

**T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA ENGELLİLİK VE
AYRIMCILIK YASAĞI**

Agung SUDRAJAT

**Danışman
Yrd. Doç. Dr. Tijen DÜNDAR SEZER**

İZMİR - 2016

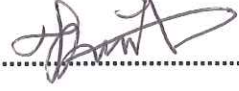
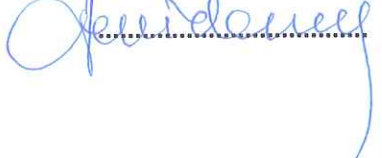
YÜKSEK LİSANS
TEZ/ PROJE ONAY SAYFASI

2012801556

Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı ve Soyadı : AGUNG SUDRAJAT
Tez Başlığı : Avrupa Birliği Hukukunda Engellilik Ve Ayrımcılık Yasağı

Savunma Tarihi : 21.10.2016
Danışmanı : Yrd.Doç.Dr.Tijen DÜNDAR SEZER

JÜRI ÜYELERİ

<u>Ünvanı, Adı, Soyadı</u>	<u>Üniversitesi</u>	<u>İmza</u>
Yrd.Doç.Dr.Tijen DÜNDAR SEZER	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Doç.Dr.Oğuz ŞİMŞEK	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Fevzi DEMİR	YAŞAR ÜNİVERSİTESİ	
Oybirliği ☒		
Oy Çokluğu ☐		

AGUNG SUDRAJAT tarafından hazırlanmış ve sunulmuş "Avrupa Birliği Hukukunda Engellilik Ve Ayrımcılık Yasağı" başlıklı Tezi () / Projesi () kabul edilmiştir.

Prof.Dr. Mustafa Yaşar TINAR
Enstitü Müdürü

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “**Avrupa Birliği Hukukunda Engellilik ve 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.

.../.../2016

Agung SUDRAJAT

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

Avrupa Birliği Hukukunda Engellilik ve Ayrımcılık Yasağı

Agung SUDRAJAT

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı

Avrupa Birliği Hukuku Programı

Engellilik ve ayrımcılık yasağı, Avrupa Birliği (AB) hukukunda önemli bir mesele haline gelmiş ve üç temel evrede gerçekleşmiştir. İlk evrede, Amsterdam Antlaşması yürürlüğe girdiği zaman, ayrımcılık yasağının türlerine engellilik kavramı dahil edilmiştir. İkinci evrede, ayrımcılık yasağının türlerine engellilik kavramı dahil edilmiş olması nedeniyle, engellilerin istihdama erişimi, refah ve sosyal güvenliğe erişimi, mal ve hizmet alımlarına erişimi, adalete erişimi ve ayrımcılıktan korunması garanti edilmektedir. Dolayısıyla, üçüncü evrede, engellilerin topluma katılması amacıyla, engellilere makul uyumlaştırma, düzenleme kapsamına alınarak çerçeve genişletilmiştir.

Engellilerin korunması, AB'nin Birincil ve İkincil Hukuk mevzuatında düzenlenmiştir. Fakat, AB'nin Birincil ve İkincil hukuk mevzuatında engellilik tanımı bulunmamaktadır. Bu bağlamda, AB hukukunda engellilik tanımı olmamasına rağmen; Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) yargı kararları ile engellilerin korunması kavramının uygulama alanını genişletip, kelime kavramının anlamını adil bir şekilde doldurarak yorumlayabilir.

AB hukukundaki engellilerin korunmasının temel amacı, bireyin topluma katılmamasına neden olan bariyerlerin kaldırılmasıdır. AB hukukunda çevresel bariyerlerin kaldırılmasına odaklanan; sosyal ve fiziksel bariyerlerin kaldırılmasına odaklanan, daha da temele indiğimizde engelliliği açıklayan medikal ve sosyal model düzenlenmiştir. Bu bağlamda AB, bariyerleri kaldırarak, engellilerin diğer insanlar gibi toplumda üretime katmak suretiyle katkı sağlamasına yüce bir ilke olarak inanmaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, engellilerin topluma sağladığı katkının oranı, diğer insanların katkısı ile aynı oranda beklenmemektedir. Ancak, AB burda esas olarak, engellileri topluma ve istihdama katarak; engelleri, bu durumla yaşamak durumunda olan bireyler ve toplum için bir yük olmaktansa katkı, fayda ve semere haline getirmeyi kendine amaç bilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ayrımcılık Yasağı, Engellilik, Makul Uyumlaştırma, Engelliliği Açıklayan Sosyal Model, Engelliliği Açıklayan Medikal Model.

ABSTRACT
Master's Thesis
Disability and Anti-Discrimination in European Union Law
Agung SUDRAJAT

Dokuz Eylül University
Graduate School of Social Sciences
Department of Public Law
European Union Law Program

Disability has become a major issue in European Union (EU) law and in the scope of anti-discrimination it emerges into three stages. The first stage, when the Treaty of Amsterdam came into force, disability has been included into one of anti-discrimination protected grounds. Secondly, due to disability has been included into one of anti-discrimination protected ground, the EU shall protect persons with disabilities and also shall maintain access to employment, access to welfare and forms of social security, access to supply of good and service and access to justice. Consequently the third stage, the EU shall provide reasonable accommodation for persons with disabilities in order to integrate into society.

The EU has actually provided protections of persons with disabilities in its provisions however in the EU provisions the definition of disability has not been defined. In this matter, even without the definition of disability in the EU provisions, the European Court of Justice also guides the provisions to be properly implemented by interpreting the scope of disability during a trial.

The protections of persons with disabilities in the EU, basically focuses on removing the barriers that hinder a person to join into the society. The EU has adopted both social model of disability that focuses on removing environmental barriers and medical model of disability that focuses on physical barrier of a person. In this matter, the EU believes that by removing the barriers, persons with disabilities in the EU may contribute effectively like other citizens. As it should be noted, the contributions of the persons with disability in

the EU may not be the same as the contributions of other citizens. However, by integrating into the society the EU has turned the persons with disabilities from a burden into a benefit for the union especially in the scope of employment.

Keywords: Anti-Discrimination, Disability, Reasonable Accommodation, Social Model of Disability, Medical Model of Disability.

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA ENGELLİLİK VE AYRIMCILIK YASAĞI

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xii
 GİRİŞ	 1

BİRİNCİ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ'NDEKİ AYRIMCILIK YASAĞININ GENEL KAPSAMI

1.1. AYRIMCILIĞIN KAPSAMI	6
1.1.1. Genel Kavram	6
1.1.2. Ayrımcılık Türleri	8
1.1.2.1. Doğrudan Ayrımcılık	9
1.1.2.2. Dolaylı Ayrımcılık	9
1.1.2.3. Dolaylıyla Ayrımcılık	10
1.2. BİRİNCİL HUKUK MEVZUATINDA	10
1.2.1. Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma (ABİA)	13
1.2.2. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı	14
1.2.2.1. Genel Kapsam	14
1.2.2.2. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda Ayrımcılık Yasağına İlişkin Hükümler	17
1.3. İKİNCİL HUKUK MEVZUATINDA	18
1.3.1. Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılık Yasağı Yönergeleri	18

1.3.1.1. İstihdama Erişim	19
1.3.1.2. Refah ve Sosyal Güvenliğe Erişim	22
1.3.1.3. Mal ve Hizmet Alımlarına Erişim	24
1.3.1.4. Adalete Erişim	25
1.4. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN YASAL STATÜSÜ	26

İKİNCİ BÖLÜM

ENGELLİ HAKLARININ KAVRAMI VE ANALİTİK ÇERÇEVESİ

2.1. ENGELLİLİK KAVRAMI	28
2.1.1. Engelliliği Açıklayan Modeller	28
2.1.1.1. Engelliliği Açıklayan Medikal Model	28
2.1.1.2. Engelliliği Açıklayan Sosyal Model	31
2.1.2 Engellilik Kavramının Gelişimi	32
2.1.3. Avrupa Topluluğu'nda Engelliliği Açıklayan Medikal Model (1970-1996)	35
2.1.4. Bilginin Aktarılması; Ayrımcılık Yasağının Amerikan Modeli ve Avrupa Modeli Üzerindeki Etkileri	39
2.1.5. Avrupa Birliği'ndeki Güncel Engelliliği Açıklayan Model (1996'dan Bugüne)	42
2.2. AVRUPA BİRLİĞİ'NİN BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ENGELLİLER HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN MÜZAKERESİNDEKİ ENGELLİLİK PERSPEKTİFİ	47
2.2.1. Engelliler Hakları Sözleşmesi'nin Tasarımını Başarmada Avrupa Birliği'nin Katkıları	52
2.2.2. Avrupa Birliği'nin EHS Müzakerelerine Katılımının Üye Devletler Üzerindeki Etkileri	55

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA ENGELLİ HAKLARININ GENEL
UYGULAMALARI VE SINIRLANDIRMALARI

3.1. AVRUPA BİRLİĞİ'NDE ENGELLİLİK TANIMI VE KAVRAMI	57
3.1.1. <i>Chacón Navas v Eurest Colectividades SA</i> Davası	58
3.1.2. <i>Coleman v Attridge</i> Davası	64
3.1.3. Avrupa Birliği Üye Devletlerindeki Engellilik Tanımı	67
3.1.3.1. Avrupa Birliği Üye Devletlerin Ulusal Hukukunda Engelliliğin Tanımı	67
3.1.3.2. Avrupa Birliği Üye Devletlerin Ayrımcılık Yasağı Mevzuatında Engellilik Tanımı	68
3.2. İSTİHDAMDA EŞİTLİK YÖNERGESİ'NDEKİ ENGELLİLİK KAVRAMI	70
3.2.1. İstihdamda Eşitlik Yönergesi'nin 5. Maddesi'ndeki "Uyumlaştırmanın" Kavramı ve Yorumlanması	73
3.2.2. Yönergedeki Makul Kelimesinin Kavramı ve Yorumlanması	75
3.2.3. İstihdamda Eşitlik Yönergesinin 7. Maddesindeki Pozitif Eylemler	77
3.3. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ENGELLİLER HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN İÇİNDEKİ MADDELER	78

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
AVRUPA BİRLİĞİ ÜYE DEVLETLERİNİ TEMSİLEN İSVEÇ'TE VE
DANİMARKA'DA ENGELLİ HAKLARI UYGULAMALARI VE
KARŞILAŞTIRMALI BİR ÇALIŞMA OLARAK TÜRKİYE'DEKİ
DURUM

4.1. İSVEÇ'TE ENGELLİLİK TEMELLİ AYRIMCILIK YASAĞI UYGULAMALARI	82
4.1.1. İsveç Engellilik Politikasının Tarihsel Gelişimi	82
4.1.2. İsveç Mevzuatındaki Engellilik Tanımı	84

4.1.3. Güncel İsveç Engellilik Politikasının Avrupa Birliği Hukuku İle İlişkisi	86
4.2. DANİMARKA'DA ENGELLİLİK TEMELLİ AYRIMCILIK YASAĞI UYGULAMALARI	87
4.2.1. Danimarka'daki Engellilik Politikasının Tarihsel Gelişimi	87
4.2.2. Danimarka'daki Engellilik Kapsamı	90
4.2.3. Danimarka Engellilik Koruma Sistemi ve Onun Avrupa Birliği Hukuku ile İlişkisi	92
4.3. KARŞILAŞTIRMALI BİR ÇALIŞMA OLARAK TÜRKİYE'DEKİ DURUM	94
4.3.1. Engellilik Hakkında Kanun	94
4.3.2. Diğer Düzenlemeler	95
SONUÇ	98
KAYNAKÇA	102

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABA	Avrupa Birliği Antlaşması
ABAD	Avrupa Birliği Adalet Divanı (AAD)
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
ABİA (TFEU)	Avrupa Birliği İşleyisine Dair Sözleşmesi
AİHK	Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AT	Avrupa Topluluğu
ATA	Avrupa Topluluğu Antlaşması
ATAD	Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
THŞ	Temel Hakları Şartı
BAB	Batı Avrupa Birliği
BYM	Bağımsız Yaşam Merkezi (Center for Independent Living)
EAY	Engelli Amerikalılar Yasası (Americans with Disabilities Act: ADA)
EHİBMS /BM EHS	Engellilerin Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (BM Engelliler Hakları Sözleşmesi)
EİGÖ	Ekonomik İşbirliği ve Gelişim Örgütü
HAO	Hükümetler Arası Organizasyon
İHED	İnsan Hakları Evrensel Deklarasyonu
KAAÖ/NATO	Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü
md.	Madde
para.	Paragraf
s.	Sayfa
ss.	Sayfa sayısı
STK (NGO)	Sivil Toplum Kuruluşu

GİRİŞ

Engelli insanlara ayrımcılık yasağı kapsamında toplumsal farkındalık, Avrupa ve Avrupa Birliği'nde (AB) kritik aşamayı geçmiştir¹. Engellilik hakkında AB mevzuatının gelişimi ve AB vatandaşlarının engellilik hakkındaki farkındalıkları temel alınarak, engellilik temelindeki ayrımcılık yasağı AB tarafından başarılı bir şekilde benimsenmiştir². Engellilik hakkındaki tartışmalar aslında Birinci Dünya Savaşı'ndan itibaren başlamıştır ve İkinci Dünya Savaşı Avrupa'nın tam göbeğinde gerçekleştiği zaman daha da önemli bir konu haline gelmiştir³. İnsan hakları ve ayrımcılık yasağı sosyal farkındalığının yükselişinden önce İkinci Dünya Savaşı boyunca, Almanya'da Hitler tarafından Mükemmel Aryan (*Perfect Aryan*) propagandası benimsenmiştir⁴. Bu propaganda, çok ayrımcı nitelikte olup, insanları ırkına, milliyetine ve faydalı olup olmamasına dayanarak, elemek gibi radikal hareketler içermektedir⁵. Ayrıca bu propaganda, Yahudilerin ve Asyalıların katliama ve soykırıma uğramalarına sebep olmuştur. Hitler aynı zamanda bu “faydasız insanlar⁶” standartına dayanarak homoseksüel ve engelli insanları da katletmiştir, çünkü bu kişiler “faydasız” olarak tanımlanmıştır. Üçüncü Reich döneminde, Hitler'in kararları doğrultusunda çoğu engelli marjinal kabul edilerek ötenaziye tabi tutulmuştur⁷.

Yukarıda bahsi geçtiği gibi İkinci Dünya Savaşı, uzun süren eşitsizliklerin (örneğin mutlak monarşi sisteminden dolayı meydana gelen eşitsizlikler ve kilise baskısı yüzünden meydana gelen eşitsizlikler) ardından önemli bir dönüş noktası

¹ Theresia Degener, “Intersection between Disability, Race and Gender in Discrimination Law”, **European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality; Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability Discrimination**, (Ed. Dagmar Schiek ve Anna Lawson), Ashgate Press, Surrey, 2011, s. 30.

² Dagmar Schiek, “Organising EU Equality Law Around the Nodes of ‘Race’, Gender and Disability”, **European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality; Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability Discrimination**, (Ed. Dagmar Schiek ve Anna Lawson), Ashgate Press, Surrey, 2011, (Gender and Disability), s. 11.

³ Tom Buchanan, “Human Rights after the Second World War”, **Online Sempozyumu Yayını**, Euroclio/Europaeum Konferansı, The Hague, (25.04.2008), s. 1.

⁴ Howard M. Sachar, **The Assassination of Europe, 1918-1942: A Political History**, Toronto University Press, 2015, s. 164.

⁵ Suzzane E. Evans, **Forgotten Crimes: The Holocaust and People with Disabilities**, Library of Congress Cataloguing-in-Publication Data Press, Washington DC, 2004, ss. 25-26.

⁶ Evans, s. 25.

⁷ Evans, s. 22.

olmuştur⁸. Bu süre içerisinde, İkinci Dünya Savaşı, insan hakları ve insanlar arasındaki eşitliğin sorgulanması konusunda tüm zamanların en büyük farkındalığına neden olmuştur⁹. İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesinin ardından, eşitlik ve insan hakları kavramları sorgulanmaya başlandı. Bu kavramlar sadece Avrupa'ya değil bütün dünyaya yayılmış ve sömürgecilik üzerinde de muazzam bir etkiye sahip olmuştur¹⁰. Başlangıçta, bu hareket sadece bilim adamları tarafından destek bulmuş fakat daha sonra genellikle en düşük sosyal statüye sahip olanların harekete destek vermesi üzerine katılım sağlanmıştır.

Bütün bunlar, vatandaşların haklarını korumakta başarısız olan yasa ve politikaların varlığından dolayı meydana gelmiştir. Aslında, çoğu yasa ve politika hiçbir zaman insan hakları ve/veya eşitliğini dile getirmemiş, hatta elit kişiler kendilerine yarar sağlaması için bu yasaları ve politikaları uygulayarak insanları sınıflara ayırmıştır. Bu durum başarısızlık olarak adlandırılmıştır, çünkü yasalar ve politikalar daima toplumun rehberliğini üstlenmelidir¹¹. Bu nedenle, eğer Hitler dönemindeki bazı yasalara benzer, eşitsizliğin ve insan haklarının korunmamasının birleşiminden oluşan bir mevzuat varsa, hiç şüphesiz ki tıpkı İkinci Dünya Savaşı'nda olduğu gibi adaletsizlikler meydana gelecektir.

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra sivil toplum insan hakları sorunlarını özellikle ırk, cinsiyet ve din temelli ayrımcılık üzerine miras almıştır¹². Bu zaman diliminde engellilik, ayrımcılık yasağı gündemine dâhil edilmiştir fakat engellilik konusu sadece düşük denilebilecek seviyede bir ilgi çekmiştir¹³. Eski dönemlerde engellilik insan haklarının bir kısmı olarak, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ne (İHEB) dâhil edilmemesinden dolayı ihmal edilmiştir¹⁴. İHEB'nin odak noktası,

⁸ Matthew. S. Anderson, **Europe in the Eighteenth Century 1713-1789**, 4. baskı, Routledge Press, New York, Edition, 2000, s. 155.

⁹ Buchanan, s. 2.

¹⁰ Johannes Morsink, **The Universal Declaration of Human Rights; Origin, Drafting and Intent**, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1999, s. 20.

¹¹ Alan Hunt, "Sociology of Law", **Classic Writings in Law and Society: Second Edition, Revised and Expanded**, (Ed, A. Javier Trevino), Transaction Publications, London, 2011, s.171.

¹² Kevat Nousiainen, "Minorities Right to Day Care: Liberal Tolerance of Identity Maintenance?" Schiek, s. 144.

¹³ Maria Ventegodt Liisberg, **Disability and Employment; A Contemporary Disability Human Rights Approach Applied to Danish, Swedish and EU law and Policy**, Intersentia Press, Cambridge, 2011, s. 3.

¹⁴ İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (İHEB) 2. maddesi; "*Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer herhangi bir akide, milli veya içtimai menşee, servet, doğuş veya herhangi diğer bir fark gözetilmeksizin işbu Beyannamede ilan olunan tekmil haklardan ve bütün hürriyetlerden istifade*

sömürgeciliğin yok edilmesi, ırk, cinsiyet ve dini ilişki veya yakınlık bazında ayrımcılığın engellenmesiydi¹⁵.

Diğer taraftan İkinci Dünya Savaşı, baş aktörü olan Avrupa'yı iflasa ve ekonomik dengesizliğe sürüklemiştir. Bu durum iki ana sebepten dolayı gerçekleşmiştir; bu sebeplerden ilki Avrupa Ülkelerinin İkinci Dünya Savaşı'nın ana aktörleri olması ve ikincisi ise insan haklarının farkına varılması ile Afrika ve Asya'daki sömürgecilik karşıtı harekete ilham verilmesidir¹⁶. Sonuç olarak, Avrupa ekonomisi İkinci Dünya Savaşı ve sömürgelerden gelen kaynakların kaybedilmesi nedeniyle istikrarsız hale gelmiştir. Avrupa ekonomisinin çöküşü Avrupa'nın politik gündemini değiştirmiştir¹⁷. Aynı noktada, bu ekonominin çöküşünden dolayı özellikle ekonomiyi kurtarmayı hedefleyen yasa ve politika reformlarına öncelik verilmiştir. Kanunların ve politikaların ıslah edilmesi, Avrupa vatandaşlarını gerçekten olumlu olarak etkilemiştir. Bölgesel olarak Avrupa'daki birleşme eğilimi hükümetler arası kurumların ve birliklerin kurulmasının hemen ardından başlamıştır.

1957 yılında imzalanan Roma Antlaşması ile Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) kurulmuştur¹⁸. 1 Ocak 1958 tarihinde Roma Antlaşması yürürlüğe girerken, Avrupa'nın birleşmesi başka bir önemli gelişmedir. 1993 Maastricht Antlaşması imzalandığı zaman, AB'nin kurulmasıyla AET, Avrupa Topluluğu (AT) adını aldı ve AB'ye dâhil edildi¹⁹. Bu Topluluğun ana hedefi Avrupa ekonomisini kurtarmaktır.

edebilir. Bundan başka, bağımsız memleket uyruğu olsun, vesayet altında bulunan, gayri muhtar veya sair bir egemenlik kayıtlamasına tabi ülke uyruğu olsun, bir şahıs hakkında, uyruğu bulunduğu memleket veya ülkenin siyasi, hukuki veya milletlerarası statüsü bakımından hiçbir ayrılık gözetilmeyecektir. Ayrıca güvenlik hakkı olarak İHEB 25. maddesinin 1. fıkrasında; *“Her şahsın, gerek kendisi gerekse ailesi için, yiyecek, giyim, mesken, tıbbi bakım, gerekli sosyal hizmetler dahil olmak üzere sağlığı ve refahını temin edecek uygun bir hayat seviyesine ve işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, ihtiyarlık veya geçim imkânlarından iradesi dışında mahrum bırakacak diğer hallerde güvenliğe hakkı vardır.”* Birleşmiş Milletler İnsan Halkarı Komisyonu, **İnsan Hakları Evrensel Bildirisi**, 10.12.1948, (Evrensel Bildirisi), 2. madde ve 24. maddesinin 1. fıkrası.

¹⁵ Roland Burke, **Decolonization and the Evolution of International Human Rights**, University of Pennsylvania Yayını, Philadelphia, 2010, s. 62.

¹⁶ Gerold Ambrosius, William H. Hubbard, **A Social and Economic History of Twentieth-century Europe**, Harvard University Press, Cambridge, 1989, s. 211.

¹⁷ Ambrosius, s. 311.

¹⁸ Roma Antlaşması, 25 Mart 1957 tarihinde Fransa, Batı Almanya, İtalya, Benelüks ülkeleri Belçika, Hollanda ve Lüksemburg arasında imzalanan ve bağımsız bir uluslararası örgüt olan Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu oluşturan antlaşmadır.

¹⁹ 7 Şubat 1992 de imzalanan ve AET'nin AB olması yolundaki son adım olan ekonomik ve parasal birliği de gerçekleştirme yoluna girdiği antlaşmadır. Maastricht Antlaşması ile üç sütunlu Avrupa Birliği yapısı oluşturuldu. Bu yapının ilk sütununu Avrupa Toplulukları (AKÇT, AET ve EURATOM), ikinci sütununu “Ortak Dışişleri Güvenlik Politikası”, üçüncü sütununu ise “Adalet ve İçişleri” oluştuyordu. Günlük konuşma dilinde Avrupa Birliği terimi, Avrupa Topluluğu için de

Söz konusu ekonomiyi kurtarmak için tek bir pazar²⁰ ve gümrük birliği kurulmuştur²¹. Pazarın kurulmasının sağlıklı işleyebilmesi için Ortak Rekabet Politikası'nın varlığı şarttır. Bu bağlamda AT politikasında istihdamın kapsamına ayrımcılık yasağı dâhil edilmiştir. Ayrıca, Amsterdam Antlaşması yürürlüğe girmeden önce, ayrımcılık yasağının türlerine engellilik kavramı dâhil edilmemiştir. Bu dönemlerde, engellilerin haklarının korunması için sadece sadaka verme, yardım gibi projeler yapılmıştır²².

AB'deki engellilerin korunması, diğer ayrımcılık yasağının koruduğu haklardan en geç ve en yavaş gelişmiş olanıdır denilebilir. Bunun ana sebebi AT hukukunda Amsterdam Antlaşması'nın yürürlüğe girmesinden önce engellilik korunma sisteminin sadece bağlayıcı olmayan hukuk olarak (strateji ve projeler gibi) kabul edilmesidir. Bundan dolayı, AT'deki engellileri korunma sistemi uygun bir şekilde oluşturulmamıştır. Amsterdam Antlaşması'nın mevcut olmadığı zamanlarda, kabul edilen projeler ve stratejilerde sadece engelliliği açıklayan medikal model kabul edilmiştir. Fakat 1996 yılında Amsterdam Antlaşması hazırlanırken, engellilik kavramı AT ayrımcılık yasağının kapsamına dâhil edilmiş ve o zamanda birçok AT üye devletleri engelliliği açıklayan sosyal modeli tercih etmiştir.

Hukuksal kapsamda, engelliliği açıklayan iki tane model vardır; bunlar engelliliği açıklayan medikal model ve engelliliği açıklayan sosyal modeldir. Bu iki modelin uygulama açısından aralarında büyük farklar bulunmaktadır. Amsterdam Antlaşması yürürlüğe girdiği zaman, AT hukukunda engelliliği açıklayan sosyal modelin kabul edildiği görülmüştür. Ancak, bununla ilgili ATAD'dan (yada AB döneminde ABAD) bir kaç tane karar çıkmıştır. Bu konudaki en önemli davalardan biri 2004 tarihli Navas Davası'nın ardından, AT üye devletlerinin engelliliği açıklayan sosyal modeli tercih etmesine rağmen, AT hukukuna engelliliği açıklayan medikal model yeniden dâhil edilmiştir. Dolayısıyla, 2004 yılından sonra AT hukukunda engellilerin korunması açısından hem sosyal modele hem de medikal

kullanılmaktadır ve birliğin birinci sütununun bir ögesi olarak Avrupa Topluluğu adı, öngörüldüğü tarihte yürürlüğe girecek olan Lizbon Antlaşması ile birlikte kullanımdan kalkacaktır.

²⁰ 1987 yılında, Tek Avrupa Senedi ile, üretim faktörlerinin de serbest dolaşımının sağlandığı tek pazarın tamamlanması için 1992 yılı hedefi kesinleştirilmiş ve 1993 yılının başında Avrupa Tek Pazarı yürürlüğe girmiştir.

²¹ John McCormick, **European Union Politik**, Palgrave Macmillan Publishers, New York, 2015, s. 76.

²² Vlad Perju, in the European Union and the United States, **Boston College Law School & Legal Studies Research Paper Series**, Cilt;203, Sayı;7, Disability in the EU and the US, 2011, s. 281.

modele yer verilmiştir. Fakat 2008 yılında AT, Birleşmiş Milletler Engelliler Hakları Sözleşmesi'nin (EHS) müzakeresine katılmıştır. EHS'nin tartışmalarında ilginç bir şekilde sözleşmenin sadece sosyal modeli içermesi desteklenmiştir. Bundan dolayı, AT üye devletlerinin engellilik hakkındaki tartışmaları devam etmektedir²³. Güncel olarak, engellilik tanımı herhangi bir AB mevzuatında mevcut değildir. Bu durum, AB'deki engellilik politikalarının uygulanmasında hem Birlik seviyesinde hem de ulusal seviyede büyük bir sorun teşkil etmektedir. Uygulamada, engellilik politikaları AB hukukunda kabul edilen engelliliği açıklayan modele göre ifa edilmektedir.

AB hukuku'nda engellilik temelinde ayrımcılık yasağı konulu bu çalışmanın amacı, engellilik temelli ayrımcılık yasağı kavramının, AB müktesebatı çerçevesinde incelenmesidir. Ek olarak, bu çalışmanın amacı AB hukuku mevzuatının değerlendirilerek AB hukukunda engellilik tanımını, engellilik kapsamını ve AB engellilik politikalarında engellilik korunma sisteminin incelemesidir. Bu çalışma dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm AB'deki ayrımcılık yasağının genel kapsamını açıklamaktadır. Bu kapsamının incelenmesi, AB mevzuatındaki düzenlemelerin temelini oluşturması bakımından önem taşımaktadır.

İkinci bölümde engellilik kavramı, gelişimi ve analitik çerçevesi incelenmektedir. Engellilik kavramının incelenmesi, AB engellilik politikalarında engelliliği açıklayan modellerin kabul edilmesi bakımından önem taşımaktadır. Bu bağlamda AB'nin Birleşmiş Milletler Engelliler Hakları Sözleşmesi'nin (EHS) müzakeresine katılımı ve engellilik hakkında yaptığı katkı incelenmektedir. Üçüncü bölüm ise AB hukukunda engellilerin haklarının genel uygulamaları ve sınırlandırmalarını incelemektedir. ABAD tarafından kabul edilen engellilik hakkında kararları irdelemeden, AB'deki engellilik tanımını ve kavramını anlamak ve değerlendirmek mümkün değildir. Engellilik tanımını ve kavramını incelemek için Navas Davası ve Coleman Davası çıkış noktası olarak alınacaktır. Bu bağlamda, AB'deki engellilerin haklarının sınırlandırılmasını incelenmek için İstihdamda Eşitlik Yönergesi'nin hükümlerinden yararlanılacaktır. Son olarak dördüncü bölümde üye devletlerdeki uygulamalar ve Türkiye'deki durum incelenmektedir.

²³ Perju, s. 291.

BİRİNCİ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ'NDEKİ AYRIMCILIK YASAĞININ GENEL KAPSAMI

1.1. AYRIMCILIĞIN KAPSAMI

1.1.1. Genel Kavram

AB hukukunda ayrımcılık yasağını incelemek için hem doktrin dâhilinde hem de içtihat kararlarında detaylı ve kapsamlı bir şekilde mevzuat hükümlerini incelemek gerekmektedir²⁴. Ayrımcılık yasağı kavramının esas amacı ekonomik bir bütünleşme yaratmak olan AB’de, öncelikli olarak ekonomik temelde ortaya çıkmış; ancak zaman içerisinde bu kavramın sosyal boyutu önem kazanmaya başlamıştır²⁵. AET devrinde ortak pazar sağlama amacına yönelik olarak, üye ülkelerde faaliyet gösteren işletmelerin rakip işletmelerle adaletli bir şekilde rekabet etmelerinin gerçekleştirilebilmesi, ayrımcılık yasağının uygulanmasını mümkün kılmıştır. Ayrımcılık yasağıyla bağlantılı kurallar, topluluktaki rekabet ortamının bozulmasını önleyecek birer araç olarak işlev göstermektedirler²⁶. AB’nin getirdiği bu eşitlik ilkesi ve ayrımcılık hareketlerine karşı olan yasağa ilişkin yaklaşım, ABAD’ın bahsi geçen zamanda verdiği kararlarda da sıkça vurgulanmıştır²⁷.

Engellilik hakkındaki ayrımcılık yasağı bağlamındaki Birincil Hukuktaki bulunan hükümler şunlardır: Genel olarak AB hukukunda ayrımcılık yasağını oluşturan hüküm Avrupa Birliği Antlaşması (ABA)’nın 2. maddesidir; *“Birlik, insan onuruna saygı, özgürlük, demokrasi, eşitlik, hukukun üstünlüğü ve azınlıklara mensup kişilerin hakları da dâhil olmak üzere insan haklarına saygı değerleri üzerine kuruludur. Bu değerler, çoğulculuk, ayrımcılık yapmama, hoşgörü, adalet, dayanışma ve kadın-erkek eşitliğinin hâkim olduğu bir toplumda üye devletler için ortaktır.”* Ayrıca daha geniş bir şekilde ABİA’nın 10. maddesi uyarınca AB, politikaların ve tedbirlerinin belirlenmesinde ve uygulanmasında; cinsiyet, ırk veya

²⁴ Melek Onaran Yüksel, *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği*, BETA Basım AŞ, İstanbul, 2000, s. 104.

²⁵ Borchardt, s.17.

²⁶ Christa. Tobler, “Encore: Women’s Clauses in Public Procurement under Community Law”, *European Law Review*, Cilt: 25, Sayı: 6, 2000, s. 636.

²⁷ Gözde Kaya, *Avrupa Birliği İş Hukuku’nda Cinsiyet Ayrımcılığı*, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir, 2012 s. 97.

etnik köken, dini inanç, engellilik veya cinsel tercih temelinde yapılan ayrımcılıkla mücadele için çaba gösterir²⁸.

Gözle görülür ve farkına varılabilir bir olayda ayrımcılığın kendisini göstermesi, eşitlik ilkesine riayet edilmemesi şartına bağlı olacaktır²⁹. Eşitlik ve ayrımcılık kavramları, doktrinde yer alan bazı yazarların bakış açısına göre bir ilkenin olumlu ve olumsuz olmak üzere iki değişik biçimde açığa çıkmasından meydana gelmektedir³⁰. Diğer yazarların bakış açısına göre ise bahsi geçen bu iki kavram aynı anlamı taşıyormuş gibi gözükmesine rağmen eşitlik konusu, ayrımcılık yasağına göre daha geniş bir kapsama sahiptir. Bu bakış açısının sunduğu üzere eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağından fazla olarak eşitliğe varılabilinmesi için bazı olumlu önlemlerin alınması yükümlülüğünü de kapsamaktadır³¹.

1977 yılında ATAD, tarım politikasıyla bağlantılı olarak, konuyla alakalı üretici ve tüketiciler arasında ayrımcılığın meydana gelmesini önlemek amacıyla verdiği *Ruckdeschel* kararında³², ATA'da yer alan ayrımcılık yasağıyla ilişkili hükmün Topluluk hukukunun ana prensiplerinden birisi olan genel eşitlik ilkesinin özel bir biçimdeki görüntüsünden ibaret olduğunu açıklamıştır³³. ATAD, sonraki kararlarında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasaklarının eş anlamlı iki ifade olduğunu belirterek, bu kavramların birbirleri yerine kullanılabileceği kararına varmıştır. ATAD, *Rodriguez Caballero*'nun davasında³⁴ eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağını aynı yerde kullanarak bu iki kavramdan net olmayan bir biçimde tek bir ilkeymiş gibi bahsetmiştir. 2005 yılında ATAD konuya ilişkin bu yorumunu anti-damping önlemleriyle bağlantılı *Europe Chemi-Con* kararında³⁵ açık bir şekilde ifade etmiştir. ATAD vardığı kararda davaya konu olan kanuni düzenlemenin ilgili maddesindeki

²⁸ Catherine Barnard, *EC Employment Law*, Oxford University Press, New York, 2006, s.354-355.

²⁹ Li Weiwei, "Equality and Non-Discrimination Under International Human Rights Law", *Norwegian Centre for Human Rights Research Notes* 03/2004, 09.10.2008, <http://www.humanrights.uio.no/forskning/publ/publikasjonsliste.html>, (03.03.2012), s. 7.

³⁰ Alexander H.E. Morawa, "The Concept of Non-Discrimination: An Introductory Comment", *Journal of Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, Cilt:-, Sayı:3, 2002, s.1.

³¹ Kaya, s. 98.

³² Joined Cases 117/76 and 16/77, *Albert Ruckdeschel & Co. and Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. v Hauptzollamt Hamburg-St. Annen ; Diamalt AG v Hauptzollamt Itzehoe*, [1977] ECR 1753.

³³ Marzia Barbera, "Not the Same? The Judicial Role in the New Community Anti-Discrimination Law Context", *Industrial Law Journal*, Vol.31, 2002, s. 84.

³⁴ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, *Ángel Rodríguez Caballero v Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*, (Dava 12/12 [2002] C-442/00), 12.12.2002. para. 32.

³⁵ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, *Europe Chemi-Con (Deutschland) GmbH v Council of the European Union*, (Dava 27/01 [2005] C-422/02 P), 27.01.2005. para. 33'dan aktaran Kaya, s. 99.

(ATA'nın 9. maddesinin 5. fıkrası) bu ilkenin, bahsedilen iki seçenektan hangisine yönelik bir seçim yapılarak ifade edildiğinin önemli olmadığı açıklamıştır. ATAD'ın yaklaşımı, bu iki ilkenin haklı bir dayanağı sahip olmadan, eşit olanlara farklı ve farklı olanlara eşit davranmayı engelleyen AT hukukunun, tek bir yaygın ifade biçiminin iki farklı yol kullanılarak öne sürölmesinden ibaret olduğu yönündedir³⁶.

AB ayrımcılık yasağı yönergeleri, kalıcı hale gelmiş belirli türlerde gerçekleşen ayrımcı davranışları yok etmeyi amaçlamaktadır. Korunmuş türlerin kendisi, AB'nin kendi yasaları içinde kesin ve güvenilir kanunları tanımlayabilmek için sınırlı tutulmuştur. AB hukuku tarafından korunan durumlardan birisi olan engellilik durumu ise, her zaman cinsiyet, cinsel yönelim, yaş, din ve inanç ve ırk kavramları ile birlikte dikkate alınmıştır. Korunmaya muhtaç konulardan biri olmasına rağmen, engellilik konusunda yaşanan sıkıntılar, engelliliğın tanımının ve kapsamının AB Hukukunda düzenlenmemiş ya da açıkça ifade edilmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Hem Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (THŞ) hem de ayrımcılık ile ilgili yönergeler, engelliliğın herhangi bir tanımını yapmamaktadır³⁷. Ayrıca ABAD, engelliliğın kavramı hakkında daha fazla tanım yapmaz; çünkü engelliğın meydana getiren durumlar, ABAD'a gerçek bir zemin olarak sunulmadan önce ulusal mahkemeler tarafından belirlenir. Ancak bu durum da, normal olarak, ABAD davalarında engellilik durumunu neyin oluşturduğuna dair kısıtlı bir rehberlik sunacaktır³⁸.

1.1.2. Ayrımcılık Türleri

Bundan sonra, ayrımcılık kapsamında en azından bir kaç tür bulunmaktadır. Bunlar aşağıda incelenecektir.

³⁶ Sandra Fredman. **Discrimination Law**, Oxford University Press, New York, 2002, ss.8-9'dan aktaran Kaya, s.99.

³⁷ Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, s.100.

³⁸ Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, s.100.

1.1.2.1. Doğrudan Ayrımcılık

Doğrudan ayrımcılık: *Bir birey veya grubun, ayrımcılığın yasaklandığı sebeplerden (dil, etnik köken, cinsel yönelim, engellilik vs.) birine bağlı olarak insan hak ve özgürlüklerinden, aynı veya benzer durumda olduğu diğer kişilerle eşit bir türde faydalanması ve bunları kullanmasını engelleme ya da zorlaştırma niyetini veya etkisini bulunduran her türlü fark, dışlama, sınırlama ya da seçimdir*³⁹.

Doğrudan ayrımcılık, şu farklı unsurları içerisinde barındırır:

- İlk olarak, farklı bir muamelenin belirlenmesi gerekmektedir. Ayrımcılık aynı veya benzer durumda olan kişiler arasında olabileceğinden bireylerin durumları karşılaştırılmalıdır⁴⁰.
- İkinci olarak, bireylerin aynı veya benzer bir durumda oldukları belirlendikten sonra yapılan farklı muameleyi yasal kılan bir amacın olup olmadığı değerlendirilmelidir⁴¹.

Amacın yasal olmasında nesnel ve makul olma, ayrıca ulaşılmak istenen amaç ile kullanılan araç arasında orantısallık bulunması gerekir⁴². Doğrudan ayrımcılığa ait örneklerde, geçmişte ABD’de siyahi bireylerin üniversitelere öğrenci olarak kabul edilmemesi ya da günümüzde bir restoranda Çingene/Roman bireylere servis yapılmaması sayılabilir⁴³.

1.1.2.2. Dolaylı Ayrımcılık

Dolaylı ayrımcılık: *Herkes için aynı şekilde geçerli ve görünüşte tarafsız olan, fakat bazı kişi ve gruplar üzerinde diğerlerinden farklı olarak veya diğer gruplardan daha fazla olumsuz etkiler yaratan yasal düzenleme, uygulama ve tedbirlerdir*⁴⁴. Dolaylı ayrımcılıkta üç farklı unsur bulunmaktadır:

³⁹ İdil Işıl Gül ve Ulaş Karan, *Ayrımcılık Yasağı; Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011, ss. 18-19.

⁴⁰ Gül, s.19.

⁴¹ Gül, s. 19.

⁴² Tarunabh Khaitan, *A Theory of Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 73.

⁴³ Gül, s.19.

⁴⁴ Gül, s. 19.

- Ortada görünüşte tarafsız bir uygulama, tedbir ya da kuralın bulunması⁴⁵,
- Bu tarafsız uygulama, tedbir ya da kuralın olumsuz sonuçlar doğurması veya böyle bir ihtimal yaratması⁴⁶,
- Bu tarafsız uygulama, tedbir ya da kuralı meşru kılacak bir nedenin bulunup bulunmadığı⁴⁷.

Doğrudan ayrımcılıkla, dolaylı ayrımcılık arasındaki en temel fark, birincisi farklı muameleyi yasaklarken, ikincisinin ayrımcı etkileri olan aynı muameleyi yasaklar. Dolaylı ayrımcılığa örnek vermek gerekirse, boyu 175 cm'nin altında olan kişilerin polislik mesleğine alınmaması verilebilir. Burada görünüşte bir ayrımcılık yoktur, fakat kadınlar ve bazı etnik gruplar değerlendirildiğinde söz konusu kuralın dolaylı bir ayrımcılık yaratabileceği ortadadır.

1.1.2.3. Dolayısıyla Ayrımcılık (Bağlantılı Ayrımcılık)

Bağlantılı ayrımcılık: *Bir bireyin, kendisiyle bağlantılı bir başka kişinin nitelikleri sebebiyle ayrımcılığa uğramasıdır. Bazı ayrımcı muamelelerde doğrudan ayrımcılık söz konusudur*⁴⁸. Ancak burada kişi kendisi ile ilgili değil, yakın ilişkide olduğu bir başka kişinin bir özelliği nedeniyle ayrımcılığa uğramaktadır. Bu duruma beyaz bir bireyin, siyah biri ile evli olmaktan kaynaklı olarak, çalıştığı işyerinde ayrımcılığa uğraması örnek olarak verilebilir. Bu noktada doğrudan ve ırk temelinde ayrımcı bir muamele söz konusudur. Fakat ayrımcılığa uğrayan kişinin aksine onunla bağlantılı bir başka kişinin nitelikleri sebebiyle ayrımcılık gerçekleşmektedir⁴⁹.

1.2. BİRİNCİL HUKUK MEVZUATINDA

Ayrımcılık yasağının hükümleri tarihte birçok aşamadan geçmiştir ve Avrupa'daki ayrımcılık yasağının gelişmesindeki tepe noktasına ulaşma anı tam olarak İkinci Dünya Savaşı'nın bitişinden sonraki döneme denk gelmektedir⁵⁰. Diğer

⁴⁵ Khaitan, s. 74.

⁴⁶ Khaitan, s. 74.

⁴⁷ Khaitan, s. 74.

⁴⁸ Gül, s. 21.

⁴⁹ Gül, s. 21.

⁵⁰ Borchardt, s. 12.

kıtılara kıyasla, Avrupa'daki mevcut ayrımcılık yasağı, hem sürekliliği olması hem de koruma prosedürleri (uygulamalar) bağlamında en ileri düzeyde olan hukuktur⁵¹. AB Birincil Hukuku, Avrupa'da bulunan toplulukları ve AB'yi oluşturan antlaşmalar, ekler, protokoller, teati edilen mektuplar ve bunların değiştirilmesini sağlayan veya ekleme yapan antlaşmalardan meydana gelir⁵². Bu bahsi geçen antlaşmalar Kurucu Antlaşmalar⁵³ şeklinde de belirtilebilir. Kurucu Antlaşmalar'ın eyleme geçirilebilmesi için AB üyesi tüm devletlerin bu antlaşmaları kabul etmesi gerekmektedir. Kurucu Antlaşmalar'ın AB'ye üye olan devletlerin onayından geçmesi sebebiyle bu antlaşmalar AB'nin hukuki düzeninin anayasası şeklinde de ele alınabilirler. AB Birincil Hukuku, AB'nin hukuki düzeninin "sui generis" yapısı dâhilinde uluslarüstü⁵⁴ bir özelliğe sahip olmasıyla diğer bilindik uluslararası antlaşmalara göre farklılık göstermektedir.

AB'nin kuruluş amacı aslında asıl odak noktası olarak ekonomik durumu ele alan hükümetler arası bir organizasyon oluşturmaktır⁵⁵. Ancak insan hakları, AB'nin iç pazarını adil ve müşterek bir şekilde kurabilmek için önemli bir tartışma konusu olmuştur. Ayrıca, AB'nin kuruluşunun başlangıç noktası dahi ekonomik bir hükümetlerarası organizasyon olması hedefini taşımaktadır, fakat bugünkü haliyle AB ayrı bir hukuki varlıktır. Hukuki varlık olarak AB'nin uluslararası toplantılarda tek bir varlık olarak rol üstlendiği gözlemlenmektedir. 2013 yılında Hırvatistan da son katılan üye olmak üzere, birliğin üye sayısı 28'e ulaşmıştır. 1957 Roma Antlaşması'ndan itibaren geçen sürede Lizbon Antlaşması'nın imzalanıp mevcut AB'nin son şeklini alması yaklaşık elli yıl sürmüştür.

Lizbon Antlaşması'ndan önce, AT enerji güvenliği sözleşmesi ile serbest ticaret antlaşmalarını düzenlemiştir. AB'nin amacı malların, sermayelerin,

⁵¹ Jonathan Zeitlin, **Extending Experimentalist Governance? The European Union and Transnational Regulation**, Oxford University Yayını, Oxford, 2015, s. 301.

⁵² Kaya, s. 127.

⁵³ AB Birincil Hukuku; Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Antlaşması (Paris Antlaşması -1951); Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu Kuran Antlaşma (Roma Antlaşması-1957); Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu Antlaşması (Euratom-1957); Avrupa Topluluğu İçin Müşterek Organlar Hakkında Antlaşma (1957); Avrupa Toplulukları İçin Müşterek Konsey ve Komisyon Kurulmasına İlişkin Antlaşma (Birleşme Antlaşması-1965); Avrupa Tek Senedi (1981); Avrupa Birliği Antlaşması (Maastricht Antlaşması-1992) ve Sosyal Şart; Amsterdam Antlaşması (1997); Nice Antlaşması (2000); Lizbon Antlaşması (2007) şeklinde sıralanabilir. Kaya, s. 127.

⁵⁴ Gülören Tekinalp ve Ünal Tekinalp, **Avrupa Birliği Hukuku**, BETA Basım Yayın Dağıtım AŞ, İstanbul, 2000, s. 68.

⁵⁵ Borchardt, s. 17.

hizmetlerin ve insanların serbest dolaşımı yoluyla İkinci Dünya Savaşı'ndan sonraki dönemde ekonomik kurtarma hareketini gerçekleştirmektedir⁵⁶. Söz konusu unsurların serbest dolaşımı AB Dört Temel Özgürlüğü olarak bilinmektedir. AT'nin önceki şekillenmesinde, Avrupa Topluluğu'nu Kuran Antlaşması'nda (1957) istihdam kapsamındaki cinsiyet bazlı ayrımcılık yasağı hükümleri içermektedir⁵⁷. Bu, AT'nin ilk şeklini aldığı dönemde bulunan ayrımcılık yasağı maddesiydi. Cinsiyet temelli ayrımcılığın yasaklanması, AT üye devletlerini cinsiyete göre farklılık gösteren maaş ödemeleri yapma konusunda engellemiştir⁵⁸. Sadece cinsiyet temelli olmasına rağmen, AT'nin kuruluşu aynı zamanda dikkate alınacak bir şekilde, emekli maaşları⁵⁹, hamilelik ve statüye bağlı sosyal güvenlik sistemleri gibi, diğer alanları da bünyesine dâhil etmektedir. 2000 yılından önce, AT ayrımcılık yasağı hukuku, cinsiyet temeli üzerinde sadece istihdam ve sosyal güvenlik alanlarına uygulanabilmekteydi⁶⁰.

90'lı yılların sonunda bazı gruplar AT hukuku'na yönelik önemli bir lobi faaliyeti vermişlerdir⁶¹. Kamusal çıkar grupları AT'deki yetki sahibi paydaşları ırk, cinsel yönelim, dini inanış ve etnik gruplara bağlı ayrımcılık gibi diğer türleri de dâhil ederek ayrımcılığa yönelik yasaların daha da genişletilmesi için ikna etmeye çalışmışlardır⁶². Ayrımcılık yasağının genişletilmesi, aynı zamanda aşırı milliyetçi ideolojinin bazı AT üye devletleri arasında tekrar dirileceği korkusunu da beraberinde getirmiştir⁶³. Bu durumun AT'de siyasal istikrarsızlık yaratabileceği endişesiyle beraber, AT liderleri Avrupa Topluluğu Antlaşması (ATA)'nın ıslahına

⁵⁶ Borchardt, s. 19. Bununla birlikte, ABA 3. madde 3. fıkrası ile birlikte; "Birlik bir iç pazar kurar. Birlik, dengeli ekonomik büyümeye ve fiyat istikrarına, tam istihdamı ve sosyal gelişmeyi hedefleyen rekabet edebilirliği yüksek bir sosyal pazar ekonomisine ve çevre kalitesinin yüksek düzeyde korunmasına ve iyileştirilmesine dayalı olarak, Avrupa'nın sürdürülebilir kalkınması için çalışır. Birlik, bilimsel ve teknolojik ilerlemeyi destekler." Avrupa Birliği, ABA, 3. maddesinin 5. fıkrası.

⁵⁷ Avrupa Ekonomik Topluluğu, **Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Antlaşması (Roma Antlaşması)**, 1957 imzalanmış ve 1958 yılında yürürlüğe girmiştir, (Roma Antlaşması), 119. madde.

⁵⁸ Avrupa Ekonomik Topluluğu, (Roma Antlaşması), 119. maddesinin (a) fıkrası.

⁵⁹ Avrupa Ekonomik Topluluğu, (Roma Antlaşması), 28. madde.

⁶⁰ Irk Eşitliği Yönergesi (2000/78/EC) ve İstihdamda Eşitlik Yönergesi (2000/43/EC) yasallaştırmadan önce.

⁶¹ Perju, s. 296.

⁶² Avrupa Birliği Temel Halklar Ajansı, s.14.

⁶³ Malcolm Anderson, **States and Nationalism in Europe since 1945**, Routledge Yayınları, London, 2000, s. 46.

izin vermişlerdir. Daha sonra ırk, etnik grup, cinsel yönelim, dinsel inançlar, yaş ve engellilik temelli ayrımcılık yasağı AT tarafından düzenlenmiştir⁶⁴.

1.2.1. Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma (ABİA)

ATA, AET kurulmasında rol oynayan antlaşma olan Roma Antlaşması'nda farklı tarihlerde öbür kurucu antlaşmalarla gerçekleştirilen değişiklikler ve eklenmiş düzenlemelerle meydana getirilen birleşik bir dökümanı belirtir. 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması ATA'yı, ABİA şeklinde değiştirmiştir.⁶⁵

AB hukuku'nda genel ayrımcılık yasağının düzenlenmesi Amsterdam Antlaşması ile olmuştur (Amsterdam Antlaşması 6a maddesi, Avrupa Topluluğu'nu Kuran Antlaşma'da 13. madde olarak sayılmıştır)⁶⁶. AB'de daha önce tanımı yapılan ayrımcılığa ek olarak evvelki dönemde sadece Topluluk'un istihdam ve toplumsal politikalarının alanına dâhil olan konularla sınırlandırılmış yetkisi, genel ayrımcılık yasağıyla bağlantılı düzenlemeyle birlikte istihdam dışında kalan türleri da bünyesine dâhil edecek biçimde genişletilmiştir⁶⁷. Bu düzenleme ile birlikte, ayrımcılık yasağı, kapsamı cinsiyetin yanına etnik köken ve ırk, engellilik, inanç ya da din, yaş ve cinsel tercihi de dâhil edecek biçimde genişletmiştir (ABİA'nın 10. maddesi)⁶⁸. Diğer bir deyişle, AB'de yeni ayrımcılık nedenleri öngörülmüştür⁶⁹. AB genel ayrımcılık yasağı çerçevesinde ilk kez istihdam dışındaki alanlarda ayrımcılıkla mücadeleye ilişkin gerekli önlemleri alma yetkisine sahip olmuştur⁷⁰. Bakanlar Konseyi'nin bahsi geçen ayırım nedenleriyle mücadele etmesi için, sağlayacağı

⁶⁴ Irk Eşitliği Yönergesi (2000/78/EC) ve İstihdamda Eşitlik Yönergesi (2000/43/EC).

⁶⁵ Sumru Bilçen, "AB'de Önemli Bir Adım; Lizbon Antlaşması", **TBBM Dışilişkiler ve Protokol Müdürlüğü**, 2010, s. 1.

⁶⁶ Avrupa Topluluğu'nu Kuran Antlaşma'da 13. madde olarak bulunmaktadır; *Konsey, bu Antlaşma'nın diğer hükümlerine zarar vermeksizin ve Topluluğa Antlaşma 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 konuma dayanan ayrımcılıkla mücadele etmek için uygun girişimlerde bulunabilir.* ABİA'da ise Lizbon Antlaşması tarafından 19. madde olarak yer almıştır.

⁶⁷ Mark Bell, "Equality and the European Union Constitution", **Industrial Law Journal**, Cilt: 33, Sayı: 3, 2004, ss. 242.

⁶⁸ Bağlantılı olarak ABİA 19. madde.

⁶⁹ Maria Grazia Rossilli. "The European Union's Policy on the Equality of Women", **Feminist Studies**, Cilt: 25, Sayı: 1, 1999, s. 172'dan aktaran Kaya, s. 129.

⁷⁰ Annick Masselot, "The State of Gender Equality Law in the European Union", **European Law Journal**, Cilt:13, Sayı:2, March 2007, ss. 152-153'dan aktaran Kaya, 129.

önlemlerle alakalı karar yeter sayısı için nitelikli oy çokluğunun yerine oybirliği koşulu istenmektedir (ABİA'nın 19. maddesinin 1. fıkrası, eskisi ise Avrupa Topluluğu'nu Kuran Antlaşması'nın 13. maddesi). Bununla bağlantılı olarak, Bakanlar Konseyi'nin ayırım nedenleriyle alakalı karar verebilmesi ve hükmün uygulanabilirliği daha zor hale gelmiştir⁷¹. Avrupa Parlamentosu'nun karar alma evresine dahi olması için de ortak karar alma yöntemi yerine, danışma yöntemi öngörülmüştür⁷².

1.2.2. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (THŞ)

1.2.2.1. Genel Kapsam

AT'nın kuruluşunu sağlayan antlaşmalar insan haklarının nasıl uygulanacağı ya da insan haklarının korunmasının uygulanma şekli hakkında herhangi bir mekanizma içermiyordu⁷³. Avrupa'da serbest bir ticari bölgenin oluşturulmasının ileride Avrupa'nın insan haklarının korunması açısından en önde gelen toplumlardan birisi olmasına zemin hazırlaması tahmin edilmeyen bir durumdu⁷⁴. AT, üye ülkeleri tarafından İkinci Dünya Savaşı sonrası çöken ekonomiyi kurtarmak için çaba gösteren tam bir serbest ekonomik topluluktu. Üye ülkeleri arasında adil ve sınırsız bir ticaret ortamı oluşturabilmek için insan haklarını ilgilendiren durumlar zamanla görünür hale gelmiştir. ATAD önüne AT mevzuatının sebep olduğu insan hakları ihlalleri iddiasıyla davalar gelmeye başladıkça; ATAD, Topluluk Hukukunun “genel ilkeleri” olarak bilinen, yargıçlarca oluşturulan bir hukuk manzumesi geliştirdi⁷⁵. ATAD'a göre bu genel ilkeler, insan haklarının içeriğinin bir yansıması olarak kullanılmaktaydı ki o dönemde AT'teki insan haklarının içeriği henüz ulusal anayasalarda ve evrensel antlaşmalarda bulunan insan haklarının korunmasına aitti.

⁷¹ Evelyn Ellis. “Recent Developments in European Community Sex Equality Law”, *Common Market Law Review* 35, 1998, ss. 381.

⁷² Chrystalla A. Ellina, *Promoting Women's Rights, The Politics of Gender in the European Union*, Routledge Press, London, 2003, s. 54.

⁷³ Obrad Savic, *The Global and the Local in Human Rights*, Verso Yayınları, Londra, 2002, s. 3.

⁷⁴ Michael D. Goldhaber, *A People History of the European Court of Human Rights*, Rutgers University Press, New Brunswick, 2007, s. 189.

⁷⁵ Goldhaber, s. 91.

ATAD, bu genel ilkelerin Topluluk Hukukuna olan riyeti kesinleştireceğinin garantisini vermektedir⁷⁶.

THŞ, AB'ye üye ülkelerin anayasalarında var olan hakların birikiminin gelişmiş bir biçiminden oluşan insan hakları listesinden meydana gelmektedir. Aynı zamanda AIHS ve Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi gibi evrensel insan hakları antlaşmalarından tamamıyla etkilenmiştir⁷⁷. Lizbon Antlaşması'ndan önce, 2000 yılında kabul edilen şart sadece bir "beyanname" niteliğindedir, yani hukuken bağlayıcı değildir⁷⁸. Ancak Avrupa Komisyonu (yeni AB mevzuatı teklif etmeye yetkili asli organ) tekliflerinin şart ile uyum içinde olacağını beyan etmiştir.

2007 yılında Lizbon Antlaşması'nın imzalanmasıyla birlikte THŞ'nin yasal durumu net bir hal aldı⁷⁹. Lizbon Antlaşması 2009 yılında yürürlüğe girdiği zaman, bu THŞ diğer AB antlaşmalarıyla eşit değer taşıyan bir AB antlaşması olarak tanınmıştır. Aslında, Lizbon Antlaşması'nı yapan kurumlar olan Avrupa Parlamentosu, Bakanlar Konseyi ve Avrupa Komisyonu aynı zamanda AB THŞ'yi de oluşturan kurumlardır. AB hukukunda THŞ'nin yasal statüsü, Lizbon Antlaşmasının 6'ncı maddesinde yazıldığı şekliyle "*Birlik, 12 Aralık 2007 tarihinde Strazburg'da uyarlandığı haliyle, Antlaşmalar'la aynı hukuki değere sahip olan 7 Aralık 2000 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda yer alan hakları, özgürlükleri ve ilkeleri tanır.*" bulunabilmektedir. Yine de THŞ'nin, bu şarttaki temel hakları işaret eden 51(1) maddesi AB'nin Kurumları, AB hukuku ve AB üye devletleri tarafından uygulanacaktır. AB Antlaşması'nın (Lizbon Antlaşması ile) düzenlenmiş 6. maddesiyle beraber THŞ'nin 51(2) maddesi ise antlaşmayı AB'nin yetkilerini aşma konusunda sınırlandırmış ve kısıtlamıştır. Sonuç olarak AB'nin THŞ'te yer alan hakları, bu Şart'ta değişikliğe gidilmedikçe koruma yetkisi yoktur. Dolayısıyla bireylerin, THŞ'teki hakların uygulanmasındaki başarısızlık ile ilgili bir durum içeren ülkeyi, ABAD'ta davalı olarak taraf göstermeleri hala mümkün olmamaktadır.⁸⁰

⁷⁶ Goldhaber, s. 91-92.

⁷⁷ Di Federico, s. 72.

⁷⁸ Di Federico, s. 6.

⁷⁹ Konseyi, **Lizbon Antlaşması (Reform Antlaşması)**, Lizbon, 2007 yılında imzalanan ve 2009 yılında yürürlüğe girmiştir, 6.madde.

⁸⁰ Federico, s. 4.

Ayrıca THŞ AB tarafından insan hakları kavramının kurulmasına ve korunmasına dair gerçekleştirilen ilk çalışma değildir⁸¹. AB THŞ'den önce tüm AB üye devletlerinden ve bu birliğe aday olan devletlerden Kurucu Antlaşmaları benimsemeleri istenmekteydi⁸². Kurucu Antlaşmaları'nı benimsemek antlaşmadan gelen ilkelerin uygulanması için gereklidir, örneğin adil yargılanma hakkı ABAD'nın zaten ortaya koyduğu bir içtihat olarak geçerliliğini korumaktadır⁸³. Bu şu anlama geliyor ki, AB THŞ'den önceki dönemde bile AB üye devletleri Kurucu Antlaşmaları'nda yazılı olan insan hakları ilkelerini çoktan kabul etmişlerdir. ABAD herhangi bir insan hakları davasını yorumlarken her zaman AB hukuku'nun genel ilkelerini benimsemektedir. AB hukuku'nun ABAD tarafından yürürlüğe girmesinin yanı sıra, her AB üyesi devletin de AB hukuku'nun genel ilkelerini ulusal mahkemelerde uygulaması zorunlu kılınmıştır⁸⁴. AB hukuku'nun bu genel ilkeleri, AB kurumları ve AB'ye üye devletler tarafından sağlanan haklar olarak dikkate alınmaktadır. ABAD (ya da 2009 yılından önce ATAD), AB hukuku'nun genel ilkelerinin uygulanmasının korunmasıyla bağlantılı meseleler ile sıklıkla ilgilenmektedir.

THŞ'de yer alan başlıca haklar şunlardır: Yaşam hakkı (md.2), kişisel bütünlük hakkı (md.3), işkence ve insanlık dışı veya alçaltıcı muamelenin yasaklanması (md. 4), köleliğin ve zorla çalıştırmanın yasaklanması (md. 5), özgürlük ve güvenlik hakkı (md. 6), özel hayata ve aile hayatına saygı (md. 7), kişisel verilerin korunmasına ilişkin hak (md. 8), evlenme ve aile kurma hakkı (md. 9), düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (md.10), düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (md.10), ifade ve haber alma özgürlüğü (md.11), toplanma ve örgütlenme özgürlüğü (md.12), sanat ve bilim özgürlüğü (m.13), eğitim kurumları tesis etme özgürlüğü (md.14/3), çalışma özgürlüğü (md.15/1), THŞ'de düzenlenmiştir. Bunun üzerinde, teşebbüs serbestisi (md. 16), mülkiyet hakkı (md. 17), iltica hakkı (md. 18), ülkeden çıkarma, sürgün veya iade durumlarında korunma (md. 19), kanun önünde eşitlik (md. 20), ayrımcılık yapmama (md. 21), kültür, din ve çeşitliği (md. 22), kadın ve erkek arasında eşitlik (md. 23), çocuk hakları (md. 24), yaşların hakları (25), özür

⁸¹ Gerard Conway, *EU Law*, Routledge Yayınları, New York, 2015, s. 12.

⁸² Conway, s. 302.

⁸³ Avrupa Parlamentosu, Bakanlar Kurulu, Avrupa Komisyonu, **Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı**, 2000 yılında hazırlanan ve 2009 yılında yürürlüğe girmiştir, 17. madde.

⁸⁴ Federico, ss. 100-102.

kişilerin topluma kazandırılması (md. 26), işçilerin işletme içinde bilgi alma ve danışma hakkı (md. 27), toplu sözleşme görüşmeleri yapma ve eylem hakkı (md. 28), işe yerleştirme hizmetlerinden yararlanma hakkı (md. 29), Haksız işten çıkarmaya karşı koruma (md. 30), Adil ve hakkaniyete uygun çalışma koşulları (md. 31), Çocuk işçi çalıştırmanın yasaklanması ve çalışan gençlerin korunması (md. 32), Aile ve meslek yaşamı (md. 33), Sosyal güvenlik ve sosyal yardım (md. 34), Sağlık hizmetleri (md. 35), Genel ekonomik konulardaki hizmetlerden yararlanma (md. 36), Çevresel koruma (md. 37), Avrupa Parlamentosu seçimlerinde oy kullanma ve aday olma hakkı (md.39) ve yerel oy kullanma ve aday olma hakkı (md.40) düzenlenmiştir. Bunların dışında, THŞ maddelerinde , iyi idare hakkı (md. 41), kamu denetçisine başvurma hakkı (md. 43) ve dilekçe hakkı (md.44), Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Komisyon belgelerine erişime hakkı (md.42), güvence altına alınmıştır. Dolaşım ve ikamet özgürlüğü (md. 45), Diplomatik ve konsolosluk koruması (md. 46), Etkili hukuki bir yola başvurma ve adil yargılanma hakkı (md. 47), Masumiyet karinesi ve savunma hakkı (md. 48), Cezayı gerektiren suçların ve cezaların orantılı olması ve yasada tanımlanması ilkeleri (md. 49), Cezayı gerektiren aynı suçtan iki kere yargılanmama veya cezalandırılmama hakkı (md. 50).

1.2.2.2. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda Ayrımcılık Yasağına İlişkin Hükümler

THŞ'nde ayrımcılık yasağı düzenlenerek, kanun koyucu tarafından belirtilen ayırım sebeplerine dayanılarak, kişiler arasında bir ayrımcılık yapılamayacağı düzenlenmiştir. Bu çerçevede cinsiyet, ırk, renk, etnik veya sosyal köken, genetik özellikler, dil, din veya inanç, siyasi veya diğer her türlü düşünce, bir ulusal azınlığa üye olma, servet, doğum, engellilik, yaş veya cinsel tercih vb. bir nedene bağlı olarak ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır (THŞ'nin 21. maddesinin 1. fıkrası)⁸⁵. Maddede yer alan ayırım sebeplerinin hayli geniş olduğu belirtilmelidir. THŞ'nin bu maddesinde ABİA madde 19'da sayılan cinsiyet, ırk ve etnik köken, din ya da inanç, engellilik, yaş ve cinsel yönelim sebeplerinin ötesinde bazı sebeplerin sayıldığı

⁸⁵ Temel Haklar Şartı'nın 21. maddesi; Cinsiyet, ırk, renk, etnik veya sosyal köken, genetik özellikler, dil, din veya inanç, siyasi veya diğer her türlü düşünce, bir ulusal azınlığa mensubiyet, servet, doğum, sakatlık, yaş veya cinsel eğilime her türlü ayrımcılık yasaktır.

belirtilmelidir. Engellilik konusunda, THŞ'nin 26. maddesi engelli kişilerin topluma kazandırılması hakkında düzeltilmiştir⁸⁶.

1.3. İKİNCİL HUKUK MEVZUATINDA

1.3.1. Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılık Yasağı Yönergeleri

2000 yılında, ayrımcılık yasağı hakkında ilk iki yönerge olan İstihdamda Eşitlik Yönergesi (İstihdam ve İş konusunda Eşit Muamele için Bir Genel Çerçeve Oluşturulmasına İlişkin Direktif 2000/78/EC)⁸⁷ ve Irksal Eşitlik Yönergesi (İrk ve Etnik Kökene Bakılmaksızın Kişilere Eşit Muamelede Bulunulması İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Direktif 2000/43/EC)⁸⁸ kabul edilmiştir. İstihdamda Eşitlik Yönergesi istihdam kapsamında cinsiyet, dini inanış, yaş ve engellilik durumunu temel alan ayrımcılıkları yasaklamaktadır. Irksal Eşitlik Yönergesi istihdam kavramı içerisinde ırk veya etnik gruba bağlı ayrımcılıkları yasaklamıştır fakat aynı zamanda bu durumu refah sistemi ve sosyal güvenlik, mallar ve hizmetler gibi alanlara da bir tanım olarak dâhil etmiştir. AT'nın attığı bu adım, ayrımcılık yasağı hukukunun kapsamının genişletilmesinde oldukça önemli bir değer taşımaktadır. Aslında, her bireyin kendi potansiyel pazarına tam olarak ulaşmasına imkân sağlayan bir metot olsa da, aynı zamanda bireylerin sağlık, eğitim ve ev sahibi olma gibi haklara eşit şekilde erişimini sağlayan temel bir garanti sağlamaktadır.

2004 yılı geldiğinde, Mal ve Hizmetlere Erişimde Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Yönerge (2004/113/EC)⁸⁹ cinsiyete bağlı ayrımcılık karşıtlığının kapsamını mallar ve hizmetlere doğru genişletmiştir. Bu yönergeler AT tarafından tasarlanmış ve imzalanmıştır, her ne kadar cinsiyet temelli yönergeler ve ırksal eşitlik temelli yönergeler arasındaki karşılıklı ilişki tam olarak bağlantılı olmasa da bu yönergeler toplum üzerinde önemli etkiler bırakmıştır. Sosyal koruma,

⁸⁶ Temel Haklar Şartı'nın 26. maddesi; Birlik, engelli kişilerin bağımsızlığını, sosyal ve mesleki bütünleşmelerini ve toplum hayatına katılmalarını temin etmek üzere alınan tedbirlerden yararlanma hakkını tanı ve gözetir. .

⁸⁷ Konseyi, *İstihdamda Eşitlik Yönergesi*, (2000/78/EC), 2000 yılında hazırlanan ve 2000 yılında yürürlüğe girmiştir.

⁸⁸ Konseyi, *İrk Eşitliği Yönergesi*, (2000/43/EC), 2000 yılında hazırlanan ve 2000 yılında yürürlüğe girmiştir.

⁸⁹ Konseyi, *Cinsiyet Yönergesi*, (2004/113/EC), 2004 yılında hazırlanan ve 2004 yılında yürürlüğe girmiştir.

sağlık ve eğitim haklarına erişim arasında kendini hissettiren karşılıklı bir ilişki olmadığı görülebilmektedir. 2000'li yıllarda AT'deki ayrımcılık yasağı cinsiyete, ırka ve etnik gruba, dini inanışa, engelliliğe ve yaşa bağlı ayrımcılığı da kapsama alanına dâhil etmiştir, fakat bu ayrımcılık yasağı temellerinin kapsamı sadece istihdam kavramında uygulanabilmektedir⁹⁰.

AB'deki ayrımcılık yasağı mevzuatının kapsamı, ayrımcılık yasağı yönergelerin düzenlenmesiyle kurulmuştur. Ayrımcılığın yasaklandığı en az on korunmuş konu bulunmaktadır, bunlar cinsiyet, cinsel yönelim, engellilik, yaş, ırk (etnik grup, görünüş veya ulusal bir azınlığa üye olmak), milliyet veya milli kökenler, din veya inanış, dil, toplumsal kökenler (doğum ve özellikler), politik veya diğer görüşler ve diğer bazı spesifik alanlardır⁹¹. Ayrımcılık yasağının türleri AB ayrımcılık yasağı hukukunun üç ana kapsamına uygulanabilir. Yukarıda sıklıkla bahsedildiği gibi, AB ayrımcılık yasağı yönergeleri istihdam, refah ve sosyal güvenlik ve yerleşimi de içermek üzere gayrimenkul ve hizmetlerin sağlanmasıdır.⁹²

Bu korunmuş alanlar, AB ayrımcılık yasağı yönergelerinin yalnızca bu üç türüne uygulanabilir. İstihdam kapsamı yerleşiktir ve yukarıda bahsedilen diğer iki türe kıyasla en ileri düzeydeki kapsam olduğu söylenilebilir. Ancak bazı kamu yararına çalışan gruplar, AB ayrımcılık yasağı yönergelerinin kapsamının genişletilmesi için teklif sunmuşlardır. AB ayrımcılık yasağı yönergelerinin genişletilmesi AB'nin paydaşları tarafından hala üzerinde tartışılan bir konudur. Aşağıda AB ayrımcılık yasağı yönergelerinin türleri açıklanmaktadır.

1.3.1.1. İstihdama Erişim

İstihdam kapsamındaki ayrımcılık yasağı olan koruma, diğer kapsamlara kıyasla en ileri düzeyde olanıdır. Avrupa'nın İkinci Dünya Savaşı sonrası batan ekonomisini kurtarmak üzere tek bir pazar (iç pazar) olarak kurulmasının hedeflenmesine bağlı olarak meydana gelen bir durumdur. İstihdama erişim kavramı ATAD tarafından çoktan yorumlanmıştır⁹³. İstihdama erişim kavramının

⁹⁰ Avrupa Birliği Temel Halklar Ajansı, s. 14.

⁹¹ Avrupa Birliği Temel Halklar Ajansı, s. 64.

⁹² Avrupa Birliği Temel Halklar Ajansı, s. 64.

⁹³ Alina Kaczorowska, *European Union Law*, 2.baskı, Routledge Yayınları, Oxon, 2011, s. 231.

yorumlaması, ATAD tarafından sonlandırılmış davalarda bulunabilir. *Meyers v. Kararlaştırma Memuru (Adjudication Officer)*⁹⁴ davasında mahkeme, istihdama erişimin sadece bir işin kabul edilme anında oluşan koşullarla değil, bireyin işi kabul edip etmeyeceğinin kararını vermesinden önce bu durumu etkileyen tüm gerekli ve dikkate alınacak faktörlerle tanımlanması gerektiğini belirtmiştir⁹⁵.

Bunun devamında, *Schnorbus v. Land Hessen*⁹⁶ davasında, davacı taraf hâkimlik işine alım için bir eğitime başvurmuştur. Davaya konu olan olayda, davacı tarafın bulunduğu ülkenin ulusal yasalarına göre, davacı ulusal bir sınava girmeli, bir dönem eğitim almalı ve daha sonra ikinci bir sınava daha girmelidir. Bu kişinin başvurusu sonradan ertelenmiştir çünkü kendisine bu işle ilgili boş pozisyon kalmadığı söylenmiştir, bundan dolayı aynı pozisyon açılana kadar beklemesi gerekmiştir. Davadan önce davacı taraf başvurduğu işle ilgili bir eğitime alınmıştır. Ancak almış olduğu bu eğitim, başarısız olarak değerlendirilmiş ya da başvurduğu işle ilgili sayılmamıştır. ATAD davayı incelediği zaman, davacının bu iş için çalışıyor olamamasına rağmen iddialarının içeriğinin iş hakkına erişim konusuna girdiğini belirtmiştir⁹⁷.

İşten çıkarma ve ödemelerle bağlantılı istihdam koşulları aynı zamanda istihdama erişimin kapsamının da bir parçasıdır. *Meyers v. Kararlaştırma Memuru* davasında başvuran kişinin durumu da davadaki büyük tartışma konularından biridir. Davaya başvuran kişi bekâr bir ebeveynidir ve bekâr bir ebeveyn olarak bu durumunun aile kredisine başvurmasına engel olmasından şikâyetçi olmuştur. Davacının başvurusunun kavramı, istihdam erişimin kapsamına girmiştir çünkü aile kredisi toplumun menfaatine olacak şekilde düzenlenmiştir, bu kredi kişi bekâr yani tek bir ebeveyn bile olsa eşitlik ilkesine dayanarak düzenlenmelidir. ATAD 1999'da düzenlenen Eşit Davranış Yönergesini (2004 yılından sonra bu yönerge Cinsiyetler Eşitliği yönergesi ya da basit ismiyle bilinen şekilde Yeniden Yapılandırma (*recast*) ile değiştirilmiştir), iddiayı incelemek üzere kullanmıştır. ATAD davacı tarafından aile kredisi ile ilgili yapılan şikâyetin sosyal güvenlik sisteminin bir parçası olduğunu

⁹⁴ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı *Meyers v. Adjudication Officer*, (Case C-116/94 [1995] ECR I-2131, 13.06.1995).

⁹⁵ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, *Meyers v. Adjudication Officer*, 1. kararı.

⁹⁶ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, *Schnorbus v. Land Hessen*, (Case C-79/99 [2000] ECR I-10997), 01.12.2000.

⁹⁷ Avrupa Birliği Temel Halklar Ajansı, s.65.

belirtmiştir. Bu nedenle, çalışmanın koşulları başka kapsamlara başka yönergeler içerisinde bağlı olabilir; örneğin sosyal güvenliğe erişim gibi⁹⁸.

AT, önceden beri gelen istihdam kavramının ve çalışma koşullarının geniş ve soyut tanımını kabul etmiştir. Bu, ATAD için işyerlerinde çocuk bakım odalarının sağlanması ve çalışma saatlerinin düşürülmesi gibi hükümlerin, istihdam kapsamının içerisinde dikkate alınmasında yol gösterici olmuştur. Ayrıca ATAD, oldukça adil olan bir yaklaşımı, işten çıkarmalar ve ödemeler konusuna dâhil etmiştir. ATAD, çalışma ilişkisinin nasıl başladığından nasıl sonlandığına kadar gerçekleşen tüm durumları işten çıkarma konusunun kapsamı içerisine almıştır. Günümüzde ödeme konusunun kavramı, AB'nin işlevselliği ile ilgili olan ABİA'nın 157'nci maddesinde belirtilmiştir⁹⁹. ABİA, çalışanların işlerinden elde ettikleri faydalara ait geniş bir çeşitliliği kapsar¹⁰⁰. ABİA'nın 157'nci maddesinin kapsamı, trenyolu seyahati¹⁰¹, gurbetçilik izni¹⁰², Noel ikramiyesi¹⁰³ ve mesleklerle ilgili emekli maaşları¹⁰⁴ gibi birçok faydayı içermektedir. ABİA'nın 157'nci maddesine göre, ödeme kavramı iş

⁹⁸ Avrupa Birliği Temel Halklar Ajansı, s.65.

⁹⁹ Avrupa Birliği, **Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (ABİA)**, madde 157:

1. Her üye devlet, kadın ve erkek işçilere, aynı veya eşit değerde iş için eşit ücret ilkesinin uygulanmasını sağlar.

2. Bu maddenin amaçları doğrultusunda, "ücret", işçinin işverenden istihdam edilmesi nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak aldığı, nakdi veya aynı, temel veya asgari ücreti, maaşı veya diğer herhangi bir bedeli ifade eder.

Cinsiyet temelinde ayrımcı olmayan eşit ücret aşağıdakileri ifade eder:

a. parça başına ücret ödenen aynı iş için ücretin aynı ölçü birimine göre hesaplanması,
b. zaman esasına göre ücret ödenen işlerde aynı iş için aynı ücretin uygulanması.

3. Avrupa Parlamentosu ve Konsey, olağan yasama usulü uyarınca hareket ederek ve Ekonomik ve Sosyal Komite'ye danıştıktan sonra, aynı veya eşit değerde iş için eşit ücret ilkesi dahil olmak üzere, istihdam ve meslek konularında erkekler ve kadınlara eşit fırsatlar ve eşit muamele ilkelerinin uygulanmasını sağlayan tedbirler alır.

Çalışma hayatında erkekler ve kadınlar arasında uygulamada tam eşitliği sağlamak için, eşit muamele ilkesi, üye devletlerin, yetersiz temsil edilen cinsiyetin mesleki faaliyette bulunmasını veya mesleki kariyerlerindeki dezavantajların engellenmesini veya telafi edilmesini kolaylaştırmaya yönelik belirli avantajlar sağlayan tedbirleri muhafaza veya kabul etmelerini engellemez.

¹⁰⁰ Damian Chalmers ve diğerleri, **European Union Law: Text and Materials**, 3.baskı, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, s.295.

¹⁰¹ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, **Garland v. British Rail Engineering Limited**, (Dava 12/81 [1982] ECR 455), 09.02.1982.

¹⁰² Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, **Sabbatini v. European Parliament**, (Dava 20/71 [1972] ECR 345), 07.06.1972.

¹⁰³ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, **Lewen v. Denda**, (Dava C-333/97 [1999] ECR I-7243), 21.10.1999.

¹⁰⁴ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, **Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group**, (Dava C-262/88 [1990] ECR I-1889), 17.05.1990.

ilişkisinden türemektedir. Çalışanlar tarafından belirtilen faydalar, her zaman çalışanlar ve şirketler arasındaki iş ilişkisinin durumuna bağlı olacaktır.

AB yönergelerine göre istihdam kapsamı, aynı zamanda mesleki rehberlik ve eğitim konularını da kapsamaktadır. Kişilerin serbest dolaşımı kavramında, ATAD, mesleki rehberlik ve eğitim hakkında yaygın bir tanımı çoktan kabul etmiştir. *Gravier v. Ville De Liege ve diğerleri*¹⁰⁵ davasında Fransız bir öğrenci Belçika'da bulunan bir akademik geziye katılmak istemiştir. Öğrenciye, bu programa başvurabilmesi için kendi ülkesi olan Fransa'da ödeme yapması gerektiği söylenmiştir ve daha sonra Belçika'da benzeri bir ödeme talep edilmemiştir. Ayrıca, AB ayrımcılık yasağı yönergelerine, işveren örgütlerinin koruması da dâhildir. Avrupa Komisyonu tarafından yayınlanan rehberde göre, herhangi bir çalışan, kendi işiyle ilgili herhangi bir örgüte hiçbir ayrımcı harekete maruz kalmadan girebilir¹⁰⁶. Ödeme durumuna özel olarak, istihdam konusu kapsamının ilgisi, daima ABİA'daki 63. madde ile birleşik 10. ve 145. maddeyle bağlantılı olacaktır. Ödeme konusunun kavramı, çalışanların özel hayatlarından gelen haklarından faydalanmaları konusuyla ayrı tutulmamalıdır.

1.3.1.2. Refah ve Sosyal Güvenliğe Erişim

AB hukukundaki ayrımcılık yasağı, aynı zamanda refah ve sosyal güvenliğe erişimin garantisini de verir. Bu husus üç türe bölünebilmektedir; sosyal koruma (sosyal güvenlik ve sağlık hizmetleri), sosyal avantajlar ve eğitim¹⁰⁷. Sosyal korumanın kavramı içerisinde sosyal korumanın kesin hedefi Irksal Eşitlik Yönergesi'nde açıklanmadığından dolayı AB bu konuda net bir sınır sergileyememektedir. Üstelik 2015 senesine varıldığında, sosyal güvenliğin geçerli tanımı ABAD dava kanunu tarafından henüz açıklanmamıştır¹⁰⁸. Fakat Cinsiyete Bağlı Toplumsal Güvenlik Yönergeleri'nin 1(3) maddesi, yasaya bağlı sosyal güvenlik planlamalarında cinsiyet temelli eşitlik durumunu sağlar. Bu madde hastalık, yatalak duruma düşmek, ileri yaş, işyerinde gerçekleşen kazalar ya da

¹⁰⁵ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, *Gravier v. Ville de Liège and Others*, (Dava 293/83 [1985] ECR), 13.02.1985.

¹⁰⁶ Chalmers, s. 295.

¹⁰⁷ Avrupa Birliği Temel Halklar Ajansı, s. 69.

¹⁰⁸ Avrupa Birliği Temel Halklar Ajansı, s. 69.

mesleki hastalıklar ve işsizlik gibi durumlara karşı korumalardan oluşan bir zorunluluktur¹⁰⁹. Ana kavram tam netliğe kavuşmamış olmasına rağmen, son zamanlarda Avrupa Komisyonu, sosyal güvenliği üye devletlerin politikalarında uygulanacak şekilde bir sosyal güvenlik ve sosyal dahiliyet stratejisini zorunlu hale getirmiştir.

Sosyal korumanın aksine, "Sosyal Avantajlar" ATAD yasaları tarafından iyi biçimde geliştirilmiştir. Özellikle özgür insanın hareketiyle ilgili yasanın kavramında Sosyal Avantajların üst düzey tanımı iyi bir şekilde yapılmıştır. Örneğin *Cristini v SNCF*¹¹⁰ arasındaki davada Bayan Cristini İtalyan bir kişiyle evlidir. Fransız Devlet Demiryolları (*the French Railways*) bütün aileye imtiyazlı bir yolculuk teklifi sunmuştur, bu yolculuk bahsi geçen bayanın kocasının çalıştığı yere gerçekleşen bir yolculuk olacaktır, fakat Bayan Cristini uyruğundan dolayı bu yolculuğa dâhil edilmemiştir¹¹¹. Ayrıca Bayan Cristini, Fransız Demiryolları'nın politikasıyla ilgili durumu tartışma zeminine taşımış ve bununla ilgili şikâyetini ATAD'a sosyal avantajların kavramı dâhilinde sunmuştur. ATAD, Bayan Cristini tarafından sunulan iddialarla aynı fikirde olmamıştır çünkü Bayan Cristini kocasının iş sözleşmesindeki taraflardan birisi değildir. Bu yüzden, sosyal avantajlar davalarında ATAD, sosyal avantajlar kavramının her üye devletin kendi ulusal politikalarından türeyeceğini belirlemiştir¹¹².

Eğitim kavramında, AET'in 1612/68 sayılı Yönetmeliği'nin 12'nci maddesi eğitime yönelik ayrımcılığa yasağı korumanın ana kaynağıdır¹¹³. Okul yaşına gelmiş kişilerin eğitimlerine destek olması amacıyla işe yerleştirilebilecekleri nettir. Ancak, öğrenci eğitime katılım için gerekli olan şartları yerine getirme durumunun gereksinimleriyle orantılı bir işe kabul edilmelidir. Kısacası, öğrenciler işe alınabilir fakat derslere katılabilmeleri için gerekli olan boşluğun da kabul edilmesi gerekmektedir¹¹⁴.

¹⁰⁹ Avrupa Birliği Temel Halklar Ajansı, s. 69.

¹¹⁰ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, *Cristini v, Société Nationale des Chemins de fer Français*, Case C-32/75 [1975] EECI-1612/68, 30.09.1975.

¹¹¹ Avrupa Birliği Temel Halklar Ajansı, s. 70.

¹¹² Paul Craig and Gráinne de Búrca, *EU Law: Text, Cases and Materials*, 5.baskı, Oxford University Press, Oxford, 2011, (Text, Cases and Materials), s.474.

¹¹³ Búrca, (Text, Cases and Materials), s. 751.

¹¹⁴ Avrupa Birliği Temel Halklar Ajansı, ss. 71-72.

ABİA ile alakalı olarak, refah ve eğitim daima ABİA'nın 165-166. maddelerinin sınırı ile çevrelenecektir¹¹⁵. ABİA'nın 165'inci maddesi, medikal tedaviye erişim gibi sağlık hizmetlerini kapsamamasına rağmen sağlık hizmetlerinin kapsamı ABİA'nın 168 maddesinin sınırı içerisinde bulunacak şekilde dikkate alınmaktadır. Ancak bazı davacılar, ABİA'daki sağlık hizmetleri kavramının daima antlaşmanın 145'inci maddesiyle bağlantılı olduğunu öne sürmektedirler.

1.3.1.3. Mal ve Hizmet Alımlarına Erişim

Irksal Eşitlik ve Cinsiyete Bağlı Mallar ve Hizmetler Yönergesi, malların ve hizmetlerin desteğine olan erişimdeki ırk ve cinsiyet temelli ayrımcılığa karşı olan korumayı çoktan sağlamıştır. Malların ve hizmetlerin kavramında, 3(1) maddesi '*kamu organları dâhil hem kamu sektörü, hem de özel sektör yönünden, ilgili kişiye bakılmaksızın, kamuya temin edilen ve özel hayat ile aile hayatı ve bu bağlamdaki işlemler dışında sunulan*' bütün malların ve hizmetlerin daha detaylı hükümlerini düzenler. Önsözün 13. paragrafında açıkça '*medya veya reklamcılık içeriği*' ve '*devlet veya özel eğitim*' kapsamının dışında tutar¹¹⁶. Ayrıca, '*medya veya reklamcılık içeriği*' kavramı ve '*devlet veya özel eğitim*' kavramı önsözün 13'üncü paragrafında açıklanmıştır¹¹⁷. Paragraf 13'ün ileriki açıklamalarında, Irksal Eşitlik Yönergesinin kavramı daraltılmaz fakat daha önce bahsi geçen yine mallara ve hizmetlere erişimle bağlantılı eğitimi kapsayan yönergelere daha özel bir kavrama sahip olma imkânı verilir. ABİA'nın 51.maddesine göre "hizmetler" özel olarak endüstriyel bir karakterin faaliyetlerini, ticari bir karakterin faaliyetlerini, bir zanaatkârın faaliyetlerini, meslek kollarının faaliyetlerini ve önsözün 13'üncü paragrafına göre kamu eğitimi veya özel eğitimi de içermelidir. ATAD'a sunulan davaları temel alan hizmetlere erişimin kapsamı aynı zamanda barları, restoranları ve gece kulüplerini, dükkânları, sigorta alımını ve yine köpek satıcısı gibi özel satıcıları da kapsayacaktır¹¹⁸.

¹¹⁵ Avrupa Birliği Temel Halklar Ajansı, ss. 71-72.

¹¹⁶ Konseyi, **Cinsiyet Mal ve Hizmetler Yönergesi**, (2004/113/EC), 2004 yılında hazırlanan ve 2004 yılında yürürlüğe girmiştir.

¹¹⁷ Konseyi, Cinsiyet Mal ve Hizmetler Yönergesi, önsöz.

¹¹⁸ Avrupa Birliği Temel Halklar Ajansı, s. 74.

Barındırma kavramının türü için Irk Eşitliği Yönergesi henüz bir tanımlama getirmiş değildir¹¹⁹. Ancak, bunun uluslararası insan hakları mevzuatının ışığında, özellikle THŞ'nin 7. maddesi ve (bütün AB üye devletlerinin ve AB'nin de ileri bir tarihte katılacağı dikkate alınırsa) AİHS'nin 8. maddesi kapsamında insanın evine saygı gösterilme hakkı ve (bütün üye devletlerin taraf olduğu) Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar uluslararası Sözleşmesinin 11. maddesinde yer alan uygun konut hakkının ışığında yorumlanması önerilir. AB kendisini Uluslararası Ekonomik Sosyal Ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin üstünlüğüne teslim etmiştir çünkü bütün AB üye devletleri bu sözleşmesinin tarafıdır. Ayrıca AB'nin Temel Haklar Ajansı (FRA) gibi bir acenteliği vardır. Bu acente barındırmaya yönelik bir yaklaşımı çoktan getirmiştir ve bu husus "AB'de Çingeneler'in durumu ve yolcuların barındırılması: Eşitliğe Atılan Adım" özet raporunda sunulmuştur.¹²⁰

1.3.1.4. Adalet Erişim

Özellikle, kamu hizmetinin parçası olarak adalet erişim, Avrupa ayrımcılık yasağı yönergelerinde açık bir şekilde belirtilmemiştir¹²¹. Ayrıca, AB ayrımcılık yasağı yönergelerinin hiçbir zaman açık şekilde ifade etmemesine rağmen adalet erişim, her zaman mallar ve hizmetlere erişim kavramına dâhil olacaktır. Üye devletler tüm vatandaşlarının adalet erişimini sağlayabilmek için gerekli gereksinimleri karşılamalıdır. Üye devletler, bireylerin yönergeler altında haklarını savunmaları ya da yerine getirebilmeleri için tüm adli ve/veya yönetsel prosedürleri düzenlemekle zorunlu tutulmuşlardır. Yönergeler bölümleriyle birlikte adalet erişimden açıkça bahsetmese bile, adli ve/veya yönetsel prosedürlerin düzenlenmesinden bahsedilmekte, en azından bu durum ima şeklinde ifade edilmektedir. AB'de üye devletler aynı zamanda *her bireyin etkin bir adli koruma hakkına sahip olduğuna* dair AB hukukunun ilkesini hayata geçirmekle zorunlu tutulmuşlardır.

¹¹⁹ Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, s. 74.

¹²⁰ Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, ss. 74-75.

¹²¹ Paul Craig and Gráinne de Búrca, *EU Law: Text, Cases and Materials*, 6.baskı, Oxford University Press, 2015, (Text, Cases and Materials 6.baskı), s. 509.

Böylece adalete erişim herhangi bir yönergeden türeyen malların ve hizmetlerin bir parçası olarak düşünülemez, adalete erişim kavramı kendi başına ayrı bir hak olarak dikkate alınmalıdır. Adalete erişimin kendi başına bir hak olmasıyla, AB'nin "*adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi*" olarak bilinen uluslararası bir ilkeyi kabul etmesinden itibaren bireylerin haklarını açık bir ayrımcılık yasasına ihtiyaç duymadan her zaman yerine getirmelerine izin verilmektedir¹²². Nihayetinde, AB'nin tüm üye devletlerinde, adalete erişim hakkının yürütülmesi aynı zamanda ABİA'nın 67-76 maddeleri tarafından korunmaktadır. THŞ'nin 47. maddesine göre üye devletler bireyler için adil mahkemeler kurmak ile yükümlüdür.

1.4. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN YASAL STATUSÜ

AB Hukuku ve AİHS (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) yakından ilişkilidir. AB'nin bütün üye devletleri AİHS'e katılmıştır. Yukarıda belirtildiği gibi ABAD, AB hukuku çerçevesinde insan haklarının korumasının kapsamını belirlerken AİHS'den ilham alır. THŞ aynı zamanda bununla sınırlı olmamakla beraber AİHS'deki hakların kapsamını da göstermektedir¹²³. Buna uygun olarak, AB'nin henüz AİHS'e taraf olmamasına rağmen AB hukuku esas olarak AİHS ile uyumludur. Ancak bir birey, AB'ye ve onun insan haklarını garanti edememesi hakkında şikâyetle bulunmayı istemesi durumunda, AB'yi AİHM nezdinde dava etme hakkını elinde bulundurmamaktadır. Bundan farklı olarak, ulusal mahkemelerde dava açması gerekir ve bu durumda mahkeme ön karar prosedürü yolu aracılığıyla davayı ABAD'a havale edebilir veya bir üye devlete karşı dava açarken AB'yi ABAD önünde dolaylı olarak dava etmesi gerekir¹²⁴.

Lizbon Antlaşmasında, AB'nin kendi başına bir taraf olarak AİHS'ye katılmasına yetki veren bir hüküm bulunmaktadır ve 14. protokol, buna olanak

¹²² Búrca, (Text, Cases and Materials 6.baskı), s. 396.

¹²³ Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, *Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı*, Avrupa Birliği Yayınları, Brüksel, (Ayrımcılık) s. 17.

¹²⁴ Avrupa Konseyi, "Accession by the European Union to the European Convention on Human Rights", Answers to Frequently Asked Question, Public Documents 1 June 2010, ss.1-2. Erişim: http://www.echr.coe.int/Documents/UE_FAQ_ENG.pdf

sağlayacak biçimde AİHS’de değişiklikler gerçekleştirmektedir¹²⁵. AB’nin katılımıyla ilgili görüşmeler birkaç yıl sürebileceğinden bunun pratikte nasıl bir etkiye sahip olacağı ve özellikle ABAD ile AİHM arasında gelecekteki ilişkinin ne olacağı henüz belli değildir. Ancak, bireyler AİHS’i ihlal ettiği sebebiyle AB’ye AİHM nezdinde en azından doğrudan dava açabilecektir¹²⁶.

¹²⁵ Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, (Ayrımcılık), s.17.

¹²⁶ Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, (Ayrımcılık), s.17.

İKİNCİ BÖLÜM

ENGELLİ HAKLARININ KAVRAMI VE ANALİTİK ÇERÇEVESİ

2.1. ENGELLİLİK KAVRAMI

2.1.1. Engelliliği Açıklayan Modeller

Genel olarak bir davayı yorumlarken, ABAD sadece AB hukukundaki mevzuata bakarak karar vermeyecektir. ABAD'daki hâkimler doktrinleri inceleyerek yorumlayacaktır. Bu durumda, engellilik konusunda uygulanan herhangi bir sistemde genellikle iki tane model bulunur. Bunlar engelliliğin medikal modeli ve engelliliğin sosyal modelidir.

2.1.1.1. Engelliliği Açıklayan Medikal Model

Engelli haklarının sağlanması için gerekli çabalar çoktan kendisini göstermiş ve çalışmalar başlamıştır. Ancak, engelli bireylere destek olma çabaları hiçbir zaman kolay olmamıştır ve bunu gerçekleştirebilmek için birçok model düzenlenmiştir¹²⁷. Engelli haklarıyla ilgili çalışmaların birinci ve bilinen en geçmiş modeli ahlaki modeldir¹²⁸. Ahlaki modelin öne sürdüğüne göre engelli olma durumunun altında yatan sebep, ahlaki bozulmadır ve insanın içinde saklı "şeytani durumun" veya ahlaksızlığın gözle görülür bir hal almasıdır¹²⁹. Bu durum engelli bireylerin aileleriyle birlikte utanç yaşamasına sebep olmuştur¹³⁰. Engelli bireyler ve aileleri bu sebepten dolayı ciddi bir utançla yüzleşmek zorunda kalmışlar ve aynı zamanda etiketlenmek gibi bir duruma itilmişlerdir¹³¹. Bunların yanısıra suçlamalara maruz

¹²⁷ Rhoda Olkin, *What Psychotherapists Should Know About Disability*, The Guildford Yayını, Londra, 1999, s. 25.

¹²⁸ Olkin, s. 25.

¹²⁹ Olkin, s. 25. Çiğdem Arıkan, "Sosyal Model Çerçevesinde Özürlülüğe Yaklaşım," *Ufkun Ötesi Bilim Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 1, 2000, s. 3. (11-23)

¹³⁰ James I Charlton, *Nothing About Us Without US; Disability Oppression and Empowerment*, University of California Press, Berkeley, 1989, s. 55.

¹³¹ Arıkan, s. 3.

kalmışlar ve cezalara tabi tutulmuşlardır¹³². Ayrıca uzun zaman boyunca engelli bireylerin vücutlarına şeytanın ve kötü ruhların sahip olduğu inancı varlığını devam ettirmiştir¹³³. Bundan dolayı maruz kaldıkları fiziksel, ruhsal ve duygusal şiddetin yarattığı travmaların engelli bireylerin akıllarında kendilerine daima yer edeceği ve "ortak bilinçaltılarına" konumlanacağı düşünülebilir. Birçok farklı kültürde, engelli bireylerin karşısına çıkan olumsuz durumlar. 21. yüzyıla kadar farklı ölçütlerde bile olsa devamlılık göstermiştir.¹³⁴

Medikal model, 1800'lü senelerin ortalarına denk gelen dönemde tıp ve rehabilitasyon sahalarındaki gelişmelerle kendisini göstermiştir¹³⁵. Bu model ahlaki bozulmadan ziyade "patoloji" ile sınırlıdır. Ahlaki modelin meydana getirdiği "aşağılayıcılığı" taşımamasına rağmen engelli bireyin kendisini ya da onun yaşantısında karşılaştığı zorluklardan çok "engelliliğin kendisini" hedef almıştır. Medikal model, özürlü bireylerin hepsinin kendiliğinden "kısıtlı" olduğunu düşünmektedir¹³⁶. Bununla ortak şekilde de engelli bireylerin karşılaştıkları problemler, her ne kadar ahlaki modelin omuzlarına bindirdiği yük kadar güçlü olmasa da artmıştır¹³⁷. Engelli bireylere karşı gerçekleştirilen negatif davranışlar, (damgalama, aşağılama vb.) engelli bireylerin toplumdan soyutlanmasına, onların sosyal yaşantıya verimli bir şekilde dâhil olamamalarına neden olmuştur. Kendilerini damgalanmış, sosyal anlamda izole edilmiş ve daha da öte düşmanca bir şekilde hedef gösterilen kişiler olarak hisseden engelli bireyler sahip oldukları gerçek yeteneklerini ortaya koyabilecekleri fiziksel, toplumsal, ekonomik ve kültürel imkânlardan genellikle mahrum bırakılmışlardır¹³⁸.

Şüphe götürmez bir şekilde medikal model, engelli olan bireylerin ve onların ailelerinin de birçok imkâna sahip olmalarına fırsat vermiştir¹³⁹. Sözgelisi, teşhis,

¹³² John W. Jacobson, Richard M. Fox, James A. Mulick, **Controversial Therapies for Developmental Disabilities; Fad, Fashion and Science in Professional Practice**, Psychology Press, London, 2015, ss. 295-296.

¹³³ Çiğdem Arıkan, **Türkiye'de Görme Özürlü Kadınlar: Sorunlar, Beklentiler, Çözüm Önerileri**, Körler Federasyonu Yayını, Ankara, 2001 (Çözüm), s. 15.

¹³⁴ Arıkan, s. 4.

¹³⁵ Kristofer J. Hagglund ve Allen W. Heinemann (Ed), **Handbook of Applied Disability and Rehabilitation Research**, Springer Press, New York, 2006, s. 76.

¹³⁶ Arıkan, (Çözüm), s. 22.

¹³⁷ Arıkan, s. 4.

¹³⁸ Colin Barnes, **Discrimination Against Disabled People (Causes, Meaning and Consequences) Or The Sociology of Disability**, (Yayınlanmış Doktora Tezi), Leeds University, Leeds, 1985, ss. 20-21.

¹³⁹ Arıkan, s. 4.

tedavi, bakım ve takip uygulamalarının geliştirilmesi, önleme programlarının dikkatli bir biçimde düzenlenmesi ve hazırlanması engelli bireylerin ve ailelerinin hayat şartlarını olumlu bir seviyeye çekmiştir. Yaşam kalitesinin daha iyi bir seviyeye getirilmesinin engellilerin en temel ihtiyacı ve hakkı olduğu bilinmektedir¹⁴⁰. Yaşam kalitelerinin yükselmesi isteği de şüphesiz ki engelli haklarının etkin bir biçimde savunulmasından ayrı olarak akla getirilmemelidir¹⁴¹. Koruyucu ve önleyici programların varlığı muvaffakiyet, engelliliğe neden olan başlangıçsal ya da sonradan edinilen unsurların hatırı sayılır bir kısmının yok edilmesinde önemli bir rol üstlenmiştir. Hizmet modellerinin yenileri geliştirilmiş, sağlık sisteminin insancillaştırılması yönünde önemli adımlar atılmıştır¹⁴².

Daha önce de bahsedildiği gibi medikal model, engelliliğin kavramında ve engelli bireylerin hayatlarında birtakım rahatlıklar sağlamıştır. Ayrıca "patoloji"nin hedef alınması engelli bireylerin "yardıma muhtaç" olarak yorumlanmasına ve tanımlanmasına da neden olmuştur. Bundan ötürü, engelli bireyler sosyal açıdan önyargı, aşağılanma ve soyutlanmayla yüz yüze gelmektedirler¹⁴³. Kapasitelerinin limitli olduğu düşünülmekte ve aşırı korumacı ve kollayıcı yaklaşımların hedefi altına girmektedirler¹⁴⁴. Toplum içerisinde azınlık şeklinde değerlendirilebilecek farklı bir sınıflandırmaya tabi tutulmaktadırlar.

AB üye devletlerinin birçoğunu da kapsamak üzere önemli sayıda ülkede medikal model tarafından yapılan "normal" ve "anormal" sınıflandırmasının engelli bireylere karşı yöneltilen ayrımcı davranışların dozunu arttırdığı ifade edilebilir¹⁴⁵. Bunun yanı sıra, bu modelin engelli insanları "tam" değil fakat "eksik" olarak değerlendirmesi insanlar arasında farklılıkların gözlemlenebileceği durumuyla zıtlık göstermektedir. Bilim adamlarının bir kısmı bundan yola çıkarak medikal modelin bir çeşit sosyal ırk ayrımı olan "social apartheid" ile bağlantılı olduğunu düşünmektedirler. Bunun sebebi engelli olmayan ve genellikle profesyonel sağlık

¹⁴⁰ İbrahim Cılga. "Özürlülerin Yaşam Kalitesi" *Ufuk Ötesi Bilim Dergisi*, Cilt: 1 , Sayı: 1, 2001, ss. 79-89'dan aktaran Arıkan, s. 4.

¹⁴¹ Nilgün Küçükkaraca. "Özürlü Hakları ve Sosyal Hizmet Mesleği" *Görme Özürlüler için Rehabilitasyon Deneyimleri, Yeni Rehabilitasyon Politikaları ve Meslek Tanımları*, (Ed; Kasım Karataş), Körler Federasyonu Yayını, Ankara, 2001. ss. 227-231.

¹⁴² Arıkan, s. 5.

¹⁴³ Arıkan, s. 5.

¹⁴⁴ Adler, A. B. B. A. Wright, G. R. Ulicny, "Fundraising Portrayals of People with Disabilities: Donations and Attitudes", *Rehabilitation Psychology*, Cilt: 36, Sayı: 4, 1991, ss. 231-240.

¹⁴⁵ Arıkan, s. 6.

çalışanlarından oluşan grubun engelli olan bireylerin baskıyla toplumdan uzaklaştırılmalarının kabul edilmesine zemin hazırlamalarıdır¹⁴⁶. Üstelik Paul Haunt¹⁴⁷ engelli bireylerin hastanelerde ve bakımevlerinde sistemli bir şekilde kasıtlı olarak gözden düşürülmeye çalışıldığını, diğer bir açıklamayla “sağlıklarının derece derece kötüye gitmesine neden olduğunu” dile getirmiştir¹⁴⁸.

2.1.1.2. Engelliliği Açıklayan Sosyal Model

Sosyal hizmetten beklenen asıl hedefin, tüm insanların sahip olduğu yaşam kalitesini daha iyi bir seviyeye getirerek bireylerle sosyal çevre arasında faydaya dayalı bir karşılıklı etkileşimi başlatmak veya tekrar ettirmek olduğu bilinmektedir¹⁴⁹. Bu yönde, en önemli toplumsal hizmet sağlama görevlerinden bazıları klinisyen, idareci, savunucu, broker, bakım sağlayıcı, olay yöneticisi, değerlendirmeci, aksiyona geçirici, planlayıcı, koruyucu, araştırmacı, sosyalleştirici, süpervizör, öğretmen ve adil sosyal değerlerin destekleyicisi olmaktan geçer¹⁵⁰. Bu kapsamda, sosyal hizmet uygulaması üç farklı kategori olan mikro uygulama, mezzo uygulama ve makro uygulama olarak eyleme geçmektedir¹⁵¹.

Engelli haklarını elde etmeye yönelik sarfedilen çabaların sonucunda açığa çıkan toplumsal modelin de engelli bireyler ile toplumun gerçekten bütünleşmesini, birbirleriyle sağlıklı bir iletişime sahip olabilmelerini hedef olarak seçtiği bilinmektedir¹⁵². Bahsi geçen bu hedefe varabilmek, sadece engelli bireylere ve ailelerine yönelik ayrımcı ve onları toplumdan hariç tutmaya yönelik yaklaşımların aşılmasına imkân tanıyacak, var olan engelleri yok edebilecek yasal, politik ve benzeri düzenlemelerle, eğitici ve öğretici programlardan geçer¹⁵³.

Sosyal hizmet uzmanları da evrensel bir biçimde her insanın dâhilinde bulunduğu toplumdaki bütün kaynaklara erişebilmesi, engellerin kaldırılması, engelli haklarına sahip olunabilmesi ve korunmasına yönelik çalışmalarda önemli görevler

¹⁴⁶ Arıkan, s.6.

¹⁴⁷ Paul Hunt, “Stigma: The Experience of Disability”, **Disability Studies Foreword**, 1966, <http://disability-studies.leeds.ac.uk/files/library/Hunt-Foreword.pdf>, (01.03.2016), s. 1.

¹⁴⁸ Arıkan, s.6.

¹⁴⁹ Robert L. Barker, (Ed.), **The Social Work Dictionary**, NASW Press, Washington, 1999, s. 457.

¹⁵⁰ Arıkan, s. 9.

¹⁵¹ Barker, s. 457.

¹⁵² Arıkan, s. 9.

¹⁵³ Arıkan, s. 9.

üstlenmişlerdir. Fakat üstlendikleri bu görevleri etkin bir biçimde yerine getirmeleri zor yollardan geçmektedir. Özellikle engelliliğe sadece "eksikler" ve "problemler" bakış açısıyla yaklaşan sosyal hizmet uzmanlarının bu düzlemde konuya karşı duyarlı ve bilinçli bir eylemi gerçekleştirebilecekleri akla getirilemez¹⁵⁴.

2.1.2. Engellilik Kavramının Gelişimi

Evrensel olarak, hem AB hem de Amerika Birleşik Devletleri (ABD) engellilik hakkında en uzun geçmişe sahip olan topluluklardır, her iki topluluk da en üst kurum olan Birleşmiş Milletler'e fikirleriyle daima katkıda bulunduğundan bu konuda sahip oldukları geçmiş genellikle olumlu hikâyelerden oluşmaktadır¹⁵⁵. Aslında, ABD'de ve AB'de engelliliğin perspektifi ve kavramı farklı geçmişlere sahiptir. AB'deki ve ABD'deki engelliler korunma sistemleri hem sosyal hem de medikal modelleri içermektedir.¹⁵⁶ Ancak, AB'deki ve ABD'deki kavramlar birbirinden farklı geçmişlere ve yasal algılanmalara sahip olmalarına rağmen bu iki bölge arasında kalan engelliliğin kapsamı, her iki tarafın engellilik yasalarının birbiriyle bağlantılı olduğunu kanıtlayan birkaç durumla ilişkilendirilebilir; özellikle AB'de makul uyumlaştırma kavramının Amerika Birleşik Devletleri'nden alınmış olması bu durumu açıklayıcı bir nitelik taşımaktadır¹⁵⁷. ABD'de 2008 tarihli Değişik Engelli Amerikalılar Yasası (DEAY, önceki 1990 Engelli Amerikalılar Yasası/EAY), özellikle engelli kişilerle ilgilenen çevreler tarafından kamusal anlamda ilgi çekmeyi başarmıştır. DEAY aslında engellilik tanımının çözüme ulaşmamış halinin yarattığı etkiyi azaltmak için Kongre tarafından kabul edilen bir metindir¹⁵⁸. Değiştirilmeden önce, yasama organı EAY'yı oluştururken engellilik yüzünden meydana gelen sosyal etkinin payını göz ardı etmişlerdir¹⁵⁹. 1990 tarihli

¹⁵⁴ Arıkan, s. 9.

¹⁵⁵ Maximilian B. Rasch, *The European Union at the United Nations; The Functioning and Coherence of EU External Representation in a State-Centric Environment*, Martinus Nijhoff Publication, Leiden, 2008, s. 107.

¹⁵⁶ ABD'deki engelliler korunma sisteminin gelişimde, 1990 yılına kadar sadece medikal modeli bulunmuştur ancak Engelli Amerikanlar Yasası'nın yürürlüğe girdikten sonra da sosyal modelini kabul etmiştir. Avrupa Birliği'nin gelişiminde 1970 yılından 1996 yılına kadar sadece medikal modelini kabul etmiştir, 1996-2004 medikal modelini sosyal modeline değiştirmiştir. Fakat, 2000 yılındaki Navas kararından sonra hem de sosyal modelini hem de medikal modelini kabul etmektedir.

¹⁵⁷ Philip Alston, *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1999, s. 291.

¹⁵⁸ Vlad Perju, s. 280.

¹⁵⁹ Perju, *Disability in the European Union and the United States*, s. 280.

EAY sadece medikal yetersizliklerin doğasına odaklanmaktadır ve sosyal ayrımcılık sebebiyle meydana gelen engellilik kavramı veya engelliliğin sosyal modeli¹⁶⁰ buraya dâhil edilmemiştir¹⁶¹. DEAY insanların engellilik konusunu nasıl yorumlayacakları üzerinde bir dönüm noktası olmuştur. Basitçe bu dönüm noktası, konunun yürüyememenin bir engel olmadığı aslında gerçek engelin tekerlekli sandalyelerin hareketine uygun binaların olmadığı şeklinde yorumlanmasıdır¹⁶².

DEAY'ın kabul edilmesinin özel bir sebebi de, önceki engellilik tanımının Engelli Amerikalılar Yasası'nın orijinal amacı olan engellilere yönelik eşit fırsat ve farkındalığı yeniden kurmak için yeterli olacak sağlam bir tanım ile değiştirildiği varsayımıdır¹⁶³. DEAY ile engellilik kavramı sonradan birçok olumlu tepki almıştır çünkü ABD kanunlarının açığa çıkardığı unsurlar aynı zamanda diğer ülkelere ve uluslararası organizasyonlara da yasal model teşkil etmiştir¹⁶⁴. DEAY'dan önce, engellilik durumunu temel alan ayrımcılık yasağına yönelik destek, hem yerel hem de uluslararası alanda yükselişe geçmiştir¹⁶⁵. Ayrıca, bu durumun zirveye ulaştığı an 2008 yılının Mayıs ayında yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler'in Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmesi'dir (BM Engelliler Hakları Sözleşmesi/EHS).¹⁶⁶ Bu tarih, engelliliğin sosyal modelinin uluslararası seviyede onaylandığı ve en yüksek seviyeli yasal manifesto olarak duyurulduğu tarihtir¹⁶⁷.

EHS, engellilik kavramının reform edilmesi için uluslararası seviyede müzakere edilmiştir¹⁶⁸. Birleşik Krallık tarafından öne sürülen “engelliliğe yönelik yardım yaklaşımı” yine ABD’de ve dünya genelinde özellikle AB’de pozitif tepkiler

¹⁶⁰ Richard K. Scotch, “Model of Disability and the Americans with Disability Act,” *Berkeley Journal of Employment & Labour Law*, Cilt;21, Sayı;1, (Model), s. 214.

¹⁶¹ Wilhelm Kirch, *Encyclopedia of Public Health*, Springer Reference Yayını, New York, 2008, s. 719.

¹⁶² Stephen Moore, *Social Welfare Alive*, 3.baskı, Nelson Thornes Ltd Yayını, Cheltenham, 2002, s. 401.

¹⁶³ HR Compliance Focus, *The New ADA: What You Need to Know Now*, BLR Inc. Yayını, Old Saybrook, 2008, s. 2.

¹⁶⁴ Perju, *Disability in the European Union and the United States*, s. 281.

¹⁶⁵ Arlene S. Kanter, “The Globalization of Disability Right Law,” *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Cilt;-, Sayı;6, 2003, ss. 241-243.

¹⁶⁶ Birleşmiş Milletler, *Engellilerin Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (The Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Optional Protocol CRPD)*, Birleşmiş Milletler Dokümanı, 13 Aralık 2006, 3 Mayıs 2008 etkili olmuştur.

¹⁶⁷ Perju, *Disability in the European Union and the United States*, s. 281.

¹⁶⁸ Theresia Degener and Gerard Quinn, “A Survey of International, Comparative and Regional Disability Law Reform,” *Disability Rights Education & Defense Fund Online Journal*, 01.01.2010, <http://dredf.org/news/publications/disability-rights-law-and-policy/a-survey-of-international-comparative-and-regional-disability-law-reform/> (09.08.2015), s. Giriş-Bölüm 1.

almıştır¹⁶⁹. Engelliliğe yönelik yardım yaklaşımı engelli kişilere yardım etme konusunda en güçlü yöntem olarak kabul görmüştür. Hem ABD hem de AB birbirlerini engellilik konusunu tartışma aşamasında tamamlamaktadırlar ve hastalıklar, yetersizlikler ve ayrımcılık konuları arasındaki ilişkileri nasıl kavramsallaştırmaları gerektiği problemi ile yüzleşmektedirler¹⁷⁰.

Medikal yetersizlik kavramı (medikal model) ve bu kavram ile engellilik arasındaki fark özellikle AB ve ABD’de nasıl düzenleneceği soru işareti olan engelliliğin sosyal modelinin önemiyle eşdeğerdir¹⁷¹. Bilimadamlarının birçoğu, engelliliğin çözüme ulaşmamış sosyal modelinin kökeninin engelli hakları hareketinin çelişkili durumunda yattığını kabul etmişlerdir. Bunun ötesinde, medikal yetersizlik kavramının önemi ve bu kavramın engellilikle olan farkı, ancak bu kavramı sürdürülebilir nitelikte olan etkili sosyal engellilik modeline doğru kaydırmakla alakalı olacaktır. Engellilik sosyal modeli kavramında engelli olma durumunun kişinin yetersizliği ya da farklılığından dolayı değil toplumun organize edilme şekliinden dolayı meydana geldiğine inanılmaktadır¹⁷². Bu kavram şu şekilde sadeleştirilebilir: “Tekerlekli sandalye kullanan insanlar engelli insanlar değildirler ta ki toplum onlara tekerlekli sandalye kullanımını kolaylaştıran ve diğer insanlar gibi tam erişim hakkı sunan çözümler önerdiği sürece.” Sosyal model kavramı ile medikal yetersizlik ve engellilik arasındaki farkın analiz edilmesi gerekmektedir çünkü medikal yetersizliklerin engellerin altında yatan sebep olmadığına fakat engelliliğin toplumun yetersizliğe karşı olan tepkisi olduğuna inanılmaktadır¹⁷³.

¹⁶⁹ Doris Zames Fleischer ve Freida Zames, **The Disability Rights Movement: From Charity to Confrontation**, Temple University Press, Philadelphia, 2012, ss. 7-10.

¹⁷⁰ Perju, *Disability in the European Union and the United States*, s. 282.

¹⁷¹ İlknur Meşe, “Engelliliği Açıklayan Sosyal Model Nedir”, *Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi*, Cilt: 14, Sayı: 33, 2014, s. 83.

¹⁷² Adam Samaha, “What Good is the Social Model of Disability?”, *University of Chicago Public Law and Legal Theory Working Papers*, Cilt:166, Sayı:5, 2007, s. 74.

¹⁷³ Samaha, ss. 74-75.

2.1.3. Avrupa Topluluğu'nda Engelliliği Açıklayan Medikal Model (1970-1996)

Engelliliğe yönelik sosyal farkındalığın gelişimiyle ilgili bilgiye özellikle AB ve ABD'deki son 40 yıllık zaman dilimi takip edildiğinde ulaşılabilir. İlk aşamasında hem AT hem de ABD, engellilik medikal modelini tercih etmeye başlamıştır. Engelliler korunma sisteminin kabul edilmesi konularında AT ve ABD kesinlikle farklı yollar ve yaklaşımlar izlemektedir fakat birbirleriyle benzer yönleri vardır ve aynı zamanda her iki topluluk arasında karşılıklı ilişki de mevcuttur¹⁷⁴. 90'lı yıllardan sonra, her iki topluluğu birbirine bağlayan unsurlardan en kolay göze çarpan hem AT hem de ABD tarafından tercih edilen engelliliğin sosyal modelidir. Tarihi olarak engelliliğin sosyal modeli Birleşik Krallık'ta tanıtılmıştır ve sonrasında ABD'de politik ilham kaynağı olması Amerikalı Engelliler Yasası'nın uygulanmasıyla gerçekleşmiştir. 1996'dan önceki dönemde AT engelliler korunma sistemini medikal modeli kullanarak sadece bağlayıcı olmayan bir hukuk kuralı olarak kabul etmiştir¹⁷⁵.

ABD ile kıyaslandığında engellilik konusunun gelişiminin AT'de daha yavaş ilerleme gösterdiği düşünülebilir. Politik topluluk anlamında düşünüldüğü zaman ABD aslında 50 eyelatten oluşan federe bir devlet olmasına rağmen tek bir ülkedir. Ancak AT için farklı bir koşul geçerlidir; AT politik oluşumu sadece ülkelerüstü bir müessese olarak düşünülebilir ve asla tek bir ülke olarak düşünülemez. 1957'de Roma Antlaşması imzalandığında hiçbir ülke AB'nin kurulacağını tahmin etmemiştir¹⁷⁶. Aslında Roma Antlaşması'nın hedefi malların, hizmetlerin, kişilerin ve sermayenin serbest dolaşımıdır¹⁷⁷.

AT hukukunun yasal etkisi, çevrenin korunması, istihdam, telekomünikasyon, para politikaları, insan hakları, adalet ve diğer birçok alan gibi türleri bünyesine dâhil etmiştir¹⁷⁸. Engellilik kapsamında, AT hukuku bu gibi alanları etkilemesine rağmen, Topluluk'un gücü tek başına sınırlı kalmıştır çünkü Topluluğun engellilik politikası

¹⁷⁴ Perju, Disability in the European Union and the United States, s. 288.

¹⁷⁵ Perju, Disability in the European Union and the United States, s. 288.

¹⁷⁶ Avrupa Ekonomik Topluluğu, (Roma Antlaşması), 2. madde.

¹⁷⁷ Avrupa Ekonomik Topluluğu, (Roma Antlaşması), 28-30. maddeler.

¹⁷⁸ Gijss Fibbe, *EC Law: Aspects of Hybrid Entities*, IBFD Yayını, Amsterdam, 2009, ss.113-116.

AT üye devletlerinin sağlık politikasına bağlıdır¹⁷⁹. Amsterdam Antlaşması yürürlüğe girdiği zaman, ayrımcılık kapsamındaki engellilerin korunma sistemi AT hukukunda bağlayıcı bir kural olarak yer almıştır¹⁸⁰. Ne yazık ki, AT bu yetkiyi kazanmasına rağmen Topluluğun hala engellilik meselesinin düzenlemelerindeki durumunun resmi gereksinimleri karşılamakta yeterli gelişmişliğe sahip olmadığı düşünülmektedir¹⁸¹.

2000'li yıllardan önce AT devamlı olarak sadece kısa bir zaman için geçerli olacak çerçeve stratejiler şeklindeki engellilik politikalarını düzenlemiştir. En eski çerçeve stratejiler, Topluluğun medikal yetersizliklerin sosyal etkilerini azaltma çabasıdır¹⁸². Bu yasal kavram engelli insanları diğer insanlarla aynı tutarak çalışma konusunda yetersiz olacak şekilde değerlendirmiştir. Bu nedenle, çerçeve stratejiler onları normal aktivitelerden ayırmıştır çünkü engelli kişiler daha önceden korunaklı bir alana konulmaktaydı¹⁸³. Bu olayın gerçekleşme sebebi, toplumun engelliliğin medikal yetersizlik üzerine temellendiğine inanması, engelli olmayan kişilere yönelik politikalarla aynı şekilde değerlendirilemeyeceğini düşünmesidir. Engelli kişilere diğer düzenli sosyal aktivitelerden ayrı olarak özel bir bölgede rehabilite edilmesi gereken insanlar olarak bakılmaktadır¹⁸⁴.

Engellileri rehabilite edilmesi gereken insanlar olarak değerlendirirken toplum, engelliliğin normal topluma bağlanamayacak bir unsur olduğunu düşünmeye başlamıştır. Ayrıca toplum, engelli insanlara yardım edilecek bir kişi gözüyle bakarak desteklemeyi öğrenmiştir ve yine toplum bu düzenin aksi iddia edilemeyecek bir durum olduğuna inanmaktadır. Dolayısıyla, engelli insanlar aynı zamanda otoritenin ve toplumun çocukları olarak görülmektedir. Otoritenin engelli insanları beslediği bu koşul engelli olma durumu üzerinden işleyen paternalizm (bir

¹⁷⁹ Neil Walker, *Sovereignty in Transition*, Hart Yayınları, Oxford, 2006, ss. 388-289.

¹⁸⁰ Gerard Quinn, "The Human Rights of People with Disabilities under EU Law", *The EU and Human Rights*, (Ed. Philip Alston ve diğerleri), Oxford University Yayınları, Oxford, s. 284.

¹⁸¹ Perju, *Disability in the European Union and the United States*, s. 289.

¹⁸² Lisa Waddington & Matthew Diller, "Tensions and Coherence in Disability Policy: The Uneasy Relationship Between Social Welfare and Civil Rights Models of Disability in American, European and International Employment Law", *Disability Rights Law and Policy: International and National Perspectives*, (Ed. Mary Lou Breslin ve Silvia Yee), Disability Rights Education & Defense Fund, Berkeley, 2002, ss. 241,244.

¹⁸³ Diller, s. 244. İle birlikte Avrupa Topluluğu, *Council Resolution Concerning a Social Action Programme*, 21 January 1974, art. 7.

¹⁸⁴ Rachel Hurst, "The International Disability Rights Movement and the ICF", *Research Gate Online Journal*, Cilt: 25, Sayı: 11-12, 2003, s. 575.

hükümetin kendisine bağlı olan bireylere karşı bir babanın çocuğuna davrandığı gibi davranması) olarak görülmektedir¹⁸⁵.

Engellilik hakkındaki mevzuatındaki eksiklikle beraber AT de engelliliğin standartlarını belirlemekte yumuşak bir rol oynamaktadır¹⁸⁶. Kişiler arasında engellilik durumunun bazı saptanma şekilleri özellikle genel bir kurumsal çerçeve oluşturmakta iyi hedeflenmiş ve başarıya ulaşmış tespitlerdir¹⁸⁷. Bu durumun gerçekleşme sebebi engelliliğin ölçütlerinin saptanma konusunun Topluluğa üye devletler arasında paylaşılmasıdır. Ancak, bu model koruma etkisine sebep olmuştur ve bu etkiler ilk olarak engelliliğin medikal modelinin perspektifinin üye devletler arasında ortak bir değer kazanmasıdır¹⁸⁸. İkinci olarak, topluluğun engelli insanları engelli olmayan insanlarla sosyalleştirmekte ve onların rehabilitasyon kapsamının ötesine geçirmekte başarısız olmasıdır¹⁸⁹.

Bu mevzuat düzenleme eksiklikleri problem olmamıştır fakat AT, engellilik standartını üye devletlerin ulusal seviyesindeki politikalara doğru daha somut hale getirmeye başladığı zaman üye devletler Birlik seviyesindeki politikaları veto etme konusunda hızlı davranmışlardır¹⁹⁰. Ayrıca tarihi açıdan engellilik politikalarıyla bağlantılı olarak AT tarafından engelliliği temel alan ayrımcılığı yok etmeye yönelik bir çaba olmasına karşın bu çabanın genel anlamda etkisi çok düşük ve minimal bir şekilde gözlemlenmiştir. Bu düşük ilerlemenin aşağıdaki çeşitli muhtemel tanımlamalar yüzünden olduğu söylenebilir:

- İlk olarak, AT üye devletlerinin engellilik ile alakalı politikalarını ulusal sağlık politikaları ve sosyal güvenlik politikaları olarak birbirinden ayrı iki dalda düzenleme konusunda göstermiş oldukları davranış¹⁹¹.
- İkinci olarak, anlaşılır bir biçimde engellilik politikaları yüksek maliyetlidir ve kontrolü bu maliyeti daha yüksek seviyeye taşıyacak olan

¹⁸⁵ Avrupa Topluluğu, *Council Resolution Establishing the Initial Community Action Programme for the Vocational Rehabilitation of Handicapped Persons*, 27 June 1974.

¹⁸⁶ Luca Barani, "Hard and Soft Law in the European Union: The Case of Social Policy and the Open Method of Coordination," *Webpapers on Constitutionalism and Governance beyond the State Law Journal*, Cilt: 6, Sayı: 2, 2006, s. 9.

¹⁸⁷ Perju, *Disability in the European Union and the United States*, s. 290.

¹⁸⁸ Perju, *Disability in the European Union and the United States*, s. 290.

¹⁸⁹ Lisa Waddington, *Disability, Employment and the European Community*, Maklu Yayınları, Antwerp, 1995, s. 99.

¹⁹⁰ Lisa Waddington, "From Rome to Nice in a Wheelchair: The Development of a European Disability Policy", *SSRN Online Journal: Europa Law Publishing*, Cilt: -, Sayı: 6, 2006, ss. 6-7.

¹⁹¹ Perju, *Disability in the European Union and the United States*, s. 291.

topluluğa bırakmak ulusal seviyede finansal problemlere sebebiyet verebilecektir¹⁹².

- Üçüncü ise, engellilik inkâr edilemez bir durum olarak birçok hisse sahibi ve politikacı için popüler olmayan bir politikadır, bu nedenle ulusal seviyede hükümetler engellilik konusunu gerçek anlamda idare edememektedirler¹⁹³.

Bu üç açıklamada, Topluluğun ekonomi politikalarına bağlı olarak engellilik hiçbir zaman Topluluğun ekonomik çekirdeği için sabit bir mesele olmamıştır. Engelliliğin payı AT'nın büyük projesinin dışında kalan bir konu olarak dikkate alınmaktadır¹⁹⁴.

1996 yılından önce engellilik politikası sınırlı bir başarı olarak dikkate alınmaktadır fakat bu önceki dönem programları ve politikaları nihayetinde AB'nin bugünkü engellilik politikalarının mevcut formlarına sahip olmuşlardır¹⁹⁵. Ancak 1996'dan önceki dönemdeki programlar ve sistemler bugün geçerli olanlar için temel teşkil etmektedir. O zamanki AT kurumsal bir çerçeve sağlamış ve daha sonradan Avrupa Engellilik Forumu (AEF, İngilizcesi European Disability Forum) adını alacak örgüt için korunmuş bir fon ayırmıştır. Bunun ötesinde, AEF'nin varlığı topluluk düzeyinde engellilik hakları hareketini ulusal seviyede teşvik etmek için şemsiye bir örgüt (ana organizasyon) olarak şekil almıştır¹⁹⁶. AEF'nin aldığı ilk strateji her üye devletin ulusal seviyesinde sosyal hareketlere ilgi çekmektir. Bundan sonra, ulusal seviyedeki sosyal hareketler ulusların katı hükümetlerini geçebilmek için başarı kazanmıştır. AEF'in gerçek bünyesi AT tarafından oluşturulan komisyonun bir kısmıydı, bu nedenle AEF tamamen topluluk tarafından finanse edilmekteydi¹⁹⁷. Uygulamada Topluluk, katı ulusal hükümetleri ve bürokrasileri geçmek için bir müttefiklik elde etmek dışında aynı zamanda AEF tarafından gerçekleştirilen politik faaliyetleri de kontrolü altına almıştır.

¹⁹² Perju, Disability in the European Union and the United States, s. 291.

¹⁹³ Perju, Disability in the European Union and the United States, s. 291.

¹⁹⁴ Beate Kohler-Koch ve diğerleri (Ed.), *Opening EU Governance to Civil Society*, Connex Report Series, Manheim, 2008, ss.194, 201.

¹⁹⁵ Örnek olarak; Avrupa Topluluğu, *Community Proposal for a Council Directive on Minimum Requirements to Improve the Mobility and the Safe Transport to Work of Workers with Reduced Mobility*, 28 February 1991.

¹⁹⁶ Maria Galati, *Possible Itineraries for Women for Women with Disability: Empowerment and Democracy*, Rubbettino Editore, La Sila, 2003, s. 94.

¹⁹⁷ Jonathan Zeitlin, *Changing European Employment and Welfare Regimes: The Influence of the Open Method of Coordination of National Reforms*, Routledge Yayınları, Londra, 2009, s.225.

AEF'nin varlığı Avrupa'da engelliliğe yönelik ilk sosyal farkındalığın oluşmaya başladığı dönemlerde temel bir önem taşımaktaydı. AEF'nin aynı zamanda gelecek yıllara da Avrupa'nın engellilik ve ayrımcılık karşıtlığı konularının farklı olarak gözlemlenmesinden dolayı etkiler bırakmıştır¹⁹⁸. Topluluk ve ABD arasında karşılıklı bir sözleşme olmamasına rağmen her ikisi de engellilik konusunu idare edebilmek ve bu konudaki ayrımcılığa engel olabilmek için mükemmel bir sistem kurma amacıyla karşılıklı bilgi alışverişinde bulunmaktadır.

Amsterdam Antlaşması düzenlenmeye başlanıldığında, AEF engelliliği açıklayan sosyal modeli tafsiiye etmiştir. Aynı şekilde, AT üye devletlerinin çoğu AEF'in tafsiiyesini kabul etmiştir. Bundan dolayı, Amsterdam Antlaşması düzenlenirken AT engellilik kavramı engelliliği açıklayan sosyal modelin üzerinde bir anlam kazanmıştır. Fakat, Amsterdam Antlaşması'nda engelliliği açıklayan bir model bulunmamasına rağmen 1996 yılından itibaren AT hukukunda engellilik engelliliği açıklayan sosyal modelin kullandıldığı yönünde yorumlar yapılmıştır¹⁹⁹.

2.1.4. Bilginin Aktarılması; Ayrımcılık Yasağının Amerikan Modeli ve Avrupa Modeli Üzerindeki Etkileri

Engelliliği temel alan ayrımcılık karşıtı Amerikan Modeli'nin gelişimi kesinlikle AT'yi etkilemiştir²⁰⁰. 1990 yılının başında EAY'nın varlığı engelli olan insanların korunmasına yer açmak için bir "rol model" sayılmaktadır²⁰¹. Görünüşe göre, en belirgin etki ABD'li kampanyacıların AEF yapmış olduğu aktif destektir²⁰². ABD ve AT arasındaki bilgi aktarımı, AEF 1994 yılında *ayrımcılık paradigmasının tanıtımı* yayımladığı zaman başarılı olmuştur²⁰³. Bu yayım, insan onurun engelli kişileri asla tecrit etmeyeceğine yönelik bazı araştırmalarla desteklenmiştir. Hem yayım hem de araştırmalar Topluluk politikalarındaki engelli hakları perspektifini

¹⁹⁸ Garry L. Albrecht, *Encyclopedia of Disability: History in Primary Source Document*, Sage Yayınları, Londra, 2006, s. 630.

¹⁹⁹ Perju, 301. Ve bakın; 1996 yılındaki AT'nin Engellilik Stratejisi (1996 EC Disability Strategy).

²⁰⁰ Anna Lawson and Caroline Gooding, *Disability Rights in Europe: From Theory to Practice*, Hart Yayınları, Oxford, 2005, (Theory to Practice), s.125.

²⁰¹ Gooding, s. 125.

²⁰²) Robert R. Geyer, *Exploring European Social Policy*, Wiley Yayınları, Cambridge, 2000, ss. 1960-1962. Bununla birlikte bir bakın; Avrupa Komisyonu, *Commission Green Paper on European Social Policy*, 17 November 1993, (Green Paper).

²⁰³ Avrupa Komisyonu, Green Paper.

başarılı bir şekilde değiştirmiştir²⁰⁴. İki yıl sonra AT Toplum Engellilik Stratejisi, Avrupa Komisyonu tarafından ayrımcılığı yok etmek amacıyla gündeme alınmıştır. Bu strateji, Topluluğun politikalarının şeklini Topluluğun düzenlemelerinin barındırılması konusuyla bütünleştirerek değiştirmiştir²⁰⁵. Yayımları, aynı zamanda engelli kişilerin bir yardım organizasyonu objesi olarak görüldüğü yardım derneği modelini eleştirmektedir. Eleştiriler daha sonra kabul edilmiş ve başarılı bir şekilde Yardım Derneği modeli olan Topluluk politikası sosyal model olarak değiştirilmiştir.

AEF'in desteği ve ABD'nin ayrımcılık yasağı sistemi yürürlüğünün yardımıyla AT'nin engellilik politikası değişmiştir²⁰⁶. Politikalar, engelli kişileri engellerine hapsedilmekten kurtarıp onların eğitim, istihdam, ulaşım gibi birçok alanda karşılarına çıkacak neredeyse her engeli yok ederek onlara toplumun bir parçası olmaları için yol açmıştır. Bunun ötesinde, bu sosyal model toplumdaki basmakalıp kavramları derece derece azaltacaktır²⁰⁷. Engellilik sosyal modeli daha sonra ayrımcılık ile mücadeledeki en yararlı kavram olmasından dolayı methedilmiştir. Bu yeni sistem, aynı zamanda Topluluğun engellilik politikasına yeni hedefler getirmiştir ve bu hedefleri kabul eden Topluluğun konunun üstesinden gelme hususunda ciddi olduğuna inanılmaktadır. Ancak, AT sadece EAY'nın etkisinde kalan ve yasal sistemlerine yansıyan ABD'ye kıyasla, daha çok bağlayıcı olmayan hukuka güveniyordu.

AT engellilik programları ve stratejiler sadece bağlayıcı olmayan hukuku tercih etmiştir²⁰⁸. Ayrıca ayırım derin ve yapısal ise bu strateji etkili olmamıştır. Buna zıt olarak EAY'dan sonra ABD, stratejisini engellilik temelli ayrımcılık yasağı üzerine kurmuştur. 1996 yılından önce, AT'nin sosyal modelden medikal modeli tercih etmesi anlaşılabilir bir durumdur²⁰⁹. Sosyal modelin kesinlikle maliyetinin yüksek olduğu ve toplumda birçok farklı yönün oluşmasına sebebiyet verebileceği varsayılmaktaydı.

²⁰⁴ Avrupa Komisyonu, **Commission Communication on Equality of Opportunity for People with Disabilities: A New European Community Disability Strategy**, 30 Temmuz 1996, (Disability Strategy 1996, (New European), s. giriş.

²⁰⁵ Konseyi, **Council Resolution on Equality of Opportunity for People with Disabilities**, 20 December 1996, bölüm 1-2.

²⁰⁶ Bjørn Hvinden ve Håkan Johansson, **Citizenship in Nordic Welfare State: Dynamic of Choice, Duties and Participation in a Changing Europe**, Routledge Yayınları, Londra, 2007, s. 188.

²⁰⁷ Avrupa Komisyonu, Disability Strategy 1996, s. 2.

²⁰⁸ Deborah Mabbett, "The Development of Rights-based Social Policy in the European Union: The Example of Disability Rights," **Journal of Common Market Studies**, Cilt;43, Sayı;1, 2005, s.43.

²⁰⁹ Perju, European Union and the United States, s. 294.

Engellilerin korunmasının kapsamı, engelliliğin net bir tanımının olmaması sebebiyle hala belirli değildir. Engellilikle ilgili bu dar koruma kavramı, ayrımcılık karşıtlığına karşı olan korumanın hiç bir zaman yerleşik bir tanım halinde bulunmaması yüzünden meydana gelmiştir. Ancak yargı, bu kapsamı istihdama erişim, mesleki eğitim ve engelli kişiler için çalışma koşulları gibi konulara doğru genişletmede başarılı olmuştur. Bundan başka engelliliğe karşı olan korumanın kapsamı, aynı zamanda sosyal güvenlik düzenlemelerine doğru da genişletilmiştir²¹⁰. Cinsiyet eşitliğinin sürecinin yargıda baskı altında tutulmasına bile²¹¹, bu strateji daha sonra hem engellilik konusunu hem de cinsiyet eşitliği konusunu koruyarak devam ettirmek için Amsterdam Antlaşması'na da taşınmıştır²¹². Ancak başarılı bir şekilde antlaşma seviyesine taşınmasına rağmen, Topluluk en başından beri sosyal değişim için en iyi yolun yargıdan geçtiğine inanmaktadır.

AB'nin engelli haklarına yönelik yaklaşımıyla kıyaslandığında, ABD yaklaşımı daha önemli bir başarı elde etmiştir. Ancak, engelliliğin Engelli Amerikalılar Yasası altındaki ABD modeli EAY'nın zorunlu koştuğu şekliyle hiçbir zaman uygulanmamıştır²¹³. Buna mukabil, Avrupa Engellilik Forumu'nun kesinlikle herhangi bir dava oluşturmaya yönelik kapasitesi yoktur fakat AEF, engellilik politikalarını başarılı bir şekilde Avrupa yasal çerçevesine taşımıştır. Diğer taraftan, hem Avrupa modeli hem de Amerikan modeli sosyal sistem teorisini kullanmaktaydı, Amerikan modeli ve Avrupa modeli arasındaki karşılıklı ilişki şu şekilde özetlenebilir:

- AB'deki ayrımcılık yasağı model, hakların kavramında daha geniş bir anlayışın parçası olmuştur ve bu sadece haklarla sınırlı kalmamıştır. ABD'de bundan farklı olarak hakların kavramındaki ayrımcılık karşıtı modele değil direk olarak Engelli Amerikalılar Yasası'na güvenilmiştir²¹⁴.

²¹⁰ Örnek olarak Fransa'daki uygulaması verilebilir. Employment Social Affair and Inclusion, **Your Social Security Rights**, European Commission, Brussels, 2013, s. 25.

²¹¹ Grainne de Burca, "Stumbling into Experimentalism: The EU Anti-Discrimination Regime," European Studies Alliance Online Journal, Cilt: 1, Sayı: 1, 2007, s. 7.

²¹² Employment Social Affair and Inclusion, s. 25.

²¹³ Roy G. Moy, **Helping Employers Comply with the ADA: An Assessment of How the United States Equal Employment Opportunity Commission is Enforcing Title I of the Americans with Disabilities Act**, United States Commission on Civil Rights Publication Office, Washington DC, 1998, s. 230.

²¹⁴ United States Congress (Amerika Birleşik Devletleri Kongresi), ADA, 12101.bölüm.

- AEF bile önceki sistemini ABD'den ödünç almıştır. Amsterdam Antlaşması'nı tartışmaya başlarken AB engelliliğe karşı kendi kavramına sahip olmuştur. Buna rağmen, önceki döneminde AT hala avukatlarını ABD'ye göndererek bilgi paylaşımında bulunmaktadır.

2.1.5. Avrupa Birliği'ndeki Güncel Engelliliği Açıklayan Model (1996'dan Bugüne)

1996'nın başında üye devletler Amsterdam Antlaşması'nı tartışırken ve müzakere ederken engellilik cinsiyet eşitliği konusunun yanı sıra gelen önemli bir unsur olarak açığa çıkmıştır²¹⁵. 1997 yılında imzalanan ve 1999'da uygulanmaya başlanan Amsterdam Antlaşması ayrıca kurumsal yapıyı değiştirmiş ve aynı zamanda ilk kez engelliliğin de dâhil olduğu ayrımcılık yasağı korumasının yasal temeline yer verilmiştir²¹⁶. Ayrımcılığa karşı olan bu koruma uzun süren bir tartışma sürecinden sonra açığa çıkmıştır çünkü Birleşik Krallık hükümeti sürekli şekilde buna muhalefet etmiştir²¹⁷. Daha sonra bu hüküm Amsterdam Antlaşması'nın 13. maddesine (ABİA'nın 19 maddesinin 1. fıkrası) dâhil olmuştur²¹⁸.

Amsterdam Antlaşmasının uygulanmaya başlanmasından bir yıl sonra 2000 yılında Topluluk, 13. maddenin hükmü altında ayrımcılık ile mücadele etmek için iki esas yönergeyi yasallaştırmıştır²¹⁹. Bu iki yönerge Irk Eşitliği Yönergesi ve İstihdamda Eşitlik Yönergesi'dir. Bu iki yönerge gerçekten sarsıcı bir etki yaratmıştır çünkü AB'nin Avrupa Topluluğu olduğu günlerden beri ayrımcılık ile mücadelesi hiçbir zaman "bağlayıcı" bir kural ile yasallaştırılmamıştır²²⁰. Her iki yönerge de

²¹⁵ Kelemen, s. 216.

²¹⁶ Avrupa Parlamentosu, **Amsterdam Sözleşmesi**, 2 Ekim 1997, (Amsterdam), 22. beyanı.

²¹⁷ Avrupa Birliği'ndeki Birleşik Krallık'ın Temsilcisi, **United Kingdom White Paper**, 12 March 1996.

²¹⁸ Antlaşmalar'ın diğer hükümlerine hâlel gelmeksizin ve Birliğe Antlaşmalar'da verilen yetkilerin sınırları dahilinde, Konsey, Avrupa Parlamentosu'nun muvafakatini aldıktan sonra, özel yasama usulü uyarınca hareket ederek, oybirliğiyle, cinsiyet, ırk ve etnik köken, dini inanç veya kanaat, engellilik, yaş veya cinsel tercih temelinde yapılan ayrımcılıkla mücadele amacıyla gerekli tedbirleri alabilir. Avrupa Birliği, ABİA, 19.maddesinin 1.fıkrası.

²¹⁹ Samuel Estreicher, **Global Labor and Employment Law for the Practicing Lawyer: Proceedings of the New York University 61st Annual Conference on Labor**, Kluwer Law International Yayınları, Alphen aan den Rijn, 2010, s. 394.

²²⁰ Estreicher, s. 394.

büyük önem taşımaktadır zira daha önce, AB tarafından gerçekleştirilen ayrımcılık karşıtı düzenlemeler her zaman stratejik programlar veya kampanyalardan oluşmaktaydı.

İlk olarak, Irk Eşitliği Yönergesi ırk ve etnik köken bazında çalışma, mesleki eğitim, sosyal koruma, ürünlere ve hizmetlere erişim gibi alanları kapsayan bölgedeki ayrımcılıkları yasaklar²²¹. Irk Eşitliği Yönergesi aynı zamanda İstihdamda Eşitlik Yönergesi'ni ardışık şekilde etkilemiştir²²². İstihdamda Eşitlik Yönergesi istihdam, iş kurmak, meslek, mesleki rehberlik ve eğitim gibi alanlara erişimde gerçekleşen din veya inanış, engellilik, yaş veya cinsel kimlik temelli direk ya da dolaylı ayrımcılıkları tacizi de içerecek şekilde yasaklamaktadır²²³. İstihdamda Eşitlik Yönergesi sadece kamusal istihdamla sınırlı değil aynı zamanda özel sektör ve özel istihdamda doğru da genişlemektedir. Böylece, yönerge aynı şekilde engelli kişilere makul uyumlaştırma imkânları sağlamayı zorunlu hale getirmektedir²²⁴. Ancak, Amsterdam Antlaşması'nın 13. maddesine benzer olarak bu yönerge engelliliğin tanımını getirmez. Engelliliğin tanımı bulunmayan söz konusu yönergenin uygulanması ABAD'ın sorumluluğundadır²²⁵.

Engellilik konusuyla ilgili İstihdamda Eşitlik Yönergesi birçok yıl geçtikten sonra Topluluk tarafından sağlanan ilk bağlayıcı hukuki metindir²²⁶. Bazı noktalarda, İstihdamda Eşitlik Yönergesi'nin içeriği EAY'dan alınmıştır²²⁷. AB hukukundaki otorite seviyesinde, İstihdamda Eşitlik Yönergesi çok iyi imkânlar sağlayan bir unsur olarak yorumlanmıştır. Ulusal alanda, bu iki yönerge ulusal seviyedeki yasaları değiştirmede önemli bir rol üstlenmiştir. Yasaların ulusal seviyede değiştirilmesiyle, özellikle engellilik temeli üzerindeki ayrımcılık ile mücadele etme konusunda üye devletler bir üst seviyeye taşınmıştır. Bu durumun sarsıcı olduğu düşünülmüştür

²²¹ Konseyi, Irk Yönergesi, s. özet.

²²² Avrupa Birliği Temel Halklar Ajansı, **The Impact of Racial Equality Directive: Views Trade Unions and Employers in the European Union**, Avrupa Birliği Resmi Yayınlar Ofisi, Lüksemburg, 2010, ss. 18-19.

²²³ Konseyi, Çerçeve Yönergesi, 8. düşüncesi ve 5. madde.

²²⁴ Konseyi, Çerçeve Yönergesi, 5. madde.

²²⁵ Gooding, *Theory to Practice*, ss. 189-190.

²²⁶ Richard Whittle, "The Framework Directive for Equal Treatment in Employment and Occupation: An Analysis from a Disability Rights Perspective," *European Law Review Vol. 27 Issue. 23*, (2000), s. 303.

²²⁷ Perju, *Disability in the European Union and the United States*, s. 302-303.

çünkü otoriteler, ulusal seviyede engellilik temelli ayrımcılık üzerine yaklaşımlarında oldukça gönülsüz davranmaktaydılar²²⁸.

İrk Eşitliği ve Cinsiyet Eşitliği Yönergelerine kıyasla, İstihdamda Eşitlik Yönergesi neredeyse korunan her ayrımcılık karşıtı türü kapsadığı için tam anlamda genel bir yönerge olarak düşünülmektedir. Engelli Amerikalılar Yasası gibi İstihdamda Eşitlik Yönergesi, ayrımcılık yasağının türleri açısından belirli korumaları temin etmektedir. Bunlara ek olarak Yönerge, ulusal seviyede veya Birlik seviyesinde ihtiyaçlara yönelik daha spesifik düzenlemeleri oluşturmak üzere daha fazla boşluk tanır. Hukuki çalışma perspektifinde, ırk ve cinsiyet yönergelerinin payının tek bir direktif olarak ayrılması, korunan ayrımcılık karşıtı düzenleme türlerinin arasında daha önemli gibi görülmektedir. En üstte ırk onun ardından cinsiyet ve bunun peşinden engellilik ve yaş ve en sonunda cinsel kimlik gelmektedir²²⁹.

Korunan türlerin kavramında bir hiyerarşi olduğu kesinlikle kabul edilebilmesine rağmen Birleşik Krallık, İsveç ve İrlanda da olduğu gibi bazı ulusal seviyelerde bu ülkelerin engellilik temelli ayrımcılığı yasaklamak üzere daha kapsamlı sivil yasalarının olduğu görülmektedir²³⁰. Yasal olarak, ulusal seviyede her üye devlet kendi ulusal yasalarını yönerge ile uyum içerisinde ilerletebilmek için ayarlayabilecek imkânlara sahiptir, dolayısıyla üye ülkeler daha sıkı yasalar çıkarabilirler²³¹.

Birkaç kez bahsedildiği üzere, engellilik tanımına yönelik eksiklik ve bunun ardından engellilik tanımının neden hiçbir zaman açık şekilde gerçekleştirilmediği hakkında muhtemel sebepler vardır. İlk olarak, yönerge ABD'deki Engelli Amerikalılar Yasası'nın yasal gelişimi ile uyum içerisinde ilerlemesi için engelliliğin tanımını kasti olarak yapmamış olabilirdi²³². Daha önce Birleşik Krallık'ta gerçekleştiği üzere Birleşik Krallık ve ABD arasında her ikisinin benzer hukuk sistemi (Ortak Hukuk) vardır²³³. İkinci olarak, engelliliğin birçok muhtemel tanımı

²²⁸ Communication from the Commission to the European Union, **European Action Plan 2003**, Eur-Lex Yayınları, Strasbourg, 2003, s. politika içeriği.

²²⁹ Bell, s. 610.

²³⁰ Perju, s. 303.

²³¹ Perju, s. 303.

²³² Katie Wells, "The Impact of the Framework Employment Directive on UK Disability Discrimination Law," **Oxford Industrial Law Journal**, Cilt: 31, Sayı: 4, 2003, s. 253.

²³³ Wells, s.2 53.

vardır ve bu kavram tek bir tanım olarak yer alamaz²³⁴. Ayrıca, ulusal seviyede tanım, her üye devletin amacına ulaşmasını kolaylaştırmaz. Üçüncü olarak, eğer yönerge engellilik için tanımlama getirirse bu yönergenin yürürlüğünün durağan kalma sorunuyla yüzleşme ihtimali açığa çıkabilir²³⁵. Bu durumun mümkün olmasının arkasında yatan gerçek, bir yönerge hakkında tartışmanın ve karar vermenin kolay olmaması ve uzun zaman alabilmesidir. Şimdi olduğu haliyle Topluluk, ATAD'ın bu durumu yorumlayabilecek kapasiteye sahip olmasından dolayı bunun ATAD'ın görevi olmasını uygun görmektedir²³⁶.

İstihamda Eşitlik Yönergesi'nin düzenlemesinden önce, Topluluk engellilik politikaların karakteri bu politikaların daha geniş ölçekte oluşmasıyla gelişmeye başlamıştır. Sosyal modelin kabulü yasal durumunu kazanmaktadır ve Topluluk şu an engellilik düzenlemeleri ile ilgili daha geniş kapsamlı yaklaşımları getirme konusunda yeterli beceriye sahiptir²³⁷. Daha önceden tahmin edildiği üzere, Topluluk tarafından getirilen yaklaşım o kadar kolay olmamıştır çünkü toplumun perspektifini değiştirmek zaman almıştır. Engelli kişiler yardıma muhtaç kişiler olarak değerlendirilmektedirler fakat Yönerge'den sonra devletler engelliliğin önündeki sosyal ve çevresel bariyerleri kaldırdıkça “engelli insan” kalmayacaktır. Ayrıca, bariyerler başarılı bir şekilde kaldırıldıktan sonra engelli bu insanlar topluma “normal bireyler” olarak entegre edilebilirler. Engellilikle mücadele etmenin ana amacı budur²³⁸.

Üstelik daha geniş perspektifte engellilik ve yoksulluk arasındaki karşılıklı ilişki belirgin bir şekilde farklı ve orantısız bir hal alır. Çünkü engelli olan kişiler artık toplum içerisinde diğer insanlarla eşit seviyededirler. Ancak AB, aşağıdaki üç tamamlayıcı politikayı garanti etmeli ve sağlamalıdır²³⁹:

²³⁴ Mary Lou Breslin and Silvia Yee (Ed.), **Disability Rights Law and Policy: International and National Perspective**, Disability Rights Education and Defense Fund Transnational Publication, Berkeley, 2002, pg. Giriş.

²³⁵ Perju, s. 303.

²³⁶ Perju, s. 304.

²³⁷ Catherine Barnard, **EC Employment Law**, 3.baskı, Oxford University Yayınları, Oxford, 2006, ss. 400-401.

²³⁸ Bert Massie, **Disabled People and Social Justice**, Institute for Public Policy Research, Londra, 1994, s. 6.

²³⁹ Communication from the Commission to the European Union, **Situation of Disabled People in the Enlarged European Union: The European Action Plan 2006-2007**, Eur-Lex Online Yayınları, Lüksemburg, 2005, (Action Plan 2006-2007), s. 1.

- (i) Bireysel haklara erişim sağlayan AB ayrımcılık yasağı programları ve standartları²⁴⁰
- (ii) Çevrede engelli kişilerin yeteneklerini sergiyelebilmelerini engelleyen bariyerleri yok etmek²⁴¹
- (iii) Engelli kişilerin aktif katılımını kolaylaştıracak Topluluk politikalarının geniş ölçeği içerisinde engellilikle ilgili konuların yaygın hale getirilmesi²⁴².

Bu yönerge'nin yürürlüğünün önemli bir şekilde AT üye devletlerinin sorumluluğu haline gelmesine rağmen, AT üye devletlerinin koordinatörü rolünü üstlenmeye devam etmiştir. Yasal olarak AT üye devletler tarafından gerçekleştirilen sabit politikalara müdahale etmeyecektir ve bunun yanında Topluluk yine bununla ilgili hiçbir sorumluluk almayacaktır²⁴³. Bu hükümle ilgili bağlayıcı olmayan hukuk kuralları iptal edilmediği sürece uygulanabilir durumdadırlar. Bu Yönerge'nin ana amacına ancak paydaşlar, üye devletler, sosyal ortaklar ve sivil toplum birlikte çalıştığı sürece ulaşılabilir. Ayrıca 2010 yılında AB Avrupa Engellilik Stratejisini 2010 ve 2020 yılları arasını kapsayacak dönemi içermek üzere düzeltilmiştir ve 7 yıldan beri devam etmektedir. Strateji, ayrımcılık yasağı hedeflerine ulaşmayı amaçlayan, bağlayıcı olan ve bağlayıcı olmayan hukuk kuralları ölçütlerinden oluşan kapsamlı bir yaklaşımdan meydana gelmektedir²⁴⁴. Bu hedefler, istihdamdan sağlık sektöründeki ayrımcılık yasağına, sosyal korumadan, öğretim ve eğitime kadar olan geniş bir yelpazededir.

²⁴⁰ Communication from the Commission to the European Union, Action Plan 2006-2007, s. 1.

²⁴¹ Communication from the Commission to the European Union, Action Plan 2006-2007, s. 1.

²⁴² Communication from the Commission to the European Union, Action Plan 2006-2007, s. 1.

²⁴³ Communication from the Commission to the European Union, **European Action Plan 2003**, Eur-Lex Online Yayınları, Brüksel, 2003, s. 12.

²⁴⁴ Communication from the Commission to the European Union, **European Disability Strategy 2010-2020: A Renewed Commitment to a Barrier-Free Europe**, Eur-Lex Online Yayınları, Brüksel, 2010, (Renewed Commitment), s. 12.

2.2. AVRUPA BİRLİĞİ'NİN BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ENGELLİ HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN MÜZAKERESİNDEKİ ENGELLİLİK PERSPEKTİFİ

Evrensel olarak engellilik hakkındaki tartışma, sadece gelişmiş İnsani Gelişim Endeksine sahip ülkeler bu konuyla ilgilendiklerinden dolayı kaçınılan bir durumdur²⁴⁵. Engellilik konusunu tartışmak, gelişmekte olan ülkelerin ilgisini çekmeyi başaramayan bir konu olduğundan dolayı popüler olmayan bir mesele halini almıştır. Ancak 2008 senesinde BM, EHS'ni başarılı bir şekilde hazırlayıp kabul etmiştir ve AB bu Sözleşmeye taraf olmuştur²⁴⁶. Sadece gelişmekte olan ülkelere ayrı olarak diğer ülkelerin de engellilik alanının finansal kısmının yüksek maliyetli ve geniş bir konu olmasından dolayı engelli kişileri korumak konusunda gösterdikleri isteksizlik şaşırtıcı olmuştur. Daha sonra, EHS hedeflerini yüksek tutan ve örneğine rastlanmayan bir sözleşme olarak değerlendirilmiştir. EHS 30 Mart 2007 tarihinde imzalanmıştır ve yürürlüğe 3 Mayıs 2008 yılında girmiştir; bu sözleşme en az 160 imzaya ve 158 tarafa sahiptir²⁴⁷. İlginç bir şekilde Sözleşme'nin hazırlanmasında ve imzalanmasında, AB'nin Sözleşmeye katkıları beklenen düzeyin üzerinde olmuştur²⁴⁸.

AB tarafından üstlenilen rol kesinlikle yükseliştir çünkü AB temel olarak sözleşmeyi önemli bir şekilde etkilemiştir²⁴⁹. AB'nin katılımı daha sonradan EHS'nin neden deneysel bir sözleşme olarak tepki aldığının altında yatan en büyük sebeplerden birisi olmuştur. Bu sözleşmeyi tarif ederken deneysel kavramının kullanılmasının arkasında şu faktörler bulunmaktadır: Müzakere sürecinde sivil toplum kuruluşları ve yine devlet dışı aktörler katılımlarıyla üstlendikleri roller. Özellikle AB'nin katılımı kasti bir şekilde kendi engelliliği açıklayan modelini ve stratejisini teşvik etmekteydi²⁵⁰.

²⁴⁵ Arlene S. Kanter, *The Development of Disability Rights Under International Law: From Charity to Human Rights*, Routledge Yayınları, Londra, 2015, (Development), ss.26-29.

²⁴⁶ Birleşmiş Milletler, CRPD, risale.

²⁴⁷ Grainne de Burca, "The EU in the Negotiation of the UN Disability Convention." *European Law Review*, Cilt;35, Sayı;1, 2010, (Negotiation), s. 1.

²⁴⁸ Pieter Jan Kuijper ve diğerleri, *The Law of EU External Relations: Cases, Materials, and Commentary on the EU as an International Legal Actor*, 2.baskı, Oxford University Yayınları, Oxford, ss. 21-57.

²⁴⁹ Burca, Negotiation, s. 2.

²⁵⁰ Burca, Negotiation, s. 2.

EHS'nin müzakere edilmesi ve hazırlanması için geçen asıl süre en az 5 yıllık bir zaman almıştır²⁵¹. Müzakereler 2001 yılında engelliliğin kavramı üzerinde bir sözleşmenin gerekliliğinin farkedilmesiyle başlamıştır. 1965 Her Türlü Irk Ayrımcılığının Tefsili Edilmesine Dair Uluslararası Sözleşme (ICERD), 1996 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (ICCPR), 1996 Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi (ICESCR) ve diğer temel insan hakları sözleşmeleri gibi İnsan hakları ile ilgili diğer BM sözleşmelerin yanı sıra EHS birçok tarafın ilgisini birincil insan hakları sözleşmelerinin bir tarafı olmaları üzerine çekmiştir. EHS'nin birçok destek alması ve dikkat çekecek şekilde ilgi uyandırmasının arkasında yatan bazı muhtemel sebepler aşağıda belirtilmektedir²⁵²:

- İlk olarak, engelli kişilerin mevcut durumu toplum tarafından ötelenmeleri sebebiyle uzun geçmişe sahip bir konudur. Bu sözleşmenin evrensel varlığından engelli kişinin ve bu engellerle yaşayan kişinin ihtiyaçlarına cevap verebilmesi beklenmektedir²⁵³.
- İkinci olarak, bu sözleşme, uluslararası sözleşmeler düzenlemedeki yeni metoddur çünkü aynı zamanda STK ve devlet dışı aktörler müzakere sürecine katılmışlardır ve bu durum daha önce hiç gözlemlenmemiştir²⁵⁴.
- Üçüncü olarak, EHS tasarım olarak iyi ayarlanmış bir sözleşmedir çünkü bu sözleşmenin taslağı ve tartışması düzenlenirken engelli kişilerin temsilcileri de bulunmuştur²⁵⁵.
- Dördüncü olarak, sözleşmedeki hükümler engelliliğin sosyal ve çevresel bariyerlerini yıkmayı amaçlayan sosyal modeldir²⁵⁶.
- Beşinci olarak, sözleşmenin tasarlanması ve müzakere edilmesi diğer insan hakları sözleşmelerine kıyasla daha kısa bir süre içerisinde gerçekleşmiştir²⁵⁷. Genellikle sözleşme imzalanana kadar hem müzakere

²⁵¹ Kanter, Development, s. 5.

²⁵² Tara J. Melish, "The UN Disability Convention: Historic Process, Strong Prospects, and Why the U.S. Should Ratify," **Human Rights Brief**, Cilt: 14, Sayı: 2, 2007, s. 5.

²⁵³ Odny Mjoll Arnardottir and Gerard Quinn, **The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives**, Martinus Nijhoff Yayınları, Leiden, 2009, (Scandinavian Perspectives), s. 39.

²⁵⁴ Quinn, Scandinavian Perspectives, s. 30.

²⁵⁵ Burca, Negotiation, s. 2.

²⁵⁶ Quinn, Scandinavian Perspectives, s. 59.

²⁵⁷ Kanter, Development, s. 45.

süreci hem de sözleşmenin sabit koşulları ve sözleşme kesinlikle inovatif ve sarsıcıdır.

AB'nin EHS'nin müzakere sürecine katılımı kesinlikle önemlidir; AB katılımının en önemli kısmı ise AB ile EHS'nin arasındaki yakınlıktır. İlk olarak dikkat çeken EHS'nin genel tasarımının belirgin bir şekilde AB'nin engelli insanları koruma sistemine benzer olmasıdır²⁵⁸. Bunun ötesinde, EHS'nin karakteristik özellikleri inkâr edilemeyecek şekilde AB bünyesinin karakteristik özellikleriyle benzerlik göstermektedir²⁵⁹. İkinci olarak, AB'nin EHS'nin sürecine katılımı kesinlikle yeni bir durumdur çünkü AB tek yasal bütünlük olarak ilk kez bir katılım gerçekleştirmiştir. Sözleşme, aynı zamanda AB'nin aktif bir taraf olarak tasarlama, müzakere ve imza sürecinde bulunduğu bir üründür²⁶⁰.

AB'nin katılımı ile ilgili ilerleyen analizlerde, daha önceden bahsi geçen iki odak noktasından çıkarılacak anlam AB'nin sözleşme'den karşılıklı bir ilişki kurma beklentisi içerisinde olabileceğidir. Ayrıca özellikle müzakere sürecinde katılım gösteren STK ve devlet dışı aktörler şu an AB hukuku kurumlarından yargı yetkisi altında bulunanları koruması için daha fazla çaba göstermelerini beklemektedir.²⁶¹ Sonuç olarak, AB'nin engelli insanları koruma konusunda göstereceği çaba eğer müzakere sürecinde gösterdiği çabadan daha düşük olursa bu tam anlamıyla mantık dışı bir durum olarak değerlendirilecektir. AB'nin EHS'nin müzakere sürecindeki katılımı kesinlikle AB'nin engelli insanları korumaya yönelik gelecek muhtemel gündemine karşılık verebilecektir²⁶².

Ulusalüstü bir kurumun karar verme mekanizmasının kavramı bağlamında AB'nin EHS'nin müzakere sürecine katılımı, AB bünyesindeki yönetimin şeklinin değişmesini tasdik etmektedir²⁶³. Birkaç kez daha bahsedildiği üzere AB, uluslararası bir sözleşmeye müzakere düzenlemek üzere katılan ilk ülkelerüstü kurumdur. Bu durum kesinlikle farklı ve önemlidir, çünkü uluslararası bir sözleşme ile başarıya

²⁵⁸ Burca, Negotiation, s. 3.

²⁵⁹ Charles F. Sabel and Jonathan Zeitlin, "Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the EU," **European Law Journal**, Cilt: 14, Sayı: 3, 2008, s. 272.

²⁶⁰ Lisa Waddington, "A New Era in Human Rights Protection in the European Community: The Implications the United Nations' Convention on the Rights of Persons with Disabilities for the European Community", **Maastricht Faculty of Law Working Paper**, Cilt: 4, Sayı: 4, 2007, (New Era), s.6.

²⁶¹ Waddington, New Era, s. 6.

²⁶² Karen Soldatic ve diğerleri, **Disability, Spaces and Places of Policy Exclusion**, Routledge Yayını, Londra, 2014, s. 164.

²⁶³ Kuijper and associates, Legal Actor, s. 128.

ulaşan bir müzakereye katılarak AB aynı zamanda üye ülkeler tarafından yürütülmesi üzere kurallar ve/veya hükümler oluşturmuştur. Normalde AB'deki kural yapma süreci en azından aşağıdaki adımlardan geçmelidir²⁶⁴:

- İlk olarak, üye devletler Birlik seviyesinde hedeflerini bir tasarıma yöneltecektir ve Birlik seviyesinde yöneltilen hedeflerden gelen sonuç Birliğin hedefleriyle uyum içerisinde olmalıdır²⁶⁵.
- İkinci olarak, Birliğe üye olan diğer devletler teklifi kabul edip onu bir düzenlemeye soktukten sonra Birlik daha düşük seviyeli bir kamu aktörü ya da kurumunu düzenlemenin yürürlüğü konusunda ayrıntılara inmek için atayacaktır²⁶⁶.
- Üçüncü olarak, daha düşük seviyeli bir kamu aktörü veya kurumu tarafından konunun detaylarına inildikten sonra teklif Birliğe düzenli şekilde rapor edilecektir²⁶⁷.
- Son olarak düzenlemeler, katılan kurumlar tarafından tekrar gözden geçirilecek ve revize edilecektir. Revizyon öyle bir şekilde gerçekleşmelidir ki düzenlemeler standartlara uyan hallerini korumalıdır²⁶⁸.

EHS'in müzakereleri sonucunda AB tarafından gerçekleştirilen yasal süreç aynı zamanda AB'nin iç gövdesini de etkilemiştir²⁶⁹. Bundan önce, engelliliğin AB'nin tek bir vücut olarak uluslararası bir sözleşme yapmak üzere yaşayacağı ilk deneyim olacağı asla tahmin edilemeyen bir durumdur. Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen tasarımı hevesle destekleyerek AB, şimdi iç işlerini yönetmelidir. Çünkü konu "tartışmalı ve maliyeti yüksek" engellilik haklarıdır, Birlik hükümünün devamlılığını ulusal seviyede yürürlüğe girdiği ana kadar sürdürmelidir²⁷⁰. AB katılımının durumu kesinlikle AB gövdesinde bir karışıklığa sebep olmuştur. Pratikte, AB müzakerede geniş bir çerçeve ayarlamıştır ve bundan sonra AB, üye

²⁶⁴ Herman Lelieveldt ve Sebastiaan Princen, *The Politics of the European Union*, 2. baskı, Cambridge University Yayını, Cambridge, 2015, s. 94.

²⁶⁵ Princen, s. 94.

²⁶⁶ Princen, s. 94.

²⁶⁷ Princen, s. 94.

²⁶⁸ Princen, s. 94.

²⁶⁹ Francesca Ippolito ve Sara Iglesias, *Protecting Vulnerable Groups: The European Human Rights Framework*, Hart Yayınları, Oxford, 2015, s. 82.

²⁷⁰ Giuseppe Palmisano, *Making the Charter of Fundamental Rights a Living Instrument*, Nijhoff Publishing, Leiden, 2014, s. 189.

devletler ve Avrupa Paramentosundaki taraflar arasında (konsey) gerçekleşecek kollektif bir karar birliğine kolaylıkla ulaşabilecektir²⁷¹.

Ayrıca, EHS'nin yürürlüğe girmesinde, Birlik şu an ulusal seviyede yürürlük sürecinin tüm yönlerini gözden geçirmek ve kontrol etmekle yükümlü kılınmıştır²⁷². Birliğin şu an EHS'i uyarlama konusunda önemli bir rol üstlenmesi ve paydaşlarının engelliliğe karşı olan korumayı doğru şekilde uygulamalarını kesinleştirmesi beklenmektedir²⁷³. Üye devletlerin iç süreçlerine müdahale edilmeden, AB bir izleme sistemini ve düzenli revizyon sistemini sürdürebilir. İnsan haklarının korunması ile ilgili kavrama dâhil olan engellilikle beraber AB'nin gövdesindeki yönetimin değişimi hala bir deney olarak değerlendirilebilir. Bu hususun deneysel olup olmadığını anlamak önemlidir çünkü AB'nin yasal gövdesindeki engelli haklarının geleceğini etkilemektedir²⁷⁴. AB EHS'e bir taraf olduktan sonra herhangi bir değişik engellilik yönergesimevcut olmamıştır²⁷⁵.

Ancak, bazı noktalarda EHS'nin hedeflerine oldukça bağlı olmasına rağmen EHS'deki birçok koşul genellikle diğer sözleşmelerin karakteristik özellikleriyle benzerlik göstermektedir. Bu hükümlerin diğerleriyle gösterdiği benzerlikler; (i) Sözleşmede kullanılan terimler, (ii) hükümleri doğru biçimde yürürlüğe sokmak ve derinlemesine işlemek için takdir yetkisi kullanma ihtimalleri, (iii) yürürlüğü izleyecek ve rapor edecek yeterli kapasiteye sahip kurum gibi faktörler olarak saptanabilir. EHS insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler için tamamıyla yeni bir seviyedir. Diğer sözleşmelerden farklı olarak, EHS aynı zamanda diğer sözleşmelere göre değişiklikler gösterir, bu değişiklikler şöyle sıralanabilir²⁷⁶:

- (i) Sözleşmenin tasarlanmasında, uygulanmasında, izlenmesinde ve işleme sokulmasında rol üstlenebilecek STK'ler ve insan hakları enstitülerinin varlığı,
- (ii) İzleme ve yürürlüğe sokmada spesifik bir hükmün varlığı,
- (iii) Devletlerin taraflarla ilgilib araştırmaları, verileri ve istatistikleri toplama konusunda zorunlu kılınmaları,

²⁷¹ Burca, ss. 4-5.

²⁷² Palmisano, s. 190.

²⁷³ Palmisano, s. 190.

²⁷⁴ Gerard Quinn, Aisling de Paor, Peter Blanck, **Genetic Discrimination: Transatlantic Perspective on the Case for a European-Level Legal Response**, Routledge Yayınları, New York, 2015, s. 262.

²⁷⁵ Communication from the Commission to the European Union, Renewed Commitment, s. 12.

²⁷⁶ Burca, Negotiation, s. 5.

(iv) Sözleşmenin yürürlüğünü gözden geçirmek üzere yıllık bir konferans düzenleme ihtimali vardır²⁷⁷.

EHS'nin bütün yapısı, tüm insan haklarından tamamıyla eşit bir şekilde yararlanabilme ve engelli tüm insanların temel özgürlükleri gibi konuları kesinleştiren ve teşvik eden eylemler gibi geniş kapsamlı hedefleri açık şekilde sunmaktadır²⁷⁸. Bu geniş kapsamlı hedefler belirlenmiştir ve EHS'nin 3. maddesinde açıklanan sekiz genel prensibi takip ederek yürürlüğe sokulmaktadır²⁷⁹:

- a) Temel itibarlara, bireysel otonomiye bir kişinin kendi tercihlerini yapacağı konusunu ve insanların bağımsızlığı konusunu da dâhil ederek saygı gösterilmesi,
- b) Ayrımcılık karşıtlığı,
- c) Topluma tam anlamıyla ve etkili bir şekilde katılım,
- d) Farklılıklara saygı ve engelli insanları, insanlığın ve insan çeşitliliğinin farklı bir yönü olarak kabul etme,
- e) Fırsatlar eşitliği,
- f) Erişilebilirlik,
- g) Kadın ve Erkek arasında eşitlik,
- h) Engelli çocukların yavaş gelişen kapasitelerine saygı göstermek ve engelli çocukların kimliklerini koruma haklarına saygı göstermek.

Taraf devletleri bu prensipleri ulusal engellilik düzenlemeleri ve politikalarında uygulamaya zorunludurlar.

2.2.1. Engelliler Hakları Sözleşmesi'nin Tasarımını Başarmada Avrupa Birliği'nin Katkıları

EHS'nin gerçekleştirilmesinden önce, bu sözleşmenin diğer insan hakları sözleşmelerinde olduğu gibi tasarım halinden tek şekilde gerçekleştirilmiş bir sözleşme haline gelmesi kesinlikle zaman almıştır. Kronolojik olarak 2001 Aralık'ının son döneminde engelli insanlar için bir insan hakları sözleşmesi tasarımı

²⁷⁷ Melish, s. 45.

²⁷⁸ Bernadette Mcsherry, Ian Freckelton, **Coercive Care: Rights, Law and Policy**, Routledge Yayınları, New York, 2013, s. 200.

²⁷⁹ Birleşmiş Milletler, CRPD, 1. madde.

yapma kararı Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından onaylanmıştır. BM bu teklifi ilgilenecek gruplara yaptıktan yıllar sonra ilk inisiyatif Meksika'dan gelmiştir²⁸⁰. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu daha sonradan bir mahsus Komitesini Meksika tarafından yaklaşım getirilen ihtiyaçlara yer verebilmek için oluşturmuştur. EHS için ayarlanan *ad hoc* komitesi daha sonra tüm BM üyesi devletlere sözleşmenin tasarım ve düzenleme aşamalarına katılabilmeleri için açılmıştır²⁸¹. Sözleşmenin yarattığı ilk etki fazla popüler değildi ve birçok ülke mahsus komitesi tarafından sunulan taslağa karşı olumlu yaklaşmamıştır. İlk aşamada AB inisiyatifsel olarak komiteyi tartışmış ve tasarımın birçok üye devlet için neden fazla popüler olamadığını açıklamıştır. AB'nin argümanları komite tarafından sunulan tek taslaktır ve başka bir seçenek yoktur. Bu daha hassas bir konudur çünkü taslak, sadece engellilik temelli bir yaklaşım yerine engelliğe yönelik haklar temelli bir yaklaşımı desteklemektedir²⁸².

Taslağın ana destekçilerinden birisi olan Meksika, AB ile aynı yönde düşünmüyordu çünkü Meksika engellilik için tek bir taslağı tercih etmekteydi. İlk aşamada, İrlandalı temsilci Meksika tarafından sunulan taslağı tercih etmiştir. Bundan sonra *ad hoc* komitesi ikinci aşaması gerçekleştirmiştir ve AB sözleşmenin taslağının eşitlik ve engellilik odağında insan haklarına saygı ile ayrımcılık karşıtlığı konularını içeren genel prensipler olan temel enstrümanı kapsamasından tedirginlik duymaktaydı. İlk oturumdakinin tersine AB ikinci oturumda sözleşme taslağına karşı çıkmıştır çünkü bu taslak onlara göre insan haklarını sadece spesifik gruplar için bölmektedir. AB daha çok Kisisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (ICCPR) ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi (ICESCR)'yi güçlendirme taraftarıydı ve bu iki sözleşmenin engellilik de dâhil olmak üzere tüm alanlara uygulanabilmesini talep etmiştir²⁸³.

İlk bakışta, AB Meksika'nın inisiyatifini engellilik temelli ayrımcılıkla mücadelede desteklemektedir. Ancak, EHS'nin taslağının hazırlanmasındaki ikinci seanstan başlayarak AB daha çok 1993 BM Engelliler için Dünya Sağlık Örgütü tarafından BM Engellilere Fırsat Eşitliği Konusunda Standart Kurallar'ının (UN

²⁸⁰ Melish, s. 2.

²⁸¹ Melish, s. 2.

²⁸² Burca, Negotiation, s. 5.

²⁸³ Burca, Negotiation, s. 5.

Standart Rules for the Equalisation of Opportunities of Persons with Disabilities

güçlendirmesini tercih etmektedir²⁸⁴. AB engellilik temelli ayrımcılığın yok edilmesine destek verme konusunda istekliydi, fakat bunun bağlayıcı olmasını istememiştir. Sonradan açık hale gelmiştir ki, AB perspektifini engelliliğin uluslararası bir sözleşmeye yönlendirilmesi şeklinde değiştirmiştir. AB engellilik temelli ayrımcılık ile mücadelede teknik ve ekonomik bir yaklaşımı tercih etmiştir. Ancak, AB perspektifini Birleşmiş Milletler'e üye devletlerin tek bir uluslararası sözleşmeyi tercih etmeleriyle bir kere daha değiştirmiştir.

Uluslararası bir sözleşmeyi kabul etmek üzere fikir birliğine varıldıktan sonra, AB sözleşmenin gelecekteki imza atan devletleri ve tarafları yasal olarak bağlayacağı konusunda şüpheli davranmaktaydı. Açıkça söylenmelidir ki AB gerçekte sözleşmeyi desteklememekteydi, eğer çoğunluk uluslararası bir engellilik sözleşmesi oluşturulması konusunda fikir birliğine varırsa AB sözleşmenin sadece engellilik sözleşmesi değil tüm ayrımcılıkları kapsayan bir sözleşme olmasından yanaydı²⁸⁵. Birçok ülke AB'nin sadece bir engellilik sözleşmesi değil, genel olarak ayrımcılık karşıtı bir sözleşme istemesinin sebebini kesinlikle anlamaktaydı. O zamanlarda AB'nin ayrımcılık karşıtlığı en gelişmiş ve en kabul edilebilir olandır. Taslağın tartışılmasının yanında BM üye devletlerinin çoğu, tek bir hak temelli sözleşmeyi AB'nin sunduğu teklife tercih etmişlerdir. 2006 yılında AB paydaşları ilk defa bütün olarak uluslararası bir insan hakları sözleşmesini kabul etmek üzere tek bir taraf olmak için fırsat aramışlardır²⁸⁶. Bu fırsatı ararken AB, engellilikle ilgili sosyal modelini tanıttığı sözleşmeyi desteklemek üzere bir kez daha perspektifini değiştirmiştir. AB hala yeni haklar oluşturmak istememektedir ve hala sözleşmenin ayrımcılık karşıtı sözleşmenin bir parçası olmasının daha iyi olacağını düşünmektedir. Bunun ötesinde, çoğunluk hala AB tarafından sunulan teklifi beğenmemektedir fakat AB tarafından daha önce sunulan sosyal modeli kabul etmişlerdir.

²⁸⁴ Burca, Negotiation, s. 5.

²⁸⁵ Burca, Negotiation, s. 7.

²⁸⁶ Birleşmiş Milletler, CRPD, 43-44. maddeler.

2.2.2. Avrupa Birliği'nin EHS Müzakerelerine Katılımının Üye Devletler Üzerindeki Etkileri

EHS müzakerelerine AB katılımı, Lizbon Antlaşması öncesindeki AB hukuku kavramında karmaşık bir durumdur. Daha önce de bahsedildiği üzere bu durum, AB'nin uluslararası bir sözleşmenin tasarlanmasına dâhil olduğu ilk seferdir. AB'nin perspektifinin ardından EHS AB paydaşları ve üye devletleri arasında gerçekleşen karışık bir karar birliği olarak dikkate alınmaktaydı. Lizbon Antlaşması'ndan önce, AB'nin katılımı konusu, üye devletlerini direk olarak yasal şekilde bağlayıp bağlamadığı açısından net değildir²⁸⁷. Bu nedenle, EHS'nin AB üzerindeki yasal etkisi açık değildir. Yine de, her AB üye devleti EHS'yi kabul etmiştir, çünkü AB endişelerini doğru bir şekilde ele almıştır. Teknik olarak, AB yine üyelerini temsil etme konusunda yeterliliğe sahiptir ve yine oturumlar boyunca üye devletler kendi temsilcilerini göndermişlerdir. Yasal olarak AB ABİA'nın 10. maddesine göre (ATA'nın 13. maddeye göre) bu konuyu tartışmıştır, Avrupa Topluluğu engellilik temelli ayrımcılık da dâhil olmak üzere ayrımcılık ile mücadele etmekteki uygun eylemleri gerçekleştirebilecek kapasiteye sahiptir²⁸⁸.

AB bu iç meseleyi çözdükten sonra AB tasarım ve onaylama sürecinde önemli bir rol üstlenmiştir. AB kendi engellilik politikasına sahip olduğundan itibaren, AB temsilcileri bu politikayla ilgili fikirleri paylaşımları konusunda yükümlüdürler. Çünkü AB bunun AB düzenlemeleri ile potansiyel çatışmaya sebebiyet verebileceğini kesinlikle anlamıştır. Komisyon, sözleşmenin AB politikaları ile uyum içerisinde olacağının kesinleştirilmesi konusunda açıkça endişe duymaktadır. AB'nin müzakerelerdeki pozisyonunu anladıktan sonra AB üye devletlerinin temsilcileri Komisyona karşı durmamış veya konuşmamıştır²⁸⁹.

AB'nin müzakerelere katılımı gerçekten çok karmaşık tartışmalar neticesinde olmuştur. AB'nin yasal yeterliliği süreç boyunca net değildir çünkü üye devletler teknik olarak müzakerelere kendi temsilcilerini göndermişlerdir. Komisyon ve üye devletler arasındaki iç sözleşmeler boyunca, diğer üye devletlere göre önemli rollere sahip birkaç ülke vardır, örneğin İsveç ve Danimarka. Bu durum bir iç çatışmaya

²⁸⁷ Kuijper, ss. 14-17.

²⁸⁸ Waddington, New Era, s. 8.

²⁸⁹ Burca, Negotiation, s. 8.

sebebiyet vermektedir fakat bu sadece sözleşmeye muhalefet eden Hollanda gibi konuya şüpheyile yaklaşan devletlerin kuşku içeren perspektifidir. Diğer taraftan, İrlanda Sözleşmeyi ve AB'nin tek kurum olarak müzakerelere katılması fikrini desteklemiştir. Ancak, Hollanda sözleşmenin destekçisi olmamasına rağmen AB müzakerelerin sonuna kadar birlikteliğini korumuştur. AB'nin birlikteliğini korumasının iki muhtemel sebebi olabilir; birincisi STK ve devlet dışı aktörlerin sözleşme üzerindeki etkisinin kesinlikle farklı perspektifler vermesi, ikincisi ise AEF'nin AB'nin kendisinde önemli bir rol oynaması ve müzakerelerin sonuna kadar AB'nin koordinasyonunu başarılı bir şekilde sürdürmesidir.

Harici olarak, AB'nin müzakerelere katılımı bazı eleştirilerini de yanında getirmiştir. Ana eleştiri AB'nin tek bir ses olarak konuşması gerektiği ve böylece müzakerede üye devletlerin temsilcilerinin bulunmasına gerek kalmayacağı hususudur. Bunun sebebi müzakere süreci boyunca üye devletlerin temsilcilerinin birliktelik içerisinde hareket etmeleri idi. Birçok tarafın düşüncesine göre, AB eğer tek bir vücut olsaydı tartışma platformunu güçlü bir şekilde etkileyebilecekti. Üye devletlerin temsilcilerinin AB'ye karşı konuşmamalarına ya da muhalefet etmemelerine rağmen bu konuyla ilgili eğilimler halen devam etmektedir²⁹⁰.

²⁹⁰ Burca, Negotiation, s. 9.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA ENGELLİ HAKLARININ GENEL UYGULAMALARI VE SINIRLANDIRMALARI

3.1. AVRUPA BİRLİĞİ'NDE ENGELLİLİĞİN TANIMI VE KAVRAMI

Engellilerin hakları kavramı, ciddi bir yer kaplamaktadır ve cinsiyete, ırksal veya etnik kökene, din veya inanışa, yaş ve cinsel yönelime yönelik diğer ayrımcılık yasağı tutumlardan açığa çıkan haklar ile aynı değere sahiptir²⁹¹. Engellilerin haklarına ilişkin mevzuat, uluslararası seviyede EHS dâhilinde, AB seviyesinde İstihdamda Eşitlik Yönergesi ya da *Çerçeve Yönergesi* olarak bilinen yönergelerin dâhilinde ve ulusal seviyede her AB'ye üye devletin kendi ulusal mevzuatında engellilerin haklarını kabul etmeleri şeklinde düzenlenmiştir²⁹². AB'ye benzer olarak, ABD de engellilik haklarını ulusal mevzuatında kabul etmiştir ve bu konuda daha başarılı olmuştur²⁹³. ABD'deki mevzuatların uygulanmasının AB'deki durumdan daha başarılı olmasının sebebi ABD'deki çalışanların kurallara uyma konusuna daha meyilli olmasıdır²⁹⁴.

Belirtmek gerekir ki, engelli insanların haklarını AB'ye adapte etmekte karşılaşılan ana zorluk engelliliğin kendisinin tanımıdır²⁹⁵. Daha önceki analizde, AB, engelliliğin tanımı konusunda ABAD yargıçlarının yükümlü olmasını istemektedir²⁹⁶. Ulusal seviyede ve nihayetinde AB seviyesinde birçok farklı tepki alınmıştır. Ancak, AB'de ayrımcılıkla ilgili mevzuatların engelliliğin tanımını yapmamasına rağmen, yargıçların ABAD'a sunulan bir davanın incelenmesi için kabul ettikleri bazı yollar vardır²⁹⁷. Bu olgu aynı zamanda hem AB'de hem de

²⁹¹ Birleşmiş Milletler İnsan Halkarı Komisyonu, (Evrensel Bildirisi), 2. madde ve 25. maddesinin 1. fıkrası.

²⁹² Princen, s.79.

²⁹³ Kanter, Equality, s. 243.

²⁹⁴ Kanter, Equality, s. 243.

²⁹⁵ Grainne de Burca, "Experimentalism and the Limits of Uploading: the EU and the UN Disability Convention", *Extending Experimentalist Governance? The European Union and Transnational Regulation*, (Ed. Jonathan Zeitlin), Oxford University Press, Oxford, 2015, (Experimentalist) ss. 315-318.

²⁹⁶ Fledblum, s. 129.

²⁹⁷ Grainne de Burca, Experimentalism, s. 316.

ABD’de meydana gelmektedir. Hâkimler, çoğu kez engelliliğin tanımını yorumlamak için medikal yaklaşımı kullanmaktadır²⁹⁸.

Engelliliğin yargısal yorumları, yorumlanacak engellilik sınırının oranını anlamak için esas olacaktır. Hem Avrupa’da hem de ABD’de yargıçlar engelli insanlara yönelik eşitliği ilgilendiren engelliliğin ve sosyal, politik ve yasal meseleleri değiştirecek kavramlarının tanımını yapabilecek yeteneğe sahip olmuşlardır (örneğin Navas davası)²⁹⁹. ABD ve AB’deki yargıçlar kolay olmayan bir yükümlülük ile karşılaşmışlardır, fakat onlar için şanslı bir durum olarak sayılabilecek EAY’nın engelliliğin bir tanımını içermesi durumu söz konusudur³⁰⁰. EAY ile kıyaslandığı zaman İstihdamda Eşitlik Yönergesi bu tanıımı içermemektedir. Pratikte ABAD engelliliğin tanımı üzerindeki benzer bir kavramı kabul etmiştir, fakat AB’deki yargıçlar, mevcut toplumsal gelişime ve doktrinlere itimat etmektedirler³⁰¹.

3.1.1. *Chacón Navas v Eurest Colectividades SA Davası*

AT’deki tanım üzerindeki tartışmalar her zaman başarıyla sonuçlanan *Chacón Navas v Eurest Colectividades SA*.’a bağlı kalacaktır. Bu dava, AT’deki engelliliğin yorumunun temel hükmü olan iş kanunu ile ilgili bir AT çalışma yasası davasıdır³⁰². Kronolojik sıraya bağlı kalınarak açıklamak gerekirse, *Sonia Chacon Navas* o zamanlarda *Eurest Colectividades SA*’da çalışan bir işçidir fakat ameliyat olmasından dolayı 8 ay boyunca evde hasta durumda kalmıştır³⁰³. Bundan ayrı olarak, işten izinliyken işi sonlandırılmış ve takip eden pazartesi günü resmen işinden

²⁹⁸ Israel Doron, *Theories on Law and Ageing: the Jurisprudence of Elder Law*, Springer Press, Berlin, 2009, s. 98.

²⁹⁹ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, *Case of Chacón Navas v Eurest Colectividades SA*, (No. C13/05), 11.07.2006. (Navas Davası), para. 1. İngilizce metni; <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62005CJ0013>

³⁰⁰ United States Congress (Amerika Birleşik Devletleri Kongresi), ADA, Section.12102.

³⁰¹ J. G. Merrills, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester University Press, Manchester, 1993, s. 78.

³⁰² Anna Lawson, *Disability and Equality Law in Britain: The Role of Reasonable Adjustment*, Hart Yayınları, Oxford, 2008, s. 265. Bununla birlikte; Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, Navas Davası, para. 1.

³⁰³ European Commission Legal Service, “Summary of the Judgement in Case C13/05”, *European Commission Online Service*, 11.07.2006, http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/arrets/05c013_en.pdf, (07.11.2015), s. 1.

kovulmuştur³⁰⁴. *Eurest Colectividas SA* isimli hazır yemek firması bu bayanın adil olmayan işten çıkarılma şekli ile ilgili hiçbir açıklama yapmamıştır. Ancak bu hazır yemek firması, bildiriye göre işten çıkarılmanın kanunsuz olduğunu kabul ederek tazminat ödemeyi kabul etmiştir³⁰⁵.

Hukuken İspanyol Hukuku halen işten çıkarmayı üç koşul üzerinde kategorize etmektedir: *kanuni*, *kanunsuz* ve *hükümsüz*³⁰⁶. *Kanuni* bir şekilde işten çıkarma kavramı, işten çıkarma eyleminin, yasal prosedürlere ve işten çıkarmanın yasal içeriğine yeterli şekilde karşılık vermesinden geçer³⁰⁷. İşten çıkarılma, yasal süreç ve yasal içeriğin gereksinimlerine karşılık veremediği zaman *kanunsuz* olarak kategorize edilir, örnek olarak işten çıkarılma konusunda suçsuzluğunu ispatlayan bir kişinin değerlendirilmesi verilebilir³⁰⁸. Son olarak, işten çıkarma sebebinin herkese açık özgürlüklerin ve/veya temel hakların kavramına düştüğü anda ise *hükümsüz* işten çıkarmadan söz edilecektir. Bu duruma engellilik veya cinsiyet kategorisindeki işten çıkarmalar örnek olarak verilebilir³⁰⁹. Kanunsuz ve hükümsüz işten çıkarma arasındaki farkı belirtmek gerekir çünkü farklı etkilere ve sorumluluklara sahiptirler³¹⁰. Kanunsuz işten çıkarma için işverenler eski çalışanlarına tazminat ödemekle yükümlüdürler. Ancak hükümsüz işten çıkarmada işverenler eski çalışanlarına pozisyonlarını geri vermekle ve aynı zamanda işten çıkarma süreci boyunca ödenmemiş herhangi bir miktarı da karşılamakla yükümlüdürler³¹¹.

Dava süresi boyunca Bayan Navas işten çıkarılma durumunun hükümsüz kategorisine düştüğünü iddia etmiştir çünkü sadece hasta olmasından dolayı kovulduğunu söylemektedir³¹². Davacı olarak Navas, firmanın kendisini yakalandığı hastalık üzerine temelli bir ayrımcılığa maruz bıraktığını ve bunun firma tarafından

³⁰⁴ Perju, Disability in the European Union and the United States, s. 306.

³⁰⁵ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, Navas Davası, para. 18.

³⁰⁶ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, Navas Davası, para.21. Bununla birlikte; İspanya Genel Mahkemesi (Corrtes Generales), **Legislative Royal Decree No 1/1995 of 24 March 1995**, 56.maddesinin 1 ve 2. fıkrası.

³⁰⁷ Ignatius Jordan de Asso y Del Rio and D. Miguel de Manuel Y Rodriguez, **Institutes of the Civil Law of Spain**, A. Strahan Press, London, 1825, s. 167.

³⁰⁸ Rodriguez, s. 167.

³⁰⁹ Clifford Stevens Walton, **The Civil Law in Spain and Spanish-America: Including Puerto Rico and Philippine Islands, and the Spanish Civil Code in force, Annotated and with References to the Civil Codes of Mexico, Central and South America**, Lawbook Exchange Ltd Yayınları, New Jersey, 2003, ss. 4, 1155.

³¹⁰ Walton, s. 4.

³¹¹ Perju, "Impairment, Disability in the European Union and the United States, s. 306.

³¹² Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, Navas Davası, para. 16.

sakat kalma ihtimalinin var olabileceği tahmin edilerek yapıldığı varsayımını bildirmiştir. Madrid'deki İş Mahkemesi'ne sunduğu iddia çerçevesinde firmanın kendisini önceden bulunduğu pozisyona getirmesini talep etmiştir³¹³. Ulusal seviyede, Madrid'deki İş Mahkemesi bu kişinin iddiasındaki bazı durumları belirgin bir şekilde kabul etmiştir. Mahkeme Navas'ın tek kovulma sebebinin yakalandığı hastalık olduğunu belirtmiştir³¹⁴. İspanyol hukukuna göre ne yazık ki, hasta olma durumu yaş, engellilik, cinsiyet ve ırk kategorileri gibi hükümsüzlük konusu dâhilinde kategorize edilmemektedir³¹⁵. Bunun ötesinde, İspanyol hukukunda bu duruma örnek gösterilebilecek bir vakada, hastalık engelliliğin bir parçası olarak görülmemektedir³¹⁶. Ardından, Navas'ın işten çıkarılması ayrımcılığın korunmuş türleri ile bağlantılı değildir. Analitik olarak, kategori kanunsuza düşseydi işten çıkarma eylemini gerçekleştirmek daha verimli ve mümkün olabilecekti³¹⁷.

Ayrıca, tazminatın mevcut kayıpları karşılamak için seçilebilecek en uygun yol olduğunu düşünen Navas mahkemesinin kararından dolayı memnuniyet duymamıştır. Ancak, yasal olarak AT vatandaşı olan Navas, hakları için mücadele etmek üzere durumu Topluluk seviyesine taşımıştır. Topluluk Hukuku altında Navas, ihlal edilen haklarını savunmak üzere çeşitli haklar kazanmıştır³¹⁸. Bu durum belirtilen hususa gayet uygundur, çünkü AT hukuku'nun kavramında, ulusal mahkemenin hem ulus hem de topluluk hukukunu uygulaması gerekmektedir³¹⁹. Dava kesinlikle önemlidir çünkü eğer Topluluk seviyesindeki hâkimler hastalığı engelliliğin bir kısmı olarak kategorize ederlerse işten çıkarma durumu hükümsüz olarak sınıflandırılacaktır. Dahası, hazır yemek firmasının Navas'ı önceki işindeki eski pozisyona tekrar getirmesi gerekecektir³²⁰. Bu olay Navas'ın durumunun gerçekten hükümsüz olarak sınıflandırılabileceği konusunun sorgulanmasına sebep olmuştur çünkü hazır yemek firması için maliyetli bir ödemeye ilgili bir koşula yol açmaktadır. Buradaki tartışma konusu, Navas ve hazır yemek firması arasındaki

³¹³ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, Navas Davası, para. 19.

³¹⁴ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, Navas Davası, para. 20.

³¹⁵ Walton, s. 4.

³¹⁶ Perju, (Disability in the European Union and the United States), s. 307.

³¹⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Navas Davası, para. 21.

³¹⁸ Trevor C. Hartley, **European Union Law in a Global Context: Text, Cases and Materials**, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, ss. 145-149.

³¹⁹ Hartley, ss. 152-153.

³²⁰ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, Navas Davası, para. 14.

adalet üzerindedir. Çünkü eğer hükümsüz olarak kategorize edilirse firma bu kişiye işi olmamasına rağmen ödeme yapmak zorunda kalacaktır.

Bu sonuca cevap olarak Madrid'deki İş Mahkemesi, Topluluk seviyesindeki mahkemeye hastalığın engelli olma durumunun bir kısmı olup olmadığına dair haberci niteliğinde bir referans göndermiştir³²¹. Topluluk seviyesindeki ATAD daha sonra Madrid'deki İş Mahkemesi tarafından gönderilen referansa karşılık vermiştir. İlk olarak, vakayı sınıflandırmak için ATAD metinsel yorumlamayı kabul etmiştir ve bu metinsel yorumlamaya göre hastalık ile engelli olma durumu arasındaki fark açıkça belirtilmemiştir. Aynı noktada, Avrupa Topluluğu da hastalığı engelliliğin bir parçası olarak net bir şekilde kapsama dâhil etmemektedir. ATA'nın maddelerinin hukuki kavramını incelemek kesinlikle önemli bir konudur çünkü bu madde İstihdam ve Ayrımcılık Yönergeleri'nin hukuki zeminini oluşturmaktadır. Aynı zamanda mahkeme İspanya'nın ulusal mevzuatları ve Topluluk mevzuatları arasındaki hukuki durumunu açıklamaya çalışmıştır³²². Bu ulusal mevzuatların hastalık durumunu engelliliğin bir parçası olarak görmemesinden ve aynı zamanda Topluluğun da bu duruma karşı farklı yorumlar getirmesinden dolayı zor bir durumdur. Daha sonra topluluk düzeyindeki mahkeme, Madrid Mahkemesi tarafından sorulan hukuki durumunun cevabını topluluk iş hukukunun hastalık üzerinde temelli ayrımcılığı açıkça sınırlandırması ile vermiştir³²³. Yine de hem İstihdamda Eşitlik Yönergesi ve ATA (ya da 2007 yılından sonra ABİA) engelliliğin kendi kavramını tanımlamamaktadır³²⁴.

ATAD, engelliliğin Yönergeler ve ATA ve Avrupa Topluluğu'nu Kuran Antlaşma dâhilindeki tanımının eksikliğini, kanun boşluğu (*non liquet*) tanımlamak için bir fırsat olarak görmüştür³²⁵. ATAD, Navas davasında engelliliğin kavramını tanımladığında bu durum hukuka bağlanabilmektedir³²⁶. ATAD engellilik durumunun *non-liquet* halini açıkça ifade etme eyleminin ATAD'nın zorunluluğu ve yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir³²⁷. ATAD daha sonra engelliliğin kavramını istihdam açısından şu şekilde açıklamıştır: “Fiziksel, mental ve psikolojik

³²¹ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, Navas Davası, para. 1-2.

³²² Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, Navas Davası, para. 16.

³²³ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, Navas Davası, para. 46-47 ve 54-55.

³²⁴ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, Navas Davası, para. 39.

³²⁵) Avrupa Birliği, Nice Antlaşması, Nice 26.02.2001, 13. madde, 137. madde. 136. madde.

³²⁶ Perju, “Impairment, Disability in the European Union and the United States, s. 308.

³²⁷ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, Navas Davası, para. 41, 42.

*yetersizlikler olarak açığa çıkan ve kişinin profesyonel dünyaya katılımını engelleyen sınırlandırmalardır.*³²⁸” Bu şaşırtıcı bir durumdur çünkü ATAD’nın kararı, topluluğun 1996 yılından önceki dönemlerinde engelliliğin tanımını formüle ederkenki perspektifi ile zıt durumdadır³²⁹. 1996 yılında, engellilik bir ayrımcılık türü olarak Amsterdam Antlaşması’na hazırlanırken, Avrupa Topluluğu engelliliğin medikal modelini belirgin bir şekilde reddetmiştir çünkü Topluluk engelliliğin sosyal modelini benimsemektedir³³⁰.

Engelliliği açıklayan sosyal modelin benimsenmesinin sebebi toplumda karşılaşılan engeller olan çevresel, sosyal ve yasal bariyerleri yıkmayı amaçlamaktır³³¹. Ancak, bu tanımlı benimseyerek Topluluk daha sonra kişinin medikal durumunu engelliliğin kavramının bir koşulu olarak kabul etmiştir. Navas davasında tarafların birçoğu mahkemenin kararının bu şekilde olacağını tahmin edememiştir³³². Üyeler ve bilim adamlarının birçoğu engelliliğin ciddiyetsiz ve dar tanımı hakkında hayal kırıklığı yaşamışlardır³³³. Birçok bilim insanı yargıçların tanımının medikal yetersizlikle alakalı duruma benzerlik göstermesinden dolayı üzüntü duymakta ve bu durum güçlü bir şekilde reddedilmektedir³³⁴. Bilim insanları, mahkemenin engellilik kavramının tanımını yapmakla çok ileri gittiğini iddia etmişlerdir çünkü bu tanım, özellikle Engelli Hakları Sözleşmesi’nin tasarlandığı andaki topluluğun vaatleriyle ters düşmektedir³³⁵.

Bundan öte, AEF gibi engelli hakları hareketinin aktivistleri de bu tanıma karşı aynı tepkiyi vermişlerdir³³⁶. Aktivistlerin perspektifi açısından, ATAD tarafından getirilen engellilik tanımı belirsizliğe sebebiyet vermiştir. AEF, daha sonra engelliliğin yeni tanımının yürürlüğe girmesi için rehberlik görevi üstlenecek

³²⁸ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, Navas Davası, para. 42.

³²⁹ Avrupa Komisyonu, (New European), s. 1. Bununla birlikte; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Navas Davası, para. 22.

³³⁰ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, Navas Davası, para. 22.

³³¹ Kirch, s. 719.

³³² Wells, s. 261.

³³³ Wells, s. 261.

³³⁴ Michael Oliver, **Understanding Disability: From Theory to Practice**, 2.baskı, Macmillan Education Yayınları, Londra, 2009, s. 34.

³³⁵ Lisa Waddington, “Case C-13/05, Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA”, **Common Market Law Review**, Cilt;44, Sayı;2, 2007, (Navas Case), ss. 487-499.

³³⁶ Perju, Disability in the European Union and the United States, s. 309.

kapsamlı bir engellilik yönergesini talep etmiştir³³⁷. Talep edilen bu engellilik tanımına göre kişiler engelli olarak sayıldığındaki sınırlandırmaları içermelidir³³⁸. Ayrıca, tanımın tepkilere neden olmasının arkasında yatan durum ATAD'ın kararının uzun zamandır üzerinde tartışılan konu olan medikal yetersizliklerin kavramını sınırlandırmıyor olmasıdır. Ancak, Navas davasında ATAD, çalışanlara yönelik hükmü herhangi bir hastalığa yakalandıkları zaman sınırlandırmaktadır³³⁹.

ATAD hastalık kavramını şu şekilde sınıflandırmıştır; i) geçici ya da ufak çaplı medikal şartlar³⁴⁰, ii) kanser, birden çok skleroz ve depresyon veya etkisi teşhisten hemen sonra gerçekleşebilecek herhangi bir koşul gibi kesin olan şartlar ve iii) bazı koşullardan meydana gelen uzun süreli hastalıklar³⁴¹. Navas davasında ATAD aynı zamanda kalp hastalıkları, diyabet gibi uzun süreli hastalıkları hiçbir sosyal dezavantaja sebep olmayan durumlar olarak tanımlamıştır³⁴². Kararda ATAD Bayan Navas'ın hastalığını ufak çaplı rahatsızlık sınıfına sokmamıştır fakat aynı zamanda uzun süreli bir rahatsızlık sınıfına da dâhil etmemiştir³⁴³. Bu nedenle, hastalığın kapsamını tam olarak tanımlasa bile ufak çaplı ve uzun süreli hastalıklar arasındaki fark hala tam anlamıyla belirgin değildir. Fakat, engelliliğin kapsamı uzun süreli bir hastalık ve sosyal dezavantaja sebep olan durumlar olarak tanımlamasına rağmen obezite ile ilgili konuları da engelliliğin kapsamına dâhil etme yönünde bir karar çıkmıştır. Bunlara göre engelliliğin tanımı kasıtlı olarak açık bırakılmıştır ve ABAD'ın hâkimlerin yorumlaması gerektiğinin sorumluluğu sebep olmuştur.³⁴⁴

Bunun ötesinde, birçok bilim insanı ATAD'nın verdiği karardan memnuniyet duymamıştır, çünkü dava hakkında verilen karar Birliğin özellikle EHS üzerindeki görüşmelere katılırken verdiği tarihi, politik ve normatif vaatleri ile aynı çizgide gitmemektedir. Bu tanım kesinlikle engelliliğin sosyal modelinden bahsetmemektedir. Sonuç olarak, ulusal seviyedeki birçok yargıcın da bu kararı

³³⁷ European Disability Forum, "EDF Absolute Demands on the Future Non-Discrimination Directive," **EDF Resmi Websitesi**, 17.06.2008, http://www.edf-feph.org/Page_Generale.asp?DocID=18330, (16.10.2015), s. 1.

³³⁸ European Disability Forum, s. 1.

³³⁹ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, Navas Davası, para. 46.

³⁴⁰ Amerika Birleşik Devletleri Kongresi, ADAAA, 12101.bölüm, (a) (2). fıkrası

³⁴¹ Perju, Disability in the European Union and the United States, s. 309.

³⁴² US Department of Health and Human Services, **Economic Aspects of Diabetes Services and Education: Selected Annotations**, Diane Yayınları, Atlanta, 1992, s. 34.

³⁴³ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, Navas Davası, para. 45.

³⁴⁴ Avrupa Birliği Adalet Divanı, *Karsten Kaltoft v Kommunernes Landsforening (KL)*, Case C-354/13, 18 Aralık 2014.

hukuki olarak kabul etmeyi reddetme ihtimali açığa çıkmıştır³⁴⁵, çünkü hala Topluluğun vaatlerine göre bir yargıya varabilmektedirler³⁴⁶. Ulusal seviyedeki yargıçların bu kararı hukuki bulmayı reddetme ihtimallerinin sebebi ise kararın, yargıçları çalışanların hastalık başladığı andan itibaren engelli olarak değerlendirilmesine zorlamasıdır³⁴⁷. Eğer ATAD bu hükmü kabul etse idi halk tarafından karşı çıkılacaktı. Bu ölçüde, ulusal seviyedeki mahkemeler ve birlik seviyesindeki ATAD'ın engelliliğe yönelik daha geniş bir tanımlama getirmesi gerekmektedir. İlginç bir şekilde birçok tarafın karardan memnuniyetsizlik duymasına rağmen, karara karşı hiçbir resmi karşıtlık oluşmamıştır.

3.1.2. Coleman v Attridge Davası

“Başka bir kişi, engelli olan bir kişi için engellilikle ilgili iddiada bulunabilir mi?” sorusu, engellilik hakları bağlamında kesinlikle önemi büyük bir sorudur. Bir kişinin ya da kurumun yasal durumuyla ilgili olarak, engelli olan bir kişinin mahkemeye gidememesi gibi bir ihtimal mevcuttur. Coleman davasında³⁴⁸ davacı, Yönerge tarafından korunmak üzere olan engelli bireyin kendisi değildir³⁴⁹. Ancak davacı mahkemenin, engelli olan kişiyle ilişkili kişiye karşı ayrımcılık yapılamayacağını da yönerge tarafından yasaklandığını dikkate almasını istemiştir³⁵⁰. Bayan Coleman yasal bir sekreter ve aynı zamanda engelli bir çocuğun da annesidir³⁵¹. Engelli olan çocuğunu doğurduktan sonra işyerindeki diğer çalışanlara oranla daha az hoşlanılan bir kişi haline geldiğini iddia etmiştir. Ayrıca hamilelik sebebiyle işi bıraktıktan sonra engelli olmayan çocukların annelerinin bu fırsata sahip olduğu gibi tekrar işe dönemediğini iddia etmiştir. Bu noktada, haklardan faydalanma konusunda diğer anneler ile eşit tutulmadığını iddia etmiştir³⁵².

³⁴⁵ Perju, Disability in the European Union and the United States, s. 310.

³⁴⁶ Vlad Perju, “Reason and Authority in the European Court of Justice,” *Virginia Journal of International Law*, Cilt: 49, Sayı: 2, 2009, (Reason), s. 307.

³⁴⁷ Perju, Reason, s. 307-308.

³⁴⁸ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, Coleman Davası, Para. 1.

³⁴⁹ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, Coleman Davası, Para. 7. (2).

³⁵⁰ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, Coleman Davası, Para. 7. (2).

³⁵¹ Lucy Jones, *Introduction to Business Law*, 2.baskı, Oxford University Yayını, Oxford, 2013, s. 466.

³⁵² Avrupa Komisyonu, Employment Field, s. 16.

Pratikte bu durum onun çocuğuna engelli olmasından dolayı farklı şekilde bakması durumuna sebep olmuştur. Buna ek olarak, işine zamanında varamamıştır ve tembel bir kişi şeklinde lanse edilmiştir³⁵³. Bu yüzden Bayan Coleman engelli bir çocuğun annesi olma durumundan dolayı ayrımcılık muamelesi ile karşılaştığını iddia etmiştir ve Birleşik Krallık'ta İş Mahkemesi'ne müracaat etmiştir. Dava boyunca 1995 yerel Engellilik Yasası'nın bu kişinin durumuna yönelik bir koruma içerip içermediği saptanmaya çalışılmıştır. Bayan Coleman'ın iddialarına göre, engelli bir çocuğa sahip olduğu andan itibaren ayrımcılığa maruz kalmıştır. Engelli çocuğuyla ilgilenmesi gereken birincil kişi olarak, çocuğuna bakması gerekmektedir ve sabahları hazırlanması için zamana ihtiyacı vardır, işe geç kalmasının arkasında yatan sebebin bu olduğu gerçeği göz ardı edilemez³⁵⁴.

Birleşik Krallık İstihdam Mahkemesi, onun bu konudaki ifadesini görmüş ve durumunun Birleşik Krallık 1995 Engellilik Yasası'nın sunduğu koşullara göre bir ayrımcılığa maruz kalıp kalmadığını saptamak için toplanmıştır³⁵⁵. Ayrıca 1995 Engellilik Yasası'nın sadece engelli kişilere uygulanacağı gerçeği büyük ölçüde kabul edilen durumdur. Ancak özellikle Birleşik Krallık'ta ve Avrupa'da toplumun engelliliğe karşı olan farkındalığı yükselirken Coleman Davası yorum açısından önem arzeder hale gelmiştir çünkü toplumdaki adaletin genel prensibinden gelen birçok bakış açısı engelliliğe karşı korumanın Bayan Coleman'ın vakasını da içerebileceğini görmüştür³⁵⁶.

Bir üye olarak Birleşik Krallık'ın durumuna göre, Birleşik Krallık'ın İş Mahkemesi İstihdamda Eşitlik Yönergesi'ndeki hükümleri de dikkate almıştır. Yönergenin birinci maddesine göre bu yönerge din, engellilik, yaş veya cinsel yönelim temelli direkt ayrımcılığı ya da tacizi yasaklamaktadır³⁵⁷. Yönerge'nin 1. maddesindeki bu "direkt" kelimesinin kavramı Coleman'ın maruz kaldığı durumun ayrımcılık olarak yorumlanmasına olumsuz etki yapmaktadır. Ancak Bayan Coleman, durumunun "dolaylı ayrımcılık" olarak değerlendirilmesi gerektiğini çünkü engelli bir kişi olan çocuğu ile ayıramaz bir ilişkisinin var olduğunun açık ve

³⁵³ Avrupa Komisyonu, Employment Field, s. 16.

³⁵⁴ Avrupa Komisyonu, Employment Field, s. 16.

³⁵⁵ Birleşik Krallık, **Disability Discrimination Act 1995 (1995 Engellilik Yasası)**, 08.11.1995 çıkarılmıştır ve 01.10.2010 Equality Act 2010 ile yürürlükten kaldırılmıştır.

³⁵⁶ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, Coleman Davası, Para. 5.

³⁵⁷ Konseyi, Çerçeve Yönergesi, 1. madde.

net olarak görülebileceğini bu şekilde dolaylı bir ayrımcılığa maruz kaldığında mevcut durumun bu kopmayacak ilişkiden dolayı engelli kişiye karşı yapılan direkt ayrımcılıkla aynı kefeye konulması gerektiğini ifade etmiştir. İş Mahkemesi daha sonra Bayan Coleman'ın iddialarını ilerletebilmek için ATAD'dan gelen yol gösterici bilgilere ihtiyacının olduğu sonucuna varmıştır³⁵⁸. Başka bir deyişle, İstihdam Mahkemesi, ATAD'a Bayan Coleman'da olduğu gibi ayrımcılığın dolaylı olarak uygulanıp uygulanamayacağını sormuştur.

Bu duruma tepki olarak ATAD, Yönerge'deki ayrımcılığın bağlamını Yönerge'nin kendi amacının perspektifi üzerinden analiz etmiştir³⁵⁹. Engellilik açısından Yönerge'nin amacı, mesleki alanda ve istihdamda engellilik zeminindeki bütün ayrımcılık şekillerine karşı mücadele etmektir³⁶⁰. Ayrıca eşit muamele prensibinin bağlamında engellilik hakları koruması istisnai bir insan grubu kategorisine uygulanmamakta, Yönerge'nin 1. maddesinde bahsi geçen kişilere uygulanmaktadır. Bu bakış açısıyla ilişkili olarak mahkeme Yönerge'nin birinci maddesindeki korumanın engelli kişiyle ilişkisi olan kişiler üzerinde de uygulanabileceği ihtimali olduğunu dikkate almıştır³⁶¹.

Ayrıca Mahkeme, Bayan Coleman'da olduğu gibi bazı özel durumlar için bir kişinin engelli bir kişinin birincil bakıcısı olmasından dolayı işten çıkarılması ve ayrımcılığa maruz kalmasının da Yönerge'nin sunduğu koşulların kapsamı içerisine dâhil edilebileceği sonucuna varmıştır. Bunun sebebi Bayan Coleman işini kaybettikten sonra bu durumun onun bakımına muhtaç olan engelli çocuğunu da kesinlikle etkileyeceği gerçeğidir. Diğer bir deyişle, Mahkeme, İstihdamda Eşitlik Yönergesi'nin sadece engelli kişilerle sınırlı olmadığını aynı zamanda engelli bir çocuğun birincil bakıcısı durumundaki kişileri de içerdiğini belirtmiştir. Bununla ardından, söz konusu karardan sonra bütün üye devletler sadece engelli kişilere karşı değil engelli kişilerin birincil bakıcılarına karşı da koruma sağlamakla yükümlü tutulmuşlardır³⁶². Yönergesi altında korunan engellilik haklarının koruduğu kişi açısından, Yönerge sadece haklarını ve özgürlüklerini her türlü ayrımcılığa karşı

³⁵⁸ Avrupa Komisyonu, Employment Field, s. 16.

³⁵⁹ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, Coleman Davası, Para. 34.

³⁶⁰ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, Coleman Davası, Para. 38.

³⁶¹ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, Coleman Davası, Para. 51.

³⁶² Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, Coleman Davası, Para. 64.

savunabilen engelli kişileri değil yine engelli kişilerle ilgilenmekle sorumlu birincil bakıcıları da korumaktadır.

3.1.3. Avrupa Birliği Üye Devletlerindeki Engellilik Tanımı

3.1.3.1. Avrupa Birliği Üye Devletlerin Ulusal Hukukunda Engelliliğin Tanımı

AB'nin kabul ettiği engellilik tanımının yürürlüğü ile ilişkili olarak, ulusal seviyede bütün üye devletler engelliliğin benzer hükümlerini kabul etmekle yükümlüdürler³⁶³. AB hükümlerinde engelliliğin tanımının olmadığı inkâr edilemez bir gerçektir. AB hükümlerinde kabul edilen engelliliğin tanımı sadece ABAD'ın verdiği bazı kararlarda gözlemlenebilir³⁶⁴. AB Kanunları'nın yasal yapısı bağlamında ABAD'ın verdiği kararlar bağlayıcıdır ve bu durum ulusal yasalarında kendi engellilik tanımlarına sahip olan üye devletler için bir sorun teşkil edebilir. Ancak 2004 yılındaki Navas davasını takip ederek üye devletler kendi ulusal yasalarında engelliliğin tanımını yapabilirler³⁶⁵. Bu yüzden, bazı üye devletler Avrupa Topluluğu tarafından kurulan geleneksel kurguyu takip etmiş ve kendi ulusal yasalarında engelliliğin tanımını yapmamışlardır.

Ulusal mevzuatlarında engelliliğin tanımı olan Belçika, Bulgaristan, Yunanistan, İtalya, Polonya, Romanya ve Slovakya gibi bazı diğer üye devletlerde, engelliliğin korunmasının uygulamalarında problemlerle karşılaşılabilir³⁶⁶. Bu ülkelerin ulusal mahkemeleri Navas davasındaki engellilik tanımının kavramını takip etme konusunda olumlu gözükmektedirler. Ancak yine aynı zamanda engellilik temelli ayrımcılığı incelerken kendi ulusal yasalarını takip etmeleri de mümkün gözükmektedir. Bu durumun meydana gelmesinin arkasında yatan sebep bazı

³⁶³ Princen, s. 94.

³⁶⁴ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, Navas Davası, para.1 ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Coleman Davası, Para. 7. (2).

³⁶⁵ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, Navas Davası, para. 40.

³⁶⁶ Avrupa Komisyonu, Employment Field, s. 19.

devletlerin emekli maaşı ve sosyal güvenlik politikaları gibi istihdamla ilgili farklı sistemlere sahip olmalarıdır³⁶⁷.

Ancak, ulusal mevzuatlarında engelliliğin tanımı olan bu üye devletlerde de ayrımcılık ihtimali hala devam etmektedir³⁶⁸. Yukarıda daha önce bahsi geçen bazı üye devletlerde kişiler ulusal seviyedeki engellilik standartlarının sunduğu gereksinimleri karşılayamıyorsa engelli olarak sayılmaz. Örneğin bazı üye devletlerin sosyal güvenlik politikalarına bağlı olarak, kişilerin engellilik durumunu değerlendiren bir mekanizması vardır, bu mekanizmaya göre engelli kişilerin durumu sosyal güvenlik dairesi tarafından onaylandığı zaman geçerli olmaktadır. Normal olarak sosyal güvenlik dairesi engelliliğin tanımını ulusal yasalardan devralarak kabul eder. Ancak bu aşamada bile AB'deki engellilik tanımı (Navas Davası'ndaki tanım) ile bazı üye devletlerin ulusal yasalarındaki engellilik tanımı arasında hala kayda değer bir kesişme gerçekleşmemiştir³⁶⁹.

3.1.3.2. Avrupa Birliği Üye Devletlerin Ayrımcılık Yasağı Mevzuatında Engellilik Tanımı

Daha önce bahsedildiği üzere, kendi ulusal mevzuatları içerisinde engelliğin tanımını bulunduran bazı üye devletler vardır. Buna rağmen bazı üye devletler engelliliğin tanımını bazı ulusal mevzuatlarına ayrımcılık karşıtlığıyla direkt bağlantılı olmayacak şekilde dâhil etmişlerdir. Örneğin, engelliliğin medikal durumla ilgili mevzuatlarda bir tanımı mevcuttur. Ayrımcılık karşıtlığı ile direk ilişkisi olmayan engellilik tanımlarının ulusal mevzuatlarında bulunduğu ülkeler Avusturya³⁷⁰, Malta³⁷¹, Portekiz³⁷² ve İsveç'tir³⁷³.

³⁶⁷ Alan Neal, **European Labour Law and Social Policy: Cases and Materials**, Kluwer International Yayınları, The Hague, 1999, s. 171.

³⁶⁸ Johanna Kantola and Kevät Nousiainen, "The European union: Initiator of New European Anti-Discrimination Regime?", **Institutionalizing Intersectionality: The Changing Nature of European Equality Regimes**, (Ed. Andrea Krizsan ve diğerleri), Palgrave Macmillan Yayınları, Basingstoke, 2012, s. 39.

³⁶⁹ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, Navas Davası, para. 5.

³⁷⁰ Gladnet Collection, "Austria: The Austrian Federal Government's Disability Concept," **Cornell University Industrial and Labour Relation Journal**, Cilt: -, Sayı: -, 1993, s. 7.

³⁷¹ Malta Parlamentosu, *Maltese Equal Opportunity Act 2000*, 10.02.2010 hazırlanmıştır 01.10.2000'den beri yürürlüğe girmiştir.

³⁷² Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), "Initial Report of Portugal on the implementation of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities",

Kendi engellilik tanımlarına sahip bazı devletler için engellilik haklarının uygulanmasında problemlerle karşılaşılabilir³⁷⁴. Bu durumun gerçekleşme sebebi tanımların genellikle kişinin sağlık durumu ile alakalı olmasıdır³⁷⁵. Bu tanımlar aynı zamanda Navas Davası'na benzerlik göstererek, engelliliğin medikal modelindeki en önemli unsurun davacının kendi durumu olduğunu öne sürmektedir. Bunun ardından, engellilik temelli ayrımcılıktan korunması gereken kişilerin durumlarının yetersizlik şeklinde baş gösterdiğini kanıtlamaları gerekmektedir³⁷⁶. Medikal olarak engellilikleri kabul edildikten sonra ayrımcılığın bağlamını ilerletebilirler. Birleşik Krallık'ta pratikte bu durum gerçekleşmiştir, medikal yetersizliklerini kanıtlayamamalarından dolayı birçok ayrımcılık kurbanının durumu geçersiz sayılmıştır³⁷⁷.

Daha önce bahsedildiği gibi, bir kişi ayrımcılık iddiasını ileri taşımadan önce ilk olarak engelli olma durumunu kanıtlamak zorundadır. Engellilik durumunu sorgulama bağlamında bu durum, engelliliği kanıtlama gereksiniminden ibaret olan kendine ait sorunlara da sahiptir. İlk olarak gereksinimleri kanıtlamak kolay değildir ve çok zaman tüketmektedir³⁷⁸. Birçok taraf, eğer çok para ve zaman harcarsa mağdur olacaktır³⁷⁹. Örneğin işinden çıkarılan bir kadının ilk olarak engelli sayılabilmesi için ihtiyaç duyulan gereksinimleri karşılayarak engellilik durumunu kanıtlaması gerekmektedir. Bu husus uzun zaman alacaktır ve aynı zamanda kadının çalıştığı yer davayı beklemek durumunda olacaktır. Eğer mahkeme kadının ifadesini kabul ederse sadece tazminat ve koruma hakkı elde etmeyecek aynı zamanda şirket de onu işten çıkarmayla ilgili sorumlulukları üstlenecektir. Bu davada birçok uzman inanmaktadır ki, ayrımcılığa maruz kalan kişilerin bütün gereksinimleri kanıtlaması gerekmez, sadece yeterli derecede engelli sayılmaları kâfi olacaktır³⁸⁰. Bu koşulda, bir kişi yeterli derecede engelli olarak yorumlanmayabilir fakat mahkeme engellilik

OCHCR Online Report, 01.07.2012.
www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/Future/CRPD.C.PRT.1.doc, (11.11.2015), Art. 2.

³⁷³ İsveç Parlamentosu (Riksdag), **Swedish Discrimination Act 2009 (Swedish Code Statutes 2008/567)**, 01.01.2009'dan beri yürürlüğe girmiştir.

³⁷⁴ Avrupa Konseyi, **Definition of Disability in Europe: Comparative Analysis**, Directorate-General for Employment and Social Affairs Yayını, Lüksemburg, 2000, (Comparative), s. 17.

³⁷⁵ Avrupa Konseyi, Comparative, s. 27.

³⁷⁶ Avrupa Komisyonu, Employment Field, s. 21.

³⁷⁷ Avrupa Konseyi, Comparative, s. 70.

³⁷⁸ Avrupa Komisyonu, Employment Field, s. 21.

³⁷⁹ Avrupa Komisyonu, Employment Field, s. 22.

³⁸⁰ Avrupa Komisyonu, Employment Field, s. 23.

durumunu kabul edebilir; çünkü bazı mahkemelerin kendi engellilik perspektifi vardır. Bu durumun gerçek bir örneği İrlanda’da mahkemenin bir davacıyı pratikte herhangi bir sorunu olmamasına rağmen engelli olarak kabul ettiği bir davada gözlemlenmiştir³⁸¹. AB hukukunda üye devletler Birlik hükümlerini takip etmekle yükümlüdürler fakat engelli insanları korumakla ilgili kendi düzenlemelerine sahip olabilirler. Ancak eğer dava ulusal seviyede çözüme ulaşamazsa, ABAD’ın altına girmelidir.

3.2. İSTİHDAMDA EŞİTLİK YÖNERGESİ’NDEKİ ENGELLİLİK KAVRAMI

Engelliliğin tanımından hareketle kişiler, otoriteler tarafından engelli olarak kabul edildikten sonra İstihdamda Eşitlik Yönergesi’nin 5. maddesinde belirtilen makul uyumlaştırma haklarından faydalanabilirler³⁸². Bazı üye devletler bu hükmü, “makul” bağlamını değerlendirerek ulusal ilgilerine dâhil etmişlerdir³⁸³. Bahsi geçen bu bazı üye devletlerde makul uyumlaştırma yürürlükleri değişik biçimlerde olabilir ve birbirine göre farklılık gösterebilir³⁸⁴. Bunun gerçekleşme sebebi, hem Navas davasının hem de yönergenin, engelli kişilere yöneltilmesi gereken makul uyumlaştırma ile ilgili kategorileri sağlamamasıdır. Ancak üye devletler tarafından sağlanan makul uyumlaştırmanın kapsamını incelemek, temel bir gereklilik haline gelmiştir³⁸⁵.

Yönerge’de, makul uyumlaştırmanın yasal kaynakları 5. maddede açıkça bulunabilir fakat önsözün 20. ve 21. açıklamaları da yönergede bahsi geçen makul uyumlaştırmanın kapsamını anlamak üzere kullanılacak bir değerlendirme olabilir.

5. madde³⁸⁶: *Engelli Kişiler İçin Makul Uyumlaştırma*

“Engelli insanlarla ilgili eşit muamele prensibine riayet etmeyi garanti altına almak için makul uyumlaştırma sağlanmalıdır. Bu şu anlama

³⁸¹ Avrupa Komisyonu, Employment Field, s. 22.

³⁸² Konseyi, Çerçeve Yönergesi, 5. madde.

³⁸³ Avrupa Komisyonu, Reasonable, s. 36.

³⁸⁴ Avrupa Komisyonu, Employment Field, s. 66.

³⁸⁵ Konseyi, Çerçeve Yönergesi, 20, 21. resital.

³⁸⁶ Konseyi, Çerçeve Yönergesi, 5. madde.

gelmektedir; işverenler uygun tedbirleri özel bir vakada ihtiyaç duyulduğunda engelli bir kişinin istihdama erişimine veya istihdamda ilerleme kaydetmesine veya mesleki eğitime alınmasına olanak sağlamak için ele almak durumundadırlar, fakat ancak böylesine tedbirler alınırken bu durum işveren üzerine oransız bir yük bindirmemelidir. Bu yük, üye devletlerin ilgilendiği engellilik politikalarının çerçevesinde var olan tedbirler tarafından yeterli şekilde desteklendiğinde oransız olmayacaktır.

Başlangıç 20³⁸⁷:

“Uygun tedbirler alınmalıdır, örneğin; işyerini engellik koşullarına adapte edebilmek için alınan etkili ve pratik tedbirler, binayı ve donanımları engellilik koşullarına adapte etmek, çalışma zamanlarını engellilik koşullarına adapte etmek, görev dağılımını veya eğitim koşullarını veya bütünleşme kaynaklarını engellilik hükümlerine adapte etmek.

Başlangıç 21³⁸⁸:

“Sorudaki tedbirlerin oransız bir yükün meydana gelmesine sebep verip vermediğini saptamak için açıklama, kurumun ölçekleri ve finansal kaynakları, kamu fonu elde etme imkânları veya diğer yardımları üstlenme eylemi ve özel finansal ve diğer gerekli maliyetleri göz önünde bulundurarak gerçekleştirilmelidir.”

Yönergenin 5. maddesine göre her kişi için eşitlik sağlamak üzere AB üye devletleri engelli olarak değerlendirilen kişiler için makul uyumlaştırma eylemi sağlamalıdır. Ancak makul uyumlaştırmayı sağlarken, bu sadece üye devletlerin otorite olarak sorumluluk üstlenmesiyle kalmayacaktır, aynı zamanda işverenlerin de engelli kişileri şirketleri bünyesine dâhil ederken uygun tedbirleri almaları gerekecektir³⁸⁹. İşverenler, engelli kişileri istihdama ve eğitime katılmaları bakımından ayrımcılığa maruz bırakmamalıdır. Devlet yükümlülüğü bağlamında, üye devletler (otorite) işverenler tarafından sağlanması gereken makul uyumlaştırma

³⁸⁷ Konseyi, Çerçeve Yönergesi, 20. resital.

³⁸⁸ Konseyi, Çerçeve Yönergesi, 21. resital.

³⁸⁹ Avrupa Komisyonu, Reasonable, s. 6.

eyleminin çerçevesini ve standardını temin etmelidirler³⁹⁰. Ancak, bazı durumlarda ve koşullarda otoritenin kendisi makul uyumlaştırma eylemini gerçekleştirmesi gereken taraf olmak durumundadır.

20. açıklamanın değerlendirilmesi, aynı zamanda işe uyumlaştırmaların yasal olarak bağlayıcılığının bile olmadığına dair şifreler verir³⁹¹. 20. açıklamaya göre çalışanlar için makul uyumlaştırma sağlamak üzere işverenler çalışma mekânını engelli kişiler için çevresel açıdan kullanışlı bir biçimde değerlendirmelidirler ve aynı zamanda işverenler donanımları, çalışma zamanlarını ve görevleri engelli kişiler için makul olacak şekilde ayarlamalıdır. Devamında 21. açıklamada bahsedildiği üzere, işverenler yine makul finansal desteği değerlendirmeli ve aynı zamanda otorite de fon sağlayıcı ve destekçi olarak yer almalıdır. ABD’de makul uyumlaştırmaların yürürlüğü de bir kıyasa gitme şeklinde daha uygun bir yürürlük elde edebilmek amacıyla değerlendirilebilir. ABD’de aynı zamanda işverenlerin engelliler için makul uyumlaştırmayı sağlamaları hakkındaki yükümlülüklerden de oluşan 1990 EAY ile engelli hakları korunmaktadır³⁹². Engelli Amerikalılar Yasası’nın, İstihdamda Eşitlik Yönergesi’nin 5. maddesinin oluşumuna ilham verdiği inkâr edilemez bir gerçektir³⁹³. EAY’da ABD, 1973 Rehabilitasyon Yasası’ndan gelen makul uyumlaştırmayı kabul etmiştir ve EAY’daki terminoloji engelli kişilerin ayrımcılığa maruz kalmaması için uygun bir hüküm olarak kabul görmüştür. Ancak, AB’deki makul uyumlaştırmaların EAY’daki makul uyumlaştırmaya göre farklılıklar gösteren kendi kavramı vardır. AB makul uyumlaştırmayı yönergenin 5. maddesine ve her üye devletin politik ilgisine göre tanımlamaktadır.

³⁹⁰ Aart Hendriks, “Promoting Disability Equality after the Treaty of Amsterdam: New Legal Directions and Practical Expansions Strategies,” **Disability Rights in Europe: From Theory to Practice**, (Ed. Ana Lawson ve Caroline Gooding), Hart Yayınları, Oxford, 2005, s. 191.

³⁹¹ Avrupa Komisyonu, Employment Field, s. 25.

³⁹² United States Congress (Amerika Birleşik Devletleri Kongresi), ADA, 12102. bölümün (b) 5(a). fıkrası. ve 12101.bölümün, 9. fıkrası.

³⁹³ Theresia Degener, “Disability Discrimination Law: A Global Comparative Approach”, **Disability Rights in Europe: From Theory to Practice**, (Ed. Ana Lawson and Caroline Gooding), Hart Yayınları, 2005, s. 89.

3.2.1. İstihdamda Eşitlik Yönergesi'nin 5. Maddesi'ndeki “Uyumlaştırmanın” Kavramı ve Yorumlanması

İstihdamda Eşitlik Yönergesi'nin 5. maddesi ve bazı üye devletlerin yasaları makul uyumlaştırma konusunu içerir. Engelli hakları bağlamında, engelli olarak değerlendirilen kişilerin tazminat hakkından faydalanabilmesi durumu bu engelli kişilerin engelli olmayanlara karşı eşit sayılabilmesine ivme kazandırmıştır³⁹⁴. Hükümetler ve işverenler, engelli kişilerin uyumlaştırması konusunun gerçekleştirilmesinde ana aktörler olarak yer almaktadırlar. Ancak yönergenin 5. maddesi, makul uyumlaştırmanın teriminden bahsetmektedir, tanımın ve buna bağlı hükümlerin eksikliği bazı üye devletler için problemlerin kaynağı haline gelmiştir³⁹⁵. Bu nedenle, yönergenin 5. maddesindeki “uyumlaştırma” bağlamını sınırlandırmak ve anlamak inkâr edilemez bir şekilde gereklidir.

İşe yerleştirmenin bağlamı, basitçe sosyal prosedürlerdeki, günlük işlemlerdeki ve altyapılardaki adaptasyon ve hızlanma olarak yorumlanabilir. Uyumlaştırma bağlamı, toplumun ve çevrenin engelli kişilerin normal insanlarda olduğu gibi toplumun bir parçası olmalarına izin vermesi ve bu durumu kabul etmesi için basit bir adaptasyon getirmektedir. Yönergenin 5. maddesine bağlı olarak, uyumlaştırmanın bağlamı basitçe *engelli kişilerin, istihdama erişimine, katılımına ve ilerlemesine* izin verecek şekilde anlaşılabilmektedir³⁹⁶. Bilindiği üzere, güncel AB hukukunda engellilik haklarının korunması ve engelli kişilerin uyumlaştırma haklarının korunması yasal olarak istihdamın kapsamında bulunmaktadır. Bunun sebebi Yönergenin bir istihdam yönergesi olmasıdır, fakat engelli hakları bağlamında, engelli kişilerin uyumlaştırılması diğer haklarda bir adaptasyonun varlığının gerçekleştirilmesi konusunu içerecektir. Bu haklar eğitim, sosyal güvenlik, aile hakları ve diğerleridir³⁹⁷.

³⁹⁴ Oliver De Schutter, “Reasonable Accommodations and Positive Obligations in the European Convention on Human Rights”, *Disability Rights in Europe: From Theory to Practice*, (Ed. Ana Lawson and Caroline Gooding), Hart Yayınları, 2005, s. 35.

³⁹⁵ Lisa Waddington, “Implementing the Disability Provisions of the Framework Employment Directive: Room for Exercising National Discretion”, *Disability Rights in Europe: From Theory to Practice*, (Ed. Ana Lawson and Caroline Gooding), Hart Yayınları, 2005, s. 124-125.

³⁹⁶ Andrew Power ve diğerleri, *Active Citizenship and Disability: Implementing the Personalisation of Support*, Cambridge University Yayınları, Cambridge, 2013, ss. 48-49.

³⁹⁷ Avrupa Komisyonu, *Employment Field*, s. 5.

Yönergenin 5. maddesi, istihdamın alanı ile sınırlıdır, fakat istihdamdaki yerleştirmenin bağlamı engelli kişilerin diğer alanlarda da hak sahibi olabilmelerini sağlayan yasal temel olmaktadır. Yönergenin 5. maddesi AB'nin amaçlarına ulaşması için tasarlanmış ve kabul edilmiştir³⁹⁸. 5. maddenin hedefi istihdam, eğitim, idare gibi birçok alanda ayrımcılığa uğrayarak dışlanmış bireylerin topluma tekrar geri kazandırılmasıdır. Ancak daha önceden bahsedildiği üzere, uyumlaştırma kapsamı hiçbir zaman net bir şekilde yorumlanmamıştır. Aslında AB sağlanması gereken uyumlaştırmanın kapsamını açıklayan herhangi bir yasal hükme sahip olmasa bile, AB'nin kendi içerisinde, uyumlaştırmanın kapsamını yorumlamakta kullanılabilecek bazı yaklaşımların izine rastlanılabilir. Ayrıca, ileri durumlarda, bazı üye devletler “uyumlaştırmayı” ulusal yasalarında çoktan bir formüle dökmüşlerdir³⁹⁹.

Pratikte uyumlaştırmayı ulusal yasalarında bir formüle döken üye devletler, Yönerge için terminolojiyi kullanmaktadırlar. Bazı üye devletler, yönergenin 5. maddesindeki uyumlaştırma terminolojisini, uyumlaştırma bağlamı Birlik seviyesinde hiçbir zaman yorumlanmadığı için kullanmamaktadırlar. Örneğin, Birleşik Krallık'taki 1995 Engellilik Ayrımcılığı Kanun “ayarlar⁴⁰⁰”, Finlandiya'daki “adımları⁴⁰¹” kullanmaktadır ve bunun gibi diğer örnekler verilebilir. Ancak şu durum evrensel olarak anlaşılmaktadır ki; uyumlaştırmanın farklı terimleri kullanılıyor olsa bile üye devletler tarafından kabul edilen uyumlaştırmanın anlamını değiştirmez. Üye devletlerde uyumlaştırma kavramının eşit ve benzer olması garanti altına alınmıştır⁴⁰².

AB uyumlaştırmanın bağlamını hiçbir zaman yorumlamadığı için bu konu her üye devletin kendi ulusal yasalarında uyumlaştırmanın kapsamını yorumlamaları için açık kalmıştır. Bu devletlerin birçoğu engelli kişilerin topluma tekrar kazandırılması konusunu detaylarıyla işlemeyi hedefleyen uyumlaştırma terminolojisinden gelen yorumu kullanmaktadır. Uyumlaştırmayla ilgili herhangi bir yorum olmasa bile birçok üye devlet uyumlaştırma teriminin engelli bireylerin, engelli olmayan

³⁹⁸ Communication from the Commission to the European Union, Renewed Commitment, s. 1.

³⁹⁹ Valentina Della Fina ve Rachele Cera, **Protecting the Rights of People with Autism in the Context of Education and Employment: International, European and National Perspective**, Springer Açık Yayınları, Londra, 2015, s. 161.

⁴⁰⁰ Birleşik Krallık, 1995 Engellilik Yasası, bölüm 34A.

⁴⁰¹ Finlandiya Parlamentosu (*Eduskunta*), **Non-Discrimination Act 21/2004**, 01.02.2004, 5. bölüm.

⁴⁰² Avrupa Komisyonu, Employment Field, s. 26.

bireylerin haklardan faydalanabildiği tüm alanlara erişim, katılım ve ilerleme yoluyla topluma kazandırılmasındaki ivme olarak kabul etmektedir.

3.2.2. Yönerge'deki Makul Kelimesinin Kavramı ve Yorumlanması

Yönerge'nin 5. maddesinin yürürlüğü uyumlaştırmanın makul olması gerektiği zaman daha karmaşık bir hal almaktadır. AB bile uyumlaştırmanın bağlamını yorumlamamıştır, yine de üye devletlerin tümü uyumlaştırmanın eksik yorumundan dolayı bir problem yaşamıyor gibi gözükmektedirler⁴⁰³. Ancak, "makul" teriminde bazı üye devletler bu terimin bağlamını sınırlandırmakta ve formüle dökmekte sıkıntı yaşamaktadırlar. Daha önce bahsedildiği üzere, üye devletlerin çoğunun engelli kişiler konusundan elde edilecek uyumlaştırma hükümleri vardır, fakat bu uyumlaştırma eğer makul olmayacak şekilde değerlendirilirse üzerinde tartışılacak bir mesele haline gelir⁴⁰⁴. Aslında sağlanılacak olan uyumlaştırmanın basit olmaması gerektirdiği zor olacağı ve beraberinde sorunlar getireceği tartışma götürmez bir konudur. Ancak, üye devletlerin çoğu topluluğa uyarak makullüğün çağdaş perspektifini kullanmaktadır.

Yönerge'nin 5. maddesinin kabul edilmesinden önce, bazı bilim insanları 5. maddedeki "makul" kelimesinin kullanımını eleştirmişlerdir. Bilim insanları "makul" kelimesi yerine etkili uyumlaştırma eylemini kullanmayı daha uygun görmüşlerdir. ABD'deki engelli haklarının yürürlüğünde olduğu gibi, yargısal bir tartışmada ABD makul uyumlaştırma terimi yerine etkili uyumlaştırma yorumunu kullanmayı tercih etmiştir. Engelli Amerikalılar Yasası "makul" terminolojisini kullansa bile uyumlaştırmanın kapsamı etkili şeklinde yorumlandığında daha iyi bir şekilde uygulanabilecektir⁴⁰⁵. Bu nedenle, etkili uyumlaştırma bakış açısından yükümlü taraflar, her iki kapsamdaki uyumlaştırma eylemini de sağlamalıdır. Bunlar işverenlerin yükümlü olduğu yerleştirmeler ve doğru yerleştirmedir. AB bu her iki kapsamı da ödünç almıştır fakat her nasılsa, bu durum etkili yerleştirmeyi ince ayrıntılarıyla çalışma üzerinde çok kafa karıştırıcı ve karmaşık bir hal almıştır. Bu bağlamda, AB, çalışanlarla ilgili alanlardaki taraflar ve hem ulusal hem de birlik

⁴⁰³ Avrupa Komisyonu, Employment Field, s. 26.

⁴⁰⁴ Avrupa Komisyonu, Employment Field, s. 26.

⁴⁰⁵ Avrupa Komisyonu, Employment Field, s. 24.

seviyesindeki otoriteler için ortak adalet sağlamak üzere ortak bir platformu yönetmek zorundadır.

Engelli kişiler için makul uyumlaştırmanın hükmünü kabul etmede birçok üye devlet işverenleri makul uyumlaştırma eylemini korumaları konusunda zorlamamaktadır. Üye devletlerin birçoğu, işverenlere pahalıya mal olmayacak ve onlara zorluk çıkarmayacak ortak uyumlaştırma eylemini kabul etmektedir⁴⁰⁶. Yasal olarak, sağlanan uyumlaştırmanın ulusal yasalar altında makul olmadığına dair herhangi bir tanım ya da bağlam yoktur⁴⁰⁷.

Bu yine diğer üye devletler için sağlanması gereken uyumlaştırmanın hesaba katılması gerektiğini gösteren ortak bir platformdur. Yönerge'nin 5. maddesi işverenleri uyumlaştırma eylemlerini sürdürmeleri konusunda yükümlü kılar. Bu noktada, hem ulusal hem de birlik seviyesinde otoriteler uyumlaştırmanın makul olması konusunu ayrıntılarıyla çalışmalıdır, bu makullük hem engelli kişiler hem de işverenler için geçerli olmalıdır. Otorite uyumlaştırmanın başarısızlığının kapsamının düşük standartlar veya işverenler üzerindeki yükten kaynaklandığını haklı çıkarmalıdır. Bir çalışmada, Finlandiya'daki⁴⁰⁸ bir uygulamada tanımlı bir oransız yük standardı yoktur, fakat uyumlaştırmanın makullüğü ile alakalı standartlar vardır. Bu nedenle, Finlandiya'daki işverenler Finlandiya'da kabul edilen makullük standartlarını takip etmelidirler⁴⁰⁹. Pratik olarak, kabul edilen makullük standardı hiçbir zaman makullüğün kendi kavramını haklı çıkarmayı ifade etmez, fakat uyumlaştırmadaki oransızlıkların önüne geçmeyi hedefler. Bu nedenle, otorite aynı zamanda uyumlaştırmanın işverenlerin imkânlarını aşmadan onlara yük bindirmemeyi dikkate alır. Mevzuatlar, sağlanması gereken uyumlaştırmaların, işverenleri makul bir uyumlaştırma tanımı vererek yük altına sokmamayı garanti etmektedir.

Bu perspektiften işverenler böylesine bir uyumlaştırmayı sağlamama konusunda haklarını savunabilmektedirler ve firmaya yük olan orantısız durumu kanıtlamak zorundadırlar⁴¹⁰. Savunmalarında, ulusal yasalar tarafından kabul edilen sağlık ve güvenlik kurallarını da dikkate alabilirler. Bunun ardından, bir işveren

⁴⁰⁶ Avrupa Komisyonu, Employment Field, s. 24.

⁴⁰⁷ Avrupa Komisyonu, Employment Field, s. 24.

⁴⁰⁸ Avrupa Komisyonu, Employment Field, s. 24.

⁴⁰⁹ Avrupa Komisyonu, Employment Field, s. 24.

⁴¹⁰ Avrupa Komisyonu, Employment Field, s. 28.

böylesine bir uyumlaştırma eylemini sağlamayı oransız yük sebebiyle değil sağlık ve güvenlik standartlarının gereksinimlerini karşılamamasından dolayı reddedebilir. Ancak kanun, uyumlaştırmanın makul olup olmadığı, oransız yük teşkil edeceği konusunda açık bir gereksinim ifade etmez⁴¹¹.

Pratikte, kanun bilinçli bir şekilde gereksinimleri mahkemeye bırakır fakat şu ana kadar bu gereksinimlerin analiz edildiği herhangi bir vaka ile karşılaşılmamıştır. Bir karşılaştırma olarak, engellilik haklarıyla ilgilenme konusunda daha fazla bilgiye sahip olan, ABD’de gerçekleşmiştir. ABD makul uyumlaştırma kavramının gereksinimini sürdürmektedir fakat AB için bu durum geçerli değildir.

3.2.3. İstihdamda Eşitlik Yönergesinin 7. Maddesindeki Pozitif Eylemler

Her AB üye devletleri aynı zamanda engellilik temelli ayrımcılığa karşı korumayı gerçekleştirebilmek için pozitif eylemleri sürdürebilmektedir⁴¹². Bu tüm üye devletlerin (ve işverenlerin) yükümlülükleri yerine getirmekle sorumlu tutulduğu 5. maddenin tersinedir. 7. madde tüm üye devletlere engelli kişileri hukuken korumaya yönelik pozitif eylemler gerçekleştirme fırsatı verir.

2. bölüm 7. maddeye göre⁴¹³, yönerge her üye devlet için eğer gerekirse yönergenin sorumlu tuttuğu yükümlülüklerin ötesinde eylemler gerçekleştirebilmeleri için fırsat sunar ve yönergenin 2. bölümüne göre bu eylemler engelli insanların haklarına saygı için ek hareketler olarak alınabilir. Bu nedenle, her üye devlet için hukuken engelli insanlar için ekstra uyumlaştırma ve tazminat haklarını sağlamak mümkündür⁴¹⁴. Ancak bir üye devletteki yürürlük diğer devletlerden birisiyle karşılaştırılmamalıdır çünkü 7. madde ekstra eylemleri yasallaştıran bir hükümdür.

Yönergenin 7. maddesindeki hükümler gerçekte Hollanda’da uygulanmıştır. Bu kesinlikle 7. maddedeki hükümlerin Hollandalı delegelerin sunduğu teklifler

⁴¹¹ Avrupa Komisyonu, Employment Field, s. 29.

⁴¹² Avrupa Komisyonu, Employment Field, s. 28.

⁴¹³ Konseyi, Çerçeve Yönergesi, 1. madde.

⁴¹⁴ Watson, s. 505.

üzerine düzenlenmiş olmasından kaynaklanmaktadır⁴¹⁵. Tekliflerin amacı engelli insanlara yapılan muamelelerin farklı standartlarını yerleştirmektir. Hollanda delegesi muhtemelen yönergenin engelli insanlara yapılan muamelenin minimum standardını düzenleyeceğini beklemektedir. Bu nedenle, tüm taraflar tarafından gerçekleştirilecek ekstra eylemlerin bir sınırlandırmaya tabi tutulmasını öngören bir hüküm olmalıdır (üye devletler ve işverenler).

Yapısal olarak tüm üye devletler zorunlu eylemlerle yükümlü kılınmıştır ve bundan sonra üye devletler bu zorunlu eylemleri azaltmadan daha fazla eylemi ekleyebilirler. Normal olarak, Hollanda örneğinde olduğu gibi üye devletler Birliğin sağlık ve güvenlik yönergelerinde kökleri yatan sağlık ve güvenlik yasaları altında pozitif eylemlerini düzenleyeceklerdir⁴¹⁶. Ancak üye devletlerin bu fırsatı engelli insanlara yönelik eşit olmayan muameleler için bir özür niteliğinde kullanma ihtimali vardır. Diğer bir deyişle, bazı üye devletlerin yasalarındaki pozitif bir eylemi zorunlu hareketi engellemek için düzenleyebilme ihtimalleri vardır, çünkü pozitif eylemin böyle bir sınıflandırması yoktur. Genel olarak, yönergenin engelli insanları korumaya yönelik yaptırımları vardır, fakat tüm üye devletler için böylesine ek/ekstra eylemleri koruma sistemlerini güçlendirmek için gerçekleştirme ihtimalleri vardır.

3.3. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ENGELLİLER HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN İÇİNDEKİ MADDELER

EHS, 50 maddeden oluşan bir başlangıç kısmı içermektedir⁴¹⁷. Bu maddelerden 1 ilâ 9. maddesi Sözleşme'de teminat altına alınan hak ve özgürlüklerin tümü açısından uygulanması gereken tanım ve ilkeleri öne sürmektedir. 10 ilâ 30. maddeler teminat altına alınan hak ve özgürlükleri detaylı olarak düzenlemektedir ve 31 ilâ 50. maddelerde ise Sözleşme'nin yerine getirilmesine ilişkin "istatistik ve veri toplama" gibi teknik durumlar ile Sözleşme'nin yerine getirilmesinin izlenmesine

⁴¹⁵ Avrupa Komisyonu, *Disability and Non-Discrimination Law in the European Union: An Analysis of Disability Discrimination Law within and Beyond the Employment Field*, Luxembourg: Avrupa Birliği Resmi Yayın Ofisi, Lüksembur, 2009, s. 27.

⁴¹⁶ Konseyi, *İş Güvenliği Yönergesi*, (89/391/EC) 12.06.1989.

⁴¹⁷ Birleşmiş Milletler, *Engelli Hakları Sözleşmesi*, 2008. Erişim: <http://www.engelsizerisim.com/detay/bm-engelli-haklari-sozlesmesinin-turkce-tam-metni/>

ilişkin mekanizma ve yürürlükle ilgili hususlar düzenlenmektedir⁴¹⁸. Sözleşme'ye ilaveten, bir de Ek Seçmeli Protokol yer almaktadır. İşbu Protokol, Sözleşme'nin taraf devletlerce yerine getirilip getirilmediğini belirlemek üzere çeşitli usuller öngörmektedir⁴¹⁹.

EHS'nin "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinde⁴²⁰, engelliliğe bağlı ayrımcılık tanımlanmakta ve 5. maddesinde⁴²¹ ayrımcılık yasağına ilişkin Taraf Devlet mükellefiyetin kapsamı düzenlenmektedir. 2. maddede bulunan tanımda "her türlü" ayrımdan kastın ne olduğu belirtilmemiş olmasına rağmen, uluslararası insan hakları hukukunun genel uygulaması incelendiğinde bu tanımla doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın kastedilmiş olduğu anlaşılmaktadır⁴²². Doğrudan ayrımcılık, kişinin engellilikle ilişkin olumsuz yönde farklı yaklaşıma tabi tutulması ve bunun yasal bir başka sebeple de gerekçe gösterilememesindendir. Dolaylı ayrımcılık ise, doğrudan engelli bireyleri hedeflememenin yanında, hususi olarak onların bakımından olumsuz sonuçlar yaratan ve yine yasal bir amaçla gerekçelendirilemeyen genel nitelikten oluşan tedbirlerdir⁴²³. Örneğin, bir çocuğun engelli olmasından kaynaklanarak okula kaydedilmemesi doğrudan ayrımcılık niteliğinde sayılabilecekken, çocukların ebeveynlerinin bir okul gezisine katılamayacaklarına ilişkin bir yaptırım dolaylı ayrımcılık sayılabilecektir⁴²⁴. Buna benzer bir hususta, uygulamanın herkese yönelik

⁴¹⁸ İdil Işıl Gül, "Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi", **Engellilik ve Ayrımcılık; Eğitimşiler İçin Temel Metinler ve Örnek Dersler**, (Ed. Kenan Çayır, Melisa Soran, ve Melike Ergün), Seçbir Yayını, İstanbul, 2015, (BM Sözleşmesi), s. 33.

⁴¹⁹ Gül, (BM Sözleşmesi), s. 33.

⁴²⁰ "Bu Sözleşme'nin amaçları açısından; İletişim, erişilebilir bilgi ve iletişim teknolojisi dahil dilleri, metin gösterimini, Braille alfabesi kullanarak ve dokunarak iletişimi, büyük harflerle baskıyı, yazılı, işitsel ve erişilebilir çoklu medyayı, sade dili, insan okuyucusunu, beden dilini, diğer tür ve biçimdeki ve farklı araçlarla gerçekleşen iletişimi içermektedir. " Birleşmiş Milletler, **Engelli Hakları Sözleşmesi**, 2008. 2. madde.

⁴²¹ Madde 5- Ayrımcılık Yapılmaması ve Eşitlik

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. Birleşmiş Milletler, **Engelli Hakları Sözleşmesi**, 2008. 5. madde.

⁴²² Gül, (BM Sözleşmesi), s. 35.

⁴²³ Gül, (BM Sözleşmesi), s. 35.

⁴²⁴ Gül, (BM Sözleşmesi), s. 35.

olmasıyla beraber, engelli çocuklar üzerindeki olumsuz etkisi daha fazla olacaktır. Zira engelli olmayan çocuklar ebeveynleri olmadan geziye katılabilecek, fakat genellikle özel bakım veya desteğe ihtiyaçları olan engelli çocuklar katılamayacaktır⁴²⁵.

Yukarıda da belirtildiği gibi tüm insan hakları sözleşmeleri, engelli bireyler bakımından da hakları teminat altına almaktadır. Ancak, birtakım sebeplerle engelli bireyler bu sözleşmelerden yararlanamamışlardır. Örneğin, kısa bir zaman öncesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde engelli bireylere dair oldukça sınırlı sayıda dava gerçekleşmiştir. Bu sınırlı sayıda dava da hayal kırıklığı yaratan kararlarla sonuçlanmıştır. Bir insan hakları mahkemesi olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin dahi engelli bireylerin haklardan yararlanamamasının ehemmiyetini kavrayamamış olduğu görülmektedir. Örneğin, iki kolu olmayan genç bir adam (Sentges) Hollanda'ya karşı açılmış olan bir davada (Hollanda'ya karşı Sentges davası), Hollanda devletinden kendisine robot protez kol takılmasını ve bunun masrafını da devletin üstlenmesini talep etmiştir⁴²⁶. Devletin bu isteği kabul etmemesi üzerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuş ve kolları olmamasından dolayı kişisel bakım gereksinimleriyle birlikte çeşitli hususlarda bir başkasına bağımlı olduğunu, bunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde teminat altına alınan "özel hayat hakkı"nı ihlal ettiğini iddia etmiştir. Sentges'in talebi mahkeme tarafından reddedilmiştir. Fakat Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde engelli bireylerin hatta "herkes"in mahremiyeti bir insan hakkı olarak güvence altına alınmaktadır⁴²⁷.

Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi, diğer insan hakları sözleşmelerinin engelliler bakımından etkili olamaması gerçeğinden yola çıkılarak düzenlenmiştir. Sözleşme, diğer insan hakları sözleşmelerinde yer almayan yeni haklar benimsemenin yerine engelli bireylerin tüm hak ve özgürlüklerden diğer bireylerle beraber, tam ve eşit şekilde faydalanmasını sağlamayı hedeflemektedir. Fakat, özellikle engelli bireylerin bakımıyla ilgili öne çıkan bazı haklar da

⁴²⁵ Gül, (BM Sözleşmesi), s. 35.

⁴²⁶ Luke Clements ve Alan Simons, "European Court on Human Rights", **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**, (Ed. Malcolm Langford), Cambridge University Press, Cambridge, 2008, s. 426.

⁴²⁷ Gül, (BM Sözleşmesi), s. 36.

(rehabilitasyon gibi) ayrıca düzenlenmeye gidilmiştir⁴²⁸. Sözleşme'nin güvence altına aldığı haklar şunlardır: Yaşama hakkı, kişi özgürlüğü ve güvenliği (md. 10 ve 14), Risk durumları ve insani bakımdan acil durumlar (md. 11), Yasa önünde eşit tanınma (md. 12), Adalete erişim (md. 13), İşkence yasağı (md. 15), Sömürü, şiddet veya istismara maruz kalmama (md. 16), Bedensel ve ruhsal bütünlüğe saygı (md. 17), Seyahat özgürlüğü ve uyrukluk (md. 18), Toplum içinde yaşama (md. 19), Kişisel hareketlilik (md. 20), Düşünce ve ifade özgürlüğü (md. 21), Özel hayata saygı (md. 22), Konut ve aile hayatına saygı (md. 23), Eğitim hakkı (md. 24), Sağlık hakkı (md. 25), Çalışma hakkı (md. 27), Yeterli yaşam standardı (md. 28), Siyasal ve toplumsal yaşama katılım (md. 29), Kültürel yaşama katılım (md. 30).

Sözleşme'nin diğer insan hakları sözleşmelerinden farkını öne sürmede tek bir hak üzerinden karşılaştırma yapmak yeterlidir. Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ile Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin ve Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi'nin "eğitim hakkı"na ilişkin düzenlemesi aşağıda 13. madde ve 24. maddede bulunmaktadır⁴²⁹.

⁴²⁸ Gül, (BM Sözleşmesi), s. 36.

⁴²⁹ Gül, (BM Sözleşmesi), s. 36.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ ÜYE DEVLETLERİNİ TEMSİLEN İSVEÇ'TE VE DANİMARKA'DA ENGELLİ HAKLARI UYGULAMALARI VE KARŞILAŞTIRMALI BİR ÇALIŞMA OLARAK TÜRKİYEDEKİ DURUM

4.1. İSVEÇ'TE ENGELLİLİK TEMELLİ AYRIMCILIK YASAĞI UYGULAMALARI

4.1.1. İsveç Engellilik Politikasının Tarihsel Gelişimi

Her AB üyesi devlet için engelli haklarına yönelik toplumsal farkındalığın gelişimi kendi özgün geçmişine ve karakteristiğine sahiptir⁴³⁰. AB'nin ilk kurulduğu zamanlarda, bazı üye devletler çoktan eşitlik ve insan hakları kavramlarına sahipti. Diğer İskandinav ülkelerinin yanı sıra İsveç engellilik haklarının korunmasını mevzuatlarında ve politikaları üzerinde kabul etmekte en ileri düzeye gelmiştir⁴³¹. Bu esas prensip tüm alanlara uygulanır, engelli tüm insanların iyileştirilmiş sağlık hizmetlerinden, sosyal güvenlik ve ulusal ve/veya bölgesel hükümetler tarafından desteklenen finansal güvenlikten eşit şekilde yararlanabilmelerini sağlamak için temel sorumluluk haline gelir⁴³². İsveç engellilik politikasının ana amacı haklardan faydalanma açısından engelli kişiler ve engelli olmayan kişiler arasındaki boşluğu daraltarak tarafları birbiriyle eşit tutmaktır⁴³³.

Tarihsel olarak, İsveç engelli kişilerin korunmasını 1850'den beri evde bakım olarak da bilinen kurumsal korumayı geliştirerek kabul etmiştir⁴³⁴. Gelişiminin önceki dönemlerinde, engelli kişilere yardım özel kurumların bir sorumluluğuydu⁴³⁵. İşlem aşamasında, hükümeteysel kurumlar, aynı zamanda devlet tarafından desteklenen

⁴³⁰ Gianni Arrigo and Giuseppe Casale, *Glossary on Labour Law, Industrial Relations and European Union Institutions*, Ediesse SRL Yayınları, Roma, 2003, s. 59.

⁴³¹ Stanley S. Herr, "Self-Determination, Autonomy and Alternatives for Guardianship," *The Human Rights of Persons with Intellectual Disabilities: Different but Equal*, (Ed. Stanley S. Herr, ve diğerleri), Oxford University Yayını, Oxford, 2003, s. 432.

⁴³² Socialstyrelsen, "Swedish Disability Policy: Service and Care for People with Functional Impairment," *The National Board of Health and Welfare Online Journal 2009*, Cilt: 126, Sayı: 188, s. 1.

⁴³³ Socialstyrelsen, s. 1

⁴³⁴ Geurts, s. 14.

⁴³⁵ Geurts, s. 14.

engellilik hizmetlerini organize etmeye de başlamıştır⁴³⁶. Engellilik hizmetlerinin İsveç'teki en eski sistemi, engelli kişileri ülkenin kırsal kesimlerinde olan yerleşkelerde topluyor ve bir araya getiriyordu⁴³⁷. Bunun ötesinde, okul kurumları, zihinsel engelliler sığınma evleri, hastaneler ve hasta bakım merkezleri bakım evlerinin kurulmasını takip ederek inşa edilmiştir ve devlet tarafından fonla desteklenmektedir. Bu sistem, engelli kişiler için popüler çözüm haline gelirken birçok engelli insan bakım evlerinde toplanmaktadır⁴³⁸. Ancak, bakım evleri kapasitesinin üstünde insanı ağırladığında bu durum teknik olarak problematik bir hal almıştır. Bunun ardından, engelli kişiler çok zayıf şartlar altında tutulmaya başlanmıştır ve uygun yaşam standartlarının altında bir hayat geçirmişlerdir⁴³⁹.

1950'deki ilk kuruluşundan itibaren, İsveç hükümetinin bu bakım kurumlarının varlığını uygunluk düzeyindeki eksikliklere rağmen sürdürmekten başka çaresi yoktu⁴⁴⁰. Engelli kişiler çok zayıf koşullar altında yaşamalarına rağmen, toplumda daha da ötelenmişlerdir, çünkü engelli ve aynı zamanda fakirdiler⁴⁴¹. Ancak, bu bakım hizmeti engelli insanları toplumdan izole eden hem fiziksel hem metaforik duvarlar oluşturmuştur. Yalnız, 1950'lerin başında bu bakım politikası yavaşça terk edilmeye başlanmıştır ve İsveç hükümeti bilinçli bir şekilde daha iyi bir sistemi getirmeye çalışmaktadır. Yeni sistem iki geleneği kabul etmiştir, eski gelenek, bakım merkezi geleneği ve yeni kabul edilen gelenek ise engelli kişilerin topluma geri kazandırılmasıdır⁴⁴². Süreçte, yeni kabul edilen sistem, engelli insanları, gerçek evlerinde toplumla bütünleştirmek üzere desteklemektedir. Bu engelliliğe yönelik ikili koruma İsveç hükümeti bakım evlerini kapatmak üzere bir yasa

⁴³⁶ Geurts, s. 14.

⁴³⁷ Anders Gustavsson, "Experience-Near Perspectives on Disabled People Right's in Sweden", *Disability Human Rights and Education: Cross-Cultural*, (Ed. Felicity Armstrong ve Len Barton) Open University Yayını, Philadelphia, 1999, s. 152.

⁴³⁸ Gabrielle Meagher and Marta Szebehely, "Long-Term Care in Sweden: Trends, Actors and Consequences," *Reform in Long-Term Care Policies in Europe: Investigating Institutional Change and Social Impacts*, (Ed. Costanzo Ranci ve Emmanuele Pavolini), Springer Yayınları, New York, 2013, s. 56.

⁴³⁹ Lars Tragardh ve Lars Svedberg, "The Iron Law of Rights: Citizenship and Individual Empowerment in Modern Sweden", *Social Policy and Citizenship: The Changing Landscape*, (Ed. Adalbert Evers ve Anne-Marie Guillemard), Oxford University Yayın, Oxford, 2013, s. 224.

⁴⁴⁰ Costanzo Ranci and Emmanuele Pavolini, *Reform in Long-Term Care Policies in Europe: Investigating Institutional Change and Social Impacts*, Springer Yayınları, New York, 2013, s. 270.

⁴⁴¹ Ingo Bode, "A Fuzzy Picture: Citizenship in Postcorporatist Germany", *Social Policy and Citizenship: The Changing Landscape*, (Ed. Adalbert Evers ve Anne-Marie Guillemard), Oxford University Yayın, Oxford, 2013, s. 224.

⁴⁴² Geurts, s. 14.

çıkardığında 1994 yılının başına kadar yürürlükte kalmıştır⁴⁴³. Devlet bakımevi sistemini normalleştirme prensibi ile değiştirmiştir, böylece engelli kişiler topluma kazandırılabilir⁴⁴⁴. Ardından devlet bütünleşik evleri bakım evleriyle yer değiştirmek üzere yavaşça inşa etmiştir. Bununla birlikte, İsveç engellilik politikaları AB politikaları ile uyum içerisinde kabul etmiştir, çünkü İsveç AB'ye 1995 yılında katılmak üzeredir. Bu koşulda İsveç'teki engellilik politikası AB'nin engelliliğin sosyal modeli olarak adlandırdığı konudan faydalanmıştır. İsveç'in AB'ye katılmadan önce, İsveç yasama organları, belirli fonksiyonel yetersizliklere sahip kişiler için destek ve hizmetle ilgili kanunu onaylamıştır. Ayrıca, Avrupa Topluluğuna katılıştan sonra 1997 yılında, tüm bakım kurumlarının sonunu getiren Kurumların Feshi Yasası düzenlenmiştir ve kapanış süreci 31 Aralık 1999'a kadar devam etmiştir. 2000 yılından beri, İsveç AB engellilik koşulları ve politikalarını dikkate alarak engelliliğin sosyal modelini kabul etmektedir⁴⁴⁵.

4.1.2. İsveç Mevzuatındaki Engellilik Tanımı

İsveç engelliliğin tamamen net bir tanımına ve kavramına sahiptir, fakat İsveç mevzuatları engellilik terminolojisi yerine yetersizliği kullanmayı tercih etmektedir⁴⁴⁶. İsveç hükümeti engellilik kelimesi yerine yetersizlik kelimesini tercih etmektedir, bunun arkasında yatan sebep ise toplum içerisinde kişisel kapasiteyi sınırlandıran koşulların her zaman engel olarak değerlendirilmemesidir⁴⁴⁷. İsveç'te kabul edilen mevcut yetersizlik tanımı, "bir sakatlık veya hastalığın ardından hayata gelirken gerçekleşen veya hayatın ileri aşamalarında açığa çıkan veya açığa çıkması beklenen uzun süredir devam eden insanın fonksiyonel kapasitesini limitleyen fiziksel, psikolojik ve mental sınırlamalardır"⁴⁴⁸. Bunun ötesinde, İsveç AB'ye katıldıktan sonra da tanım ve kavram değişmemiştir. Navas kararından önce 1999 yılında İsveç hükümeti Yetersizlik Zeminleri Üzerinde Çalışma Hayatındaki

⁴⁴³ Geurts, s. 14.

⁴⁴⁴ Geurts, s. 14.

⁴⁴⁵ Geurts, s. 14.

⁴⁴⁶ Liisberg, s. 177.

⁴⁴⁷ Liisberg, s. 177.

⁴⁴⁸ Parliament of Sweden (Riksdag), 1. bölüm (5).

Ayrımcılık Yasağı Kanunu’nu yasalaştırılmıştır, bu yetersizliğin tanımını Ayrımcılık Yasağı Kanunu’ndan alarak kabul etmiştir.

Ayrımcılık Yasağı Kanunu’ndaki yetersizliğin kapsamı tanımlayan 1999 Hazırlık Çalışmaları, aynı zamanda Ayrımcılık Yasağı Kanunu’nun yürürlüğe sokulmasına da yardım etmek üzere de düzenlenmiştir⁴⁴⁹. Dahası, 2008 Hazırlık Çalışmalarında ve yeni kabul edilen 2008 Ayrımcılık Yasağı Kanunu’nda HIV, kanser, çoklu skleroz ve aynı zamanda kişinin yanlışlıkla engelli olarak değerlendirilmesi bunların kapsamına dâhil edilmiş ve düzenlenmiştir⁽⁵⁷⁴⁾. İsveç’teki ayrıntılı engellilik koşulları temel alındığında engellilik olarak dikkate alınacak en temel gereksinim, yetersizliğin aldığı süredir. Böylesine uzun süren ya da uzun sürmesi beklenen yetersizlik süresi ile mücadele veren kişiler korumadan faydalanabilir. Yalnız, bununla bağlantılı olarak kısa süreli yetersizliğe sahip olan kişiler korumadan hariç tutulacaklardır. 2008 yılında kabul edilen İsveç Hazırlık Çalışmaları’na göre bağıl olarak kısa süreli yetersizliğe sahip kişilerin rehabilitasyondan sonra düzelebilecekleri tahmin edilmektedir⁴⁵⁰. Navas davasındaki karardan sonra Ayrımcılık Yasağı Kanunu’na ve/veya Hazırlık Çalışmaları’na yönelik herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Pratik olarak Navas kararından önce İsveç hükümeti İstihdam Mahkemesi kararlarından açığa çıkan engellilik kavramını çoktan kabul etmiştir. Bu kavram İsveç’te oldukça geniştir çünkü İsveç yargıçları yetersizliği genellikle “kişinin işlevsel kapasitesini sınırlamayan fakat gelecekte etkileri olabilecek bir hastalığın taşıyıcısı olan insanlar” şeklinde yorumlamaktadırlar⁴⁵¹.

Navas kararındaki engelliliğin tanımıyla kıyaslandığında, İsveçlilerin tarzının Navas kararında olduğu gibi sınırlamalara sahip olmadığından dolayı İsveç’te tanımın daha geniş bir kavrama sahip olduğu söylenebilir⁴⁵². Navas kararına göre, bir kişinin engelli sayılabilmesi için önce yetersizliğin bu kişinin profesyonel hayata katılımında engel teşkil etmesi gerekmektedir⁴⁵³. Bunun ötesinde, Navas kararına

⁴⁴⁹ Alan C. Neal, “Disability Discrimination at Work: Comments on Andreas Inghammar’s Article,” **Legal Perspective on Equal Treatment and Non-Discrimination**, (Ed. Ann Numhauser-Henning), Kluwer Law International Yayınları, The Hague, 2011, s. 351.

⁽⁵⁷⁴⁾ Liisberg, s. 178.

⁴⁵⁰ Liisberg, s. 178.

⁴⁵¹ İsveç İş Mahkemesi Yargı, AD 2003 no. 47’den aktaran Liisberg, s. 178.

⁴⁵² Liisberg, s. 178.

⁴⁵³ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, Navas Davası, para. 1.

göre ATAD engelliliğin kavramının Topluluk boyunca *otonom ve tek biçimli bir şekilde* verilmesi gerektiğini belirtmiştir⁴⁵⁴. Ardından, Navas kararında ATAD'ın kavramı ve tanımı hakkındaki yorumunun gerçek anlamı engellilik haklarının minimum koruması olarak değerlendirilmelidir⁴⁵⁵. Devamında bu husus İstihdamda Eşitlik Yönergesinin 7. maddesinde pozitif olarak düzenlenirken, ABAD, üye devletleri engellilik temelli ayrımcılığa karşı olan korumanın yüksek seviyelerini düzenlemekten alıkoymaz⁴⁵⁶.

4.1.3. Güncel İsveç Engellilik Politikasının Avrupa Birliği Hukuku İle İlişkisi

İsveç'teki mevcut engellilik koruma sistemi genel yardım hizmetleri tarafından desteklenen bütünsel bakım evleridir. Bunun dışında, engelli olan bazı insanlar için kişisel yardım hizmeti olarak direk ödeme almaları iki yasa tarafından düzenlenir: Belirli İşlevsel Yetersizliğe Sahip Kişiler İçin Destek ve Hizmet ile İlgili Kanun ve Kişisel Yardım Kanunu⁴⁵⁷. Her iki yasa da kişileri yardım ihtiyaçlarına ve engellilik durumlarına göre sınıflandırır. Yardım ihtiyaçlarına göre, engelli kişiler ikiye ayrılmaktadır: Hafta başına 20 saatten az yardıma ihtiyacı olanlar ve hafta başına 20 saatten daha fazla yardıma ihtiyacı olanlar⁴⁵⁸. Ayrıca, engelli kişilerin sınıflandırılmaları bu iki yasada da bulunmaktadır. Engellilik durumları üzerinde temelli olan bu sınıflandırmalar makul uyumlaştırma haklarının kategorizasyonu için pratikte kullanılmaktadır. Belirli İşlevsel Yetersizliğe Sahip Kişiler İçin Destek ve Hizmet ile İlgili Kanun'a göre engelli kişiler üç gruba ayrılmaktadırlar;

- İlk olarak, otizm ve otizm benzeri koşullar gibi entelektüel engellere sahip olan kişiler⁴⁵⁹,
- İkinci olarak, erişkinlikte dışarıdan gelen bir darbeye veya fiziksel bir hastalığa bağlı olarak gerçekleşen beyin hasarından sonra ortaya çıkan önemli ve kalıcı entelektüel yetersizliğe sahip kişiler⁴⁶⁰,

⁴⁵⁴ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, Navas Davası, para. 40, 42.

⁴⁵⁵ Waddington, Navas Case. ss. 487-499.

⁴⁵⁶ Konseyi, Çerçeve Yönergesi, 28. resital.

⁴⁵⁷ Geurts, s. 19.

⁴⁵⁸ Geurts, s. 19.

⁴⁵⁹ Geurts, s. 20.

- Üçüncü olarak, açık bir şekilde normal yaşlanmaya bağlı olmayan günlük hayatta dikkate alınabilir ölçekte zorluklara sebep olan ve bunun ardından geniş kapsamlı yardım ihtiyacı açığa çıkaran, fiziksel veya mental büyük çapta kalıcı yetersizliğe sahip olan kişiler⁴⁶¹.

Değerlendirme bağlamında, İsveç Hükümeti, dereceli bir yeterliliği İsveç'in ulusal, ülke ve belediye gibi üç yetki alanına bölünmüş olmasından dolayı kabul etmiştir. Bir kişinin engellilik durumunu değerlendirmek belediyenin ve Sosyal Sigorta Acentesi'nin yeterliliğine bağlıdır (İsveç Sosyal Sigorta Acentesi (İsveç dilinde: Försäkringskassan) İsveç'teki sosyal sigorta işlemlerini yöneten bir hükümet acentesidir)⁴⁶². Bu değerlendirme bir kişinin yardıma ihtiyacı olup olmadığına karar verecektir. Daha önce bahsedildiği üzere, İsveç'teki belediyeler, ulusal hükümet ve ülkenin sadece düzenlemeler sağlamakla, sosyal güvenliği ve finansı desteklemekle yeterli olmalarından dolayı önemli rol üstlenmektedirler.

4.2. DANİMARKA'DA ENGELLİLİK TEMELLİ AYRIMCILIK YASAĞI UYGULAMALARI

4.2.1. Danimarka'daki Engellilik Politikasının Tarihsel Gelişimi

Danimarka'nın İsveç'e göre kökleri çok farklı olan bir engellilik koruma sistemi vardır. Önceden kabul edilmiş engellilik ayırımına yönelik koruma sisteminde Danimarka engelli insanları işsizliğin koruması altında çalışmayan insanlar olarak görmektedir⁴⁶³. 1993'ten önce Danimarka engelli insanları belirli bir işi olmayan insanları ele almakla aynı kefiye koymaktaydı. Ancak, işsiz insanların sayısının ekonomik koşullara bağlı olmasından dolayı bu durum problematik bir hal almaktadır, bu nedenle bazı koşullarda kapsam politikası genellikle işsizlerin üzerine odaklanmaktadır. Bunun ötesinde, engelli insanlara yönelik sosyal farkındalığın

⁴⁶⁰ Geurts, s. 20.

⁴⁶¹ Geurts, s. 20.

⁴⁶² İsveç Sosyal Sigortalar Kurumu (İsveççe: Försäkringskassan) İsveç'te sosyal sigorta yöneten bir devlet kurumu.

⁴⁶³ Organisation for Economic Co-Operation and Development, *Sickness, Disability and Work: Breaking the Barriers*, OECD Yayınları, Paris, 2010, s. 1.

artması ile Danimarka engelli kişilerin korunan vatandaşlar olarak değerlendirildiği bir sosyal politikayı tanıtmıştır.

Yasal olarak, Danimarka hükümeti Sosyal Aylık Yardımı Kanunu'nu 1921 yılında yasalaştırmıştır, fakat 1965 (bazı türlerin genişletilmesi), 1984 (yeniden şekillendirme) ve 1998'de sıkça düzenlemelere tabi tutmuştur⁴⁶⁴. Sosyal Aylık Yardımı Kanunu bir kişinin çalışmak için yetersizliğini ya da güçsüzlüğünü değerlendirme konularını içeren yasal bir tedbirdir⁴⁶⁵. Yasa bir kişinin çalışma kapasitesi/yeterliliği durumunun üç seviyesini sınıflandırır. Ayrıca, 1998 yılında Danimarka Hükümeti yine Aktif Sosyal Politika Kanunu'nu yasalaştırmıştır (1998); bu daha önce engelli insanları korumak için alınan tedbirleri güçlendirmiştir. Aktif Sosyal Politika Kanunu (1998), mesleğe ilişkin rehabilitasyon ve diğer insanlar gibi tam zamanlı çalışmayacak insanlar için esnek iş imkanları sağlamaktadır⁴⁶⁶. Engelli kişiler engelli olmayan kişiler gibi tam zamanlı çalışmayacağından ötürü, bu durum devlet tarafından yapılacak para yardımı kapsamına alınmıştır.

Ayrıca 2003 yılında Danimarka hükümeti, engelli insanları istihdam kapsamında koruyacak olan bazı şemaları sağlayan İstihdamdaki Engelli Kişilere Para Yardımı Kanunu'nu yasalaştırmıştır⁴⁶⁷. Yasa tarafından sağlanan stratejiler; engelli kişilerin kamu sektöründe çalışmasının tercihi, ödeme şeması ve kişisel destek şemasıdır⁴⁶⁸. Ancak engelli kişilerin kamu sektöründe yer alması tercihi bağlamında pratik olarak bu tercihi sağlasalar da sadece birkaç otorite yasal tercihi uygulamıştır. Yasa engelli kişilerle istihdama yeni giriş yapanlar için devlet bütçesinden para yardımını içeren buz kırıcı şemadan meydana gelmektedir. Ödeme bağlamında, iş yardımları, araçlar ve geliştirmeler sağlamaktadır, böylelikle engelli kişiler zorluklarla karşılaşmayacaklardır. Ayrıca, engelli kişiler aynı zamanda haftada 20 saate kadar destek alabilmektedirler⁴⁶⁹.

⁴⁶⁴ Avrupa Komisyonu, **Definition of Disability in Europe: Comparative Analysis**, Directorate-General for Employment and Social Affairs, Lüksemburg, 2000, (Comparative Analysis), s.109.

⁴⁶⁵ Avrupa Komisyonu, *Comparative Analysis*, s. 109.

⁴⁶⁶ Avrupa Komisyonu, *Comparative Analysis*, s. 112.

⁴⁶⁷ Danimarka Parlamentosu (Folketing), "Law on Compensation to Persons with Disabilities in Employment", Folketing, 04.06.2003. <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=96515>, (11.12.2016), s. 1.

⁴⁶⁸ Danimarka Parlamentosu, Folketing, s. 1.

⁴⁶⁹ European Commission, *Definition of Disability in Europe: Comparative Analysis*, (Luxembourg: Directorate-General for Employment and Social Affairs, 2000), (Definition), s. 167.

Değerlendirme bağlamında, bahsi geçen bu durum İstihdam Hizmeti yöneticilerinin ve belediye temsilcilerinin yetkisi altında olacaktır⁴⁷⁰. Belediyeler rehabilitasyonu ve para yardımını yönetmekte anahtar role sahiptirler. Engelli olarak sınıflandırılan kişiler rehabilitasyon izinlerini, sosyal desteği ve merkezi hükümet tarafından ödemesi yapılan para yardımını hak etmektedirler. Engelli insanları desteklemekle sorumlu masa bağlamında Danimarka'daki engellilerin korunması, İsveç'teki engellilerin korunmasına benzerlik gösterir. Merkezi hükümet finansal yardım kaynağı olarak önemli bir rol üstlenir ve aynı zamanda düzenleyici rolüne de sahiptir. Bunun haricinde, merkezi hükümet kullanışlı bir çevrenin tanımını yapmakla kontrolü elinde tutar böylece merkezi hükümet aynı zamanda engelli kişiler için seferberlik sağlamakla ve onların durumuna olumlu anlamda katkıda bulunmakla yükümlüdür. Ayrıca, hizmet açısından bölgesel hükümetler ve belediyeler hizmetleri ve destekleri yerleştirmede ön saflarda yer almaktadır⁴⁷¹.

Danimarka'daki sosyal ve kişisel yardım aynı zamanda sosyal para yardımı da sunmaktadır, bu durum İsveç'tekine benzemektedir. Bu koşulda, belediyeden gelen bir temsilci engelli kişinin sosyal rehabilitasyona benzer şekilde kişisel destek alması gerektiğini mi yoksa bu kişiye sosyal para yardımı mı yapılması gerektiğini incelemek zorunda kalacaktır. Karar verme aşamasında temsilci, izin verilecek maddi yardım miktarını düşük, orta ve yüksek şeklinde üç sınıflandırma yoluyla dikkate alacaktır. Düşük dereceli yardım için kişinin sağlığı esas alınmaz çünkü temsilci mevcut hastalık ve engellilik durumunu dikkate almaz. Hastalık/engel ya da bunun gibi diğer sebeplerden dolayı işsiz olan kişiler için işsizlik yardımında olduğu gibi bir maddi yardıma izin verilecektir. Ancak orta ve yüksek seviyeli maddi yardımlar için temsilciler engelli olduğunu iddia eden kişi üzerinde çok sıkı bir inceleme gerçekleştireceklerdir. Temsilci hastalığın/engelin kişinin profesyonel hayatı üzerindeki etkisini değerlendirecektir. Engelli bir kişi yüksek seviyeli para yardımından eğer sahip olduğu engellilik durumu onun çalışma konusundaki yeteneğini indirgediyse yararlanabilecektir. Danimarka raporunda⁴⁷², çalışma yeteneğinin kavramı şu şekilde tanımlanmıştır *“Tam ya da kısmi anlamda kendine bakabilmek için bir gelir elde etmek üzere farklı özel görevleri yapabilmek için iş*

⁴⁷⁰ European Commission, (Definition), s. 168.

⁴⁷¹ European Commission, (Definition), s. 168.

⁴⁷² European Commission, (Definition), s. 110.

*piyasasında sunulan talepleri yerine getirebilme yeteneği*⁴⁷³". Bu nedenle, Danimarka Raporu'nda olduğu gibi engelliliğin bir kişinin çalışma kapasitesini düşürdüğü kanıtlandıysa engelli kişinin yüksek seviyeli para yardımı almasına izin verilecektir.

İlk olarak, iki ya da üç hafta boyunca yardımları dağıtmak ve yönetmek işverenlerin görevi olacak ve bu durum belediyeler tarafından idare edilecektir. İkinci olarak, ücretli izin durumunda kişiye burada sadece 4 aylık bir izin verilecektir. Ancak, eğer 4 aydan sonra kişi hala daha çalışmaya elverişli değilse işverenler çalışanı 4 aylık hastalık devamsızlığından dolayı işten çıkarabilirler⁴⁷⁴. Ardından yüksek veya orta dereceli para yardımı alan bir kişi için rehabilitasyona girme izni verilebilir. Belediye kişinin rehabilitasyona girmesine izin verilip verilemeyeceği durumunu medikal vaziyetini dikkate almaksızın değerlendirebilir. Belediye vaziyeti sistemin durumuna, finansal duruma, korumanın kapasitesine vb. şartlara göre değerlendirecektir.

4.2.2. Danimarka'daki Engellilik Kapsamı

İsveç'teki engellilik koruma sistemine zıt olarak, Danimarka sistemi Danimarka İş Piyasası Üzerinde Farklı Muamele Yasası'nda engelliliğin bir tanımına sahip değildir. Bu yasa engelli kişileri korumakta sabit bir yasa halindedir. Bu yasaya benzer olarak, Hazırlık Çalışmaları aynı zamanda özellikle Danimarka'daki engellilik koruma sistemindeki engelliliğin kavramı ve sınırlamaları için engelliliğin hiçbir açık tanımını getirmemiştir. Ancak Hazırlık Çalışmaları engelliliğin kavramının şu şekilde anlaşılmasının altını çizmektedir: "*Kişinin diğer insanlarla eşit ayarda işlevsellik gösterebilmesi için sebep olduğu açığın kapatılması gereken fiziksel, psikolojik ve entelektüel yetersizlikler*"⁴⁷⁵". Ancak, engellik bağlamında yardım ihtiyacı duyan kişi aynı zamanda korumanın da bir konusudur.

⁴⁷³ European Commission, (Definition), s. 111.

⁴⁷⁴ Steen Bengtsson and Jan Høgelund, "Disability Benefit Reforms: Lessons from the Dutch and Swedish Experiences," The Danish National Institute of Social Research Report 99, s. 15.

⁴⁷⁵ Maria Ventegodt Liisber, *Disability and Employment: A Contemporary Disability Human Rights Approach Applied to Danish, Swedish and EU Law and Policy*, (Cambridge: Intersentia, 2011), s. 171.

Tanımın bu net olmayan açıklaması Hazırlık Çalışmaları'nda bahsi geçen engellik kavramının incelenmesiyle anlaşılabilir. Hazırlık çalışmalarının perspektifinden korunan insanlar şu şartlara uymak zorundadırlar: fiziksel, psikolojik veya entelektüel bir yetersizlik durumu söz konusu olmalıdır ve bu kişiler aynı zamanda yardıma muhtaç olarak sınıflandırılmalıdır⁴⁷⁶. Danimarka sistemi engelliliği sınıflandırırken yardım terminolojisini kullanmaktadır, çünkü Danimarka İnsan Hakları'nın II. bölümü, Danimarka engellilik politikasının altında yatan Ulusal Engellilik Hareketi'nin 2. ve 3. bölümünde bir referanstır⁴⁷⁷. Danimarka sistemindeki yardımın ana amacı engellilikten açığa çıkan sonuçları minimize etmektir⁴⁷⁸. Yardımın kavramı aynı zamanda engelli kişilerin yararlanmasına izin verilen kamu yararları ve destekleri olarak değerlendirilebilir, böylece engelli kişiler açık iş piyasasında çalışabileceklerdir⁴⁷⁹. Ancak yardıma duyulan ihtiyaç bir kişiyi engelli olarak sınıflandırmak için ihtiyaç duyulan bir gereksinim değildir. Bir kişi engelli olabilir fakat ekonomik veya sosyal olarak herhangi bir yardıma ihtiyaç duymayabilir ama bu durum engelli olarak değerlendirilmesinde bir değişiklik meydana getirmeyecektir.

Yasal olarak, Danimarka İş Piyasası Üzerinde Farklı Muamele Yasası'ndaki engellilik tedbirlerinin altında Danimarka sistemi engelliliğin bir tanımını içermemektedir. Ancak bu Danimarka sisteminin engelliğin tanımının boş bırakılmasını kastetmediği anlamına gelmez, engelliliğin kavramını sınıflandırmak mahkemedeki yargıçların görevi olacaktır. Aslında, Danimarka sistemindeki engelliliğin kavramı, Navas kararındaki engelliliğin kavramına bağlanmalıdır. Yasal olarak, Danimarka Batı Yüksek Mahkemesi engelliliğe bağlı iki önemli karara varmıştır; 2007'deki kararlara göre, yargıçlar engelliliğin kavramına Farklı Muamele Yasası'nda yorumlamıştır hem yetersizliği hem de indirgenmiş çalışma kapasitesini gerektirmiştir ve bazı koşullar için kişinin yardıma olan ihtiyacını kanıtlaması

⁴⁷⁶ Danish Preparatory Work, Proposal L92 of 11 November 2004, Chapter. 2.

⁴⁷⁷ Maria Ventegodt Liisber, *Disability and Employment: A Contemporary Disability Human Rights Approach Applied to Danish, Swedish and EU Law and Policy*, (Cambridge: Intersentia, 2011), s. 178.

⁴⁷⁸ The Danish National Action Plan (*handlingsplan for handicapområdet*), 2003.

⁴⁷⁹ Chapter VII on Social Benefits in conjunction with Chapter V on State Measure for person with disabilities. The Disability Action Plan, 2003.

gerekmektedir⁴⁸⁰. Ancak yardıma ihtiyaç duyma konusu açık değildir çünkü bazı engelli kişiler yardıma ihtiyaç duymasalar bile hala indirgenmiş çalışma saatlerine sahip olmaktadır.

Bu yorum 2010 yılına kadar değişmemiştir, ta ki Danimarka Yüksek Mahkemesi engelliliğin nasıl yorumlanacağı hakkında bir karara varana kadar. Ancak 2010 yılının sonlarında, hem doğu hem de batı yüksek mahkemeleri Danimarka kanunlarındaki engelliliğin kavramını yardım ihtiyacının şu şekilde yorumlanması bağlamında kabul etmiştir: Engelleri özel destek cihazlarına veya kişisel yardımcıya ihtiyaç duyulmasına sebep vermeyen kişiler, İstihdamda Eşitlik Yönergesi'ne bağlı olarak engelli olarak değerlendirilecektir⁴⁸¹. Bu nedenle, Danimarka kanunlarında engelliliğin açık tanımını içeren koşullar yoktur; Farklı Muamele Danimarka Yasasındaki engelliliğin kavramı bu yasanın kanuni koşullarında bulunabilir⁴⁸².

4.2.3. Danimarka Engellilik Koruma Sistemi ve Onun Avrupa Birliği Hukuku ile İlişkisi

Danimarka Yüksek Batı Mahkemesi ve Yüksek Doğu Mahkemesi arasındaki karşılıklı sözleşmeden önce Mayıs 2010'da Danimarka Üst Mahkemesi, ABAD'a engellilik durumunu incelemekte bir kriter olarak yardım hakkındaki soruyu yöneltmiştir. Danimarka Üst Mahkemesi, bir kişinin engellilik durumunu incelemekte yardımın bağlamını şu şekilde bulmuştur: *"Özel bir yardımcı cihaza ihtiyaç duyulmasına sebep vermeyen ve sadece bahsi geçen kişinin tam zamanlı çalışamaması anlamına gelen kalıcı yetersizlikler, İstihdamda Eşitlik Yönergesinde engellilik olarak bulunmaktadır"*⁴⁸³.

Bu bağlamda, ABAD engellilik kavramının kişisel desteğin özel yardımına ihtiyaç duyma konusunu değerlendirmeyi tercih etmiştir. Engelliliğin sosyal

⁴⁸⁰ Maria Ventegodt Liisber, *Disability and Employment: A Contemporary Disability Human Rights Approach Applied to Danish, Swedish and EU Law and Policy*, (Cambridge: Intersentia, 2011), s. 173.

⁴⁸¹ Danish Equal Treatment Board, Case no. 46/2010 of 20 June 2010 and Case 105/2010 of 1 December 2010.

⁴⁸² Maria Ventegodt Liisber, *Disability and Employment: A Contemporary Disability Human Rights Approach Applied to Danish, Swedish and EU Law and Policy*, (Cambridge: Intersentia, 2011), s. 174.

⁴⁸³ Liisber, s. 174.

modelinin perspektifinde, yardım, sosyal ve/veya çevresel bariyerlerinin bir sonucu olarak yorumlanmaktadır ve engelli kişiler topluma katılımlarını hızlandırmak için yardıma ihtiyaç duymaktadırlar.

Bununla beraber, yardım ihtiyacı ihmal edilebilir ve engelliliğin durumunu doğrulamak için ihtiyaç duyulacak gereksinimlere dâhil edilmeyebilir. Engelli bir insan profesyonel hayata katılmak için yardıma ihtiyaç duymayabilir fakat bu engellerinin profesyonel hayatlarında onlara hiçbir sorun çıkarmadığı anlamına gelmez. Ayrıca, engelliliğin medikal modelinin bağlamında yardım bir kişinin engellilik durumunu doğrulamakta esas kriterdir. Çünkü engelli insanları medikal modelde incelemenin tek amacı medikal yetersizler için yardım sağlamaktır⁴⁸⁴. Bunun ardından, Danimarka sistemi her zaman politikalarını hem yönergelerden hem de ABAD için dava hukuku yorumlarından gelen Birlik koşullarına bağlı tutacaktır.

Danimarka engellilik koruma sistemi, engelliliğe bir sınırlama getirebilir, bunu yaparken engellilik koruması iddiasında bulunan kişinin yardıma muhtaç olarak kategorize edilmesi gerekmektedir. Ancak, ABAD, engelli kişilerin korunmasında birliğin sadece minimum koruma standardı verebileceğini belirtmiştir ve bu standardın ölçüleri açıldığında her üye devletin sunduğu sınırlamaların Birlik'in kabul ettiği standartlardan daha düşük bir limit olmaması gerekmektedir. Bu nedenle tüm üye devletler, engelli kişinin durumunu incelemek için ekstra kriterler sunmamalıdır. Bu ekstra kriterler yardım ihtiyacı gibi sadece direkt gereksinimler değil aynı zamanda yetersizliğin süresi üzerindeki sınırlamalar da olabilir⁴⁸⁵.

Bu ortak perspektif aynı zamanda CRPD' nin 1. maddesiyle uyum içerisindedir ve buna göre engelli insanları korumadaki ana amaç; uzun zamanlı fiziksel, mental, entelektüel veya duyuşsal yetersizlikleri olan insanları korumaktır.

⁴⁸⁴ ECJ Judgement, Grand Chamber of 17 July 2008, C-303/06, S. Coleman v. Attridge Law and Steve. See Chapter III.

⁴⁸⁵ Maria Ventegodt Liisber, *Disability and Employment: A Contemporary Disability Human Rights Approach Applied to Danish, Swedish and EU Law and Policy*, (Cambridge: Intersentia, 2011), s. 174.

4.3. KARŞILAŞTIRMALI BİR ÇALIŞMA OLARAK TÜRKİYE'DEKİ DURUM

4.3.1. Engelliler Hakkında Kanun

Türkiye'nin AB'ye girmesi yolunda, Türk hükümeti neredeyse her sektörde AB standartlarını takip etmektedir. AB'ye girmekte politik pazarlığın çok önemli olduğu noktada, Türk hükümeti engelliliğin kavramında olduğu gibi bazı önemli yasalara düzenlemeleri 2005 tarihli Engelliler Hakkında Kanun'un kapsamında düzenlenmiştir⁴⁸⁶. Kanunun ana amacı; "Engellilerin temel hak ve özgürlüklerden faydalanmasını teşvik ve temin ederek ve doğuştan sahip oldukları onura saygıyı güçlendirerek toplumsal hayata diğer bireylerle eşit koşullarda tam ve etkin katılımlarının sağlanması ve engelliliği önleyici tedbirlerin alınması için gerekli düzenlemelerin yapılmasını sağlamaktır"⁴⁸⁷. Ayrıca, korunan öznenin kavramında yasa sadece engelliler için verilen teminatı vaat etmez, aynı zamanda engelli kişinin ailesi için de sağlanacak korumayı garanti eder. Bu kavram aynı zamanda engelli kişilerle ilişkisi olan kişilerin de korunmasını garanti eden *Coleman v Attridge Davasına* benzermektedir⁴⁸⁸.

Engellilik kavramı bağlamında, Kanun'un 3. maddesinin (c) bendinde engelliliğin tanımını yapılır. Türk kanunları tarafından kabul edilen engellilik tanımı şu şekildedir: "*Engellilik, farklı kayıp düzeyleri yüzünden bireylerin topluma tam ve etkin bir şekilde katılımlarını sınırlandıran fiziksel, mental, ruhsal ve duyuşsal yeteneklerin bir koşuludur ve bu durum aynı zamanda çevresel koşullar (bariyerler) sebebiyle de gerçekleşir*"⁴⁸⁹. Kanun'un 3. maddesinin (c) bendindeki engellilik kavramına göre, Türk hukukunda engelliliğin hem sosyal modeli hem de medikal modeli kabul edilmiştir. Bu maddede bireyin topluma katılmasındaki başarısızlık engelli insanlarla ilgili önemli bir sebeptir. 3. maddenin (c) bendini engelli olarak

⁴⁸⁶ 1.7.2005 tarih ve 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun, 1. madde.

⁴⁸⁷ Engelliler Hakkında Kanun, 1. madde.

⁴⁸⁸ European Court of Human Rights, *Coleman v Attridge Law*, (No. C-303/06), 17 July 2008. Paragraph 8. Original text: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?isOldUri=true&uri=CELEX:62006CJ0303>

⁴⁸⁹ Engelliler Hakkında Kanun, 2. maddenin 1. fıkrası.

değerlendirilmek istenen insanların kapasitelerindeki kaybı topluma dâhil olabilmeleri için kanıtlamaları gerektiği şeklinde yorumlanabilir. Bunlardan başka, diğer düzenlemelerde daha spesifik bir şekilde birçok hakkı ve korumayı kapsamaktadır.

4.3.2. Diğer Düzenlemeler

İstihdam bağlamında, Türkiye’de İş Kanunu⁴⁹⁰, 2003 tarihinde resmi olarak yayınlamıştır, 4857 sayılı engelli bireylere istihdam sağlama gereksiniminden oluşmaktadır. İş Kanunu’nun 30. maddesi özel sektörün en az %3’ünün 50 ya da daha fazla engelli çalışana istihdam sağlaması durumunu düzenlemiştir. Kamu sektörlerine özel olarak, Türkiye hükümeti istihdamın %4’ünü engelli kişilere ayırmayı koruma altına almıştır. Çalışanların perspektifinden, Türkiye hükümeti aynı zamanda işverenleri özellikle özel sektörde engelli kişileri işe almalarını sağlama konusunda yükümlü tutar. Ayrıca, İş Kanunu’nun 101. maddesi aynı zamanda kasıtlı şekilde bu koşula uymayan işverenlerin cezalandırılması konusunu düzenlemektedir.

Engelliler Hakkında Kanun ve 25.09.2009’da 27210 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik’e göre; işverenler, elli veya daha fazla işçi çalıştırılan özel sektör işyerlerinde işe aldıkları işçi sayısının yüzde üçü kadar engelli, kamu işyerlerinde ise yüzde dördü kadar engelli ve yüzde ikisi kadar da eski hükümlü işçiyi, tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde ise 51 veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç engelli, kamu işyerlerinde ise yüzde dört engelli ile yüzde iki eski hükümlü işçiyi meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla kanunen sorumludurlar (madde 10)⁴⁹¹. Zorunlu işe alınacak engelli ve eski hükümlü belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesine göre çalıştırılan işçilerin tümü temel alınır (madde 11). Çalışanlar sınırlı süreli iş sözleşmesine göre çalışma süreleri dikkate alınarak tam süreli çalışmaya aktarılır ve işyerindeki tam süreli çalışan işçi sayısına ilave edilir. İşyerinde kısmi süreli olarak çalıştırılan özürlü ve eski hükümlü işçi

⁴⁹⁰ 22.5.2003 tarih ve 4857 sayılı İş Kanunu.

⁴⁹¹ Daha ayrıntılı bilgi için buna bakın; Çetin Kaya, “Ayrımcılık Nedir Ne Değildir”, Çetin Kaya Hukuk Bürosu, Ajanda 01/2014, s. 7; Erişim: <http://www.cetinkaya.av.tr/1-Ajanda-ayr%C4%B1mc%C4%B1%C4%B1k-nedir-ne-degildir-7-83>

bulunması halinde bunlar da çalışma süreleri dikkate alınarak tam süreli çalışmaya dönüştürülür ve toplam işçi sayısından düşülür. Oranın hesaplanmasında yarıma kadar kesirler dikkate alınmaz. Yarım ve daha fazla olan kesirler tama dönüştürülür (madde 11'nin 1. fıkrası). İşçi sayısının belirlenmesinde yer altı ve su altı işlerinde çalışanlar hesaba katılmaz (madde 11'nin 2. fıkrası)⁴⁹².

5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'a göre kurulan özel güvenlik şirketleri ile kurumların kendi ihtiyacı için kurduğu güvenlik birimlerinde güvenlik elemanı olarak çalışan işçiler engelli ve eski hükümlü işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınmaz (madde 10f). Çalıştırılan özürlü ve eski hükümlü işçiler, toplam işçi sayısının hesabında dikkate alınmaz. Bu kapsamda aynı şehir sınırları içinde birden fazla işyeri bulunan işverenin çalıştırmakla yükümlü olduğu işçi sayısı, toplam işçi sayısına göre hesaplanır. Engelli ve eski hükümlünün isteği üzerine, işyerlerinde kısmi süreli çalışma yapan işveren tarafından engelli ve eski hükümlüler kısmi süreli iş sözleşmesiyle de istihdam edilebilir. Kısmi süreli işçi sayısı zorunlu çalıştırma yükümlülüğü kısmi süreli çalıştırma ile karşılanmak istendiğinde, birinci fıkarda belirtilen usul ile belirlenir⁴⁹³.

Çevresel mimari erişim hakkında; Belediyeler'in 572 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname bütün kamu binalarının kanunda sunulan koşullardaki standartları takip etmesi gerekmektedir⁴⁹⁴. Belediyeler 572 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye göre; tüm belediyeler, engelli kişilerin kamu hizmeti sağlayan kamu binalarında erişimlerini korumalıdır. Bu hükmün ana amacı, toplumdaki fiziksel bariyerleri ortadan kaldırmak ve böylece engelli tüm insanları toplumdaki sosyal aktivitelere katılma konusunda başarılı kılmaktır. Teknik olarak, yollar, kaldırımlar, kamu binaları gibi tüm yapılar engelli kişilerin topluma adapte olabilmesi için gerekli koşulları barındırmalıdır.

Ulaşım bağlamında Türkiye hükümeti, engelli kişilerin toplu taşımayı kullanırken indirimli fiyat üzerinden yolculuk yapabilmeleri için bir düzenleme getirmiştir⁴⁹⁵. Anayol ve ulaşım düzenlemesi aynı zamanda engelli kişiler için

⁴⁹² Çetin Kaya, s. 7.

⁴⁹³ Çetin Kaya, s. 7.

⁴⁹⁴ 572 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Madde 3-4.

⁴⁹⁵ Karayolu Taşıma Yönetmeliği, Resmi Gazete Tarihi: 11.06.2009 Resmi Gazete Sayısı: 27255 Madde 57 (11).

Ücretlerin düzenlenmesini sağlar ve bu indirim oranı yine Türkiye’de hizmet veren uçuş şirketleri içerisinde de engelli kişiler için barındırılmalıdır⁴⁹⁶. Ayrıca, Türkiye aynı zamanda engelli araçlarının (motabilite araçlarının) düzenlemelerini de korumaktadır⁴⁹⁷. Engelli araçlarına ihtiyaç duyan engelli kişilerin araçları vergiden muaftır ve devlet tarafından yasal olarak desteklenmektedir.

Eğitim bağlamında, Türkiye hükümeti yine bazı tedbirleri engelli kişileri korumak için düzenlemiştir. Türkiye’de engelli kişiler hükümet tarafından sağlanan birçok destekten faydalanmaktadır. Her okul engelli öğrenciler için uygun koltukları sağlamak zorundadır. Daha yüksek seviyeli bir eğitime zel Türkiye hükümeti 2013-2014 eğitim ve akademik yılına odaklanan engelli öğrenciler için okul ücretlerine yönelik düzenlemeden meydana gelen bir kanunu yasallaştırmıştır. Bu uygulamadan yararlanmak isteyen öğrenciler engellilik durumlarını belgeleyen medikal bir rapor sunmalıdırlar. Medikal raporu da içeren gerekli evrakları sundukları zaman ilgili yüksek eğitim kurumları durumu inceleyecek ve geri dönüş yapacaklardır⁴⁹⁸.

⁴⁹⁶ Karayolu Taşıma Yönetmeliği, Madde 57.

⁴⁹⁷ zel Tüketim Vergisi Kanunu Kanun No: 4760 Kabul Tarihi: 06/06/2002 Resmi Gazete No: 2478 Resmi Gazete Tarihi: 12/06/2002.

⁴⁹⁸ 31 Ağustos 2013 tarih ve 28751 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "2013-2014 Eğitim-ğretim Yılında Yükseköğretim Kurumlarında Cari Hizmet Maliyetlerine ğrenci Katkısı Olarak Alınacak Katkı Payları Ve ğrenim cretlerinin Tespitine Dair" Bakanlar Kurulu Kararında "Yükseköğretim programlarına kayıt veya kayıt yenileme sırasında 1/7/2005 tarihli ve 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun ve 14/1/2012 tarihli ve 28173 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Engellilik lt, Sınıflandırması ve Engellilere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik uyarınca engelli olduğuna dair raporu ilgili yükseköğretim kurumuna sunan öğrencilerin ödemesi gereken öğrenim creti tutarlarından, engellilik oranı kadar indirim yapılır." <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/08/20130831-23-1.pdf>.

SONUÇ

Çalışmamızda, AB politikasında ve bunun hukuksal çerçevesini oluşturan engelli hakları ile ilgili mevzuatta engellilik ve ayrımcılığa ilişkin düzenleme ve uygulamaların değerlendirilmesi yapılmış ve düşüncelerimize yer verilmiştir. Engellilik ayrımcılığı konusu, AB politikasında ve buna benzer olarak gelişim gösteren AB hukuku mevzuatında dört aşamada incelenmektedir. Bu çerçevede konuya ilişkin tespitler, öncelikle tarihsel gelişimi bakımından, daha sonra ise sırasıyla AB Birincil Hukuk ve İkincil Hukuk düzenlemelerinde yer alan ayrımcılık yasağı ve engellilik temelinde AB mevzuatı ve uygulamaları açısından yapılmaktadır.

AB'deki engellilik konusu, AB mevzuatına kıyasla diğer ayrımcılık kapsamındaki koruma türlerinden en geç ve en yavaş gelişme gösterenidir. Bunun ana sebebi engellilik kavramının, Birliğin kuruluş yıllarında Birlik politikasında istihdam kapsamına ayrımcılık yasağı dahil edilirken, ayrımcılık türlerine dahil edilmemesidir. Aslında, istihdam kapsamına ayrımcılık yasağının dahil edilmesi, Avrupa ekonomisini kurtarmak için tek bir pazar kurulması ve bu pazarın sağlıklı işleyebilmesi için üye devletler arasında adil bir rekabet ortamının sağlanması ihtiyacından doğmuştur. Bu bağlamda, Birlik'te ayrımcılık yasağını sağlamaya yönelik politika yapılması önem kazanmıştır. Fakat, ayrımcılık yasağının türlerine engellilik kavramı dahil edilmeden önceki dönemde engellilik politikası hakkında sadece örf-adet hukuku üzerinde projeler ve stratejiler düzenlenmiştir. Bu projeler ve stratejiler, sadece devletin ya da Birliğin sosyal sorumluluğu kapsamında kabul edilmiştir. 1990 yıllarda, Avrupa Engellilik Forumu (AEF) kurularak engellilik kavramı AB hukukundaki ayrımcılık yasağı nezdinde önem kazanmıştır. Bu dönemlerde, AEF ABD'nin engellilik koruması sistemini inceleyerek engellilik kavramının AB hukukuna ve politikasına nasıl uygulanması gerektiğini tahlil etmiştir. Bunun yanı sıra, AEF engelliliği açıklayan sosyal modeli tafsiye etmiş ve AB üye devletleri bu tafsiyeyi kabul etmiştir. Fakat, Amsterdam Antlaşması'nda engelliliği açıklayan model bulunmamasına rağmen o dönemlerde AB'deki engellilik kavramı, engelliliği açıklayan sosyal model kapsamında incelenmiştir. Bunun

ardından, 1996'dan sonra ve Amsterdam Antlaşması yürürlüğe girdikten sonra engellilik kavramı AB hukukunda yer almaya başlamıştır.

Ayrımcılık yasağının kapsamındaki engellilik, Amsterdam Antlaşması'nda 6a. maddede yer almıştır ve bu madde Avrupa Topluluğu Antlaşması'nda 13. madde olarak yer almıştır. Bu maddeye göre, engellilik kavramı ayrımcılık yasağının kapsamına dahil edilmiştir. Dolayısıyla, AT'deki engelli insanlar tüm ayrımcılık çeşitlerinden korunmaya başlamıştır. 2000 yılında, AB THŞ düzenlenmiştir ve "temel haklar" kapsamında engellilik kavramı THŞ'de bulunmaktadır. Engelliliğin ayrımcılık yasağının kapsamına dahil edilmesi THŞ'nin 21. maddesinin 1. fıkrasında yer almaktadır. Ek olarak, engellilik konusunda, THŞ'nin 26. maddesinde engelli kişilerin topluma kazandırılması düzenlenmiştir. Fakat, Lizbon Antlaşması yürürlüğe girmeden önce, THŞ'nin yasal statüsü sadece beyanname niteliğindeydi. Lizbon Antlaşması yürürlüğe girdikten sonra, ayrımcılık yasağı geniş bir şekilde ABA'da 2. maddede yer almış ve bununla birlikte Avrupa Topluluğu'nu Kuran Antlaşma'nın 13. maddesindeki bulunan hüküm ABİA'nın 10. maddesinde düzenlenmiştir. Aynı anda, Lizbon Antlaşması'nın 6. maddesiyle AB hukukunda THŞ yasal statü kazanmıştır. Sonuçta, güncel olarak AB hukukunda ayrımcılık kapsamındaki engellilik ABİA'nın 10. maddesinin üzerinde düzenlenmiştir. Lizbon Antlaşması yürürlüğe girmediği dönemde, 2000 yılında ayrımcılık konusunda iki tane yönerge düzenlenmiştir; İstihdamda Eşitlik Yönergesi (2000/78/EC) ve İrsal Eşitlik Yönergesi (2000/43/EC). Özellikle, engellilik politikası yapılması İstihdamda Eşitlik Yönergesi'nin kapsamında düzenlenmiştir. Bu yönergedeki ve Birincil Hukuk (ABA, ABİA ve THŞ)'teki düzenlenen hükümlere göre, engelli insanlar hakkında istihdam edilme (ABİA md.157 ve ödeme durumuna özel olarak ABİA md.63 ile birleşik md.10 ve md.145), refah ve sosyal güvenliğe erişim (ABİA md.165-166), mal ve hizmet alımlarına erişim (ABİA md. 51 ve özel hayat açısından THŞ md.7) ve adalete erişim (ABİA md. 67-76 ve THŞ md.47) kapsamınında ayrımcılık yapılamayacağı düzenlenmiştir. Bağlantı olarak engellilik kavramı, İstihdamda Eşitlik Yönergesi'nin 1. maddesi, 5. maddesi (makul uyumlaştırma) ve 7. maddesinde düzenlenmiştir. Uluslararası seviyede, AB'deki engellilerin korunması BM EHS'deki hükümlerin incelenmesi de gerekmektedir. Bu Sözleşme AB'nin taraf olduğu bir Sözleşmedir. BM EHS'nin güvence altına aldığı haklar şunlardır:

Yaşama hakkı, kişi özgürlüğü ve güvenliği (md. 10 ve 14), risk durumları ve insani bakımdan acil durumlar (md. 11), yasa önünde eşit tanınma (md. 12), adalete erişim (md. 13), işkence yasağı (md. 15), sömürü, şiddet veya istismara maruz kalmama (md. 16), bedensel ve ruhsal bütünlüğe saygı (md. 17), seyahat özgürlüğü ve uyruklu (md. 18), toplum içinde yaşama (md. 19), kişisel hareketlilik (md. 20), düşünce ve ifade özgürlüğü (md. 21), özel hayata saygı (md. 22), konut ve aile hayatına saygı (md. 23), eğitim hakkı (md. 24), sağlık hakkı (md. 25), çalışma hakkı (md. 27), yeterli yaşam standardı (md. 28), siyasal ve toplumsal yaşama katılım (md. 29), kültürel yaşama katılım (md. 30).

AB hukukundaki engellilik tanımı kasıtlı olarak yapılmamıştır. Fakat, engellilik tanımı olmamasına rağmen engelliliğin kapsamını incelemek için AB hukukunda kabul edilen engelliliği açıklayan modele göre tamamlanmıştır. Amsterdam Antlaşması yürürlüğe girdikten sonra, engelliliği açıklayan modelin AB mevzuatında tanımlanmamasına rağmen engelliliği açıklayan sosyal model tercih edilmiştir. Bu dönemde toplumla engelli kişilerin bütünleşmesi hedeflenmiştir. Dolayısıyla, AB engellilik politikasında sosyal bariyerlerin kaldırılmasına odaklanmıştır. Fakat, 2004 yılında, Navas Davasından sonra engelliliği açıklayan medikal model AB hukukunda yer almıştır. Dolayısıyla, AB hukukunda iki modeli kabul edilmiştir. İlginç bir şekilde, AB EHS'nin müzakeresinde katılırken, bu sözleşmenin sadece engelliliği açıklayan sosyal modeli içermesini desteklemiştir. Sonuçta, AB hukukunda hem engelliliği açıklayan sosyal model hem de engelliliği açıklayan medikal model kabul edilmiştir. Engelliliği açıklayan medikal model bakımından engel, birinin medikal yetersizliği (fiziksel yada psikolojik) anlamına gelmektedir. Fakat, hastalık birinin medikal yetersizliğine sebep olmasına rağmen her hastalık engellilik değildir, sadece uzun süreli ve sosyal dezavantaja sebep olan hastalık engellilik sayılabilir. Bu engeli kaldırmak için engelli bireylere destek vermek gerekmektedir. Bu destek, üye devletler tarafından İstihdamda Eşitlik Yönergesi'nin 5. maddesindeki makul uyumlaştırma kapsamında incelenecektir.

İstihdamda Eşitlik Yönergesi'nin 5. maddesi, istihdamın alanı ile sınırlıdır. Yönerge'nin 5. maddesi AB'nin amaçlarına ulaşması için tasarlanmış ve kabul edilmiştir. 5. maddenin hedefi istihdam, eğitim, idare gibi birçok alanda ayrımcılığa uğrayarak dışlanmış bireylerin topluma tekrar geri kazandırılmasıdır. Ancak,

uyumlaştırmanın kapsamı hiçbir zaman net bir şekilde düzenlenmemiştir. Aslında AB sağlanması gereken uyumlaştırmanın kapsamını açıklayan herhangi bir yasal hükme sahip olmasa bile, AB'nin kendi içerisinde, uyumlaştırmanın kapsamını düzenlemekte kullanılabilecek bazı yaklaşımların izine rastlanılabilir. Ayrıca, ileri durumlarda, bazı üye devletler “uyumlaştırmayı” ulusal yasalarında bir formüle dökmüşlerdir. AB hukukunda uyumlaştırmanın kapsamı gibi, yönergenin makul kelimesinin kapsamı da düzenlenmemiştir. O şekilde, AB üye devletleri yönergenin 5. maddesindeki makul uyumlaştırmanın kapsamını incelemek için ulusal seviyedeki engellilik politikasının ‘hem engelli kişiler hem de işverenler için uygun’ bir şekilde incelenmesi gerekecektir. Ek olarak, İstihdamda Eşitlik Yönergesi'nin 7. maddesine göre yönergenin engelli insanları korumaya yönelik yaptırımları vardır, fakat tüm üye devletler için böylesine ek/ekstra eylemleri koruma sistemlerini güçlendirmek için gerçekleştirme ihtimalleri vardır.

AB'deki engellilik korumasının uygulanmasına, İsveç ve Danimarka'daki uygulamalar örnek verilebilir. Tüm AB üye devletlerine kıyasla İsveç ve Danimarka engellilik bağlamındaki ayrımcılığa karşı korumayı en başarılı şekilde kabul eden ülkelerdir. Engelliliğin tanımından bahsedince, İsveç'in mevzuatında engelliliğin tanımı bulunmaktadır, farklı şekilde Danimarka'nın mevzuatında engelliğin tanımı bulunmamaktadır. Fakat engelliliğin tanımıyla ya da engelliliğin tanımı olmadan her iki ülke de korumayı başarılı bir şekilde gerçekleştirmiştir. Engellilik korumasının ana meselesi, ulusal sosyal güvenlik sisteminin engelli kişilerin topluma yeniden kazandırılmasının nasıl gerçekleştireceğidir. Her iki ülke de bu durumu iyi idare etmişlerdir; örnek olarak çalışma saatleri, kişisel destek, para yardımı, rehabilitasyon izinleri ve en önemlisi engelli insanlar için kullanışlı çevreler oluşturma verilebilir. İlave bilgi olarak, bir AB üyesi aday olan Türkiye engellilik temelli ayrımcılıklara karşı alınan korumalara benzer korumaları kabul etmiştir. Türkiye'deki engelli kişilerin nasıl korunması gerektiği hakkında iyi düzenlenmiş ve daha detaylı yöntemler kabul edilmiştir. Türkiye'deki engellilik politikasında engellilerin binalara erişime, eğitime, istihdama katılması düzenlenmiştir.

KAYNAKÇA

- Albrecht, G. L. (2006). *Encyclopedia of Disability: History in Primary Source Document*, Londra: Sage Yayınları.
- Alston, P. (1999). *The EU and Human Rights*. Oxford: Oxford University Yayını.
- Ambrosius, G., Hubbard, W. (1989). *A Social and Economic History of Twentieth-century Europe*. Cambridge: Harvard University Yayını.
- American Bar Association. (1998). Study Finds Employers Win Most ADA Title I Judicial and Administrative Complaints. *Mental and Physical Disability Law Reporter*, 22(3):403-407.
- Anderson, M. (2000). *States and Nationalism in Europe since 1945*. Londra: Routledge Yayınları.
- Anderson, M. S. (2000). *Europe in the Eighteenth Century 1713-1789*, New York: Routledge Yayınları.
- Arnardottir, O. M., Quinn, G. (2009). *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives*. Leiden: Martinus Nijhoff Yayınları.
- Arnall, A., Chalmers, D. (2015). *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford: Oxford University Yayınları
- Arrigo, G., Casale, G. (2003) *Glossary on Labour Law, Industrial Relations and European Union Institutions*. Roma: Ediesse SRL Yayınları.
- Avrupa Birliği Temel Halklar Ajansı. (2010). *Handbook on European Non-Discrimination Law*. Lüksemburg: Avrupa Birliği Yayın Ofisi.
- Avrupa Komisyonu. (2000). *Definition of Disability in Europe: Comparative Analysis*. Lüksemburg: Directorate-General for Employment and Social Affairs.
- Avrupa Komisyonu. (2004). *Green Paper: Equality and Non-Discrimination in an Enlarged European Union 2004, (COM/2004/0379/final)*. Brüksel: Eur-Lex Online Yayınları.
- Avrupa Komisyonu. (2009). *Disability and Non-Discrimination Law in the European Union: An Analysis of Disability Discrimination Law within and Beyond the Employment Field*. Lüksemburg: Avrupa Birliği Resmi Yayın Ofisi.
- Avrupa Komisyonu. (2012). *How to Present A Discrimination Claim: Handbook on Seeking Remedies under the EU Non-Discrimination Directives*. Lüksemburg: Avrupa Birliği Resmi Yayın Ofisi.
- Avrupa Komisyonu. (2013). *Reasonable Accommodation Beyond Disability in Europe?*. Lüksemburg: Avrupa Birliği Resmi Yayın Ofisi.
- Avrupa Komisyonu. (2009). *Disability and Non-Discrimination Law in the European Union: An Analysis of Disability Discrimination Law within and*

- Beyond the Employment Field*. Lüksemburg: Avrupa Birliği Resmi Yayın Ofisi.
- Avrupa Komisyonu. (15.03.2015). *Basın Bülteni, Avrupa Birliği'nde Engellilik ve Ayrımcılık Yasası Hakkında Mezuatlar*, http://ec.europa.eu/justice/discrimination/law/index_en.htm, (27.01.2015).
- Avrupa Konseyi. (04.11.2000). *Açıklayıcı Raporu, İnsan Hakları Ve Temel Özgürlükleri Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye Protokol No. 12 (Roma 4.XI.2000)*, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800cce48>, (22.10.2015).
- Avrupa Konseyi. (2000). *Definition of Disability in Europe: Comparative Analysis*. Lüksemburg: Directorate-General for Employment and Social Affairs Yayını.
- Bagenstos, S. R. (2009). *Law and the Contradiction of the Disability Rights Movement*. New Haven: Yale University Yayınları.
- Barbera, M. (2002). Not the Same? The Judicial Role in the New Community Anti-Discrimination Law Context, *Industrial Law Journal*, Vol.31, s. 82-91.
- Barnard, C. (2006). *EC Employment Law*. Oxford: Oxford University Yayını.
- Barton, L. (2006). *Overcoming Disabling Barriers: 18 Years of Disability and Society*. Londra: Routledge Yayınları.
- Bell, M. (2004). Equality and the European Union Constitution, *Industrial Law Journal*, Cilt;33, Sayı; 3, 2004, ss. 242-259.
- Bengtsson, S. ve Høgelund, J. (1999). Disability Benefit Reforms: Lessons from the Dutch and Swedish Experiences. *The Danish National Institute of Social Research Report*, 99(1): 1-27.
- Bilçen, S. (2010). AB'de Önemli Bir Adım; Lizbon Antlaşması. İstanbul: *TBBM Dışilişkiler ve Protokol Müdürlüğü*, Cilt;- , Sayı;- , s.1-10
- Bode, I. (2013). A Fuzzy Picture: Citizenship in Postcorporatist Germany. *Social Policy and Citizenship: The Changing Landscape* (ss.198-221). Editörler Adalbert Evers ve Anne-Marie Guillemard. Oxford: Oxford University Yayını.
- Bogdandy, A., Bast, J. (2009). *Principle of European Constitutional Law*. Oxford: Hart Yayınları.
- Borchardt, K. (2010). *The ABC of European Union Law*. Lüksemburg: Avrupa Birliği Yayın Ofisi.
- Boston, J., Manville, D. E. (2010). *Prisoners' Self-Help Litigation Manual*. Oxford: Oxford University Yayını.
- Brems E., Gerards, J. (2011). *Shapping Rights in the ECHR: The Role of European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Yayını.

- Breslin, M. L., Yee, S. (2002). *Disability Rights Law and Policy: International and National Perspective* (s.i). Berkeley: Disability Rights Education and Defense Fund Transnational Yayınları.
- Bromley, S. (2001). *Governing the European Union*. Londra: Sage Yayınları.
- Buchanan, T. (25.04.2008). *Euroclio, Human Rights after the Second World War*. 25.04.2008, http://europaeum.org/files/projects/EUROCLIO/EuroClioLecture_Buchanan.pdf. (24.06.2015)
- Burca, G. (2007). Stumbling into Experimentalism: The EU Anti-Discrimination Regime,” *European Studies Alliance Online Journal*. –(1): 1-25.
- Burca, G. (2010). The EU in the Negotiation of the UN Disability Convention. *European Law Review*, 35(1): 1-23.
- Burca, G. (2015). Experimentalism and the Limits of Uploading: the EU and the UN Disability Convention. *Extending Experimentalist Governance? The European Union and Transnational Regulation* (ss.314-320). Editör Jonathan Zeitlin. Oxford: Oxford University Yayını.
- Burke, R. (2010). *Decolonization and the Evolution of International Human Rights*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- Clements, L. ve Simons, A (2008). European Court on Human Rights. *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, (Ed. Malcolm Langford), Cambridge: Cambridge University Press.
- Chalmers, D., Davies, G., Monti, G. (2014). *European Union Law: Text and Materials*. Cambridge: Cambridge University Yayını.
- Colker, R. (2005). *The Disability Pendulum: The First Decade of the Americans with Disabilities Act*. New York: New York University Yayını.
- Communication from the Commission to the European Union (2003). *European Action Plan 2003*. Strasbourg: Eur-Lex Yayınları.
- Communication from the Commission to the European Union. (2003). *European Action Plan 2003*. Brüksel: Eur-Lex Online Yayınları.
- Communication from the Commission to the European Union. (2005). *Situation of Disabled People in the Enlarged European Union: The European Action Plan 2006–2007*. Lüksemburg, Eur-Lex Online Yayınları .
- Communication from the Commission to the European Union. (2010). *European Disability Strategy 2010-2020: A Renewed Commitment to a Barrier-Free Europe*. Brüksel: Eur-Lex Online Yayınları.
- Conway, G. (2015). *EU Law*. New York: Routledge Yayınları.
- Council of Bars and Law Societies of Europe. (2014). *The European Court of Human Rights: Questions and Answers for Lawyers*. Brüksels: ECHR Documents Yayını.
- Craig, P., de Búrca, G. (2011). *The Evolution of EU Law*. Oxford: Oxford University Yayını.

- Craig, P., de Búrca, G. (2015). *EU Law: Text, Cases and Materials*, 6.baskı, Oxford: Oxford University Yayını.
- Danimarka Parlamentosu (Folketing), (04.06.2003). *Folketing, Law on Compensation to Persons with Disabilities in Employment*. <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=96515>, (11.12.2016).
- Degener, T. (2005). Disability Discrimination Law: A Global Comparative Approach. *Disability Rights in Europe: From Theory to Practice* (ss.87-106). Editörler Ana Lawson ve Caroline Gooding. Oxford: Hart Yayınları.
- Degener, T. (2011). Intersection between Disability, Race and Gender in Discrimination Law. *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality; Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability Discrimination* (ss.1-27). Editörler Dagmar Schiek ve Anna Lawson. Surrey: Ashgate Yayını.
- Degener, T., Quinn. G. (01.01.2010). *Disability Rights Education & Defense Fund Online Journal, A Survey of International, Comparative and Regional Disability Law Reform*. <http://dredf.org/news/publications/disability-rights-law-and-policy/a-survey-of-international-comparative-and-regional-disability-law-reform/> (09.08.2015).
- Del Rio, I. J. A., Rodriguez, D. M. M. (1825). *Institutes of the Civil Law of Spain*, Londra: A. Strahan Yayını.
- Diller, M. (2000). Judicial Backlash, the ADA, and the Civil Right Model. *Berkeley Journal of Employment and Labour Law*. 21(1): 19-52..
- Doron, I. (2009). *Theories on Law and Ageing: the Jurisprudence of Elder Law*. Berlin, Springer Yayınları.
- Economides, C. (1999). The Position of International Law in Domestic Legal Order and the Application of International Law by the National Judge. *The Judge and International Law* (ss.79-86). Editör Konseyi. Avrupa Konseyi Yayını, Strasbourg, 1999, s.33-34.
- Ellina, C, A. (2003). *Promoting Women's Rights, The Politics of Gender in the European Union*, London. Routledge Press.
- Ellis, E., Watson, P. (2012). *EU Anti-Discrimination Law*. Oxford: Oxford University Yayını.
- Evelyn, E. (1998). Recent Developments in European Community Sex Equality Law. *Common Market Law Review* 35, ss. 381-389.
- European Commission Legal Service, (11.07.2006). *European Commission Online Service, Summary of the Judgement in Case C13/05*. http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/arrets/05c013_en.pdf, (07.11.2015).
- European Disability Forum, (17.06.2008). *EDF Resmi Websitesi, EDF Absolute Demands on the Future Non-Discrimination Directive*. http://www.edf-feph.org/Page_Generale.asp?DocID=18330, (16.10.2015).
- Evans, S.E. (2004). *Forgotten Crimes: The Holocaust and People with Disabilities*. Chicago: Library of Congress Cataloguing-in-Publication Data Yayını.

- Evsen, M. (2015). Disability Rights in Turkey: Time For Change. *Turkish Policy Quarterly*, 13(4): 165-171.
- Federico, G. (2001). *The EU Charter of Fundamental Rights: From Declaration to Binding Instrument*. Bologna: Springer Yayınları.
- Fibbe, G. (2009). *EC Law: Aspects of Hybrid Entities*. Amsterdam. IBFD Yayını.
- Fina, V. D., Cera, R. (2015). *Protecting the Rights of People with Autism in the Context of Education and Employment: International, European and National Perspective*, Londra: Springer Açık Yayınları.
- Fleddblum, C. R. (2000). Definition of Disability under Federal Anti-Discrimination Law: What Happened? Why? And What Can We Do about It? *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*. 21(1): 1-100.
- Fleischer, D. Z., Zames, F. (2012). *The Disability Rights Movement: From Charity to Confrontation*. Philadelphia: Temple University Yayınları.
- Fredman, S. (2002). *Discrimination Law*, New York: Oxford University Press.
- Galati, M. (2003). *Possible Itineraries for Women for Women with Disability: Empowerment and Democracy*. La Sila: Rubbettino Editore Yayını.
- Geyer, R. R. (2000). *Exploring European Social Policy*. Cambridge: Wiley Yayınları, Cambridge
- Gladnet Collection. (1993). Austria: The Austrian Federal Government's Disability Concept. *Cornell University Industrial and Labour Relation Journal*. -(): 1-44.
- Goldberg, S.S. (1982). *Special Education Law: A Guide for Parents, Advocates and Educators*. New York: Springer Yayınları.
- Goldhaber, M.D. (2007). *A People History of the European Court of Human Rights*. New Brunswick: Rutgers University Yayınları.
- Goren, W.D. (2010). *Understanding Americans with Disabilities Act*. Chicago: ABA Yayınları.
- Greer, S. (2000). *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*. Strasbourg: Avrupa Konseyi Yayınları.
- Gustavsson, A. (1999). Experience-Near Perspectives on Disabled People Right's in Sweden. *Disability Human Rights and Education: Cross-Cultural* (ss.149-160). Editörler Felicity Armstrong ve Len Barton. Philadelphia: Open University Yayını.
- Gül, İ. (2011). *Ayrımcılık Yasağı; Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Gül, İ. (2015). Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi. *Engellilik ve Ayrımcılık; Eğitimciler İçin Temel Metinler ve Örnek Dersler*, (Ed. Kenan Çayır, Melisa Soran ve Melike Ergün), İstanbul: Seçbir Yayını.
- Hartley, T. C., *European Union Law in a Global Context: Text, Cases and Materials*. Cambridge: Cambridge University Yayını.

- Hendriks, A. (2005). Promoting Disability Equality after the Treaty of Amsterdam: New Legal Directions and Practical Expansions Strategies. *Disability Rights in Europe: From Theory to Practice* (ss.187-199). Editörler Ana Lawson ve Caroline Gooding. Oxford: Hart Yayınları.
- Herr, S. S., (2003). Self-Determination, Autonomy and Alternatives for Guardianship. *The Human Rights of Persons with Intellectual Disabilities: Different but Equal*, (ss.151-184) Editörler Stanley S. Herr, Harold Hongju, Lawrence O. Gostin. Oxford: Oxford University Yayını.
- Hogan, M.J. (2002). *The Marshall Plan; America, Britain and the Reconstruction of Western Europe, 1947-1942*. Cambridge: Cambridge University Yayını.
- Hohmann, J. (2013). *The Right to Housing: Law, Concepts, Possibilities*. Oxford: Hart Yayınları.
- Hosking, D. L. (2006) Great Expectations: Protection from Discrimination because of Disability in Community Law. *European Law Review* 31 (ss.667-689). Editör Alan Bogg. Londra: Sweet and Maxwell Yayınları, Londra, 2006.
- Howard, E. (2010). *The EU Race Directive: Developing the Protection Against Racial Discrimination within the EU*. New York: Routledge Yayını.
- HR Compliance Focus. (2008). *The New ADA: What You Need to Know Now*. Old Saybrook: BLR Inc. Yayını.
- Hunt, A. (2011). Sociology of Law. *Classic Writings in Law and Society: Second Edition, Revised and Expanded* (ss.171-200). Editör A. Javier Trevino. Londra: Transaction Yayınları.
- Hurst, R. (2003). The International Disability Rights Movement and the ICF. *Research Gate Online Journal*, 25(11-12): 572-576.
- Hvinden, B. Johansson, H. (2007). *Citizenship in Nordic Welfare State: Dynamic of Choice, Duties and Participation in a Changing Europe*. Londra: Routledge Yayınları.
- Ippolito, F., Iglesias, S. (2015). *Protecting Vulnerable Groups: The European Human Rights Framework*. Oxford: Hart Yayınları.
- Jones, L. (2013). *Introduction to Business Law*. Oxford: Oxford University Yayını.
- Kaczorowska, Alina. (2011). *European Union Law*. Oxon: Routledge Yayınları.
- Kanter, A. S. (2003). The Globalization of Disability Right Law. *Syracuse Journal of International law and Commerce*. 30(6): 241-263.
- Kanter, A. S. (2015). *The Development of Disability Rights Under International Law: From Charity to Human Rights*. Londra: Routledge Yayınları.
- Kantola, J., Nousiainen, K., (2012) The European union: Initiator of New European Anti-Discrimination Regime? *Institutionalizing Intersectionality: The Changing Nature of European Equality Regimes* (ss.33-58). Editörler Andrea Krizsan, Hege Skjeie ve Judith Squires. Basingstoke: Palgrave Macmillan Yayınları.

- Karger, H., Rose, S. R., (2012). Revisiting the Americans with Disabilities Act after Two Decades, *Controversies and Disputes in Disability and Rehabilitation* (ss.5-18). Editörler: Roland Meinert ve Francis K. O. Yuen. Londra: Routledge Yayınları.
- Kaya, Ç. Ayırmıcılık Nedir Ne Değildir, *Çetin Kaya Hukuk Bürosu*, Ajanda 01/2014, s.7; Erişim: <http://www.cetinkaya.av.tr/1-Ajanda-ayr%C4%B1mc%C4%B1l%C4%B1k-nedir-ne-degildir-7-83>
- Kaya, G. (2012). *Avrupa Birliği İş Hukuku'nda Cinsiyet Ayrımcılığı*, (Yayınlanmış Doktora Tezi). İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi.
- Kenner, J. (2003). *EU Employment Law: From Rome to Amsterdam*. Oxford: Hart Yayınları.
- Khaitan, T. (2015). *A Theory of Discrimination Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Kirch, W. (2008). *Encyclopedia of Public Health*. New York: Springer Reference Yayını.
- Kleinsorge, T.E.J. (2010). *Council of Europe*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International Yayınları.
- Kohler-Koch, B., Quittkat, C. (2008), *Opening EU Governance to Civil Society* (ss.41-51), Manheim: Connex Report Series.
- Korenica, F. (2015). *The EU Accession to ECHR: Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection*. Brüksel: Springer Yayınları.
- Krieger, L. H. (2000). Foreword-Backlash Against the ADA: Interdisciplinary Perspective and Implications for Social Justice Strategies. *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*. 21(1) 1-18.
- Kuijper, P. J., Wouters, J., Hoffmeister, F., (2015). *The Law of EU External Relations: Cases, Materials, and Commentary on the EU as an International Legal Actor*. Oxford: Oxford University Yayınları.
- Lawson, A. (2008). *Disability and Equality Law in Britain: The Role of Reasonable Adjustment*. Oxford: Hart Yayınları.
- Lawson, A., Gooding, C. (2005). *Disability Rights in Europe: From Theory to Practice*. Oxford: Hart Yayınları.
- Lelieveldt, H., Princen, S. (2013). *The Politics of the European Union*. Cambridge: Cambridge University Yayını.
- Li, Y., Goldschmidt, J. (2009). *Taking Employment Discrimination Seriously: Chinese and European Perspectives*, Leiden: Martinus Nijhof Yayınları.
- Liisberg, M.V. (2011). *Disability and Employment; A Contemporary Disability Human Rights Approach Applied to Danish, Swedish and EU law and Policy*. Cambridge: Intersentia Yayını.

- Mabbett, D. (2005). The Development of Rights-based Social Policy in the European Union: The Example of Disability Rights. *Journal of Common Market Studies*, 43(1): 97-120.
- Masselot, A. (2007). The State of Gender Equality Law in the European Union. *European Law Journal*, Çilt;13, Sayı;2, ss. 152-162.
- Massie, B. (1994). *Disabled People and Social Justice*. Londra: Institute for Public Policy Research Yayını.
- Mayerson, A. (00.00.1992). The History of American with Disabilities Act: A Movement Perspective. *Disability Rights Education & Defense Fund Online Journal*. 1.<http://dredf.org/news/publications/the-history-of-the-ada/> (24.11.2015).
- Mcsherry, M, Freckelton, I., (2013). *Coercive Care: Rights, Law and Policy*. New York: Routledge Yayınları.
- Meagher, G., Szebehely, M., (2013). Long-Term Care in Sweden: Trends, Actors and Consequences. *Reform in Long-Term Care Policies in Europe: Investigating Institutional Change and Social Impacts* (ss.55-78). Editörler Costanzo Ranci ve Emmanuele Pavolini. New York: Springer Yayınları.
- Melish, T. J. (2007). The UN Disability Convention: Historic Process, Strong Prospects, and Why the U.S. Should Ratify. *Human Rights Brief*. 14(2): 1-14.
- Merrills, J. G., (1993). *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester: Manchester University Yayını.
- Meşe, İ. (2014). Engelliliği Açıklayan Sosyal Model Nedir, *Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi*. 14(33): 79-92.
- Moore, S. (2002). *Social Welfare Alive*. Cheltenham: Nelson Thornes Ltd Yayını.
- Morawa, A.H.E., (2002) The Concept of Non-Discrimination: An Introductory Comment, *Journal of Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, Cilt;- , Sayı;3, s.1-13.
- Morsink, J. (1999). *The Universal Declaration of Human Rights; Origin, Drafting and Intent*. Philadelphia: University of Pennsylvania Yayını.
- Moy, G. R. (1998). *Helping Employers Comply with the ADA: An Assessment of How the United States Equal Employment Opportunity Commission if Enforcing Title I of the Americans with Disabilities Act*. Washington DC: United States Commission on Civil Rights Yayın Ofisi.
- Neal, A. (1999). *European Labour Law and Social Policy: Cases and Materials*. The Hague: Kluwer International Yayınları.
- Neal, A. C. (2011). Disability Discrimination at Work: Comments on Andreas Inghammar's Article. *Legal Perspective on Equal Treatment and Non-Discrimination* (ss.217-250). Editör Ann Numhauser-Henning. The Hague: Kluwer Law International Yayınları.
- Nousiainen, K. (2011) Minorities Right to Day Care: Liberal Tolerance of Identity Maintenance? *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality; Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability*

- Discrimination* (ss.143-156) Editörler Dagmar Schiek ve Anna Lawson. Surrey: Ashgate Yayını.
- O'Neill, N. Rice, S., Douglas, R. (2004). *Retreat from Injustice: Human Rights Law in Australia*. Riverwood: Federation Yayını.
- Office of the Law Revision Counsel of the House of Representatives of the United States. (2012). *United States Code of 2006*. Washington: United States Government Printing Office.
- Oliver, M. (2009). *Understanding Disability: From Theory to Practice*. Londra: Macmillan Education Yayınları.
- Organisation for Economic Co-Operation and Development, (2010). *Sickness, Disability and Work: Breaking the Barriers*. Paris. OECD Yayınları.
- Palmisano, G. (2014). *Making the Charter of Fundamental Rights a Living Instrument*. Leiden: Nijhoff Yayınları.
- Pardeck, J. T. (2005). An Analysis of the Americans with Disabilities Act (ADA) in the Twenty-First Century. *Disability Issues for Social Workers and Human Services and Professionals in the Twenty First Century* (ss.121-153). Editörler John W. Murphy and John T. Pardeck. Binghamton: Haworth Social Practice Yayını.
- Perju, V. (2009). Reason and Authority in the European Court of Justice. *Virginia Journal of International Law*. 49(1): 307-375.
- Perju, V. (2011). Impairment, Discrimination, and the Legal Construction of Disability in the European Union and the United States. *Boston College Law School & Legal Studies Research Dergisi*. 202(6): 280-348.
- Perritt, H. H. (2003). *American with Disabilities Act Handbook*. Alphen aan den Rijn: Aspen Yayınları.
- Power, A. (2013). *Active Citizenship and Disability: Implementing the Personalisation of Support*. Cambridge: Cambridge University Yayını.
- Quinn, G. (2000). The Human Rights of People with Disabilities under EU Law. *The EU and Human Rights* (ss.281-326). Editörler Philip Alston, Mara Bustelo ve James Heenan. Oxford: Oxford University Yayınları.
- Quinn, G. (2007) Disability Discrimination Law in the European Union. *Equality Law for Enlarged Union: Understanding the Article 13 Directives* (231-276). Editör Helen Meenan. Cambridge: Cambridge University Yayını
- Quinn, G., Paor, A., Blanck, P. (2015). *Genetic Discrimination: Transatlantic Perspective on the Case for a European-Level Legal Response*. New York: Routledge Yayınları.
- R. Daniel Kelemen, (2011). *Eurolegalism: Transformation of Law and Regulation in the European Union*. Cambridge: Harvard University Yayını.
- Ranci, C., Pavolini, E. (2013). *Reform in Long-Term Care Policies in Europe: Investigating Institutional Change and Social Impacts*. New York: Springer Yayınları.

- Rasch, M.B. (2008). *The European Union at the United Nations; The Functioning and Coherence of EU External Representation in a State-Centric Environment*. Leiden: Martinus Nijhoff Publication.
- Renucci, J.F. (2005). *Introduction to the European Convention on Human Rights: The Rights Guaranteed and the Protection Mechanism*. Strasbourg: Avrupa Konseyi Yayınları.
- Resmî Gazete, (00.00.2013). 2013-2014 Eğitim-Öğretim Yılında Yükseköğretim Kurumlarında Cari Hizmet Maliyetlerine Öğrenci Katkısı Olarak Alınacak Katkı Payları Ve Öğrenim Ücretlerinin Tespitine Dair <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/08/20130831-23-1.pdf>.
- Rossilli, M. G. (1999). The European Union's Policy on the Equality of Women, *Feminist Studies*, Cilt;25, Sayı;1, 1999, s.172-195.
- Sabel, C. F. ve Zeitlin, J. (2008). Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the EU. *European Law Journal*. 14(3): 271-327.
- Sachar, M. (2015). *The Assassination of Europe, 1918-1942: A Political History*. Toronto: Toronto University Yayını.
- Salesve, B.D., Powell, M., Duizend R. (1982). *Disabled Persons and the Law: State Legislative Issues*. New York: Springer Science ve Bussines Media Yayınları.
- Savic, O. (2002). *The Global and the Local in Human Rights*. Londra: Verso Yayınları.
- Schick, D. (2011). Organising EU Equality Law Around the Nodes of 'Race', Gender and Disability. *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality; Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability Discrimination* (28-47). Editörler Dagmar Schick ve Anna Lawson. Surrey: Ashgate Yayını.
- Schutter, O. (2005). Reasonable Accommodations and Positive Obligations in the European Convention on Human Rights. *Disability Rights in Europe: From Theory to Practice* (ss.35-64). Editörler Ana Lawson ve Caroline Gooding. Oxford: Hart Yayınları.
- Scotch, R. K. (2001). *From Good Will to Civil Rights: Transforming Federal Disability Policy* Philadelphia: Tempel University Yayınları.
- Scotch, R. K., (2000). Model of Disability and the Americans with Disability Act," *Berkeley Journal of Employment & Labour Law*. 21(1): 213-222.
- Scotch, R. K. (1988). Disability as a Basis for Social Model Movement: Advocacy and the Politic of Definition. *Wiley Online Library: Journal of Social Issues, A Journal of the Society for the Psychological Study of Social Issues*. 44(1): 1988, ss.159-172..
- Samaha, A. (2007). What Good is the Social Model of Disability? *University of Chicago Public Law and Legal Theory Working Papers*.166(5): 1-69.
- Scotch, R. K. (1989). Politic and Policy in the History of the Disability Rights Movement. *JS Store Online Journal*. 67(2(2)): 380-400.

- Shuibhne, N. N., Gormley, L.W. (2012). *From Single Market to Economic Union*, Oxford University Yayınları.
- Skrentny, J.D. (2009). *The Minority Rights Revolution*, Cambridge: Belknap Press of Harvard University Yayını.
- Smith, A., O'Connell, R. (2011). Transition, Equality and Non-Discrimination. *Transnational Jurisprudence and the European Convention on Human Rights* (ss.185-207) Editörler Antoine Buyse ve Michael Hamilton. Cambridge: Cambridge University Yayını.
- Socialstyrelsen. (2009). Swedish Disability Policy: Service and Care for People with Functional Impairment. *The National Board of Health and Welfare Online Journal 2009*. 126(188):1-49.
- Soifer, A. (2000). A Tribute to Kenneth L. Karst: The Disability Term: Dignity, Default and Negative Capability. *UCLA Law Review*. 47(6):1297-1332.
- Soldatic, K., Morgan, H., Roulstone, A. (2014). *Disability, Spaces and Places of Policy Exclusion*, Londra: Routledge Yayını.
- Stokkom, S.C., Fougereyrollas, P. (1998). *Use and Usefulness of the International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps (ICIDH): In Maintaining People with Disability at Home and in Their Own Community*. Strasbourg: Avrupa Konseyi Yayını.
- Tekinalp, G. (2000). *Avrupa Birliği Hukuku*. İstanbul: BETA Basım Yayım Dağıtım AŞ.
- The Office of the Federal Register National Archives and Records Administration. (1985). *Code of Federal Regulation*. Washington: National Archives and Record Administration.
- The Office of the Federal Register National Archives and Records Administration. (2009). *Code of Federal Regulation on Public Welfare*. Washington: National Archives and Record Administration.
- Thomas D. S. K., Philips, B. D., Lovekamp W.E., Fothergill, A. (2013). *Social Vulnerability with Disasters*, Boca Raton: CRC Yayınları.
- Thompson, I. D. (2012). Medicating the ADA—Sutton v. United Air Lines, Inc.: Considering Mitigating Measure to Define Disability. *Pepperdine Digital Commons*. 28(1): 257-288.
- Tobler, C. Encore: Women's Clauses in Public Procurement under Community Law, *European Law Review*, Cilt;25, Sayı;6, 2000, s.618-631.
- Tragardh, L. ve Svedberg, L. (2013). The Iron Law of Rights: Citizenship and Individual Empowerment in Modern Sweden. *Social Policy and Citizenship: The Changing Landscape* (ss.222-258). Editörler Adalbert Evers ve Anne-Marie Guillemard. Oxford: Oxford University Yayını, Oxford, 2013, s.224.
- Uerpmann-Witzak, R. (2007). Personal Rights and Prohibition of Discrimination. *European Fundamental Rights and Freedoms* (ss.67-96). Editör Dirk Ehlers. Berlin: De Gruyter Recht Yayınları.

- US Department of Health and Human Services. (1992). *Economic Aspects of Diabetes Services and Education: Selected Annotations*. Atlanta: Diane Yayınları.
- Waddington, L. (1995). *Disability, Employment and the European Community*. Antwerp: Maklu Yayınları.
- Waddington, L., Bell, M. (2001). "More Equal than Others: Distinguishing European Union Equality Directives," *Common Market Law Review Kluwer Law Online*. 3(38): 587-611.
- Waddington, L. (2005). Implementing the Disability Provisions of the Framework Employment Directive: Room for Exercising National Discretion. *Disability Rights in Europe: From Theory to Practice* (ss.107-135). Editörler Ana Lawson and Caroline Gooding. Oxford: Hart Yayınları.
- Waddington, L. (2007). A New Era in Human Rights Protection in the European Community: The Implications the United Nations' Convention on the Rights of Persons with Disabilities for the European Community. *Maastricht Faculty of Law Working Paper*. 4(4):1-22.
- Waddington, L. (2007). Case C-13/05, Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA. *Common Market Law Review*, 44(2): 487-499.
- Waddington, L., Diller, M., Tensions and Coherence in Disability Policy: The Uneasy Relationship Between Social Welfare and Civil Rights Models of Disability in American, European and International Employment Law. *Disability Rights Law and Policy: International and National Perspectives* (ss.239-270). Editörler Mary Lou Breslin ve Silvia Yee. Berkeley: Disability Rights Education & Defense Fund.
- Walker, N. (2006). *Sovereignty in Transition*. Oxford: Hart Yayınları.
- Walton, C. S., (2003). *The Civil Law in Spain and Spanish-America: Including Puerto Rico and Philippine Islands, and the Spanish Civil Code in force, Annotated and with References to the Civil Codes of Mexico, Central and South America*, New Jersey: Lawbook Exchange Ltd Yayınları.
- Weiwei, L. (2010). Equality and Non-Discrimination Under International Human Rights Law, *Norwegian Centre for Human Rights Research Notes 03/2004*, 09, Erişim;<http://www.humanrights.uio.no/forskning/publ/publikasjonsliste.html>.
- Wells, K. (2003). The Impact of the Framework Employment Directive on UK Disability Discrimination Law. *Oxford Industrial Law Journal*. 31(4): 253-273.
- Whittle, R. (2000). The Framework Directive for Equal Treatment in Employment and Occupation: An Analysis from a Disability Rights Perspective. *European Law Review*, 27(3): 303-326.
- Wyrozumska, A. (1999). Impact of the Case Law of the Organs of the European Convention on Human Rights on Domestic Law and the National Judge. *The Judge and International Law* (ss.139-152). Editör Konseyi. Strasbourg: Avrupa Konseyi Yayın Ofisi.

- Yüksel, M, O. (2000) *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği*, İstanbul: BETA Basım AŞ.
- Zeitlin, J. (2009). *Changing European Employment and Welfare Regimes: The Influence of the Open Method of Coordination of National Reforms*. Londra: Routledge Yayınları.
- Zeitlin, J. (2015). *Extending Experimentalist Governance? The European Union and Transnational Regulation*. Oxford: Oxford University Yayını.