

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
İNSAN HAKLARI HUKUKU YÜKSEK LİSANS PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMELERİ İŞİĞINDA
ENGELLİLERE YÖNELİK AYRIMCILIK YASAĞI

Buket DENİZ

Danışman:
Dr. Öğretim Üyesi Tijen DÜNDAR SEZER

İZMİR-2019

YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı ve Soyadı : BUKET DENİZ
Öğrenci No : 2014800706
Tez Başlığı : Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri Işığında Engellilere Yönelik
Ayrımcılık Yasağı
Savunma Tarihi : 24/05/2019
Danışmanı : Dr.Öğr.Üyesi Tijen DÜNDAR SEZER

JÜRİ ÜYELERİ

<u>Ünvanı, Adı, Soyadı</u>	<u>Üniversitesi</u>	<u>İmza</u>
Dr.Öğr.Üyesi Tijen DÜNDAR SEZER	-Dokuz Eylül Üniversitesi	
Doç.Dr.Oğuz ŞİMŞEK	-Dokuz Eylül Üniversitesi	
Dr.Öğr.Üyesi Mine TURHAN KASAPOĞLU	-İzmir Ekonomi Üniversitesi	

BUKET DENİZ tarafından hazırlanmış ve sunulmuş olan bu tez savunmada başarılı bulunarak oy birliği () / oy çokluğu () ile kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Metin ARIKAN
Müdür

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri Işığında Engellilere Yönelik Ayrımcılık Yasağı” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

....../....../.....

Buket DENİZ

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri Işığında

Engellilere Yönelik Ayrımcılık Yasağı

Buket DENİZ

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

İnsan Hakları Hukuku Yüksek Lisans Programı

Pek çok farklı türü olan ayrımcılık, hak öznelerinin insan haklarından eşit koşullarda yararlanmasını engelleyen en eski ve en yaygın tutumlardandır. Ayrımcılık, eşitliğin hukuki ve fiili olarak gerçekleşmesini engeller. Engelli bireylerin temel haklarının ihlal edilmesinde en büyük etken maruz kaldıkları ayrımcılıktır.

Uluslararası insan hakları sözleşmelerinin neredeyse tamamı çeşitli temellerde ayrımcılığı yasaklayarak eşitlik ilkesini benimsemiştir. Ayrımcılık yasağını düzenleyen insan hakları sözleşmeleri, engelliler bakımından ayrımcılık kaynaklı hak ihlallerinden korunmak için oldukça önemlidir. Esasen uluslararası insan hakları sözleşmeleri genel olarak engelliler de dâhil tüm insanları koruma altına alır. Bu nedenle teorik olarak engelliler ve diğer dezavantajlı gruplar için ayrı bir korumaya ihtiyaç olmadığı düşünülebilir. Ancak pratikte engellilere yönelik ayrı düzenlemeler ve bu bireyler için özel koruma sağlanması bir gereklilik olarak ortaya çıkmıştır. Bu sebeple zaman içerisinde spesifik olarak engellileri korumaya yönelik hukuki düzenlemeler, ulusal hukuk düzeyinde ve uluslararası insan hakları sözleşmelerinde yer almaya başlamış; engellilik temalı insan hakları belgeleri oluşturulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Ayrımcılık Yasağı, Engelliler, Engelli Hakları, Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri.

ABSTRACT
Master's Thesis
Prohibition of Discrimination against Disabled in the light of
International Human Rights Law Conventions
Buket DENİZ

Dokuz Eylül University
Graduate School of Social Sciences
Department of Public Law
Human Rights Law Master Program

Discrimination with many different types is one of the oldest and most common violations that prevent all rights subjects from taking advantage of human rights on equal terms. It also prevents the realization of equality as legal and actual. The most important factor in the violation of the fundamental rights of disabled people is the discrimination they are subjected to.

Almost all of the international human rights conventions have adopted the principle of equality by prohibiting discrimination on various grounds. Human rights conventions that regulate the prohibition of discrimination are very important to protect against discrimination arising from discrimination against persons with disabilities. In fact, international human rights conventions generally protect all people, including people with disabilities. Therefore, theoretically, it can be considered that there is no need for separate protection for persons with disabilities and other disadvantaged groups. In practice, however, separate arrangements for persons with disabilities and the provision of special protection for them have emerged as a necessity. For this reason, in the course of time, legal regulations aimed at protecting persons with disabilities have begun to be included in national law and international human rights conventions. Disability themed human rights documents were created.

Keywords: Prohibition of Discrimination, Disabled People, Disability Rights, International Human Rights Conventions.

**ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMELERİ IŞIĞINDA
ENGELLİLERE YÖNELİK AYRIMCILIK YASAĞI**

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	xi

GİRİŞ	1
-------	---

**BİRİNCİ BÖLÜM
AYRIMCILIK, ENGELLİLİK ve ENGELLİ HAKLARI**

I. AYRIMCILIK	3
A. Ayrımcılık Kavramı	3
B. Ayrımcılık Türleri	5
1. Doğrudan Ayrımcılık	5
2. Dolaylı Ayrımcılık	6
3. Dolayısıyla Ayrımcılık	7
4. Taciz	8
5. Makul Uyumlaştırmanın Reddi	9
6. Mağdurlaştırma	9
7. Çoklu Temelde Ayrımcılık	10
8. Pozitif Ayrımcılık	10
C. Ayrımcılıkla İlişkili Bazı Kavramlar	11
1. Eşitlik	11
a. Genel Olarak	11
b. Eşitlik Türleri	13
(1) Şekli Eşitlik	13
(2) Maddi Eşitlik	15
2. Farklı Muamele	18

3. Nefret Suçu	19
D. Ayrımcılık Yasağı	20
II. ENGELLİ KAVRAMI	22
A. Genel Olarak	22
B. Engelliliğin Tanımı	24
C. Engellilik Türleri	27
D. Engelliliğe Yönelik Yaklaşımlar	28
1. İlkel Yaklaşım (Ahlaki Model)	28
2. Tıbbi Yaklaşım (Medikal Model)	29
3. Sosyal Model	30
4. İnsan Hakları Yaklaşımı	31
III. ENGELLİ HAKLARI	32
A. Genel Olarak	32
B. Engelli Haklarının Gelişimi	33
C. Engellilere İlişkin Temel Haklar	39
1. Eğitim Hakkı	39
2. Sağlık Hakkı	41
3. Çalışma Hakkı	43
4. Siyasi Katılım Hakkı	46
5. Erişilebilirlik	49
6. Ayrımcılık Yasağı	51

İKİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMELERİNDE ENGELLİLERE YÖNELİK AYRIMCILIK YASAĞI

I.BİRLEŞMİŞ MİLLETLER SÖZLEŞMELERİ	56
A. Birleşmiş Milletler	56
B. Engelli Hakları Sözleşmesi	58
1. Genel Olarak Kapsamı	58
2. Ayrımcılık Yasağı	60
a. Genel Olarak	60

b. Engelli Hakları Komitesi'nin Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Hakkında Yorumu	64
c. Engelli Kadınlar ve Engelli Çocuklar	68
d. Engelli Hakları Komitesi'nin Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Diğer Haklara İlişkin Değerlendirmeleri	70
3. Denetim Mekanizması	75
a. Engelli Hakları Komitesi ve Denetim Usulleri	75
i. Engelli Hakları Komitesi ve Yapısı	75
ii. Rapor Usulü	75
iii. Bireysel Başvuru Usulü	77
aa. Genel Olarak	77
bb. Örnek Kararlar	80
aaa. Fiona Given/Avusturalya Kararı	80
bbb. H.M./İsveç Kararı	83
iv. Soruşturma Usulü	85
b. Ulusal Mekanizmalar	86
C. Diğer Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri	88
1. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi	88
a. Genel Olarak Kapsamı	88
b. Ayrımcılık Yasağı	88
c. Denetim Mekanizması	91
2. Ekonomik, Kültürel ve Sosyal Haklar Sözleşmesi	93
a. Genel Olarak Kapsamı	93
b. Ayrımcılık Yasağı	93
c. Denetim Mekanizması	96
3. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi	98
a. Genel Olarak Kapsamı	98
b. Ayrımcılık Yasağı	99
c. Denetim Mekanizması	100
4. Çocuk Hakları Sözleşmesi	101

a. Genel Olarak Kapsamı	101
b. Ayrımcılık Yasağı	103
c. Denetim Mekanizması	105
II. AVRUPA KONSEYİ SÖZLEŞMELERİ	106
A. Avrupa Konseyi	106
B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	107
1. Genel Olarak Kapsamı	107
2. Ayrımcılık Yasağı	109
3. Denetim Mekanizması	111
4. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Seçili Kararları	113
a. Guberina/Hırvatistan Kararı	113
b. Kiyutin/Rusya Kararı	116
c. Glor/İsviçre Kararı	120
d. Çam/Türkiye Kararı	122
e. Enver Şahin/Türkiye Kararı	125
C. Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı	127
1. Genel Olarak Kapsamı	127
2. Ayrımcılık Yasağı	131
3. Denetim Mekanizması	134

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ENGELLİLERE YÖNELİK AYRIMCILIK YASAĞI

I. 1982 ANAYASASI	137
A. Anayasa Hükümleri	137
B. Anayasa Mahkemesi'nin Örnek Kararları	141
1. Halit Aydemir Kararı	141
2. T.A.A. Kararı	144
II. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU	146
III. 4857 SAYILI İŞ KANUNU	148
IV. 657 SAYILI DEVLET MEMURLARI KANUNU	151
V. 5378 SAYILI ENGELLİLER KANUNU	152

VI. 6701 SAYILI TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU KANUNU	156
SONUÇ	161
KAYNAKÇA	171

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
AIHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AK	Avrupa Konseyi
ASHK	Avrupa Sosyal Haklar Komitesi
ASS	Avrupa Sosyal Şartı
AYM	Anayasa Mahkemesi
BM	Birleşmiş Milletler
bkz.	Bakınız
CEDAW	Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi
ÇHK	Çocuk Hakları Komitesi
ÇHS	Çocuk Hakları Sözleşmesi
DMK	Devlet Memurları Kanunu
EHK	Engelli Hakları Komitesi
EHS	Engelli Hakları Sözleşmesi
ESKHK	Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi
ESKHS	Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi
GGASS	Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı
İHEB	İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
İHK	İnsan Hakları Komitesi
m.	Madde
MSHS	Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi
No.	Numara
s.	Sayfa Numarası
ss.	Sayfadan Sayfaya

GİRİŞ

Engelli bireyler, çeşitli derecelerde yeti yitimi olan ve fiziksel, çevresel, mekânsal koşullar ile toplumsal algılar nedeniyle toplum hayatına tam ve eşit şekilde katılmaları engellenen bireylerdir. Engellilik tam olarak ne kişinin fiziksel özelliklerinden, ne toplumsal önyargılardan ne de çevresel faktörlerden ibarettir; engellilik aslında tüm bu faktörlerin bir toplamıdır. Kişide engelliliğe sebebiyet veren yeti yitimi durumu, doğuştan gelen bir durum olabilir ya da daha sonra hastalık, kaza, afet gibi sebeplerle ortaya çıkabilir. Her engellinin engellilik türü farklı farklıdır; engellilik derecesi de bireyden bireye çeşitlilik gösterir.

Engellilik, insanlık tarihi kadar eski bir olgu olup her dönemde farklı bakış açılarıyla değerlendirilmiştir. İnsanlık tarihinin büyük bölümünde cahillik ve çeşitli hurafeler sebebiyle engelli bireyler uğursuz, lanetli bireyler olarak algılanmış; toplumsal alandan dışlanmış ve en temel insan hakkı olan yaşama hakları dahi ellerinden alınmıştır. Son yüzyılda ise insan hakları kavramının önem kazanması ile birlikte, engellilik de bu kavram çerçevesinde ele alınmış ve engelli haklarına ilişkin çeşitli hukuki düzenlemeler yapılmıştır. Her ne kadar engellilerin insan hakları, uluslararası hukuk belgelerinde ve devletlerin ulusal hukukları bağlamında tanınmaya ve korunmaya başlandıysa da, günümüzde hala dünyanın pek çok bölgesinde, engellilerin temel hak ve özgürlüklerini tam anlamıyla kullanmaları mümkün olmamaktadır. Bunun en temel sebebi ise maruz kaldıkları ayrımcılıktır.

Ayrımcılık temel olarak, iki kişi ya da durum arasında bir farklılık olmamasına rağmen farklı davranmak, kişi ya da durumlar arasında ayrım yaratmak veya farklı durumlar söz konusu olmasına rağmen farklı durumda olanlara aynı şekilde davranmak şeklinde ortaya çıkar. Her farklı muamele ayrımcılık anlamına gelmemektedir; bir farklı muamelenin ayrımcılık olarak kabul edilmemesi için makul bir sebebe dayanması gerekmektedir.

Ayrımcılık, bir gruba veya grubun üyelerine karşı önyargılardan beslenen olumsuz tutum ve davranışlar ile ilgili bir süreç olup bir kişiye, belirli bir özelliğine dayalı olarak keyfi ya da haksız bir davranışta bulunulması ve bu suretle kişinin mağdur edilmesi anlamına gelmektedir. Ayrımcılık, modern yaşamın karmaşık yapısına bağlı olarak, kişilerin farklı özelliklerine dayalı, farklı temellerde ortaya

çıkmakta ve günlük hayatta pek çoğumuzun karşı karşıya kalabildiği olumsuz tutumların ve uygulamaların kaynağını oluşturmaktadır. Hatta insanlık tarihinde çok ağır etkiler ve acılar yaratan olayların kaynağında da ayrımcılık yer almaktadır. Önemine binaen, doktrinde ve hukuk metinlerinde ayrımcılığın türleri ayrı ayrı tespit edilerek tanımlanmıştır.

Ayrımcılık, kişilerin insan haklarına erişimleri bakımından en büyük engellerden biri olup ayrımcılığın insan onurunu zedeleyici bir etkisi mevcuttur; bu nedenle eşitlik ilkesi ile bağlantılı olarak uluslararası insan hakları sözleşmelerinin hemen hemen hepsinde yasaklanmıştır. Öte yandan ayrımcılığın türlerinden biri olan pozitif ayrımcılığın, eşitlik ilkesini zedelediği kabul edilmektedir; zira engelli bireylerin de aralarında olduğu toplumsal anlamda dezavantajlı gruplar, hâlihazırda diğer bireylerle çeşitli açılardan eşit durumda değildir ve pozitif ayrımcılık, eşitsizlikleri gidermek bakımından bir araçtır. Devletlerin kâğıt üzerinde eşitliği sağlaması engellilerin haklarını kullanması bakımından yeterli değildir; engellilere yönelik pozitif ayrımcılık uygulamalarının geliştirilmesi ve uygulanması gerekmektedir. Bunun yanında devletlerin engellilere yönelik ayrımcı nitelikteki hukuki düzenlemeleri ortadan kaldırmak, kamu kurum ve kuruluşlarının ayrımcı uygulamalarına son vermek, üçüncü kişilerin engellilere yönelik ayrımcılık içeren eylemlerine ilişkin caydırıcı yaptırımlar uygulamak ve eğitim yoluyla toplumsal anlamda mevcut olan ayrımcı önyargı ve tutumlarla mücadele etmek yükümlülükleri de mevcuttur.

Uluslararası insan hakları sözleşmelerinde yer alan engellilere yönelik ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeler, bu sözleşmelere taraf olan ülkelerin iç hukuklarını, uygulama ve politikalarını etkilemekte ve dönüştürmektedir. Engelli bireyler bakımından ayrımcılık yasağına ilişkin bu düzenlemeler, haklarına erişim noktasında büyük önem taşımaktadır. Çalışmanın ilk bölümünde konu ile ilgili olarak ayrımcılık ve engelliliğe ilişkin temel kavramlar incelenecektir. İkinci bölümde uluslararası insan hakları sözleşmelerinin engellilere yönelik ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeleri değerlendirilecek; son bölümde ise Türk hukukundaki konuyla ilgili düzenlemeler ele alınacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

AYRIMCILIK, ENGELLİLİK ve ENGELLİ HAKLARI

I. AYRIMCILIK

A. Ayrımcılık Kavramı

Ayırım ifadesi, “bir kimse veya nesnenin bir başkasıyla karıştırılmamasını sağlayan ayrılık, benzer şeyleri birbirinden ayıran özellik, başkalık, fark” anlamına gelir. Hukuk dilinde ayırım yapmak, bir özelliğine dayalı olarak bir kişiye keyfi ya da haksız bir davranışta bulunulması ve bu suretle mağdur edilmesi anlamına gelecek şekilde kullanılır¹. Bir başka deyişle iki kişi ya da durum arasında bir farklılık olmamasına rağmen farklı davranmak, kişi ya da durumlar arasında ayırım yaratmak veya farklı durumlar söz konusu olmasına rağmen farklı durumda olanlara aynı şekilde davranmak ayrımcılık olarak tanımlanabilir². Yine başka bir tanımlamaya göre, kişinin doğuştan var olan ya da kendi iradesi ile değiştirmesi mümkün olmayan veya değiştirmesi kendisinden beklenilmeyecek ve kişisel özgürlükler kapsamında koruma altında olan özellikleri nedeniyle, benzer bir durumda bu özelliği taşımayan bir başka kişiye kıyasla hukuken haklı görülmeyecek olumsuz bir farklı davranışa maruz bırakılmasıdır³.

Ayrımcılık, bir gruba veya grubun üyelerine karşı önyargılardan beslenen olumsuz tutum ve davranışlar ile ilgili bir süreçtir. Önyargılar ve önyargılardan beslenen ayrımcılık, bir gruba veya grup üyelerine yönelik olumsuz düşüncelerin yanında hoşlanmama, hor görme, kaçınma ve nefret etmeye kadar uzanabilen olumsuz tutumlara yol açar. Ayrımcılığın yöneldiği kişiler, kendi kişisel özellikleri değil ait oldukları grubun özellikleri nedeniyle bu davranışların hedefi olurlar⁴.

¹ Gözde Kaya, *Avrupa Birliği İş Hukuku’nda Cinsiyet Ayrımcılığı*, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2010, s. 17.

² Şennur Ağırbaşı, *Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine*, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 36.

³ Nurten Öztürk, *Nefret ve Ayrımcılık Suçu*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 10.

⁴ Melek Göregenli, “Temel Kavramlar: Önyargı, Kalıpyargı ve Ayrımcılık”, *Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar*, (Ed. Kenan Çayır, Müge Ayan Ceyhan), 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 21.

Önyargı, belirli bir grubun üyelerine yönelik sadece bu gruba ait olmaları nedeniyle gösterilen olumsuz tutumdur. Önyargılar, her türlü gerçek kanıttan yoksun olarak peşinen üretilmiştir ve bireylerden ziyade bir gruba yöneliktir. Sosyal psikologlar toplumsal bağlamda özellikle ırka, cinsiyete, yaşlılara, eşcinsellere, göçmenlere, engellilere yönelik önyargıların varlığına işaret etmektedirler⁵. Günlük yaşamda önyargı kavramı sıradan, iyi veya kötü bir yargı yüklü olmayan herhangi bir ‘ön fikir’ için kullanılıyor olsa da, ayrımcılık literatüründe gruplarla aramıza fiziksel ya da sosyal mesafe koymaya yol açan ve davranışa dönüştüğü durumlarda ayrımcılık oluşturan tutumlardır⁶.

Önyargılar sık sık kalıpyargılarla (stereotip)⁷ ile karıştırılır. Bu iki kavram birbirinden farklı olmakla birlikte birbirlerini tamamlar. Kalıpyargılar da önyargılar gibi, insanın gerçekliğe ilişkin sosyal ve zihinsel temsillerini biçimlendirir. Kalıpyargılar, belirli bir objeye ya da gruba ilişkin bilgi boşluklarını dolduran, böylece onlar hakkında karar vermeyi kolaylaştıran önceden oluşturulmuş izlenimler, yargılar bütünüdür. Yeni bir olgu, obje ya da grup ile karşılaşıldığında onlarla ilgili fikrimiz bu tür kalıpyargılarla biçimlenir. Böylece yeni olguyu ya da grubu gerçek özellikleri ile değil, önceden sahip olduğumuz kalıpyargılar ile algılama eğiliminde oluruz; şayet bunlar olumsuz kalıpyargılar ise önyargı oluşumunda etkili olacaktır⁸. Kalıpyargıların kişinin bilişsel enerjisini koruması, fazla inceleme ve düşünme yapmasına gerek bırakmaması şeklinde pratik etkileri vardır. Ancak bunun yanında davranışsal beklentilere yol açarak “kendini doğrulayan kehanet”lerin oluşmasına neden olur. Bunun anlamı şudur; bireyler, sahip oldukları kalıpyargılara göre başkalarından bazı davranışları beklerler ve etkileşim halinde oldukları o bireyin bu davranışları sergilemesine neden olacak şekilde davranırlar. Sonra da bu durumun daha önceden kendileri tarafından tahmin edildiğini ileri sürerler⁹.

Modern yaşamın karmaşık yapısına bağlı olarak, günümüzde ayrımcılık farklı temellerde karşımıza çıkmaktadır. Toplumsal cinsiyet, cinsel yönelim, etnik köken, yaş, dil, engellilik gibi ayrımcılık temellerine yoksulluk, fiziksel görünüm gibi farklı

⁵Zehra Yaşın Dökmen, **Toplumsal Cinsiyet Sosyal Psikolojik Açıklamalar**, 7. Basım, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 98.

⁶Göregenli, s. 22.

⁷Kelimenin etimolojik kökeni stereos (katı) ve typos (nitelik, tip) sözcükleridir. Yaşın Dökmen, s. 96.

⁸Göregenli, s. 23.

⁹Yaşın Dökmen, s. 96.

temeller de eklenebilir. Ülkemizde ve dünyada giderek artan antisemitizm, islamofobi, zenofobi, homofobi, kadına karşı şiddet, yaş ya da engelliliğe dayalı sosyal dışlamalar, önyargılı ve kalıplaşmış yaklaşımlar ve nefret suçları ayrımcılığı oldukça tehlikeli boyutlara ulaştırmıştır¹⁰.

Ayrımcılığın farklı türleri bulunmaktadır. En klasik görünümü olan “doğrudan ayrımcılık” hukuk belgelerinde yasaklanan ilk ayrımcılık türü olmakla beraber, yalnızca doğrudan ayrımcılığın yasaklanmasının ayrımcılıkla mücadelede yeterli olmadığı anlaşıncaya ayrımcılığın daha değişik ve güncel türleri de tanımlanmaya ve hukuken düzenlenmeye başlanmıştır.

B. Ayrımcılık Türleri

1. Doğrudan Ayrımcılık

Doğrudan ayrımcılık, ayrımcılığın en tipik türü olup bir kişi veya grubun ayrımcılığın yasaklandığı nedenlerden ötürü (dil, etnik köken, cinsel yönelim, engellilik vs.) insan haklarından ve özgürlüklerden, aynı veya benzer konumda olan diğer kişilerle eşit bir şekilde yararlanmasını ve bunların kullanılmasını engellemeye ya da zorlaştırmaya yönelik her türlü fark, dışlama, sınırlama veya tercihte bulunmadır¹¹. Doğrudan ayrımcılığa örnek olarak istihdam edilen kadın ve erkek çalışanlar arasında salt cinsiyete dayalı ücret farklılıkları yaratılması, aynı suçtan farklı ırka mensup kişilere farklı cezalar öngörülmesi ya da bir fiilin bir ırk için suç sayılırken bir diğer ırk için sayılmaması, kişilerin etnik kökenini aşağılayan sıfatlar kullanılması, bir kişiye sadece engelli olmasından ötürü işin niteliğine uygun olsa dahi iş vermemek verilebilir¹².

Doğrudan ayrımcılığın içerisinde birden fazla unsur barınmaktadır. İlk olarak farklı muamelenin varlığı gereklidir. Ayrımcılık, aynı veya benzer konumda olan kişiler arasında olabileceği için bu kişilerin konumları karşılaştırılmalıdır. İkincisi,

¹⁰ Serkan Kolat, *Avrupa Birliği Sosyal Politikası Çerçevesinde Özürlülere Yönelik Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye’deki Yansımaları*, T.C. Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı, Yayın No:49, Ankara, 2010, s. 14.

¹¹ İdil Işıl Gül ve Ulaş Karan, *Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi*, (Ed. Gökçeççek Ayata, Burcu Yeşilada), 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011, s. 9.

¹² Levent Korkut, *Ayrımcılık Karşıtı Hukuk*, 1. Baskı, Adres Yayınları, Ankara, 2009, s. 46.

kişilerin aynı veya benzer konumda olmaları söz konusu ise, yapılan farklı muameleyi meşru kılan bir amacın mevcut olup olmadığının tespiti gereklidir. Bu amacın meşru olması, nesnel ve makul olması ve ulaşılmak istenen amaç ile kullanılan araç arasında orantının bulunması gerekmektedir¹³. Örneğin, görme engelli öğrencilerin sınavlarda şekilli sorulardan muaf tutulmaları, ortada haklı bir nedenin olması sebebiyle diğer öğrenciler aleyhine ayrımcı bir muamele sayılmazken üniversite tercih kitapçığında “Okulumuza engeli öğrenci kabul edilmeyecektir.” şeklinde bir ifadenin olması, ortada meşru bir amacın bulunmamasından dolayı engelliliğe dayalı doğrudan ayrımcılık oluşturacaktır¹⁴.

Doğrudan ayrımcılığın yargı önünde ispatlanabilmesi, ayrımcılık mağduru olduğunu iddia eden kişinin durumu ile karşılaştırılma imkânı olan bir başka kişiyi referans verebilmemize bağlıdır. Doğrudan ayrımcılığın varlığını ortaya koymak için gerekli olan bu ‘karşılaştırma öznesi’nin belirlenmesi ise her zaman kolay olmayabilir. Bu karşılaştırma, sadece aynı ve benzer durumda olanlar arasında yapılabilir. Bu özneyi bulmak mümkün olmadığında ise aynı koşullarda olan varsayımsal bir karşılaştırma öznesi ile ispat sağlanabilir¹⁵.

2. Dolaylı Ayrımcılık

Ayrımcılık, sadece aynı veya benzer durumda olanlara farklı muamele yapılması şeklinde ortaya çıkmaz. Bazen ayrımcılık kapsamında değerlendirilen davranış farklı muamele değil, aynı muameledir¹⁶. Herkes için aynı şekilde geçerli ve görünüşte tarafsız olan; ancak bazı kişiler ve gruplar açısından diğerlerinden farklı şekilde ya da olumsuz yönde etkiler yaratan yasal düzenlemeler, uygulamalar veya tedbirler dolaylı ayrımcılık kapsamında değerlendirilir¹⁷. Dolaylı ayrımcılık, doğrudan ayrımcılığın yasaklanması sonucunda istenilen amacın gerçekleşmesi için başvuru olan ikinci bir yoldur. Burada görünümdeki farklı muameleden ziyade, muamelenin eşit

¹³ Gül ve Karan, *Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi*, ss. 9-10.

¹⁴ Engelli Kadın Derneği, (Der. Gizem Tanay Aksaç, Arzu Şenyurt Akdağ), *Ayrımcılık ve Engelli Hakları*, 1. Baskı, 2015, Ankara, <http://www.engellikadin.com/wp-content/uploads/AYRIMCILIK-VE-ENGELLI-HAKLARI.pdf> (09.04.2017), s. 9.

¹⁵ Korkut, s. 46.

¹⁶ Öztürk, s. 13.

¹⁷ Gül ve Karan, *Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi*, s. 10.

olmayan sonuçları önemlidir. Bu ayrımcılık türü çoğu zaman kişiler veya gruplar arasında mevcut olan ekonomik, sosyal, eğitimsel, fiziksel vs. koşulların bilinçli olarak göz ardı edilerek ulaşılmak istenen amaç doğrultusunda başvurulmuş bir ayrımcılık yöntemidir¹⁸.

Dolaylı ayrımcılığın varlığından söz etmek için üç unsurun bulunması gerekir. Bunlardan ilki, ortada görünüşte tarafsız bir uygulama, tedbir ya da kuralın olması, ikincisi bu uygulama, tedbir ya da kuralın olumsuz sonuçlar doğurması ya da doğurma ihtimalinin bulunması ve son olarak bu durumu meşru kılacak bir nedenin bulunmamasıdır¹⁹.

Doğrudan ayrımcılık ile dolaylı ayrımcılık arasındaki temel fark, ilkinin “farklı” muameleyi yasaklarken, ikincisinin ayrımcı etkileri olan “aynı” muameleyi yasaklamasıdır. Örneğin bir işverenin işe alımda diksiyon şartı araması -bu şart işin gereği değilse- herkeste bu şartın aranması nedeniyle görünürde eşit bir muamele olsa da konuşma bozukluğu olan bireyler için ayrımcılık teşkil edecektir²⁰.

3. Dolayısıyla Ayrımcılık

Bazı ayrımcı muamelelerde kişinin kendisi ile ilgili değil de, yakın ilişkisi olduğu bir başka kişinin bir özelliği nedeniyle ayrımcılık söz konusudur. Burada yapılan ayrımcılığın nedeni ayrımcılığa uğrayan kişinin değil, onunla bağlantılı bir başkasının özelliklerinden kaynaklanmaktadır²¹.

Söz konusu ayrımcılık türü ile ilgili bir örnek olan Avrupa Toplulukları Adalet Divanı’nın S.Coleman v. Attridge Law & Steve Law²² kararı, kendisi engelli olmayan ancak engelli bir oğlu bulunan bir işçi ile ilgilidir. Davacı, çocuğuyla ilgilenabilmek

¹⁸ Pir Ali Kaya, **Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2014, s. 54.

¹⁹ Gül ve Karan, **Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi**, s. 10.

²⁰ Engelli Kadın Derneği, **Ayrımcılık ve Engelli Hakları**, s. 10.

²¹ Gül ve Karan, **Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi**, s. 10.

²² Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, **S. Coleman v. Attridge Law & Steve Law**, Kararı, Dava Esas Numarası: C-303/06, Karar Tarihi: 17.07.2008, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:62006CJ0303> (30.12.2018).

Kararda, istihdam ve çalışma hayatında eşit muamele için genel çerçeve oluşturan 27.10.2000 tarih ve 2000/78 sayılı Avrupa Birliği Konseyi Direktifi hükümlerinin doğrudan ayrımcılığın yasaklanması sadece kendileri engelli olanlarla sınırlı olarak yorumlanmaması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre Direktif’in 1. 2. ve 3. maddeleri gereğince ortaya konan taciz yasağı, sadece kendisi engelli olanlarla sınırlı değildir. Kişinin bakmakla yükümlü olduğu engelli çocuğu sebebiyle tacize uğraması durumunda da taciz yasağı geçerli olacaktır.

için daha esnek çalışma saatleri talep etmesi üzerine işyerinde taciz edilmiş ve işten ayrılmaya zorlanmıştır. Divan, bu olay ile ilgili olarak ayrımcılığa karşı öngörölmüş olan hukuki düzenlemelerin amaç ve etkililiğı bakımından, o kişi ile bağlantılı olarak bir başkasının ayrımcılığa uğraması durumunda da uygulanabilir olduğunu tespit etmiştir²³.

4. Taciz

Taciz, önceleri doğrudan ayrımcılık kapsamında değerlendirilirken sonradan başlı başına bir ayrımcılık türü olarak düzenlenmeye başlamıştır²⁴. Irk, etnik köken, din ya da inanç, yaş, cinsel yönelim, engellilik gibi nedenlerden biriyle ilgili olarak bir kişinin onurunu zedelemek ve tehdit amaçlı, düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü ya da saldırgan bir ortam yaratmak amacıyla bir fiil gerçekleştirmeye taciz adı verilir. Amaç taciz etmek olmasa bile, bir davranış sonuç olarak onur kırıcı bir etkiye sahipse taciz olarak değerlendirilebilir²⁵.

Tacize konu olan davranışlar genelde iş yerlerinde görölmekte olup kişinin görünüşüyle, fiziksel özellikleriyle ilgili utandırıcı, hoş karşılanmayan şakalar veya yorumlar, kişiyi dışlama amaçlı düşmanca hareketler, istenmeyen fiziksel temas, cinsel talepler, fiziksel saldırı gibi fiillerdir²⁶. İş yerinde işitme engelli bir bireyin iş arkadaşları tarafından üzerine kalem atılarak çağırılması tacize örnek olarak verilebilir²⁷.

Tacizin gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirirken doğrudan ve dolaylı ayrımcılıkta olduğu gibi bir karşılaştırma öznesinin belirlenmesine ihtiyaç yoktur²⁸. Bu durum esasında, tacizin gerçekleştiğı şekil (sözlü, sözsüz veya fiziksel istismar) ve potansiyel etkisinden (insan haysiyetini zedelemek) kaynaklanmaktadır²⁹. Tacizin

²³ Gül ve Karan, *Ayrımcılık Yasası Eğitim Rehberi*, s. 11.

²⁴ Avrupa Konseyi, *Avrupa Ayrımcılık Yasası Hukuku El Kitabı*, Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, 2010, s. 31.

²⁵ Gül ve Karan, *Ayrımcılık Yasası Eğitim Rehberi*, s. 11.

²⁶ Öztürk, s. 18.

²⁷ Engelli Kadın Derneğı, *Ayrımcılık ve Engelli Hakları*, s. 13.

²⁸ Korkut, s. 47.

²⁹ Avrupa Konseyi, *Avrupa Ayrımcılık Yasası Hukuku El Kitabı*, s. 32.

yasaklanmasında amaçlanan husus, hak ve özgürlüklerden yararlanılmasının insan onuruna yakışır bir ortamda sağlanmasıdır³⁰.

5. Makul Uyumlaştırmanın Reddi

Makul uyumlaştırma özellikle engelli kişiler açısından önemli bir kavram olup işveren veya herhangi bir kişi ya da kuruluşun, bir hükmün, ölçütün veya uygulamanın beraberinde getirdiği dezavantajları ortadan kaldırmak için uygun tedbirleri almasıdır. Buna tekerlekli sandalyeli kişilerin işyerlerine erişimi için fiziki mekânlarda düzenlemelerin yapılması, çalışma saatlerinin engelli çalışanın durumuna göre ayarlanması, işyerindeki araçların engelli çalışanın kullanabileceği şekilde oluşturulması, görevlerin çalışanlar arasında dağılımının düzenlenmesi gibi örnekler verilebilir³¹. Makul uyumlaştırma, erişilebilirliğin bireyselleştirilmiş bir görünümüdür ve engelli bireylerin insan hak ve özgürlüklerinden yararlanması bakımından fırsat eşitliğini sağlamak üzere erişilebilirlik kurumunu tamamlayan bir araçtır³².

Makul uyumlaştırmanın reddi belirli koşulların varlığı halinde ayrımcılık anlamına gelebilir. Bu koşullar şu şekildedir: uyumlaştırmayı sağlama yükümlülüğü bulunan tarafın buna ihtiyacı olan kişinin durumundan haberdar olması, uyumlaştırmanın makul olması ve ilgili kişiye aşırı yük yüklemiyor olması, uyumlaştırmanın üçüncü kişiler açısından faaliyetlerini önemli ölçüde güçleştirmemesi, uyumlaştırmanın makul olması için uyumlaştırmanın imkânsız hale gelmemesi³³.

6. Mağdurlaştırma

Mağdurlaştırma, eşit işlem yapılması ve ayrımcılığın önlenmesi amaçlarıyla idari şikâyet ya da yargı yoluna başvuran bireylerin, bu girişimlerinin önlenmesi ya da cezalandırılması gibi bir nedenle olumsuz bir tutum ya da davranışla karşı karşıya kalmalarıdır. Mağdurlaştırmaya maruz kalan kişi, kendisine ayrımcılık yapılan bireyin

³⁰ Öztürk, s. 18.

³¹ Gül ve Karan, *Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi*, s. 12.

³² Kolat, s. 21.

³³ Gül ve Karan, *Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi*, s. 12.

yanında bir şikâyet ya da dava nedeniyle delil sunan, şikâyetle bulunan veya dava açan üçüncü kişi de olabilir. Mağdurlaştırma eylemi doğrudan ya da dolaylı bir ayrımcılık davranışı içermemekle birlikte bir ayrımcılığın ortaya çıkmasını ya da ayrımcılığa neden olan fiilin cezalandırılmasını engellemek şeklinde olduğu için ayrımcılık kapsamında kabul edilmektedir³⁴. Örneğin bir işçinin işyerindeki ayrımcı uygulamaları şikâyet etmesi nedeniyle işveren tarafından işten çıkarılması veya terfiinin engellenmesi şeklinde bir muameleye maruz kalması halinde mağdurlaştırma söz konusudur.

7. Çoklu Temelde Ayrımcılık

Çoklu temelde ayrımcılığa “çoklu ayrımcılık” ya da “kesişen ayrımcılık” da denmektedir. Burada bir kişinin birden çok temelde ayrımcılığa uğraması söz konusudur. Çoklu temelde ayrımcılık, bir kişinin farklı alanlarda farklı temelde ayrımcılığa uğraması ile söz konusu olabileceği gibi, bir kişinin tek bir olayda birden fazla temelde ayrımcılığa uğraması şeklinde de olabilir³⁵. Örneğin bir kişinin hem kadın hem de engelli olması gerekçesi ile ayrımcılığa uğraması çoklu temelde ayrımcılıktır.

8. Pozitif Ayrımcılık

Pozitif ayrımcılık, ileride bahsedilecek olan şekli eşitlik ilkesinin eksikliklerine bağlı olarak toplumda ortaya çıkan fiili adaletsizlikleri düzeltmek için geliştirilmiş çağdaş bir yaklaşımdır. Pozitif ayrımcılık, soyut hukuk normlarının toplumun gündelik yaşamındaki pratik yansımalarını göz önünde tutmayı gerektirir. Dolayısıyla şekli eşitlik ilkesinin seyirci kaldığı fiili eşitsizlikleri azaltmayı ya da ortadan kaldırmayı amaçlar. Bu amaçla özellikle anayasal düzeyde devlete yükümlülükler öngören normatif hükümlere yer verilmesi, devletin toplumda mevcut eşitsizlikler karşısında yansız değil, aktif bir tutum sergileyerek toplumsal barışın ve adalet duygusunun geliştirilmesine katkıda bulunması gereklidir. Pozitif ayrımcılık uygulamaları

³⁴ Korkut, s. 47.

³⁵ Gül ve Karan, *Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi*, s. 13.

kadınlar, engelliler, çocuklar, yaşlılar, LGBTİ bireyler gibi toplumsal anlamda dezavantajlı gruplar olarak ifade edilen bireyler için söz konusudur³⁶.

Pozitif ayrımcılıkta klasik ayrımcılıktan farklı olarak fırsat eşitliğini sağlayabilmek için belirli bir grup lehine ayrımcılık yapılır. Bu yapılırken dezavantajlı kişi ya da gruplar lehine genellikle kamu kaynaklı çeşitli programlar ve uygulamalar oluşturulur. Bu program ve uygulamalar eğitim, istihdam, sağlık, sosyal güvenlik gibi alanlarda sosyal politika araçları ile gerçekleştirilirler. Bu ayrımcılık türünde ayrımcılık yaratan muamele eşitlik ilkesini zedelemeyiz; çünkü haklarında pozitif ayrımcılık yapılan grup veya bireyler aslında toplumun geneli ile eşit değildirler. Bu kişiler daha önce hayatın çeşitli aşamalarında belirli nedenlerle ayrımcılık süreçlerine maruz kalmışlardır ve fiili eşitlik hâlihazırda bozulmuştur. Dolayısıyla pozitif ayrımcılık söz konusu eşitsizliği giderir³⁷. Devletin kamu kurumlarına istihdamda engelli kotası belirlemesi, araç satın alımında engellilerin bazı vergilerden muaf tutulması pozitif ayrımcılık uygulamalarına bir örnektir.

C. Ayrımcılıkla İlişkili Bazı Kavramlar

1. Eşitlik

a. Genel Olarak

Eşit, belli bir bakımdan birbirinden ne artık ne eksik olmayan iki veya daha çok şey anlamına gelirken; eşitlik iki veya daha çok şeyin eşit olması halidir³⁸. Eşitlik, aritmetik ve doğa bilimlerinden ahlak ve hukuka kadar pek çok bilimsel alanda ve gündelik yaşamda ‘şeylerin’ hem nicelik hem nitelik yönünden karşılaştırılmasında kullanılmaktadır³⁹.

³⁶ Şeref İba, “Eşitlik ve Pozitif Ayrımcılık Yönünden Dokuzuncu Anayasa Değişikliği”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 39, Sayı: 1, Mart 2006, s. 5.

http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/3df281bef2771d9_ek.pdf?dergi=Amme%20Idaresi%20Dergisi (24.03.2017) Pozitif ayrımcılık ile ilgili olarak “geçici özel önlem” ifadesi de kullanılmaktadır. Gül ve Karan, **Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi**, s. 81.

³⁷ Pir Ali Kaya, s. 58.

³⁸ **Türkçe Sözlük**, Gözden geçirilmiş 5. baskı, Türk Dil Kurumu Yayınları, Sayı:293, Ankara, 1969, s. 251.

³⁹ Merih Öden, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 20.

Eşitlik, özgürlük kavramı ile beraber insan hakları kavramının esinlendiği en önemli kavramlardan biri olarak kabul edilmektedir⁴⁰. İnsan hakları öğretisinde eşitlik, insanın doğasından kaynaklanmaktadır ve temelde bireyin onuruyla bağlantılıdır. Bu nedenle hiçbir kişi veya grup, farklı ve ayrıcalıklı muamele görme hakkına sahip olmadığı gibi, hiç kimse ya da grup bir başka kişi veya gruptan aşağı ya da ikinci seviyede olarak görülemez ve düşmanca muameleye tabi tutulamaz⁴¹.

İnsan hakları, toplumun sosyal sınıfları içerisindeki zayıf, güçsüz ve korumasız olanlarının korunmasını sağlar. Bir ülkede aynı hukuki koşullara sahip insanlar, insan haklarının kendilerine tanıdığı eşitlik sayesinde kendilerini ifade edebilir, maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilirler⁴². Bütün insanları eşit değere sahip kabul eden insan hakları öğretisi, farklı insan kategorilerine farklı değerler atfeden öğretilerin karşısında yer alır. Farklı ırk, cins, din veya sınıflara ait insanlara farklı statüler tanıyan kültür ve ideolojilerle bağdaşmaz⁴³. Bu tutum insan hakları ile ilgili metinlerinde “tüm insanlar eşittir” ifadesi ile eşitlik ilkesi olarak formüle edilir. Aslında burada kastedilen bir gerçeklik yargısı değil, bir değer yargısıdır. İnsanlar arasında fiziki, zihinsel, ahlaki ve sosyal anlamda pek çok farklılıklar ve eşitsizlikler mevcuttur. “Bütün insanlar eşittir” formülü ile ifade edilmeye çalışılan, herkesin insanlık sıfat ve onurunda eşit olduğudur. Bu ifadenin içerisinde “insanlara eşit davranılmalıdır”, “eşit (olarak) işlem yapılmalıdır” şeklinde emredici bir ilke saklıdır⁴⁴.

Eşitlik ilkesi ve özgürlüklerin, demokrasi idealinin de temeli olduğu kabul edilmektedir. Demokrasi ideali gereğince özgürlükler sadece küçük bir zümre, grup ya da sınıf için değil; herkes içindir. Bu nedenle demokratik bir toplumda özgürlükler herkese eşit olarak tanınmalı ve herkes eşit şekilde onlardan faydalanabilmelidir. İnsanların eşitsizliklerin farkına varabilmesi, eşitsizlikler hakkında bilinçlenebilmesi için özgür bir ortamın bulunması gereklidir⁴⁵. Özgürlüğün gerçekleşmesi için mutlaka eşitlik gereklidir; herkesin kendi kişiliğini geliştirmek için özgürlüklerden eşit biçimde

⁴⁰ Ulaş Karan, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Işığında Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012, s. 75.

⁴¹ Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku*, Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 376.

⁴² Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve Rifat Murat Önok, *İnsan Hakları El Kitabı*, Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 61.

⁴³ Mustafa Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Orion Yayınları, Ankara, 2015, s. 30.

⁴⁴ Öden, s. 23.

⁴⁵ Münici Kapanı, *Kamu Hürriyetleri*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 8.

faaydalanma imkânı bulamadığı bir sistem özgür olarak nitelendirilemez. Bu nedenle eşitlik ve özgürlük birbirlerinin ön şartı ve tamamlayıcısıdır⁴⁶.

Eşitliğin hukuku niteliği tartışmalıdır. Eşitliğin hukuk devleti ilkesi içinde yer alan bir ilke, bir temel hak ya da devlet yönetiminde hâkim bir temel ilke olduğu şeklinde görüşler mevcuttur. Bu ilkedен yararlanınlar açısından bakılacak olursa eşitlik ilkesi, eşit işlem görmeyi ya da ayırım gözetilmemesini isteme hakkını doğuracağından bir hak olarak kabul edilebilir. Devlet organları ve idareye eşit işlem yapmalarını zorunlu kılan devlet yönetimine hâkim olan bir temel ilke olarak ele alınabilir. Türk hukuku açısından bakılacak olunursa 1961 Anayasası eşitlik ilkesini “temel hak ve ödevler” kısmında düzenlemişken 1982 Anayasası “genel esaslar” kısmında yer vermiştir. Sistematik yorumla incelendiğinde Anayasa’nın eşitlik ilkesini devlet yönetimine hâkim olan bir temel ilke/genel esas şeklinde kabul ettiği söylenebilir⁴⁷. Ancak yine de eşitlik bir hak olarak kabul edilebilir. Günümüzde yürürlükte olan pek çok anayasada ve uluslararası belgede “eşitlik hakkı” deyimini geçer.⁴⁸

Günümüzde artık bütün çağdaş hukuk sistemlerinde insan haysiyet ve onurunun korunmasının temelini oluşturan eşitlik ilkesi, ayrımcılık karşıtı bir içerik kazanarak bireyler arası ilişkilerde ve birey-devlet ilişkisi bakımından her türlü sistematik veya örtülü ayrımcılığı reddeder şekilde yorumlanmaya başlanmıştır⁴⁹.

b. Eşitlik Türleri

(1) Şekli Eşitlik

Şekli eşitlik, herkesin hukuk süjesi olması ve herkesin hak sahibi olmada birbirine eşit olması anlamına gelir⁵⁰. Günümüzde yaygın şekilde kabul gören şekli eşitlik anlayışı, çağdaş anayasaların pek çoğunda yer alan ve asgari eşitlik ölçüsü

⁴⁶ Kapani, s. 12

⁴⁷ Kalabalık, s. 374.

⁴⁸ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Ankara, 2010, s.119.

⁴⁹ Pir Ali Kaya, s. 33.

⁵⁰ Tijen Dünder Sezer, “Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Yaklaşımlar ve Türk Anayasa Mahkemesi”, *İzmir Barosu Dergisi*, Temmuz 2009, Sayı:3, ss. 124-125.

olarak kabul edilen “kanun önünde eşitlik”⁵¹ kavramını ifade eder. Bu anlayışa göre devletin tüm bireylere eşit mesafede durması, bireyler arasında ayrımcılık yapmaması, kimseye keyfi ölçütlere göre farklı muamelede bulunmaması gerekir⁵².

Şekli eşitlik, kanunların genel olmasını gerektirir. Bu eşitlik anlayışında kişiler kişisel ve sübjektif durumları, özellikleri, yetenekleri göz önünde tutulmaksızın eşit işlem görürler. Şekli eşitlik, temel olarak eşitliğin eşitlere eşit, eşit olmayanlara farklı muamele ile gerçekleşeceğini öngörür⁵³. Eşit muamele ile eşitlik ilkesinin gereklerinin yerine getirildiği varsayılır ve sonuçlar ile ilgilenilmez⁵⁴.

Felsefi temelini Aristoteles’in “denkleştirici adalet” anlayışından alan şekli eşitlik ilkesi, liberal insan hakları öğretisinin bir parçasıdır ve büyük oranda devletin negatif yükümlülüklerine işaret etmektedir⁵⁵. Bu anlayışta devlet, özgürlüklerin engellenmesi ve eşitliğin bozulması açısından potansiyel tehdittir ve devlete düşen görev, bireylerin özgürlük alanlarına müdahale etmemektir⁵⁶. Şekli eşitlik ancak 20. yüzyılda gerçek anlamda uygulanır bir ilke olmaya başlamıştır. Anayasa mahkemelerinin yaygınlaşmasıyla ve uluslararası sözleşmelerin denetim mekanizmalarının işleyişiyle gerçek anlamda güvence altına alınmıştır.

Şekli eşitlik ırk, etnik köken, cinsiyet gibi alanlarda mevcut bulunan bazı eşitsizliklerin giderilmesinde belirli bir noktaya kadar rol oynamıştır. Bunun yanında engellilik, yaş gibi ayrımcılık temelleri söz konusu olduğunda yetersiz kalmıştır. Zira şekli eşitlik ilkesi ayrımcılığı yasaklamakla birlikte, fiili eşitsizliklerin ortadan kaldırılması için devlete özel önlemler alınması şeklinde bir yükümlülük getirmemekte; özel önlemlerin alınmasına sadece izin vermektedir⁵⁷. Bu nedenle bu anlayış “doğrudan ayrımcılıkları” önlemekle birlikte “dolaylı ayrımcılıkları” engelleyememektedir. Örneğin görme engelli bir bireyin yükseköğretime kabul

⁵¹“Hukuk önünde eşitlik”, “yasal eşitlik” gibi kullanımları da vardır. Kaya, *Avrupa Birliği İş Hukuku’nda Cinsiyet Ayrımcılığı*, s. 7. Ayrıca “mutlak eşitlik”, “yatay eşitlik” de kullanılmaktadır. Dündar Sezer, “Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Yaklaşımlar ve Türk Anayasa Mahkemesi”, s. 134.

⁵²Ensari Yücel, *Uluslararası ve Avrupa Konseyi Belgelerinde, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Denetimi*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015, s. 14.

⁵³Dündar Sezer, “Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Yaklaşımlar ve Türk Anayasa Mahkemesi”, s. 134.

⁵⁴Bilge Esin Kibar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Ayrımcılık Yasağı*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, s. 34.

⁵⁵Kaya, *Avrupa Birliği İş Hukuku’nda Cinsiyet Ayrımcılığı*, s. 7.

⁵⁶İdil Işıl Gül ve Ulaş Karan, *Ayrımcılık Yasağı Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme*, (Ed. Burcu Yeşiladalı, Gökçeççek Ayata), 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011, s. 5.

⁵⁷Gül ve Karan, *Ayrımcılık Yasağı Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme*, s. 5.

edilmesi, şekli eşitliğe göre gerekli ve yeterli olacaktır. Ancak bu öğrencinin öğrenimini düzgün şekilde sürdürebilmesi için gerekli ortam ve materyallerin sağlanması devletin yükümlülüğünde değilse, bu durumda eğitimde gerçek bir eşitlikten söz edilemez⁵⁸.

İnsan hakları konusunda uluslararası alanda ortaya çıkan ilk düzenlemeler olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS) ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (ESKHS) gibi sözleşmeler genel olarak şekli eşitlik anlayışını kabul etmektedir. Şekli eşitlik anlayışının olduğu durumda ayrımcılık yasağı ile ilgili düzenlemeler ayrı, bağımsız bir hak düzenlemesi şeklinde olmamakta; ayrımcılık yasağı hukukun tanınan diğer haklarla birlikte ileri sürülebilen fer'i bir hak olarak görülmektedir⁵⁹.

(2) Maddi Eşitlik

Maddi eşitlik ilkesi⁶⁰, şekli eşitlik anlayışının yetersiz kalması üzerine ortaya çıkmıştır. Temel olarak Aristoteles'in "dağıtıcı adalet anlayışı"na denk düşer⁶¹. Eşit durumda olanlara eşit muamele yapılmasını öngören ve eşit muameleye odaklanan şekli eşitlik ilkesinin aksine; maddi eşitlik ilkesi, mevcut eşitsizlikleri gidermeye yani farklı muameleye odaklanmıştır. Maddi eşitlik anlayışı, eşitsizliklerin fiili olarak ortadan kaldırılmasını öngörür ve farklı durumda olanlara mevcut farklılıkları ölçüsünde olumlu anlamda farklı muamele yapılmasını gerektirir⁶².

Maddi eşitlik anlayışı, bireylerin genellikle bir gruba ait olmaları nedeniyle sistematik bir biçimde dezavantajlı durumlara, ayrımcılığa, dışlanmaya, baskıya maruz kaldıkları düşüncesinden hareket eder⁶³. Dolayısıyla öncelikle bir gruba karşı

⁵⁸Yücel, *Uluslararası ve Avrupa Konseyi Belgelerinde, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Denetimi*, s. 14.

⁵⁹Karan, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Işığında Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı*, s. 84.

⁶⁰Nispi eşitlik, gerçek eşitlik, eylemsel eşitlik gibi kullanımları da vardır. Yücel, *Uluslararası ve Avrupa Konseyi Belgelerinde, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Denetimi*, s. 223. Mesut Gülmez, "Anayasal Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Eleştirel ve Aykırı Düşünceler", *Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu III Bildiriler*, (Düz. Kocaeli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü), Petrol-İş Yayını-116, İstanbul, 2011, <http://www.sosyalhaklar.net/2011/bildiri/gulmez.pdf> (26.02.2017), s. 73.

⁶¹Dündar Sezer, "Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Yaklaşımlar ve Türk Anayasa Mahkemesi", s. 137.

⁶²Karan, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Işığında Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı*, s. 85.

⁶³Nisan Kuyucu, *AİHM İçtihatında Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Kadına Yönelik Şiddet*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 16.

süregelen ayrımcılığın durdurulması amaçlanır. Eşitliğin sağlandığından emin olunmak için sadece muamelede değil, sonuçlarda eşitliğin sağlanıp sağlanmadığı kontrol edilir. Yani sadece yasaların ayırım yaratıp yaratmadığı değil, hukukun fiili etkisinin dezavantaj, ayrımcılık, dışlanma ya da baskı yaratıp yaratmadığına bakılır⁶⁴. Bunun yanında toplumda yerleşik önyargıların önüne geçilmek hedeflenir ve insanlar farklılıkları ile kabul edilerek toplumsal yaşama tam olarak katılımlarının sağlanması amaçlanır⁶⁵.

Maddi eşitlik anlayışı, devleti olumlu önlemler almak zorunda bırakan ve bireylerin farklılıklarını göz önünde tutarak tutum ve davranışlarda bulunmaya iten bir anlayıştır. Maddi eşitliğin sağlanabilmesi için devletin yalnızca doğrudan ayrımcılığı değil, dolaylı ayrımcılığı da yasaklaması ve eşitsizlikleri ortadan kaldıracak pozitif ayrımcılık uygulamaları da geliştirmesi gereklidir⁶⁶. Yine bu anlayışa göre devletin sadece kendisi bakımından değil, özel hukuk kişilerinin yarattığı ayrımcılıkla da mücadele etme yükümlülüğü –buna devletin yatay sorumluluğu da denmektedir– vardır⁶⁷.

Maddi eşitlik anlayışı, insan hakları bakımından medeni ve siyasi haklar yanında özellikle sosyal hakları da gündeme getirmektedir. Şekli eşitlik-maddi eşitlik ikilemi aslında insan hakları alanında ortaya çıkmış olan birinci kuşak haklar-ikinci kuşak haklar ikilemine denk düşer. Liberal insan hakları anlayışı, sosyal hakları insan haklarına dâhil etmeyerek eşitliğin kapsamını da şekli eşitlik ile sınırlı tutmaktadır⁶⁸. Sosyal devlet ilkesinin ise maddi eşitlik anlayışını içinde barındırdığı ileri sürülmektedir. Buna göre sosyal devlet kişilerin şekli eşitliği ile yetinmemeli, hakların dağıtımında maddi sonuçlarda eşitlik sağlanabilmesi için o anki sosyal gerçekliği de göz önünde tutmalıdır. Sosyal hukuk devletinde temel haklar, toplumun tüm grupları için gerçek “eşit özgürlüğü” garanti edecek şekilde yorumlanmalıdır⁶⁹.

⁶⁴Kuyucu, s. 16.

⁶⁵Kibar, ss. 37-38.

⁶⁶Gizem Tanay, **Ayrımcılık Suçu**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2012, s. 60.

⁶⁷Kibar, s. 49.

⁶⁸Karan, **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Işığında Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı**, s. 88.

⁶⁹Zafer Gören, “Suum Cuique:Herkes Kendininki”, **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl:81, Sayı:2, İzmir, 2016, s. 49.

Maddi eşitlik anlayışı çerçevesinde eşitsizliklerin giderilmesinde sonuçları eşitlemek ya da fırsatları eşitlemek şeklinde yöntemler kullanılmıştır⁷⁰. Sonuçlarda eşitlik, ekonomik olarak dezavantajlı gruplara mal ve fırsatların eşit ve adil dağıtılmasını ve sonuç olarak eşitliğin sağlanmasını hedefler. Bu fikir kişi ya da grupların başlangıçtaki hallerine, ehliyetlerine, yeteneklerine ve gelişimlerine bakılmaksızın sonuçlarda eşitliği sağlaması açısından en radikal eşitlik fikri olarak yorumlanmaktadır. Fırsat eşitliği fikri ise sonuçlarda eşitliğin aksine eşit sonuçlar değil, eşit fırsatlar sunar. Buna göre, kanunlar istenilen faydayı elde etmek için kişilerin başlangıç noktalarını eşitlemeye çalışmalı ve herkesin fırsat eşitliğini garanti etmelidir. Başta kanun önünde eşitlik olmak üzere özellikle dezavantajlı gruplar açısından istihdama erişim, meslekte ilerleme, eğitim imkânlarına erişim, kamu hizmetlerinden faydalanma gibi devlete olumlu adım atmasını gerektiren yükümlülükler yükler⁷¹.

Eşitlik mücadelesi öncelikli olarak şekli eşitliği sağlamak maksatlı başlamıştır. Buna insanların sahip olduğu ırk, renk, dil, din vs. özellikleri yüzünden kanunlar tarafından eşit kabul edilmemeleri neden olmuştur. Dünyada eşitlik odaklı yasal düzenlemeler ise gittikçe şekli eşitlikten maddi eşitliğe doğru evrilmektedir⁷². Uluslararası sözleşmelerde maddi eşitliğe doğrudan yer verilmese bile eşitlik ilkesine yer veren sözleşmelerden bazılarının oluşturduğu denetim mekanizmaları şekli eşitlik ilkesini maddi eşitliği de kapsayacak şekilde yorumlamıştır⁷³. Yakın dönemde hazırlanmış olan Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi'nin (EHS) maddi eşitlik anlayışı içinde hazırlanmış olduğu söylenebilir.

⁷⁰Yücel, *Uluslararası ve Avrupa Konseyi Belgelerinde, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Denetimi*, s. 16.

⁷¹Yücel, *Uluslararası ve Avrupa Konseyi Belgelerinde, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Denetimi*, ss. 17-18. Günümüzde klasik demokrasilerde fırsat ve imkân eşitliğine de yer verilmektedir. Kanun önünde eşitlik ilkesinin tanınmasından sonra ekonomik sefalet içinde bulunan kişiler için bu eşitliğin bir anlam ifade etmemesi nedeniyle, fırsat eşitliği kavramı, sosyal devletin bir ürünü olarak ortaya çıkmıştır. 20. yüzyılda tanınmaya başlanan sosyal haklar, eşitlik fikrinin kanun önünde eşitlikten sosyal eşitliğe doğru yönelmesinin bir sonucudur. Dündar Sezer, "Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Yaklaşımlar ve Türk Anayasa Mahkemesi", s. 126.

⁷²Karan, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Işığında Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı*, s. 55.

⁷³Örneğin Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin denetim organı olan İnsan Hakları Komitesi 18 No.lu Genel Yorumu'nda maddi eşitlik anlayışını ortaya koymuştur. Buna göre eşit muamelenin her zaman eşitlik doğurmayacağı ve devletlerin ayrımcılığı yaratan şartları ortadan kaldırma yükümlülükleri bulunduğu belirtilmiştir. Karan, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Işığında Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı*, s. 90.

2. Farklı Muamele

Ayrımcılık kavramı kural olarak hukuk dışı farklı bir muameleyi tanımlar. Ancak burada farklı muamele yasağının hangi kriterlere göre belirleneceği sorusu önem arz eder; çünkü eşit olmayan her davranış otomatikman ayrımcılık anlamına gelmez⁷⁴. Ayrımcılık yasağı, eşit muamele ilkesini öngörmekle birlikte bazı hallerde farklı muameleye izin vermekte, hatta bazen bunu zorunlu kılmaktadır. Bu doğrultuda eşit muamelenin her zaman aynı muamele anlamına gelmediği vurgulanmalıdır. Dolaylı ayrımcılık ve makul uyumlaştırma gibi ayrımcılık türlerinin ortaya çıkmaması için farklı muamele, eşitliğin sağlanmasının bir gereğidir. Yine fiili eşitliği sağlamaya yönelik geçici tedbirler, diğer bir deyişle pozitif ayrımcılık farklı muameleye bir örnektir⁷⁵.

Farklı muamelenin hukuken haklı olması için gerekli olan kriterler uluslararası sözleşmelerde açık şekilde belirtilmemiştir. Sözleşmeleri denetleyen organların karar ve tavsiyelerine bakıldığında farklı muamelenin belirli bir meşru amaca dayanması ve orantılılık ilkesine uygun olması gerektiği görülmektedir⁷⁶. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi (İHK), farklı muamelenin tespitinde aranan “meşru amaç koşulunu” 18 No.lu Genel Yorumunda “eğer kullanılan ölçütler makul ve nesnel ve amaç Sözleşme’nin meşru saydığı bir amaca ulaşmaksa, farklı muamele ayrımcılık teşkil etmez” şeklinde vurgulamıştır. Burada “meşru amaç” kavramının değişken bir kavram olduğu göz ardı edilmemelidir. Toplumdan topluma, toplumlar içinde de zamanla değişkenlik gösteren meşru amaç kavramının bu özelliği nedeniyle, geçmişte ayrımcılık olarak görülmeyen bir farklı muamele zamanla ayrımcı hale gelebilir. Farklı muamele ile ilgili dikkate alınacak bir diğer kavram olan “orantılılık” kavramı ise ulaşılmak istenen meşru amaç ile bu amaca ulaşmak için kullanılan araç arasında ölçülü bir oran olmasını ifade eder⁷⁷. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin de konuyla ilgili görüşü benzer şekildedir. Buna göre nesnel ve makul bir gerekçenin varlığı, söz

⁷⁴ Ağırbaşı, s. 34.

⁷⁵ İdil Işıl Gül, **Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansıması**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006, s. 211.

⁷⁶ Gül, **Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansıması**, s. 212.

⁷⁷ Tanay, **Ayrımcılık Suçu**, ss. 62-64.

konusu muamelenin amaç ve etkileri bağlamında ve demokratik toplumlarda normal olarak geçerli olan ilkeler gözetilerek değerlendirilmelidir. Sözleşmede tanınan bir hakka ilişkin farklı muamelenin meşru bir amaca sahip olması yeterli değildir; kullanılan araçla varılmak istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi olmadığında da ayrımcılık yasağı ihlal edilmiş olur⁷⁸.

3. Nefret Suçu

Nefret suçu yeni bir kavram olarak ceza kanunlarında yer almaya başlamasına karşın; eski çağlardan günümüze her dönemde insanlar kendilerinden çeşitli açılardan farklı olanlara karşı sırf bu farklılıklar nedeniyle ve nefret saikiyle tehdit, şiddet, işkence, öldürme gibi fiillerde bulunmaktadır⁷⁹. Bir kişiye veya gruba karşı ırk, etnik-millî köken, din, cinsiyet, cinsel tercih, engellilik, yaş gibi nedenlerden duyulan önyargı yüzünden kişilerin maddi-manevi varlıklarına karşı işlenen suçlara "nefret suçu" adı verilmektedir. Nefret suçları "önyargı suçları" olarak da adlandırılmaktadır⁸⁰.

"Nefret" kelime olarak, "bir kimsenin kötülüğünü, mutsuzluğunu istemeye yönelik duygu; tiksinti, tikslenme" şeklinde tanımlanmaktadır. Ancak nefret suçlarının nefretten ziyade önyargıdan kaynaklandığı düşünülmektedir. Birçok devlet, nefret suçu ile ilgili olarak farklı tanımlamalar getirmiş olsa da söz konusu tanımlamalarda ortak husus, suçu oluşturan hareketlerin temelinde önyargının bulunmasıdır. Nefret suçları daima iki unsur bir arada bulundurmaktadır: önyargı ve önyargıdan beslenen ayrımcılık ile maddi-manevi şiddet⁸¹. Önyargı kişilere, topluma, zamana göre değişen bir kavram olup her önyargı nefret suçunu oluşturmaz. Hangi önyargıların nefret suçu kapsamında değerlendirileceği ise kanun koyucunun takdirindedir. Örneğin kişilere karşı zengin, fakir, başarılı, başarısız, sarhoş, uyuşturucu bağımlısı gibi önyargılar geliştirildiği takdirde, bu önyargılarla işlenen suçlar nefret suçu kapsamında değerlendirilmez. Ancak ırksal, dini, cinsiyete ya da engelliliğe dayalı önyargılarla

⁷⁸Gül, *Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansıması*, s. 213.

⁷⁹Öztürk, s. 6.

⁸⁰Cemalettin Gürler, "Nefret Suçları ve İş Hayatı", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 68, Sayı: 2010/1, s. 260.

⁸¹Öztürk, s. 7.

hareket edilerek işlenen ve hareket ile ön yargı arasında nedensellik bağı olan bir suç, nefret suçunu oluşturabilir⁸². Suçu işleyen kişi nefret suçuna kaynaklık eden özelliği taşıyanı kasıtlı olarak ‘hedef’ seçer. Söz konusu hedefe yönelik eylemlerin asıl amacı, mağdur ve mağdurun ait olduğu topluma, mağdur üzerinden olumsuz içerikli bir mesaj yollamaktır⁸³.

Nefret suçları ayrımcılıktan beslenmekle birlikte nefret suçlarına sebep olan davranışlar ayrımcı muamelelerden daha farklıdır. Nitekim ayrımcılığın önlenmesiyle ilgili yasalar genellikle iş, mal ve hizmetlerden yararlanılmasını veya bir başka hakkın kullanılmasını engellemeyi yasaklarken nefret suçları ceza kanunlarında tanımlanmış cinayet, yaralama, mülkiyetin tahrip edilmesi, hakaret, özel hayata tecavüz vb. eylemleri içermektedir⁸⁴.

D. Ayrımcılık Yasağı

Ayrımcılık yasağı, şekli eşitlik anlayışıyla beraber ilk kez 18.yüzyılda ifade edilmeye başlanmıştır⁸⁵. Günümüzde ise artık uluslararası hukukta ayrımcılığın yasaklanması genel bir ilke olarak haline gelmiştir⁸⁶. Ayrımcılık yasağının bu denli yaygın şekilde düzenlenmesi tesadüfi değildir; bu durum uluslararası hukuku düzenleyen ortak deneyimlerin eseridir. Zira insanlık tarihi kadınların, kölelerin, azınlıkların, engellilerin ve daha başkaca dezavantajlı grupların farklı zaman ve yerlerde maruz kaldıkları ayrımcı uygulamalarla doludur⁸⁷.

Ayrımcılık hangi türde ve biçimde gerçekleşirse gerçekleşsin, tüm hak öznelerinin insan haklarından eşit koşullarda yararlanmasını engelleyen en eski ve en yaygın ihlallerden biridir ve eşitliğin hukuki ve fiili olarak gerçekleşmesini engeller. Ayrımcılık sistematik bir biçimde belirli kişi gruplarına ya da belirli haklara yöneldiği zaman doğrudan insan haklarının uygulama alanını daraltır. Bu bağlamda uluslararası insan hakları sözleşmelerinde yer alan temel hakları sadece devlete karşı korunan

⁸²Öztürk, s. 8.

⁸³Gürler, s. 262.

⁸⁴Gürler, s. 263.

⁸⁵Öztürk, s. 9.

⁸⁶Pir Ali Kaya, s. 47.

⁸⁷Kuyucu, s. 29.

haklar olarak ele almamak gerekir; bu hakların özel hukuk ilişkilerine karşı da korunması gerekir⁸⁸.

Öğretide, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı kavramlarının içeriklerinin birbirleri ile olan ilişkileri hakkında tartışma mevcuttur. Bir görüşe göre, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, aynı ilkelerin olumlu ve olumsuz açıklama biçimleridir; bir başka deyişle bir paranın iki yüzü gibidirler. Buradan eşitlik ve ayrımcılığın birbirlerinin zıt kavramları oldukları anlaşılabılır⁸⁹. Bu görüşe göre hak öznelerinin insan haklarından yararlanmaları bakımından eşitlik ve eşit işlem ile ayrımcılık yasağı arasında “bölünmezlik” ve “bütünsellik” ilişkisi vardır. Hatta yazılı hukukta açıkça belirtilmediği durumlarda da örtülü olarak birbirlerini içerirler⁹⁰. Bir diğer görüşe göre ise eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı aynı içeriğe sahip değildir. Ayrımcılık yasağı, “eşitlik hakkı”nın içinde yer alan alt unsurlardan biridir. Modern insan hakları hukukunda eşitlik, ayrımcılık yasağının ötesinde bir kavram olup olumlu yükümlülükler, pozitif ayrımcılık, ekonomik, kültürel ve sosyal haklar ve asimilasyon etkisi yaratmayan eşit muamele ile ilgilidir⁹¹. Ayrımcılık yasağını, eşitlik ilkesinin bir alt unsuru olarak gören görüş doğrultusunda, eşitlik ilkesi özel hukukta kamu hukukunda uygulandığı kadar geniş çapta uygulanamaz. Çünkü şayet bu yapılsaydı sözleşme özgürlüğü, çalışma özgürlüğü, girişim özgürlüğü, mülkiyet hakkı gibi haklar ve özgürlükler ile çatışma doğabilir. Özel hukuk ilişkisi içinde kişilerin birbirlerine geniş kapsamda bir eşit davranma yükümlülükleri yoktur. Ancak eşitlik ilkesi gereğince yine de özel hukuk kişileri açısından doğrudan ayrımcılık yasağı söz konusudur. Bunun istisnası özel hukuk kişilerinin dezavantaj grupları için uyguladıkları pozitif ayrımcılıktır⁹².

⁸⁸Pir Ali Kaya, ss. 47-48. Aksi görüş için bkz. Erdoğan, ss. 260-261.

⁸⁹Kadriye Bakırcı, **Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 23.

⁹⁰Mesut Gülmez, “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl:2010, Sayı:2, <http://calismatoplum.org/sayi25/gulmez.pdf> (04.04.2017), s. 221.

⁹¹Bakırcı, s. 23. Yine bu görüşe göre, toplumsal değişimler ve buna bağlı olarak da eşitlik taleplerinin niteliğindeki artış, liberal kökenli bir çabanın ürünü olan şekli eşitlik anlayışının yetersiz kalmasına neden olmuştur. Bu nedenle insan haklarını savunmak için eşitlik prensibinin içinde, ayrımcılık yasağı ve fırsat eşitliği gibi alt unsurlar geliştirilmiştir. Ağırbaşı, s. 36.

⁹²Devrim Ulucan, “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 15, Özel Sayı, 2013, <http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz-15-ozel/1-ishukuku/15-devrimulucan.pdf> (04.04.2017), ss. 372-374.

Ayrımcılığı yasaklayan insan hakları sözleşmelerine taraf devletler, ülkelerinde yaşayan ve üzerinde yetkisi olan herkese ırk, renk, cinsiyet, engellilik, dil, din, siyasi ya da fikişsel, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum vb. statüler bakımından hiçbir ayırım gözetmeksizin söz konusu sözleşmelerle tanınan hakları sağlamakla ve bu haklara saygı göstermekle yükümlüdürler. Ancak istisna teşkil eden bazı sözleşmeler hariç olmak üzere, ayrımcılığı yasaklayan söz konusu sözleşmelerin ilgili hükümleri kendi başlarına değil, sözleşmelerde yer alan diğer haklar ile birlikte ileri sürülebilir. Bu durumun istisnası olan sözleşmelerde ise ayrımcılık yasağının getirdiği koruma, ilgili sözleşmede yer alan haklar ile sınırlı değildir; kişilere hukuken tanınmış olan tüm hakları kapsar. Sözleşmeler hangi nitelikler bakımından farklı muamelenin ayrımcılık sayılacağı konusunda bazen sınırlı olarak, bazen de ucu açık olacak şekilde belirleme yapmıştır⁹³.

II. ENGELLİ KAVRAMI

A. Genel Olarak

Dünya Sağlık Örgütü ve Dünya Bankası Grubu'nun Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi'nin uygulanmasını kolaylaştırmak amacıyla hazırlamış oldukları “Dünya Engellilik Raporu”na göre 2010 yılı Dünya nüfus tahminleri bağlamında bir milyardan fazla insanın ya da bir diğer ifadeyle Dünya nüfusunun yaklaşık %15'inin engellilik ile yaşadığı tahmin edilmektedir. Bu oran 1970'lerde %10 civarındaydı. Dünya Sağlık Örgütü, ortalama insan ömrünün uzaması ile diyabet, kalp ve damar hastalıkları, akıl hastalıkları gibi kronik sağlık sorunlarının dünya çapında artması nedeniyle engelli insanların sayısının arttığına işaret etmektedir. Engellilik, düşük gelirli ülkelerde yüksek gelirli ülkelere göre daha yaygındır. Aynı zamanda en yoksul beşte birlik refah diliminde yer alan insanlarda, kadınlarda ve yaşlılarda engellilik daha yaygındır. Düşük gelire sahip olan, çalışma yaşamının dışında kalan, etnik azınlık

⁹³ Gül ve Karan, Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi, ss. 7-8.

gruplarından olan ya da daha düşük eğitime sahip insanlar daha yüksek engellilik riskine sahiptir⁹⁴.

Türkiye İstatistik Kurumu tarafından yapılan “2011 Nüfus ve Konut Araştırması” sonuçlarına göre Türkiye’de görme, duyma, konuşma, yürüme, merdiven çıkma-inme, bir şey taşıma veya tutma ve yaşlılarına göre öğrenme, basit dört işlem yapma, hatırlama ya da dikkatini toplama fonksiyonlarının en az birinde çok zorlandığını ya da bu fonksiyonları kullanamadığını belirten kişi sayısı 4 milyon 882 bin 841’dir. Bu sonuç toplam nüfusun %6,6’sına tekabül etmektedir. Bu rakamın %42,8’i erkek iken, %57,2’si kadındır. Araştırmaya göre ülkemizde engelli nüfusun eğitim düzeyi nüfusun geneline göre daha düşüktür. Genel nüfusun işgücüne katılımı %47,5 iken, engelli nüfusun işgücüne katılım oranı %22,1’dir⁹⁵.

Doğuştan ya da sonradan kazanılmış engelliliğin sosyal ve kültürel anlamı, bireyin engellilik durumuna ilişkin algısında ve toplumun engelli bireye bakış açısında şekillenmekte olup toplumdan topluma değişkenlik gösterir. Engellilik alanında yapılan sosyolojik çalışmalar da, engelliliğin anlamının diğer insanların verdikleri tepkilerle ilgili olduğunu ve bu tepkilerin de büyük oranda toplumsal sosyo-kültürel özellikler ile şekillendiğini göstermektedir⁹⁶.

Bireylerin engelli hale gelmesi doğum öncesinde, doğum esnasında veya doğum sonrasında meydana gelen kazalar, genetik, psikolojik ve sosyal faktörler, savaşlar ve doğal afetler gibi nedenlerden kaynaklanır⁹⁷. Öte yandan engelli bireyin içinde bulunduğu çevrenin erişilebilir olmaması, katılım ve bütünleştirici ortamlar önünde bir set oluşturarak başka bir engellilik daha yaratmaktadır⁹⁸. Özetle, engellilik kavramının, salt bireyin içsel özelliklerinden -özür veya yetersizliğinden- ibaret

⁹⁴ Dünya Sağlık Örgütü, **Dünya Engellilik Raporu Yönetici Özeti**, 2011, <http://siteresources.worldbank.org/TURKEYINTURKISHEXTN/Resources/455687-1328710754698/YoneticiOzeti.pdf> (13.04.2017), s. 2.

⁹⁵ Türkiye İstatistik Kurumu, **2011 Nüfus ve Konut Araştırması**, Ankara, 2011, http://www.tuik.gov.tr/Kitap.do?metod=KitapDetay&KT_ID=11&KITAP_ID=276 (13.04.2017), <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=18617> (13.04.2017).

⁹⁶ Esra Burcu, “Türkiye’deki Engelli Bireylere İlişkin Kültürel Tanımlamalar: Ankara Örneği”, **Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi**, Cilt: 28, Sayı: 1, 2011, <http://www.edebiyatdergisi.hacettepe.edu.tr/index.php/EFD/article/viewFile/641/463> (13.04.17), s. 39.

⁹⁷ Adnan Küçükali, “Engellilere Uygulanan Sosyal Politikaların Değerlendirilmesi: Atatürk Üniversitesi Örneği”, **Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 1, Ocak 2014, <http://www.mulkiyederigi.org/kusbd/article/view/5000112730/5000104976> (13.04.2017), s. 63.

⁹⁸ Dünya Sağlık Örgütü, **Dünya Engellilik Raporu**, 2011, s. 4. <http://eyh.aile.gov.tr/data/5480490c369dc57170df34bd/D%C3%BCnya%20Engellilik%20Raporu-basilan.pdf> (13.04.2017)

olmadığı, çevresel faktörlerin ve toplumsal algının etkisi olarak dışsal bir boyutunun da olduğu söylenebilir⁹⁹.

B. Engelliliğin Tanımı

Literatürde ve günlük hayatta özürlülük, sakatlık ve engellilik durumlarına ilişkin olarak çeşitli tanımlamalar mevcuttur. Dünya Sağlık Örgütü, 1980 yılında yaptığı sınıflandırmada ‘özürlülüğü’ fonksiyonel bir hasar, ‘sakatlığı’ normal aktivitelerde kısıtlılık ve ‘engelliliği’ ise sosyal dezavantaj olarak tanımlamıştır. 2001 yılında yeniden yapmış olduğu tanımlamada ise engellilik kavramını her türlü özür, faaliyet yoksunluğu ve sosyal hayata katılımında kısıtlamayı kapsayacak şekilde genişletmiştir¹⁰⁰. Son yıllarda “sakat” ve “özürlü” kavramları yerine, bu alanda gelişen yeni yaklaşımların da etkisi ile “engelli” kavramının kullanılması yönünde bir eğilim mevcuttur. Bunun nedeninin “özürlü” ve “sakat” kavramlarının olumsuz bir anlam taşıdıkları ve bu nedenle kullanılmamaları gerektiği yönünde bir görüşün ağırlık kazanması olduğu söylenebilir¹⁰¹.

Engelliliğin hukuki bağlamda tanımlanış şekli, engellilikle ilgili hukuki düzenlemelerin bireyler açısından kapsamının belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır. Konuyla ilgili olarak Birleşmiş Milletler (BM) belgelerine bakıldığında, ilk tanım yapan belgenin 1975 tarihli “Engelli Hakları Bildirgesi” olduğu görülmektedir. Bildirge’nin 1. maddesi, tıbbi yaklaşımın etkisi ile engelli kişiyi “fiziksel veya zihinsel kapasitelerinde doğuştan veya sonradan ortaya çıkan bir bozukluk nedeniyle, normal bir insan olmanın ve/veya sosyal hayatın gereklerini,

⁹⁹ Mahmut Çitil ve Muhammet Kürşat Üçüncü, “Türkiye’de Engelli Hakları ve Engelliler Hukuku’nun Durumu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl:9, Sayı:35, Temmuz 2018, s. 235.

Konuyla ilgili olarak; Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi’nin Giriş bölümünün (e) bendinde “engelliliğin gelişen bir kavram olduğunu ve engellilik durumunun, sakatlığı olan kişilerin topluma diğer bireyler ile birlikte eşit koşullarda tam ve etkin katılımını engelleyen tutumlar ve çevre koşullarının etkileşiminden kaynaklandığı gerçeği”nden bahsedilmiştir.

¹⁰⁰ Serkan Çınarlı, *Engellilere Yönelik Kamu Hizmetleri*, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 16.

¹⁰¹ Gül, *Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansıması*, s. 7. Bu çalışmada da konuyla ilgili kullanılan diğer kavramları kapsayacak şekilde ve daha az olumsuz çağrışım içerdiği düşüncesinden hareketle, engelli kavramı kullanılacaktır. Özellikle Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi’nden önceki tarihli uluslararası sözleşmelerde, Türkiye tarafından kabul edildikleri tarih itibarıyla metnin çevirisinde “özürlü” ya da “sakat” ifadeleri kullanılmıştır. Çalışmamızda sözleşmelerin resmi olarak yayımlandıkları halleri kullanılmıştır.

tümden veya kısmen kendi kendine yerine getiremeyen kişi” olarak ele almıştır¹⁰². Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 1993 yılında kabul etmiş olduğu “Engelli Bireyler İçin Fırsat Eşitliği Konusunda Standart Kuralları” ise özellikle fiziksel çevrenin erişilebilirliğine, eğitim, istihdam, spor gibi alanlarda fırsat eşitliğine değinerek sorunun kaynağının sadece kişide olmadığına işaret etmiştir¹⁰³. Engellilik ise “fiziksel, zihinsel ya da duyuşsal bir işlev ve yeti yitimi, tıbbi bir durum ya da zihinsel bir hastalıktan kaynaklanan kalıcı ya da geçici bir olgu” şeklinde yine sağlık odaklı bir anlayışla tanımlanmıştır¹⁰⁴.

Birleşmiş Milletler’in Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nin uygulanmasını izlemekle görevli olan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi (ESKHK), “Engelli Kişiler” başlığını taşıyan Genel Yorumu’nda engelliliğin üzerinde mutabakat sağlanan bir tanımı bulunmadığını ve Standart Kurallar’da yer alan tanımın, Genel Yorum’un amaçları bağlamında yeterli olduğunu belirterek, ayrıca bir tanım yapma girişiminde bulunmamıştır. Birleşmiş Milletler’in münhasıran engelliler ile ilgili sözleşmesi olan Engelli Hakları Sözleşmesi’nde tanımların yer aldığı 2. maddede de engellilik hali tanımlanmamıştır. Bunun nedeni, müzakerelere katılan devlet ve örgütlerin engellilik ve engelli kişi kavramlarının tanımlanması halinde, bazı tür ve derecedeki işlev veya yapı bozukluklarının dışlanma ihtimalinin doğacağı fikrini taşımalarıdır¹⁰⁵. Ancak Sözleşme’nin “Amaç” başlıklı 1. maddesinde, engelli kavramının “diğer bireylerle eşit koşullar altında topluma tam ve etkin bir şekilde katılımlarının önünde engel teşkil eden uzun süreli fiziksel, zihinsel, düşünsel ya da algı bozukluğu bulunan kişileri” kapsadığı belirtilmiştir.

Birleşmiş Milletler’e bağlı uzmanlık kuruluşu olan Uluslararası Çalışma Örgütü ise, engelliliği çalışma hayatı bakımından ele almış ve bu alanda ilk tanımlama çalışmasını 1955 tarihli “Mesleki Rehabilitasyon (Sakatlar) Tavsiye Kararı”nda yapmıştır. Buna göre engelli kişi, “uygun bir iş temini ve muhafazası hususundaki beklentileri, fiziksel veya zihinsel özrü sonucu, önemli ölçüde azalmış birey” olarak

¹⁰²Seda Gürler, **Engelli Kadınların İnsan Hakları**, Astana Yayınları, Ankara, 2016, s. 25.

¹⁰³Gül, **Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansıması**, s. 19.

Ayrıca bkz. <http://eyh.aile.gov.tr/mevzuat/uluslararasi-mevzuat/12-engelliler-konusunda-uluslararasi-dokumanlar> (01.07.2017)

¹⁰⁴S.Gürler, s. 26.

¹⁰⁵ Gül, **Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansıması**, ss. 19-22.

tanımlanmıştır. Sonrasında 1983 yılında 168 sayılı “Mesleki Rehabilitasyon ve İstihdam (Sakatlar) Tavsiye Kararı”nı kabul etmiştir. Kararda engelli tanımı şu şekildedir: “uygun bir iş temini, muhafazası ve işinde ilerlemesi hususundaki beklentileri, kabul edilmiş fiziksel veya zihinsel bir özür sonucu önemli ölçüde azalmış olan bir birey.” Uluslararası Çalışma Örgütü daha sonra bu tanıma resmiyet kazandırma amacı ile 1983 yılında “Sakatların Mesleki Rehabilitasyonu ve İstihdamı Hakkında Sözleşme”sini kabul ederek engelli kavramının tanımını 168 sayılı Tavsiye Kararı’nda olduğu gibi aynen kabul etmiştir¹⁰⁶.

Türkçe kullanımında ise engelli sözcüğünün sakat, malul, özürlü sözcükleri ile benzer şekilde ve birbirlerinin yerine kullanıldığı görülmektedir. Daha önceleri mevzuatta daha çok “sakatlık” ifadesi kullanılırken bu terimin olumsuz çağrışım yaptığı düşünülerek değişikliğe gidilmiş ve 1990’lı yıllardan itibaren ağırlıklı olarak özürlülük ifadesi kullanılmaya başlanmıştır¹⁰⁷. 2005 yılında yürürlüğe giren 5378 sayılı Özürlüler Kanunu’nda ve engellilerle ilgili düzenlemelere yer veren kanunlarda kullanılan “özürlü”, “sakat” ve benzer anlamlı kavramlar 25.04.2013 tarih ve 6462 sayılı Engelliler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile “engelli” ve “engellilik” şeklinde değiştirilerek kanun koyucu tarafından bu alanda bir standart tutturulmuştur. 1982 Anayasası metninde ise hala “sakat”, “özürlü”, “özel eğitime ihtiyacı olanlar”, “bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar” şeklinde kullanımlar mevcut olmakla birlikte, engelli ifadesi bulunmamaktadır.

Türk hukukundaki en güncel engelli tanımı 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun’da yer almaktadır. Söz konusu Kanun’un 3. maddesinde yer alan tanımlar kısmının (c) bendinde yer alan tanıma göre engelli, “fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duysal yetilerinde çeşitli düzeyde kayıplarından dolayı topluma diğer bireyler ile birlikte eşit koşullarda tam ve etkin katılımını kısıtlayan tutum ve çevre koşullarından etkilenen birey”dir.

¹⁰⁶ S.Gürler, ss. 26-27.

¹⁰⁷ Canan Ünal, “Engellilik Kavramının ve Engellilerin Sosyal Güvenlik Haklarının Uluslararası ve Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Engelli Hukukuna Giriş Sempozyumu**, 1. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, 2015, s. 21.

C. Engellilik Türleri

Engelliler hakkında kalıplaşmış görüşler tekerlekli sandalye kullanıcıları ya da görme, işitme engelli insanlar gibi birkaç klasik grubun üzerinde durur. Ancak sağlık problemleri, kişisel etkenler ve çevresel faktörlerin etkileşiminden ortaya çıkan engellilik durumları geniş ölçüde çeşitlilik gösterir. Engellilik ile dezavantajlı olmak arasında ilişki olmakla beraber, engelli insanların hepsi eşit derecede dezavantajlı değildir. Örneğin engelli kadınlar ya da engelli LGBTİ bireyler, engelli olmanın getirdiği dezavantajlar yanında toplumsal cinsiyet ayrımcılığına da maruz kalır. Farklı engellilik türlerinde okula kayıt oranları da farklıdır; fiziksel engeli olan çocukların durumu, zihinsel ya da duysal engeli olan çocuklardan kimi zaman görece daha iyi olabilir. İşgücü piyasası bakımından en fazla dışlananlar genelde akıl sağlığı sorunları ya da zihinsel engeli olanlardır. Engelin seviyesi ile bireyin yaşadığı dezavantaj oranı arasında genellikle doğru orantı bulunmaktadır¹⁰⁸.

Yapısı ve derecesi birbirinden farklı olan birçok engellilik durumu mevcut olduğu gibi, kimi zaman kişide birden fazla engellilik durumu da bulunabilir. Bunun yanında bazı kişiler doğuştan bazı engellere sahipken, bazı kişilerde engellilik daha sonradan ortaya çıkmaktadır. Engellilik kimi kişilerde gözle görülmez ya da fark edilmezken, kimileri açısından tedavi edilebilir ya da edilemez niteliktedir. Engellilik durumlarının bu şekilde çeşitlilik göstermesi, mevcut hukuki düzenlemelerin tüm ihtiyaçlara cevap vermesini güçleştirmektedir¹⁰⁹.

Engellilik türlerinin genel olarak sınıflandırılması şu şekildedir: “Ortopedik engelli” kas ve iskelet sisteminde yetersizlik, eksiklik ve fonksiyon kaybı, el, kol, ayak, bacak, parmak ve omurgalarda kısalık, eksiklik, fazlalık, hareket kısıtlılığı, şekil bozukluğu, kas güçsüzlüğü, kemik hastalığı, serebralpalsi, spastikler ve spinabifida olanları kapsar. “Görme engelli”, tek veya iki gözünde tam veya kısmi görme kaybı veya bozukluğu olan kişidir. Göz protezi kullanan, renk körlüğü, gece körlüğü olanlar da bu gruba girer. “İşitme engelli” tek veya iki kulağında tam veya kısmi işitme kaybı olan kişidir. İşitme cihazı kullanan kişiler de bu kategoriye girmektedir. “Dil ve

¹⁰⁸ Dünya Sağlık Örgütü, *Dünya Engellilik Raporu Yönetici Özeti*, s. 2.

¹⁰⁹ Gözde Kaya, “AB Hukukunda Obezite ve Engellilik İlişkisi: Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın Kaltoft Kararı”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:5, Sayı:2, Aralık, 2015, ss. 20-21.

konusma engelli” herhangi bir nedenle konuşamayan veya konuşmasının hızında, akıcılığında, ifadesinde bozukluk olan ve ses bozukluğu olan kişilerin durumunu ifade eder. İşittiği halde konuşamayan, konuşmak için alete gereksinim duyan, kekeme olan, dil-dudak-damak-çene yapısında bozukluk olanlar bu gruba girer. “Zihinsel engelli”, çeşitli derecelerde zihinsel yetersizliği olan kişidir. Zekâ geriliği olanlar, Down sendromlu bireyler de bu gruptadır¹¹⁰. Ruhsal ve duygusal hastalığı olanlar, yani duygu, düşünce ve davranışlarındaki normalden farklı örüntüler nedeni ile günlük yaşam aktivitelerini tamamlamada, kişisel ilişkilerini devam ettirmede güçlük yaşayan kişiler-örneğin depresyon, şizofreni gibi rahatsızlıkları olanlar-bir başka kategoridir¹¹¹. Süreğen (kronik) hastalıkları da engellilik kategorisinde değerlendirmek mümkündür. Çünkü bu rahatsızlıklar kişinin çalışma kapasitesini ve fonksiyonlarını engelleyerek sürekli bakım ve tedavi almalarını gerektirebilir. Örneğin kalp-damar hastalıkları, solunum sistemi rahatsızlıkları, cilt ve deri hastalıkları, kanser, ruhsal davranış bozuklukları, sinir sistemi hastalıkları, HIV gibi rahatsızlıklar bu kapsamda değerlendirilebilir¹¹².

D. Engelliliğe Yönelik Yaklaşımlar

1. İlkel Yaklaşım (Ahlaki Model)

Engelliliğe yönelik yaklaşımlar bakımından tarihsel olarak ilk önce ilkel toplumların ve ortaçağın teokratik-feodal toplumlarının bakış açısını yansıtan ve bir dizi hurafeden oluşan “ilkel yaklaşım”dan söz etmek gerekir. Engelli bireyler bu anlayışa göre, Tanrıların gazabına uğrayan ve bu nedenle ceza çeken bireylerdi ya da ailelerinin işledikleri günahlara karşılık bir ceza niteliğindeydiler ve insanlara uğursuzluk getirmekteydiler. Bilimsel dayanaktan yoksun bu anlayış, aslında toplumun engellilere karşı korkusundan ve bilgisizliğinden kaynaklanmaktaydı¹¹³.

¹¹⁰ S.Gürler, s. 24.

¹¹¹ Yener Şişman, Fatma Kocabaş ve Berna Yazıcı, **Özürlülerin Çalışma Yaşamına Katılma Gereği ve Türkiye’de Bu Bağlamda Uygulanan Sosyal Politikaların Genel Bir Değerlendirmesi**, Anadolu Üniversitesi Yayınları No.1206, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayınları No.216, Eskişehir, 2011, s. 5.

¹¹² S.Gürler, s. 24.

¹¹³ Zihinsel Engelliler Federasyonu, **Engellinin El Kitabı**, <http://www.zihinsel.org.tr/EEK.pdf> (20.04.2017), ss. 7-8.

19.yüzyıla kadar neredeyse tüm toplumlarda engellilik dinsel ve ruhani sebeplerle açıklanmıştır. Kilise otoritesinin baskın olduğu Ortaçağ Avrupası'nda engelliliği ortadan kaldırmak için doğaüstü yöntemlere başvurulmuştur¹¹⁴.

2. Tıbbi Yaklaşım (Medikal Model)

18.yüzyılda insanlık tarihinin en önemli dönüm noktalarından biri olan Sanayi Devrimi'nin gerçekleşmesi, pek çok alanı olduğu gibi engellilerin sosyal statülerini de derinden etkilemiştir. Bu döneme kadar toprağa dayalı üretim sisteminde kendi emeği ile hayatını sürdüren engelli birey, bu dönem ile birlikte ücretli emek piyasasına dâhil olmak zorunda kalmıştır. Sanayi Devrimi ile birlikte yeni üretim ve tüketim biçimleri ortaya çıkmış; demir, çelik ve demiryolu gibi ağır endüstrilerdeki hızlı gelişme çok daha yüksek düzeyde fiziksel kapasite ve beceriyi istihdam için gerekli kılmıştır. Bu yeni duruma uymaları çok zor olan fiziksel engelliler, rekabet ortamından uzaklaşmıştır. Ayrıca bu makinelerle fiziksel kapasiteleri yeterli insanların uyum sağlaması dahi zor olmuş ve pek çok yaralanma, sakatlanma olayı ile engelli oranında artış meydana gelmiştir¹¹⁵. Bu dönemde, çalışan bireyler “normal”, eksiksiz ve üretici konumundayken, çalışamayan bireyler “anormal” ve tüketici konumundaydı. Bu anlayıştan yola çıkarak tıp biliminin de yardımıyla bütün toplumu normalleştirmek veya rehabilite ederek “normal” olana yaklaştırmak amaçlandı. Tedavi edilemeyecek durumda olanlar ise çeşitli kurumlara kapatıldı¹¹⁶.

Tıbbi yaklaşımda engellilik hali bir hastalıktan, sağlık sorunundan veya bir kazadan kaynaklanan kişisel bir sorun olarak ele alınır ve rehabilitasyon gibi tıbbi araçların kullanılması ile iyileştirme hedeflenir¹¹⁷. Tıbbi yaklaşım, toplumun genelinin sağlıklı olduğunu; dolayısıyla engelliliğin bireysel anlamda çözülmesi gerektiğini savunurken engelli birey toplumsal bir varlık olarak değerlendirilmediği için toplumsal yaşamı kolaylaştırıcı önlemler göz önünde bulundurulmamıştır¹¹⁸. Tıbbi

¹¹⁴ S.Gürler, s. 9.

¹¹⁵ S.Gürler, ss. 10-11.

¹¹⁶ Çağlar Patır, *Özürlülük Olgusunun Tarihsel Sürecinde 1980 Sonrası Söylem ve Politikaların Küreselleşme Ortamında Hayata Geçirilebilirliği Üzerine Bir Tartışma: Türkiye Örneği*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2012, s. 16.

¹¹⁷ Çınarlı, s. 25.

¹¹⁸ S.Gürler, s. 12.

yaklaşımın bir diğer olumsuz sonucu toplumların “normalleşmesi” için engellilerin soyunu ortadan kaldırmayı amaçlayan “öjenizm” ideolojisi. Engelliliğin genetik sebeplerden kaynaklandığını ileri süren öjenikçiler, engellileri “dejenere” olarak değerlendirmektedirler ve bu kişilerin topluma yük oldukları kanaatindedirler. Bu yükten kurtulmak için uygulanan yöntem ise genellikle kısırlaştırma. İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri, Almanya ve bazı İskandinav ülkeleri, engellilere yönelik öjeni hareketini uygulamışlar ve bunun neticesinde başta yaşam hakkı olmak üzere pek çok insan hakkı ihlali yaşanmıştır¹¹⁹.

1990’ların ortalarına değin engellilikle ilgili hususlar daha çok tıbbi bakış açısı ile değerlendirilmiştir. Ancak tıbbi yaklaşımın engellilerin ayrımcı muamelelere maruz kalmasına neden olduğu gözlenmiş; bu nedenle de sosyal bilimciler, engelliliğe yönelik “Sosyal Model” adlı yeni bir bakış açısı geliştirmeye yönelmiştir¹²⁰.

3. Sosyal Model

Sosyal model, tıbbi yaklaşımın engelliye yüklediği anlamı ve toplumsal anlamda kabul gören engelli algısını değiştirmek amacıyla geliştirilmiştir. Sosyal model bunu yaparken kişiyi engelinden bağımsız bir birey olarak tanımlamakta; bunun yanında, engeli olmayan bireylere göre engelli bireylerin sosyal haklardan yararlanma noktasında farklı gereksinimleri olduğunu vurgulamaktadır. Bu modelle birlikte özellikle engellilerle iletişim için hitap şekilleri yeniden ele alınmıştır. Literatürde kullanılan kör, topal, sağır-dilsiz gibi ifadeler yerine alternatif ifadeler kullanılmaya başlanmıştır¹²¹.

Sosyal modelin temel iddiası, engelliliğin kaynağı bireylerdeki fiziksel, zihinsel vb. farklılıklar değil; toplumun genelinde var olan engellilere yönelik ayrımcılık, önyargılı ve dışlamacı tutumlardır¹²². Buna göre örneğin, bir ilköğretim

¹¹⁹ S.Gürler, s. 13. Almanya’da I. Dünya Savaşı sırasında “Öjenizm” çok etkili olmuştur. 1933’te Adolf Hitler’in teşvikiyle çıkartılan “Kalıtsal Hastalığı Olan Nesillerin Önlenmesine İlişkin Yasa” olarak adlandırılan kısırlaştırma yasası ile kalıtsal rahatsızlığı olan herkesin kısırlaştırması öngörülmekteydi. Söz konusu kalıtsal rahatsızlığı olan kişiler arasında şizofrenler, doğuştan zekâ geriliği olanlar, epilepsi hastaları, görme, işitme ve fiziksel engelliler vardır. Sonuç olarak Almanya’da 1941 yılına kadar 800.000 engelli insan gaz odalarında can vermiştir. S.Gürler, s. 15.

¹²⁰ Çınarlı, s. 25.

¹²¹ Çınarlı, s. 25.

¹²² Kolat, s. 9.

okulunun erişilebilir olarak inşa edilmemiş olması mimarının, bu okul projesini onaylayan bürokratların ve o okulu inşa eden firmanın, eğitimle ilgili mekânlarda engellilerin de çeşitli sıfatlarla bulunma ihtimalini göz önünde bulundurmaması ile ilgilidir. Keza bu bakış açısıyla tekerlekli sandalyeli bir çocuğun eğitim görmesi anlamsızdır; zaten iş bulup çalışma ihtimali de söz konusu olmayacaktır¹²³.

Sosyal model yaklaşımı, sorunun çözümünde rehabilitasyon, rehabilitasyon gibi bireylerin özgün gereksinimlerine önem vermemesi ve sadece toplumsal önyargılara odaklanması nedeniyle eleştirilmektedir¹²⁴. Bunun yanında sosyal model, engellilerin örgütsel gelişimlerine belirgin bir katkı sağlamış, hükümet politikalarını sosyal destek anlamında yönlendirmiştir¹²⁵.

4. İnsan Hakları Yaklaşımı

İnsan hakları, insanların sadece insan olmaları sebebiyle sahip oldukları haklardır ve engelli bireyler de doğuştan sahip oldukları bu hakları kullanmakta özgürdürler. Ancak engelliler için hak temelinde bir anlayışın benimsenmesi ve engelli haklarının insan hakları çerçevesinde değerlendirilmesi için insanlık tarihinde çok uzun süre beklemek gerekmiştir¹²⁶.

İnsan hakları yaklaşımına göre, engellilerin yaşadıkları sorunlar ne sadece kişinin kendisinden ne de sadece olumsuz tutumlar ve fiziksel çevreden kaynaklanmaktadır. Sorun, engelli bireyin herkesle eşit hak ve özgürlüklere sahip olduğunun göz ardı edilmesidir. Bu yaklaşım, meseleyi hukuksal düzleme taşıyarak engelli bireylerin insan hakları hukuku araçlarını, ulusal ve uluslararası mahkeme ve denetim mekanizmalarını etkili başvurular yaparak kullanmalarını öngörür¹²⁷. İnsan hakları yaklaşımı, engellilere verilen hizmetleri ve olanakları bir lütuf ya da bağış olma algısından çıkartıp engellilerin insan olmaktan kaynaklı vazgeçilmez ve dokunulmaz haklarına vurgu yaparak hak temelli bir mücadeleyi gündeme getirir. Bu yaklaşım aslında sosyal model yaklaşımının bir anti-tezi değil, tamamlayıcısıdır¹²⁸.

¹²³Engelli Kadın Derneği, *Ayrımcılık ve Engelli Hakları*, s. 27.

¹²⁴Engelli Kadın Derneği, *Ayrımcılık ve Engelli Hakları*, s. 27.

¹²⁵S.Gürler, s. 19.

¹²⁶S.Gürler, s. 20.

¹²⁷Engelli Kadın Derneği, *Ayrımcılık ve Engelli Hakları*, s. 28.

¹²⁸Zihinsel Engelliler Federasyonu, *Engellinin El Kitabı*, s. 10.

İnsan hakları yaklaşımının amaçları şu şekilde ifade edilebilir: engellilerin seslerini, topluma en etkili şekilde duyurmak, engellilerin bağımsızlığı ve kendi geleceğini belirleme ilkesini hayata geçirmek, engelli bireylerin toplumla gerçek anlamda bütünleşmelerinin önündeki engelleri ortadan kaldırmak, savunuculuk yapmak için kendi inisiyatiflerinde olan örgütler oluşturmak ve engelli bireylerin özel ve kamusal yaşamlarını etkileyen her türlü yasayı engellilere yönelik ayrımcı hükümlerden arındırmaktır¹²⁹. İnsan haklarının korunmasının ve güçlendirilmesinin aynı zamanda engelliliğin önlenmesi bakımından da etkisi önemlidir¹³⁰.

III. ENGELLİ HAKLARI

A. Genel Olarak

Engelliliğin talihsiz bir vaka, engellilerin de kötü kaderin ürünü olarak algılandığı dönemlerin çok uzun bir geçmişi olmakla birlikte; engelliliğin evrensel ve her zaman herkes için söz konusu olabilecek bir deneyim olduğu, engellilerin de hak sahibi bireyler olarak toplumsal hayatta diğerleriyle eşit şekilde yer alabileceği fikri yaklaşık çeyrek asırlık bir geçmişe sahiptir. İnsan hakları yaklaşımının somut karşılıklar elde etmesi ve evrensel ölçekte kabul görmesinin en önemli kanıtı, söz konusu yaklaşımın taleplerinin hukuki belgelerde “hak” olarak yer bulmuş olmasıdır. İnsan hakları alanında hukuksal bağlayıcılığı olan ya da etkili moral değere sahip belgelerin tümü, ister genel olarak herkese ister belirli kişi gruplarına özgü olsun, insana ve insan onuruna verilen değeri ifade eder¹³¹. Engelli bireylerin haklarına yönelik çalışmaların konusu, engelli kişileri bir takım özel haklardan yararlandırmak olmayıp engelli insanların ayrımcılığa maruz kalmadan bütün insan haklarından eşit şekilde yararlanmaları ile ilgilidir¹³². Esasen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (İHEB), Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar

¹²⁹ S.Gürler, s. 20.

¹³⁰ İnsan Hakları Derneği, *Ayrımcılıkla Mücadele Engelli Kişilerin İnsan Hakları*, Ankara, 2004, s. 3.

¹³¹ Selda Çağlar, *Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuk Sisteminde Engellilerin Eğitim Hakkı ve Devlet Yükümlülükleri*, 1. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, ss. 26-27.

¹³² İnsan Hakları Derneği, *Ayrımcılıkla Mücadele Engelli Kişilerin İnsan Hakları*, s. 2.

Sözleşmesi gibi insan hakları sözleşmeleri ve bildirgeleri engelliler de dâhil tüm insanları koruma altına alır. Bu nedenle teorik olarak engelliler ve diğer dezavantajlı gruplar için ayrı bir korumaya ihtiyaç olmadığı düşünülebilir. Keza engelli hakları da insan hakları kapsamında olduğu için anayasal nitelik taşıyan temel insan hakları belgelerindeki güvenceler doğal olarak engelli bireyler için de geçerlidir¹³³. Ancak pratikte engellilere yönelik ayrı düzenlemeler ve bu bireyler için özel koruma sağlanması bir gereklilik olarak ortaya çıkmıştır¹³⁴.

Bir konu hakkında hak temelli yaklaşımın varlığından söz edebilmek için hakkın öznesi olan kişi ya da grupların alınacak kararlara, uygulama ve yasal düzenlemelerin yapım aşamasına etkin ve özgür biçimde dâhil edilmesi, kurumlara, bilgi, düzeltme ve şikâyet mekanizmalarına erişimlerinin sağlanması gereklidir. Hak temelli yaklaşımın bir diğer zorunlu unsuru ayrımcılık yasağı, eşitlik gibi konular çerçevesinde toplumun dezavantajlı kesimlerinin sorunlarını ele almaktır. Kadınlar, çocuklar, engelliler, azınlıklar gibi toplumun görece güçsüz, istismara açık kesimlerinin haklarının toplumun geri kalanı ile eşitlenmesi için bu kesimlerin özel tedbirlerle güçlendirilmesi şarttır¹³⁵. Diğer dezavantajlı gruplarla da benzer şekilde engelliler, insan hakları alanında en çok sosyal ve ekonomik haklarını kullanmakta zorlanmaktadır. Özellikle eğitim hakkı, çalışma ve sözleşme özgürlüğü, sağlık hakkı, sosyal güvenlik hakkı gibi sosyal ve ekonomik haklar fırsat eşitliğinin sağlanması ve maddi olanakların geliştirilmesi bakımından önemlidir¹³⁶.

B. Engelli Haklarının Gelişimi

Ortaçağda engelli bireylere yardım görevi dini kurumlar, çeşitli vakıflar, cemiyetler ya da kişisel inisiyatiflere bırakılmıştı. 18.yüzyılda yükselen insan hayatının kutsallığı ve vazgeçilmezliği fikri ve 19.yüzyılın son çeyreğinde sosyal

¹³³ Ünal, ss. 24-25.

¹³⁴ Tolga Şirin, “Ulusal ve Uluslararası Anayasa Yargısında Engelli Hakları”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Engelli Hukukuna Giriş Sempozyumu**, 1. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, 2015, s. 83.

¹³⁵ Çağlar, **Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuk Sisteminde Engellilerin Eğitim Hakkı ve Devlet Yükümlülükleri**, s. 27.

¹³⁶ Fatma Erbil Erdugan, **Türkiye’de Özürlü Yoksulluğu ve Mücadele Politikalarının Değerlendirilmesi: Ankara-Keçiören Örneği**, T.C. Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı Yayın No:5, Ankara, 2010, s. 32.

sorunlara yönelik kamu müdahalelerinin zorunluluk olarak görülmeye başlanması ile engelliler sosyal politikalara konu olmaya başlamıştır. 20.yüzyılın başında savaş sonrası sosyal dayanışmanın önemi artmış, devletin görev alanı genişleyerek “sosyal refah devleti” kavramı ortaya çıkmış; bu durum devletleri sosyal gelişmeyi hızlandırıcı, toplumda tüm grup ve sınıfları dikkate alacak şekilde eğitim, sağlık, gelir dağılımı, sosyal güvenlik ve sosyal hizmet alanlarında politikalar üretmeye ve uygulamaya itmiştir¹³⁷. Engelli hakları ihlalleri konusunda farkındalığın oluşmasıyla birlikte 1960’lı yıllarda temelleri atılan ve 1970 ve 1980’lerde daha görünür hale gelen engelli hakları hareketi, engellilerin haklarını politik platformlarda dile getirme, savunma ve güçlendirme amacı taşımaktadır¹³⁸. Uluslararası alanda ise ilk olarak BM sistemi içerisinde 1945 yılından itibaren engellilikle ilgili çalışmalar yapılmaya başlanmıştır. BM belgelerinde ilk kez, 1948 yılında yayımlanan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde engellilik dile getirilmiştir. Bildirge’nin 25. maddesinde “...Herkes işsizlik, hastalık, engellilik (disability), dulluk, yaşlılık ve kendi iradesi dışındaki koşullardan doğan geçim sıkıntısı durumunda güvenlik hakkına sahiptir.” denmiştir. BM tarafından doğrudan engellilere özgülenmiş ilk belge ise 1971 yılında kabul edilen Zihinsel Engellilerin Haklarına Dair Bildirge (Declaration on the Rights of Mentally Retarded Persons)’dir¹³⁹. Bildirge kısa bir metin olmakla birlikte zihinsel engelli bireylerin pek çok hak ve ihtiyacına yer vermiştir¹⁴⁰.

BM Genel Kurulu, 1975 yılında bu defa tüm engellilerin haklarının garanti altına alınması amacıyla Engelli Hakları Bildirgesi (Declaration on the Rights of Disabled Persons)¹⁴¹ yayınlamıştır. Önceki Bildirge’ye göre engelli hakları daha genel şekilde ve farklı hakları da kapsayacak biçimde düzenlenmiş, ayrımcılığın geniş bir zeminde yasaklanması gerektiği belirtilmiş, devletin sosyal ve ekonomik planlamalarda bulunurken engellilerin ihtiyaçlarını gözetmesi ve yasal usullerin uygulanmasında engellilerin durumları göz önünde tutularak engellilere yönelik kolaylaştırıcı yöntemleri benimsemesi gerektiği vurgulanmıştır¹⁴².

¹³⁷Şişman ve diğerleri, ss. 7-10.

¹³⁸Erbil Erdugan, s. 31.

¹³⁹Bkz. <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RightsOfMentallyRetardedPersons.aspx> (30.12.2018).

¹⁴⁰Şişman ve diğerleri, s. 11.

¹⁴¹Bkz. <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/rightsofdisabledpersons.aspx> (30.12.2018).

¹⁴²Şişman ve diğerleri, s. 12.

1981 yılı BM tarafından engellilerin toplumda eşit koşullara sahip olmaları ve gelişen ekonomik ve sosyal imkânlardan yeterli pay almalarını sağlamak amacıyla “Uluslararası Engelliler Yılı” (The International Year of Disabled Persons) olarak ilan edilmiştir. 1982 yılında BM Genel Kurulu, engelliliği bir insan hakları meselesi olarak kabul etmiş ve “Engelli Kişilere İlişkin Dünya Eylem Programı”nı (World Programme of Action Concerning Disabled Persons) hazırlamıştır. Söz konusu Program, engelliler ile ilgili uzun dönemli politikaları dünya çapında ortaya koyan ilk uluslararası belge olup devletler açısından gelişmişlik seviyeleri ne olursa olsun engellilerin kalkınma ve sosyal yaşama tam katılımlarını sağlama hedefi koymuştur. BM Genel Kurulu, programın tavsiye ettiği faaliyetlerin hükümetlerce uygulanmasını ve tüm dünyada engellilerle ilgili küresel kalkınmanın sağlanması amacıyla “1983-1992 Birleşmiş Milletler Engelliler Onyılı”nı (United Nations Decade of Disabled Persons) ilan etmiştir. BM Engelliler Onyılı’nın kapanış toplantısında da “3 Aralık” gününün her yıl “Dünya Engelliler Günü” olarak kutlanması kararlaştırılmıştır¹⁴³.

BM’nin 1993 yılında yayınlamış olduğu Engelli Bireyler İçin Fırsat Eşitliği Konusunda Standart Kurallar (Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities)¹⁴⁴ adlı uluslararası belge, bilinçlendirme, tıbbi bakım, rehabilitasyon, yardım servisleri, eğitim ve istihdam gibi konularda engelliler için fırsat eşitliğine dair standartlar belirlemekte ve bu kuralların uygulanışının takibi için bir izleme mekanizması öngörmektedir¹⁴⁵.

Engellilik olgusunu ve engellilerin ihtiyaçlarını çağdaş bir biçimde yorumlayan ve kapsamlı bir haklar kataloğu sunan en güncel belge ise 2007 yılında kabul edilen Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi (Convention On The Rights Of Persons With Disabilities)’dir. Söz konusu Sözleşme, engellilerin tam ve etkili şekilde toplumsal hayata katılımlarının sağlanması, engellilerin hayat standartlarının yükseltilmesi hedefiyle hazırlanmış ve engelliler bakımından uluslararası anlamda büyük bir kazanım olarak nitelendirilmiştir¹⁴⁶.

¹⁴³ Şişman ve diğerleri, ss. 12-13.

¹⁴⁴ Bkz. <https://www.un.org/development/desa/disabilities/standard-rules-on-the-equalization-of-opportunities-for-persons-with-disabilities.html> (30.12.2018).

¹⁴⁵ Ancak bu belgenin de tıpkı İHEB ve Engelli Hakları Bildirgesi ve o güne kadarki diğer BM belgeleri gibi hukuki bağlayıcılığının olmadığı belirtilmelidir. Şişman ve diğerleri, s. 14.

¹⁴⁶ Şişman ve diğerleri, ss. 14-16. Sözleşme, imzaya açıldıktan kısa bir süre içinde 81 ülke tarafından imzalanmış olup bu durum diğer BM sözleşmeleri ile kıyaslandığında bir rekor olarak ifade edilmektedir.

Avrupa Birliği (AB) de engellilere yönelik ayrımcılıkla mücadele konusunda önemli bir rol üstlenmektedir. Avrupa Birliği, engelli bireylerin topluma ve iş gücü piyasasına sorunsuz şekilde dâhil olmaları ve kendi kendilerine yetebilmelerini amaçlarken, bu amaç doğrultusunda fırsat eşitliği yaratma yöntemini benimsemiştir. Bu çerçevede 1990 yılından itibaren çeşitli ilke ve tavsiye kararları, eylem planları ve yönergeler kabul edilmiştir. Avrupa Birliği'nde engellilik çalışmaları anlamında 1999 Amsterdam Anlaşması'nın 13. maddesi önem taşımaktadır¹⁴⁷. Bu madde ile engellilik temelli ayrımcılık, ayrımcılık yasağı kapsamına dâhil edilmiştir. Ayrıca AB, 2000 yılında hazırlamış olduğu bir öneri paket ile 2001-2006 yılları arasını engellilere yönelik ayrımcılıkla mücadele etmek adına "Ayrımcılığa Karşı Topluluk Eylem Programı"nı oluşturmuştur. 2000 yılında Nice'de toplanan Avrupa Konseyi'nin (AK) kabul etmiş olduğu "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı"nın 21. maddesi engellilere yönelik ayrımcılığı yasaklarken 26. maddesi de engellilerin topluma uyumunu sağlayacak önlemler ile ilgilidir¹⁴⁸. Son olarak Avrupa Konseyi tarafından engelli bireylerin topluma tam katılımlarının sağlanması ve engellilikle ilgili konuların üye devletlerin tüm politika alanlarına dâhil edilmesi için "2006-2015 Avrupa Konseyi Engelliler Eylem Planı" kabul edilmiştir¹⁴⁹.

Anayasa hukuku bakımından ülkelere ulusal düzeyde bakıldığında engelli hakları konusunda yavaş da olsa olumlu bir gidişat söz konusudur. Bu konuda yapılan çalışmalarda, artan sayıda ülkenin anayasasının ayrımcılık yasağına ilişkin maddelerinde açıkça engellilik temelli ayrımcılığın da yasaklandığı görülmektedir. Bu anayasaların ortak özellikleri genel olarak 1990'lı yıllardan itibaren yazılan ya da değiştirilen anayasalar olmalarıdır. Buradan BM'nin 1981 yılını "Uluslararası

¹⁴⁷ Söz konusu madde şu şekildedir: "Konsey, bu Anlaşma'nın diğer hükümlerine hâle getirmeksizin ve Topluluğa Anlaşma tarafından tanınan yetkilerin içinde kalarak, Komisyon'un önerisi üzerine ve Avrupa Parlamentosu'na danıştıktan sonra oybirliğiyle hareket ederek, cinsiyet, ırk ve etnik köken, din veya inanç, engellilik, yaş veya cinsel yönelime dayanan ayrımcılıkla mücadele etmek için uygun girişimlerde bulunabilir."

<https://www.ikv.org.tr/images/files/A6-tr.pdf> (30.12.2018).

¹⁴⁸ Söz konusu 21. madde "ayrımcılık yasağı" başlığını taşımakta olup şu şekildedir: "Cinsiyet, ırk, renk, etnik veya sosyal köken, kalıtsal özellikler, dil, din veya inanç, siyasi veya başka herhangi bir görüş, bir ulusal azınlığın üyesi olma, hususiyet, doğum, maluliyet, yaş veya cinsel eğilim gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılması yasaktır." Şart'ın 26. maddesi de "engellilerin toplumla bütünleştirilmesi" başlığını taşımaktadır: "Birlik, engelli kişilerin, bağımsızlıklarını, toplumsal ve mesleki yaşamla bütünleştirilmelerini ve toplum yaşamına katılmalarını sağlamaya yönelik önlemlerden yararlanma hakkını tanımakta ve saygı göstermektedir."

<https://www.avrupa.info.tr/tr/avrupa-birligi-temel-haklar-bildirgesi-708> (30.12.2018).

¹⁴⁹ S.Gürler, s. 42.

Engelliler Yılı” ilan etmesinin, 1982 yılında ilan etmiş olduğu “BM Engelliler On Yılı”nın ve bunu takiben yayımlanan “Engelli Bireyler İçin Fırsat Eşitliği Konusunda Standart Kurallar”ın görece etkili olduğu çıkarımı yapılmaktadır¹⁵⁰.

Türkiye’de engelli hakları alanına ilişkin gelişmeler Cumhuriyet’in ilanından sonra uluslararası gelişmelere paralel şekilde başlamıştır. 1930 tarihli ve 1580 sayılı Belediyeler Kanunu ile devlet ilk kez engellilere yardım için yerel yönetimlere görev vermiştir. 1950’li yıllarda yapılan yasal düzenleme ile daha önce Sağlık Bakanlığı’na bağlı olan özel eğitim hizmetleri Eğitim Bakanlığı’na devredilmiştir. Bu durum, engelliliğe olan bakış açısının değişmeye başladığının ve tıbbi modelden uzaklaşıldığının göstergesidir. 1961 Anayasası ile ilk defa “sosyal devlet” kavramına yer verilmesi ve temel hak ve özgürlüklerin geniş ve sistematik bir biçimde düzenlenmesi olumlu bir gelişmedir. 1961 Anayasası’nda ayrıca engelli bireylerin özel eğitimine ilişkin bir maddeye yer verilmiş¹⁵¹; İlköğretim ve Eğitim Kanunu’na özel eğitim ile ilgili hükümler konulmuş ve bu kanuna dayanılarak ilk kez Özel Eğitim Yönetmeliği çıkarılmıştır. 1982 Anayasası, 10. maddesinde eşitlik hükmüne yer vermiş; bu hükümde engellilik temeline yer verilmiş olmasa da ayrımcılığın yasaklandığı temeller engellilik de dâhil edilebilecek şekilde örnekseyici olarak ifade edilmiştir¹⁵². 2010 yılında söz konusu maddede yapılan değişiklikle devletin engellilere yönelik gerçekleştireceği pozitif ayrımcılık uygulamalarının eşitlik ilkesini zedelemeyeceği belirtilmiştir. Bunun yanında Anayasa’nın 5. maddesinde devletin temel görevinin sosyal devlet, hukuk devleti ve adalet ilkesi ile bağdaşmayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak olduğu vurgulanmıştır. Ayrıca Anayasa’nın 61. maddenin 2. fıkrasında devletin engelli bireylerin korunmalarını ve toplumsal yaşama katılımlarını sağlayıcı tedbirleri alma görevinin olduğu, 42. maddenin 7. fıkrasında ise durumları nedeniyle özel eğitime ihtiyacı olanların topluma yararlı hale gelmesi için gereken tedbirleri alması yükümlülüğüne yer verilmiştir¹⁵³.

¹⁵⁰ Şirin, ss. 88-89.

¹⁵¹ 1961 Anayasası “Öğrenimin Sağlanması” başlıklı 50. maddesi:- “Halkın öğrenim ve eğitim ihtiyaçlarını sağlama Devletin başta gelen ödevlerindendir. İlköğrenim, kız ve erkek bütün vatandaşlar için mecbûridir ve Devlet okullarında parasızdır. Devlet, maddî imkânlardan yoksun başarılı öğrencilerin, en yüksek öğrenim derecelerine kadar çıkmalarını sağlama amacıyla burslar ve başka yollarla gerekli yardımları yapar. Devlet, durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları, topluma yararlı kılacak tedbirleri alır.”

¹⁵² Anayasa m. 10/1: “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.”

¹⁵³ Kolat, ss. 179-180.

1981 yılında BM'nin önerileri dikkate alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bünyesinde oluşturulan ve 1985 yılında sürekli kurul şekline dönüştürülen “Sakatları Koruma Milli Koordinasyon Kurulu” çalışmalarına başlamıştır. 1997 yılında yürürlüğe giren 571 sayılı Özürlüler İdaresi Başkanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile “Özürlüler İdaresi Başkanlığı” kurulmuş ve Sakatları Koruma Milli Koordinasyon Kurulu’nun çalışmalarına son verilmiştir. Söz konusu Başkanlık’ın amacı engellilere yönelik hizmetlerin düzenli, etkin ve verimli şekilde yürütülmesi için ulusal ve uluslararası kurum ve kuruluşlar arasında işbirliği ve koordinasyon sağlamak, engelli bireylerle ilgili ulusal politikanın oluşturulmasına yardımcı olmak, engelli bireylerin sorunlarını tespit ederek bu sorunların çözümlerini araştırmaktır¹⁵⁴. 2011 yılında Özürlüler İdaresi Başkanlığı ile Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü’ne bağlı Özürlü Bakım Hizmetleri Dairesi Başkanlığı ve Yaşlı Bakım Hizmetleri Dairesi Başkanlığı’nın birleştirilmesiyle “Özürlü ve Yaşlı Hizmetleri Genel Müdürlüğü” kurulmuştur. 2013 yılında 6462 sayılı Kanun ile bu Genel Müdürlük’ün adı “Engelli ve Yaşlı Hizmetleri Genel Müdürlüğü” olarak değiştirilmiştir¹⁵⁵. Söz konusu Müdürlük günümüzde Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı’na bağlı olarak çalışmalarını sürdürmektedir.

Genel olarak Türk hukuk sisteminde engelli haklarının ve devletin bu alandaki yükümlülüklerinin mevzuata oldukça dağınık bir biçimde serpiştirilmiş olduğu söylenebilir¹⁵⁶. 2005 yılında engellilere dair her alanı kapsayan bütüncül bir kanun ihtiyacı gereği, 5378 sayılı “Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Kanun’un öncelikle ismi 2013 tarihli ve 6462 sayılı Kanun ile “Engelliler Hakkında Kanun” olarak değiştirilmiştir. Daha sonra ise 2014 tarihli 6518 sayılı Kanun ile çeşitli değişiklikler yapılarak tıbbi model terk edilmiş ve engellilik sosyal model bağlamında ele alınmaya başlanmıştır¹⁵⁷.

1982 Anayasası “Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi” başlıklı 42. maddenin 7. fıkrası: “...Devlet, durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları topluma yararlı kılacak tedbirleri alır.”

1982 Anayasası “Sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler” başlıklı 61. maddenin 2. fıkrası: “Devlet, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alır.”

¹⁵⁴ Kolat, s. 181.

¹⁵⁵ <https://eyh.aile.gov.tr/kurumsal/kurum-hakkinda> (25.08.2017)

¹⁵⁶ Çiğil ve Üçüncü, s. 255.

¹⁵⁷ Ünal, s. 37.

C. Engellilere İlişkin Temel Haklar

1. Eğitim Hakkı

Eğitim bireylerin zihinsel, bedensel, duygusal, toplumsal yeteneklerinin ve davranışlarının geliştirilmesi, bireylere yeni yetenek, davranış ve bilgiler kazandırılması anlamına gelmekte olup eğitim kurumları, aile, çevre veya kişisel çabalar sayesinde gerçekleşir¹⁵⁸. İnsan onuruna yaraşan bir yaşam sürdürebilmek için tüm bireylerin asgari bir eğitim ve öğrenim görmesi gereklidir. Temel bir insan hakkı olan eğitim hakkı, sosyal ve ekonomik haklar kategorisinde yer almakta olup bu hakkın gerçek anlamda kullanılabilmesi sadece devletlerin pozitif eylemleri ile olanaklıdır. Ayrıca tüm bireyler gibi engelli bireylerin de diğer haklarını kullanabilmesi ve hak ihlallerine karşı mücadele için hangi haklara sahip olduklarını ve bu hakları nasıl kullanabileceklerini bilmeleri eğitim ile mümkündür. Eğitim, engelli bireylerin mümkün olduğunca bağımsızlaşmalarında ve toplumsal yaşamın tüm alanlarına katılabilecek şekilde gelişmelerinin sağlanmasında oldukça önemli role sahiptir. Eğitim hakkı özellikle çalışma hakkı, sosyal güvenlik hakkı gibi hakların kullanılabilmesi açısından da gereklidir. Eğitimsiz ya da eğitim düzeyi düşük kişiler iş bulabilmek, bir işte ilerleyebilmek açısından dezavantajlı konumdadırlar. Çalışma şansı olmayan kişilerin ise sosyal güvenlik hakkından yararlanma imkânı daha sınırlıdır. Bu bakımdan eğitim hakkı, klasik hak sınıflandırması içinde yer alan hakların en önemlilerinden olup insan haklarının bütünlüğü ve birbirine bağımlılığına iyi bir örnektir¹⁵⁹.

Eğitim hakkı, uluslararası insan hakları bağlamında ‘kapsayıcı’ (bütünleştirici eğitim/kaynaştırma eğitimi) bir içerikle ele alınmaktadır. BM tarafından kabul edilen Engelli Bireyler İçin Fırsat Eşitliği Konusunda Standart Kurallar, engelli çocuk, genç ve yetişkinlere bütünsel ortamlarda ve herkesle eşit olarak ilk, orta ve yüksek eğitim fırsatı verilmesini bir devlet yükümlülüğü olarak belirlemiştir. BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 5 No.lu Genel Yorumu’nda engellilerin en iyi eğitimi

¹⁵⁸ Çınarlı, s. 54.

¹⁵⁹ Yener Şişman, “Engelliler Açısından Eşitlik, Ayrımcılık ve Eğitim Hakkı”, *Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi*, Yıl:14, Sayı:12, 2012, <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/spcd/article/view/5000084630/5000166437> (22.04.2017), ss. 58-63.

genel eğitim sistemi içinde alabileceği ifade edilmiştir. BM Çocuk Hakları Komitesi'nin (ÇHK) 9 No.lu Genel Yorumu'nda da kapsayıcı eğitimin engelli çocukların eğitiminde hedef olması gerektiği belirtilmiştir. BM Engelli Hakları Sözleşmesi'nde de eğitim hakkı, toplumsal ve eğitimsel kapsayıcılığı temel alan bir felsefe ile düzenlenmiştir. Sözleşme'ye göre kapsayıcı eğitim, sadece en iyi eğitimsel çevreyi sağlamakla kalmayarak aynı zamanda klişelerle mücadeleyi kolaylaştıracak; çevresel, kurumsal ve tutumlara dayalı engellerin yok edilmesine yardımcı olacak bir uygulamadır. Sözleşme, okulların kapsayıcı eğitime yönelmeleri sayesinde ayrımcılıkla mücadelede, hoşgörülü bir toplum yaratmada ve herkes için eğitim hedefinin başarıya ulaşmasında ilerleme sağlanacağı düşüncesinden yola çıkarak eğitimi bilgi ve beceri kazandırmanın ötesinde bir sistem olarak değerlendirmektedir¹⁶⁰.

Devlet öncelikle, eğitimin parasız olmasından başlayarak eğitimde fırsat eşitliğini sağlamakla yükümlüdür. Türk Anayasası'nın 42. maddesinin 7. fıkrasında "Devlet, maddi imkânlardan yoksun başarılı öğrencilerin, öğrenimlerini sürdürebilmeleri amacı ile burslar ve başka yollarla gerekli yardımları yapar. Devlet, durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları topluma yararlı kılacak tedbirleri alır." şeklinde bir düzenleme mevcuttur. Bu düzenlemenin bir gereği olarak 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu'nun 12. maddesi "Mecburi ilköğrenim çağında bulundukları halde zihnen, bedenlen, ruhen ve sosyal bakımdan engelli olan çocukların özel eğitim ve öğretim görmeleri sağlanır." şeklindedir¹⁶¹. Benzer şekilde 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 4. maddesine göre "Eğitim kurumları dil, ırk, cinsiyet, engellilik ve din ayırımı gözetilmeksizin herkese açıktır. Eğitimde hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz." Bu hükümde milli eğitimin eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı çerçevesinde gerçekleştirilmesi vurgulanmıştır. Aynı Kanun'un 8. maddesine göre "Eğitimde kadın, erkek herkese fırsat ve imkân eşitliği sağlanır. Maddi imkânlardan yoksun başarılı öğrencilerin en yüksek eğitim kademelerine kadar öğrenim görmelerini sağlamak amacıyla parasız yatılılık, burs, kredi ve başka yollarla gerekli yardımlar yapılır. Özel eğitime ve korunmaya muhtaç

¹⁶⁰ Selda Çağlar, "Engellilerin Erişilebilirlik Hakları ve Türkiye'de Erişilebilirlikleri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 61 (2), 2012, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1679/17894.pdf> (22.04.2017), ss. 554-555.

¹⁶¹ Çınarlı, ss. 55-57.

çocukları yetiştirmek için özel tedbirler alınır.”¹⁶² Söz konusu düzenlemeler bakımından engellilerin eğitimi konusunda özel eğitime vurgu yaptıkları ve tıbbi yaklaşım taşıdıkları belirtilebilir. Daha çok sosyal model ve insan hakları yaklaşımı temelli bir bakış açısı taşıyan ve kaynaştırıcı/bütünleştirici eğitimi vurgulayan bir hüküm olan 5378 sayılı Engelliler Kanunu’nun 15. maddesine göre ise “Hiçbir gerekçeyle engellilerin eğitim alması engellenemez. Engellilere özel durumları ve farklılıkları dikkate alınarak, yaşadıkları çevrede bütünleştirilmiş ortamlarda, eşitlik temelinde, hayat boyu eğitim imkânından ayrımcılık yapılmaksızın yararlandırılır. Genel eğitim sistemi içinde engellilerin her seviyede eğitim almasını sağlayacak bütünleştirici planlamalara yer verilir.”

2. Sağlık Hakkı

Sağlık hakkı, uluslararası hukuk belgelerinde ilk kez Dünya Sağlık Örgütü’nün 1946 tarihli Anayasası’nda ele alınmış ve şu ifadelere yer verilmiştir: “Sağlık bir bütün olarak fiziksel, ruhsal ve sosyal esenlik durumudur ve yalnızca hastalık ya da maluliyet yokluğu değildir. Ulaşılabilir en yüksek standartlarından yararlanma, ırk, din, siyasi görüş, ekonomik ya da sosyal durum farkı gözetilmeksizin her insanın temel haklarından biridir.” Burada “ulaşılabilir en yüksek sağlık standardı” ifadesi, herkesin en kısa sürede erişip yararlanabileceği düzeye getirilmiş sağlık hizmetlerini işaret etmektedir¹⁶³.

Sağlık hakkının kapsamı, olası her türlü hastalık ya da engelliliğe sebebiyet verecek durumlara karşı tıbbi bakım görme anlamına gelmekten ziyade, devletlerin sorumluluk alanındaki sağlığın kazanılması ve sürdürülebilmesi için zorunlu olan olanak ve imkânlardan yararlanma şeklindedir¹⁶⁴. Bunun yanında sağlık hakkı sadece sağlıklı olma hakkı şeklinde algılanmamalıdır; sağlık hakkı aynı zamanda cinsellik ve üreme hürriyeti hakkı, sağlığını ve vücudunu kontrol ettirme hakkı, rızası dışında tıbbi tedavi ve deneylere tabi olmama hakkını da kapsamaktadır¹⁶⁵.

¹⁶² Arzu Besiri, “Yoksulluk Ekseninde Engellilerin Eğitimi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 83, 2009, ss. 361-362.

¹⁶³ S.Gürler, s. 109.

¹⁶⁴ Türker Ertuş, *Anayasa Hukukunda Sağlık Hakkı*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2012, s. 7.

¹⁶⁵ Kalabalık, s. 555.

Sağlık hakkı, engellilik açısından çeşitli açılardan önem taşımaktadır. Sağlık hizmetlerine zamanında ve tam olarak erişimle iyileşmesi mümkün olan hastalıklar, kalıcı bir engellilik durumu oluşturabilir. Bunun yanında engellilik olgusu çoğu zaman kalıcı ve sürekli sağlık sorunlarını da beraberinde getirir¹⁶⁶.

Engellilerin sağlık hakkına dair ilk geniş kapsamlı açıklama BM Engelli Bireyler İçin Fırsat Eşitliği Konusunda Standart Kurallar'da ortaya konmuştur. Söz konusu kurallarda sağlık personelinin engelliler konusunda bilinçlendirilmesi, engellilere herkesle eşit şartlarda tıbbi bakım sunulması ve ihtiyaç duyacakları tedavi için devlet tarafından gereken kolaylığın sağlanması esas alınmıştır. EHS 25. maddede de sağlık hakkı genel eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı ve erişim ilkeleri çerçevesinde Standart Kurallar'daki görüşü pekiştirecek şekilde düzenlenmiştir. Buna göre "Taraf Devletler, engellilerin engelliliğe dayalı ayrımcılığa uğramaksızın ulaşılabilir en yüksek sağlık standardından yararlanma hakkını tanır. Taraf Devletler engellilerin sağlıkla ilgili olarak rehabilitasyon da dahil olmak üzere, cinsiyete duyarlı sağlık hizmetlerine erişimini mümkün kılmak için uygun tüm tedbirleri alır." Burada önemli olan bir nokta da tıbbi bakım konusunda cinsiyet duyarlılığı olan sağlık hizmetlerinin sağlanmasının amaçlanmış olmasıdır. Zira sağlık hakkı konusunda engelli kadınlar, engelli erkeklere göre daha dezavantajlı bir konumdadırlar¹⁶⁷.

Rehabilitasyon ve habilitasyon hizmetleri de sağlık hakkı kapsamında engelliler açısından çok önemlidir. Rehabilitasyon hizmeti, engelli bireyin yaşamını sürdürürken diğer bireylere ve nesnelere duyduğu ihtiyacı en aza indirmek için uygulanan tedavidir. Engelli bireylerin işlevsel kapasitelerini ve yaşam kalitelerini artırmak için engellilere yönelik rehabilitasyon hizmetlerine ihtiyaç vardır. 1975 yılında BM tarafından yayınlanan Engelli Hakları Bildirgesi'nde engelli bireylerin tıbbi, psikolojik ve fonksiyonel tedavi görme ve aynı zamanda tıbbi ve sosyal rehabilitasyon hakları ilk kez tanımlanmıştır¹⁶⁸. Rehabilitasyonda engellilik sonucu kaybedilen veya kaybedilme tehlikesi olan yetenek ve becerilerin yeniden kazanılması söz konusu iken, habilitasyon insanlara birtakım yeni beceriler, yetenekler ve bilgiler kazandırmayı sağlayan bir süreç olup daha çok doğuştan engelliler açısından toplumsal yaşam için gerekli özellikleri kazanmaları bakımından önemlidir. Her iki

¹⁶⁶ Erdugan, s. 49.

¹⁶⁷ S.Gürler, s. 110.

¹⁶⁸ Çınarlı, ss. 62-63.

kavram da genel olarak sağlıkla ilgili olarak ele alınırken, ikisine birden ilk kez ayrı bir madde olarak EHS'nin 26.maddesinde yer verilmiştir¹⁶⁹. 5378 sayılı Engelliler Kanunu'nun 10. maddesinde rehabilitasyon hizmetlerinin toplumsal hayata katılım ve eşitlik temelinde verileceği, rehabilitasyon ile ilgili planlama, sonlandırma gibi süreçlerin her aşamasında engelli ve ailesinin aktif ve etkin katılımının sağlanacağı, bu hizmetlerin engelliye mümkün olan en kısa sürede ve engellinin yerleşim yerine en yakın yerde verilmesi, engellilerin bu hizmetlere erişebilirliği için gerekli tedbirlerin devlet tarafından alınması esasları belirlenmiştir.

Türk Anayasası'nın 56. maddesinin ilk fıkrasında sağlık hakkı şu şekilde ele alınmıştır: “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.” Anayasa bu madde ile devlete vatandaşlarının sağlık hakkından tam olarak faydalanabilmesi için uygun yasal, idari, mali, yargısal ve diğer önlemleri alması yükümlülüğünü yüklemiştir¹⁷⁰.

Belirtilmelidir ki, sosyal güvenlik hakkı da sağlık hakkının kullanılması bakımından önemli ve bağlantılı bir haktır. Bu nedenle sosyal güvenlik hakkının olmadığı ölkelerde sağlık hakkı, özellikle engelliliğin yoksul kesimlerde daha yaygın olduğu göz önünde tutulduğunda kullanılamaz bir hak haline gelmektedir¹⁷¹.

3. Çalışma Hakkı

Çalışma hakkı, bireyin özgür iradesi ile seçtiği mesleği veya işi icra etmesini ve devletin de çalışmak isteyenlere iş temin etmek için gereken tedbirleri almasını gerektirir¹⁷². Çalışma hakkı, sosyal ve ekonomik haklar kategorisinde olup kullanılabilmesi için gerekli iş ve çalışma ortamını devlet, imkânları dâhilinde sağlamak yükümlülüğündedir. Bu noktada sosyal devlet özelliği önem göstermektedir;

¹⁶⁹ S.Gürler, s. 114.

¹⁷⁰ Kalabalık, s. 556.

¹⁷¹ İbrahim Şahbaz, “Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 86, 2009, s. 410.

¹⁷² Kalabalık, s. 549.

engelli bireylerin çalışma haklarının kullanılmasının kişi ve kurumların insaflarına bırakılmadan gerçekleştirilebilmesi büyük oranda devletin bu alandaki kamusal politikaları mümkündür¹⁷³. Zira çalışma şartlarında oluşturulan standartların engellilere yönelik düzenlenmesi maliyet yaratan bir durum olduğundan işverenler genelde engellilere istihdam sağlamamaktadırlar¹⁷⁴. Bu sebeple günümüzde pek çok ülkede engelli bireylerin istihdamı tercih edilmemekte, engelliler çeşitlilik göstermeyen spesifik alanlarda çalışmaya zorlanmakta ya da istihdam edildikleri takdirde oldukça düşük ücretli işler verilmektedir. İşsizliğin ya da ekonomik krizin mevcut olduğu zamanlarda öncelikle işten çıkarılanlar engelli kişiler olmaktadır. Bu durum, doğrudan engellilerin beceri ve kapasiteleri ile ilgili değildir; dünyada yeterli eğitim alabildiklerinde engelli bireylerin yaygın iş normlarına uygun görevleri yerine getirdiklerine ilişkin pek çok örnek mevcuttur¹⁷⁵. Engellilik, çalışma yaşamında yer almayı engellemez; zira engelli olmayan bireyler de çalışırken sahip oldukları tüm yetenekleri ve kapasiteyi kullanmazlar. Yaptıkları işin niteliğine göre bir kısım yeteneklerini hiç kullanmazlar ya da kısmi şekilde kullanırlar. Bu noktada önemli olan engelli bireylerin hangi işte etkin ve verimli çalışabileceklerinin belirlenmesidir¹⁷⁶.

Bir işe sahip olmak, bireylerin sürekli ve düzenli bir gelire sahip olarak yaşamlarını bağımsız şekilde idame ettirebilmeleri anlamına gelmektedir. Diğer yandan insanların sadece gelir elde etmek için çalışmadıkları; çalışmanın kişinin toplumsal yaşama katılmasının bir yolu olduğu, bireyin kişiliğini geliştirerek özgüvenini pekiştirmeye katkısının olduğu unutulmamalıdır¹⁷⁷. Çalışma hakkı temel bir insan hakkı olarak İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (m. 23), Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (m. 6), Avrupa Sosyal Şartı (ASS) (m. 1) gibi pek çok insan hakları belgesinde yer almıştır. EHS'de çalışma hakkı ise ayrımcılık yasağı ve fırsat eşitliği bağlamında 27. maddede düzenlenmiştir. Buna göre taraf devletler engellilerin diğer bireylerle eşit koşullar altında çalışma hakkı olduğunu kabul ederek engellilere açık, bütünleştirici ve erişilebilir bir iş piyasası, çalışma ortamında serbestçe seçtikleri bir işte çalışma fırsatı, kamu sektöründe istihdam ve engellilerin çalıştıkları işyerlerinde makul uyumlaştırma yapılmasının sağlanmasını taahhüt eder.

¹⁷³ Şişman ve diğerleri, s. 22.

¹⁷⁴ Erbil Erdugan, ss. 20-21.

¹⁷⁵ İnsan Hakları Derneği, **Ayrımcılıkla Mücadele Engelli Kişilerin İnsan Hakları**, s. 9.

¹⁷⁶ Şişman ve diğerleri, ss. 19-20.

¹⁷⁷ Şişman ve diğerleri, s. 20.

Türk Anayasası, 17. maddesinde “Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” ve 49. maddesinde “Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir.” şeklindeki düzenlemelerle çalışma hakkını engellileri de kapsayacak bir anayasal hak olarak ortaya konmuştur. Yine Anayasa’nın 60. maddesinde “Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliğı sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve gerekli teşkilatı kurar.” ifadesi ile devlet aynı zamanda engelli bireylerin sosyal güvenliğini de sağlamakla yükümlü kılınmıştır. Anayasa’nın 50. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında “Kimse yaşına cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizlikleri olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar.” ifadesi yer alır. Bu madde engellilere yönelik çalışma şartları bakımından özel düzenlemeler yapılmasını öngörür. Anayasanın 61. maddesindeki “Devlet, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alır” düzenlemesi de devlete engellilerin korunmaları ve toplum yaşamına katılımlarını sağlama konusunda gerekli önlemleri alma görevi yüklemektedir¹⁷⁸.

Engellilerin çalışma haklarının güvence altına alınması bakımından belli oranda engellinin istihdam edilmesi amacıyla işverenlere yükümlölük getirilmesi anlamına gelen “kota sistemi” önemlidir. Türk hukukunda da 4857 sayılı İş Kanunu’nun 30. maddesinde ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun (DMK) 53. maddesinde bu tarz düzenlemeler mevcuttur. Söz konusu düzenlemeler Anayasa’nın 10. maddesinin 3. fıkrası ile getirilen pozitif ayrımcılık uygulaması göz önüne alındığında eşitlik ilkesini zedelemeyecektir.

¹⁷⁸ Çınarlı, s. 49. Anayasa’nın 61. maddesinin engellileri çalışma hakkı bakımından hak öznesi olarak değil, korunmaya muhtaç bireyler olarak ele aldığına dair eleştiriler mevcuttur. Bu görüşe göre Anayasa’nın 60.maddesinde yer alan “herkes” ibaresi teorik olarak engellileri de kapsamaktadır. Her ne kadar engellilerin sosyal güvenlik haklarının pratikte hayata geçirilemiyor olması sebebiyle sosyal güvenlik açısından özel olarak korunmaları olumlu olsa da, 61. madde bu hakkı bireyin hakkı olarak değil devletin borcu olarak düzenlemiştir. Bu düzenlemenin ardındaki mantık, engellilerin sosyal sigortaların dolayısıyla da çalışmanın hak öznesi olarak düşünülmemesi, olsa olsa korunmaya muhtaç kişi olarak hak sahibi olma ihtimallerinin olması vardır. Dezavantajlılar bakımından sosyal yardımların devletin ödevi olarak değil, bireylerin hakkı olarak düzenlenmesi gerektiğı ifade edilmektedir. Şebnem Gökçeoğlu Balcı, “Sosyal Dışlanma Kavramı Bağlamında Engellilerin Sosyal Güvenlikten Dışlanması”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Faköltesi Dergisi*, Yıl:2009, Sayı:2, ss. 44-45.

4. Siyasi Katılım Hakkı

Siyasi haklar, siyasi iktidarın ve kamusal idarenin kuruluş ve işleyişine vatandaşların katılma hakkını ifade eder. Genel olarak katılma hakları, kararların alınmasına, kararların alınmasında etkili olmaya ve alınan kararların uygulanmasına katılma haklarıdır¹⁷⁹. Toplumun tüm üyelerinin devlet yönetimine katılımı bir insan hakkı olarak kabul görmektedir ve yurttaşların yönetime katılma haklarının herhangi bir şekilde engellenmesi veya kısıtlanması insan hakkı ihlali olarak değerlendirilir¹⁸⁰. Öte yandan katılım ilkesi demokrasinin de temel unsurlarından biridir ve tam ve eşit siyasi katılımının sağlanmaması söz konusu demokratik düzenin sorgulanmasını gerektirir¹⁸¹. Siyasette toplumun tüm kesimlerinin eşit ve etkin şekilde söz sahibi olması, toplumsal artıların adil dağıtılması açısından çok önemlidir. Ayrıca temsil edilmeyen kesimlerin sorunlarının tam olarak farkında olunması mümkün değildir ve çözüm için gerekli ve doğru politikaların üretilmesi de bu durumda çok zordur. Özellikle yerel yönetimler, yerine getirdikleri işlevler bakımından engellilerin hayatına en çok dokunan kuruluşlardandır. Yerel yönetimlerin imar ve ruhsatlandırma işlevleri, ulaşım hizmetleri, su-doğalgaz-kanalizasyon hizmetleri, sosyalleştirme ve sosyal yardım işlevleri bakımından engellilere duyarlı bir politika izlemeleri için engellilerin yerel yönetimlerde temsil edilmeleri, görüşlerini bu kurumlara aktarabilmeleri önemlidir. Tüm bu durumların yanında, engelli bireyler bakımından siyasi yaşamda temsilci olarak yer almak kamuoyu nezdinde engellilerin görünür kılınması, engellilere yönelik farkındalığın artması ve bazı toplumsal tabuların yıkılması açısından da önemlidir¹⁸².

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 21. maddesi ve Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 25. maddesinde de herkese seçme, seçilme ve kamu hizmetlerinden eşit şekilde faydalanma hakkına yer verilmiştir. EHS 29. maddede, engellilerin diğer bireylerle eşit şekilde siyasal ve toplumsal yaşama katılım hakkına yer vermiş;

¹⁷⁹ Kalabalık, s. 32.

¹⁸⁰ Bayram Oran, Engelliler Konfederasyonu (Haz. Turhan İçli ve Zehra Karayel), **Engellilerin Siyasal Yaşama Katılma Hakkı**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2017, ss. 26-27.

¹⁸¹ Gül, **Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansıması**, s. 81.

¹⁸² Oran, ss. 50-52.

öncelikle seçim usullerinin, ilgili tesislerin ve materyallerin erişilebilir ve kullanımının kolay olmasını sağlamak gerektiğini ortaya koymuştur. Bunun yanında maddede engellilerin gizli oy hakkı da ele alınmıştır. Bu hak özellikle görme engelliler bakımından gerekli fiziksel önlemlerin alınmaması nedeniyle sıklıkla ihlal edilmektedir. EHS’de engellilerin sivil toplum kuruluşları, dernekler, siyasi partilerin etkinlik ve yönetimine katılma şeklinde siyasi faaliyette bulunma haklarına da yer verilmiştir. Ayrıca engellilerin ulusal, bölgesel ve yerel örgütlenmelerde yer almalarının öneminin altı çizilmiştir; zira EHS’nin oluşturulması aşamasında bu engelli örgütlerinin çok büyük etkisi olmuştur. EHS’de yer alan bir başka siyasal katılım hakkı ise engellilerin devletin tüm kademelerinde kamu görevi için seçilme hakkıdır¹⁸³.

Seçme ve seçilme hakkı, Türkiye bakımından da yürürlükte olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 1. Protokol¹⁸⁴ ile düzenlenmiştir. Protokol’ün 3. maddesinde “serbest seçim hakkı” başlığıyla yer bulan hükme göre, “Yüksek Sözleşmeci Taraflar, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler.” Türk Anayasası’nda ise 67. maddede¹⁸⁵ düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme seçme ve seçilme hakkının kanunla düzenlenebileceğini öngörmüştür. 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında

¹⁸³ S.Gürler, ss. 104-108.

¹⁸⁴ Protokol, 1952 yılında imzaya açılmış ve 1954 yılında yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Protokol’ü 20 1952 yılında imzalamış ve 1954 yılında yürürlüğe sokmuştur. <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/51-avrupa-insan-haklar-sozlesmesine-ek-1-numaral-protokol/> (13.04.2019).

¹⁸⁵ Anayasa m. 67: “Vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma ve halkoylamasına katılma hakkına sahiptir.

Seçimler ve halkoylaması serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre, yargı yönetim ve denetimi altında yapılır. Ancak, yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının oy hakkını kullanabilmeleri amacıyla kanun, uygulanabilir tedbirleri belirler.

Onsekiz yaşını dolduran her Türk vatandaşı seçme ve halkoylamasına katılma haklarına sahiptir. Bu hakların kullanılması kanunla düzenlenir.

Silah altında bulunan er ve erbaşlar ile askeri öğrenciler, taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler oy kullanamazlar. Ceza infaz kurumları ve tutuk evlerinde oy kullanılması ve oyların sayım ve dökümünde seçim emniyeti açısından alınması gerekli tedbirler Yüksek Seçim Kurulu tarafından tespit edilir ve görevli hakim in yerinde yönetim ve denetimi altında yapılır.

Seçim kanunları, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlenir.

Seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz.”

Kanun'un 8.maddesine¹⁸⁶ göre seçmen olamayacak olan kişiler arasında kısıtlılar da bulunmaktadır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanun'un 405. maddesine göre "akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan her ergin kısıtlanır". Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bizim de katıldığımız şekilde, her bir kısıtlılık kararında kişinin oy verme hakkından mahrum edilmesi hususunda kişinin özel durumunun araştırılarak ayrıca karar verilmesi gerektiği görüşündedir. Mahkemeye göre önyargılardan hareket edilerek, kısmi vesayet altına alınan bireyler ile tamamen vesayet altındaki kişiler ayrımı yapmadan, kişinin akli kapasitesini, ihtiyaçlarını, sınırlamanın ölçülülüğünü her bir bireylere özgü şekilde değerlendirmeyen bütüncül yasaklar, devletin takdir yetkisi alanının dışında kalacağından seçme hakkına aykırı olacaktır. Mahkeme bu noktada, dezavantajlı gruplara yönelik getirilen sınırlamalar bakımından devletlerin takdir yetkilerinin daha dar olması ve sınırlandırmaların ciddi gerekçelere dayanması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme'nin bu görüşü ile 298 sayılı Kanun'da yer alan ve tüm kısıtlıların seçme hakkını ortadan kaldıran hüküm açık şekilde çelişmektedir¹⁸⁷.

298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'da engellilerin seçme hakkını kullanmalarını kolaylaştıracak birtakım düzenlemeler mevcuttur. Kanun'un 36. maddesinin son fıkrasında "Seçmen kütüğü yazımı sırasında, seçmenin oyunu kullanmasını engelleyecek bir engelliliği varsa, forma kaydedilir." düzenlemesi mevcuttur. Kanun'un 14. maddesinin 17. bendinde 2018 yılında getirilen düzenleme ile Yüksek Seçim Kurulu'nun görevleri arasına "hastalığı veya engeli sebebiyle yatağa bağımlı olan seçmenlerin, muhtarlık seçimleri hariç, oy kullanmalarını sağlamak için seyyar sandık kurulu kurulmasına, oy kullanılmasına, sayım ve döküm ile birleştirme işlemlerine ilişkin usul ve esasları belirlemek" eklenmiştir. Yüksek Seçim Kurulu bu maddeye dayanarak 347 sayılı kararı¹⁸⁸ ile engelli formu ve engellilik raporu ile başvuran engelli seçmenler için

¹⁸⁶ 298 sayılı Kanun m. 8: "Aşağıdaki kimseler seçmen olamazlar: 1. Kısıtlı olanlar, 2. Kamu hizmetinden yasaklı olanlar."

¹⁸⁷ U. Ceren Mensiz, "Seçme, Seçilme ve Serbest Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkı Bakımından Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 1, Ocak 2016, ss. 63-64. Alajoss Kiss v. Macaristan, Başvuru No.: 38832/06, Karar Tarihi: 20.05.2010.

¹⁸⁸ <http://www.ysk.gov.tr/doc/karar/dosya/77600/2018-347.pdf> (13.04.2019)

“seyyar sandık” uygulamasının usul ve esaslarını belirlemiştir. Sandık yerleri ile ilgili olan 37. maddeye göre, “Sandıkların konulacağı yerlerin belirlenmesinde seçmenin oyunu kolaylıkla, serbestçe ve gizli şekilde verebilmesi gözetilir. Engelli seçmenlerin oylarını rahatlıkla kullanabilmeleri için gerekli tedbirler alınır. Sandıklar okul (özel okullar ve özel dersaneler dahil) avlusu ve salonların elverişli kısımları gibi genel yerlere, yetmediği takdirde kiralanacak kahvehane, lokanta gibi yerlere konur.” Oy vermede sıra ile ilgili olan 90. maddeye göre, “Oy verme günü sandık başına gelecek seçmenler, sandık kurulu önüne başkan tarafından sıra ile birer birer alınırlar. Gebeler, hastalar ve engelliler bekletilmezler. Yaşlılar önce alınabilirler.” Oy pusulasının atılmasına ilişkin 93. maddenin 2. fıkrasına göre, “Körler, felçliler veya bu gibi bedeni engellilikleri açıkça belli olanlar, bu seçim çevresi seçmeni olan akrabalarından birinin, akrabası yoksa diğer herhangi bir seçmenin yardımı ile oylarını kullanabilirler.” Bu düzenleme, kanaatimizce görme engellilerin gizli ve serbest oy hakkını ihlal etmektedir. Görme engellilere özel, refakatçi olmaksızın oylarını özgür biçimde kullanabilmelerini sağlayacak oy pusulası şablonu oluşturulması, bu hakkın kullanılması bakımından daha doğru olacaktır. Her ne kadar Yüksek Seçim Kurulu, 1103 sayılı kararı¹⁸⁹ ile görme engellilerin bağımsız şekilde oy verebilmesini sağlayacak oy pusulası şablonu kullanılmasına izin verilmesi yönünde karar almış olsa da söz konusu kararda oy pusulası şablonlarını oluşturup her görme engelliye dağıtma talebini reddetmiş; engellilerin şablonlarını kendilerinin temin etmesi gerektiği yönünde karar vermiştir. Yüksek Seçim Kurulu’nun bu kararı açıkça EHS’nin 29.maddesini ihlal etmektedir.

5. Erişilebilirlik

İnsan yapımı ve doğal fiziksel çevre başta olmak üzere, ekonomik, sosyal ve kültürel çevreye ulaşabilme, bu çevrelerde verilen hizmetlerden yararlanma ve katkıda bulunma imkânına sahip olmayı ifade eden erişilebilirlik, her türlü hakkın

¹⁸⁹ <http://www.ysk.gov.tr/doc/karar/dosya/77913/2018-1103.pdf> (13.04.2019) “Kurulumuzca yapılan değerlendirme neticesinde; 298 sayılı Kanunun 90 ve 93. maddeleri uyarınca, 31 Mart 2019 tarihinde yapılacak Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimine esas olmak üzere; Mürekkep renginde şablon bastırılarak sandıklara veya her görme engelli seçmene dağıtılması talebin reddine, İsteyen görme engellilerin tek başlarına ve erişilebilir biçimde oy kullanabilmeleri amacıyla yanlarında getirecekleri şablonlarla oy kullanılabileceğine, karar verilmesi gerekmektedir.”

kullanımında önemli bir unsur olarak karşımıza çıkar. Toplumsal ve kamusal hatta bireysel yaşam alanları, toplumun çoğunluğunun ortalamasına göre tasarlandığı için diğer kişiler açısından engel oluşturmeyen ulaşım ve mekân ile ilgili özellikler, engellilerin haklarını kullanmalarını önleyen bariyerler niteliğindedirler. Dünya genelinde ülkelerin büyük bir kısmında kamusal ve kamuya açık binalar ve ulaşım sistemleri engellilerin erişimine uygun değildir. Engellilerin iletişime yönelik ihtiyaçları da büyük ölçüde giderilememekte, erişilebilir formatta çok az bilgi bulunmaktadır. Bu sebeple bilgi ve iletişim teknolojilerini kullanma konusunda, nüfusun diğer kesimlerine göre engellilerin oranı hayli düşüktür. Hatta bazı ülkelerde ve bölgelerde engelliler, günümüzün artık temel ürün ve hizmetlerinden sayılan telefon, televizyon, internet gibi imkânlarla bile erişememektedirler¹⁹⁰.

İnsan haklarının büyük bir kısmının kullanılabilmesi toplumsal, siyasal, ekonomik ve kültürel yaşama katılımı ile mümkündür. Bu nedenle erişilebilirliğin katılımın ön koşulu olmaktan öte, bağımsız bir hak olarak görülmesi yönünde bir tartışma söz konusudur. Erişilebilirlik, EHS’de genel bir ilke olarak düzenlenmiş, ayrı bir hak niteliği olmaksızın bağımsız yaşamının ve toplumsal katılımın koşulu olarak ayrı bir hükümle desteklenmiştir. Fakat Sözleşme’nin uygulanmasını denetleyen komite olan Engelli Hakları Komitesi (EHK), dördüncü oturumunda erişilebilirlik üzerine açtığı genel tartışma gününde sözleşmenin erişilebilirlik hükmünü bağımsız bir hak olarak kabul etmiştir¹⁹¹.

Birleşmiş Milletler pek çok sözleşmesinde “erişim”, “ulaşılabilirlik” gibi kavramları erişilebilirlikle aynı anlama gelecek şekilde kullanmış; bazı sözleşmelerde ise “erişilebilirlik” kavramına ayrımcılığa engel olma, eşitliği sağlama işlevi yüklemiştir. Örneğin ESKHS’de erişilebilirlik bazı hakların bir unsuru iken bazen de yerine getirilmesinin aracıdır. Erişilebilirliği bağımsız bir hükümle düzenleyen ilk uluslararası insan hakları sözleşmesi ise EHS’dir. Sözleşmenin erişilebilirliğe ilişkin özel hükmü olan 9. maddede engellilerin kamusal alanda verilen her türlü hizmetten faydalanabilmeleri için devletlerin alacakları tedbirler sıralanmış, engellilerin bina ve kurumlar ile bilgiye rahat bir biçimde erişebilmelerinin sağlanması ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Bunun yanında Sözleşme’nin pek çok hükmünde hakkın ya da taraf

¹⁹⁰ Çağlar, “Engellilerin Erişilebilirlik Hakları ve Türkiye’de Erişilebilirlikleri”, ss. 542-543.

¹⁹¹ Çağlar, “Engellilerin Erişilebilirlik Hakları ve Türkiye’de Erişilebilirlikleri”, s. 544.

devlete düşen yükümlülüğün asli unsuru olarak erişilebilirlik kavramına yer verilmiştir¹⁹².

Sosyal bir hak olarak nitelendirilebilen erişilebilirliğin diğer sosyal haklar bakımından da olduğu gibi devletin kaynakları ölçüsünde ve aşamalı olarak gerçekleştirileceği şüphesizdir. Ancak aşamalı uygulama sadece hâlihazırda mevcut yapı ve hizmetlerin engelli erişimine uygun hale getirilmesi bakımından söz konusudur. Devletin bu hakkın tanınmasından sonra engellilerin erişimine uygun olmayan yol, kaldırım, bina vb. inşa etmesi veya yeni hizmetlerin planlanmasında engellilerin ihtiyaçlarını göz ardı etmesi, engellilik temelinde ayrımcılık niteliğinde olacaktır¹⁹³.

6. Ayrımcılık Yasağı

Ayrımcılık, yukarıda açıklanan farklı türleri ile tüm hak özneleri için insan haklarından eşitlik içinde yararlanmalarını engelleyen en eski ve en yaygın ihlallerden biridir ve bu nedenle de eşitliğin gerek hukuksal gerekse olgusal yönleriyle gerçekleştirilmesinin önündeki temel engellerden biridir¹⁹⁴. Engellilerin insan haklarının tanınmaması ya da bu hakları kullanamamalarının en büyük nedeninin maruz kaldıkları ayrımcılık olduğu söylenebilir. Ayrımcılığın engellilik temelinde kaynağı öncelikle engellilere karşı olumsuz tutumlardır. Bu tutumların nedeni ise engelli bireyler hakkında yeterli bilgi sahibi olmamak, önyargıya bağlı yanlış inançlar, engelli bireylerden korkma, onlara acıma ve onlara karşı nasıl davranacağını bilememekten ileri gelmektedir¹⁹⁵.

Engelliliğin diğer ayrımcılık sebeplerinden farklı bir yapısının olduğu belirtilmelidir. Zira cinsiyet ya da ırk örneklerinde olduğu gibi diğer geleneksel

¹⁹² Çağlar, “Engellilerin Erişilebilirlik Hakları ve Türkiye’de Erişilebilirlikleri”, ss. 545-547.

Örneğin, ‘Adalet erişim’ hükmünde devletler, engellilerin adalet sistemi içinde korunmalarını; ‘düşünce ve ifade özgürlüğü ile bilgiye erişim’ hükmünde engellilerin düşünce ve ifade özgürlüklerini kullanabilecekleri tüm iletişim kanallarının kullanılabilir halde olmasını sağlamakla yükümlü tutulmuştur. (sırasıyla m. 3-f, m. 9, m. 13, m. 21) Kaliteli ve parasız ilk ve orta öğretime eşit erişim, eğitim hakkının; ulaşılabilir en yüksek sağlık standardından yararlanma ise, sağlık hakkının bir unsuru olarak ifade edilmiştir. (m. 24-b, m. 25)

¹⁹³ Gül, *Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansıması*, s. 84.

¹⁹⁴ Mesut Gülmez, *İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye*, Belediye-İş Sendikası AB’ye Sosyal Uyum Dizisi, Ankara, 2009, s. 3.

¹⁹⁵ S.Gürler, s. 75.

ayrımcılık sebepleri kesin ve belirli gruplar şeklinde ortaya konabilirken, engelli kişiler homojen bir grup değillerdir¹⁹⁶. Buna bağlı olarak ayrımcılığın yasaklandığı diğer temeller bakımından söz konusu olmayan bazı sorunlar engelliliğe dayalı ayrımcılık bakımından söz konusu olmaktadır. Öncelikle ulusal mevzuatlar kimlerin engelli olduğunu tanımlamak ve yalnızca bu tanıma uyan kişileri ayrımcılığa karşı korumak eğilimindedirler. Bu şekilde kapsamın sınırlandırılması çeşitli şekillerde olmaktadır; ulusal mevzuatlar genellikle bir oran belirlemek ve bu oranın üzerinde engelli olan kimseleri kapsama almaktadır. Bunun yanında bu kapsam, çeşitli engel türleri arasında ve bu grupların kendi içinde farklılık göstermektedir. Bu durum, devletlerin engellilere yönelik ayrımcılık yasağının kişi bakımından kapsamının tespitinde ayrımcılığın yasaklandığı diğer nedenlere kıyasla daha keyfi davrandıklarının göstergesidir¹⁹⁷.

Engellilere yönelik ayrımcılık yasağını diğer ayrımcılık temellerinden ayıran bir diğer husus ise ayrımcılığın türleri bakımındandır. Diğer ayrımcılık temelleri bakımından genelde doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramları ön plandayken, engellilik bakımından “makul uyumlaştırma” yükümlülüğü önemli bir yer tutar. Değnilmesi gereken bir diğer ayırt edici özellik, engelliliğin, engellilere yönelik ayrımcılık yasağı bakımından devletin önlemekle yükümlü olduğu bir özellik olduğudur. Bilindiği üzere ayrımcılık yasağı insanlar arasındaki farklılıkların hoşgörü ile karşılanması fikrine dayanmakta ve önyargılarla mücadeleyi amaçlamaktadır. Bu farklılıkların inkârı, yok edilmeye çalışılması veya korunmaya layık görülmemesi sadece ayrımcılık yasağının ihlali değil; sözleşmelerle koruma altına alınmış birçok insan hak ve özgürlüğünün de ihlali anlamına gelir. Devletin yükümlülüğü, bu farklılıklarla mücadele etmek ve bunları ortadan kaldırmak değil; bu farklılıkların yaşamasını, geliştirilmesini ve bunlara saygı gösterilmesini sağlamaktır. Oysa

¹⁹⁶ Kaya, “AB Hukukunda Obezite ve Engellilik İlişkisi: Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın Kaltoft Kararı”, s. 20.

¹⁹⁷ Gül, **Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansıması**, ss. 129-130. Türkiye’de bu tespit “Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik” ile yapılmaktaydı. Söz konusu Yönetmelik, 30.03.2013 tarihli ve 28603 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmişti. 20.02.2019 tarihli Resmi Gazete’de “Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik” ile “Çocuklar İçin Özel Gereksinim Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik” yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik’in 18.maddesi ile “Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik” yürürlükten kaldırılmıştır.

diğerlerinden farklı olarak engellilik, devletin önlemekle yükümlü olduğu bir farklılıktır. Çünkü engelli kişileri sınırlayan yalnızca önyargılar ve toplumsal yaşamın inşasında yapılan ihmaller değil, aynı zamanda kişilerin sahip olduğu fiziksel ve zihinsel özelliklerdir. Bu sebeple devletin sadece toplum kaynaklı sorunlarla değil, kaza ve hastalık kaynaklı ya da doğuştan gelen engellerle de mücadele etmesi gerekir. Engellilik durumunun sebeplerini ortadan kaldırmak amacıyla tıp, genetik bilimi ve biyoteknoloji alanlarında pek çok çalışma yapılmaktadır¹⁹⁸.

Ulusal ve uluslararası belgelerde kimi zaman ırk, dil, din, cinsiyet temellerinin yanında “benzeri nedenler” başlığı altında, kimi zaman da açık şekilde “engellilik” ifadesine yer verilmek suretiyle kaleme alınan ayrımcılık yasağı hükümleri engelliler açısından oldukça önemli bir güvence sağlamaktadır¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Gül, *Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansıması*, ss. 131-132.

¹⁹⁹ Şirin, s. 83.

İKİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMELERİNDE ENGELLİLERE YÖNELİK AYRIMCILIK YASAĞI

Uluslararası hukukun kaynakları arasında başta uluslararası sözleşmeler yer alır. Antlaşma, sözleşme, misak vs. isimlerle ifade edilen bu belgeler ve onlara ek olarak getirilen ihtiyari protokoller, devletler açısından hukuken bağlayıcıdır. İnsan haklarının ve özellikle ayrımcılık yasağının, yürürlükteki hukukun parçası olması sürecinde uluslararası sözleşmelerin etkisi büyüktür. Bunun altında yatan sebeplerden biri, uluslararası hukukun temel ilkelerinden olan ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesidir. Bu ilke gereği uluslararası hukukun öznesi olan devletler, taraf oldukları sözleşmelere uygun hareket etme taahhüdünde bulunur. Bu doğrultuda uluslararası sözleşmeler, taraf olan devletlere öncelikle sözleşme hükümlerine uygun bazı düzenlemeler yapma yükümlülüğü getirir. Bir uluslararası insan hakları sözleşmesini onaylamış bir devlet, sözleşmeye aykırı yasaları kaldırmak, sözleşmeye uygun kanunları kabul etmek ve sözleşmenin hükümlerine uygun davranmak durumundadır. Bu nedenle de ayrımcılığı yasaklayan bir insan hakları sözleşmesine taraf olan her devlet, ulusal mevzuatında ayrımcılığı en az taraf olduğu sözleşmeyle aynı kapsamda yasaklamalıdır. Devletler, ulusal mevzuatlarında uluslararası sözleşmelerde öngörülen yasakların gerisinde kalamazlar; ancak bunlardan daha geniş kapsamlı ayrımcılık yasakları öngörebilirler²⁰⁰.

1948 yılında yayımlanan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi her ne kadar bağlayıcı olmasa da insan hakları anlamında ülkelerin iç hukuklarını oldukça etkilemiştir. Bildirge'nin ardından kabul edilen Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşme (İkiz Sözleşmeler) insan hakları hukukunun ana kaynakları olarak kabul edilir. Bu süreçte bölgesel nitelikte de çok sayıda uluslararası sözleşme ve belge ortaya çıkmıştır. Uluslararası insan hakları sözleşmelerinin taraf devletlerce uygulamasını denetlemek amacıyla çok sayıda denetim mekanizması oluşturulmuştur.

Türk Anayasası'nın 90. maddesi gereği “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında anayasaya aykırılık

²⁰⁰ İdil Işıl Gül, “Hukukta Ayrımcılık Yasağı”, **Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar**, (Ed. Kenan Çayır, Müge Ayan Ceyhan), 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 122.

iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası sözleşmelerle kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.” Dolayısıyla, Türk hukukunda uluslararası insan hakları sözleşmeleri hükümleri normlar hiyerarşisi anlamında kanunların da üzerinde konumlandırılmıştır ve iç hukukta yapılacak düzenlemeler anlamında önem arz etmektedir.

Ayrımcılık yasağı ve eşitlik, tüm insan hakları sözleşmelerinin merkezinde yer almaktadır. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, ayrımcılığı Engelli Hakları Sözleşmesi'nin ilgili maddesinin dayanağını oluşturacak şekilde açık bir liste temelinde yasaklamaktadır²⁰¹. Tematik Birleşmiş Milletler insan hakları sözleşmelerinin tamamı, eşitliği tesis etmeyi, ayrımcılığı ortadan kaldırmayı amaçlamakta ve ayrımcılık yasağı ile eşitlik konularında hükümler bulundurmaktadır. Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi de diğer sözleşmelerce sunulan tecrübeleri dikkate almıştır. Sözleşme'nin ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkeleri, Birleşmiş Milletler geleneğinin ve yaklaşımının evrimini temsil etmektedir²⁰². Keza bir Avrupa Konseyi üyesi olan Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı'na da taraf olarak söz konusu sözleşmelerdeki ayrımcılık yasağı hükümlerine tabi olmuştur. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin denetim mekanizmasının taraf devletler üzerindeki yaptırım

²⁰¹ MSHS m. 2: “Bu Sözleşmeye Taraf her Devlet, bu Sözleşmede tanınan hakları *ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statü gibi her hangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın*, kendi toprakları üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler için güvence altına almayı bu ve haklara saygı göstermeyi taahhüt eder.”

ESKHS m. 2: “Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, bu Sözleşmede beyan edilen hakların *ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum gibi her hangi bir statüye göre ayrımcılık yapılmaksızın* kullanılmasını güvence altına almayı taahhüt ederler.”

EHS m. 5: “1. Taraf Devletler herkesin hukuk önünde ve karşısında eşit olduğunu ve ayrımcılığa uğramaksızın hukuk tarafından eşit korunma ve hukuktan eşit yararlanma hakkına sahip olduğunu kabul eder. 2. *Taraf Devletler engelliliğe dayalı her türlü ayrımcılığı yasaklar* ve engellilerin herhangi bir nedene dayalı ayrımcılığa karşı eşit ve etkin bir şekilde korunmasını güvence altına alır. 3. Taraf Devletler eşitliği sağlamak ve ayrımcılığı ortadan kaldırmak üzere engellilere yönelik makul düzenlemelerin yapılması için gerekli tüm adımları atar. 4. Engellilerin fiili eşitliğini hızlandırmak veya sağlamak için gerekli özel tedbirler işbu Sözleşme amaçları doğrultusunda ayrımcılık olarak nitelendirilmez.”

²⁰² Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi, **Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Hakkında Genel Yorum No. 6**, 2018, (CRPD/C/GC/6), <http://www.esithaklar.org/wp-content/uploads/2018/08/Ayr%C4%B1mc%C4%B1l%C4%B1k-Yap%C4%B1lmamas%C4%B1-ve-E%C5%9Fitlik-Hakk%C4%B1nda-Genel-Yorum-BM-No.6.pdf> (12.12.2018), s. 2.

gücünün yüksek olması sayesinde, engellilerin sözleşme kapsamında etkili şekilde ayrımcılıktan korunması sağlanabilecektir. Bu bölümde Türkiye'nin imzaladığı ve taraf olduğu Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi'nin uluslararası insan hakları sözleşmelerinde yer alan ayrımcılık yasağına ilişkin hükümler engelliler bakımından incelenecektir.

I. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER SÖZLEŞMELERİ

A. Birleşmiş Milletler

BM Teşkilatı, insan haklarının evrensel düzeyde korunması sisteminin merkezini oluşturur. BM, devletlerin insan hakları ve temel özgürlüklerinin korunması ve geliştirmesi hususunda işbirliği yapmalarını ve bu şekilde dünya barışını desteklemelerini öngörmektedir. Bu amacın gerçekleşmesi bakımından devletlerin işbirliği yapmaları başlangıçta umulduğu şekilde gerçekleşmemiş olsa da manevi anlamda BM, insan hakları alanında hemen hemen tüm ulusal ve uluslararası düzenleme ve politikalara ilham ve yön vermektedir²⁰³.

BM'nin kuruluş sürecinde hazırlanan ve 1945'te kabul edilen BM Şartı'nın içerdiği hükümlerde ayrımcılık yasağına da yer verilmiştir. Şart'ın 1. maddesinin 3. fıkrası BM'nin amaç ve ilkeleri arasında “Ekonomik, sosyal, fikri ve insani mahiyetteki milletlerarası davaları çözerek ve ırk, cins, dil veya din farkı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel hürriyetlerine karşı saygıyı geliştirerek ve teşvik ederek milletlerarası işbirliğini gerçekleştirmek” olduğunu ifade etmektedir. Şart'ın 13. maddenin 1. fıkrasının (b) bendi de BM Genel Kurulu'nun görevleri arasında “Ekonomik, sosyal alanlar ile fikri kültür ve eğitim ve sağlık alanlarında milletlerarası işbirliğini geliştirmek ve ırk, cins, dil veya din farkı gözetmeksizin herkesin insan haklarından ve ana hürriyetlerden faydalanmasını kolaylaştırmak için tetkiklere yol açmak ve tavsiyelerde bulunmak” olduğunu belirtmiştir²⁰⁴.

²⁰³ Said Vakkas Gözlüğü, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 79.

²⁰⁴ Gül ve Karan, *Ayrımcılık Yasağı Kavramı, Hukuk, İzleme ve Belgeleme*, s. 37.

BM Şartı'nda yer alan insan haklarının korunması ile ilgili hükümler gereğince insan haklarının evrensel boyutlarının saptandığı bir bildirge hazırlanarak 1948 yılında İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi olarak BM Genel Kurulunca kabul ve ilan edildi²⁰⁵. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, insan hakları ve temel özgürlükler bakımından geniş bir alanı kapsamakta olup sadece medeni ve siyasi haklara değil; ekonomik, sosyal ve kültürel haklara da yer vermiştir. İHEB uluslararası hukuk bakımından bir sözleşme olmayıp esasında BM Genel Kurulu tarafından kabul edilmiş bir öneri, bir genel kurul kararıdır; insan hakları alanında izlenmesi gereken yolu, ulaşılması gereken amacı gösteren bir ideali ifade etmektedir. Genel olarak devletleri hukuki bir yükümlülük altına sokmayan Bildirge, kabul edilmesinden itibaren hem ulusal hem de uluslararası düzeyde etkili olmuş; pek çok uluslararası sözleşmeye ve anayasaya ilham kaynaklığı etmiştir²⁰⁶. Bildirge'nin 2. maddesinde “herkesin ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir görüş, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statü gibi herhangi bir nedenle ayırım gözetilmeksizin”, Bildirge’de yer alan haklardan eşit biçimde yararlanmasının güvenceye alınacağı belirtilmiştir.

İHEB insan hak ve özgürlüklerinin korunması gerekliliği yönünde BM üyesi devletlerin önemli bir taahhüdünü ifade etse de, zaman içinde bu alanda hukuken bağlayıcılığı olan sözleşme niteliğinde belgelere ihtiyaç duyulması ile çeşitli insan hakları sözleşmeleri hazırlandı²⁰⁷. BM çerçevesinde kabul edilen bu insan hakları sözleşmeleri ile öngörülen insan hakları yükümlülüklerinin hayata geçirilmesini izlemek amacıyla çok sayıda komite oluşturulmuştur. Bu komiteler, kuruluşlarını düzenleyen uluslararası sözleşmenin adı ile anılırlar. Bu denetim organları, raporlara dayalı denetim, bireysel başvuru, soruşturma usulü, devlet başvurusu ve ziyaretlere dayalı denetim usullerinin bir veya birkaçını birlikte yerine getirerek işlevlerini

²⁰⁵ Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 5.

²⁰⁶ Gözübüyük ve Gölcüklü, ss. 5-6.

²⁰⁷ Bu sözleşmelerin dokuz tanesi temel sözleşmedir ve bu sözleşmelerin komiteleri bulunmaktadır. Bunlar, “Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi”, “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi”, “Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi”, “İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme”, “Her Türü ırk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme”, “Engelli Hakları Sözleşmesi”, “Tüm Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına İlişkin Sözleşme”, “Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme” ve “Çocuk Hakları Sözleşmesi”dir.

gerçekleştirmeye çalışır. Komiteler yarı-yargısal organlar olarak değerlendirilir ve vermiş olduğu kararlar mahkeme kararları gibi bağlayıcı nitelikte değildir²⁰⁸.

B. Engelli Hakları Sözleşmesi

1. Genel Olarak Kapsamı

Engelli Hakları Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler tarafından engelli hakları alanında 2006 yılında kabul edilen temel sözleşmedir. 2008 yılında yirmi devletin taraf olması ile yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşme'yi imzaya açıldığı ilk gün olan 30 Mart 2007 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme'nin onaylanması Türkiye tarafından 3 Aralık 2008 tarih ve 5825 sayılı Kanun ile uygun bulunmuştur. Sözleşme, Türkiye bakımından 28 Ekim 2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye'nin Sözleşme'ye ilişkin bir çekince veya beyanı söz konusu değildir²⁰⁹. Sözleşme, son olarak dünya çapında 187 ülke tarafından imzalanmış, 177 ülkede yürürlüğe girmiştir. Avrupa Birliği de Sözleşme'yi 23.12.2010 tarihinde resmen kabul etmiştir. EHS, Avrupa Birliği'nin taraf olduğu ilk bağlayıcı uluslararası insan hakları sözleşmesidir²¹⁰.

EHS, BM tarafından 21. yüzyılda kabul edilen ilk insan hakları sözleşmesi olma özelliğine sahiptir. Sözleşme'nin temel amacının genel insan hakları sözleşmelerinde yer alan hakların engelli kişiler tarafından kullanılabilmesini sağlamak, yani bu hakları engelli kişilere göre tasarlamak olduğu söylenebilir. EHS'de düzenlenen haklar, diğer insan hakları sözleşmelerinden farklı şekilde yeniden formüle edilmiş; bu sayede devlet yükümlülükleri de açık bir şekilde ortaya konmuştur. Öte yandan bazı kavramlara engelliler bakımından yeni anlamlar yüklenmişken; diğer insan hakları sözleşmelerinde hiç yer almayan “makul uyumlaştırma”, “evrensel tasarım” gibi yeni kavramlar da oluşturulmuştur²¹¹. İnsan hakları temelli yaklaşımda en önemli unsurlardan biri olan insan onuru, Sözleşme metninin temellerinden biridir.

²⁰⁸ Gül ve Karan, **Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi**, s. 23.

²⁰⁹ <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/132-engellilerin-haklarna-iliskin-sozlesme/> (30.10.2018).

²¹⁰ <https://fra.europa.eu/en/theme/people-disabilities/ratified-crpd> (12.04.2019).

²¹¹ Ahmet Fatih Ektaş, **Ulusalüstü Boyutlarıyla Engelli Hakları ve Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017ss. 148-149.

Sözleşme'nin geneli incelendiğinde engelli bireylerin merhamet nesnesi olarak değil; hak sahibi özneler olarak ele alındığı görülmektedir²¹².

İnsan hakları sözleşmeleri kural olarak, engelli olsun olmasın tüm insanları korumaktayken; çeşitli sebeplerle engelliler bu sözleşmelerden gerektiği gibi yararlanamamaktadır. Söz konusu sözleşmelerde yer verilen haklardan engellilerin nasıl yararlanacağına dair yönlendirme yapılmamış olması da engelliler bakımından haklardan yararlanma noktasında sorun yaratmaktadır. Örneğin ESKHS ilköğretimin herkes bakımından zorunlu ve parasız olduğunu belirtmiştir. Madde metninde “herkes” ifadesi kullanıldığına göre engelli çocuklar bakımından da ilköğretim zorunlu ve parasızdır. Ama ESKHS eğitime ilişkin ihtiyaçları birbirlerinden çok farklı olan engelli çocuklar bakımından eğitim hakkının nasıl hayata geçirileceğini göstermemektedir. EHS ile amaçlanan daha önceden var olmayan yeni hak ve özgürlükler yaratmak olmayıp insan hakları sözleşmelerinde mevcut olan hakları engelliler bakımından yeniden kaleme almaktır. Bu nedenle EHS, diğer insan hakları sözleşmelerinden çok daha uzun ve ayrıntılı hükümler içermektedir²¹³.

Sözleşme'nin amacı 1. maddesinde “engellilerin tüm insan hak ve temel özgürlüklerinden tam ve eşit şekilde yararlanmasını teşvik ve temin etmek ve insanlık onurlarına saygıyı güçlendirmek” olarak belirtilmiştir. Sözleşme, 25 başlangıç paragrafı, 50 madde ve bir İhtiyari Ek Protokol'den oluşmaktadır. Başlangıç bölümü, taraf devletlerin Sözleşme'yi kabul ederken ve uygularken engelli bireylere ilişkin kabul edecekleri -insanların doğuştan sahip oldukları devredilmez ve vazgeçilmez haklara saygı, Birleşmiş Milletler'in, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri ile tanınan hak ve özgürlüklerin ayrımcılığa uğramaksızın

²¹² Ezeli Azarkan ve Ekrem Benzer, “Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Haklarına Dair Sözleşme ve Türkiye’de Engelli Hakları”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:23, Sayı:38, 2018, s. 8.

²¹³ İdil Işıl Gül, “Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi”, **Engellilik ve Ayrımcılık: Eğitimciler için Temel Metinler ve Örnek Dersler**, (Ed. Kenan Çayır, Melisa Soran, Melike Ergün), Karekök Akademi, İstanbul, 2015, <http://secbir.org/images/2015/pdf/metin3.pdf> (31.10.2018), ss. 32-33.

Sözleşmede yer verilen haklar şu şekildedir: Yaşama hakkı, kişi özgürlüğü ve güvenliği (m. 10 ve 14), Risk durumları ve insani bakımdan acil durumlar (m. 11), Yasa önünde eşit tanınma (m. 12), Adalet erişimi (m. 13), İşkence yasağı (m. 15), Sömürü, şiddet veya istismara maruz kalmama (m. 16), Bedensel ve ruhsal bütünlüğe saygı (m. 17), Seyahat özgürlüğü ve uyrukluk (m. 18), Toplum içinde yaşama (m. 19), Kişisel hareketlilik (m. 20), Düşünce ve ifade özgürlüğü (m. 21), Özel hayata saygı (m. 22), Konut ve aile hayatına saygı (m. 23), Eğitim hakkı (m. 24), Sağlık hakkı (m. 25), Çalışma hakkı (m. 27), Yeterli yaşam standardı (m. 28), Siyasal ve toplumsal yaşama katılım (m. 29), Kültürel yaşama katılım (m. 30).

herkes bakımından yerine getirilmesi, engelli bireylerinin çeşitliliklerinin farkında olmak, engelli bireylerin bağımsızlıklarına saygı, engellilik alanında ülkelerin işbirliği, engellilerin karar alma süreçlerine etkin katılımı gibi- ilkelerden bahsetmekte olup genel olarak ayrımcılık yasağına vurgu yapan bir içeriktedir. 1. ve 9. maddeler arasında Sözleşme’de esas alınan tanım ve ilkelere, 10. ve 30. maddeler arasında garanti altına alınan hak ve özgürlüklere, 31. ve 50. maddeler arasında ise sözleşmenin denetimi gibi teknik konulara yer verilmiştir. Sözleşme maddelerine bakıldığında yer verilen haklar arasında kategorik olarak düzenleme yapılmadığı söylenebilir.

2. Ayrımcılık Yasağı

a. Genel Olarak

Engelliliğe dayalı ayrımcılık ve makul uyumlaştırma, Sözleşme’nin 2. maddesinde şöyle tanımlanmaktadır: “Engelliliğe dayalı ayrımcılık; siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya başka herhangi bir alanda insan hak ve temel özgürlüklerinin tam ve diğerleri ile eşit koşullar altında kullanılması veya bunlardan yararlanılması önünde engelliliğe dayalı olarak gerçekleştirilen her türlü ayırım, dışlama veya kısıtlamayı kapsamaktadır. Engelliliğe dayalı ayrımcılık makul uyumlaştırmaların gerçekleştirilmemesi dâhil her türlü ayrımcılığı kapsar. ‘Makul uyumlaştırma’, engellilerin insan haklarını ve temel özgürlüklerini tam ve diğer bireylerle eşit şekilde kullanılmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere belirli bir durumda ihtiyaç duyulan, ölçüsüz veya aşırı bir yük getirmeyen, gerekli ve uygun değişiklik ve düzenlemeleri ifade eder.” Bu madde ile paralel olarak “eşit katılım” prensibi Sözleşme’nin pek çok maddesinde göze çarpmaktadır. Bunlardan bazıları devletlerin farkındalık yaratma görevine ilişkin 8. madde, adalete erişimi sağlayan 13. madde, kişisel hareketliliği sağlayan 20. madde ve eğitim hakkına ilişkin 24. madde, sağlık hakkına ilişkin 25. madde, çalışma ve istihdama ilişkin 27. madde, siyasal ve toplumsal yaşama katılımı ilgili 29. madde ve kültürel ve sosyal yaşama katılımı ilgili 30. maddeler olarak sıralanabilir.

Engelli bireyler bakımından ayrımcılık söz konusu olduğunda ayrımcılığın en sık karşılaşılan hali makul uyumlaştırmının reddidir. Makul uyumlaştırmayla

bağlantılı bir kavram olarak Sözleşme'nin 2. maddesinde tanımına yer verdiği bir diğer kavram “evrensel tasarım” ise “ürünlerin, çevrenin, programların ve hizmetlerin özel bir ek tasarıma veya düzenlemeye gerek duyulmaksızın, mümkün olduğunca herkes tarafından kullanılabilir şekilde tasarlanmasıdır. ‘Evrensel tasarım’ gerek duyulduğu takdirde bazı engelli grupları için ihtiyaç duyulan yardımcı cihazların tasarımını zorunluluğunu da dışlamayacaktır.”

Söz konusu değişiklik ve uyarlamaların toplumsal ve bireysel hayatın hemen her alanını kapsadığı belirtilmelidir. Bu doğrultuda Sözleşme'nin 4. maddesi taraf devletlerin bu konuda üstlendikleri yükümlülükleri uzun bir biçimde sıralamaktadır. Bu sıralamada dikkat çeken kimi özellikler, Sözleşme'nin mevcut diğer insan hakları sözleşmelerine nazaran nasıl bir fark yarattığını ortaya koymak açısından da anlamlıdır. Örnek olarak, 4. maddenin 1. fıkrasının (e) bendi, taraf devletlere “Kişiler, örgütler veya özel teşebbüslerin engelliliğe dayalı ayrımcı uygulamalarını engellemek için gerekli tüm uygun tedbirleri alma” yükümlülüğünü getirmektedir. Burada Sözleşme'nin öne çıkan özelliği, ayrımcılıkla mücadele eden bu değişiklikleri yalnızca kamu alanıyla sınırlı bırakmayarak insan hakları taleplerinde süregelen geleneksel kamu hayatı/özel hayat ayrımını ortadan kaldırmasıdır²¹⁴.

Taraf devletlerin ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin yükümlülükleri ile ilgili olarak 4. maddenin 2. fıkrasında şu şekilde bir düzenleme mevcuttur: “Taraf Devletler ekonomik, sosyal ve kültürel haklarla ilgili olarak kaynakları ölçüsünde azami tedbirleri almayı ve gerektiğinde uluslararası işbirliği çerçevesinde engellilerin bu haklardan tam olarak yararlanmasını aşamalı olarak sağlamak için işbu Sözleşmede yer alan ve uluslararası hukuka göre derhal uygulanması gereken yükümlülükleri yerine getirmeyi taahhüt eder.” Maddede yer alan “derhal” ifadesinin önemli olduğunu vurgulamak gerekir. Söz konusu sosyal ve ekonomik haklar olduğunda, taraf devletler tarafından öne sürülebilen “ekonomik imkânsızlık” ve “kademeli ilerleme” gerekçelerinin ileri sürülememesi için, imkânların azami bir şekilde kullanılması gerekliliği; bunun derhal gerçekleşmesi ve bu anlamda gerekirse uluslararası iş birliğine başvurulmasının öngörülmesi çok önemlidir. Zira Sözleşme’de yer alan “uluslararası işbirliği” ifadesine bir seçenek değil bir yükümlülük olarak yer verilmesi,

²¹⁴ Elif Çelik, “Onuncu Yılında Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin İnsan Hakları Sözleşmesi ve Sözleşmenin Ruhu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:7, Sayı:1, 2016, s. 229.

EHS'yi diğer insan hakları belgelerinden bir adım öne çıkarmaktadır²¹⁵. Ekonomik, sosyal ve kültürel hakların taraf devletlerin imkânları dâhilinde ve aşamalı olarak gerçekleştirilmesi hususunda ESKHK'nin 3 No.lu Genel Yorumu'na bakıldığında, Komite, taraf devletlerin her bir hakkın en azından asgari gereklilik seviyesinde gerçekleştirilmesi bakımından çekirdek yükümlülükleri olduğu tespitini yapmıştır. Komite'ye göre taraf devletin asgari düzeydeki çekirdek yükümlülüklerini yerine getirememesini, kaynaklarının yetersizliğine bağlayabilmesi için, tüm kaynaklarını bu yükümlülükleri yerine getirmede kullanmak için her tür çabayı gösterdiğini ispatlaması gereklidir. Bunun yanında taraf devletin kaynak yetersizliği nedeniyle, bu hakları geliştirmek için strateji ve program geliştirme yükümlülüğü ortadan kalkmaz. Son olarak taraf devletler bakımından bir hakkın yerine getirilmesi için kaynak yetersizliği söz konusu olsa dahi, yine de taraf devlet, hakkın yerine getirilebilmesi için makul bir zaman zarfında, makul bir ilerleme göstererek kaynaklarının maksimumunu kullanarak önlemler almalıdır²¹⁶.

Sözleşme'nin 5. maddesinde ayrımcılık yasağı şu şekilde ele alınmıştır: “1. Taraf Devletler herkesin hukuk önünde ve karşısında eşit olduğunu ve ayrımcılığa uğramaksızın hukuk tarafından eşit korunma ve hukuktan eşit yararlanma hakkına sahip olduğunu kabul eder. 2. Taraf Devletler engelliliğe dayalı her türlü ayrımcılığı yasaklar ve engellilerin herhangi bir nedene dayalı ayrımcılığa karşı eşit ve etkin bir şekilde korunmasını güvence altına alır. 3. Taraf Devletler eşitliği sağlamak ve ayrımcılığı ortadan kaldırmak üzere engellilere yönelik makul uyumlaştırmaların yapılması için gerekli tüm adımları atar. 4. Engellilerin fiili eşitliğini hızlandırmak veya sağlamak için gerekli özel tedbirler işbu Sözleşme amaçları doğrultusunda ayrımcılık olarak nitelendirilmez.”

EHS'nin erişilebilirlik ile ilgili düzenlemeleri ise 9. maddede yer almaktadır: “1. Taraf Devletler engellilerin bağımsız yaşayabilmelerini ve yaşamın tüm alanlarına etkin katılımını sağlamak ve engellilerin diğer bireylerle eşit koşullarda fiziki çevreye, ulaşım, bilgi ve iletişim teknolojileri ve sistemleri dâhil olacak şekilde bilgi ve iletişim olanaklarına, hem kırsal hem de kentsel alanlarda halka açık diğer tesislere ve

²¹⁵ Çelik, ss. 235-236

²¹⁶ Tijen Dünder Sezer, “Uluslararası Sözleşmeler Işığında 1982 Anayasası'nda Konut Hakkı”, Prof. Dr. Zafer Gören Armağanı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, ss. 648-649.

hizmetlere erişimini sağlamak için uygun tedbirleri alacaklardır. Erişim önündeki engellerin tespitini ve ortadan kaldırılmasını da içeren bu tedbirler diğerlerinin yanında, aşağıda belirtilenlere de uygulanır:

- (a) Binalar, yollar, ulaşım araçları ve okullar, evler, sağlık tesisleri ve işyerleri dâhil diğer kapalı ve açık tesisler;
- (b) Elektronik hizmetler ve acil hizmetler de dahil olmak üzere bilgi ve iletişim araçları ile diğer hizmetler.

2. Taraf Devletler aşağıdakileri gerçekleştirmek için de uygun tedbirleri alacaklardır:

(a) Kamuya açık veya kamu hizmetine sunulan tesis ve hizmetlere erişime ilişkin asgari standart ve rehber ilkelerin geliştirilmesi, duyurulması ve bunlara ilişkin uygulamaların izlenmesi;

(b) Kamuya açık tesisleri işleten veya kamuya hizmet sunan özel girişimlerin engellilerin ulaşılabilirliğini her açıdan dikkate almalarının sağlanması;

(c) İlgili kişilerin engellilerin karşılaştığı ulaşılabilirlik sorunlarıyla ilgili olarak eğitilmesi;

(d) Kamuya açık binalar ve diğer tesislerde Braille alfabesi ve anlaşılması kolay nitelik taşıyan işaretlemelerin sağlanması;

(e) Kamuya açık binalara ve tesislere erişimi kolaylaştırmak için rehberler, okuyucular ve profesyonel işaret dili tercümanları dâhil çeşitli canlı yardımların araçların sağlanması;

(f) Engellilerin bilgiye erişimini sağlamak için onlara uygun yollarla yardım ve destek sunulmasının teşvik edilmesi;

(g) Engellilerin İnternet dâhil yeni bilgi ve iletişim teknolojilerine ve sistemlerine erişiminin teşvik edilmesi;

(h) Erişilebilir bilgi ve iletişim teknolojileri ve sistemlerinin tasarım, geliştirme ve dağıtım çalışmalarının ilk aşamadan başlayarak teşvik edilmesi ve böylece bu teknoloji ve sistemlere engelliler tarafından asgari maliyetle erişilebilmesinin sağlanması.”

b. Engelli Hakları Komitesi'nin Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Hakkında Yorumu

EHK, on dokuzuncu oturumunda “Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Hakkında Genel Yorum No. 6'yı” kabul etmiştir. Bu Genel Yorum'un amacı, taraf devletlerin ayrımcılık yasağı ve eşitlikle ilgili yükümlülüklerini, EHS'nin 5. maddesinde belirtildiği şekilde açıklığa kavuşturmadır. Söz konusu Yorum'da EHK, taraf devletlerin yasa ve politikalarının engelliliğe yaklaşımlarında, Sözleşme ile uyumsuz olduğu halde, hâlâ hayır kurumları veya tıbbi modeller kullanmalarından endişe duyduğunu, bu yöntemlerin engellileri tam anlamıyla hakların öznesi ve hak sahibi olarak görmekte başarısız olacağını ifade etmektedir. Ayrıca Komite, taraf devletlerin engelliliğin önündeki davranışsal engelleri aşmaya yönelik çabalarının yetersiz olduğunu belirtmektedir. Kalıcı ve aşağılayıcı klişeler ile engellilerin toplum üzerinde bir yük olarak algılanması ve bu yöndeki önyargılar örnekler arasındadır. Buna karşılık engellilerin, onları temsil eden sivil toplum örgütleri aracılığıyla, hukuki ve politik reformların geliştirilmesinde merkezi bir rol oynamasının son derece önemli olduğunu ifade etmiştir. EHK, ayrımcılıkla mücadeleye ilişkin hukuki düzenlemelerin çoğunlukla çoklu temelde ayrımcılığı veya dolayısıyla ayrımcılığı tanımadığını, makul uyumlaştırmanın reddinin ayrımcılık olduğunu kabul etmediğini, tazminat ve telafi mekanizmalarından yoksun olduğunu ifade etmiştir²¹⁷.

EHK, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında genel bir ilke olarak ele alınan fırsat eşitliğinin, şekli eşitlik modelinden maddi eşitlik modeline doğru kayda değer bir gelişmeye işaret ettiğini belirtmiştir. Bunun yanında “kapsayıcı eşitlik”, Sözleşme bağlamında geliştirilen yeni bir eşitlik modelidir. Maddi eşitliğin sağlanmasını hedefleyen bu model; hem eşitliğin içeriğinin kapsamını genişletmekte hem de şu şekilde detaylandırmaktadır: (a) sosyoekonomik dezavantajları ele almak için adil bir yeniden dağıtım boyutu, (b) damgalanma, klişe, önyargı ve şiddete karşı mücadele etme ile insan onurunu ve bunların kesişimselliğini tanıma boyutu, (c) toplumsal grupların üyeleri olarak insanların toplumsal doğalarını yeniden teyit etmek ve insanlığın topluma dâhil edilerek tam olarak tanınmasını benimseyen katılımcı bir

²¹⁷ Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi, **Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Hakkında Genel Yorum No. 6**, 2018, (CRPD/C/GC/6), s. 1.

boyut ve (d) insan onuru meselesi olarak farklılık için alan yaratmak üzere bir düzenleme boyutu²¹⁸.

EHK, ayrımcılık yasağını ve eşitliği, hem ilke hem de hak olarak kabul etmiştir. Buna göre EHS, ayrımcılık yasağı ve eşitliğe 3. maddede ilke olarak, sonrasında 5. maddede ise hak olarak atıfta bulunmuştur. Ayrıca bunlar Sözleşme’de yer alan diğer tüm ilke ve haklar için açıklayıcı araçlardır. Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi/hakkı, Sözleşme tarafından garanti edilen uluslararası korumanın köşe taşlarıdır. Eşitliğin teşvik edilmesi ve ayrımcılıkla mücadele, derhal gerçekleştirilmeleri gereken ortak yükümlülükler olup aşamalı gerçekleştirmeye tabi değildirler. Sözleşme’nin 5. maddesi, tıpkı MSHS’nin 26. maddesi gibi, diğer hükümlerden bağımsız olarak özerk bir hak sağlamakta; kamu kurum ve kuruluşları tarafından düzenlenen ve korunan herhangi bir alanda hukuki veya fiili ayrımcılığı yasaklamaktadır. Söz konusu madde ile Sözleşme’nin 4. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi birlikte okunduğunda ise ayrımcılık yasağının ve eşitlik ilkesinin özel kişilere de uzandığı anlaşılmaktadır²¹⁹.

Komite’ye göre ayrımcılık yasağını düzenleyen maddede geçen “engelliliğe dayalı ayrımcılık”, şu anda engelli olan, geçmişte bir engelliliği olan, ileride engelliliğe sebep olacak bir eğilimi olan, engelli olduğu varsayılan ve engelli bir bireyle ilişkili olan kişilere karşı uygulanabilir. “Her alanda ayrımcılığa” karşı korunma ise tüm olası ayrımcılık ve kesişme noktalarının dikkate alınması gerektiği anlamına gelmektedir. Bunlarla sınırlı olmamakla birlikte muhtemel alanlar arasında şunlar yer almaktadır: engellilik, sağlık durumu, hastalığa karşı genetik veya diğer yatkınlıklar, ırk, renk, akrabalık, cinsiyet, hamilelik ve analık/babalık, medeni durum, ailevi durum veya kariyer durumu, toplumsal cinsiyet rolü, dil, din, siyasi veya başka bir görüş, ulusal, etnik, yerel veya toplumsal köken, göçmen, mülteci veya iltica durumu, ulusal bir azınlığa mensup olmak, ekonomik veya mülki durum, doğum ve yaş ya da bu alanlardan herhangi biriyle ilişkili olan herhangi bir alan veya niteliğin kombinasyonu. “Ayrımcılığa karşı eşit ve etkin yasal korunma” ise taraf devletlerin engellileri ayrımcılıktan korumak için özel ve kapsamlı ayrımcılık karşıtı yasalar çıkarma bakımından pozitif yükümlülükleri olduğu anlamına gelmektedir. Ayrımcılığın

²¹⁸ Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi, **Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Hakkında Genel Yorum No. 6**, 2018, (CRPD/C/GC/6), s. 3.

²¹⁹ Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi, **Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Hakkında Genel Yorum No. 6**, 2018, (CRPD/C/GC/6), s. 4.

sistematik bir yapıya sahip olduğu durumlarda sadece mağdura yönelik maddi tazminat öngörülmesi, yaklaşımın değiştirilmesi açısından gerçek bir etki yaratmayabilir. Bu gibi durumlarda, taraf devletler kendi mevzuatlarında “ileriye dönük, manevi tazminatlar” da uygulamalıdır²²⁰.

EHS’nin 5. maddesinin 3. fıkrasında yer alan makul uyumlaştırma düzenlemesi, Komite’ye göre engellilik bağlamında ayrımcılık yasağının derhal geçerli olan yükümlülüklerinin esas bölümüdür. Komite, makul uyumlaştırma yükümlülükleri ile erişilebilirlik yükümlülüklerinin farklı olduğu tespitini yapmıştır. Her ikisi de erişilebilirliği garanti etmeyi amaçlasa da çok amaçlı tasarımlar veya yardımcı teknolojiler yoluyla erişilebilirlik sağlama yükümlülüğü öncül bir yükümlülükken makul uyumlaştırmanın sağlanması ise ileriye dönük bir yükümlülüktür. Öncül bir yükümlülük olarak erişilebilirlik, engelli bir kimsenin ihtiyacına bakılmaksızın; örneğin, bir binaya, bir hizmete ya da bir ürüne diğerleriyle eşit koşullar altında erişebilmeleri için sistemlere ve süreçlere entegre edilmelidir. İleriye dönük bir yükümlülük olarak makul uyumlaştırma ise engelli bir kimsenin erişilebilir olmayan durumlara veya ortamlara erişim istediği veya kendi haklarını kullanmak istediği andan itibaren gerçekleştirilmelidir. Makul uyumlaştırma, başvuru sahibi ile müzakere edilmelidir. Belirli durumlarda, yapılan makul uyumlaştırma kamu yararına olur; diğer durumlarda ise yapılan makul uyumlaştırmadan sadece başvuru sahibi faydalanır. Makul uyumlaştırma yapma yükümlülüğünün, engelli bir bireyin bir düzenleme talebinde bulunduğu ya da ilgili yükümlülük sahibinin söz konusu kişinin bir engeli olduğunun gerçekten farkında olduğunun kanıtlandığı durumlarla sınırlı olmadığını da belirtmek gerekir. Aynı zamanda, potansiyel yükümlülük sahibinin, söz konusu kişinin haklarını kullanması bakımından bir düzenlemeye ihtiyaç duyabilecek bir engeli olduğunu fark etmesi gerektiği durumlarda da uygulanması gerekmektedir. Makul uyumlaştırmanın reddinin gerekçesi nesnel ölçütlere dayandırılmalı ve ilgili engelli bireye zamanında tebliğ edilmelidir²²¹.

Komite’ye göre, EHS 5. maddenin 4. fıkrasında düzenlenen özel tedbirler, ayrımcılık olarak görülmemelidir; bunlar engelli bireyler için maddi eşitliğe ulaşmayı

²²⁰ Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi, **Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Hakkında Genel Yorum No. 6**, 2018, (CRPD/C/GC/6), s. 7.

²²¹ Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi, **Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Hakkında Genel Yorum No. 6**, 2018, (CRPD/C/GC/6), ss. 5-10.

amaçlayan pozitif önlemlerdir. Bazı durumlarda söz konusu tedbirler, belirli bir engellilik ya da toplumun yapısal engelleri de dâhil olmak üzere, bağlam ve koşullara bağlı olarak kalıcı olmalıysa da genellikle geçici niteliktedirler. Özel tedbirlere örnek olarak, sosyal yardım ve destek programları, kaynakların tahsisi veya yeniden tahsisi, işe alma ve terfi, kota sistemleri, geliştirme ve güçlendirme tedbirleri ile geçici bakım ve teknolojik yardımlar verilebilir. Komite'ye göre benimsenen özel tedbirler engellilere karşı dışlama, ayrıştırma, klişeleştirme, damgalama veya ayrımcılığın devamıyla sonuçlanmamalıdır. Bu sebeple taraf devletler, özel tedbirleri alırken engelli temsilci örgütlerine danışmalı ve onları aktif olarak sürece dâhil etmelidir²²².

Komite'ye göre taraf devletlerin ayrımcılık yasağı ve eşitlik hakkının etkin olarak kullanılması bakımından aşağıdaki gibi tedbirleri alma yükümlülüğü vardır:

- (a) Sözleşme uyarınca engellilerin hakları, ayrımcılığın anlamı ve mevcut yargı yollarıyla ilgili olarak tüm insanların farkındalığını arttırmaya yönelik tedbirler;
- (b) Sözleşmede yer alan hakların ulusal mahkemelerde dava konusu olabilirliğini ve ayrımcılığa maruz kalmış herkes için adalete erişim sağlanmasını temin etmeye yönelik tedbirler;
- (c) Bir şikâyeteye ya da eşitlik hükümlerine uyumu sağlamak için yürütülen yargılamalara tepki olarak kötü muamele ya da kötü sonuçlar gibi kısıaslardan korunma;
- (d) Eşitlik hakkının gerçekleştirilmesinde meşru bir menfaati olan dernekler, örgütler veya diğer tüzel kişiler aracılığıyla dava açmak ve iddiaları takip etmek için yasal hak;
- (e) Engelli bireylerin ehliyetleri hakkındaki klişe tutumların tazminat almalarında mağduriyetle sonuçlanmaması için delil ve kanıtlara ilişkin özel kurallar;
- (f) Eşitlik ve uygun tazminat hakkının ihlali hâlinde, ölçülü ve caydırıcı yaptırımlar;
- (g) Ayrımcılık davalarında davacıya adalete erişimin sağlanması için yeterli ve erişilebilir hukuki yardım sağlanması²²³.

²²² Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi, **Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Hakkında Genel Yorum No. 6**, 2018, (CRPD/C/GC/6), s. 10.

²²³ Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi, **Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Hakkında Genel Yorum No. 6**, 2018, (CRPD/C/GC/6), s. 11

c. Engelli Kadınlar ve Engelli Çocuklar

Sözleşme'nin 6. maddesi "Engelli Kadınlar" başlıklıdır:

"1. Taraf Devletler engelli kadınlar ile kız çocuklarının çok yönlü ayrımcılığa maruz kalmakta olduğunu kabul eder ve bu bakımdan onların tüm insan hak ve temel özgürlüklerinden tam ve eşit koşullarda yararlanmalarını sağlamaya yönelik tedbirleri alır.

2. Taraf Devletler kadınların tam gelişimi, ilerlemesi ve güçlenmesini ve bu Sözleşme'de belirtilen insan hak ve temel özgürlüklerini kullanmalarını ve bunlardan yararlanmalarını sağlamak için gerekli tüm tedbirleri alır."

Komite söz konusu madde ile ilgili olarak, 6 No.lu Genel Yorumu'nda engelli kadın ve kız çocuklarının, çoğu kez çoklu ve kesişen ayrımcılığa maruz kalan engelli grupları arasında olduğunu belirtmiştir. Buna göre 6. madde, diğer maddelerle kesişim halindedir ve Sözleşme'nin tüm hükümleri ile ilgili olarak dikkate alınmalıdır²²⁴.

Sözleşme'nin "Engelli Çocuklar" başlığını taşıyan 7. maddesi ise şu şekildedir:

"1. Taraf Devletler, engelli çocukların diğer çocuklarla eşit bir şekilde tüm insan hak ve özgürlüklerinden tam olarak yararlanmasını sağlamak için gerekli tüm tedbirleri alır.

2. Engelli çocuklarla ilgili tüm eylemlerde çocuğun en yüksek çıkarının gözetilmesine öncelik verir.

3. Taraf Devletler engelli çocukların kendilerini etkileyen her konuda diğer çocuklarla eşit koşullar altında görüşlerini serbestçe ifade etme hakkına sahip olmalarını, yaşları ve olgunluk seviyelerine göre görüşlerine önem verilmesini ve onlara bu hakkın tanınması için engeline ve yaşına uygun destek sunulmasını sağlar."

Komite'ye göre taraf devletler, engellilik temelinde çocuklara özgü her türlü ayrımcılığı yasaklamalı ve erişilebilir çözümler sağlamalı; ayrımcılığı önlemek ve ortadan kaldırmak için kamu ve uzmanlar arasında farkındalık yaratmalıdır. Taraf devletler, çocuklara yönelik her türlü fiziksel ceza ve zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleyi her koşulda yasaklamalı ve bu yasağı uygulamak için gerekli tedbirleri almalıdır. Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin (ÇHS) 3. maddesinde yer alan

²²⁴ Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi, *Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Hakkında Genel Yorum No. 6*, 2018, (CRPD/C/GC/6), s. 12.

“çocuğun yüksek yararı” kavramı, engelli çocuklara kendi koşulları dikkatli bir şekilde ele alınarak uygulanmalıdır. Bununla birlikte, yüksek yarar kavramı, çocukların, özellikle de engelli kız çocuklarının beden bütünlüğü haklarını engellemek için kullanılmamalıdır. Engelli çocukların durumlarıyla ilgili her karar verme sürecinde bilgilendirilmeleri ve söz sahibi olmaları sağlanmalıdır. Taraf devletler, ayrımcılık yüzünden aileleriyle büyüme hakkından mahrum bırakılan engelli çocukların şiddete uğramaları ve akıl hastanesine yatırılmalarını özellikle ele almalıdır. Taraf devletler, engelli çocukların meclis, komite ve siyasi karar alma süreçleri de dâhil olmak üzere kendilerini etkileyen tüm usullerde dinlenilme haklarını kullanabilmeleri için destek tedbirleri almalıdır²²⁵.

EHK, engelli kadınlara ilişkin olarak “Engelli Kadınlar ve Kız Çocukları Üzerine Genel Yorum” adlı 3 No.lu Genel Yorumu kabul etmiştir. Komite söz konusu Yorum’da engelli kadınların homojen bir grup olmadığını; bunlar arasında yerli kadınlar, mülteci, göçmen, sığınmacı ve ülke içinde yerinden edilmiş kadınlar, gözetim altındaki kadınlar (hastanelerdeki, bakım kurumlarındaki, çocuk cezaevi ve ıslah kurumları ile cezaevlerindeki kadınlar), yoksulluk içindeki kadınlar; farklı etnik, dinsel ve ırksal kökenlere sahip kadınlar; çoklu engellilik yaşayan ve daha yoğun desteğe ihtiyacı olan kadınlar, albino kadınlar ve lezbiyen, biseksüel, transseksüel ve interseks kadınlar bulunduğunun altını çizmiştir. Komite, toplumsal cinsiyet eşitliğinin insan haklarının merkezinde bir konu olduğunu ifade ederek; kadınların insan haklarının garantiye alınmasının öncelikle yasaların çerçevesini çizen toplumsal yapıların ve güç ilişkilerinin, bunun yanında ekonomik ve toplumsal dinamiklerin, ailenin ve toplumsal hayatın ve kültürel inançların kapsamlı bir şekilde kavranmasını gerektirdiğini ifade etmiştir. Toplumsal cinsiyete dair olumsuz ve hatta olumlu gözükten klişeler, kadınların kendi becerilerini geliştirme, mesleki kariyerlerini sürdürme, kendi hayatlarına dair seçimler yapma konusundaki kapasitelerini sınırlandırabilir. Bu nedenle Sözleşme, cinsiyete dayalı olanlar da dâhil olmak üzere, hayatın tüm alanlarında engellilere ilişkin klişeler, önyargılar ve zarar verici uygulamalarla mücadele etmeyi bir yükümlülük olarak kabul etmektedir. EHK, dokuzuncu oturumunda, engelli kadınlar ve kız çocukları üzerine genel tartışmalar

²²⁵ Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi, **Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Hakkında Genel Yorum No. 6**, 2018, (CRPD/C/GC/6), ss. 12-13.

sonrasında engelli kadınların ve kız çocuklarının insan haklarının korunmasına ilişkin üzerinde durulması gereken üç ana başlık belirlenmiştir: şiddet, cinsel sağlık ve üreme sağlığı ve ilgili haklar, ayrımcılık. Buna ek olarak, engelli kadınlar hakkındaki nihai görüşünde, Komite şu konulara dikkat çekmiştir: engelli kadınlara karşı çoklu ve kesişimli ayrımcılığın yaygınlığı, engelli kadınlar ve kız çocuklarının deneyimlediği yasalarda ve politikalarda yeterli biçimde irdelenmeyen yaş, engellilik ve diğer faktörlere dayalı ayrımcılık, yaşam hakkı, yasa önünde eşitlik, engelli kadınlara ve kız çocuklarına karşı şiddetin devamlılığı, cinsel şiddet ve taciz, rıza dışı sterilizasyon, kadın sünneti, cinsel ve ekonomik sömürü, bir kuruma yatırma, engelli kadınların kamusal ve siyasal hayattaki karar alma süreçlerine katılamaması ya da yetersiz katılımı, engelliliğe ilişkin politikalara cinsiyet perspektifinin dâhil edilmesindeki yetersizlik, cinsiyet eşitliğini teşvik eden politikalarda engelli hakları perspektifinin yetersizliği, engelli kadınların eğitimini ve istihdamını teşvik etmek üzere belli tedbirlerin olmaması ya da az sayıda olması²²⁶.

d. Engelli Hakları Komitesi'nin Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Diğer Haklara İlişkin Değerlendirmeleri

Ayrımcılık yasağı ile mücadele bakımından önem taşımakta olan farkındalık yaratma hakkındaki madde “Bilinçlendirme” başlığını taşımakta olan 8. maddedir:

“1.Taraf Devletler, aşağıdaki amaçları gerçekleştirmek için acil, etkin ve uygun tedbirleri almayı taahhüt eder:

- (a) Aile dâhil toplumun her kesiminde engellilere yönelik bilinci arttırmak ve engellilerin hakları ve insanlık onurlarına saygı duyulmasını teşvik etmek;
- (b) Yaşamın her alanında engellilere yönelen klişeler, önyargılar, incitici uygulamalar ile cinsiyet ve yaş temelli ayrımcı davranışlarla mücadele etmek;
- (c) Engelli bireylerin kapasiteleri ve katkılarına ilişkin bilinç yaratmak.

2. Bu amaca yönelik tedbirler aşağıdakileri içermektedir:

²²⁶ Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi, **Engelli Kadınlar ve Kız Çocukları Üzerine Genel Yorum No. 3**, 2016, (CRPD/C/GC/3), <http://www.esithaklar.org/wp-content/uploads/2018/02/BM-Genel-Yorum-No.3-Engelli-Kad%C4%B1nlar-ve-K%C4%B1z-%C3%87ocuklar%C4%B1.pdf> (28.11.2018), s. 2.

(a) Toplumda bilinç yaratmaya yönelik etkin kampanyaların tasarlanması, başlatılması ve sürdürülmesi: (i) Engelli bireylerin haklarının kabul edilebilirliği konusunda toplumun eğitimi; (ii) Engellilere yönelik olumlu yaklaşımların ve toplumsal bilincin artırılması; (iii) Engelli bireylerin becerileri, meziyetleri ve yeteneklerinin işyerlerine ve iş piyasasına katkısının toplumca tanınmasını teşvik etmek;

(b) Erken yaştan itibaren tüm çocukların eğitim sisteminin her aşamasında engelli bireylerin insan haklarına saygıyla yaklaşmasını teşvik etmek;

(c) Tüm kitle iletişim araçlarında engellilerin işbu Sözleşme'nin amacına uygun bir yaklaşımla tanımlanmasını cesaretlendirmek;

(d) Engellilere ve haklarına ilişkin bilinci artırıcı eğitim programlarını desteklemek.

EHK, bu madde ile ilgili olarak 6 No.lu Genel Yorum'da hükümetin ve toplumun tüm kesimleri arasında farkındalık yaratılmadan ayrımcılıkla mücadele edilemeyeceğinden dolayı, engelliliğe dair klişeleri ve olumsuz tutumları değiştirmek veya ortadan kaldırmak için gerekli tedbirleri belirtmiştir. Ayrıca taraf devletler, özellikle medyanın, engelli bireyleri Sözleşme'nin amacına uygun bir şekilde tasvir etmesini ve gerçekçi olmayan bir şekilde engellilerin üretken olmayan, acı çeken ve özerkliklerini yitirmiş muhtaç kimseler olarak yansıtma ve değiştirmeleri için teşvik edecek tedbirler almalıdır²²⁷.

EHK, hak ehliyetini bir eşik olarak nitelemiş; ayrımcılık yasağı ve eşitlik hakkı dâhil olmak üzere, Sözleşme'deki hemen hemen tüm diğer haklardan yararlanmak için yasa önünde eşit tanınmanın gerekli olduğunu ifade etmiştir. Buna göre yasa önünde eşit tanınma, tüm engellilerin hak ehliyetlerini diğerleriyle eşit koşullar altında kullanmalarını kapsadığı için ayrımcılık yasağı ile ilgili 5. madde ve yasa önünde eşit tanınma hakkındaki 12. madde birbirine temelden bağlıdır. Söz konusu madde "Yasa Önünde Eşit Tanınma" başlığını taşımakta olup şu şekildedir:

"1. Taraf Devletler, engellilerin bulundukları her yerde kişi olarak tanınma hakkına sahip olduklarını yeniden onaylar.

²²⁷ Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi, **Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Hakkında Genel Yorum No. 6**, 2018, (CRPD/C/GC/6), s. 13.

2. Taraf Devletler engellilerin tüm yaşam alanlarında diğer bireylerle eşit koşullar altında hak ehliyetine sahip olduğunu kabul eder.
3. Taraf Devletler engelli bireylerin hak ehliyetlerini kullanırken gereksinim duyabilecekleri desteği alabilmeleri için uygun tedbirleri alır.
4. Taraf Devletler hak ehliyetinin kullanımına ilişkin tüm tedbirlerin uluslararası insan hakları hukukuna uygun olarak istismarı önleyici uygun ve etkin bir şekilde güvenceler sağlamasını temin eder. Söz konusu güvenceler hak ehliyetinin kullanımına ilişkin tedbirlerin kişinin haklarına, iradesine ve tercihlerine saygılı olmasını, çıkar çatışmasından bağımsız olmasını, kişinin iradesine haksız bir müdahalede bulunmamasını, kişinin içinde bulunduğu koşullar ile orantılı olmasını ve bu koşulları gözetmesini, mümkün olan en kısa süre içinde uygulanmasını, yetkili, bağımsız ve tarafsız bir merci veya yargı organı tarafından sürekli olarak gözden geçirilmesini sağlamalıdır. Bu güvenceler söz konusu tedbirlerin kişinin hak ve çıkarlarını etkilediği derecede ölçülü olmalıdır.
5. Taraf Devletler işbu Madde çerçevesinde engellilerin mülk edinmek veya mirasa hak kazanmak, mali işlerini kontrol etmek ve banka kredileri, ipotekleri ve diğer mali kredilere erişim açısından diğer bireylerle eşit haklara sahip olmasını sağlamak için uygun ve etkin bir şekilde tüm tedbirleri almalı ve engellilerin mülklerinden keyfi olarak mahrum bırakılmamasını sağlar.”

EHS, 12. maddenin uygulanmasıyla ilgili olarak gerekli olan düzenlemelerin kişilere ölçüsüz veya aşırı bir yük getirmemesi gibi makul uyumlaştırmadakine benzer bir sınırlandırmada bulunmamaktadır. Komite’ye göre taraf devletler, engelli kişilerin hak ve fiili ehliyetlerini eşit şekilde kullanabilmeleri için erişilebilir, kaliteli ve ücretsiz hukuki danışmanlık veya hukuki yardım ağı kurarak ayrımcılığa karşı korunma sağlamalıdır²²⁸.

Komite, engelli bireyler, evlenme hakları veya ebeveynlik ve aile haklarının kullanımında sıklıkla ayrımcılıkla karşılaştıklarını vurgulayarak engelli ebeveynlerin çocukların bakımında çoğunlukla yetersiz ya da aciz görüldüğünü, bir çocuğun ya da ebeveynlerinin ya da her ikisinin de engellilikleri yüzünden çocuğun ebeveynlerinden ayrılmasının ayrımcılık olduğunu ve “hane ve aile hayatına saygı” ile ilgili 23.

²²⁸ Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi, **Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Hakkında Genel Yorum No. 6**, 2018, (CRPD/C/GC/6), s. 15.

maddeyi ihlal ettiğini ifade etmiştir. Aynı şekilde çocukların engellilik durumları nedeniyle akıl hastanesine yatırılmasının da Sözleşme'nin 23. maddesinin 5. fıkrası²²⁹ tarafından yasaklanan bir ayrımcılık şekli olduğunu, devletlerin, engelli ebeveynlerin ve engelli çocukların ebeveynlerinin çocuklarına bakmak için gerekli desteği almasını sağlaması gerektiğini belirtmiştir²³⁰.

EHK, 6 No.lu Genel Yorum'da eğitim hakkına da değinmiş; bazı taraf devletlerin engelli öğrencilere kapsayıcı ve kaliteli eğitimle genel okullara eşit erişimlerini sağlamadaki başarısızlıklarının ayrımcılık teşkil ettiğini, bu durumun Sözleşme'nin amaçlarına aykırı olduğunu ve 5. madde ile eğitim hakkının düzenlendiği 24. maddenin doğrudan ihlali anlamına geldiği tespitini yapmıştır. EHS'nin 5. maddesinin 3. fıkrası, taraf devletlerin makul uyumlaştırmaların sağlandığından emin olmak için başta evrensel tasarıma göre yeni ve kapsayıcı ortamlar olmak üzere gerekli tüm adımları atmasını gerektirmektedir. Keza engelli öğrencileri doğrudan veya dolaylı olarak dışlayan giriş sınavı da dâhil olmak üzere standartlaştırılmış değerlendirme sistemleri ayrımcılık olarak nitelendirilmiştir. EHK, taraf devletlere 5. ve 24. maddeler kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmek için gerekli önlemleri alırken, "içermeci eğitim hakkı" hakkındaki 4 No.lu Genel Yorumu'nun rehberlik etmesini talep etmiştir²³¹.

Sözleşme'nin 5. ve 25. maddelerine göre, taraf devletler, engelli bireylere ayrımcı bir şekilde sağlık hizmetleri tanınmamasını yasaklamalı ve engellemeli, ayrıca cinsel sağlık ve üreme sağlığı hakları da dâhil olmak üzere toplumsal cinsiyete duyarlı sağlık hizmetleri sunmalıdır. EHK'ne göre taraf devletler, engelli bireylerin özgür ve aydınlatılmış rızaya dayalı olarak sağlık hizmeti alma haklarını ihlal eden ya da sağlık tesislerini veya bilgileri erişilemez kılan durumları da ele almalıdır²³².

²²⁹ EHS m. 23/5: "Taraf Devletler, engelli çocuğun çekirdek ailesinin çocuğa bakamaması durumunda, çocuğa geniş anlamda aile üyeleri, bunun mümkün olmadığı takdirde aile ortamını sağlayacak bir sosyal çevrede alternatif bakım sağlanması için her türlü çabayı göstermeyi taahhüt eder."

²³⁰ Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi, **Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Hakkında Genel Yorum No. 6**, 2018, (CRPD/C/GC/6), s. 18.

²³¹ Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi, **Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Hakkında Genel Yorum No. 6**, 2018, (CRPD/C/GC/6), ss. 18-19.

Söz konusu yorum için bkz. Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi, **İçermeci Eğitim Hakkı Üzerine Genel Yorum No. 4**, 2016, (CRPD/C/GC/4), <http://www.esithaklar.org/birlesmis-milletler-engelli-haklari-komitesi-genel-yorum-no-4/> (30.12.2018).

²³² Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi, **Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Hakkında Genel Yorum No. 6**, 2018, (CRPD/C/GC/6), s. 19.

EHK, çalışma ve istihdam hakkındaki 27. maddeyi de ayrımcılık bağlamında ele almıştır. Buna göre taraf devletler tarafından engellilerin işgücü piyasasına katılımlarını desteklenmeli, mesleki yeterlilik programları, işe girip çıkma sürecinin ayrımcılıktan uzak şekilde geçmesi, emeklilik, işsizlik ödeneği, mesleki eğitim ve kapasite geliştirme, makul uyumlaştırmalar, işçi sağlığı ve iş güvenliği gibi fayda ve haklara eşit ve etkin erişim sağlanmalıdır²³³.

Komite'ye göre, taraf devletler Sözleşme'nin ayrımcılık yasağına ilişkin 5. maddesinin ulusal alanda tam olarak uygulanmasını sağlamalarına yönelik yükümlülüklerini yerine getirirken engelliliğe bağlı ayrımcılıktan mağdur olan bireylere, taraf devletin sağladığı hukuki korumadan faydalanabilmek için "yeterince engelli" olduklarını ispat yükü getirmemelidir. Bu bağlamda, taraf devletler bakımından engelliliğe dair geniş bir hukuki tanım belirlemek, Sözleşme'nin ruhu ile daha uyumlu olacaktır. Ulusal ayrımcılıkla mücadele mevzuatında, engelli bireylerin ayrımcılığa dair yaptıkları şikâyet ve başvurulara tepki olarak ilgililerden ve yetkililerden kaynaklanan kötü muamele veya kötü sonuçlardan korunmaları amacı doğrultusunda düzenleme mevcut olmalıdır. Ayrıca, ayrımcılıkla mücadele mevzuatı, ayrımcılık mağdurlarının tazminat almaya hak kazanmalarının haksız yere engellenmesini önlemelidir. Özellikle ayrımcılık olduğunu açık şekilde ortaya koyan kanıtların bulunduğu durumlarda, hukuk usulündeki ispat yükümlülüğü, ayrımcılık mağdurlardan ayrımcılığı uygulayan tarafa geçmelidir. EHK ayrıca Sözleşme'nin 33. maddesi kapsamında ulusal izleme mekanizmalarının bağımsız olmasını, engellilerin temsilci örgütlerinin etkin bir şekilde sürece dâhil edilmesini ve engelli bireylere yönelik ayrımcılığı ele almak için yeterli kaynağa sahip olmalarını sağlanmasının gerektiğini belirtmiştir²³⁴.

²³³ Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi, **Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Hakkında Genel Yorum No. 6**, 2018, (CRPD/C/GC/6), ss. 19-20.

²³⁴ Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi, **Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Hakkında Genel Yorum No. 6**, 2018, (CRPD/C/GC/6), ss. 22-23.

Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi 2018 yılında engelli temsilci örgütleri hakkında genel yorumu olan, "Engelli çocuklar da dâhil olmak üzere engellilerin temsilci örgütleri aracılığıyla Sözleşme'nin uygulanması ve izlenmesine katılımı hakkında Genel Yorum No. 7"yi (CRPD/C/GC/7) yayınlamıştır.

Bkz. https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/Draft_GC7.docx (30.12.2018)

<http://www.esithaklar.org/no7/> (30.12.2018)

3. Denetim Mekanizması

a. Engelli Hakları Komitesi ve Denetim Usulleri

i. Engelli Hakları Komitesi ve Yapısı

Sözleşme’de hem ulusal hem de uluslararası denetim mekanizmalarına yer verilmektedir. Uluslararası düzeyde Sözleşme’de yer alan hakların uygulanabilirliğinin izlenmesi ve denetlenmesi amacıyla Sözleşme’nin 30. maddesi gereğince BM Engelli Hakları Komitesi oluşturulmuştur. Sözleşme’nin 34. maddesinde belirtildiği üzere söz konusu Komite, EHS’nin yürürlüğe girdiği 03.05.2008 tarihinde 12 bağımsız uzmandan oluşacak şekilde kurulmuş ve Sözleşme’yi onaylayan ülke sayısı 80’e ulaştığında sayının azami 18’e yükseltileceği kararlaştırılmıştır. Nitekim Ocak 2011 itibariyle komitenin üye sayısı 18’e yükselmiştir. Üyeler, insan hakları ve engelli haklarında yeterlilikleri temelinde ve hakkaniyete uygun bir coğrafi temsil, çeşitli hukuk sistemlerinin temsil edilmesi, cinsiyet dengesi ve engelli uzmanların katılımı gibi unsurlar göz edilerek belirlenmektedir²³⁵.

ii. Rapor Usulü

Sözleşme’nin 35. maddesi gereğince taraf devletler, Sözleşme’nin yürürlüğe girmesinden iki yıl sonra Sözleşme’nin uygulanması ile ilgili yapmış olduğu çalışmaları bildirmekle yükümlüdür. İlk rapordan sonra ise her dört yılda bir EHK’ye rapor sunmak zorundadır. Komite, hazırlanan raporları inceleme ve gerekli gördüğü takdirde geri dönüş yapma durumundadır. Raporun yeterli gelmemesi halinde taraf devletten üç ay içerisinde yeni bir rapor hazırlanmasını taraf devletten isteyebilir ve devleti bir denetime katılmaya davet edebilir. Komite, Sözleşme hükümlerinin etkin şekilde yerine getirilmesini ve uluslararası alanda işbirliğini sağlamak maksadıyla BM’nin uzmanlık kuruluşlarını ya da özel temsilciler görevlendirebilir. Komite,

²³⁵ S.Gürler, ss. 67-68. 2012 yılında Türkiye adına seçilen ilk uzman Şafak Pavey olmuştur. Görev süresi 31.06.2016 tarihine kadar sürmüştür.

sunulan raporları değerlendirdikten sonra nihai gözlem ve tavsiyelerini belirleyerek bulgularını iki yılda bir BM Genel Kurulu'na ve Ekonomik ve Sosyal Konsey'e rapor halinde sunar. Taraf devletler, Sözleşme hükümlerinin yerine getirilmesiyle ilgili hususları tartışma amacıyla belirli aralıklarla "Taraf Devletler Konferansı"nda bir araya gelmelidir.

EHK'nin raporlara ilişkin denetiminin amacı ihlal bulmaktan öte, devletin karşılaştığı zorlukları tespit ederek, bunları gidermek üzere işbirliği yapmaktır. EHK, devletlerin raporlarında şu bilgilere yer vermesini istemektedir: Sözleşme'nin ulusal mevzuat ve politikalara nasıl yansıtıldığı, Sözleşme'de yer alan haklardan yararlanma bakımından kaydedilen gelişmeler, Sözleşme'nin uygulanmasında karşılaşılan zorluklar, Sözleşme'nin amacına ulaşması için benimsenen plan ve politikalar²³⁶.

EHK, taraf devletlerin raporlarının şekil ve içeriğinin nasıl olacağına ilişkin "Rehber Kurallar" kabul etmiştir. Bu kuralların başlangıç kısmında devletlerin rapor hazırlama sürecini sadece uluslararası yükümlülükleri yerine getirmek olarak değerlendirmemelerini, Sözleşme'nin daha etkin uygulanması ve daha etkili politikalar üretilmesi amacıyla kendi yargı yetki alanlarında insan haklarının korunmasını değerlendirme fırsatı olarak görmeleri gerektiği belirtilmiştir. Rapor hazırlanırken yeknesak bir engellilik üzerinden değil; farklı engellilik çeşitleri göz önünde bulundurularak bir rapor oluşturulmalıdır. Rehber Kurallar'a göre taraf devletlerce sunulan raporlar 'ortak temel belge' ve 'sözleşmeye özel belge' olmak üzere iki kısımdan oluşmaktadır. Ortak belge kısmında genel olarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesine yönelik bir çerçeve çizilmelidir. Sözleşmeye özel belgede ise engelli kişilerin haklarına ilişkin bilgiler yer almalıdır. Bu bilgiler verilirken tekrara düşülmemeli ve taraf devlet tarafından kabul edilen mevzuatın sadece listelenmiş bir şekilde sunulmasından kaçınılmalıdır. Sözleşme'de yer alan hakların gerçekleşmesini etkileyen yasal ve uygulamaya dair son gelişmeler hakkında analitik veriler göz önünde bulundurularak bilgi verilmelidir. EHK raporlarda eksiklik gördüğünde ek bilgi ve rapor talep edebilir. Ayrıca EHK'nin önüne gelen bireysel başvuruları değerlendirirken zaman zaman taraf devlet raporlarına atıfta bulunduğu görülmüştür²³⁷.

²³⁶ Gül, "Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi", s. 42.

²³⁷ Ektaş, ss. 136-139.

Komite, taraf devletlerin raporları ile ilgili denetiminde sivil toplum örgütlerinden de destek almaktadır. Sivil toplum örgütleri bu denetime hazırladıkları “gölge raporlar” ile katkı sağlamaktadır. Gölge raporlar, devlet raporlarının gerçek durumu ne ölçüde yansıttığının değerlendirilmesi açısından önemlidir. Çünkü taraf devletler bazen eksiklikleri raporlarına yansıtmamakta ve Sözleşme’yi kusursuz şekilde uyguladıklarını ispatlamaya çalışmaktadır. Sivil toplum kuruluşlarının gölge raporları devlet raporlarında yansıtılmayan sorunların ortaya çıkmasını sağlayarak Komite’nin daha iyi denetim yapmasını sağlar²³⁸.

iii. Bireysel Başvuru Usulü

aa. Genel Olarak

Türkiye, bireysel başvuru yetkisi öngören Ek İhtiyari Protokol’ü 28.08.2009 tarihinde imzalamış, 2014 yılında onaylamıştır. Ek İhtiyari Protokol, 26.04.2015 tarihinde Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir. Protokol’ün 1. maddesinin ilk fıkrasına göre: “Bu Protokol’e Taraf bir Devlet, Sözleşme’nin hükümlerinin bu Taraf Devlet tarafından ihlali nedeniyle mağdur olduğunu iddia eden ve kendi yargı yetkisine tabi olan bireyler veya gruplar tarafından veya onlar adına yapılan başvuruları, Engelli Haklarına İlişkin Komite’nin kabul etme ve inceleme yetkisini tanır.” Aynı maddenin 2. fıkrasına göre Komite, Sözleşme’ye taraf olup da söz konusu Ek İhtiyari Protokol’e taraf olmayan bir devlet aleyhine yapılan başvuruları kabul etmeyecektir. Protokol, düzenlenişi itibarıyla diğer uluslararası insan hakları sözleşmeleriyle benzerlik gösterir. Buna göre bireysel başvuru, Protokol’e taraf olan devletlere karşı yapılabilir. Bireysel başvuruda yer unsuru, taraf devletin yargı yetki alanı ile sınırlıdır. Bireysel başvurunun konusu ise EHS’de düzenlenen haklar olup Sözleşme’de yer verilmeyen bir hak için bu başvuru yolunu işletebilmek mümkün değildir. Bireysel başvuru yolunu bireyler ve gruplar kullanabilir. EHS’nin hazırlanması ve kabul edilmesi açısından çok önemli rolleri olan sivil toplum kuruluşlarının başvuru yapamıyor olması eleştirilebilecek bir noktadır²³⁹.

²³⁸ Gül, “Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi”, s. 43.

²³⁹ Ektaş, ss. 139-140.

Protokol'ün 2. maddesinde hangi başvuruların kabul edilemez bulunacağına yer verilmiştir. Buna göre başvurucunun belli olması gerekir; anonim başvurular kabul edilemez bulunacaktır. Başvuruda bulunma hakkının kötüye kullanılması veya Sözleşme hükümleri ile bağdaşmayan başvurular da kabul edilemez bulunacaktır. Bu düzenlemeler diğer BM insan hakları sözleşmelerindeki düzenlemelerle paraleldir. Diğer insan hakları sözleşmelerindeki derdestlik itirazı burada da geçerlidir. Dolayısıyla aynı konu bir başka uluslararası soruşturma veya çözüme kavuşturma usulünde incelenmekte olduğunda başvuru kabul edilemez bulunacaktır. Diğer sözleşmelerle paralel şekilde iç hukuk yollarını tüketme şartı mevcuttur; bu şartın istisnaları söz konusu iç hukuk yollarının makul olmayan şekilde uzun sürmeleri ve etkili olmamalarıdır. Başvuru, açıkça temelden yoksun olması veya yeterli ölçüde temellendirilmemesi halinde de kabul edilemez bulunacaktır. Son olarak başvuruya konu olan olgunun, Protokol'ün ilgili devlet bakımından yürürlüğe girmesinden önceki bir tarihte gerçekleşmesi halinde de kabul edilmezlik kararı verilir. Bu durumun istisnası ise ihlal oluşturan olguların bu tarihten sonra da devam etmesidir²⁴⁰.

Protokol'ün 3. maddesinde belirtildiği üzere, bireysel başvuru usulü yazılı olarak yapılır ve Komite şikâyeti alır almaz taraf devleti gizlilik kuralları çerçevesinde bilgilendirir. Taraf devlet ise bunun üzerine ilk altı ay içinde konunun içeriği ve çözümüne yönelik alınabilecek tedbirlere ilişkin yazılı bir biçimde Komite'yi bilgilendirmekle yükümlüdür. Sözleşme'nin 5. maddesine göre, ciddi bir ihlalin saptanması halinde Komite, şikâyetle ilgili bir sonuca ulaşmadan evvel mağduru korumak maksadıyla harekete geçilmesini isteyebilir²⁴¹.

Protokol'ün 4. maddesi “geçici önlem” kurumunu düzenlemiştir. Buna göre geçici önlem, ilgili ihlalin mağdur veya mağdurlarının maruz kalması olası, telafisi mümkün olmayan zararlardan korunması amacıyla yapılır ve geçici önlem başvurusunun taraf devletlerden ivedilikle incelenmesi istenir. Öte yandan EHK'nin geçici önlem kurumunu kullanması, başvurunun kabul edilebilirliğine veya esasına ilişkin bir tespitte bulunulduğu anlamına gelmez²⁴².

Protokol'de iç hukuk yolları tüketildikten sonra ne kadar süre içerisinde başvurunun yapılması gerektiğine dair bir düzenleme mevcut değildir. Bazı BM insan

²⁴⁰ Ektaş, ss. 140-141.

²⁴¹ S.Gürler, ss. 70-71

²⁴² Ektaş, s. 141.

hakları sözleşmelerinde bireysel başvuruda süreye ilişkin düzenleme bulunmamaktadır; örneğin MSHS de böyledir; İHK içtihatları ile makul sürede başvurulması gerektiğini ortaya koymuştur. Öte yandan başvuru bakımından kesin bir sürenin belirlenmemesi sözleşmenin amacına daha uygun düşebilir. Böylece EHK, başvuruları inceleme açısından hak düşürücü bir süre ile bağlı olmayacaktır. Ancak başvuruların iç hukuk yolları tükendikten çok uzun bir süre sonra yapılabilmesi de makul olmayacağı için bu bakımından hangi sürenin makul olup olmadığı her bir olayın kendi özelliklerine göre tespit edilmelidir²⁴³.

Bireysel başvuru sonucunda ihlal kararı sonucu uygulanacak olan yaptırımlar, özel (mağdur bakımından) ve genel nitelikte olmaktadır. Genel nitelikli yaptırımlar, benzer ihlallerin yaşanmaması için taraf devletten yapması istenen genel nitelikli düzenlemeler ve uygulamalardır. Özel nitelikli yaptırımlar ise mağdur bakımından ihlalin giderilmesine yönelik önlemlerin alınması ve gerektiğinde tazminat ödenmesi şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Örneğin Gröninger/Almanya başvurusunda mağdur bakımından her iki yaptırım bir arada öngörülmüştür. Söz konusu başvuruda mağdurun çalışma hakkı ihlal edilmiş ve taraf devletten mağdurun vakasını yeniden değerlendirmesi ve mağdurun istihdam fırsatlarını etkili şekilde kullanabilmesinin sağlanması istenmiştir. Bunun yanında mağdurun uğradığı zararın tazmini hususunda, başvuru için yapılan masraflar da karşılanacak şekilde uygun bir tazminatın ödenmesi karara bağlanmıştır. Genel nitelikte yaptırım bakımından ise taraf devletin entegrasyon ödeneğini düzenleyen şemanın içeriğinin ve uygulanmasının gözden geçirmesi istenmiştir²⁴⁴. EHK'nin Usul Kuralları²⁴⁵ 73. maddesinin 3. fıkrasına göre, Komite'nin veya çalışma gruplarının bireysel başvurularını incelerken BM sistemindeki örgütlerden ya da diğer örgütlerden başvurunun incelenmesine yardımcı olacak belgeleri BM Genel Sekreteri aracılığıyla alabileceği düzenlenmiştir. Örneğin Bujdoso/Macaristan başvurusunda, 'Harvard Hukuk Fakültesi Engelli Hakları Projesi'

²⁴³ Ektaş, s. 141.

²⁴⁴ Ektaş, ss. 141-142. Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi, **Gröninger/Almanya Kararı**, Başvuru No. 2/2010, Karar Tarihi: 04.04.2014.

<https://www.escri-net.org/caselaw/2014/liliane-groninger-v-germany-communication-no-22010> (30.12.2018)

²⁴⁵ Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi, **Engelli Hakları Komitesi Usul Kuralları**, (CRPD/C/4/2), 2010, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2f4%2f2&Lang=en (30.12.2018).

isimli sivil toplum kuruluşu başvurunun incelenmesine katılmak istemiş ve başvurucunun da kabulü üzerine üçüncü tarafın müdahalesi kabul edilmiştir. Sivil toplum kuruluşlarının bireysel başvurulara müdahil olabilmesi, bireylerin yalnız başlarına ihlal iddialarını destekleyecek bilgi ve belgeye ulaşmaları daha zor olacağından, bireysel başvuru usulünün etkililiğini artıracaktır²⁴⁶.

bb. Örnek Kararlar

aaa. Fiona Given/Avusturalya Kararı²⁴⁷

EHK'nin engellilere yönelik ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirdiği başvurulardan biri Fiona Given/Avusturalya kararıdır. Söz konusu karara konu olan bireysel başvuruda başvuru, Avusturalya vatandaşı bir serebral palsi hastasıdır. Başvurucunun kas kontrolü ve el becerisi sınırlıdır ve konuşamamaktadır. Hareket etmek için elektrikli tekerlekli sandalye, iletişim için elektronik sentetik konuşma yaratan bir cihaz kullanmaktadır.

2013 yılında, Temsilciler Meclisi ve Senato için eyalet ve bölgelerde federal seçimler yapılmıştır. Seçimler sırasında başvuru, diğer seçmenlerle eşit olarak gizli oy kullanmak istemiştir. Bununla birlikte başvuru, el becerisinin sınırlı olması nedeniyle oyun gizliliğinden ödün vermeksizin refakatçi olmadan, oy pusulasını işaretleyememekte ve oy sandığına atamamaktadır. Başvuru, bağımsız ve gizli oy kullanabilmek için, bilgisayar tarafından oluşturulan elektronik bir oylama sistemini kullanmaya ihtiyacı olduğunu ifade etmektedir. Başvuru hâlihazırda bilgisayar klavyesini ve ekranını başka herhangi birinden bağımsız olarak kullanmasını sağlayan uyarlamalı bir teknolojiyi rutin olarak kullandığını da belirtmektedir.

Seçimden önce başvuru, oy verme seçenekleri ile ilgili seçim ve referandum yapmaktan sorumlu otorite olan Seçim Komisyonu'nun kurallarını okumuş ve Seçim

²⁴⁶ Ektaş, s. 142. Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi, **Bujdoso/Macaristan Kararı**, , Başvuru No.:4/2011, Karar Tarihi: 09.09.2013.
https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/Jurisprudence/CRPD-C-10-D-4-2011_en.doc (30.12.2018).

²⁴⁷ Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi, **Fiona Given/Avusturalya Kararı**, Başvuru No.: 19/2014, Karar Tarihi: 18.02.2018, (CRPD/C/19/D/19/2014), <https://juris.ohchr.org/Search/Details/2393> (30.12.2018).

Yasası uyarınca, elektronik destekli oylamanın yalnızca önceden kaydedilmiş görme engelli kişilere verilebileceğini görmüştür. Başvurucu seçim günü, bir refakatçi ile birlikte oy vereceği seçim bölgesine gitmiştir. Yasa uyarınca başvurucunun, seçimde görev alan memurlardan, oy pusulasının işaretlemesinde ve sandığa atılması için yardım isteme imkânı mevcuttur. Ancak görevliler, “çok meşgul” oldukları gerekçesiyle yardım talebini reddetmiş ve başvurucuyu yanındaki refakatçiden yardım almaya yönlendirmiştir.

Başvurucu, elektronik iletişim cihazı aracılığıyla, ona eşlik eden refakatçisinin yakın ve sürekli bir ilişki kurduğu bir kişi olduğunu, refakatçisinin oyunu öğrenmesini istemediğinden ötürü bu şekilde oy vermek istemediğini açıklasa da, görevliler yardımcı olmamakta ısrar etmiştir. Oysaki başvuru, elektronik oylama sistemine erişimin mümkün olmaması durumunda, her ne kadar bu ihtimal gizli oy kullanmasına yine de izin vermeyecek olsa da, kendisine yabancı bir seçim memurunun yardımını tercih etmektedir.

Başvurucu başvurabileceği herhangi bir iç hukuk yolu olmadığını ifade etmiştir. Engelli Ayrımcılığı Yasası ve Ayrımcılığa Karşı Yasa her ne kadar engellilik temelinde ayrımcılığı yasaklasa da, başvuru, elektronik oy kullanma imkânını sadece görme engelliler için mümkün olduğunu ifade etmektedir. Başvurucu engelli bir kişi olarak, başkalarıyla eşit temelde siyasi ve kamusal hayata etkin ve tam olarak katılımını sağlamadığından şikâyetçi olarak EHK’ye başvurmuştur. Başvurucu taraf devletin, yardımcı teknolojiyi kullanarak gizli oy kullanması için erişilebilir oy kullanma prosedürleri ve tesislerine ilişkin haklarını sağlamadığı ve kendi seçimi olan bir kişiden oylama için yardım almasını mümkün kılmadığı için haklarını ihlal ettiğini ifade etmiştir.

Komite, Sözleşme’nin 29. maddesinin taraf devletleri, engellilerin seçme hakkını güvence altına almak da dâhil olmak üzere diğerleriyle eşit ölçüde siyasi ve kamusal hayata katılımlarını sağlamakla yükümlü tuttuğunu ifade etmiştir. Komite ayrıca, Sözleşme’nin 29. maddesi uyarınca, taraf devletlerin oy kullanma prosedürlerini erişilebilir, anlaşılabilir ve kullanımı kolay olmalarını sağlayacak şekilde uyarlamaları gerektiğini hatırlatmıştır. Oy verme prosedürleri ile ilgili olarak, Komite, erişilebilirliğin gruplar ile ilgili olduğunu, buna karşılık makul uyumlaştırmanın ise bireylerle ilgili olduğunu ifade etmiştir. Taraf devletlerin

erişilebilirlik sağlama görevi öncelikli bir görevdir; taraf devletler, bir yere girmek veya bir hizmeti kullanmak için bireysel durumlarla ilgili düzenlemeleri yapmadan önce erişilebilirliği sağlama görevine sahiptir. Komite, Sözleşme'nin 9. maddesinin 2. fıkrasının (g) bendi uyarınca taraf devletlerin, engelli kişilerin yeni bilgi ve iletişim teknolojilerine ve sistemlerine erişimini sağlamak için uygun önlemleri almaları gerektiğini de hatırlatmıştır. Bu bakımdan, engellilerin topluma tam ve eşit katılımını teşvik için yeni teknolojiler kullanılabilir; ancak yalnızca erişilebilirliklerini sağlayacak şekilde tasarlanmış ve üretilmişlerse bu mümkündür.

Komite, söz konusu seçimde elektronik oylama sistemi dışında başvurunun kullanabileceği hiçbir seçeneğin, kendisine eşlik eden kişiye siyasi seçimini açıklamak zorunda kalmadan, oy kullanma hakkını istediği şekilde kullanma imkânı sağlamadığı tespitini yapmıştır. Taraf devletin, mevcut mekânlara ve hizmetlere erişimin önündeki engellerin sınırlı kaynaklar göz önüne alınarak kademeli olarak kaldırılması gerektiği ve maliyette önemli bir artışın orantısız bir yük teşkil edebileceği argümanına dair ise Komite, erişilebilirliği sağlama yükümlülüğünün şartsız biçimde yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük olduğunu hatırlatmıştır.

Komite, elektronik oylama seçeneğinin 2011'den bu yana eyalet seçimlerinde görme engelli kişiler için yaygın olarak kullanıldığını da belirterek; taraf devletin 2013 federal seçimlerinde söz konusu seçeneğe ihtiyacı olanlar için bu oylama seçeneğinin kullanılmasının taraf devlete orantısız bir yük teşkil edeceği iddiasını haklı çıkaracak herhangi bir delil olmadığını da not etmiştir. Dolayısıyla Komite, başvurunun taraf devlette zaten mevcut olan bir elektronik oy platformuna erişiminin sağlanmadığını, engelli bireyin oy tercihini başka bir kişiye açıklamak zorunda kalmadan oy kullanmasına olanak tanıyacak bir alternatifin de sunulmadığını tespit etmiştir. Komite'ye göre taraf devlet, Sözleşme'nin erişilebilirlik, ayrımcılık yasağı ve siyasi hayata katılım ile ilgili düzenlemelerini ihlal etmiştir.

Komite, başvurucuya ilişkin olarak; tazminata ve başvurunun taraf devlette yapılacak tüm seçimlerde ve referandumlarda başka bir kişiye oy verme niyetini açıklamak zorunda kalmadan, gizli oyla oy kullanmasını sağlayacak olanaklara erişmesini sağlamak için gerekli önlemlerin alınmasına hükmetmiştir. Komite taraf devlete yönelik genel olarak ise elektronik oylama seçeneklerinin, engellilik türü ne olursa olsun, tüm engelli insanlar için erişilebilir olmasını sağlamak için ve

seçmenlerin oy kullanabilmeleri için başka bir kişinin yardımının gerekli olabileceği durumlarda, bu yardımı sağlayan kişinin oylamanın gizliliğini sağlama yükümlülüğünü yerine getirdiğinden emin olacak şekilde Seçim Yasasını değiştirmeyi önermiştir.

bbb. H.M./İsveç Kararı²⁴⁸

EHK'nin engellilere yönelik ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirdiği bir diğer başvuru H.M./İsveç kararıdır. 2010 tarihli başvurunun sahibi olan H.M., İsveç vatandaşıdır. Başvurucunun kronik bağ dokusu bozukluğu sendromu, eklemlerinde aşırı esneklik, kırılğan ve kolayca hasar alabilen kan damarları, zayıf kasları ve ağır kronik nevraljisi mevcuttur. Yürüyememekte, ayakta duramamakta; oturmak ve uzanmakta da zorluk çekmektedir. Engelliliği son yıllarda onu yatalak hale getirmiştir; bu da onu daha da güçsüzleştirmiştir. Başvurucu ilaç da kullanamamaktadır, çünkü ilaçlara karşı atipik aşırı duyarlılığı vardır.

Başvurucu, rahatsızlıklarından ötürü yaralanma riskinin artması sebebiyle evinden ayrılamamakta, hastane ya da rehabilitasyona götürülememektedir. Engelliliğinin ve rahatsızlıklarının kötü seyri devam etmektedir ve ilerlemelerini durdurabilecek tek rehabilitasyon türü, uzmanların görüşüne göre, başvurunun ev ortamında kapalı havuzda uygulanabilecek hidroterapidir. Söz konusu tedavi başvurunun eklemlerini daha stabil hale getirecek, daha fazla kas oluşturmaları sağlayacak, kan dolaşımını artıracak, acı ve ıstıtabının azaltarak yaşam kalitesini arttıracaktır.

2009 yılında başvuru, özel mülkiyeti olan arsasındaki evinin yaklaşık 63 metrekare uzatılması için inşaat izni başvurusunda bulunmuştur. Söz konusu genişleme büyük ölçüde (yaklaşık 45 metrekare), imara izin verilmeyen alanda olacaktır. 2009 yılında Yerel Konut Komitesi tarafından başvurunun talebi reddedilmiştir. Başvurucu, Yerel Konut Komitesi kararına İlçe Konseyi'nde itiraz etmiştir. İtiraz reddedilince, başvuru, kararı İdare Mahkemesi'nde temyiz etmiştir. 2010'da İdare Mahkemesi temyiz başvurusunu kabul etmiştir ve başvurunun talebini

²⁴⁸ Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi, **H.M./İsveç Kararı**, Başvuru No.: 3/2011, Karar Tarihi: 19.04.2012, (CRPD/C/7/D/3/2011), <https://juris.ohchr.org/Search/Details/1984> (30.12.2018).

gözden geçirmesi için Yerel Konut Komitesi'ne geri göndermiştir. İdare Mahkemesi her ne kadar inşaat yapılmasının yasak olduğu bir bölüm söz konusu ise de alternatif bir yerleşimin mümkün olmadığını ifade etmiş; daha küçük bir alanın başvurucunun ihtiyacını karşılamayacağını belirtmiştir. İdare Mahkemesi'nin bu kararına Belediye, Temyiz İdare Mahkemesi'nde itiraz etmiş, Temyiz İdare Mahkemesi de başvurucunun talebini reddetmiştir. Başvurucu, Yüksek Temyiz İdare Mahkemesi'ne temyiz için başvurursa da talebi reddedilmiş; böylece başvuru iç hukuk yollarını tüketerek EHK'ye başvurmuştur.

Başvurucu, taraf devletin idari organlarının ve mahkemelerinin kararları ile ayrımcılığa uğradığını; çünkü kendisine rehabilitasyon ve sağlığını iyileştirmek için fırsat eşitliğinin tanınmadığını iddia etmiştir. Söz konusu genişletmenin caddeden görünmeyeceğini, evin arkasında pek çok bitki ve ağaç tarafından çevrili olacağını ifade etmiştir. Başvurucu değişikliklere komşuların da onay verdiğini, plandaki böylesine bir değişikliğin çevreye herhangi bir zarar vermeyeceğini belirtmiştir. Durumunun istisnai niteliği göz önüne alındığında, bu talebin başka 3. kişiler tarafından tekrarlanma riskinin olmadığını savunmuştur. Başvurucu tek rehabilitasyon şansının evde hidroterapi olduğunu tıbbi belgelerle ortaya koymuştur. Başvurucu kendisi için son derece önemli bir tedavi imkânı sağlayacak bir olanaktan inşaat yasağı sebebiyle mahrum bırakılmasının, tarafsız ve eşit görünen yasa ve yönetmeliklerin herkese uygulandığı şekilde kendisine uygulanmasının haksız olduğunu ve bu durumun dolaylı ayrımcılığa neden olacağını belirtmiştir.

Komite, tarafsız bir şekilde uygulanan bir kanunun, uygulandığı kişilerin özel koşulları göz önüne alınmadığında, ayrımcı bir etkiye sahip olabileceğini belirtmiştir. Sözleşme kapsamında güvence altına alınan hakların kullanımı bakımından ayrımcılığa uğramama hakkı, nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın, durumları önemli ölçüde farklı olan kişilere aynı şekilde muamele edildiğinde de ihlal edilebilir. Komite'ye göre başvurucunun sağlık durumu kritiktir ve sağlık ile ilgili ihtiyaçlarını karşılamak için tek etkili yol evdeki hidroterapi havuzuna erişimdir. Komite, sağlık hakkı bağlamında Sözleşme'nin 25. maddesine göre "engellilerin engellilik temelinde ayrımcılığa uğramadan elde edilebilecek en yüksek sağlık standardından yararlanma hakkına sahip olduğunu" ifade etmiştir. Ayrıca Sözleşme'nin 26. maddede düzenlenen habilitasyon ve rehabilitasyon hakkına da atıfta bulunmuştur. Komite bu sebeple taraf

devletin söz konusu inşaat için başvurusunun talebini reddetmekle, engelli bireyin özel ihtiyaçlarını kamu yararı nedeniyle göz ardı ettiğini ifade etmiştir. Bu sebeple Komite, idari makamların başvurusunun talebini reddetmesinin orantısız olduğunu ve engelli kişinin sağlık hakkına erişimi bakımından ayrımcı bir etkiye sahip olduğunu tespit etmiştir. Buna göre, Komite, taraf devletin ayrımcılık yasağına, sağlık hakkına ve rehabilitasyon hakkına ilişkin yükümlülüklerini ihlal ettiğine karar vermiştir.

Komite başvurucuya ilişkin olarak, taraf devletin hidroterapi havuzu için inşaat izni vermeyi tekrar gözden geçirmesi gerektiğine karar vermiştir. Komite genel olarak ise, taraf devletin gelecekte yaşanacak benzer ihlallerin önüne geçmek için engellilerin diğerleriyle eşit şekilde haklarından yararlanmasını engelleyecek yasa ve uygulamaları önlemek yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir.

iv. Soruşturma Usulü

EHS bakımından soruşturma usulü, İhtiyari Ek Protokol'ün 6. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre soruşturma usulünün harekete geçirilebilmesi için Sözleşme'de düzenlenen hakların, ilgili taraf devlet tarafından ağır veya sistemli biçimde ihlal²⁴⁹ edildiğine dair güvenilir bilginin mevcut olması gereklidir. Söz konusu ihlale kaynaklık eden bilginin kaynakları ulusal veya uluslararası sivil toplum kuruluşları, BM başta olmak üzere uluslararası örgütler ve medya olabilir. Komite, Sözleşme'ye taraf devletlerin Sözleşme'nin hükümlerini ağır veya sistematik şekilde ihlal ettiği şeklinde inandırıcı bilgiler aldığı takdirde, söz konusu taraf devletten bu bilgilerin incelenmesi için gözlemlerini aktarması suretiyle işbirliği yapmasını isteyebilir. Bunun dışında, taraf devletin sunduğu gözlemleri ve ilgili diğer güvenilir bilgileri inceledikten sonra, bir ya da birden fazla üyesini araştırma yapmak ve acil olarak rapor hazırlamakla görevlendirebilir. Bu görevlendirme sayesinde ilgili taraf

²⁴⁹ Sistematik ihlalin tespiti için 5 unsur belirlenmiştir: zamansal unsur, mekânsal unsur, sayısal unsur, itici güç ya da etken unsuru, biçim unsuru. Buna göre ihlal, belirli bir zamanda gerçekleşmiş olmayıp, bir zaman dilimine yayılmış ve bir ölçüde süreklilik göstermiş olmalı; ihlal, belirli bir yerde gerçekleşmiş olmayıp, o ülkenin önemli bir bölümünde yaygın olarak görülmeli; ihlal mağdurları sayıca çok olmalı; ihlalin devlet tarafından desteklenen, onaylanan ya da hoşgörülen bir siyasanın sonucu olması (ihlallere kapı aralayan yetersiz mevzuat bile ihlalin sistematik niteliğini kazanmasında yeterlidir) ve ihlaller, benzer koşullarda ve benzer yöntemler kullanılarak gerçekleştirilmiş olmalıdır. Gülay Arslan Öncü, "Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Soruşturma Usulü", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt: 31, Sayı: 1, <http://dergipark.gov.tr/iumhmohb/issue/9399/117749> (01.01.2019), s. 46.

devletin rızası olursa o ülkeye ziyaret yapılabilir. Soruşturma usulü, Protokol'ün 6. maddesinin 5. fıkrası uyarınca gizlilik esasına tabi olarak yürütülür. Bu yolla elde edilen bulgular ise kamuoyu ile paylaşılabilir. Bu husus soruşturma usulünün etkililiğinin sağlanması bakımından oldukça önemlidir. Soruşturma sonucu hazırlanan raporların yayınlanması için ilgili taraf devletin rızasına ihtiyaç yoktur²⁵⁰.

Soruşturma sonucu elde edilen bulguların incelenmesinden sonra, Komite bu bulguları konuya ilişkin yorum ve önerileri ile birlikte taraf devlete sunar. Taraf devlet altı ay içerisinde kendi gözlemlerini komiteye sunmalıdır. Protokol'ü onaylayan bir devlet, soruşturma usulünün dışında kalmayı da tercih edebilir. Bununla beraber soruşturma usulünün dışında kalmak mümkün olmakla birlikte; aynı opsiyon, bireysel başvuru usulü için tanınmamıştır²⁵¹. Protokol'e taraf olmakla birlikte soruşturma usulü ilgili taraf devlet bakımından otomatik olarak işlemeye başlamaktadır. Ancak Protokol'ün 8. maddesine göre her taraf devlet, Protokol'ün imzalanması ya da onaylanması aşamasında ya da Protokol'e katılırken EHK'nin soruşturma usulü yetkisini düzenleyen 6. ve 7. maddeyi tanımadığını beyan edebilir²⁵².

b. Ulusal Mekanizmalar

Taraf devletlerin EHS'den doğan yükümlülüklerini yerine getirmesinde uluslararası denetim usullerinin önemi tartışmasız olmakla birlikte, zaman ve insan kısıtlılığı nedeniyle EHK'nin taraf devletlerin her ihlalini tespit etmesi ve bunları gidermesi mümkün olmayacaktır. Bu nedenle EHS bir ulusal denetim sistemi öngörmüştür. Sözleşme'nin 33. maddesinde, Sözleşme'nin ulusal düzeyde izlenmesi ve uygulanması ile ilgili olarak üçlü bir mekanizma belirlenmiştir. İlk olarak, taraf devletler sözleşmenin uygulanmasıyla ilgili konular için hükümet içinde bir veya daha fazla kilit nokta tahsis etmeyi ve ikinci olarak hükümet içinde farklı sektörler ve farklı düzeylerde konuyla ilgili faaliyetlerin kolaylaştırılması için koordinasyon mekanizması²⁵³ kurmayı taahhüt eder. Üçüncü olarak da taraf devletler sözleşmeyi

²⁵⁰ Ektaş, s. 144

²⁵¹ S.Gürler, s. 72.

²⁵² Ektaş, s. 143.

²⁵³ Türkiye, koordinasyon mekanizması olarak 2013/8 tarih ve 28712 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan genelge ile Engelli Hakları İzleme ve Değerlendirme Kurulu'nu kurmuştur. Kurulun; Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanı'nın veya gerektiğinde Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler

teşvik edip izlemek amacıyla bir veya daha fazla bağımsız mekanizmayı içeren bir yapı bulundurmaya taahhüt eder²⁵⁴. Buna göre taraf devletler EHS'nin uygulanmasını izlemek üzere bağımsız bir denetim mekanizması kuracak veya böyle bir mekanizma zaten mevcutsa, onun yetkisini EHS'yi de kapsayacak şekilde genişletecektir²⁵⁵. Taraf devletlerin bu mekanizmayı kurarken “insan haklarının korunması ve geliştirilmesine ilişkin ulusal kurumların oluşumu ve işlevine ilişkin ilkeler”i göz önünde bulundurması gerekir. Söz konusu ilkeler Paris Prensipleri'ne²⁵⁶ işaret etmektedir.

Sözleşme'nin bu yenilikçi denetim mekanizmasını öngörmesinde mevcut BM insan hakları sözleşmelerinin denetim mekanizmalarına yönelik olumsuz eleştirilerin etkili olduğu düşünülmektedir²⁵⁷.

Bakanlığı Müsteşarının başkanlığında; çeşitli bakanlıklar ve engellilerle ilgili faaliyet gösteren diğer kurumlardan ve sivil toplum kuruluşlarından yeterli sayıda temsilcinin katılımıyla kurulması öngörülmüştür. Kurulun sekretarya hizmetleri, alınan kararların uygulanmasının takibi ve koordinasyonu Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Engelli ve Yaşlı Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından yürütülmesi planlanmıştır. Kurul tarafından ihtiyaç duyulması halinde alt kurul, komite, danışma grupları ve geçici ve kalıcı çalışma grupları oluşturulabilecek ve ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının yanı sıra üniversiteler, sivil toplum kuruluşları, meslek birlikleri ve özel sektör temsilcileri de alt kurul ve komite çalışmalarında yer alabileceklerdir.

<https://eyh.aile.gov.tr/2013-08-sayili-engelli-haklari-izleme-ve-degerlendirme-kurulu-hakkinda-basbakanlik-genelgesi> (30.12.2018)

Kurul ilk toplantısını 13 Mayıs 2014 tarihinde gerçekleştirmiştir. Engelli Hakları İzleme ve Değerlendirme Kurulu'nun bu ilk toplantısının ardından bir daha toplanıp toplanmadığı belirlenememiştir. Kurul etkin bir şekilde çalışmamaktadır. Çitil ve Üçüncü, s. 248.

²⁵⁴ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, **Engellilerin Haklarına ilişkin Sözleşme'nin İzlenmesi İnsan Hakları Gözlemcileri için Kılavuz**, Birleşmiş Milletler New York ve Cenevre, 2010, http://www.un.org.tr/humanrights/vm/engellilerin_haklarına_iliskin_sozlesmenin_izlenmesi.pdf (29.11.2017), s. 29.

²⁵⁵ Gül, “Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi”, s. 43.

²⁵⁶ Paris Prensipleri, hükümetleri en uygun ve etkin bir ulusal kurum yaratmak yönünde teşvik etmek için geliştirilmiş ve kabul edilmiş tavsiyeler ve rehber ilkelerdir. Söz konusu prensipler 1991 yılında Paris'te başlayan ve BM tarafından düzenlenen ulusal kurumlara yönelik uluslararası çalışma toplantılarının sonucu olarak 1993 yılında kabul edilmiştir. Paris Prensipleri, yasal olarak bağlayıcılığı olan uluslararası kurallara değildir; tavsiye niteliğindedirler. Bununla birlikte kabul edildiği tarihten bu yana uluslararası ve ulusal kurum ve kuruluşların ilkeleri benimsemesi ve hükümetleri bu ilkelerin gereklerini yerine getirmeye teşvik etmiştir. V. Atilla Oğuşgil, “Avrupa Birliği Yolunda Türkiye İnsan Hakları Kurumu'nun Birleşmiş Milletler Paris Prensipleri Işığında Değerlendirilmesi”, **Bilig / Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı:74, 2015, <http://dergipark.gov.tr/bilig/issue/25347/267612> (01.01.2019), s. 177.

²⁵⁷ Ektaş, ss. 145-147.

C. Diğer Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri

1. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi

a. Genel Olarak Kapsamı

BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, BM Genel Kurulu tarafından 1966 yılında kabul edilerek imzaya açılmış ve otuz beş devletin onay işleminin tamamlanması ile 1976 yılında yürürlüğe girmiştir²⁵⁸. Türkiye, sözleşmeyi 2000 yılında imzalamış ve 2003 yılında onaylamıştır. Sözleşme bireyin devlete karşı ileri sürebileceği klasik nitelikte olan medeni ve siyasi hakları (birinci kuşak haklar) güvence altına almaktadır²⁵⁹. Sözleşmeye ek olarak bugüne kadar iki adet ihtiyari protokol kabul edilmiştir. Bu protokollerden biri sözleşme kapsamında düzenlenen hakların ihlaline ilişkin bireysel başvuru yapma yolunu düzenleyen “Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi Ek İhtiyari Protokolü”dür²⁶⁰.

Sözleşme altı bölüm, elli üç maddeden oluşur. İlk bölüm, tek maddeden ibaret olup halkların self determinasyon hakkına ve doğal kaynak ve zenginliklerden serbestçe yararlanma hakkına yer verir. İkinci bölümde “Genel Hükümler” başlığıyla hakların uygulanmasında uyulacak temel ilkeler yer alır. Üçüncü bölümde yirmi iki madde halinde garanti altına alınan haklar bulunmaktadır. Dördüncü bölüm Sözleşme’nin koruma mekanizmasını düzenlemektedir. Beşinci bölümde Sözleşme’nin nasıl yorumlanacağına dair ilkeler ve altıncı bölümde de Sözleşme’nin onay, yürürlüğe giriş ve çeşitli şartları düzenlenmektedir.

b. Ayrımcılık Yasağı

Sözleşme’nin 2. maddesinin 1. fıkrasında, Sözleşme kapsamında yer verilen haklara dair ayrımcılık yasağına yer verilmiş ve bu haklar bakımından ayrımcılığın

²⁵⁸ Şeref Ünal, *Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, s. 116.

²⁵⁹ Ş.Ünal, s. 116.

²⁶⁰ Gül ve Karan, *Ayrımcılık Yasağı Kavramı, Hukuk, İzleme ve Belgeleme*, s. 44. Diğeri ise “Ölüm Cezasının Kaldırılmasını Amaçlayan Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeye Ek İkinci İhtiyari Protokol”dür.

hangi temellerde yasaklandığı sayılmıştır: “Bu Sözleşmeye taraf her devlet, bu Sözleşmede tanınan hakları ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya diğer statü gibi her hangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın, kendi toprakları üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler için güvence altına almayı ve bu haklara saygı göstermeyi taahhüt eder.” Söz konusu düzenleme, Sözleşme kapsamındaki hakların hangi temellerde ayrımcılık yasağına tabi tutulacağını ucu açık bir biçimde saymıştır.

Sözleşme’nin “cinsiyet eşitliği” başlığını taşıyan 3. maddesine göre ise: “Bu Sözleşme’ye taraf Devletler, bu Sözleşme’de yer alan bütün medeni ve siyasal haklardan erkeklerle kadınların eşit yararlanmasını güvence altına almakla yükümlüdürler.” Sözleşme bu hükmü ile sözleşmede yer alan haklardan yararlanma bakımından cinsiyet temelinde ayrımcılığın yasaklanmasını öngörmüştür.

Sözleşme’nin 4. maddesinde olağanüstü bir durumun ortaya çıkması halinde taraf devletlere sözleşmeden doğan yükümlülükleri azaltma imkânı tanımakta, ancak aynı hüküm taraf devletlerin yükümlülüklerini azaltma tedbirlerinde sözleşmede sayılan temellerde bir ayrımcılık içermesini yasaklamaktadır: “Taraf devletler, ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü bir durumun meydana gelmesi ve bunu resmen ilan etmeleri halinde, durumun zorluklarının kesinlikle gerektirdiği ölçüde, uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerine aykırı düşmeyecek ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din, toplumsal köken gibi sebeplerle ayrımcılık içermeyecek şekilde, bu Sözleşmedeki yükümlülüklerinde azaltma yapan tedbirler alabilirler.”²⁶¹

“Çocuk hakları” başlığı altında Sözleşme’nin 24. maddesinin 1. fıkrasında çocukların her türlü ayrımcılığa karşı korunması güvence altına alınmıştır: “Her çocuğun ırk, renk, cinsiyet, dil, din, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum gibi bir ayrımcılığa tutulmaksızın ailesi, içinde yaşadığı toplum ve Devlet tarafından, bir küçük olarak statüsünün gerektirdiği koruma tedbirlerine hakkı vardır.”

Sözleşme’nin 26. maddesinde herkesin hukuk önünde eşit ve eşit hukuki korunma hakkına sahip olduğu ve Sözleşme’de sayılan özelliklerden dolayı hiç kimseye ayrımcılık yapılamayacağı belirtilmektedir: “Herkes, hukuk önünde eşittir ve hiçbir ayrıma tabi tutulmaksızın hukuk tarafından korunma hakkına sahiptir. Hukuk

²⁶¹ Yücel, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Direktiflerinde Ayrımcılık Yasağı Hukuku”, 57.

bu alanda her türlü ayrımcılığı yasaklar ve herkese ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya başka bir statü ile yapılan ayrımcılığa karşı etkili ve eşit koruma sağlar.” Sözleşme’nin bu maddesinde kanunların uygulanması bakımından ayrımcılık nedeni olacak özellikler örnekseyici olarak sayılmıştır. Sözleşme, tanıdığı haklardan yararlanma bakımından taraf devletin kendi vatandaşı ve yetkisinin kapsadığı tüm bireyleri kapsayacak şekilde ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal görüş, ulusal ve sosyal köken, mülkiyet ve doğum temelinde ayrımcılığı yasaklamış olup; bunlara ek olarak “diğer statüler” ifadesine yer vererek ayrımcılığın yasaklandığı temelleri sınırlı tutmamıştır. Sözleşme dolaylı ayrımcılık ve pozitif ayrımcılık gibi ayrımcılık türlerine yer vermemiş; dezavantajlı gruplar bakımından ise sadece çocukları ele almıştır²⁶². Münhasıran engellilere yönelik bir düzenleme ise mevcut değildir. Bununla birlikte Sözleşme’de belirtilen ayrımcılık temellerinin sınırlı şekilde sayılmaması sebebiyle engellilik temeli de Sözleşme kapsamında yasaklanan bir ayrımcılık temeli olarak değerlendirilebilir.

Ayrımcılık yasağı, İHK tarafından yaratılan içtihadın en önemli ve en dinamik alanlarından biridir. Bunun sebebi büyük ölçüde, Sözleşme’nin 26. maddesinin, diğer pek çok insan hakları sözleşmesinin aksine, söz konusu sözleşme kapsamında korunan diğer hakların kullanılmasında ayrımcılığı yasaklamak yerine, ayrımcılık yasağını başlı başına bir insan hakkı haline getirmiş olmasıdır. Bu nedenle Ek İhtiyari Protokol’ün getirdiği bireysel başvuru usulü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin yargılama alanı içerisinde bulunan kişiler açısından da çekiciliğini korumaktadır; çünkü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki ayrımcılık yasağı hükmünün ihlali ancak söz konusu ayrımcılık, Sözleşme kapsamında korunan diğer bir hakkın kullanılması sırasında meydana gelirse söz konusu olmaktadır²⁶³.

Türkiye, bireysel başvuru imkânı tanıyan Protokol’e taraf olurken yasalar önünde eşitlik ve ayrımcılık yasağına yer veren 26. madde ile ilgili başvurularda sadece Sözleşme’de yer verilen haklara ilişkin başvuruları tanıyacağını belirtmiştir.

²⁶² Yücel, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Direktiflerinde Ayrımcılık Yasağı Hukuku”, s. 58.

²⁶³ **İnsan Hakları Komitesi’nin Emsal Kararları**, (Der. Raija Hanski, Martin Scheinin), 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005, s. 443. Her ne kadar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 12. Protokol’de ayrımcılık yasağı diğer haklardan bağımsız olarak ileri sürülecek şekilde düzenlenmişse de söz konusu Protokol, ona taraf olan ülkeler bakımından –örneğin Türkiye henüz taraf değildir- bağlayıcı değildir.

Bunun anlamı, MSHS bağlamında Türkiye aleyhine yapılacak başvurularda ayrımcılık yasağının sadece birinci kuşak haklarla sınırlandırıldığı ve Sözleşme’de düzenlenmeyen ekonomik, sosyal ve kültürel haklar açısından, ayrımcılık yasağını düzenleyen 26. maddeye dayalı bir şikâyetle bulunmanın mümkün olmamasının amaçlandığıdır. Ancak, İHK’nin Sözleşme’ye ve Ek İhtiyari Protokol’e ilişkin olarak sunulan çekincelerle ilgili 24 No.lu Genel Yorumu’na bakıldığında, komitenin bu tür çekinceleri geçerli bulmadığı görülmektedir. Söz konusu Genel Yorum’a göre eğer bir devlet, Sözleşme’ye taraf olurken bir hükme çekince koymadıysa, daha sonra Ek İhtiyari Protokol’e taraf olurken o hükmü Komite’nin denetiminden çıkartmak üzere çekince koyamaz. Bu nedenle Türkiye, Sözleşme’ye taraf olurken 26. maddeye çekince koymadığından, Ek İhtiyari Protokol’e taraf olurken 26. maddenin denetim kapsamını sınırlamak üzere koyduğu çekince geçersizdir. Dolayısıyla MSHS kapsamında olmayan ancak ulusal mevzuat tarafından koruma altına alınmış ekonomik, sosyal ve kültürel haklar da dâhil her hak (örneğin eğitim hakkı, çalışma hakkı, sağlık hakkı vs.) için İHK’ne ayrımcılık yapıldığı iddiası ile başvurmak mümkündür²⁶⁴.

c. Denetim Mekanizması

MSHS’nin getirdiği en önemli yenilik kapsadığı insan haklarına taraf devletlerce saygı gösterilip gösterilmediğini denetleyen İnsan Hakları Komitesi’ni kurmasıdır. Bu kurum MSHS’ye taraf devletler tarafından teklif edilen ikişer aday arasından yine o devletlerin temsilcilerince dört yıllık bir süre için seçilen on sekiz bağımsız üye ve uzman üyelerden oluşturmaktadır. Komite’nin bağımsız ve uluslararası bir nitelik taşıması amacıyla, Komite üyeleri vatandaşı oldukları ülkenin değil, kendi kişisel nitelikleri ile görevlerini yaparlar²⁶⁵.

İnsan Hakları Komitesi’nin üç değişik denetim usulü söz konusudur. MSHS hükümlerine göre taraf devletler, sözleşme kapsamındaki insan haklarını gerçekleştirme adına kendi ülkelerinde aldıkları tedbirleri ve bu alandaki gelişmeleri

²⁶⁴ Gül ve Karan, *Ayrımcılık Yasağı Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme*, ss. 44-45.

Bkz. İnsan Hakları Komitesi’nin 09.04.1987 tarihli Zwaan-de Vries v. Hollanda kararı, Başvuru no: 182/1984, *İnsan Hakları Komitesi Emsal Kararları*, ss. 461-462.

²⁶⁵ Gözlügel, s. 98.

belirli periyodlarla düzenleyecekleri raporlarla ve BM Genel Sekreterliği aracılığıyla İHK'ye bildirirler. İHK, bu raporları inceledikten sonra taraf devletlere ve gerekirse BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi'ne genel görüşlerini bildirme yetkisi vardır. İHK'nin genel görüşlerine karşı olan taraf devlet de bu konudaki yorumunu İHK'ye bildirebilir²⁶⁶.

MSHS'nde devletlerarası başvuru ve bireysel başvuru yolları öngörülmüştür. Devletlerarası başvuru kendiliğinden doğan bir hak ve yükümlülük olmayıp belirli önşartların gerçekleşmesini gerektirir. Bu prosedürün işletilebilmesi her devletin kendi isteğine bırakılmış olup bir devletin bir diğer devleti kendi ülkesinde sözleşmeye uymadığı gerekçesiyle İHK'ye şikâyet edebilmesi için her iki devletin de önceden İHK'nin bu yetkisini düzenleyen özel hükmü açıkça kabulü ve onayı gerekmektedir. İHK, devletlerarası şikâyetleri barışçı yoldan çözüme ulaştırmaya çalışır. Bireysel başvuru yolunun işleyebilmesi için ise ilgili devletin bireysel başvuru hakkını düzenleyen 1. İhtiyari Ek Protokolü kabul edip onaylaması gereklidir²⁶⁷. Türkiye söz konusu Protokol'ü 2004 yılında imzalamış ve 2006 yılında onaylamıştır²⁶⁸. Bireysel başvuru usulünde bireyler, sözleşmede korunan haklarının ihlal edildiği iddiasıyla Komite'ye yazılı başvuruda bulunabilirler. Bunun için önce iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekir. Komite, başvuruyu şikâyet edilen taraf devlete gönderir. Hakkında şikâyet olan taraf devlet, altı ay içinde konu hakkında Komite'ye bilgi verir. Komite, görüşünü ilgili devlete ve başvurucuya gönderir. Türkiye, bireysel başvuruyu düzenleyen Ek İhtiyari Protokol'e taraf olduğu için, Türkiye aleyhine Sözleşme'de korunan hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği veya ayrımcılık yapıldığı iddiasıyla bireysel başvuru yapılabilir²⁶⁹.

²⁶⁶ Gözlüöl, ss. 98-99.

²⁶⁷ Gözlüöl, s. 99.

²⁶⁸ Korkut, s. 14.

²⁶⁹ Gül ve Karan, *Ayrımcılık Yasağı Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme*, s. 47.

2. Ekonomik, Kültürel ve Sosyal Haklar Sözleşmesi

a. Genel Olarak Kapsamı

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi BM Genel Kurulu tarafından 1966 yılında kabul edilerek imzaya açılmış ve 35 devletin onay işleminin tamamlanması ile 1976 yılında yürürlüğe girmiştir²⁷⁰. Sözleşme Türkiye tarafından da 2000 yılında imzalanmış, 2003 yılında onaylanmıştır²⁷¹.

Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar genellikle uygulanması mutlak olmayan, yerine getirilmemesi durumunda dava konusu yapılamayan, ancak imkânlar elverdiği ölçüde ve zamanla yerine getirilmesi öngörülen haklar olarak nitelendirilirler. MSHS’nde yer alan haklardan farklı olarak ESKHS’nde yer alan hakların hayata geçirilmesi için devletlerin yasal, ekonomik ve kurumsal önlemler alması gerekir²⁷². İHEB’nde sadece altı maddede yer verilmiş olan ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, ESKHS’nde daha geniş ve ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. ESKHS söz konusu haklar bakımından gelişmekte olan ülkeleri de göz önünde tutarak bu hakların her devletin “imkânları ölçüsünde” yerine getirilmesini öngörmüştür. Taraf devletler Sözleşme’nin 2. maddesi gereği mevcut kaynaklarını maksimum şekilde değerlendirerek bu hakları sağlama yolunda ciddi tedbirler almak zorundadırlar²⁷³.

b. Ayrımcılık Yasağı

Sözleşme’nin 2. maddesinin 2. fıkrasında ayrımcılık yasağına yer verilmektedir: “Bu Sözleşme’ye taraf devletler, bu Sözleşmede belirtilen hakların ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka statü bakımından herhangi bir ayrım gözetilmeksizin uygulanmasını taahhüt ederler.” Sözleşme bu maddesiyle genel bir ayrımcılık yasağı getirmemiş; Sözleşme kapsamındaki haklar bakımından geçerli olacak şekilde

²⁷⁰ Ş.Ünal, s. 117.

²⁷¹ Korkut, s. 14.

²⁷² Ş.Ünal, s. 117.

²⁷³ Gözlügöl, ss. 100-101. ESKHS m. 2/1: “Bu Sözleşmeye Taraf her Devlet, gerek kendi başına ve gerekse uluslararası alanda özellikle ekonomik ve teknik yardım ve işbirliği vasıtasıyla bu Sözleşmede tanınan hakları mevcut kaynakları ölçüsünde giderek artan bir şekilde tam olarak gerçekleştirmek için, özellikle yasal tedbirlerin alınması da dâhil, gerekli her türlü tedbiri almayı taahhüt eder.”

ayrımcılık yasağı öngörmüştür. Engellilik açıkça bir ayrımcılık temeli olarak sayılmasa da “başka statü” ifadesi açık bir şekilde engellileri de kapsamaktadır.

Engellilik temelinde ayrımcılık yasağını ESKHK, 5 No.lu Genel Yorum’da ele almıştır. Buna göre Sözleşme’nin amaçları bakımından engellilik temelli ayrımcılık, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların tanınmasını, bunlardan yararlanılmasını veya bunların kullanılmasını zayıflatan veya ortadan kaldıran etkiye sahip olan engellilik temelinde herhangi bir fark gözetme, dışlama, sınırlama ya da öncelik tanıma veya makul uyumlaştırma yapmayı reddetme olarak tanımlanabilir. Devletin engellilik temelinde ayrımcılığın ortadan kaldırılması yükümlülüğü bulunmaktadır. Engellilik temelli ayrımcılığın anlam karmaşasına sebep olmayacak şekilde ve kapsayıcı biçimde tanınması çeşitli açılardan önemlidir. Öncelikle, engellilere yönelik ayrımcılığın ne şekillerde ortaya çıkabileceği açıklanarak, taraf devletlere bu eylemlerle mücadele etme yükümlülüğü açık biçimde gösterilmiş olmaktadır. Bunun yanında engelli kişilere yönelik ayrımcılıkta ortaya çıkabilecek eylem türleri arasında dışlama ve öncelik tanıma sayılarak bunlarla mücadelenin gerekliliğine işaret edilmesi, engelli hareketine yön veren ilkelerden biri olan “tam katılım ve eşitlik” ilkesinin ESKHS’de kabul edildiğinin göstergesidir. Ayrıca tanımda ilk kez makul uyumlaştırma kavramına yer verilmiştir²⁷⁴. ESKHK, 5 No.lu Genel Yorum’da engellilik temelli ayrımcılığın tanımı ve ortaya çıkış biçimleri saymakla yetinmemiş; ayrımcılıkla mücadele için yöntemler de ortaya koymuştur. Bu yöntemlerin başında yasal düzenlemeler yer almaktadır. Engellilere yönelik yasal düzenlemelerin ilerleme kaydetmiş olmasına rağmen halen yetersiz olduğu tespiti yapıldıktan sonra, ayrımcılığı ortadan kaldırmak ve önlemek için her taraf devletin gerekli yasal düzenlemeleri yapmasının gerekliliği vurgulanmıştır. Söz konusu yasal düzenlemeler engellilerin haklarına yönelik hukuk yollarını içermeli; bunun yanında engellilerin toplumla kaynaşmasını, bağımsız yaşama imkânı bulmalarını mümkün kılan sosyal politikaları da içermelidir. Ayrımcılıkla mücadele yöntemleri engelli kişilerle engelli olmayanlar için eşit haklar ilkesine dayanmalıdır. Mevcut ayrımcılığı ortadan kaldırmak için engellilere yönelik uygulanacak olan pozitif ayrımcılık uygulamaları eşitliği bozucu

²⁷⁴ Ektaş, s. 65

nitelikte algılanmayacaktır. Söz konusu önlemler, eşitlik ilkesi temelinde ve eşitsizlikler ortadan kalkana değin uygulanacaktır²⁷⁵.

Komite, 5 No.lu Genel Yorum'da, engelli kişilerin istihdama erişiminde ayrımcılık yapılmaması ilkesini hatırlatarak "Herkesin kendi seçtiği ve girdiği bir işte çalışarak geçimini sağlama imkânına ulaşma hakkı" olduğu, engelli kişilerin uygun bir iş bulma ve bu işte çalışmayı sürdürmelerine ve "sahip oldukları becerilere göre" mesleklerinde ilerlemelerine olanak sağlayan tedbirlerin alınmasının ve böylelikle engelli kişilerin toplumla bütünleşmesinin kolaylaştırılmasının gerekli olduğu belirtilmiştir²⁷⁶.

Sözleşme'nin 3. maddesi "cinsiyet eşitliği" başlığını taşımaktadır: "Bu Sözleşmeye taraf devletler, bu Sözleşme'de belirtilen bütün ekonomik, sosyal ve kültürel hakları kullanmada kadın ve erkeklere eşit hak sağlamakla yükümlüdürler." Söz konusu madde ele alındığında, Sözleşme kapsamında düzenlenen haklarla sınırlı olarak cinsiyet temelli ayrımcılığın yasaklandığı görülmektedir.

Kadınlara karşı ayrımcılık, ayrımcılığa uğrayan kadının engelli olması halinde çoklu temelde ayrımcılığı gündeme getirmektedir. Kadınlar, küresel engelli nüfusu içerisinde en kalabalık gruptur. ESKHK, 5 No.lu Genel Yorum'da da bu hususa yer vermiş ve engelli kadınların bazen cinsiyetsiz insanlar olarak muamele gördükleri tespitini yapmıştır. Engelli kadınların maruz kaldıkları çoklu temelde ayrımcılığın çoğunlukla ihmal edildiği, devletlerin bu konu bakımından ekonomik, sosyal ve kültürel haklarla ilgili programları engelli kadınların durumuna yüksek öncelik vererek ele alması yükümlülüğü bulunduğu belirtilmiştir. Çoklu temelde ayrımcılığın bir başka görünümü olarak, yaşlılık ve engellilik temellerinin birleşiminden bahsedilebilir. ESKHK'nin oluşturduğu "Yaşlı Kişilerin Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakları" başlıklı 6 No.lu Genel Yorumu'nda bu hususa işaret edilmiştir. Yaşlı kişilerin fiziksel ve zihinsel kötü muamele ve sömürden uzak yaşamaları için yasaklanmış olan ayrımcılık temelleri belirtilmiş ve bunların arasında engellilik de açıkça sayılmıştır²⁷⁷.

²⁷⁵Ektaş, ss. 78-79

²⁷⁶ Özlem Yılmaz ve Gülçin Aktunç, **108 Soruda Ekonomik ve Sosyal Haklar**, İnsan Hakları Gündemi Derneği, 1. Baskı, Ankara, 2013, http://www.rightsagenda.org/attachments/822_108%20soruda%20ekonomik%20ve%20sosyal%20haklar.pdf (29.12.2018), s. 35.

²⁷⁷ Ektaş, ss. 79-80. Birleşmiş Milletler Ekonomik, Kültürel ve Sosyal Haklar Komitesi, **Yaşlı Kişilerin Ekonomik, Kültürel ve Sosyal Haklarına İlişkin 6 No.lu Genel Yorum**, 1995, (CESCR/GC6), <http://www.esithaklar.org/wp-content/uploads/2016/04/ESKHKG06.doc>

c. Denetim Mekanizması

ESKHS’de Sözleşme ile ilgili bir komite kurulması öngörülmemesine rağmen, daha sonra ihtiyaç duyulması nedeniyle 1985 yılında BM Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi kurulmuştur²⁷⁸. Bu Komite, ESKHS’ye taraf devletler tarafından dört yıllık bir süre için seçilen 18 üyeden oluşmaktadır²⁷⁹. Komite’nin başlıca görevleri, taraf devletlerin Sözleşme’de tanınmış hakların sağlanmasında almış oldukları önlemler ve kaydettikleri ilerleme hakkında sundukları raporları incelemek ve tavsiye kararları almak, Sözleşme’nin çeşitli hükümleri ve taraf devletlerin raporları için “Genel Yorum” kararları almak, Ekonomik ve Sosyal Konsey adına taraf devletlerden ve uzman kuruluşlardan gelen raporları incelemek ve görüşlerini İnsan Hakları Komisyonu’na iletmektir. Taraf devletler, Sözleşme’ye taraf olduktan itibaren iki yıl içerisinde daha sonra ise beş yılda bir raporlarını sunmak zorundadırlar. Komite, taraf devletlerden gelen raporları inceledikten sonra ilgili devlete kaygı ve tavsiyelerini bildirir²⁸⁰. Komite’nin hazırladığı Genel Yorumlar, ESKHS’de yer alan bir hakkın kapsamının belirlenmesine yönelik de olabilmekle beraber sözleşmenin uygulanmasına ilişkin başka konularda da olabilir²⁸¹.

Sözleşme’ye Ek İhtiyari Protokol, BM Genel Kurulu tarafından 2008 yılında kabul edilmiş ve 2009 yılında imzaya açılmıştır. Yürürlüğe girmesi için gerekli olan on devletin taraf olması şartı, 2013 yılında gerçekleşmiştir. Protokol ile ESKHK tarafından rapor usulüne ek olarak yürütülecek üç usul öngörülmektedir: bireysel başvuru usulü, devletlerarası başvuru usulü ve soruşturma usulü. Bu üç usulden bireysel başvuru usulü Protokol’e taraf olmakla birlikte otomatikman işlemeye

<https://www.refworld.org/pdfid/4538838f11.pdf> (30.12.2018).

Komite söz konusu Yorum’da, BM Genel Kurulu’nun 1991 yılında, “Yaşlı Kişilere İlişkin Birleşmiş Milletler İlkelerini” kabul ettiğini hatırlatarak bu belgenin ‘onur’ (dignity) başlıklı bölümüne göre, yaşlı kişilerin onurlu ve güvenli bir yaşam sürebilmeleri gerektiğini, sömürü ve fiziksel ya da zihinsel istismara maruz kalmamalarını, yaş, cinsiyet, ırk ya da etnik köken, engellilik, mali durum ya da benzeri diğer statülere bakılmaksızın adil muamele görmelerini ve sağladıkları ekonomik katkıya bakılmaksızın yaşlı kişilere değer verilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

²⁷⁸ Yücel, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Direktiflerinde Ayrımcılık Yasağı Hukuku”, 62.

²⁷⁹ Gözlüçöl, s. 101.

²⁸⁰ Yücel, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Direktiflerinde Ayrımcılık Yasağı Hukuku”, 62.

²⁸¹ İzzet Mert Ertan, *Sosyal Hakların Uluslararası Korunması ve Avrupa Sosyal Şartı Sistemi*, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 64.

başlarken diğerleri için ek tanıma beyanı gereklidir. Protokol’de öngörülen bireysel başvuru usulü hak ihlali iddiasında bulunan kişi, kişi grubu tarafından ya da bunlar adına yapılan başvuru ile başlamaktadır. Başvuruların kabul edilebilirlik koşulları bakımından iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulu bulunmakla birlikte bunun istisnalarına da yer verilmiştir. Bireysel başvuru süresi iç hukuk yollarının tüketilmesinden itibaren bir yıldır. Başvurular, ESKHK’nin kapalı oturumlarında incelenmektedir. İnceleme esnasında Komite, diğer BM organ ya da kurumlarının sağladığı bilgilerden faydalanabilir. İnceleme sonucu Komite tarafından üretilen görüş ve tavsiyelere karşılık olarak taraf devlet söz konusu görüş ve tavsiyelere ilişkin olarak gerçekleştirdiği tasarrufları altı ay içinde Komite’ye bildirmelidir²⁸².

Türkiye henüz Sözleşme’ye Ek Protokol’e taraf olmadığı için Türkiye açısından Komite’ye bireysel ve devletlerarası başvurularda bulunmak ve soruşturma usulünü işletmek mümkün değildir. Türkiye Başlangıç Raporu ise 28 Ocak 2009 tarihini taşımaktadır²⁸³. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, Türkiye’nin raporu hakkında hazırladığı Sonuç Gözlemleri’nde raporda eksiklik gördüğü noktalarda sorular yöneltmiştir²⁸⁴.

²⁸² Ertan, ss. 67-68.

²⁸³ Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, **Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nin Uygulanmasına İlişkin Türkiye Başlangıç Raporu**, 28 Ocak 2009, (E/C.12/TUR/1), <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/E:C.12:TUR:1.pdf> (30.12.2018).

²⁸⁴ Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, **Taraf Devlet Raporları Sonuç Gözlemleri: Türkiye**, 12 Temmuz 2011, (E/C.12/TUR/CO/1), <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/E:C.12:TUR:CO:1.pdf> (30.12.2018). Komite söz konusu raporda istihdam, barınma, eğitim ve sağlık hizmetlerine erişim de dâhil olmak üzere Türkiye’de engelli kişilerin Sözleşme kapsamında haklarını kullanmada büyük zorluklarla karşı karşıya kalmaya devam ettiğini, ayrıca engellilerin binalara, parklara, hastanelere, ulaşım sistemlerine ve diğer halka açık alanlara erişimlerinde sorun yaşamaya devam ettiklerini, aynı zamanda önemli sayıda engellinin sosyal güvenlik yardımı alamadığını ifade etmiştir. Komite, Türkiye’den BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi’nin 5 No.lu Genel Yorumu’nu göz önünde bulundurarak; 5378 sayılı Engelliler Kanunu 2. ve 3. madde hükümleri çerçevesinde kamusal alanda ve özel sektördeki altyapı ve hizmetlere yönelik tedbirler için devlet tarafından kaynakların tahsis edilmesi, kitlesel kampanyalar dâhil olmak üzere engelli hakları hakkında basmakalıp önyargılar ve olumsuz tutumlarla mücadele edebilmek halkın bilinçlendirilmesi, İş Kanunu m. 30’da düzenlenen hem özel sektörde hem de kamuda engelli çalışanlara yönelik kota sistemi uygulamasını ciddi şekilde denetlenmesi, sosyal güvenlik sisteminde engellilerin özel ihtiyaçlarına yönelik tedbirler yürürlüğe sokarak engellilerin marjinalleşmesiyle mücadele edilmesi, engelli bireylerin ekonomik, sosyal ve kültürel haklarından yararlanmalarına ilişkin zorlukları tespit etmek ve Engelliler Kanunu’nun etkilerini değerlendirmek için bir veri toplama mekanizma oluşturulması konuları hakkında ayrıntılı bilgileri talep etmiştir.

3. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi

a. Genel Olarak Kapsamı

BM Genel Kurulu'nda 1979 yılında kabul edilen Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi (CEDAW), 1980 yılında imzaya açılmış ve 1981 yılında 20 ülkenin onaylamasının ardından yürürlüğe girmiştir. Türkiye de Sözleşme'yi 1985 yılında imzalamıştır. CEDAW politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ve diğer alanlardaki insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran ve cinsiyete dayalı olarak yapılan herhangi bir ayırım, mahrumiyet veya kısıtlamanın ortadan kaldırılarak kadınlara karşı ayrımcılığın önlenmesini esas alır. Sözleşme, kadınların hem yasal anlamda eşit haklara sahip olmasını, hem uygulamada maddi eşitliğin yaşama geçirilmesini vurgulamaktadır. Bu amaçla geleneksel kalıpyargıların değiştirilmesi için rehber nitelikteki kuralları içeren temel hukuki dayanağıdır²⁸⁵.

Sözleşme'nin ilk maddesinde kadınlara karşı ayrımcılık tanımlanmış; 3. maddesinde ise taraf devletlerin, kadınlara karşı ayrımcılığın kaldırılması için siyasal, sosyal, ekonomik, eğitim ve kültürel olmak bütün alanlarda kadının tam gelişmesi ve ilerlemesini sağlamak, insan hakları ve özgürlüklerden tam ve eşit yararlanmaları için fırsat eşitliğini güvence altına almak yükümlülükleri düzenlenmiştir²⁸⁶.

CEDAW'dan önceki insan hakları sözleşmeleri de cinsiyet dâhil olmak üzere hiçbir temelde ayrımcılık yapılamayacağını düzenlemişse de CEDAW erkeklerle kadınlara eşit davranılmasının ilerisine geçerek kadının dezavantajlı durumuna işaret eden düzenlemeler getirmiştir. Sözleşme'nin taraf devletleri kadınların özel alanda üçüncü kişiler tarafından maruz kaldıkları ayrımcılıktan da korumakla açık şekilde yükümlü kılması da bir diğer önemli özelliğidir²⁸⁷.

²⁸⁵ Nazan Moroğlu, "Uluslararası ve Ulusal Hukukta Kadının İnsan Hakları", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:XIII, Sayı:1, 2016, s. 292

²⁸⁶ Moroğlu, s. 293.

²⁸⁷ Özge Yücel Dericiler, *Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 273.

b. Ayrımcılık Yasağı

Sözleşme'nin 1. maddesinde yer alan tanıma göre kadınların medeni durumlarına bakılmaksızın kadın-erkek eşitliğine dayalı olarak yaşamın her alanında insan haklarının tanınmasını, kullanılmasını, yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran cinsiyete dayalı olarak yapılan herhangi bir ayırım, dışlama veya sınırlama Sözleşme hükümleri açısından kadınlara karşı ayrımcılık olarak kabul edilmiştir. Sözleşme'nin 4. maddesinde kadın erkek-eşitliğini olgusal olarak sağlamak ve eşitliğin sağlanmasını hızlandırmak amacıyla taraf devletler tarafından “geçici ve özel önlemler” alınması gerektiği ve bunun ayrımcılık yasağına aykırı olmayacağı kabul edilmiştir. Bu maddeyle eşitliğin şekli eşitlik olarak değil, fırsat eşitliği boyutunda sağlanması amaçlanmış ve bunun yöntemi olarak da pozitif ayrımcılık politikaları gösterilmiştir²⁸⁸.

Sözleşme'nin 5. maddesi kadın ve erkeğin kalıplaşmış rollerine, erkeğin üstünlüğüne dayalı önyargıların ve kadının medeni durumuna dayalı ayrımcılığa yol açan engellerin kaldırılması amacını taşımaktadır. Toplumsal ve kültürel kalıpyargıların değiştirilmesi 5. maddeyle getirilen genel bir yükümlülük olmanın yanında, Sözleşme 10. maddesinin (c) bendi ile kadın ve erkek rollerine dair kalıpyargıların eğitimin her şeklinden ve kademesinden kaldırılması ve bu amaçla karma eğitimin teşvik edilerek ders kitapları ve okul programlarının yeniden gözden geçirilip bu amaç doğrultusunda düzenlenmesi şeklinde özel bir ödevi de taraf devletlere yükümlülük olarak getirmiştir²⁸⁹.

Sözleşme'de spesifik olarak engelli kadınlara yönelik bir madde bulunmamakla birlikte; Sözleşme, çoklu temelde ayrımcılıktan korunmak bakımından engelli kadınlar için önem taşımaktadır. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi, taraf devletlere yönelik hazırladığı nihai yorumlarında ve genel tavsiyelerinde engelli kadınlara yer vermektedir. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi'nin 2016 yılında Türkiye'nin yedinci dönem sonuç raporuna yönelik yayımladığı nihai raporda, engelli kız ve kadınların okula devam etme oranlarının düşük olduğu ve engelli kadın ve kızlara yönelik eğitim

²⁸⁸ Moroğlu, s. 293.

²⁸⁹ Moroğlu, s. 294.

fırsatlarının yetersiz olduğunun tespiti yapılmış; bu durumun sebeplerinin ele alınması ve engelli kız ve kadınları örgün eğitime dâhil etme gibi yöntemlerle yeterli eğitim fırsatlarının sağlanması gerekliliği ifade edilmiştir²⁹⁰. Komite, Kadınlara Yönelik Toplumsal Cinsiyete Dayalı Şiddete İlişkin 35 sayılı Genel Tavsiye’de taraf devletlere yönelik, engelli kadınları bilgilendirip rızalarını almadan tıbbi prosedürler gerçekleştiren mevzuatlarında mevcut olan hükümleri kaldırmak, şiddet mağduru engelli kadınlar için iletişim engellerini ortadan kaldırmak da dâhil olmak üzere, şiddetin bir daha yaşanmasını veyahut potansiyel şiddeti engelleyecek uygun ve ulaşılabilir koruma mekanizmaları sağlamak, çoklu temelde ayrımcılığa maruz kalmış engelli kadınlar için, çeşitli ve erişilebilir medya kanalları yoluyla ve toplum içi diyalog ile yasal ve sosyal kaynaklara ilişkin erişilebilir bilgiler oluşturmak ve bu bilgileri yaymak şeklinde yükümlülükler belirlemiştir²⁹¹.

c. Denetim Mekanizması

Sözleşme’nin 17. maddesi gereğince taraf devletlerdeki gelişmeleri izlemekle görevli olmak üzere Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi kurulmuştur. Taraf devletler, Komite’ye her dört yılda bir ülkelerinde yaşanan yasal, idari ve adli alanlardaki gelişmeler ve mevcut durum hakkında bir ülke raporu sunarlar. 1999 yılında İhtiyari Protokol kabul edilene kadar bu Komite’nin görevleri taraf ülkelerin dört yılda bir sunmakla yükümlü oldukları dönemsel ülke raporlarını incelemek, genel tavsiye kararları oluşturmak ve taraf ülkeleri kadın-erkek eşitliğinin gerçekleştirilmesi için teşvik etmektir. Sözleşme’nin taraf ülkelerce uygulanmasının daha etkin şekilde denetlenmesini amacıyla hazırlanarak BM Genel Kurulu tarafından 1999 yılında kabul edilen ve 2000 yılında yürürlüğe giren İhtiyari Protokol ile Sözleşme’nin taraf devletlerce uygulanması bakımından denetim usulü olarak bireysel başvuru usulü ve soruşturma usulü getirilmiştir. Türkiye, İhtiyari Protokol’ü 2002 yılında onaylamıştır. Bireysel başvuru prosedürü için öncelikle söz konusu ihlali

²⁹⁰ Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi, **Türkiye’nin Yedinci Periyodik Raporuna İlişkin Son Gözlemler**, 2016, (CEDAW/C/TUR/CO/7), <https://undocs.org/CEDAW/C/TUR/CO/7> (31.12.2018).

²⁹¹ Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi, **Kadınlara Yönelik Toplumsal Cinsiyete Dayalı Şiddete İlişkin 35 sayılı Genel Tavsiye**, 2017, (CEDAW/C/GC/35), <https://undocs.org/en/CEDAW/C/GC/35> (31.12.2018).

gerçekleştirdiği iddia edilen devletin Protokol'e taraf olması gerekmektedir. Başvurunun Komite tarafından incelenebilmesi için başvuruyu yapan kişinin ya da grubun iç hukuk yollarını tüketerek olumlu sonuç elde etmemiş olması gerekmektedir. Ayrıca başvurucunun iç hukuk yollarını tüketirken yapmış olduğu başvurularda CEDAW kapsamında yer alan bir hakkın ihlalini belirtmiş olması gerekmektedir²⁹².

4. Çocuk Hakları Sözleşmesi

a. Genel Olarak Kapsamı

BM Genel Kurulu tarafından, 1989 yılında Çocuk Hakları Sözleşmesi kabul edilmiş; söz konusu Sözleşme, 1990'da hemen hemen evrensel bir düzeyde onaylanma ile yürürlüğe girmiştir. Bu Sözleşme ile ilk defa çocukların kişisel, siyasal, ekonomik, sosyal ve kültürel hakları tarafları bağlayıcı bir sözleşme ile tespit edilmiştir. Türkiye de bu sözleşmeye 1995 yılında taraf olmuştur. Sözleşme'nin önsözünde çocuğun kişiliğinin tam ve uyumlu olarak gelişebilmesi için mutluluk, sevgi ve anlayış barındıran bir aile ortamında yetişmesinin gerekli olduğu vurgulanmaktadır. Çocuklara ilişkin diğer çeşitli bildirge ve anlaşmalara da atıfta bulunan Sözleşme'nin ilk maddesinde çocuk kavramı 18 yaşından küçük her insan olarak tanımlandıktan sonra, taraf devletler ÇHS'de tanınmış olan hakların uygulanması için gereken yasal, idari ve diğer tedbirleri almakla yükümlü tutulmuştur. Sözleşme'nin 5. - 16. maddeleri medeni ve siyasi haklara, 17. - 36. maddeleri ekonomik, sosyal ve kültürel haklara, 37. - 40. maddeleri ise çocukların hukuki ve yargılama süreciyle ilgili haklara yer vermektedir²⁹³.

Sözleşme, taraf devletleri, çocukları ayrımcılığın bütün formlarına karşı koruyan ve tam bir bakım sağlayan düzenlemeler yapmak ve politikalar yürütmekle sorumlu tutmuştur. Sözleşme, hakları yerine getirirken "ayrımcılık yasağı", "çocuğun üstün yararı" ve "çocuğun görüşünün alınması" ilkelerini belirlemiştir. Ayrımcılık yasağı, Sözleşme'nin 2. maddesinde yer alıp bütün çocukların diğerleriyle aynı haklara sahip olmalarını ifade eder. Çocuğun üstün yararı ilkesi Sözleşme'nin 3. maddesinde

²⁹² Moroğlu, ss. 294-301.

²⁹³ Kalabalık, ss. 97-99.

yer alarak taraf devleti idari, adli ve diğer makamları çocukla ilgili alacağı kararlarda çocuğun üstün yararını gözetmekle yükümlü tutar. Çocuğun görüşünün alınması ilkesi ise Sözleşme'nin 12. maddesinde bulunmakta olup çocuk hakkında bir karar alınırken çocuğun görüşü ve düşüncesinin dikkate alınmasını gerektirir²⁹⁴.

Sözleşme'nin 23. maddesi engelli çocuklara yönelik bir düzenlemedir:

“1. Taraf devletler, zihinsel ya da bedensel özürlü çocukların saygınlıklarını güvence altına alan, özgüvenlerini geliştiren ve toplumsal yaşama etkin biçimde katılmalarını kolaylaştıran şartlar altında eksiksiz bir yaşama sahip olmalarını kabul ederler.

2. Taraf Devletler, özürlü çocukların özel bakımdan yararlanma hakkını tanırlar ve eldeki kaynakların yeterliliği ölçüsünde ve yapılan başvuru üzerine, yardımdan yararlanabilecek durumda olan çocuğa ve onun bakımından sorumlu olanlara, çocuğun durumu ve ana-babanın veya çocuğa bakanların içinde bulundukları koşullara uygun düşecek yardımın yapılmasını teşvik ve taahhüt ederler.

3. Özürlü çocuğun, özel bakıma gereksinimi olduğu bilincinden hareketle bu maddenin 2nci fıkrası uyarınca yapılması öngörülen yardım, çocuğun ana-babasının ya da çocuğa bakanların parasal (mali) durumları göz önüne alınarak, olanaklar ölçüsünde ücretsiz sağlanır. Bu yardım; özürlü çocuğun eğitimi, meslek eğitimi, tıbbi bakım hizmetleri, rehabilitasyon hizmetleri, bir işte çalışabilecek duruma getirme hazırlık programları ve dinlenme/eğlenme olanaklarından etkin olarak yararlanmasını sağlamak üzere düzenlenir ve çocuğun en eksiksiz biçimde toplumla bütünleşmesi yanında, kültürel ve ruhsal yönü dahil bireysel gelişmesini gerçekleştirme amacını güder.

4. Taraf Devletler, uluslararası işbirliği ruhu içinde, özürlü çocukların koruyucu sıhhi bakımı, tıbbi, psikolojik ve işlevsel tedavileri alanlarına ilişkin gerekli bilgilerin alışverişi yanında, rehabilitasyon, eğitim ve mesleki eğitim hizmetlerine ilişkin yöntemlerin bilgilerini de içerecek şekilde ve Taraf Devletlerin bu alanlardaki güçlerini, anlayışlarını geliştirmek ve deneyimlerini zenginleştirmek amacıyla bilgi dağıtımını ve bu bilgidен yararlanmayı teşvik ederler. Bu bakımdan, gelişmekte olan ülkelerin gereksinimleri, özellikle göz önüne alınır.”

Söz konusu düzenlemenin, insan hakları yaklaşımından ziyade, daha çok tıbbi bir yaklaşımla ele alındığı ve engelli çocukların sağlık imkânlarından yararlanmaları,

²⁹⁴ Ş.Ünal, s. 125.

ailelerine yardım sağlanması ve kendilerine yönelik özel bakımlardan yararlanmalarına odaklanıldığı belirtilebilir. Her ne kadar çocuğun toplumla bütünleşmesi ve eksiksiz biçimde kendini geliştirmesinin sağlanması yükümlülüğü getirilmiş olsa da, bunun hangi yollarla ve ne kapsamda sağlanacağı EHS kadar kapsamlı şekilde belirtilmemiştir. Yine EHS'nden farklı olarak ekonomik, sosyal ve kültürel hakların engelli çocuklar bakımından yerine getirilmesi söz konusu olduğunda, klasik insan hakları sözleşmeleriyle paralel şekilde ülkelerin mali imkânlarının ve ellerindeki kaynakların yeterliliğinin göz önünde bulundurulacağı ifade edilmiştir. Yine EHS ile kıyaslandığında, uluslararası işbirliği konusunun ele alınışının bir zorunluluk olarak değil; bir seçenek olarak ifade edildiği görülmektedir.

b. Ayrımcılık Yasağı

Sözleşme'nin 2. maddesi çocuklara yönelik, anne-babalarının veya vasilerinin sahip olduğu çeşitli statüler temelinde yapılan ayrımcılığı yasaklamakta ve taraf devletlere ayrımcılığı önleyici tedbirler alma yükümlülüğü getirmektedir: “Taraf devletler, bu Sözleşmede yazılı olan hakları kendi yetkileri altında bulunan her çocuğa, kendilerinin, ana babalarının veya yasal vasilerin sahip oldukları, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ve başka düşünceler, ulusal, etnik veya sosyal köken, mülkiyet, özürllük, doğuş ve diğer statüler nedeniyle hiçbir ayırım gözetilmeksizin tanır ve taahhüt ederler. Taraf devletler, çocuğun ana-babasının, yasal vasilerinin veya ailesinin öteki üyelerinin durumları, faaliyetleri, açıklanan düşünceleri veya inançları nedeniyle her türlü ayırma veya cezaya tabi tutulmasına karşı etkili biçimde korunması için gerekli tüm uygun önlemi alırlar.” Sözleşme, ayrımcılık temelleri arasında engelliliği de saymış, ayrımcılık yasağı kapsamını ise Sözleşme’de yer verilen haklar ile sınırlı tutmuştur.

Sözleşme'nin 32. maddesine göre, “Taraf Devletler, çocuğun, ekonomik sömürüye ve her türlü tehlikeli işte ya da eğitime zarar verecek ya da sağlığı veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal ya da toplumsal gelişmesi için zararlı olabilecek nitelikte çalıştırılmasına karşı korunma hakkını kabul ederler.” Söz konusu düzenleme çocuklar bakımından engelliliğin önlenmesi bakımından önem taşımaktadır. Sözleşme'nin 29. maddesinin (d) bendi ise eğitim hakkı bakımından taraf devletlerin

“Çocuğun, anlayışı, barış, hoşgörü, cinsler arası eşitlik ve ister etnik, ister ulusal, ister dini gruplardan, isterse yerli halktan olsun, tüm insanlar arasında dostluk ruhuyla, özgür bir toplumda, yaşantıyı, sorumlulukla üstlenecek şekilde hazırlanması” yükümlülüğünü belirtmiştir. Söz konusu yükümlülük, engellilere yönelik ayrımcı tutumlarla mücadele açısından oldukça önem taşımaktadır.

Komite, Yerli Halklara Mensup Çocuklar ve Sözleşme’de Yer Alan Haklarına İlişkin 11 No.lu Genel Yorumu’nda Sözleşme’nin 2. maddesini ele alarak taraf devletlerin kendi yargı alanlarındaki her bir çocuğun ne türden olursa olsun ayrımcılığa maruz kalmamasını sağlama yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir. “Ayrım gözetmeme” başlığı taşıyan madde, Komite tarafından Sözleşme’de öngörülen tüm hakların yaşama geçirilmesi bakımından temel önem taşıyan genel bir ilke olarak belirlenmiştir. Komite’ye göre çocukların ayrımcılıktan etkili biçimde korunmaları açısından, ayrımcılık gözetmeme ilkesinin tüm iç mevzuatta yer almasının, yargı ve idare organları tarafından doğrudan uygulanıp izlenmesinin sağlanması taraf devletin yükümlülüğündedir. Bu yükümlülük ihlal edildiğinde etkili telafi ve tazminat yolları zamanında erişilebilir olmalıdır. Komite, taraf devletin bu bağlamdaki yükümlülüklerinin yalnızca kamu kesimiyle sınırlı kalmayıp özel kesime de uzanması gerektiğini belirtmektedir. Ayrım gözetmeme yükümlülüğü devletlerin, haklarının tanınması ve yaşama geçirilmesi için özel önlemler gerekebilecek çocukları ve çocuk gruplarını belirlemeleri gerektiğine ve bu doğrultuda ayrımcılığın veya potansiyel ayrımcılığın belirlenmesine yardımcı olacak veri toplama ihtiyacına özellikle dikkat çekmiştir. Ayrımcılığın ele alınması ayrıca yasal düzenlemelerde, idari işlemlerde ve kaynak tahsisinde değişiklikler yapılmasını ve ayrımcı tutumları değiştirmeye yönelik eğitim önlemleri alınmasını da gerektirebilir²⁹⁵.

ÇHK’nin Çocuğun Katılım Hakkına ilişkin 12 No.lu Genel Yorumu’nda ise taraf devletlerin her çocuğa görüşlerini özgürce ifade etme ve bu görüşlerin ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya başka görüş, ulusal, etnik veya sosyal köken, varlık, engellilik, doğum veya başka statü nedeniyle ayırım yapılmadan gereğince dikkate alınması hakkını sağlamak için yeterli tedbirleri alma yükümlülüğünü vurgulanmaktadır. Taraf devletler, ayrımcılığı, mağdur ve dışlanmış çocuk gruplarına

²⁹⁵ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi, Yerli Halklara Mensup Çocuklar ve Sözleşme’de Yer Alan Haklarına İlişkin Genel Yorum No.11, 2009, (CRC/C/GC/11), <http://panel.stgm.org.tr/vera/app/var/files/g/c/gcs-11-12-13-2008-2011.pdf> (30.12.2018).

karşı ayrımcılık dâhil, çocuklara dinlenilme hakkının sağlanması ve kendilerini etkileyen her türlü meseleye tüm diğer çocuklarla eşit temelde katılımlarına olanak verilmesini sağlayacak şekilde ele almak yükümlülüğündedirler. Komite, taraf devletlerin EHS'nin 7. maddesi ile paralel şekilde, engelli çocukların görüşlerini özgürce ifade edebilmeleri için bu çocuklara gerekli desteğin ve ekipmanın sağlanması ve bu görüşlere gerekli ağırlığın verilmesinin temin edilmesi yükümlülüğünü öngörmüştür²⁹⁶.

c. Denetim Mekanizması

ÇHS, taraf devletlerin sözleşmenin gerekliliklerini yerine getirme konusunda kaydettikleri ilerlemeleri incelemek için Çocuk Hakları Komitesi'nin kurulmasını öngörmüştür. Üyeleri dört yıllığına seçilen komite, olağan olarak her yıl toplanır. Çocuk Hakları Komitesi, ÇHS'de yer alan yükümlülüklerin taraf devletlerce yerine getirilmesini izler. Komite 18 bağımsız uzman üyeden oluşur²⁹⁷. Taraf devletler, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri ile ilgili aldıkları önlemleri, hakların kullanımı hususundaki ilerlemeleri içeren raporları taraf devlet bakımından sözleşmenin yürürlüğe girmesinden itibaren iki yıl içinde, daha sonra ise beş yılda bir komiteye iletirler. Komite, iki yılda bir faaliyetleri hakkında Ekonomik ve Sosyal Konsey aracılığıyla BM Genel Kurulu'na rapor sunar. Komite, UNICEF gibi uzman kuruluşlara kendi alanlarındaki hükümlerin uygulanmasının incelenmesi konusunda temsil hakkı ve görüşlerini rapor halinde sunma fırsatı tanır. Komite, BM Genel Kurulu'na çocuk hakları sorunları ile ilgili olarak BM Genel Sekreterliği'nin araştırma yaptırması tavsiyesinde bulunabilir.

BM Genel Kurulu, ÇHS ile düzenlenen hakların ihlallerinden ötürü çocukların bireysel veya grup olarak bizzat veya temsilcileri aracılığıyla şikâyetlerini bildirmelerini mümkün kılacak bireysel başvuru hakkına ilişkin Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin Başvuru Usulüne İlişkin İhtiyari Protokol'ü 2011 yılında kabul etmiştir. BM üyesi on devletin onaylaması ile yürürlüğe girmesi öngörülen bu Protokol, 2012

²⁹⁶ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi, **Çocuğun Katılım Hakkına ilişkin Genel Yorum No. 12**, 2009, (CRC/C/GC/12), <http://panel.stgm.org.tr/vera/app/var/files/g/c/gcs-11-12-13-2008-2011.pdf> (30.12.2018).

²⁹⁷ Gözlügel, s. 107.

yılında imzaya açılmıştır. Türkiye de 2012 yılında Protokol'ü imzalamış ve 2017 yılında onaylamıştır. İhtiyari Protokol ile Komite'ye devletlerarası başvuruları da kabul etme ve inceleme yetkisi tanınmıştır. Ayrıca, Protokol'e taraf devletler bakımından Komite, mağdurları telafisi olmayan zararlardan korumak için geçici tedbirlerin alınmasını talep edebilir. Ciddi ve sistematik ihlallerin olduğuna ilişkin güvenilir bilgilere sahip olduğu durumlarda, soruşturma usulüne başvurulabilir ve taraf devlet ziyaret edilebilir. İhtiyari Protokol, Türkiye bakımından 26 Mart 2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla Türkiye'nin ÇHS bağlamında yaptığı ihlaller bakımından Komite'ye başvuru mümkündür²⁹⁸.

II. AVRUPA KONSEYİ SÖZLEŞMELERİ

A. Avrupa Konseyi

1949'da 10 ülke, Avrupa Konseyi'ni kuran Avrupa Konseyi Statüsü'nü imzalamış; Türkiye de kurucu üye statüsü ile 1949 yılında Konsey'e katılmıştır. AK üyeliğinin ön şartı kendi ülkesinde insan haklarını ve temel özgürlüklerini kabul etmek ve bunları uygulamaya geçirmektir²⁹⁹. Konsey'in temel organları Bakanlar Komitesi, Parlamenterler Meclisi, Yerel ve Bölgesel Yönetimler Kongresi ve Genel Sekreterliktir. Avrupa Konseyi'nin karar alma organı üye devletlerin dışişleri bakanlarından oluşan Bakanlar Komitesi'dir. Bakanlar Komitesi'ne rehberlik eden Parlamenterler Meclisi ise, her bir üye ülkenin meclisleri tarafından gönderilen temsilcilerden oluşmaktadır³⁰⁰.

Avrupa Konseyi nezdinde kuruluşundan bugüne insan hakları alanında çok sayıda uluslararası sözleşme kabul edilmiştir. Konsey'in kurucu sözleşmesi olan Avrupa Konseyi Statüsü'nün 3. maddesine göre Konsey'in her üyesi, hukukun üstünlüğü ilkesiyle, yargı yetkisi içindeki herkesin insan hakları ve temel özgürlüklerden yararlanması ilkesini kabul eder. Yine aynı madde uyarınca her üye,

²⁹⁸ <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/141-cocuk-haklar-komitesi/> (30.12.2018).

Sözleşmeye ek diğer ihtiyari protokoller şu şekildedir: "Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol" ve "Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocukların Silahlı Çatışmalara Dâhil Olmaları Konusundaki İhtiyari Protokol".

²⁹⁹ Kalabalık, s. 117.

³⁰⁰ Gül ve Karan, *Ayrımcılık Yasağı Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme*, s. 60.

Konsey'in amacının gerçekleşmesinde içten ve etkin bir biçimde işbirliği yapmayı üstlenir. Bir üye devletin insan haklarını ciddi bir şekilde ihlal etmesi üyeliğinin askıya alınması veya kaldırılması için neden oluşturabilmektedir. AK Statüsü'nün 8. maddesine göre, 3. madde hükümlerini ciddi biçimde çiğneyen herhangi bir konsey üyesinin temsil hakları askıya alınabilir ve Bakanlar Komitesi tarafından Konsey'den çekilmesi istenebilir; bu isteğe uyulmadığı takdirde Konsey üyeliğinin sona erdiğine karar verebilir³⁰¹. AK'nin insan haklarını koruma amacıyla kabul etmiş olduğu en önemli uluslararası insan hakları sözleşmeleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı'dır.

B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

1. Genel Olarak Kapsamı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kurmuş olduğu denetim mekanizmasının, insan haklarının korunmasına ilişkin, bölgesel düzeyde oluşturulmuş olan denetim mekanizmalarından en etkini olduğu söylenebilir. Sözleşme, 1950 yılında imzalanmış, 1953 yılında yürürlüğe girmiştir. Türkiye de sözleşmeyi 1954 yılında onaylamış; Komisyon'a bireysel başvuru hakkını 1987'de, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı yetkisini ise 1989 yılında kabul etmiştir. 1998 yılında yürürlüğe girerek AIHM'in zorunlu yargı yetkisini tanıyan 11 No.lu Ek Protokol, Sözleşme'nin kurduğu denetim mekanizmasının belkemiğini Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi olarak belirlemiştir. Daha önce bu denetim mekanizmasının içinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu da yer alırken 11 No.lu ek protokol komisyon ve mahkeme ikiliğine son vererek, denetim yetkisini tam zamanlı çalışacak şekilde yeniden oluşturulan tek bir mahkemeye vermiştir³⁰².

Sözleşme ve Sözleşme'nin ek protokolleri, medeni ve siyasi haklar denilen klasik liberal (birinci kuşak) hak ve özgürlüklerin bir bölümünü içerir. Güvence altına alınan hakların büyük kısmı sözleşmede, diğer kısmı ise sonradan kabul edilen ek protokollerde yer almış; Sözleşme'nin kapsamı içtihatlar ile zamanla genişlemiştir.

³⁰¹ Gül ve Karan, *Ayrımcılık Yasağı Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme*, s. 60.

³⁰² Erdoğan, ss. 323-324.

Sözleşme’de yer alan haklar sınırlı olup hakların çeşitleri ve ögeleri de ayrıntılı biçimde düzenlenmemiştir. Bunun yanında Sözleşme ve ek protokoller ile güvence altına alınmış haklar bakımından devletler kimi kısıtlamalar getirebilir. İlgili devlet, Sözleşme onaylanırken bazı hükümlere çekince koyabilir, ek protokollere de çekince konabilir ya da ek protokolleri hiç onaylamayabilirler³⁰³.

Taraf devletlerin Sözleşme’den kaynaklanan yükümlülükleri nesnel yükümlülükler olup karşılıklılık ilkesine dayanmaz. Sözleşme, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin taraf devletlerce çiğnenmesini, karşılıklılık koşulu ve vatandaşlık bağı aranmaksızın korunması amacına yöneliktir. Bunun yanında sözleşme kuralları taraf devletlerce yalnızca taraf devletlerin vatandaşları değil, taraf devletin yetki alanında olan herkes açısından uygulanır³⁰⁴.

Sözleşme, temel hak ve özgürlükleri garanti etmekle birlikte bunların sınırlandırılmasına ilişkin bazı ölçütler de getirmiştir. Sözleşme’nin 8. ve 11. maddelerin ilk fıkralarında hak ve özgürlükler düzenlenmekte, ikinci fıkrada ise bunların kısıtlanması bakımından öz ve biçim yönünden belirli koşullar getirilmektedir. Buna göre temel hak ve özgürlükler niteliklerine göre ulusal güvenliğin, ülkenin ekonomik çıkarlarının, kamu sağlığının, genel ahlakın, başkalarının hak ve özgürlüklerinin ya da kamu düzeninin korunması, suçluluğun önlenmesi gibi nedenlerle, yasal dayanağının bulunması ve “demokratik bir toplumda zorunlu önlemler” niteliğinde olması koşulları ile sınırlandırılabilirler. Ayrıca 15. madde ile taraf devletlere, savaş ya da ulusun varlığın tehdit eden başka olağanüstü durumlar halinde sözleşmeden doğan yükümlülüklerinden bir kısmını (yaşam hakkı, işkence ve kölelik yasağı, suç ve cezaların kanuniliği ilkesi hariç olmak üzere) askıya alabilme olanağı tanınmıştır. Sözleşme’nin 17. maddesinde “özgürlükleri yok etme özgürlüğünü” yasaklamıştır. Sözleşme’de yer alan hakların, Sözleşme’nin temelini zedelemek amacıyla kötüye kullanılması halinde, bazı haklar devletçe kısıtlanabilecektir. Ayrıca 14. maddedeki ayrımcılık yasağı, taraf devletlerin yapacağı kısıtlamaların uygulanmasında göz önünde bulundurulacaktır³⁰⁵.

³⁰³ Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 11.

³⁰⁴ Gözübüyük ve Gölcüklü, ss. 15-16.

³⁰⁵ Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 17.

2. Ayrımcılık Yasağı

AİHS'nin 14. maddesinde ayrımcılık yasağına şu şekilde yer verilmiştir: “Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.” Söz konusu madde, sadece Sözleşme’nin ve Sözleşme’nin ek protokollerinin garanti altına aldığı hakların uygulanması bakımından ayrımcılığı yasaklamakta ve Sözleşme’deki her hakkın tamamlayıcı bir parçası olarak görülmektedir³⁰⁶.

Sözleşme’nin 14. maddesinde kişinin maddede belirtilen özelliklere veya herhangi başka bir duruma dayalı olarak ayrımcılığa maruz kalması yasaklanmaktadır. Bu özellikler, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya başka fikir, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum veya başka bir statüdür. Maddedeki “veya başka bir statü” ifadesi ile ayrımcılık nedenlerinin sayılanlarla sınırlı olmadığı, ayrımcılığa dayanak teşkil eden sayılan sebepler dışında başkaca sebeplerin de olabileceği anlaşılmaktadır. Nitekim AİHM, kişilerin sahip oldukları başka özelliklerinden dolayı ayrımcılık başvurularını kabul etmiş ve karara bağlamıştır. Mahkeme, Sözleşme’de yer almayan engellilik (*Glor-İsviçre*), cinsel yönelim (*S.L.-Avusturya*, *E.B-Fransa*, *Niemiet-Almanya*, *Dudgeon-Birleşik Krallık*), yaş (*Schwizgebel-İsviçre*) ve sendikaya üyelik (*Demir ve Baykara-Türkiye*) temelindeki ayrımcılık şikâyetlerini “ve benzeri statüler” ifadesi kapsamında değerlendirmiştir³⁰⁷. Sözleşme’nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesi ve sözleşme hükümleri dışında gerçekleşebilecek ayrımcılık fiillerine karşı da koruma getiren 12 No.lu Ek Protokol³⁰⁸ hükümlerine engelli haklarına ilişkin olarak da başvurulmaktadır. Sözleşme’nin 14. maddesinin ihlali ancak başka bir bağımsız hakkın ihlali iddiası ile birlikte değerlendirilmektedir. 12 No.lu Ek Protokol ile ayrımcılık yasağı ihlalinin dayandırılabilmesi haklar sözleşme ile sınırlı olmaktan çıkartılarak genişletilmiş olmakla birlikte yine bir hakka dayandırılmaksızın ayrımcılık iddiasında bulunma

³⁰⁶ Ağırbaşı, s. 41.

³⁰⁷ Yücel, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Direktiflerinde Ayrımcılık Yasağı Hukuku”, ss. 67-68.

³⁰⁸ Söz konusu protokol 2000 yılında imzaya açılmış ve 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye bakımından ise henüz yürürlüğe girmemiştir.

imkânı vermemektedir. Dolayısıyla ayrımcılık iddiasının bağımsız bir şekilde ileri sürülememesi bakımından Sözleşme'nin 14. maddesi ile 12 no.lu Ek Protokol arasında bir fark yoktur³⁰⁹. AİHS'nin 14. maddesi, Sözleşme'deki hak ve özgürlükleri tamamlayıcı bir maddedir. Zira 14. madde, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden faydalanmada, sayılan temellerde farklı muamele gözetilmemesini öngörmektedir. Şayet AİHM'e yapılan şikâyet başvurusuna konu olayda, Sözleşme'de yer alan haklardan bir veya birkaçının ihlal edilmediği tespit edilirse, başvuru 14. madde kapsamında da değerlendirilmeyecektir. Sözleşme'nin söz konusu hükmü ayrımcılık türleri bakımından hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılığı yasaklamaktadır³¹⁰.

AİHS 12 No.lu Ek Protokol'ün 1. maddesi ayrımcılık yasağını şu şekilde düzenlemiştir: “1.Hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.

2.Hiç kimse, 1. paragrafta belirtildiği şekilde hiçbir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz.”

12 No.lu Ek Protokol ile getirilen bu hüküm, Sözleşme'nin 14. maddesine göre daha kapsamlı ve genel bir ayrımcılık yasağıdır. Zira Sözleşme'nin 14. maddesi “bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma” ile sınırlanırken Ek Protokol'de “hukuken temin edilmiş tüm haklardan yararlanma” ifadesi mevcuttur. Sözleşme'de sayılan özellikleri nedeniyle kişinin, AİHS ve iç hukukta tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanmada farklı muameleye tabi tutulması yasaklamıştır³¹¹. 12 No.lu Ek Protokol'ün gerekçeli açıklamasına göre, 1. madde şu alanlarda ayrımcılığa karşı korumayı garanti eder: kişiye ulusal hukukta verilmiş olan tüm haklar bakımından, bir resmi makamın açık yükümlülüklerinden kaynaklanan haklardan,

³⁰⁹ Çağlar, *Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuk Sisteminde Engellilerin Eğitim Hakkı ve Devlet Yükümlülükleri*, s. 61.

³¹⁰ Yücel, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Direktiflerinde Ayrımcılık Yasağı Hukuku”, ss. 62-63.

³¹¹ Yücel, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Direktiflerinde Ayrımcılık Yasağı Hukuku”, s. 63.

resmi bir makamın takdirini kullanmasından kaynaklanan destek ve yardımlarda, resmi makamların her eylemi veya ihmaliinde³¹².

Ayrımcılık kimi zaman devletin veya kamu otoritelerinin farklı özelliklere sahip birey veya birey gruplarının haklarını korumada etkin olarak hareket etmemesi durumunda da ortaya çıkar. 12 No.lu Ek Protokol'ün 1. maddesi, kamu otoritelerine (idare, yasama ve yargı organlarına) doğrudan bir yükümlülük de getirmektedir. Devlet, engelli bireyler gibi hassas/dezavantajlı kişilere uygulanan ayrımcılığı önlemek için düzenlemeler yapacaktır. Fakat bu düzenlemeler yapılırken, Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan "özel ve aile hayatına" aşırı müdahalede bulunulamaz. 12 No.lu Ek Protokol'ün 1. maddesinin 2. fıkrasındaki, "...hiçbir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz" hükmü, birinci derecede kamu makamlarına yönelik olup doğrudan bir yatay etkisinin olduğunu söylemek güçtür. Ancak söz konusu hüküm, özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösteren ve kamu hizmetleri sunan kişileri de kapsamaktadır. 12 No.lu Ek Protokol Açıklamalı Gerekçeli Raporu'na göre devletin ayrımcılık yasağı kapsamında yapacağı düzenlemelere kamu hizmeti niteliğinde olup da özel kişiler tarafından sunulan istihdama erişim, restoranlara giriş, sağlık, su ve elektrik hizmetlerine erişim konuları da dâhildir³¹³.

AİHM, 14. madde kapsamında ayrımcılık yasağı ile ilgili başvuruları incelerken şu kriterlere dikkat etmektedir: Farklı muamelenin olup olmadığı; farklı muamelenin Sözleşme'de yer alan ayrımcılık temelleriyle ilişkili olup olmadığı; Sözleşme'nin herhangi bir maddesinin ihlal edilip edilmediği; farklı muamelede meşru bir amacın güdülüp güdülmediği; orantılılık ilkesine uyulup uyulmadığı ve son olarak farklı muamelenin Devlet'in takdir yetkisinde olup olmadığı³¹⁴.

3. Denetim Mekanizması

AİHS, Sözleşme ile korunan insan hakları ihlalleriyle ilgili bireysel başvuruları ve devlet başvurularını kabul etmek ve incelemek üzere Avrupa İnsan Hakları

³¹² Ağırbaşı, s. 74.

³¹³Yücel, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Direktiflerinde Ayrımcılık Yasağı Hukuku", s. 64.

³¹⁴Yücel, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Direktiflerinde Ayrımcılık Yasağı Hukuku", s. 65.

Mahkemesi'ni kurmuştur. AİHM hem başvuruları kabul eder, hem de Sözleşme'nin yorumlanması ve uygulanması görevlerini yerine getirir. AİHM, taraf devletlerin sayısı kadar hâkimden oluşur ve söz konusu hâkimler herhangi bir devleti temsil etmeyip görevlerini kendi adlarına yerine getirirler. AİHS'nin 34. maddesine göre Sözleşme ve ek protokollerde tanınan hakların taraf devletlerden birinin ihlali nedeniyle zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek kişi ve dernek, siyasi parti, sendika, vakıf gibi hükümet dışı her kuruluş veya kişi grupları mahkemeye başvurabilir. Mahkeme'ye bir küçük ya da akıl hastasının sadece yasal temsilcileri değil; kendileri de başvurabilirler. AİHM, başvuruları değerlendirirken başvurunun ulusal hukuka göre tüzel kişiliğinin mevcut olup olmadığını ya da iç hukukta aranılan ehliyet şartlarını yerine getirip getirmediğini dikkate almamaktadır³¹⁵.

AİHS'nin 35. maddesine göre bireysel başvuru bakımından kabul edilebilirlik koşullarına yer verilmiştir. Buna göre Mahkeme'ye ancak, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren altı aylık süre içinde başvurulabilir. Mahkeme, bireysel başvuruları şu hallerde incelemeyiz: başvuru isimsiz ise, başvuru Mahkemece daha önce incelenmiş ya da uluslararası diğer bir soruşturma veya çözüm merciine daha önceden sunulmuş bir başka başvuruyla esasen aynı olup yeni olgular içermiyorsa, başvurunun konu bakımından Sözleşme veya ek protokollerinin hükümleriyle bağdaşmaması, dayanaktan açıkça yoksun veya bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması niteliğinde olması, başvurunun önemli bir zarar görmemiş olması. Ancak son durumda, Sözleşme ve ek protokolleri ile güvence altına alınan insan haklarına saygı ilkesi gereğince başvurunun esastan incelenmesini gerekiyorsa ya da ulusal bir mahkeme tarafından gereği gibi incelenmemiş bir vaka ise mahkeme başvuruyu incelemeye alır.

Sözleşme'nin sağladığı güvence ikincildir; insan haklarının iç hukukça korunması asıldır. Bu sebeple bireyin Sözleşme'nin öngördüğü güvenceden yararlanabilmesi için bazı özel durumlar haricinde öncelikle iç hukuk yollarını tüketmesi gereklidir. Bunun yanında Sözleşme organları, taraf devletlerin yargı organlarını denetleyen kuruluşlar olmayıp; esasen görevleri, Sözleşme'nin çiğnenip

³¹⁵ Kalabalık, ss. 251-256.

çiğnenmediğinin saptanması ve ihlali yapan devletin ihlali ortadan kaldırmasını sağlamaktır³¹⁶.

Sözleşme'nin bir diğer denetim usulü devlet başvurusudur. Buna göre Sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin korunması bakımından her taraf devlet Sözleşme'nin uygulama alanına dahil olan diğer taraf devletlerin Sözleşme'de yer alan haklara saygı gösterilmesinden sorumludur. Bu yükümlülük, taraf devletin sadece kendi vatandaşlarının ya da kendi çıkarlarının korunmasına yönelik değil, Sözleşme'nin uygulama alanı içindeki herkesin haklarına ve genel anlamda Sözleşme'ye saygı gösterilmesi amacına yöneliktir. Daha çok bir siyasi baskı aracı olarak kullanılagelen devlet başvuruları genellikle dostane çözüm ya da Bakanlar Komitesi kararı ile sonuçlandırılır³¹⁷.

4. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Seçili Kararları

a. Guberina/Hırvatistan Kararı³¹⁸

Söz konusu karara konu olayda başvuru, Zagreb'de, karısı ve iki çocuğuyla birlikte yaşadığı bir apartmanın üçüncü katında yer alan bir daireye sahiptir. 2003 yılında, daireyi satın aldıktan üç yıl sonra başvurucunun karısı, üçüncü çocuklarını doğurmuştur. Çocuk, birden fazla fiziksel ve zihinsel engelli olarak doğmuştur. Doğumdan sonra çocuğa çok sayıda tıbbi tedavi uygulanmış; 2008'de bir uzman komisyonu çocuğa tedavi edilemez serebral palsi, ciddi zeka geriliği ve epilepsi tanısı koymuş ve aynı yıl çocuğun % 100 engelli olduğu resmi olarak tespit edilmiştir. Bu arada 2006'da başvuru, Samobor şehrinde bir ev satın almış ve 2008'de apartman dairesini satmıştır. Başvurucuya göre, yeni bir ev satın almasının nedeni, apartman dairesinin bulunduğu binanın asansörsüz olması ve bu nedenle engelli çocuğunun ve ailesinin ihtiyaçlarını karşılamamasıdır. Özellikle, çocuğunu doktora gitmek için

³¹⁶ Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 15.

³¹⁷ Gözübüyük ve Gölcüklü, ss. 14-15.

³¹⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, **Guberina/Hırvatistan Kararı**, Başvuru No: 23682/13, Karar Tarihi: 22.03.2016,

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:\[%22guberina%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-161530%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22guberina%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-161530%22]}) (10.01.2019).

evden çıkarmak, fizyoterapiye, okula götürmek ve diğer sosyal ihtiyaçlarını karşılamak kendisi için oldukça güçtür.

Başvurucu 2006'da Samobor'daki evi satın aldıktan sonra, vergi makamlarına vergi muafiyeti talebinde bulunmuştur. Başvurucu, kendisinin ya da aile üyelerinin başka evi mevcut değilse, ev ihtiyaçlarını karşılamak için bir daire ya da ev satın alanlara vergi muafiyeti sağlayan bir kanuna dayanarak söz konusu başvuruyu yapmıştır. Başvurucu, sahip olduğu apartman dairesinin, ailesinin konut ihtiyacını karşılayamadığını, engelli çocuğunu tekerlekli sandalyesi ile birlikte üçüncü kattan asansörsüz bir şekilde binadan çıkartmanın imkânsız olduğunu bildirmiştir. Vergi dairesi, başvurunun talebini ikinci evi satın almadan önce ilk evinin de mevcut olması ve bu evin beş kişilik bir aileye yeterli olacak su, elektrik gibi temel ihtiyaçları barındırması sebebiyle, yasanın aradığı şartları taşımadığı gerekçesiyle reddetmiş; başvurunun vergi borcunu ödemesine karar vermiştir. Başvurucu bunun üzerine Maliye Bakanlığı'na başvurmuş; Bakanlık, vergi dairesinin kararını onaylamıştır. Gerekçe olarak söz konusu vergi muafiyetinin ev gereksinimlerini karşılamak için ilk evlerini alanları koruduğunu; başvurunun mevcut bir evinin olmaması gerektiğini ifade etmiştir. Başvurucu daha sonra Yüksek İdari Mahkeme'ye başvurmuştur. Başvurunun görüşüne göre, kendi durumunda, binada bir asansör bulunmasının, genel olarak su ve elektriğe erişim ile aynı düzeyde bir altyapı gereksinimi olduğunu idari makamların göz önünde bulundurması gerekmektedir. Yüksek Mahkeme başvuruyu reddetmiş; başvurunun sahip olduğu dairenin yüzey alanının davacının beş üyesinin ailesinin ihtiyaçlarını karşıladığı ve söz konusu dairenin temel altyapı ve hijyen ve teknik gerekliliklerle donatıldığı göz önüne alındığında, başvurunun vergi muafiyeti için gerekli olan şartları taşımadığına karar vermiştir. Başvurucu, 2012 yılında vergi mevzuatının uygulanması bakımından ayrımcılığa maruz kaldığını ileri sürerek Anayasa Mahkemesi'ne şikâyetle bulunmuştur. Özellikle yetkili idari makamların, ailesinin barınma ihtiyaçlarını karşılayan temel altyapı gereklilikleri ifadesinin kapsamıyla ilgili olarak kendi durumlarına özgü olgusal eşitsizliği gidermekte başarısız olduğunu savunmuştur. Anayasa Mahkemesi de başvurunun başvurusunu reddetmiştir. Bunun üzerine başvuru AİHM'ye başvurmuştur.

Başvurucu, herkes için eşit olarak sağlanması gereken temel bir altyapı olarak nitelendirilebilecek erişilebilirliğin, konutun temel bir özelliği olduğunu savunmuştur.

Dolayısıyla, bu husustaki muameledeki bir ayrımcı tutum, ayrımcılık anlamına gelecektir. Dahası makul uyumlaştırma prensibi ışığında, yerel makamların kavramları engelli kişilerin özel ihtiyaçlarına göre uyarlamayan kararları, dolaylı ayrımcılık yapılması anlamına gelmektedir.

Hükümet, başvurunun vergi muafiyeti talebine ilişkin idari makamlar nezdindeki işlemler sırasında ayrımcılıkla ilgili şikâyetini dile getirmediğini ve ayrımcılığın önlenmesine ilişkin yasanın hükümlerine dayanmadığını ileri sürmüştür. Ayrıca, ayrımcılığın önlenmesine dair yasalar uyarınca zararlar için ayrı hukuk davası açılabilecekken başvurunun bu fırsatı değerlendirmedeğini, dolayısıyla ayrımcılık iddiaları ile ilgili etkili iç hukuk yollarını kullanmakta başarısız olduğunu ileri sürmüştür. Hükümet ayrıca, başvurunun mülkiyet hakkını garanti altına alan Anayasa'nın kesin hükümlerinden alıntı yapmadığını belirtmiştir. Hükümet bunun yanında başvuranın çocuğunun engelliliği ile ilgili olarak hiçbir ayrımcı muamele olmadığını ileri sürmüştür; buna göre vergi muafiyeti talebinin reddedilmesinin nedeni başvurunun mali durumudur. Hükümet, söz konusu düzenlemeyi yaparken finansal olarak dezavantajlı bireyleri korumaya çalışmak şeklinde objektif ve makul bir gerekçesinin mevcut olduğunu ancak başvurunun bu kategoriye girmediğini ifade etmiştir. Hükümet ayrıca, EHK'ye taraf bir devlet olarak engellilerin erişimini sağlamaya yönelik bir dizi olumlu önlem alındığını ve Zagreb'deki kamu binalarının neredeyse yüzde yetmişinin bu amaç için uyarlandığını vurgulamıştır.

AİHM, davaya ilişkin kararında bir kişinin engellilik ve çeşitli sağlık sorunları dâhil olmak üzere sağlık statüsünün, Sözleşme'nin 14. maddesindeki “diğer statü” terimine girdiğine karar vermiştir. Mahkeme'ye göre başvuran kendi özelliklerine ilişkin ayrımcı muameleyi iddia etmemekte, çocuğunun engelliliği temelinde olumsuz muamele gördüğünü ifade etmektedir. Mahkeme, başvurunun, yakın kişisel bağlantıları bulunan ve onunla ilgilendiği çocuğunun engelliliği nedeniyle maruz kaldığı dolayısıyla ayrımcılığın da Sözleşme'nin 14. maddesi kapsamına giren engellilik temelli ayrımcılık olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme'nin görüşüne göre, başvurunun, Zagreb'deki dairesinde, asansörsüz bir binanın üçüncü katında yaşaması, oğlunun hareketliliğini ciddi şekilde engellemekte, dolayısıyla kişisel gelişimini ve maksimum potansiyeline ulaşma yeteneğini tehdit etmekte, çocuğun eğitimsel, kültürel ve sosyal aktivitelere tam olarak katılmasını zorlaştırmakta,

başvuranın ailesinin, özellikle oğlunun yaşam kalitesini bozmakta olduğunu yetkili makamlar dikkate almamıştır. Başvurucunun, diğer herhangi bir gayrimenkul alıcısı ile aynı şekilde maruz kaldığı muamelenin, objektif ve makul bir gerekçesi bulunmamaktadır. Bu nedenle Mahkeme, 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesiyle (mülkiyet hakkı) bağlantılı olarak Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

b. Kiyutin/Rusya Kararı³¹⁹

Söz konusu karara konu olan olayda başvuru 1971 yılında Özbekistan Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti'nde doğmuştur. Sovyetler Birliği'nin çöküşünden sonra, başvuru Özbek vatandaşı olmuştur. 2003'te, başvuru, üvey kardeşi ve annesi, Rusya'ya yerleşmek üzere Özbekistan'dan ayrılmışlardır. 2003'te, başvuru, bir Rus vatandaşıyla evlenmiş 2004'te bir kız çocukları olmuştur. Başvuru, 2003 yılında Rusya'da oturma izni başvurusunda bulunmuş; kendisinden istenen tıbbi inceleme sonucunda, HIV virüsü taşıyıcısı olduğu ortaya çıkmış ve bu nedenle başvurunun oturma izni talebi reddedilmiştir. 2004'te, İdare Mahkemesi, itirazı mümkün olmayan bir kararla, bu ret kararını onamıştır. 2009'da başvuru yeniden geçici oturma izni talebinde bulunmuştur. Bunun üzerine Federal Göç Kurumu, başvurunun, Rusya'da kanuna aykırı şekilde kaldığına karar vererek bu suç sebebiyle para cezası vermiştir. 2009'da verilen kararla, Federal Göç Kurumu, Yabancılar Kanunu'nun, HIV virüsü taşımadığını kanıtlayamayan yabancılara, oturma izni verilmesini yasaklayan maddesi uyarınca başvurunun oturma izni talebini reddetmiştir. Federal Göç Kurumu'nun kararı, başvurunun üç gün içinde Rusya'yı terk etmesini yoksa sınır dışı edileceğini belirtmektedir. Başvuru bu karara karşı dava açmış; başvurunun davası reddedilmiştir. Başvurunun istinaf başvurusu da reddedilmiştir.

2009'da, başvuru, AIDS Önleme Merkezi'nde, muayene edilmiştir ve tedaviye başlanmıştır. İdare Mahkemesi, yargılamanın yenilenmesi davası açmayı reddetmiş ve Rusya'da oturma izni talebinde bulunan yabancılara, HIV'li

³¹⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, **Kiyutin/Rusya Kararı**, Başvuru No.: 2700/10, Karar Tarihi: 10.03.2011, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22fulltext%22:%5B%22kiyutin%22%5D%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22CHAMBER%22%5D%22itemid%22:%5B%22001-114900%22%5D%7D> (10.01.2019).

olmadıklarına dair bir belge sunmaları gerektiğini, HIV’li olmaları durumunda, kanunun, söz konusu iznin verilmesini yasakladığını ileri sürmüştür.

Sözleşme’nin 14. maddesinin 8. madde ile bağlantılı olarak ihlal edildiğini öne süren başvuru, Rusya’da oturma izni talebinin resmi makamlar tarafından reddedilmesinin, kamu sağlığının korunmasına ilişkin meşru amaçla orantılı olmadığını ve ailesiyle birlikte yaşama hakkının ihlal edildiğini öne sürmüştür.

Hükümet, oturma izni verilmesi talebinin reddedilmesinin, Rus makamların, HIV’in kitlesel olarak yayılma riskinden ve bu durumun sosyo-ekonomik ve toplumsal sonuçlarından endişe duymalarından kaynaklandığını ve ret kararının yasal zemininin bulunduğu ifade etmiştir. Hükümet’e göre oturma izninin reddedilmesi, HIV enfeksiyonunu önlemek ve bununla mücadele etmek için gerekli bir tedbirdir.

HIV nedeniyle farklı muamele uygulanmasının iki gerekçesi ileri sürülmüştür; biri, kamu sağlığı için yarattığı tehditle ilgili, diğeri de, sosyal maliyetiyle ilgilidir. İlkine gelince, uzmanlar ve uluslararası kamu sağlığı konusunda uzmanlaşmış örgütler, bu olayda, söz konusu olan tedbirlere benzer tedbirlerin, HIV’in yayılmasını önlemek için etkili olmadıkları konusunda hem fikirdirler. HIV, bulaşıcı bir hastalık olmasına rağmen, hava yolu ya da olağan temaslarla bulaşmamaktadır ve daha ziyade, korunmasız cinsel ilişkiler ya da virüslü şırıngaların kullanılmasıyla bulaşmaktadır. HIV’li olmayan kişiler, bulaşıcılığa karşı önlem alabilirler. Mevcut olayda, seyahat hakkına ilişkin kısıtlamaların, ülkeye yurtdışından dönen kişiler ya da ülkede kısa süreli kalan yabancı turistlere uygulanmadıkları için kamu sağlığı argümanının öne sürülmesi tutarlı bulunmamıştır. Kamu sağlığı sistemlerini aşırı yük altında bırakmama gerekçesine gelince; Mahkeme’nin görüşüne göre kamu sağlığı politikası anlamında kaynak eksikliği, keyfiliğe ilişkin kriterlere dayanan tedbirlerin alınmasını haklı çıkaramaz. Bu sebeple HIV’i hedef alan ancak kalp-damar hastalıkları ya da böbrek hastalıkları gibi aynı derecede maliyetli olan başka hastalıkları göz önünde bulundurmayan kısıtlamalar, keyfi ve ayrımcıdır.

Mahkeme, Sözleşme’nin bir yabancıya, belli bir ülkeye giriş ya da oraya yerleşme hakkını güvence altına almadığını belirtmiştir. Bununla birlikte, 8. madde yabancılara, bir ülkeye yerleşme ya da oturma izni alma hakkı vermemekteyse de; göç denetiminin devlet tarafından, yabancılara insan haklarına, özellikle de, özel hayat ve

aile hayatına saygı gösterilecek şekilde ve ayrımcılığa maruz kalmama hakkına saygı gösterilecek şekilde yapılması gerekmektedir.

Mahkeme'ye göre 14. madde, her türlü muamele farkını yasaklamamakta; sadece tespit edilebilir, tarafsız ya da kişisel durum ve kişiler ya da grupları birbirinden ayıran bir özellik nedeniyle yapılan bazı farklılıkları yasaklamaktadır. Bununla birlikte, 14. maddedeki 'özellikle' ifadesinin ve bu listedeki, 'diğer her durum' ifadelerinin de gösterdiği gibi sınırlayıcı değil örnekseyici bir niteliği bulunmaktadır. 14. maddenin, sağlık durumu ya da hastalığı, yasaklanan ayrımcılık gerekçeleri arasında göstermemesine rağmen, Mahkeme yakın bir geçmişte, fiziksel bir engelin ve bazı sağlık sorunlarının, bu hükmün uygulama alanına girdiklerini kabul etmiştir (bkz. Glor/İsviçre kararı). Mahkeme, bir kişinin sağlık durumunun, özellikle de HIV'li olması halinin, Sözleşme'nin 14. maddesinde kullanılan "diğer her durum" ifadesi kapsamında, engel ya da engelle aynı değerde bir durum olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindedir.

Mahkeme, söz konusu olayda ayrımcılığın tespiti için aradığı koşullar olan aynı veya benzer durumda bulunan kişilere farklı muamele yapılması ve bunun tarafsız ve makul bir gerekçeye dayanmaması şartlarını incelemiştir. Her ne kadar Hükümet, başvurunun Özbekistan'da ağır suçlar nedeniyle mahkûm edilmiş olması nedeniyle kamu düzeni için tehdit oluşturduğunu öne sürse de Mahkeme, bu iddiayı destekleyen hiçbir belirgin delil ya da belgenin bulunmadığını ve ulusal makamların başvurunun oturma izni talebini reddetmelerinin adli siciline ilişkin bilgilerden ziyade HIV'li olmasıyla gerekçelendirildiğini tespit etmiştir. Bu nedenle de Mahkeme, başvurunun Rusya'daki aile bağları nedeniyle, oturma izni verilmesi talebinde bulunan diğer yabancılarla aynı durumda olduğu görüşündedir. Mahkeme'ye göre bir başvurunun muamele farklılığı bulunduğunu kanıtlaması üzerine bu muamelenin yerinde olduğunu ortaya koymak Hükümet'e düşmektedir. Bu gerekçelendirme tarafsız ve makul olmalıdır, yani meşru bir amacı olmalı ve kullanılan araçlar ve hedeflenen amaç arasında makul bir orantı bulunmalıdır. Bunun yanında taraf devletlerin, benzer durumlar arasındaki farklılıkların farklı muameleleri haklı çıkarıp çıkarmadığını ya da hangi ölçüde haklı çıkardığını tespit etmek için belli bir takdir marjı bulunmaktadır. Bu takdir marjının genişliği, koşullara, alanlara ve çerçeveye göre değişir. Ancak temel hakların kısıtlanmasının, dezavantajlı gruplara uygulanması

durumunda, devletin takdir marjı kısıtlanır; devletin söz konusu kısıtlamayı uygulamak için zorunlu gerekçelere ihtiyacı vardır. AİHM, hastalığın hangi yollarla bulaştığının bilinmemesinin virüs taşıyıcılarının kınanmasına ve marjinalleştirilmesine neden olan ön yargıları beslediğini, bu nedenle de HIV'lilerin 80'li yılların başından beri dışlandığını ifade etmiş; bu sebeple HIV hastalarının da bu dezavantajlı kişiler arasında olduğunu belirtmiştir.

Mahkeme taraf devletin takdir marjının kısıtlı mı geniş mi olduğunu tespit etmek için Avrupa'da bir uzlaşma söz konusu olup olmadığı da bakmıştır. Ortak benimsenen bir kural varsa ve ihlali yaptığı iddia edilen devlet buna uymamışsa, Mahkeme özel durumlarda Sözleşme'nin hükümlerini yorumlarken bu durumu dikkate alabilir. Mahkeme, Avrupa Konseyi'ne üye olan kırk yedi devletten, sadece altısının, oturma izni talebi eden kişilerden HIV'li olmadıklarına dair bir rapor istediklerini, bir devletin HIV'li olunmadığına ilişkin beyan talep ettiğini ve üç devletin de HIV'li yabancıların sınır dışı edilmesini öngördüğünü tespit etmiştir. Diğer devletler ülkeye giriş, kalma ya da ikamet konularında HIV'li olmaya dair hiç bir kısıtlama yapmamaktadır. Mahkeme'ye göre HIV'li kişilere oturma izni verilmesinin reddedilmesi konusu Avrupa genelinde bir uzlaşmayı yansıtmaması ve bu uygulamanın Avrupa Konseyi'ne üye ülkeler arasında destek bulmamasından ötürü, muamelenin haklı çıkarılması için, kaçınılmaz gerekçeler bulunduğunu kanıtlamak ihlali yaptığı iddia edilen devlete düşmektedir.

Bunun yanında HIV sebebiyle seyahat hakkına getirilen kısıtlamalar, Rusya'da kısa süre kalan ziyaretçilere ve turistlere uygulanmamaktadır ve ülkeye dönen Rus vatandaşları için de HIV taraması yapılması öngörülmemiştir. Mahkeme, HIV'in bulaşma yolları herkes bakımından aynı olduğundan HIV nedeniyle getirilen kısıtlamaların Rusya'da oturma izni talep eden yabancılar bakımından uygulandığı halde diğer kişiler bakımından uygulanmaması için makul bir gerekçe olmadığını ifade etmiştir. Mahkeme bu noktada Hükümet'in, öne sürdüğü kamu sağlığı gerekçelerinin samimi bulmamıştır. Sonuç olarak, Mahkeme, başvurucuya yönelik Sözleşme'nin 14. maddesi ve 8. maddesine aykırı şekilde sağlık durumu nedeniyle ayrımcılık yapıldığından ötürü ihlal kararı vermiştir.

c. Glor/İsviçre Kararı³²⁰

Başvurucu, 1997 yılında, diyabet rahatsızlığı sebebiyle askerliğe elverişsiz olduğuna dair bir rapor almıştır. 1999 yılında başvurucu, askerlik hizmeti yerine ikame olan kamu hizmeti zorunluluğundan da muaf tutulmuştur. 2001 yılında başvurucuya yetkili makamlar tarafından 2000 yılına ait askerlik hizmetinden muafiyet vergisi sebebiyle ödeme emri göndermiştir. Başvurucu, bu ödeme emrine itiraz etmiş; askerlikten muaf tutulmak gibi bir talebinin olmadığını ve askerlik hizmetini ifa etmeye hazır olduğunu ifade etmiştir. 2001’de federal yönetim başvurucuya büyük bir engelliliği olanlar dışında her İsviçre erkeğinin askerlik hizmeti muafiyet vergisine tabi olduğunu bildirmiştir. Federal Mahkeme’nin içtihadına göre bir engelliliğin büyük sayılabilmesi için ruhsal veya bedensel bütünlüğün en az %40’nın zarar görmüş olması gerekmektedir. 2003 yılında, yetkili makamlar tıbbi bir muayene ve bilirkişi raporuna dayanarak başvurucunun engellilik derecesinin % 40’tan aşağı olması sebebiyle vergiden muaf tutulamayacağına karar vermiştir. Federal Mahkeme, başvurucunun idari başvurusunu reddetmiştir.

AIHM’ye göre sonuçları parasal olsa da, bir hastalıktan, yani kişinin iradesinden bağımsız bir durumdan dolayı askerliğe elverişsiz olunmasından kaynaklanan devlet tarafından alınan bir vergi, AIHS’nin 8. maddesinin kapsamına girmektedir. Başvurucu, yetkili askeri hekim tarafından askerliğe elverişsiz olduğuna ilişkin rapor verilmesinden dolayı askerlik hizmetini ifa etmemiştir. Bundan ötürü de büyük bir engelliliği olan veya askerlik hizmeti yerine belirlenen bir sivil hizmette bulunanlar dışında kendisiyle aynı durumda olan kişiler gibi söz konusu vergiyi ödemek zorunda kalmıştır. İkame kamu hizmetinde bulunma imkânı ise sadece vicdanî retçilere tanınmaktadır. Başvurucu, bu durumun ayrımcı olduğunu ileri sürmektedir. Mahkeme, 14. maddede sayılan ayrımcılık temellerinin sınırlayıcı olmamasından ötürü, bu maddenin uygulama alanının engellilik temelli ayrımcılık yasağını da kapsadığından şüphe olmadığını tespitini yapmıştır. Mahkeme daha sonra, farklı muamelenin nesnel ve makul gerekçelere dayanıp dayanmadığı ve özellikle bu

³²⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, **Glor /İsviçre Kararı**, Başvuru No: 13444/04, Karar Tarihi: 30.4.2009, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22fulltext%22:%5B%22glor%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-119470%22%5D%7D> (10.01.2019).

muamele ile hedeflenen amaçla -yani askeri veya sivil hizmet ifa eden insanlarla bu hizmetlerden muaf olan insanlar arasında belli bir eşitlik sağlamak- kullanılan araçların orantılı olup olmadığını incelemiştir.

Mahkeme, fizikî bir elverişsizlikten dolayı hizmet zorunluluğunu yerine getiremeyen insanlara bile uygulanan söz konusu bu vergi türünün Avrupa'da başka bir ülkede uygulanmadığını ortaya koymuştur. Ayrıca, başvurucuyu askerlik hizmetini veya sivil hizmeti ifa etme olanağından mahrum ederek söz konusu vergiyi ödemeye zorlamanın, engelli insanlara karşı ayrımcılığa karşı mücadele etme ve toplumsal alana katılımlarını destekleme yükümlülüğü ile çeliştiğini belirtmiştir. Dolayısıyla engelli bireyler için taraf devletlerin farklı muamele uygulama konusundaki takdir payları Mahkeme'ye göre oldukça dardır.

AİHM, başvurunun askerlik hizmeti yapmadığından dolayı muafiyet vergisi ödemeye zorlanmasında kamusal bir yarar bulunmadığına inanmaktadır. Başvurucunun vergilendirilebilir gelirinin görece mütevazı bir gelir olması da dikkate alınmış ve muafiyet vergisi olarak kendisinden istenen miktarın önemsiz bir miktar olmadığını da tespit etmiştir. Mahkeme, ulusal otoritelerin, başvurunun hafif engelli olduğu sonucuna vardıktan sonra, mesleki anlamda da dezavantajlı olduğunu, görece mütevazı bir gelire sahip olmasından dolayı, muafiyet vergisi ödeme zorunluluğunun onun durumunda orantısız olacağını dikkate alınmadığını kaydetmiştir. Başvurucunun askerlik hizmetini ifa etmeye hazır olduğunu dile getirdiğini ancak yetkili askeri hekim tarafından askerliğe elverişsiz ilan edildiğinin de altı çizilmiştir. Başvurucunun elverişsizliği, Hükümet'e göre, günde dört defa insülin enjekte etme zorunluluğundan kaynaklanmaktadır. Her ne kadar askeri güçlerin organizasyonları konusunda devletlerin takdir payları olsa da, AİHM başvuruyla benzer durumda olan kişiler için özel hizmet şekillerinin yürürlüğe konulması gerektiği görüşündedir.

Sonuç olarak Mahkeme, ulusal otoritelerin kamusal yarar ile başvurunun hak ve özgürlüklerine saygı arasında adil bir denge kurmadığı görüşündedir. Uyuşmazlık konusu verginin amaç ve sonuçları ışığında, özellikle askeri ve sivil hizmete elverişsiz olan ve muafiyet vergisinden muaf tutulan kişiler ile bu hizmetlere elverişsiz olmalarına rağmen söz konusu vergiyi vermeye zorlanan kişiler arasındaki farklı muamelenin gerekçesinin makul olmadığı gerekçesiyle 8. maddenin 14. madde ile birlikte ihlal edildiği kararını vermiştir.

d. Çam/Türkiye Kararı³²¹

Görme engelli olan başvuru, 2004 yılında İstanbul Teknik Üniversitesi Türk Musikisi Devlet Konservatuvarı'nın giriş sınavına başvurmuştur. Bağlama çalarak söz konusu Konservatuvar'ın giriş sınavlarına giren başvurunun ismi, Konservatuvar Müdürlüğü tarafından yayımlanan Konservatuvar giriş sınavını kazanan kişiler listesinde yer almıştır. Bunun üzerine, başvuru Konservatuvar'da eğitim görmeye elverişli olduğunu gösteren sağlık raporunu almak amacıyla bir Devlet Hastanesi'nin Sağlık Kurulu'na başvurmuştur. Söz konusu Sağlık Kurulu tarafından bir rapor düzenlenmiş; bu raporda, başvuru hakkında hipermetrop nistagmus bilateral derin ambliyopi teşhisi konulmuş ve başvurunun bir üst sağlık kuruluna sevk edilmesinin uygun olacağı sonucuna varmıştır. Bunun üzerine bir Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nin Sağlık Kurulu tarafından sağlık raporu düzenlenmiştir. Söz konusu raporda, başvurunun Konservatuvar'da görme yetisi gerektirmeyen bölümlerde eğitim ve öğretim alabileceği belirtilmiştir. Aynı gün, söz konusu Konservatuvar'ın Müdürü tarafından başvurucuya bir yazı verilmiş; bu yazıda başvurunun tam teşekküllü devlet hastanesinden “Konservatuvar öğrencisi olur” onaylı rapor getirmemesinden ötürü kaydının yapılmadığı, başvurudan acilen “Konservatuvar öğrencisi olur” ibaresini taşıyan ve devlet hastanesinden alınmış sağlık raporunun beklendiği ifade edilmektedir. Daha sonra başvurunun babası, söz konusu Konservatuvar'ın Müdürlüğü'ne bir yazı göndererek talep edilen sağlık raporunun aynı tarihte Konservatuvar'a iletilmesini belirtmiştir. Aynı tarihte, Konservatuvar Müdürlüğü tarafından, Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nin Başhekimine bir yazı gönderilmiştir. Konservatuvar Müdürlüğü, söz konusu hastanenin Sağlık Kurulu tarafından düzenlenen rapora atıfta bulunarak Konservatuvar'daki yedi bölümün de görmeyi gerektirmeyen bölümler olmadığını Başhekim'e iletmış ve ilgilinin söz konusu Konservatuvar'da eğitim ve öğretim görmeye elverişli olup olmadığının tespit edilmesi için Başhekim'den yeni bir sağlık raporu düzenlenmesi talep edilmiştir.

³²¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, **Çam/Türkiye Kararı**, Başvuru No.: 51500/08, Karar Tarihi: 23.02.2016, [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:\[%22%C3%A7am%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-164211%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22%C3%A7am%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-164211%22]}) (10.01.2019).

Konservatuar, başvurucunun kaydının yapılması yönündeki talebi reddetmiştir. Bunun üzerine başvurucunun ebeveynleri, başvuru adına, Konservatuar’a kaydının kabul edilmemesiyle ilgili Konservatuar kararının iptal edilmesi amacıyla, İdare Mahkemesi’ne başvurmuş ve kararın yürütülmesinin durdurulmasını da talep etmişlerdir. Başvurucu yalnızca görme engelli olması nedeniyle Konservatuar’a kaydının yapılmadığını ve bu durumun hukuka ve eşitlik ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu aynı Konservatuar’dan mezun olan görme engelli eski öğrencilerin isimlerini de belirtmiştir.

Üniversite Rektörlüğü, savunma dilekçesinde başvurucunun babasının kayıt sırasında kızının görme engelli olduğunu belirten herhangi bir belge sunmadığını ileri sürmüş; başvurucunun babasını bu hususu gizlemekle ve kayıt bürosunu yanıltmaya çalışmakla suçlamıştır. Üniversite Rektörlüğü, Konservatuar’a giriş ve kayıt esnasında öngörülen ilkelerin 4. maddesinde “engel bulunmaması” koşulunun yer aldığını ifade etmiştir. Ayrıca Üniversite Rektörlüğü, bütün adaylar tarafından sağlık raporu sunulmasının zorunlu olmasına karşın başvurucunun konservatuar öğrencisi olabileceğini gösteren bir sağlık raporu sunmadığını ileri sürmüştür. Üniversite Rektörlüğü, başvurucunun kaydının görme engelli olması nedeniyle değil, kayıt için gerekli bütün belgeleri süresi içerisinde sunmaması nedeniyle yapılmadığını belirtmiştir. Üniversite Rektörlüğü, başvuran tarafından sunulan sağlık raporunda, başvurucunun görmeyi gerektirmeyen Konservatuar bölümlerinde öğrenim görebileceğini ancak Konservatuar’da bu tür bir bölümün bulunmadığını ifade etmiştir. Son olarak da uygun donanımın ve gerekli uzmanlığa sahip öğretmen bulunmaması nedeniyle Konservatuar’ın engelli öğrencilere eğitim sunabilecek durumda olmadığı ileri sürülmüştür. Her ne kadar daha önce görme engelli öğrencilere eğitim vermek için girişimde bulunmak isteseler de Braille alfabesini bilen öğretmenlerin bulunamaması nedeniyle bu yönde bir girişimde bulunmaktan vazgeçtiklerini ifade etmişlerdir.

İdare mahkemesi, başvurucunun yürütmenin durdurulması talebini reddetmiştir. Başvurucunun ebeveynleri, Bölge İdare Mahkemesi’nde bu karara karşı itirazda bulunmuşlardır. Bölge İdare Mahkemesi söz konusu başvuruyu reddetmiştir.

Bu arada Eğitim ve Araştırma Hastanesi Başhekimliği daha önce hazırladıkları sağlık raporunun gözden geçirilmesi hakkında bilgi vermek amacıyla Konservatuar’ın

Müdürlüğü'ne bir yazı göndererek “Görmeyi gerektirmeyen Konservatuar bölümlerinde eğitim ve öğretim görebilir” ibaresini “eğitim ve öğretim göremez” olarak düzeltilmiştir. Başvurucunun ebeveynleri, söz konusu sağlık raporunu başvurucuyu muayene etmeden keyfi şekilde değiştirdikleri iddiasıyla, ilgili doktorlar hakkında görevi kötüye kullanma nedeniyle Savcılığa şikayette bulunsalar da doktorlar hakkında soruşturma izni verilmemiştir. Bu karara da Bölge İdare Mahkemesi'nde itiraz etseler de bir sonuç alamamışlardır.

2005 yılında İdare Mahkemesi, başvurucunun kayıt yapılmama kararına karşı açtığı iptal davasını reddetmiş; başvuru temyiz için Danıştay'a başvurmuştur. Danıştay da temyiz talebini reddetmiştir. Bunun üzerine başvuru AIHM'ye başvurmuştur. Başvuru, Konservatuar'a kaydının yapılması için görme engelinin olmaması yönündeki gerekliliğe itiraz etmiş ve bu şartın, eğitim hakkına aykırı olduğunu ve Sözleşme'nin 1 No.lu Ek Protokol'ünün 2. maddesinin³²² ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Öte yandan başvuru, görme engelli olması nedeniyle Sözleşme'nin 14. maddesine aykırı olarak ayrımcı bir muameleye maruz kaldığını da iddia etmektedir. Başvurucuya göre, başka öğrencilere ait sağlık raporlarında yalnızca “okula gidebilir”, “Üniversite'ye kaydı olabilir” ya da “Konservatuar öğrencisi olabilir” yeterli bulunarak kayıtları yapılmıştır. Öte yandan başvuru Konservatuar'ın görme engelli kişilere eğitim vermek bakımından, kurulduğu tarihten bu yana görme engelli kişilerin yararına eğitim imkânları oluşturmayarak, toplumun bütün üyelerine eşit imkânlar tanıma konusunda pozitif yükümlülüklerini yerine getirmedikçe ileri sürmektedir.

Mahkeme, her ne kadar Konservatuar, başvurucunun kaydının yapılmamasını gerekli idari formalitelerin yerine getirilmemesi nedeniyle haklı göstermeye çalışmış olsa da, başvurucunun görme engelli olmasının kaydının yapılmamasındaki tek sebep olduğuna dair herhangi bir şüphe olmadığını ifade etmiştir. Mahkeme, Hükümet'in söz konusu Konservatuar'ın, engelli olan öğrencilerin kabulü için uygun bir altyapıya sahip olmadığını ileri sürmesi ile ilgili olarak eğitim hakkının kullanılmasında uluslararası insan hakları sözleşmelerinde yer verilen ayrımcılık yasağına ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmediğini tespit etmiştir. Mahkeme, söz konusu

³²² AIHS 1 No.lu Ek Protokol'ün 2. maddesi: “Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir.”

uluslararası düzenlemeler gereğince, kaynaştırma eğitiminin ayrımcılığı önlemek için en uygun araç olarak kabul edildiğini belirtmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, EHS'ye atıfta bulunarak Sözleşme'nin 14. maddesinin, makul uyumlaştırma yapılmasını da gerektirdiği kanısında olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre engelliliğe dayalı ayrımcılık makul uyumlaştırmaların reddini de kapsamaktadır. Mahkeme bu nedenle Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesi ile birlikte Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

e. Enver Şahin/Türkiye Kararı³²³

Başvurucu, 2005 yılında bir üniversitenin Teknik Eğitim Fakültesi'nde makine öğretmenliğinin birinci yılında eğitim gördüğü sırada geçirdiği bir kaza neticesinde ağır yaralanmış ve bacakları felç kalmıştır. Bunun üzerine fiziksel durumu imkân sağlayana değin öğrenimine ara vermiştir.

Başvurucu, 2007 yılında Fakülte'ye başvurarak binalarının 2007-2008 akademik yılı boyunca öğrenimine yeniden başlamasını sağlayacak şekilde düzenlenmesi talebinde bulunmuştur. Fakülte, bu talebe yanıt vermiş, binanın mimarisinin yeniden düzenlenemeyeceğini, binanın sadece giriş ve çıkışında düzenleme yapılması için Rektörlükten izin talep edildiğini ancak kısa vadede bu değişikliklerin yapılamayacağını bildirmiştir. Ayrıca başvurunun uygulamalı atölyelere katılımının zorunluğu olduğu ancak bu durumda katılımda sıkıntı yaşayacağı belirtilmiştir. Bunun üzerine başvuru, 2007 yılında üniversite rektörüne ve fakülte dekanına noter aracılığı ile talep edilen düzenlemeleri gerçekleştirmeye davet eden bir ihtarname göndermiştir. Başvurucu Anayasa, Engelliler Kanunu ve AİHS Ek 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesini ileri sürerek vatandaşın eğitim hakkını fırsat eşitliği temelinde sağlamanın devletin sorumluluğu olduğunu hatırlatmıştır.

Rektörlük ihtaraya yanıt olarak teorik derslerin üst katlarda verildiğini ve bu derslere refakatçi ile katılabileceğini, atölyelerin ise zemin katta yer aldığını ve -daha önceki beyanlarının aksine- bu derslere katılımda sıkıntı yaşanmayacağını bildirmiştir.

³²³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, **Enver Şahin/Türkiye Kararı**, Başvuru No.: 23065/12, Karar Tarihi: 30.01.2018, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22fulltext%22%3A%5B%22enver%22%5D%2C%22documentcollectionid%22%3A%5B%222GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%5D%2C%22itemid%22%3A%5B%22001-180499%22%5D%7D> (10.01.2019).

Rektörlük, başvurunun eğitimden caydırılması gibi bir niyetin bulunmadığını, talep edilen değişikliklerin gerçekleşmesi için bütçe ve zamana ihtiyaç duyulduğunu ifade etmiştir. Başvurucu, bu cevabın üzerine İdare Mahkemesi'nde dava açmış ve tazminat talebinde bulunmuştur. Başvurucu İmar Kanunu Ek 1. maddesi gereğince bu değişikliklerin daha önceden gerçekleşmesi gerektiğini ifade etmiştir. Başvurucu, idare tarafından kendisine önerilen refakatçi yardımının kendisini üçüncü bir kişiye bağımlı hale getirdiğini, bu yöntemin aşağılayıcı olduğunu ve düşme riski yaratacağından tehlikeli olduğunu belirtmiştir. İdare Mahkemesi, başvurunun açtığı davayı reddetmiş; gerekçe olarak ise söz konusu binaların 1988 yılında yapılması nedeniyle o tarihten sonra yürürlüğe giren düzenlemelere uyulmaması sebebiyle idare suçlanamayacağını göstermiştir. Ayrıca mimari tedbirlerin bütçe imkânlarına göre gerçekleştirileceğini ve Rektörlüğün refakatçi yardımı sağlayacağını bildirdiğini vurgulamıştır.

Başvurucu bu kararı Danıştay'da temyiz etmiş; Danıştay ise temyiz başvurusunu reddetmiştir. Bunun üzerine başvuru AİHM'ye başvurmuştur. AİHM, başvurunun Fakülte binasına erişilebilirlik sorunu bakımından iç hukukta öngörülen düzenleme çalışmalarının, gerekli bütçe tam olarak sağlanana kadar askıya alınabileceğini kabul edilebilir olmadığını ifade etmiştir. Buna göre, Sözleşme uyarınca devletlerin üstlendikleri yükümlülüklerin yerine getirilmesi şayet devletin pozitif tedbirlerini gerektiriyorsa, devletin pasif kalmakla yetinmesi söz konusu olamaz. Mahkeme, makul uyumlaştırmalar bakımından AİHS'nin 14. maddesinin uluslararası insan hakları sözleşmeleri ve özellikle de EHS'nin gereklilikleri ışığında değerlendirilmesi gerektiğini, bu tür uyumlaştırmaların fiili eşitsizlikleri düzeltmeyi amaçladığını ve makul uyumlaştırmanın reddinin de ayrımcılık kapsamında olduğunu belirtmiştir.

Mahkeme, Fakülte'nin başvurunun taleplerini açıkça reddetmediğini ancak yardım taleplerinin soyut kaldığını ve tek somut önerinin refakatçi yardımı olduğunu tespit etmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, engelli kişiler için onur ve benlik duygusunun tam gelişimi çerçevesinde bağımsız yaşama imkânının çok önemli olduğunu ve bu durumun EHS'nin özünü oluşturan unsurlar arasında yer aldığını hatırlatmıştır. Uluslararası insan hakları metinleri engellilerin kişisel hareketliliğini sağlamayı ve binalara erişimlerini kolaylaştırmayı amaçlayan tedbirler öngörmektedir; ancak

Rektörlüğün sunduğu çözüm bu çerçevede değerlendirilemez. Zira bu çözüm Mahkeme’yi, başvurucunun ihtiyaçları ile güvenliği, onuru ve özerkliğine ilişkin potansiyel etkilere ilişkin bir değerlendirme yapıldığına ikna etmemiştir.

Mahkeme, İdare Mahkemesi’nin de idarelerin engelli kişiler lehine kabul edilen teknik düzenlemeleri uygulama yükümlülüklerinden, söz konusu Fakülte’yi bu düzenlemelerin yürürlüğe girmesinden önce yapılmasından ötürü muaf tuttuğunu belirtmiştir. Mahkeme’ye göre İdare Mahkemesi böyle yaparak başvurucunun sağlıklı öğrencilere sunulanlarla eşit koşullarda eğitime devam edebilmesini sağlayacak ve idare için orantısız ve aşırı yük getirmeyecek önlemleri belirlemeye çalışmamıştır. Sonuç olarak AİHM, Sözleşme’ye Ek 1 No.lu Protokol’ün 2. maddesiyle birlikte Sözleşme’nin 14. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.³²⁴

C. Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı

1. Genel Olarak Kapsamı

AİHS’nin ekonomik ve sosyal haklar bakımından karşılığı olan Avrupa Sosyal Şartı, 1961 yılında kabul edilmiş ve 1965’te yürürlüğe girmiştir. Şart, otuz yıllık uygulamada kazanılan deneyimlerden de yararlanılarak yeni birtakım hakları da güvence altına alarak etkinliğini arttırmak ve özellikle de izleme mekanizmasını iyileştirmek amacıyla gözden geçirilmiştir. Gözden geçirilmiş Şart’ın metni, AK Bakanlar Komitesi’nce 1996’da kabul edilmiş ve aynı yıl üye devletlerin imzasına

³²⁴ Söz konusu karar oybirliği ile verilmiş değildir; bir yargıç karara muhalefet şerhi koymuştur. Söz konusu ayrık görüşe göre özetle, mevcut dava makul uyumlaştırma ile ilgili olmayıp eğitime erişime ilişkindir. Başvurucunun şikâyeti Sözleşme’nin 14. maddesi açısından değil, Sözleşme’ye Ek 1 No.lu Protokol’ün 2. maddesi bakımından incelenmelidir. Zira şikâyetin özü başvurucunun dersleri ve pratik alıştırma takibi etmesine yarayacak tedbirlerin alınmaması nedeniyle başvurucunun eğitime erişememesidir. Makul uyumlaştırma ile erişilebilirlik farkı anlamlara gelmektedir. Söz konusu olayda devlet, makul uyumlaştırmayı değil; erişilebilirliği sağlamamıştır. Erişilebilirlik aşamalı olarak uygulamaya tabidir. Ayrık görüşün sahibi Yargıç Lemmens’e göre devletler önce erişilebilirliği sağlamaya yönelik genel yükümlülüğünü yerine getirmeli; bireysel bir durumda ise koşulları varsa makul uyumlaştırmaları yapmalıdır. Türk hukukunda da Engelliler Kanunu’nda aşamalı olarak erişilebilirliğin gerçekleştirileceği belirlenmiştir. Üniversite makamlarınca gerekli değişikliklerin yapılması için hala yasal süreler içerisinde bulunmaktayken başvuru değişikliklerin yapılmasını çok daha kısıtlı bir süre içinde talep etmektedir. Yargıç, Türkiye’nin erişilebilirliğe ilişkin yükümlülüklerini söz konusu tarihte ihlal etmemiş olduğu düşüncesindedir. (Bkz. Enver Şahin/Türkiye Kararı-Ayrık Görüş)

açılmıştır³²⁵. Türkiye, GGASŞ'yi 2004 yılında imzalamış, 2007 yılında onaylamış ve GGASŞ Türkiye bakımından 2007 yılında yürürlüğe girmiştir³²⁶.

ASŞ ile düzenlenen ekonomik ve sosyal hakların sayısı 1988, 1991 ve 1995 tarihli üç protokol ile artırılmıştır. Türkiye ASŞ'nı 1961 yılında imzalamış ve Şart Türkiye'de 1989 yılında yürürlüğe girmiştir³²⁷. Şart'ta yer alan hakların sayısını artıran ve kapsamını geliştiren Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı (GGASŞ), ASŞ'nda ve ASŞ'na Değişiklik Getiren Protokol'de yer alan hakların yanı sıra bunlara ek başka hakları da koruma altına almıştır³²⁸.

GGASŞ, yaygın olmayan bir format benimseyerek devletlerin uymak zorunda oldukları genel ilkeleri, belirli hakları ve sorumlulukları içeren parçalara bölmüştür. Giriş bölümünde AK'nin hedefinin ortak ideal ve ilkelerin gerçekleştirilmesi ve korunması amacıyla üyeler arasında işbirliği sağlanması ve özellikle insan hakları ve temel özgürlüklerin gerçekleştirilmesi yoluyla sosyal ve ekonomik gelişme sağlanması olduğu vurgulanarak Şart'ın amaçları ortaya konmuştur. Bunlar, hiçbir ırk, renk, cinsiyet, din, siyasi görüş, ulusal soy ve sosyal köken ayrımı yapmaksızın bütün insanların sosyal haklardan yararlanmasını sağlamak ve uygun kuruluş ve faaliyetlerle kent ve kırsal nüfusun yaşam düzeyini ve sosyal refahını geliştirmektir³²⁹.

Hem orijinal hem de gözden geçirilmiş Şart'ın ilk bölümünde tüm taraf devletlerce onaylanan sosyal politikalarla ilgili ilkeler ve haklar listelenmektedir. Şart'ın ikinci bölümünde, birinci bölümde yer alan ilke ve hakların ayrıntılı bir listesi bulunmaktadır. Buna göre taraf devletler, Şart'ın birinci bölümünü uygun araçlarla izleyeceği hedeflerin bir bildirimi saymayı, ikinci bölümünde yer alan dokuz maddenin³³⁰ en az altısı ile kendini bağlı saymayı, Şart'ın ikinci bölümünden bağlı

³²⁵ Ş.Ünal, s. 151.

³²⁶ <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/163/signatures> (13.04.2019)

³²⁷ Kalabalık, s. 124. Bunlar ASŞ'na dört yeni hak ilave eden Avrupa Sosyal Şartı'na Ek Protokol, denetim sistemini etkinleştirmeyi hedefleyen Avrupa Sosyal Şartı'na Değişiklik Getiren Protokol ve toplu şikâyet usulünü getiren Avrupa Sosyal Şartı'na Toplu Şikâyet Sistemi Öngören Ek Protokol'dür.

³²⁸ Gül ve Karan, **Ayrımcılık Yasağı Kavramı, Hukuk, İzleme ve Belgeleme**, s. 66.

³²⁹ Kalabalık, ss. 124-125.

³³⁰ Bu maddeler şu şekildedir: m. 1: çalışma hakkı, m. 5: örgütlenme hakkı, m. 6: toplu pazarlık hakkı, m. 7: çocukların ve gençlerin korunma hakkı, m. 12: sosyal güvenlik hakkı, m. 13: sosyal ve tıbbi yardım hakkı, m. 16: ailenin sosyal, yasal ve ekonomik korunma hakkı, m. 19: çalışan göçmenlerin ve ailelerin korunma ve yardım hakkı, m. 20: istihdam ve meslek konularında cinsiyete dayalı ayırım yapılmaksızın fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkı.

Türkiye, ASŞ'nın başlangıç kısmını, I. , III. , IV. ve V. bölümleri ile korunan kişiler bağlamında Şart'ın kapsamını açıklayan Ek'in tümünü onayladığını beyan etmiştir. Bunlar yanında II. bölümde yer alan 1. , 9. , 10. , 11. , 12. , 13. , 14. , 16. , 17. , 18. ve 19. maddelerin tüm fıkralarını; 4. maddenin sadece 3. ve 5.

olduğu maddelerin ve numaralandırılmış fıkraların toplam sayısı on altı madde ve altmış üç fıkradan az olmamak kaydıyla ek olarak seçebileceği maddeler ve numaralandırılmış fıkralarla kendisini bağlı saymayı taahhüt etmiştir³³¹. Söz konusu haklar otuz bir madde halinde ekonomik ve sosyal haklardan oluşmaktadır. Ekonomik ve sosyal hakların ilgili devletlerin gelişmişlik düzeyi ve mali imkânları ile sınırlı olması gerçeğinden yola çıkan Şart, üye devletlere öngörülen ekonomik ve sosyal haklar arasından seçim yapma hakkı tanımış ve böylece AK üye devletlerinin şartı onaylaması teşvik edilerek azami katılım sağlanması amaçlanmıştır. Şart'ın üçüncü bölümünde üye devletlerin, Şart'ı bir ekonomik ve sosyal haklar bildirisi olarak kabul ederek bu hakları gerçekleştirmek amacıyla bütün imkânlarını seferber edecekleri öngörülmüştür³³².

Şart'ın ilk halinin 15. maddesi münhasıran engellilere ilişkindir:

“Taraflar, bedensel veya zihinsel bakımdan özürlü kimselerin mesleki eğitim, mesleğe ve topluma yeniden uyum sağlama hakkının etkin biçimde kullanılmasını sağlamak üzere;

1. Gereğinde kamusal veya özel uzmanlık kuruluşları dâhil, eğitim olanaklarının sağlanması için yeterli önlemleri almayı;
2. Özürsüzlere işe yerleştirmek için uzmanlaşmış iş bulma hizmetleri ve korunmalı çalışma olanakları gibi yeterli önlemleri ve çalıştıranların özürsüzlere işe kabul etmelerini özendirici tedbirleri yükümlenirler.”

Şart'ın ilk halinin 15. maddesinin engellilik ile ilgili insan hakları yaklaşımı taşımadığı görülmekle birlikte, bu durum Şart'ın hazırlandığı dönemde engellilik bakımından insan hakları yaklaşımının henüz etkili olmadığı göz önünde tutulduğunda anlaşılabilir. Nitekim ASHK, 15. maddeyi insan hakları yaklaşımına uygun şekilde yorumlamıştır. Komite, ilk raporlara ilişkin genel gözlemlerinde 15. maddeye ilişkin yorumunu şu şekilde yapmıştır: “Uzun bir zaman boyunca engellilere yardım, yaşlılara yardım ile birlikte değerlendirilmiştir; İkinci Dünya Savaşı'ndan itibaren engellilere yardım, Anglosakson geleneğin etkisiyle farklı bir niteliğe bürünmüştür. Bugün, geleneksel yardım politikaları anlayışı geçerliliğini yitirmiş ve engellilere ilişkin yasal

fıkralarını ve 7. maddenin 3., 4., 5., 6., 8. ve 9. fıkralarını kabul ettiğini beyan etmiştir. <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/67-avrupa-sosyal-sart/> (02.01.2019).

³³¹ Kalabalık, s. 125.

³³² Ş.Ünal, s. 52.

düzenlemeler, toplumla bütünleşmelerinin sağlanmasına yönelmeye başlamıştır.” Bu yoruma göre Şart’ın 15. maddesinin amacı, engellilerin çalışabilmeleri ve bağımsız olabilmelerinin sağlanmasıdır. Komite’nin yorumu bu şekilde olmakla birlikte yukarıda da belirtildiği üzere şartın geleneksel söylemlere yakın olduğu görülmektedir. Gerçekten de 15. madde bir taraftan engellilerin toplumla bütünleşmesinden bahsederken, diğer taraftan engellilerin çalışma hakkından yararlanmasının büyük ölçüde uzmanlaşmış kurumlar eliyle korumalı işyerlerinde yapılmasını öngörmektedir³³³.

GGASŞ de ise “Özürliülerin toplumsal yaşamda bağımsız olma, sosyal bütünleşme ve katılma hakkı” başlıklı 15. maddesinde ise somut bir söylem değişikliği mevcuttur. Söz konusu madde şu şekildedir:

“Akit Taraflar, yaşları ve özürlerinin nedenleri ve niteliği ne olursa olsun, özürliülerin toplumsal yaşamda bağımsız olma, sosyal bütünleşme ve katılma hakkını etkili bir biçimde kullanabilmelerini sağlamak amacıyla:

- 1- Mümkün olduğunda genel plan çerçevesinde, ya da bu mümkün değilse, kamusal ya da özel uzmanlaşmış organlar aracılığıyla özürliülerin yönlendirilmesini, öğrenimini ve mesleki eğitimini sağlamak için gerekli önlemleri almayı;
- 2- Normal çalışma ortamında özürliülerini istihdam etmek ve onların istihdamını sürdürmek ve çalışma koşullarını özürliülerin gereksinimlerine uyarlamak, ya da özürliülük nedeniyle bunun mümkün olmadığı durumlarda çalışmayı buna göre düzenlemek ya da özürün düzeyine göre güvenli bir istihdam türü yaratmak için, işverenleri özendirmeye yönelik bütün önlemlerle onların istihdam edilmelerini teşvik etmeyi;

Bazı durumlarda bu önlemler uzmanlaşmış yerleştirme ve destekleme hizmetlerine başvurmayı gerekli kılabilir.

- 3- Özellikle, teknik yardımları da içermek üzere, iletişim ve hareket engellerinin üstesinden gelmeyi ve ulaşım, barınma, kültürel etkinlikler ve boş zaman kullanımını sağlamayı hedefleyen önlemler yoluyla özürliülerin toplumla tam olarak bütünleşmelerini ve toplum yaşamına katılmalarını teşvik etmeyi taahhüt ederler.”

³³³ Gül, *Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansıması*, ss. 72-73.

Gerçekten söz konusu madde fırsat eşitliği felsefesini benimseyerek, engellilerin karşılaştıkları sorunların aşılması ve toplumsal hayatla bütünleşmeleri için gerekli tedbirleri kapsamına almaktadır. ASHK de en başından beri benimsediği tutumu, GGASŞ'nın kabulünden sonra da devam ettirmiştir³³⁴.

GGASŞ, 10. maddesinde mesleki eğitim hakkını düzenleyerek taraf devletlere mesleki eğitim hakkının etkin kullanımını sağlamak hususunda gerektiğinde, engelliler de dâhil olmak üzere herkese, işveren ve çalışanların örgütlerine danışarak teknik ve mesleki eğitim olanağı sağlamayı veya bunu desteklemeyi ve salt kişisel yeteneğe dayalı olmak üzere yüksek teknik eğitim ve üniversite öğrenimi görme kolaylıkları sağlama yükümlülüğünü getirmiştir. Yine Şart'ın 9. maddesinde mesleğe yönelme hakkı şeklinde yer verilen düzenlemeye göre taraf devletlere, mesleğe yönelme hakkının etkin biçimde kullanılmasını sağlamak üzere, gerektiğinde engelliler dâhil herkese niteliklerine ve bu niteliklerin olanaklarıyla ilişkisine göre işini seçme ve mesleğini geliştirmesine ilişkin sorunlarını çözmek üzere yardımcı olacak ücretsiz bir hizmet verme yükümlülüğü getirilmiştir. GGASŞ'nın söz konusu düzenlemelerde engellileri özel olarak vurgulayarak hükmün kapsamında olduklarını hatırlatması, engellilerin en çok ayrımcılığa maruz kaldıkları haklardan olan çalışma hakkı bakımından önem taşımaktadır.

2. Ayrımcılık Yasağı

ASŞ, eşit muameleye veya ayrımcılık yasağına ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir. Ancak Başlangıç kısmında, "...hiçbir ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal görüş, ulusal soy veya sosyal köken ayrımı gözetmeksizin sosyal haklardan yararlanma hakkının sağlanması" ifadesine yer verilmiştir. ASHK, Şart'ın 1. maddesi 2. paragrafını, Başlangıç kısmında yer alan bu ifadeyle birlikte değerlendirerek şu sonuca varmıştır: "Komite, şartın 1. maddesinin 2. paragrafını, devletler bakımından istihdam alanında, doğrudan veya dolaylı her türlü ayrımcılığı hukuken yasaklama yükümlülüğü öngörür şekilde yorumlamaktadır. Toplumsal cinsiyet veya bir ırka veya etnik gruba mensubiyet gibi bazı nedenler bakımından, daha güçlü bir koruma

³³⁴ Gül, *Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansıması*, s. 73.

sağlanabilir. İşe alma ve genel çalışma koşullarıyla bağlantılı (ücret, meslek eğitimi, yükselme, nakil, işten çıkarma veya diğer olumsuz edimler) ayrımcı yasa ve düzenlemeler bu hükümle yasaklanmıştır.”³³⁵

GGASŞ ise, ASS’den farklı olarak ayrımcılık yasağını düzenlemektedir. GGASŞ, ayrımcılığın yasaklandığı temelleri E maddesinde örnekseyici biçimde saymaktadır: “Bu Şartta yer alan haklardan yararlanma ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başka görüşler, ulusal ya da sosyal köken, sağlık, ulusal bir azınlığa mensubiyet, doğum ya da başka statüler gibi nedenlere dayanan hiçbir ayrımcılığa tabi olmaksızın sağlanacaktır.” Daha sonra GGASŞ’nin 5. bölümünün E maddesine yapılan ilave ile “nesnel ve makul bir gerekçeye dayanan farklı uygulamalar ayrımcılık sayılmayacaktır.” denilmiştir. Diğer bir deyişle belirtilen haklardan yararlanmada yapılan farklı muamelenin haklı bir gerekçeye dayanması halinde ayrımcılık sayılmayacaktır.”³³⁶ Söz konusu madde ayrımcılık yasağının kapsamını Şart’ta yer alan haklarla sınırlı tutmuştur.

AİHS’den farklı olarak GGASŞ’de ayrımcı muamele, yaş ve engellilik temellerini de kapsayacak şekilde düzenlenmiş ve bu özelliklere sahip kişilerin topluma katılmaları ve kişisel bağımsızlıklarını sürdürmeleri için taraf devletlere yükümlülükler getirilmiştir. Bu yükümlülükler arasında genel eğitim, mesleki eğitim, engellilerin istihdama erişimi ve istihdamda kalmaları için çalışma şartlarının uyumlaştırılması, güvenli iş şartlarının sağlanması ve işverenlerin engelli istihdamına teşvik edilmesi gelmektedir³³⁷. Şart’ın 15. maddesinin engellilerin sosyal bütünleşmesini ve seçme hakkını gerçekleştirebilmesine yönelik benimsenin politikaları geliştirmek ve yansıtmak maksadıyla tasarlandığını göz önünde bulunduran ASHK, engellilik bağlamında ayrımcılık yasağını 15. madde kapsamında değerlendirmiştir. GGASŞ’nin 15. maddesinin ilk ve ikinci paragrafı tartışmasız bir şekilde eğitim ve istihdamı içeren klasik bütünleşme konusuyla ilgilidir. Üçüncü paragraf ise toplumsal yaşamın diğer alanlarındaki eşit muamele görme hakkıyla ilgilidir.

³³⁵ Gül ve Karan, *Ayrımcılık Yasağı, Hukuk, Kavram, İzleme ve Belgeleme*, s. 66.

³³⁶ Yücel, *Uluslararası ve Avrupa Konseyi Belgelerinde, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Denetimi*, ss. 113-114.

³³⁷ Yücel, *Uluslararası ve Avrupa Konseyi Belgelerinde, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Denetimi*, s. 114

Şart kapsamında engellilere yönelik ayrımcılık iddiasıyla yapılan bir kolektif şikâyet başvurusunda, Uluslararası Otizm Derneği-Avrupa(AIAE) tarafından otistik bireylere yönelik eğitim konusunda yetersiz kalındığı gerekçesiyle Fransa'ya karşı şikâyetçi olunmuştur. Başvurucu söz konusu durumun GGASŞ'nın 15. maddesini, 17. maddesini (çocukların ve gençlerin sosyal, yasal ve ekonomik korunma hakkı) ve ayrımcılık yasağı ile ilgili E maddesini ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Başvuruyu inceleyen ASHK, Fransa'nın söz konusu maddeleri ihlal ettiğini tespit etmiştir.³³⁸ ASHK, söz konusu kararında 15. maddenin altını çizdiği bakış açısının engelliler için eşit bir yurttaşlık ve uygun biçimde “toplumsal yaşamda bağımsız olma, sosyal bütünleşme ve katılma hakkının” temel hakları olduğunu ifade etmiştir. Komite'ye göre engelli çocuklar ve diğer engelliler için eğitim hakkının sağlanması bu yurttaşlık haklarının ilerletilmesinde açık bir şekilde rol oynamaktadır. Bu husus, 15. maddenin yeniden gözden geçirildiğinde neden eğitimden özellikle bahsedildiğini ve neden “mümkün olan her yerde genel planlar çerçevesinde” eğitime erişim hakkında böyle bir vurguya yer verildiğini açıklamaktadır³³⁹.

Yine eğitim hakkına ilişkin olarak, Zihinsel Engellileri Savunma Merkezi (MDAC) tarafından Bulgaristan'a yönelik yapılan başvuruda, ülkede orta ve ciddi zihinsel engeli bulunan çocukların barındığı 28 merkezde 2002 yılına kadar herhangi bir eğitim imkânının sunulmadığı belirtilmiştir. 2002 yılında kabul edilen bir kanunun ardından ise bu merkezlerde barınan çocukların sadece yaklaşık % 6-7 gibi bir oranının eğitime erişim şansına sahip olduğu belirtilerek, eğitim hakkının ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiği ileri sürülmüştür. Komite, kararında Bulgaristan'ın sunduğu dönemsel raporlara da gönderme yaparak, engelli çocuklar için kaynaştırmalı eğitim sağlanması, bunun sağlanamadığı durumlarda ise özel eğitim kurumlarında engelli olmayan çocuklarla eşit düzeyde eğitim sağlanması gerektiğini ifade etmiştir. Komite, mevcut olan ayrımcılığın ortadan kaldırılarak Şart'ta düzenlenen hakların sadece teorik olarak değil, fiilen de gerçekleştirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Şart'ta yer alan bir hakkın gerçekleştirilmesinin taraf devletler için orantısız bir yük getirdiği

³³⁸ Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, **Avrupa Uluslararası Otizm Derneği (International Association Autism Europe)/Fransa Kararı**, Başvuru No: 13/2002, Karar Tarihi: 29.08.2003, <https://www.escri-net.org/caselaw/2006/international-association-autism-europe-v-france-complaint-no-132002> (18.12.2018).

³³⁹ Hakan Ataman, **Avrupa Sosyal Şartı ve Uygulaması**, İnsan Hakları Gündemi Derneği, 1. Baskı, Ankara, 2010, s. 65.

durumlarda makul bir sürede ölçülebilir bir ilerleme sağlanarak ve mümkün olan tüm kaynaklar kullanılarak söz konusu hakkın hayata geçirilmesi gerektiğini vurgulayan ASHK, bu kararında Bulgaristan'ın, GGASŞ'nin 17. maddesinde yer alan çocukların ve gençlerin sosyal, yasal ve ekonomik korunma hakkını, E maddesinde yer alan ayrımcılık yasağı ile beraber ihlal ettiğine karar vermiştir³⁴⁰.

3. Denetim Mekanizması

ASŞ'nın ilk halinde yer alan denetim mekanizması, GGASŞ için de geçerli olacaktır (GGASŞ IV.Bölüm, Madde C). Şartta bireysel ya da devletlerarası şikâyet sistemi öngörülmemiş olup yalnızca zorunlu rapor sistemi getirilmiştir. ASŞ'nın denetim organı Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'dir (ASHK). ASŞ'nın 25. maddesinde yer verilen Avrupa Sosyal Haklar Komitesi (Uzmanlar Komitesi), AK Bakanlar Komitesi'nce altı yıllık bir süre için atanan en az 9 üyeden oluşmaktadır. ASHK, taraf devletlerin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini değerlendirir. ASŞ'na taraf olan devletler, iki yılda bir ASHK'ne ülke raporları sunmakla yükümlüdürler. ASHK'nin değerlendirmeleri “olumlu ya da olumsuz sonuçlar” şeklinde olup komite bu tespitleri, “Kararlar” başlığı altında aleni bir biçimde yayımlar. Şart'ın pek çok maddesinde kullanılan “imkânlar dâhilinde” ifadesi, ASHK tarafından “ekonomik şartlar” olarak değerlendirilmektedir. Bu tür kayıtlar içeren yükümlülüklerin ölçütlere bağlanması zor olduğundan bu alanlarda denetim en alt düzeye inmekte; bazı durumlarda etkisiz kalmaktadır. ASŞ'nin 27. maddesine göre tüm taraf devletlerin bir temsilcisinden oluşan Hükümetler Komitesi, AK Bakanlar Komitesi'ne sunulmak üzere ASŞK'nin tespit ettiği durumlardan tavsiyeye konu olması gereken durumları seçerek rapor oluşturur. AK üyesi devletlerin her birinden gelen bir temsilciden (Dış İşleri Bakanı ya da bu mümkün değilse bir başka temsilci) oluşan AK Bakanlar Komitesi, kendisine sunulan raporlar doğrultusunda taraf devletlere yönelik tavsiye kararları alır³⁴¹.

³⁴⁰ Gül ve Karan, *Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi*, s. 31.

Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, *Zihinsel Engellileri Savunma Merkezi (Mental Disability Advocacy Center-MDAC)/Bulgaristan Kararı*, Başvuru No: 41/2007, Karar Tarihi: 03.06.2008, <http://hudoc.esc.coe.int/esc2008/query.asp?language=en> (30.12.2018).

³⁴¹ Kalabalık, ss. 268-269.

Bir de Şart'a ek bir protokol ile kabul edilen kolektif şikâyet sistemi mevcuttur. Kolektif şikâyet usulü, 1995 tarihli Ek Protokol ile kabul edilmiş olup 1998'de yürürlüğe girmiştir. Ancak Türkiye, kolektif şikâyet sistemini öngören bu Protokol'ü imzalamamıştır. ASŞ'nin 27. maddesinin 2. fıkrasına göre kolektif şikâyet yoluna, Hükümetler Komitesi'nin çalışmalarına katılan uluslararası işveren örgütleri ve sendika kuruluşları, AK'nde danışmanlık statüsüne sahip ve bu amaçla Hükümetler Komitesi tarafından hazırlanan listede gözüken uluslararası hükümet dışı kuruluşlar, ilgili devletten gelen ulusal işveren örgütleri ve sendika kuruluşları başvurabilirler. Kolektif şikâyetler, ASHK tarafından incelenmektedir. Komite, gerekli bilgileri topladıktan sonra, şikâyetin aleyhine yapıldığı tarafın, şikâyet konusu olan Şart hükmünün uygulanmasını sağlayıp sağlamadığına ilişkin sonuçları ihtiva eden bir raporu Bakanlar Komitesi'ne sunmaktadır. Bakanlar Komitesi'nin görevi, ASHK'nin Şart'ın ihlal edildiğine dair tespitlerine ilişkin ilgili taraf devlete tavsiye yöneltmektir³⁴².

³⁴² <https://www.csgb.gov.tr/media/2077/avrupasosyalsarti.pdf> (21.10.2017)

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ENGELLİLERE YÖNELİK AYRIMCILIK YASAĞI

Uluslararası insan hakları sözleşmelerine taraf olan her devletin, iç hukuk düzenini ve uygulamalarını taraf oldukları sözleşmenin hükümleriyle uyumlu hale getirmenin yanında sözleşmenin genel felsefesini ve amacını da kabul ettiği; bu doğrultuda sözleşmeyle uyumlu bir iradeye sahip olduğu varsayılır³⁴³. Bu varsayımla paralel şekilde Türk Anayasası'nın 90. maddesinin 5. fıkrasına göre: "Usulüne uygun yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir...Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." Bu durumda uluslararası insan hakları sözleşmelerinde yer alan ayrımcılık yasağı ile ilgili hükümler Türk hukuku bakımından "kanun hükmünde"dir. Sözleşmenin iç hukukta kanun hükmünde olması, ulusal hukukta düzenleme bulunmasa dahi, doğrudan sözleşmeye dayanarak hak talep edilebilmesi anlamına gelir. Hatta Anayasa'nın söz konusu hükmünün son cümlesine göre, ulusal hukuktaki düzenlemeler ile uluslararası insan hakları sözleşmeleri arasında uyumsuzluk olması durumunda ulusal düzenleme değil, insan hakları sözleşmesi uygulanır³⁴⁴. Burada dikkat edilmesi gereken husus söz konusu insan hakları sözleşmesinin ilgili maddesinin iç hukukta doğrudan uygulanabilecek nitelikte olup olmadığıdır. Söz konusu düzenleme, somut bir olaya ulusal makamlarca ek önlemler alınmadan uygulanabiliyorsa doğrudan uygulanabilir niteliktedir. Doğrudan uygulanamayan hükümlerin ise uygulanabilmesi için iç hukukta somutlaştırılması gerekmektedir³⁴⁵.

Anayasa'nın 90. maddesi, Türkiye'nin taraf olduğu tüm insan hakları sözleşmelerini kapsamakta; onaylama sürecinden geçmeyen bildirgeler ve tavsiye kararlarını ise kapsamamaktadır. Düzenleme sadece yasalarla sınırlı değildir; uluslararası insan hakları sözleşmeleriyle yalnızca kanunun değil, bir bütün olarak

³⁴³ Selda Çağlar, "Engelli Hakları Sözleşmesinde Ayrımcılık Yasağı ve Türkiye'nin Uyum Sorunu", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:96, 2011, s. 153.

³⁴⁴ Gül, "Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi", ss. 40-41.

³⁴⁵ Rıza Türmen, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukukumuzda Etkileri", **Anayasa Mahkemesi'nin 38. Kuruluş Yıldönümü Dolayısıyla Düzenlenen Panel**, <https://www.anayasa.gov.tr/media/4678/turmen.pdf> (13.04.2019).

mevzuatın çelişmesi durumunda da bu uygulama zorunludur. Ancak söz konusu çelişmenin ilgili olduğu konu bakımından ulusal hukuk daha ileri haklar tanıyorsa ulusal hukuk uygulanacaktır. Benzer şekilde aynı konuyla ilgili farklı düzenlemeler getiren birden çok uluslararası insan hakları sözleşmesi var ise, en ileri haklar getiren sözleşme uygulanmalıdır. Söz konusu hüküm, yargıyı olduğu kadar yasama ve yürütmeyi de bağlamaktadır. Yargı organları bu genel ilkeye göre hareket etmeli, hâkimler, taraflar ileri srmese bile kendiliğinden uluslararası insan hakları sözleşmesini dikkate almalıdır. Yürütme karar alırken ve uygularken uluslararası insan hakları sözleşmesine öncelik vermeli, yasama yeni bir yasa yaparken bu yasanın uluslararası insan hakları sözleşmesi ile elişmemesine dikkat etmelidir³⁴⁶.

Bu bölümde uluslararası insan hakları sözleşmeleri ışığında engellilere yönelik ayrımcılık yasağının Türk hukukundaki izdüşümleri incelenecektir.

I. 1982 ANAYASASI

A. Anayasa Hükümleri

1982 Anayasası'nda 10. maddede eşitlik ilkesine yer verilmiştir. Buna göre;

“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

Çocuklar, yaşlılar, zrller, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”

Anayasa'nın 10. maddesinin 1. fıkrası, hem genel olarak herkese uygulanacak olan kanun önünde eşitlik ilkesine yer vermekte; hem de dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplere dayanarak ayırım

³⁴⁶ Kalabalık, s. 305.

yapılamayacağı ifade edilmektedir. Bu fıkra ile fiili eşitsizlik durumunda bulunan dezavantajlı gruplara daha sıkı bir koruma ve denetim öngörülmüştür. 2004 yılında Anayasa’da yapılan değişiklik ile eklenen 2. fıkra devlete kadın-erkek eşitliğinin yaşama geçirilmesini sağlama yükümlülüğü getirilmiştir. 2010 yılında eklenen 3. fıkra ise engelliler için pozitif ayrımcılık uygulamaları bakımından anayasal hukuki zemin oluşturacak bir düzenleme söz konusudur. 4. fıkra ise hiçbir kimseye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı ifade edilerek ayrıcalık (imtiyaz) yasağı getirilmiştir³⁴⁷.

Anayasa’nın 10. maddesinin ilk fıkrasına bakıldığında, kâğıt üzerinde, şekli bir eşitlik anlayışının kaleme alındığı görülecektir. 2004 yılında eklenen ikinci fıkra, sadece kadın-erkek eşitliği konusunda şekli eşitlikten öteye gidilmiş ve devlete bu eşitliği yaşama geçirmek üzere önlem alma yükümlülüğü getirilmiştir. 2010 yılında eklenen 3. fıkra göre ise, bir yükümlülüğün ziyade, takdir yetkisi kaleme alınmıştır. Buna göre devlet, engellilerin haklardan tam ve eşit yararlanmasını sağlamak amacıyla önlemler alırsa, bunlar eşitlik ilkesine ve bu yönüyle hukuka aykırı sayılmayacaktır. Bu hüküm, devlete engelliler için özel önlemler alma yükümlülüğü getirdiği yönünde yorumlanmaktaysa da hükmün asıl ifade ettiği devletin bu tür önlemler almasının hukuken izin verilebilir olduğudur. Zira 3. fıkra, kadın-erkek eşitliğine ilişkin olan 2. fıkradaki gibi güçlü ve kesin bir dil kullanılmamıştır. Bu bağlamda, eşitliğin kimler için sağlanmasının devletin yükümlülüğü olduğunun veya devlete hangi grupların eşitliğinin sağlanmasına yönelik takdir yetkisi verildiğinin Anayasa’da açıkça düzenlenmesi büyük önem arz etmektedir³⁴⁸.

Türk Anayasa Mahkemesi (AYM), Anayasa’nın 10. maddesinin amacını “Eşitlik ilkesinin amacı aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara aynı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kurallar gerekli kılabilir. Ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz” şeklinde maddi

³⁴⁷ Pir Ali Kaya, s. 201.

³⁴⁸ İdil Işıl Gül, “Ayrımcılığın Önlenmesi ve Eşitliğin Sağlanmasında Hukukun Rolü”, **Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar**, (Ed. Kenan Çayır, Müge Ayan Ceyhan), 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, ss. 274-275

eşitlik anlayışına uygun şekilde değerlendirmiştir³⁴⁹. Anayasa Mahkemesi'ne göre kimi kişilerin başka hükümlere tabi tutulması haklı bir nedene dayanıyorsa burada eşitlik ilkesinin ihlali söz konusu değildir. Mahkeme burada haklı nedenin “anlaşılabilir”, “amaçla ilgili”, “makul” ve “adil” olmasına dikkat etmektedir; eğer haklı neden bu ölçütleri sağlamıyorsa eşitlik ilkesine aykırı bir tutum söz konusudur³⁵⁰.

Engelli bireylere yönelik pozitif ayrımcılık yapılması Anayasa Mahkemesi'nin “toplumsal gereklere ve toplum yararına öncelik veren, güçsüzü güçlüye karşı koruyarak hukuksal dayanışmayı gerçekleştiren”³⁵¹ şeklinde tanımladığı sosyal hukuk devletinin bir gereğidir. Danıştay, 2010 tarihli Anayasa değişikliği ile engellilere ilişkin pozitif ayrımcılık ile ilgili fıkranın Anayasa'nın 10. maddesine eklenmesinden önce vermiş olduğu bir kararda dahi, devlet tarafından engelli bireylere yönelik özel tedbirlerin alınmasının Anayasa'nın 2. maddesi gereği olduğunu belirtmiş; devletin bu konudaki yükümlülüğünü “...Devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları, 50. maddesinde küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanların çalışma şartları bakımından özel olarak korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alacağı ve ayrıca Devletin, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alacağı hükmüne yer verilmiş olup, Anayasanın bu kurallarının bütününden çıkan anlama göre, bedeni ve ruhi yetersizliği olanların özel olarak korunmaları ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirlerin Devletçe alınması gerektiği açıktır.” şeklinde ifade etmiştir³⁵².

Anayasa'da yer verilen medeni ve siyasi haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan engelliler de dâhil herkes yararlanır. Söz konusu haklar Anayasa'nın ikinci kısmında düzenlenmekte olup “kişinin hakları ve ödevleri”, “sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler” ve “siyasî haklar ve ödevler” başlıklı bölümlerde ele alınmıştır. Anayasa'nın 65. maddesinde “devletin iktisadî ve sosyal ödevlerinin sınırları” başlıklı maddesinde ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin

³⁴⁹<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/84988902-aff2-4d52-9c28-5afd8ee428a8?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (30.12.2017)

³⁵⁰ Pir Ali Kaya, ss. 201-202.

³⁵¹ Anayasa Mahkemesi, 1987/16 Esas No., 1988/Karar No., Karar Tarihi:19.04.1988, Resmi Gazete Tarihi :23.08.1988, Resmi Gazete Sayı: 19908.

³⁵² Danıştay İdari Dava Dairesi, 2006/1017 Esas No., 2009/3073 Karar No., Karar Tarihi: 17.12.2009. Züleyha Keskin, **Kamu Hizmetinde Eşitlik İlkesi**, 1. Baskı, XII Levha Yayınları, Ankara, 2015. ss. 193-194.

devletin yükümlülüklerini sınırlandıran düzenleme mevcuttur. Buna göre, “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.” Bu hükümle devletin sosyal ve ekonomik haklara ilişkin yükümlülükleri mali kaynakları ile sınırlandırılmıştır. Bu durum, engellilerin eşitsizliklerden kurtulmak için ihtiyaç duydukları sosyal ve ekonomik hakların gerçekleşmesi ve bu hakların ihlali halinde ihlalin şikâyet edilebilirliği konusu bakımından sorun yaratabilecektir.

Anayasa’nın 148. maddesi ile 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nde Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru konusunda düzenlemeler mevcuttur. Buna göre Türk hukukunda herkes Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden AİHS ve Türkiye’nin taraf olduğu AİHS ek protokolleri kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurabilir. Yasama işlemleri ve düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi, Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasa’nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz. İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gereklidir³⁵³. Bu bağlamda AİHS’nin 14. maddede yer alan ayrımcılık yasağı kapsamında engellilerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlali bakımından Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yoluna gidilebilir.³⁵⁴

³⁵³ Tezcan ve diğerleri, s. 405-406.

³⁵⁴ 14. madde sadece AİHS’de yer alan haklar bakımından ayrımcılık yasağı öngörmektedir. Dolayısıyla AİHS ile Türkiye’nin taraf olduğu ek protokollerinde ve Türk Anayasası’nda ortak şekilde mevcut olan bir hakkın ayrımcılık yasağı bağlamında ihlali söz konusu olduğunda, bu ihlal bakımından bireysel başvuru yapma imkânı söz konusu olacaktır.

B. Anayasa Mahkemesi'nin Örnek Kararları

1. Halit Aydemir Kararı³⁵⁵

Anayasa Mahkemesi'nin engelli bir bireyle ilgili vermiş olduğu 2019 tarihli Halit Aydemir Kararı, vasinin kısıtlı adına onu borçlandırmadan araç alınması için izin verilmesi talebinin reddedilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir. Başvurucunun kardeşi, başvurucunun hastalığı yüzünden kısıtlanması için 2009 yılında Sulh Hukuk Mahkemesi'nden talepte bulunmuştur. Mahkeme, başvurucu hakkında sağlık kurulu raporu aldırılmıştır. Raporda, ağır düzeyde mental retardasyon tanısı konulan başvurucunun kısıtlanmasının uygun olacağı görüşü bildirilmiştir. Bu raporu hükme esas alan Mahkeme, 2009 yılında başvurucunun kısıtlanmasına ve kardeşinin kendisine vasi olarak atanmasına karar vermiştir. Vasinin görevi Sulh Hukuk Mahkemesi'nce 2015 ve 2017 yıllarında ikişer yıl süreyle uzatılmıştır.

Vasi, 2010 yılında başvurucu adına bir binek otomobil satın almıştır. Aynı yıl trafiğe tescil edilen araç hakkında, trafik siciline beş yıl satılamayacağı şerhi işlenmiştir. Vasi, bu defa 2015 yılında bir dilekçe ile başvurucuyu borçlandırmaksızın onun adına Özel Tüketim Vergisi (ÖTV) indiriminden yararlanarak araç almak istediğini belirtip kendisine izin ve yetki verilmesini Mahkeme'den talep etmiştir. Mahkeme, söz konusu talebin reddine karar vermiştir. Vasi 2015 yılında Asliye Hukuk Mahkemesi'nde karara itirazda bulunmuştur. Mahkeme, vasinin itirazının reddine karar vermiştir. Başvurucu bunun üzerine 2015 yılında Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur. Vasi, başvurucunun engelli olması sebebiyle onun ulaşımını kolaylaştırmak ve kullanımına sunmak amacıyla kanun ile tanınmış bir haktan yararlanmak için Mahkeme'den izin talebinde bulunduklarını belirtmiştir. Başvurucu adına daha önce de araç alındığı ve onu borçlandırmadan kendisine araç alındığı hâlde vesayet makamı tarafından izin verilmemesinden şikâyet etmiştir. Başvurucu bu gerekçelerle mülkiyet ve maddi ve manevi varlığın korunması hakları ile hukuk devleti ilkesi, seyahat ve sözleşme hürriyetlerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

³⁵⁵ Anayasa Mahkemesi, 2015/17844 Esas No., Karar Tarihi: 07.03.2019, Resmi Gazete Tarihi: 19.04.2019, Resmi Gazete Sayı: 30750, (30.03.2019).

Başvurucu her ne kadar yerleşme ve seyahat hürriyeti bakımından ihlal iddiasında bulunmuş ise de bu hürriyet, Anayasa ve AİHS ile Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerin ortak koruma alanına girmediği için Anayasa Mahkemesi'nin konu bakımından yetkisi dışında kaldığından bu iddialar yönünden esasa girmeye gerek görülmemiştir. Diğer yandan başvurunun belirtilen şikâyetleri maddi ve manevi varlığın korunması hakkı ile de ilgili görülmemiştir. Dolayısıyla başvurunun şikâyetleri yalnızca mülkiyet hakkının ihlali iddiası kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun 7. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendiyle engellilik oranı %90 veya daha fazla olan malul ve engellilere belirli koşullarda beş yılda, bir defaya mahsus olmak üzere araç edinmeleri çerçevesinde ÖTV istisnası imkânı tanınmıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre karşılıksız kazandırmaya konu araç yönünden kısıtlı olan başvurunun Anayasa'nın 35. maddesindeki mülkiyet hakkı anlamında korunması gereken bir menfaati mevcuttur³⁵⁶.

Diğer taraftan vesayet makamının talebin reddine ilişkin kararında üç ayrı gerekçe bulunmaktadır. İlk olarak satın alınacak aracın kullanılması sırasında üçüncü kişilere zarar verilmesi durumunda araç sahibi sıfatıyla başvurunun kaçınılmaz bir sorumluluğunun doğacağı belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi, üçüncü kişilere verilmesi muhtemel zararlar yönünden Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası'na ilişkin hükümlerin varlığının ve Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 74. maddesi gereğince kanuni temsilcilerin aracın kullanımından dolayı ileride doğabilecek hukuki ve cezai sorumlulukları kabul ettiğine dair noterden tanzim ve tasdik edilmiş taahhütname verme zorunluluğunun altı çizmiştir. İkinci olarak böyle bir aracın bedelinin vasi tarafından ödenmesinin ileride mirasa konu olması durumunda paylaşım bakımından mirasçılar arasında hukuki sorun doğurabileceği ifade edilmiştir. Başvurunun vefatı hâlinde mirasçıları arasında yaşanabilecek sorunların başvurucağı ilgilendirmede açık olduğu için bu gerekçenin talep ile bir ilgisi bulunmamıştır. Bunun yanında aracın ÖTV indirimine ilişkin

³⁵⁶ Anayasa'nın "Mülkiyet hakkı" kenar başlıklı 35. maddesi şu şekildedir: "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

tebliğde yer alan koşullara değinilmiş ve bu koşullara uyulmadığı veya muvazaa gibi hâllerde engellinin sorumlu olabileceği ifade edilmiştir. Ancak aracın başvurucunun kullanımına sunulacağı belirtilmiş olup bir muvazaanın da söz konusu olabileceğine dair açık herhangi bir bilgi veya belge bulunmamaktadır. Başvurucunun kısıtlanmış olması nedeniyle bunlardan sorumlu tutulamayacağı da açıktır. Son olarak vesayet makamınca ikinci el uygun bir aracın vasi tarafından kendi adına satın alınarak kullanılabilmesi ifade edilmiştir. Oysa kanun koyucu, engelliler bakımından aracın ilk iktisabı yönünden ÖTV istisnası öngörmüş; bu sayede engellilerin daha güvenli ve konforlu araçlarla ulaşımını teşvik etmiştir. Üstelik başvurucunun vasisinin daha önce aynı imkândan yararlanarak bir araç satın aldığı ve değinilen herhangi bir sorunla da karşılaşmadığının altı çizilmiştir.

Kanun koyucunun da ÖTV istisnası sağlamak suretiyle teşvik ettiği satın alma sonucunda engelli olan başvurucunun güvenli ve konforlu bir şekilde ulaşımının sağlanması amaçlanmaktadır. Engellilerin ulaşımı ise onların toplum ile bütünleşmesi yönünden büyük bir önem taşımakta olup bu gibi teşvik ve yardımlar uluslararası sözleşme ve belgelerdeki yükümlülüklerle de uyumludur. Bu halde, başvuru bakımından ilgili makamlarca engellilerin mülkiyet haklarının korunmasına yönelik olarak yeterli özenin göstermediğine karar verilmiştir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Kanımızca başvuru bakımından konu olan ÖTV indirimi, engellilerin genel anlamda erişilebilirliklerini ve toplumsal yaşama katılımlarını arttırmak maksadıyla araç sahibi olabilmelerini kolaylaştırmak bakımından bir pozitif ayrımcılık olarak değerlendirilebilir. Anayasa'nın 10. maddesinin 3. fıkrasında engelliler için yürürlüğe sokulacak pozitif ayrımcılıkların eşitlik ilkesine aykırı yorumlanmayacağı kuralı ve taraf olduğumuz uluslararası insan hakları sözleşmelerinde yer alan engellilerin erişilebilirliğine ilişkin ve ayrımcılık yaratan eşitsizlikleri ortadan kaldırmayı hedefleyen hükümler gereğince, Anayasa Mahkemesi somut olayı ayrımcılık yasağı kapsamında da ele almalıydı. Zira devletin engelli bireylere ilişkin maddi eşitliği gerçekleştirmeye ilişkin pozitif yükümlülükleri mevcuttur. Devletin engellilerin hak ve özgürlüklerine ilişkin pasif kalması engellilerin ayrımcılıktan korunmasını sağlamayacak; hatta dolaylı ayrımcılıklara neden olacaktır. Bu nedenle söz konusu

ÖTV indiriminden engelli bireyin faydalanmasının önüne geçilmesi, ayrımcılık yasağı kapsamında müdahale edilmesi gereken bir durumdur.

2. T.A.A. Kararı³⁵⁷

Söz konusu başvuru, HIV pozitif olan işçinin iş akdinin sona erdirilmesi nedeniyle maddi ve manevi varlığın korunması geliştirilmesi, özel hayata saygı hakkı ve eşitlik ilkesinin ihlal edilmiş olduğu iddialarına ilişkindir. Başvurucu plastik boru ve profil imalatında faaliyet gösteren bir şirkette işçidir. 2006 yılında başvurucuya HIV tanısı konmuştur. 2008 yılında iş yeri hekimi, altı aydır ücretli izinli olan başvurucu hakkında tedavisinin yapıldığı tıp fakültesinden, başvurucunun varsa iş gücü kaybı, maluliyet oranı ve ağır, tehlikeli işlerde çalışmasına engel bir tıbbi ya da yasal durumunun olup olmadığını sormuştur. Tıp fakültesinden cevaben gelen yazıda başvurucunun tedavisine düzenli olarak devam ettiği, kontrollerine geldiği, sağlık durumunun çalışmasına engel oluşturmadığı ve herhangi bir maluliyetinin de olmadığı belirtilmiştir.

2009 yılında başvurucu yasal haklarının bir kısmını da almayarak ibraname imzalayıp istifa etmiştir. Başvurucu aynı yıl söz konusu şirkete iş mahkemesinde alacak davası açmıştır. Söz konusu davada HIV olduğunun işverence öğrenilmesi üzerine iş yerinden uzaklaştırıldığını, ücreti ödenmesine rağmen çalıştırılmadığını beyan etmiştir. Başvurucu tedavisinin yapıldığı tıp fakültesinden gelen ve çalışmasına engel bulunmadığına ilişkin yazıya rağmen işe başlatılmadığını, kendisine pek çok belge imzalatılarak ve alacaklarının bir kısmından da feragat ettirilerek sanki kendisi işten ayrılmış gibi gösterildiğini iddia etmiştir. Başvurucu mahkemeden 2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesine dayanarak ayrımcılık tazminatı ve manevi tazminat talep etmiş; duruşmaların kapalı yapılmasını ve gizlilik kararı verilmesini istemiştir.

İş mahkemesi başvurucunun gizlilik talebini reddetmiş, kararında ise başvurucunun işveren, işveren yetkilisi ya da iş yeri hekimi tarafından sağlık

³⁵⁷ Anayasa Mahkemesi, Başvuru No.: 2014/19801, Karar Tarihi: 01.02.2017, Resmi Gazete Tarihi: 10.03.2017, Resmi Gazete Sayı:30003, www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Content/pdfkarar/2014-19081.pdf (30.12.2018)

bilgilerinin açıklanarak özel hayatının ihlal edildiği iddiası doğru bulunmamış ve manevi tazminata hükmedilmemiştir. Ayrımcılık tazminatı bakımından ise başvurunun iş görme borcunun ifasının engellenmesi ve iş yeri dışında tutulması ayrımcılık olarak nitelendirilmiş ve ayrımcılık tazminatına hükmedilmiş ancak, işverenin işçiyi çalıştırmadığı dönemde ücret ödediği göz önünde tutularak bu ödemeleri ayrımcılık tazminatından mahsup etmiştir. Karar temyiz edilmiş, Yargıtay olayda işverenin başvuruçuyu çalıştırmamasının gerekçesinin diğer işçileri korumak olduğunu ifade ederek ayrımcılığın söz konusu olmadığına ve kararın bozulması gerektiğine hükmetmiştir. İş mahkemesi bozma kararına uyarak davayı reddetmiştir. Başvurucu 2014 yılında Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur.

AYM esasa ilişkin incelemesinde, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan "herkes" ve "benzeri sebepler" ifadelerinin ayrımcılığa karşı korunan kişi ve ayrımcılık temelleri açısından sınırlı bir yaklaşımın benimsenmediğini ortaya koyduğunu ve madde metninde yer alan temellerin örnek niteliğinde olduğunu tespit etmiştir. Bu kapsamda eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı cinsiyet, ırk, dil, din gibi unsurların yanı sıra bireyin özel hayatının bir parçası olan sağlık durumu temelinde de ayrımcılığı yasaklamaktadır.

AYM, AİHM içtihadında bir farklı muamelenin 14. madde bakımından aykırılık teşkil etmemesi için, Sözleşme'nin güvenceye aldığı bir hakkın kullanımındaki söz konusu farklı muamelenin nesnel ve makul bir nedeninin olması gerektiğini, söz konusu farklı muamelenin yöntemi ile bu muamele ile amaçlanan arasında oransal bağ bulunması gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca ayrımcılık toplumun dezavantajlı gruplarına uygulandığında, devletlerin hangi hallerde farklı muamelenin gerekli olacağını belirlemedeki takdir marjının oldukça dar olduğunun altı çizilmiştir. AYM, AİHM'in Kiyutin/Rusya Kararına atıfta bulunarak HIV'li bireylerin dezavantajlı gruplar arasında olduğunun tespitini yapmıştır. Kanımızca söz konusu olayda AYM'nin de, AİHM içtihadına uygun şekilde HIV'li bireyi engelli kategorisinde değerlendirerek olayda engellilik temelinde ayrımcılığın söz konusu olduğunun tespitini yapması daha doğru olacaktı. Olayda başvuruçunun HIV'li olduğunun öğrenilmesinden sonra çalıştırılmaması şeklinde farklı muamelenin uygulandığı, başvuruçunun daha az riskli başka pozisyonlarda çalışması ihtimalinin işverence göz önünde tutulmadığı, başvuruçunun kişisel verilerinin gizli tutulması için

gerekli tedbirlerin alınmadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesinin, 17. maddesinde yer alan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ve 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

II. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU

Eski 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda nefret ve ayrımcılık suçuna yer verilmemişken 2004 tarihli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile bu suç düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 2. kısım 7. bölümünde “Hürriyete Karşı Suçlar” başlığı altında 122. maddesinde düzenlenen suç için kanun koyucu “nefret ve ayrımcılık suçu” başlığını kullanmıştır. 5237 sayılı kanun ile düzenlenen ayrımcılık suçunun “ayırıcılık” başlıklı ilk hali şu şekildedir:

“(1) Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep benzeri sebeplerle ayırım yaparak;

- a) bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan,
- b) besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden,
- c) kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen

kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası verilir.”

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile ceza hukukumuzda ilk kez düzenlenen ayrımcılık suçu, 02.03.2014 tarihinde kabul edilen 6529 sayılı Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 15. maddesi ile “nefret ve ayrımcılık” başlığı ile aşağıdaki gibi değiştirilmiştir:

“(1) Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle;

- a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini,
- b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını,

- c) Bir kişinin işe alınmasını,
d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını,
engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Yapılan bu değişiklikle madde başlığı “nefret ve ayrımcılık” olarak değiştirilmiş, suçun cezası artırılmış, ayrımcılık nedeni olarak sayılan dil, ırk, renk gibi ifadelerin sayıldığı tüm seçimlik hareketler için ortak hüküm olan ilk ifadeden “ve benzeri sebepler” ifadesi çıkarılmış ve maddede sayılan seçimlik hareketlerin ilk fıkrada sayılan özelliklerin farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle gerçekleşmesi şartı aranmıştır. Bu haliyle nefret ve ayrımcılık suçu, madde metninde örnekseyici şekilde sayılmış olan dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle, maddede belirtilen seçimlik hareketlerden bir veya bir kaçının işlenmesi ile oluşan bir “sırf hareket suçu”dur³⁵⁸.

“Engelli” ifadesi, kanun metninin yasalaşmış olan ilk halinde bulunmayıp 01.07.2005 tarihli 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile “dil, ırk, renk, cinsiyet” ibaresinden sonra gelecek şekilde “özürlülük” ifadesi madde metnindeki ayrımcılık nedenlerinin arasına eklenmiştir. Bu değişiklik yapılmadan önce engellilik nedeniyle ayrımcılık, kanundan “ve benzeri sebepler” ifadesi çıkarılması nedeniyle bu düzenleme kapsamında suç olarak değerlendirilemeyecekti; öte yandan kanunun ilk haliyle de “ve benzeri sebepler” ifadesi kapsamında değerlendirilmesi “suç ve cezada kanunilik ilkesi”ne aykırı düşebilecekti. Bu sebeple maddeye eklenmesi engelliler bakımından isabetli olmuştur³⁵⁹.

Burada engelliliğe dayalı ayrımcılık iddiasının tespitinde önemli olan husus, ayrımcı muameleye maruz kalan kişinin kanunen engelli olup olmadığı değil; söz konusu suçu işleyen failin hareketini yönelttiği kişiyi engelli olarak algılayıp

³⁵⁸Öztürk, s. 94. Türk Ceza Kanunu’nda ve bazı özel kanunlarda düzenlenen bazı suçların tamamlanması için kanun koyucu, hareketlerin yapılmasını yeterli görmüştür. Diğer bir deyişle, bu tür suçların işlenmesi için herhangi bir neticenin gerçekleşmesi gerekmemektedir. İşte tamamlanması için neticenin aranmadığı suçlara “sırf hareket suçları” denmektedir. Hasan Hüseyin Bayraklı, Ahmet Bozdağ, “Türk Ceza Hukukunda Teşebbüse Elverişlilik Sorunu ve Vergi Suçlarının Teşebbüse Elverişlilik Açısından Değerlendirilmesi”, **Maliye Dergisi**, Sayı: 158, Ocak-Haziran 2010, https://dergiler.sgb.gov.tr/calismalar/maliye_dergisi/yayinlar/md/158/02.Hasan.Huseyin.BAYRAKLI_Ahmet.BOZDAG.pdf (02.01.2019), s. 20.

³⁵⁹Öztürk, s. 112.

algılamadığıdır. Bu bakımdan 5378 sayılı Engelliler Kanunu bağlamında engelli olmayan kişiler de Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesi kapsamında engelli kabul edilebilir³⁶⁰.

Hizmetlerin engellilerin kullanımına uygun tasarlanması yanında hizmetten faydalanırken engellilerin her türlü ayrımcılığa karşı korunmaları bakımından ele alınması gereken bir karar Beyoğlu 1. Sulh Ceza Mahkemesi tarafından verilmiştir. Davaya konu olayda tekerlekli sandalye kullanan ve %95 oranında engelli olan davacı, otobüs beklediği durakta şoför tarafından otobüse alınmaması üzerine suç duyurusunda bulunmuş; Beyoğlu Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinin ihlali iddiasıyla dava açılmıştır. Mahkeme, Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinin ihlal edildiği ve ayrımcılık suçunun gerçekleştiği yönünde karar vermiştir³⁶¹.

III. 4857 SAYILI İŞ KANUNU

İş Kanunu, iş ilişkisinin taraflarını oluşturan işçi ve işveren arasındaki dengenin işçi aleyhine olması ve işçinin işveren karşısında güçsüz olduğu gerçeğini göz önünde bulundurularak işçiye korumak amacıyla işverene eşit davranma borcu getirmiştir. İşverenin eşit davranma borcu, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde şu şekilde yer almaktadır: “İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz... İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz. Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamaz.”

Eşit davranma borcu, işverene, haklı ve objektif nedenler olmadıkça işçilere farklı davranmayı yasaklayıp eşit davranma borcu yüklemektedir. Bir bakıma işverenin mutlak yönetim hakkı belli bir koşula bağlanmakta ve iş yerinde işçiler arasında keyfi uygulamaların ortadan kaldırılması öngörülmektedir. Eşit davranma borcu, bütün işçileri eşit duruma getirmeyi değil, aynı durumdaki işçilere farklı

³⁶⁰Öztürk, s. 113.

³⁶¹Keskin, s. 197. Beyoğlu 1. Sulh Ceza Mahkemesi, 2008/1680 Esas No., Karar Tarihi: 05.05.2009.

davranılmasını engellemeyi amaçlamaktadır³⁶². İş Kanunu'nun 5. maddesinde sayılan ayrımcılık nedenleri, maddedeki “benzeri sebepler” ifadesi itibariyle sınırlı olarak sayılmış olmadığından engellilere yapılan ayrımcılık da söz konusu madde kapsamında değerlendirilecektir³⁶³.

İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrasında işverenin ayrımcılık yapması halinde uygulanacak hükme yer verilmiştir: “İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir.” Aynı maddenin 4. fıkrasına göre ise “işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.” denilerek ayrımcılığın varlığına yönelik güçlü emarelerin mevcut olması durumunda ispat yükünün işçiden işverene geçmesi öngörülmüştür.

İş Kanunu'nun ilgili hükümlerinde iş ilişkisinde ve işi sona erdirmede ayrımcılık yasağı açıkça ifade edildiği halde işe alımda ayrımcılık yasağının açıkça ifade edilmemesi ve bu konu ile ilgili işverene yönelik herhangi bir yaptırımdan bahsedilmemesi, işe alımda ayrımcılığa izin verildiği gibi yanlış bir anlama da sebebiyet verebilir. Ancak eşitlik ilkesini düzenleyen Anayasa'nın 10. maddesi ve İş Kanunu'nun eşit muamele ve ayrımcılık yasağı hükmünün bütünü içinde değerlendirildiğinde, sayılan özelliklerden dolayı işe alımda da ayrımcılığın yasaklandığı anlaşılmaktadır. Ancak yine de İş Kanunu'nda cinsel yönelim, gebelik ve engellilik gibi çeşitli ayrımcılık temellerinin açık bir şekilde sayılmış olmaması ve işe alımlarda yapılan ayrımcılığa yönelik herhangi bir tazminat müeyyidesinin getirilmiş olmaması hükmün uygulamada ayrımcılıkla mücadele etkisini azaltabilecektir³⁶⁴.

Anayasa'nın 50. maddesinin 1. fıkrasına göre, “kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar”. Buna göre

³⁶²Tanay, **Ayrımcılık Suçu**, ss. 238-239.

³⁶³Ertuğrul Yuvalı, “Çalışma Yaşamında Engellilerin Ayrımcı Muamelelerden Korunması”, **Uluslararası Sosyal ve Ekonomik Bilimler Dergisi**, Cilt:4, Sayı:1, 2014, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/403273> (02.01.2019), s. 55.

³⁶⁴Tanay, **Ayrımcılık Suçu**, s. 240.

çalışma şartları bakımından engelliler lehine farklı muamele, düzenleme ve uygulamalar eşitlik ilkesine aykırı sayılmamalıdır.

Anayasa'nın, sosyal güvenlik bakımından özel korunması gerekenler başlıklı 61. maddesinin 2. fıkrası doğrultusunda İş Kanunu'nun 30. maddesinde engelli çalıştırılma zorunluluğu getirilmiştir. Kanun'un 1. fıkrası uyarınca, "işverenler, elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç engelli, kamu işyerlerinde ise yüzde dört engelli ve yüzde iki eski hükümlü işçiyi meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler." Yine İş Kanunu'nun 30. maddenin 2. fıkrasına göre: "Bu kapsamda çalıştırılacak işçi sayısının tespitinde belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesine göre çalıştırılan işçiler esas alınır. Kısmi süreli iş sözleşmelerine göre çalışanlar, çalışma süreleri dikkate alınarak tam süreli çalışmaya dönüştürülür, Oranın hesaplanmasında yarıma kadar kesirler dikkate alınmaz, yarım ve daha fazla olanlar tama dönüştürülür. İşyerinin işçisi iken engelli hale gelenlere öncelik tanınır" denmektedir. Keza Anayasa, dezavantajlı gruplar olan engelliler ve eski hükümlülere yönelik özel tedbirler alma yükümlülüğü getirmektedir. Devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında özel sektörde ve kamu sektöründe bu kişilerin istihdamı için belirli kota uygulaması ayrımcılık sayılmaz. Anayasa'nın 10. maddenin 2. fıkrasına göre kadınlardan başka hangi dezavantajlı gruplar için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesiyle ters düşmeyeceği yer almaktadır. Buna göre, "çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz." Söz konusu dezavantajlı gruplar için alınan bu tür özel önlemler ayrımcılık yasağı ilkesinin ihlali sayılmayacaktır³⁶⁵.

İş Kanunu ile getirilen bu yükümlülüğe uymamanın hukuki yaptırımı ise Kanun'da yer almamaktadır. Ancak Kanun'un 101. maddesi ile idari para cezası düzenlenmiştir. "Engelli ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğuna aykırılık" başlığını taşıyan hükme göre "Bu Kanunun 30 uncu maddesindeki hükümlere aykırı olarak engelli ve eski hükümlü çalıştırmayan işveren veya işveren vekiline çalıştırmadığı her engelli ve eski hükümlü ve çalıştırmadığı her ay için binyediyüz Türk Lirası idari para cezası verilir. Kamu kuruluşları da bu para cezasından hiçbir şekilde muaf tutulamaz." Uygulamada ise işverenlerin para cezasına katlanmak pahasına engelli çalıştırmadığı

³⁶⁵ Tanay, *Ayrımcılık Suçu*, s. 242.

ya da kota kapsamında engelli istihdam etseler dahi onlardan işe gelmemelerini talep ettikleri görülmektedir³⁶⁶.

IV. 657 SAYILI DEVLET MEMURLARI KANUNU

Devlet Memurları Kanunu'nun 53. maddesi engelli personel çalıştırma yükümlülüğüne ilişkindir. Söz konusu maddeye göre "Kurum ve kuruluşlar bu Kanuna göre çalıştırdıkları personele ait kadrolarda % 3 oranında engelli çalıştırmak zorundadır. % 3'ün hesaplanmasında ilgili kurum veya kuruluşun (yurtdışı teşkilat hariç) toplam dolu kadro sayısı dikkate alınır." Engelli personel çalıştırma yükümlülüğünün yerine getirilmesinin takibi, denetimi ve engellilerin devlet memurluğuna yerleştirilmesinden Devlet Personel Başkanlığı sorumludur.

Engelli kamu personeli çalıştırma yükümlülüğü çerçevesinde yüzde kırk veya üzerinde engeli bulunan personelin çalıştırılması gerekmektedir. "Engelli Kamu Personel Seçme Sınavı ve Engellilerin Devlet Memurluğuna Alınmaları Hakkında Yönetmelik" in 4. maddesinin (ç) bendinde engelliliğin tanımını yapmıştır. Buna göre kanun kapsamında değerlendirilmek için engel durumunun yüzde kırk veya üzerinde bir oran olması, ilgilinin engel oranını ve çalışabilecek durumda olduğunu sağlık kurulu raporu ile belgelemesi beklenmektedir³⁶⁷. Aynı Yönetmelik'in 16. maddesine göre, kurumların engellilerin çalışma şartlarına göre düzenlenmesi gerekmekte olup bu gereklilik doğrultusunda kamu kurum ve kuruluşlarının çalışma yerleri ve eklentileri engellilerin erişilebilirliğine uygun hale getirilmelidir. Engellilerin işlerini yapmalarını kolaylaştıracak tedbirler alınmalı; bunun için ihtiyaç duydukları yardımcı ve destekleyici araç-gereçler sağlanmalıdır. Engellilerin engel durumları dikkate alınarak görevlendirilme yapılması gerekmektedir. Her ne kadar engelli memurların haftalık çalışma süreleri tüm memurlar bakımından olduğu gibi, Devlet Memurları Kanunu'nun 99. maddesine gereğince kırk sekiz saat olsa da, günlük çalışma saatlerinin başlangıç, bitiş ve öğle dinlenme arası bakımından farklılıklar söz konusu

³⁶⁶ Gökçeoğlu Balcı, s. 43.

³⁶⁷ Kanımızca Kanun'un kapsamının kanun koyucu tarafından bu şekilde belirlenmesi insan hakları yaklaşımından çok, tıbbi yaklaşımın benimsendiğine işaret etmektedir. Kişinin engel seviyesinin salt sağlık kurulları tarafından verilen ve orana dayanan raporlar ile belirlenmesi yerine, engelin bireyin günlük yaşamına etkisini ve bireyin haklarını kullanmada ne ölçüde zorluk yaşadığını ölçmeye dayalı bir değerlendirme insan hakları yaklaşımına ve sosyal modele daha uygun düşecektir.

olabilir. Devlet Memurları Kanunu'nun "günlük çalışma saatlerinin tespiti" başlıklı 100. maddesi gereği engelliler için günlük çalışmanın başlangıç ve bitiş saatleri, öğle dinlenme süreleri merkezde üst yönetici, taşrada ise mülki idari amirler tarafından engellilerin engel durumları, hizmet gerekleri, iklim ve ulaşım şartları dikkate alınarak farklı belirlenebilir. Devlet Memurları Kanunu'nun "günün yirmi dört saatinde devamlılık gösteren hizmetlerde çalışma saat ve usulünün tespiti" başlıklı 101. maddesinde ise, engelli memurlara istekleri dışında gece nöbet veya vardiya şeklinde görev verilemeyeceği belirtilmiştir³⁶⁸.

DMK 48. maddesinde memuriyete alınacaklarda aranan genel ve özel koşullar belirtilmiştir. Genel koşullar arasında sağlık koşulu da bulunmaktadır. DMK m. 48/A-7 gereğince "53. madde hükümleri saklı kalmak kaydı ile görevini devamlı yapmasına engel olabilecek akıl hastalığı bulunmamak", memuriyete alınacaklarda aranan genel şartlardan biridir. Akıl hastaları, DMK m. 53 çerçevesinde istihdam edilebilirler. Diğer engelli bireyler açısından ise DMK'da yer alan sağlık koşuluna uygunluk açısından sorun bulunmamaktadır. DMK 53. madde çerçevesinde, istihdam edilecek engelli memurlar bakımından sağlık koşulundan muafiyet vardır. Memur olabilmek için DMK m. 48/B uyarınca, kurumların özel kanunlarında ve diğer mevzuatlarında yer alan diğer şartların da karşılanması gerekir. Danıştay, EHS'ye atıfta bulunan 2012 tarihli bir kararında engellilerin genel olarak öğretmenlik mesleğine özgü bazı özelliklere sahip olmadıkları gerekçesiyle öğretmen olamayacaklarına ilişkin değerlendirmenin engellilere yönelik açık bir ayrımcılık niteliğinde olduğunun tespitini yapmıştır.³⁶⁹

V. 5378 SAYILI ENGELLİLER KANUNU

Engelliler Kanunu, ayrımcılık türlerinin tek tek belirtilmesi ve yasaklanması bakımından EHS'den daha ileri bir düzenleme yaparak doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramlarını ayrı ayrı tanımlayarak yasaklamıştır³⁷⁰. Kanun, engelliliğe dayalı ayrımcılığı ise "siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya başka herhangi bir

³⁶⁸ Lale Burcu Önüt, "Türk Memur Hukukunda Engelli Hakları", **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 1, Haziran 2018, ss. 118-119.

³⁶⁹ Önüt, ss. 112-113. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 2008/2220 Esas No., 2012/2239 Karar No., Karar Tarihi: 21.11.2012.

³⁷⁰ Gül, "Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi", ss. 35-36.

alandaki insan hak ve temel özgürlüklerinin tam ve diğerleri ile eşit koşullar altında kullanılması veya bunlardan yararlanılması önünde engelliliğe dayalı olarak gerçekleştirilen her türlü ayırım, dışlama veya kısıtlama” olarak EHS ile paralel şekilde ifade etmiştir.

Kanun’un “ayrımcılık” başlıklı 4/A maddesine göre, “Doğrudan ve dolaylı ayrımcılık dâhil olmak üzere engelliliğe dayalı her türlü ayrımcılık yasaktır. Eşitliği sağlamak ve ayrımcılığı ortadan kaldırmak üzere engellilere yönelik makul uyumlaştırmaların yapılması için gerekli tedbirler alınır. Engellilerin hak ve özgürlüklerden tam ve eşit olarak yararlanmasını sağlamaya yönelik alınacak özel tedbirler ayrımcılık olarak değerlendirilemez.”

Erişilebilirliği düzenleyen 7. maddeye göre ise “Yapılı çevrede engellilerin erişilebilirliğinin sağlanması için planlama, tasarım, inşaat, imalat, ruhsatlandırma ve denetleme süreçlerinde erişilebilirlik standartlarına uygunluk sağlanır. Özel ve kamu toplu taşıma sistemleri ile sürücü koltuğu hariç dokuz veya daha fazla koltuğu bulunan özel ve kamu toplu taşıma araçlarının engellilerin erişilebilirliğine uygun olması zorunludur. Bilgilendirme hizmetleri ile bilgi ve iletişim teknolojisinin engelliler için erişilebilir olması sağlanır.”

Kanun, geçici maddelerinde engellilerin kamu binalarına ve ulaşım araçlarına erişilebilirlikleri ile ilgili düzenlemeler getirmiştir. Buna göre kamu kurum ve kuruluşlarına ait mevcut resmî yapılar, mevcut tüm yol, kaldırım, yaya geçidi, açık ve yeşil alanlar, spor alanları ve benzeri sosyal ve kültürel alt yapı alanları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından yapılmış ve umuma açık hizmet veren her türlü yapılar bu Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren sekiz yıl içinde engellilerin erişilebilirliğine uygun duruma getirilir. Büyükşehir belediyeleri ve belediyeler, şehir içinde kendilerince sunulan ya da denetimlerinde olan sürücü koltuğu hariç dokuz veya daha fazla koltuğu bulunan araçlarla sağlanan toplu taşıma hizmetlerinin engellilerin erişilebilirliğine uygun olması için gereken tedbirleri almakla yükümlü tutulmuştur. Mevcut özel ve kamu toplu taşıma araçlarının, bu Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren sekiz yıl içinde, sürücü koltuğu hariç dokuz ila on altı oturma yeri olan araçlarla verilen toplu taşıma hizmetlerinin, turizm taşımacılığı yapılan araçlarla sağlanan taşıma hizmetleri ve özel ve kamu şehirlerarası toplu taşıma hizmetlerini ve yolcu gemilerinin 07.07.2018 tarihine kadar engelliler için erişilebilir duruma

getirilmesi öngörülmüştür. Yine aynı tarihe kadar, karayolu ile turizm taşımacılığı yapan veya şehirlerarası toplu taşıma hizmeti veren gerçek ve tüzel kişiler, engelli bireyin erişilebilir toplu taşıma hizmeti sağlanmasına ilişkin talebini azami yetmiş iki saat içinde karşılamakla yükümlü tutulmuştur. 07.07.2018 tarihine kadar, servis taşımacılığı yapan gerçek ve tüzel kişiler, engelli personel veya öğrenciye talep hâlinde erişilebilir taşıma hizmetini sağlamakla yükümlü tutulmuştur. Bu fıkranın yürürlüğe girdiği tarihten sonra üretilen şehirlerarası ve uluslararası yolcu taşımacılığı ile servis ve turizm taşımacılığı yapan araçlar dışında şehir içi yolcu taşıma hizmeti yapan araçlardan erişilebilir olmayanlara yolcu taşıma hizmeti için yetki belgesi, izin ve çalışma ruhsatı verilmemesi öngörülmüştür.

Kanun, şehirlerarası yolcu taşıma hizmeti ile şehir içi servis ve turizm taşımacılığı hizmetinin erişilebilir hâle getirilmesi için usul ve esaslar Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı ile Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'nın görüşleri alınmak suretiyle Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından bu fıkranın yürürlük tarihinden itibaren bir yıl içinde çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceğini ifade etmiştir³⁷¹.

Kanun'un geçici 2. maddesi ile bu maddede belirtilen erişilebilirlik standartlarının ve yükümlülüklerinin uygulanmasının izlenmesi ve denetimi her ilde Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı ile engelliler ile ilgili konfederasyonların temsilcilerinden oluşan komisyon tarafından yapılır. Denetim sonucunda ilgili belediye ve kamu kurum ve kuruluşları ile umuma açık hizmet veren her türlü yapıların ve açık alanların malikleri ile toplu taşıma araçlarının sahiplerine eksikleri tamamlaması için birinci fıkrada belirtilen sürenin bitiminden itibaren iki yılı geçmemek üzere ek süre verilebilir. Sürenin bitiminden itibaren öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmede denetim komisyonlarınca tespit edilen umuma açık hizmet veren her türlü yapılar ve açık alanlar ile toplu taşıma araçlarının sahibi olan gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerine, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından her bir tespit için bin Türk Lirasından beş bin Türk Lirasına kadar idari para cezası uygulanır. Bu şekilde bir yıl içinde uygulanacak idari para cezasının

³⁷¹ Söz konusu yönetmelik, 29947 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Şehirler Arası Yolcu Taşıma Hizmeti ile Servis ve Turizm Taşımacılığı Hizmetinin Erişilebilir Hale Getirilmesine Dair Yönetmelik"tir.

tutarı elli bin lirayı geçemez. Öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmediği denetim komisyonlarınca tespit edilen büyükşehir belediyeleri, belediyeler ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarına Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından her bir tespit için beş bin Türk Lirasından yirmi beş bin Türk Lirasına kadar idari para cezası uygulanır. Bu şekilde bir yıl içinde uygulanacak idari para cezasının tutarı beş yüz bin lirayı geçemez. Genel bütçeye gelir kaydedilen idari para cezası tutarları dikkate alınarak erişilebilirlik konusundaki projelerde kullanılmak üzere Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı bütçesinde ödenek öngörülmüştür³⁷². Geçici maddelerdeki düzenleme böyle olmakla birlikte bu yükümlülüklerin yerine getirilmediği konusunda denetlemenin yetersiz oluşu ve söz konusu yükümlülüklerle uymamanın sonucunda kanımızca yetersiz yaptırımlar öngörülmüş olması, Kanun ile getirilen düzenlemelerin uygulamaya geçirilmesini zorlaştırmaktadır.

Engelliler Kanunu ile paralel şekilde 3194 sayılı İmar Kanunu ek 1. maddesi ile fiziksel çevrenin engelliler için ulaşılabilir ve yaşanılabilir kılınması için, imar planları ile kentsel, sosyal, teknik altyapı alanlarında ve yapılarda, Türk Standardları Enstitüsü'nün ilgili standardına uyulmasını zorunlu tutmuştur³⁷³.

Ulaşımda erişilebilirlik konusu ile ilgili olarak, engellilerin sosyal hayata etkin biçimde katılımlarını sağlamak amacıyla metrobüs hattının 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun, 3194 sayılı İmar Kanunu ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu gereğince engelli ve hareket kısıtlılığı olan vatandaşların kullanımına uygun hale getirilmesi; rampa, lift sistemi, asansör gibi düzenlemeler yapılması için yapılan idari başvuru idare tarafından reddedilmiştir. Bunun üzerine ilgili idare aleyhine açılan davada İdare Mahkemesi'nin "Engellilerin ve diğer hareket kısıtlılığı içerisinde bulunan kişilerin, metrobüs hattının kullanımı sırasında yaşadıkları sorunların bir başka deyişle önlerindeki engellerin kaldırılarak özürllüler bakımından erişilebilirliğine uygun duruma getirilmesi ve özürllü vatandaşlarımızın toplumsal yaşama tam katılımlarının

³⁷² Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar; Bilim, Sanayi ve Teknoloji, İçişleri, Maliye, Çevre ve Şehircilik, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlıklarının ve engelliler ile ilgili konfederasyonların görüşleri alınmak sureti ile Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığınca çıkarılan 28713 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Erişilebilirlik İzleme ve Denetleme Yönetmeliği" ile belirlenmiştir.

³⁷³ İmar Kanunu'nun geçici 9.maddesine göre ise ek 1. maddesinde öngörülen düzenlemelerin yapılmış ve yapılacak altyapı alanlarında ve yapılarda gerçekleştirilmesi için, imar yönetmelikleri ve kamu binaları ile ilgili mevzuatta gerekli değişikliklerin Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından yapılacağı belirtilmiştir.

sağlanması, fiziksel çevrenin özürllüer için de ulaşılabilir ve yaşanılabilir kılınması gerekliliğı karşısında, davacı dernek talebinin zımnen reddedilmesi şeklinde tesis olunan dava konusu işlemde hukuka ve hakkaniyet ilkelerine uyarlık görölmediğı” şeklindeki kararı, Danıştay tarafından da onanmıştır³⁷⁴.

VI. 6701 SAYILI TÜRKİYE İNSAN HAKLARI ve EŞİTLİK KURUMU KANUNU

Türk hukukunda ayrımcılık yasağına ilişkin temel bir kanun bulunmamakla birlikte belirli hakların kullanımına yönelik ayrımcılığı yasaklayan hükümler farklı kanunlarda düzenlenmiştir. Ancak ayrımcılık yasağı ile ilgili temel bir yasa hazırlanmasının gerekliliğı nedeniyle ve uluslararası insan hakları sözleşmeleri ile AB yönergeleri ve sivil toplum kuruluşlarının baskısı sonucu 06.04.2016 tarihli ve 6701 sayılı Kanun hazırlanmıştır. Kanun’un ilk maddesinde amacı ve kapsamı yer almaktadır. Buna göre insan onurunu temel alarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi amacıyla bu ilkeler doğrultusunda faaliyet göstermek, işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etmek Kanun’un kapsamını oluşturmaktadır. Kanun doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık, taciz, makul uyumlaştırma, çoklu temelde ayrımcılık, ayrımcılık talimatı gibi çeşitli kavramların tanımlarına da yer vermiştir. Kanun kapsamında engelli kavramı, fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duysal yetilerinde çeşitli düzeyde kayıplarından dolayı topluma diğer bireyler ile birlikte eşit şartlarda tam ve etkin katılımını kısıtlayan tutum ve çevre şartlarından etkilenen birey olarak ifade edilmiştir. Makul uyumlaştırma kavramı ise doğrudan engellilerle bağlantılı olarak; engellilerin hak ve özgürlüklerini tam ve diğer bireylerle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere belirli bir durumda ihtiyaç duyulan, mali imkânlar nispetinde, ölçülü, gerekli ve uygun değişiklik ve tedbirler olarak belirtilmiştir.

Kanun’un 3. maddesi “Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı” başlığını taşımaktadır:

“Herkes, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşittir.

³⁷⁴ Keskin, s. 196. İstanbul 2.İdare Mahkemesi, 2009/1464 Esas No., 2010/258 Karar No. Danıştay 8. Dairesi, 2010/4941 Esas No., 2013/3648 Karar No., Karar Tarihi: 07.05.2013.

Bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefî ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır.

Ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, konuya ilişkin görev ve yetkisi bulunan kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ihlalin sona erdirilmesi, sonuçlarının giderilmesi, tekrarlanmasının önlenmesi, adli ve idari yoldan takibinin sağlanması amacıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.

Ayrımcılık yasağı bakımından sorumluluk altında olan gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri, yetki alanları içerisinde bulunan konular bakımından ayrımcılığın tespiti, ortadan kaldırılması ve eşitliğin sağlanması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.”

Kanun’un 5. maddesinde ise ayrımcılık yasağının kapsamı belirlenmiştir: “Eğitim ve öğretim, yargı, kolluk, sağlık, ulaşım, iletişim, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler, sosyal yardım, spor, konaklama, kültür, turizm ve benzeri hizmetleri sunan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri, yürüttükleri faaliyetler bakımından bu hizmetlerden yararlanmakta olan veya yararlanmak üzere başvurmuş olan ya da bu hizmetler hakkında bilgi almak isteyen kişi aleyhine ayrımcılık yapamaz. Bu hüküm kamuya açık hizmetlerin sunulduğu alanlar ve binalara erişimi de kapsar.

Birinci fıkrada belirtilen hizmetlerin planlanması, sunulması ve denetlenmesinden sorumlu olan kişi ve kurumlar, farklı engelli grupların ihtiyaçlarını dikkate almakla ve makul uyumlaştırmaların yapılmasını sağlamakla yükümlüdür.

Kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler, özel hukuk tüzel kişileri ve bunlar tarafından yetkilendirilenler, taşınır ve taşınmazları kamuya açık bir şekilde sunarken bu malları edinmek veya kiralamak isteyenler ile bunlar hakkında bilgi almak isteyenler aleyhine, bunların kiralanması, kira akdinin şartlarının belirlenmesi, kira akdinin yenilenmesi veya sona erdirilmesi, satışı ve devri süreçlerinin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz.

Dernek, vakıf, sendika, siyasi parti ve meslek örgütlerine, ilgili mevzuatlarında veya tüzüklerinde belirtilen istisnalar dışında üye olma, organlarına seçilme, üyelik imkânlarından yararlanma, üyeliğin sonlandırılması ve bunların faaliyetlerine katılma ve yararlanma bakımından, hiç kimse aleyhine ayrımcılık yapılamaz.”

“İstihdam ve serbest meslek” başlıklı 6. madde ise çalışma hakkı bakımından ayrımcılık yasağını ele almıştır. İş Kanunu’ndan farklı olarak bu düzenlemede işe alım sürecinde de ayrımcılık yapılması açık bir biçimde yasaklanmıştır: “İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi; işverenin çalışanı veya bu amaçla başvuran kişi, uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere bir işyerinde bulunan veya bu amaçla başvuran kişi ve herhangi bir sıfatla çalışmak ya da uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere işyeri veya iş ile ilgili olarak bilgi edinmek isteyen kişi aleyhine, bilgilenme, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz.

Birinci fıkra iş ilanı, işyeri, çalışma şartları, mesleki rehberlik, mesleki eğitim ve yeniden eğitimin tüm düzeylerine ve türlerine erişim, meslekte yükselme ve mesleki hiyerarşinin tüm düzeylerine erişim, hizmet içi eğitim, sosyal menfaatler ve benzeri hususları da kapsar.

İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi, istihdam başvurusunu gebelik, annelik ve çocuk bakımı gerekçeleriyle reddedemez.

Serbest mesleğe kabul, ruhsat, kayıt, disiplin ve benzeri hususlar bakımından ayrımcılık yapılamaz.

Kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam bu madde hükümlerine tabidir.”

6701 sayılı Kanun ile daha önce 21.06.2012 tarih ve 6332 sayılı Kanun ile kurulmuş olan Türkiye İnsan Hakları Kurumu yerine Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu kurulmuştur. Kurum, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip, özel bütçeli bir kuruluş olup görevlerinde tam bağımsızdır. Nitekim 6701 sayılı Kanun’un 10. maddesinin 1. fıkrasına göre “Kurul, bu Kanunla ve diğer mevzuatla verilen görev ve yetkilerini kendi sorumluluğu altında, bağımsız olarak yerine getirir ve kullanır. Görev alanına giren konularla ilgili olarak hiçbir organ, makam, merci veya kişi, Kurula emir ve talimat veremez, tavsiye ve telkinde bulunamaz.” Ayrımcılık yasağı ihlalden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek ve tüzel kişi Kurum’a başvurabilir. Kurum’a başvuru illerde valilikler, ilçelerde kaymakamlıklar aracılığıyla da yapılabilir. Başvuru hakkının etkin bir şekilde kullanılmasına hiçbir surette engel olunamaz. Başvurulardan herhangi bir ücret talep edilmez. Dava açma süresi içinde Kurum’a yapılan başvurular işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurur. İlgililer, Kurum’a başvuru yapmadan önce bu Kanun’a aykırı olduğunu iddia ettikleri

uygulamanın düzeltilmesini ilgili taraftan talep eder. Bu talebin reddedilmesi ya da 30 gün içinde yanıt alınmaması halinde Kurum’a başvuru yapılabilir. Ancak Kurum, telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimali bulunan hallerde, bu şartı aramadan başvuruları kabul edebilir. Kurum başvuruları ve re’sen yaptığı incelemeleri, başvurunun veya re’sen inceleme kararının alınmasından itibaren en geç üç ay içinde sonuçlandırır. Bu süre bir defaya mahsus olmak üzere en fazla üç ay daha uzatılabilir. Taraflardan yazılı görüş talep edilebileceği gibi, Kurul önünde sözlü açıklama yapma hakkı da tanınabilir. Kurul, konusu suç teşkil eden insan hakları ve ayrımcılık yasağı ihlallerini tespit ettiği takdirde bunlarla ilgili suç duyurusunda bulunur³⁷⁵.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu’nun karar organı “İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu”dur. Mülga İnsan Hakları Kurulu kararlarının aksine İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu’nun kararları bağlayıcıdır. Nitekim Kanun’un 11. maddesinin (b) fıkrasına göre Kurul, ayrımcılık yasağı ihlallerine ilişkin başvurular ile insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlallerine yönelik re’sen yapılan incelemeleri karara bağlar, bu başvuru ve incelemelere ilişkin gerekli hallerde uzlaşma sürecini sonuçlandırır, ayrımcılık yasağı ihlallerine ilişkin Kanun’da öngörülen idari yaptırımlara karar verir.³⁷⁶ Kanun kapsamında uygulanacak idari yaptırımlar 25. maddede düzenlenmiştir: “Ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, bu ihlalin etki ve sonuçlarının ağırlığı, failin ekonomik durumu ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi dikkate alınarak ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında bin Türk lirasından on beş bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanır.

Birinci fıkrada belirtilen idari para cezasının kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları hakkında uygulanması hâlinde, ödenen idari para cezası, cezaya esas ayrımcı uygulamaya kusuruyla sebebiyet veren kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında görev yapanlara rücu edilir.

19 uncu maddede öngörülen yükümlülöklere, uyarıya rağmen haklı bir neden olmaksızın belirtilen sürede uymayan birinci fıkra kapsamındaki kişi ve kuruluşlar

³⁷⁵ Gürsel Kaplan, **İdari Yargılama Hukuku**, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2017, ss. 28-29.

³⁷⁶ Kaplan, s. 30.

hakkında beş yüz Türk lirasından iki bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanır. Bu fıkra düzenlenenen idari para cezaları hakkında da ikinci fıkra hükmü uygulanır.”

Kanun’un 19. maddesine göre Kurum, bu Kanun ve diğer mevzuat ile kendisine verilen inceleme, araştırma, ziyaret ve rapor hazırlama görevleri ile diğer görevler, yerine getirirken tüm kamu kurum ve kuruluşları ile diğer gerçek ve tüzel kişilerden ilgili bilgi ve belgeleri istemeye, incelemeye ve bunların örneklerini almaya, ilgililerden yazılı ve sözlü bilgi almaya, özgürlüğünden mahrum bırakılan ya da koruma altına alınan kişilerin bulundukları yerleri ziyaret etmeye, buralarda inceleme yapmaya ve gerekli tutanakları düzenlemeye, kötü muameleye maruz kaldığı iddia edilen kişi ya da kişilerle görüşmeye yetkilidir. Kamu kurum ve kuruluşları ile diğer gerçek ve tüzel kişiler, Kurum’un ziyaretlerini kolaylaştırmak ve taleplerini gecikmeksizin yerine getirmek zorundadırlar. Kurum’un inceleme ve araştırma konusuyla ilgili olarak gerekçesini belirterek istediği bilgi ve belgelerin, bu talebin tebliğ edildiği tarihten itibaren otuz gün içinde verilmesi zorunludur.

SONUÇ

Ayrım yapmak, kişisel bir özelliğine dayalı olarak bir kişiye keyfi ya da haksız bir davranışta bulunularak kişinin mağdur edilmesi anlamına gelmektedir. Ayrımcılık, bir gruba veya grubun üyelerine karşı önyargılardan beslenen olumsuz tutum ve davranışlar ile ilgilidir. Hoşlanmama, hor görme, kaçınma, nefret duyma şeklinde açığa çıkan ayrımcılığın yöneldiği kişiler, ait oldukları grubun özellikleri nedeniyle bu davranışlara maruz kalırlar. Toplumsal bağlamda özellikle ırka, cinsiyete, yaşlılara, farklı cinsel yönelime sahip bireylere, engellilere, göçmenlere yönelik önyargıların varlığından bahsedilebilir.

Ayrımcılığın farklı türleri bulunmaktadır. “Doğrudan ayrımcılık” hukuk belgelerinde yasaklanan ilk ayrımcılık türü olmakla beraber, ayrımcılığın çok farklı görünümünde ortaya çıktığı fark edilmiş; daha değişik ve güncel türleri de tanımlanmaya ve hukuken düzenlenmeye başlanmıştır. Diğer ayrımcılık türleri olarak dolaylı ayrımcılık, dolayısıyla ayrımcılık, taciz, makul uyumlaştırmanın reddi, mağdurlaştırma, çoklu temelde ayrımcılık sayılabilir. Tüm bunların yanında bir de pozitif ayrımcılık mevcuttur. Pozitif ayrımcılık, diğer ayrımcılık türlerinden farklı olarak, genellikle kamu kaynaklı çeşitli programlar ve uygulamalar vasıtasıyla fırsat eşitliğini sağlayabilmek için belirli bir grup lehine ayrımcılık yapılmasıdır. Bu durum eşitlik ilkesini zedelemmez; çünkü haklarında pozitif ayrımcılık yapılan grup veya bireyler hâlihazırda toplumun geneli ile eşit değildirler.

Ayrımcılık yasağı ile bağlantılı olarak eşitlik ilkesi, günümüzde bütün çağdaş hukuk sistemlerinde insan haysiyet ve onurunun korunmasının temelini oluşturmakta ve ayrımcılık karşıtı bir içerikle bireyler arası ilişkiler ve birey-devlet ilişkisi bakımından her türlü ayrımcılığı reddeder şekilde yorumlanmaktadır. Eşitlik ilkesi şekli eşitlik ve maddi eşitlik olmak üzere iki boyutludur. Tarihsel anlamda ilk olarak ortaya çıkan şekli eşitlik, herkesin hak sahibi olmada birbirine eşit olması anlamına gelir. Bu anlayışa göre devletin tüm bireylere eşit mesafede durması, bireyler arasında ayrımcılık yapmaması, kimseye keyfi ölçütlere göre farklı muamelede bulunmaması ve kanunların genel olması gerekli ve yeterlidir. Şekli eşitlik ırk, etnik köken, cinsiyet gibi alanlarda mevcut bulunan bazı eşitsizliklerin giderilmesinde belirli bir noktaya kadar rol oynamışken; engelliliğe yönelik ayrımcılık bakımından yetersizdir. Maddi

eşitlik anlayışı ise eşitsizliklerin fiili olarak ortadan kaldırılmasını öngörür ve farklı durumda olanlara, mevcut farklılıkları ölçüsünde ve fiili eşitsizlikleri ortadan kaldırma amacıyla pozitif ayrımcılık yapılmasını gerektirir. Maddi eşitlik anlayışı, devleti olumlu önlemler almak zorunda bırakan ve bireylerin farklılıklarını göz önünde tutarak tutum ve davranışlarda bulunmaya iten bir anlayış olması bakımından engellilerin içinde bulundukları eşitsizlikleri aşmak bakımından işlevli olan eşitlik anlayışıdır. Özellikle engelli bireylerin, daha çok ekonomik, sosyal ve kültürel haklarını kullanamadıkları ve söz konusu bu hakların yerine getirilmesi bakımından devletlerin çeşitli pozitif edimleri yerine getirmelerinin gerekliliği düşünülünce, maddi eşitlik anlayışı engelliler bakımından önem kazanmaktadır.

Ayrımcılığa en çok maruz kalan dezavantajlı gruplardan biri olan engelliler, dünya çapında çok geniş bir kitle olup günden güne engelli sayısında da artış gözlenmektedir. Engellilik bireylerde doğuştan gelen bir özellik ya da sonradan meydana gelen bir olgudur. Engelliliğe, toplumun bakışı da çoğu zaman farklı bir engellilik katmanı yaratmaktadır. Engelliliğin tanımı üzerinde ise uzlaşılmış değildir. Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi'ne göre engelli kavramı, diğer bireylerle eşit koşullar altında topluma tam ve etkin bir şekilde katılımlarının önünde engel teşkil eden uzun süreli fiziksel, zihinsel, düşünsel ya da algı bozukluğu bulunan kişileri kapsamaktadır. Sağlık problemleri, kişisel etkenler ve çevresel faktörlerin etkileşiminden ortaya çıkan engellilik durumları geniş ölçüde çeşitlilik gösterir ve her engellinin dezavantaj oranı da farklılık göstermektedir.

Engellilere tarih boyunca farklı yaklaşımlarda bulunulmuştur. Tarihsel anlamda ilk olarak ilkel dönemlerin anlayışını yansıtan ve hurafelerden meydana gelen ilkel yaklaşımdan, daha sonra ise özellikle Sanayi Devrimi'nden sonra ortaya çıkan, engelliliği salt sağlık problemi olarak ele alan ve engelliliğin "tedavisi" üzerine odaklanan tıbbi modelden bahsedilebilir. Her iki yaklaşımın da akla ve mantığa dayalı olmaması, engellilerin haklarını ve ihtiyaçlarını dikkate almaması ve insan hakları anlayışıyla bağdaşmaması nedeniyle bu yaklaşımlar zamanla terk edilmiştir. Bu anlayışlar yerine etkili olan sosyal modelin temel iddiası, engelliliğin kaynağının bireylerdeki farklılıklardan ziyade, toplumdaki engellilere yönelik ayrımcılığın, önyargıların ve dışlamacı tutumların olduğudur. Nihayet son dönemde etkili olan insan hakları yaklaşımı ise, engelli bireyin herkesle eşit hak ve özgürlüklere sahip olduğunun

göz ardı edilmesini eleştirmekte; engellilerin sorunlarını hukuksal düzleme taşıyarak engelli bireylerin insan hakları hukuku araçlarını, ulusal ve uluslararası mahkeme ve denetim mekanizmalarını etkili başvurular yaparak kullanmalarını öngörmektedir. İnsan hakları yaklaşımının somut karşılıklar elde ettiğinin ve evrensel ölçekte kabul gördüğünün en önemli kanıtı, söz konusu yaklaşımın taleplerinin hukuki belgelerde “hak” olarak yer bulmuş olmasıdır. BM belgelerinde ilk kez, 1948 yılında yayımlanan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde engellilik dile getirilmiştir. Daha sonra pek çok uluslararası insan hakları sözleşmesinde ve ulusal anayasalarda engellilere yönelik düzenlemeler artan biçimde yer bulmuştur.

Ayrımcılık, engellilerin söz konusu insan haklarından eşitlik içinde yararlanmalarını engelleyen en eski ve en yaygın ihlallerdendir. Bu nedenle ayrımcılık yasağının ulusal ve uluslararası belgelerde yer alması engelliler açısından oldukça önemlidir. Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi de hemen hemen tüm bölgesel ve uluslararası insan hakları sözleşmelerinin merkezinde yer almaktadır. Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi’nin kabul ettiği pek çok uluslararası sözleşme ve metinde engellilerin ayrımcılıktan korunmasına ilişkin düzenlemeler mevcuttur.

Birleşmiş Milletler, kuruluşu sürecinde hazırlamış olduğu Birleşmiş Milletler Şartı’nda ayrımcılık yasağına atıfta bulunarak insan haklarının ve özgürlüklerin gerçekleşmesi sağlanırken hiçbir ayrım gözetilmeyeceği ilkesini benimsemiştir. BM tarafından insan haklarının evrensel boyutlarının saptanması amacıyla ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde de “herkesin ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir görüş, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrım gözetilmeksizin, bildirgede yer alan haklardan eşit biçimde yararlanmasının güvenceye alınacağı” belirtilmiştir. Bildirge bağlayıcı olmasa da bağlayıcı olan pek çok insan hakları sözleşmesine ilham kaynağı olmuştur. BM çerçevesinde kabul edilen bu insan hakları sözleşmeleri ile öngörülen insan hakları yükümlülüklerinin hayata geçirilmesini izlemek amacıyla çok sayıda komite oluşturulmuştur. Yarı-yargısal nitelikte olan ve verdikleri kararlar bağlayıcı olmayan bu denetim organları, raporlara dayalı denetim, bireysel başvuru, soruşturma usulü, devlet başvurusu ve ziyaretlere dayalı denetim usullerinin bir veya birkaçını birlikte yerine getirerek işlevlerini gerçekleştirmeye çalışır.

Söz konusu sözleşmelerden engelliler bakımından en önemlisi Engelli Hakları Sözleşmesi'dir. Sözleşme'nin temel amacı, engelli bireyleri merhamet nesnesi olarak değil; hak sahibi özneler olarak değerlendirek genel insan hakları sözleşmelerinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin engelli kişiler tarafından tam ve eşit şekilde kullanılabilmesini sağlamak; bu doğrultuda temel hak ve özgürlükleri engelli kişilere göre tasarlamaktır. EHS, diğer insan hakları sözleşmelerinden farklı olarak daha ayrıntılı ve uzun hükümlerden oluşmakta; hak ve özgürlükleri engelliler bakımından ele alarak bu haklardan engellilerin tam ve eşit faydalanabilmesi bakımından taraf devletleri yönlendirici bir içerikten oluşmaktadır.

EHS, taraf devletlerin ekonomik, sosyal ve kültürel hakları yerine getirmesi bakımından “ekonomik imkânsızlık” ve “kademeli ilerleme” gerekçelerinin ileri sürülememesi için, imkânlarını azami bir şekilde kullanmalarını, bunun derhal gerçekleşmesi için gerekirse uluslararası iş birliğine başvurmasını öngörmüştür. Engelliler bakımından en çok ihlal edilen ve maruz kaldıkları ayrımcılıkla mücadele anlamında bir araç anlamına da gelen haklar olan ekonomik, sosyal ve kültürel haklar bakımından uluslararası işbirliğinin bir seçenek değil zorunluluk olarak öngörülmesi oldukça yerindedir.

Sözleşme'ye göre engelliliğe dayalı ayrımcılık “siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya başka herhangi bir alanda insan hak ve temel özgürlüklerinin tam ve diğerleri ile eşit koşullar altında kullanılması veya bunlardan yararlanılması önünde engelliliğe dayalı olarak gerçekleştirilen her türlü ayırım, dışlama veya kısıtlama”dır. Sözleşme, engelliliğe dayalı ayrımcılık bakımından diğer insan hakları sözleşmelerinden farklı olarak “makul uyumlaştırma” ve “evrensel tasarım” kavramlarını da ayrıca vurgulamıştır. Sözleşme'de düzenlenen hakların pek çoğu “eşit katılım” ilkesi bağlamında ele alınmıştır. EHS'nin bir diğer ayırt edici özelliği engellilikle ayrımcılık kapsamında gerçekleştirilecek değişiklikleri sadece kamusal alanla sınırlı tutmayarak taraf devletlere özel kişilerin de ayrımcı tutumlarını engelleme yükümlülüğü getirmesidir. EHS, ayrımcılık yasağını düzenleyen maddesinde, şekli eşitliğin sağlanması ve herkesin hukuktan eşit şekilde yararlanması gerekliliğini ifade etmiş; ancak bununla yetinmeyerek maddi eşitliğin sağlanmasını da öngörmüştür. Bu doğrultuda engelliliğe dayalı ayrımcılığı yasaklayarak ayrımcılıktan etkin şekilde korunmanın bir hak olduğunu ortaya koymuş; taraf devletlere eşitliği

fiilen sağlamak ve ayrımcılığı ortadan kaldırmak üzere engellilere yönelik makul uyumlaştırmaların ve pozitif ayrımcılık uygulamalarının gerçekleştirilmesi yükümlülüğü getirmiştir.

EHS, erişilebilirlik konusunu her hakkın bir unsuru olarak ele almanın yanında başlı başına bir düzenleme olarak da ele almış; taraf devletlerin “engellilerin bağımsız yaşayabilmelerini ve yaşamın tüm alanlarına etkin katılımını sağlamak ve engellilerin diğer bireylerle eşit koşullarda fiziki çevreye, ulaşım, bilgi ve iletişim teknolojileri ve sistemleri dâhil olacak şekilde bilgi ve iletişim olanaklarına, hem kırsal hem de kentsel alanlarda halka açık diğer tesislere ve hizmetlere erişimini sağlamak için” uygun tedbirleri alması yükümlülüklerinin bulunduğunu belirtmiştir. Sözleşme erişilebilirlikle ilgili uzun bir liste şeklinde taraf devletlerin alacağı önlemleri sıralamıştır.

EHK, ayrımcılık yasağını ve eşitliği, hem ilke hem bağımsız bir hak hem de Sözleşme’deki diğer tüm ilke ve haklar için açıklayıcı olarak kabul etmiştir. Komite, engellilere yönelik pozitif ayrımcılık uygulamalarının eşitlik ilkesini zedelemeyeceğini belirtmektedir.

EHS, engelli kadınlar ve çocuklara ilişkin özel ayrı düzenlemelere sahiptir. Sözleşme, özellikle engelli kadınların maruz kaldıkları çoklu temelde ayrımcılığın dikkate alınması ve önlenmesi gerektiğinin altını çizmektedir.

EHK’nin taraf devletler üzerinde rapor usulü, bireysel başvuru usulü ve soruşturma usulü olmak üzere üç adet denetim yöntemi mevcuttur. Rapor usulü bakımından EHK için taraf devletlerin oluşturduğu raporların yanında engellilik alanında çalışan sivil toplum örgütlerinin oluşturduğu “gölge raporların” oldukça büyük önemi vardır. Bireysel başvuru ek protokol ile getirilmiş olup diğer insan hakları sözleşmeleriyle paralel biçimde düzenlenmiştir ve EHS kapsamında garanti altına alınan hakların ihlali üzerine Komite’ye bireysel başvuru yapılması imkânını tanımaktadır. Bireysel başvuru sonucunda ihlal kararı sonucu uygulanacak olan yaptırımlar, benzer ihlallerin yaşanmaması için taraf devletten gerçekleştirilmesi istenen genel nitelikli düzenlemeler ve uygulamalar ile mağdur bakımından ihlalin giderilmesine yönelik önlemlerin alınması ve gerektiğinde tazminat ödenmesi şeklindeki özel nitelikli yaptırımlardan oluşur. Soruşturma usulü de ek protokol ile getirilmiş olup Sözleşme’de düzenlenen hakların, ilgili taraf devlet tarafından ağır

veya sistemli biçimde ihlal edildiğine dair güvenilir bilginin mevcut olması halinde, araştırma yapmak ve acil olarak rapor hazırlamak maksadıyla ilgili devlete ziyaret yapma imkânını sağlar. EHS ayrıca taraf devletlerin EHS'den doğan yükümlülüklerini yerine getirmesinde uluslararası denetim usullerinin yetersiz kalabileceğini göz önünde bulundurarak taraf devletler tarafından bir ulusal denetim sistemi kurulmasını öngörmüştür. Türkiye kâğıt üzerinde bir kurul oluşturmuştur ancak bu kurul aktif ve etkin şekilde çalışmamaktadır; bu nedenle Türkiye açısından bu denetim sisteminin varlığından söz edilemez. Kanaatimizce vakit kaybetmeden iç hukukta engelli haklarının uygulanmasını takip etmek ve engellilere yönelik ayrımcılık içeren yasa ve uygulamaları raporlamak maksadıyla, aktif ve sivil toplum örgütleriyle işbirliği içinde çalışan bir ulusal denetim mekanizması kurulmalıdır.

EHS'nin yanında diğer uluslararası insan hakları sözleşmelerinde mevcut olan ayrımcılık yasağı hükümlerinden de engelli bireyler faydalanabileceklerdir. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Ekonomik, Kültürel ve Sosyal Haklar Sözleşmesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi'nde de ayrımcılık yasağına ilişkin hükümler mevcuttur.

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Sözleşme kapsamındaki hakların hangi temellerde ayrımcılık yasağına tabi tutulacağını engellilik temeli de dahil edilebilecek şekilde ucu açık bir biçimde saymıştır. Sözleşme'de yer alan herkesin hukuk önünde eşit ve eşit hukuki korunma hakkına sahip olduğunu ve Sözleşme'de sayılan özelliklerden dolayı hiç kimseye ayrımcılık yapılamayacağını belirten 26.maddesi, diğer pek çok insan hakları sözleşmesinin aksine ve tıpkı EHS gibi, sadece MSHS kapsamında korunan hakların kullanılmasında ayrımcılığı yasaklamak yerine, ayrımcılık yasağını başlı başına bir insan hakkı haline getirmiştir. MSHS'de münhasıran engellilere yönelik bir düzenleme ise mevcut değildir.

ESKHS ise MSHS ile benzer şekilde ayrımcılığın yasaklandığı temelleri engelliliği de kapsayabilecek şekilde örnekseyici olarak saymış; ancak genel bir ayrımcılık yasağı getirmeyerek Sözleşme kapsamındaki haklar bakımından geçerli olacak şekilde ayrımcılık yasağı öngörmüştür. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi ise 5 No.lu Genel Yorumu'nda engellilik temelli ayrımcılığın tanımını, ortaya çıkış biçimlerini ve ayrımcılıkla mücadele için yöntemleri ayrıntılı biçimde ifade etmiştir.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi'nde ise spesifik olarak engelli kadınlara yönelik bir madde bulunmamakla birlikte; Sözleşme, çoklu temelde ayrımcılıktan korunmak bakımından engelli kadınlar için önem taşımaktadır.

Çocuk Hakları Sözleşmesi, taraf devletleri, çocukları ayrımcılığın bütün şekillerine karşı koruyan ve tam bir bakım sağlayan düzenlemeler yapmak ve politikalar yürütmekle sorumlu tutmuştur. Sözleşme, hakları yerine getirirken “ayrımcılık yasağı”, “çocuğun üstün yararı” ve “çocuğun görüşünün alınması” ilkelerini belirlemiştir. Sözleşme’de engelli çocuklara münhasır bir düzenleme de bulunmaktadır.

Avrupa Konseyi’nin kabul etmiş olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı’nda da engellilere yönelik ayrımcılık yasağı bakımından önemli düzenlemeler mevcuttur. AİHS, ayrımcılığın yasaklandığı temelleri diğer uluslararası insan hakları sözleşmelerine benzer olarak, engelliliği de kapsam altına alacak şekilde düzenlemiştir. Nitekim AİHM, pek çok kararında engelliliğin de söz konusu hüküm tarafından ayrımcılığın yasaklandığı temeller içerisinde olduğuna hükmetmiştir. Söz konusu hüküm, sadece Sözleşme’nin ve Sözleşme’nin ek protokollerinin garanti altına aldığı hakların uygulanması bakımından ayrımcılığı yasaklamakta ve Sözleşme’deki her hakkın tamamlayıcı bir parçası olarak görülmektedir. AİHS’ye ek 12. Protokol’de düzenlenen ayrımcılık yasağı da Sözleşme’deki haklardan bağımsız şekilde ileri sürülecek biçimde düzenlenmemiş olup başvuru yine bir hakka dayalı olarak ayrımcılığa maruz kaldığını ileri sürmelidir. Ancak 12 No.lu Ek Protokol, ayrımcılık yasağının kapsamını Sözleşme’de ve ek protokollerde yer alan haklarla sınırlı tutmamış; taraf devletin iç hukukunun tümü olarak belirlemiştir. Söz konusu Protokol, Türkiye bakımından yürürlükte değildir; Türkiye’nin Protokol’e taraf olması durumunda engelliler için iç hukuktaki tüm hakların kullanılması bakımından ayrımcılıktan korunma sağlanacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ayrımcılık yasağına ilişkin maddesinin ihlali iddiasına yönelik içtihatlarında, ulusal ölçütlerin belirlediği sınırlara bağlı kalmaksızın engel durumunu tespit etmektedir. Mahkeme, engellilik olgusunun kapsamının belirlenmesinde kişilerin durumlarını bireysel olarak ele almayan ve genelde bir oran üzerinden engellilik durumunu tespit eden ölçütlerin, ayrımcılık

yarattığı ve kamu yararına olmadığı görüşündedir. Mahkeme, içtihatlarında makul uyumlaştırmanın reddini bir ayrımcılık türü olarak kabul etmiş; engellilere ilişkin kararlarında EHS'ye atıfta bulunmuştur.

Avrupa Sosyal Şartı'nda ve Şart'ın revize edilmiş versiyonu olan Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda, engellilere özel bir düzenleme mevcuttur. Söz konusu düzenleme ilk haliyle insan hakları yaklaşımını taşıyor olsa da GGASŞ'de yer alan düzenleme "özürlülerin toplumsal yaşamda bağımsız olma, sosyal bütünleşme ve katılma hakkı" başlığını taşımakta ve fırsat eşitliği felsefesini benimseyerek, engellilerin karşılaştıkları sorunların aşılması ve toplumsal hayatla bütünleşmeleri için gerekli tedbirleri kapsamına almaktadır. ASŞ'den farklı olarak GGASŞ ayrımcılık yasağına yer vermiş; ayrımcılığın yasaklandığı temeller arasında diğer sözleşmelerden farklı olarak "sağlık" temelini saymıştır. Ayrımcılık yasağının kapsamını ise Şart'ta yer alan haklarla sınırlı tutmuştur.

Türk Anayasası'na göre usulüne uygun yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası insan hakları sözleşmeleri ile kanunların aynı konuda çelişmesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda, uluslararası insan hakları sözleşmesinin hükümleri esas alınır. Bu durumda, uluslararası insan hakları sözleşmelerinde yer alan ayrımcılık yasağı ile ilgili hükümler Türk hukuku bakımından kanun hükmündedir. Sözleşmenin iç hukukta kanun hükmünde olması, ulusal hukukta düzenleme bulunmasa dahi, doğrudan sözleşmeye dayanarak hak talep edilebilmesi anlamına gelir.

Türk Anayasası 10. maddesinde şekli eşitlik ilkesine yer vermiş; 2010 yılında maddeye yapılan ekleme ile engellilere yönelik pozitif ayrımcılık uygulamalarının eşitlik ilkesini zedelemeyeceği benimsenmiştir. Kanımızca engelliler bakımından hayata geçirilecek pozitif ayrımcılık uygulamaları, tıpkı kadın-erkek eşitliğini sağlamaya yönelik getirilen Anayasa'nın 10. maddesinin 2. fıkrasında düzenlendiği şekilde, devletin uygulamak zorunda olduğu yükümlülükler olarak ifade edilmeliydi.

Türk hukukunda herkes, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu AİHS ek protokolleri kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir. Dolayısıyla engelli bireyler, Anayasa ve AİHS'te yer alan

ayrımcılık yasağı kapsamında haklarının ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilirler.

Ayrımcılıkla mücadele bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda "nefret ve ayrımcılık suçu" düzenlenmiştir; Kanun'da sınırlı sayıda sayılmış olan ayrımcı eylemlerin engellilere yönelik gerçekleştirilmesi halinde söz konusu suç işlenmiş olacaktır. Ancak Kanun maddesinin düzenleniş biçimi, hükmün bir önceki haline göre söz konusu suçun meydana gelmesini daha zor hale getirmiştir; zira bu suçun işlenmiş olması için Kanun, nefret saikin de mevcut olması şartını aramıştır. Bu saikin varlığının da ispatı her zaman kolay değildir. Dolayısıyla bu suçtan ceza alınması oldukça güçleşmiştir.

İş Kanunu'nda iş ilişkisinde ve iş ilişkisinin sona ermesinde, işverenin ayrımcı muamelelerde bulunması halinde tazminat ödenmesi öngörülmüş, yine İş Kanunu'nda belirli sayıda işçi çalıştıran işyerleri bakımından engelli işçi kotası belirlenmiştir. İş Kanunu bakımından, işe alım aşamasında da ayrımcılık yapılması durumunda tazminat öngörülmesi ve işverenin engelli kotasına uymaması durumunda daha caydırıcı yaptırımlar öngörülmesi kanaatimizce daha isabetli olurdu. Devlet Memurları Kanunu'nunda da İş Kanunu'yla paralel bir kota belirlenmiş, engellilerin işe alımına ve çalışma koşullarına yönelik özel düzenlemeler yapılmıştır. Engelliler Kanunu, engelliliğe dayalı ayrımcılığı ve ayrımcılık türlerini tanımlamış; özellikle erişilebilirlik konusunda kamu binaları ve ulaşım araçları bakımından detaylı düzenlemeler öngörmüş ve bunlara uyulmaması durumunda idari para cezası yaptırımı öngörmüştür. Söz konusu düzenlemelerin ise pratikte uygulanmadığı ve denetlenmediği görülmektedir.

Bunların yanında Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu yürürlüğe sokularak kamu kurumları ve özel kişiler bakımından ayrımcılık yasağının denetlenmesi amacıyla bağımsız bir Kurum kurulmuştur. Söz konusu Kurum'a ayrımcılık yasağı ihlalinden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek ve tüzel kişi başvurabilir. Kurum ayrımcılık tespit ettiğinde idari para cezası yaptırımı uygulayacağı gibi, suç teşkil eden bir fiil söz konusuysa suç duyurusunda da bulunur. Ayrımcılıkla mücadelede çok önemli bir rol oynayabilecek Türkiye İnsan H67akları ve Eşitlik Kurumu'nun kurulduğu tarihten bu yana çok az sayıda karar aldığı ve etkin olarak çalışmadığı gözlemlenmektedir.

Engellilere yönelik ayrımcı muameleler ve hak ihlalleri günümüzde yaşanmaya devam etmektedir. Engelli haklarına ve ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemelere sadece mevzuatta yer verilmesinin yeterli olmadığı görülmektedir. Engelli bireylerin ayrımcılığa maruz kalmamaları bakımından devletlere, mevcut eşitsizlikleri gidermek ve toplumsal önyargılarla mücadele etmek noktasında büyük görev düşmektedir. Devletlerin taraf oldukları uluslararası insan hakları sözleşmelerinin ruhunu benimseyerek söz konusu sözleşmelerin hükümlerini tam ve doğru şekilde yerine getirmeleri için samimi bir yaklaşımla gerekli tedbirleri alması gerektiği inancındayız.

KAYNAKÇA

Kitaplar

Ağırbaşı, Şennur. **Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.

Ataman, Hakan. **Avrupa Sosyal Şartı ve Uygulaması**, İnsan Hakları Gündemi Derneği, 1. Baskı, Ankara, 2010.

Avrupa Konseyi, **Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı**, Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, 2010.

Bakırcı, Kadriye. **Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, **Engellilerin Haklarına ilişkin Sözleşme'nin İzlenmesi İnsan Hakları Gözlemcileri için Kılavuz**, Birleşmiş Milletler New York ve Cenevre, 2010, http://www.un.org.tr/humanrights/vm/engellilerin_haklarına_iliskin_sozlesmenin_izlenmesi.pdf (29.11.2017).

Çağlar, Selda. **Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuk Sisteminde Engellilerin Eğitim Hakkı ve Devlet Yükümlülükleri**, 1. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.

Çınarlı, Serkan. **Engellilere Yönelik Kamu Hizmetleri**, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2010.

Dericiler, Özge Yücel. **Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Ektaş, Ahmet Fatih. **Ulusalüstü Boyutlarıyla Engelli Hakları ve Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Engelli Kadın Derneği (Der. Gizem Tanay Aksaç ve Arzu Şenyurt Akdağ), **Ayrımcılık ve Engelli Hakları**, 1. Baskı, 2015, Ankara, <http://www.engellikadin.com/wp-content/uploads/AYRIMCILIK-VE-ENGELLI-HAKLARI.pdf> (09.04.2017).

Erbil Erdugan, Fatma. **Türkiye’de Özürlü Yoksulluğu ve Mücadele Politikalarının Değerlendirilmesi: Ankara-Keçiören Örneği**, T.C. Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı Yayın No:5, Ankara, 2010.

Erdoğan, Mustafa. **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Orion Yayınları, Ankara, 2015.

Ertan, İzzet Mert. **Sosyal Hakların Uluslararası Korunması ve Avrupa Sosyal Şartı Sistemi**, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Göregenli, Melek. “Temel Kavramlar: Önyargı, Kalıpyargı ve Ayrımcılık”, **Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar**, (Ed. Kenan Çayır, Müge Ayan Ceyhan), 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012.

Gözlügöl, Said Vakkas. **Avrupa İnsan Hakları Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

Gözübüyük, Şeref, Feyyaz Gölcüklü. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.

Gül, İdil Işıl, Ulaş Karan. **Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi**, (Ed. Gökçeçiçek Ayata, Burcu Yeşiladalı), 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011.

Gül, İdil Işıl, Ulaş Karan. **Ayrımcılık Yasağı Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme**, (Ed. Burcu Yeşiladalı, Gökçeççek Ayata), 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011.

Gülmez, Mesut. **İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye**, Belediye-İş Sendikası AB'ye Sosyal Uyum Dizisi, Ankara, 2009.

Gürler, Seda. **Engelli Kadınların İnsan Hakları**, Astana Yayınları, Ankara, 2016.

İnsan Hakları Derneği, **Ayrımcılıkla Mücadele Engelli Kişilerin İnsan Hakları**, Ankara, 2004.

İnsan Hakları Komitesi'nin Emsal Kararları, (Der. Raija Hanski, Martin Scheinin), 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005.

Kalabalık, Halil. **İnsan Hakları Hukuku**, Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.

Kapani, Münci. **Kamu Hürriyetleri**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

Kaplan, Gürsel. **İdari Yargılama Hukuku**, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2017.

Kaya, Pir Ali. **Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2014.

Keskin, Züleyha. **Kamu Hizmetinde Eşitlik İlkesi**, 1. Baskı, XII Levha Yayınları, Ankara, 2015.

Kolat, Serkan. **Avrupa Birliği Sosyal Politikası Çerçevesinde Özürlülere Yönelik Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye'deki Yansımaları**, T.C. Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı, Yayın No:49, Ankara, 2010.

Korkut, Levent. **Ayrımcılık Karşıtı Hukuk**, 1. Baskı, Adres Yayınları, Ankara, 2009.

Kuyucu, Nisan. **AİHM İctihatında Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Kadına Yönelik Şiddet**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.

Oran, Bayram, Engelliler Konfederasyonu. (Haz. Turhan İçli ve Zehra Karayel), **Engellilerin Siyasal Yaşama Katılma Hakkı**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2017.

Öden, Merih. **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

Özbudun, Ergun. **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

Öztürk, Nurten. **Nefret ve Ayrımcılık Suçu**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Şişman, Yener, Fatma Kocabaş ve Berna Yazıcı. **Özürliülerin Çalışma Yaşamına Katılma Gereği ve Türkiye’de Bu Bağlamda Uygulanan Sosyal Politikaların Genel Bir Değerlendirmesi**, Anadolu Üniversitesi Yayınları No.1206, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayınları No.216, Eskişehir, 2011.

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve Rifat Murat Önok. **İnsan Hakları El Kitabı**, Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.

Türkçe Sözlük, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Türk Dil Kurumu Yayınları, Sayı:293, Ankara, 1969.

Ünal, Şeref. **Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.

Yaşın Dökmen, Zehra. **Toplumsal Cinsiyet Sosyal Psikolojik Açıklamalar**, 7. Basım, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2016.

Yılmaz, Özlem, Gülçin Aktunç. **108 Soruda Ekonomik ve Sosyal Haklar**, İnsan Hakları Gündemi Derneği, 1. Baskı, Ankara, 2013, http://www.rightsagenda.org/attachments/822_108%20soruda%20ekonomik%20ve%20sosyal%20haklar.pdf(29.12.2018).

Zihinsel Engelliler Federasyonu, **Engellinin El Kitabı**, <http://www.zihinsel.org.tr/EEK.pdf> (20.04.2017).

Makaleler

Arslan Öncü, Gülay. “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Soruşturma Usulü”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt: 31, Sayı: 1, <http://dergipark.gov.tr/iumhmohb/issue/9399/117749> (01.01.2019), ss. 29-90.

Azarkan, Ezeli, Ekrem Benzer. “Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Haklarına Dair Sözleşme ve Türkiye’de Engelli Hakları”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:23, Sayı:38, 2018, ss. 3-29.

Bayraklı, Hasan Hüseyin, Ahmet Bozdağ. “Türk Ceza Hukukunda Teşebbüse Elverişlilik Sorunu ve Vergi Suçlarının Teşebbüse Elverişlilik Açısından Değerlendirilmesi”, **Maliye Dergisi**, Sayı: 158, Ocak-Haziran 2010, https://dergiler.sgb.gov.tr/calismalar/maliye_dergisi/yayinlar/md/158/02.Hasan.Huseyin.BAYRAKLI_Ahmet.BOZDAG.pdf (02.01.2019), ss. 15-34.

Besiri, Arzu. “Yoksulluk Ekseninde Engellilerin Eğitimi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 83, 2009, ss. 353-374.

Burcu, Esra. “Türkiye’deki Engelli Bireylere İlişkin Kültürel Tanımlamalar: Ankara Örneği”, **Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi**, Cilt: 28, Sayı: 1, 2011,

<http://www.edebiyatdergisi.hacettepe.edu.tr/index.php/EFD/article/view/641/463>
(13.04.2017), ss. 37-54.

Çağlar, Selda. “Engellilerin Erişilebilirlik Hakları ve Türkiye’de Erişilebilirlikleri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 61 (2), 2012, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1679/17894.pdf> (22.04.2017), ss. 541-598.

Çağlar, Selda. “Engelli Hakları Sözleşmesinde Ayrımcılık Yasağı ve Türkiye'nin Uyum Sorunu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:96, 2011, ss. 149-178.

Çelik, Elif. “Onuncu Yılında Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin İnsan Hakları Sözleşmesi ve Sözleşmenin Ruhu”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:7, Sayı:1, 2016, ss. 219-246.

Çitil, Mahmut, Muhammet Kürşat Üçüncü. “Türkiye’de Engelli Hakları ve Engelliler Hukuku’nun Durumu”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl:9, Sayı:35, Temmuz 2018, ss. 233-278.

Dündar Sezer, Tijen. “Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Yaklaşımlar ve Türk Anayasa Mahkemesi”, **İzmir Barosu Dergisi**, Temmuz 2009, Sayı:3, ss. 120-192.

Dündar Sezer, Tijen. “Uluslararası Sözleşmeler Işığında 1982 Anayasası’nda Konut Hakkı”, **Prof. Dr. Zafer Gören Armağanı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, ss. 617-657.

Gökçeoğlu Balcı, Şebnem. “Sosyal Dışlanma Kavramı Bağlamında Engellilerin Sosyal Güvenlikten Dışlanması”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2009, Sayı:2, ss. 31-54.

Gören, Zafer. “Suum-Cuique: Herkese Kendininki”, **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl:81, Sayı:2, İzmir, 2016, ss. 199-229.

Gül, İdil Işıl. “Ayrımcılığın Önlenmesi ve Eşitliğin Sağlanmasında Hukukun Rolü”, **Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar**, (Ed. Kenan Çayır, Müge Ayan Ceyhan), 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, ss. 267-276.

Gül, İdil Işıl. “Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi”, **Engellilik ve Ayrımcılık: Eğitimciler için Temel Metinler ve Örnek Dersler**, (Ed. Kenan Çayır, Melisa Soran, Melike Ergün), Karekök Akademi, İstanbul, 2015, <http://secbir.org/images/2015/pdf/metin3.pdf> (31.10.2018), ss. 31-44.

Gül, İdil Işıl. “Hukukta Ayrımcılık Yasağı”, **Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar**, (Ed. Kenan Çayır, Müge Ayan Ceyhan), 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, ss. 117-133.

Gülmez, Mesut. “Anayasal Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Eleştirel ve Aykırı Düşünceler”, **Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu III Bildiriler**, (Düz. Kocaeli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü), Petrol-İş Yayını-116, İstanbul, 2011, <http://www.sosyalhaklar.net/2011/bildiri/gulmez.pdf> (26.02.2017), ss. 51-82.

Gülmez, Mesut. “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl:2010, Sayı:2, <http://calismatoplum.org/sayi25/gulmez.pdf> (04.04.2017), ss. 217-265.

Gürler, Cemalettin. “Nefret Suçları ve İş Hayatı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 68, Sayı: 2010/1, ss. 259-274.

İba, Şeref. “Eşitlik ve Pozitif Ayrımcılık Yönünden Dokuzuncu Anayasa Değişikliği”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 39, Sayı: 1, Mart 2006, ss. 1-15. http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/3df281bef2771d9_ek.pdf?dergi=Amme%20Idaresi%20Dergisi (24.03.2017)

Kaya, Gözde. “AB Hukukunda Obezite ve Engellilik İlişkisi: Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın Kaltoft Kararı”, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:5, Sayı:2, Aralık, 2015, ss. 13-36.

Küçükali, Adnan. “Engellilere Uygulanan Sosyal Politikaların Değerlendirilmesi: Atatürk Üniversitesi Örneği”, **Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 1, Ocak 2014, <http://www.mulkiyederigi.org/kusbd/article/view/5000112730/5000104976> (13.04.2017), ss. 59-86.

Mensiz, U. Ceren. “Seçme, Seçilme ve Serbest Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkı Bakımından Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 1, Ocak 2016, ss. 55-93.

Moroğlu, Nazan. “Uluslararası ve Ulusal Hukukta Kadının İnsan Hakları”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:XIII, Sayı:1, 2016, ss. 285-317.

Oğuşgil, V. Atilla. “Avrupa Birliği Yolunda Türkiye İnsan Hakları Kurumu’nun Birleşmiş Milletler Paris Prensipleri Işığında Değerlendirilmesi”, **Bilig / Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı:74, 2015 <http://dergipark.gov.tr/bilig/issue/25347/267612> (01.01.2019), ss. 175-198.

Önüt, Lale Burcu. “Türk Memur Hukukunda Engelli Hakları”, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 1, Haziran 2018, ss. 109-131.

Şahbaz, İbrahim. “Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 86, 2009, ss. 405-423.

Şirin, Tolga. “Ulusal ve Uluslararası Anayasa Yargısında Engelli Hakları”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Engelli Hukukuna Giriş Sempozyumu**, 1. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, 2015, ss. 77-124.

Şişman, Yener. “Engelliler Açısında Eşitlik, Ayrımcılık ve Eğitim Hakkı”, **Sosyal Politikalar Çalışma Dergisi**, Ocak-Haziran 2014, 32, <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/spcd/article/view/5000084630/5000166437> (22.04.2017), ss. 57-85.

Türmen, Rıza. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukukumuzda Etkileri”, **Anayasa Mahkemesi’nin 38. Kuruluş Yıldönümü Dolayısıyla Düzenlenen Panel**, <https://www.anayasa.gov.tr/media/4678/turmen.pdf> (13.04.2019).

Ulucan, Devrim. “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, Özel Sayı, 2013, <http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz-15-ozel/1-ishukuku/15-devrimulucan.pdf> (04.04.2017), ss. 369-383.

Ünal, Canan. “Engellilik Kavramının ve Engellilerin Sosyal Güvenlik Haklarının Uluslararası ve Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Engelli Hukukuna Giriş Sempozyumu**, 1. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, 2015, ss. 17-65.

Yuvalı, Ertuğrul. “Çalışma Yaşamında Engellilerin Ayrımcı Muamelelerden Korunması”, **Uluslararası Sosyal ve Ekonomik Bilimler Dergisi**, Cilt:4, Sayı:1, 2014, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/403273> (02.01.2019), ss. 52-57.

Yücel, Ensari. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Direktiflerinde Ayrımcılık Yasağı Hukuku”, **Adam Akademi Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 1, 2016, ss. 59-84.

Tezler

Ertaş, Türker. **Anayasa Hukukunda Sağlık Hakkı**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2012.

Gül, İdil Işıl. **Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansıması**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006.

Karan, Ulaş. **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Işığında Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012.

Kaya, Gözde. **Avrupa Birliği İş Hukuku'nda Cinsiyet Ayrımcılığı**, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2010.

Kibar, Bilge Esin. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Ayrımcılık Yasağı**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.

Moon, Gounghée. **Pozitif Ayrımcılık**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2009.

Patır, Çağlar. **Özürlülük Olgusunun Tarihsel Sürecinde 1980 Sonrası Söylem ve Politikaların Küreselleşme Ortamında Hayata Geçirilebilirliği Üzerine Bir Tartışma: Türkiye Örneği**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2012.

Tanay, Gizem. **Ayrımcılık Suçu**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2012.

Yücel, Ensari. **Uluslararası ve Avrupa Konseyi Belgelerinde, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Denetimi**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015, İstanbul.

Raporlar

Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, **Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin Uygulanmasına İlişkin Türkiye Başlangıç Raporu**, 28 Ocak 2009, (E/C.12/TUR/1), <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/E:C.12:TUR:1.pdf> (30.12.2018).

Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, **Taraf Devlet Raporları Sonuç Gözlemleri: Türkiye**, 12 Temmuz 2011, (E/C.12/TUR/CO/1), <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/E:C.12:TUR:CO:1.pdf> (30.12.2018).

Dünya Sağlık Örgütü, **Dünya Engellilik Raporu**, 2011, <http://eyh.aile.gov.tr/data/5480490c369dc57170df34bd/D%C3%BCnya%20Engellilik%20Raporu-basilan.pdf> (13.04.2017).

Dünya Sağlık Örgütü, **Dünya Engellilik Raporu Yönetici Özeti**, 2011, <http://siteresources.worldbank.org/TURKEYINTURKISHEXTN/Resources/455687-1328710754698/YoneticiOzeti.pdf> (13.04.2017).

Türkiye İstatistik Kurumu, **2011 Nüfus ve Konut Araştırması**, Ankara, 2011, http://www.tuik.gov.tr/Kitap.do?metod=KitapDetay&KT_ID=11&KITAP_ID=276
<http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=18617> (13.04.2017).

Yorumlar

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi, **Yerli Halklara Mensup Çocuklar ve Sözleşme'de Yer Alan Haklarına İlişkin Genel Yorum No.11**, 2009, (CRC/C/GC/11), <http://panel.stgm.org.tr/vera/app/var/files/g/c/gcs-11-12-13-2008-2011.pdf> (30.12.2018).

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi, **Çocuğun Katılım Hakkına ilişkin Genel Yorum No. 12**, 2009, (CRC/C/GC/12), <http://panel.stgm.org.tr/vera/app/var/files/g/c/gcs-11-12-13-2008-2011.pdf> (30.12.2018).

Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi, **Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Hakkında Genel Yorum No. 6**, 2018, (CRPD/C/GC/6), <http://www.esithaklar.org/wp-content/uploads/2018/08/Ayr%C4%B1mc%C4%B1l%C4%B1k-Yap%C4%B1lmamas%C4%B1-ve-E%C5%9Fitlik-Hakk%C4%B1nda-Genel-Yorum-BM-No.6.pdf> (12.12.2018).

Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi, **Engelli Kadınlar ve Kız Çocukları Üzerine Genel Yorum No. 3**, 2016, (CRPD/C/GC/3), <http://www.esithaklar.org/wp-content/uploads/2018/02/BM-Genel-Yorum-No.3-Engelli-Kad%C4%B1nlar-ve-K%C4%B1z-%C3%87ocuklar%C4%B1.pdf> (28.11.2018).

Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi, **Engelli Hakları Komitesi Usul Kuralları**, (CRPD/C/4/2), 2010, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2f4%2f2&Lang=en (30.12.2018).

Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi, **İçermeci Eğitim Hakkı Üzerine Genel Yorum No. 4**, 2016, (CRPD/C/GC/4), <http://www.esithaklar.org/birlesmis-milletler-engelli-haklari-komitesi-genel-yorum-no-4/> (30.12.2018).

Birleşmiş Milletler Ekonomik, Kültürel ve Sosyal Haklar Komitesi, **Yaşlı Kişilerin Ekonomik, Kültürel ve Sosyal Haklarına İlişkin 6 No.lu Genel Yorum**, 1995, (CESCR/GC6), <http://www.esithaklar.org/wp-content/uploads/2016/04/ESKHKGy06.doc> <https://www.refworld.org/pd/4538838f11.pdf> (30.12.2018).

Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi, **Türkiye'nin Yedinci Periyodik Raporuna İlişkin Son Gözlemler**, 2016, (CEDAW/C/TUR/CO/7), <https://undocs.org/CEDAW/C/TUR/CO/7> (31.12.2018).

Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi, **Kadınlara Yönelik Toplumsal Cinsiyete Dayalı Şiddete İlişkin 35 sayılı Genel Tavsiye**, 2017, (CEDAW/C/GC/35), <https://undocs.org/en/CEDAW/C/GC/35> (31.12.2018).

Kararlar

Anayasa Mahkemesi, 1987/16 Esas No., 1988/Karar No., Karar Tarihi:19.04.1988, Resmi Gazete Tarihi :23.08.1988, Resmi Gazete Sayı: 19908.

Anayasa Mahkemesi, Başvuru No.: 2014/19801, Karar Tarihi: 01.02.2017, Resmi Gazete Tarihi: 10.03.2017, Resmi Gazete Sayı:30003, www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Content/pdfkarar/2014-19081.pdf (30.12.2018).

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, **S. Coleman v. Attridge Law & Steve Law Kararı**, Dava Esas Numarası: C-303/06, Karar Tarihi: 17.07.2008, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:62006CJ0303> (30.12.2018).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, **Çam/Türkiye Kararı**, Başvuru No.: 51500/08, Karar Tarihi: 23.02.2016, [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:\[%22%C3%A7am%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-164211%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22%C3%A7am%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-164211%22]}) (10.01.2019).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, **Enver Şahin/Türkiye Kararı**, Başvuru No.: 23065/12, Karar Tarihi: 30.01.2018,

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:\[%22enver%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-180499%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22enver%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-180499%22]}) (10.01.2019).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, **Glor /İsviçre Kararı**, Başvuru No: 13444/04, Karar Tarihi: 30.4.2009, [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:\[%22glor%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-119470%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22glor%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-119470%22]}) (10.01.2019).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, **Guberina/Hırvatistan Kararı**, Başvuru No: 23682/13, Karar Tarihi: 22.03.2016, [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:\[%22guberina%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-161530%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22guberina%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-161530%22]}) (10.01.2019).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, **Kiyutin/Rusya Kararı**, Başvuru No.: 2700/10, Karar Tarihi: 10.03.2011, [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:\[%22kiyutin%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-114900%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22kiyutin%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-114900%22]}) (10.01.2019).

Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, **Avrupa Uluslararası Otizm Derneği (International Association Autism Europe)/Fransa Kararı**, Başvuru No: 13/2002, Karar Tarihi: 29.08.2003, <https://www.eschr-net.org/caselaw/2006/international-association-autism-europe-v-france-complaint-no-132002> (18.12.2018).

Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, **Zihinsel Engellileri Savunma Merkezi (Mental Disability Advocacy Center-MDAC)/Bulgaristan Kararı**, Başvuru No: 41/2007, Karar Tarihi: 03.06.2008, <http://hudoc.esc.coe.int/esc2008/query.asp?language=en> (30.12.2018).

Beyoğlu 1.Sulh Ceza Mahkemesi, 2008/1680 Esas No., Karar Tarihi: 05.05.2009.

Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi, **Bujdoso/Macaristan Kararı**, Başvuru No.:4/2011, Karar Tarihi: 09.09.2013,
https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/Jurisprudence/CRPD-C-10-D-4-2011_en.doc (30.12.2018).

Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi, **Fiona Given/Avusturalya Kararı**, Başvuru No.: 19/2014, Karar Tarihi: 18.02.2018, (CRPD/C/19/D/19/2014),
<https://juris.ohchr.org/Search/Details/2393> (30.12.2018).

Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi, **Gröninger/Almanya Kararı**, Başvuru No. 2/2010, Karar Tarihi: 04.04.2014, <https://www.escr-net.org/caselaw/2014/liliane-groninger-v-germany-communication-no-22010> (30.12.2018).

Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesi, **H.M./İsveç Kararı**, Başvuru No.: 3/2011, Karar Tarihi: 19.04.2012, (CRPD/C/7/D/3/2011),
<https://juris.ohchr.org/Search/Details/1984> (30.12.2018).

Danıştay İdari Dava Dairesi, 2006/1017 Esas No., 2009/3073 Karar No., Karar Tarihi: 17.12.2009.

Danıştay 8. Dairesi, 2010/4941 Esas No., 2013/3648 Karar No., Karar Tarihi: 07.05.2013.

İstanbul 2.İdare Mahkemesi, 2009/1464 Esas No., 2010/258 Karar No.

İnternet Kaynakları

<https://www.avrupa.info.tr/tr/avrupa-birligi-temel-haklar-bildirgesi-708> (30.12.2018).

<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/163/signatures> (13.04.2019).

<https://www.csgeb.gov.tr/media/2077/avrupasosyalsarti.pdf> (21.10.2017).

<http://www.esithaklar.org/no7/> (30.12.2018).

<https://eyh.aile.gov.tr/kurumsal/kurum-hakkinda> (25.08.2017).

<http://eyh.aile.gov.tr/mevzuat/uluslararası-mevzuat/12-engelliler-konusunda-uluslararası-dokumanlar> (30.12.2018).

<https://eyh.aile.gov.tr/2013-08-sayili-engelli-haklari-izleme-ve-degerlendirme-kurulu-hakkinda-basbakanlik-genelgesi> (30.12.2018).

<https://fra.europa.eu/en/theme/people-disabilities/ratified-crp>d (12.04.2019).

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/132-engellilerin-haklarna-iliskin-sozlesme/> (30.10.2018).

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/51-avrupa-insan-haklar-sozlesmesine-ek-1-numaral-protokol/> (13.04.2019).

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/67-avrupa-sosyal-sart/> (02.01.2019).

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/141-cocuk-haklar-komitesi/> (30.12.2018).

<https://www.ikv.org.tr/images/files/A6-tr.pdf> (30.12.2018).

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/84988902-aff2-4d52-9c28-5afd8ee428a8?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (30.12.2017).

<https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RightsOfMentallyRetardedPersons.aspx> (30.12.2018).

<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/rightsofdisabledpersons.aspx>
(30.12.2018).

https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/Draft_GC7.docx (30.12.2018).

<https://www.un.org/development/desa/disabilities/standard-rules-on-the-equalization-of-opportunities-for-persons-with-disabilities.html> (30.12.2018).

<http://www.ysk.gov.tr/doc/karar/dosya/77913/2018-1103.pdf> (13.04.2019).