretide tartışmalıdır. Bir görüş, kaçak yolcuların TTK bağlamında yolcu sıfatı kazanamayacağını ileri sürmektedir¹⁸. Diğer bir görüş ise kaçak yolcunun ücret karşılığında taşınması durumunda yolcu sıfatı kazanacağını ifade etmektedir¹⁹. Kanaatimizce burada Türk Borçlar Kanunu (TBK) 20 md. 19'dan faydalanılması gerekmektedir. Dolayısıyla kaptan ve kaçak yolcunun iradelerinin uyuşması sonucunda yolcunun gemide taşınması durumunda taraflar arasında yolcu taşıma sözleşmesinin akdedildiğini kabul edilmelidir. Zira TTK kapsamında yolcu taşıma sözleşmesi herhangi bir şekilde bağlı değildir. Bu nedenle kaçak yolcunun TTK hükümleri uyarınca yolcu olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

İkinci olarak hamile yolcunun, yolculuk esnasında doğum yapması ihtimalinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Söz konusu hal TTK kapsamında hüküm altına alınmadığından öğretide farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bir görüş, yenidoğanın, TTK bakımından yolcu sıfatını kazanamayacağını, taşıyanın açık bir şekilde rıza göstermesi gerektiğini ileri sürmektedir²¹. Kanaatimizce söz konusu yorum katılmakla birlikte taşıyanın yahut temsilcisi kaptanın durumu öğrendikten sonra zımnî olarak susması sözleşmenin kurulmuş olduğu yönünde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Üçüncü olarak TTK md. 1249'da açık şekilde hüküm altına alınan yolcu taşıma sözleşmesi olmaksızın akdedilen navlun sözleşmesine dayanarak bu sözleşmenin konusunu oluşturan hayvan ve araçlara nezaret etmek üzere gemide taşınan kimselerin yolcu sıfatına sahip olduklarının gözden kaçırılmaması gerekmektedir. Ancak hayvan ve araçlar dışında taşınan şeylere nezaret eden kişilerin yolcu sıfatını kazanıp kazanamayacağına dair kanunun lafzında bir açıklık bulunmamaktadır. Öğretide bir görüş araç ve canlı hayvanlar dışında taşınan yüklere nezaret eden kişilerin de yolcu sayılması gerektiğini savunmaktadır²². Kanaatimizce bu görüşe iştirak edilmesi gerekmektedir. Zira sayılan kişilerin TTK kapsamı dışında bırakılması için makul bir neden bulunmamaktadır.

Bu başlık altında değerlendirilmesi gereken son özel durum mevzuat gereği olarak

¹⁷ Can, *Yolcu Taşıma*, s. 54; bu takdirde kaçak yolcunun TTK md. 1252/III hükmüne kıyasen hareket limanında biletli yolcu gibi bindiği kabul edilerek en yüksek taşıma ücreti kendisinden talep edilebilecektir: DEMİR, *Yolcu Taşıma*, s. 218; Mülga TTK döneminde: Can, *Yolcu Taşıma*, s. 55.

¹⁸ Çetingil, *Yolcu Taşıma*, s. 136; Taşkın, *Gemi Kazası*, s. 37; Demir, *Yolcu Taşıma*, s. 219; Demir, *Deniz Ticareti*, s. 412.

¹⁹ Uluğ Cicim, *Yolcu Taşıma*, s. 529; Salih Önder, "1974 Tarihli Atina Konvansiyonu Bağlamında Denizde Yolcu Taşıma Sözleşmesi", *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan*, Ankara: Turhan Kitapevi, 2010, s. 1548.

²⁰ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, Tarih: 04/02/2011, Resmi Gazete Sayı: 27836.

²¹ Demir, *Yolcu Taşıma*, s. 217.

²² Demir, *Yolcu Taşıma*, s. 215; Uluğ Cicim, *Yolcu Taşıma*, s. 529.

ülkelerine geri götürülen gemi adamlarının yolcu sıfatına sahip olup olmayacağı durumudur. Öğretide bir görüş bu kişilerin TTK ve Konvansiyon bağlamında yolcu sıfatına haiz olamayacaklarını belirtmektedir²³. Öğretide diğer bir görüş ise bu kişilerin yolcu sıfatına haiz olduklarını belirtmektedir²⁴. Kanaatimizce gemi adamlarının geri götürülmesi bakımından ikinci görüşe üstünlük tanınması ve yolcu sayılması gerekmektedir. Zira gemi adamının donatan ile arasındaki ilişki hizmet ilişkisi söz konusu olmakta ancak taşınması ayrı bir taşıma sözleşmesi oluşturmaktadır.

II. YOLCU BAGAJI KAVRAMI

Bagaj kavramı yolcunun yanında bulunan eşya olarak tanımlanmakta ve bu eşya yolculuk boyunca gemide taşınmaktadır²⁵. Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinin asıl edimini yolcunun taşınması oluşturmakta yolcu bagajının taşınması ise ikinci bir edim olarak yerine getirilmektedir²⁶. Dolayısıyla yolcu olmadan yalnız bagajının taşınması deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesi olarak değil bir navlun sözleşmesi olarak kabul edilmektedir²⁷. Zira bu sonuç TTK md. 1250'nin lafzında da çıkmaktadır. Mezkûr madde, deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesi gereğince taşınan eşya ve araçların bagaj kapsamında olduğunu belirtmekte ve bu bagajın yolcu taşıma sözleşmesine istinaden taşındığını hüküm altına almaktadır

Bagaj kavramının kapsamının aydınlatılmasında ise TTK md. 1250'nin göz önüne alınması gerekmektedir. Mezkûr madde, eşya taşıma sözleşmesi gereğince taşınan mallar, araçlar ve canlı hayvanlar hariç olmak üzere deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesi gereğince taşıyan tarafından taşınan herhangi bir eşya ya da aracın bagajın kapsamını oluşturduğunu hüküm altına almıştır. Yine TTK md. 1260, taşıyana teslim edilmiş olan değerli eşyanın da bagaj olarak sayılacağını müstakil olarak hüküm altına almıştır²⁸.

²³ Çetingil, *Yolcu Taşıma*, s. 135; Atamer, *Yolcu Taşıma*, s. 140; Canan Özlem Ilgın, "Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerine İlişkin Bir Değerlendirme", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 6, S.12, 2007, s. 235

²⁴ Demir, *Yolcu Taşıma*, s. 216

²⁵ Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti*, s. 445; Atamer, *Yolcu Taşıma*, s. 142; Uluğ Cicim, s. 529; Rayegan Kender, "Denizyolu ile Yolcu ve Bagaj Taşınmasına Dair 1974 Atina Konvansiyonu ve Sigorta", *Sigorta Hukuku Türk Derneği*, Ankara: 1985, s. 105

²⁶ Ahmet Zeyneloğlu, *Uygulamalı Taşıma Hukuku*, Ankara: Olgaç Matbaası, 1980, s. 228: ilgili yazar, yolcunun olmadığı durumlarda bagajın da olmadığını belirtmektedir. Kender ise bagajın yolcu taşınmasının mütemmim cüzü olduğunu ifade etmektedir.: Kender, *Enternasyonal Kaide*, s. 734.

²⁷ Demir, *Yolcu Taşıma*, s. 228; Can, *Yolcu Taşıma*, s. 42.

²⁸ Öğretide Can, yolculuk eşyası ve taşıyana teslim edilen eşya şeklinde ikili bir ayrıma gitmiş, yolculuk eşyasını el bagajı ve kabin bagajı olarak ayırmış, taşıyana teslim edilen eşya ise kıymetli eşya, alelade eşya ve nakil vasıtaları olarak üçe ayırmıştır. Esasen bu ayırım konunun anlaşılması bakımından öneme haizdir: Can, 44 vd.; Konvansiyon ve TTK ise ayrımı daha da sadeleştirilmiş kabin bagajı başlığı altında esasen el bagajı ve kabin bagajını birleştirmiş, kabin bagajı dışındaki bagaj kısmında araçları ve alelade eşyayı almış daha sonra ise kıymetli eşyayı düzenlemiştir.

Kabin bagajı, TTK md. 1250'de yolcunun zilyetliğinde bulunan eşya olarak tanımlanmış ve bu tanımda zilyetlik unsuru ele alınmıştır²⁹. Yine TTK md. 1250/II, "yolcunun aracının içinde veya üzerinde bulundurduğu bagajın" da taşıma süresi ve araçlar için sorumluluk sınırına ilişkin hükümlerin haricinde kabin bagajı olarak nitelendirileceğini hüküm altına almaktadır³⁰.

Diğer bagaj kavramının aydınlatılmasında ise taşıma sürelerini hüküm altına alan TTK md. 1258 hükmünün değerlendirilmesi gerekmektedir. Mezkûr madde taşıma süresinin, taşıyan ya da temsilcisi tarafından kıyıda yahut gemide teslim alınmasından tekrar geri iade edilmesine kadar geçen süreyi kapsayacağını hüküm altına almaktadır. Bu hükümden hareketle diğer bagaj kavramından taşıyanın teslim aldığı ancak iade etmediği, kendi zilyetliğinde olan bagaj olarak anlaşılması gerekmektedir³¹.

Çağdaş ilerlemeler çerçevesinde gemi inşa teknolojisindeki gelişmelerin sonucu olarak araçların taşınacağı gemilerin artık denizlerde görülmeye başlanması sonucunda araçların da bagaj olarak nitelendirilmesi gereği ortaya çıkmıştır³². Ancak aracın, kabin bagajı mı yoksa diğer bagaj mı sayılacağı hususu öğretilerde tartışmalıdır. Mezkûr tartışmanın sonucu ise taşıyanın sorumluluk sınırının belirlenmesi bakımından önemlidir. Öğretilerde bir görüş TTK'nda yer alan bagaj tanımından hareket etmekte ve kabin bagajı ile diğer bagajın sınırın fiili hakimiyeti elinde bulunduran şahsa göre belirleneceğini belirtmektedir. Bu görüş yolcunun fiili hakimiyetinde bulunan araca (örneğin yolcunun araç içinde seyahat ettiği taşımalarda) taşıyanın eksiksiz gözetim ve denetim sağlayamayacağından hareketle kabin bagajı hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir³³.

Son olarak yolcunun gemiye getirdiği değerli eşya -para, kıymetli evrak, süs eşyası, sanat eser vb." yolcuya teslim edilmesi halinde taşıyanın sorumluluğunu doğuracaktır³⁴. Belirtmek gerekir ki kanun koyucu değerli eşyayı ayrı bir bagaj türü olarak ihdas etmiştir.

²⁹ Ilgın, *Yolcu Taşıma*, s. 241; Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti*, s. 271; Uluğ Cicim ise kabin bagajı sıfatının kazanılmasında sadece yolcunun kamarası içinde aranmaması, herhangi bir şekilde yolcunun zilyetliğinde, hakimiyetinde ya da gözetiminde olabileceğini ifade etmektedir: Uluğ Cicim, *Yolcu Taşıma*, s. 530.

³⁰ Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti*, s. 272.

³¹ Atamer, *Yolcu Taşıma*, s. 143; Demir, *Yolcu Taşıma*, s. 232; Taşkın, *Yolcu Taşıma*, s. 103.

³² Uluğ Cicim, *Yolcu Taşıma*, s. 530; Ilgın, *Yolcu Taşıma*, s. 241; Mülga kanun döneminde de Çetingil, artık araçların gemiye alınmasının olağan hale gelmeye başladığını artık bu durumda araçların da bagaj olarak sayılacağını belirtmektedir. İlgili yazar, bu taşımanın artık navlun sözleşmesi sayılmayacağını yolcu taşıma sözleşmesine tabi olacağını belirtmektedir: Çetingil, *Yolcu Taşıma*, s. 142; Doğanay da kaptana teslim edilip gemi adamlarının bakım, gözetim ve muhafazasına bırakılan otomobil, piyano ve buzdolabı gibi eşya taşınması yolcu ile birlikte aynı gemide yapılmış bile olsa yine navlun mukavelesine konu teşkil edeceğini belirtmektedir: Doğanay, *Yolcu Taşıma*, s. 131.

³³ Taşkın, *Yolcu Taşıma*, s. 105; Aksi yönde: Demir, *Yolcu Taşıma*, s. 234: yazar, yolcunun araç içinde bulunduğu durumlarda da aracı hareket ettiremeyeceğini aracın taşıyanın hakimiyetinde bulunduğundan hareketle diğer bagaj sayılması gerektiğini ifade etmektedir.

³⁴ Can, *Yolcu Taşıma*, s. 46; Demir, *Yolcu Taşıma*, s. 234; Atamer, *Yolcu Taşıma*, s. 144

III. TAŞIYAN KAVRAMI

Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmelerinde taşıyan kavramı TTK md. 1248'de yolcunun ve bagajının taşınmasını taahhüt eden ya da adı ve hesabına taahhüt edilmiş³⁵ olan kişileri ifade etmektedir³⁶. Bu kişilerin fiilen donatan yahut işleten olmasına gerek olmadığından borcun akdi üstlenilmiş olması sıfatın kazanılması için yeterli olarak kabul edilmektedir³⁷.

Fiili taşıyan kavramı ise TTK md. 1248/II'de geminin maliki, çartereri veya işleticisi olarak akdi taşıyandan farklı bir kimlikle taşımanın tamamını ya da bir kısmını gerçekleştiren kimse olarak tanımlanmaktadır³⁸. Böylece fiili taşıyan, taşımanın kendisi tarafından icra edilen kısmı için sorumlu olacak ve esasında sözleşmeye taraf olmamakla birlikte talep edilen istemleri karşılamakla mükellef tutulacaktır³⁹. Ancak belirtmek gerekir TTK "taşımanın gerçekleştirilmesini" aramasından dolayı Hamburg Kurallarından farklı olarak taşımayı fiilen yapan kişi fiili taşıyan sayılacaktır⁴⁰.

IV. YOLCUNUN ÜCRET ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

6102 sayılı TTK taşımanın mutlaka bir ücret karşılığında yapılmasının gerekli olduğu yönünde bir hüküm ihtiva etmemektedir. Dolayısıyla yolcunun ücretsiz olarak taşınması durumunun TTK bağlamında deniz yoluyla yolcu taşıma ve sözleşmesine ve bu Kanun uyarınca yolcu sıfatının kazanılmasını sağlayıp sağlamadığı öğretide tartışmalıdır.

Öğretide bir görüş TTK bağlamında taşımanın yalnızca ücret mukabilinde yapılabileceğini bu nedenle ücretsiz taşınan yolcuların TTK hükümlerine tabi olmadığını ifade etmektedir⁴¹. Bu görüşe göre kanun koyucu her ne kadar ücret bakımından açık bir hüküm getirmese de TTK md. 1247/II'de yer bulan "Sözleşmenin devlet veya diğer kamu otoriteleri tarafından icra edilen ticari taşımalara uygulanacağını" hükmünün "ticari" taşımalara uygulanmasından hareketle ücretin şart olduğunu savunmaktadır. Öğretide diğer bir görüş ise ücretin esaslı bir unsur olmadığını md. 1247/II düzenlemesinin kamu gemilerinin ancak ticari

³⁵ Demir, *Yolcu Taşıma*, s. 196; Taşkın, *Gemi Kazası*, s. 58; Çetingil, *Yolcu Taşıma*, s. 134; Atamer, *Yolcu Taşıma*, s. 130.

³⁶ Ülgen, *Hava Taşıma*, s. 61.

³⁷ Atamer, *Yolcu Taşıma*, s. 130; Demir, *Yolcu Taşıma* s. 196; arızı bir şekilde dahi taşıma taahhüdünde bulunanların taşıyan sıfatı kazanacağı yönünde: Çetingil, *Yolcu Taşıma*, s. 135.

³⁸ Demir, *Yolcu Taşıma*, s. 199; 14; Atamer, *Yolcu Taşıma*, s. 132.

³⁹ Kender, *Atina*, s. 115; Atamer, *Yolcu Taşıma*, s. 170; Akdi taşıyan ve fiili taşıyanın birlikte sorumlu tutuldukları zaman sorumluluklarının müteselsil olduğu yönünde: Atamer, *Yolcu Taşıma*, s. 170; Yolcunun ayrı ayrı ya da bir dava içinde zararını talep edebileceği ancak bir kez tazminata hükmedileceği ve akdi taşıyanın fiili taşıyana rücu hakkı olduğu yönünde: Atamer, *Yolcu Taşıma*, s. 170.

⁴⁰ Taşkın, *Gemi Kazası*, s. 61.

⁴¹ Can, *Yolcu Taşıma*, s. 120; Uluğ Cicim, *Yolcu Taşıma*, s. 529; Çetingil, *Yolcu Taşıma*, s. 135.

taşıma yaptıklarında TTK ve Konvansiyona tabi olduğunu diğer gemilerin ise hem ticari hem de ticari olmayan taşımalarında şartları sağlaması halinde TTK ve Konvansiyona tabi olacağını belirtmişlerdir⁴².

Kanun Tasarısı Komisyonlarında bulunan *Kalpsüz* ise Atina Konvansiyonu'nun birinci maddesinde ücret kaydı olmadığını bazı yazarların yolcu taşıma sözleşmelerinin ticari olmasından hareketle ücret karşılığı olması gerektiğinin ifade ettiklerini ve bu konu üzerine Komisyonunda tartışmalar yaşandığını ve sonuç olarak ücret unsurunun şart olmaktan çıkarıldığını ve TTK hükümlerinin ücretsiz taşımalar bakımından da geçerli olduğunu ifade etmiştir. Ancak yazar, kanunun lafzı bakımından taşımanın her zaman ücretli olacağını ifade etmekte zira taşıyanın mesuliyeti ile ilgili hükümlerde ücrete atıf olduğunu belirtmektedir⁴³.

Kanaatimizce de TTK bakımından yolcu sıfatının kazanılmasında ücret unsurunun varlığının aranmaması gereklidir. Zira “gemi kira sözleşmesini tanımlayan md. 1119”, “zaman charterini tanımlayan md. 1131” ve “navlun sözleşmelerini tanımlayan md. 1138” esaslı unsurunun “ücret” olduğunu açık bir şekilde hüküm altına almıştır. Belirtmek gerekir ki m. 1253'ün yolcunun gemiye zamanında gelmemesi durumunda ücreti ödemekle yükümlü olduğunu ve taşıyanın hapis hakkının olduğunu hüküm altına alan m 1254'ün varlıkları deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinin esas unsurunun ücret olduğunu göstermemektedir. İlgili hükümlerin varlığı ancak bir ücret kararlaştırıldıysa gündeme gelecektir.

Ancak çalışmanın ücret ödeme ve hapis hakkı kısmı bakımından taraflar arasında ücret kararlaştırılmış olduğu kabul edilecektir.

TTK md. 1250/III aksi kararlaştırılmadığı sürece taşıyanın taşıma ücretinden başka bir ücret isteyemeyeceğini yani dolayısıyla da yolcunun ödediği taşıma ücretinin yanında getirdiği bagajının taşınmasını da kapsadığını hüküm altına almaktadır⁴⁴.

Yolcuların gemiye getirebileceği bagajın ağırlık sınırı sözleşme ya da bilet üzerinde yer almaktadır⁴⁵. Yolcunun beraberinde getirdiği bagaj öngörülen sınırı aştığı takdirde taşıyan

⁴² Atamer, *Yolcu Taşıma*, s. 149; Taşkın, *Yolcu Taşıma*, s. 35; Önder, *Yolcu Taşıma*, s. 1549; Demir, *Yolcu Taşıma*, s. 143.

⁴³ Kalpsüz, *Tasarı*, s. 38.

⁴⁴ Özen, yolcunun ödediği ücretin aynı zamanda onun taşınma hakkının karşılığını oluşturduğunu ifade etmektedir: Mustafa Özen, “Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmesinin Taraflarının Sözleşmeden Kaynaklanan Sorumlulukları”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 4/1 (2018), s. 60.

⁴⁵ Georg Schaps, ve Hans Jürgen Abraham, *Das Deutsche Seerecht 2. Cilt*, Berlin: Walter de Gruyter, 1962, s. 823; Çetingil, *Yolcu Taşıma*, s. 142; Zeyneloğlu, *Taşıma*, s. 229; Can, *Yolcu Taşıma*, s. 56; Atamer, *Yolcu Taşıma*, s. 199; Demir, *Yolcu Taşıma*, s. 185; Fevzi Topsoy, *Deniz Ticareti Hukuku I*, İstanbul: Legal Kitapevi, 2020, s. 530; Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti*, s. 440; Hüseyin Ülgen, *Hava Taşıma Hukuku*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, 1987, s. 86: ilgili yazar, s. 90'da taşıyanın ücretin hesaplanmasındaki yanlışlıkların esaslı olması halinde iptal edilebileceğini ancak adi hesap hatalarının esaslı sayılmadığından düzeltilebileceğini belirtmektedir ayrıca yazar taşıyıcının yolcuya indirimde bulunması durumunda daha sonradan arasındaki farkı isteyemeyeceğini ifade etmektedir.

lehine iki seçimlik hakkın doğacağı kabul edilmelidir. Bu halde taşıyan durumu güçleşmediği takdirde aşan kısmı taşıyabileceği gibi fazla olan kısmı reddetme hakkına da sahip olacaktır. Taşıyanın bagajı reddetmesinin sınırını ise iyi niyet kuralı oluşturacaktır⁴⁶. Bu durumda taşıyanın iyiniyet kurallarına aykırı olarak bagajı almaması durumunda ortaya ne gibi bir sonucun çıkacağı konusunda kanunda hüküm bulunmamaktadır. Öğretide bir görüş bu durumda sözleşmeye aykırılığın gündeme geleceğini belirtmektedir⁴⁷. Kanaatimizce burada TTK md. 1256/VI'nın özellikle dikkate alınması gerekmektedir. Zira söz konusu hüküm, bagajın geç teslim edilmesi durumunu zıya ve hasar kapsamına sokmuş ayrıca bu düzenlemeyi yalnızca teslim edilen bagaj bakımından düzenlememiş “taşınmış olması gereken” bagaj kavramına da yer vermiştir. Bu nedenle taşınmış olması gereken bagaj, taşıyanın dürüstlük kuralları gereğince taşınması gerekirken taşımadığı bagaj olarak kabul edilmeli ve bu taşınmayan bagaj da tıpkı taşınmış gibi taşıyanın sorumluluğunda olması gerekmekte ve geç teslim hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Taşıyan üst sınırı aşan bagajı kabul ettiği takdirde lehine ek ücret isteme hakkı doğacağı kabul edilmesi gerekmektedir. Ek ücret miktarının hesaplanmasında ise önce sözleşme hükümleri ve yolcunun bileti üzerindeki kayıtlar dikkate alınacaktır. Böyle bir kaydın olmadığı ihtimalde ise TTK md. 1195'in kıyasen uygulanması gerekecektir. Mezkûr hüküm ise “(1) *Taşınmak üzere teslim alınan eşya için navlun miktarı kararlaştırılmamışsa, yükleme zamanı ve yerinde mutata olan navlun ödenir. (2) Taşınmak üzere teslim alınan eşya kararlaştırılmış olandan fazla ise, fazlası için de sözleşmede belirlenen miktarın oranlanmasına göre navlun ödenir.*” düzenlemesini içermektedir⁴⁸.

⁴⁶ Can, *Yolcu Taşıma*, s. 55; Yargıtay 11.HD. E. 4.4.1984 K. 1724 K. 2157 kararında “gemi ile yolculuk yapmak isteyen ve hem kendisi hem de otomobili için bilet alan kişinin otomobiline yer bulamaması yüzünden yolcuğunu karayolunda yapması halinde maddi tazminat olarak, ikinci yolculuk için yaptığı masraf ile gemi için aldığı bilet bedeli arasındaki farkı istemesi ve ayrıca manevi tazminat istemesi mümkündür” şeklinde hüküm kurmuştur: karar için: Fahman Tekil, *Deniz Hukuku* 6. Bası, İstanbul: Alkım Yayınları, 2001, s. 348.

⁴⁷ Hüseyin Ülgen, *Karayolu ile Yolcu ve Bagaj Taşıma*, Ankara: Sigorta Hukuku Türk Derneği, 1985, s. 37; Müellif verdiği tebliğde yolcunun getirdiği ve esasında bagaj niteliğinde olan eşya taşıyan tarafından kabul edilmediği durumlarda borcun ihlal edildiği ve bundan doğan zararın karşılanması gerektiğini belirtmektedir.

⁴⁸ Mülga 6762 sayılı TTK döneminde md. 1128/III'de yolcunun getireceği bagaj bakımından TK md. 1073'ün uygulanacağını hüküm altına almaktaydı. Mezkûr madde ise taşıyanın taşımak üzere teslim aldığı eşya için navlun miktarının kararlaştırılmadığı durumlarda yükleme zamanı ve yerinde olan mutata navlunun ödeneceğini belirtmekteydi; Burada altı çizilmesi gereken husus md. 1252/III'te yer alan en yüksek ücret ibaresinin mezkûr olayda uygulanmamasıdır zira md. 1252/III cezalandırma normu içerirken yolcunun bilete gösterilenden fazla bagaj getirmesi cezalandırma anlayışına dayanmamaktadır Can, *Yolcu Taşıma*, s. 56; Demir, *Yolcu Taşıma*, s. 185; Schaps ve Abraham, *Seerecht*, s. 823; Ayrıca izahatın varestedir ki sözleşmede ya da bilete yolcunun getirdiği bagajın belirli bir ağırlığı aşması durumunda ek ücret ödeneceğini gösteren bir anlaşmaya rağmen ücreti almadan bagajları teslim alan taşıyan daha sonradan bagajın hasar ya da zıyana uğramış olması durumunda ek bagaj ücretinin ödenmediğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır: Ülgen, *Kara Taşıma*, s. 29; Schaps ve Abraham, *Seerecht*, s. 823; Ülgen, *Hava Taşıma*, s. 86.

Belirlenen ağırlık üzerindeki bagajın taşıyan tarafından kabulü ile gemide taşınması durumunda bagaj taşınmasının hukuki mahiyetini navlun sözleşmesi ile taşınan yüke dönüşmeyecek yine yolcu taşıma sözleşmesi olarak devam edecektir⁴⁹.

Ücret bakımından iki hususun değerlendirilmesi önem arz etmektedir. İlk nokta yolcudan gemiye yüklenmesi beklenmeyecek araç, piyano vb. gibi bagajların yükleme ve boşaltma masraflarından kimin sorumlu olacağıdır. Mülga kanun md. 1128, gemiye getirilen bagaj hakkında taraflar arasındaki yolcu taşıma sözleşmesi, yükleme limanının kuralları ve bunlar yoksa mahalli teamüller ile aksi kararlaştırılmadıkça bagajın gemiye kadar taşıma masraflarının yolcuya yükleme masraflarının ise taşıyana ait olduğu, aynı şekilde bagajın gemiden çıkarılması masraflarının taşıyana geri kalan boşaltma masraflarının da yolcuya ait olduğu ifade etmekteydi⁵⁰. 6102 sayılı TTK döneminde ise öğretide bagajın yüklenmesine ve boşaltılmasına ilişkin masrafların paylaşılmasını düzenlemek adına charter sözleşmesine atıf yapan hükümlerin yeni kanuna aktarılmadığını çünkü hem kabin bagajı ve araçlar bakımından bindirme ve indirme masraflarının yolcuya ait olacağını taşıyana teslim edilen bagajlar bakımından ise yükleme ve boşaltma masraflarının yükletene ait olduğunu belirtmekte ve atfin çağdaş yolcu taşıma sözleşmelerine uygun olmayacağını belirtmektedir⁵¹.

Kanaatimizce ilgili görüş isabetli olsa da keskin bir ayırım yapmamak ve mülga kanundaki düzenlemeyi 6102 sayılı TTK bakımından da benimsemek gerekmektedir. Zira madde ancak aksinin kararlaştırılmadığı durumlarda tamamlayıcı bir rol oynamakta ancak taraflar hüküm kararlaştırmadığında gündeme gelmektedir.

Değerlendirilmesi gereken diğer ikinci husus ise yolcunun taşıyana yolculuk boyunca saklaması için verdiği kıymetli eşyası bakımından taşıyanın isteyebileceği ek ücret hakkıdır. Bu durumda taraflar arasında bir saklama sözleşmesi kurulduğunun kabul edilmesi gerekmektedir⁵². Her ne kadar saklama sözleşmesi bakımından belli bir ücret şartı esaslı unsur

⁴⁹ Can, *Yolcu Taşıma*, s. 54; DEMİR, *Yolcu Taşıma*, s. 86; aksi yönde: Çetingil ise bunlar için mümkünse yeni bir navlun sözleşmesi akdedilebileceğini belirtmektedir; Çetingil, *Yolcu Taşıma*, s. 143; Doğanay, gemi adamlarının gözetimine bırakılan piyano araç gibi bagajların navlun mukavelesine tabi olacağını belirtmektedir: Doğanay, *Yolcu Taşıma*, s. 131; Ülgen, hava taşımaları bakımından sınırları geçen bagaj için fazla bagaj bileti (*excess baggage ticket*) düzenlendiğini ayrı olarak yapılan yük taşıma sözleşmesi gereğince taşınacağını belirtmektedir. Ülgen, *Hava Taşıma*, s. 86 vd.

⁵⁰ Doğanay, *Yolcu Taşıma*, s. 132.

⁵¹ Atamer, *Yolcu Taşıma*, s. 116; İlgili yazar, navlun sözleşmesine atıf yapan yolcu taşıma sözleşmelerini düzenleyen hükümlerin yelkenli gemiler döneminde kaldığını ve o dönemde yolculara eşya gözüyle bakıldığını ifade etmektedir. Bu nedenle kanun revizyonunda eskimiş hükümler kaldırılmış ve yerine çağdaş düzenlemelerin getirildiğini belirtmektedir.

⁵² Demir, *Yolcu Taşıma*, s. 233; Can, *Yolcu Taşıma*, s. 46; Zira saklama sözleşmesi emanet alan ile emanet verenin, emanet ettiği taşınır bir nesneyi teslim alması ve onu güvenilir bir yerde korumayı üstlendiği bir sözleşmedir: Mehmet Deniz Yener, *Vedia Sözleşmesi*, İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2008, s. 4.

olarak aranmıyor olsa da taraflar kendi arasında ücretin ödeneceğini kararlaştırabileceklerdir⁵³. Taraflar kendi aralarında ücret kararlaştırmamış olduğu takdirde TBK md. 561/II ve bu taşımanın ticari iş olmasından mütevellit tacir olan taşıyan yolcudan bir saklama bedeli talep edebilecektir⁵⁴. Ayrıca saklayan taşıyan genel saklama sözleşmesinin gereği gibi ifası için yaptığı gerekli masrafları da yolcudan isteme hakkına sahiptir. Burada bu masraflar nakdi olabileceği gibi aynı olarak ortaya çıkabilecektir⁵⁵.

Bu başlık altında son olarak belirtmek gerekir ki görüleceği üzere yolcunun taşıma ücretini ödememiş olması durumu taşıyanın bagajın zayı olması ya da hasar görmesi halinde tazminat ödeme borcunu engellemektedir. Bu durumda yolcu taşıyandan bagaj zıyı ya da hasar nedeniyle tazminat talep ettiğinde yahut taşıyan, yolcudan taşıma ücretini talep ettiğinde diğer taraf öncelikle takas defii hakkını kullanabilecek daha sonra kalan meblağ ödenecektir⁵⁶.

A. TAŞIYANIN HAPİS HAKKI

TTK md. 1254/I taşıyanın deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmelerinden doğan bütün alacakları için yolcunun bagajı üzerinde Türk Medeni Kanunu (TMK) ⁵⁷md. 950-953 arasında hüküm altına alınan “hapis hakkının⁵⁸” var olduğu yönünde düzenleme sevk etmektedir⁵⁹. Mülga Kanundan farklı olarak “yolcunun bagajı” şeklinde düzenleme yapılarak geçmiş

⁵³ Öğretide saklayanın ticari çalışma alanına girmesi durumunda kural olarak saklama sözleşmesinin ücret mukabilinde olduğu kabul edilmektedir: Yener, *Vedia*, s. 90.

⁵⁴ Murat Aydoğdu, Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Adalet Kitapevi, 2019, s. 501; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II*, İstanbul: Vedat Kitapevi, 2014, s. 281.

⁵⁵ Gümüş, *Borçlar Özel*, s. 280.

⁵⁶ Ülgen, *Hava Taşıma*, s. 181.

⁵⁷ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, Tarih: 08/12/2021 Resmi Gazete Sayı: 24607.

⁵⁸ Hapis hakkı, öğretide “kanunda gösterilen şartların gerçekleşmesi halinde, alacaklıya zilyetliğinde bulunan ve geri verilmesi gerekli olan borçluya ait taşınır mallar ve kıymetli evrakı geri vermeyerek alacağının teminatı olarak alıkoyma ve paraya çevirme yetkisi olan bir aynı hak” olarak tanımlanmaktadır: Bilgehan Çetiner, “Genel Hapis Hakkı”, Teminat Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 815, ed. Bilgehan Çetiner, Abdullah Furkan Korkmaz, Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, 22. Baskı, İstanbul: Filiz Kitaepvi, 2023, N. 1312.

⁵⁹ Atamer, “*Yolcu Taşıma*”, s. 200; Demir, *Yolcu Taşıma*, s. 186; Can, *Yolcu Taşıma*, s. 63; Zeyneloğlu, *Taşıma Hukuku*, s. 187; Doğanay, *Yolcu Taşıma*, s. 134; Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti*, s. 438; Topsoy, *Deniz Ticareti*, s. 529; İlgili yazar, hapis hakkının var olmasının taşıma sözleşmesinin ücret karşılığında kurulduğunu gösterdiğini belirtmektedir. Ancak kanaatimizce bu husus tartışmaya açıktır. Saklama sözleşmelerinde de hapis hakkı gündeme gelmektedir ancak sözleşmenin kurulması için ücret esaslı bir şart olarak aranmamaktadır.

dönemde yapılan tartışmalara son verilmiş⁶⁰ ayrıca hapis hakkı⁶¹ yalnız taşıma ücreti bakımından değil taşıyanın taşıma sözleşmesinden doğacak olan tüm alacaklarına özgü olduğu belirtilmiştir⁶².

Taşıma ücreti bakımından muacceliyet hakkında bir düzenleme olmadığından genel hükümlere gidilmeli ve teorik olarak eser sözleşmesi uyarınca taşıyanın taşıma ücreti borcunun yolculuk tamamlandığı anda muaccel olacağı belirtilmelidir⁶³. Ancak Türkiye’de istisnasız olarak uygulama taşıma ücretinin sözleşme yapılırken yahut en geç yolcuya bileti verirken ödenmesi sebebiyle⁶⁴ taşıyanın taşıma ücreti için hapis hakkını kullanamayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu noktada taşıyanın aldığı salt taşıma ücretinden başka hangi ücretler bakımından md. 1254’ün uygulanacağı hususunun ele alınması gerekmektedir⁶⁵. Kanaatimizce hapis hakkı şu ücretler bakımından doğabilecektir;

- Taşıyana teslim edilen değerli eşya için ödenecek olan saklama ücreti
- Sözleşmede yahut biletle gösterilen sınırı aşan bagajlar için ödenecek olan ücret
- Gizlice getirilen bagaj için istenebilecek en yüksek ücret
- Kaçak yolcu için talep edilen en yüksek ücret
- Bagajın gemiden indirilmesi konusunda bu masraf yolcunun üzerinde olduğu takdirde⁶⁶

⁶⁰ Mülga Kanun döneminde hakkın doğması için eşyanın yolcuya ait olup olmadığı hususu tartışmalı bir haldeydi; bkz: İsmail Doğanay, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Üçüncü Cilt*, 4. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2004, s. 2947; Çetingil, *Yolcu Taşıma*, s. 138, dn. 18; Atamer, 6102 sayılı TTK’nda TMK’nın ilgili hükümlerine yapılan atıfla tartışmanın sona erdiğini belirtmektedir. Yazar, kural olarak hapis hakkının yolcunun mülkiyetindeki bagaj için doğacağını ancak zilyetliğin iyiniyetle kazanılmasının korunduğu ölçüde taşıyanın yolcuya ait olmayan bagaj üzerinde de hapis hakkına kavuşacağını belirtmektedir: Atamer, *Yolcu Taşıma*, s. 201; Söz gelimi yolcu annesine ait kıymetli bir mücevheri saklaması için taşıyana vermiş ancak yolculuk sonunda saklama ücretini ödememe konusunda ısrar etmiş taşıyan, yolcunun annesine ait bu mücevher üzerinde hapis hakkını kullanabilecektir; Atamer, yolcunun, taşıma sözleşmesinin tarafı olmadığı yani kendisi lehine taşıma sözleşmesinin başka bir kişi tarafından akdedildiği hallerde hapis hakkının kullanılması bakımından iyiniyet olgusunun değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir: Atamer, *Yolcu Taşıma*, s. 201; Bu takdirde taşıyan, zilyetliğinde bulunan bagajın kendisiyle sözleşme yapan kişiye ait olmadığını biliyorsa hapis hakkı doğmayacaktır. Söz gelimi bir turizm şirketi, taşıyan ile taşıma sözleşmesi akdetmiş yolculardan taşıma ücretini aldıktan sonra taşıyan ile kendi arasında olan sözleşme uyarınca taşıyana karşı borcunu ifa etmemiş taşıyan, sözleşenin tarafı olmayan yolcuların bagajları üzerinde hapis hakkını kullanamayacaktır.

⁶¹ Mülga Kanun döneminde, hapis değil rehin hakkı tanınmıştı: Doğanay, *Şerh*, s. 2957;

⁶² Hapis hakkı, mülga kanundan farklı olarak yalnızca taşıma ücreti için değil sözleşmeden doğan bütün alacaklar bakımından kabul edilmektedir. Zira birçok yolculukta taşıyanın sunduğu edimler salt taşıma ediminin de ötesine geçmektedir.

⁶³ ATAMER, *Yolcu Taşıma*, s. 198; ÜLGEN, *Hava Taşıma*, s. 89; ÇETİNGİL, *Yolcu Taşıma*, s. 143; CAN, *Yolcu Taşıma*, s. 57; SCHAPS, ABRAHAM, *Seerecht*, s. 877; KAYIHAN, *Deniz Ticareti*, s. 230; ULUĞ CİCİM, *Yolcu Taşıma*, s. 530; ILGİN, *Yolcu Taşıma*, s. 237; Aynı sonuca TTK md. 1197’nin kıyasen uygulanması sonucu ile de ulaşılabilecektir. Mezkûr madde “navlun, eşyanın tesliminin istendiği anda ve her halde boşaltma süresinin sonunda muaccel olur” hükmünü içermektedir.

⁶⁴ ATAMER, *Yolcu Taşıma*, s. 198; ÜLGEN, *Hava Taşıma*, s. 89; ÇETİNGİL, *Yolcu Taşıma*, s. 143; CAN, *Yolcu Taşıma*, s. 57; KAYIHAN, *Deniz Ticareti*, s. 230; ULUĞ CİCİM, *Yolcu Taşıma*, s. 530; ILGİN, *Yolcu Taşıma*, s. 237.

⁶⁵ Zira Çetingil’in de belirttiği üzere tatbikatta yolcu taşıma ücreti peşin olarak ödendiğinden dolayı taşıma ücreti bakımından hapis hakkının herhangi bir önemi olmayacaktır: ÇETİNGİL, *Yolcu Taşıma*, s. 38.

⁶⁶ Bu hallerin kabul edilmemesi halinde ise hükmün artık “kadük” hale geleceğinin dikkate alınması

Taşıyanın hapis hakkı, muaccel olan taşıma ya saklama alacağı ödeninceye kadar zilyetliğinde bulunan bagajı (söz gelimi teslim edilen araç, diğer bagaj, değerli eşya ya da kıymetli evrak⁶⁷) paraya çevirerek satış bedelinden alacağını tahsil edebilme hakkını içermektedir⁶⁸. Mezkûr hak, taşınır rehninden farklı olarak tarafların iradesine dayanmayan, rehin sözleşmesi gibi bir sözleşmeyi gerektirmeyen taşıyan lehine kanundan doğan bir güvence olarak ele alınmaktadır⁶⁹. Uygulama bakımından karşılaştırılması güç bir durum olsa da TTK bakımından yolcu bagajının hapis hakkı unsurlarıyla beraber çalışma kapsamında incelenecektir.

1. Borçlunun Rızasıyla Zilyetlik

Taşıyanın lehine kanundan doğan hapis hakkının ortaya çıkabilmesi için ilk şart taşıyanın, yolcunun bagajına onun rızası ile sahip olmasıdır⁷⁰. Bu nedenle taşıyana, bagajın zilyetliği sağlanmış olması gerekmektedir⁷¹. Dolayısıyla taşıyanın zilyet olduğu diğer bagaj ve saklanması için verilen değerli eşya üzerinde hapis hakkı söz konusu olmakta ancak taşıyan, yolcunun el bagajına zilyet olmadığından bu bagaj hakkında hapis hakkı söz konusu olmamaktadır⁷².

gerekmektedir.

⁶⁷ Bu kıymetli evrak üzerinde taşıyanın hapis hakkını kullanabilmesi için zilyetliğinin kendisinde olması yeterlidir. Dolayısıyla herhangi bir ciro vs. gibi bir işleme ihtiyaç yoktur. Kambiyo senetleri, ipotekli borç senetleri, irat senetleri, rehinli tahviller, nama yazılı hisse senetleri taşıyana teslim edildiyse ancak saklama ücreti ödenmediyse bu senetler üzerinde hapis hakkı kullanılabilir. Lakin belirtmek gerekir ki kıymetli evrak niteliğinde olmayan ve kendisine herhangi bir hak bağlanmayan, sadece delil niteliği içeren basit borç ikrarı, havale belgesi gibi belgeler üzerinde hapis hakkı kullanılamayacaktır: Erol Cansel, *Türk Hususi Hukukunda Hapis Hakkı*, Ankara: AÜHF Yayın No: 155, 1961, s. 44 vd.; Metin Uğur AYTEKİN, *Taşıyanın Navlun Sözleşmesinden Doğan Hakları ve Teminatları*, Ankara: Seçkin Yayınları 2019, s. 169; Aynı şekilde şayet yolcu tarafı olduğu bir sigorta sözleşmesi için kendine verilen poliçeyi yolculuk esnasında saklaması için taşıyana vermişse bu durumda da ödenecek saklama ücreti bakımından poliçe üzerinde hapis hakkı meydana gelmeyecektir. Ancak Kender'in belirttiği üzere sigorta poliçesine konulmuş kayıtlarla sigorta poliçesi kıymetli evrak niteliğine haiz bir belgeye dönüştürüldüyse bu durumda üzerinde hapis hakkı gündeme gelebilecektir: Rayegan Kender, *Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku* 17. Bası, İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2021, s. 211.

⁶⁸ Ahmet Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, Ankara: Turhan Kitapevi, 2021, s. 635; Cansel, *Hapis Hakkı*, s. 37; Fehmi Ülgener, *Çarter Sözleşmeleri I*, 2. Bası, İstanbul: Der Yayınları, 2017, s. 402.

⁶⁹ Atamer de hapis hakkının rehin hakkından farklı olduğunu bu nedenle taşıyanın sahip olduğu hakkın hapis hakkı olduğunu ileri sürmekte ve 6102 sayılı kanunda sistematik bir hatanın düzeltilerek hapis hakkının hüküm altına alınması sistematik açıdan doğru bulmaktadır: Atamer, *Yolcu Taşıma*, s. 200, 201; Kanaatimizce bu düzenleme ile taşıyanın, yolcu taşıma sözleşmesini ya da saklama sözleşmesini kurmadan önce alacaklarını tahsil edip edemeyeceğine dair kaygısının da giderilmesini sağlayacaktır.

⁷⁰ Ferit Saymen, Halit Elbir, *Türk Eşya Hukuku Dersleri*, İstanbul: Hak Kitapevi, 1954, s. 746; Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, s. 639; Topsoy, *Deniz Ticareti*, s. 529; Zeyneloğlu, *Taşıma Hukuku*, s. 188; Atamer, *Yolcu Taşıma*, s. 201; Çetingil, *Hapis*, s. 820.

⁷¹ Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, s. 639; AYTEKİN, *Navlun*, s. 174.

⁷² Atamer, "Yolcu Taşıma", s. 201; yazar, taşıyanın kabin bagajı üzerinde hapis hakkına sahip olabilmesi için zorla ya da yargı yoluyla zilyetliğini elde edemeyeceğini ancak başka bir güvencesinin bulunmadığı hallerde kabin bagajı üzerinde ihtiyati haciz talep edebileceğini belirtmektedir; Mülga kanun döneminde söz konusu husus kanunun lafzı nedeniyle tartışılmalıydı. Öğretide, Mülga md. 1129'un (6102 md. 1254) yolcunun gemiye getirdiği bagaj üzerinde taşıyanın rehin hakkının var olduğunu belirtmesinden hareketle bu rehin ve hapis haklarının kapsamının yalnızca taşıyana teslim edilmiş bagaj değil yolcunun el bagajını da içine alacağını belirtmekteydi.

Belirtmek gerekir ki üzerinde hapis hakkı kurulabilecek olan bagajların, taşıyana bizzat teslim edilmesi gerekli değildir. Taşıyanın adamlarının bagajı, taşıyan namına bagajı kabul etmesi yeterli sayılması kabul edilmelidir⁷³.

TMK md. 950 uyarınca taşıyan yalnızca borçlunun şahsına ait bagaj üzerinde hapis hakkını kullanabilecektir. Ancak kanun koyucu, bu kurala bir istisna getirmiş ve md. 950/III uyarınca yolcuya ait olmayan bagajların üzerinde zilyetliğin iyiniyetle kazanılmasının korunduğu ölçüde hapis hakkına sahip olacağını kabul etmiştir⁷⁴. Bu nedenle yolcunun, taşınıra emin sıfatıyla zilyet olması ve taşıyanın da iyiniyetli olduğu hallerde üçüncü kişilerin maliki olduğu eşya üzerinde de hapis hakkı kurulabilecektir.

2. Alacağın Muaccel Olması

Hapis hakkına konu olan bagajın taşıyana teslim edildiği durumlarda taşıyan lehine bir alacak hakkı doğmamaktadır. Hakkın doğumuna sebebiyet veren olgu bunların yolcuya teslim edilmesi anıdır. Zira saklayan saklanacak taşınırı aldığı anda saklama ücreti alacağı doğmamakta sakladığı şeyi saklatana iade ederken bu hakkı doğmaktadır. Bu nedenle taşıyan yolculuğun sonunda bagajı ya da değerli eşyayı yolcuya teslim ederken saklama alacağı muaccel olmakta ve hapis hakkını muacceliyetten sonra kullanabilmektedir. Ancak bu hakkın kullanılabilmesi için eşyanın teslim edilmemiş olması gerekmekte ayrıca yolcunun temerrüde düşürülmesine gerek bulunmamaktadır⁷⁵.

3. Bağlantı Şartı

TMK md. 950/I taşıyanın hapis hakkını kullanabilmesi için taşıyanın alacağı ile teslim edilen bagaj ya da değerli eşya arasında bağlantı olmasını aramaktadır. Bu durumda taşıyan saklayan olduğundan ve saklama ücreti de saklanan bagajlardan ve değerli eşyadan doğduğundan bağlantı şartı sağlanacak ve taşıyan hapis hakkını kullanabilecektir⁷⁶.

Zira md. 1129/II depo edilen eşya ve alıkonan eşya lafızlarını içermekteydi. Taşıyana ücret ödenmediği durumda taşıyanın yolcudan el bagajını da gemide bırakmasını isteyebileceği yolcu bu talebe karşılık bir direnç gösterirse bu takdirde taşıyan ya da onun adamları tarafından kuvvet gösterilerek yolcunun bagajına el konulacağı ifade edilmekteydi: Can, *Yolcu Taşıma*, s. 62; Doğanay, *Yolcu Taşıma*, s. 134; Kanaatimizce bu hususlar ilhak-ı hak yasağını ihlal etmektedir. Bu nedenle 6102 sayılı isabetli bir şekilde TMK 950-953 hükümlerine atıf yaparak ilgili hükümlerde geçen “rızasıyla zilyet olduğu” ibaresiyle bu konudaki tartışmalara son vererek artık taşıyanın yalnızca yolcu tarafından kendisine teslim edilecek olan bagaj üzerinde hapis hakkı kullanacağına dair açıklık ihtiva etmiş olmaktadır.

⁷³ Cansel, *Hapis Hakkı*, s. 63.

⁷⁴ Cansel, *Hapis Hakkı*, 47; Aytekin, *Navlun*, s. 176; Atamer, *Yolcu Taşıma*, s. 201; Topsoy, *Deniz Ticareti*, s. 529; Çetingil, *Hapis*, s. 820.

⁷⁵ Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, s. 639-640; Saymen ve Elbir, *Eşya Hukuku*, s. 742; Cansel, *Hapis Hakkı*, s. 58; Çetingil, *Hapis*, s. 823.

⁷⁶ Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, s. 641; Cansel, *Hapis Hakkı*, s. 62 vd.; Saymen ve Elbir, *Eşya Hukuku*, s. 746; Zeyneloğlu, *Taşıma Hukuku*, s. 188; Çetingil, *Hapis*, s. 824; Can, *Yolcu Taşıma*, s. 63; Burada TMK md. 950/II'nde var olan ticari bağlantının karine olarak var olduğu sonucuna varılamayacaktır. Zira 950/II'nin gündeme

4. Hapis Hakkının İleri Sürülmesi

Hapis hakkının sahibi akdi taşıyan⁷⁷ olup bu hakkı kendisi kullanabileceği gibi onun adına bu yetkiyi temsilcilerinin de ileri sürebileceği kabul edilmeli dolayısıyla kaptana ve acenteye de hakkın kullanımının tanınması gerekmektedir⁷⁸. Zira taşıyanların, çağdaş denizcilik uygulamasında gemi ile seyahat etmediği göz önüne alındığında hapis hakkının yalnızca taşıyan tarafından ileri sürülmesini beklemek hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir.

Mezkûr hak ise bagajı teslim eden yolcuya karşı ileri sürülecektir⁷⁹. Bu istemin ileri sürülmesiyle taşıyan eşyayı teslimden kaçınarak, uhdesinde tutacak ve bagajın teslimi isteyen yolcuya karşı bir defî hakkına sahip olacaktır. Bu çerçevede taşıyan ilerleyen aşamalarda ödenecek meblağ ödenmediği ya da teminat gösterilmediği takdirde eşyanın paraya çevrilmesi hakkından faydalanabilecektir⁸⁰. Belirtmek gerekir ki taşıyanın bu hakkı kullanabilmesi için alacağın dava ya da takip yoluyla istenmesine gerek olmadığı gibi hakkın kullanılması bakımından herhangi bir şekil şartı da aranmamaktadır⁸¹.

5. Taşıyanın Hapis Hakkını Kullandığı Bagajı Koruma Yükümlülüğü

TMK'nın hapis hakkını düzenleyen hükümler arasında hapis hakkını kullanan taşıyanın alıkonulan bagajı koruyacağına dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak öğretide belirtildiği üzere taşıyan, kendisine teslim edilen bagaj ve değerli eşya bakımından saklama sözleşmesinin tarafı olduğundan "saklayanın saklanan malı güvenli bir yerde saklamasını

gelebilmesi için her tarafında tacir olması ve alacağın ticari ilişkiden doğması gerekir söz konusu bu durum ise yolcu taşıma sözleşmelerinde değil navlun sözleşmelerinde gündeme gelecektir: AYTEKİN, *Navlun*, s. 183.

⁷⁷ Taşıma ücretine akdi taşıyan hak kazanmaktadır. Zira taşıma sözleşmesi akdi taşıyan ile yolcu arasında akdedilmektedir.

⁷⁸ Cenk Murat Ersözlü, *Kaptanın Özel Hukuktan Kaynaklanan Görev ve Yetkileri ile Hukuki Sorumluluğu*, İstanbul: Beta Yayınları 2000, s. 192; AYTEKİN, *Navlun*, s. 186.

⁷⁹ Topsoy, *Deniz Ticareti*, s. 529.

⁸⁰ Cansel, *Hapis Hakkı*, s. 93; Saymen ve Elbir, *Eşya Hukuku*, s. 752; ancak ele almak gerekir ki taşıyan ancak yolcudan alacağı miktara karşılık bir bagajı ya da değerli eşyayı hapsedmesi gerekmektedir. Söz gelimi taşıyana saklaması için değerli eşya olarak bir yüzük ve çok değerli bir İran Halısı verildiyse taşıyan saklama ücretini alamadığı durumlarda yalnızca yolcunun yüzüğü üzerinde hapis hakkını kullanmalıdır. Fazladan bagaj üzerinde hapis hakkını kullandığı takdirde bagajı haksız yere el koymuş olduğundan daha sonra yolcunun ortaya çıkan zararını karşılaması gerekecektir. Zira bu durumda taraflar arasında kurulmuş olan saklama sözleşmesine aykırılık söz konusu olmakta ve TBK md. 112 gündeme gelmektedir: Cansel, *Hapis Hakkı*, s. 94; AYTEKİN, *Navlun*, s. 198; Ülgen, *Hava Taşıma*, s. 91: Bu durumda taşıyanın beklenmedik halden de sorumlu olacağı yönünde: AYTEKİN, *Navlun*, s. 234.

⁸¹ Cansel, *Hapis Hakkı*, 58; AYTEKİN, *Navlun*, 187; Taşıyan ve yolcu aralarındaki akdettikleri yolcu taşıma sözleşmesinde taşıyanın hapis hakkından feragat ettiğine dair anlaşmışlarsa bu durumda taşıyan artık hapis hakkı doğmasına rağmen kullanılamayacaktır: Saymen ve Elbir, *Eşya Hukuku*, s. 743; TMK md. 951/II borçlunun, eşyayı alacaklıya teslim etmeden önce veya teslim sırasında tek taraflı bir talimat vermesi durumunda alacaklının artık hapis hakkının kullanamayacağını belirtmektedir: Çetingil, Hapis, s. 831; Cansel, *Eşya Hukuku*, s. 83; Kanaatimizce bu hüküm deniz yoluyla yolcu taşımalarında da geçerli olmakla beraber taşıyanın yolcunun değerli eşyasını taşımakla zorunlu olduğu kabul edilen hallerde yolcunun vereceği böyle bir talimatın geçerli olmaması menfaatler dengesine daha uygun düşmektedir. Zira aksinin kabulü halinde taşıyan zorunlu olarak değerli eşyayı kabule rağmen saklama ücretini alamama tehlikesi ile karşı karşıya kalacaktır.

düzenleyen” md. TBK 561/I ve “saklanan malı kullanma yasağını” düzenleyen md. TBK 563/I uygulanması gerekmekte sonuç olarak da taşıyan hapis altına aldığı bagajı korumakla mükellef olduğu kabul edilmelidir⁸². Ancak bu özen olağan derecede olacak söz gelimi taşıyandan hapsediği bir araç ya da değerli bir mücevher için sigorta yaptırmasının beklenemeyecektir. Ancak bu özen yükümlülüğü çerçevesinde hapis konusu malın kötüleşmesi durumunda yolcunun haberdar edilmesi ve eşyanın muayene edilmesi talebinin kabulünün söz konusu olacağı kabul edilmektedir⁸³.

6. Hapsedilen Bagajın Paraya Çevrilmesi

Taşıyan, hapis hakkına sahip yolcunun bagajı üzerinde alıkoyma yetkisinin yanı sıra borç ödemediği takdirde bagajı satma hakkına da sahiptir. Tıpkı navlun sözleşmelerinde hapis hakkını konu alan TTK md. 1201’de olduğu gibi yolcuların bagajları üzerinde hapis hakkı konusunda da “cebri icraya ilişkin özel hükümler” ana başlıklı ve “eşya hakkında” üst başlıklı hapis hakkı için defter tutulmasını düzenleyen TTK md. 1398, ilamlı ve ilamsız icrayı düzenleyen md. 1399 ve md. 1400’ün üzerinde hapis hakkı bagajlar bakımından da uygulanması gerekmektedir. Ancak bagajın paraya çevrilmesinden önce taşıyan bakımından önem arz eden iki hususa değinilmesi gerekmektedir.

İlk olarak yolcunun bagajını paraya çevirmek istediği durumlarda, TMK md. 953/ I gereği yolcuya bildirimde bulunmalı böylece yolcu için “adeta köprüden önce son çıkış olan” borcu ödenmesi için şans tanınmalıdır⁸⁴.

İkinci olarak önem arz eden durum ise TMK md. 953/I gereği taşıyanın alacağını karşılamaya yetecek miktarda teminatın kendisine gösterdiği hallerdir. Yolcunun teminat göstermesi durumunda taşıyanın hapis hakkı sona ermekte ve bagajın tekrardan yolcuya teslim edilmesi gerekmektedir⁸⁵.

⁸² Cansel, *Hapis Hakkı*, s. 96; Taşıyanın bu sorumluluğu zilyetliği elde ettiği andan borcun ödenmesi anına kadar borç ödenmediği takdirde ise satıldığı ana kadar devam edecektir: Aytekin, *Navlun*, s. 205; Ayrıca taşıyanın temsilcisi olan kaptan da bagaja özen göstermekle mükellef olacaktır: Ersözlü, *Kaptan*, s. 193; Sözgelimi taşıyana saklanması için çok değerli bir İran Halısı verildiyse halıyı özel ambalaja sarıp nem ve rutubetten korumak için absorban maddeler kullanması ve dikkatli şekilde yerleştirilmesini sağlaması gerekmektedir. Yahut taşıyan, değerli eşya taşınması sırasında koruma sağlamak için kendi adamlarından birkaçını güvenlik görevlisi olarak kullanmalı ya da eşyanın var olduğu kısmı kamera sistemi ile donatmalı böylece eşyanın güvenliğinin korunması için gereken yükümlülüğü yerine getirmiş olmalıdır.

⁸³ Cansel, *Hapis Hakkı*, s. 95 vd.; Aytekin, *Navlun*, s. 204.

⁸⁴ Belirtmek gerekir ki bu bildirim kanunen şekle tabi değildir; Zeyneloğlu, *Taşıma Hukuku*, s. 189; ilgili yazar, kanunda bu bildirim yapıldıktan sonra ne kadar bir sürenin beklenmesi gerektiğine dair bir açıklık olmadığını dolayısıyla hal ve şartlara göre bir süre verilmesi gerektiğini belirtmektedir; Cansel, *Hapis Hakkı*, s. 98; ilgili yazar, bu bildirim bakımından kanuni bir geçerlilik şartı olmadığından hareketle bildirim yapılmadan satışın tamamlanması durumlarında satışın hükümsüz hale gelmeyeceğini belirtmektedir; Aytekin, *Navlun*, 211; Kerim Atamer, *Deniz Ticareti Hukuku IV- Deniz İcra Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul: Onikilevha Yayınevi, 2019, s. 396.

⁸⁵ Cansel, *Hapis Hakkı*, s. 102; Gösterilebilecek olan teminatların aynı ipotek gibi yahut şahsi kefalet gibi teminat olabileceği yahut nakdi bir paranın tevdi edilmesi olduğu yönünde: Aytekin, *Navlun*, s. 212.

Bu iki husus değerlendirildiğinde taşıyanın satış hakkını kullanmadan önce yolcuya satışın yapılacağına dair bir bildirim yapması ve bu bildirim üzerine yolcunun ücreti ödememesi yahut teminat göstermemesi halinde taşıyanın diğer işlemlere geçebileceği sonucuna varılmaktadır.

7. İcra Yoluyla Paraya Çevirme

TTK md. 1398 gereği taşıyan, hapis altına aldığı bagajın paraya çevrilmesini istediği durumlarda öncelikle icra dairesine başvurmalı ve bagaj hakkında İİK md. 270 kapsamında bir defter tutulmasını talep etmesi gerekmektedir. Defter tutma yöntemi ile hapis hakkına konu olan bagajın içeriğinin ne olduğu belirlenmektedir⁸⁶. Her ne kadar kanunda defter tutmanın zorunlu olduğuna dair bir ibare kullanılmış olmasa da öğretide, taşıyanın bir an önce bagajdan kurtulup gemiye boş şekilde kavuşması⁸⁷ için ve gerek md. 1399'da gerek md. 1400'de bagajın paraya çevrilmesi için izlenmesi gereken icra takiplerinin defter tutulmasından itibaren 15 gün içinde başlatılması gerektiği hüküm altına alındığından defter tutmanın zorunlu olduğu ifade edilmektedir⁸⁸. Taşıyanın başvuracağı icra dairesinin ise geminin varma limanındaki icra dairesidir. Ayrıca taşıyan icra müdürüne alacağını gösterecek olan delilleri sunması gerekmektedir⁸⁹. Defter tutma işlemi yapıldıktan sonra alacağına kavuşmak isteyen taşıyan rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip isteminde bulunmalı ve bu istemi ise defterin tutulmasından itibaren 15 gün içinde tamamlaması gerekmektedir. Bu süre içinde başlamayan icra takiplerinde defter hükümsüz hale geldiğinden taşıyanın tekrar defter tutulmasını istemesi gerekecek ancak hapis hakkının varlığına hanel gelmeyecektir⁹⁰. Ayrıca ele almak gerekir ki paraya çevrilecek olan bagaj deftere kaydedilmiş olan bagajdan ibaret olacaktır. Şayet bagajın içeriğinde bir kısım eşya ya da tamamı deftere kaydedilmemiş ise bu durumda paraya çevrilemeyecektir⁹¹.

⁸⁶ Tamer Bozkurt, *Deniz Ticareti Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları 2021, s. 302; Aytekin, *Navlun*, s. 215; Esasında hapis hakkına sahip olan taşıyanın bagaja zilyet olduğundan taşınır rehinin paraya çevirebileceğini ancak bagajın uzun süre gemide beklemesi durumunun hem gemiyi hem de bagajı zor duruma sokabileceği ayrıca liman sahasına indirilen bagaj üzerinde zilyetlik ilişkileri bakımından sorun çıkabileceğinden hareketle TTK komisyonunun İİK'nda kiralanan bakımından getirdiği defter tutulması hükmünün deniz ticaretine de alındığı yönünde: Atamer, *Deniz İcra Hukuku*, s. 394.

⁸⁷ Zira gemi, işlediği her an taşıyana kazanç sağlamaktadır. Bu nedenle taşıyanlar gemilerinin boş durmasını arzu etmemektedir.

⁸⁸ Atamer, *Deniz İcra Hukuku*, s. 396; Aytekin, *Navlun*, s. 215; ilgili yazar, kiralanan bakımından getirilen bu hükmün deniz ticaretindeki hapis hakkı bakımından uygun olmadığını söz konusu kiralananlarda kiraya verenin kiralanan içindeki eşya zilyet olmadığından dolayı özel bir hapis hakkının tanıdığı bu nedenle TTK bakımından defter tutulmanın zorunlu olmaması gerektiğini belirtmektedir; Bozkurt, *Deniz Ticareti*, s. 302.

⁸⁹ Atamer, *Deniz İcra Hukuku*, s. 396; Aytekin, *Navlun* s. 218, 219; Dosyanın açılmasından sonra icra müdürünün gemiye çıkacağı, defter tutma işlemi yürüteceği ve bagaj hakkında bilgilere yer verileceği ardından kural olarak bu defterin borçluya bırakılacağı yönünde: Atamer, *Deniz İcra Hukuku*, s. 398.

⁹⁰ Atamer, *Deniz İcra Hukuku*, s. 399; Bozkurt, *Deniz Ticareti*, s. 302, 303; Aytekin, *Navlun*, s. 216 vd.

⁹¹ Atamer, *Deniz İcra Hukuku*, s. 399.

Hapis hakkına konu olan bagajın paraya çevrilmesi için yapılan takibin kesinleşmesi sonucunda taşıyan ödeme emrinin kendine tebliğinden itibaren altı ay içinde satış talebinde bulunması gerekmektedir. Ayrıca taşıyan, satış yapılana kadar da eşyayı zilyetliğinde tutmaya devam edebilecektir⁹². Satış yapıldıktan sonra ise öncelikle elde edilen bedel üzerinde vergiler karşılanacak ardından taşıyan ücretini bedelden karşılayabilecektir⁹³.

B. BAGAJ TAŞIMALARINDA TAŞIYANIN DENİZ ALACAĞI HAKKI

TTK md. 1352/I-g “Bir charter parti düzenlenmiş olup olmadığına bakılmaksızın, gemide eşya veya yolcu taşınması amacıyla yapılmış her türlü sözleşmenin” deniz alacağı hakkı verdiğini hüküm altına almaktadır⁹⁴. Mezkûr maddede sayılan alacaklar ise alacak hakkı sahibine gemi üzerinde ihtiyati haciz isteme hakkı vermektedir. Deniz ticareti uygulamasında ise ihtiyati haciz kavramı bir deniz alacağının teminat altına alınması için, mahkeme kararı ile geminin alıkonulması veya seferden menedilmesi suretiyle borçlunun tasarruf alanından çıkarılmasını ifade etmektedir. Zira Geminin ihtiyati hacze yalnızca kanunda deniz alacağı olduğu tahdidi şekilde belirtilen alacaklar için başvurulabilecektir.

Ele alındığı üzere taşıyanın, kendisine teslim edilen bagaj üzerinde her ne kadar hapis hakkı var olsa da taşıyana teslim edilmeyen el bagajı üzerinde hapis hakkı kurulamayacağından deniz alacağı, teminat sağlamak adına önem kazanmakta ve md. 1353 gereği taşıyan yolcunun mülkiyetinde gemi bulunursa bu gemiyi haczettirme hakkı doğmaktadır⁹⁵.

V. BAGAJ HAKKINDA DOĞRU BİLGİ VERME

TTK md. 1252/I, yolcunun gemiye getirdiği bagaj hakkında bagajın cinsi, niteliği ve tehlikelere hakkında taşıyana doğru bilgi verme yükümlülüğünü hüküm altına almıştır⁹⁶. Mülga 6762 sayılı TTK’nda söz konusu yükümlülük navlun sözleşmelerine atıf yapılarak düzenlenmişken 6102 sayılı TTK md. 1252 yolcu taşımalarının niteliğine uygun şekilde müstakil madde halinde söz konusu yükümlülüğü hüküm altına almıştır⁹⁷. Maddenin lafzı

⁹² Atamer uyuşmazlık çıkmaması adına bagajın yediemine bırakıldığını belirtmektedir: Atamer, *Deniz İcra Hukuku*, s. 398.

⁹³ Atamer, *Navlun*, s. 229.

⁹⁴ TTK md. 1352’de sayılan deniz alacakları gemilerin ihtiyati haczi hakkını vermektedir. Bir geminin ihtiyaten haczedilebilmesi için söz konusu alacağın, TTK md. 13153/III gereği bir deniz alacağı olabileceği olması gerekmektedir.

⁹⁵ Atamer, *Yolcu Taşıma*, s. 211; Demir, *Yolcu Taşıma*, s. 188; bu deniz alacağını konu alan içtihatlar için: Yargıtay 11. HD.’nin 23.05.2016 tarihli, 2016/5594 E., 2016/5577 K. sayılı; 26.11.2014 tarihli, 2014/5680 E., 2014/18451 K. sayılı kararları (www.hukukturk.com) E.T. 27.06.2023.

⁹⁶ Kara, *Deniz Ticareti*, s. 273; Kayıhan, *Deniz Ticareti*, s. 231; Uluğ Cicim, *Yolcu Taşıma*, s. 531; Mülga 6762 sayılı TTK döneminde md. 1128, md. 1023’ e atıf yapmaktaydı md. 1023 ise eşya hakkında doğru bilgilendirme yükümlülüğünü ihtiva etmekteydi.

⁹⁷ Atamer, *Yolcu Taşıma*, s. 201; Demir, *Yolcu Taşıma*, s. 189.

incelendiği takdirde yolcunun, bagaj hakkında cins, nitelik ve tehlikeler bakımından beyanda bulunmakla mükellef tutulduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Yolcu bu bildirimleri md. 1252/IV gereği taşıyana, kaptana veya diğer bir yetkili temsilciye yapabilecektir. Şayet yolcu eşyanın ölçüsü, tartısı ve markası hakkında bildirim yükümlülüğüne aykırı davranırsa doğan zararlardan taşıyana karşı kusuru olmasa bile sorumlu olacaktır. Taşıyan dışındaki kişilerin uğradığı zararlardan ise ayrıma gidilerek ortaya çıkan zarar bildirilmeyen bir tehlikeden veya gizlice gemiye getirilen bagajdan ortaya çıktığı takdirde kusur aranmadan sorumlu olacak diğer hallerde ise ancak kusuru varsa sorumlu tutulabilecektir.

Kanun koyucu sadece yolcuya zararın tazmini mükellefiyetini yüklememiş md. 1252/II'de eksik ya da yanlış bilgi verilerek ya da gizlice gemiye getirilen bagaja kaptan tarafından el konulabileceğini gerektiğinde de bu bagajın gemiden uzaklaştırılabileceğini ve denize atılabileceğini hüküm altına almıştır⁹⁸.

Bu hususta değerlendirilmesi gereken bir diğer nokta Denizde Mal ve Can Koruma Kanunu md. 12'de sayılan tehlikeli eşyadır. Bu eşyanın gemiye bir şekilde yüklenmesi durumunda TTK md. 1252/ II uygulanacağı kabul edilmelidir. Kanaatimizce md. 1252 zilyetliğin iktisabı anına kadar bagaj hakkında hiçbir bilgisi ve denetimi olmayan taşıyanı korumak için getirilmiş ve yolcunun taşıyana karşı sorumlu olduğu kabul edilmiştir.

⁹⁸ Ersözlü, *Kaptan*, s. 74; Atamer, bu yetkinin çevre hukuku kurallarıyla nasıl bağdaştırılacağı sorununun hala çözülmediğini belirtmektedir: Atamer, *Yolcu Taşıma*, s. 203; Demir ise bu tür eşyanın gemiden çıkarılmasının ve denize atılmasının mutlak bir kural olmadığını kaptana esneklik tanındığını ve kaptanın bu yetkisini halin şartlarına göre kullanacağını belirtmekte ancak bu yetkinin kapsamının da çevrenin korunmasına ilişkin mevzuat hükümleriyle sınırlı olduğunu altını çizmektedir: Demir, *Yolcu Taşıma*, s. 190.

SONUÇ

Türk Ticaret Kanunu md. 1247 vd. düzenlenen yolcu taşıma sözleşmelerinde taşıyanın asli edim yükümü yolcu ve bagajının varma limanına sağ salim ulaştırılmasıdır. Buna karşılık yolcunun ilk yükümlülüğü ise bu taşıma karşılığında ücret ödemektir. Ancak TTK, ücretin varlığını açık bir hükümlle aramamış bu nedenle öğretide birtakım görüşler ortaya çıkmıştır. Çalışmada incelendiği üzere kanunun lafzından ve kanun koyucunun tarihi yorum amacından hareketle TTK bakımından yolcu sıfatı yalnızca ücretin kararlaştırıldığı taşımalarda değil ayrıca ücretin kararlaştırılmadığı -ücretsiz taşıyan- yolcular bakımından da kazanılacaktır.

Ücretin kararlaştırılması halinde ise bu meblağ hem yolcunun taşınmasını hem de sözleşmede gösterilen miktarda bagajın taşınmasını kapsamaktadır. Taşıyanlar sözleşmeye ya da bilete koyulan kayıtlarla yolcunun getireceği bagaj miktarını sınırlamaktadırlar. Sözleşmede kararlaştırılan yahut bilet üzerinde gösterilen sınırdan daha fazla miktarda bagaj gemiye getirildiğinde taşıyan, dürüstlük kurallarına aykırı olmadığı sürece bagajı taşımakla mükellef olacak yolcu ise bu ek taşıma karşılığında ücret ödeyecektir.

Türkiye’de yapılan tüm deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmelerinde ücret her zaman taşımanın gerçekleşmesinden önce ödenmektedir. Bu takdirde TTK md. 1254/I’de gösterilen hapis hakkı hangi alacaklara matuftur? Hüküm kadük mü kalmaktadır?

Çalışmada bu soru üzerine yönelinmiş ve kanun koyucunun abesle iştilgal etmeyeceğinden hareketle çeşitli ihtimaller dahilinde taşıyanın bagaj üzerinde hapis hakkını kullanabileceği sonucuna varılmıştır.

Bu çerçevede taşıyanın;

- Taşıyana teslim edilen değerli eşya için ödenecek olan saklama ücreti
- Sözleşmede yahut bilete gösterilen sınırı aşan bagajlar için ödenecek olan ücret
- Gizlice getirilen bagaj için istenebilecek en yüksek ücret
- Kaçak yolcu için talep edilen en yüksek ücret
- Bagajın gemiden indirilmesi konusunda bu masraf yolcunun üzerinde olduğu takdirde

Hallerinde hapis hakkı kullanılabileceği sonucuna varılmıştır. Ayrıca mezkûr hakkın taşıyan ya taşıyanın temsilcisi kaptan ya da acente tarafından da ileri sürülebileceği belirtilmiştir. Bu istemin ileri sürülmesinden sonra artık taşıyan eşyayı yolcuya teslimden kaçınacağı ve bagajın teslimi isteyen yolcuya karşı bir defa hakkına sahip olacağı ele alınmış taşıyanın, alacak ödenmediği ya da yolcu yahut üçüncü kişi tarafından teminat gösterilmediği takdirde eşyanın paraya çevrilmesi hakkından faydalanabileceği belirtilmiştir.

Daha sonra çalışmada yolcunun diğerk bir yükümlülüğü olan ve TTK md. 1252/I'de hüküm altına alınan gemiye getirdiğı bagaj hakkında bagajın cinsi, niteliğı ve tehlikelere hakkında taşıyana doğru bilgi verme yükümlülüğü incelenmiştir. Mezkur yükümlüğün ihlali halinde yolcunun doğan zararlardan taşıyana karşı kusuru olmasa bile sorumlu olacak taşıyan dışındaki kişilerin uğradığı zararlardan ise ayrıma gidileceğı ortaya çıkan zarar bildirilmeyen bir tehlikeden veya gizlice gemiye getirilen bagajdan ortaya çıktıysa diğerk kişilere karşı kusur aranmadan sorumlu olacak diğerk hallerde ise ancak kusuru varsa sorumlu olacağı ifade edilmiştir.

KAYNAKÇA

- Amasya, Serap ve Altay, Anlam. Karakteristik Çizgilerle Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, İstanbul: Deloitte, 2007.
- Atamer, Kerim. “2002 Atina Sözleşmesi’nde ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Denizyolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesi”. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Dergisi. XXIV/III (2008): 103-213.
- Atamer, Kerim. Deniz Ticareti Hukuku IV- Deniz İcra Hukuku. 2. Baskı, İstanbul: Onikilevha Yayınevi, 2019.
- Atamer, Kerim ve Süzel, Cüneyt. “Yolcu Taşıma Sözleşmesi-2002 Tarihli Atina Sözleşmesi”, Yeni Deniz Ticareti Hukuku’nun Kaynakları, Cilt1: Milletlerarası Sözleşmeler ve Açıklamalı Çevirileri-Bibliyografya-Mahkeme Kararları, İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2013.
- Aydoğdu, Murat ve Kahveci, Nalan. Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler. Ankara: Adalet Kitapevi, 2019.
- Aytekin, Metin Uğur. Taşıyanın Navlun Sözleşmesinden Doğan Hakları ve Teminatları. Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.
- Bozkurt, Tamer. Deniz Ticareti Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Can, Mertol. Deniz Yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesi. Ankara: İmaj Yayınları, 2001.
- Cansel, Erol. Türk Hususi Hukukunda Hapis Hakkı. Ankara: AÜHF Yayın No: 155, 1961.
- Çetiner, Bilgehan. “Genel Hapis Hakkı”, Teminat Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 815, ed. Bilgehan Çetiner, Abdullah Furkan Korkmaz, 815-844.
- Çetingil, Ergon. Denizde Yolcu Taşıma Sözleşmesi ve Sigorta. Ankara: Sigorta Hukuku Türk Derneği, 1985.
- Demir, İsmail. 2002 Atina Sözleşmesi Çerçevesinde Denizyoluyla Yolcu Taşıma. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Demir, İsmail. Deniz Ticareti Hukuku, 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2023
- Doğanay, İsmail. “Denizde Yolcu Taşıma Mukavelesi”. Yargıtay Dergisi. 2/2 (1976): 125-139.
- Doğanay, İsmail. Türk Ticaret Kanunu Şerhi Üçüncü Cilt, 4. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2004.
- Ersözlü, Cenk Murat. Kaptanın Özel Hukuktan Kaynaklanan Görev ve Yetkileri ile Hukuki Sorumluluğu. İstanbul: Beta Yayınları 2000.
- Gümüş, Mustafa Alper. Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II. İstanbul: Vedat Kitapevi, 2014.

- Ilgın, Canan Özlem. “Deniz Yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmelerine İlişkin Bir Değerlendirme”. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi. 6/12, 2012, 231-258.
- Kalpsüz, Turgut. “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Deniz Ticareti Hukuku Hükümlerine İlişkin Açıklamalar”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 4, 2005.
- Kara, Hacı. Deniz Ticareti Hukuku. İstanbul: Onikilevha Yayınevi, 2020.
- Kayıhan, Şaban, Deniz Ticareti Hukuku, 2. Baskı, İstanbul: Umuttepe Yayınları, 2021.
- Kender, Rayegan. Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku. 17. Bası, İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2021.
- Kender, Rayegan. Deniz Yolu ile Yolcu Taşınmasına Dair Kaidelerin Enternasyonal Hukukta Birleştirilmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 28, Sayı 3-4, 713-750.
- Kender, Rayegan. “Denizyolu ile Yolcu ve Bagaj Taşınmasına Dair 1974 Atina Konvansiyonu ve Sigorta”, Sigorta Hukuku Türk Derneği, Ankara: 1985.
- Kılıçoğlu, Ahmet Mithat. Eşya Hukuku. Ankara: Turhan Kitapevi, 2021.
- Oğuzman, Kemal ve Seliçi, Özer ve Oktay Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, 22. Baskı, İstanbul: Filiz Kitapevi, 2020.
- Önder, Salih. “1974 Tarihli Atina Konvansiyonu Bağlamında Denizde Yolcu Taşıma Sözleşmesi”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Ankara: Turhan Kitapevi, 2010, 1537-1558.
- Özen, Mustafa. “Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmesinin Taraflarının Sözleşmeden Kaynaklanan Sorumlulukları”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 4/1 (2018): 57-90.
- Saymen, Ferit ve Elbir, Halit. Türk Eşya Hukuku Dersleri. İstanbul: Hak Kitapevi, 1954.
- Schaps, Georg ve Abraham, Hans Jürgen. Das Deutsche Seerecht, 2. Cilt, Berlin: Walter de Gruyter, 1962.
- Taşkın, Melda. Denizyolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesinde Taşıyanın Gemi Kazasından Doğan Sorumluluğu. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2016.
- Tekil, Fahiman. Deniz Hukuku 6. Bası, İstanbul: Alkım Yayınları, 2001.
- Topsoy, Fevzi. Deniz Ticareti Hukuku I. İstanbul: Legal Kitapevi, 2020.
- Uluğ Cicim, İlknur. “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Deniz Yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesi”. Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 18/2 (2012): 525-544.
- Ülgen, Hüseyin. Hava Taşıma Hukuku. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1987.

Ülgen, Hüseyin. Karayolu ile Yolcu ve Bagaj Taşıma Hukuku. Ankara: Sigorta Hukuku Türk Derneği, 1985.

Ülgener, Fehmi. Çarter Sözleşmeleri I. 2. Bası, İstanbul: Der Yayınları, 2017.

Yazıcıoğlu, Emine. Kender-Çetingil Deniz Ticareti Hukuku. 17. Bası, İstanbul: Filiz Kitapevi, 2022.

Yener, Mehmet Deniz. Vedia Sözleşmesi, İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2008.

Zeyneloğlu, Ahmet. Uygulamalı Taşıma Hukuku. Ankara: Olgaç Matbaası, 1980.

Elektronik Kaynaklar

www.hukukturk.com



Karatekin Hukuk Dergisi Karatekin Law Journal

Cilt/Volume: 2, Sayı/Issue: 1, 27-61

ISSN: 2980-079X

Geliş Tarihi / Received: 27.11.2023

Kabul Tarihi Accepted: 07.01.2024



QUEER HUKUK TEORİSİ

Rojbin Meço*

Özet

Queer hukuk teorisi, 1990'lı yıllarda Amerika'da ortaya çıkan queer teoriyle bağlantılı bir şekilde ilerleyen ve hukukun heteropatriyikal yapısını sorgulayan, kimliği ve ikili cinsiyet sistemini eleştiren birçok farklı görüşten oluşur. Bu görüşler kavramsal bir çerçeveye oturtabilmek açısından iki ayrı başlıkta sunulabilir. İlk başlıkta queer hukuk teorisini LGBTİ bireylerin hakları için liberal bir özgürleşme ve mücadele teorisi olarak anlayanlar yer alır. Bu teorisyenler insan hakları teorisi, ayrımcılık yasağı, eşitlik ve özgürlük düşüncelerini baz alırlar. Amaçları; liberal hukuk sisteminde LGBTİ bireyleri için de yer açmak ve temel insan haklarından faydalanabilmelerini sağlamaktır. İkinci başlıkta ise, eleştirel hukuk teorisyenlerinin fikirlerinden etkilenen post-modern çizgide bir queer hukuk teorisi bulunur. Kendi içerisinde çeşitlilik gösteren bu teoride sınırlı olmamakla beraber, üç farklı düşünce yer alır. Bunlardan ilki; queerin cinsel azınlıklar için bir şemsiye terim olarak kullanılmasıdır. Bununla amaçlanan hukukun cinsel azınlıkları dışlayan heteronormatif yapısını bozmak ve norm saydığı ikili cinsiyet sisteminin doğallığını alt üst etmektir. İkincisi; queerin hukukta yapı-sökümcü bir metodoloji olarak kullanımıdır. Bu metodoloji queerin anti-normatif ve eleştireliliğini yoğun şekilde vurgular. Son basamakta ise; kimlik kavramının kendisini sorun eden, hukukun cinsel kimlik kategorilerini pekiştiren yönlerini sorgulayan ancak sadece sorgulama ve eleştirelilikle yetinmeyip, hukukun normatif yapısının dönüştürülmesi arayışını da içeren bir queer hukuk anlayışı bulunur. Makalenin amacı queer hukuk teorisi alanındaki farklılık gösteren bu anlayışları sunarak, aralarındaki karşılıklı ilişkiler üzerinden değerlendirmeler yapmak ve kendi fikirlerimizi ifade etmektir.

Anahtar Kelimeler: Queer Hukuk Teorisi, Cinsel Yönelim, Toplumsal Cinsiyet Kimliği, Feminizm, Eleştirel Hukuk Teorisi.

QUEER LEGAL THEORY

Abstract

Queer legal theory consists of many different views that question the heteropatriarchal structure of law, criticise identity and the binary gender system, and question the heteropatriarchal structure of law, in line with the queer theory that emerged in the USA in the 1990s. These views can be presented under two different categories. The first category includes those who understand queer legal theory as a liberal theory of liberation and struggle for the rights of LGBTI individuals. These theorists are based on the ideas of human rights theory, non-discrimination, equality and freedom. Their aim is to make room for LGBTI individuals in the liberal legal system. Secondly, there is a queer legal theory in the post-modern line influenced by the ideas of critical legal theorists. There're three different ideas in this theory, which shows diversity within itself. The first of these is the use of queer as an umbrella term for sexual minorities. The aim of this is to disrupt the heteronormative structure of the law that excludes sexual minorities and to overturn the naturalness of the binary gender system that is considered the norm. The second is the use of queer as a deconstructive methodology in law. This methodology intensely emphasises the anti-normative and criticality of queer. In the last step, there is an understanding of queer law that questions the concept of identity itself, questions the aspects of law that reinforce sexual identity categories, but not only questioning and criticising, but also seeking to transform the normative structure of law.

Keywords: Queer Legal Theory, Sexual Orientation, Gender Identity, Feminism, Critical Legal Theory.

* Arş. Gör., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilimdalı, rojbindoganturk@windowslive.com, ORCID: 0009-0005-1466-1939.

GİRİŞ

*Queer*¹ kelime olarak tuhaf, acayip gibi anlamlara gelmekte ve farklılığa gönderme yapmaktadır. Kelimenin sözcük anlamına bakıldığında Oxford Sözlükte ilk anlamının tuhaflık ve normal olmayana gönderme yaparken; ikinci anlamı gey olmaya yönelik saldırgan bir tutuma işaret eder. Kelimenin son anlamı ise; cinsiyet ve toplumsal cinsiyet hakkındaki geleneksel fikirlerden farklı bir cinsel kimliği veya cinsiyet kimliğini tanımlar, örneğin birinin nonbinary (kadın-erkek ilişkisine dayanan ikili cinsiyet sistemi dışında) cinsiyetlerden birine sahip olması, biseksüel veya transgender olması gibi². Sullivan'a göre queer bazen garip bir şeyi belirtmek için, bazen kişinin başkalarıyla ilişkilendirdiği olumsuz özelliklere (delilik, değersizlik gibi) atıfta bulunmak için, bazen de kişinin farklılığını veya yabancılığını olumlu bir şekilde ifade etmek için kullanılmıştır³.

Queer Teorideki “teori” genelde yazmayı ve düşünmeyi çeşitli analitik tekniklere tabi tutan Fransız kökenli, çeşitli çalışmalara atıfta bulunur. Bu teknikle yapılmak istenen okuyucuların garanti altına aldıkları ideolojilerin uyumsuzluklarını ortaya çıkarmaktır. Teorinin yöntemleri karmaşıktır ve dili, varsayım yüklü ortak dilden kasıtlı olarak uzaktır⁴. Dawidoff *queeri* post-yapısalcı bir yaklaşım olarak görür.⁵ *Queer* teorinin çıkış noktası, Teresa de Lauretis'in 1990 yılında California Üniversite'sinde Bilinç Tarihi profesörü olarak düzenlediği bir konferanstır. Bu kelimeyi, teori olarak Teresa de Lauretis icat etmiştir. Lauretis bu kelimenin 1980'li yılların sonunda aktivistler, sokak çocukları ve sanat dünyasının üyeleri tarafından, gey olumlayıcı bir anlamda kullanıldığını görmüş ve kelimeyi akademide kutsallık atfedilen “teori” ile birleştirme cesaretini göstermiştir. Onun kelimeyi kullanım şekli oldukça saldırgandır; onun için *queer* olmak, heteronormatif düzeni, özdeşliği ve kimliği bozmaktır⁶.

Queer teori günümüze kadar birçok yazar tarafından tartışılmış ve bir sürü anlam edinmiştir, ancak teorinin net bir anlamı olduğu söylenemez. Teoriye ilişkin bir tanım yapılacaksa teorinin anlamları üzerinde durulması gerekebilir. Özkazanç, bu anlamları

¹ Queer kelimesinin bazen Türkçe'ye “kuir” şeklinde çevrildiği görülmüştür. Ancak makalede kelimeyi olduğu haliyle kullanmaya karar verilmiştir, çünkü hem bir çok eserde yazarların bu kelimeyi olduğu gibi kullandığı görülmüştür hem de bu kelimenin temsil ettiği hareket ülkemizde daha yeni yeni gelişmeye başlamıştır, yani kelimenin ülkemize ait bir tarihi bulunmamaktadır.

² Oxford Dictionary, https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/queer_1?q=queer. (Erişim Tarihi:24.10.2023).

³ Sullivan, Nikki. *A Critical Introduction to Queer Theory*, New York: New York University Press, 2003, s.5.

⁴ Dawidoff Robert. “Series Foreword”, *A Genealogy Of Queer Theory*, Philadelphia: Temple University Press, 2000, s.9.

⁵ Dawidoff, “Series Foreword”, s.9.

⁶ Halperin, David M., *One Hundred Years Of Homosexuality and Other Essays on Greek Love*, New York: Routledge, 1990, s.340.

makalesinde oldukça güzel ortaya koymuştur. O, *queer* teorisinin lezbiyen ve gey kimlik kurgusunun sınırlarından oluşan bir tecrübeye dayanarak ortaya çıkmış olabileceğini ileri sürer⁷. Ona göre *queer* üç farklı bağlamda kullanılmaktadır; ilki lezbiyen, gey, biseksüel, transseksüel yerine bir tür kısaltma gibi kullanımınıdır.⁸ İkincisi, öncekinden farklı ve tutarlı bir kimliğin işareti olarak kullanımınıdır. Sonuncusuysa, tüm kimlik kuruluşu dinamiklerinin ve tüm kimlik politikası eğilimlerinin radikal bir sorgulanması olarak kullanımınıdır. Özkazanç, son kullanımın en üretken kullanım olduğunu belirtir. *Queer*'i yeni ve tutarlı bir kuramın ya da kimliğin adı olarak görmez, öznellik ve kimlik sorununun özgün biçimde dert edinildiği yeni bir politik öznellik anlayışı olarak yorumlar. Yine de ifade ettiği bu düşüncesinin de "*queer* nedir?" sorusunu tam olarak karşılamayacağını ve böyle bir yanıtın *queer*'in akışkan yapısıyla ters düştüğünü söyleyerek, aslında *queer*'e yönelik bu cevabının tikel nitelikte olduğunu ve ancak "*queer* en iyi ihtimalle ne olabilir?" sorusunu cevapladığının altını çizer.⁹

Queer teori gibi *queer* hukuk teorisinin de kesin ve net bir anlamının bulunmadığı söylenebilir. Bir *queer* hukuk teorisinin var olup olmadığı ya da *queer* hukuk teorisini oluşturan şeyin ne olduğu konusunda tartışmalar bulunmaktadır. İleriki bölümlerde görüleceği üzere her yazar *queer* teorisinin hukuka uygulanışını farklı biçimlerde değerlendirmiştir. *Queer* teorisinin tanımlarında da dile getirildiği gibi, *queer* hukuk teorisini de değerlendirirken birden fazla kullanımı birlikte ele alarak değerlendirme yapılabilmesi mümkündür. Bu anlamda Banovic'in sunduğu yol haritası, *queer* hukuk teorisinin içeriğini daha iyi anlayabilmek için iyi bir başlangıç yapılabilmesini sağlar. Banovic *queer* hukuk teorisini üç ana başlık içerisinde inceler¹⁰. Bu başlıklardan ilki; farklı cinsel yönelimlerin eşit ahlaki statüsünü heteroseksüellikle ilişki içerisinde arayan bir teori ve hareket olarak, hukuk alanında cinsiyet disforisi (hoşnutsuzluk, memnuniyetsizlik diye de çevrilebilmekte) kavramlarını tanıtan ve genital özerklik hakkını savunan bir anlayışı içerir. Bu *queer* hukuk teorisini anlayışı, cinsel yönelim, toplumsal cinsiyet kimliği ve interseks özellikler dahilindeki kimlikleri az çok özelleştirilmiş kavramlar olarak konumlandırır ve siyasi ve hukuki bir ilke olarak eşitlikçilik tarafından yönlendirilir.¹¹ Bu anlamda hukuk kavramını eleştirmez; daha çok hukukun anlamını genişletmek ve mevcut kavramlara yenilerini eklemek için uğraşır. *Queer* teorisinin bu versiyonu "Gey ve Lezbiyen Hukuk Teorisi"; "LGBTİ (lezbiyen, gey, biseksüel, transseksüel, interseks)"¹²

⁷ Özkazanç, Alev, *Feminizm ve Queer Kuram*, Ankara: Dipnot Yayınları, 2021, s.99.

⁸ Özkazanç, Alev, *Feminizm ve Queer Kuram*, Ankara: Dipnot Yayınları, 2021, s.99.

⁹ Özkazanç, *Feminizm ve Queer Kuram*, s. 100-107.

¹⁰ Damir Banović, "Queer Legal Theory", *Feminist Approaches to Law: Theoretical and Historical Insights*, C.1, (2023), s.73

¹¹ Banović, "Queer Legal Theory", s.74.

¹² LGBTİ birçok cinsel yönelimin kısaltması şeklinde kullanılmıştır. Bu yönelimler burada sayılanlarla sınırlı

hakları teorisi" veya "muhafazakâr" akım; "LGBTİ haklarının eşitlikçi anlayışı" ile benzer özellikler gösterir. Bu versiyonun *queer* tanımı da aslında *queer*in LGBTİ gruplarının kısaltması olarak kullanımına veya ayrı bir kategori olarak konumlanışına gönderme yapar. Ayrımcılık karşıtı düzenlemelerin getirilmesini; aile hukuku düzenlemelerini, eşcinsel evliliklerin yasal olarak tanınmasını, yasal cinsiyet değiştirme hakkını, interseks bireyler için özerk cinsiyet seçimi hakkını, nefret söyleminin yasaklanmasını, nefret suçlarının getirilmesini, zorunlu kısırlaştırma yasağının getirilmesini, tıbbi cinsiyet ayarlamasında ebeveyn haklarının korunmasını talep etmektedir. Bu teori hukuku eleştirmez, hukukun insan hakları olarak tanımladığı şeyleri belirli cinsel azınlık grupları için de talep eder.¹³

Queer hukuk teorisinin bir diğer çerçevesi; Amerikan hukuki realizminin¹⁴ klasik hukuk teorisine yönelttiği eleştiriye benzer. Bu eleştiri; bir bilim olarak hukukun eleştirisini, hukuki kavramların eleştirisini; nesnel ve tarafsız bir uygulama olarak hukukun eleştirisini içerir. Eleştiri, hukukun içinden, hukukla ilerleyen bir eleştiridir. Bu nedenle Banovic bu eleştiriye “içerden *queer* hukuk teorisi” diye nitelendirmiştir.¹⁵ Ulusal hukuk sisteminde cinsiyet ve toplumsal cinsiyet farklılıkları nedeniyle azınlık halinde bulunan bireyleri dışlayan uygulamaları eleştirmeyi esas alır. Bu eleştiri, hukukun içinden oluşturulmuş eleştiri standartlarını içerir, ancak bu eleştiri standartları, ayrı bir eleştiriye tabi tutulmaz.¹⁶

değildir. Literatürde bu kısaltmaya Queer’in (Q) kısaltması da ya da başka cinsel yönelimlerin kısaltması da getirilebilmekte ve hatta bunların çoğunluğunu vurgulamak için (+) işareti de kullanılabilir. Queer, birçok queer teorisine göre bir cinsel yönelimi ifade etmekten çok, cinsel kimliği ve bu kimliğe bağlı temsil sistemini eleştirmek için kullanılmaktadır. Bu nedenle makalede de bir yönelim olarak bu kısaltma içerisinde yer verilmek istenmemiştir. LGBTİ genelde literatürde bu şekilde kullanıldığından, makalede böyle kullanılması uygun görülmüştür.

¹³ Banović, “Queer Legal Theory”, s.74.

¹⁴ Bu teori hukuku reddetmez, hukukun toplum üzerinde olumlu etkiler yaratmak için var olduğunu kabul eder. Hukuku “hukukçuların söyledikleri değil yaptıkları” olarak değerlendirir. Sosyal gerçekliğe ağırlık ve önem verir. Bu gerçekçi vurgu; hukuki realizm akımını hukuk dışındaki birçok bilimle de ilgilenmeye yöneltmiştir. Bu akım, hukukun saflığı, bağımsızlığı ve kesinliği uğruna gerçekliğe gözlerini kapatmaz. Bu yüzden analitik ve normativist pozitivistimden ayrılır. Gelişimi takip edildiğinde Amerika’nın gelişimi ve değişimi önünde engel oluşturan, İngiliz hukukunun da egemen düşüncesi olan analitik pozitivist eleştirisiyle doğduğu görülebilir. Amerikan toplumunun hızlı değişen ve gelişen yapısına, mantıksal tutarlılığı esas alan, hukuku normlar sistemi olarak kabul eden pozitivist görüş dar geldiği için bu teorisinin ortaya çıktığı söylenebilir. Anayasa’nın doğal hukuk ilkelerinden oluşan temellerinin, tüm haksızlıklar ve dengesizlikleri önleyemediği ve kâğıt üstünde kaldığı için gözden düşmesi bu akımın doğuşunu yaratmıştır. Eleştirel hukuk çalışmalarına da öncülük eder. Türkbağ, Ahmet Ulvi, “Amerikan Hukuki Realizm Akımı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 58, S.1-2, s.8; Amerikan Hukuki Realizmi ve Eleştirel Hukuk Çalışmalarının ortak özelliği hukuku kural ve kavramlardan ibaret gören geleneksel kurama karşı çıkmaları ve hukukla toplum arasında ilişki kurmayı gündemlerine almalarıdır. Ancak eleştirel hukuk teorisyenleri modern hukuk bilimine bir saldırı başlatır ve politik diyaloga zıt olan, ayrı bir hukuk modelinin olmadığını iddia eder. Onlara göre hukuk farklı kıyafetlere bürünmüş politikadır ve toplumdaki ideolojik mücadeleden bağımsız olarak düşünülemez. Hukuki realistlerinse, mevcut hukuk anlayışıyla ya da geleneksel hukuk kuramıyla bir meseleleri yoktur. Hukukun formalist karakterini eleştirir, formalist mantığın ve hukuki materyallerin uyumsuzlukların çözümünde yetersiz olduğunu ileri sürerler. Akı, Emine İrem, “Amerikan Hukuki Realizmi Çerçevesinde Hukuki Belirsizlik”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi) Anabilim Dalı, 2008, s.53-54.

¹⁵ Damir Banović, “Queer Legal Theory”, s.74.

¹⁶ Banović, “Queer Legal Theory”, s.75.

Queer hukuk teorisinin son kavramsal çerçevesi ise, belirli *queer* deneyimlerin rehberliğinde, eleştirel hukuk çalışmalarında oluşturulan metodolojik yolu uygulayan post-modern bir grup disiplini içerir. Özelleştirilmiş cinsel kimliklerden ve toplumsal kimliklerinden yola çıkar, bu kimlikleri geçici akışkan ve belirsiz olarak görür. İkili cinsiyet sistemine ve toplumsal cinsiyet kavramlarına uymayan her şeyi dışlamaya, kategorize etmeye, ikincilleştirmeye veya ortadan kaldırmaya çalışan hukuku, uygulamalarını ve politikalarını eleştirir. Bu eleştiri hukuk tarafından dışlanan gurupların, hukuku baştan aşağı eleştirmesini ve alt üst etme çabasını da içerir. Bu yüzden Banovic bu eleştiriye “dışardan *queer* hukuk teorisi” şeklinde adlandırır.¹⁷ Hem *queer* teoriye yönelik yaklaşımlar hem de *queer* hukuk teorisi üzerindeki tartışmalardan yola çıkarak; *queer* hukuk teorilerinin ve bu teorilerin oluşturdukları çerçevenin tam anlamıyla sabitlik içermediği, çeşitli görüşler ışığında yol aldığı, bu yüzden yapılan bu tanımların hiçbirinin sabit olmadığı söylenebilir¹⁸. *Queer*in oluşturduğu bu çerçevenin ortaya çıkışı belirli toplumsal gelişmelerle beraber olmuştur. Özellikle hukukun içinden gelen *queer* teori ile hukuku dışarıdan eleştiren *queer* teorinin birbiriyle örtüştüğü birçok alan bulunmaktadır. Bu yüzden tanımsal olarak sabit ve değişmez bir *queer* hukuk tanımı yapılması, *queer*in akışkanlığı içerisinde mümkün değildir.

Makalede bu kavramsal çerçeve üzerinden ilerleyerek *queer* hukuk teorisinin oluşum ve gelişim aşamalarını incelenecek ve bu teorinin nelere gönderme yaptığı ortaya koymaya çalışılacaktır. Queer hukuk teorisi incelendiğinde özellikle eleştirel hukuk çalışmalarıyla yakın bir bağı olduğu görülecektir. Bu nedenle öncelikle eleştirel hukuk çalışmaları ve *queer* hukuk teorisi arasındaki bağdan yola çıkılacaktır.

I. ELEŞTİREL HUKUK ÇALIŞMALARI VE *QUEER* TEORİ

Eleştirel hukuk çalışmaları, sol siyasetle ilişkili olarak hukuk teorisi hakkında yazan ya da hukuku, hukuk eğitimini ve hukuk yazılarını kullanarak sol dünya görüşüne ilişkin düşünceler üretmeye çalışan bir grup teorisine verilen isimdir¹⁹.

Eleştirel hukuk çalışmaları teorisyenleri, genel hukuk mantığına meydan okuyarak, hukukun oluşturulmasına ve uygulanmasına ilişkin analizlerde bulunurlar. En önemli şiarları olan “hukuk politiktir” sloganıdır. Hukukun politik bir anlamı olduğu düşüncesiyle, “hukuksal olan” ve “politik olan” arasındaki teorik ve pratik bağlantıları araştırırlar. Hukukun düşünüldüğünün aksine sosyal, ekonomik ve kültürel yapılardan bağımsız olmadığını

¹⁷ Banović, “Queer Legal Theory”,75.

¹⁸ Banović, “Queer Legal Theory”, s.75.

¹⁹ Akı, “Amerikan Hukuki Realizmi Çerçevesinde Hukuki Belirsizlik”, s.50.

savunurlar. Onlara göre hukuk dokunulmaz bir normlar sistemi değildir. Bu yüzden hukuksal analizlerin bu yapıların etkileri de göz önünde bulundurularak yapılması gerekir. Eleştireller liberal hukuk düzeninin belirsiz²⁰, taraflı²¹ ve ideolojik²² bir yapıda olduğu konusunda ısrar eder. Hukuka getirdikleri objektivizm ve formalizm eleştirileriyle hukuksal yapı, kurum ve uygulamaları yeniden değerlendirmeye tabi tutarlar²³.

Eleştireller için liberal söylemin hukuk olgusuna içkin varsaydığı, hukukun diğer toplumsal kontrol mekanizmalarından tamamen ayırık olduğu iddiası veya onun formel kurallar biçimindeki mevcudiyetinin hem uygulamada kesinliği hem de normatif içeriğinin meşruluğunu ve objektifliğini sağladığı, böylelikle yargısal süreçlerde belirli ve öngörülebilir sonuçlara imkân verdiği gibi *a priori* kabullerin incelenip, gerçeklikle bağı sorgulanmalıdır. Kapitalist bir ekonomik sistem içinde hukuk düzenin nasıl bir fonksiyon üstlendiğini ortaya koymak ve hukuk düzeninin eleştirel bir paradigmadan beslenen bir cihette yeniden düşünülebilmesinin imkanını tartışmak gerekir. Bu şekilde hukukun pozitivist ve formalist hareketler taşıyan geleneklerinden beslenen tarihsel ve dogmatik nitelikte sayılabilecek usulleri, *a priori* önermeleri ve değişmez düsturları bir kenara bırakılabilir. Böylelikle, söz konusu bu geleneklerin yarattığı hukuk-toplum, hukuk-politika arasındaki bağlantıları yeniden değerlendirmeye tabi tutmak mümkün olur²⁴. Eleştirellerin birçoğu için hukuk, inançlar ve statükoya ilişkin tutumları şekillendiren bir kültür olarak işlev görmekte; hukuksal etmenlerin ve aktörlerin tercihleriyle hâkim ortodoksluğu biçimlendirmektedir²⁵.

²⁰ Eleştirel hukuk çalışmaları kuramcıları, hukuksal muhakemenin hukukçuların kişisel eğilimlerinden ya da içinde buldukları toplumdaki bağımsız olmadığını vurgularlar. Bu yüzden hukukun çelişkili ve tutarsız olduğu üzerinde durarak, aynı hukuksal düzenlemenin farklı toplumsal bağlamlarda farklı hükümlerin verilmesine gerekçe olabileceği üzerinde dururlar. Hukukun belirsizliğinin (indeterminacy) nedenini de buna bağlarlar. Yani hukukun belirsizliği hukuksal çıkarların salt hukuk kurallarına dayalı olmadığını bir ifadesidir. Akbaş, Kasım, “Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi: Öncü Kuramcılar ve Temel Meseleler”, Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2005, s. 57-58.

²¹ Eleştirel kuramcılar hukukun değerlerden bağımsız olmadığını da ortaya koymaya çalışırlar. Hukuk sadece görünüşte nötr/tarafsız ve bağımsızdır. Aslında hukuk toplumun egemen değerlerini yansıtır. Hatta bu değerlere ve dolayısıyla statükoya meşruluk kazandırır. Bu kuramcılara göre hukuk egemen iktidar sisteminin karşısında bir koruma aracı değil, tersine egemen sistemin bir parçası olarak değerlendirilmelidir. Akbaş, “Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi”, s. 58.

²² Hukukun ideolojik niteliği aslında bağımlılığı ve taraflılığıyla ilgilidir. Hukukun bir ideolojisinin olması hatta hukukun kendisinin bir ideoloji olması eleştirel kuramcıların üzerinde durduğu konulardan biridir. Buna göre hukuk öncelikle, bir ideolojinin yarattığı koşulları meşrulaştırmak ve bunların sürekliliğini sağlamak üzere işlev kazanmaktadır. Mevcut hukuk sistemi özel mülkiyet rejimini ve sınıflı toplum yapısını meşrulaştırır. Bu tespit özellikle Frankfurt Okulu üyelerinin hukukun nasıl ideoloji haline geldiğini ortaya koyma çabalarında kullanılmıştır. Buna göre, geçmiş tarihsel dönemlerde dinin bir düşünce formu haline gelmesi gibi, modern toplumlarda da hukuk, bilincin içinde şekillendiği formlardan biri haline gelmiştir. Akbaş, “Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi”, s.60.

²³ Akman, Şefik Taylan, *Hukuk ve Politika İlişkisi Hukukun Ekonomi Politik Analizi ve Liberal Hukuk Düzeninin Eleştirisi*, Ankara: İmge Kitapevi, 2016, s. 74.

²⁴ Akman, *Hukuk ve Politika İlişkisi*, s.78-79.

²⁵ Akman, *Hukuk ve Politika İlişkisi*, s.81.

Eleştirel hukuk çalışmaları mensuplarının hukuksal formalizimle objektivizmi eleştirirken hem yapısalcı²⁶ hem de yapı-sökümcü yöntemlerden faydalandıkları görülür²⁷. Yapısalcı yöntemden, hukuk kurallarının özündeki gerçek nedenleri ve ilişkileri araştırmak amacıyla faydalanırlar. Bu yöntemin kullanımı, hukuk düzeni altında yatan politik ve ekonomik olguların, nedenlerin bulunabilmesi amacıyla. Yapısalcılıkla, verili hukuksal bir düzende meydana gelen uygulamaların pratiğini açıklamak için ilişkilerin ya da olayların bir modeli inşa edilmekte, bu modelde bir hukuk düzeni içinde yaşayan bireylerin hukuki yapının temelinde varlık bulan amaçlarının bilincinde olmadıkları varsayılmakta, ardından söz konusu modelle hukuki sistemi teşvik eden ya da kısıtlayan gizli faktörlerin ortaya çıkarılması amaçlanmaktadır. Böylelikle bir hukuk normu, pratikte gerçekleşen bir duruma uygulanırken arkasında var olan sosyo-politik olgular doğrultusunda değerlendirilebilmektedir²⁸. Yapı-sökümcü yöntemle ise, kültürel düzlemde hukuku üreten politik ve ekonomik yapılar ile güçlerin ortaya çıkarılması amaçlanır. Yapı-söküm yöntemi eleştirellere, belirli bir hukuk normunun içeriğinin aslında kendi kendini zayıflatarak kendisiyle çelişen kuralları destekleyebileceğini gösteren ve böylece mevcut hukuk öğretisinin sorgulanmasını sağlayan bir metodoloji sağlar. Aynı zamanda bu teknik, hukukun öğretisel yapısının var olan politik ideolojinin arkasına nasıl gizlendiğinin gösterilebilmesini kolaylaştırır. Son olarak bu yöntemle, hukuk metinlerinin geleneksel yorum yöntemlerine karşı yeni bir yorum stratejisinin geliştirilebilmesine olanak sağlar. Ancak tüm eleştireller yapı-söküm yöntemini birincil kaynak olarak kullanmadıkları, hatta bazılarının bu yöntemi hiç kullanmadığı belirtilmelidir²⁹.

Eleştirel hukuk çalışmalarının bazı özellikleri *queer* hukuk teorisine giden ilk adımı oluşturur. Eleştirel hukuk çalışmaları, feminizm, eleştirel ırk teorisi ve *queer* hukuk teorisini önemli ölçüde etkilemiştir. *Queer*in bilim olarak hukuktan şüphelenmesi, hukuk metinlerinin tek bir doğru anlam içerip içermediğinin tespitini yapması, hukukun tarafsız ve nesnel olduğuna

²⁶ Yapısalcılık en genel anlamıyla gözlemlenen olayların ve olguların belirli bir soyutluk düzeyinde açıklanması ve yorumlanmasına aracılık eden, kuramsal, yönetsel bir açıklama çerçevesi olduğu söylenebilir. Bu tanım kesin değildir, farklı yazarların farklı yapısalcılık yorumu yaptıkları da gözlemlenmektedir. Yapısalcılıkta ortak özellik mekanist ve bütünü parçalara ayrılarak açıklanması çabalarına karşı çıkışta görülmektedir. Bu yöntemde, öğeler ve öğelerden oluşan bütünü mekanist anlayışına karşı çıkılarak; yapılaşmış bütünü örgütleniş biçimi üzerinde yoğunlaşılır. Yapısalcılar, öğeleri tanıyarak bütünü kavramanın olası bulunmadığını belirtir ve parçalar arasındaki ilişki ile karşılıklı bağımlılığın ve bütünü, doğrudan kendini düzenleyebilme yeteneğinin kabul edilmesi görüşünü benimserler. Can, Cahit, “Yapısalcılık- Hukuk İlişkileri Üzerine Bir Deneme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 40, S.1, s.36-37.

²⁷ Bu iki yöntemin ağırlıklı olarak kullanıldığı görülmekle birlikte, sınırlı sayıda olmadığı da söylenmelidir. Birbirinden farklı düşünüş biçimlerinden, fenomenolojik, post-marksist yöntemler gibi, sosyal bilimlerin farklı disiplinlerinden elde ettikleri bulgulardan da yararlanabildikleri görülmektedir. Akman, *Hukuk ve Politika İlişkisi*, s.88.

²⁸ Akman, *Hukuk ve Politika İlişkisi*, s.89.

²⁹ Akman, *Hukuk ve Politika İlişkisi*, s.88-89.

ilişkin iddiaları sorgulaması eleştirel hukuk çalışmaları teorisyenlerinin attığı adımlardan kaynaklanır. Bu hareket *queer* hukuk teorisinin, hukukun tarafsızlığına meydan okuyan, daha bağlamsallaştırılmış, anlatı ve deneyime dayalı bir bakış açısı sunmasını sağlar³⁰. *Queer* hukuk teorisinde de yapı-söküm yöntemine sıklıkla başvurulur. Eleştirel hukuk çalışmalarından etkilenen *queer* teori, bu hareket içinde geliştirilen metodolojik yaklaşımları kullanır. Özellikle eleştirellerin hukukun doğasının anlaşılmasına ilişkin tartışmaları, *queer* hukuk teorisinin de bir parçasını oluşturur. Yine, eleştirel yöntemden etkilenen *queer* hukuk teorisi tahakküm, tabiiyet, siyaset, sosyal yapılar ve hukuku “*queer* deneyim” pozisyonu açısından değerlendirme ve eleştirmek için kullanır. Aynı zamanda *queer* hukuk teorisinin, hukuk ve siyasetin veya hukuki pratiğin belirli yönlerini eleştirirken kullandığı anlatı modu da eleştirel hukuk çalışmaları kaynaklıdır³¹.

II. FEMİNİZM VE ELEŞTİREL IRK ÇALIŞMALARININ *QUEER* TEORİYE KATKISI

Feminist hukuk teorisinin kavram olarak oluşumu ikinci dalga feminizm içerisinde. Kadınların hak ve adalet talebi feminist hareketlerin doğduğu andan itibaren var olsa da feminist hukuk teorisi bağlamında kavramsal halde kullanımı 1978’i bulmuştur³². 1960’lı yıllarda feminizm de esas amaç aile, iş ve siyasette eşitliği sağlama mücadelesidir. Toplumda kadınları baskı ve dışlamaya maruz bırakan, “erkek üstünlüğünü” kabul ettirmeye çalışan normlar irdelenmiştir. Bu bağlamda feminist hukuk bu mücadelenin doğal ve bütünleyici ögesi halindedir³³. Feminist hukuk teorilerinin kökeninin, tartışmalı da olsa, eleştirel hukuk çalışmalarına dayandığı kabul edilmektedir. Ancak bu teorilerin eleştirel teorilerden farkı, araştırmalarında toplumsal cinsiyet sorununu ön plana çıkarmalarıdır³⁴.

Feminist hukuk teorileri, hukukun toplumsal cinsiyet açısından sorunlu yönlerini bulma ve deşifre etme amacını güder³⁵. Bu teoride, hukukun üstünlüğü ve hukukta tutarlılık açısından yapılan bir kavramsallaştırmanın altında, statüko ve mevcut güç ilişkilerini meşrulaştırmaya

³⁰ Banović, “Queer Legal Theory”, s.77.

³¹ Banović, “Queer Legal Theory”, s.79.

³² Bu terimi ilk kullanan kişi 1978 yılında yazdığı “Towards a Feminist Jurisprudence” isimli makalesiyle Ann Scales olmuştur. Gürgey, Fatma İrem Çağlar, “Feminist Hukuk Teorisi’ Nedir?”, *Hukuk Kuramı* 1, S. 5, s. 29; Eser, Amerika’daki yüksek mahkemenin hamilelik iznine yaklaşımını, bazı davaları inceleyerek ele alıyor. Kadınlara hamilelik ve çocuk doğurma konusundaki verilecek yasal hakların onları aşağılamayacağı veya özek bir ayrıcalık sağlamayacağını belirterek hukukun kadınların çocuk doğurma talebini göz önüne alması gerektiği vurgulanıyor. Scales, Ann C., "Towards a Feminist Jurisprudence," *Indiana Law Journal* 56, S. 3, 1981, Available at: <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol56/iss3/1> (Erişim Tarihi: 08.08.2021).

³³ Arat, Necla, “Feminist Hukuk”, *Kadın Araştırmaları Dergisi*, Sayı 9, (Eylül 2006), s. 53.

³⁴ Gürgey, “Feminist Hukuk Teorisi’ Nedir?”, s.29.

³⁵ Gürgey, “Feminist Hukuk Teorisi’ Nedir?”, s.30.

dönük bir eğilim olduğuna dikkat çekilir³⁶. Çünkü ataerkil sistem toplumsal normlara sızmıştır. Hukuk teorisi, pratiği ve normları da bu sistemin etkilerinden uzak değildir³⁷.

Hukuk “normal ve kabul edilebilir olan” için bir değerlendirme standardı oluşturur. Bu standardın ve hukukun nesnel olduğu varsayılır. Ancak aslında bu standardı belirleyen şey statükodur. İhlaller, yanlışlar, adaletsizlikler, zararlar veya ihlaller tanım gereği yasadan ve tipik olarak statükodan sapmalardır. Statüko, görünmez varsayılan hukuk standardıdır. Feminist hukuk mensupları, bu gözlemlerden yola çıkarak aslında hukukun sistemik önyargıyı görünmez, normal, yerleşik kıldığını ve bu nedenle tespit edilmesini ve karşı çıkılmasını zorlaştırdığı sonucuna varırlar. Bu tür sistemik önyargı, yalnızca yargıçlar gibi hukuk sistemi içindeki aktörler tarafından değil; mağdurlar ve yararlanıcıları tarafından da kabul edilebilir durumdadır. Feminist hukuk teorilerinin birincil görevleri, soykütüksel analiz, kavramsal analiz veya normatif eleştiri gibi metodolojiler aracılığıyla hukuk sistemi içinde nerede ortaya çıkarsa çıksın bu tür önyargıları tespit etmektir. Çünkü statüko, ataerkindir ve toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin eski ve neredeyse evrensel varsayımlarını yansıtır. Hukuk ataerkil olmak zorunda değildir, ancak toplumsal güç ilişkilerini yansıttığı bir gerçektir. Tarih boyunca erkekler ve kadınlar sadece farklı değil, statü ve güç bakımından da eşitsizlerdir. Erkekler rasyonel, saldırgan rekabetçi, politik hâkim liderler olarak görülürken; kadınlar duygusal, pasif, besleyici, evcil, bağımlı takipçiler olarak görülmüştür. Bu varsayımlar dizisinin versiyonları, siyaset ve ekonomik düzenlemelerden, eğitim ve dini kurumlara, estetik standartlara ve kişisel ilişkilere kadar uzun süredir devam eden kurumlarda geniş ve yaygın bir şekilde dahil edilmiştir ve hukuk da bir istisna değildir³⁸.

Eleştirel ırk teorisi ise etnik ve ırksal azınlıkların tüm vatandaşlara eşit bir biçimde tanındığı varsayılan hakları etkin bir biçimde talep edememeleri ve kullanamamaları nedeniyle ortaya çıkmıştır. Bu teori en uç haliyle, sadece bazı azınlıklar için kısıtlı bir sosyal konum varsayan değil, aynı zamanda bazen sosyal alanda onlara herhangi bir yer bile tanımayan hukuki ve sosyal geleneklerle yüz yüze gelir. Bu uç hallerde kölelik, soykırım ve sömürgecilik gibi kavramlar yer alır. Bu teorinin haklara yönelik tipik tavrı, hukukun sosyal etkileşimin nötr çerçevesini sağlama yeteneğine ve dolayısıyla hukukun üstünlüğünün renk körü hakkaniyet imkanına yönelik bir liberal inanca dayanmaz. Daha ziyade hukuku, tüm sosyal grupları samimiyetle birbirine bağlayabilen topluluk ilişkilerinin bir ikamesi sayar. Hukuku yetersiz

³⁶ McAfee, Noëlle vd., “Feminist Philosophy”, Standford Felsefe Ansiklopedisi, (Temuz 2023), <https://plato.stanford.edu/entries/feminist-philosophy/> (Erisim Tarihi: 08.10.2023).

³⁷ Gürgey, “‘Feminist Hukuk Teorisi’ Nedir?”, s.30.

³⁸ McAfee, Noëlle vd., “Feminist Philosophy”, <https://plato.stanford.edu/entries/feminist-philosophy/> (Erişim Tarihi: 08.10.2023).

bulmasına ve haklara inanmamasına rağmen belirsiz dünyada kazanım ve güvence elde etmek üzere onları silah olarak pragmatik bir biçimde kullanmayı önemser³⁹.

Hem feminizm hem de eleştirel ırk teorisi, hukuku dışarıdan eleştirenler grubunda yer alır. Bu iki teori de hukukun belirli bir grubun çıkarlarını desteklemek üzerine yapılandırıldığına dair bir analiz sunar; beyaz erkeklerin kadınları dışlayan çıkarları, beyazların beyaz olmayanları dışlayan çıkarları veya heteroseksüellerin diğer cinsel yönelimleri cinsel kimlikleri veya interseks özelliklere sahip kişileri dışlayan çıkarları vb. buna örnek gösterilebilir. *Queer* hukuk teorisi de bu iki teori gibi hukuku dışarıdan eleştirenler grubunda yer alır. Çünkü bu teori hukukun baskın heteropatriyaka⁴⁰ içeriğinin analiziyle ilgilenir. Bu teori de eleştiriye ve eleştirel potansiyeli çeşitli toplumsal kurum ve olguları analiz etmenin ve gözlemlemenin bir yolu olarak kullanır. Ancak bunu yaparken “özgül *queer* deneyimi” konumundan yola çıkar. Özgür *queer* deneyiminden kasıt, teorinin cinsel ve toplumsal cinsiyet kimlerinin farklı varyasyonları ve tezahürleri perspektifini baz almasıdır⁴¹.

Queer teori ve feminist teorinin birçok ortak özelliği bulunur. Her iki teoride disiplinler arası ve çok disiplinlidir. İki teoride hem akademi ile hem de politik hareketlerle bağlantılı bir yol izler ve somut toplumsal değişimler ve siyasi hedeflere ulaşmak amacıyla aktivist bir karakter taşırlar. İki teori de cinsiyet, toplumsal cinsiyet, cinsel yönelim ve cinsellik arasındaki ilişkileri sürekli ve kesintisiz olarak sorunsallaştırır⁴². Her iki teori de özellikle de daha radikal versiyonlarında, toplumsal cinsiyet ve cinsellik incelemelerini sınıf ve ırk ile ekleme eğilimindedir ve diğer hukuk eleştirilerinin teşhis ve stratejilerine meydan okuyan ve bunları ilerleten tahakküm yapıları ve aygıtlarının çok boyutlu analizlerini üretirler⁴³. *Queer* teorisyenler, feminizmin içinden hareket ettiklerini sıklıkla belirtirler. Feminizm ve *queer* teori ile bağlantılı birçok akademisyen, daha büyük güçlendirme ve eşitlik hedeflerine hizmet etmek için mevcut sosyal normları ve yapıları yıkmakla ilgilenir. Aslında, feminist hareketin ilk eşitlik

³⁹ Cotterrell, Roger, *Hukukbilimin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş*, çev., Saim Üye, İstanbul:Pinhan Yayıncılık, 2018, s.352.

⁴⁰ Heteroataerkillik olarak da geçmektedir. Feminist teoride, heteroataerkillik heteroseksüellik ve ataerkilliğin birleşimini ifade eder. Cis erkeklerin ve heteroseksüellerin, cis dişiler, diğer cinsel yönelimler ve cinsiyet kimlikleri üzerinde yetkiye sahip olduğunu ifade eden sosyo-politik bir sisteme gönderme yapar. Kadınların ve LGBTİ bireylere yönelik ayrımcılığın sosyal ilkelere kaynaklandığını ortaya koyar. Heteroseksüel toplumlarda en yüksek pozisyonlarda heteroseksüel erkekler yer alır. Kadınlar, ikili cinsiyet sisteminden olmayan, transseksüel erkekler ve diğer LGBTİ bireylerin cinsiyet ve cinsellikle alakalı sosyal baskının çoğunu deneyimlemesine neden olur. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Heteroataerkillik>. (Erişim Tarihi: 24.10.2023)

⁴¹ Banović, “Queer Legal Theory”, s.79.

⁴² Fineman, Martha Albertson, “Introduction: Feminism and Queer Legal Theory”, *Feminist and Queer Legal Theory: Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations*, Haz. Martha Albertson Fineman, Jack E. Jackson and Adam P. Romero, Newyork: Routledge, 2016, s. 3.

⁴³ Ramos, Marcelo Maciel, "Feminist and Queer Legal Theories: Gender and Sexuality as Useful Categories for the Critique of Law", *Revista Direito e Práxis* 12, (2021), s.1681.

söylemleri hem modern feminizmin birçok biçiminin hem de *queer* teorisinin kök yapısının bir parçası olduğu söylenebilir. Ancak iki teori arasında önemli bir fark bulunmaktadır; *queer* en radikal biçimiyle kimliğin varlığını reddederken; feminist teori bir kadın kimliğinin inşasından ilerler. *Queer*, kavramsal olarak kuşatılabilecek bir şeyden değil, çoklu ve çok boyutlu kimliklerin sürekli akışkanlığından, inşasından ve yapı-sökümünden bahseder. *Queer* teori post-modern bir bakış açısıyla feminist hukuk teorisi ve politikasının kimlik temelli doğasını sorgular, onun mevcut kimliklerden ve toplumsal yapılardan hareket etmesinin, radikal değişim potansiyelini sınırladığını savunur⁴⁴.

III. QUEER HUKUK TEORİSİ

Queer teori 20. yy'ın sonlarına doğru Amerika'da gelişmiş bir teoridir. Teori, Foucault'un eserlerinden yola çıkarak tarihte eşcinsel ilişkilerin hep olduğunu ancak homoseksüelliğin bir kimlik türü olarak ortaya çıkışının 19. yy'dan sonra gerçekleştiğini kabul eder. Bu kabulden yol alarak da cinsiyet kimliklerinin ve bu kimliklere yönelik algının zamana ve mekâna göre değişen konumlarının olduğunu bu nedenle sabit bir cinsiyet kimliğine dayanan anlayışın ve bu anlayışa dayanarak oluşturulan cinsiyet kimliği kategorilerinin bazı cinsiyet kimliklerini doğal ve norm haline getirirken, bazılarınınsa marjinalize edilmesine ve toplumdaki dışlanmasına neden olduğunu ileri sürer. Bu nedenle cinsiyet kimlikleri temelinde bir kategorileşmeye dayanan temsil siyasetinin kısa vadede hem LGBTİ hareketlerine hem de feminizme katkı sağlayabileceğini, ancak bu hareketlerin temsil ettikleri grupların sosyal konumlarında radikal bir değişimin önünü tıkayacağını savunur⁴⁵. Çünkü doğallaştırılmış cinsel kimliklere ve ikili cinsiyet sistemine dayanan bir sistem, heteroseksüelliği homoseksüellikten ya da erkekliği kadınlıktan hiyerarşik olarak üstte tutan bir yapıyı sürdürmeye devam edecektir. Bu nedenle *queer* teori, bu doğal cinsiyet algısını ve ikili cinsiyet sistemi kuran iktidar yapılarının sorgulanması gerektiğini ileri sürer.

Teori, cinsiyet, toplumsal cinsiyet, cinsel yönelim ve cinsel pratiklerle ilgili her türlü etikete karşı durmasıyla bilinir. Kimlik ve cinselliğin üzerinde kurulduğu kategorileri kabul etmez. “Normali” ve normalliği kuran normların kuruluş ve işleyiş yapısını sorgular. Bu sorgulamayı yaparken amacı normal olmayı sisteme dahil etmek değil, sistemi alt üst etmektir. Cinsiyetle ilgili algılarımızı belirleyen ikili düşünce yapısının, bu yapıların beraberinde getirdikleri uyumluluklara karşı cinsiyet toplumsal cinsiyet/cinsel yönelim

⁴⁴ Fineman, “Introduction: Feminism And Queer Legal Theory”, s.6.

⁴⁵ Eşcinsel birliklilikleri suç sayan yasalar iptal edilmiş, ancak hala orduda bir eşcinselin olması fikri kabul edilmemiş ya da bazı bölgelerde eşcinsel evlilik hakkı tesis edilirken, bazılarında geleneksel evlilik daha çok teşvik edilmiştir. Fineman, “Introduction: Feminism and Queer Legal Theory” s.6.

kimliklerinin doğal olmadığını vurgular. Bu yapıların hepsinin tarihsel, kültürel ve toplumsal olarak kurulduğunu ve bu yüzden de iktidar ilişkilerinden bağımsız olamayacağını altını çizer. Bu yüzden ana odak noktası cinsel kimliklerin inşası, bu kimliklerin nasıl düzenlendiği ve bu kimliklerle özdeşleşmenin bizi nasıl mümkün kıldığı sorularını yanıtlamaktır⁴⁶.

Queer teorisyenlerin kimliğe ilişkin düşünceleri daha çok sosyal inşa teorisi ile örtüşür. Çünkü teoride asıl eleştirilen cinsel kimliklere bahsedilmek istenen bir öz anlayışıdır. Sosyal inşa teorisi de özcülüğün özellikle homoseksüel kimlikler açısından en az iki nedenden dolayı politik olarak zayıf bir konumda olduğunu savunur. İlki, temel bir heteroseksüel-homoseksüel düzenleyici ikiliğini kabul edilmesidir. Özcülük, yanlış bir şekilde heteroseksüelliği norm kabul eder ve bu yüzden homoseksüellik tam anlamıyla anormal ve kalıcı bir azınlığın temeli haline gelir. İkincisi, sosyal inşa teorisi, tarihsel araştırmaların önemli bir amacının cinsellikle ilgili çağdaş düzenleme şemalarını sorgulamak olduğunu savunur. Çağdaş homoseksüel/heteroseksüel ikiliğinin kabulü muhafazakâr hatta geridir ve yeni olasılıkların araştırılmasını engeller⁴⁷.

Queer hukuk teorisinin de tek bir tanımının yapılması mümkün değildir. Bazı yazarlar *queer* hukuk teorisini cinsel azınlıkların çıkarlarını dile getiren ve takip eden, öz-bilinçli, kendi kendini tanımlayan ve kendi kendini idame ettiren bir özgürleştirici hukuk bilimine verilen bir isim olarak yorumlarken⁴⁸, *queer* ve hukuk arasındaki etkileşimde *queeri* bir metodoloji olarak görür⁴⁹. Bazı yazarlar *queer* hukuk teorisinin lezbiyen ve gey çerçevesinden hatta LGBTİ'den daha geniş bir çerçeveyi içine aldığı, hukukun sesini *queer*leştirmeye dönük bir çağrının geniş bir toplumsal cinsiyet anlayışı sunmasını ve cinsellikten dışlanan yelpazelere açık olmayı gerektirdiğini, hukukun cinsel kimlik kategorilerini pekiştirmeyecek şekilde yasal stratejiler izlemesini ve yasaların çerçevelenmesini içerdiğini belirtirken⁵⁰; bazı yazarlar hukuku *queer*leştirilebilmenin imkansızlığı üzerinde durur. Onlara göre böyle bir çalışma yapmak *queer* teorisinin radikalliğini ve uç noktalarını köreltecek ve akışkanlığını zedeleyecektir. Aynı zamanda

⁴⁶ Yardımcı, Sibel, Güçlü, Özlem, "Giriş: Queer Tahayyül", Haz., Sibel Yardımcı, Özlem Güçlü, *Queer Tahayyül*, İstanbul: Sel Yayıncılık, s.18

⁴⁷ Pickett, Brent, "Homosexuality", Standfort Felsefe Ansiklopedisi, 2020, <https://plato.stanford.edu/entries/homosexuality/> (Erişim Tarihi: 24.10.2023).

⁴⁸ Valdes, Francisco, "Queers, Sissies, Dykes, and Tomboys: Deconstructing the Conflation of "Sex," "Gender," and "Sexual Orientation" in Euro-American Law and Society.", *California Law Review* 83, S. 1 (1995), s.349.

⁴⁹ Romero, Adam P., "Methodological Descriptions: "Feminist" and "Queer" Legal Theories", *Feminist and Queer Legal Theory*, Asgate E-Book(1988), s.190

⁵⁰ Zanghellini, Aleardo, "Queer, Antinormativity, Counter-normativity and Abjection" *Griffith Law Review* 18, S.1, s.2.

böyle bir yöntem *queer*in evrenselleşmesi ve Batı dışındaki toplumlara bir dayatma haline dönmesine ilişkin endişelere de neden olacaktır⁵¹.

Queer hukuka ilişkin bu görüşler incelendiğinde *queer* hukuk teorisini belirli bölümlere ayırarak incelemek daha kolay anlaşılabilmesini ve teoriye ilişkin tartışmaları çerçeveleyebilmeyi sağladığı görülecektir. Bu çerçevelenimin sabitlik ve kesinlik içermediği özellikle belirtilmelidir, çünkü daha önce de dile getirildiği gibi *queer* hukukun akışkanlığı içerisinde sabit bir *queer* hukuk teorisinden de bahsedebilmek mümkün değildir. Queer hukuk teorisi gelişimi içerisinde hem liberal hem de post-modern düşüncelerin etkisi altında kalmıştır. Bu nedenle ilk olarak, *queeri* bir LGBTİ hareketi, insan hakları hukuku içerisinde cinsel azınlıklara da yer açmaya dönük liberal bir hareket olarak gören anlayış ele alınacak; sonra da genelde çoğu *queer* kuramcının da benimsediği post-modern yaklaşımın etkisi altındaki *queer* hukuk teorileri incelenecektir.

A. QUEER HUKUK TEORİSİNDE LİBERAL AKIMIN ETKİSİ: ÖZERKLİK VE İNSAN ONURU

Liberal görüş kimliğin LGBTİ bireyler için önemli olduğu görüşünden yola çıkar. Gey ve lezbiyen bireyler için adalet mücadelesinin eşitlik, akıl ve özerklik gibi temel ilkelere dayandırabileceğine inanır. Liberaller, kimlik fikrini özgürlük ve adalet için gerekli bulur. Gey ve lezbiyenlerin insan haklarının taşıyıcısı olarak, eşcinsel kimliklere sahip olabilmelerini gerekli bulur. LGBTİ'lerin insan haklarından faydalanabilmeleri için evrenselci bir reçete sunar. Bireyler “özgür eşit ve rasyonel kişiler olarak” insan hakları taşıyıcılarıdır ve bireylerin statülerinin inkâr edilmesi yoluyla bu haklardan mahrum edilmesi ve insanlıktan çıkarılmaları mümkün değildir. Devredilmez insan haklarına dayanan liberal görüş, bu hakların ahlaki ya da siyasi yargıda bulunmamızı sağlayan nesnel kılavuzlar olarak işlev görebileceğine inanır.

Bazı liberal düşünürler, sadece devlet ve bireyler arasındaki ilişkiye odaklanarak, vatandaşların sosyal statüsü veya refahı için herhangi bir devlet sorumluluğunu reddeden bir liberal hak anlayışını savunabilmektedir.⁵² Bu hak anlayışında LGBTİ'lerin yararlanabileceği haklar devletin negatif yükümlülüğünü içerir. Bu anlamda sadece eşcinseller için geçerli sado mi yasalarına son verilmesi, yasaların uygulanmasında heteroseksüel ve homoseksüellerin eşit korunamaması halinde mahkemeye başvurulabilmesi, hem heteroseksüeller hem de

⁵¹ Simm, Gabrielle, “Queering CEDAW? Sexual Orientation, Gender Identity And Expression And Sex Characteristics (SOGIESC) In International Human Rights Law”, *Griffith Law Review* 29, S. 3, (2020), s. 378-380.

⁵² Phelan, Shane Review: “Queer Liberalism?”, *The American Political Science Review* 94, S.2, (Ağustos 2014), S.431.

homoseksüeller için cinsel aktiviteye rıza gösterme yaşının eşit olması, devlet okullarında homoseksüellikle ilgili gerçeklerin, heteroseksüellik gibi müfredata dahil edilmesi, herhangi bir hükümet organı ya da kurumun eşcinsellere karşı ayırım yaptığının kanıtlanması halinde mahkemeye başvurması, orduya eşit fırsat ve katılım, yasal eşcinsel evlilik ve boşanma gibi haklar talep edilir. Bu hak anlayışını savunan bireyler istihdamda ayrımcılığın önlenmesi gibi projelerin özel seçimlerle yukarıdan dayatılamayacağını savunur. Özel seçimlere müdahaleyi reddeder. Sivil toplum ve devlet ayırımına dayanır.⁵³

Ancak öte yandan bu yaklaşımda devletlerin sivil toplumu oluşturma ve değiştirmedeki gücü görmezden gelinir. Bireyi toplumdaki bağımsız varsayar. Sivil toplumu ise, devlet aygıtıyla içsel bir ilişkisi yokmuş gibi düşünür. Devletin kamusal alanların geliştirilmesindeki rolü ve devletin sivil toplumdaki karşılıklı oluşumu, liberal ayırım tarafından gizlenmektedir. Bu karartma, devletin nasıl heteroseksüel bir beden olarak kurulduğunu ve heteroseksüel zorunlulukların vatandaşları nasıl oluşturduğunu sormayı engeller. Oysaki eğer heteronormativiteye meydan okunacaksa, aslında sorulması gereken sorular tam da bunlardır. Gey ve lezbiyenlerin (ve diğerlerinin) durumuna hitap edecek yeni bir liberalizm sadece normatif teorik ilkelerden yola çıkamaz; daha ziyade, bu ilkelerin bu devletler ve topluluklar için işe yarayacak -sadece mevcut yaşam biçimlerini güçlendirmekle kalmayıp uyum sağlamalarını ve değişmelerini sağlayacak- özel eklemlenmelerini bulmak için bunları devletlerin ve toplulukların inşasına gösterilen dikkatle birleştirmelidir.⁵⁴

LGBTİ haklarını, liberal bakış açısıyla savunulması gerektiğini düşünen teorisyenlerden biri olan Richards; insan hakları içerisinde en önemli haklardan birinin vicdan hakkı olduğunu düşünür ve bu hakkı; “*Vicdan hakkı kişilerin yaşamlarının kişisel ve etik anlamını tamamladıkları rasyonellik ve makuliyet gibi ahlaki güçlerini özgürce kullanmalarını*”⁵⁵ şeklinde tanımlar. Richards bu hakkın da diğer temel haklar gibi ancak kanun yoluyla ve makul düzeyde, kamusal bir zorlayıcı gerekçe olması halinde kısıtlanabilir olduğunu belirtir.⁵⁶

Ball’a göre Richards eserlerinde liberal bir yaklaşım sergiler; akli ve rasyonelliği bir hukuki gerekçe biçimi olarak önemli bulur. Hem aklın hem de rasyonelliğin herkes tarafından kabul edebilecek bir uzlaşma işlevi gördüğünü iddia eder.⁵⁷ Richards’ın yaklaşımında akıldan

⁵³ Phelani, Review: “Queer Liberalism?”, s.432.

⁵⁴ Phelan, Shane “Review: “Queer Liberalism?”, *The American Political Science Review* 94, S.2, (Ağustos 2014), S.432.

⁵⁵ Richards, David A.J, *Identity and the Case for Gay Rights: Race, Gender, Religion as Analogies*, Chicago: The University of Chicago Press, 1999, s. 18.

⁵⁶ Richards, *Identity and the Case for Gay Rights*, s.55.

⁵⁷ Ball, Carlos A. “Essentialism and Universalism in Gay Rights Philosophy: Liberalism Meets Queer Theory”, *Law & Social Inquiry* 26, S. 1, s.279.

yola çıkararak bazı cinsel yönelimlerin ya da ırk veya cinsiyet gibi kategorilerin aşağılık olduğuna ilişkin inançların, mezhepsel gerekçelerin desteklenemez olduğu sonucuna ulaşılabilir⁵⁸. İnsan haklarından cinsel azınlıkların dışlanması veya azınlıklara ilişkin hakların mezhepsel nedenlerle kısıtlanması, akla ve rasyonaliteye uymayacağından, siyasi gerekçelerin dışında kalır. Richards kitabında eşcinsellik ya da cinsel yönelim nedeniyle yasalardan dışlanmakla, ırk ve cinsiyet nedeniyle yasalardan dışlanmak arasında bir analogi kurar. Her iki dışlamanın da aslında akla ve rasyonaliteye uymayan mezhepsel ya da teolojik gerekçelere dayandığını iddia eder⁵⁹. Irk, cinsiyet ve cinsel yönelim nedeniyle dışlanma bir ahlaki kölelik oluşturma biçimidir ve bu ahlaki köleliğe karşı siyasi protesto insan haklarına saygıya dayanır.

Ball, Richards'ın eserinde evrensel ideallere dayandığını ve bireylerin toplumsal güçlerden ayrı epistemolojik bir konumda duran insan haklarının taşıyıcısı olarak belirli özelliklere ve niteliklere sahip insan öznesi olduğu fikrini reddetmediğini belirtir⁶⁰. İnsanların ahlaka dayalı gerekçeler olmaksızın ihlal edilemeyecek belirli temel hakların taşıyıcısı olduğu evrensel ideali, Richards'ın eserinde insan haklarına dayanan anayasalardaki en önemli ilke olarak görülmektedir⁶¹.

Ball, mahremiyet ve maddi yargı süreci bağlamında mahrem yaşam hakkı liberal yaklaşımlar için önemli olduğunu ve devredilmez bir insan hakkı olarak görüldüğünü belirtir⁶². Eşcinsel ve lezbiyen karşıtı oylama girişimleri, evlilik ve ordu kurumlarından dışlanma aslında devredilmez vicdan hakkını ihlal ettiği için hukuka aykırıdır. Liberal filozofların dayandığı hoşgörü ilkesi, cinsel yönelimi nedeniyle dışlanan azınlıklar için de kullanılabilir. Çünkü bu ilke “kişilerin hayatlarının kişisel ve etik anlamını tanımladıkları rasyonellik ve makuliyet gibi ahlaki güçlerin özgürce kullanımını” içerir ve bu temel ahlaki özgürlüğe yönelik mezhepsel dayatmalara karşı durmayı teşvik eder. Dini zulümlere karşıtı olan bu ilke, cinsel yönelimler için de kullanılabilir çünkü her iki durumda da “bir kişi olarak benlik duygusunu yapılandırma” amacıyla aklın kullanım yeteneklerine getirilen bir sınırlama bulunur⁶³.

Ball'a göre liberal görünüşlü *queer* düşünce de bu hakları talep edebilir. Post-modern yazarlar cinsel yönelimin sosyal olarak inşa edildiği iddiasında haklı olsalar bile, tüm insanların paylaştığı belirli temel kurucu ihtiyaçlar ve yetenekler (cinsel ve duygusal yakınlıkları da kapsayan) olduğunu kabul eden özcü hümanizmin pragmatik açıdan *queer* bireylere faydalı

⁵⁸ Ball, “Essentialism and Universalism in Gay Rights Philosophy”, s.279.

⁵⁹ Richards, *Identity and the Case for Gay Rights*, s.66.

⁶⁰ Ball, “Essentialism and Universalism in Gay Rights Philosophy”, s.280

⁶¹ Ball, “Essentialism and Universalism in Gay Rights Philosophy”, s.280.

⁶² Ball, “Essentialism and Universalism in Gay Rights Philosophy”, s.281.

⁶³ Ball, “Essentialism and Universalism in Gay Rights Philosophy”, s.281.

olduğunun göz önüne alınması gerekir. Bu nedenle kimliği LGBTİ bireyler için gerekli bulur⁶⁴. Liberal *queer* teoride de kimlik özsel bir kategori olarak ele alınmaz, sosyal olarak inşa edilmiş bir kategori kabul edilir.⁶⁵ Ball, özsel olmasa da bir kimliğe ve temel insan haklarına dayanan *queer* yaklaşımın epistemik bir durma noktası olduğunu savunur⁶⁶. *Queer* teoride cinsel yönelim meselelerinde özcülük karşıtlığının bir sorun olmadığını ancak bu özcülük karşıtlığının sonuna kadar gitmesi halinde bazı problemlerle karşı karşıya gelinebileceğini iddia eder. Yani insanların insan olarak paylaştığı ortak ihtiyaç ve yetenekler olduğunun reddi, eşitlik konusunda neyin temel alınacağı hususunda bir bilinmezlik yaratır. Ancak insan olarak paylaşılan şeyler olduğu inancı, toplumda herkesin asgari bir eşitlik standartlarına uyma konusunda ahlaki ve anayasal yükümlülükleri olduğu fikrini ortaya koyabilmeyi sağlar⁶⁷.

Shane Phelan liberalizm karşıtı düşünürlerin de *queer* teorisyenlerin de temel haklara ihtiyaç olduğu konusunda hemfikir olduğunu belirtir. Temel haklara ihtiyaç duyulmasının nedenini de “koruma ihtiyacı”ndan kaynaklandığını ileri sürer. Çünkü hem ırksal hem de cinsel azınlıklar okullarda, iş yerlerinde ya da başka toplumsal alanlarda varlıklarını yaşamlarını ve ilişkilerini korumak için temel haklara ve bu hakların korunmasına ihtiyaç duyarlar. Phelan’a göre en eleştirel *queer* teorisyenler bile ihtiyaç duyduklarında haklara geri döner. Liberalizm de sadece haklardan yola çıkmaz. Özel olanın kutsallığına dair iddiaları, kilisenin devletten ekonominin, hükümetten ve yatak odasının siyasetten ayırılması gerektiğine ilişkin yargıları da vardır. Liberalizmin hoşgörü ilkeleri onu sağdan, soldan ve başka yerlerden gelen eleştirilere açık hale getirir. Yine de liberalizm tüm bu tartışmaları hakların dar yolundan geçirir ve azınlıkları sürekli olarak mantıksal, ontolojik ve (nihayet) siyasi temellerde açıkça kusurlu olan ilkelerle yeniden karşılaşmaya, onları yeniden formüle etmeye iten şey de tam olarak haklara duyulan yoğun ihtiyaçtır. Mevcut durumda, heteroseksüeller arasında yaşamak isteyenlere ancak liberalizmin yakın bir akrabası yardımcı olabilir. Bu, liberalizmin belirli bir versiyonunu desteklemeleri gerektiği anlamına gelmez; liberal kaygılar her zaman ya da sadece Rawls, Dworkin ya da Habermas tarafından ele alınmaz. "Liberal kaygılar" ilişki ve tanınmanın yiyecek ihtiyacı kadar temel olduğunu, savunmasız bir benliğin ihtiyaçlarını içerebileceğini açıkça ortaya koymaktadır. Liberalizme karşı tutumlar çok fazla çeşitlilik gösterse de son tahlilde liberalizmi bertaraf etmez, daha farklı bir yola aktararak genişletir. Böylelikle bu dönüştürülmüş liberalizm karşılıklı bağımlılığın karmaşık melodilerine izin verir ve içerisinde

⁶⁴ Ball, “Essentialism and Universalism in Gay Rights Philosophy”, s.285

⁶⁵ Banović, “Queer Legal Theory”,86.

⁶⁶ Banović, “Queer Legal Theory”, s.86.

⁶⁷ Ball, “Essentialism and Universalism in Gay Rights Philosophy”, s.285.

uyum ve birliği bozarak kendini yaratma fırsatlarının çoğalmasını gerektirir. Bu çoğalma kaosa değil, eşitlik ve özgürlük temasını zenginleştiren yeni yollara olasılık tanır⁶⁸.

B. POST-MODERN AKIM ETKİSİNDEKİ *QUEER* HUKUK TEORİSİ

Queer Hukuk teorisinin post-modern yaklaşımlarla birlikte incelenmesi daha yaygındır. Bu *queer* teori içinde post-modern düşünce ve yapı-söküm yönteminin sıklıkla kullanılmasından kaynaklanır. Post-modern yöntem hem *queer* tanımı yapılırken kullanılmakta ve *queer*in bir kimlik eleştirisi olarak ilerlemesine eşlik etmektedir hem de yapı-söküm yöntemiyle hukuku oluşturan kurumların, kimliklerin, hukuk sisteminin eleştirisi yapılabilmektedir. Ancak *queer* hukuk teorisi bu alanda da tek bir tanımla sabitlenemez. Yazarlar belirli *queer* konulara ve fikirlere göre farklılık gösterirler. Bu anlamda üçlü bir ayırım yapılarak post-modernist bir *queer* hukuk teorisinin sabit olmamak kaydıyla nelerden oluşabileceği gösterilebilir. Bu ayırımın ilk basamağında *queer* teriminin cinsel azınlıklar arasında hem bir şemsiye terim hem de kesişimsel özelliği göstermesi yer alır. İkinci basamağını ise *queer* teriminin hukukta yapı-sökümcü bir metodoloji olarak kullanımı oluşturur. Bu metodoloji, anti-normatif yatkınlıktadır. *Queer*in daha çok eleştirel perspektifi üzerinde durur. Ayırımın son basamağında ise daha geniş bir toplumsal cinsiyet anlayışı sunan, hukuku cinsel kimlik kategorilerinin pekiştiren yönlerini sorunsallaştıran ve *queer*in anti-normatif özelliği üzerindeki vurgunun, onun kapsamını sınırladığını iddia eden teoriler görülr.

1. Cinsel Azınlıkları Kapsayan Bir şemsiye Terim Olarak *Queer* Hukuk

Queer teorisinin tanımını yaparken daha önce üçlü bir ayırma gidilmiş ve *queer*in cinsel azınlıkları kapsayan bir şemsiye terim olarak kullanıldığına değinilmişti. *Queer* hukuk teorisi de bazı yazarlar tarafından cinsel azınlıkların haklarını içeren bir şemsiye terim olarak kullanılabilir. Bu yazarlardan biri Francisco Valdes'tir. Valdes, *Queer* Hukuk teorisini cinsel azınlıkların çıkarlarını dile getiren ve takip eden, cinsiyet ve toplumsal cinsiyet ikiliğini sona erdirmeyi amaçlayan hukuk bilimini ifade etmek için kullanır. Valdes'e göre *queer* hukuk teorisi cinsel toplulukların *queer*leşmesinden yola çıkar ve onu içerir⁶⁹.

Bir hukuk teorisi olarak *queer* kapsayıcılığı ve çeşitliliği ifade etmeye yardımcı olmalıdır. *Queer* teriminin esnekliği göz önüne alınarak, *queer* hukuk teorisi cinsel azınlık kategorileri içinde gruplandırılan biseksüel ve trans/bi-cinsiyetler de dahil olmak üzere, tüm cinsel azınlık gruplarını kapsayabilir olmalıdır. Aynı zamanda bu terim ırk, sınıf, cinsiyet ve cinsel yönelim

⁶⁸ Phelan, "Queer Liberalism?", s.440.

⁶⁹ Valdes, "Queers, Sissies, Dykes, and Tomboys", s. 350.

kapsayıcı bir girişim olarak da konumlandırılabilir. Bu yüzden *queer* hukuk teorisi *queer* bilinci ve *queer* aktiviziminden çok da fazla siyasi çözüm duygusu taşımalıdır. Cinsel azınlıkların kazanımlarını ve zorluklarını yansıtan *queer* hukuk teorisi, her türlü tabiiyete karşı aktivist ve eşitlikçi bir direniş duygusunu çağrıştırmalı ve aynı zamanda bitmemiş bir amaç ve misyon duygusunu da ifade etmelidir⁷⁰.

Valdes cinsel azınlıkların haklarını içeren *queer* hukuk teorisinin özcü bir şekilde yorumlanmaması için ayrı bir parantez açar. Cinsel azınlık kapsamının dar yorumlanmaması, heteroseksüelliği de içinde kapsayacak geniş bir şekilde ele alınması gerektiğini belirtir.

“Queer hukuk teorisi, odağını veya parametrelerini yalnızca cinsel azınlıkların deneyimleriyle sınırlamamalı veya yalnızca cinsel azınlık bakış açılarının ve seslerinin cinsel baskı hakkında söyleyecek bir şeyleri olduğunu varsaymamalıdır; çoğunluğun cinsel yönelimi, queer bilinci ve bağlılığı olan herhangi bir kişiyi diskalifiye etmez, edemez ve marjinalleştirmemelidir. Bu tür bir darlık, queer eleştirilerini ve nihayetinde queer güçlenmesini gereksiz yere sınırlandıracaktır çünkü yalnızca queerlerin queer olabileceği düşüncesi, queer olmayanların- veya "heteroseksüel" queerlerin- queer hukuk teorisinin cinsel baskıya karşı mücadelesini zenginleştirebilecek ve ilerletebilecek deneyimlere ve içgörülere sahip olabileceğini göz ardı etmektedir”⁷¹.

Valdes’e göre *queer* hukuk teorisinin hedefi sadece cinsel azınlıkların çıkarlarını etkilemez ve sadece onları içermez, çünkü cinsiyet ve toplumsal cinsiyet meseleleri bu sınırları aşar. Cinsel azınlıklar (ve kadınlar) heteropatriyikal ideolojinin birincil hedefidir, çünkü bu gruptakiler cinsiyetsel ötekiler olarak inşa edilmişlerdir, ancak cinsiyet ve toplumsal cinsiyet ikiliği herkesi etkiler⁷². *Queer* hukuk teorisi, tüm cinsel azınlıkları ve tüm kadınları aşağıda tutan heteropatriyarkal yapıları ve sistemleri (yeniden) üreten androseksizm ve heteroseksizmin birbirine kenetlenmiş doğası ve işleyişine ilişkin geniş kapsamlı eleştirel anlayışları⁷³ teşvik edecek şekilde kendini konumlandırmalıdır. Böylelikle çeşitli cinsel azınlıklar ve kadınlar arasında hem gerçeklik hem de aynılık ve farklılık algısı arasında köprü kurmaya yardımcı olabilir⁷⁴. Valdes’e göre *queer*, ırksal önyargıları barındırmamalı ve bunun sorgulamasını da yapmalıdır. Daha geniş bir *queer* toplumsal hareket iddiası ırkçı imaları tamamen saflarından

⁷⁰ Valdes, “Queers, Sissies, Dykes, and Tomboys”, s. 354.

⁷¹ Valdes, “Queers, Sissies, Dykes, and Tomboys”, s. 356.

⁷² Valdes, “Queers, Sissies, Dykes, and Tomboys”, s. 356

⁷³ Androsexism, Erkek cinsiyeti lehine uygulamaları içeren bir yargıyı belirtir. Heteroseksizm heteroseksüeller lehine uygulamaları içerir. Valdes, Francisco, “Unpacking Hetero-Patriarchy: Tracing the Conflation of Sex, Gender and Sexual Orientation to Its Origins”, *Yale Journal of Law & the Humanities* 8, S.161, (1996) s.162

⁷⁴ Valdes, “Queers, Sissies, Dykes, and Tomboys”, s. 357.

çıkarmazsa ırksal uyumsuzluk sorunları yaşar. *Queer* beyaz, homoseksüel erkek anlamına gelmemeli, yeniden dönüştürülmüş ve *queer* teori olarak kazandığı anlamla ırksal önyargıları dışlamalıdır. Bunun tam tersi, yani beyaz olmayanları dışlayan bir *queer* hukuk teorisi *queerin* kapsayıcı ve genişleyici iddialarını yansıtmaz⁷⁵.

Valdes *queerin* kapsayıcı ve genişleyici olmasından bahsederken, *queerin* her zaman herkes için her şey olabileceği izlenimi vermemesi gerektiğini de belirtir. *Queerin* konumsal ve ilişkisel durumuna atıfta bulunarak⁷⁶, eylem ve örnek yoluyla konumsal ve ilişkisel olarak çalışması gerektiğini vurgular. Yani *queer* yazarın özne konumunu sürekli ve açıkça tanıyan, kabul eden, ancak eleştirel sorgulamalarını gereksiz yere sınırlamayan bir tür konumsal düşünceyi benimsemeli, yürütmeli ve benimsetmelidir⁷⁷.

Valdes, *queer* hukuk teorisinin çeşitli hedefleri olması gerektiğini düşünür. Bu hedeflerden ilki; hukukun üstünlüğü altında cinsel azınlıkların, cinsel azınlık olarak deneyimlerini her düzeyde ve bağlamda hukukun dokusuna yansıtmaya çalışması ve cinsel azınlıkları hukuk içerisinde açıkça ve kararlı bir şekilde görünür kılmasıdır. Bu anlamda *queer* hukuk teorisinin devam eden amacı hukuku cinsel azınlıklar olarak, cinsel azınlıklara karşı daha duyarlı ve hesap verebilir hale getirmektir. Yani *queer* hukuk teorisi her şeyden önce, cinsel azınlıkların ve azınlık olmanın gerekçelerine ilişkin küçümseme ve zulüm olmasa bile, genelde ihmal ve cehaletle yetinen bir hukuk kültürünü bilgilendirmeyi ve reforme etmeyi amaçlamalıdır⁷⁸. *Queer* teorisinin bir diğer amacı, cinsel azınlıkların ve kadınların sosyal ve yasal olarak ikincilleştirilmesini körükleyen hukuktaki cinsiyet/toplumsal cinsiyet görünmezliği ve cehalet mirasını sarsmaktır. Bunun için hem kendi başına hem de feminist hukuk teorisiyle iş birliği içinde hareket etmelidir. *Queer* hukuk teorisinin nihai amacı ise, hukukun kapsayıcı bir

⁷⁵ Valdes, “Queers, Sissies, Dykes, and Tomboys”, s. 359.

⁷⁶ Valdes’e göre *queer* hukuk teorisi, genel olarak eleştirel hukuk teorisinde şimdiye kadar eksik olan açık bir şekilde konumsal ve ilişkisel düşünme türünü göstermeli ve benimsemelidir. Yalnızca bu tür bir düşünme (ve yazma), yazarın ve eleştirisinin konumunu ve perspektifini açığa çıkarabilir ve böylece bir eleştirinin veya sosyal yapının diğer eleştiriler ve sosyal yapılarla ilişkisini ortaya çıkarmaya yardımcı olabilir. Konumsallık ve ilişkisellik ırkçılık, sınıfcılık, androksizm ve heteroseksizmin iç içe geçmiş doğasını daha iyi anlamamızı sağlar; konumsallık ve ilişkisellik *Queer* hukuk teorisinin işleyişi ve hedefleri açısından önemlidir çünkü birbiriyle bağlantılı tabiiyet yapılarının ve sistemlerinin hem tasarımının hem de işleyişinin kapsamlı bir şekilde yapı-söküme uğratılması için gerekli analitik ve söylemsel dinamiği yaratırlar. Valdes, “Queers, Sissies, Dykes, and Tomboys”, s. 363.

⁷⁷ Kendi projesinden örnek vererek bunu açıklayan valdes, yazdığı eserin toplumsal ya da yasal yapının heteroseksizmi nasıl sürdürdüğüne odaklandığında *queer*, belirli bir toplumsal ya da yasal yapının androksizmi nasıl yürüttüğüne odaklandığında feminist ya da belirli bir toplumsal yada yasal yapının Avrupa merkezçiliği veya ırkçılığı nasıl sürdürdüğüne odaklandığında ırk eleştirisi konumunda olduğunu vurgular. Valdes, “Queers, Sissies, Dykes, and Tomboys”, s. 360.

⁷⁸ Valdes, “Queers, Sissies, Dykes, and Tomboys”, s.362.

ilkesi ve hayatın müzakere edilemez bir gerçeği olarak eşitlikçiliğin ve genel anlamda eşitliğin teşvik edilmesine yardımcı olmasıdır⁷⁹.

Valdes *queer* hukuk teorisinin, saydığı bu hedeflere ulaşabilmesi için kapsayıcı olmayan sekiz metot ileri sürer. Bu metotlardan ilki; cinsel azınlıkları ve kadınları değersizleştiren ve ikincil hale getiren, sosyo-cinsel kimliğin üretimini ve kullanımını kolaylaştıran toplumsal cinsiyet ve cinsiyet kalıp yargılarıyla mücadele etmektir. İkincisi, *queer*in sosyal bilim bilgisi ile hukuk arasında köprü kurmasıdır⁸⁰. Üçüncüsü, *queer* hukuk teorisinin anlatıları kullanmasıdır⁸¹. *Queer* hukuk teorisinin kullanacağı diğer yöntemler; sosyal inşacı duyarlılıklar geliştirmesi⁸², cinsel yönelimi kavramsallaştırması⁸³, arzuyu olduğu gibi savunması⁸⁴,

⁷⁹ Valdes, "Queers, Sissies, Dykes, and Tomboys", s.364.

⁸⁰ Sosyal bilimlerde cinsel azınlıklara ilişkin araştırmalar devam etmekte ve yakın gelecekte de azalacağına dair bir işaret görülmemektedir. Biriken bu bilgi, Queer hukuk teorisinin cinsel azınlığın hukuki kurallar ve doktrin açısından sonuçlarını aydınlatmasına yardımcı olabilir. Buna ek olarak, sosyal bilimlerden elde edilen gerçekler ve iç görüler, cinsiyet/toplumsal cinsiyet eşitliğine karşı işleyen baskın cinsiyet/toplumsal cinsiyet mitlerine ve birleştirme önyargılarına karşı koymaya yardımcı olacak güçlü bir cephanelik sağlar. Valdes, 365.

⁸¹ Queer hukuk teorisi, hukuk kültürünü heteroseksizme karşı savaşa ciddiyetle dahil edebilmek için sosyal bilimlerden faydalanmayı anlatı bilimiyle desteklemelidir. Queer hukuk teorisi, şu ya da bu nedenle hukuk sistemine takılan cinsel azınlık hayatlarının hikayelerini hukuki mecralarda duyurmak için anlatıları ya da karşı anlatıları derlemeli ve kullanmalıdır. Anlatıların kullanılması, sosyal bilim verilerinin kullanılması gibi, karar vericileri gerçeklere odaklayarak ve kurgulardan uzaklaştırarak önyargı ve klişelerle mücadeleye yardımcı olabilir, ancak özel gücü, hikayelerin cinsel azınlık eşitlik iddialarıyla empati duygusu uyandırma kapasitesinde ve hem eylemi hem de teoriyi gerçekliğe dayandırma yeteneğindedir. Valdes, s. 366.

⁸² Valdes, "Queers, Sissies, Dykes, and Tomboys", s.367.

⁸³ Cinsel yönelime ilişkin kültürel kavramlar yenidir ve tartışmalı olmaya devam etmektedir. Yasalar da bunu tanımlamakta pek başarılı olamamıştır. Dahası, mevcut ayrımcılık karşıtı doktrindeki cinsel yönelim boşluğunun da gösterdiği gibi, bu kavramsal belirsizlik, hukuk ve toplumdaki baskın güçler cinsel yönelimin cinsiyet/toplumsal cinsiyet eşitliği iddialarına karşıt amaçlar doğrultusunda manipüle etmesine izin vermektedir. Bu nedenle "cinsel yönelim "in (ve buna bağlı olarak "cinsiyet" ve "toplumsal cinsiyet "in) mantıklı ve tutarlı bir şekilde kavramsallaştırılması gerekir. Valdes, "Queers, Sissies, Dykes, and Tomboys", s. 367.

⁸⁴ Valdes'e göre queer hukuk teorisi arzuyu cinsiyet/toplumsal cinsiyet reformu ve eşitliğin genel olarak teşvik edilmesinde bir sonraki taktik veya yöntem olarak savunmalıdır. Batı sosyal ve yasal geleneklerinde yasal ve önemli bir deneyim olarak erotik arzu kavramı din tarafından aşılana, bedensel zevklere karşı genelleştirilmiş eski yasaklara saplanmış haldedir. Dolayısıyla hala mahkeme kararlarında aynı cinsiyetten ilişkilerin ve arzuların insani, kültürel ve yasal olarak anlamsız bulunmaktadır. Ancak, sosyal ve yasal deneyimler bunun tam tersinin doğru olduğunu göstermektedir: erotik arzular tarafından yönlendirilen cinsel ve duygusal yakınlık, insanlığın ve toplumun ayrılması bir parçasıdır, çünkü hem yakınlık hem de arzu "yaşamın olumlamaları ve bu nedenle egemen Avro-Amerikan cinsiyet/toplumsal cinsiyet sistemi gibi dogmatik rejimlere taban tabana zıttır". İster karşı cinsye yönelik ister aynı cinsye yönelik olsun, insan yakınlığı ve arzusu ne anlamsız ne de yasal olarak önemsizdir. Queer hukuk teorisinin arzuyu savunması, bu noktanın hukukta ve toplum genelinde açıklığa kavuşturulması çabasına yardımcı olabilir ve olmalıdır. Valdes, "Queers, Sissies, Dykes, and Tomboys", s. 368-369.

mahremiyeti aşması⁸⁵ ve son olarak; konumsallığı, ilişkiselliği ve (karşılıklı) bağlanabilirliği teşvik etmesidir⁸⁶.

Romero, Valdes'in *queer* hukuk teorisini yalnızca cinsellik ve cinsel azınlıkların çıkarlarıyla sınırlamasını yetersiz bulur. Onun *queer*in konumsallığı olarak adlandırdığı şey, *queer*in sadece cinsel azınlıkların çıkarlarıyla sınırlandırılmasına izin vermez⁸⁷. Zanghellini de *queer*in sabitlenmeye karşı dirençli tutumu, onu gey ve lezbiyenden ve hatta LGBTİ'den daha geniş bir terim olarak görülmesini sağlayacağını, *queer*in sadece cinsel azınlıkları içermediğini hatta *queer*in neyi ya da kimi içerdiğine ilişkin sınırının açık uçlu kalması gerektiğini vurgular⁸⁸.

Cosman, LGBTİ hakları ile *queer* teori arasında fark bulunduğunu belirtir. *Queeri* normatif olmayan cinsel kimlikleri içeren bir şemsiye terim olarak görmenin, *queer*in kimlik karşıtı tutumunu göz ardı eden bir yaklaşım olduğunu iddia eder⁸⁹. Erken dönem *queer* teorilerde buna rastlansa da bu yaklaşım *queer* hukuki yorumunu gereğinden fazla daraltır. Normatif olmayan cinsellikleri keşfetmek kesinlikle *queer*dir. Ancak *queer*in tek amacı bu değildir dolayısıyla bu *queeri* tüketmemelidir. *Queeri* cinsel azınlıkların şemsiyesi olarak görmek yine kimlik siyasetini baz alır ancak *queer* teori bundan fazlasıdır⁹⁰.

⁸⁵ Valdes'e göre cinsellik sadece mahremiyetle ilgili değildir. Cinselliğin çeşitli sosyal, ekonomik ve siyasi ortamlarda eşit şartlarda işlev görebilme yeteneği ile ilgili olduğunun farkına varılmasını sağlamalıdır *queer* hukuk. Sosyo-cinsel kimliğin erişim ve etkilerinin gösterdiği gibi toplumsal cinsiyet ve cinsiyet klişeleri yaşamın ve kimliğin hem kamusal hem de özel yönlerini heteropatriyikal çizgilerle düzenlemek için birbirlerini yansıtır ve güçlendirir. Kamusal ve özel alanlarda tabiiyetin karşılıklı pekiştirilmesi, ayrımcılığı tetikler. Lezbiyenler, geyler biseksüeller dolap stratejileriyle cinsel yönelimlerini hem sosyal hem de cinsel olarak gizlemek zorunda kalırlar. Mahremiyet kavramı egemen güçler tarafından cinsel azınlıkların cinselliklerinin görünmemesini sağlamak için bazen kalkan bazen de bir kılıç olarak kullanılır. Sadece lezbiyen, gey ve biseksüel hizmet mensuplarının cinselliklerini "özel" (ve gizli) tutmaları yönündeki ısrar, cinsel azınlık kimliğinin ifade edilmesini engelleyen bir kılıç gibi işlerken, aynı zamanda cinsel çoğunluğun "mahremiyeti" meşru kaygıları ve sosyal adaleti korur gibi görünür. Bu amaçla, Queer hukuk teorisi mevcut mahremiyet kavramlarının sınırlarını aşmalı ve yaşamın her alanında cinsiyet/toplumsal cinsiyet onuru ve eşitliği için bastırılmalıdır. Dolayısıyla bu yöntem ya da taktik, Queer hukuk teorisini biçimsel ve sıkışık bir mahremiyet hakkından daha fazlası üzerinde ısrar etmeye, aynı zamanda geleneksel mahremiyet kavramlarına dayanmayan ya da bunlarla sınırlı olmayan iddialarda bulunmaya çağırır. Nihai hedef olan haysiyet ve eşitlik, cinsel azınlıkların açık olma hakkını gerektirir – cinsel azınlıkların, sürekli olarak kapalı bir aldatma hayatı ile homofobik bağnazlıkların sürdüğü bir hayat arasında seçim yapmak zorunda kalmadan mesleklerinde aktif ve evlerinde güvende olması anlamına gelir. Sonuç olarak "mahremiyeti" aşmak, Queer hukuk teorisinin temel bir taktiği veya yöntemi olmalıdır. Valdes, "Queers, Sissies, Dykes, and Tomboys", s. 370.

⁸⁶ Birey tek boyutlu bir yapı değildir ve hukukun bireyi sadece belirli bir kimlikle ele alması yetersizdir. Birey aynı zamanda lezbiyen, kadın ve siyah olabilir bu üçünün bir arada değerlendirilmediği tek boyutlu yaklaşımlar, bireye vad edilen eşitliği sağlamakta eksik ve yetersiz kalabilmektedir. Bu nedenle Valdes *queer* hukuk teorisinin bu kesişimselliği ve bireyin bir çok alt katmanla birlikte varoluşunu görebilmesi gerektiğini belirtir. Valdes, "Queers, Sissies, Dykes, and Tomboys", s. 372.

⁸⁷ Romero, "Methodological Descriptions: "Feminist" and "Queer" Legal Theories", s. 192.

⁸⁸ Zanghellini, "Queer, Antinormativity, Counter-normativity and Abjection", s.2.

⁸⁹ Cossman, Brenda, "Queering Queer Legal Studies: An Unreconstructed Ode to Eve Sedgwick (and Others)", *Critical Analysis of Law 6, S.1* (2019), s.34.

⁹⁰ Cossman, Brenda, "Queering Queer Legal Studies: An Unreconstructed Ode to Eve Sedgwick (and Others)", *Critical Analysis of Law 6, S.1* (2019), s.34.

2. Anti-Normatif *Queer*: *Queer*in Bir Metodoloji Olarak Kullanımı

Eleştirel bir konum olarak *queer*, hukukun normatif ve normalleştirici karakterine itiraz eder ve reddeder. Geleneksel hukuk uygulamalarının ve teorilerinin yıkıcı bir unsurudur. Hukuku, heteroseksüel olmayan davranışları suç saydığı ve dezavantajlı hale getirmesi veya LGBTİ'leri tanımayı reddetmesi halinde çağdışı bir güç olarak görür. Hukukun toplumsal cinsiyet ve cinsellikler de dahil olmak üzere düzenlediği her şeyi sabitleme, stabilize etme ve normalleştirme yoluyla işleyen bir araç veya yapı olmasını onaylamaz. Bazı yazarlar *queer*in antinormatif yapısını hukukla bir araya getirmenin imkansızlığı üzerinde durur⁹¹. *Queer* hukuk sisteminin özüne, yani norma saldırır. Hukuk kurallarının nasıl hareket ettiğini ve olumsal ve tarihsel unsurları nasıl doğalmış gibi kurulduğunu göstermeye çalışır. Bu yüzden onlara göre *queer* hukukun sonunu ister⁹².

Romero ise *queer*'in eleştireliliğini hukukla bir araya getirilmezlik olarak yorumlamaz. Romero'ya göre *queer*in normatif olana karşı bir konumsallığı yansıtması, *queer* hukuk teorisinde *queer*'in metodolojik bir tanımlamayı temsil etmesine neden olur⁹³. *Queer* hukuk teorisi kavramı, "*queer*" ve "hukuki" arasındaki gerilim göz önüne alındığında bir paradoks oluşturmaktadır. *Queer* ilişkisel bir kavramdır -bir şey başka bir şeyle, genellikle baskın olan bir şeyle ilişkili olarak *queer*dir⁹⁴. Bu yüzden *queer* hukuk teorisi sadece cinsellik ve cinsel azınlık çıkarlarıyla ilişkilendirilmemelidir. Ya da gey ve lezbiyenlerle ilgilenen hukuk biliminin zorunlu olarak *queer* hukuk teorisi olduğu söylenemez. Tarihsel perspektiften bakıldığında *queer* bir cinsellikle ya da gey ve lezbiyen haklarıyla ilişkilendirmek kolaydır. Ancak *queer* sadece bu bağlamda tanımlamak, onu sınırlamak anlamına gelir. Oysa *queer* normal ya da baskın veya hegemonik olana karşı ya da en azından onunla çelişen bir konumdur. *Queer*in zorunlu olarak atıfta bulunduğu hiçbir şey yoktur. Bu nedenle *queer* olduğu anlaşılan hukuk teorilerinin büyük kısmı hukuk kurumları içinde cinselliğin yeri ve rolüne eleştirel yaklaşıp da "*queer* hukuk teorisi nedir?" sorusunun cevabı tam olarak bilinemez. Çünkü *queer* teori sabitlenmeye ve tanımlanmaya karşı da direnir. *Queer* tam olarak budur denildiği anda, *queer* teorik bir hareket olarak istisna kaydeder ve tanımladığınız şeyin tam aksi bir duruşa kayar⁹⁵.

⁹¹ Romos, "Feminist and Queer Legal Theories", s.1696.

⁹² Romos, "Feminist and Queer Legal Theories", s.1697.

⁹³ Romero, "Methodological Descriptions: "Feminist" and "Queer" Legal Theories", s.180.

⁹⁴ Romero, "Methodological Descriptions: "Feminist" and "Queer" Legal Theories", s.191.

⁹⁵ *Queer*, günümüzde geri kazanılmış biçimiyle, cinsel, toplumsal cinsiyet, mahremiyet ve akrabalık normlarına karşı muhalefetle (ve bunların ihlaliyle) ilişkilendirilme eğilimindedir. Bu muhalefeti desteklemek için, çoğu "*queer* teorisi" egemen söylemleri (edebi, bilimsel, politik, vb.) inceler ve yapı-bozuma uğrattır. Bu söylemleri etkileyen, geliştiren, yönlendiren ve meşrulaştıran ideolojileri, fikirleri ve idealleri eleştiriye tabi tutar. Aslında *queer* teorisyenler, insan öznelliği, özellikle de toplumsal cinsiyet ve cinsellikle ilgili -bazı feminist ve gey ve lezbiyen politikalarında bile belirgin olan- liberal ve yasal varsayımlar kümesine radikal bir meydan okuma olarak

Queer terimi ("*queer* hukuk teorisi" genel kavramında kullanıldığı şekliyle) daha açık bir şekilde maddi ve kuralcı bir kavramdan ziyade metodolojik bir tanım olarak anlaşılmalıdır⁹⁶. *Queer* yöntem "bir pozitifliğe değil, normatif olana karşı bir konumsallığa" işaret eder. Bu nedenle *queer* hukuk teorisinin yöntemi, hukuka ve hukuki şeylere yönelik muhalif veya normatif olmayan bir sorgulamayı içerir. *Queer* hukuk yöntemleri tözel gündemler ve taahhütlerle bağlantılı olarak tanımlanmamalıdır. Romero'ya göre *queer* hukuk teorisini cinsel yönelim, cinsel azınlıkların çıkarları veya en genel anlamda cinsellik açısından tanımlamak, dar görüşlü bir tutum sergilemektir. Bu tür tanımlar, *queer* teorisinin güçlü ve bilinmeyen potansiyelini ve hukuka yönelik eleştiri ve anlayışlarını takdir etmekte başarısız olur. *Queer* olan hukuk teorisi, normal ya da baskın olana muhalif ya da onunla çelişen ve dolayısıyla onunla ilişki içinde olan hukuk bilimidir. O halde "*queer*" terimi, kendisini bir şekilde normatif olana karşı ya da onunla çelişkili bir şekilde konumlandırılan ilişkisel bilimselliği ifade eder. Birçok *queer* hukuk araştırması cinsel ve toplumsal cinsiyete dayalı azınlıklarla ilgilenirse de genel "*queer*" terimi herhangi bir meseleye ya da bir dizi meseleye atıfta bulunmak üzere önceden şekillendirilmemiştir. Ayrıca, bazı şeylere göre *queer* olanın, diğerlerine göre *queer* olmayabileceğini kabul etmek çok önemlidir⁹⁷.

Carl F. Stychin için de *queer* hukuk teorisi bir metodoloji olma eğilimindedir. Hukukun kavramsal analizi için *queer*den yararlanır. Ona göre hukukun temel yapısını oluşturan şey kategorik düşüncedir. Bu kategoriler aynı zamanda özcüdür de. *Queer* teori ise kategorilerin olumsuzluğunu ve tartışılabilirliğini öne sürer⁹⁸. Hukuk içerisinde doğallaştırılan bu kategorilerin, doğal olmadığını ve bu kategorilerin yapı-sökümüne uğrayabileceğini ortaya koyar. Stychin, *queer* teoriyi ve *queer* toplumsal pratikleri, cinsel kimliklerin ileri sürülmesi ile bunların ihlal edilmesi arasındaki gerilimi açığa çıkarmak için hukuk ve hukuki söylem alanına uygular. Bu uygulamadan hukukun da bazen *queer* bir duruş sergilediğini ortaya koymaya çalışır. Ona göre hukuk bazen *queer* yapıdadır, çünkü istese de istemese de eşcinsel bedeni -onu söylem içinde

ortaya çıkmıştır. Queer teorik bir harekettir. Erkeklerin kadınlardan, erkekliğin kadınlıktan ya da heteroseksüelin homoseksüelden kutuplaştırılmasını ele alır. Yaptığı incelemelerde sosyal yapıların tarihsel olumsuzluğunu ve tutarsızlığını vurgular. Bir *queer* teorisyen için, toplumsal cinsiyet anlayışımızı karmaşıktırmak, örneğin karışıma bir "transgender" kategorisi eklemek yeterli olmayabilir. Queer politika ve *queer* teori, daha fazla özgürlük ve özerklik elde etmek için genellikle bir tür akışkanlık, oynaklık veya güvencesizlik arar. Bu nedenle *queer* politika ve *queer* teori, deneyimi kategorize etme ve basitleştirme eğiliminde olan kimlik politikalarına şüpheyle yaklaşır. Kuşkusuz, eleştirel ırk ve feminist teori de dahil olmak üzere diğer siyasi hareketler ve teorik projeler de benzer stratejiler ve hedefler benimsemiştir; ancak *queer* teori, belirli bir tarihsel anda, doğal ya da uygun cinsel arzu, toplumsal cinsiyet performansı ve anatomik biçime ilişkin egemen -örneğin heteropatriyarkal-anlayışlara uymayanların güçlendirilmesi ve güvenliğini destekleyen yeni bir eklemleme sağlamıştır ve sağlamaktadır. Romero, "Methodological Descriptions: "Feminist" and "Queer" Legal Theories", s.207.

⁹⁶ Romero, "Methodological Descriptions: "Feminist" and "Queer" Legal Theories", s.208.

⁹⁷ Romero, "Methodological Descriptions: "Feminist" and "Queer" Legal Theories", s.210.

⁹⁸ Stychin, Carl F., "Law's Desire: Sexuality and The Limit of Justice", New York: Routledge, 2006, s.470.

inşa ederek- ve “eşcinsel” kategorisini arzular. Cinsel eylemler ve kimlikler arasındaki geçişler, hukuk tarafından sürekli olarak manipüle edilen ve istismar edilen cinsel sınırların geçirgenliğinin altını çizer. Bu yüzden hukuku *queer*leştirmekle yapılmak istenen, kimlik kategorilerini kullanmanın önemini kabul eden ve aynı zamanda bunların kullanımının geçici niteliğine dair farkındalığı koruyan bir duruş sağlamaktır. Stychin, hukukun da yasal kimliklerin de birer sosyal inşa olduğunu, ancak bu durumun her ikisinin de maddi sonuçlar doğuran anlamlarla yüklü olduğu gerçeğini ortadan kaldırmadığını belirtir⁹⁹. Hukukun kimliklerin oluşturulmasında, düzenlenmesinde ve bastırılmasında güçlü bir araç olduğunu vurgular¹⁰⁰.

Zanghellini *queer* teorisinin sadece hukukun kavramsal analiziyle değil, aynı zamanda onun normatif karakteriyle ilgilenmesi gerektiğini ileri sürer¹⁰¹. Zanghellini’ye göre, *queer* hukuk teorisinin sadece kavramsal analizlerin eleştirisi olarak ele alınması, *queer*in kapsamını sınırlar ve kısıtlar¹⁰². Romero’ya *queer* hukuk teorisinin cinselliğe ilişkin rejimleri sorgulama ve yapı-bozuma uğratması¹⁰³ hususunda katılır. Ancak *queer* hukuk teorisinin alternatif yeniden yapılandırmalara işaret etme ve değerleri temalaştırma rolü olmadığı hususunu kabul etmez. Romero’nun bu anlayışının savunulabilir ya da çekici olmadığını düşünür¹⁰⁴. Çünkü böyle bir anlayış *queeri* nihilizm ve oportünizm suçlamalarına karşı savunmasız bırakacaktır. *Queer* normativite karşıtı olsa da bu onun hukuka herhangi bir normatif öneri getirmediği anlamına gelmez. *Queer* eleştiri ve onu canlandıran normatif taahhütler birbirinden ayrılamaz. *Queer* toplumsal cinsiyet ve cinsel kimliklerin akışkanlığı üzerinde ısrar etmesi, heteronormatif yakınlık modellerinin tek ya da en değerli kılınmasının reddinde karşı normatif olabilir ve hatta olmalıdır, çünkü *queer* gerçekten iflas etmiş ve kısıtlayıcı bir normativite karşıtıdır. Zanghellini’ye göre *queer* hukuk teorisyenleri *queer*in normativite karşıtlığı ve eleştireliliğine gereğinden fazla önem vermişler ve onun hukuka katkısını sınırlamışlardır¹⁰⁵. Bu yüzden kendisi *queer*in daha farklı bir yönü üzerinde durur. Karşı-normativite olarak adlandırdığı bu yön, *queer* hukuk teorisinin de açık uçlu olmak koşuluyla bazı normatif karakterler sergileyebilmesini amaçlar¹⁰⁶.

⁹⁹ Stychin, “Law’s Desire: Sexuality and The Limit of Justice”, s.495-497.

¹⁰⁰ Stychin, “Law’s Desire: Sexuality and The Limit of Justice”, s.495-497.

¹⁰¹ Zanghellini, “Queer, Antinormativity, Counter-Normativity and Abjection”, s.4.

¹⁰² Zanghellini, “Queer, Antinormativity, Counter-Normativity and Abjection”, s.5.

¹⁰³ Romero, “Methodological Descriptions: “Feminist” and “Queer” Legal Theories”, s.180.

¹⁰⁴ Zanghellini, “Queer, Antinormativity, Counter-Normativity and Abjection”, s.5-6.

¹⁰⁵ Zanghellini, “Queer, Antinormativity, Counter-Normativity and Abjection”, s.6.

¹⁰⁶ Zanghellini, “Queer, Antinormativity, Counter-Normativity and Abjection”, s.7.

3. Hukukun Normatif Karakterine Karşı Normatif Bir Teori Olarak *Queer*

Queer teori, genel olarak, iktidar yapıları içinde faaliyet gösterme olasılığını reddeden anti-normatif¹⁰⁷ veya konformist olmayan bir projeyi temsil eder, çünkü siyasi müdahale, karşı çıktığı sistem tarafından kısıtlandığı sürece, siyasi başarının kendisini de kısıtladığı görülmektedir. *Queer* hukuk akademisyenlerinin yapı-söküm felsefesiyle çalışması bu anti-normatif yapının güçlenmesine neden olur. Birçok yazara göre hukuk sistemine dahil olmak, egemen kültürü meşrulaştıran koşulları güçlendirir, heteroseksüel standartları ve yapısal tabiiyeti sağlam tutar, bu yüzden bu sistemin sorunsallaştırılması gerekir. Bu yüzden Morgan, herkesle aynı hakları talep etmek için hukuk içinde çalışmanın, kaçınılmaz olarak çeşitliliğin bastırılmasına neden olacağını ileri sürer¹⁰⁸. Çünkü hukuk sisteminin temel projesi evrenselleştirme projesidir¹⁰⁹. Ancak diğer taraftan *queer*in sadece eleştirel bir duruş sergilemesini yetersiz bulan ve anti-normatif özelliğinin *queer*in anlamını daralttığını iddia eden birçok görüş de bulunmaktadır. Bu yazarlara göre, *queer* hukuk teorisi sadece eleştirel bir analiz yöntemi olarak kullanılmamalı ve normatif unsurlar da içerebilmelidir. *Queer*in anti-normativiteye olan bağlılığının azaltılabilmesi ve cinsel ifadeleri ya da yönelimleri veya kimlikleri nedeniyle dışlanan bireylerin haklarını asimilasyon olarak değil de içtihat olarak okumak için eleştirinin ötesine nasıl geçilebileceği sorgulanmalıdır¹¹⁰.

*Queer*in anti-normatif yapısı üzerinde çok durulduğunu ve bu yaklaşımın onun normatif olabilme kapasitesini daralttığını düşünen yazarlardan biri Damian A. Gonzalez-Salzberg'dir. O da *queer* teoriyi kimliklere ilişkin nesnel, mutlak ve doğallaştırılmış görüşleri reddetmesi nedeniyle post-modern alanda konumlandırır. Gonzalez-Salzberg'e göre *queer* teorinin özünde, iki zorunlu cinsiyet, iki sonuçsal cinsiyet ve bir normal cinsellik sistemiyle sonuçlanan ikili karşıtlıklar aracılığıyla inşa edilen kimlikleri sürekli sorgulamak yer alır¹¹¹. *Queer* teorinin dört ayırt edici özelliği üzerinde durur. Bunlardan ilki, cinsel ve toplumsal cinsiyet kategorilerini sorunsallaştırılmasıdır. Çünkü *queer*de kimliklerin her zaman belirsiz temellere dayandığı kabul edilir. Cinsellik ve toplumsal cinsiyet kategorileri *queer*in temel kaygılarıdır ve *queer*

¹⁰⁷ Zanghellini *queer*in normatif olmama halini ifade etmek için anti-normativity ve counter-normativity terimlerini kullanmıştır. *Queer*in anti-normatif olması, normativite karşıtı olması anlamına gelirken, counter-normativity yani karşı normatiflik norm karşıtı olmayı değil, egemen normların reddini içerir. Zanghellini, "Queer, Antinormativity, Counter-Normativity And Abjection", s.1.

¹⁰⁸ Morgan, Wayne, "Queer Law: Identity, Culture, Diversity, Law", *Australasian Gay & Lesbian Law Journal* 5, (1995), s.29.

¹⁰⁹ Morgan, "Queer Law: Identity, Culture, Diversity, Law", s.29.

¹¹⁰ Mazel, Odette "Queer Jurisprudence: Reparative Practice In International Law", *American Journal of International Law* 116, (2022), s. 11

¹¹¹ Gonzalez-Salzberg, Damian A, *Sexuality and Transsexuality Under the European Convention on Human Rights: A Queer Reading of Human Rights Laws*, Great Britain: Hart Publishing, 2019, s.19.

hem kimliklerin sabit kategoriler olarak anlaşılmasını, hem de ikili bölünmeler yoluyla inşa edilmesini sorgular. Bireyleri kadın-erkek, homoseksüel-heteroseksüel bölümlere ayırarak kategorize eden geleneksel anlayışa, *queer*inin kimlikleri tutarsızlık ve istikrarsızlıkla dolu kültürel inşalar olarak gören post-modern görüşü meydan okur. Bu yüzden güncel *queer* politikaları LGBTİ kimliklerinin de ötesine geçmeyi önerir ve asıl önemli olanın arzusunun akışkanlığı olduğunu savunur¹¹². *Queer*in ikinci ayırt edici özelliği cinsel gücün toplumsal yaşamın farklı düzeylerinde somutlaştığını, söylemsel olarak ifade edildiğini; sınırlar ve ikili ayrımlar yoluyla uygulandığını gören bir cinsellik kavramsallaştırmasıdır¹¹³. Bir diğer özelliği ise, *queer* teorisinin cinsellik alanı olarak görülmemeyen ya da normalde cinsellik alanında olmadığı ve nötr olduğu iddia edilen alanları sorgulaması ve *queer* okumalarını yapmasıdır. Bilim de dahil olmak üzere, *queer* teori gündelik hayatın nötr görünen yönlerinde bile heteronormatif¹¹⁴ varsayımların olduğuna dikkat çeker. *Queer* teorisinin son özelliği ise haklara dayalı stratejilere güvensizliğidir. *Queer* teori sivil haklar stratejilerini reddedilmesi ile karakterize edilir. Bu şekilde liberal haklar ile post-modern *queer* teori arasında açık gerilim olduğu görülebilir. İnsan hakları liberalizmin açık ürünüdür ve *queer* teori, hakların ve onlara ulaşma stratejilerinin bir eleştirisini sunar. Bu yüzden *queer* teori LGBTİ bireylerinin liberal haklar alanına dahil edilmesiyle ilgilenmez. *Queer* teori hoşgörü veya eşit statüyü kabul etmez, bu tür kurumlara meydan okumayı amaçlar¹¹⁵.

Gonzalez-Salzberg, *queer* hukuk teorisinden bahsederken hukukun baskıcı yönünden ziyade disipline edici yönünün göz önüne alınması gerektiği üzerinde durur. Çünkü ona göre *queer* hukuk teorisini karakterize eden ilk unsur hukukun disipline edici yönüdür. Hukuk, bireylerin cinsiyet ve cinselliklerini içeren kimlikleri üzerindeki düzenleyici kaynaklardan biridir. Hukuk aynı zamanda oluşturduğu evreni kategoriler aracılığıyla tasavvur eder. Bunu ikili bir anlayış oluşturarak yapar (insan/-doğa, erkek-kadın, homoseksüel- heteroseksüel). Bu

¹¹² Gonzalez-Salzberg, *A Queer Reading of Human Rights Laws*, s.20.

¹¹³ Foucault'nun görüşlerinden ve çalışmalarından yol alan bu düşünce, Batılı cinsel kategorilerin dini günah olan sado-miyi sapkın bir yaşam biçime dönüştürülmesini ele alır. Batı'da 17.yy'dan bu yana yaşam üzerindeki egemen gücün yaşadığı ciddi dönüşüm yaşadığını ileri sürerek öznenin yaşamı ve ölümü üzerindeki iktidarın, giderek yaşamı yöneten bir iktidara, yaşamı tehdit etmekten ziyade onu güçlendirmeye, kontrol etmeye ve yönetimine dahil olmaya başladığından dem vurur. Yaşam üzerindeki bu biyo-iktidar olarak adlandırılan iktidarın kendini insan bedeninin anatomo-politikası ve nüfusun biyo-politikasıyla bağlantılı bir biçimde gösterdiğini belirtir. Anatomo-politika bireyin bedenini disipline etmeyi amaçlar. Hem öznenin yeteneklerini hem de uysallığını optimize eden bir disiplin gücüdür. Biyo-politika ise türün bedeninin düzenlenmesiyle ilgilidir. Doğum, ölümü sağlık ve uzun ömür süreçleri aracıyla nüfusu kontrol eder. Biyo-iktidar yaşamı düzenlemeye çalışmaz daha çok onu kontrol edip düzenlemeyi amaçlar. Foucault, Michel *Cinselliğin Tarihi*, Çev. Hülya Uğur Tanrıöver, İstanbul: Ayrıntı Yayınları 3. Baskı, 2010, s. 139-142.

¹¹⁴ Heteronormativeyi, "heteroseksüelliği yalnızca tutarlı- yani bir cinsellik olarak örgütlenmiş- değil, aynı zamanda ayrıcalıklı kılan kurumlar, anlayış yapıları ve pratik yönelimler" olarak tanımlar. Gonzalez-Salzberg, *A Queer Reading of Human Rights Laws*, s.20.

¹¹⁵ Gonzalez-Salzberg, *A Queer Reading of Human Rights Laws*, s.21.

ikili anlayış cinsiyet ve cinselliğin düzenlenmesinde daha belirgin hale gelir. *Queer* hukuk teorisi böyle düzenlemelerle karşı karşıya kaldığında yapı-sökümcü bir analizden yararlanarak bu anlayışın tutarsızlıklarını ve istikrar etkisini ortaya koyacak ve bu anlayışı yıkmaya çalışacaktır. Buna ek olarak kimliklerin performatif inşasına dayanarak, onların sabitliğine ve doğallığına karşıt bir duruş sergileyecektir. Bu özcülük karşıtı bir tutumdur¹¹⁶.

Gonzalez-Salzberg'e göre *queer* hukuk teorisi sadece eleştirel bir yaklaşım olarak görülmemelidir, normatif bir yöntem de olabilir. *Queer*in eleştirel yönünün göz önünde olması, birçok insanda onun normatif olma kaygısının bulunmadığı eleştirisine kaynaklık eder. Bu yüzden hukukun *queer*leştirilmesi mümkün değildir anlayışı ortaya çıkar¹¹⁷. Ancak hukukun *queer* eleştirisi onun bazı normları içerebilmesi önünde engel değildir. *Queer* hukuk teorisi cinsiyet ve toplumsal cinsiyetin biyolojiyle sabitlenmesinin önüne geçmek için, cinsiyetli bedenleri ve özdeşleştirmeleri somutlaştıran, doğallaştıran ve disipline eden performatif ve yinelemeli toplumsal cinsiyet normlarını -bunlar hukuki, sosyal ya da sembolik olabilir-görmeyi ve etkilerini belirlemeyi amaçlar. Akademik çevrelerde *queer* teorinin temel ve hatta karakteristik yönleri konusunda bir fikir birliği bulunmamaktadır. *Queer*in bölgeselleştirmeye, kategorilere ve kurallara karşı güçlü bir önyargısı olması yani akışkan ve tanımlanamaz kabul edilmesi, *queer* teorinin iç düzenleyici, hırsları olmayan ilk akademik girişim olacağı ve her zaman açık, kendini dönüştüren ve yeni olacağı yönünde birçok ütopyik ifadeye yol açmıştır¹¹⁸. Ancak genelleme yapılırsa, *queer* teori paradoksları, çelişkileri, krizleri aramak ve bunlara değer vermek için çalışır. *Queer* teori, edebiyat, bilim, siyaset, hukuk ve öznelerdeki egemen söylemi inceler ve yapı-söküme uğratarak bu söylemi etkileyen, geliştiren ve/veya meşrulaştıran ideolojileri, fikirleri ve idealleri eleştirir. *Queer* teori pratikleri, performatifliği ve hareketliliği olumlarken, kimlikleri, özü ve istikrarı eleştirir. Toplumsal cinsiyet performanslarını sınıf, ırk, din vb. ile kesişimleriyle ele alır, farklı çeşitleriyle birlikte ikiden fazla toplumsal cinsiyet olabileceğini ortaya koyar. Bir birey tarafından inşa edilen ve icra edilen farklı toplumsal cinsiyet ve cinsiyet kimliği algıları olabileceği üzerinde durur. Yani *queer* teorisyenlerinin anladığı şekliyle: toplumsal cinsiyet ve cinsellik hem sabit hem de akışkan, sürekli değişen ama aynı zamanda çok istikrarlı olabilen kavramlardır. Toplumsal cinsiyet ve cinsiyet kimliğinin, kimlik ve cinsel pratikleri içeren cinsel yönelimden ayrıştırılması gerekir. Toplumsal cinsiyete benzer şekilde, cinsel yönelim de çeşitli pratikleri ve cinsel arzuları ve lezbiyen ve gey, biseksüel, panseksüel ve aynı zamanda aseksüel kimliği

¹¹⁶ Gonzalez-Salzberg, *A Queer Reading of Human Rights Laws*, s.23.

¹¹⁷ Gonzalez-Salzberg, *A Queer Reading of Human Rights Laws*, s.23.

¹¹⁸ Gonzalez-Salzberg, *A Queer Reading of Human Rights Laws*, s.23

içerebilir¹¹⁹. *Queer* hukuk akademisyenleri, sosyal inşa ve akışkanlık fikirlerine dayanarak, dayatılan geleneksel cinsiyet, toplumsal cinsiyet, cinsiyet kimliği, cinsel yönelim ve cinsiyet özellikleri kavramlarının yanı sıra, gey, lezbiyen, biseksüel, trans ve interseks bireylere yönelik sosyal muamelelerde yer alan hiyerarşileri, kısıtlamaları, sosyal baskıları ve özcülüğü ortadan kaldırmak için zemin bulmaya çalışmaktadır¹²⁰. Tanımı yapılamasa da ya da birden fazla tanımla yapılsa da *queer* teorisinin bu eleştirel yaklaşımını uluslararası hukuk kurallarına uygulayabilmek mümkündür. Böylelikle hukukun dışladığı ve marjinalize ettiği cinsel çoğunlukların, bireysel ve toplumsal direnişleriyle birlikte hukuku nasıl değiştirip dönüştürdükleri görülebilecektir. Bu çaba cinsiyet kimliklerine yönelik toplumsal algıları da ortaya çıkaracaktır. Bu algıların zaman içinde hukuk kurallarında ve mahkeme kararlarındaki değişimi, öze dayanan bir cinsiyet kimliği anlayışının sanıldığı kadar kesin olmadığını ortaya koyarken, cinsiyetin ikiyle sınırlanamayacağını gözler önüne serecektir.

Zanghellini'ye göre *queer* normativite karşıtlığının altında yatan neden normativitenin iki anlamlılığından kaynaklanmaktadır: geleneksel ya da toplumsal anlamda ahlakın dayatılması veya sürdürülmesi anlamındaki bir normatiflik ve öteki taraftan neyin doğru neyin yanlış olduğunu doğru bir şekilde ifade eden bir dizi sağlam standartlara dayanan talimatlar olarak normatiflik. Normativitenin ilk anlamına yönelik *queer* karşıtlığı olması gerektirir. Çünkü genelde toplumsal cinsiyet ve cinsellik alanındaki baskın ahlak kalıpları savunulamazdır. Belirli ahlak kalıplarının baskın olması, onların doğru olması anlamına da gelmez. Bu yüzden *queer* normativitenin bu anlamına karşı çıkması anlaşılır. Ancak normativitenin ikinci anlamı için aynı şey geçerli değildir. Hatta normativitenin ilk anlamına karşı çıkma nedenleri, aslında *queeri* normativitenin ikinci anlamına yönelir. Neyin doğru ya da yanlış olduğuna ilişkin standartlardan söz edildiğinde *queer* teorisyenler ürperebilir; ancak bu standartlara bir kesinlik atfetmemek, geçici ve revizyona açık olduklarını düşünmek ve böyle standartlar belirlemek *queer teori* için daha faydalıdır. *Queer* hukuk teorisi standartlardan vazgeçse de hukuk için belirli öneriler oluşturmayacağı anlamına gelmez¹²¹.

Odette Mazel de *queer* hukuk teorisinde eleştirinin merkez konumunda bulunması halinin sorgulanması gerektiğini düşünür¹²². Ona göre *queer* hukuk teorisinde sadece eleştirel bir yaklaşımı baz almak ve hukuka normatif bir katkı sağlamamak, tahmin edildiğinin aksine hukukta cinsiyet kimlikleri aleyhine hükümlerin varlık sürdürmesine ve hukukun ikili yapısını

¹¹⁹ Gonzalez-Salzberg, *A Queer Reading of Human Rights Laws*, s.23

¹²⁰ Banović, "Queer Legal Theory", s.87.

¹²¹ Zanghellini, "Queer, Antinormativity, Counter-normativity and Abjection", s. 7-8.

¹²² Mazel, "Queer Jurisprudence: Reparative Practice In International Law",11.

muhafaza etmesine neden olacaktır¹²³. Mazel *queer* teorisinin kurucusu kabul edilen Eve Kosofsky Sedgwick'in onarıcı okuma tekniği (*reparative reading*)¹²⁴ ve Michael Foucault'un kendilik kaygısı etiğinden (*ethics of care of the self*)¹²⁵ yararlanarak, *queeri* eleştirelliğin mekeziliğinden sıyırmaya ve *queer* bir insan hakları içtihadı oluşturmaya çalışır. Mazel'e göre onarıcı okuma ve kendilik kaygısı etiği *queer* teorisinin paranoya ile (eleştirinin merkez konumda bulunması) meşguliyetini dengeleme ihtiyacını ortaya çıkarır. Bu şekilde görünmez kılınan varoluş biçimlerine ve pratiklere dikkat çekilebilir. Faillik ve kendilik kaygısı etiğinin orta aralıklarına dikkat ederek hukukun *queer* projelerde yararlı bir araç olarak kullanılması mümkündür. Faillik ve dönüşüm birden fazla iktidar alanı aracılığıyla işler bu yüzden *queer* LGBTİ'lerin yasal reform çabalarına iş birliği veya direnişten daha karmaşık şekilde uygulanabilir. LGBTİ'lerin hukuk mücadelelerini onarıcı bir perspektiften okumak bu anlamda bir *queer* okumadır. Dönüştürücü, sosyal ve yasal değişimler için yaratıcı arayışlar sağlar¹²⁶.

¹²³ Mazel, "Queer Jurisprudence: Reparative Practice in International Law", 12.

¹²⁴ Onarıcı okuma; Sedgwick'in Melanie Klein'dan ödünç aldığı paranoid-şizoid konum ve onarıcı konum kavramlarının okumalarına uygulaması olarak yorumlanabilir. Bir metnin paranoyak okuması, aslında okuyucunun metni okumadan önce, metinle ilgili sorun yaşamayı beklediği ve okuyucunun parça hakkındaki her şeyi eleştirebileceğini düşündüğü bir okumadır. Onarıcı okuma ise, kişinin şaşırmasına izin vermesine odaklanır. Amaç kişinin paranoyak okumadan uzaklaşmasını sağlamak ve kişinin okuduğu şeyden zevk almasını ve beslenmesinin önünü açmaktır. Paranoyak okuma daha çok eleştirelilik içerir. Sedgwick, Eve Kosofsky, "Paranoid Reading and Reparative Reading, or, You're So Paranoid, You Probably Think This Introduction Is about You", https://hcommons.org/?get_group_doc=1003678/1629909863-sedgwick-1997-paranoid-reading-and-reparative-reading.pdf s.5 (Erişim Tarihi.23.10.2023); Sedgwick'e göre, paranoid/şizoid pozisyon (eleştirinin temeli) iktidar yapılarını ve cinsel ve toplumsal cinsiyet farklılıkları kavramlarını bilgilendiren ikilikleri açığa çıkarmak için önemlidir. Bununla birlikte, bu konumun kendisi, bir eylemlilik duygusunun veya benlik duygusunun yalnızca iki konumdan birini işgal edebileceği şeklindeki ikici varsayıma dayanır: güçsüz-bastırılmış veya her şeye gücü yeten-güçlendirilmiş. Paranoyak konumu sürdürerek ve iktidar ile (eş)cinsellik arasındaki ilişkiyi baskıcı olarak çerçevelemeye devam etmek, *queer* çalışmanın kapsamının sınırlı hale getirir ve aslında *queer*in üstesinden gelmeye çalıştığı ikilikleri pekiştirir. Bu yüzden paranoyak konuma ara verilmesi ve kişinin onarıcı pozisyona geçmesi gerekir. Onarıcı/depresif pozisyon iyi ile kötünün aslında birbirinden ayrılamaz olduğu ve insan eylemliliğinin ya da entelektüel ve duygusal yaratıcılığın güçlendirici ve onarıcı bir güç olabileceği anlayışına dayanır. Onarıcı/depresif pozisyon yaratıcılığın odağı olarak bireysel deneyimi ön plana çıkarır. Beslemek ve rahatlatmak amacıyla bir araya getirmek ya da "onarmak" için kişinin kendi kaynaklarına yönelmesidir. Bu, haklarından mahrum bırakılmış insanların, kendilerini desteklemeyen baskın bir kültür içinde kendilerini güçlendirmenin yollarını bulma şeklidir. Mazel, "Queer Jurisprudence: Reparative Practice In International Law", s.12.

¹²⁵ Bu terimin kendilik etiği şeklinde çevirilerine de rastlanabilmektedir, ancak Foucault'un "Cinselliğin Tarihi" kitabının üçüncü cildi "Kendilik Kaygısı" şeklinde çevrildiği için "Kendilik Kaygısı Etiği" şeklinde bir çevirinin daha uygun olabileceği düşünülmüştür. Foucault, *Cinselliğin Tarihi*, s.309; Foucault kendilik teknolojileri fikrini kullanarak, kişinin normatif olarak "farklı" olabilecek veya sapkın olarak tanımlanan yönlerini kucaklamayı ve bunları güçlendirici, yaratıcı ve sürdürücü olarak yeniden çerçevelemeyi içeren bir kendilik kaygısı ve kendilik araştırması etiği ortaya koyar. Bireyci ya da hoşgörülü olmaktan uzak, düşünme ve kendilik oluşumu yoluyla benliğe özen gösterme sürecinin hedefi siyasi ve yapısal değişimdir. Foucault, normatif olmayan ya da biçimlendirici olmayan yollarla gerçekleştirilen yaşamların ya da eylemlerin, şu anda hayal bile edilemeyecek olanın sınırlarını zorlamaya katkıda bulunduğunu öne sürer. Yönetimsellik üzerine çalışmalarında karşı-davranış olarak tanımlanan bu eylemler hem mevcut normların eleştirisini hem de yeni ve özgürleştirici yaşam biçimlerinin aktif olarak geliştirilmesini ya da hayata geçirilmesini kapsar. Foucault böylece iktidar ve baskının ikili karşıtlığının ötesine geçerek birden fazla iktidar alanının bir arada var olabileceğini ortaya koyar. Mazel, "Queer Jurisprudence: Reparative Practice In International Law", s.13.

¹²⁶ Mazel, "Queer Jurisprudence: Reparative Practice In International Law", s.14.

Mazel'in düşüncesinden yola çıkarak AİHM (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi) kararları incelendiğinde, aslında LGBTİ mücadelesinin -hem eleştirel mücadelenin hem de onarıcı okumaların- hukukun cinsel yönelimlere ilişkin tavrını nasıl değiştirdiğini ortaya koyar.

AİHM'in özellikle transseksüel bireylerin başvurularına yönelik kararları, Mahkemenin cinsel yönelimlere ilişkin tavrının zamanla nasıl değiştiğini gösterir niteliktedir. Bu değişim tam da *queerin* iddia ettiği gibi cinsiyet kimliklerinin ve bu kimliklere yönelik algıların sabit ya da evrensel olmadığını, zamana, mekâna ve kültürlere göre farklılıklar gösterebileceğini ortaya koyar. Örneğin Mahkeme 2002 yılı öncesinde¹²⁷ devletlerin transseksüellerin cinsiyet geçişlerini tam olarak tanımak zorunda olmadığına karar verirken; daha sonra bu kararı değiştirmiştir. Sözleşmeciler Devletler tarafından belirlenen geleneklere uyulması halinde transseksüellerin cinsel değişimlerini yasal olarak tanınmasını isteme hakkına sahip olduğunu söylemiştir. Mahkeme *Rees v. Birleşik Krallık*¹²⁸ davasında vermiş olduğu kararda, bir kişinin cinsiyetini belirlemek için kullanılan kriterin doğum anındaki biyolojik cinsiyeti olduğunu kabul ederken¹²⁹ ve *Cossey v. Birleşik Krallık*¹³⁰ kararında "biyolojik cinsiyet" ve biyolojik

¹²⁷ Bu kararlardan ilki *Van Oosterwijck v. Belçika*(1980) kararıdır, Van Oosterwijck v. Belçika, Başvuru no: 7654/76.

¹²⁸ *Rees v. The United Kingdom*, Başvuru No: 9532/81,

¹²⁹ Bu davada da başvuran transseksüeldir; kadın olarak doğmuş ve daha sonra erkek cinsiyetini almıştır. Ancak geçirdiği değişim sonrasında cinsiyetinin yeniden tayin edilmesine izin verilmemiştir. Bu nedenle toplumla bütünleşmemekten ve transseksüel kimliğine göre evlenememekten şikâyet etmektedir. Değişim talebinin reddinin sözleşmenin 8 (Özel ve Aile Hayatına Saygı) ve 12.(Evlenme Hakkı) maddelerini ihlal ettiğini iddia eder. Mahkeme; 2002 yılı için sözleşmeciler devletlerin transseksüel bireylere sağladığı koşulları dikkate alarak madde 8'in ihlal edilmediğine karar verir. 12. madde için ise biyolojik cinse vurgu yapar ve kararı karşıt biyolojik cinsten iki kişinin evlenmesi olarak yorumlar ve yine sözleşmenin ihlal edilmediğini söyler. Mahkeme bu kararda özel olarak bir cinsiyet tanımı yapmamıştır. Birleşik Krallık'ta bir kişinin cinsiyetini belirlemek için kullanılan kriterleri doğrulamıştır. Bu kriter doğum anındaki biyolojik cinsiyetin belirlenmesinden oluşur. Bu biyolojik kriter; doğum anındaki cinsiyetin bir kişinin yasal cinsiyeti olarak belirlenmesi için gerçek an olduğu anlayışına dayanır. Bu belirleme kromozomların ve cinsel organların iddia edilen uyumuyla artar. Ancak bahsedilen faktörlere ilişkin herhangi bir uyumsuzluk varsa, mahkeme yeni doğan bebeğin gözlemlenebilir cinsel organlarını belirleyici olarak kabul eder. *Rees v. Birleşik Krallık*, Başvuru No: 9532/8.

¹³⁰ Bu davada başvuru, İngiliz vatandaşıdır. 1954 yılında doğmuş ve nüfus kütüğüne erkek olarak Barry Kenneth adıyla kaydedilmiştir. Başvuran 13 yaşındayken diğer erkek çocuklardan farklı olduğunu fark etmiş ve 15 ya da 16 yaşına geldiğinde, erkek dış cinsel organına sahip olmasına rağmen psikolojik olarak kadın cinsiyetinde olduğunu anlamıştır. Temmuz 1972'de erkek Hıristiyan isimlerini bırakarak Caroline kadın Hıristiyan ismini almış ve bu değişikliği Mart 1973'te tapu senediyle onaylamıştır Temmuz 1972'den beri tüm amaçlar için bu isimle tanınmış, kadın gibi giyinmiş ve kadın rolünü benimsemiştir. Aralık 1974'te, daha önce kadınlık hormonları almış ve implantlarla göğüs büyütme ameliyatı geçirmiş olan başvuran, dış anatomisini kadın cinsiyetine yakın hale getirmek için Londra'daki bir hastanede cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirmiştir. 8 Şubat 1984 tarihli tıbbi rapor Bayan Cossey'i hoş bir genç kadın olarak tanımlamakta, ameliyattan bu yana hem psikolojik hem de fiziksel olarak bir kadın olarak tam bir hayat yaşadığını belirtmekte ve genital muayenede bir kadının dış genital organlarına ve vajinasına sahip olduğunu kaydetmektedir. Ameliyat sonrası bir kadın transseksüel olarak bir erkekle cinsel ilişkiye girebilmektedir. 1976 yılında başvurana kadın olarak Birleşik Krallık pasaportu verilmiştir. Yaklaşık 1979'dan 1986'ya kadar, düzenli olarak gazete, dergi ve reklamlarda yer alan başarılı bir mankindir. 1983 yılında Bayan Cossey ve yaklaşık on dört aydır tanıdığı İtalyan vatandaşı Bay L. evlenmek istemiştir. 22 Ağustos 1983 tarihli bir mektupla, Yazı İşleri Müdürü başvurana böyle bir evliliğin İngiliz hukuku açısından geçersiz olacağını, çünkü anatomik ve psikolojik durumuna bakılmaksızın kendisini erkek olarak sınıflandıracağını bildirmiştir. Parlamento üyesi, 30 Ağustos 1983 tarihli bir mektupla, evlenebilmesi için yasada bir değişiklik yapılması gerektiğini bildirmiştir. Başvuranın bir başka sorusuna 18 Ocak 1984 tarihli bir cevapta, başvurana cinsiyetini

cinsiyetin değiştirilmesinin imkansızlığı üzerindeki vurgusu görülürken¹³¹; 2002 yılında vermiş olduğu Birleşik Krallık'a karşı açılan *Goodwin ve I*¹³² davaları ile Mahkemenin yasal cinsiyet anlayışının ikiliği aşan bir şekilde değiştiği ve transseksüel bireyleri de içerecek şekilde genişlediği görülmüştür. Mahkemenin bu kararından anlaşılan şey şudur; “hukuk her zaman yasal cinsiyet kapasitesine sahiptir ve bunu 2002 yılına kadar bu adımı atmayı erteleyen aslında mahkemenin kendisidir.”¹³³

Bu hukuk hikayelerinin daha derinlemesine incelenmesiyle, queer hukukun işleyişi daha da anlaşılır kılınabilir, hukuk reformu çabalarında queer, yaratıcı, dönüştürücü potansiyeli keşfedilebilir.

kadın olarak gösteren bir doğum belgesi verilemeyeceği, çünkü böyle bir belgenin doğum tarihindeki bilgileri kaydettiği belirtilmiştir. Bayan Cossey, 24 Şubat 1984 tarihinde Komisyon'a yaptığı başvuruda, İngiliz hukukuna göre değişen statüsünün tam olarak tanınmasını talep edemediğinden ve özellikle bir erkekle geçerli bir evlilik yapamadığından şikayetçi olmuştur. *Cossey v. Birleşik Krallık*, Başvuru no: 10843/84.

¹³¹ Bu anlayışı nedeniyle Mahkeme cinsiyet değiştirmenin imkansızlığı konusunda ısrarlı bir yaklaşım sergilemiştir. *Cossey* davasında mahkeme 8. Madde açısından Rees davasındaki tutumunu sürdürür ve *Cossey*'e kadın olduğuna ilişkin bir doğum belgesi verilmemesinin özel hayata müdahale teşkil etmediğini ileri sürer. Mahkeme “...cinsiyet değiştirme ameliyatının diğer cinsiyetin tüm biyolojik özelliklerinin kazanılmasıyla sonuçlanmadığı hususu geçerliliğini korumaktadır” sözlerini teyit ederek cinsiyetten vazgeçmenin imkansızlığını tekrarlar. Aynı zamanda Bayan Cosey'in cinsiyet değiştirme ameliyatına rağmen, yasalar gereği bir kadınla evlenmesi önünde bir engel olmayacağını da vurgular. Bu karardan da görüleceği üzere, cinsiyet değiştirme ameliyatı mahkemeye göre insanın biyolojik cinsiyetini değiştirebilecek güçte değildir ve cinsiyet hakkındaki gerçek, ameliyatla gerçekleşen insan modifikasyonunun ötesindedir. Mahkemenin cinsiyete ilişkin bu içtihadı aslında Batı'nın gerçek bir cinsiyete dair sorgulanamaz inancından kaynaklanmaktadır. Kararlarında vücudun gerçek bir cinsiyetinin varlığına inanç olduğu gözlemlenebilir. Bu yüzden cinsiyetin değiştirilemez olduğuna inanır. *Cossey v. Birleşik Krallık*, Başvuru no: 10843/84 parag. 26.

¹³² Bu davalar, Ulusal Sağlık Hizmeti kapsamında cinsiyet doğrulama işlemlerinden geçen iki transseksüel kadın hakkındadır. Her iki kadın da cinsiyet geçiş sürecinden geçtikten sonra cinsiyetlerinin tam olarak yasal olarak tanınmamasının insan haklarının ihlali olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bu davalarda Mahkeme oybirliğiyle önceki içtihadını terk etmeye karar vermiştir. Mahkeme, başvurucuların haklı olduğunu ve cinsiyetlerinin tam olarak yasal olarak tanınması gerektiğini teyit etmiştir; bu, emeklilik, emeklilik ve evlilik amaçları için kadın olarak kabul edilmelerinin yanı sıra doğum belgelerinin elde ettikleri cinsiyeti gösterecek şekilde değiştirilmesini de içerir. *Godwin ve I v. Birleşik Krallık* Başvuru no:28957/95.

¹³³ Gonzalez-Salzberg, *A Queer Reading of Human Rights Laws*, s.42.

SONUÇ

Queer hukuk teorisi anlaşıldığı üzere tek bir teoriden ya da tek bir doğrudan oluşmaz. Zaten sabit tanımları, kategorileri ve sınırları sorunsallaştıran bu teoriyi tanımlamak için birden fazla tanımı bir arada kullanmak ya da hiç tanımlama yapmamak en doğrusudur. Bu nedenle, görüldüğü üzere her yazar kendine göre bu konuyu değerlendirmiş, *queer* teori birbiriyle çatışan birçok fikri dahi içinde barındırabilmiştir.

Makalede bu fikirlerden yola çıkarak *queer* hukuk teorisine yönelik bazı yaklaşımlar, yöntemler ve anlayışlar önerilmiştir. Bu anlayışlar post-modern yaklaşımların ileri sürdüğü çoğulculuk içinde görülmelidir. Bu çoğulculuk cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği kavramlarını sosyal ve hukuki olarak sabit olarak ele alınması gerektiğini öne süren liberal *queer* hukuk teorisyenlerinden, kimlik ve hukuk kavramlarını yapıbozuma uğratan ve eleştirmek için belirli *queer* deneyimler tarafından yönlendirilen ve *queer*in eleştireliliğini ön planda tutan post-modernist yöntemleri uygulayan düşünürlere kadar uzanmaktadır.

Queer hukuk teorisinin ne olduğuna ilişkin bu fikirler arasında en pragmatik olanı belki de nesnel, mutlak ve doğallaştırılmış görüşleri reddeden, ikili cinsiyet sistemini ve inşa edilen kimlikleri sorgulayan, cinsiyet ve toplumsal cinsiyet ayrımını kabul etmeyen *queer* pratiğinin hukuka uygulayan ve hukuku dönüştürmek için bireysel deneyimleri önemseyen halidir. *Queer* hukuk teorisinin amacı hukuku sadece eleştirmek olmamalıdır, bu onun kapsamını sınırlar ve hukuku dönüştürücü potansiyelini engeller. LGBTİ bireylerin hukukla mücadeleleri aslında hukukun değiştirici ve dönüştürücü potansiyelini gözler önüne serer ve bu mücadelenin *queer* okumasını yapabilmek mümkündür.

Queer teori cinsiyet anlayışının zamana, mekâna ve duruma göre değişimini ortaya koyar. Hukuken sabit, biyolojiye dayanan, ikili bir cinsiyet anlayışı konusunda ayak diremenin mümkün olmayacağını ileri sürer. Kimliğe ve temsil sistemine dayanan bir hukuk anlayışının bugün sürdürülüyor olması bunun her zaman aynı şekilde işleyebilecek bir norm olacağı anlamına gelmeyecektir. 19.yy'da başlayan kadın hakları mücadelesinin kadınlara hukuken kazandırdıkları ve cinsiyet temelli ayrımcılığın önlenmesine ilişkin verilen hem bireysel hem de örgütsel mücadelenin bugün geldiği konumdan (hala tam ve yeterince eşit koşullar kazanılmış olmasa da) yola çıkarak, cinsel yönelimler ve cinsiyet ifadelerine ilişkin tam da *queer*in iddia ettiği gibi hukuki ve sosyal değişimlerin, dönüşümlerin sağlanabileceği sonucuna ulaşılabilir.

KAYNAKÇA

- Akbaş, Kasım. “Eleştirel Hukuk alışmaları Hareketi: Öncü Kuramcılar ve Temel Meseleler.” Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2005.
- Akı, Emine İrem. “Amerikan Hukuki Realizmi erevesinde Hukuki Belirsizlik”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2008.
- Akman, şefik Taylan. Hukuk ve Politika İlişkisi Hukukun Ekonomi Politik Analizi ve Liberal Hukuk Düzeninin Eleştirisi. Ankara: İmge Kitapevi, 2016.
- Ball, Carlos A. “Essentialism and Universalism in Gay Rights Philosophy: Liberalism Meets Queer Theory.” *Law & Social Inquiry* 26, S.1, 2001: 271-293.
- Banović, Damir. “Queer Legal Theory.”, *Feminist Approaches to Law: Theoretical and Historical Insights* 1, (2023): 73-91.
- Arat, Necla. “Feminist Hukuk.” *Kadın Araştırmaları Dergisi*, S.9, (2010):53-65.
- Can, Cahit, “Yapısalcılık- Hukuk İlişkileri Üzerine Bir Deneme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 40, S.1, (1988):33-57.
- Cossman, Brenda. “Queering Queer Legal Studies: An Unreconstructed Ode to Eve Sedgwick (and Others).” *Critical Analysis of Law* 6, S.1 (2019): 23-38.
- Cotterrell, Roger. *Hukukbilimin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş.* ev., Saim Üye, İstanbul: Pinhan Yayıncılık, 2018.
- Dawidoff, Robert. “Series Foreword.” *A Genealogy of Queer Theory*, Philadelphia: Temple University Press, 2000, s.9.
- Fineman, Martha Albertson. “Introduction: Feminism and Queer Legal Theory”, *Feminist and Queer Legal Theory: Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations*, Haz. Martha Albertson Fineman, Jack E. Jackson ve Adam P. Romero, New York: Routledge, 2016: 1-6.
- Foucault, Michel. *Cinselliğin Tarihi.* ev. Hülya Uğur Tanrıöver, İstanbul: Ayrıntı Yayınları 3. Baskı, 2010.
- Gonzalez-Salzburg, Damian A. *Sexuality and Transsexuality Under the European Convention on Human Rights-A Queer Reading of Human Rights Laws.* Great Britain: Hart Publishing, 2019.
- Gürgey, Fatma İrem ağlar. “‘Feminist Hukuk Teorisi’ Nedir?”. *Hukuk Kuramı* 1, S. 5, (Eylül-Ekim 2014):28-44.

- Hanski, Raija ve Martin, Scheinin. İnsan Hakları Komitesi'nin Emsal Kararları. İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, 2005.
- Halperin, David M. One Hundred Years of Homosexuality and Other Essays on Greek Love. New York: Routledge, 1990.
- Mazel, Odette. "Queer Jurisprudence: Reparative Practice in International Law." American Journal of International Law 116, (2022):10-15.
- McAfee, Noëlle vd. "Feminist Philosophy." Stanford Encyclopaedia of Philosophy, (Temmuz, 2023), <https://plato.stanford.edu/entries/feminist-philosophy/>
- Özkazanç Alev, Feminizm ve Queer Kuram, Ankara: Dipnot Yayınları, 2021.
- Phelan, Shane. "Review: "Queer Liberalism?"." The American Political Science Review 94, S.2, (Ağustos 2014): 431-442.
- Pickett, Brent. "Homosexuality." Standford Felsefe Ansiklopedisi, 2020, <https://plato.stanford.edu/entries/homosexuality/> .
- Ramos, Marcelo Maciel. "Feminist and Queer Legal Theories: Gender and Sexuality as Useful Categories for the Critique of Law.", Revista Direito e Práxis 12, (2021): 1679-1710.
- Romero, Adam P. "Methodological Descriptions: "Feminist" and "Queer" Legal Theories." Haz. Martha Albertson Fineman, Jack E. Jackson ve Adam P. Romero, Feminist and Queer Legal Theory: Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations, New York: Routledge, 2016: 179-198.
- Richards, David A.J, Identity and the Case for Gay Rights: Race, Gender, Religion as Analogies, Chicago: The University of Chicago Press, 1999.
- Scales, Ann C. "Towards a Feminist Jurisprudence." Indiana Law Journal 56, S. 3, (1981) Available at: <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol56/iss3/1>.
- Sedgwick, Eve Kosofsky. "Paranoid Reading and Reparative Reading, or, You're So Paranoid, You Probably Think This Introduction Is about You." https://hcommons.org/?get_group_doc=1003678/1629909863-sedgwick-1997-paranoid-reading-and-reparative-reading.pdf .
- Simm, Gabrielle. "Queering CEDAW? Sexual Orientation, Gender Identity and Expression And Sex Characteristics (SOGIESC) In International Human Rights Law." Griffith Law Review 29, S. 3, (2020): 374-400.
- Stynchin, Carl F. Law's Desire: Sexuality and The Limit of Justice. New York: Routledge, 2006.
- Sullivan, Nikki. A Critical Introduction to Queer Theory. New York: New York University Press, 2003.

- Türkbağ, Ahmet Ulvi. "Amerikan Hukuki Realizm Akımı." İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 58, S.1-2, 79-95.
- Valdes, Francisco. "Queers, Sissies, Dykes, and Tomboys: Deconstructing the Conflation of "Sex," "Gender," and "Sexual Orientation" in Euro-American Law and Society." California Law Review 83, S. 1 (1995):1-377.
- Valdes, Francisco. "Unpacking Hetero-Patriarchy: Tracing the Conflation of Sex, Gender and Sexual Orientation to Its Origins." Yale Journal of Law & the Humanities 8, S.16, (1996):161-211.
- Wayne Morgan. "Queer Law: Identity, Culture, Diversity, Law", *Australian Gay & Lesbian Law Journal* 5, (1995): 1-41.
- Yardımcı, Sibel, Güçlü, Özlem, "Giriş: Queer Tahayyül", Haz., Sibel Yardımcı, Özlem Güçlü, Queer Tahayyül, İstanbul: Sel Yayıncılık, 2013:17-25.
- Zanghellini, Alcardo, "Queer, Antinormativity, Counter-normativity and Abjection" Griffith Law Review 18, S.1, (2009): 1-16.



Karatekin Hukuk Dergisi
Karatekin Law Journal

Cilt/Volume: 2, Sayı/Issue: 1, 63-68

ISSN: 2980-079X

Kitap Tanıtımı - Book Review



**KİTAP: HUKUK FELSEFESİ AÇISINDAN TABİİ HUKUK TEORİSİ
VE İSLÂM HUKUKU**

YAZAR: ŞAHBAN YILDIRIMER*

Seniyye Şahin**

Filistin'deki mazlum çocuklara...

Hukuk felsefesi her devirde tefekkür konusu olmuş, her toplum adalet ve adalet anlayışına uygun hukuku araştırmıştır. Bu arayışta tabii hukuk teorisi ve İslâm hukuku sistemleri, hukukun kaynağını metafizik alanda inşa etmişlerdir. Türkçe literatürdeki tabii hukuk teorisini ve pozitivizmi inceleyen eserlerde dahi İslâm hukukunun tabii hukuk teorisiyle örtüşen yönlerinin göz ardı edildiği bir vakıa olarak önümüzde durmaktadır.

Bu kitapta Yıldırimer, tabii hukuk teorisi ile İslâm hukukunun haiz olduğu benzerlikler ve farklılıkları okuyucuya objektif bir bakış açısıyla aktarmayı vâdediyor. Yazar, önsözde kitabı kaleme almaktaki motivasyonunu “tabii hukukun İslâm'daki ‘hikmet’ ile buluşturulması” şeklinde özetliyor. Ayrıca tabii hukuk teorisi ile İslâm hukukunun karşılaştırılmasında yöntem olarak tabii hukuk teorisine ait ilkelerden hareket etmeyi tercih ettiğini belirtiyor.

Yıldırimer, kitapta “tabii hukuk teorisinin ülkemizdeki en önemli savunucularından biri” olarak tavsif ettiği hukukçu filozof Ord. Prof. Dr. Orhan Münir Çağıl'ın görüşlerini takip ettiğini belirtiyor. Yazar, Çağıl'ın “İslâmi hikmet” perspektifinden tabii hukuk teorisi yorumlarını en az Thomas Aquinas ve Aziz Augustinus'un tabii hukuk yorumları kadar önemli bulduğunu ifade ediyor. Bu nedenle kaynakçada hatırı sayılır bir bölümü Çağıl'ın eserlerine ayırıyor ve metin içinde en can alıcı noktalarda söz konusu eserlere yönlendirme yapıyor.

* İlahiyât Yayınları, 2014. 160 sf. , ISBN 978-605-4596-20-8.

** Arş. Gör. Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: seniyyesahin@karatekin.edu.tr , ORCID: 0000-0001-7484-4319

Yazar, önsözde literatüre temas etmeyip zikredilen amaç ve yöntem çerçevesinde kitabını bir giriş, üç ana bölüm ve bir sonuç altında tasnif ediyor. Giriş bölümünde hukuk felsefesi ve İslâm hukuk felsefesine genel bir girizgâh yapmanın ardından ilk bölümde kaynağı itibariyle hukuk sistemleri ve bu sistemler içinde tabii hukuk kuramının yerini; ikinci bölümde “adalet” kavramını ele alıyor. Kitabın başlığını oluşturan tabii hukuk teorisi ve İslâm hukukunun karşılaştırılması konusuna ancak üçüncü bölümde geliyor.

Giriş bölümünde yazar ilk olarak “hukuk” ve “felsefe” kavramlarına kısa bir açıklama getirip “hukuk felsefesi” kavramının tanımına ve bilimler içindeki yerine geçiş yapıyor. Peşi sıra hukuk felsefesinin önemine dikkat çekiyor. Hukukun, hukuk felsefesinden asla vazgeçemeyeceğini çünkü insanların onu anlaması ve içten onaması, bir başka deyişle hukukun bağlayıcı bir buyruk olabilmesi için hukuk felsefesinin talimatlarına muhtaç olduğunu belirtiyor. Aynı şekilde hukuk felsefesinin, her ne kadar hukuki pozitivistler tarafından akamete uğratılmış olsa da tabii hukuk idesinden vazgeçemeyeceğini ekliyor. Bu suretle giriş bölümünde konunun ciddiyetine temas ederek giriş bölümüne uygun bir yöntem takip ediyor.

Birinci bölümde yazar, kaynağı itibariyle hukuk sistemlerini beşeri hukuk sistemleri ve İslâm hukukunun da içinde bulunduğu ilahi hukuk sistemleri olarak iki başlıkta kategorize ediyor. İslâm hukukunun teşekkülü, kaynakları ve tarihi seyrine dair temel sayılabilecek bilgileri okuyucuya sunuyor. Tabii hukuk teorisini ise her iki kategoriden de ilkeler alan metafizik kaynaklı bir hukuk teorisi olarak konumlandırıyor. İkinci bölüme geçmeden önce köklü bir tarihe sahip olan tabii hukuk teorisinin kronolojik gelişimine ünlü filozofların görüşleri üzerinden temas ediyor. Yazar bununla, ileride yapacağı karşılaştırma için bir altyapı oluşturmak istediğini belirtiyor.

İkinci bölümde Yıldırım, öncelikle değer felsefesi açısından ele aldığı adalet konusunu kavramsal olarak açıklıyor. Hukuk felsefesi tarihinin doğru bir şekilde anlaşılması için adalet kavramının içeriğine dair tartışmaların ne kadar önemli olduğunu ifade ediyor. Genel olarak adalet kavramına yüklenen anlamdan yola çıkarak “Kimin neyi hak ettiğini kim belirler?” ve “Kimin neyi hak ettiğinin ölçüsü neye göre belirlenir?” sorularının bizi mecburen metafizik alana yönlendirdiğini vurguluyor. Bu alandaki tartışmaların pozitivist ve idealist ekolün doğmasına sebep olduğunu belirterek hukukun insanî yönüne vurgu yapan pozitivist ekolü tutarsız formülleri nedeniyle eleştiriyor. Adalet kavramını incelemeye belli başlı adalet türleri

üzerinden devam eden yazar, bu adalet türleri arasından hakkaniyetle ulaşılan adalet üzerinde daha fazla duruyor. Hatta bir adım ileri giderek İslâm hukukunu batı hukukundan ayıran en temel farkın, onun, adalet ve hakkaniyet esaslarını iktisadi düşüncelere üstün tutması olarak görüldüğünü aktarıyor.

Yıldırım elbette ikinci bölümü, adalet kavramını tabii hukuk teorisi ve İslâm hukuku açısından ele almadan sonlandırmıyor. İleride ayrıntılandıracağı benzerlik ve farklılıkları, adalet kavramı bakımından olanlarla sınırlı tutarak burada da ele alıyor. Yazar, tabii hukuk teorisindeki “(Objektif) Adalet, hukukun idesi ve idealidir” anlayışıyla İslâm hukukundaki “maslahat” anlayışı arasında fark olduğuna değiniyor. Tabii hukukçuların hukukun geçerliliğini âdil olmasına, âdil olmasını ise “İlkçağda tabiata, Orta çağda tanrısal emirlere, Yeniçağda ise akla uygun” olmasına bağladıklarını yalın bir dille özetliyor. Bu şekilde farklı görünüşleri olsa da tabii hukuk teorisinde ve İslâm hukukunda ortak olarak adaletin metafizik kaynaklı olduğuna dikkat çekiyor. Ancak tabii hukuk teorisinin adaleti pozitif hukuk olarak hayata uygulayabilme noktasında başarısız kaldığını, hatta böyle bir iddiasının hiçbir zaman olmadığını dile getiren yazar; İslâm hukukunda adaletin somut ve pozitif hukuka sıkı sıkıya bağlı kalınarak nasıl uygulandığını İslâm tarihinden örneklerle tek tek anlatıyor. Yıldırım belki de okuyucuya vermek istediği en önemli mesajlardan birini böylece aktarmış oluyor.

Kitabın üçüncü bölümü giriş-gelişme-sonuç planına uygun olarak hacim ve bilgi bakımından en ağır bölümü olarak karşımıza çıkıyor. Bu bölüme (diğer bölümlerin hepsinde olmadığı halde) “genel olarak” başlığı ile giriş yapan yazar aslında bu başlığı üçüncü bölümde bahsedilecek hususlara hazırlık yapmak için atıyor. Burada tabii hukuk teorisine olan inancın dönemsel azalmalar olsa da asla kaybolmadığına dikkat çekiyor. Bu tezine örnek olarak modern hukuk felsefesinin kurucularından olmasına rağmen tabii hukuk teorisini savunan Grotius’u veriyor. Daha sonra tabii hukuk teorisi ve İslâm hukuku konusunu tarihsel ve analitik karşılaştırma yöntemlerini uygulayarak on ayrı açıdan mercek altına alıyor. Sözü edilen on kısımda yazarın nasıl bir sırayı takip ettiği ise anlaşılmıyor.

İlk kısım, kaynağı bakımından hukuk sistemleri bahsinde ifade edilenin genişletilmiş tekrarından oluşuyor. Buna göre sürekli çatışma içinde olan iki grup vardır ki bunlar tabii hukuk teorisinin Tanrı’nın varlığından ayrı düşünülmemeyeceğini kabul edenler ile hukuku insana ve akla isnat ederek teolojik alandan ayıranlardır. Hukukun kaynağını metafizik alana dayandıran tabii hukuk teorisi ve İslâm hukukunun zaman içinde rasyonalizm, semi rasyonalizm gibi

yaklaşımlarla karşılaştığını belirten yazar burada Del Vecchio, Grotius ve Mutezile ekolü gibi örneklere yer veriyor. Yazar, kitabın genelinde olduğu gibi burada da kullandığı örneklerle konunun anlaşılmasına katkıda bulunuyor.

İkinci kısımda yazar, genel olarak hataya düşülen bir yöntem sorununa dikkat çekiyor. Buna göre “asıl” ve “öz” olup değişmeyen şey, tabii hukuk idesi ile İslâm hukukunun kendisidir. Bunlara dayalı şekillenen tabii hukuk doktrinleri ve geleneksel İslâm hukuku ekolleri ise değişkenlik arz edip tabii hukuk idesi ve İslâm dini ile özdeşleştirilmemelidir.

Üçüncü kısım “hukukun pozitivitesi” bakımından tabii hukuk teorisi ile İslâm hukukunun karşılaştırılmasından ibarettir. Yazara göre her iki hukuk sisteminde de adalet idesi aşkın boyutta olmasına rağmen tabii hukuk teorisinde pozitif hukuk, sürekli arayışta olduğu adalet idesine denk düşen bir örnek ortaya koyamamıştır. Üstelik tabii hukuk, aşkın ve soyut yapıda kalmayı hedeflemiştir. İslâm hukukunda ise ilâhi irade, adaletin pozitif hukuk olarak uygulanmasını takdir etmiş ve elçileri aracılığıyla buna imkân vermiştir.

Dördüncü kısımda yazar, her iki hukuk sisteminin de tüm zaman ve mekanlar için uygulanabilecek hukuk olma iddiasında birleştiğine değinerek bu gerçeği İslâm hukukundaki farklı ekollerin belli bir dönemde pozitif hukuk olarak uygulanmış olmasının değiştiremeyeceğini vurguluyor.

Beşinci kısmı tabii hukuk teorisine muhalif teorilerin reddine ayıran yazar, bunu bilimsel gerekçelerle temellendiriyor. İslâm hukukunun pozitivist muhalefetlerle mücadelesinin ise tabii hukuk teorisine göre daha eski tarihlerden başladığına dikkat çekiyor.

Altıncı kısımda Yıldırım, daha ziyade Çağıl’ın ilahi mahiyetteki tabii hukuk düşüncesini konu ediniyor. Hukukun maddi âlemdeki varlığının yanında sürekli olarak maddi kâinatı aşan âleme hitap eden yönünü göstermeye çalışıyor. Bu kısımda yazar, herhangi bir karşılaştırmaya gitmeyerek üçüncü bölümdeki yöntem bütünlüğünden ayrılmakla birlikte adeta tabii hukuk teorisinin “İslâmi hikmet” ile buluşturulması noktasında başarılı bulduğu bir yorumun tanıtımını yapıyor.

Yedinci kısımda yazar, modern tabii hukuka ait “adalet sezgisi” kavramının objektif bir değer ifade edip etmediğini tartışmaya açıyor. İslâm hukukundaki genel kabule göre subjektif

mistik tecrübeye dayalı bilgi olarak kabul edilen adalet sezgisinin, hukuka bir kriter olarak getirilemeyeceğini belirtiyor.

Sekizinci kısmın konusunu, tabii hukuk teorisi ile hukuki pozitivizm arasındaki en önemli fark olarak değerlendirilen “hukuk-ahlak ilişkisi” teşkil ediyor. Yazar, hukuk teorisinde ahlaki ilkelere yer vermeyen görüşler ile hukuk ve ahlakın iç içe geçtiği görüşleri bir arada değerlendiriyor. Hukuk-ahlak ayrımında ısrar edenlerin hukukun yalnız adaleti amaçlayıp iyiyi (hayrı) amaçlamadığı vurgusunu yapıyor. Hâlbuki yazar hukuku “salt güce dayalı zorlayıcı bir düzen olmayıp aynı zamanda ahlak açısından bağlayıcı bir düzen” olarak tanımlıyor.

Dokuzuncu kısım kitabın okuyucuya vermek istediği en önemli mesajlardan birini, hukukun felsefi ve sosyolojik mer’iyeti konusunu içeriyor. Yazar öncelikle tabii hukuka ait “hukukun sosyolojik mer’iyetinden hukukun felsefi mer’iyetine geçiş yapma” ilkesini ele alıyor. Sonra İslâm hukukunda bu iki mer’iyetten herhangi birinin merkezi paradigma yapılmadığına, bilakis ikisinin bir denge içinde götürülmesinin esas olduğuna temas ediyor. Yazar özellikle son yüzyıllarda pozitivist muhalefetlere cevap verme gayretiyle birtakım yanlışlara düşüldüğüne dikkat çekiyor. Yıldırım, bu yanlışlıklara cevaben, analogi yaparak ulaştığı sonucu “İslâm dininin toplumsal yaşam için önerdiği değerler, hiçbir toplum tarafından uygulanmasa dahi bunlar felsefi olarak kıymetlerinden bir şey kaybetmeyecektir. Başka bir ifadeyle dikey boyuttaki değerlerin yatay boyutta uygulanmaması ya da toplumsal yaşamda başarılı bir görüntü sunamaması dikey değerlere asla gölge düşürmemelidir” cümleleriyle özetliyor. Tabii hukuk bakımından da aynı yargının geçerli olduğu düşünüldüğünde bu ilke, her iki hukuk sistemi arasında önemli bir benzerlik olarak kayda geçiriliyor.

Üçüncü bölümün onuncu ve son kısmında yazar “hukukun etik mer’iyeti” bakımından tabii hukuk teorisi ve İslâm hukukunu ele alıyor. Yazar başlıkta kullandığı kavramı “hukukun, uygulandığı toplum tarafından ‘tasvip’ düzeyinde kabul görmesi” olarak açıkladıktan sonra tabii hukuk teorisi ve İslâm hukukunun aksine pozitivizmin, normun hukukiliği konusunda yalnız biçimsel geçerliliğe odaklandığını ifade ediyor. Tam bu noktada Yıldırım, post-pozitivizm görüşlerine yer vererek üçüncü bölümü manidar bir şekilde sonlandırıyor. Çünkü gelinen noktada pozitivist anlayış bile hukukun bazı asgari ahlaki icaplara saygı duyması gerektiğini kabul ediyor.

Üçüncü bölümün özeti niteliğindeki sonuç bölümünde yazar, ulaşılan sonuçları kısa ve

öz bir şekilde okuyucuya aktarıyor. Yıldırım'ın kitabı tabii hukuk teorisi ve İslâm hukukundaki benzerliklerin zenginliğini gözler önüne sererken bu zenginliği görmezden gelen yaklaşımları haklı olarak eleştiriyor.

Genel bir değerlendirme yapmak gerekirse, kitapta konuya yabancı okuyucunun dahi rahatlıkla anlayabileceği şekilde anlaşılır, eğitsel bir dil ve üslup kullanılmıştır. Yabancı terimler ilk geçtiği yerlerde tanımlanmış ya da Türkçesi verilen terimlerin yaygın yabancı dil kullanımı parantez içinde verilmiştir. Bununla birlikte “dikotomi, a priori, heteronom” gibi kimi kavramların açıklaması yapılmayarak okuyucuya bırakılmıştır. Kitabın adının ve başlıklarıyla içeriğiyle uygun olduğu görülmüştür.

Kitabın ilk bölümüne nazaran ikinci ve üçüncü bölümleri daha uzun tutulmuş ancak orantısızlık sayılabilecek bir aşırılık bulunmamıştır. Atıflar metinle bağlantılı yerlerde ve alakalı eserlere yapılmıştır. Yararlanılan kaynaklar arasında ağırlıklı olarak hukuk felsefesi ve sosyolojisi, hukuk metodolojisi, İslâm hukuku, hukuk tarihi, fıkıh usulü alanlarında ve alanında uzman şahsiyetlerin eserleri gösterilmiştir. Yabancı dilde yazılan eserlerin genellikle Türkçeye çevrilmiş nüshalarından faydalanılmıştır.

Metin içinde verilen bilgiler açık, net ve doyurucudur. Yazar kanaatlerini kimi zaman beğendiği düşünürlerin görüşlerine atıf yaparak kimi zaman doğrudan ifade etmiştir. Görüşlerini öznel yargılardan uzak tutan yazar, ilmî bakış açısıyla nesnel değerlendirmelerde bulunmuştur. Kitap boyunca objektif bir yerden aktarımda bulunmaya çalışmıştır. Örneğin, tabii hukuk teorisi ve rasyonalizmin tartıştığı konularda her iki yaklaşımın argümanlarına ayrı ayrı yer vermiştir. Yine, görüşlerini önemseydiği Çağın'ın düşüncelerinde açık ve net olmayan yerleri tespit etmekten de çekinmemiştir.

Alana ilgi duyan öğrenciler kitaptan muhakkak yeni şeyler öğrenecek, eseri ders kitabı olarak okuyabilecektir. Yazar, bilhassa üçüncü bölümde yaptığı tartışmalar ve ulaştığı özgün sonuçlar ile literatüre önemli bir katkı sağlamıştır. Sonuç itibarıyla kitabın, önsözde zikredilen hedefe yönelik okuyucuda oluşan beklentiyi karşıladığı söylenebilecektir.



Karatekin Hukuk Dergisi Karatekin Law Journal

Cilt/Volume: 2, Sayı/Issue: 1, 69-75

ISSN: 2980-079X

Kitap Tanıtımı - Book Review



KİTAP: A HISTORY OF LAW IN EUROPE: FROM THE EARLY MIDDLE AGES TO THE TWENTIETH CENTURY YAZAR: ANTONIO PADOA-SCHIOPPA *

Cemâl Dursun** 

Her ne kadar coğrafi açıdan “Avrupa” ile sınırlandırılmış olsa da geç dönem antikiteden başlayıp modern dönem kanunlaştırmalarına kadar olan süreci kapsayan bir eser kaleme almanın ancak iyi bir editörün veya editoryal bir ekibin başında olduğu kolektif bir çabanın ürünü olabileceği düşünülür. Ne var ki, Viyana’da (Avusturya) yerleşik iken Nazilerden kaçarak Genova (İtalya) kırsalına sığınan bir ailenin iki erkek çocuğundan ilki olan Antonio Padoa-Schioppa, bu düşüncüyü boşa çıkaran bir eser telif etmiştir.¹ Edward Gibbon’ın 18. yy.’ın ikinci yarısında telif ettiği altı ciltlik *The History of the Decline and Fall of the Roman Empire* isimli eserinde olduğu gibi, ve Lyotard’ın *grand récit* kavramını da ödünç alarak, “büyük hikaye”yi ortaya koymayı amaçlayan bu tür eserleri tanıtan ve takdim eden bir yazı kaleme almanın bir o kadar zor olduğunu peşinen dile getirmek gerekir.²

* Cambridge University Press, 2017. xiv + 808 sf. , ISBN 978-11-07180-69-7.

** Dr. Öğr. Üyesi, Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, e-posta: cemaldursun@karatekin.edu.tr , ORCID: 0000-0002-3674-9684.

¹ Babası Fabio Padoa-Schioppa (1911-2012), Generali sigorta şirketinin üst düzey yöneticisi ve International Association for the Study of Insurance Economics (*The Geneva Association*)’ın 1973 yılında Paris’teki kurucularındandı. **Giarini, O.** The Century of a Gentleman: Fabio Padoa Schioppa, Former Chief Executive Officer of Generali, and Founder and Former President (1976–1983) of The Geneva Association. *Geneva Pap Risk Insur Issues Pract* 36, 1–2 (2011). <https://doi.org/10.1057/gpp.2010.43>. Kardeşi Tommaso (1940-2010) ise bir ekonomist olup ikinci Prodi hükümetinde Ekonomi Bakanı olarak görev yapmıştı. Avrupa Birliği’nin ortak para birimine geçişinde önemli bir rol oynamıştı. Kendi web sayfasındaki biyografisi için bkz. <http://www.tommasopadoaschioppa.eu/biografia.html> (erişim tarihi: 31 Ocak 2024).

² « *Quand ce métadiscours recourt explicitement à tel ou tel grand récit, comme la dialectique de l’Esprit, l’herméneutique du sens, l’émancipation du sujet raisonnable ou travailleur, le développement de la richesse, on décide d’appeler « moderne » la science qui s’y réfère pour se légitimer. C’est ainsi par exemple que la règle du consensus entre le destinataire et le destinataire d’un énoncé à valeur de vérité sera tenue pour acceptable si elle s’inscrit dans la perspective d’une unanimité possible des esprits raisonnables : c’était le récit des Lumières, où le héros du savoir travaille à une bonne fin éthicopolitique, la paix universelle. On voit sur ce cas qu’en légitimant le savoir par un métarécit, qui implique une philosophie de l’histoire, on est conduit à se questionner sur la validité des institutions qui régissent le lien social : elles aussi demandent à être légitimées. La justice se trouve ainsi référée au grand récit, au même titre que la vérité.* » **Jean-François Lyotard**, *La Condition postmoderne* :

Bu yazı, 2007 yılında İtalyanca olarak neşredilen *Storia del diritto in Europa: Dal medioevo all'età contemporanea*³ isimli eserin 2016 yılında yapılan genişletilmiş edisyonundan hareketle 2018 yılında Cambridge University Press (CUP) tarafından yayımlanan İngilizce çevirisi esas alınarak hazırlanmıştır.⁴ Kitap, incelenen dönemin kronolojik olarak sıralandığı altı kısımdan ve bu kısımlar altında yer alan kırk bir bölümden oluşmaktadır. Kitabın sonunda kısaltmalar ile kaynakça yanında kişi ve yer isimleri yanı sıra kavramları içeren, kullanıcı için oldukça faydalı bir indeks de yer almaktadır. Yazar Almanca, Fransızca, İngilizce, İspanyolca, İtalyanca, Latince, Portekizce kaynaklardan yararlanmıştır.

Geç antikiteden erken dönem Orta Çağ'a kadar olan dönemi (5. yy.-11. yy.) ele alan ilk kısım altı bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde geç antikitede hukuk konusu genel olarak ele alındıktan hemen sonra bu dönemin en önemli kurumu olan Kilise ve Kilise hukuku üzerinde durulmuştur. Germen krallıklarda egemen olan hukuka dair bölümü Karolenj hanedanlığı, feodal sistem, gelenek hukuku ile Kilise Reformu izlemektedir. 12. ve 15. yüzyıllar arasındaki klasik *ius commune* dönemini ele alan ikinci kısım, on bölüme taksim edilmiştir. Glossatorlar ve yeni hukuk bilimi isimli bölümü, kanon hukuku ve hukuk kurumları takip etmektedir. Kilise ile üniversiteler arasındaki simbiyotik ilişkinin hukukun ve hukuk yazınının gelişimi üzerindeki etkisi, hukuk bilgisini aktaranlar ve öğrenciler arasındaki ilişki zaviyesinden aktarılmaktadır. Bu esnada sadece Kıta Avrupası hukuku ve *common law* arasındaki ayrışmadan bahsedilmemekte, hukukun gelişimini etkileyen öğrenilen hukuk (*learned law*) ile yaşayan hukuk (*local/traditional/tribal law, coutume*) arasındaki ilişki yine üniversite ve uygulama arasındaki ilişki ile birlikte aktarılmaktadır. İkinci kısımda okuyucunun dikkatini celbeden hususlardan biri, bu dönemin dışsal etkenlerden yalıtılmış şekilde hukukun ve hukuk aktörlerinin oluşturduğu iç dinamikler ile izah edilmesidir.

Rapport sur le savoir, Les Éditions de Minuit, Collection Critique, 1979, p. 7 (Introduction).

³ Antonio Padoa-Schioppa, *Storia del diritto in Europa: Dal medioevo all'età contemporanea*, il Mulino, pp. 840, Rilegato, 978-88-15-26523-4. Anno di pubblicazione 2016. <https://www.mulino.it/isbn/9788815265234#>

⁴ Kitabın çevirmeninin ismi, kitap içerisinde yer almamaktadır. İngilizce baskıya yazdığı önsözde Padoa-Schioppo da çevirmenden bahsetmemiştir. Ancak yayınevinin web sayfasında, çevirmenin Caterina Fitzgerald olduğu belirtilmektedir. Çevirmen, Harvard Üniversitesi'nden emekli Boylston Retorik ve Belagat Profesörü (*Emeritus Boylston Professor of Rhetoric and Oratory*) Robert Fitzgerald'ın kızıdır. Profesör Fitzgerald (1911-1985), Sofokles'in "Oedipus at Colonus", Homer'in ise "The Odyssey", "The Iliad" ve "The Aeneid" kitaplarını; Dudley Fitts ile birlikte, Euripedes'in "Alcestis", Sofokles'in "Antigone" ve "Oedipus Rex" kitaplarını İngilizceye çevirmiştir. Vefatı ardından yazılan ve New York Times'da yayımlanan kısa biyografisi (obituary) için bkz. <https://www.nytimes.com/1985/01/17/arts/robert-fitzgerald-74-poet-who-translated-the-classics.html> (erişim tarihi: 31 Ocak 2024).

16. ve 18. yüzyıllar arasındaki erken modern dönemin ele alındığı üçüncü kısım, on bölümden oluşmaktadır. Mutlakiyet çağında kilise ile devletler arasındaki ilişkiler, bir önceki kısmın aksine siyasi gelişmeler dairesinde ele alınmaktadır. Bu bölümü, modernite kavramını en çok şekillendiren düşünce akımlarından olan hümanizma ve daha özelden hukuki hümanizmanın incelendiği bölüm izlemektedir. Hümanizma ışığında hukuk uygulayıcıları ve hukuk öğreticileri, hukuk öğretisi ve hukuk meslekleri, mahkeme kararları, yerel hukuklar ve monarşiden sadrolunan hukuk (*kraliyet hukuku*) karşılaştırmaları incelenmektedir. Hümanizma ile birlikte tanrı (ilah) ile beşer arasındaki ilişkide akledebilen beşere ait özerk alanın giderek genişlemesi ardından zuhur eden insanın doğuştan gelen (tecrübeye isnat etmeyen, *a priori*) bilgilere de sahip olduğu yönündeki yaklaşımın (doğalcılık, *naturalism*) hukuka etki etmemesi mümkün olmayacaktı (doğal hukuk, *natural law*). Bu bakımdan 18. yüzyılın önde gelen hukukçularına ayrı bir bölüm ayrılmıştır. 19. yüzyılın büyük kanunlaştırma (*codification*) hareketlerine önemli etkide bulunan doğal hukuk akımının, hukukun kaynağına dair tartışmalardaki merkezi rolü de ayrı bir bölüm olarak tetkik edilmektedir. Son bölüm, *ius commune* içerisinde yer almakla birlikte meseleci (telifikçi, *casuistic*) karakterini muhafaza etmek suretiyle kodifikasyona doğru meyleden diğer hukuklardan giderek ayrışan İngiliz hukukuna ayrılmıştır. Üçüncü kısımda belirginleşen bir husus, dışsal faktörler ve özellikle egemenlik ve kolonyalizm tartışmaları çerçevesinde siyasi devinimlere geniş bir yer ayrılmasıdır.

Kodifikasyon çağı da diyebileceğimiz dördüncü kısım 1750 ve 1814 arasındaki döneme tahsis edilmiştir (*Age of Reforms*). Beş bölümden oluşan bu kısımda Napolyon Kodu'nun ayak sesleri, açık denizlerde Hollanda aleyhine ancak Britanya lehine gelişen durumun devamında kolonyalizme (ve köleciliğe) dair süregiden tartışmaları, Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi (1776) ve Amerikan Anayasası (1789)'na dair gelişmeleri gölgelemiştir. Aydınlanma, Reform ve hukuk ilişkisi etraflıca tartışılırken odak noktası olarak Fransız devrimi ve hemen ardından üniter sisteme giydirilmiş bir kaftan olarak Fransız Medenî Kanun'u (*Code civil*) alınmıştır.

Milletler Çağı olarak adlandırılan beşinci kısım 1815 ila 1914 yılları arasında kapsamaktadır. Bu kısımda ilkin Restorasyon dönemi, ardından Tarihsel Okul ve Alman Hukuk bilimi inceleme konusu yapılmıştır. 19. yüzyılın ikinci yarısındaki kanunlaştırma hareketleri sonucunda ortaya çıkan kodlara ayrı bir bölüm ayrılmakla yetinilmemiş, bu kodlar diğer kanunlaştırmalar ile mukayese edilmiştir. Hukuk meslekleri bakımından bu dönemdeki gelişmeler de ayrı bir bölümde ele alınmıştır. Son bölümde, 19. yüzyıl ile 20. yüzyıl arasında

hukuk ilminin haline dair genel bir değerlendirme yapılmıştır. 20. yüzyılı konu edinen son kısım ise iki dünya savaşı arasındaki dönemin tahlili ile başlamakta, anayasacılığın ve insan haklarının yükselişi, Avrupa Birliğine doğru evrilen sürecin kendisi ve yarattığı supranasyonal hukuk düzeni ile devam etmektedir. Küresel bir hukuka doğru gidilip gidilmediği yönündeki sorgulama (*quo vadis?*) ile kitabın nihayete erdiği görülmektedir.⁵

Padoa-Schioppa, ortaya koyduğu bu eser ile, annesi vasıtasıyla taşıyageldiği Viyana kültürünün etkilerini de barındıran, ancak ağırlıklı olarak İtalyan düşünsel geleneğinin içinde yoğrulmuş olmanın göz ardı edilemeyen gücünü tüm özellikleri ile sergilemektedir. Justinian tarafından tevdi edilen görev ile büyük hukukçu Tribonian'ın öncülük ettiği hukukçular tarafından tedvin edilen *Corpus Iuris Civilis* üzerine, 1088 yılında kurulan Bologna Üniversitesi'nin kurulmasından bu yana yapılan çalışmalar, Glossatorlar, Post-Glossatorlar (*Commentatores*), *ius commune*'nin oluşumu, yeni Skolastizm, *usus modernum pandectarum*, İngiliz hukukunun ana gruptan giderek farklılaşması ve en nihayet Kıta Avrupasında büyük kanunlaştırmalar temelinde sürdürülmüştür. Bu iz sürüm, iki cihan harbi sonrasındaki arayışlar ile devam ettirilmiştir. Padoa-Schioppa'nın bu eseri, en başta hukukun gelişimini yine hukukun ve hukuk aktörlerinin kendi içinde izah eder gibi gözükse ve bu nedenle başta bu klasik dizgeyi takip edecekmiş izlenimi verse de ilerleyen kısımlarda bu izlenim büyük oranda ortadan kalkmaktadır.

Bununla birlikte müellif, Glossatorlara kadar olan Justinian sonrası dönemin pek ilgi görmediği ve üzerinde pek eser telif edilmediği kanaatini açıklarken Karolenj aydınlanmasındaki merkezi rolü açısından Yorklu Alcuin'i (*Alcuin of York*) göz ardı etmiştir.⁶ Yorklu Alcuin, Şarlman'ın daveti ile maiyetinde bulunan önemli bir figür olmasının yanı sıra

⁵ İtalya, 9 Mayıs 1950'de Schuman Deklarasyonu'nu ve Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu'nu kuran Paris Anlaşmasını imzalayan altı ülkeden biridir. Avrupa Birliği ile Avrupa Konseyi'nin kuruluşunda önemli bir rol oynayan İtalya'da federalist hareket oldukça güçlüdür. **Charles F. Delzell**, "The European Federalist Movement in Italy: First Phase, 1918-1947," *The Journal of Modern History*, September 1960, Volume 32, Number 3, sf. 241-250. Büyük kanunlaştırma hareketleri ile kısmen örtüşen bir dönemde "*nereye gidiyoruz*" temalı tartışmalar ve bu konuyla ilgili yayınlar oldukça önem taşıyordu. Polonyalı Henryk Sienkiewicz (1846-1916)'in, orijinali Lehçe olan *Quo Vadis: A Narrative of the Time of Nero* isimli Roma İmparatorluğunda geçen bir hikayeyi esas alan tarihsel romanı, 1905 yılında Nobel edebiyat ödülünü almıştı. Theodor Mommsen (1817-1903)'in de hukuk tarihi alanındaki üç ciltlik *A History of Rome (Römische Geschichte)* adlı eseri ile ve aralarında Henrik Ibsen, Émile Zola, Leo Tolstoy ve William Butler Yeats'in de olduğu adaylar arasından 1902 yılında bu ödülü kazandığı hatırlanmalıdır.

⁶ Yorklu Alcuin (c. 732-804), İngiliz tedarisini Frank okullarına tatbik etti, bu okullardaki müfredatı sistematize etti, ilmi tedarisi standardını yükseltti, en önemlisi ruhsani öğretinin daha iyi anlaşılabilmesi için insan bilimleri eğitimini özendirdi. Britannica, The Editors of Encyclopaedia. "**Alcuin**". *Encyclopedia Britannica*, 15 May. 2023, <https://www.britannica.com/biography/Alcuin>. Accessed 13 December 2023.

Anglo-Sakson İngilteresinde hâlâ varlığını koruyan Latin kültürünü Franklara aktarmış olması nedeniyle de Karolenj döneminde önemli bir yer tutar.⁷ Keza, birkaç yerde İslam'dan bahsedilmesine rağmen, ileride klasik *ius commune* olarak adlandırdığı/analiz ettiği dönemin vazgeçilmez unsuru olan klasiklerin çevrilmesine dair İslam dünyasındaki gelişmeleri ise hiç bahis konusu etmemektedir.⁸ Oysa bu dönemde iki önemli hususun varlığı inkâr edilemez: Abbasi halifeleri tarafından önemli bir kaynak tahsis edilmek suretiyle ve Süryani mütercimler aracılığıyla Yunan klasiklerinin Arapçaya çevrilmiş ve muhafaza edilmiş olması, ilaveten İber yarımadasındaki Endülüs uygarlığının 8. yy. Karolenj aydınlanmasına etkisidir.⁹

Padoa-Schioppa, bu dönemde belirleyici bir güç olarak ortaya çıkan Kiliseye,¹⁰ buna ek olarak teolojik alan ile seküler alan arasında kalan ve seküler hukuku da ziyadesiyle etkileyen Kanon hukukunun gelişimine dikkat çekmektedir. İlk olarak Peter Abelard'ın fark ettiği ve *Sic et Non* isimli eserinde kaleme aldığı Kilise hukukundaki çelişkili hükümlerin varlığı meselesi, ondan yaklaşık yirmi yıl sonra Gratian'ın bu çelişkili hükümlerin uzlaştırılabilir olup olmadığına dair incelemesi olan *Decretum* ile bambaşka bir düzleme taşınmış olacaktı.¹¹ Yazar, Kilise hukuku öğretilerinin muamelata dair Roma hukuku ve yerel/örf ve adet (*coutume*) ile karşılaşarak ve birbirine adeta bulanarak nasıl *ius commune*'ye dönüştüğünü büyük bir yetkinlikle aktarmaktadır.

Diğer yandan, ilgi odağı olarak İtalya, Almanya, Fransa gibi Kıta Avrupası ülkelerinin alınmış olması hasebiyle, yine Avrupa'da yer alan karma karakterli hukuk sistemlerinin önemli addedilebilecek bazı nüanslarının gözden kaçması ihtimalinin göze alındığı görülmektedir.

⁷ Alcuin'in Karolenj dönemine en önemli katkılarından birisi, İncil'in 4. yy.'da yapılan Latince'ye çevirisi olan *Biblia Vulgata* edisyonudur. Bu edisyon, Aydınlanma dönemine kadar en çok tercih edilen metin olma özelliği kazanmıştır.

⁸ İlk olarak 2017'de Arapça yayımlanan ve ardından İngilizceye çevrilen eleştirel bir çalışma için bkz. **Adnan K. Abdulla**, *Translation in the Arab World: The Abbasid Golden Age* (Oxford: Routledge, 2021), 164 s.

⁹ 10 Ekim 732 tarihli Tours Muharebesi'nin İber yarımadasının oldukça kuzeyinde, bugünkü Fransanın ortası sayılabilecek Tours kenti yakınlarında meydana gelmesi, Emeviler döneminde İslam ordularının sürdürdüğü fetihlerin Loire nehrine kadar ulaştığını göstermesi bakımından önemlidir.

¹⁰ Hristiyan kilisenin Katolik ve Ortodoks olarak bölünmesi anlamına gelen *Great Schism*, 1054 yılında meydana gelmiştir. 11. yy.'dan itibaren yazarın Kilise ile kastettiği, Roma temelli Katolik kilisedir. Bu dönemde Kilise, hem manevi hem de politik bir güç merkezi olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim, soylu bir aileden gelip gelmediği hâlâ tartışmalı olan Şarlman'a Papa III. Leo tarafından 25 Aralık 800'de Roma şehrindeki Aziz Petrus Bazilikası'nda yapılan tören ile "*Kutsal Roma İmparatoru*" adlandırılmak üzere taç giydirilmesi, sadece manevi değil, bir politik meşruiyet merkezi olarak Kilisenin gücünü göstermesi bakımından önemlidir.

¹¹ Abelard (c. 1079-1142). **Peter King and Andrew Arlig**, "Peter Abelard", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2023 Edition), Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2023/entries/abelard/>>. Gratian (?- c. 1159). Gratian'ın aslında bir kişi olmadığı, birden fazla kişi olabileceği hakkında bkz. **Anders Winroth**, *The Making of Gratian's Decretum*, Cambridge University Press, 2000, 248 s.

Örneğin, bugün İber yarımadasında “*alcade-presidente*” unvanı ile varlığını sürdüren yarı idari, yarı adli makamın “*kadı*” kavramı ile olan tarihsel münasebeti, Endülüs uygarlığı sona ermesine rağmen bu kurumun varlığını neden ve nasıl devam ettirebildiği hâlâ daha izaha ihtiyaç göstermektedir.¹² Kendisini güçlü bir şekilde hissettiren bu Avrupa merkezci yaklaşım, Kilise öğretisinin zirvesini oluşturduğu varsayılan Aquinalı Thomas’ın İbn Rüşd’e dair yaklaşımı ile açıkça çelişmektedir.¹³

19. yüzyılın kodifikasyon dalgasından en az etkilenen *common law*’a bir nevi *ius commune* muamelesi yapılması oldukça tartışmalı olduğu kadar İskoç Aydınlanmasına ve karma vasfını muhafaza eden İskoç hukukuna gereğinden az yer verilmesi de not edilmelidir.¹⁴ Bir kısım büyük kanunlaştırma hareketlerinin mülkiyet bahsinde *actio publiciana*’nın varlığını korumasına rağmen diğerlerinde tümüyle göz ardı edilmesi gibi önemli meselelere kısaca olsa dahi değinilmemiştir. Bu minvalde, örneğin zilyetlik kavramının kendisine ve zilyedin korunmasına dair tartışmalarda, Roma akitler hukukunda kira, hizmet ve eser sözleşmelerinin hepsini birden kapsayan *locatio conductio* tipolojisinin büyük kanunlaştırma hareketlerine ne

¹² Bu etki sadece İber yarımadasındaki Endülüs ile de sınırlanmaz. Sicilya’da ve İtalyan yarımadasının Sicilya adasına yakın olan kısımlarında kök salmış bir İslam kültürünü de akılda tutmak gerekir. **Pierre Guichard**, *L’Espagne et la Sicile musulmanes aux XIe et XIIIe siècles*, Presses Universitaires de Lyon, 2001, 242 s. Harvard Üniversitesi Hukuk Fakültesi profesörlerinden Intisar Rabb’ın, Weber ile başlayan ve akademide ve mahkeme kararlarında kendisini tekrar eden “*kadijustiz*” imgesi üzerinden hareket ederek kadı figürü merkezinde İslam hukukunun “*keyfi, olaya ve amaca özgü, rastlantısal*” olduğuna dair yaklaşımı eleştiren makalesi için bkz. **Intisar A. Rabb**, “Against Kadijustiz: On the Negative Citation of Foreign Law” (May 7, 2015). *Suffolk University Law Review*, Vol. XLVIII, No. 343, 2015, Harvard Public Law Working Paper No. 15-11.

¹³ Rönesans ile Arap dünyasındaki ilim insanlarının eserlerine yönelik ilgi, kısa zamanda yerini bu yazarların Avrupa üniversitelerinin müfredatlarındaki yerlerinin bilinçli bir şekilde Helen müellifler ile değiştirilmesi ile sonuçlanmıştı. Bilimsel sebepler kadar bu külliyyatın ideolojik bir yaklaşımla neredeyse tamamıyla ortadan kaldırıldığı hakkında bkz. **Dag Nikolaus Hasse**, *Success and Suppression. Arabic Sciences and Philosophy in the Renaissance*, Harvard University Press 2016, 688 s. Ayrıca bkz. **Richard C. Taylor**, “Aquinas and the Arabs: Aquinas’s First Critical Encounter with the Doctrines of Avicenna and Averroes on the Intellect, *In 2 Sent.* d. 17, q. 2, a. 1,” in *Philosophical Psychology in Arabic Thought and the Latin Aristotelianism of the 13th Century*, Luis X. López-Farjeat and Jörg Tellkamp, eds. Paris: Vrin (2013), 142-183. & 277-296. Hatırlanacak olur ise, Andrea di Bonaiuto da Firenze’nin (1319-1377) Floransa’daki Santa Maria Novella manastırı içerisindeki Cappellone degli Spagnoli (İspanyol Şapeli) duvarına 1366-67 yıllarında telif ettiği “*Aziz Aquinalı Thomas’ın Zaferi (The Triumph of St. Thomas Aquinas)*” freskin üstünde ortada Aquinas tahtında oturur şekilde resmedilmiştir. Onun hemen üzerinde, *Caritas*’ın (yardımperverlik, diğergamlık) en yüksek konumda olduğu dört temel erdem ve üç teolojik erdem bulunmaktadır. Aquinas’ın sağında Süleyman, Yuşa, Musa, Luka ve Matta, solunda ise Eyüp, Davut, Pavlus, Markos ve Yuhanna vardır. Aquinas’ın hemen altında ortada Kordobalı feylesof İbn Rüşd (Averroes), bir yanında sapkın Sabellius ve diğer yanında Arius yer alır. Böylece, Aquinalı Thomas’ın, Kilise içinden gelen iki tehdidin (Sabellius ve Arius) yanı sıra Kilise dışından gelen en büyük engeli (İbn Rüşd) de aşmak suretiyle hakikate en çok yaklaşan, bu manada zaferin doruğunda yer alan ruhani kişiyi temsil ettiği ifade edilmektedir.

¹⁴ Peter Stein (1926-2016), Reinhard Zimmermann’ın *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Law* isimli kitabına yazdığı tanıtım yazısında yazarın *common law*’a yeterince yer vermediği ve kendisini Kıta Avrupası ile sınırladığından bahisle tenkit etmektedir. **Peter Stein**, *The American Journal of Legal History*, Vol. 38, No. 1 (Jan. 1994), sf. 94-96 [Reviewed Work: *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* by Reinhard Zimmermann].

şekilde yansıtılacağı meselesinde, kazandırıcı zamanaşımına taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında bir etki tanınıp tanınmaması hususunda, bir davranış normu olarak dürüstlük kuralına mülkiyet hakkının kapsamı tartışmaları bağlamında sonradan eklemlenen hakkın kötüye kullanılmasının ortaya çıkışında, ahde vefa (*pacta sunt servanda*) prensibinin Kanon hukuku içerisinde *ius commune* içerisinde sızıp muamelat hukukunun ana sütunlarından biri haline gelmesinde, sadece devletin tüzel kişiliği (*statehood*) bağlamından başka ve ona ilaveten *societas* kavramının aşılarak varsayıma dayalı/fiktif bir (tüzel) kişilik (*persona ficta*) kavramının icadını gerektiren amillerin izahında Kıta Avrupası ülkeleri arasında yaşanan ayrışmalardan bahsedilmesi beklenebilirdi. Oldukça geniş bir linguistik kaynakçaya rağmen, “hikaye”nin (*narrative*) kendisini aktarma gayesi, Gordley’den farklı olarak, hem somut (hukuki ve kavramsal) örnekler üzerinden bu hikayeyi anlatabilme şansının kaçırılmasına hem de anlatımın sonraki kısımlarda oldukça yavaşlamasına neden olmaktadır.¹⁵

Son olarak, üniversite/fakülte kütüphanelerine alınmasında fayda bulunan bu kitabın Türkçemize kazandırılması, karşılaştırmalı hukuk ve hukuk tarihi çalışmalarına önemli bir değer katacaktır.

¹⁵ Burada Gordley’nin farkını dile getirmek gerekir. *The Jurists: A Critical History* isimli başucu kitabında o da büyük hikâyeyi betimlemek için yola çıkmış olmasına rağmen, somut örnekler vermek konusunda oldukça cömerttir. Dahası, somut örnekleri hem karakterleri hem de yazdıklarını karşılaştırarak vermektedir. Ancak aynı Avrupa-merkezci yaklaşıma, kendisi Amerikalı olmasına rağmen, Gordley’de de tesadüf edilmektedir. İlaveten Gordley, hem eleştirileri ile Alman Medeni Kanunu (BGB)’ye etkisi hem de şirket tüzel kişilik teorisi açısından önemli bir karakter olan Otto von Gierke’ye hiç değinmemiştir. Bkz. **James Gordley**, *The Jurists: A Critical History* (Oxford: OUP, 2013), 336 s.

Karatekin Hukuk Dergisi Karatekin Law Journal

Cilt: 2 - Sayı: 1 / Vol. 2 - No. 1
Ocak / January 2024
e-ISSN: 2980-079X

Adres/Adress:

Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Uluyazı Kampüsü - Merkez/Çankırı
Telefon/Phone: 0376 218 9570

ÇANKIRI KARATEKİN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

hukuk.karatekin.edu.tr - kahd.karatekin.edu.tr

K A H D

