

**Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**

2009/2

Hakemli Dergi

Galatasaray Üniversitesi Yayını No : 69
Galatasaray Hukuk Fakültesi Yayını No : 48

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Hakemli Dergidir.

Bu esere ilişkin olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan haklar saklıdır. Burada yer alan makalelerde ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir. Yayın Kurulu, makalelerde ileri sürülen görüşlerden dolayı herhangi bir sorumluluk üstlenmemektedir.

YAYIN KURULU

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

Prof. Dr. Ercüment ERDEM

Doç. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

Doç. Dr. Emre ÖKTEM (Başkan)

Araş. Gör. Dr. S. Anlam ALTAY

Araş. Gör. Dr. Burak ÇELİK

Araş. Gör. Bleda R. KURTDARCAN

2011 Yılında Yayınlanmıştır.

ISSN : 1303-6556

Dizgi/Mizanpaj : Beta Basım A.Ş.

Baskı - Cilt : Yazın Basın Yayın Matbaacılık Trz. Tic. Ltd. Şti.

(Sertifika No: 12028) Çiftehavuzlar Caddesi Maltepe Mh.

Prestij İş Merkezi No: 27/806 K: 9

Zeytinburnu/İstanbul (0-212) 565 01 22 - (0-212) 565 02 55

Kapak Tasarımı: Gülgonca ÇARPIK

Beta BASIM YAYIM DAĞITIM A.Ş.

Narlıbahçe Sokak Damga Binası No: 11

Cağaloğlu - İSTANBUL

Tel : (0-212) 511 54 32 - 519 01 77

Fax: (0-212) 511 36 50

www.betayayincilik.com

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

Çırağan Caddesi, No. 36, Ortaköy 34357 İSTANBUL

İçindekiler

DOSYA: ÖZÜRLÜ HAKLARINA İLİŞKİN SORUNLAR ve ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

PANEL PROGRAMI..... VI

Ramazan BAŞ.....1

Engelli Haklarına İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri: Erişebilirlik” Konulu Paneli Açış Konuşması

Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ Av. Arzu BESİRİ3

Engellilik ve Hayata Erişim

Doç. Dr. E. Murat ENGİN.....13

Çalışma Yaşamında Özürlülük

Şebnem GÖKÇEOĞLU BALCI.....31

Sosyal Dışlanma Kavramı Bağlamında Engellilerin Sosyal Güvenlikten Dışlanması

Dr. iur. E. Eylem AKSOY RÉTORNAZ

Özürlü Hükümlünün Cezasının İnfazı ve İnsan Hakları55

Dr. Pınar MEMİŞ.....69

AYIRIMCILIK SUÇUNUN ÖZÜRLÜLER BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Çağla TANSUĞ.....83

Türk Hukukunda Özürlü Hakları ve Bu Hakların Kullanılmasında İdareye Başvurular

ENGELLİ HAKLARINA İLİŞKİN TEMEL MEVZUAT.....111

DİĞER MAKALELER

Dr. Sıtkı Anlam ALTAY.....149

Reflections of Energy Policies on the Turkish Electricity Market: A Legal Perspective

Dr. Servet ALYANAK.....167

Avrupa Birliği Kamu İhalesi Kurallarına Tâbi Kurum ve Kuruluşlar



İSTANBUL BAROSU
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
İŞ ve SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU ANABİLİM DALI
TÜRKİYE OMURİLİK FELÇLİLERİ DERNEĞİ



PANEL

ÖZÜRLÜ HAKLARINA İLİŞKİN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ
ERİŞİLEBİLİRLİK

PROGRAM

09.30-10.00: Açılış Konuşmaları / Av. Muammer Aydın, İstanbul Barosu Başkanı

Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı - **Ramazan Baş**, Türkiye Omurilik Felçlileri Derneği Genel Başkanı

Sabah Oturumu

Oturum Başkanı: Doç. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ

10.00-10.20: Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi'nin Kavramsal Temeli ve Çeşitli Alanlarda Özürlülerin Erişimi

Doç. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi ABD

Av. Arzu Besiri, İstanbul Barosu

10.20-10.40: Ayrımcılık Suçunun Özürlüler Bakımından Değerlendirilmesi

Ar. Gör. Pınar Memiş, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku ABD

10.40-11.00: Kahve Arası

11.00-11.20: Özürlü Haklarının Kullanımı ve İdarenin Sorumluluğu

Ar. Gör. Dr. Çağla Tansuğ, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku ABD

11.20-11.40: Özürlü Hükümlünün Cezasının İnfazı

Ar. Gör. Dr. Eylem Aksoy, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku ABD

11.40-12.00: Tartışmalar

12.00-12.20: Kahve Arası

12.20-13.00: T.O.F.D Tiyatro Atölyesi, Tiyatro Gösterisi (Empati)

13.00-14.00: Öğle Arası

Öğleden Sonra Oturumu

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Şafak Karamehmetoğlu

14.00-14.20: Çalışma Yaşamında Özürlülük

Doç. Dr. Murat Engin, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD

14.20-14.40: Sosyal Dışlanma Kavramı Bağlamında Özürlülük

Yrd. Doç. Dr. Şebnem Gökçeoğlu Balcı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD

14.40-15.00: Kahve arası

Oturum Başkanı: Yük. Mim. Şükrü Sürmen

15.00-15.20: Özürlü Haklarına Erişimin Yolu Olarak

Savunuculuk Bir Çözüm Olabilir mi?

Doç. Dr. Fatih Şahin, Başkent Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi, Sosyal Hizmet Bölümü

15.20-15.40: İstihdam Sürecine Katılan ve Katılamayan Özürlüler

Av. Cemal Donat, İstanbul Barosu Engelli Hakları Komisyonu Başkan Yardımcısı

15.40-16.00 Özürlülerin Erişilebilirlik Açısından Karşılaştıkları Sorunlar.

Av. Figen Erbek

16.00-16.30: Tartışma

16.30: Kapanış

TOPLANTININ AMACI: Özürlülere ilişkin hukuki düzenlemelerin temel amacı, özürlülerin toplumsal yaşamın her alanına katılımını sağlamaktır. Bu amaç doğrultusunda oluşturulmuş geniş bir mevzuatın varlığına karşın, uygulamada özürlülerin toplumdaki dışlanmasının önüne geçilemediği herkeşin kabul gören bir gerçektir. 3 Aralık Dünya Özürlüler Günü vesilesiyle yapılması planlanan bu toplantının temel amacı, özürlü haklarına erişimin önünü tıkayan

sorunların kaynağına inebilmek ve çözüm yolları üzerinde tartışılabilir. Toplantının bir diğer amacı da, özürlü hakları alanında faaliyet gösteren sivil toplum kuruluşları ile devlet kurumlarını (merkez teşkilatı ve yerinden yönetimler), akademisyenleri, avukatları bir araya getirerek görüş ve bilgi alışverişini sağlamak ve toplantı tebliğlerinin yayımlanması suretiyle bu alandaki literatüre katkıda bulunmaktır.

2 ARALIK 2009

Galatasaray Üniversitesi, Aydın Doğan Salonu, Ortaköy/İstanbul

İSTANBUL BAROSU / GS ÜNİVERSİTESİ / T.O.F.D

“Engelli Haklarına İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri: Erişebilirlik” Konulu Paneli Açış Konuşması

Ramazan BAŞ*

Öncelikle bu önemli günde yanımızda olarak Panelimize katılan İstanbul Vali Yardımcısı Sayın Mustafa Altıntaş’a, İstanbul Barosu Başkanı Sayın Avukat Muammer Aydın’a, Değerli Öğretim Üyelerine ve Tüm katılımcılara saygılarımı sunuyorum.

“*Engelli Haklarına İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri: Erişilebilirlik*” konulu panel bizim için birçok değerli organizasyonumuzdan biridir, çünkü yaşam engellerle dolu ve bu engelleri en çok hisseden kişiler ülkemizde yaşayan özürlü vatandaşlarımız ve aileleridir. Nereye bakarsanız bakın bir engel ile karşılaşıyoruz. İstihdam, Eğitim, Sağlık, Sosyal yaşamın içine katılım... Tüm bu alanlarda her seferinde birçok engelle savaşıyoruz. Tabi ülkemizde özellikle son 10 yılda engellerin aşılması konusunda oldukça azimli bir mücadele sonucu çok önemli aşamalar kaydettiğimizizin farkındayız. Türkiye’nin her yerinde olmasa bile birçok yerinde oluşan farkındalıkla birlikte ulaşılabilirlik ve erişim konularında faydalı çalışmalar yapıldı. Ancak yapılan tüm bu iyi niyetli çalışmalar ne yazık ki yeterli değil. İşte biz Çağdaş bir toplum ve çağdaş bir yaşam anlayışı ile bıkmadan, usanmadan Türkiye’nin her yerinde engelleri aşabilmek için çalışmalar yapmak zorundayız. Bugün bakıyoruz; kocaman modern binaların şaşalı bir şekilde açılışları yapılıyor, bu binalar için çağdaş tasarım ödülleri veriliyor... Ama hala bu binaların çoğuna uygun olmadığı için özürllüler giremiyor. Yine birçok Üniversite, eğitim kurumu, ilköğretim okulları, kamu binaları ve sağlık kurumlarında verilen hizmetlerden özürllüler gerektiği gibi faydalanamıyorlar. Çünkü çağdaş yaşanabilir toplum-

* Türkiye Omurilik Felçlileri Derneği Genel Başkanı

ların sahip olduğu toplumsal bilinci yeteri kadar sağlayamadık. Özürlülerin karşılırlarına çıkan engellerin çoğu birçok kişi tarafından görölmüyor bile, insanlar farkında değiller...

Kısacası, yaşamın her yeri engellerle dolu!!!

Bu engeller birçok özürlünün insan olmasından doğan hakkı olan eğitim, sağlık, istihdam ihtiyaçlarını yerine getirememelerine sebep oluyor. Gerekli tıbbi rehabilitasyonunu tamamlayamayan birçok özürlü mesleğini icra etmeye, istihdam edilmeye devam edemiyor. Mesleki hayatlarında ciddi kayıplara uğruyorlar. Bu da kişileri üretici konumda olabilecekken onları sadece tüken olmaya mahkûm ediyor. Kendileri ile birlikte aynı zamanda ailelerini ve kendilerine bakmakla yükümlü olan yakınlığını da aynı şekilde pasifleştiriyor. Bütün bunların sonucu olarak Asosyal bir topluluk oluşmaya başlıyor ki bu insanların beraberinde yaşadıkları psikolojik travmalarla mutsuz ve umutsuz insanlar tablosu karşımıza çıkıyor.

Bunların oluşmasını engellemek ve farkındalığı gelişmiş çağdaş bir toplumun oluşmasına katkıda bulunmak üzere uzmanlarla işbirliği içerisinde gerek uygulama çalışmaları ile gerekse de bilgilendirme toplantıları ile projeler geliştirmeye ve tüm engelleri aşmak için mücadele etmeye devam edeceğiz.

Türkiye Omurilik Felçlileri Derneği'nin, Galatasaray Üniversitesi ve İstanbul Barosu gibi oldukça prestijli kurumların işbirliği ile gerçekleştirdiği bu panel amaçları doğrultusunda attığı önemli bir adım ve büyük bir mutluluktur.

Sevgili **Doç. Dr. E. Murat Engin** hocamız, birlikte kurduğumuz ve yıllardır sürdürdüğümüz gönül bağı ile ihtiyaç duyduğumuz her hukuki konuda, danışmanlığı ve desteği ile yanımızda yer aldı. Aynı şekilde **İstanbul Barosu** hiçbir talebimizde bizleri kırmayarak ihtiyacımız olan desteği memnuniyet ile karşılamıştır. Ve İstanbul Vali Yardımcısı **Sayın Mustafa Altuntaş** her projemizde ve her davetimizde devletin desteğini bize hissettirerek derneğimiz için özel bir öneme sahip olmuştur. Kendilerine sonsuz teşekkürlerimizi sunuyorum.

İşlenen bu panelde konuşmacılarımız sundukları tebliğlerinde bu güne kadar yaptığımız birçok çalışmada karşılaştığımız sorunları ve çözüm önerilerini dile getirmişlerdir. Beraberinde yaşanan bu sorunlarla ilgili hangi haklara sahip olduğumuzu bu hakları nasıl kullanacağımızı ve bunların yasal süreçleri hakkında bizleri bilgilendirmişlerdir.

Emeği geçen herkese saygı ve şükranlarımı sunuyorum...

Engellilik ve Hayata Erişim

Prof. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ / Av. Arzu Besiri

Engellilerin Erişimi ve İnsan Hakları

Kişileri hayata dahil etmek, dışlamanın ya da ötekileştirmenin aksi olarak, insan haklarının merkezine yerileştirilmesi gereken bir konudur. Aslında bilinçli ya da bilinçsiz olarak insan haklarının sürekli ve düzenli biçimde bu alanda çiğnendiği söylenebilir. Dikkati çeken ihlaller örneğin uluslararası alanda görölenler, daha çok müdahale ihtimali taşırken, diğerleri anlaşılmadığı, önemli görölmediği hatta hiç görölmediği için bu şansa da sahip olamamaktadırlar.

Engellilerin hayata erişimi ya da katılımı bu görölmeyen kısmın, sosyolojik araştırmalardaki ifadeyle siyah sayılar ya da karanlık alanın (black numbers) merkezinde yer almaktadır. Sosyal hayat oluşturulurken içkin bir kabul olarak yalnızca vücut fonksiyonları tam bireyler göz önüne alınmakta böylece, kimse herhangi bir vicdan azabı duymadan insan hakları çiğnenebilmektedir. Tam da bu noktada konunun netleşmesi için canlı bir örnek vermek yeterli olacaktır. Son referandum sırasında oy verme işleminin yapılacağı okul binalarında, İstanbul'un merkezinde(!) engellilerin düşünöldüğünü söylemenin olanağı yoktur. Bunlar merkezlerin çoğunda en azından eğik düzlem biçiminde bir giriş bile bulunmamaktadır. Ancak engelliler de en az diğerleri kadar vatandaştır ve vatandaşlık görevini yerine getirmek istemektedirler. Böyle bir durumda bir engellinin yapabileceği ya oy vermeye gitmemek, vatandaşlık hak ve görevinden kaçınmak ya da giderek **kendi engelinden değil de sosyal hayatı düzenleyenlerin eksikliğinden kaynaklanan**, insanlara verdiği zahmet dolayısıyla en azından sıkılmış bakışlarına tahammöl etmek.

Sosyal hayata erişimin bir insanın hakları içinde gerçekten merkezi bir konumu olduğunun anlaşılması, bu noktanın bilincine varılması çok önemlidir. İnsan kişisel gelişimini ve diğer hak ve özgürlüklerini örneğin eğitim, ifa-

de, çalışma, seyahat vb. ancak bu erişim sayesinde tamamlayabilir ya da kullanabilir. Aksi durumda kişiler sosyal hayata katılamadığı, yeterince katılamadığı için tüm bunlara ulaşımı zorlaşmakta neredeyse olanaksızlaşmaktadır. **Anlaşılması gereken anahtar nokta engellilerin ya da başka bir grubun sosyal hayata erişimini negatif ya da pozitif (yani hayatı onlara göre düzenlememek ya da özellikle onları hayatın dışında tutacak şekilde düzenlemek) bir tutumla engellemenin, bir hapisanede mahkumlara sistematik işkence yapılması ya da sivillere ateş açılması gibi bir insan hakları ihlali olduğunun bilincine varılmasıdır.**

Yukarıdaki ifade bir abartı olarak görülebilir. Ancak bununla anlatılmak istenen insan haklarının yalnızca sınır durumlardaki ihlallerini dikkate almanın yeterli olmadığıdır. Bu ihlaller tabii ki çok önemli bir ölçüde de trajiktir. Ancak engelli olarak hayatınızın tümü bir ihlaller zincirinin bir parçası ise bu da küçümsenecek bir durum olarak asla görülmemelidir.

Engellilerin insan haklarının ne derece görünmez, fark edilmez biçimde çiğnendiği vurgusunun hemen ardından, genel olarak insan haklarının neden böyle açıklıkla ve sıklıkla çiğnendiği sorulabilir. Bu soruya pek çok cevap verilebilir. Ancak hiç kuşkusuz bu ihlallerin ardındaki en temel nedenlerden biri insan haklarına saygı bilincinin eksikliğidir. Akıl yürütme biçimi gereği bu eksikliğin nedeni de sorulmalıdır. Çiğneyenler de dahil olmak üzere herkesin hayatının, daha iyi, daha insanca bir hayatın garantisi ve asli şartları olarak insan hakları na saygı bilinci neden eksiktir? İşte bu sorunun cevabı da genel olarak tüm bilinçlerin aslında birer kazanım oldukları doğal eğilimlerin bu konuda yeterli olmadığıdır. Bilinçlendirme ise yalnızca eğitim ve öğretimin değil genel olarak sosyalleşme dediğimiz bütün bir sürecin sonucudur.

Toplumun içene doğmuş, felsefi bir ifadeyle dünyaya atılmış varlıklar olarak insan bireylerinin, doğal belirlenimlerinin çok üstünde ve ötesinde, hatta temel hayat işlevleri açısından dahi toplumsal biçimlendirmeye tabi oldukları açık bir realitedir. İşte bu biçimlendirme sonucu olarak her yönüyle ‘kişilik’ ortaya çıkar. Bu doğal eğilimler, genetik belirlemelerin ötesinde sosyal bir varlık olarak insan bireyidir ve bu bireyin cinsiyeti dahil tamamı sosyal olarak oluşturulmuştur. Bu varlığın insan haklarına saygı duyması, genel bilincinin bir parçası olarak insan hakları bilincine sahip olmasına bağlıdır. ‘Hak’ bilinci ve hakkın yalnızca kendisinin olmadığı, türdeşleriyle paylaştığı bir nitelik olduğunu kavranması, özellikle hak konusunun açıkça ortaya ko-

nulup tüm nedenleri ve gerekçeleriyle birlikte anlatılmasına bağlıdır. Yalnızca metinlerde değil(!) bizatihi sosyal hayatta görüp tecrübe edildiğinde ancak bilinç edinme söz konusu olabilmektedir.

Bu sürecin ilk basamağı ise kuşkusuz insan haklarının temellendirilmesidir. Bu faaliyet tümüyle felsefi ya da kavramsaldır ve yalnızca mütevazı görünen bir sorunun cevabını arar: İnsan denilen varlığın özel bir hak kategorisine sahip olmasının, hakka, haklara sahip olmasının daha basit biçimde ifade edilirse önemli zarara uğratılmaması gereken bir varlık olmasının asıl nedeni nedir?

Bu soruya verilen seküler cevapların ilki, Kant'ın savaşı (ki yalnızca insan haklarının bir ihlali değil insancıl hukuk başta olmak üzere aynı zamanda tüm hukukileştirme, hukukla sınırlama çabalarına rağmen çok katlı ve çok yönlü olarak hukuk düşüncesinin tam bir ihlalidir) yeryüzünden silmek için bağlattığı proje yani Ebedi Barış Üzerine Felsefi Bir Deneme de dahil olmak üzere Kantçı felsefedir. İkincisi ise, genelde daha yaygın ama Kantçılığın eleştirileri yüzünden bu alanda daha az tercih edilen Yararcılığın verdiği cevaptır.

Kant yukarıda sözü edilen Deneme'sinin yanında insan hakları temellendirmesini iki ünlü eserinde yapar: Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi ve Pratik Aklın Eleştirisi. Bunlarda geliştirilen insan hakları temellendirmesi de iki anahtar kavramla simgelenebilir: İnsan onuru ve otonomi. BM Engelli Hakları Sözleşmesi'nin Başlangıcı'nda (a) ve (h) bentleriyle 1. Maddesi'nde ve daha birkaç maddede açıkça 'insan onurunda' (inherent dignity ya da dignity) söz edilmektedir. Üstelik konuya aşina olanların hemen kavrayabileceği gibi 'insan onuru' kavramının bir biçimde yer almadığı bir uluslararası insan hakları belgesine rastlamak da hemen hemen olanaksızdır. Böylesi yaygın olan bu kavramın ne olduğu oldukça uzun bir açıklamayı gerektirir ancak bu metnin kapsamı dahilinde ve otonomi kavramıyla da ilişkilendirilerek kısaca söyle ifade edilebilir. Her insan kendinde, kendisi için bir amaçtır yani salt bir araca indirgenemez ne denli yüce olursa yalnızca bir amacın aracı olarak kullanılamaz, hatta bunu kendi de istese mümkün değildir! Peki neden?

İnsan otonom bir varlıktır da ondan. Yani tüm evrende, doğada temel yasa olan nedensellik yasasına tabi olmama, onu aşma potansiyeline sahip tek varlıktır da ondan. Bunun anlamı insanın kendi hareketlerinin nedeninin kendi iradesi olmasıdır. Bu ise yalnızca insanın sahip olduğu bir ayrıcalıktır ve bu doğal potansiyel normatif düzeyde ona 'hak' sahibi olma olanağı verir. Böyle bir varlığın iradesini hiçe saymaksa onun potansiyelini inkar etmek, onun

o yapan belirleyici ögesine ihanet etmek anlamına geldiğinden ‘insan onuru-na’ aykırıdır. Çünkü o onurun kaynağı kendi hareketinin nedeni olma olanağında içkindir.

Yararcılığın cevabı ise biraz daha farklıdır. Yararcılığın (Faydacılığın), Bentham ve Mill’in eserlerinde geliştirilen görüşlerle ulaştığı insan hakları anlayışı yalnızca liberalizmin özünü oluşturmamış aynı zamanda özellikle Anglosakson siyaset ve hukuk (özelikle Austin sayesinde) teorisinde uzun yıllar hakim görüş hatta tek görüş olmayı başarmıştır. Bentham’ın Ahlak ve Yasamanın İlkelerine Giriş ile Mill’in Özgürlük Üstüne adlı eserlerindeki insan hakları temellendirmesi özetle şöyledir: İnsan psikolojisinin temelinde haz ve acı ikilemi vardır ve insanın temel hareket ettiricileri olan haz ve acı onun hissedebilen bir varlık olmasına bağlıdır, aslında belli ölçüde insan bu özelliği diğer bir kısım canlılarla da paylaşır. Dolayısıyla hissedebilen bir varlığa acı vermek için iyi ve sağlam bir nedene, ciddi ve makul bir gerekçeye ihtiyaç vardır. Aksi takdirde yaptığınız hareket hem ahlaka (çünkü yalnızca olanı değil olması gerekeni de belirleyen haz ve acıdır) hem de hukuka aykırı olur. Yani hissedebilen bir varlığın bu doğal niteliği ona haklar adı altında belirli bir davranış dizisi ya da sınırı getirir.

Bu iki temellendirme de günümüzde birer çıkış noktası oluşturmaktadırlar pek çok versiyona sahiptirler. Yeni görüşler genelde bunları temel alan bileşkeler biçimindedir. Ancak özünde bunlara bir biçimde değinmeyen seküler bir düşünce yok gibidir. Bu temellendirmeler insanların kendilerini ve türdeşlerini anlamada ve onlara olan davranışlarını belirlemede hayati bir rol oynayabilirler ama yeter ki yukarıda anlatılan süreçlerde, insanların kişiliklerinin oluşumunda belirli bir paya sahip olabilsinler. Bu teorik değerlendirmenin ardından şimdide hukuk sistemimizde engellilerin hayata katılmasına ve bununla ilgili bir takım istatistiklere değinmekte yarar vardır.

Ülkemizde Engellilerin Hayata Erişimi

Engelli hakları ve özellikle eğitim hakkı konularına girmeden önce ilk olarak engelli popülasyonun genel özelliklerine kısaca değinmek faydalı olacaktır. Dünya Bankası verilerine göre dünyanın en yoksul toplumlarının %20’sini ve Dünya Sağlık Örgütü verilerine (WHO) göre genel olarak herhangi bir toplumun nüfusunun yaklaşık yüzde 10’ unu engelli kişiler oluşturmaktadır.¹

¹ Arzu Besiri, “Yoksulluk Ekseninde Engellilerin Eğitimi” TBB Dergisi, S. 83, Ankara, 2009, s. 354- 355

2002 Türkiye Özürlüler Araştırması sonuçlarına göre, engelli olan nüfusun toplam nüfus içindeki oranı %12.29'dur. Buna göre ülkemizde yaklaşık sekiz buçuk milyon kişi engelli olarak yaşamlarını sürdürmektedir.²

Türkiye genel nüfusunun % 13'ü okuma yazma bilmiyorken, engelli nüfusun % 36.3' ünün okuma yazma bilmediği görülmüştür.

Tamamlanmış eğitim durumuna göre engelli nüfus oranı verileri de genel nüfusa göre oldukça düşüktür.

Engellilerin % 41'i ilkokul mezunudur. İlkokul sonrası eğitim düzeyi ise oldukça düşüktür. Yüksek okula devam eden engelli (ortopedik, görme, işitme ve dil-konuşma engelliler) oranı % 2.24'dür.³

Bu olumsuz tablo, aynı zamanda yoksulluğun da göstergesidir. Eğitim-siz engelliler, istihdam edilememekte, sosyal güvenceye sahip olamamaktadır. Bu tablonun ortaya çıkmasında en büyük iki engel elbette **erişilebilirlik ve farkındalığın eksik oluşudur.**

Engellilerin eğitimi konusunda Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesinin 24. maddesinin 1. fıkrasında taraf devletlere eğitim- öğrenim hakkının ömür boyu olarak sağlanması yükümlülüğünün verilmesine karşın⁴ iç hukukumuzda böyle düzenlenmemiştir. İç hukukumuzda ancak 3 – 14 yaş arası çocuğun özel eğitim de dâhil olmak üzere eğitimi zorunludur⁵. Fakat iç hukukumuzda engellilerin, engelleri dolayısıyla çoğunlukla okula geç başladıkları göz ardı edilmiş ve çoğu engelli yaş haddinden dolayı bu imkândan faydalanamamıştır. Ve engelliler bu gibi sebepler yüzünden eğitim olanaklarından yararlanamamaktadırlar.

Eğitimde eşitliğin sağlanması ekonomik, sosyal ve siyasal sebeplerden ötürü sağlıklı insanlar arasında bile mümkün olmamaktadır. Bu şartlar altında engelli bireylerin eğitimde eşitlik ilkesinden yararlandığını söylemek mümkün değildir. Eğitimde eşitlik ilkesi sadece kanuni bir düzenleme olmanın ötesine geçememiştir. Türkiye'de hem engelli bireylerin eğitimini sağlayacak uzmanların yetiştirilmesinde ve istihdamında sorunlar yaşanmaktadır, hem de

2 DİE ve Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı "Aralık 2002 Özürlüler Araştırması"

3 DİE ve Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı "Aralık 2002 Özürlüler Araştırması"

4 http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/BM_Engelli.pdf

5 222 sayılı ilköğretim ve eğitim kanununun 3. maddesine ve MEB Özel Hizmet Birimleri Yönetmeliğinin 29.maddesinin 1. fıkrasına göre yazılmıştır.

engellilerin eğitim görebilecekleri derecede yeterli ve donanımlı eğitim kurumları bulunmamaktadır.⁶

Özel eğitim çoğunluktan farklı ve özel gereksinimli çocuklara sunulan, üstün özellikleri olanları yetenekleri doğrultusunda kapasitelerinin en üst düzeye çıkmasını sağlayan, yetersizliği engele dönüştürmeyi önleyen, engelli bireyi kendine yeterli hale getirerek topluma kaynaşmasını, bağımsız, üretici bireyler olmasını destekleyecek becerilerle donatan eğitimidir.

Özel eğitime ihtiyacı olan engel gruplarının hepsi için özel eğitim sağlanamamaktadır. Ülkemizde yüz binlerle ifade edilen özel eğitim gerektiren çocuktan sadece 50 bin kadarı bu eğitimden yararlanabilmektedir. Özel eğitim alanlar genelde; görme, işitme ve zihinsel engellilerdir. Hem öğrenci kapasitesi hem de özel eğitim almış eğitimciler itibarıyla bu alanda yapılanma eksikliği büyüktür.⁷

Kaynaştırma eğitiminin (engellilerle tabi normal eğitime elverişlidir raporu verilen engellilerle, engelli olmayan bireylerin beraber eğitim alması) uygulandığı okulların müdürlerinin bazılarının “okulumuzdaki öğretmenler şimdi bu engelli öğrenciye nasıl davranacağını bilemez” diyerek öğrenciyi kabul etmemesi göz göre göre çiğnenen eğitim hakkına bir örnektir.

Özürlüler İdaresi’ nin yapmış olduğu araştırma baz alınarak tespit edilen bölgeler ve engel gruplarına göre özel eğitim planlamasının yapılması ve bu okulların ülke genelinde yaygınlaştırılması ve engellilerin de bu eğitimden yararlanması sağlanmalıdır.⁸

Özel eğitimin gelişmesi için üniversitelerin engelli eğitimi veren bölümlerinde araştırma ve uygulamalar desteklenmeli, engellilerle ilgili “uygulama, araştırma merkezleri” kurulması teşvik edilmelidir.⁹ Özel eğitimin yapılabilmesi için engel grupları hakkında istatistik bilgilerin tespiti doğrultusunda engelli bireylerin eğitim hizmetlerinden yararlandırılması gerekmektedir. Yapılan eğitimlerde kaynak israfının önlenmesi için bilinçli ailelerin katılımına da izin verilmeli ve fikirleri alınmalıdır.

⁶ Besiri, s. 362

⁷ Besiri, s. 365

⁸ Besiri, s. 366

⁹ Kasım Karakaş, “Engellilerin Toplumla Bütünleşme Sorunları”, Ufkun Ötesi Bilim Dergisi, C.2, S. 2, Kasım 2002.

Engelliliğine rağmen toplum hayatında, başkalarıyla eşit düzeyde yer alma fırsatlarından yararlanabilme şansına sahip olması halinde kişi , engelli olmaktan çıkmaktadır. Engelliliğin ortadan kaldırılması, bir başka ifadeyle engellilerin sosyal hayata eşit katılımının sağlanması sosyal devletin aktif sosyal politikaları ve sosyal duyarlı kesimin katkılarıyla mümkündür. Engelli öğrencilerin mevcut durumlarıyla ilgili aylık, dönemlik ve yıllık gelişimleri takip edilmelidir, tüm engelli çocukların sağlıklı bir eğitim alabilmesi için uygun ve yasal süreç içinde fiziki ortamlarının düzenlenmesi tamamlanmalıdır. Tüm ilköğretim okullarında görev yapmakta olan öğretmenlerin özel gereksinimli çocuklar ve özel eğitim, öğretim stratejileri konusunda en az 180 saat hizmet içi eğitimden geçirilmesi gerekmektedir ve özel eğitimde yaş sınırına bakılmadan tüm engellilere hizmet sunulması için yasal düzenlemeler yapılmalıdır.¹⁰

Engellilerin içinde yaşadıkları fiziksel çevre, fiziksel işlev bozukluklarının yol açtığı sınırlamalar sebebiyle büyük önem taşımaktadır.

Yaşanılan konutlardan, kamusal yaşam alanlarına ve ulaşım araçlarına kadar tüm çevresel düzenlemelerin engellilerin özellikleri dikkate alınarak tasarlanmadığı açıkça ortadadır. Böyle yapılması aynı zamanda yapılan ayrımcılığa işaret etmekte ve bu ayrımcılıkla savaşmanın elzem olduğunu göstermektedir. Engelli kişi mevcut düzene uyum sağlayabildiği ölçüde engelli olmayanlarla beraber yaşayabilmekte aksi takdirde toplumdan dışlanmaktadır.¹¹

Halbuki bütün bu düzenlemeler, engellilerin topluma katılmasını sağlayacak bir biçimde yapılabilir. Bunun için fiziksel çevrenin yapılandırılmasında sorumlu kişi ve kuruluşların engelli kişiler konusunda bilgili olması, bilinçli ve duyarlı davranmaları sağlanmalıdır. Bu amaçla fiziksel çevrenin tasarlanması ve yapılandırılması süreçlerinde engellilerin, ailelerinin ve sivil toplum örgütlerinin katılımı sağlanmalıdır.

Örneğin metrobüs duraklarına ulaşımın ve yararlanımın engellilere yönelik olmamasından dolayı idare mahkemesinde İstanbul Büyükşehir Belediyesine dava açılmıştır. Büyük bir ihtimalle idare bu çevre düzenlemelerini yaparken bu sayılanların görüşünü almamıştır, eğer alsaydı yapılan çevre düzenlemeleri mahkemelik olmazdı.

¹⁰ Besiri, s. 372-373

¹¹ www.yok.gov.tr, Serhat Özgökçeler, **Sosyal Dışlanma Sorunsalı ve Engellilerin Sosyal Politikası Bağlamında Değerlendirilmesi**, Uludağ Üniversitesi Çalışma Ekonomisi Anabilim Dalı, Bursa, 2006.

Engellilere diğer vatandaşlar gibi başarılarını göstererek fırsat sağlamak için; engelli olarak tanımlanan bireyleri, toplumun ayrı bir kesimi olarak nitelendirmek yerine engellileri toplumun bütünleşmiş bir parçası olarak algılayabilmek ve her türlü mekanda da buna olanak sağlayabilmek gerekmektedir.

Kamusal binalara erişim, açık alanların düzenlenmesi, toplu taşımacılık ve trafik düzenlemeleri konularında yerel yönetimler meselenin sorumlusu ve yetkilisi olarak çözüm getirmek ve bütün bunları yaparken Özürlüler İdaresi Başkanlığı ile sürekli işbirliğinde olmak zorundadır.

05.07.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5378 sayılı Özürlüler Kanununun geçici ikinci maddesinde “Kamu kurum ve kuruluşlarına ait mevcut resmî yapılar, mevcut tüm yol, kaldırım, yaya geçidi, açık ve yeşil alanlar, spor alanları ve benzeri sosyal ve kültürel alt yapı alanları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından yapılmış ve umuma açık hizmet veren her türlü yapılar bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yedi yıl içinde özürliülerin erişebilirliğine uygun duruma getirilir.¹² “denmesine rağmen henüz belirgin olarak somut adımlar atılmamıştır. Kanunda yer alan yada yer almayan insan haklarından yararlanabilmek için önce erişilebilirlik ve ulaşılabilirliğin sağlanması gerekir.

Fiziksel, sosyal, ekonomik ve kültürel çevreye, sağlık ve eğitim hizmetlerine, bilgiye ve iletişime erişim engellilerin tüm insan haklarından ve temel özgürlüklerden tam yararlanmasını sağlamadaki önemli faktörlerdendir.

Sözleşmenin erişilebilirlik adıyla düzenlenen **9. maddesinin 1. bendine göre**; Taraf Devletler engellilerin bağımsız yaşayabilmelerini ve yaşamın tüm alanlarına etkin katılımını sağlamak ve engellilerin diğer bireylerle eşit koşullarda fiziki çevreye, ulaşım, bilgi ve iletişim teknolojileri ve sistemleri dâhil olacak şekilde bilgi ve iletişim olanaklarına, hem kırsal hem de kentsel alanlarda halka açık diğer tesislere ve hizmetlere erişimini sağlamak için uygun tedbirleri alacaklardır.¹³ Yani devlet engellilerin hayatını kolaylaştırmak için gerekli tüm tedbirleri almalıdır. Fakat Taksim’ de bulunan Atatürk Kütüphanesi uzunca bir süre tadilat olmasına rağmen engellilerin kütüphaneden istifade etmesi için gerekli fiziki düzenlemeler yapılmamıştır. Sözleşmenin bu hükmü kamu iradesi tarafından göz göre göre çiğnenmiştir.

Ya da kaynaştırma eğitiminin uygulandığı okulların müdürlerinin bazılarının “okulumuz bu öğrenci için elverişli değil” diye öğrenciyi kabul etme-

¹² www.ozida.gov.tr

¹³ http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/BM_Engelli.pdf

mesi de göz göre göre çiğnenen hakka başka bir örnektir. Yine de ülkemizde çok az da olsa fiziki düzenleme adına sevindirici gelişmeler olduğu da bilinmektedir.

Ayrıca engellilerin diğer sorunlarından biri de haklarını bilmemeleridir. Oysa ülkemiz tarafından da onaylanan Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi' nin **8. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde** yer alan aile dahil toplumun her kesiminde engellilere yönelik bilinci arttırmak ve engellilerin hakları ve insanlık onurlarına saygı duyulmasını teşvik etmek ve yine aynı maddenin **2. fıkrasının c bendinde** yer alan antlaşmaya taraf devletlerin acil, uygun ve etkin tedbirleri almayı taahhüt ettiğine dair **“Tüm kitle ile iletişim araçlarında engellilerin işbu Sözleşme'nin amacına uygun bir yaklaşımla tanımlanmasını cesaretlendirmek”** hükmü maalesef tam anlamıyla devletimiz tarafından uygulanamamıştır. Engellilerin daha iyi ve yakından tanınması sağlanarak, önyargılar kırılamamıştır. Yine aynı maddenin **2. fıkrasının d bendinde yer alan engellilere ve haklarına ilişkin bilinci artırıcı eğitim programlarını desteklemek hükmü gerçekleştirilememiştir.**¹⁴ Engellilerin engelli maaşı gibi maddi konular haricinde (hatta bazıları bundan da haberdar değil) bilgilendirilmesi eksik olunca, engelli kişiler haklarının ihlal edildiğini bilseler dahi, nereye ve nasıl başvuracaklarını bilmemekte ve haklarını arayamamaktadırlar. Örneğin; Karayolları Taşıma Yönetmeliği' nin 57. maddesine dayanarak; şehirler arası otobüslerde %40 ve üzeri engellilere %30 indirim yapılmaktadır.¹⁵ Bu yönetmelik değişmeden önce ise %40 ve üzeri engellilere %50 indirim yapılacağı belirtilmişti. Karayolu Taşıma Kanunu' nun 11. maddesine göre; **Ücret tarifelerine uyulması ve bu tarifelerin görülebilecek şekilde işyeri, terminal ve bilet satış yerlerine asılması ve taşıtlarda bulundurulması zorunludur.**¹⁶

Fakat bu düzenleme de firmaların çalışanlarının yönetmelik düzenlemesini bilmemesi ve firmaların kanundan doğan sorumluluklarını yerine getirmeyip, bu tarifeleri gerekli yerlere asmamaları yüzünden uygulanamamıştır.

Bu gibi aksaklıkların önlenmesi için, özellikle devlet, kendi kanallarında engellilerin haklarının anlatımını içeren konulara yer vermelidir. Engelliler de haklarını öğrenmek için çaba göstermelidirler ve haklarını aramaktan da vaz-

14 http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/BM_Engelli.pdf

15 www.ozida.gov.tr

16 www.ozida.gov.tr

geçmemelidirler. Engelli haklarının kullanılabilmesi için engelliler sosyal yaşama katılmalı ve hukuktan da destek almalıdırlar.

Aslında tüm insan hakları bir bütündür ve birbirlerini desteklemektedirler. Biri olmadan bir diğer hakkı kullanmak zordur.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası' nın 90. maddesinin 5. fıkrasında “ Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 07/05/2004 - 5170 S.K./7. md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” denilmiştir. Yani T.C. Devleti uluslar arası sözleşmelerde yer alan yükümlülüklerine uymak zorundadır. T.C. Devleti ise BM Engelli Hakları Sözleşmesini kabul etmiştir. Yani T.C. Devleti BM Engelli Hakları Sözleşmesindeki yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadır.

Son olarak şunu söylemek istiyorum: Engelli haklarının sadece kanunlara ve sözleşmelere yani yasal mevzuata girmiş olması yetmez, ayrıca bu hakların uygulanabilir olması gerekir. Engellilerin kanuni haklarını bilmeyen ve bu Kanunları uygulamakla görevli memurlar ve diğer yetkili kişiler engellilere bir dizi sorun çıkarmaktadırlar. Bu ve benzeri aksaklıkların önlenmesi için öncelikle ilgili bu kişilere bu haklar konusunda eğitim verilmesi zorunludur. Fakat burada verilmesi önerilen eğitimden çok daha önemli olanı toplumun engellilere karşı olan ön yargılarını kırmak, fırsat verilirse engellilerin de çok başarılı olabileceklerini topluma anlatmak ve farkındalık sağlamaktır. İşte bu yüzden anaokulundan başlayarak engellilerin öteki olmadıklarını anlatan eğitimlerin verilmesi gerekmektedir.

Çalışma Yaşamında Özgürlük

Doç. Dr. E. Murat ENGİN

GİRİŞ

Özürlülerin korunmasını ve toplum hayatına katılmalarını sağlayıcı tedbirleri alma görevini devlete yükleyen Anayasa m. 61 ve sosyal devlet ilkesinin sonucu olarak İş K. m. 30 ile işverenlere belirli bir kota dahilinde özür-lü istihdamı zorunluluğu yüklenmiştir. İlk kez 1971 yılında yapılan kanun de-ğişikliğiyle yürürlüğe giren bu düzenlemeyle elli ve daha fazla sayıda işçi ça-lıştıran işverenlere belirli bir oranda özürlü istidamı zorunluluğu yüklenmiş ve bu yükümlülüğün yaptırımını önemli miktarda idari para cezası olarak belir-lenmiştir. Aradan geçen kırk yıllık süre boyunca özürlülerin toplum ve çalış-ma yaşamına katılmaları amacına yönelik tek düzenleme olarak kalan istih-dam zorunluluğunun ne ölçüde başarılı olduğu tartışmaya açıktır. Diğer yan-dan, 2005 yılında yürürlüğe giren 5378 sayılı Kanun bu konuda olumlu bir gelişme olarak kaydedilmelidir. 5378 sayılı Kanununun yürürlüğe girmesine kadar geçen uzun dönemde İş Kanununun istihdam zorunluluğuna ilişkin hü-kümleri özürlülerin çalışma hakkına ilişkin tek yasal dayanak olarak kalmış-tır. 5378 sayılı Kanun ise özürlülerin çalışma hakkını kapsamlı bir şekilde dü-zenlemektedir.

5378 sayılı Kanun m. 1 ile kanunun amacı, özürlülüğün önlenmesi, özür-lülerin sağlık, eğitim, rehabilitasyon, istihdam, bakım ve sosyal güvenliğine ilişkin sorunlarının çözümü ile her bakımdan gelişmelerini ve önlerindeki en-gelleri kaldırmayı sağlayacak tedbirleri alarak topluma katılımlarını sağlamak ve bu hizmetlerin koordinasyonu için gerekli düzenlemeleri yapmak olarak açıklanmaktadır. 5378 sayılı Kanun ve diğer ilgili mevzuat, temelde, İş K. m. 30 uyarınca Türkiye İş Kurumuna kayıt yaptırarak zorunlu istihdam kotasın-dan yararlanmak isteyen özürlülerin mesleki eğitimleri ve işe yerleştirilme sü-recini düzenlemekte ve özürlülerin bu kapsamda istihdam edilebilirliğini ar-tırma amacını taşımaktadır.

Diğer yandan, BM Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme Türkiye tarafından onaylanarak yürürlüğe girmiştir¹. Sözleşmede, özürliülerin çalışma hakkı ve istihdamlarına ilişkin genel ilkelere yer verilmektedir. Bu ilkelere, işe alım ve istihdamda ayrımcılığa karşı korunmaları, mesleki rehabilitasyon ve kota sistemi gibi tedbirlerle özürliülere pozitif ayrımcılık uygulanması, mesleki eğitim, istihdam ve çalışma ilişkisinde fırsat eşitliği olarak sayılabilir.

Çalışmamızın konusu, BM Sözleşmesi ışığında özürliünün istihdama hazırlanması ve istihdam sürecine ilişkin mevzuat hükümleri BM Sözleşmesi ışığında incelenmesidir.

I. TÜRKİYE İŞ KURUMUNUN ÖÖZÜRLÜLERİ İSTİHDAMA HAZIRLAMA GÖREVİ

1. Türkiye İş Kurumuna Kayıt ve Sağlık Kurulu Raporu Alma Zorunluluğu

4857 sayılı İş Kanunu m. 30 a göre, elli ve daha fazla sayıda işçi çalıştıran özel sektör işverenleri % 3 oranında, kamu işverenleri % 4 oranında özürliüyü meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler. İşverenler, çalıştırmakla yükümlü oldukları işçileri Türkiye İş Kurumu aracılığı ile sağlarlar.

Yine aynı madde kapsamında çalıştırılacak işçilerin nitelikleri, hangi işlerde çalıştırılabilecekleri, bunların işyerlerinde genel hükümler dışında bağlı olacakları özel çalışma ile mesleğe yönltilmeleri, mesleki yönden işverence nasıl işe alınacaklarının bir yönetmelikle düzenleneceği hükme bağlanmaktadır.

İş Kanunu m. 30 kapsamında istihdam edilmek isteyen özürliünün Kuruma kayıt yaptırmayı zorunludur². Ancak, kayıt yaptıracak olan özürliünün öncelikle sağlık kurulu raporu alması ve bu raporu Kuruma sunması gerekmektedir (İşe Yerleştirme Hizmetleri Yön. m. 5.c).

Buna göre, özürliünün istihdamında ilk koşul, sağlık kurulu raporu alması ve bu rapora göre çalışabilir olduğunun tespiti dir. Özürliülere verilecek sağlık raporları hakkındaki Yönetmelik³ ile, özürliülere sağlık raporu verebilecek

¹ RG. 18.12.2008, sa. 27084

² Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik m. 4, RG, 25.04.2009, sa.27210

³ Özürliülük Ölçütü, Sınıflandırması, Özürliülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik, RG. 16.07.2006, sa. 26230

yetkili kuruluşlar düzenlenmekte ve istihdam amacıyla verilecek raporlarda kişinin sağlığına etkisi dikkate alınarak çalışamayacağı işlerin niteliğinin genel olarak belirtileceği hükme bağlanmaktadır(m. 9.4).

Sağlık raporu özürünün istihdam edilebileceği uygun işlerin tespiti yönünden gerekli olsa da, geçmiş yıllarda sağlık kuruluşları veya bu kuruluşların ilgili bölümlerinin özürülerin istihdam edilebilirliği konusunda genellikle yetkin olmamaları özürünün istihdamına engel olabilmekteydi. Özürülük oranının uzuvlarda fonksiyon kaybına bağlı teknik kıstaslarla belirlendiğinden, bedensel özür oranı yüksek olsa da fikri emeğiyle çalışması mümkün olan özürülere çalışamaz raporu verilmesi bu özürülerin Kurum aracılığıyla veya bağımsız olarak istihdamlarına engel olabilmekteydi. Sağlık raporları hakkında Yönetmeliğin son şekline göre ise, özürülüye verilecek raporda çalışabilir/çalışamaz ibareleri yerine açıklama yapılarak özürünün çalışamayacağı işlerin belirtilmesi gerekmektedir. Güncel uygulamada da yönetmeliğin son şekline uygun olarak, örneğin, “kas gücüne dayalı işlerde çalışamaz” , “işyeri koşulları uygun olduğu takdirde çalışabilir” gibi açıklayıcı ibarelerle rapor tanzim edildiği görülmektedir. Yönetmelikle uzman sağlık kuruluşlarının belirlenmesi ve rapor biçiminin değiştirilmesi olumlu bir gelişmedir.

Özürünün Kuruma kayıt yaptırarak zorunlu istihdam kapsamına girmesi için sağlık kurulu raporuna göre çalışma gücünün en az %40 ından yoksun olması gerekir⁴.

2. Özürülerin mesleki eğitim ve mesleki rehabilitasyonu

Türkiye’de özürülü istihdamını sınırlayan engellerin başında özürülerin eğitim düzeyi ve mesleki eğitimleri gelmektedir. Özürülü çocuk ve gençlerin eğitiminde zihniyet ve eğitim kurumlarının fiziki yetersizliği gibi ilk ve orta öğretimde halen önemli güçlükler yaşandığı gibi, mesleki eğitim ve sonradan özürülü olan bireylerin mesleki rehabilitasyonu konusunda bu güne kadar yeterli mesafe alındığı söylenemez.

Bununla birlikte, 5378 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat, mesleki eğitimin geliştirilerek yaygınlaştırılmasına yönelik kapsamlı düzenlemeler getirmektedir. 5378 sayılı Kanun m. 13/I e göre, özürülerin yeteneklerine göre mesleğini seçme ve bu alanda eğitim alma hakları kısıtlanamaz. Özürülerin yetenek-

4 Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik m. 3.e

leri doğrultusunda yapabilecekleri bir işte eğitilmesi, meslek kazandırılması, verimli kılınarak ekonomik ve sosyal refahının sağlanması amacıyla meslekî rehabilitasyon hizmetlerinden yararlanmasının sağlanması esastır.

Böylece, özürliülerin anayasal eğitim ve çalışma haklarını genel hükümle ifade eden Kanun 12 ve 13. maddelerinde iş ve meslek analizi ile mesleki rehabilitasyondan sorumlu kuruluşları düzenlemektedir. İş ve meslek analizi başlığını taşıyan m. 12 ile, özür türlerini dikkate alan iş ve meslek analizlerinin, Özürliüler İdaresi Başkanlığının koordinatörlüğünde Millî Eğitim Bakanlığı ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yapılacağını, bu analizlerin ışığında özürliülerin durumlarına uygun meslekî rehabilitasyon ve eğitim programlarının anılan kurumlarca geliştirileceğini hükme bağlanmaktadır.

Mesleki rehabilitasyon başlığını taşıyan m.13/I e göre, bu alandaki hizmetler hizmet satın alınması suretiyle gerçek veya tüzel kişilerce açılacak özel meslekî rehabilitasyon merkezlerinden alınabilir. Aynı maddeye göre, mesleki eğitim hizmeti belediyeler tarafından da verilir.

Maddede hizmeti satın alacak kurum belirtilmemekle birlikte, Türkiye İş Kurumu Kanunu m. 3, iş ve meslek analizlerini yapmak veya yaptırmak, işgücünün istihdam edilebilirliğini artırmaya yönelik işgücü yetiştirme, mesleki eğitim ve işgücü uyum programlarını geliştirme ve uygulama görevlerini Kuruma vermektedir. Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik⁵ m. 12 ile de Kurumun özürliülere yönelik mesleki eğitim programları uygulayacağını ya da bu hizmeti yaptırabileceğini hükme bağlamaktadır. Özel kişilerce verilecek mesleki eğitimin niteliği ve koşulları Özel Mesleki Eğitim ve Rehabilitasyon Merkezleri Hakkında Yönetmelik⁶ ile düzenlenmektedir.

Özel Mesleki Eğitim Yönetmeliğine göre, özel mesleki rehabilitasyon merkezlerinin kuruluşu ve faaliyetleri Türkiye İş Kurumunun uygun görüşü alınarak özel öğretim kurumları mevzuatına göre yürütülür(Yön. m. 5). Mesleki rehabilitasyon hizmetinden yararlanmak isteyen özürliülerin en az % 40 oranında özürliü olması, on beş yaşını bitirmiş olması ve Türkiye İş Kurumuna kayıtlı olması gerekir. Kurum kendisine kayıtlı özürliüyü söz konusu merkezlere yönlendirecektir. Özürliü doğrudan merkeze başvurduğu takdirde merkez

5 4447 sayılı İşsizlik S.K. m. 48, 4857 sayılı İş K. m. 30, 90 ve 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu K m. 3 gereği yayınlanan bu Yönetmelik(RG. 25.04. 2009, sa. 27210) ile 2004 tarihli Özürliü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamı Hakkında Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.

6 RG. 02.05.2006, sa: 26156

bu başvuruyu Kuruma bildirmekle yükümlüdür(Yön. m. 11 ve 12). Mesleki eğitimi tamamlayan özörlöler merkez tarafından Türkiye İş Kurumuna kayıt yaptırılması için bildirilmek zorundadır(Yön. m. 5).

Buna göre, özörlölerin mesleki rehabilitasyonu konusunda görevli kamu kuruluşu Türkiye İş Kurumu olup, Kurum bu hizmeti özel gerçek veya tüzel kişiler aracılığıyla da gerçekleştirebilecektir. Yine, belediyeler de bu hizmeti vermekle görevlendirilmişlerdir. Bugüne kadar sadece Türkiye İş Kurumu tarafından ancak belirli illerde verilen özörlölere yönelik mesleki eğitimin yine Kurum denetimi altında yaygınlaştırılması bakımından bu düzenlemeler olumludur.

II. İŞVERENİN İSTİHDAM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1. Kurumun Aracılık Görevi ve İstihdam Süreci

İş Kanunu m. 30, işverenlerin istihdam etmek zorunda oldukları özörlölöri Türkiye İş Kurumu aracılığıyla sağlayacağını hükme bağlarken, işveren ve Kurum arasındaki istihdam sürecinin işleyişi Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik ile düzenlenmektedir.

Özörlö istihdamı yükümlölöğü kapsamına kanun ve yönetmelikte belirtilen istisnalar dışında sektör ve işkolu ayrımı yapılmaksızın tüm işverenler girmektedir. Bu konudaki istisnalar, yer altı ve sualtı işleri özel güvenlik hizmetlerinde çalışanlardan ibarettir(Yön. m. 11.2 ve 3).

İşverenler, çalıştırmakla yükümlö oldukları özörlö işçileri Kurum aracılığı ile sağlarlar(Yön. m. 13.1). Özel sektör işverenleri, çalıştırmakla yükümlö bulundukları işçileri, yükümlölöğün doğmasından itibaren beş iş günü içinde niteliklerini de belirterek Kurumdan talep etmekle ve özörlö açığını yükümlölöğün doğduğı tarihten itibaren otuz gün içinde karşılamakla yükümlödür(Yön. m. 14.1, 15.1). Özörlö talebinde işin gerektirdiğı ağırlıklı vasıfların üstünde istihdamı zorlaştırıcı şartlar öne sürülemez, işin niteliğı gerektirmedikçe özür oranına üst sınır getirilemez, özür grupları arasında ayırım yapılamaz(Yön. m. 14.2 ve 3).

Kurum, özel sektör işverenin özörlö talep tarihinden itibaren en geç on gün içinde, başvuranlardan nitelikleri uygun özörlölöleri durumlarını ve niteliklerini belirten belgelerle birlikte işverene gönderir. İşveren, özörlö açığını en geç on beş gün içinde Kurum tarafından gönderilenler ya da Kurum portalında kayıtlı diğör özörlö iş arayanlar arasından bizzat seçebilir. İşe alınanla-

rı ve alınmayanları, alınmayış nedenlerini de belirterek Kuruma bildirir. İşveren, özürlü açığını kendi imkanlarıyla temin edeceği özörlöler ile de karşılayabilir. (Yön. m. 15.2).

Yeni yönetmeliğin istihdam sürecinde Kurumun görevlerine ilişkin bu hükümleri yürürlükten kaldırılmış olan eski yönetmelik⁷ten önemli ölçüde farklıdır. Eski yönetmelikte, Kurumun işverenin bu talebinden itibaren en geç onbeş gün içinde niteliklerini uygun gördüğü özörlölerden, talep sayısından az olmamak üzere temin edebildiklerini, işverene göndereceğı, işverenin işe alınanları ve alınmayanları alınmayış nedenlerini de belirtmek suretiyle yazılı olarak Kuruma bildireceğı, Kurumun son olarak işverene, kayıtlı özörlü meslek ve öğrenim durumlarını içeren listelerle birlikte işverene göndererek işyerindeki açık kontenjanların bu listelerden veya gönderilenlerden karşılanması isteyeceğı hükme bağlanmakta idi.

Buna göre, eski yönetmelikte işverene gönderilen özörlöleri bir kısmının istihdam edilmeyerek açığın kapatılmaması halinde Kurumun ikinci bir kez özörlü listesi gönderilmesi ve işverenin bu ikinci listeden seçim yaparak açığı kapatma zorunluluğı bulunmakta idi. Yeni yönetmeliğe göre ise, Kurum işverenin talebi üzerine bir defaya mahsus olarak özörlü göndermekle yükümlü olup, açık kontenjan kalması halinde işveren bu açığı Kurum portalından bizzat seçerek veya Kurum dışından kendi imkanlarıyla istihdam edecek özörlü bularak kapatmak zorundadır.

İşverenin özörlü açığını Kurum portalından bizzat seçerek kendi ihtiyaçlarına uygun kişilerle özörlü açığını kapatma imkanı tanınması olumludur. İşverenin Kurum portalından seçeceği özörlöler de yine Kurum aracılığı ile sağlanmış olacaktır.

Buna karşılık Yönetmelikle, Kurum dışından kendi imkanlarıyla özörlü temin ederek açığını kapatma yükümlölüğü getirilmesi üzerinde durulmayı gerektirmektedir.

2. İşverenin Kurum Aracılığı Dışında Kendi İmkanlarıyla Özörlü Temin Etme Yükümlölüğü Hukuka Uygun mu?

Eski yönetmelik, işverenin dışarıdan özörlü temin ettiğı takdirde bu yolla istihdam ettiğı özörlü işçileri Kuruma tescil ile yükümlü olduğunu belirtmekle yetinmekte idi. Yeni yönetmeliğe göre de, Kurum aracılığı olmadan özörlü

⁷ Yön. m. 22 ile yürürlükten kaldırılmış olan Özörlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamı Hakkında Yönetmelik

istihdam eden özel sektör işverenin, özürünün işe başlama tarihinden itibaren bu durumu en geç onbeş iş günü içinde Kuruma bildirmesi ve tescil ettirmesi zorunludur. Kurum tarafından tescili yapılmayan işçi özürlü statüsünde değerlendirilmez (Yön. m. 13.2). Söz konusu tescil yükümlülüğünün Kurum kayıtlarının güncellenmesi ve işverenlerin kontenjanlarının takibinin doğru yapılmasına yönelik olduğu açıktır.

Buna karşılık, eski Yönetmelikten farklı olarak yeni Yönetmelik, Kurum aracılığı ile açığını kapatamayan işverene kendi imkanları ile özürlü temin ederek açığını kapatması yönünde bir yükümlülük getirmektedir.

Halbuki, İş Kanunu m. 30, işverenin çalıştırmakla yükümlü olduğu özür- lü işçileri Kurum aracılığı ile sağlayacağını belirterek bu konuda tek yetkili ve sorumlunun Kurum olduğunu açıkça hükme bağlamakta, istihdam edile- cek özürünün işveren tarafından teminini öngörmemektedir. Öncelikle, Ka- nun sözleşme özgürlüğünü sosyal amaçla sınırlandırmaktadır. Anayasal öz- gürlüklerin sınırlandırılmasında kanunilik ilkesi gereği, sözleşme özgürlüğü ancak kanun hükmünün açık lafzıyla sınırlanabilir. Bu sınırlama alanı dışında sözleşme özgürlüğü esastır. Kanunilik ilkesine uyulmaması ise, her idari biri- min keyfi düzenlemeler yapması ve kişilerin özgürlük alanlarının yasama de- ğil yürütme tarafından daraltılmasına neden olur. İşveren, kanuni yükümlülü- ğü dışında ve sözleşme özgürlüğü çerçevesinde Kurum aracılığı olmadan da her zaman özürlü kişileri istihdam edebilir. Ancak, Kanunla getirilen sınırla- mayı aşan bir şekilde yönetmelik gibi bir düzenleyici idari işlemle Kurum dı- şından özürlü istihdam zorunluluğunun getirilmesi kanunilik ve hukuk devle- ti ilkelerine aykırıdır.

Söz konusu Yönetmelik hükmünün hukuk devleti ilkesine aykırı olan bir diğer yönü, dışarıdan istihdam yükümlülüğünün sadece özel sektör işvereni- ni bağlaması, kamu işverenin bu zorunluluktan muaf tutulmuş olmasıdır.

Kurum aracılığı dışında istihdamın kanunda düzenlenmemiş olmasının esas nedeni, kanun koyucunun özürlü istihdamında işverenden önce idareye görev yüklemiş olmasıdır. İş Kanunu m. 30, özür- lülerin içinde bulundukları fiziki, sosyal ve ekonomik nedenler ile toplumsal önyargılar sonucu iş bulma- larının güç olması gerçeğinden hareketle ve sosyal koruma amacıyla işveren- lere istihdam zorunluluğu yüklerken, bu zorunluluğun amaca uygun biçimde yerine getirilmesi için, işverenden önce Kuruma, özür- lüyü istihdama hazırla- ma görevini vermektedir. İstihdam zorunluluğuna ilişkin mevzuat gereği Ku- rum, özür- lülerin mesleki rehabilitasyonu, sağlıkları yönünden çalışabilir du- rumda olduklarının tespiti ile görevlidir. Böylece, özür- lü ve eski hükümlülerin

mümkün olduğu ölçüde uygun işlerde istihdama ve toplum yaşamına uyum sağlamaya hazır hale gelmeleri Kurumun görevidir. Bu nedenledir ki İş K m. 30, işverenin özürlü ve eski hükümlüleri Kurum aracılığı ile sağlaması esasını düzenlemiştir.

Halbuki, işverenin Kurum dışından kendi imkanlarıyla özürlü istihdamı zorunda bırakılması kanun koyucunun amacına aykırı sonuçlara yol açmaktadır. Özürlü istihdamının önündeki en büyük engellerden biri, işverenlerin özürlülerin verimliliği konusunda genellikle önyargılı olmalarıdır. Bu nedenle kimi işverenlerin, Kurumla muhatap olmadan salt kağıt üzerinde kontenjani doldurmak için kendi imkanlarıyla buldukları, ancak fiilen çalıştırmadıkları özürlüleri asgari ücret üzerinden sigortalı göstermeleri eskiden beri bilinen yaygın bir uygulamadır. Bu uygulamanın temelinde basit bir hesap yatmaktadır. İş K m. 101 de hükme bağlanan ve her yıl yeniden değerlendirme ile artırılan idari para cezası asgari ücretin yaklaşık iki katı tutarındadır. Özürlü kişiyi işyerinde fiilen çalıştırmak istemeyen işveren, idari para cezasından kaçınmak amacıyla çalışmadan evinde yaşamaya devam eden özürlüyü asgari ücret üzerinden sigortalı göstererek prim ödemeyi tercih etmektedir. Yasa koyucunun, özürlülerin üretken kılınarak insan onuruna uygun bir yaşam sürmelerini amacına aykırı olmasına rağmen yıllardır süren bu kanuna karşı hile, başta Bakanlık ve Kurum olmak üzere herkes tarafından bilinmekle beraber, sessiz kalınmaktadır.

Eski yönetmelikte işverene salt bir imkan olarak tanınan Kurum dışından özürlü işçi istihdamının yeni yönetmelikte, üstelik bir yükümlülük olarak düzenlenmesi insan onuruna aykırı bu uygulamalara adeta meşru bir zemin kazandıracak niteliktedir.

Zorunlu istihdam kotasının kağıt üzerinde öyle veya böyle dolması için insan onuruna aykırı uygulamalara göz yumulması ve hatta desteklenmesinden kotaların dolmaması tercih edilmelidir. Esasen, bu gibi uygulamalara rağmen otuz yıllık zorunlu istihdam yönteminin sonuçları da iç açıcı değildir. Bir yandan özürlüler mevzuatı geliştirilirken diğer yandan temel mantığın değişmemesi düşündürücüdür.

3. İstihdam Yükümlülüğüne Aykırılığın Yaptırımı: İdari Para Cezası

Özürlü istihdamı yükümlülüğünün ihlalinin yaptırımı İş K. m. 101 de idari para cezası olarak düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “Bu Kanunun 30 uncu maddesindeki hükümlere aykırı olarak özürlü ve eski hükümlü çalıştırmayan

işveren veya işveren vekiline çalıştırmadığı her özürlü ve eski hükümlü ve çalıştırmadığı her ay için yediyüzelli milyon lira para cezası verilir. Bu para cezası, her yıl yeniden değerlendirme esaslarına göre artırılmaktadır.

İş Kanunu idari para cezalarına karşı yargı yolunu ayrıca düzenlemediğinden, bu konuda genel hüküm olan 5326 sayılı Kabahatler Kanunu uygulanacaktır. Kabahatler Kanunu çeşitli hükümleri ile boşluk bulunan hallerde genel kanun niteliğinde olan Türk Ceza Kanununa yollama yaparken, idari suç ve cezalara hakim olan ilkeleri açıkça düzenlemektedir. Bu ilkeler kanunilik, şahsılık, kusur, yargı yolunun açık olması ilkeleri olarak sıralanabilir⁸.

Bu ilkelerden en önemlisi olan kanunilik ilkesini düzenleyen 5326 Sayılı Kanun m. 4 e göre, hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir. Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı ise, ancak kanunla belirlenebilir⁹.

İdari ceza hukukunda kanunilik ilkesi ceza hukukuna göre nispeten esnek bir anlama sahiptir. Kabahatler Kanunu m. 4 ile düzenlendiği üzere, kabahat oluşturan fiil kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi, kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği idarenin genel ve düzenleyici işlemlerine bırakılabilir. Kabahatler Kanununun kabul ettiği böyle bir esnekliğin amacı idareye sağlık, trafik, kolluk gibi alanlarda hızlı değişen şartlara uygun hızlı değişiklikler yapma olanağını tanımaktır. Anayasa Mahkemesi de sık değişen tedbirler alınmasına lüzum görülen hallerde zamanında tedbir alma gereği karşısında kanun koyucunun esaslı hükümleri tespit ettikten sonra idareye yetki vermesinin gerekli olduğunu ifade etmektedir. Bununla birlikte, Mahkemeye göre, idare yasal belirleme ve dayanak olmadan herhangi bir davranışın yaptırım gerektirdiğini takdir edip kendi yetkisiyle kural koyamaz¹⁰. Kanunilik ilkesinin doğal sonucu olarak, kıyas yoluyla yeni bir suç ihdas edilemeyeceği gibi, idari cezayı gerektiren davranışlar da kıyas yoluyla uygulanamaz.

İş Kanunu m. 101 de düzenlenen idari para cezasının uygulanabilmesi için İş K. m. 30 ve yönetmelik hükümlerine göre özürlü istihdamının gerçekleştirilmemiş olması gerekir. Yukarıda belirttiğimiz gibi kanun ve yönetme-

8 Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. bası 2008, s. 221

9 Centel/zafer/Çakmut, s. 221

10 AYM E. 1987/16, K. 1988/18, RG. 23.08.1988, sa. 19908

lik, istihdam süreci ile ilgili olarak işveren yanında Kuruma da görev yüklemekte, işverenin ve kurumun yükümlülüklerini karşılıklı olarak düzenlemektedir. İstihdam sürecinde işveren;

- a. İstihdam edeceği özörlöleri Kurumdan yazılı olarak talep edecek,
- b. Kurum bu talep üzerine temin edebildiğı özörlöleri niteliklerine ilişkin belgelerle birlikte işverene gönderecek,
- c. İşveren gönderilenleri uygun gördüğü ölçüde işe alacak, makul gerekçelerle işe alınmayanları nedenleri ile birlikte Kuruma yazılı olarak bildirecek,
- d. Boş kontenjan kaldığı takdirde istihdam edeceği özörlöleri Kurum portalından bizzat seçerek özörlö istihdam edecektir.

Buna göre işveren, Kurumdan hiç talepte bulunmaması veya talepte bulunduktan sonra Kurumun gönderdiği özörlöleri istihdam etmediğı ya da Kurum portalından seçerek yükömlö olduğı kotayı tamamlamadığı takdirde idari para cezası uygulanacaktır.

Kurum aracılığı veya Kurum portalından bizzat seçme yoluyla yükömlölüklerini yerine getirmeyen işverene idari para cezası uygulanması mümkün olmakla birlikte, Yönetmeliğın Kurum aracılığı dışında özörlö istihdam etme yükömlölüğünü düzenlediğinden hareketle idari para cezası uygulanamayacağı kanısındayız. Gerçekten, yukarıda açıklamaya çalıştığımız gibi, gerek anayasal özörlölüklerin sınırlandırılmasında, gerek suç ve cezada kanunilik ilkesine açıkça aykırı olan yönetmelik hükmüne dayanılarak idari para cezası tahakkuk ettirilemez. Gerçi, yürörlöteki yönetmeliğın aksine Kurum aracılığı dışında özörlö istihdamını bir seçenek olarak düzenleyen eski yönetmelik döneminde dahi işverenin Kurum aracılığı olmadan da özörlö istihdam edebileceğinden bahisle yüksek idari para cezalarının uygulandığı görölmekte idi. Ancak, böyle bir idari para cezası uygulaması geçmiş dönemde olduğı gibi bu dönemde de hukuka aykırı niteliktedir.

4. İstihdamda Ayrımcılık Yasağı

a. Hukuki Yaptırım

5378 sayılı Kanun ile getirilen en önemli düzenlemelerden biri, özörlölölerin istihdamında ayrımcılık yasağına ilişkin 14. maddedir. Maddede, işverenin işe alımda, iş seçiminden başvuru formları, seçim süresi teknik değerkendirme, önerilen çalışma süreleri ve şartlarına kadar olan safhaların hiçbirinde

özürlülerin aleyhine ayrımcı uygulamalarda bulunamayacağı, çalışan özürlülerin aleyhinde sonuç doğuracak şekilde, özürlüyle ilgili olarak diğer kişilerden farklı muamelede bulunulamayacağı hükme bağlanmaktadır.

Özellikle belirtelim ki, ayrımcılık yasağı sadece İş K. m. 30 a göre zorunlu istihdam kapsamına giren özürlülerin değil, bu madde kapsamında olsun olmasın tüm özürlülerin istihdamında uygulama alanı bulmaktadır.

Ayrımcılık yasağı 5378 sayılı Kanunun getirdiği en önemli düzenlemelerden biridir. Ayrımcılık yasağı AB mevzuatı ve AB'ye üye ülkelerde de geniş bir uygulama alanı bulunmakta olup, somut bir iş için yeterli olan bir özürlüye karşı işe giriş prosedürü, işe alınma, mesleki ilerleme, işten çıkarma, ücret gibi çalışma koşullarında ve mesleki eğitim alanında özürlülük temeline dayalı ayrımcı muamelede bulunulmasını engellemeyi hedeflemektedir.

Maddenin ilk fıkrası incelendiğinde hükmün salt işe alınma sırasında ayırım yasağını düzenlediği sonucuna varılabilecektir. "İşe alımda" ifadesi bu sonucu çıkarmaya elverişlidir. Ancak, ikinci fıkranın "çalışan özürlülerin aleyhine sonuç doğuracak şekilde...farklı muamelede bulunulamaz" şeklindeki düzenlemesi ile işe alım, işin devamı ve işin sona ermesi olmak üzere istihdamın her aşamasında ayrımcılık yasağı hükme bağlanmıştır.

5378 sayılı Kanun m. 14 genel hüküm niteliğinde olup, yasağın ihlali halinde uygulanacak yaptırımlar ayrıca düzenlenmediğinden yaptırım konusunda özel kanun hükümleri uygulanacaktır.

Ayrımcılık yasağını ve yaptırımına ilişkin özel düzenleme İş K. m. 5 hükümüdür. İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacağı belirtilen maddede, iş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında dört aya kadar ücreti tutarında makutu bir tazminat ile yoksun bırakılan haklarını talep edebileceği hükme bağlanmaktadır.

Ayrımcılık yasağına ilişkin AB yönergelerini temel alan İş K. m. 5 te özürlüler özel olarak belirtilmemekle birlikte, maddede geçen "ve benzeri" ifadesinden de anlaşılacağı üzere, ayrımcılığa karşı koruma alanına özürlülerin de girdiği kabul edilebilir. Nitekim, AB hukukunda ayrımcılığa karşı korumaya ilişkin genel düzenleme olan 2000/78 sayılı AB Yönergesi özürlülerini de açıkça koruma kapsamına almaktadır.

5378 sayılı Kanun ve 4857 sayılı İş K. m. 5 temelinde özürlülerin istihdamda korunma süreci işe alım, işin devamı ve iş sözleşmesinin sona ermesinde koruma olarak üç safhada değerlendirilebilir.

5378 sayılı Kanun, işe alım sürecinin bütününe kapsar şekilde iş seçiminden başvuru formları, seçim süresi teknik değerlendirme, önerilen çalışma süreleri ve şartlarına kadar olan safhaların hiç birinde ayrımcılık yapılamayacağını hükme bağlamaktadır. İş Kanunu m. 30 kapsamında istihdam edilen özörlöler yanında, işyerine Kurum aracılığı olmaksızın başvuran özörlölerin henüz başvuru formu aşamasında elenmesi ayrımcılık yasağının ihhlalidir. 5378 sayılı Kanun başvuru formları konusunda genel ilkeyi koymakla birlikte, başvuru formlarının içeriğine ilişkin ayrıntılı düzenlemenin İş Kanunu ile gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Nitekim, AB üyesi ölkelerinde iş başvuru formlarının ve özgeçmişlerin hangi bilgileri içereceğı, hangi bilgilerin ise talep edilmeyeceğı, yine seçim süreci ve teknik değerlendirmede değerlendirmeyi yapan kişi ve birimlerin işçi adayına soru sorma ve bilgi talep biçimi ayrıntılı yasa hükümleriyle düzenlenmektedir.

Kanımızca, işe alımda ayrımcılık konusunda İş K. m. 5 ile 5378 sayılı Kanun hükmü birlikte değerlendirilmelidir. İş Kanunu m. 5, işe alımda ayrımcılık yasağını sadece cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayrımcılıkla sınırlı olarak düzenlemekte, yine yaptırıma ilişkin 6. fıkrasında “İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine” aykırılık halinde uygulanacak yaptırımı hükme bağlamaktadır. Böylece kanunun lafzına bağılı kalındığı takdirde özörlölerin işe alımında ayrımcılığa uğraması halini İş K. m. 5 kapsamında değerlendirme imkanı bulunmayacaktır. Bununla birlikte, gerek 5378 sayılı Kanunun genel hüküm niteliğı, gerek özörlölünün işe alımında ayrımcılığı özel olarak düzenlemesi nedeniyle özörlöler bakımından İş Kanununda düzenleme boşluğu bulunmadığı, yaptırıma ilişkin 6. fıkranın işe alımda özörlölüye ayrımcılık yapılmasında uygulama alanı bulacağı kabul edilmelidir.

Tartışılması gereken bir diğler sorun, işe alımda ayrımcılığa uğrayan özörlölünün açacağı davada görevli ve yetkili mahkemenin belirlenmesidir. İş Mahkemeleri Kanunu işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlıklarda iş mahkemelelerinin görevli olduğunu hükme bağlamaktadır. İşe alımda ayrımcılık nedeniyle özörlölü kişi ile iş sözleşmesinin kurulmadığı hallerde ise kişi işçi niteliğini kazanamamış olacaktır. Bununla birlikte, yine 5378 sayılı Kanunun açık hükmü ve culpa in contrahendo sorumluluktan hareketle, iş sözleşmesinin kuruluş aşamasında ayrımcılığa uğrayan özörlölünün iş mahkemesinde dava açabileceğı sonucuna varılabilir.

b. Cezai yaptırım

Ayrımcılık yasağının ihlali halinde hukuka yaptırım yanında cezai yaptırım uygulanacaktır. 5378 sayılı Kanun'un 41. maddesi ile Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinde değişiklik yapılarak özürlülük nedeniyle ayırım yasağı cezai yaptırıma bağlanmıştır. TCK m. 122/I hükmüne göre; "Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük... ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak;

- a) Bir taşınır veya taşınamaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan...kimse hakkında altı aydan bir yıla kadara hapis veya adil para cezası verilir."

Türk Ceza Kanunu m. 122, kişinin "işe alınmasını ya da alınmamasını" cezai yaptırıma bağlamakta, buna karşılık işin devamı ve sona ermesini düzenlememektedir. Suçta kanunilik ilkesi ve ceza hükümlerinin dar yorumu gereği işin devamı ve sona ermesinde ayrımcılık halleri cezai yaptırım konusu değildir.

5. İşyerlerinin Özürlü İşçilere Uygun Hale Getirilmesi ve Korumalı İş Yerleri

Özürlülerin istihdamını zorlaştıran önemli sorunlardan biri, işyerlerinin fiziki yapısının özürlüler için genellikle uygun olmamasıdır. İşyeri çalışma koşullarının özürlülere göre hazırlanması başlığını taşıyan Yurtiçinde İşe yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik m. 18 e göre, "İşverenler, işyerlerini özürlülerin çalışmalarını kolaylaştıracak ve işin özürlü çalışana uygunluğunu sağlayacak şekilde hazırlamak, sağlıkları için gerekli tedbirleri almak, mesleklerinde veya mesleklerine yakın işlerde çalıştırmak, işleriyle ilgili bilgi ve yeteneklerini geliştirmek, çalışmaları için gerekli araç ve gereçleri sağlamak zorundadırlar".

Önceki yönetmelikte de aynı yönde hüküm bulunmakla birlikte, işverenlere ek maliyet yüklenmesi anlamına gelen bu yükümlülüğe uyulduğunu söylemek mümkün değildir. Devletin destek ve teşviki olmaksızın getirilen bu gibi yükümlülüklerin hiçbir sonuç vermediği tecrübeyle sabittir.

5378 sayılı Kanun ile özürlülerin istihdamını sağlama amacıyla düzenlenen bir kurum korumalı işyerleridir. Kanun, özürlülük durumları sebebiyle işgücü piyasasına kazandırılmaları güç olan özürlülerin istihdamının öncelikle korumalı işyerleri aracılığıyla sağlanmasını öngörmektedir (m. 14/IV).

Korumalı işyerleri, özrü'nün ağırlığı nedeni ile olağan iş piyasasında iş bulması olanaksız olan özür'lülere meslek edinmeleri ve istihdam olanağı sosyal işyerleri olarak tanımlanmaktadır Korumalı iş yerleri yabancı ülkelerde merkezi hükümetler ve yerel yönetimler tarafından desteklenmektedir¹¹.

Korumalı İşyerleri Hakkında Yönetmelik¹²m. 4 e göre, çalışan sayısının büyükşehir belediye sınırları içinde en az otuz, büyükşehir belediye sınırları dışında en az onbeş olduğu ve çalışanlarının yüzde yetmiş beşini Yönetmelikte tanımlanan nitelikte özür'lülerin oluşturduğu işyeridir. Korumalı işyeri statüsünün kazanılmasının şekil ve esasları, korumalı işyerlerinin sahip olması gereken fiziksel koşulları, korumalı işyerine kabul edilecek özür'lülerin nitelikleri ayrıntılı hükümlerle düzenlenmektedir.

Korumalı işyerlerinin teknik donanımının devletçe sağlanacağı Yönetmelikte hükme bağlanmış olmakla birlikte, Kanunda belirtilen mali desteğin nasıl sağlanacağı konusunda herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Yönetmelikteki şartları sağlaması için büyük yatırım gerektiren korumalı işyerlerinin kurulmasını teşvik için de herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır¹³. Bu nedenle, yasanın yürürlüğe girmesinden bu yana korumalı işyerleri konusunda kayda değer bir gelişme sağlanmamıştır.

İş Kanunu m. 30/VI e göre, korumalı işyerlerinde çalıştırılan özür'lü işçilerin prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primine ait işveren hissesinin tamamı Hazinece karşılanmasıdır. Bu düzenleme olumlu olmakla birlikte, korumalı işyerlerinin yatırım maliyeti ve istihdam zorlukları düşünüldüğünde son derece yetersiz kaldığı açıktır. Nitekim, kanunun yürürlüğe girmesinden bu yana korumalı işyerlerinin konusunda herhangi bir gelişme sağlanmamıştır¹⁴.

11 Aktaş/Gergin/Kuz, Türkiye Korumalı İşyerleri Araştırması, Öz-Veri Dergisi, Aralık 2004, C. 1, sa. 2, s. 153 vd.

12 RG. 30.05.2006, Sa: 26183

13 Seyyar, Ali, Özür'lü İstihdamına Yönelik Korumalı İşyeri: Marmara Çalışanlar Federasyonu, Kurumsal Sosyal Sorumluluk Konferansı, İstanbul, 22.03.2008, www.sosyalsiyaset.net, s. 2

14 Korumalı işyerlerine ilişkin geniş bilgi için bkz, Aktaş/Gergin/Kuz, 153 vd.; Seyyar, Korumalı İşyeri, s. 2 vd.

6. Özürlü İstihdamında Yürürlükteki Prim Teşvikleri ve Af Yasa Tasarısında Öngörülen Teşvikler

İş Kanunu m. 30/VI ile sağlanan prim desteği korumalı işyerleri ile sınırlı olmayıp, 30. madde kapsamında çalıştırılan her özürlü için de geçerlidir. Zorunlu kota dahilindeki özürliülerin prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan işveren primlerinin tamamı ile kontenjan fazlası çalıştırılan her özürliü için aynı şekilde hesaplanan primlerin işveren hissesinin %50 si Hazine tarafından karşılanmaktadır.

Vergi ve SGK prim borçlarının yeniden yapılandırılması ile 5510 sayılı Kanun ve diğer kanunlarda değişiklik yapılması amacıyla Ocak 2011 de meclise sevk edilen yasa tasarısının 63. maddesi ile, işin niteliği veya teminde güçlük nedeniyle özürlü çalıştırmada güçlük yaşayan işverenlerin, başka işverenlere ait işletmelerde, ortak işletmelerde veya özürlü çalıştırmak amacıyla kurulan işletmelerde istihdam edilecek özürliülerin ücretlerini karşılayarak özürlü çalıştırma zorunluluğunu yerine getirebilmeleri öngörülmekteydi. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın, işverenin başvurusu üzerine işin niteliği veya teminde güçlük nedeniyle işyerinde özürlü çalıştırma konusunda güçlük yaşanıp yaşanmayacağını karara bağlaması da düzenlenmişti.

Ancak, meclis içinde ve kamuoyunda oluşan tepkiler sonucu Çalışma Bakanı tarafından taslak metninden çıkarıldığı açıklanan bu düzenlemenin, bazı tereddütler yaratsa da, yasalaşmasının olumlu olacağı kanısındayım. Özürlü istihdamında en önemli sorun, çoğu işyerinin özürlü istihdamına fiziksel olarak uygun olmaması, işyerlerinin dönüşümü amacıyla herhangi bir teşvik sağlanmadığı için işverenlerin bu konuda herhangi bir yatırımdan kaçınmalarıdır. Diğer yandan, çok sınırlı istisnalar dışında her tür iş kolu ve faaliyet alanında özürlü istihdamı zorunlu olmakla birlikte, bu istisnalar dışında kalan kimi işyerlerinde yürütülen işlerin niteliği gereği özürlü istihdamı fiilen mümkün olmayabilmektedir.

Bu nedenlerle işverenlerin önemli bir bölümü, salt idari para cezası yaptırımını bertaraf etmek amacıyla kanuna karşı hile yollara başvurmakta, örneğin fiilen istihdam etmediği özürliüyü sigortalı olarak bildirmektedir. Kanunun amacına ve insan onuruna aykırı böyle bir fiil yerine yerine, bir işverenin ücretlerinden ve sosyal güvenlik primlerinden sorumlu tutulduğu özürlü işçinin verimli çalışabileceği başka bir işyerinde fiilen istihdam edilmesi tercih edilmesi gereken bir yöntemdir. Taslakta, işverenin Bakanlığa başvurusu ve bu tür bir istihdamda Bakanlığın denetiminin öngörülmesi ayrı bir güvence sağlamaktadır.

SONUÇ

5378 sayılı Kanun özürlü haklarının gelişimi bakımından önemli bir aşamayı temsil etmektedir. Kanunun yürürlüğe girmesine kadar geçen dönemde özürlülere ilişkin düzenlemeler İş kanununun zorunlu istihdama ilişkin hükümleri ile çeşitli mevzuatlardaki dağınık birkaç hükümden ibaret iken, ilk kez 5378 sayılı Kanun ile özürlü hakları kapsayıcı ve sistematik genel hükümlere konu olmuştur.

Önemli uygulama sorunları olan mesleki eğitim ve mesleki rehabilitasyon, özürlüler konusunda uzman sağlık kuruluşlarının belirlenmesi ve rapor biçiminin değiştirilmesi, özürlülerin ayrımcılığa karşı korunmasına ilişkin hükümler kapsamlı gelişmeler olarak kaydedilmelidir. Ancak, 5378 sayılı Kanunun genel hüküm niteliğindeki hükümlerinden hareketle ayrıntılı düzenlemelere halen ihtiyaç bulunmaktadır. Örneğin, 5378 sayılı Kanun işe alımda başvuru formlarını genel bir hükümle düzenlese de, başvuru formlarının içeriği, işe alım sürecine ilişkin ayrıntılı düzenlemenin İş Kanunu ile gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Diğer yandan, mevzuatın gelişmesine rağmen özürlü istihdamının nitelik ve nicelik yönünden geliştirilmesine ilişkin temel bazı sorunlara çözüm sağlanmış değildir. Kurum dışından bulunan özürlülerin fiilen istihdam edilmeden sigorta bildirimlerinin yapılması, böylece kota açığının kağıt üzerinde kapatılması öteden beri yaygın olarak başvurulmuş bir yöntemdir. Eski yönetmelikte işverene salt bir imkan olarak tanınan Kurum dışından özürlü işçi istihdamının yeni yönetmelikte, üstelik bir yükümlülük olarak düzenlenmesi insan onuruna ve özürlü mevzuatının sosyal amacına aykırı bu uygulamaya meşru bir zemin kazandıracak niteliktedir. Başta Bakanlık ve Kurum olmak üzere herkes tarafından bilinmekle beraber, sessiz kalan bu yöntemin engellenmesi gerekir iken, aksine kanunilik, hukuk devleti ve sosyal devlet ilkelerine aykırı yönetmelikle adeta desteklenmektedir.

Özürlü istihdamını özendirme ve geliştirme amacıyla bazı prim teşvikleri düzenlenmiş olmakla birlikte, büyük yatırım gerektiren korumalı işyerleri için hiçbir teşvik öngörülmemiş olması nedeniyle bu konuda kayda değer bir gelişme sağlanmamıştır. Öngörülen prim teşviklerinin özürlü istihdamını ne ölçüde etkilediğini gösteren herhangi bir veri de bulunmamaktadır.

Yürürlükteki mevzuat bir bütün olarak değerlendirildiğinde, özürlülerin istihdama hazırlık sürecinde yer alan mesleki eğitim ve çalışabilirliğin artırılması konularında gelişme sağlandığı söylenebilir. Buna karşılık, işverenlerin

özürlü istihdamına özendirilmesinin büyük ölçüde devletin teşvik tedbirlerine bağlı olduğu, istihdam teşvikleri çeşitlendirilmedikçe, istihdam oranlarında kayda değer bir gelişme sağlanamayacağı anlaşılmaktadır.

SOSYAL DIŞLANMA KAVRAMI BAĞLAMINDA ENGELLİLERİN SOSYAL GÜVENLİKTEN DIŞLANMASI

Şebnem GÖKÇEOĞLU BALCI*

GİRİŞ

Dünya nüfusunun % 10'u engellilerden oluşmaktadır ve bu da 650 milyon kişiye tekabül etmektedir.¹ Türkiye İstatistik Kurumu ve Özürlüler İdaresi Başkanlığı tarafından yapılan 2002 Özürlüler Araştırması sonuçlarına göre de, ülkemizdeki toplam nüfusun % 12,29'unu engelli vatandaşlar oluşturmaktadır. Bunların % 9,7'si süregen hastalığı olan, % 1,25'i ortopedik özürlü, % 0,48'i zihinsel özürlü, % 0,38'i dil ve konuşma özürlü, % 0,37'si işitme özürlü, % 0,6'sı görme özürlü bireylerdir.²

Nüfusun önemli bir kesimini oluşturan engellilerin sosyal yaşamın her alana katılımını sağlayabilmek, sosyal politikanın başlıca hedeflerinden biri olmalıdır. Ancak ülkemizde yapılan araştırmalar, bu hedefin oldukça uzağında olduğumuzu göstermektedir. Engelliler, toplumsal yaşamın her alanında haklara ve fırsatlara erişimde sıkıntılarla karşılaşmaktadırlar.

Engellilikten doğan sorunları, son dönemlerde sosyal politikanın yeni kavramlarından biri olan sosyal dışlanma perspektifiyle incelemek ve engellilere yönelik somut sosyal içerme tedbirleri üzerinde düşünmek, engellilerin

* Doç. Dr. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

1 Who Action Plan 2006-2011, http://www.who.int/disabilities/publications/dar_action_plan-2006to2011.pdf (Erişim tarihi:10 Nisan 2010); Some Facts about Persons with Disabilities, United Nations, New York, 14-25 August 2006, <http://www.un.org/disabilities/convention/pdf/factsheet.pdf> (Erişim tarihi:6 Nisan 2010).

2 http://www.ozida.gov.tr/stratejik_plan/turkiyede_ozurluluk.html (Erişim tarihi: 29.11. 2009).

sosyal haklarına yeni bir bakış açısıyla yaklaşmayı sağlayabilir ya da var olan hukuk sisteminin engellileri, hangi nedenlerle ve ne şekilde sistemin dışında bıraktığını anlamamıza yardımcı olabilir.

I. SOSYAL BİLİMLERDE YENİ BİR KAVRAM: SOSYAL DIŞLANMA

1.Tanım

Sosyal dışlanma kavramı, Avrupa’lı bir kavramdır.³ Avrupa’da özellikle 1980 sonrası dönemde, sosyoloji, psikoloji, siyaset bilimi, ekonomi, felsefe gibi alanlar başta olmak üzere içinde hukuk biliminin de yer aldığı tüm sosyal bilimlerde, yeni bir kavram olarak “sosyal dışlanma” kavramı kullanılmaya başlanmış, bu kavram etrafında önemli tartışmalar yapılmıştır. Günümüzde de hala önemini sürdürmeye devam eden ve bilimsel literatürde önemli bir yer işgal eden sosyal dışlanma kavramı, hukuk disiplinleri arasında özellikle -iş ve sosyal güvenlik hukukunu bünyesinde barındıran ama bunu aşan genişlikte bir anlama da sahip olan- sosyal hukuk disiplini açısından önem taşımaktadır.⁴ Çünkü bu kavramla yakından bağı olan diğer kavramlar; eşitsizlik, güvence-sizlik, ayrımcılık, yoksulluk ve işsizlik gibi sosyal politikanın ve sosyal hukukun merkezinde yer alan ya da yer alması gereken kavramlardır.

3 Erdoğdu, Serhan, “Sosyal Politikada Avrupa’lı Bir Kavram:Sosyal Dışlanma”, Çalışma Ortamı Dergisi, Temmuz-Ağustos 2004, <http://sosyalpolitika.fisek.org.tr/?p=38#more-38> (Erişim tarihi: 27 Nisan 2010). Amerika Birleşik Devletleri’nde sosyal dışlanma teriminden ziyade sınıfsızlık (underclass) terimi kullanılmaktadır. Ayrıntı için bkz. Sapancalı, Faruk, Sosyal Dışlanma, Dokuz Eylül Yayınları, İzmir, 2005, s.18; ABD’de daha çok siyahlara ve Hispaniklere gönderme yapılarak kullanılan “underclass” terimi, daha çok düşük ücretli işlere razı olmak, tembellik, sosyal yardım bağımlılığı, alkolizm, uyuşturucu kullanımı, yüksek suç oranları, gevşek cinsel normlar vb. özellikleri nedeniyle kendi durumundan sorumlu, psikolojik ve kültürel bir “getto”yu betimlemektedir (Özbudun, Sibel, “Bir ayrımcılık aracı ve tarzı olarak yoksulluk”, Felsefelogos, 2006/1, s.73). Sosyal dışlanma kavramının küreselleşme çağının, postmodernizmin, refah devletinin altın çağının sona ermesinin bir ürünü olduğunu ileri süren ve bu kavramı yabancılaşma ve anomi kavramlarıyla karşılaştıran bir görüş için bkz. Topateş, Hakan, “Araçsallaştırılmış Bir Kavram Olarak Sosyal Dışlanma”, Çalışma ve Toplum, 2009/4, s.115-130.

4 Sosyal dışlanmanın hukuki boyutu için bkz. Gökçeoğlu, Balcı, Tutunamayanlar ve Hukuk, Dost Kitabevi, Ankara, 2007, s. 77 vd; Ayrıca bkz. Güven, Kudret, “Sosyal Dışlanmışlık Karşısında Hukukun Aldığı Tedbirler”, Sosyal Dışlanma ve Sosyal Hizmet, Başkent Üniversitesi Yayını, Ankara, 2010, s.7 vd.

Sosyal dışlanma terimi Fransızca kökenlidir. Dışlanma terimini ilk kez kullanan Chirac hükümeti döneminde Sosyal İşlerden Sorumlu Devlet Bakanı olarak görev yapmış olan René Lenoir'dır. Lenoir, 1974 yılında yayınladığı "Les exclus: Un Français Sur Dix" (Dışlanmışlar: On Fransız'dan Biri) isimli kitabında, dışlanmışları ekonomik büyümenin sonuçlarından yararlanamayan kişiler olarak belirtmiş ve dışlanmışların yalnızca yoksul kişiler olmadığını, bunun dışında, zihinsel ve fiziksel engelliler, intihar eğilimli kişiler, yaşlılar, başıboş ve istismar edilen çocuklar, madde bağımlıları, suçlular, tek ebeveynli aileler, marjinal kişiler, a-sosyal kişiler ve diğer uyumsuz kişi ve gruplar olduğunu ve bunların sosyal koruma kapsamı dışında kaldığını belirtmiştir.⁵

Sosyal dışlanma, Fransa'dan sonra, diğer Avrupa ülkelerinde de hem kavram hem politika olarak kabul edilmiş, özellikle işsizlik oranlarındaki artış, artan uluslararası göç ve refah devletinin krizi nedeniyle bu kavrama olan ilgi artmıştır. 1990'lı yıllardan itibaren sosyal dışlanma, Avrupa Birliği sosyal politikasının temel konularından biri olmuştur. Bu gelişme Avrupa Birliği'nde yoksullukla mücadele ile ilgili terminolojide de önemli bir değişikliğe yol açmıştır. Yoksullukla mücadele ile ilgili ilk programlarda kullanılan temel kavram yoksulluk iken, doksanlı yılların ortasından itibaren sosyal dışlanma kavramı yoksulluk kavramının yerini almaya başlamıştır. Bu yeni yaklaşımla, sosyal ve kültürel dışlanmaya vurgu yapan Fransız geleneği ile gelir eşitsizliği ve maddi dışlanmaya odaklanmış olan Anglo-saxon geleneği, yurttaşlık hakları kavramını kullanmak suretiyle uzlaştırılmaya çalışılmıştır.⁶

Sosyal dışlanma topluma katılmanın veya toplumun bir parçası olarak kabul edilmişliği yansıtan sosyal bütünleşmenin ve kaynaşmanın karşıtı olan çok boyutlu bir olgudur. Sosyal dışlanma, bireyin toplumla bütünleşmesini ve kendi geleceğini oluşturmalarını sağlayacak olan fırsatlara tam olarak erişimini engelleyen, temel gereksinimlerden yoksun kalmasına ve bireylerin toplumla olan bağlarının kopmasına yol açan, sivil, siyasal, ekonomik ve sosyal haklardan yoksun olma/bırakılma durum ve süreçleri olarak tanımlanabilir. Genel bir biçimde sosyal dışlanma, belirli bireylerin veya grupların yapısal ve/veya kişisel gerekçelere bağlı olarak sosyal katılım anlamında tamamen veya kısmen içinde yaşadıkları toplumun dışında kalmalarıdır. Sosyal dışlanma, bir sosyal engellilik halidir. Sosyal dışlanmaya maruz kalan birey veya gruplar,

⁵ Aktaran: Sapancalı, s.13.

⁶ Sapancalı, s.15-16.

eşitsizliğe uğramış, her türlü riske karşı korunmasız, savunmasız veya zayıf kişilerdir. Ekonomik, sosyal, kültürel alanlarda yaşanan çok boyutlu yoksunluk süreci, toplumla bağların kopması ve dayanışmanın bozulması, yurttaşlık haklarından yoksunluk anlamında eksik yurttaşlık ve onurlu bir yaşam için yeterlilikten yoksunluk, sosyal dışlanmanın unsurları olarak sayılabilir.⁷ Haklar ve yurttaşlık temelli yaklaşımda sosyal dışlanma, medeni, siyasi ve sosyal haklara erişim eksikliği olarak incelenmektedir.⁸

2. Dışlanmanın Farklı Boyutları Ya Da Biçimleri

Dışlanmanın istihdamdan dışlanma, iktisadi dışlanma, toplumsal dışlanma, kültürel dışlanma, mekansal dışlanma, kurumsal dışlanma, siyasal dışlanma gibi değişik boyutları bulunmaktadır.⁹

İstihdamdan dışlanma, çağımızda çalışmanın ve işsizliğin değişen niteliği ile ilgilidir. İşsizlik her zaman mevcuttu ancak günümüzde işsizlik, yapısal, kronik ve uzun sürelidir. Bu nitelikte bir işsizlik teknolojik devrim neticesinde emeğe duyulan gereksinimin azalması ve neo-liberal politikaların uygulanmasının neticesidir. Çalışma yaşamındaki ve işlerin niteliğindeki yapısal değişiklikler, iş güvencesinin yitirilmesi, istihdamın esnekleştirilmesi sonucunda istihdam dışına düşen veya istihdam yaratmayan büyüme nedeniyle hiç istihdama giremeyen kronik işsizler, toplumdan da dışlanmaktadır. Çünkü çalışma yalnızca gelir getiren bir araç değil aynı zamanda bir kimliktir. Toplum içinde varolma, sosyal ilişkiler kurma, toplumsal saygınlık gibi konuların merkezinde kişinin yaptığı iş yer almaktadır. Dolayısıyla istihdamdan dışlanma çoğu durumda başta aile bağlarının kopması olmak üzere tüm diğer toplumsal bağların da çözülmesine yol açmaktadır.

İktisadi dışlanma, her şeyden önce asgari düzeyde geçim olanaklarından dışlanmadır. Kişinin beslenme, eğitim, sağlık, konut, ulaşım gibi temel gereksinimlerini karşılayacak düzeyde gelir elde edememesi, iktisadi dışlanmadır.¹⁰

İktisadi dışlanmanın bir diğer biçimi ise gelir seviyesinin toplumda kabul gören egemen yaşam biçimine minimum seviyede dahi ulaşmayı sağlayacak

⁷ Bkz. Sapançalı, s.28-30.

⁸ Bu yönde bir yaklaşım için bkz. Muffels, Ruud/Fouarge, Didier, "The Role of European Welfare States in Explaining Resources Deprivation", Social Indicators Research, ProQuest Social Science Journals, September, 2004, s.299 vd.

⁹ Özbudun, s.73-75; Sapançalı, s.130 vd.; Farklı sınıflandırmalar için bkz. Topateş, s.123.

¹⁰ Sapançalı, s.130.

düzeyde olmaması halinde gündeme gelecektir. Bu türde bir dışlanma bir diğer deyişle tüketim toplumunda tüketimden dışlanmadır.¹¹

Toplumsal dışlanma, sosyal ilişki açısından dışlanmadır. Burada dışlanan grupların, toplumun diğer üyeleri tarafından aşağılanması ve ilişki kurmaktan kaçınması söz konusudur.

Kültürel dışlanma, kentte yaşamakla birlikte kentin sunduğu kültürel faaliyetlere (kitap okuma, sanatsal etkinlikleri izleme vb.) ulaşamama ve kendi kültürel etkinliklerini de hayata geçirememeye ya da kabul ettirememeye durumudur.¹²

Mekansal dışlanma, kentte alt sınıf ile orta/üst sınıfın yaşam alanlarının birbirinden ayrışması ve aralarına coğrafi uzaklığın girmesidir. Kentsel yaşamda geçmişte yoksullar da zenginler de görünür idi. Bugün değişen ve yeni olansa yoksulluğun da zenginliğin de görünmez oluşu ve alt ve üst sınıfların birbirlerine değme imkanının bulunmamasıdır. İstanbul'da varoşlar ile duvarların ardında görünmez konakların inşası bu sürecin yansımasıdır. Dışlanmışlar, kentin ayrı ve yaşama elverişsiz mahalle ya da bölgelerinde tecrit edilmektedir.¹³ Kentsel dönüşüm projeleri de, bu tecrit politikalarının yaşama geçmesine hizmet etmektedir.

Kurumsal dışlanma, kamusal ya da özel kurumların sunduğu hizmetlere (eğitim, sağlık, sosyal güvenlik, ulaşım, adalet, banka vb.) ulaşamamadır.¹⁴ Çağımızın bilgi toplumu olduğu düşünüldüğünde dışlanmanın en önemli alanlarından biri de bilgiye erişememektir. Geçmişte bilgilenmenin en önemli kaynaklarından biri, aile, komşuluk, iş çevresi vb. birebir kurulan sosyal ilişkilerdi, oysa günümüzdeki en önemli bilgi kaynakları, medya, internet, cep telefonu vb.dir. Dolayısıyla bu bilgi kaynaklarından yoksun kalanların ku-

¹¹ Özbudun, s.74; Sapancalı, s.138, Ayrıca bkz. Tolan, Barlas, "Toplumsal Dışlanmaya Sosyolojik Bir Bakış İçin Notlar", Sosyal Dışlanma ve Sosyal Hizmet, Başkent Üniversitesi Yayını, Ankara 2010, s.19.

¹² Özbudun, s.74; Ayrıca bkz. İçağasioğlu Çoban, Arzu, "Küreselleşme Sürecinde Engelliler İçin Sosyal İçerme Gerçekten Olabilir mi? Küreselleşme Süreci Açısından Engellilik ve Sosyal Dışlanma", Sosyal Dışlanma ve Sosyal Hizmet, Başkent Üniversitesi Yayını, Ankara, 2010, s.343.

¹³ Özbudun, s.74; Ayrıca bkz. Tolan, s.19.

¹⁴ Özbudun, s.74.

rum sal hizmetlere de ulaşmaları olanaklı değildir.¹⁵ İnternet bankacılığı, kredi kartıyla internet üzerinden yapılan alışverişler, e-vatandaşlık, e-sigortalılık, iş arama konusunda internet sitelerindeki insan kaynakları ilanları vb. bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

Siyasal dışlanma ise dışlanan kesimlerin siyasal yaşama aktif ya da pasif katılımlarının mümkün olamamasıdır. Aktif siyaset yapmak, para ve itibar gibi güçlere sahip olmayı gerektirir. Parası ve itibarı olmayan kesimler içinde aktif siyaset ancak örgütlülükle mümkündür. Dışlanan kesimler genellikle bu araçlara sahip olmadıklarından siyasete katılımın tek aracı oy verme yoluyla pasif katılımdır. Ancak oy verme konusunda da ya umutsuzluktan gelen bir kayıtsızlık ya da oyun siyasi partiler nezdinde menfaate dönüştürülmesi söz konusu olmakta, böylelikle dışlananlar için pasif katılım dahi sağlıklı ve bilinçli bir şekilde yaşama geçememektedir.¹⁶

3. Sosyal Dışlanma-Yeni Yoksulluk İlişkisi

Sosyal dışlanma kavramı, yoksullukla ilişkilidir. Günümüzde yoksulluk salt bir gelir eksikliği olarak değil, haklara ve fırsatlara erişim eksikliği olarak tanımlanmaktadır.¹⁷ UNDP tarafından geliştirilen “insani yoksulluk” yaklaşımında, insani gelişme ve insanca yaşam için parasal olanakların yanı sıra ekonomik, sosyal, kültürel haklara da sahip olmanın gerekli olduğunun altı çizilmiştir. Bu anlamda bir yoksulluk tanımı, sosyal dışlanma kavramını da çağrıştırmaktadır.¹⁸ Ancak sosyal dışlanma, geleneksel yoksulluğu değil yeni yoksulluğu belirtmek üzere kullanılır. Yeni yoksulluk ve sosyal dışlanma kavramları genellikle birlikte kullanılmaktadır. Geleneksel yoksullukta sosyal dışlanma söz konusu değildir. Örneğin 19. yüzyıl ve 20. yüzyıl başlarındaki işçi sınıfı yoksulluğunu bu açıdan analiz ettiğimizde, işçilerin fabrikalarda topluluk halinde çalıştıklarını, fabrika çevresindeki işçi mahallelerinde aile ve komşuluk ilişkileri içinde yaşadıklarını, sendikalarda örgütlendiklerini, grev yoluyla hak mücadelelerinde bulunduklarını, sosyal haklar alanında önemli

¹⁵ İletişim araçlarından yoksunluk, tüketimden dışlanma çerçevesinde de ele alınmaktadır (bkz. Sapanca, s. 141). Bu sınıflandırma da doğru olmakla birlikte, bilgi çağında iletişim araçlarına ulaşamamanın en önemli sonucunun kurumsal dışlanma olduğu düşünüldüğünden bu konunun bu başlık altında incelenmesi tercih edilmiştir.

¹⁶ Özbudun, s.75; Ayrıca bkz. Tolan, s.20.

¹⁷ İnel, Ahmet, “İki yoksulluk tanımı ve bir öneri”, Toplum ve Bilim, Yaz 2001, s.70.

¹⁸ Sapanca, s.58; Ayrıntı için bkz. Buğra, Ayşe, Yoksulluk ve Sosyal Haklar, Sivil Toplumun Güçlendirilmesi İçin Örgütlenme Özgürlüğünün Güçlendirilmesi Projesi, İstanbul, 2005.

kazanımlar elde ettiklerini ve dolayısıyla kuvvetli toplumsal bağlar içinde olduklarını görürüz. 19. yüzyıl sanayi işçisi yoksul olmakla birlikte sosyal dışlanma yaşamamaktadır.

Yeni yoksulluk ise küreselleşme ve neo-liberal uygulamalarla bağlantılı yoksulluktur.¹⁹ Hızlı teknolojik gelişmelerin eşliğinde sermayenin devingenleşmesi, yani yatırımları işgücünün ve hammadde kaynaklarının daha ucuz ve kolay erişilebilir, vergi düzenlemelerinin daha elverişli olduğu bölgelere kaydırabilmeye olanak sağlayan stratejiler, buna koşut olarak Kuzey ülkelerinde hizmet sektörü genişlerken, sanayinin daralması, işgücü piyasasının esnekleştirilmesi, yani emekçilerin örgütsüzleştirilerek ve esnek zamanlı çalıştırılarak pazarlık güçlerinin aşındırılması, böylelikle de toplu sözleşmelerin ve iş yasalarının katılığından, sosyal politikalar ve devlet müdahalelerinden kaçınabilme olanağının yaratılması, özelleştirmeler ve her zaman ona eşlik eden işten çıkartmalar, bu alanlardaki sübvansiyonların kaldırılması, finans sektörünün ve spekülatif sermayenin üretken sektöre göre devasa boyutlara ulaşması; tarımsal desteklerin kaldırılması ve bu önlemlerin bir reçete halinde IMF ve Dünya Bankası eliyle borç krizleriyle sarsılan gelişmekte olan ülkelere dayatılması gerek Kuzey gerekse Güney ülkelerinde geniş çaplı bir işsizliğe ve buna koşut bir yoksullaşma ve yoksunluğa yol açmaktadır.²⁰ Bu nedenlerin yanı sıra iç göç ve dış göç, aile yapısındaki değişim, nüfus yaşlanması gibi nedenler de yeni yoksulluğun ve sosyal dışlanmanın nedenleri arasında yer almaktadır.²¹

Küreselleşmenin yol açtığı yeni yoksulluk, geleneksel yoksulluktan farklı olarak sosyal dışlanma olgusuyla iç içe geçmektedir. Yeni yoksullar aynı zamanda toplumdan da dışlanmış kesimlerdir.

Neticede yeni yoksulluk ve sosyal dışlanma eş anlamlı gibi görünse de sosyal dışlanmanın yeni yoksulluğu içeren ancak onu aşan bir kavram olduğu söylenebilir, çünkü yukarıda da açıklandığı gibi, sosyal dışlanma kimi durumlarda yoksullukla ilişkili olmayabilir. Sosyal dışlanma bazen yoksulluğun nedeni, bazense sonucu olabilir.²²

19 Özbudun, Sibel, “Bir ayrımcılık aracı ve tarzı olarak yoksulluk”, *Felsefelogos*, 2006/1, s. 69; Ayrıca bkz. Chossudovsky, Michel, *Yoksulluğun Küreselleşmesi: IMF ve Dünya Bankası Reformlarının İçyüzü*, Çiviayazıları, İstanbul, 1999.

20 Özbudun, s.70; Sapançalı, s.66 vd.

21 Sapançalı, s.103 vd.; Türkiye’deki sosyal dışlanma olgusunun nedenleri için bkz. Erder, Sema, “Yeni Yoksul(n)luklar Üzerine”, *Sosyal Demokrat Değişim Dergisi*, Nisan-Mayıs, 2001; Oğuz, Işık/Pınarcıoğlu Melih, *Nöbetleşe Yoksulluk*, İstanbul, İletişim, 2001.

22 Sapançalı, s.58-59.

Yukarıda da belirtildiği gibi çok boyutlu bir kavram olan sosyal dışlanma, bu çalışmada daha çok yoksulluk ile ilişkisi içinde ve dışlanılan alanlar bakımından da istihdamdan dışlanma ve sosyal güvenlik dışlanma ile sınırlı olarak ele alınacaktır.

II. ENGELLİLER AÇISINDAN YOKSULLUK ve SOSYAL DIŞLANMA

Engellilerin toplumla bütünleşmesinin önündeki engellerden en önemlisi yoksulluktur. Yapılan araştırmalar, dünyanın her yerinde engellilerin çok büyük çoğunluğunun toplumun yoksul kesimlerinden geldiğini ve yoksulluk içinde yaşadıklarını göstermektedir.²³ Öte yandan sosyal dışlanma da yoksulluğu arttırmaktadır. Engellilerin dışlanması, evde ve toplumda üretken bir birey olarak yaşamalarına engel olur ki bu da yoksullaşmalarını arttıran bir faktördür.

1. Engellilik-Yoksulluk İlişkisi

Engellilik-yoksulluk ilişkisini iki yönlü ele almak gerekir. Çünkü engellilik, yoksulluğun hem nedeni hem de sonucudur.

a. Engelliliğin Nedeni Olarak Yoksulluk

Yoksulluk, sağlığı tehdit eden en önemli risklerden biridir. Yoksulluk, düşük yaşam beklentisi, bebek ölüm oranlarında artış, üreme sağlığının bozulması, enfeksiyon hastalıkları riski, sigara, alkol ve madde kullanımında artış, bulaşıcı olmayan hastalıkların yaygınlığı, depresyon, intihar, anti-sosyal davranışlar, şiddet ve çevresel riske maruziyetin artması ile yakından ilgilidir. Yoksulluk nedeniyle ortaya çıkan hastalıklar ise engelliliğin temel nedenlerinden biridir. Yoksulluğun en önemli sonuçlarından olan yetersiz beslenme ve sağlık hizmetlerine ulaşamama, engelliliğe yol açmaktadır. Kazalar, yoksul kişileri daha fazla tehdit etmektedir. İş güvenliği tedbirleri olmaksızın çalışma neticesinde meydana gelen iş kazaları ve meslek hastalıkları ile uygun olma-

²³ Özgür Sayar, Özge/Özbulut, Mahmut/Küçükkaraca, Nilgün, Özürlülerle Toplumsal Bütünleşmeye Bir Adım, DPT, Ankara, Tarihsiz, s.22; Bu konuda ülkemizde yapılmış bir araştırma için bkz. Turgut, Mehmet, "Sultanbeyli Ölçeğinde Özürlülük ve Yoksulluk", www.ibb.gov.tr/sites/sdb/Documents/isom/ayin_makalesi.pdf (Erişim tarihi: 29.11.2009).

yan ulaşım koşulları nedeniyle meydana gelen trafik kazalarına, yoksul kesim daha fazla maruz kalmaktadır. Bu kazalar ise, engelliliğe yol açmaktadır.²⁴

b. Engelliliğin Sonucu Olarak Yoksulluk

Engellilik, bir sağlık sorunu olarak başlamakla birlikte, beraberinde temel yaşamsal ihtiyaçlarını karşılama, insan onuruna yakışır biçimde yaşama koşullarını yitirme ve giderek toplumdan dışlanma tehlikesini getirmektedir. Engellilerin dışlanması, özellikle de istihdamdan dışlanma gelir eksikliğine yol açmaktadır. Bir yandan engellilik nedeniyle gelirler azalırken öte yandan yine engellilik nedeniyle başta sağlık giderleri olmak üzere genel olarak giderlerde artış olmaktadır. Bu durum ise, engellileri yoksullaştırmaktadır.²⁵

2. Sosyal Dışlanma Açısından Engellilik

a. Genel Olarak

Engellilik ile sosyal dışlanma arasındaki ilişki, her şeyden önce engelliliği nasıl tanımladığımız ve nasıl algıladığımıza bağlıdır.

Tıbbi modele göre engellilik, bireyin hastalık ya da eksikliğinden kaynaklanan, bu sebeple de tedavi, bireysel bakım gibi yöntemlerle çözülmesi gereken bir sorundur. Buna göre engellilere yönelik çalışmalarda temel amaç, kişiye işlevsel kayıplarının giderilememesi halinde yardım sağlamaktır. Tıbbi model, engelliliği bir hastalık ve sağlık politikasının bir konusu olarak gördüğü için eleştirilmektedir.²⁶ Eğer engelliliği tıbbi model açısından ele alacak olursak, sosyal dışlanma kavramı da engellilik ile ilişkilendirilemeyecektir.

Engelliliği bir başka açıdan tanımlayan sosyal modele göre ise engellilik, insanın biyolojik doğasından çok, varlığını sürdürdüğü sosyal alanda, diğer insanlarla birlikte iken anlam kazanır.²⁷ Sosyal model, bu alandaki toplumsal engelleri ve önyargıları esas alan bir tanımlama yapmaktadır. Bu çerçevede engelliliğin tanımı, marjinalleşme, dışlanma, etiketlenme/damgalanma, izo-

²⁴ Çalık, Selma, “Özürlülüğün Nedenleri ve Önlenmesinde Yoksulluğun Rolü”, Yoksulluk Sempozyumu, Deniz Feneri Derneği, İstanbul, 2003, s.398-405.

²⁵ Çalık, s.400-401.

²⁶ Aydınöz, Gonca, Engellilinin Sosyal Güvenliği Bakımından Sosyal Yardım ve Sosyal Hizmetler (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008, s.10-11.

²⁷ Çağlar, Selda, Engellilerin Eğitim Hakkı ve Devlet Yükümlülükleri, İstanbul, 2009, s.20-22.

lasyon, yalnızlık, sosyal uyum ve sosyal bütünleşme gibi kavramlarla ilişkilendirilmektedir. Sosyal modelde, tıbbi modelden farklı olarak, bireylerin fiziksel, zihinsel veya ruhsal bozukluklarından çok toplum içinde hangi biçimlerde ve hangi nedenlerle engellendikleri önemsenmektedir.²⁸ Sosyal model, engelliliğin, cinsiyet, yaş, kültür, özür ya da sakatlık düzeyi gibi etkenlerle birleşerek meydana getirdiği durumları göz ardı ettiği için eleştirilmektedir.²⁹

Engellilik konusuna sosyal model açısından yaklaşıldığında, sosyal dışlanma ve bu kavramın karşıtı olan sosyal içirme kavramları, engellilerin toplumsal yaşamda engellendikleri alanların, engelsiz bir şekilde yeniden inşası için kilit kavramlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Engelliler, yukarıda belirtilen istihdamdan dışlanma, iktisadi dışlanma, toplumsal dışlanma, kültürel dışlanma, mekansal dışlanma, kurumsal dışlanma, siyasal dışlanma gibi değişik dışlanma boyutlarının hepsinde birden dışlanma sorunuyla karşı karşıya kalmaktadır. Ancak sosyal dışlanmanın yoksullukla ilişkili dar anlamı bakımından, özellikle istihdamdan dışlanma ve yine buna bağlı olarak sosyal güvenlik dışlanma, diğer dışlanma boyutlarına göre daha önemli bir yer tutmaktadır. Bir başka deyişle engelliler sosyal haklardan dışlanmakta ya da sosyal haklara erişememektedir.

b. Engellilerin İstihdamdan Dışlanması

Engellilerin istihdamdan dışlanmasının kökleri, tarihin çok eski dönemlerine kadar uzanmaktadır. Reform döneminde Protestanlığın da etkisiyle oluşmaya başlayan modern çalışma ahlakı, çalışmaya baskıcı bir karakter katmış, çalışmayı bir erdem, çalışmamayı ise ahlaksızlık olarak nitelemiştir. Ancak çalışma ahlakı anlayışı, çalışma ödevini yalnızca istihdam çağındaki sağlıklılara yüklemiştir. Çalışmaması öngörülen ve bu nedenle sosyal yardımlardan yararlanmanın kabul gördüğü gruplar arasında, çocuklar ve yaşlıların yanı sıra engelliler de yer almıştır. Bu anlayış, hukuk sistemine de yansımıştır. Örneğin, Kraliçe Elisabeth döneminde çıkarılan 1601 tarihli Yoksullar Yasası, bir kilisenin ruhani çevresinde bulunan herkese yardım hakkı tanıyor ve muhtaçları, sağlıklılar, engelliler ve çocuklar olmak üzere üç gruba ayırıyordu.

28 Burcu, Esra, Türkiye’de Özürlü Birey Olma: Temel Sosyolojik Özellikleri ve Sorunları Üzerine Bir Araştırma, Ankara, 2007, s.9-10; Aynı yazar, “Özürlü Kimliği ve Etiketlemenin Kişisel ve Sosyal Söylemleri”, Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, 2006, C.23, S.2, s.61-83.

29 Aydınöz, s. 13.

Yardıma muhtaç sağlıklılara iş vermek suretiyle yardım yapılırken, çocuklara ve engellilere karşılıksız olarak parasal yardımlar yapılmıyordu. Yani sağlıklılar için sosyal yardım hakkı ile çalışma hakkı paralel bir şekilde düzenlenirken, engelliler için yalnızca sosyal yardım yapılması yeterli görülmekte idi.³⁰

Engellilerin çalışma hakkından çok sosyal yardım hakkının öznesi olduğuna dair, kökleri çok gerilere dayanan bu anlayış, zaman içinde kısmen değişmekle birlikte etkisini hala sürdürmektedir. Çağdaş yasal düzenlemelerde, bu anlayışı kırma yönünde tedbirler alınmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun³¹ 30. maddesi, bu tedbirlere örnek olarak gösterilebilir. Bu düzenleme uyarınca, işverenler 50 veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde % 3, kamu sektörü işyerlerinde % 4 oranında özürlü³² işçi çalıştırmak zorundadırlar. Yine 30. madde kapsamında, özürlü çalıştıran işverenlerin sigorta primlerinin tamamının, kontenjan fazlası özürlü çalıştıran ve yükümlü olmadıkları halde özürlü çalıştıran işverenlere, sosyal sigorta primlerinin işveren hissesinin % 50'sinin devlet tarafından ödenmesini öngören teşvikler yapılmıştır. İş Kanununda, bu yükümlülüğe uymamanın hukuki yaptırımı düzenlenmemiştir. Ancak 101. maddede idari para cezaları düzenlenmiştir.³³ Ayrıca bir kimseye engelli olması nedeniyle ayrımcılık yapılması halinde İş Kanununun 5. maddesindeki ayrımcılık tazminatı talep edilebilecektir.³⁴

Uygulamada işverenler, para cezalarına katlanmak pahasına engelli çalıştırma yükümlülüklerini ifadan kaçınmaktadırlar ya da bu yükümlülüğü farklı bir yöntemle yerine getirmektedirler. İşverenler, para cezasını ödememek için kota kapsamında engelli işçi istihdam etmektedirler, ancak bu işçilerin işe gelmemesi yönünde talepte bulunmaktadırlar. Bunun sonucunda da İş K. md. 25

³⁰ Gökçeoğlu Balcı, s. 37.

³¹ RG., 10.6.2003, 25134.

³² Bu çalışmada engelli teriminin kullanılması tercih edilmiştir. Ancak yasalara atıf yapılan hallerde, yasa metnine sadık kalmak için özürlü, malul, sakat vb. gibi terimler de kullanılmıştır.

³³ Cezai yaptırımların engellilerin çalışma hayatına kazandırılmasında yetersiz kaldığı yönünde eleştiriler için bkz. Ekmekçi, Ömer, "Sosyal Hukuk Devleti mi, Ceza Keserek Dolaylı Vergi Anlayışı mı? Özürlü ve Eski Hükümlü İstihdamı Zorunluluğunda Hukuka Aykırı Uygulamalar", Sicil, Haziran 2006, s.167-208; Alpagut, Gülsevil, "Özürlüler Hakkında Kanun ve Özürlü Çalıştırma Zorunluluğu Konusunda Mevzuattaki Son Değişiklikler", Mercek, Ekim 2005, s.152-160.

³⁴ Alpagut, s. 155; Doğan Yenisey, Kübra, "İş Kanunu'nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", Çalışma ve Toplum, 2006/4, s. 68; Yıldız, Gaye Burcu, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara, 2008, s. 146.

hükmü uyarınca istedikleri zaman, bir tutanak düzenlemek suretiyle, işe devamsızlık nedeniyle, bildirimsiz ve tazminatsız olarak iş sözleşmelerini feshedebilmektedirler.

5378 Sayılı Özürlüler Kanunu ise istihdam başlıklı 14. maddesinde, işe alımda ve çalışma koşullarında özürlüler aleyhine ayrımcı uygulamalarda bulunulamayacağını belirtmiş ve özürlülerin istihdamının öncelikle korumalı işyerleri ile sağlanacağı esasına yer vermiştir. Kanunun 3. maddesinde, korumalı işyeri, normal işgücü piyasasına kazandırılmaları güç olan özürlüler için mesleki rehabilitasyon ve istihdam oluşturmak amacıyla Devlet tarafından teknik ve mali yönden desteklenen ve çalışma ortamının özel olarak düzenlendiği işyeri olarak tanımlanmıştır.³⁵

Engelliler üzerine yapılan araştırmalar, yukarıda belirtilen yasal düzenlemelerin engelli istihdamının önündeki engellerin aşmadaki yetersizliğini ortaya koymaktadır. Özürlüler İdaresi Başkanlığı'nın 2002 Özürlüler Araştırması sonuçlarına göre, engellilerin en önemli sorunu istihdamda yer alamamaktır. "Her beş özürlüden yalnızca biri (%21,7) işgücü piyasasında yer almaktadır. Erkek özürlüler için %32,2 ve kadın özürlüler için ise % 6,7 olan bu oran, kentlerde %25,6 ve kırsal alanda % 17,7'dir. Özürlülerin işgücüne katılma oranındaki düşüklüğün en önemli sebepleri; eğitilmiş ve bir meslek sahibi olmuş özürlü kişi sayısının azlığı, toplumun özürlü kişilere önyargılı bakışı, ulaşılabilirlik sorunları, işyerlerinde uygun ortamın yaratılamaması, işverenlere teşvik ve ceza uygulamasının etkin işlememesidir. Özürlülerin işgücüne katılımda yaşadığı bu tür sorunlar sosyal dışlanma ve yoksulluk riskini de beraberinde getirmektedir. Türkiye İş Kurumu (İŞKUR) istatistiklerine göre, 2002 yılı sonu itibarıyla yıllık istihdam 10880 iken, 2006 yılı içinde iş arayan özürlülerden 1.202'si kamuda, 22.579'u özel sektörde olmak üzere 23 bin 781 özürlünün işe yerleştirilmesiyle bu sayı iki katını aşmıştır. Ancak bu sonuç dahi yetersizdir; 2006 yılı sonu itibarıyla 57 bin 151'i erkek, 10 bin 492'si kadın olmak üzere toplam 67 bin 643 özürlü kişi işe yerleştirilmeyi beklemektedir. Bunun dışında, uzun yıllar iş aradığı halde iş bulamadığı için iş aramaktan vazgeçmiş ve özürlü maaşı ile yaşayan çok sayıda kişi bulunmaktadır. Buna

35 Engelli istihdamına ilişkin politikalarda, engellinin normal işyerlerinde değil, engelli birey için özel olarak tasarlanmış olan ve sadece engellilerin çalıştığı özel işyerlerinde istihdam edilmesi anlayışı, bugün büyük ölçüde terk edilmektedir. Bu yönde bir yaklaşımın fırsat eşitliği amacına ve uluslararası normlara aykırılığı konusunda bkz. Aydınöz, s.57, dn.143.

karşılık özel sektörde yaklaşık 20 bin, kamuda ise yaklaşık 2 bin 300 olmak üzere 22 bin civarında açık kontenjan bulunmaktadır. Sonuç olarak, özürllülerin istihdamının yeterli düzeyde olmadığı görülmektedir.”³⁶

c. Engellilerin Sosyal Güvenlikten Dışlanması

Sosyal güvenliğe erişememe, sosyal dışlanmanın en uç görünümlerinden biridir.³⁷

Türkiye İstatistik Kurumu ve Özürllüler İdaresi Başkanlığı tarafından yapılan 2002 Özürllüler Araştırması sonuçlarına göre, özürllülerin % 60.2’si yani 5 milyon özürllü sosyal güvenlik hizmetlerinden yararlanmaktadır. Sosyal güvencesi olan 5 milyon özürllünün % 45’i kendi adına ve % 55’i ise hak sahibi sıfatıyla sosyal güvenlik hizmetlerinden yararlanmaktadır. Sosyal yardım kapsamında, Mart 2007 itibariyle 318 bin muhtaç durumdaki özürllüye Emekli Sandığı tarafından aylık mali yardım yapılmaktadır. Emekli Sandığı tarafından 2022 sayılı Kanun kapsamında muhtaç durumdaki özürllülere verilen aylıkların miktarı özür derecesine bağlı olarak 2007 yılı için aylık 147 ve 220 TL. arasında değişmektedir. Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu (SHÇEK), özürllülerin bakım ve korunmalarına dönük hizmet vermekte, bakıma muhtaç özürllülere bakım yardımı sağlamaktadır.³⁸

Bu araştırmanın sonuçlarına göre, engellilerin yaklaşık % 40’ı, sosyal güvenliğin kapsamı dışında kalmaktadır. Kapsam içinde olanların ise yarısından azı (% 45) kendi çalışmalarından ötürü kapsam dahilinde bulunmakta, yarısından fazlası ise aile bireyi (eş, çocuk, anne, baba) sıfatıyla başka bir çalışana bağımlı olarak sistemin içinde yer almaktadır. Sistemin dışında kalanların aldığı sosyal yardımların miktarı ise insanca yaşamak için yeterli değildir. Öte yandan, sosyal yardımlara bağımlılık da sosyal dışlanmanın bir başka tezahürüdür.

OECD 2009 İstihdam Görünüm Raporuna göre, hükümetler, istihdam açısından risk teşkil eden gruplara, özellikle engellilere yönelik olarak, sosyal yardımlara uzun süre bağımlılık ve istihdamdan dışlanma yaratan sosyal politikalar yerine, bu grupları çalışma hayatına teşvik edecek programları ya-

36 http://www.ozida.gov.tr/stratejik_plan/turkiyede_ozurluluk.html (Erişim tarihi:29.11. 2009).

37 Sapanca, s.87.

38 http://www.ozida.gov.tr/stratejik_plan/turkiyede_ozurluluk.html (Erişim tarihi:29.11. 2009).

şama geçirmelidirler. Böylelikle engelliler, erken emeklilik ve engellilere yönelik sosyal yardım programlarına dahil olmak yerine çalışma hayatına yönelecekler ve bunun sonucunda da devletin sosyal güvenlik harcamaları azalacaktır.³⁹

Ülkemizdeki mevcut durumun ise bu politikayla çeliştiğini yukarıdaki resmi rakamlar göz önüne sermektedir. Engelliler, öncelikle istihdamdan dışlanmakta ve buna bağlı olarak da sosyal güvenlik sisteminden dışlanmaktadır. Sosyal yardım sistemi ise, hem miktarlar bakımından yetersiz, hem de bağımlılık yaratıcı niteliktedir. Bu noktada hukuki açıdan yanıtlanması gereken önemli bir soru, bu dışlanmada hukuk sisteminin payının ne olduğudur. Acaba hukuk sistemimiz mevcut yapısıyla engellilerin dışlanmasına yol açacak düzenlemeler içermekte midir yoksa, dışlanma bütünüyle hukuk sisteminin dışında fiili bir durum mudur? Var olan hukuki düzenlemelerimizin bu bakış açısı ve bu soruyla birlikte değerlendirilmesi, çözüm önerilerine de ışık tutacaktır.

Türk hukukunda engellilerin sosyal güvenlik haklarının dayanağı, Anayasanın 60. ve 61. maddeleridir. Anayasanın 60. maddesi uyarınca herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir. 61. madde ise sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler başlığı altında, devlete, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirler alma ödevi yüklemiştir.

Dikkatli bir gözle incelendiğinde, aslında hukuk sisteminin dışlayıcı özelliği Anayasanın 60. ve 61. maddeleri arasındaki farklılıkta başlamaktadır. 60. maddede sosyal güvenlik herkes için bir hak olarak düzenlenmiştir. Hiç kuşkusuz “herkes” ibaresi teorik olarak engellileri de kapsamaktadır. Ancak bu hakkın engelliler açısından yaşama geçmediği de herkesçe bilinen bir gerçektir. Bu durumda, sosyal güvenlik hakkı açısından risk grubu oluşturan, bu hakka erişimde birtakım sıkıntıları olan gruplar için ayrı bir maddede ayrı bir düzenleme yapılması da olumlu bir yaklaşımdır. Ancak 61. maddenin düzenleniş şekli oldukça farklıdır. 61. maddede yer alan engelliler hak sahibi bireyler değil, sosyal güvenlik açısından özel olarak korunması gereken kişilerdir ve devlete bu yönde birtakım tedbirler alma görevi yüklenmiştir. Yani 61. madde bireyin hakkı olarak değil devletin borcu olarak kaleme alınmıştır. Bu düzenlemenin ardında yatan mantık, engellilerin dar anlamda sosyal güvenliğin yani sosyal sigortaların ve de dolayısıyla çalışmanın hak öznesi olarak dü-

39 OECD Employment Outlook Tackling the Jobs Crisis 2009, www.oecd.org (Erişim tarihi: 16 Nisan 2010).

şünülmemesidir. Engelliler, çalışamayan ve bu sebeple sosyal sigortaların ya bütünüyle kapsamı dışında kalan veya kapsama “bakmakla yükümlü olunan kişi” ya da “hak sahibi” sıfatıyla, ancak sigortalı bir aile bireyinin eşi, çocuğu veya annesi-babası olarak sisteme girebilecek kişiler olarak düşünülmüşlerdir. Bu açıdan engelliler olsa olsa korunması gereken yardıma muhtaç bireyler olarak sosyal yardımların hak öznesi olabilirler. Ancak ne yazık ki Türk Hukukunda sosyal yardımlar hak olarak düzenlenmemiştir. Anayasanın 61. maddesinin ifadesi de bunu doğrular niteliktedir. İçinde engellilerin de yer aldığı risk gruplarının sosyal yardımlar yoluyla korunması, devletin ödevi olarak düzenlenmiştir.

5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu⁴⁰ da, Anayasa’da benimsenen anlayışa paralel bir anlayışı yansıtmaktadır. Bu yasanın 25. maddesine göre, çalışma gücünü veya iş kazası ve meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünü en az % 60 oranında kaybettiği Kurum Sağlık Kurulunca tespit edilen sigortalı malul sayılır.⁴¹ Malul sayılan sigortalılara, malullük aylığı bağlanır. Malullük aylığı, kapsamına aldığı kişileri, emeklilik rejimi dışına çıkararak, onlara emeklilik yaşından önce aylık alabilme imkanı sağlar.⁴² Kanun’un 26. maddesinde, malullük sigortasından malullük aylığına hak kazanmanın şartları düzenlenmektedir. Buna göre sigortalıya malullük aylığı bağlanabilmesi için; sigortalının 25.maddeye göre sigortalı sayılması, en az 10 yıldan beri sigortalı olması ve toplam olarak 1800 gün veya başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede malul olan sigortalılar için ise sigortalılık süresi aranmaksızın 1800 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigor-

40 RG. 16.6.2006, 26200.

41 Türk hukukunda çalışma gücündeki azalma oranı, sadece tıbbi ölçütlere göre belirlenmektedir. Oysa Alman Hukukunda, “çalışma gücü kaybı” kavramına karşılık “gelir elde edemezlik” kavramı, “meslekte kazanma gücü kaybı” yerine “mesleği yürütemezlik” kavramları kullanılmakta, tıbben saptanan çalışma gücü kaybı ya da meslekte kazanma gücü kaybının sigortalının gelir elde etme yeteneğine etkisi, işgücünün ekonomik değeri ve emek piyasasında iş bulma şansı da dikkate alınmaktadır. Türk Hukukunda da benzer yönde düzenleme yapılmasının isabetli olacağı hakkındaki görüş ve ayrıntılı bilgi için bkz. Güzel, Ali /Okur, Ali Rıza/ Caniklioğlu, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta, İstanbul, 2010, s.422-423.

5510 Sayılı Kanun, 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nda yer alan hastalık sigortasından yapılan tedavi sonucu sigortalının iyileşemeyeceğinin anlaşılan malullük haline yer vermiş ve malul sayılma halini üçten ikiye indirmiştir (Caniklioğlu, Nurşen, “5510 Sayılı Kanuna Göre Malullük Aylığı”, Sicil, Eylül 2006, s.146-147).

42 Akın, Levent, “5510 Sayılı Yasa’nın Maluliyet Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi”, Sicil, Mart 2008, s.133.

talari primi bildirilmiş olması ve maluliyeti nedeniyle sigortalı olarak çalıştığı işten ayrıldıktan sonra Kuruma yazılı talepte bulunması gerekmektedir. Aynı Kanun'un 27. maddesine göre ise, malullük aylığı almakta iken 5510 Sayılı Kanuna göre veya yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışmaya başlayanların malullük aylıkları, çalışmaya başladıkları tarihi takip eden ödeme dönemi başında kesilir.⁴³

27. maddenin düzenlemesi, engellileri çalışma yaşamının dışına itmektedir. Oysa çalışma gücünün veya iş kazası ve meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün yalnızca % 60'ını kaybeden kişiler malul sayılmaktadır, dolayısıyla bu kişilerin çalışması olanaklıdır. Ancak çalıştıkları takdirde malullük aylıklarının kesilmesini öngören bir yasal düzenleme, kural olarak engellilerin çalışmaması gerektiği şeklindeki toplumsal ön kabulün yansımasıdır.

Malullük aylığı alan bir kişinin yeniden çalışmaya başlaması ya da mevcut işini sürdürmesi şansı elinden alınmamalı, bu şekilde bir engelle karşılaştırılmamalıdır.⁴⁴ Çalışan malulün aylığını kesen anlayış, temelde işsiz gençlere istihdam alanı açmaya yöneliktir. Bu anlayışa göre, bir kişinin malul sayılması, onun çalışamayacağı anlamına gelir. Oysa malul kişinin fiziken çalışamayacağını kabul etmek mümkün değildir. Ayrıca bu çalışmanın malul kişiye yönelik ekonomik katkıları dışında rehabilitasyon sağlayacağı da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu önemli sonuç, salt dar kapsamlı bir istihdam alanı yaratabilme kaygısıyla bertaraf edilmemelidir. İstihdam yaratmak, güçlüklerle iş bulabilmiş malullerin aylığını keserek onları çalışmaktan caydırmakla değil, yeni yatırımlarla yeni iş sahaları açarak sağlanabilir. Sosyal devletten beklenen, vatandaşlarının sosyal refaha ulaşma çabalarını engellemek değil, aksine bunu kolaylaştırıcı adımlar atmaktır.⁴⁵ 5510 Sayılı Yasa'nın 27. maddesindeki bu düzenleme, engellilerin istihdamdan ve dolayısıyla da sosyal ya-

43 Yargıtayın 506 Sayılı Kanun dönemindeki, yurt dışında çalışmaya başlamanın malullük aylığının kesilmesini gerektirmeyeceği yolundaki kararları, 5510 Sayılı Yasa döneminde geçerliliğini yitirmiştir (Tuncay, Can / Ekmekçi, Ömer, Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, Legal, İstanbul, 2009, s. 320).

44 Akın, Levent, "5510 sayılı Yasa'nın Maluliyet Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi", Sicil, Mart 2008, 140-143; Karş. Tuncay, Can / Ekmekçi, Ömer, s.320.

45 Akın, Levent, "5510 Sayılı Yasa'nın Maluliyet Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi", Sicil, Mart 2008, s.141.

şamdan dışlanmalarına yol açmaktadır. Zira yukarıda da belirtildiği gibi, istihdamdan dışlanma, sosyal dışlanmanın en önemli boyutlarından biridir.⁴⁶

Sosyal güvenlik dar anlamıyla sosyal sigorta sistemi ile özdeş kullanılmaktadır. Ancak sosyal güvenliğin geniş anlamı, sosyal sigortaların yanı sıra sosyal yardımlar ve sosyal hizmetleri de içermektedir. Bu nedenle engellileri sosyal güvenliği kapsamında, yalnızca maluliyet sigortasının incelenmesi yeterli değildir. Engellilerin sosyal güvenlik hakları açısından, bu alandaki sosyal yardım ve sosyal hizmet yasalarının da incelenmesi gerekir.

Engellilere yönelik sosyal yardım ve sosyal hizmetleri düzenleyen yasal düzenlemeler; 2022 Sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun⁴⁷ ile 2828 Sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu'dur.⁴⁸ 2022 Sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun'un Ek. 1. md.si uyarınca, aşağıda belirtilen 3 halde sakatlık aylığı bağlanmaktadır:

-başkasının yardımı olmaksızın hayatını devam ettiremeyecek şekilde özürlü olma, 18 yaşını doldurma, kanunen bakmakla mükellef kimsesi bulun-

⁴⁶ Bkz. yukarıda I.2.

⁴⁷ RG., 10.07.1976, 15642.

⁴⁸ RG. 24.05.1983, 18057; Ayrıca 5393 sayılı Belediye Kanunu (RG:30.07.2005/25874), 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu (RG., 23.07.2004) ile yerel yönetimlere de bu konuda yetki ve görevler verilmiştir. 5393 sayılı Belediye Kanunu uyarınca; “Bütçede yoksul ve muhtaçlar için ayrılan ödeneği kullanmak, özörlülere yönelik hizmetleri yürütmek ve özörlüler merkezini oluşturmak” Belediye Başkanının görevleri arasındadır. Bu hizmet ve yardımlar, Kanunun 60. maddesinde, belediyenin giderleri arasında da yer almıştır. 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun 7. maddesinde Büyükşehir, ilçe ve ilk kademe belediyelerinin görev, yetki ve sorumlulukları düzenlenmiştir. Maddenin, Büyükşehir belediyelerinin görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkin birinci fıkrasının (v) bendi uyarınca; “Sağlık merkezleri, hastaneler, gezici sağlık üniteleri ile yetişkinler, yaşlılar, engelliler, kadınlar, gençler ve çocuklara yönelik her türlü sosyal ve kültürel hizmetleri yürütmek, geliştirmek ve bu amaçla sosyal tesisler kurmak, meslek ve beceri kazandırma kursları açmak, işletmek veya işletletmek, bu hizmetleri yürütürken üniversiteler, yüksek okullar, meslek liseleri, kamu kuruluşları ve sivil toplum örgütleri ile işbirliği yapmak” Büyükşehir belediyelerinin görev, yetki ve sorumlulukları arasındadır. 5216 sayılı Kanun'da Büyükşehir belediye başkanının görevleri arasında “Bütçede yoksul ve muhtaçlar için ayrılan ödeneği kullanmak, özörlülerle ilgili faaliyetlere destek olmak üzere özörlü merkezleri oluşturmak” sayılmıştır (m.18/f.1.b.m.). Büyükşehir Belediyesi Kanunu'na, 5378 sayılı Özörlüler Kanunu ile 2005 yılında eklenen ek md.1 ile özörlü hizmet birimleri kurulması öngörülmüştür.

mama, 2022 Sayılı Kanun'un 1. md.si uyarınca belirlenecek tutardan daha az gelire sahip olma (Ek md.1/a);

-18 yaşını doldurma, özürlü olma, kanunen bakmakla mükellef kimsesi bulunmama, herhangi bir işe yerleştirilmemiş olma, 2022 Sayılı Kanun'un 1. md.si uyarınca belirlenecek tutardan daha az gelire sahip olma (Ek. Md.1/b);

-18 yaşını tamamlamamış bir özürünün kanunen bakmakla mükellef yakını olma, bakım ilişkisini fiilen gerçekleştirmeme, 2022 Sayılı Kanun'un 1. maddesinde belirlenecek tutardan daha az gelire sahip olma (Ek md.1/c).

Kanunla tespit edilen bu özür düzeylerinin nasıl belirleneceği ise 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşları ile Özürlü ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik⁴⁹ ile düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 10. maddesi, Kanun'da tespit edilen engelli gruplarını, "çalışma gücü kaybı" oranına göre belirlemiştir. Buna göre çalışma gücünü en az % 70 oranında kaybeden engelli "başkasının yardımı olmaksızın hayatını devam ettiremeyecek şekilde özürlü", çalışma gücünü % 40 ile % 69 arası oranda kaybeden engelli ise "özürlü" olarak nitelendirilmektedir.

Ek. md. 1/a kapsamındaki özürler, çalışma gücü kayıp oranı % 70 ve üstü olanlardır ve bunların aylıkları 210 TL'dir. Ek md.1/b bendi kapsamındaki özürler, çalışma gücü kayıp oranı % 40-69 arası olanlardır ve bunlara bağlanan aylık miktarı 135 TL'dir. 18 yaşın altındaki özürlerin yakınlarına bağlanacak aylık miktarı da 135 TL'dir.⁵⁰

2002 sayılı Kanun ve bu Kanun'un uygulanmasına ilişkin yönetmelikte, engellilerin dışlanması sonuçlayacak kimi hükümler mevcuttur. Örneğin, çalışma gücü kaybı oranı % 40'tan az olmasına karşın kendisini geçindirecek kaynaklardan yoksun olan engelli, diğer şartları yerine getirirse bile sosyal yardımlardan yararlanamayacaktır.⁵¹ Bu da, bu durumda olan engellilerin yoksulluk riski ile karşı karşıya bırakılması demektir. Öte yandan aylığa hak kazanan engelliler açısından da aylık miktarları yoksulluğa karşı koruma işlevi sağlayacak düzeyde yeterli değildir.

Yasal düzenlemede engellilerin dışlanmasına yol açacak bir diğer hüküm ise aylık bağlanması bakımından "herhangi bir işe yerleştirilmemiş olma" şart-

⁴⁹ RG.06.11.2010, 27751. Bu yönetmelik ile daha önceki yönetmelik (RG.20.6.2006, 26204) mülga olmuştur.

⁵⁰ Özgür Sayar, /Özbulut./ Küçükkaraca, s.34.

⁵¹ Aydınöz, s.61.

tının aranmasıdır. Yani Kanun kapsamındaki özürlü aylığına hak kazanmanın şartlarından biri de çalışmamaktır. Oysa sosyal yardımların belirlenmesindeki tek ölçüt “yeterli geçim kaynaklarından yoksunluk” olmalıdır. Bu belirlemede engellinin çalışıp çalışmamasının bir önemi olmamalıdır. Bu yönüyle 2022 sayılı Kanun’un da engellileri istihdamdan dolayısıyla, sosyal güvenlik-ten dışlayıcı bir mantıkla şekillendiğini söylemek mümkündür.

Bu konuda 06.11.2011 tarihli yönetmelikte⁵², yalnızca kısa vadeli sigorta kollarına tabi çalışan engellilerin ve bir yılda toplam 90 günü aşmayan çalışması olan engellilerin aylıklarının kesilmeyeceği yönünde birtakım iyileştirici düzenlemeler yapılmıştır. Ancak bu düzenlemeler son derece sınırlı olduğu gibi, yönetmelik hükmü yasa hükmüne açıkça aykırı düşmektedir. Dolayısıyla bu yönde yapılacak bir reform için yönetmelikle düzenleme yerine yasal değişiklik yolu tercih edilmelidir.

Yine Kanun’un ve yönetmeliğin, engelliler üzerinde dışlanma etkisi yaratacak bir diğer düzenlemesi, engellinin “özür oranı”nın tespitini “çalışma gücü kaybı oranı”na bağlamış olmasıdır.⁵³ Özür oranı ile çalışma gücü kaybı oranının aynı kabul edilmesi, faaliyet alanına göre %100 kapasiteyle çalışabilecek durumda olan bir engellinin dahi, resmi belgeyle “çalışamaz” olarak nitelendirilmesine yol açmaktadır. Böylece toplumsal yapıda ve istihdamda, engellilere yönelik “işe yaramaz” düşüncesi beslenmekte ve önemli bir işgücü kapasitesi ekonominin dışında bırakılmaktadır.⁵⁴ Bu aynı zamanda, engellileri sosyal sigorta sisteminin de dışında bırakmak ve sosyal yardımlarla yaşama-ya mahkum etmek demektir.

2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu’nun 3. maddesinde sosyal hizmetler, kişi ve ailelerin kendi bünye ve çevre şartlarından doğan veya kontrolleri dışında oluşan maddi, manevi ve sosyal yoksullukların giderilmesine ve ihtiyaçlarının karşılanmasına ve sosyal sorunların önlenmesi ve çözümlenmesine yardımcı olunmaması ve hayat standartlarının iyileştirilmesi ve yükseltilmesini amaçlayan sistemli ve programlı hizmetler bütünü olarak tanımlanmıştır. Kurumun görevleri arasında yardıma muhtaç engellilerin tespit ve incelemesi de yer almaktadır. Bu Kanun ile, her ne

52 Türk Vatandaşları ile Özürlü ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik (RG.06.11.2010, 27751).

53 Engellilerin çalışma gücü kaybı oranları, Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırılması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik esaslarına göre belirlenir (RG. 16.7.2006, 26230).

54 Aydınöz, s.63.

ad altında olursa olsun her türlü gelirleri toplamı esas alınmak suretiyle, kendilerine ait veya bakmakla yükümlü olduğu birey sayısına göre, kendilerine düşen ortalama aylık gelir tutarı bir aylık net asgari ücret tutarının 2/3'ünden daha az olan bakıma muhtaç özürllülere, resmi veya özel bakım merkezlerinde ya da ikametgahlarında bakım hizmeti verilmesi öngörülmüştür (Ek md.7).

2828 Sayılı SHÇEK Kanunu m.3/1/b.d. ve ek 7. m. uyarınca bakım hizmetlerinin “bakıma muhtaç özürllülere” yönelik olması nedeniyle SHÇEK tarafından sağlanan bakım hizmetlerinden sadece ağır özürllüler yararlanabilmektedir. Ağır özürllü, Özürllüler Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürllülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik m.4/f/1/b.a uyarınca, tüm vücut fonksiyon kaybı oranı % 50'nin üzerinde olduğu tespit edilen özürllülerden; beslenme, giyinme, tuvalet ihtiyacını giderme gibi öz bakım becerilerini yerine getirmede, kendi başına hareket etmede veya iletişim kurmada zorluk ya da yoksunluk yaşadığına ve bu becerileri başkalarının yardımı olmaksızın gerçekleştiremeyeceğine tıbbi olarak karar verilen kişi olarak tanımlanmıştır. Tüm vücut fonksiyon kaybı % 50'den az olmasına karşın, temel yaşamsal ihtiyaçlarını gidermede sorunlar yaşayan engelliler, bakım hizmetlerinden yararlanamayacak ve çevresindekilere bağımlı kalacaktır.⁵⁵

2828 sayılı Kanun'un dışlayıcı nitelikteki bir diğer düzenlemesi ise, Kanun'un ek 7. maddesi ile Bakıma Muhtaç Özürllülerin Tespiti ve Bakım Hizmeti Esaslarının Belirlenmesine İlişkin Yönetmeliğin 7. maddesi uyarınca evde bakım hizmetlerinden yararlanma için aranan “ekonomik ve sosyal yoksunluk içinde olma” şartıdır. Oysa sosyal hizmetlerden yararlanmak için yoksulluk şart değildir. Sosyal hizmetler, sosyal yardımlardan farklı olarak her türlü refah hizmetini içerir. Engellilerin bakım gereksinimi ekonomik durumlarından bağımsız olarak her durumda mevcuttur. Bu bakımın kurumlar tarafından yapılması, engellileri aile fertlerine bağımlı kılmaktadır.

III. ENGELLİLERE YÖNELİK SOSYAL İÇERME TEDBİRLERİ

a. Genel Olarak

Sosyal içerme, dışlanma tehlikelerine maruz kalan bireylerin siyasi irade ile alınmış kararlar ve önlemler yardımı ile topluma katılma durumunu ifade etmektedir. Bir başka ifadeyle, sosyal dışlanmanın anti-tezi olan sosyal içer-

⁵⁵ Aydınöz, s.60.

me kavramı, devlet aygıtının sorumluluk almasını ve bu sorumluluğu yerine getirirken “hak” perspektifinden konuya yaklaşmasını zorunlu kılmaktadır.⁵⁶

Türkiye’nin de onayladığı BM Engelli Haklarına İlişkin Sözleşmenin⁵⁷ “bağımsız yaşayabilme ve topluma dahil olma” başlıklı 19. maddesine göre: “... Sözleşmeye taraf devletler tüm engellilerin diğer bireylerle eşit koşullar altında toplum içinde yaşama hakkına sahip olduğunu kabul eder ve engellilerin bu haktan eksiksiz yararlanabilmeleri ve topluma tam katılımlarını kolaylaştırmak için gerekli tedbirleri etkin bir şekilde alır.”

Sözleşmenin 26. maddesine göre, taraf devletler engellilerin azami bağımsızlığını, tam fiziksel, zihinsel, sosyal ve mesleki becerilerini elde etmelerini ve yaşamın her alanına tam katılımlarını sağlamak için uygun tedbirleri alır ve bu amaçla özellikle sağlık, istihdam, eğitim ve sosyal hizmetler alanında kapsamlı rehabilitasyon hizmetlerini sunar.

Sözleşmenin çalışma ve istihdam başlıklı 27. maddesine göre, taraf devletler engellilerin diğer bireylerle eşit koşullar altında çalışma hakkına sahip olduğunu kabul eder. Bu hak, engellilerin açık, bütünleştirici ve erişilebilir bir iş piyasası ve çalışma ortamında serbestçe seçtikleri bir işle hayatlarını kazanmaları fırsatını da içerir. Taraf devletler tüm engellilerin çalışma hakkının yaşama geçmesini güvence altına alır.

Sözleşmenin 28. maddesi uyarınca taraf Devletler, engellilerin yiyecek, giysi ve barınma dahil olmak üzere kendileri ve aileleri için yeterli yaşam standardı hakkını ve yaşam koşullarının sürekli olarak iyileştirilmesi hakkını tanır.

Sözleşmenin bu maddelerinde açıkça sosyal dışlanma terimine yer verilmemekle birlikte, düzenlemelerin bütününden çıkan anlam, taraf devletlerin engellilerin her alanda toplumsal yaşama katılımlarını sağlamak, bir diğer deyişle dışlanmalarını önlemek için tüm tedbirleri almakla yükümlü olduklarıdır.

Sözleşmenin öngördüğü bu yükümlülük çerçevesinde Türk Hukuku’nda yukarıda belirtilen dışlayıcı nitelikteki düzenlemelerin değiştirilmesi gerekmektedir. Ancak bu yöndeki reformlar, kısmi nitelikte olduklarından sorunun çözümü noktasında yetersiz kalacaktır.

56 Buğra, Ayşe, AB Müzakere Sürecinde STK’lar ve Yoksulluk, Sivil Toplum ve Demokrasi Konferans Yazıları No:12, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sivil Toplum Kuruluşları Eğitim ve Araştırma Birimi Yayını, 2005, s.3; İçağasıoğlu Çoban, s.344.

57 RG., 14.07.2009, 27288; Sözleşme ile ilgili bir değerlendirme için bkz. Gül, İdil, Işıl, “Bir Hak Mücadelesi Alanı Olarak Engellilik ve Engellilerin Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, Öz-Veri Dergisi, 2008, C.5, S.2.

Sözleşmenin bu hükümlerinin sözde kalmayıp fiilen yaşama geçmesi açısından Türk Hukuk sisteminin en önemli eksiği sosyal yardımlarla sosyal hizmetlerin birlikte düzenlenmemesidir. Hukuk sistemimizin ihtiyaç duyduğu gerçek reform sosyal hizmetler alanında olmalıdır.

Sosyal güvenlik sistemimiz Bismarkçı modeli (mesleki modeli) benimsemiş olduğundan engellilerin sosyal sigorta hakkı formel istihdamda yer alıp yer almamalarına bağlıdır. Çalışamayan engelliler, sosyal sigortaların da kapsamı dışında kalacaklardır veya sosyal sigorta sistemi içinde yer alan bir aile fertleri varsa, onun üzerinden bağımlı nüfus statüsünde sigortalı olabileceklerdir. Sosyal güvenlik hakkının çalışma hakkına bağlı bir hak olması ancak tam istihdam koşullarında kabul edilebilir, oysa günümüzde işsizlik sorunu nedeniyle sosyal güvenlik hakkı ile çalışma hakkı arasındaki bu eski bağ sorgulanmaktadır.⁵⁸ Engellilerin istihdamda yer alması ise, bir temenni olmaktan öteye geçmemektedir. Çalışamayan engellilere yönelik sosyal yardımlar, yoksullukla mücadele açısından işlevsel olabilir, ancak sosyal dışlanma sorununu çözemez. İşte tam bu noktada sosyal yardımlarla sosyal hizmetlerin birlikte ve hak olarak düzenlenmesinin önemi ortaya çıkmaktadır.

Engellilerin sosyal güvenlik dışlanmamaları için kademeli bir sistem düşünülmelidir. İlk hedef, engellilerin istihdamda yer almaları suretiyle sosyal güvenlik şemsiyesine girmeleri olmalıdır. Ancak istihdamda yer alamayan engellilerin yoksulluğa düşmemeleri için yeterli bir yaşam seviyesi sağlayacak sosyal yardımların hak olarak yasalarla güvence altına alınması gerekir. Öte yandan parasal yardımlar tek başına sosyal dışlanma sorununu çözmekte yetersiz kalacağından, sosyal yardımların engellilerin toplumsal yaşama katılmalarını sağlayacak sosyal hizmetlerle tamamlanması gerekir. Bu hizmetlerin yasalarla düzenlenmesi olanaklı değildir, çünkü her engellinin ihtiyaç duyacağı hizmetler farklılık gösterecektir. Bu noktada kullanılacak hukuki araç sözleşme olmalıdır. Sosyal hizmet kurumları ile engelliler arasında onların topluma katılmalarını sağlayacak bir faaliyet programının karşılıklı haklar ve borçlar şeklinde düzenlenmesi gerekir.⁵⁹

58 Supiot, Alain, "L'avenir d'un vieux couple: travail et sécurité sociale", Droit Social, Septembre-Octobre, 1995, s.823 vd.

59 Bakıma Muhtaç Özürlülerin Tespiti ve Bakım Esaslarının Belirlenmesine ilişkin Yönetmeliğin 7. Maddesi, özürlü hakkında sosyal inceleme raporu hazırlanmasını, hak sahibi özürliye ihtiyaç ve özelliklerine göre hangi hizmetlerin sağlanacağını bireysel bakım planında yer almasını öngörmektedir. Bu düzenleme engellilere yönelik hizmetlerin kişiselleşmesine örnek oluşturabilir (Aydınöz, s. 85); Sosyal yardımlarla sosyal hizmetler arasındaki bağı kuran sözleşme modeli için bkz. Gökçeoğlu, Balcı, s.111.

b. Fransız Hukukundan Bir Örnek: Engelliliğin Sonuçlarını Telafi Etme Hakkı

Fransız Hukukunda engelli hakları alanında önemli bir reform niteliğinde olan 11 Şubat 2005 tarihli ve 2005/102 sayılı “Engelli Bireylerin Hak ve Fırsat Eşitliğine, Katılımına ve Yurttaşlığına İlişkin Kanun” engellilere ilişkin sosyal içermeye tedbirleri açısından örnek teşkil edebilecek bazı yeni kavram ve kurumlara yer vermektedir.⁶⁰

Telafi etme hakkı, Kanun’un 11. ve 15. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre yaşı, engelinin türü ve kaynağı, yaşam şekli ne olursa olsun, tüm engellilerin engelinden doğan sonuçları telafi etme hakkı vardır. Telafi için gerekli ihtiyaçlar, kişiye özel telafi planı ile belirlenir (11.md). Engelli evleri, çok disiplinli bir ekibin katılımıyla ihtiyaçların tespiti ve tavsiyelerin hazırlanması konusunda görevlidir. Telafi hakkı kapsamında sağlanacak hizmetler, 20-60 yaş arasındaki engellilere yöneliktir. 20 yaş öncesinde eğitim yardımları, 60 yaş sonrasında ise kişiselleştirilmiş özerklik yardımı adı altında başka yardımlar sağlanmaktadır.

14. md. uyarınca engellilerin, telafi ödeneği hakkı vardır. Bu ödenek aylık olarak ödenir. Telafi ödeneğine hak kazanmak bakımından yoksulluk koşulu aranmamıştır. Bu ödenekten yararlanmak için engelli olmak yeterlidir. 2005/102 sayılı Kanun, eşitliği korumadan üstün tutmuştur. Geçim kaynaklarına sahip olan bireylerin, bu kaynaklardan yoksun olanlarla dayanışması yönündeki geleneksel anlayıştan farklı olarak bu Kanun ile sağlanan sosyal yardımlarda genellik ilkesi benimsenmiştir.⁶¹

Kanun’un 64. maddesi ile İl Engelli Evleri’nin kurulması öngörülmüştür. Engelli evleri, engelli bireylere ve ailelerine verilecek hizmetleri tek çatı altında toplayan kurumlardır. Engelli evlerinin başlıca görevleri şunlardır:

-Engelli bireylere ve ailelerine bilgilendirme, yönlendirme, refakat ve danışma hizmetleri vermek,

-Engelli bireylere ilişkin tüm dosyaların hazırlanması,

⁶⁰ Loi no: 2005/102 du 11 Février 2005 pour l’égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, <http://www.legifrance.gouv.fr>

⁶¹ Laborde, Jean-Pierre, “Quelques Réflexions A Propos Du Projet De Loi Sur L’Egalité des Droits et des Chances, La Participation et La Citoyenneté des Personnes Handicapées, Droit Social, Novembre, 2004, s. 989-990.

-Engelli bireylerin telafi hakkına ilişkin ihtiyaçlarını, yaşam tasarısını temel alarak belirlemek ve kişiselleştirilmiş telafi planı önermekle görevli olan çok disiplinli bir ekibin oluşturulması.

-Engelliliğin telafi edilmesi için ayrılmış fonların yönetilmesi.

Bu Kanun'un özgün tarafı, telafi etme hakkı (*droit à la compensation*) diye yeni bir hak tesis etmesi ve engellinin yaşam tasarımı (*projet de vie*) kavramını temel almasıdır. Kanun'a hakim olan düşünce, engelli bireyin, toplumun diğer bireyleriyle eşit fırsatlara sahip olmasını engelleyen eksikliklerin sosyal koruma yoluyla telafi edilmesidir. Böylece toplum içerisinde engelli olan bireyler ile engelli olmayan bireylerin, fırsatlar bakımından eşitlenmesi amaçlanmaktadır. Telafi etme hakkı, bir olumsuzluğu, zararı ya da kötü bir durumu telafi etmek için sahip olunan imkanları anlatmak üzere kullanılır ve bu kavram zararın tazmini kavramından farklıdır. Telafi etme hakkı, engelli bireyin toplumun bir üyesi olması sebebiyle sahip olduğu, sosyal yardımlar ve sosyal hizmetlerden oluşan haklar bütünüdür.⁶²

SONUÇ

Engellilik yalnızca bir sağlık sorunu değil aynı zamanda önemli bir sosyal sorundur. Engellilerin önündeki engeller kaldırılmadığı sürece engelliler toplumsal yaşamdan dışlanmaktadır. Engellilerin dışlandığı alanların başında istihdam gelmektedir. İstihdamdan dışlanmaya, sosyal güvenlik dışlanma eşlik etmektedir. Bunun anlamı ise yoksulluk, yeterli geçim kaynaklarından ve toplumsal yaşama katılma imkanlarından yoksunluktur. Engellilerin sosyal güvenlik dışlanmaması için köklü bir anlayış değişikliğine ihtiyaç vardır. Öncelikle, çalışma kavramına endeksli sosyal güvenlik anlayışının terk edilmesi gerekir. Engellilerin sosyal güvenliğinin ön koşulu çalışma olduğu sürece, sosyal dışlanma sorununun çözümü olanaksızdır. Zira engellilerin tam istihdamı, tıpkı engelli olmayanları gibi olanaksızdır. Bu nedenle çalışmanın önemini reddetmeyen ancak istihdamla sınırlı olmayan genişlikte bir sosyal koruma hukukuna gereksinim vardır. Bu hukuk anlayışının merkezinde ise hak niteliğinde sosyal yardımlar ve bu yardımlarla eşgüdümlü, sosyal dışlanmayla mücadele amaçlı, sosyal hizmetler yatmaktadır.

62 Chabrol, Raymond, "Le Droit à la Compensation des Conséquences du Handicap", *Droit Social*, Novembre, 2004, s. 994.

Özürlü Hükümlünün Cezasının İnfazı ve İnsan Hakları

Dr. iur. E. Eylem AKSOY RÉTORNAZ*

Özürlü bir hükümlünün cezasının ceza infaz kurumunda infaz edilmesi-
nin doğurduğu sorunlar pek fazla bilinmemekte ve kamuoyunda yankı bul-
mamaktadır¹. Oysa özürlü hükümlü cezaevine girer girmez pek çok sorunla
karşılaşmaktadır ve bu sorunlar cezanın infaz edilmesi süresince artmaktadır²

Cezaevleri “*doğuştan veya sonradan herhangi bir nedenle bedensel veya
duyusal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmiş olan*”³ fiziksel özürlü hü-
kümlünün özürü ile uyumlu donanıma sahip değildir. Fiziksel özürlü hüküm-
lü cezaevinde çoğu zaman rahatça hareket edememektedir ve başkalarının
yardımına muhtaç olmaktadır. Bu durum, insan haklarının ihlal edilmesi so-
nucunu doğurmaktadır.

Bu çalışmada öncelikle hükümlünün insan haklarını kavramı üzerinde
duracak ardından da, özellikle insan haysiyetine uygun koşullarda cezanın in-
fazı kapsamında özürlü hükümlünün insan haklarını inceleyeceğiz.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Araştır-
ma Görevlisi

1 KIZILARSLAN Hakan, İnfaz Hukuku ve Özel Durumdaki Hükümlüler Sempozyumu, Türki-
ye Barolar Birliği, Ankara, 2008, s. 84.

2 BAUM Edwin M., Handicapped Prisoners: An ignored Minority?, Columbia Journal of Law
and Social Problems, n° 18, 1985, s. 350.

3 5378 sayılı Özürlüler Kanununun 3. maddesindeki özürlü tanımıda yer alan zihinsel, ruhsal,
sosyal yeteneklerini kaybeden birey özürlü mahkum kategorisi içinde değerlendirilmeyecektir.

I. HÜKÜMLÜNÜN İNSAN HAKLARI

A. Bir Hak Öznesi Olarak Hükümlü

Bir ceza infaz kurumunda infaz edilmeye başlanan hapis cezası ile birlikte hükümlü hürriyetinden yoksun kılınır. Burada çözülmesi gereken temel sorun bu mahkûmiyet hükmü ile birlikte hükümlünün tüm hak ve hürriyetlerinden mi yoksa bu hakların bazılarında mı yoksun kılındığıdır⁴. Bu belirlemeden sonradır ki hürriyeti bağlayıcı cezanın kişinin insan hakları ile ne ölçüde bağdaştığı sorusuna yanıt aranabilir⁵.

İnsan hakları, keyfi ve özel bir statüye bağlı olmadan “*kişinin sırf insan olduğu için sahip olduğu için sahip olduğu haklar*”⁶dır. Bu nedenle evrensellik özelliğine sahiptirler⁷.

Nitekim insan haklarına ilişkin ulusal ve uluslararası metinlere bakıldığında hak sahibi bakımından evrensellik prensibinin benimsendiği görülür. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin⁸ 2. maddesinde “*herkes ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başka türden kanaat, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğuş veya başka türden statü gibi herhangi bir ayrım gözetilmeksizin, bu Bildirgede belirtilen bütün hak ve özgürlüklere sahiptir*” düzenlemesi yeralmaktadır. Aynı şekilde Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi’nin⁹ 2. maddesinde de taraf devletlerin ülkelerinde yaşayan ve yetkisi altında bulunan bütün bireylere hiçbir ayrım gözetilmeksizin bu Sözleşme’de tanınan hakları sağlamak ve bu haklara saygı göstermekle yükümlü olduğunu ifade etmektedir.

İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi¹⁰’nin (İHAS), 1. maddesi de Sözleşmeye taraf Devletlerin yetki

4 LERNELL Lezsek, Reflexions sur l’essence de la peine privative de liberté. De certains aspects psychologiques et philosophiques de la peine de prison, Études en l’honneur de Jean Graven, Genève, Georg, 1969, s. 91.

5 DETIENNE Jean, Les droits fondamentaux des détenus et le droit belge, Revue pénitentiaire et de droit pénal, 2003, s. 525.

6 UYGUN Oktay, İnsan Hakları Kuramı, İnsan Hakları, YKY, İstanbul, 2000, s. 13.

7 SUDRE Frédéric, Droit européen et international des droits de l’homme, 9e éd. Paris, Presses universitaires de France, 2008, s. 38.

8 Resmi Gazete, sayı 7217 tarih 27 05 1949.

9 4868 sayılı Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesinin Onaylanmasına Dair Kanun, Resmi Gazete, sayı tarih 18.06.2003.

10 6366 sayılı İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi’nin Onaylanmasına Dair Kanun, Resmi Gazete sayı 8662 tarih 19.03 1954.

alanlarındaki herkesin İHAS ile düzenlenen hak ve özgürlüklerden yararlanmasını sağlamakla yükümlü olduğunu güvence altına almıştır.

Aynı yönde, 1982 Anayasası'nın başlangıç kısmı uyarınca her Türk vatandaşının Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanır¹¹.

İnsan haklarına ilişkin metinlerden çıkan sonuç, hükümlülerin de tıpkı özgür bireyler gibi temel hak ve hürriyetlerinden faydalanmaya devam ettiğidir. Bu nedenle, hükümlülerin temel hak ve özgürlükleri özgür bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin kısıtlanması için öngörülen sınırlama sistemine uygun olarak kısıtlanmalıdır¹². Bu eşitlik ilkesinin doğal bir sonucudur.

Her ne kadar, hükümlüler temel hak ve hürriyetlerine sahip olsalar da, cezaevine konulmaları ile birlikte özgür birey statüsünden hürriyeti kısıtlanan birey statüsüne geçerler. Cezaevi idaresinin denetim ve yönetimi altına girecek temel hak ve hürriyetlerinden ne şekilde yararlanabileceklerine ilişkin tercih yapabilme olanağını kaybederler¹³. Cezaevi idaresinin güvenlik ve düzeni koruma zorunluluğu ile hükümlünün hak ve özgürlüklerini kullanma isteği çatışmalara neden olur ve bu çatışmalar cezaevi idaresinin hükümlülerin hak ve özgürlüklerinin kullanılmasına müdahale etmesi sonucunu doğurur¹⁴. Böylece cezaevi koşulları hükümlünün insan haklarının kullanılmasını şekillendirir.

11 Bu hususta 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunun (CGHİK) 6 maddesinin 1 fıkrasının b bendinde yer alan “*hükümlülerin, Anayasada yer alan diğer hakları, infazın temel amaçları saklı kalmak üzere, bu Kanunda öngörülen kurallar uyarınca kısıtlanabilir*” ibaresinin 1982 Anayasasının temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ile ilgili esasları ile bağdaşmadığı kanaatindeyiz.

12 DETIENNE Jean/SERON Vincent, *Politique pénitentiaire et droits des détenus en Belgique, Politiques pénitentiaires et droits des détenus, Actes du Colloque de la FIPP, Stavern, Norvège, 25-28 juin 2008*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2008, s. 248.

13 TRECHSELL Stefan, *Taking care of detainees in the light of human rights, Problèmes pratiques et nouvelles perspectives dans le domaine pénitentiaire, Actes des Journées de Galatasaray, Istanbul/Turquie, 4-7 septembre 2002*, FIPP, Université de Galatasaray, 2004, s. 99.

14 TCHEN Vincent, *Les droits fondamentaux du détenu à l'épreuve des exigences du service public pénitentiaire, Revue française de droit administratif*, 1997, s. 607.

LEMONDE Lucie, *L'émergence d'une normativité des droits fondamentaux des personnes incarcérées au Canada, Enjeux et perspectives des droits de l'Homme, Odyssée des droits de l'Homme, Tome I, Paris, L'Harmattan, 2003*, s. 421.

İşte bu nedenledir ki klasik ceza infaz hukuku anlayışı, bu özel statü nedeniyle, hükümlüyü bir hak süjesi olarak değerlendirmemekteydi. Hapis cezasına mahkum edilen bir kişi, cezaevine konulması ile kaçınılmaz olarak temel hak ve hürriyetlerinden yoksun kılınmaktaydı¹⁵. “Doğal sınırlama” teorisi olarak kabul edilen bu teori nedeni ile İnsan Hakları Avrupa Komisyonu temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının hürriyeti bağlayıcı cezanın doğasında olduğunu kabul ederek, hükümlülerin insan haklarının ihlal edildiği yönündeki başvurularını reddetmekteydi¹⁶.

İnsan Hakları Avrupa Komisyonu’nun 1975 yılında verdiği Golder / Birleşik Krallık¹⁷ kararı ile doğal sınırlama teorisini terk etmiştir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) içtihatları uyarınca, artık hükümlülerin hak ve hürriyetleri de kısıtlanması da tıpkı özgür bireylerin hak ve hürriyetlerinin kısıtlanması rejimine uygun olarak kısıtlanmalıdır. İHAM, *Campbell ve Fell / Birleşik Krallık*¹⁸ kararında adaletin hapishanelerin kapısında son bulmadığına işaret etmiştir.

Bugün artık, modern ceza infaz hukuku anlayışı uyarınca, hükümlü yalnızca gidip gelme hürriyetinden yoksun kılınmıştır¹⁹. Hükümlünün içinde bulunduğu durum ve çaresizliği nedeniyle de temel hak ve özgürlüklerinin daha etkin bir şekilde korunması hususunda devlete özel bir ödev yüklenmiştir²⁰.

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 10. maddesi “*özgürlüklerinden yoksun bırakılan herkese insanca ve kişinin doğuştan sahip olduğu onura saygı gösterilerek davranılır*” düzenlemesini içermektedir. Hükümlünün insan hakları konusunda İHAS metni her-

15 İbid.

16 İHAM, n° 9054/80, 8.11.1982, D.R. 30, s. 113.

17 İHAM, Golder / Birleşik Krallık, n° 4451/70, 21.02 1975, série A n° 18.

18 İHAM, Campbell ve Fell / Birleşik Krallık, n° 7819/77; 7878/77, série A80.

19 TULKENS Françoise, *Droits de l’homme et prison. Jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l’homme, L’institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, Paris; Librairie générale de droit et de jurisprudence; Bruxelles; Bruylant, *La pensée juridique*, 2002, s. 251.

20 EREM Faruk, Suç Bilimi Açısından Adalet Psikolojisi, Ankara 1997, s. 342; VAN KEMPEN Piet Hein, Positive obligation to ensure the human rights of prisoners, in: *Politiques pénitentiaires et droits des détenus*, Actes du Colloque de la FIPP, Stavern, Norvège, 25-28 juin 2008, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2008, s. 23.

hangi bir özel düzenleme içermemesine rağmen İHAM içtihatlarında devlete hükümlü haklarının korunması konusunda pozitif yükümlülükler getirilmiştir²¹.

Bu yükümlülükler nedeni ile hükümlünün hak ve hürriyetleri hürriyeti bağlayıcı cezanın kendi doğasından kaynaklanan sınırlamalar dışında herhangi bir sınırlamaya tabii olmalıdır. Ayrıca Devlet mahpusların haklarının korunması gerekli düzenlemeleri yapmak ve önlemleri almalıdır.

B. Özürlü Hükümlünün Özel Durumu

İnsan Haklarına ilişkin ulusal ve uluslararası metinler ve bu konudaki içtihatla hükümlünün içinde bulunduğu özel durum nedeniyle, Devletlere hükümlünün insan haklarının korunması konusunda pozitif bir yükümlülük getirildiğini belirtmiştik. Hapis cezasına mahkûm olan birey özürlü bir birey olduğunda hükümlünün korunup gözetilmesini özellikle özürlü hükümlüler yönünden ayrı bir önem taşımaktadır.

Hapis cezası hükümlünün açısından sıkıntı yaratan bir durumdur. Hükümlünün sıkıntılarına cezanın infazı biçiminden kaynaklanan yeni sıkıntılar eklenmemelidir. Cezanın infazı esnasında hükümlü bakımından yeni sıkıntılar yaratmamak ve özürlü hükümlünün haklarını etkin bir biçimde kullanmasını sağlamak ancak cezanın infazının insan onuru ile bağdaşır bir şekilde yerine getirilmesi halinde mümkün olacaktır. Bu bakımdan ceza infaz sisteminde özürlü hükümlüler bakımından cezanın infazında “pozitif ayrımcılık doğal bir zorunluluk olarak görülmektedir”²².

Pozitif ayrımcılık, toplumun bir kesimi bakımından zayıflayan eşitlik ilkesinin yeniden tesisi edilmesine yönelik bir yöntemdir²³. Irk, dil, din, mezhep, milliyet, cinsiyet ve diğer toplumsal konuları yönünden ayrımcılığa maruz kalan kesimlere öncelik ve bazı hallerde üstünlük tanınarak fırsat eşitliğinin bu şekilde sağlanması umulmaktadır.

21 İHAM, Tanribilir / Türkiye, n° 21422/93, 16.11.2000 § 70; İHAS, Keenan / Birleşik Krallık, n° 27229/95, 3.04. 2001, § 89, Recueil des arrêts et décisions 2001-III.

22 TEZCAN Durmuş, İnfaz Hukuku ve Özel Durumdaki Hükümlüler Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2008, s. 22.

23 LEPERS Jacques, L'Etat n'est pas responsable de l'inaccessibilité aux handicapés des bâtiments de la Justice, AJDA, 2007, s. 436.

Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmenin²⁴ 14 maddesinin 2. fıkrası uyarınca hapis cezasına mahkûm edilen özürlü bir birey cezası infaz edilirken, tıpkı diğer hükümlüler gibi uluslararası insan hakları hukukuna uygun olarak güvencelere sahip olacaktır.

Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmenin tanımlara ilişkin 2. maddesi uyarınca “makul düzenleme” özürlü bireylerin insan haklarını ve temel özgürlüklerinden ve diğer bireylerle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere belirli bir durumda ihtiyaç duyulan, ölçüsüz veya aşırı bir yük getirmeyen, gerekli ve uygun değişiklik ve düzenlemeleri ifade eder. Diğer bir deyişle, özürlü hükümlüler hakkında pozitif ayrımcılık uygulanmasına işaret eder.

İHAS’ın 14. maddesinde ayrımcılık yasağı düzenlenmiştir. İHAM içtihadı alınan tedbirler ile ulaşılması hedeflenen amaç arasında orantı bulunması gözetilerek bazı nesnel sebeplerle ayrımcılık yapılmasının mümkün olduğu yönündedir²⁵. Mahkeme ayrıca Devletten alması beklenen tedbir ile ihlal edildiği iddia edilen madde arasında doğrudan bir bağlantı olmasını aramaktadır²⁶.

Özürlü bir hükümlünün çıkarları ile idari makamların alması gereken tedbirler arasında doğrudan bir bağlantı var ise ve ilgili idare bu tedbirleri almamış ise bu bir ihlal sebebi olarak kabul edilmektedir²⁷.

5982 sayılı Kanun²⁸ ile 1982 Anayasası’nın kanun önünde eşitlik ilkesini ilişkin 10. maddesinin ikinci fıkrasına özürlüler hakkında alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılamayacağı esası eklenmiştir. Böylece özürlü bireyler bakımından pozitif ayrımcılık anayasal bir düzenleme ile benimsenmiş olmaktadır. 1982 Anayasası’nın 61 maddesinde sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler arasında özürlü bireyler de sayılmıştır. Bu madde uyarınca devlet, özürlülerin korunmalarını ve toplum hayatına uyumlarını sağlayıcı tedbirleri almakla yükümlüdür.

24 5825 sayılı Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Resmi Gazete, sayı 27084 tarih 18.12. 2008.

25 İHAM, Affaire linguistique belge, 23.07. 1968, Série A n° 6, s. 4.

26 İHAM; Botta/İtalya, n° 21439/93, 24.02.1998, Recueil 1998-I.

27 İHAM, Vincent / Fransa, n° 6253/03, 24.10.2006.

28 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişiklikleri 12.9.2010 tarihinde Halkoyuna sunulurken kabul edilmiş, buna ilişkin 22. 9.2010 tarihli ve 846 sayılı Yüksek Seçim Kurulu Kararı 23/9/2010 tarihli ve 27708 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

Mevzuatımızda, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun²⁹ (CGTİHK) da, Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük³⁰'te özürlü hükümlülerin cezasının nasıl infaz edileceğine dair açık bir düzenleme yer almamaktadır.

CGTİHK m. 22' de hükümlülerin kuruma alındıklarında iyileştirme çalışmaları, disiplin suçları ve cezaları, bilgi edinme ve şikâyet yolları, hak ve sorumlulukları gibi konular ile kurumdaki yaşam biçimine uyum sağlamaları için gereken bilgiler, bilgilerin duyma ve konuşma özürlülere işaret diliyle anlatılacağı, görme özürlülere ise kendi alfabeleri ile yazılmış kitapçık verileceği düzenlemesi yer almaktadır. Kanunda özürlü hükümlülere ilişkin tek düzenleme bu madde hükmüdür.

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 24 maddesinin b bendinde hükümlülerin sınıflandırılması ölçütleri arasında "akıl ve bedensel durumlar" sayılmıştır.

II. Özürlü Hükümlünün Cezasının İnsan Onuruna Uygun Koşullarda İnfaz Edilmesi

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 6. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde "*hürriyeti bağlayıcı cezanın zorunlu kıldığı hürriyetten yoksunluk, insan onuruna saygının korunmasını sağlayan maddi ve manevi koşullar altında infaz edilir*" hükmü yer almaktadır. Bu düzenlemeden hukukumuz bakımından, hapis cezasının infazının insan onuruna saygılı olarak yerine getirilmesinin kanuni bir gereklilik olduğu ortaya çıkmaktadır³¹.

Nitekim İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin de içtihatları bu yöndedir. Mahkeme, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 3. maddesinde güvence altına alınan işkence, kötü muamele ve onur kırıcı muamele yasağının ihlal edildiği yönündeki iddiaları değerlendirirken uyguladığı muamelenin belli bir ağırlık seviyesine ulaşmış olması ölçütünü hükümlüler bakımından daha esnek bir şekilde uygulamaktadır. Mahkeme içtihatları uyarınca bir Devletin karşılaştığı zorluklar ne olursa olsun, hükümlülerin insan onuruna saygılı

²⁹ 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, Resmi Gazete, sayı 25685, tarih 29.12.2004.

³⁰ Resmi Gazete sayı 26131, tarih 6.04.2006.

³¹ ŞENOL Talay, İnfaz Hukuku ve Özel Durumdaki Hükümlüler Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2008, s.19.

bir ceza infaz sistemi sağlamak için her türlü önlemi almakla yükümlüdür³². Mahkeme içtihadı cezaevinde yaşam kalitesinin yükseltilmesini teşvik eden Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza ve Muamelenin Önlenmesi Komitesi'nin (CPT) tavsiye kararları ile aynı yöndedir³³.

Nesnel olarak hükümlünün refahı için yetersiz cezaevi koşulları, örneğin cezaevi mimarisi, hücrelerin düzenlenişi, aydınlatma, havalandırma, ısıtma, sorunları Mahkeme için onur kırıcı muamele teşkil etmektedir. Hükümlüye yeterli sağlık hizmetleri sağlanmalıdır. Cezanın infazı ayrıca hükümlüde endişe, aşağılanma hissi uyandırmamalıdır.

Cezanın insan onuruna saygılı bir şekilde infazı özürlü hükümlüler yönünden cezaevinin fiziksel koşulları ve sağlık hakkının kullanılması bakımından ayrı bir önem taşımaktadır.

A. Cezaevinin Fiziksel Koşulları

Özürlü hükümlünün cezaevi içinde yaşamını kolaylaştırmak amacıyla cezaevi özürlü hükümlünün ihtiyaçlarına uygun olarak inşa edilmelidir. Oysa hükümlüler bu gereksinimler göz önüne alınmadan yapılmış cezaevlerinde hücreler, iş yurtları, kütüphane, spor salonu, banyo gibi ortak alanlara erişimde sorunlar yaşamaktadır. Ziyaretçiler ve müdafii ile görüşme için ayrılan alanlar, dinsel törenler için kullanılan salonlar, hükümlünün iletişim hakkını kullanacağı alanlar da özürlülerin ihtiyaçlarına uygun hale getirilmelidir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Cezaevinde Sağlık Hizmetlerinin Örgütlenmesi ve Etik Boyutuna İlişkin R (98) 71 sayılı Tavsiye Kararının³⁴ 50. maddesinde ağır fiziksel özürlü hükümlüler mümkün olduğu ölçüde cezaevi içinde normal bir yaşam sürebilmelidir. Bu durumda olan hükümlüler diğer hükümlülerden ayrı yerlerde tutulmamalıdır. Tekerlekli sandalye kullanan özürlü hükümlüler ve diğer özürlü hükümlüler cezaevi içinde rahatça hareket edebilmeleri ve diğer faaliyetlere katılabilmeleri için gereken mekânlarda gereken mimari değişiklikler yapılmalıdır.

32 İHAM, Mamedova /. Rusya, n° 7064/05, 1.06. 2006, § 63.

33 Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza ve Muamelenin Önlenmesi Komitesi İkinci Genel Faaliyet Raporu Avrupa, CPT/Inf (92) 3, s. 15.

34 <https://wcd.coe.int/wcd/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=530923&SecMode=1&DocId=463372&Usage=2>.(Erişim tarihi 10 Şubat 2011)

Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza ve Muamele-
nin Önlenmesi Komitesi standartları uyarınca cezaevinde tuvalet ve banyolar,
engelli hastaların gereksinimleri yeterli şekilde karşılama ve engelliye bir öl-
çüde mahremiyet imkânı sağlamalıdır³⁵. Özürlü hükümlünün yemek düzenle-
melerine ilişkin özel gereksinimleri de göz önünde bulundurulmalıdır.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin, 24 Ekim 2006 tarihinde verdiği
*Vincent / Fransa*³⁶ kararına konu olan olayda belden aşağısı felçli olan ve te-
kerlekli sandalye kullanan özürlü bir hükümlünün hücresinin kapısından geç-
mek için her seferinde başkasının yardımına muhtaç kılınmasını, sandalyesi-
nin tekerleğinin sökülmesini, hükümlünün bu tekerleği taşımak zorunda bıra-
kılmasını, banyo için ayrılan bölümde gereken donanım sağlanmadığı için iki
ay boyunca aynı hücreyi paylaştığı hükümlünün gözleri önünde temizlik ihti-
yacını gidermek zorunda kalmasını aşağılayıcı ve onur kırıcı bulmuştur.

Bu kararlar çıkan sonuç, Devletin özürlü hükümlünün ceza infaz kuru-
mundaki hükümlülerin girmesine izin verilen her bölüme, tıpkı özürlü olma-
yan hükümlüler gibi, başkasının yardımına muhtaç kılınmaksızın erişebilme-
si için gereken tedbirleri almakla olduğudur.

Bu çerçevede, 5378 sayılı Özürlüler Kanununun³⁷ 44 maddesin f bendin-
de Rehabilitasyon ve Eğitim Dairesi Başkanlığı'nın görevleri arasında özür-
lülerin günlük hayatlarında karşılaştıkları fiziki ve mimari engellerin kaldırıl-
ması ve bu konudaki standartların belirlenmesi için teklifler hazırlamak ve ha-
zırlatmak düzenlenmiştir. Kamu binası niteliğini haiz cezaevlerinde özürlüle-
re uygun koşulların oluşturulması hususunda, Adalet Bakanlığı ve Ceza ve
Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü ve Özürlüler İdaresi Başkanlığı işbirliği yap-
malıdır.

B. Sağlık Hakkı

Temel insan haklarından biri olan sağlık hakkı uyarınca sağlık hizmetle-
rinin herkes için eşit düzeyde ulaşılabilir olması ve sürekli kılınmasının sağ-
lanmalıdır. Cezanın insan onuruna saygılı bir şekilde infaz edilmesi de sağlık
hakkının ihlal edilmemesini gerektirir.

35 <http://www.cpt.coe.int/lang/tur/tur-standards.pdf>.(Erişim tarihi 10 Şubat 2011)

36 İHAM, Vincent / Fransa,

37 Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hak-
kında Kanun. Resmi Gazete sayı 25868 tarih 7.7.2005.

CGTİHK 71. maddesine göre hükümlü beden ve ruh sağlığının korunması, hastalıklarının tanısı için muayene ve tedavi olanaklarından, tıbbî araçlardan yararlanma hakkına sahiptir. Bunun için hükümlü öncelikle kurum revirinde, mümkün olmaması hâlinde Devlet veya üniversite hastanelerinin mahkûm koğuşlarında tedavi ettirilir. Madde gerekçesinde işitme engelli hükümlülere sağlık hizmeti sunulabilmesi, ancak iletişim kurulabildiği ölçüde mümkün olabileceğinden, ceza infaz kurumlarında uzman personel bulundurulması gerekliliğinin altı çizilmiştir³⁸.

Ceza infaz kurumlarında hükümlülerin yaşam ve vücut bütünlüklerinin korunması, sağlık haklarının ihlal edilmemesi uluslararası ceza infaz hukukunun en temel prensiplerinden biridir.

İHAM içtihatları hükümlünün sağlık gerekçesiyle cezasının infazına ara verilmesi ya da infazın geri bırakılması konusunda Devletlere bir zorunluluk getirmemektedir. İHAM hükümlünün fiziksel durumunun uzun süreli cezaevi yaşamına uygun olup olmadığını değerlendirirken her somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurmaktadır. Mahkûmun sağlığı dışında esenliği de, gerekli tıbbi bakımın sunulması sağlanmalıdır. Dolayısıyla hasta bir bireyin uygun olmayan tıbbi ve maddi koşullarda tutulu bulundurulması, kural olarak İHAS'ın 3. maddesine aykırı bir muamele oluşturabilir.

İHAM' a göre doğuştan kolları ve bacakları olmayan bir hükümlünün soğuktan zarar gördüğü bir ortamda hapsedilmesi, akülü sandalyesinin aküsünün bitmesi halinde hareket edememesi, yatağına ulaşamaması, tuvalet ve temizlik ihtiyacını giderememesi insanlık dışı bir muameledir³⁹.

İHAM kararına konu olan başka bir olayda ağır özürlü Hüseyin Yıldırım, yemek yemek, giyinmek ya da tuvalete gitmek gibi temel ihtiyaçlarını karşılayamamaktadır. Cezaevinde kaldığı süre boyunca kendisine diğer tutuklular tarafından bakılıp yardım edilmiştir. Ayrıca erkek kardeşi ile iki kız kardeşi, her gün, yirmi dört saat başvuranın yanında kalarak ihtiyaçlarını karşılamışlardır. İHAM' a göre yaklaşık üç yıl süren bu durum insanlık dışı muameledir.⁴⁰

Bu sebeple uygulamada yaşanan bu sorunların, temel insan haklarından olan yaşam hakkı dikkate alınarak giderilmesi, fiziki imkânların sağlanması zorunludur.

³⁸ 5275 sayılı CGTİHK 71. madde gerekçesi.

³⁹ İHAM, Price / Birleşik Krallık, no 3394/96, 10.07.2001, Recueil des arrêts et décisions 2001-VII.

⁴⁰ İHAM, Hüseyin Yıldırım/Türkiye, no 2778/02, 03.05.2007.

Oysa, ceza infaz kurumlarında hekim yokluğu, hastaneye sevk isteminin yerine getirilememesi, teknik donanım yetersizliği ve maddi olanakların sağlanmayışı nedeniyle sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesi aksamaktadır. Özürlü hükümlü, özellikle de bakıma muhtaç özürlülerin⁴¹ cezaevinde gereken sağlık hizmetlerine ulaşamamaları, günlük ihtiyaçlarını başkalarının yardımı olmadan devam ettirememeleri, insan onuruna uygun koşullarda cezanın infaz edilmesini yakından ilgilendiren ve çözümlenmesi gereken önemli konulardandır.

Bakıma muhtaç özürlü hükümlülerin sağlık hizmetlerinin ne şekilde yararlanacağına ilişkin bir düzenleme Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununda yer almamaktadır.

Bu hükümlüler bakımından, Kanunun 16. maddesinin 2. fıkrasında uyarınca hastalık nedeniyle hapis cezalarının infazının ertelenmesi müessesesinin uygulanması düşünülebilir. Söz konusu madde uyarınca hastalık nedeniyle cezanın infazına, resmî sağlık kuruluşlarının mahkûmlara ayrılan bölümlerinde devam olunur. Kanaatimizce, sağlık sebeplerinin yanı sıra bu maddeye cezanın hükümlünün özrü de eklenmelidir.

CGTİHK 16/2 maddesinde ise resmi sağlık kuruluşunda cezasının infazı devam eden mahkûm bakımından bu durumun kesin bir tehlike teşkil ettiği hallerde, cezasının infazının iyileşinceye kadar geri bırakılacağı düzenlenmiştir.

Bu düzenleme yalnızca iyileşme ihtimali olan hastalara yönelik bir düzenlemedir. Özürlü hükümlünün iyileşme ihtimalinin olmadığı durumlar da söz konusu olabilecektir. Resmî sağlık kuruluşlarının mahkûmlara ayrılan bölümleri de özürlü hükümlülere uygun olmayabilir. Ayrıca cezanın infazının hastalıktan kaynaklanan bir sebeple mi hükümlünün hayatı için tehlike teşkil ettiği yoksa tehlikenin devletin gereken sağlık hizmetini sağlayamamasından mı kaynaklandığı anlaşılmamaktadır.

Bu durumda, ilk olarak bakıma muhtaç özürlü hükümlünün cezasının, cezaevi yerine bir hastanede infaz edilmesi ve bunun bir güvenlik sistemi ile kontrollü hale getirilmesi düşünülebilir. Bu ihtimalde, kişinin yakınları ile ra-

41 5378 sayılı kanun m. 3/e “Bakıma muhtaç özürlü: Özürlülük sınıflandırmasına göre resmi sağlık kurulu raporu ile ağır özürlü olduğu belgelendirilenlerden, günlük hayatın alışılmış, tekrar eden gereklerini önemli ölçüde yerine getirememesi nedeniyle hayatını başkasının yardımı ve bakımı olmadan devam ettiremeyecek derecede düşkün olan kişi”.

hat bir şekilde görüşebilmesi imkânının sağlanarak daha insancıl bir çözüm olacaktır.

Diğer bir seçenek ise, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların infazı bakımından CGTIHK 110 maddesinin c bendine bakıma muhtaç hükümlü ibaresi eklenerek bu hükümlülerinin cezasının konutlarında infaz edilmesine olanak sağlanmasıdır.

Özür dereceleri ağır olmayan, bakıma muhtaç hükümlü kategorisine girmeyen özürlü hükümlüler ise, üç yıl veya daha az süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm oldukları takdirde, CGTIHK 17. maddesi uyarınca, cezanın infazının kendileri için mahkûmiyetin amacı dışında ağır bir zarara neden olacağını ileri sürerek cezanın infazının ertelenmesini talep edebilirler.

Her ne kadar, 1982 Anayasanın 104 maddesi uyarınca cumhurbaşkanının sahip olduğu “süreli hastalık ve sakatlık” sebebi ile belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak şeklindeki özel af yetkisinin özürlü hükümlünün açısından bir güvence sağladığı düşünülebilirse de bu yetki bir cumhurbaşkanına tanınan bir takdir yetkisi olduğundan ve yargı denetimine tabi tutulmadığından yeterli bir güvence değildir⁴².

SONUÇ

Birleşmiş Milletlerin özürlü haklarına ilişkin çalışmaları ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin kararları göz önüne alındığında özel durumu nedeniyle özürlü hükümlünün insan onurunu zedelemekten nasıl infaz edileceği sorusuna yanıt aranmalıdır. Özürlü hükümlünün cezasının insan onuruna uygun bir şekilde infaz edilmesi ve sağlık hizmetlerinin sağlanması için gereken yasal değişiklikleri yapmalı ve teknik alt yapıyı sağlamalıdır.

Bu doğrultuda, özürlü hükümlüler için özel hastane birimlerinin oluşturulması; özürlü hükümlülerin durumu dikkate alınarak bir Bilgilendirme Kitapçığı hazırlanması ve söz konusu hükümlülerin ihtiyaçlarının karşılanması için özel uzmanlık gerektirmesi halinde Özürlüler İdaresi Başkanlığı bünyesinde yer alan uzman görevlilerin ceza infaz kurumlarında çalıştırılmaları uygun olacaktır.

42 İHAM, Mouisel / Fransa, kararında, Fransız Cumhurbaşkanına tanınan benzer nitelikteki bir yetkinin yeterli bir güvence olmadığı sonucuna varmıştır. Mouisel / Fransa, n°67263/01, 14.11.2002, Recueil des arrêts et décisions 2002.

İnsan onuruna uygun ceza infaz koşulları sağlanamıyorsa, ya da hükümlünün özürllülük derecesi nedeniyle cezanın infazı mahkûm için ağır sıkıntılara yol açacaksa cezasının infazı geri bırakılmalı ya da özel infaz usulleri uygulanmalıdır.

Ayrımcılık Suçunun Özürlüler Bakımından Değerlendirilmesi

Dr. Pınar MEMİŞ*

Ayrımcılık, hak, özgürlük ve Anayasa ile kanunlardan eşit koşullarda yararlanmamayı ifade eder. İnsan onurunun önündeki başlıca engelin eşitlik ilkesinin ayrımcılıkla bertaraf edilmesi olduğu göz önünde bulundurulduğunda ayrımcılığın yasaklanmasının önemi de ortaya çıkmaktadır.

I. GENEL OLARAK AYRIMCILIK YASAĞI

Ayrımcılık çeşitli uluslararası belgelerde tanımlanmaktadır. Bunlara örnek olarak Uluslararası Çalışma Örgütü'nün kaynakları¹, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Birleşmiş Milletlerin çeşitli düzenlemeleri², Avrupa Konseyi düzenlemeleri³ verilebilir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin çeşitli maddelerinde eşitlik ilkesi ve buna paralel olarak da ayrımcılık yasağı ifade

* Galatasaray Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Elemanı.

1 GÜLMEZ, Mesut; İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye, Belediye-İş Sendikası, Ankara 2009, s. 14; 1958 tarihli, 111 sayılı İstihdamda ve Meslekte Ayrımcılık Yasağı Sözleşmesi'nde ayrımcılık; *"İstihdam ya da meslek alanında fırsat ya da işlem eşitliğini ortadan kaldırma ya da bozma etkisi olan ırk, cinsiyet, din, siyasi görüş, ulusal ya da sosyal köken temeline dayalı her tür ayrılık gözetme, ayrı tutma/dışlama ya da üstün tutmadır."* şeklinde ifade edilmektedir.

2 1963 tarihli Irk Ayrımcılığının Tüm Biçimlerinin Kaldırılması Bildirgesi, 1965 tarihli Irk Ayrımcılığının Kaldırılması Sözleşmesi (Türkiye bu Sözleşmeyi 1972 tarihinde imzalamış ve 16 Haziran 2002 tarihinde onaylamıştır, bunun için bkz., Resmi Gazete, 16 Haziran 2002, sayı: 24787, s.11-41.), Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi; Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi gibi.

3 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Sözleşmeye ek 12 no. lu protokol ile 1961 Avrupa Sosyal Şart (1996'da revize edilmiş metni) ayrımcılığa kaynak metinlerdir.

edilmektedir⁴. Bildirge'nin 2. maddesinde “Herkes hiçbir yönden, özellikle ırk, renk, dil, din, siyasal görüş ya da başka her türlü görüş, ulusal ya da toplumsal köken, servet, doğum ya da başka her durum yönlerinden ayırım gözetilmeksizin, bu Bildirge’de belirtilen tüm haklardan ve özgürlüklerden yararlanır.

Ayrıca, bir kişinin uyruğu olduğu ülkenin ya da (egemenliği altındaki) toprağın; bu ülke ya da toprak, ister bağımsız olsun, ister vesayet altında bulunsun, isterse özerk olmasın ya da herhangi bir egemenlik sınırlamasına bağlı tutulmuş olsun; siyasal, hukuksal ya da uluslar arası statüsü temeline dayanan hiçbir ayırım gözetilmeyecektir⁵” şeklinde eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı belirtilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 14. maddesi ayrımcılığı şu şekilde ifade etmektedir; “Bu sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden; özellikle cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya başka tüm görüşler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensubiyet, servet, doğum veya başka her durum temeline dayanan farklar gözetilmeksizin yararlanmanın sağlanması gerekir”.

II. Türk Anayasal Düzenlemelerinde Ayrımcılık

Eşitlik, kişileri keyfi davranışlara karşı koruyan, demokrasinin ve hukuk devleti ilkesinin önemli ilkelerindendir⁶

Türk Anayasal gelişiminde eşitlik ilkesi içinde ayrımcılığın yasak olduğunun vurgulandığını tespit etmek mümkündür. 1876 Kanun-i Esasi’den 1982 Anayasası’na kadar geçen süreçte eşitlik ilkesi düzenlenmiş ve buna bağlı olarak ayrımcılığın yasak olduğu ifade edilmiştir.

1876 Kanun-i Esasi’nin 17. maddesinde kişilerin kanun önünde eşit olduğu şu şekilde ifade edilmiştir; “Osmanlıların kaffesi huzur-u kanunda ve ahval-i diniye ve mezhebiyeden maada memleketin hukuk ve vezaiinde mütesavidir”⁷.

4 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin başlangıç hükümleri, 1., 2., 7. ve 29. maddelerinde eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

5 GÜLMEZ, s. 51.

6 İNCEOĞLU, Sibel; Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Tebliğler, (25-26 Nisan 2001), cilt:18, Ankara 2001, s. 47.

7 GÜLMEZ, s. 542.

1924 Teşkilat-ı Esasiye’de de yine kanun önünde eşitlik ilkesi hüküm altına alınmıştır. Teşkilat-ı Esasiye’nin 69. maddesine göre; *“Türkler kanun nazarında müsavi ve bilaistisna kanuna riayetle mükelleftir. Her türlü zümre, sınıf, aile ve fert imtiyazları mülga ve memnudur”*. Maddede, kanun önünde eşitlik düzenlenmiş ve ifade edilen ayrımcılıklar yasaklanmıştır.

1961 Anayasası’nda eşitlik ilkesi “Temel Hak ve Ödevler” başlıklı kısımda düzenlenmiştir. 1961 Anayasası’nın “Eşitlik” başlıklı 12. maddesine göre; *“Herkes dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*

Hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.”

Nihayet ayrımcılık 1982 tarihli T.C. Anayasası’nın kanun önünde eşitlik başlıklı 10. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Söz konusu maddeye göre; *“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”

Anayasanın 10. maddesinin gerekçesinde, maddenin “demokrasinin üç vazgeçilmez ilkesinden birini teşkil ettiği ve insanın insan olması dolayısıyla doğuştan bir değeri ve haysiyeti olduğu ifade edilmektedir. Bu insanın tabii bir hakkıdır. Bu hak olması dolayısıyla herhangi bir niteliğe veya ölçüye dayanılarak insanlar arasında ayırım yapılamaz. İnsanlar arasında kanunların uygulanması bakımından da hiçbir fark gözetilemez. İnsanlar arasındaki eşitliğin temellerinden birini de böylece kanunlar önünde eşitlik ilkesi sağlar. Bu hakka saygı göstermenin Devlet organları ve idari makamlar için de bir görev olduğunu belirtmektedir. Devletin organları ve idari makamları, bütün işlemlerinde insanlar arasında ayırım yapmadan Devlet faaliyetlerini yürütmek zorundadırlar” şeklinde yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir⁸.

⁸ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Komisyon Raporları, Madde Gerekçeleri, Millet Meclisi Vakfı Yayını, Ankara, 1983, s. 12.

Anayasaların dışında ilk defa bir kanunda anayasa tarafından korunan bir ilkenin benzer şekilde düzenlendiğini tespit etmek mümkündür. Anayasa’da düzenlenen eşitlik ilkesinin kanundaki görünümü olan hüküm, TCK’ nın 3. maddesinde eşitlik ilkesini koruma altına alan bir norm olarak değerlendirilmektedir. Ancak burada belirtilen eşitlik mutlak eşitlik anlamında değildir. Burada belirtilen eşitlik, aynı durum ve şartlara sahip kişilerin; haklarda ve ödevlerde, yararlar ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda değerlendirilmesidir⁹. Eşitlik ilkesini 5237 sayılı TCK ile düzenleyen kanun koyucu bu ilkenin önemini tekrar vurgulayarak ve tamamlayarak ilk defa ayırimcılık suçunu¹⁰ hüküm altına almıştır¹¹.

III. TÜRK CEZA KANUNUNDA AYIRIMCILIK SUÇUNUN ÖZÜRLÜLERE KARŞI İŞLENMESİ

Ayırimcılık, 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK ile ilk defa bir suç olarak düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK’ nın özel hükümleri düzenleyen 2. kısmının hürriyete karşı suçlar başlıklı bölümünde yer alan ayırimcılık suçu 122. madde ile hüküm altına alınmıştır.

TCK’nın yürürlüğe girdiği tarihte, “**özürlülük**” ayırimcılık suçunun gerçekleşme sebebi olarak 122. madde metninde yer almamaktaydı. Ancak 2005 yılında yürürlüğe giren 5378 sayılı “**Özürlüler ve Bazı KHK lerde değişiklik yapılmasına Dair Kanun’un**” 41. maddesi ile yerinde olarak değişiklik yapılmış ve “**özürlülük**” ayırimcılık suçunun işlenmesindeki sebeplerden biri olarak sayılmıştır. Bu isabetli bir değişikliktir. Çünkü maddenin değişiklikten önceki hali değerlendirildiğinde özürlülük ancak maddede yer alan “benzeri sebepler” içine sokulmaya çalışılacak ve bu da isabetli olmayacaktır. Zira maddede sayılan dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç,

9 YENİDÜNYA, Caner; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Ayırimcılık Suçu, Çalışma ve Toplum, 2006/4, <http://www.calismatoplum.org/sayil1/yenidunya.pdf> , s.101.

10 Çalışmamız, başlığından da anlaşılacağı üzere, ayırimcılık suçunun özürlüler yönünden değerlendirilmesi ile sınırlı olacaktır.

11 Doktrinde Şen, TCK. nın 122. maddesinin, Anayasanın 10. ve TCK. nın 3. maddelerinde öngörülen eşitlik ilkeleri ile bağdaştığının düşünülebilse bile bunun fazla iyi niyetli bir yorum olduğunu belirtmekte ve ayırimcılık suçunun çok geniş uygulanmaması gerektiğini dar yorumlanmasının gereğini belirtmektedir. Bkz., ŞEN, Ersan; Yeni Türk Ceza Kanunu’nun 115. Ve 122. Maddelerine İlişkin Bir Değerlendirme, İstanbul Barosu Dergisi, cilt 79, sayı: 2005/2, Mart-Nisan, (s.359-364), s. 362.

din, mezhep gibi sebeplerin özürlülük ile benzer bir sebep olduğunu söylemek oldukça güçtür ve söylendiği takdirde de suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile kıyas yasağının ihlal edilmesi sonucunu doğuracaktı¹².

Yapılan değişiklikle TCK. 122. madde şu şekilde belirtilmektedir:

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

a) Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan,

b) Besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden,

c) Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen,

Kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezası verilir”¹³.

1. Korunan Hukuki Menfaat

Düzenlendiği yer itibarıyla bu suçun koruduğu hukuki menfaatin genel anlamda kişi özgürlüğü ve özel olarak da bireylerin eşit işlem görme hakkı olduğu belirtilebilir. Madde ile korunan hukuki menfaatin *kişilerin onuru, kendilerine ait dini, etnik, mezhepsel ya da buna benzer özellikleri, mülkiyet hakkı, belli ölçüde alım-satım ve ticaret hakkı ve bazı hizmetlerden yararlanma hakkı* olarak belirtildiği de görülmektedir¹⁴. Gerçekten de ayrımcılık suçu ile korunan çok çeşitli hukuki menfaat bulunmaktadır. Ayrımcılığın, kişinin onurundan, iş ve çalışma hürriyetine; hizmet edinme hakkından, sözleşme özgürlüğüne ve daha pek çok hakla bağlantılı olduğunu söyleyebilmek mümkündür. Bu nedenle tek bir hukuki menfaatin korunduğunu söyleyebilmek güçtür.

¹² ŞEN, s. 363.

¹³ Adalet Komisyonu tarafından yapılan değişiklikle madde metninden “cinsel yönelim”, “sendika”, “bir etnik gruba mensupluk”, “örf ve adet”, “köken” ifadeleri çıkartılmış ve yerine “benzeri sebepler” ifadesi eklenmiştir. Bunun için bkz, ÖZBEK ÖZBEK, Veli Özer/ KANBUR, M. Nihat/ DOĞAN, Koray/ BACAĞSIZ, Pınar/ TEPE, İlker; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin, Ankara 2010, s.483, 917. Dipnot.

¹⁴ ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAĞSIZ/ TEPE, s. 479.

2. Ayırmıcılık Suçunun Maddi Unsuru

a. Suçun Faili

Suçun faili herkes olabilir. Kanun bu konuda sınırlama getirmemiştir. Ayırmıcılık suçunun failinin tüzel kişi olamayacağı ve buna TCK' nın Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbirleri başlıklı 60. maddesinin son fıkrasının engel olduğu ifade edilmektedir¹⁵. Bu fıkra da ancak kanunda belirtilen hallerde bu tedbirlerin uygulanacağı belirtilerek, kanunun belirtmediği hallerde tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun söz konusu olmayacağı belirtilmiştir¹⁶. Ayırmıcılık içinde tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerine ilişkin düzenleme öngörülmediğinden bu suçun faili olmaları mümkün olmadığı söylenebilir. Ancak bir tüzel kişiyi temsil eden, çalışma faaliyetini belirleyen tarafından çalışma faaliyeti engellenen kişinin ayırmıcılık suçunun mağduru olduğu muhakkaktır ve fail TCK. nın 60. maddesinin açık düzenlemesi karşısında tüzel kişi olamayacağından bunun adına faaliyette bulunan kişi ya da kişiler bu suçun faili olarak değerlendirilebilecektir.

b. Suçun Mağduru

Mağdur, toplumda yer alan dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri özellikler taşıyan her hangi bir kimsedir. Bu çerçevede suçun mağduru herkes olabilecektir. Maddede sayılan haller sınırlayıcı değildir¹⁷. “Örneğin, kişiler arasında yaşanan bölge, doğduğu yer, sendikaya üye olup olmamak gibi (ayrıca bkz. Sendikalar Kanunu m.31) nedenlerle keyfi olarak yapılan ayırımlar da 122 nci madde kapsamında değerlendirilir”¹⁸.

TCK' nın 122. maddesinde belirtilen özürlülük sebebinin belirlenmesi suçun tespiti bakımından önemlidir. Belirtilen maddede özürlülüğün tanımı verilmemektedir. Özürlüler ve Bazı KHK'lerde değişiklik yapılmasına Dair Kanunun 3/a maddesinde özürlü, “doğuştan ya da sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duysal ve sosyal yeteneklerini çeşitli dere-

15 YENİDÜNYA, s. 103.

16 5237 sayılı TCK' nın Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbirleri başlıklı 60. maddesinin 4. fıkrası düzenlemesi şu şekildedir; “Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır”.

17 YENİDÜNYA, s.104.

18 YENİDÜNYA, s.104.

celerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük ihtiyaçlarını karşılama güçlükleri olan, koruma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyaç duyan kişi” anlamına gelmektedir. 5378 sayılı bu kanunda özürlülük dereceleri belirtilmiştir. Ancak TCK 122. madde uygulaması bakımından bunun bir önemi yoktur¹⁹. İster hafif olsun ister ağır olsun madde aynı şekilde uygulanacaktır.

Özürlü bir kişinin iş başvurusunun reddine gerekçe gösterilen “özürlülüğün” önceden belirlenen işe başvuru ve kabul şartları içinde bulunmaktaysa bu durumda yine ayrımcılık suçu meydana gelmez yani özürlü bir kişinin objektif değerlendirmede yapamayacağı işe başvurusunun reddinde ayrımcılık suçu oluşmayacaktır²⁰. Önceden hazırlanmış olan ve belli bir bireyi hedef almayan başvuru ve kabul şartlarının ayrımcılık niteliği tartışması ayrıdır. Bunun ayrıca suç oluşturup oluşturmadığı tartışılabilir ama bu şartlara göre değerlendirme yapan kişi bakımından suç gerçekleşmeyecektir. Çünkü önceden belirlenen şartları uygulamaktadır. Bu da bir hukuka uygunluk sebebidir. Burada şartlar belirli bir kişiyi hedef alarak hazırlanmışsa ve bu özürlü kişinin işe girmesi engellenmiş ise bu durumda ayrımcılık suçunun kabulü gereklidir. Ayrımcılık yasağı keyfi ayrımlara ilişkindir. Bir kısım hakların aynı anda herkese tanınamaması ya da bazı kimselerin eşyanın tabiatından kaynaklanan nedenlerle bir takım hizmetlerden tam olarak faydalanamaması ayrımcılık suçunu oluşturmaz. Buna örnek olarak, vergi yükümlülüğü, askerlik vazifesi verilebilir. Burada cezalandırılan fiil keyfi ayrımdır.

c. Hareket

Suçun maddi unsuru 122. maddede üç bent olarak belirtilmiştir. Madde değerlendirildiğinde suçun seçimlik hareketli ve kural olarak neticesi harekete bitişik bir suç olduğu ortaya çıkmaktadır. Hareket ile netice ayrılabilirdiği hallerde teşebbüs söz konusu olabilecektir.

19 ŞEN Ersan; Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt I (m.1-140), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 512.

20 ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 513.

aa. Taşınır veya taşınmaz malın satılmasının, devrinin veya bir hizmetin icrasının veya hizmetten yararlanılmasının engellenmesi veya özürlülük nedeniyle kişinin işe alınması veya alınmaması.

5237 sayılı TCK. nın 122. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde üç seçimlik hareket ifade edilmektedir. Bunlar sırasıyla, taşınır veya taşınmaz malın satılmasının, devrinin engellenmesi; bir hizmetin icrasının veya hizmetten yararlanılmasının engellenmesi veya özürlülük nedeniyle kişinin işe alınması ya da alınmamasıdır. Söz konusu maddenin a bendinde belirtilen seçimlik hareketlerden sadece bir tanesinin yapılması ile özürllüler yönünden ayrımcılık suçu gerçekleşmiş olacaktır. Ancak aynı fiil içinde belirtilen bu seçimlik hareketlerden birden fazlasının yapılması birden fazla ayrımcılık suçunu meydana getirmeyecek, yine tek bir ayrımcılık suçu meydana gelmiş olacaktır.

aaa. Taşınır veya Taşınmaz Malın Satılmasının, Devrinin Engellenmesi

Burada belirtilmesi gereken **ilk husus sözleşme özgürlüğüdür**. Kişinin dilediği kişi ile sözleşme yapma özgürlüğü bulunmaktadır. Birey dilediği kişiye evini satar, devreder. Maddede belirtilen “devir” özel hukuk çerçevesinde anlaşılması gereken bir kavram olarak²¹, bir kişiye özürllü diye taşınır ya da taşınmazın devredilmemesi keyfiyetini ifade etmektedir.

Bu bağlamda bir özürllü ile sözleşme yapmak istemeyen kişinin sözleşme özgürlüğü ihlal edilmiş ya da sınırlandırılmış olmayacak mıdır? Kanaatimizce burada kişinin hakkın icrasındaki sınırı aşıp aşmadığına bakılması gereklidir. Kişilerin dilediği kişiyle sözleşme yapma hakkı vardır. Ayrımcılık suçunu Demokles’in kılıcı gibi kişilerin üzerinde sallandırmak çok doğru bir yaklaşım değildir. Bu nedenle her olay kendi içinde değerlendirilecektir.

bbb. Bir Hizmetin İcrasının ya da Hizmetten Yararlanılmasının Engellenmesi

Burada tartışılması gereken ikinci hareket bir hizmetin icrasının ya da hizmetten yararlanılmasının engellenmesidir. Hizmetten kamunun yararlandığı kazanç getiren nitelikte hizmet anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir²². Burada somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapmak gereklidir. Örnek olarak içki satılmayan restoranların içki vermemesi, restoranlarda aile

²¹ ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s. 481.

²² ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s. 481.

kısmı ayırımı yapılması, bazı eğlence mekanlarına eşsiz alınmamasının ayrımcılık suçunu oluşturmaması verilebilir. Ancak yolcu taşımacılığı yapan bir otobüsün şoförünün tekerlekli sandalye ile hareket eden bir kişiyi bu özrü nedeniyle otobüse almaması bu kişinin bir hizmetten yararlanmasının engellenmesini oluşturacağından ayrımcılık suçu meydana gelecektir. Nitekim konuya ilişkin bir olay yargıya intikal etmiştir. Şöyle ki; *İstanbul Taksim’de “Seninle mi uğraşacağız, git işine” diyerek tekerlekli sandalye kullanan Teslime Tablacı’yı otobüse almayıp hakaret eden İETT’ye bağlı Özel Halk otobüsünün şoförü ve muavini hakkında ayrımcılık suçu işledikleri gerekçesiyle*²³ ilk derece Mahkemesi mahkumiyet kararı vermiştir.

Söz konusu TCK. 122. maddede ifade edilen engelleme hareketinin ne şekilde yapılacağını tespit etmek önemlidir. Engelleme, *özürlü kişinin hizmetten tamamen mahrum edilmesi şeklinde olabileceği gibi bu hizmetten yararlanmasının zorlaştırılması, kesintiye uğramasına sebebiyet verilmesi şeklinde de gerçekleşebilecektir*²⁴.

ccc. Özürlülük Nedeniyle Kişinin İşe Alınması veya Alınmaması

TCK. 122. maddenin a bendinde belirtilen üçüncü hareket özürlülük nedeniyle kişinin işe alınması veya alınmamasıdır. Bu hüküm ile korunan hukuki menfaat doğrudan iş ve çalışma özgürlüğü ile birlikte eşit işlem görme hakkıdır. Bu ahvalde kişinin sırf özürlü olduğu için işe alınmaması halinde ayrımcılık suçunun gerçekleşip gerçekleşmediği tartışılabilecektir. İşe alımda aralarında fark bulunmayan kişiler arasından özürlü olması nedeniyle işe alınmama durumunda eğer bu özürlülük işi yapmasına objektif olarak engel teşkil etmeyecek ve bu durum da daha önceden belirtilmemiş ise ayrımcılık suçu olaya göre değerlendirilebilecektir. Özürlü kişinin işe alınmaması o işin objektif olarak kendisine uygun olmadığı, bu iş için kriterlerinin uygun olmadığı tespit edilebiliyorsa artık ayrımcılık suçundan bahsedilemeyecektir²⁵.

İş Kanunu’nun 5. maddesi ile de belirtilen işverenin işçisine eşit davranma yükümü bulunmaktadır. Buna aykırı hareket eden işveren hakkında İş Kanunu’nun 99. maddesinde idari yaptırım öngörülmüştür. İdari para ceza-

²³ Haberle ilgili olarak bkz., <http://www.haber247.com/gundem/142599-Engellileri-kendi-kendine-yeten-toplumla-entegre-bireyler-haline-getirmeyi-hedefleyen-projeler-uretelim.html>, son erişim tarihi, 30.01.2011.

²⁴ YENİDÜNYA, s. 109.

²⁵ ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 513.

sının öngörüldüğü fiiller Kabahatler Kanunu'na göre kabahat olarak nitelendirildiğinden, İş Kanunu'nda belirtilen bu hüküm de kabahat niteliğindedir. Bir işveren sırf özürlü diye eşitlik ilkesini de ihlal ederek kişiyi işe almaz ise meydana gelen fiil hem kabahat hem de ayırmacılık suçunu teşkil edebilecektir. Bu durumda 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesinin 3. fıkrası uyarınca bir fiil hem kabahat hem suçu oluşturuyorsa suça ilişkin hükmün uygulanacağından yola çıkılarak sadece TCK 122. maddenin uygulanacağını belirtmek gerekir.

ab. Besin maddelerinin verilmemesi veya kamuya arz edilmiş bir hizmetin yapılmasının reddedilmesi.

Hükümde belirtilen hareketler besin maddelerinin verilmemesi veya kamuya ait bir hizmetin yapılmasının reddedilmesidir. Fail vermesi gereken bir şeyi vermeyerek ya da yerine getirmesi gereken bir hizmeti yapmayarak fiili meydana getirmektedir. Failin burada pasif bir davranışı söz konusudur. Failin hareketi bu fiil yönünden ihmali olarak ortaya çıkacaktır²⁶. TCK. 122. maddenin b bendinde belirtilen seçimlik hareketlere örnek olarak özürlü kişiye sırf bu nedenle ekmek verilememesi ya da yukarıda belirttiğimiz otobüs örneğinde olduğu gibi kamuya arz edilmiş bir halk otobüsü şoförünün özürlü kişiyi almaması ya da yer kaplıyor diye otobüsten indirmesi verilebilir.

ac. Kişinin TCK. 122. maddesinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasının engellenmesi

Burada özürlü kişinin a bendinde belirtilen ekonomik faaliyetinin kapsamı dışında kalan her türlü ekonomik faaliyeti anlaşılmalıdır. Ancak bunun da sınırı kişilerin sözleşme özgürlüğüdür. Madde keyfi uygulamalara yol açmamalıdır. Bu nedenle her olay kendi içinde değerlendirilmelidir. Kişinin ekonomik faaliyette bulunmasının engellenmesi “kıyasa yol açabilecek şekilde geniş yoruma” müsait bir düzenleme olması nedeniyle eleştirilerek, kişilerin tüm iktisadi faaliyetlerini kapsayacak şekilde hüküm öngörmenin isabetli olmadığı belirtilmiştir²⁷. Doktrinde ekonomik faaliyete konutun kiraya verilmesi örnek olarak belirtilirken borç verme bunun dışında tutulmuştur²⁸. Kişinin ekonomik faaliyette bulunmasının engellenmesine ilişkin bir örnek kişinin özürlü olduğu gerekçesiyle işyerinin kapatılmasıdır.

²⁶ YENİDÜNYA, s. 110.

²⁷ ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 515.

²⁸ ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 514-515; YENİDÜNYA, s. 111.

3. Suçun Manevi Unsuru

Suçun manevi unsuru özel kasttır²⁹. Fail ayrımcılığı mağdurun özürllü olması sebebiyle işlemektedir. Doktrinde kişinin özürllü olmasını maddi unsur içinde değerlendirip ayrımcılığın genel kastla işlenebileceğini belirtenler de bulunmaktadır³⁰. Ancak maddenin lafzından kanun koyucunun failde sadece fiili istemeyi değil ayrıca kişinin özürllü olmasından dolayı bu eylemi gerçekleştirmesini aradığını anlamaktayız. Suç sadece kasten işlenebilir. Kanun koyucu özel kast aradığı için bu suç olası kastla işlenemez. Bu çerçevede suçun sadece kasten işlendiği belirtildiği üzere taksir söz konusu değildir.

4. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

aa. Teşebbüs

Suç neticesi harekete bitişik suçtur. Kural olarak teşebbüs mümkün değildir. Ancak hareketin bölünebildiği hallerde teşebbüs söz konusu olabilecektir. Teşebbüse ilişkin genel kurallar (TCK.m:35-36) geçerlidir.

ab. İştirak

Ayrımcılık suçu iştirak halinde işlenebilen bir suçtur. Suça iştirak genel kurallara tabidir (TCK. m:37-41).

ac. İçtima

Kural olarak fail işlediği fiil kadar suç işlemiş sayılacaktır. Ancak aynı suç işleme kararının icrasıyla tek bir fiille aynı anda birden fazla kişiye ayrımcılık yapılması halinde zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır³¹ (TCK.m:43/2). TCK.m.43/2'ye göre; “*Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır*”. Bu hükümle aslında müteselsil suç olmayan bir eylemin, birden fazla kişinin aynı hukuki menfaatinin ihlal edildiği durumlarda ki bu da her olayda ayrı ayrı değerlendirilecektir, bu madde kapsamında ele alınabileceği ifade edilmektedir. Buna örnek olarak, özürllüler derneğinin organize etmiş olduğu bir yemeğe katılan 20 özürllüye bulundukları restoranda çalışan şarkıcının şarkı söylememesi durumunda kişi sayısı kadar suç olmayacak, TCK.m.43/2 kapsamın-

29 Aynı yönde ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 515; YENİDÜNYA, s. 111-112.

30 ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BAKAKSIZ/ TEPE, s. 483.

31 YENİDÜNYA, s. 113.

da içtima kuralına göre değerlendirme yapılacaktır. Çünkü şarkıcı tek bir fiil ile, özürliülere şarkı söylemeyerek birden fazla kişiye ayrımcılık yapmış bulunmaktadır.

Ayrımcılık çoğu zaman onur kırıcıdır. Ancak bu onur kırıcı davranış hakaret niteliğine de bürünebilir. Bu durumda fail hakkında hem ayrımcılıktan hem de hakareten mi dava açılacaktır yoksa fikri içtima kuralları mı uygulanacaktır. Failin hareketi tek olup birden fazla suçu teşkil ediyorsa bu durumda TCK da belirtilen fikri içtima (m:44) halinin uygulanabileceğini söyleyebilmek mümkündür. Aynı durum iş ve çalışma hürriyetinin ihlali (TCK. m:117) suçu bakımından da tartışılabilir. Örnek olarak bir özürliünün iş ve çalışma hürriyeti hukuka aykırı bir şekilde yani ayrımcılık yapılarak ihlal edilmişse bu durumda hem bu maddeden hem de ayrımcılıktan değil hangi suçun cezası daha ağır ise o suça ilişkin hükmün uygulanması söz konusu olacaktır³².

5. Yaptırım

Ayrımcılığı düzenleyen TCK.m:122’de suçun yaptırımı, altı aydan bir yıla kadar hapis ya da adli para cezası olarak öngörülmüştür. Maddeden de anlaşılacağı üzere seçimlik yaptırımlar öngörülmüş, hakime takdir hakkı bırakılmıştır.

Adli para cezasının tespiti TCK.m:52’ye göre yapılacaktır. Buna göre; *Adli para cezası beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yediyüzotuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet hazinesine ödenmesinden ibarettir”*.

TCK.m:122’de öngörülen hapis cezası altı aydan bir yıla kadar olması sebebiyle yine TCK. m:49’da öngörülen süreli hapis cezası içinde değerlendirilmektedir. TCK.m:49/2’ye göre de bir yıl ve daha az süreli olması sebebiyle kısa süreli hapis cezası olarak kabul edilmektedir. Bu çerçevede ayrımcılık suçu nedeniyle verilecek mahkumiyetlerin seçenek yaptırımlara çevrilmesi olanaklı hale gelmekte ve bunun da dayanağı TCK. m. 50’de yer almaktadır. Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar, adli para cezası, zararın aynen iadesi, suçtan önceki hale getirme, tazmin; en az iki yıl süreyle bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla gerektiğinde barınma imkanı bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye, mahkum olunan cezanın yarısını-

32 YENİDÜNYA, s. 113.

dan bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten ya da belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya; sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle suçun işlenmiş olması halinde mahkum olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya; mahkum olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya çevrilebilir. Burada örnek olarak özürlü bir kişiye karşı ayrımcılık suçunu işleyen kişiye verilecek kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımını özürlülere ilişkin bir kurumda belirli bir süre çalıştırmak olabilecektir.

Kısa süreli hapis cezaları TCK.m:51 uyarınca koşulları uygunsa ertelenebilir. Fail daha önce kasıtlı bir suçtan üç aydan fazla mahkum olmadıysa ve kanunda belirtilen diğer koşullara da uygunsa cezası ertelenebilir.

6. Kovuşturma

TCK.m:122’de düzenlenen ayrımcılık suçu re’sen kovuşturulan bir suçtur. Ayrımcılık suçu herhangi bir kovuşturma şartına bağlı olmadığından doğrudan soruşturulup, kovuşturulabilir³³.

Ayrımcılık suçunda görevli mahkeme sulh ceza mahkemesidir (Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m:10).

SONUÇ

5237 sayılı TCK’nın 122. maddesinde düzenlenen ayrımcılık suçu ilk defa bir suç olarak hüküm altına alınmıştır. Söz konusu hüküm suçta ve cezada kanunilik yönünden tartışılmıştır. Bu tartışmalar hüküm içerisinde yer alan örneğin 1. fıkradaki “benzeri sebepler” ifadesinden ya da 1. fıkranın c bendindeki “kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen” ifadesinden kaynaklanmaktadır.

Ayrımcılık toplumun her alanında rastlanabilecek bir eylemdir. Söz konusu fiil kişinin onur ve saygınlığını rencide etmekten, eşit işlem ilkesine, iş ve çalışma hürriyetine kadar pek çok hukuki menfaati ilgilendirmektedir. Ayrımcılığın eşitlik ilkesinin içinde yer aldığını kabul etmenin artık bir zorun-

33 ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s. 485.

luluk olduğunu vurgulamak gereklidir. Anayasa madde 10'da ifadesini bulan eşitlik ilkesi sadece bireyler arasındaki eşitliği değil aynı zamanda bireyler arasında her ne sebeple olursa olsun ayrımcılığın da yapılamamasını ifade etmektedir.

Çalışmamızda TCK.m:122'de düzenlenen ayrımcılık suçunun özürlüler yönünden değerlendirilmesini yapmaya çalıştık. Özürlü kavramı 5237 sayılı TCK yürürlüğe girdiği tarihte madde metninde yer almamaktaydı. Ancak 2005 yılında yürürlüğe giren 5378 sayılı “Özürlüler ve Bazı KHK lerde değişiklik yapılmasına Dair Kanun'un” 41. maddesi ile yerinde olarak değişiklik yapılmış ve “özürlülük” ayrımcılık suçunun işlenmesindeki sebeplerden biri olarak sayılmıştır. Biz de çalışmamızda özürlüler yönünden meydana gelebilecek ayrımcılık suçunun görünüm biçimlerini ortaya koymaya çalışarak, konunun önemini ve özürlü bireyler bakımından sık karşılaşılan ve fakat soruşturma ve kovuşturması nadir olan bir suçun önemini vurgulamak istedik.

Türk Hukukunda Özürlü Hakları ve Bu Hakların Kullanılmasında İdareye Başvurular

Dr. Çağla TANSUĞ*

Özürlü¹ hakları alanında düzenleme yapılmasına karar verilmesi ve bu düzenlemelerin içeriğinin şekillenmesinde özürlülüğe yaklaşım biçimi belirleyici rol oynamaktadır. Bu çerçevede, özürlülüğe yaklaşımın “tıbbi model”den² “sosyal model”e³ doğru değişimi, uluslararası ve ulusal alanda özürlülere ta-

* *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.*

1 Farklı anlamları olan özürlü, engelli, malul gibi sözcüklerin Türkiye’de halen yürürlükteki mevzuatta aynı anlamı ifade eder şekilde kullanılabildiği ve bu durumun uygulamada da sorunlara yol açabileceği görülmektedir (ÇAĞLAR S., Engellilerin Eğitim Hakkı ve Devlet Yükümlülükleri, Beta, 2009, s. 254; ÜRKER Ş., “Türk Mevzuatında Özürlülük Terminolojisi”, ÖZ-VERİ Dergisi, C. 7, S. 1, Haziran 2010, <http://www.ozida.gov.tr/?menu=ozveri&sayfa=ov13/ov13makaleler-25.02.2011>).

Bu çalışmada, 5378 sayılı Kanun’da kullanılan (RG. 7. 7. 2005-25868) terminoloji nedeniyle, kural olarak “özürlü” sözcüğü kullanılacaktır. Anılan Kanun uyarınca özürlü, “doğuştan veya sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duyuşsal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılama güçlükleri olan ve korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyaç duyan” kişidir [5378 s. Kanun, md. 3/(a)].

2 “Tıbbi model”de özürlülük biyolojik bir engelle tanımlanıp özürlü kişinin bakım ve tedaviye gereksinimi olduğu düşünülür. 1970 ve 1980’lerde özürlülerin toplumsal bir grup olarak açığa varlık göstermesiyle birlikte, özürlü kişilerin sosyal hayata katılımı fikrini göz önünde bulundurmeyen “tıbbi model” eleştirilmeye başlanmış ve “sosyal model” tartışmaya açılmıştır (GÖKMEN F., “Türkiye’de Özürlü Haklarının Gelişimi”, Öz-Veri Dergisi, Aralık 2007, Cilt 4, Sayı 2, <http://www.ozida.gov.tr/ozveri/ov8/ov8mak4.htm> - 30. 11. 2009).

3 “Sosyal model”, engelliliği, ilgili kişinin kendine has niteliği ile özdeşleştirmez; ayrımcılık yaratanın, sosyal hayat, fiziksel çevre, yapılar, sosyal değerler veya inançlar olduğu düşünülür. Kişiyi engelinden bağımsız bir birey olarak tanımlanırken, bu bireyin sosyal haklardan yararlanmada farklı gereksinimlerinin olduğu ifade edilir. Dolayısıyla vurgu engelden ziyade kişinin birey olmasındadır ve bu da, kişiyi engelinden bağımsız ve gereksinimleri farklı olan noktasına taşır (ÇINARLI S., Engellilere Yönelik Kamu Hizmetleri, Kazancı Hukuk Yayınevi, 2010, s. 25).

nın hakların içeriğini ve bunların hayata geçirilmesi için öngörülen yükümlülükleri etkilemiştir.

Türkiye’de özürllülere has hakların kağıt üzerindeki gelişiminin 1950’lerden beri sürdüğü görülmektedir. Birleşmiş Milletler’in 1980’lerin başından beri “eşitlik ve toplumsal yaşama tam katılım” hedefiyle üye ülkelere önerdiği çerçevenin, bu gelişimde önemli bir etkisi olduğu konusunda doktrinde fikir birliği bulunmaktadır.⁴ Türk hukuk sisteminde devletin bu alandaki koruyucu ve toplum hayatına intibakı sağlayıcı rolü Anayasa’da öngörülmüş olup (Anayasa md. 61/2) ilgili mevzuatta içeriği düzenlenmiştir. Toplumda bu alanda var olan ihtiyaç, esasen isteme hakkı niteliğindeki, devletin olumlu edimlerini gerektiren sosyal hakların yerine getirildiği kamu hizmeti faaliyetiyle karşılanacaktır.⁵ Söz konusu hizmetler de esasen idare eliyle sunulacağından, sahip olunan hakların⁶ ve bunlarla ilgili idari birimlerin bilinmesi özürllülerin yaşam koşullarında olumlu değişiklikler gerçekleştirilmesi için önem taşımaktadır (I). İlgili hizmetlerin olması gerektiği gibi sunulmaması halinde ise, yaşanan durum konusunda bilgi istemek veya öngörülen hakların hayata geçirilmesini sağlamak amacıyla hangi idari birime, hangi yolla başvurulabileceğini bilmek (II) engellerin kaldırılması için bir adımı daha atılmasını sağlayabilir.

I. POZİTİF HUKUKTA ÖZÜRLÜ HAKLARI

Pozitif hukukta özürllü hakları, öncelikle 2005 yılında yürürlüğe giren 5378 sayılı Özürllüler ve Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun⁷ ekseninde ele alınacaktır (A). Daha sonra, ilerleyen yıllarda meydana gelen iki önemli gelişme üzerinde durulacaktır: Türkiye’nin, Engellilerin Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne taraf olması (B) ve 1982 Anayasası’nda 2010 yılında yapılan değişikliklerde özürllü haklarına da yer verilmesi (C).

⁴ GÖKMEN F., op. cit.

⁵ ÇINARLI S., Engellilere Yönelik Kamu Hizmetleri, Kazancı Hukuk Yayınevi, 2010, s. 11 ve 30.

⁶ Bu çalışmada iş hukuku ve sosyal güvenlik alanına giren düzenlemeler inceleme dışı bırakılarak konuya idare hukuku açısından yaklaşım hedeflenmiştir.

⁷ 5378 sayılı Özürllüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, RG. 07. 07. 2005-25868.

A. 5378 sayılı Kanun Ekseninde Özürlü Hakları

Türk hukukunda özürlülere has hakların birçok kanunda ayrı ayrı düzenlendiği görülmektedir. Konuyla ilgili mevzuatın sistematikten yoksun olması, öngörülen haklara ulaşılmasını güçleştirip, hizmetlerin etkin ve verimli planlanması ile sunulmasını zorlaştırabileceğinden, “... mevzuat içinde dağınık şekilde bulunan özürlü bireylere yönelik yasal düzenlemelerin ilkesel düzeyde yasal bir bütünlüğe kavuşturulması” zorunluluğu⁸ tespit edilmiş ve 5378 sayılı Kanun, 2005 yılında Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. 5378 sayılı Kanun’un genel gerekçesinde yer alan yukarıdaki tespitten hareketle, Türk pozitif hukukunda özürlü hakları iki aşamada ele alınabilir: 5378 sayılı Kanun’dan önceki, “mevzuat içinde dağınık şekilde bulunan” düzenlemeler dönemi (1) ve “ilkesel düzeyde yasal bütünlüğün” sağlanması için yürürlüğe giren 5378 sayılı Kanun’la başlayan dönem (2).

1. “Mevzuat içinde dağınık şekilde bulunan” düzenlemeler dönemi

5378 sayılı Kanun’un 2005 yılında yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, özürlülere has düzenlemelerin, başta Anayasa olmak üzere ulusal mevzuatta yer aldığı görülmektedir. 1982 Anayasası’nın 61 inci maddesi devletin sosyal güvenlik açısından özel olarak koruması gerekenlere ilişkin olup, madenin ikinci fıkrası⁹ devlete “sakatları”¹⁰ koruma ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alma görevi vermiştir. Devlet, bu amaçla gerekli teşkilat ve tesisleri kuracak veya kurduracaktır (Anayasa md. 61/5). İşte 1983 yılında yürürlüğe giren 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu’nun¹¹ amacı da “korunmaya, bakıma veya yardıma muhtaç aile, çocuk, özürlü, yaşlı ve diğer kişilere götürülen sosyal hizmetlere ve bu hizmetleri yürütmek üzere kurulan teşkilatın kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklar ile faaliyet ve gelirlerine ait esas ve usulleri düzenlemektir” (2828 s. Kanun md. 1). Ayrıca aynı dönemde 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu¹², 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanu-

⁸ “Özürlüler Hakkında ve Bazı Kanunlar ile Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı”, Genel Gerekçe, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss969m.htm> - 22. 02. 2011.

⁹ Anayasa md. 61/2 - Devlet, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alır.

¹⁰ Söz konusu hükmün lafzı, bu alandaki terminolojik sorunun varlığını doğrular niteliktedir.

¹¹ 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu, RG. 27. 05. 1983-18059.

¹² 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu, RG. 17. 06. 1949-7235.

nu¹³, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu¹⁴ gibi metinlerde özörlöle-
re ilişkin düzenlemeler yer almıştır.

Konuyla özellikle ilgili idari birim niteliğindeki ve Birleşmiş Milletler'in önerileri dikkate alınarak 1981 yılında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlı-ğı bünyesinde oluşturulan Kurul¹⁵, 1985 yılında sürekli hale dönüştürölmüş, 1997 yılında Başbakanlık Özörlöler İdaresi Başkanlığı'nın kurulmasına¹⁶ ka-
dar çalışmalarına devam etmiştir. ¹⁷

Başbakanlık Özörlöler İdaresi Başkanlığı'nın kuruluş amacı, özörlöle-
re yönelik hizmetlerin düzenli, etkin ve verimli bir şekilde yürütölmesini te-
min etmek için ulusal ve uluslararası kurum ve kuruluşlar arasında işbirliği ve
koordinasyonu sağlamak, özörlölerle ilgili ulusal politikanın oluşmasına yar-
dımıcı olmak, özörlölerin sorunlarını tespit etmek ve bunların çözüm yollarını
araştırmaktır (571 s. KHK md. 1). Bu idari birimin kurulmasının hemen ardın-
dan, 572 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Hük-
münde Kararname ile birçok kanunda¹⁸ özörlölere yönelik düzenleme ve de-
ğişiklikler yapılmış ve 573 sayılı Özel Eğitim Hakkında Kanun Hükmünde
Kararname¹⁹ yürürlöğe girmiştir. Fiziksel çevrenin özörlöler için ulaşılabilir
ve yaşanabilir kılınması için 3194 sayılı İmar Kanunu'na²⁰ eklenen ek mad-

13 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu, RG. 14. 06. 1986-19134.

14 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, RG. 15. 05. 1987-19461.

15 bkz. Sakatları Koruma Milli Koordinasyon Kurulunun Çalışma Usul ve Esaslarına İlişkin Tü-
zük, RG. 09. 01. 1986-18983.

16 571 sayılı Özörlöler İdaresi Başkanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Ka-
rarname, RG. 30. 05. 1997-23004 Mük.

17 GÖKMEN F., op. cit.

18 572 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Hükmünde Kararname
(RG. 06. 06. 1997-23011 Mük) ile değıştirilen kanunlar şunlardır: 3194 sayılı İmar Kanunu,
3030 sayılı Büyükşehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin
Değıştirilerek Kabulü Hakkında Kanun, 1580 sayılı Belediye Kanunu, 2828 sayılı Sosyal Hiz-
metler ve Çocuk Esirgeme Kanunu, 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik
Kanunu, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli San-
dığđ Kanunu, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğör Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar
Kurumu Kanunu, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, 1543 sayılı Genel Nüfus Sa-
yımı Kanunu, 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun.
19 573 sayılı Özel Eğitim Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, RG. 06. 06. 1997-23011
Mük.

20 3194 sayılı İmar Kanunu, RG. 09. 05. 1985-18749.

de 1 ile imar planları, kentsel, sosyal, teknik altyapı alanlarında ve yapılarda, Türk Standartları Enstitüsü'nün ilgili standartlarına uyulması zorunluluğu getirilmiştir.²¹

Zaman içinde, özellikle de kamu hizmeti düşüncesiyle bağlantılı olarak yapılan düzenlemelerde özürlüler gözetilmiştir. Örneğin, 5369 sayılı Evrensel Hizmet Kanunu'nda²² özürlülerin evrensel hizmetten yararlanabilmesi için uygun fiyatlandırma ve teknoloji seçeneklerinin uygulanabilmesine yönelik tedbirler alınacağı öngörülmüştür [5369 s. Kanun md. 3/(c)].

Tüm bu düzenlemelerin varlığında ve yukarıda da belirtildiği gibi, “ülkemizde, mevzuat içinde dağınık şekilde bulunan özürlü bireylere yönelik yasal düzenlemelerin ilkesel düzeyde yasal bir bütünlüğe kavuşturulması” zorunluluğu²³ tespit edilmiştir. Bu saptamaya da cevap vermek amacıyla hazırlanan metin, 07. 07. 2005 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’dur.

2. “İlkesel düzeyde yasal bütünlüğün” sağlanması için 5378 sayılı Kanun

2005 yılında yürürlüğe giren 5378 sayılı Kanun konuyla ilgili kapsamlı düzenleme yapması ve bu aşamaya kadar değinilmeyen haklara işaret etmesi açısından önem taşımaktadır. Bu metin hazırlanırken özürlülere ilişkin mevcut düzenlemeler de gözden geçirilmiş, gerek görülen değişiklikler gerçekleştirilmiştir.

5378 sayılı Kanun’un amacı, “özürlülüğün önlenmesi, özürlülerin sağlık, eğitim, rehabilitasyon, istihdam, bakım ve sosyal güvenliğine ilişkin sorunlarının çözümü ile her bakımdan gelişmelerini ve önlerindeki engelleri kaldırmayı sağlayacak tedbirleri alarak topluma katılımlarının sağlaması ve bu hizmetlerin koordinasyonu için gerekli düzenlemeleri yapmaktır” (md. 1). Kanun kapsamında bulunan hizmetlerin yerine getirilmesinde uyulacak esaslar belirlenirken, ayrımcılıkla mücadele eksikli, katılımcılığı artırmayı öngören, özürlülere yönelik hizmetlerin sunumunda ailenin bütünlüğünün korun-

²¹ ÇAĞLAR S., op. cit., s. 207.

²² 5369 sayılı Evrensel Hizmet Kanunu, RG. 25. 06. 2005-25856.

²³ “Özürlüler Hakkında ve Bazı Kanunlar ile Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı”, Genel Gerekçe, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss969m.htm> - 22. 02. 2011.

masını gözeten sosyal politikaların gerçekleştirilmesi hedeflenmiştir (md. 4). Bu noktadan hareketle Kanun'un kapsamına ilişkin maddede, özürllüler kadar özürllü aileleri, özürllülere hizmet veren kurum ve kuruluşlar ile diğler ilgililerin sayılmış olması isabetlidir (md. 2).

Birçok idari birime 5378 sayılı Kanun'la söz konusu alanda görev ve yetkiler verilmiştir. Bakım hizmetlerinin sunumu için Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü'nden ruhsat alınması şarttır (md. 7), bu hizmetlerin çeşitleri (md. 9), kalitesi ve gerçekleştirilmesinde dikkate alınacak esaslar (md. 8) belirlenmiştir. Erken tanı ve koruyucu hizmetlerin planlanması ve yürütülmesi görevi Sağlık Bakanlığı'na verilmiştir (md. 11).

Özürllülere eşit eğitim imkânı sağlanması ve özürllü üniversite öğrencilerinin öğrenim hayatlarını kolaylaştırabilmek için Yükseköğretim Kurulu bünyesinde "Özürllüler Danışma ve Koordinasyon Merkezi" kurulması öngörülmüştür (md. 15). Gene eğitim hakkı kapsamında Türk Dil Kurumu Başkanlığı tarafından Türk işaret dili sistemi oluşturulması; eğitime ilişkin ve kültürel her türlü ihtiyacın karşılanması amacıyla kabartma, sesli, elektronik kitap ve benzeri materyal üretilmesine yönelik işlemlerin Millî Eğitim Bakanlığı ile Kültür ve Turizm Bakanlığı'nca müştereken yürütüleceğı belirtilmiştir (md. 15). İl Millî Eğitim Müdürlükleri Rehberlik Araştırma Merkezlerinde, uzman kişilerden oluşan ve ilgili bireylerin ailelerinin de yer aldığı özel eğitim değerlendirme kurulları, eğitsel değerlendirme ve tanılama aşamasında rol oynayacaktır. Ayrıca, çıraklık eğitimi almak isteyenlerin hangi meslek dalında eğitim göreceklrine gene bu kurullar karar verecektir (md. 16).

5378 sayılı Kanun özürllülerin sosyal yaşam kalitesini arttırmak ve sosyal yaşam içindeki yerlerini sağlamlaştırmak konusunda yerel yönetimlere yükümlülükler getirmiştir. Bu Kanun, belediyelerce, şehir içinde yürütülen toplu taşıma hizmetlerinin, bu hizmetlerin sunumunda kullanılan özel ve kamu sektörlerine ait toplu taşıma araçlarının, özürllülerin erişilebilirliğine uygun hale getirilmesi için yürürlüğe giriş tarihinden itibaren yedi yıl süre vermiştir (Geç. md. 3). Bu durumda, 1 Temmuz 2012'ye kadar bu alandaki engellerin kaldırılarak söz konusu erişilebilirliğin sağlanması gerekmektedir. Aynı yedi yıllık süre ve hedef "kamu kurum ve kuruluşlarına ait mevcut resmî yapılar, mevcut tüm yol, kaldırım, yaya geçidi, açık ve yeşil alanlar, spor alanları ve benzeri sosyal ve kültürel alt yapı alanları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından yapılmış ve umuma açık hizmet veren her türlü yapılar" için de geçerlidir (Geç.

md. 2). Anılan düzenlemelerde yedi yıl gibi uzun bir süre öngörülmesine karşın, uygulama aşamasının ayrıntıları ve finansmanı ile bu aşamadaki iş bölümünün ne şekilde düzenleneceğine veya öngörülen yükümlülükler yerine getirilmediği takdirde yapılabilecekler değinilmemiştir.²⁴

Ana hatları ile sıralanan bu hükümler dışında, 5378 sayılı Kanun, yirmiden fazla kanun ile 571 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’de de değişiklik yapmaktadır (md. 17-md. 48). Kat Mülkiyeti Kanunu’ndan Emlak Vergisi Kanunu’na, Noterlik Kanunu’ndan Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu’na pek çok değişikliğin yer aldığı bu düzenlemelerden idari birimlere yükümlülük getirenler arasında şunlar sayılabilir:

- Özürlü bireylerin spor yapabilmelerini sağlamak ve yaygınlaştırmak üzere Beden Terbiyesi ve Spor Genel Müdürlüğü tarafından 5378 sayılı Kanunda öngörülen hususların yerine getirilmesi (md. 33),

- Büyükşehir belediyeleri bünyesinde özürlüler için bilgilendirme, bilinçlendirme, yönlendirme, danışmanlık, sosyal ve mesleki rehabilitasyon konusunda donanımlı özürlü hizmet birimleri oluşturulması (md. 40),

- İllerde, işitme ve konuşma özürlülere gerek görülen hallerde tercümanlık yapmak üzere işaret dili bilen personel görevlendirilmesi (Özürlüler İdaresi Başkanlığı ve Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu müşterek yönetmeliği ile) (md. 30),

- Özürlü kimlik kartının hazırlanması ve dağıtımı usul ve esaslarının, İçişleri Bakanlığı ve Özürlüler İdaresi Başkanlığı ile Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü’nce müştereken hazırlanacak yönetmelikle belirlenmesi ve ilgili Bakanın onayı ile özürlü kimlik kartı hazırlama veya dağıtımı yetkisinin valiliklere devredilebilecek olması (md. 42),

- Ekonomik veya sosyal zorluklar içinde olup Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu dışında bakılan kişilerin giderlerinin aynı Kurum bütçesinden karşılanması (md. 30),

- Özel eğitim ve rehabilitasyon merkezlerine devam edecek belirli çocukların bu sürece ilişkin giderlerinin Milli Eğitim Bakanlığı bütçesinden karşılanması (md. 35).

5378 sayılı Kanunla, Özürlüler İdaresi Başkanlığı’nın ana hizmet birimleri ve bunların görev ve yetkileri de yeniden tanımlanmıştır (md. 43-md. 48).

²⁴ GÖKMEN F., op. cit.

5378 sayılı Kanun’la diğer kanunlarda yapılan tüm değişikliklerin varlığında, anılan Kanunun, “özürlü bireylere yönelik yasal düzenlemelerin ilkesel düzeyde yasal bir bütünlüğe kavuşturulması” amacına ulaşmış ulaşmadığı tartışmaya açık olsa da, özürlülere yönelik mevzuatın uygulanmasında koordinasyonun sağlanması için Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı’na önemli bir rol²⁵ düşmektedir.

B. Engellilerin Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin Onaylanması

Engellilerin Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, engelliliğe²⁶ insan hakları sisteminde dikkat çekme, bu durumun bir insan hakları sorunu olarak kabul edildiğini teyid etme amacı güderken, engellilerin de insan hakları sisteminden yararlanmalarını kolaylaştırmayı hedefleyen, devletleri taraf olma konusunda karar vermeye ve bu süreçte de ulusal düzeyde mevcut durumlarını gözden geçirmeye sevk eden, öngördüğü mekanizmalar yoluyla, mevcut sistemde hakların yorumlanmasında yol gösterici olacak nitelikte bir metindir.²⁷

Bu Sözleşme, 13. 12. 2006 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nda kabul edilerek 30. 03. 2007’de imzaya açılmıştır. 5825 sayılı Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun 18. 12. 2008 tarihli Resmî Gazete’de, “Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme”nin onaylanmasına ilişkin 2009/15137 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ise 14. 07. 2009 tarih ve 27288 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

Sözleşme, “engellilerin tüm insan hak ve temel özgürlüklerinden tam ve eşit şekilde yararlanmasını teşvik ve temin etmek ve insanlık onurlarına saygıyı” güçlendirmeyi amaçlamakta, taraf devletlere genel yükümlülüklerinin (md. 4) yanı sıra başta ayrımcılık yasağı olmak üzere, adalete erişim (md. 13),

25 bkz. T. C. Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı internet sitesi “Mevzuat” başlıklı sayfa : <http://www.ozida.gov.tr/?menu=yenimevzuat&sayfa=giris> (28. 02. 2011).

26 Bu Sözleşmenin birinci maddesinin ikinci fıkrasında “engelli” kavramı tanımlanmaktadır. Bu metnin Resmî Gazete’de yayımlanan Türkçe tercümesine göre, “engelli kavramı diğer bireylerle eşit koşullar altında topluma tam ve etkin bir şekilde katılımlarının önünde engel teşkil eden uzun süreli fiziksel, zihinsel, düşünsel ya da algısal bozukluğu bulunan kişileri içermektedir” (RG. 14. 7. 2009-27288).

27 GÜL İ. İ., “Bir Hak Mücadelesi Alanı Olarak Engellilik ve Engellilerin Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, ÖZ-VERİ Dergisi, C. 5, S. 2, Aralık 2008, <http://www.ozida.gov.tr/?menu=ozveri&sayfa=ov10/ov10mak1> - 27. 02. 2011.

kişi özgürlüğü ve güvenliği (md. 14), sömürü, şiddet veya istismara maruz kalınmasını engellemek (md. 16), seyahat özgürlüğü ve uyrukluk (md. 18), bağımsız yaşayabilme ve topluma dahil olma (md. 19), kişisel hareketlilik (md. 20), düşünce ve ifade özgürlüğü ile bilgiye erişim (md. 21), özel hayat (md. 22) ile hane ve aile hayatına saygı (md. 23), eğitimin (md. 24), sağlığın (md. 25), çalışma ve istihdamın (md. 27), yeterli yaşam standardı ve sosyal korunmanın (md. 28), siyasal ve toplumsal yaşama katılımın (md. 29), erişilebilirliğin (md. 9) sağlanması gibi alanlarda ayrıntılı yükümlülükler getirmektedir. Verilen görevleri gerçekleştirmek üzere “Engelli Hakları Komitesi” kurulmasını (md. 34) öngörmektedir. Sözleşmenin, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma niteliği²⁸ de gözetilerek, başta yasama ve yürütme organları olmak üzere, gereğinde yargı organı tarafından da, bu metinden doğan yükümlülükler göz önünde bulundurulmalıdır.

C. 2010 Anayasa Değişikliklerinde Özürlü Hakları

Türk hukukunda özürlü hakları konusunda önemli bir gelişme de, 2010 yılında 1982 Anayasası’na eklenen fıkra ile gerçekleştirilmiştir. 12 Eylül 2010 halkoylamasıyla onaylanan 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun²⁹ ile özürlüler lehine de pozitif ayrımcılık yapılmasına izin verilmektedir. ³⁰ Anayasa’nın “Kanun önünde eşitlik” başlıklı 10 uncu maddesine eklenen fıkra ile çocuklar, yaşlılar, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimlerinin yanı sıra malul ve gaziler ile özürlüler için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılamayacağı belirtilmiştir. Böylece Anayasa’nın 61 inci maddesinin ikinci fıkrası hükümünden hareketle devletin alacağı tedbirlerin de içerik açısından eşitlik ilkesini ihlal ettiği yönündeki iddialar hukuki açıdan bir değer ifade etmeyecektir.

Buraya kadar bahsedilen anayasal güvenceler, hakların kanunlarla da korunması, Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı’nın faaliyete geçmiş ve internet sitesinde de izlenebilen çalışmaları gerçekleştiriyor olması, idare bünyesinde özürlülere yönelik düzenlemeler yapılırken bu Başkanlığın görüşünün alınması zorunluluğu bulunması (5378 s. Kanun md. 4), Kasım 2009’da 4. Özürlüler Şurasının gerçekleştirilmiş olması bu alanda genel olarak olum-

²⁸ Ibid.

²⁹ 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, RG. 13. 05. 2010-27580.

³⁰ GÖZLER K., Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 9. Bası, Ekin, 2010, s. 100.

lu gelişmeler olduğunu göstermektedir. 2009’da yürürlüğe giren “Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Uyulacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmelik”te³¹ kamu hizmetlerinin özürllüler tarafından kolayca erişilebilir olması için idare tarafından gerekli tedbirlerin alınacağı açıkça belirtilmesi de gene olumlu bir örnektir (ilgili Yönetmelikmd. 7).

Başbakanlık Özürllüler İdaresi Başkanlığı “2008-2012 Stratejik Planı” kapsamında güçlü³², güçsüz³³ yönlerini, önündeki fırsatları³⁴ ve olası riskleri³⁵ de değerlendirmektedir. Söz konusu belgelerde Başbakanlık Özürllüler İdaresi Başkanlığı’nın 5378 sayılı Kanun’un hazırlanmasında önemli rol oynadığı belirtilmekte³⁶, ancak “ölkemizde özürllülere yönelik oluşturulan politikalarda

31 Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Uyulacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmelik, RG. 31. 07. 2009-27305.

32 Başbakanlık Özürllüler İdaresi Başkanlığı “güçlü” yönlerini şöyle sıralamaktadır: Devlet teşkilatında özürllülük alanında çalışmak üzere kurulan tek kurum olması, eğitim düzeyi yüksek personele sahip bulunması, gerektiğinde özürllülerin, özürllü yakınlarının ve özürllülerle ilgili hizmet veren sivil toplum örgütlerinin desteğini alabilmesi, yurt içi ve dışı kurumlarla iletişiminin bulunması, iş yapabilme ve yürütebilme süreçlerinin hızlı olması (T. C. Başbakanlık Özürllüler İdaresi Başkanlığı Stratejik Plan 2008-2012, <http://www.ozida.gov.tr/>, s. 74 - 01. 12. 2009).

33 Başbakanlık Özürllüler İdaresi Başkanlığı “güçsüz” yönlerini şöyle sıralamaktadır: Teşkilat Kanununda, hizmet birimleri arasında görev ve iş yükü dağılımı açısından farklılıklar veya uyumsuzluklar bulunması, ücretlerin yetersiz olması ve sosyal imkanların olmamasından dolayı motivasyon eksikliği, Kurum bütçesinin yetersizliğinden dolayı istenilen düzeyde araştırma, bilgilendirme ve koordinasyon yapılamaması (T. C. Başbakanlık Özürllüler İdaresi Başkanlığı Stratejik Plan 2008-2012, <http://www.ozida.gov.tr/>, s. 74 - 01. 12. 2009).

34 Başbakanlık Özürllüler İdaresi Başkanlığı’nın “önündeki fırsatlar” şöyle sıralanmıştır: Yeni bir Özürllüler Kanununun (5378 s. Kanun) yürürlüğe girmesi, devlete ait çeşitli fonlardan yararlanılabilmesi, özürllüler alanında mevzuat hazırlama ve teklif sunma olanağı bulunması ile diğer kurum ve kuruluşların özürllülerle ilgili yapacakları mevzuat çalışmalarında aynı Başkanlıktan görüş alma zorunluluğu olması, Avrupa Birliği projeleri ve eğitimleriyle personel kalitesine ve verimliliğine olumlu katkıların sağlanabilmesi, Avrupa Birliği sürecinde önem kazanan özürllülük konusu nedeniyle Başkanlığın kurumsal kapasitesinin geliştirilebilmesi, özürllüler ve yerel yönetim kanunlarıyla özürllülere yönelik hizmetlerde yerel yönetimlerin aktif olarak yer alması (T. C. Başbakanlık Özürllüler İdaresi Başkanlığı Stratejik Plan 2008-2012, <http://www.ozida.gov.tr/>, s. 75 - 01. 12. 2009).

35 Başbakanlık Özürllüler İdaresi Başkanlığı’nın önündeki “olası risk” şu şekilde tespit edilmiştir: Diğer kurumların haklar ve olanaklar açısından cazip olması nedeniyle kurumun yetiştirmiş, nitelikli personelini kaybetme riski (T. C. Başbakanlık Özürllüler İdaresi Başkanlığı Stratejik Plan 2008-2012, <http://www.ozida.gov.tr/>, s. 75 - 01. 12. 2009).

36 T. C. Başbakanlık Özürllüler İdaresi Başkanlığı Stratejik Plan 2008-2012, <http://www.ozida.gov.tr/>, s. 82 - 01. 12. 2009.

önemli ölçüde gelişme sağlanmış olmakla birlikte bu politikaların uygulamada yer alması konusunda yaşanan sıkıntılar Başkanlığın çalışmalarını olumsuz yönde etkilemektedir”³⁷ ifadesi de yer almaktadır.

Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanarak 9 Kasım 2010’da Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’ne sunulan 2010 yılı Türkiye İlerleme Raporu’nda da, 2010 Anayasa değişikliği ile özürlülere yönelik pozitif ayrımcılığın yolunun açıldığı ve 2010’un “Herkes için Ulaşılabilirlik Eylem Yılı” olarak kabul edildiği belirtilmekle birlikte, ulaşılabilirlik stratejisi ve eylem planının yürürlüğe girmesindeki gecikme³⁸, Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi ve İhtiyari Protokolünün uygulanmasını izlemeye yönelik ulusal mekanizmanın yokluğu ile engelli kişiler hakkında da bilgi ve araştırma eksikliğinin “bilgiye dayalı politika oluşturma önünde engel olarak kalmayı” sürdürdüğüne dikkat çekilmektedir. Anılan rapor şu ifadelere de yer vermektedir: “Bu alandaki mevzuata rağmen, engelli kişilerin eğitim, sağlık, sosyal ve kamu hizmetlerine erişimi hala kritik meselelerdir. Kamu binalarına erişimde karşılaşılan fiziksel engeller önemli bir sorun teşkil etmektedir”.³⁹Bu tür tespitler, bir yandan yapılan düzenlemelerin uygulanması gerekliliğine işaret ederken, diğer yandan da, öngörülen hakların belirtilen süreler sonunda veya belirlenmiş biçimde hayata geçirilememesi halinde başvurulabilecek yolları akla getirmektedir.

II. ÖZÜRLÜ HAKLARININ KULLANILMASINDA İDAREYE BAŞVURULAR

Özürlü haklarının ortak yönlerinden biri, kullanılabilmeleri için yetkili idari birimin faaliyette bulunması gerekliliğidir. Başka bir deyişle, özellikle özürlülere tanınan bu haklardan yararlanmak, yetkili idari birimler harekete

37 T. C. Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı Stratejik Plan 2008-2012, <http://www.ozida.gov.tr/>, s. 81 - 01. 12. 2009.

38 “Ulaşılabilirlik Stratejisi ve Eylem Planı (2010-2011) ile ilgili 25/10/2010 tarihli ve 2010/35 sayılı Yüksek Planlama Kurulu Kararı”, RG. 12. 11. 2010-27757. Karar metni için bkz. <http://www.ozida.gov.tr/guncel/ulasilabilirlik.doc> - 25. 02. 2011.

39 Söz konusu raporun kamu binalarında bulunan engellere ilişkin 26 numaralı dipnotu şu şekilde: “2005 tarihli Özürlüler Hakkında Kanun mevcut tüm kamu binaları ve yolları, kaldırımlar, yaya geçitleri, açık ve yeşil alanlar, spor alanları ve kamuya hizmet eden benzeri sosyal ve kültürel altyapının 2012 yılı itibarıyla engellilerin erişimine müsait hale getirilmesi hükmü getirmektedir. Bununla birlikte, 4 belediye'deki pilot erişim projeleri haricinde bu alanda ilerleme sağlanmamıştır. ” (Avrupa Komisyonu Tarafından Hazırlanan 2010 Yılı Türkiye İlerleme Raporu, T. C. Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği yayını, 2010, s. 29).

geçmedikçe mümkün olmayacak, bu idari birimlerin zamanında harekete geçmemesi de özürhükümlerinin karşılaştıkları engellerin kaldırılmasını geciktirebilecek ya da önleyebilecektir. Bu durumda, ilgililer tarafından yargı yoluna başvurmada önce, idari birimleri harekete geçirecek veya konuyla ilgili bilgi alınabilecek yolların bilinmesi ve kullanılması önem kazanmaktadır. İdari başvurular bir yandan hak arama özgürlüğünün yargısal yolların dışında da kullanılması, diğer yandan idarenin denetimi ve kamu yararının korunması açısından işlevseldir.⁴⁰ Bu amaçla kullanılacak hukuki enstrümanların dayanağı (kanunlarla özel olarak düzenlenen bazı başvuru yollarının yanı sıra) özellikle⁴¹ Anayasa'nın 74 üncü⁴² maddesinde bulunmaktadır.

Özürhükümlerinin hayata geçirilmesini sağlamak için idari birimlere yapılabilecek başvuruların kanunların koruduğu bir menfaate dayandığı⁴³ ve bunlara kanunlarla bir hukuki sonuç bağlandığı görülmektedir. Bu çerçevede öncelikle, özürhükümlerinin konusunu gerçekleştirmekle doğrudan yetkili birimlere yapılabilecek başvurular ele alınacaktır (A). İkinci aşamada ise, bu hakların sağlanmasıyla dolaylı olarak ilgili birimlere yapılabilecek başvurulara değinilecektir (B).

A. Doğrudan Yetkili Birimlere Yapılabilecek Başvurular

Özürhükümlerinin konusunu gerçekleştirmekle doğrudan yetkili birimlere yapılabilecek başvurular hem daha önce yapılmış bir idari işlem ya da eylem

40 SEZER Y. – BİLGİN H., “Danıştay Kararlarında İdari Başvurular”, AÜHFD, C. 57, S. 4, 2008, s. 341.

41 Anayasa'nın 40 ıncı maddesini ilk fıkrası, Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkesin, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahip olduğunu öngörmektedir. Söz konusu hüküm idari, siyasal ve yargısal her türlü başvuruyu kapsar nitelikte, genel bir hükümdür (TANÖR B. – YÜZBAŞIOĞLU N., 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 10. Bası, Beta, 2011, s. 198-199; YILDIRIM R., İdari Başvurular, 2. Baskı, Mimoza Yayınları no. 82, Hukuk Dizisi no. 51, 2006, s. 20).

42 1982 Anayasası'nın (2010 yılında değiştirilen şekliyle) “Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı” başlıklı 74 üncü maddesinde, vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancıların, kendileri veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve TBMM’ye yazı ile başvurma hakkına sahip oldukları öngörülmüştür. Gene aynı maddeye 7. 5. 2010 tarih ve 5982 sayılı Kanunla eklenen fıkra, herkesin “bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma” hakkına da sahip olduğunu açıkça belirtmektedir. Anılan maddenin son fıkrasında ise, bu maddede sayılan hakların kullanılma biçiminin kanunla düzenleneceği öngörülmüştür.

43 YILDIRIM R., op. cit., s. 68.

yokken idareyi harekete geçirmek amacıyla yapılabilecek başvuruları, hem mevcut bir idari işlemin, o işlemi yapan makamın üst makamı (yoksa, kendisi) tarafından kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi ya da yerine yeni bir işlem yapılmasına yönelik başvuruları, hem de konuyla ilgili olarak sadece bilgi edinme amacıyla yapılabilecek başvuruları kapsar. Bu çerçevede, dilekçe hakkının kullanılması suretiyle (1), İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10 uncu (2) ve 11 inci (3) maddeleri uyarınca yapılabilecek başvurular ile bilgi edinme başvurusu (4) ele alınacaktır.

1. Dilekçe hakkının kullanılması suretiyle yapılabilecek başvurular

Anayasa'nın 74 üncü maddesinde yer alan dilekçe hakkının kullanılma biçimi, aynı maddenin son fıkrası uyarınca kanunla düzenlenmiştir. Türkiye Büyük Millet Meclisi veya idari makamlara yapılacak dilek ve şikâyetler konusunda 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına dair Kanun⁴⁴ yayımlanmıştır. Gerek Anayasa'nın anılan hükmü, gerekse 3071 sayılı Kanun uyarınca, özürlü haklarının hayata geçirilmesi için idari makamlara verilecek dilekçelerin vatandaşlar veya karşılıklılık şartı gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar tarafından, kendileri veya kamuyla ilgili, bir şeyin yapılması veya verilmesi hususundaki arzularını ifade eden "dilek"leri veya bir konudaki "şikâyet"lerini⁴⁵ içerebileceği görülmektedir.

Anayasa ve 3071 sayılı Kanun'daki belirlemeler, özürlü haklarına ilişkin dilekçelerin kimler tarafından verilebileceği sorusunu akla getirebilir. Anılan hükümlerde geçen, "kendileriyle (...) ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında" ifadesi dar anlaşılacak olursa, yasal temsilci olmayanların, özürlü hısımları, akraba ve arkadaşları ile ilgili dilekçe veremeyeceği sonucuna varılabilir. Oysa dilekçe hakkının hak sahibi tarafından bizzat kullanılamayacağı durumlarda, bu şekilde sınırlayıcı bir yorumun yaratacağı sakıncaların önlenmesi için bahsedilen ifadeyi geniş yorumlamak isabetli olabilir. ⁴⁶ Dilekçe hakkını kullanacakların kapsamını belirlemeye yönelik bu ifadenin, İYUK md. 10/1 hükmünde yer alan "İlgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılabilmesi için idari makamlara başvurabilirler", şeklindeki düzenlemeye oranla daha geniş bir anlam içeriyor olması da, geniş yorumlanması yönündeki görüşü destekleyici nitelikte kabul edilebilir.

44 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına dair Kanun, RG. 10. 11. 1984-18571.

45 ARMAĞAN S., Dilekçe Hakkı ve 1961 Anayasası, İstanbul Üniversitesi Yayınları no. 1764, Hukuk Fakültesi Yayınları no. 387, 1972, s. 76-77.

46 ARMAĞAN S., op. cit., s. 73.

Diğer yandan, dilekçe hakkının “kamu ile” ilgili dilek ve şikâyetler için de kullanılabileceği açıkça öngörülmüştür. Bir başka deyişle, “kişi kendi menfaatini dilek ve şikâyet yoluyla korumağa teşebbüs edebildiği gibi, ona kamunun menfaatini korumak için de aynı nevi teşebbüste bulunma imkânı verilmektedir”.⁴⁷ Bu durumda, örneğin kaldırımaların, ulaşım araçlarının özürllülerin kullanımına uygun hale getirilmesi gibi, kamusal boyutu ön planda olan özürllü haklarının hayata geçirilmesi, herkes tarafından dilekçe hakkının kullanımına konu edilebilecektir.

Dilekçelerin verileceği “yetkili makamlar” ifadesinden, dilekçe konusunda karar vermeye yetkili idari makamın kastedildiği, 3071 sayılı Kanun’un “Gönderilen makamda hata” başlıklı 5 inci maddesinden de anlaşılmaktadır. Özürllü haklarının hayata geçirilmesi konulu dilekçeler, ilgili hak konusunda kanunla yetkili kılınmış idari makama verilmelidir. Dikkat çekebilecek bir diğer husus ise, bu dilekçelerin, “dilek”ler kadar “şikâyet”leri de içerebildiğidir. Henüz hiçbir işlem konusu yapılmamış bir özürllü hakkının yerine getirilmesi dileği de, idare tarafından gereği gibi yerine getirilmemiş bir özürllü hakkı konusunda yapılacak şikâyet de, dilekçe hakkı kullanılarak ileri sürülebilecektir.

Özürllü haklarının gerçekleştirilmesi konusunda, 3071 sayılı Kanun’da öngörülen zorunlu şartları (md. 4) taşıyan ve yargı mercilerinin görevine girmeyen içeriği haiz [md. 6/(b)] dilekçelerle idareye yapılan başvuruların sonucu veya bu tür başvurular üzerine yapılmakta olan işlemin safahatı hakkında, dilekçe sahiplerine en geç otuz gün içinde gerekçeli olarak cevap verilir. İşlem safahatının duyurulması halinde alınan sonuç başvurana ayrıca bildirilir (md. 7).

3071 sayılı Kanun’daki düzenlemelere karşın, idarenin özürllü haklarının gerçekleştirilmesine yönelik bir başvuruyu reddetmesine ya da böylebir başvuru karşısında sessiz kalmasına idari yargılama usulü açısından sonuç bağlanabilmesi için, talep edilen hakla ilgili daha önce yapılmış bir idari işlem veya eylem bulunmuyorsa İYUK md. 10 başvurusu, herhangi bir işlem bulunuyorsa da, bu işlem konusunda dava açma süresi içinde İYUK md. 11 başvurusu yapılması gerekecektir.

47 İbid.

2. İYUK 10 uncu madde başvurusu

Anayasa'nın 74 üncü maddesinde yer alan kuralın idari yargılama usulüne yansımaları, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10 uncu maddesi şeklinde kendini göstermektedir. ⁴⁸ İYUK md. 10'da⁴⁹ öngörülen başvurunun yapılması, özürllülere tanınan hakların hayata geçirilmesi amacıyla da kullanılabilir.

İYUK md. 10, idari davaya konu olabilecek bir idari işlem ya da eylem henüz hukuk alanında yokken, ilgilinin böyle bir işlem ya da eylemin yapılması istemini içeren başvurusu karşısında idarenin susmasının hukuki sonuçlarını ve dava açma olanağının süre bakımından tabi olacağı kuralları düzenlemektedir. ⁵⁰ Bu başvuru hukuk düzeninin koruduğu bir hakka dayandığından, idareyi işlem veya eylem yapma yükümlülüğü altına sokmaktadır. ⁵¹ İYUK'un söz konusu hükmü uyarınca "İlgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler". Dolayısıyla bu madde uyarınca başvuru, ancak ortada dava konusu olabilecek bir idari karar yoksa yapılmalıdır. ⁵²

Başvuruda bulunacak kişinin, talep ettiği işlemin ya da eylemin yapılmasında menfaati olan kişi olması gerekir. ⁵³ Özürlülerin karşı karşıya oldukları engellerin kaldırılmasına yönelik olarak yapıldığında, ilgili mevzuatta tanınan hakların idarece yerine getirilmesinde menfaati olan kişiler bu başvuruyu yapabileceklerdir.

⁴⁸ KAPLAN G., İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, 2. Bası, Turhan, 2009, s. 209.

⁴⁹ İYUK md. 10 – 1. İlgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler. 2. (Değişik: 10/6/1994 - 4001/5 md.) Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. İlgililer altmış günün bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde, konusuna göre Danıştaya, idare ve vergi mahkemelerine dava açabilirler. Altmış günlük süre içinde idarece verilen cevap kesin değilse ilgili bu cevabı, isteminin reddi sayarak dava açabileceği gibi, kesin cevabı da bekleyebilir. Bu takdirde dava açma süresi işlemez. Ancak, bekleme süresi başvuru tarihinden itibaren altı ayı geçemez. Dava açılmaması veya davanın süreden reddi hallerinde, altmış günlük sürenin bitmesinden sonra yetkili idari makamlarca cevap verilirse, cevabın tebliğinden itibaren altmış gün içinde dava açabilirler.

⁵⁰ SANCAR M., "İdari Yargılama Usulü Kanununun 10 ve 11. Maddeleri Bağlamında İptal Davalarında Süre", Amme İdaresi Dergisi, C. 23, S. 1, s. 73.

⁵¹ YILDIRIM R., op. cit., s. 134.

⁵² SANCAR M., op. cit., s. 74.

⁵³ ERKUT C. – SOYBAY S., Anayasa ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar, 5. Bası, Beta, 2001, s. 279.

Özel kanunlarla öngörülen bir süre veya zamanaşımına bağlanmış bir hak söz konusu olmadığında, İYUK’ tasınırlayıcı bir hüküm bulunmadığından, ilgililer bu başvuruyu her zaman yapabilirler.⁵⁴

Uygulama ve özellikle de idari yargı kararlarından hareketle, İYUK md. 10 hükmünün bireysel idari işlemleri ilgilendirmesinin yanı sıra, düzenleyici işlem yapılması amacıyla da idareye başvuru imkanı sağladığını kabul etmek gerekir.⁵⁵ Bu noktadan hareketle, kanunda çıkarılacağı öngörülen yönetmeliklerin (örneğin 5378 s. Kanun md. 5, md. 13/3 veya md. 15/3) yürürlüğe koyulması için İYUK md. 10’a dayanarak ilgili idari birimlere başvurulabilir.

İdare başvurulara olumlu cevap vererek talebi gerçekleştirdiği takdirde amaca ulaşılmış olacaktır. Başvuru açıkça reddedildiği takdirde ise, ilgililer, konusuna göre Danıştay’da, idare ve vergi mahkemelerinde süresi içinde dava açabilirler. Bu iki durum dışında, İYUK md. 10, başvuru konusu istem hakkında etkili karar almaya yetkili her türlü ve derecede idari makamların susmasına karşı da kullanılabilir.⁵⁶

İYUK md. 10’a göre başvuru yapıldıktan sonra, “altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır” ve ilgililer, “altmış günün bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde, konusuna göre Danıştaya, idare ve vergi mahkemelerine dava açabilirler”. Görüldüğü gibi, İYUK md. 10 zımni red işlemi ortaya çıkarabilecek düzenlemelerden biridir. İdare için zımni red imkânının öngörülmesi, bireylerin idareye güvenerek beklemeleri ve özellikle de dava açma süresi konusunda hassasiyet göstermemeleri halinde olumsuz sonuçlara yol açabilmektedir. Çünkü ilk zımni red işlemi sonrası, süresinde dava açılmadığı takdirde, aynı işlemin yapılması için idareye yapılacak ikinci bir başvuru, dava açma süresini canlandırmamaktadır. Sadece idarenin değişen koşullara göre karar vermesini, maddi ve hukuki durumu gözden geçirmesini gerektiren başvurular birbirinden ayrı ve bağımsız nitelikte olup, dava açma süresi dolduktan sonra, bu nitelikte bir başvuru yapıldığı ve reddedildiği takdirde dava açılması mümkündür.⁵⁷

İYUK md. 10’da, yapılan başvuru üzerine idarenin kesin olmayan bir cevap vermesi ihtimali de öngörülmüştür. Başvuruyu izleyen günden itibaren

54 KAPLAN G., op. cit., s. 233; YILDIRIM R., op. cit., s. 72.

55 BÜLBÜL E., İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması, Beta, 2010, s. 95.

56 DURAN L., “İdari Müracaatlar ve Bunların Karşısında İdarenin Sükûtu Meselesi”, İÜHFM, Yıl 12-1946, C. 12, S. 1, s. 184; KAPLAN G., op. cit., s. 229.

57 YILDIRIM T., İdari Yargı, 2. Baskı, Beta, 2010, s. 425.

altmış gün içinde, “başvurunun incelenmekte olduğu” gibi kesin olmayan bir cevapla karşılaşılmaması halinde, ilgili bu cevabı, isteminin reddi sayarak dava açabileceği gibi, kesin cevabı da bekleyebilir. Beklemek tercih edildiği takdirde dava açma süresi işlemez. Ancak, bekleme süresi başvuru tarihinden itibaren altı ayı geçemez.

Zımni red ve dava açma sürelerinin her ikisi de dolduktan sonra idare yazılı bildirimde bulunacak olursa, bu bildirimden itibaren dava açma süresi işlemeye başlayacaktır.⁵⁸ Zımni red işlemi var olduğu halde, bundan sonraki bir tarihte idare tarafından cevap verildiğinde, bu cevap başvuruyu yapanın isteminin açıkça kabulü yönünde yapılan bir bireysel işlem şeklinde olabilir. Böyle bir işlem yapılması üzerine, önceki zımni red işlemi örtülü olarak yürürlükten kalkacaktır.⁵⁹

Özürlülere tanınan hakların hayata geçirilmesi amacıyla İYUK md. 10’da öngörülen başvuru yolundan olumlu bir sonuç alınamadığında, durumun özellikleri değerlendirilerek, idarenin işleyişi ile ilgili şikâyetle bulunmak için, dilekçe hakkından daha özel bir düzenleme getiren kamu denetçisine başvurma hakkının kullanılması da düşünülebilir.

3. İYUK 11 inci madde başvurusu

Özürlülere kanunlarla tanınan bir hakkın hayata geçirilmesi için yapılan idari işlem, ilgisinin beklentilerine cevap vermeyebilir. Böyle bir durumda, ilgili kişi bu işleme karşı yargı yoluna başvurmadan önce, idareye başvurabilir. Bu amaçla, kanunlarla başka bir düzenleme öngörülmediği takdirde⁶⁰, İYUK md. 11’e dayanarak, yetkili idari birimden işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması istenebilecektir. Söz konusu başvuru ihtiyari nitelikte olup, işlemi yapan makamın üst makamına, böyle bir makam yoksa da işlemi yapan makamın kendisine, işlemeye başlamış olan dava açma süresi içinde yapılacak ve bu süreyi durduracaktır.

İdareye İYUK md. 11’e dayanarak başvurulduğunda ilgisinin beklentisine cevap vermeyen mevcut idari işlemin geri alınması, kaldırılması, değiştirilmesi veya yerine yeni bir işlem yapılması talep edilebilir. Bunun üzerine

⁵⁸ bkz. DİDD, E. 2006/2534, K. 2008/1243, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> - 25. 02. 2011.

⁵⁹ BÜLBÜL E., op. cit., s. 97.

⁶⁰ İdari itiraz süresi ve merciinin özel olarak düzenlenmesi halinde, bu düzenlemelerde öngörülen süreler içinde, belirlenen makamlara başvurulması gerekir.

idare tarafından mevcut idari işlemin kaldırılması, bu işlemin varlığına geleceğe dönük olarak son verilmesidir. İdari işlemin geri alınması ise bu işlemin geriye etkili şekilde, “hem geçmiş, hem gelecek için” ortadan kaldırılmasıdır anlamına gelir. ⁶¹ Başvuru konusu işlemin değiştirilmesi, bu işlem yürürlüğe girdikten sonra geleceğe etkili olacak biçimde değişiklik yapılmasını ifade eder. Değiştirme, mevcut işleme eklemeler yapılması veya işlemin bir kısmının yürürlükten kaldırılarak, yürürlükten kaldırılan bölüm yerine ya hiçbir işlem yapılmaması, ya da eş zamanlı olarak yeni bir işlem yapılması yoluyla gerçekleştirilebilir. ⁶²

İYUK md. 11 başvurusunda, işlemi yapan makamın üst makamı varken, işlemi yapan makama başvurulması⁶³ ya da idari yerler dışındaki yerlere yapılan veya aynı hiyerarşi içinde yer almayan başka bir idari birime yapılan başvurular, dava açma süresini durdurmaz. ⁶⁴ Dava açma süresinin durmaması hak kayıplarına neden olabileceğinden, işlemi yapan birimin üst makamı varsa, mutlaka oraya başvurulmalıdır. Başvuru yapıldıktan sonra dava açma süresinin yeniden başlaması için başvuru konusu isteğin ilgili idari birim tarafından ya açıkça, ya da zımnen reddedilmesi gerekmekte olup, idarenin işleşiyle ilgili cevaplar dava açma süresinin hesaplanmasına esas alınmamaktadır. ⁶⁵ Açık veya zımni red sonucu dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvuru tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır.

Zımni red süresi dolduktan sonra, idarenin açıkça red kararı vermiş olması, zımni red kararı üzerine yeniden işlemeye başlamış olan dava açma süresini etkilemez veya sona ermiş olan dava açma süresini yeniden canlandırmaz. ⁶⁶ Ancak başvuru idare tarafından değerlendirilerek yeni bir işlem tesis edilirse, bu işleme karşı, süresi içinde dava açılabilir. ⁶⁷

⁶¹ BÜLBÜL E., op. cit., s. 16.

⁶² BÜLBÜL E., op. cit., s. 8.

⁶³ YILDIRIM T., op. cit., s. 408.

⁶⁴ GÖZÜBÜYÜK A. Ş. – TAN T., İdare Hukuku Cilt 2 İdari Yargılama Hukuku, 4. Bası, Turhan, 2010, §652, s. 985.

⁶⁵ bkz. DİDD. E. 2006/133, K. 2006/763, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> - 25. 02. 2011.

⁶⁶ GÖZÜBÜYÜK A. Ş. – TAN T., op. cit., §653, s. 990.

⁶⁷ D. 6. D. E. 1998/1839, K. 1999/2054., <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> - 25. 02. 2011.

4. Bilgi edinme başvurusu

Geçmiş batılı ülkelerin birçoğunda 1960'lı yıllara kadar uzanan bilgi edinme hakkı Türkiye'de 1980'li yıllarda doktrin tarafından işlenmeye başlanmış, 2003 yılında 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun⁶⁸ yürürlüğe girmesiyle birlikte kanunla güvence altına alınmış⁶⁹, 2010 Anayasa değişiklikleri çerçevesinde de anayasal korumaya kavuşturulmuştur.

Bilgi edinme hakkı, yürürlükteki mevzuat uyarınca, bilgi edinme başvurusu yapılarak kullanılır. Bilgi edinme başvurusunun tabi olduğu usul ve esaslar ile reddi halinde izlenecek yol 4982 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. Bu başvurunun niteliğinden⁷⁰, bu yolla talep edilebilecekler kadar bir dizi husus, özellikle söz konusu Kanunun yürürlüğe girdiği 2003 yılından sonra tartışma konusu olmuştur.

Özürlülerin karşılaştıkları engellerin kaldırılması için kullanılacak bir başvuru türü olarak ele alındığında, bilgi edinme başvurusu, dolaylı fayda sağlayabilecek bir yol olabilir. Çünkü bu başvuru, idareden bilgi ve belge istemine yöneliktir. Başka bir deyişle, yukarıda ele alınan İYUK md. 10 ya da md. 11 uyarınca yapılan başvuruların aksine, bilgi edinme başvurusu yoluyla idareden, özürlülerin karşılaştığı bir engelin doğrudan kaldırılmasına yönelik idari işlem yapması talep edilemez. Bilgi edinme başvurusuyla idareden, ancak belli bir konuda bilgi ve/veya belge istenebilir.

4982 sayılı Kanunuyarınca, kural olarak herkes⁷¹, istenen bilgi veya bel-

68 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, RG. 24. 10. 2003-25269.

69 TANSUĞ Ç., “4982 sayılı Kanun Uyarınca Bilgi Edinme Hakkının İçeriği”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2, S. 1, Ocak 2003, s. 121.

70 KAYA C., İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı, Seçkin, 2005, s. 233; AYANOĞLU T., “Bilgi Edinme Hakkı ve Yargısal Korunmasına İlişkin Bazı Sorunlar”, Legal Hukuk Dergisi, S. 18, Haziran 2004, s. 1533 ve 1536.

71 Anayasa md. 74/3 “herkes”in bilgi edinme hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu 4 üncü maddesinin ilk fıkrası da “herkes”in bu hakka sahip olduğunu belirtmekle birlikte bazı sınırlamalar getirmektedir. Anılan maddede bir yandan “Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden doğan hak ve yükümlülükleri”nin saklı olduğunu belirtmektedir. Diğer yandan, bilgi edinme başvurusunda bulunabilecek yabancılar Türkiye’de ikamet eden yabancı gerçek kişiler ve faaliyette bulunan yabancı tüzel kişilerle sınırlandırılmakta (4982 sayılı Kanun md. 4/2) ve bu yabancıların, karşılıklılık ilkesi çerçevesinde ve kendileriyle veya faaliyet alanlarıyla ilgili bilgileri talep etmek kaydıyla bilgi edinme hakkı kullanabilecekleri öngörülmektedir.

genin bulunduğu kurum veya kuruluşa bilgi edinme başvurusuyapabilir⁷². Söz konusu Kanun bu başvurunun “kişinin kimliğinin ve imzasının veya yazının kimden neşet ettiğinin tespitine yarayacak başka bilgilerin yasal olarak belirlenebilir olması kaydıyla elektronik ortamda veya diğer iletişim araçlarıyla da” yapılabileceğini öngörmüştür (4982 s. Kanun md. 6). Başvurunun elektronik ortamda veya diğer iletişim araçlarıyla yapılması usulü ilgili Yönetmeliğin⁷³ 10 uncu maddesinde de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu Yönetmeliğin ekinde başvuruyu yapanın gerçek veya tüzel kişi olmasına göre değişen farklı form bulunmakta ve bu formlar elektronik ortamda yapılacak başvurular için kullanıldığında gerçek kişinin veya tüzel kişi adına yetkili kişinin T. C. kimlik numarası ile elektronik posta adresinin belirtilmesi şart koşulmaktadır. Tüzel kişi adına yetkili kişinin yetki belgesinin de dilekçeye eklenmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Yetki belgesi elektronik ortama aktararak gönderilir. Dilekçelerin fax yoluyla iletilmesi ve aynı yolla cevap verilmesinin istenmesi halinde, cevabın gönderileceği fax numarası dilekçede ayrıca belirtilecektir.⁷⁴

Bilgi edinme başvurusunun özürölüler açısından engellerden arındırılmasının gerekliliği vurgulanmalıdır. Bu hakkın özürölü bireyler tarafından da kolaylıkla kullanılabilmesi için gerekli önlemlerin alınması gerekir. Bilgi edinme formlarının Braille alfabesinde de basılması, kurumların internet sitelerindeki ilgili dokümanların büyütölerek okunmasının sağlanması, sesli başvurunun (örneğin, sesin yazıya dönüştürölüldüğü sistemlerle ve elektronik imza eklenerek) mümkün kılınması gibi çözümlerin uygulanması bu alandaki engellerin kaldırılmasını sağlayabilir.⁷⁵

Türk hukukunda bilgi edinme başvurusu, başvuru kurum ve kuruluşların ellerinde bulunan veya görevleri gereğı bulunması gereken bilgi veya

72 4982 sayılı Kanun’un 6 ncı maddesi uyarınca “Bilgi edinme başvurusu, başvuru sahibinin adı ve soyadı, imzası, oturma yeri veya iş adresini, başvuru sahibi tüzel kişi ise tüzel kişinin unvanı ve adresi ile yetkili kişinin imzasını ve yetki belgesini içeren dilekçe ile istenen bilgi veya belgenin bulunduğu kurum veya kuruluşa yapılır. Bu başvuru, kişinin kimliğinin ve imzasının veya yazının kimden neşet ettiğinin tespitine yarayacak başka bilgilerin yasal olarak belirlenebilir olması kaydıyla elektronik ortamda veya diğer iletişim araçlarıyla da yapılabilir. Dilekçede, istenen bilgi veya belgeler açıkça belirtilir”.

73 Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik, RG. 27. 04. 2004-25445.

74 HIZ Y. – YILMAZ Z., Açıklamalı – Notlu – Gerekçeli Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı, Seçkin, 2004, s. 77-78.

75 ÇAĞLAR S., op. cit., s. 325.

belgelere ilişkin olmalıdır. Kurum ve kuruluşlar, ayrı veya özel bir çalışma, araştırma, inceleme ya da analiz neticesinde oluşturulabilecek türden bir bilgi veya belge için yapılacak başvurulara olumsuz cevap verebilirler (4982 s. Kanun md. 7). Kurum ve kuruluşlarca yayımlanmış veya broşür, ilân ve benzeri yollarla kamuya açıklanmış bilgi veya belgeler, bilgi edinme başvurusuna konu olamaz; ancak, yayımlanmış veya kamuya açıklanmış bilgi veya belgelerin ne şekilde, ne zaman ve nerede yayımlandığı veya açıklandığı başvurana bildirilir (4982 s. Kanun md. 8).

İlgili kurum ve kuruluşlar, başvuru üzerine istenen bilgi veya belgeye erişimi kural olarak onbeş iş günü içinde sağlar. İstenen bilgi veya belgenin, başvuru kurum ve kuruluş içindeki başka bir birimden sağlanması; başvuru ile ilgili olarak bir başka kurum ve kuruluşun görüşünün alınmasının gerekmesi veya başvuru içeriğinin birden fazla kurum ve kuruluşu ilgilendirmesi durumlarında bilgi veya belgeye erişim otuz iş günü içinde sağlanır. Budurumda, sürenin uzatılması ve bunun gerekçesi başvuru sahibine yazılı olarak ve onbeş iş günlük sürenin bitiminden önce bildirilir. Bilgi veya belgelere erişim için gereken maliyet tutarının İdare tarafından başvuru sahibine bildirilmesiyle birlikte, öngörülen onbeş iş günlük süre kesilir. Başvuru sahibi, onbeş iş günü içinde ücreti ödemezse talebinden vazgeçmiş sayılır (4982 s. Kanun md. 11). Kurum ve kuruluşlar, bilgi edinme başvurularıyla ilgili cevaplarını yazılı olarak veya elektronik ortamda başvuru sahibine bildirirler. Bilgi edinme başvurusunun reddedilmesi hâlinde bu kararın gerekçesi ve buna karşı başvurulabilecek yollar belirtilir (4982 s. Kanun md. 12).

Yukarı da belirtildiği gibi, bilgi edinme başvurusu sonucunda elde edilebilecek olan sadece istenen bilgi ve/veya belgedir. Elde edilen bilgi/belge, yapılacak idari veya yargısal başvurularda haklılığın kanıtlanması için kullanılabilir. Bu tür başvurular vesilesiyle idarenin dikkatinin konuya çekilmesi halinde, başvuru konusuyla ilgili özürü hakkını yerine getirmek için idarenin kendiliğinden harekete geçmesi de olasıdır. Ancak idarenin durumu fark ederek kendi kendine harekete geçmesi, bilgi edinme başvurusunun hukuki sonuçlarından biri değildir. Öngörülen bir hakkın gerçekleştirilmesi eğer bir idari işlem ya da eylemle mümkün olacaksa, bunların yapılması yönünde karar alınması talebiyle, ilgili idari birime, esas itibarıyla İYUK md. 10'a göre başvuru yapmak gerekecektir.

B. Dolaylı Olarak İlgili Birimlere Yapılabilecek Başvurular

Kanunlar tarafından korunan özürlü haklarının, yetkili idari birimler tarafından hiç ya da gereği gibi gerçekleştirilmemesi halinde, gene idari teşkilat içinde yer alan başka birimlere başvurularak, hakların gereğinin yapılmasına dikkat çekilebilir. Bu tür başvurular da, özürliülerin karşılaştıkları engellerin kaldırılması için dolaylı da olsa işlevsel olabilecek hukuki yollardır. Bu kapsamda kamu denetçisine (1) veya Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı ile il veya ilçe insan hakları kurullarına (2) başvuru yapılabilir.

1. Kamu Denetçisine başvuru

Kamu denetçisi ya da doktrinde sıklıkla kullanılan terimle “ombudsman”, idarenin eylem ve işlemleri hakkında “halkın yakınmalarını kabul eden ve bunları sonuçlandıran, araştırma, inceleme ve düzeltici önerilerde bulunma ve bulgularını açıklama yetkisi olan kişi ya da kurum olarak tanımlanabilir”.⁷⁶ 12 Eylül 2010 halkoylamasıyla onaylanan 5982 sayılı Kanun ile Anayasa’nın 74 üncü maddesine eklenen fıkralarda Kamu Denetçiliği Kurumu da yer almaktadır.⁷⁷

Anayasa, Kamu Denetçiliği Kurumu’nun idarenin işleyişi ile ilgili şikâyetleri incelemesini öngörmüştür (Anayasa md. 74/4). Söz konusu değişikliğin gerekçesinde belirtildiği üzere, “pek çok Avrupa ülkelerinde işletilen bu müessesenin, idarenin işleyişi konusunda standartlar oluşturacağı, ilkeler belirleyeceği ve önemli katkılar sunacağı düşünülmektedir”.⁷⁸ Kamu denetçisine başvurma hakkına, Anayasa’da yer alan düzenlemeye göre herkes sahiptir (Anayasa md. 74/3). Anayasa, Kamu Başdenetçisi’nin TBMM tarafın-

⁷⁶ SEZEN S., “Ombudsman: Türkiye İçin Nasıl Bir Çözüm?”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 34, S. 4, Aralık 2001, s. 73.

⁷⁷ Türkiye’de daha önce 5548 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu (RG. 13. 10. 2006-26318) ile ilgili Kurum kurulmuş, vatandaşların temel hak ve hürriyetlerinin korunması amacıyla bu Kuruma başvuru hakkı tanınmıştı (GÖZLER K., op. cit., s. 140). Ancak önce anılan Kanun’un, Kamu Denetçiliği Kurumu kurulmasını öngören geçici 1 inci maddesinin yürürlüğü Anayasa Mahkemesi’nin 27. 10. 2006 tarih, E. 2006/140 ve K. 2006/33 sayılı kararıyla durdurulmuş, daha sonra da tümü, Anayasa’nın 6 ncı, 87 nci ve 123 üncü maddelerine aykırı bulunarak 25. 12. 2008 tarih ve 2008/185 sayılı kararla (RG. 04. 04. 2009-27190) iptal edilmiştir.

⁷⁸ 7/11/1982 Tarihli ve 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/656), <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss497.pdf>, s. 12 - 01. 03. 2011.

dan gizli oyla dört yıl için seçileceğini ve bu seçimde oylamaya ilişkin esasları öngörmek birlikte (Anayasa md. 74/5), TBMM Başkanlığı'na bağlı olacak Kamu Denetçiliği Kurumu'nun kuruluş, görev, çalışma usul ve esasları ile inceleme sonucunda yapacağı işlemlerin ve Kamu Başdenetçisi ile kamu denetçilerinin nitelik, seçim ve özlük haklarına ilişkin usul ve esasların düzenlenmesini kanun koyucuya bırakmıştır (Anayasa md. 74/6). Anayasa'nın öngördüğü bu kanunun henüz yürürlüğe girmemiş olması, bu çalışmada konuyu somut verilerden hareketle daha ayrıntılı olarak incelemeyi imkansızlaştırmaktadır. Ancak halen TBMM gündeminde olan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Tasarısı'nda⁷⁹ yer alan hükümler⁸⁰, özürlü haklarının hayata geçirilmesi için, en azından idarenin konuya dikkatini çekecek sonuçları doğurmak amacıyla, bu Kurum'a da başvurulabileceğini teyid eder niteliktedir.

Türkiye'de Kamu Denetçiliği Kurumu'nun kuruluyor olması, Birleşmiş Milletler'in engelli haklarının üye devlerin iç hukuklarında, ulusal insan hakları kurumları tarafından korunmasının güçlendirilmesi yönündeki tavsiyeleriyle de örtüşür niteliktedir. Kamu Denetçiliği Kurumu gibi bir birimin Türk hukukunda yer alması 1970'li yıllardan beri tartışma konusu olmuştur.

⁷⁹ “Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Tasarısı”, <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0991.pdf> - 25. 02. 2011.

⁸⁰ Halen TBMM gündeminde olan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Tasarısı'nda (“Tasarı”) sözkonusu Kurumun “. . . idarenin işleyişi ile ilgili şikayet üzerine, Türkiye Cumhuriyetinin Anayasada belirtilen nitelikleri çerçevesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygı, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla” görevli olduğu (Tasarı md. 5/1) belirtilmektedir. Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerle re’sen imzaladığı kararlar ve emirler Kurumun görev alanı dışındadır. Yasama ve yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemlerin de Kurumun görev alanı dışında kaldığı ifade edilmiştir (Tasarı md. 5/2). Tasarıda Kurumun idarenin işleyişiyle ilgili şikayetleri inceledikten sonra vardığı sonucu ve varsa önerilerini ilgili idari birime ve başvurana bildireceği, ilgili idari birimin de Kurumun önerileri doğrultusunda tesis ettiği işlemi veya önerilen çözümü uygulanabilir nitelikte görmemesinin gerekçesini otuz gün içinde Kuruma bildirmesi öngörülmüştür (Tasarı md. 20). Ayrıca Kurum bünyesinde oluşturulacak Kamu Denetçiliği Kurulu tarafından her takvim yılı sonunda yürütülen faaliyetler ile önerileri kapsayan bir rapor hazırlanarak TBMM Adalet ve İnsan Hakları İnceleme Komisyonları üyelerinden oluşan karma komisyona sunulacak ve Resmî Gazete’de yayımlanacaktır. Karma komisyonun ilgili raporu kendi görüşlerini de içerecek şekilde özetleyerek hazırlayacağı rapor ise hem Başbakanlığa gönderilecek hem de TBMM Genel Kurulu’nda görüşülecektir. Tasarıda, Kamu Denetçiliği Kurulu’na yıllık raporu beklemeksizin açıklanmasında fayda gördüğü hususları kamuoyuna duyurma yetkisi de verilmiştir (Tasarı md. 20).

⁸¹ TBMM gündeminde olan söz konusu düzenleme öncesi, Türkiye'nin nüfusu gözönüne alınarak, haklarının korunması ve yerine getirilmesi için devletin olumlu eylem ve özel önlemlerine ihtiyaç duyan özürlüler ve çocuklar için ayrı kamu denetçiliği kurumları kurulması da tartışılmıştır.

2. Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı ile İl veya İlçe İnsan Hakları Kurullarına başvuru

Özürlü haklarını hayata geçirmekle yükümlü idari birimlerin konuya dikkatini çekmek amacıyla kullanılabilecek bir başka yol Türkiye'nin insan hakları kurumsal şeması içinde yer alan Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı ile il veya ilçe insan hakları kurullarına başvurmadır.⁸²

Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı, diğer görevlerinin yanı sıra, “insan hakları ihlali iddiaları ile ilgili başvuruları incelemek ve araştırmak, inceleme ve araştırma sonuçlarını değerlendirmek ve alınabilecek önlemlere ilişkin çalışmaları koordine etmek”le de görevlidir [3056 sayılı Kanun md. 17/A/(d)].⁸³

İl ve ilçe insan hakları kurulları ise, ilgili Yönetmelik⁸⁴ uyarınca, her türlü ayrımcılığın önlenmesi için gerekli çalışmaları yapmanın yanı sıra, “insan hakları ihlal iddialarını incelemek ve araştırmak” ile “insan haklarının korunması ve insan hak ve özgürlüklerinin kullanılmasının önündeki engeller ile hak ihlallerine yol açan sosyal, siyasi, hukuki ve idari sebepleri incelemek, araştırmak ve bunların çözümüne ilişkin valilik veya kaymakamlık makamına önerilerde bulunmak”la görevlidirler [ilgili Yönetmelik md. 9/(d), (b)

⁸¹ SEZEN S., op. cit., s. 83-85.

⁸² ÇAĞLAR S., op. cit., s. 159-165, 334 ve 342.

⁸³ Ayrıca 3056 sayılı Kanun ve ilgili yönetmelikte yer alan düzenlemeler uyarınca, kanıtlarıyla birlikte Başkanlığa yapılacak insan hakları ihlali ile ilgili başvuruların, ön inceleme sonucu kabul edilerek İnsan Hakları Üst Kurulu'nda görüşülmesinden sonra Devlet Bakanının onayı ile veya Başbakan tarafından re'sen inceleme heyeti oluşturulması istenmesi halinde, Başbakanlık bünyesinde kurulan İnsan Hakları İhlali İddialarını İnceleme Heyetleri de ilgili iddiaları yerinde inceleyip araştırarak ve vardıkları sonuçları bir rapor halinde görevlendiren makamlara sunacaklardır (bkz. 3056 sayılı Kanun ek madde 6 ve İnsan Hakları İhlali İddialarını İnceleme Heyetlerinin Kuruluş, Görev ve İşleyişi ile İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, md. 6, RG. 15. 08. 2001-24494).

⁸⁴ 3056 sayılı Kanunun ek 6 ncı maddesine dayanılarak hazırlanmış “İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik” (RG. 23. 11. 2003-25298).

ve (c)]. Bu kurulların, “araştırma ve izleme” fonksiyonları kapsamında, “. . . özürlü hakları ile ilgili araştırmalar yapılması ve çözümler üretilmesini teşvik etmek” ile görevli olduğuaçıkça öngörülmüştür [ilgili Yönetmelik md. 12/(b)]. İnsan hakları ihlali iddiaları ile ilgili başvurular üzerine ise, yaptıkları inceleme ve araştırma sonuçlarını değerlendirip, “ulaşılabilir sonuçları konusuna göre Cumhuriyet savcılıklarına ya da ilgili idari makamlara iletmek ve sonucunu takip etmekle görevli”dirler (ilgili Yönetmelik md. 13). Dolayısıyla, özürlü haklarının ihlali konusunda yapılacak başvurular üzerine bu kurullar, başvurunun içeriğine göre, ya ilgili konuda araştırma yapılması ve çözüm üretilmesini teşvik edecekler ya da hak ihlali yetkili idari birimin hizmeti hiç ya da gereği gibi sunmamasından kaynaklanıyorsa, konuyu araştırıp ulaşılan sonucu ilgili idari makama (gerekiyorsa ilgili Cumhuriyet savcılığına) iletecek ve durumun gelişimini takip edeceklerdir. Tüm bu düzenlemeler, anılan kurulların özürlü haklarını doğrudan hayata geçirerek değil, bunların araştırılması, korunması, gerçekleştirilmelerine yönelik dolaylı usullerin kullanılması yoluyla, özürlüler için engelsiz bir yaşam sağlanmasında rol oynayabileceklerini göstermektedir.

SONUÇ

Türkiye’de özürlülere has haklar ile ilgili düzenlemeler ile bu alanda idarenin görev ve yetkilerinin belirlenmesine son dönemde ağırlık verildiği görülmektedir. 2010’da gerçekleştirilen Anayasa değişikliğinin ilgili bölümünün yanı sıra, yürürlükteki kanun ve kanun hükmündeki kararnamelerle bu konudadüzenlemeler yapılmıştır.⁸⁵ 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un yürürlüğe girdiği 07. 07. 2005 tarihinden bu yana, ilgili idari birimlerin iç işleyişlerine ilişkin olanlar dışında, konunun esasıyla ilgili on beşten fazla yönetmelik Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. 5378 sayılı Kanun’un özürlülere yönelik mevzuatın dağınıklığı ve hizmet sunan kurumların fazlalığı konusunda bir çözüm getirdiğini ileri sürmek zor olsa da, tüm bu düzenlemelerin yapılması olumludur. Çünkü bunlar, içerdikleri haklara anayasal ya da kanuni güvence sağlamakta, idari birimlere kanundan aldıkları yetkileri kullanarak bu alanda faaliyette bulunma olanağı ve/veya yükümlülüğü getirmekte, ilgililere ise idareyi doğrudan veya dolaylı olarak harekete geçirebilecek başvurular yapabil-

⁸⁵ bkz. Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı web sitesinde “Ulusal mevzuat” başlıklı sayfa: <http://www.ozida.gov.tr/?menu=yenimevzuat&sayfa=giris> - 28. 02. 2011.

me imkanı yaratmaktadır.

Kanunlarla öngörülen özürlü haklarının hayata geçirilmesinde yetkili idari birimlerin hareketsiz kalması ya da hizmeti gereği gibi sunmamaları halinde, yargı önüne gitmeden önce ilgili idari birimlere başvurulabilir. İstemin içeriğine göre belirlenecek idari birimlere yapılacak bu tür başvurular, yargı süreci yaşanmaksızın hakların elde edilmesini sağlayabilir.

Özürlülerin yaşamında olumlu değişiklikler meydana getirmek, sunulan hizmetlerin yanı sıra, konuya duyarlı bir toplumun varlığıyla mümkün olabilir.⁸⁶ Toplumsal farkındalığın güçlendirilmesi, özürlülerin karşılaştıkları engellerin kaldırılması konusundaki bilincin ve duyarlılığın artırılmasında, idari birimler kadar sivil toplum kuruluşları da önemli rol oynayabildiklerinden, bu kuruluşların desteklenmesi özürlüler için engelsiz bir yaşam ortamı oluşturulması amacına hizmet edecektir.

KAYNAKÇA

- ARMAĞAN S., Dilekçe Hakkı ve 1961 Anayasası, İstanbul Üniversitesi Yayınları no. 1764, Hukuk Fakültesi Yayınları no. 387, 1972, XXIII-199s.
- AYANOĞLU T., “Bilgi Edinme Hakkı ve Yargısal Korunmasına İlişkin Bazı Sorunlar”, Legal Hukuk Dergisi, S. 18, Haziran 2004, ss. 1529-1540.
- BÜLBÜL E., İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması, Beta, 2010, 138s.
- ÇAĞLAR S., Engellilerin Eğitim Hakkı ve Devlet Yükümlülükleri, Beta, 2009, 456s.
- ÇINARLI S., Engellilere Yönelik Kamu Hizmetleri, Kazancı Hukuk Yayınevi, 2010, 248s.
- DURAN L., “İdari Müracaatlar ve Bunların Karşısında İdarenin Sükûtu Meselesi”, İÜHF, Yıl 12-1946, C. 12, S. 1, ss. 130-199.
- ERKUT C. – SOYBAY S., Anayasa ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar, 5. Bası, Beta, 2001, 631s.
- GÖKMEN F., “Türkiye’de Özürlü Haklarının Gelişimi”, Öz-Veri Dergisi, Aralık 2007, Cilt 4, Sayı 2, <http://www.ozida.gov.tr/ozveri/ov8/ov8mak4.htm>, 30. 11. 2009.
- GÖZLER K., Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 9. Bası, Ekin, 2010, 495s.

⁸⁶ ÇINARLI S., op. cit., s. 12.

- GÖZÜBÜYÜK A. Ş. – TAN T., İdare Hukuku Cilt 2 İdari Yargılama Hukuku, 4. Bası, Turhan, 2010, 1225s.
- GÜL İ. I., “Bir Hak Mücadelesi Alanı Olarak Engellilik ve Engellilerin Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, ÖZ-VERİ Dergisi, C. 5, S. 2, Aralık 2008, <http://www.ozida.gov.tr/?menu=ozveri&sayfa=ov10/ov10mak1> - 27. 02. 2011.
- HIZ Y. – YILMAZ Z., Açıklamalı – Notlu – Gerekçeli Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı, Seçkin, 2004, 440s.
- KAPLAN G., İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, 2. Bası, Turhan, 2009, 518s.
- KAYA C., İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı, Seçkin, 2005, 431s.
- SANCAR M., “ İdari Yargılama Usulü Kanununun 10 ve 11. Maddeleri Bağlamında İptal Davalarında Süre”, Amme İdaresi Dergisi, C. 23, S. 1, ss. 69-88.
- SEZEN S., “Ombudsman: Türkiye İçin Nasıl Bir Çözüm?”, Amme İdaresi Dergisi, C. 34, S. 4, Aralık 2001, ss. 71-96.
- SEZER Y. – BİLGİN H., “Danıştay Kararlarında İdari Başvurular”, AÜHFD, C. 57, S. 4, 2008, ss. 337-366.
- TANÖR B. – YÜZBAŞIOĞLU N., 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 10. Bası, Beta, 2011, 553s.
- TANSUĞ Ç., “4982 sayılı Kanun Uyarınca Bilgi Edinme Hakkının İçeriği”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2, S. 1, Ocak 2003, ss. 121-134.
- ÜRKER Ş., “Türk Mevzuatında Özürlülük Terminolojisi”, ÖZ-VERİ Dergisi, C. 7, S. 1, Haziran 2010, <http://www.ozida.gov.tr/?menu=ozveri&sayfa=ov13/ov13makaleler> - 25. 02. 2011.
- YILDIRIM R., İdari Başvurular, 2. Baskı, Mimoza Yayınları no. 82, Hukuk Dizisi no. 51, 2006, XVIII-226s.
- YILDIRIM T., İdari Yargı, 2. Baskı, Beta, 2010, 582s.

Engelli Haklarına İlişkin Temel Mevzuat*

TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI

Kanun Numarası : 2709

Kabul Tarihi : 18/10/1982

Yayımlandığı R. Gazete: Tarih : 9/11/1982 Sayı:17863 (Mükerrer)

X. Kanun Önünde Eşitlik

Madde 10 - Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

(Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. **(Ek cümle: 7/5/2010-5982/1 md.)** Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

(Ek fıkra: 12/9/2010-5982/1 md.) Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.

V. Çalışma ile İlgili Hükümler

A. Çalışma Hakkı ve Ödevi

Madde 49 - Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir.

(Değişik: 3/10/2001-4709/19 md.) Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak,

* Engellilerle ilgili başlıca yasal düzenlemelere yer verilen bu bölümdeki metinler, T.C. Başkanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığının internet sayfasından (<http://www.ozida.gov.tr/?menu=yenimevzuat&sayfa=giris>) alınmıştır.

çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.

B. Çalışma Şartları ve Dinlenme Hakkı

Madde 50 - Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz.

Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar.

Dinlenmek, çalışanların hakkıdır.

Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir.

X. Sosyal Güvenlik Hakları

A. Sosyal Güvenlik Hakkı

Madde 60 - Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir.

Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar.

B. Sosyal Güvenlik Bakımından Özel Olarak Korunması Gerekenler:

Madde 61 - Devlet harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleriyle, malül ve gazileri korur ve toplumda kendilerine yaraşır bir hayat seviyesini sağlar.

Devlet, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alır.

Yaşlılar, Devletçe korunur, Yaşlılara Devlet yardımı ve sağlanacak diğer haklar ve kolaylıklar kanunla düzenlenir.

Devlet, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alır.

Bu amaçlarla gerekli teşkilat ve tesisleri kurar veya kurdurur.

TÜRK CEZA KANUNU

Kanun Numarası : 5237

Kabul Tarihi : 26/9/2004

Yayımlandığı R.Gazete : Tarih : 12/10/2004 Sayı :25611

Ayırımcılık

Madde 122- (1) Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak;

a) Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan,

b) Besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden,

c) Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen, Kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.

Suçü Bildirmeme

Madde 278- (1) İşlenmekte olan bir suçü yetkili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) İşlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçü yetkili makamlara bildirmeyen kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

(3) Mağdurun onbeş yaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan özürlü olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda bulunan kimse olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılır.

ÖZÜRLÜLER VE BAZI KANUN VE KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASI HAKKINDA KANUN

Kanun Numarası: 5378

Kabul Tarihi : 1/7/2005

Yayımlandığı R.Gazete : Tarih: 7/7/2005 Sayı : 25868

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Tanımlar ve Genel Esaslar

Amaç

Madde 1- Bu Kanunun amacı; özürlülüğün önlenmesi, özürlülerin sağlık, eğitim, rehabilitasyon, istihdam, bakım ve sosyal güvenliğine ilişkin sorunlarının çözümü ile her bakımdan gelişmelerini ve önlerindeki engelleri kaldırmayı sağlayacak tedbirleri alarak topluma katılımlarını sağlamak ve bu hizmetlerin koordinasyonu için gerekli düzenlemeleri yapmaktır.

Kapsam

Madde 2- Bu Kanun özürlüleri, ailelerini, özürlülere yönelik hizmet veren kurum ve kuruluşlar ile diğer ilgilileri kapsar.

Tanımlar

Madde 3- Bu Kanunun uygulanmasında;

a) Özürlü: Doğuştan veya sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duyuşsal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılama güçlükleri olan ve korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyaç duyan kişiyi,

b) Özürlülük ölçütü: Uluslararası temel ölçütler esas alınarak hazırlanan ve gerek duyuldukça revize edilen ölçütleri,

c) Hafif özürlü: Özürlülük ölçütüne göre, hafif özürlü olarak tanımlanan kişiyi,

d) Ağır özürlü: Özürlülük ölçütüne göre, ağır özürlü olarak tanımlanan kişiyi,

e) Bakıma muhtaç özürlü: Özürlülük sınıflandırmasına göre resmi sağlık kurulu raporu ile ağır özürlü olduğu belgelendirilenlerden, günlük hayatın alı-

şılmış, tekrar eden gereklerini önemli ölçüde yerine getirememesi nedeniyle hayatını başkasının yardımı ve bakımı olmadan devam ettiremeyecek derecede düşkün olan kişileri,

f) Korumalı işyeri: Normal işgücü piyasasına kazandırılmaları güç olan özürlüler için meslekî rehabilitasyon ve istihdam oluşturmak amacıyla Devlet tarafından teknik ve malî yönden desteklendiği ve çalışma ortamının özel olarak düzenlendiği işyerini,

g) Korumalı işyeri statüsü: Çalışanlarının yönetmelikle belirlenen oranını özürlülerin oluşturduğu veya özürlülere yönelik çalışmaları ile korumalı işyerine sağlanan teknik ve malî destek sağlanma şartlarını taşımayı,

h) Rehabilitasyon: Doğuştan veya sonradan herhangi bir nedenle oluşan özürlü ortadan kaldırmak veya özürlülüğün etkilerini mümkün olan en az düzeye indirmek, özürlüye yeniden fiziksel, zihinsel, psikolojik, ruhsal, sosyal, meslekî ve ekonomik yararlılık alanlarında başarabileceği en üst düzeyde yetenekler kazandırarak; evinde, işinde ve sosyal yaşamında kendine ve topluma yeterli olabilmesi ve özürlünün toplum ile bütünleşmesi, ayrımcılığa karşı tüm tedbirlerin alınması amacıyla verilen koruyucu, tıbbî, meslekî, eğitsel, rekreasyonel ve psiko-sosyal hizmetler bütünü,

i) Sınıflandırma: Önemli bir sağlık ögesi olarak insan vücudunun fonksiyonu ve yetersizliğinin tanımı konusunda ortak ve standart bir dil ve çerçeve geliştirme çalışmasını,

İfade eder.

Genel Esaslar

Madde 4- Bu Kanun kapsamında bulunan hizmetlerin yerine getirilmesinde aşağıdaki esaslara uyulur:

a) Devlet, insan onur ve haysiyetinin dokunulmazlığı temelinde, özürlülerin ve özürlülüğün her tür istismarına karşı sosyal politikalar geliştirir. Özürlüler aleyhine ayrımcılık yapılamaz; ayrımcılıkla mücadele özürlülere yönelik politikaların temel esasıdır.

b) Özürlülere yönelik olarak alınacak kararlarda ve verilecek hizmetlerde özürlülerin, ailelerinin ve gönüllü kuruluşların katılımı sağlanır.

c) Özürlülere yönelik hizmetlerin sunumunda aile bütünlüğünün korunması esastır.

d) Kurum ve kuruluşlarca özörlölere yönelik mevzuat düzenlemelerinde Özörlölör İdaresi Başkanlığının görüşünün alınması zorunludur.

İKİNCİ BÖLÜM

Sınıflandırma, Bakım, Rehabilitasyon, İstihdam, Eğitim, İş ve Meslek Analizi

Sınıflandırma

Madde 5- Özörlölere ilgili derecelendirmeler, sınıflandırmalar, tanılamalar uluslararası özörlölük sınıflandırması temel alınarak hazırlanan özörlölük ölçütüne göre yapılır. Özörlölük ölçütünün tespiti ve uygulama esasları, Maliye Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ve Milli Eğitim Bakanlığı ile Özörlölör İdaresi Başkanlığınca müştereken çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

Bakım

Madde 6- Özörlölü kişilerin yaşamlarını öncelikle bulundukları ortamda sağlık, huzur ve güven içinde sürdürmesi, toplum içinde kendi kendilerini idare edebilecek ve üretken hâle gelebilecek şekilde bakım ve rehabilitasyonlarının yapılması, bunlardan ihtiyacı olanların geçici veya sürekli bakım altına alınması veya bunlara evde bakım hizmeti sunulması esastır.

Ruhsatlandırma

Madde 7- Özörlölere yönelik bakım hizmetlerini, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğünden ruhsat alan gerçek ve tüzel kişiler ile kamu kurum ve kuruluşları verebilir.

Hizmet Sunumu

Madde 8- Bakım hizmetlerinin sunumunda kişinin biyolojik, fiziksel, psikolojik ve sosyal ihtiyaçları da dikkate alınır. Bakım hizmetlerinin standardizasyonu, geliştirilmesi ve yaygınlaştırılması için Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü koordinasyonunda çalışmalar yürütölür.

Bakım hizmetleri ile bakımın nitelikli temini sağlanır.

Bakım Çeşitleri

Madde 9- Bakım hizmetleri, evde bakım veya kurum bakımı modelleriyle sunulabilir. Öncelikle kişinin sosyal ve fiziksel çevresinden ayrılmaksızın hizmetin sunulması esas alınır.

Rehabilitasyon

Madde 10- Rehabilitasyon hizmetleri toplumsal hayata katılım ve eşitlik temelinde özür-lülülerin bireysel ve toplumsal ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik olarak verilir. Rehabilitasyon kararının alınması, plânlanması, yürütülmesi, sonlandırılması dâhil her aşamasında özür-lü ve ailesinin aktif ve etkili katılımı esastır.

Rehabilitasyonun her alanında ihtiyaç duyulan personelin yetiştirilmesi-ne yönelik eğitim programları geliştirilir ve bu personelin istihdamı için gerekli önlemler alınır.

Erken Tanı ve Koruyucu Hizmetler

Madde 11- Yeni doğan, erken çocukluk ve çocukluğun her dönemi fiziksel, işitsel, duyu-sal, sosyal, ruhsal ve zihinsel gelişimlerinin izlenmesi, genetik geçişli ve özür-lülüğe neden olabilecek hastalıkların erken teşhis edilmesi-nin sağlanması, özür-lülüğün önlenmesi, var olan özrün şiddetinin olabilecek en düşük seviyeye çekilmesi ve ilerlemesinin durdurulmasına ilişkin çalışmalar Sağlık Bakanlığınca planlanır ve yürütülür.

İş ve Meslek Analizi

Madde 12- Özür türlerini dikkate alan iş ve meslek analizleri, Özür-lülüler İdaresi Başkanlığının koordinatörlüğünde Millî Eğitim Bakanlığı ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yapılır. Bu analizlerin ışığında, özür-lülülerin durumlarına uygun meslekî rehabilitasyon ve eğitim programları, anılan kurumlarca geliştirilir.

Meslekî Rehabilitasyon

Madde 13- Özür-lülülerin yeteneklerine göre mesleğini seçme ve bu alanda eğitim alma hakkı kısıtlanamaz.

Özür-lülülerin yetenekleri doğrultusunda yapabilecekleri bir işte eğitilmesi, meslek kazandırılması, verimli kılınarak ekonomik ve sosyal refahının sağlanması amacıyla meslekî rehabilitasyon hizmetlerinden yararlanmasının sağlanması esastır.

Gerçek veya tüzel kişilerce açılacak olan özel meslekî rehabilitasyon merkezleri, yetenek geliştirme merkezleri ve korumalı işyerlerinin değişik tipleri ile özel işyerlerinde bireylerin bireysel gelişimleri ve yeteneklerine uygun iş veya becerilerini geliştirici tedbirler alınır. Bu alandaki hizmetler ihtiyaçlara göre iş ve meslek analizi yapılarak hizmet satın alınması suretiyle temin edilebilir. Buna ilişkin usul ve esaslar, Milli Eğitim Bakanlığı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ve Özürlüler İdaresi Başkanlığınca müştereken çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

Sosyal ve mesleki rehabilitasyon hizmetleri belediyeler tarafından da verilir. Belediyeler bu hizmetlerin sunumu sırasında gerekli gördüğü hallerde, halk eğitim ve çıraklık eğitim merkezleri ile işbirliği yapar. Özürlünün rehabilitasyon talebinin karşılanamaması halinde özürlü, hizmeti en yakın merkezden alır ve ilgili belediye her yıl bütçe talimatında belirlenen miktarı hizmetin satın alındığı merkeze öder.

İstihdam

Madde 14- İşe alımda; iş seçiminden, başvuru formları, seçim süreci, teknik değerlendirme, önerilen çalışma süreleri ve şartlarına kadar olan safhaların hiçbirinde özürlülerin aleyhine ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz.

Çalışan özürlülerin aleyhinde sonuç doğuracak şekilde, özürlüyle ilgili olarak diğer kişilerden farklı muamelede bulunulamaz.

Çalışan veya iş başvurusunda bulunan özürlülerin karşılaşılabileceği engel ve güçlükleri azaltmaya veya ortadan kaldırmaya yönelik istihdam süreçlerindeki önlemlerin alınması ve işyerinde fiziksel düzenlemelerin bu konuda görev, yetki ve sorumluluğu bulunan kurum ve kuruluşlar ile işyerleri tarafından yapılması zorunludur. Özürlülük durumları sebebiyle işgücü piyasasına kazandırılmaları güç olan özürlülerin istihdamı, öncelikle korumalı işyerleri aracılığıyla sağlanır.

Korumalı işyerleriyle ilgili usul ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ve Özürlüler İdaresi Başkanlığınca müştereken çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

Eğitim ve Öğretim

Madde 15- Hiçbir gerekçeyle özürlülerin eğitim alması engellenemez. Özürlü çocuklara, gençlere ve yetişkinlere, özel durumları ve farklılıkları dikkate alınarak, bütünleştirilmiş ortamlarda ve özürlü olmayanlarla eşit eğitim imkânı sağlanır.

Özürlü üniversite öğrencilerinin öğrenim hayatlarını kolaylaştırabilmek için Yükseköğretim Kurulu bünyesinde araç-gereç temini, özel ders materyallerinin hazırlanması, özürlülere uygun eğitim, araştırma ve barındırma ortamlarının hazırlanmasının temini gibi konularda çalışma yapmak üzere Özürlüler Danışma ve Koordinasyon Merkezi kurulur.

Özürlüler Danışma ve Koordinasyon Merkezinin çalışma usul ve esasları, Sağlık Bakanlığı, Millî Eğitim Bakanlığı ve Yükseköğretim Kurumu ile Özürlüler İdaresi Başkanlığınca müştereken hazırlanan yönetmelikle belirlenir.

İşitme özürlülerin eğitim ve iletişimlerinin sağlanması amacıyla Türk Dil Kurumu Başkanlığı tarafından Türk işaret dili sistemi oluşturulur. Bu sistemin oluşturulmasına ve uygulanmasına yönelik çalışmaların esas ve usulleri Türk Dil Kurumu Başkanlığı koordinatörlüğünde, Milli Eğitim Bakanlığı, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü ve Özürlüler İdaresi Başkanlığınca müştereken çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

Özürlülerin, her türlü eğitim ve kültürel ihtiyaçlarını karşılamak üzere kabartma, sesli, elektronik kitap; alt yazılı film ve benzeri materyal üretilmesini teminen gerekli işlemler, Millî Eğitim Bakanlığı ve Kültür ve Turizm Bakanlığınca müştereken yürütülür.

Eğitsel Değerlendirme

Madde 16- Özürlülerin eğitsel değerlendirme ve tanınması il milli eğitim müdürlükleri rehberlik araştırma merkezlerinde uzman kişilerden oluşan ve özürlü ailesinin yer aldığı özel eğitim değerlendirme kurulu tarafından yapılır ve eğitim plânlaması geliştirilir. Bu plânlama her yıl yeniden değerlendirilerek gelişmeler doğrultusunda gözden geçirilir.

Çıraklık eğitimi almak isteyen özürlülerin ilgi, istek, yetenek ve becerileri doğrultusunda ve sağlık kurulu raporunu da dikkate almak suretiyle hangi meslek dalında eğitim alacaklarına kurul karar verir.

Kurulun teşkili ve çalışma usul ve esasları Milli Eğitim Bakanlığı ile Özürlüler İdaresi Başkanlığınca müştereken çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Değiştirilen Hükümler

Madde 17- 8.6.1965 tarihli ve 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununun 1 inci maddesinde yer alan “öğrenci etüd eğitim merkezleri,” ibare-

sinden sonra gelmek üzere “özel eğitim ve rehabilitasyon merkezleri,” ibaresi eklenmiştir.

Not: 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu, 5580 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmış olup 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununun ilgili maddelerine, bu kitabın kanunlar kısmında yer verilmiştir.

Madde 18- 625 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

GEÇİCİ MADDE 2- 24.5.1983 tarihli ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu hükümleri gereği izin almış olan özel eğitim ve rehabilitasyon merkezleri 31.12.2007 tarihine kadar Millî Eğitim Bakanlığına belirlenen şartlara uygun olarak açılış izinlerini yenilerler.

Not: 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu, 5580 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmış olup bu kitabın kanunlar kısmında yer verilen 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununun geçici 4 üncü maddesi, bu madde ile yapılan değişikliği içermektedir.

Madde 19- 23.6.1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun 42 nci maddesinin birinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

Özürlülerin yaşamı için zorunluluk göstermesi hâlinde, proje tadili kat maliklerinin en geç üç ay içerisinde yapacağı toplantıda görüşülerek sayı ve arsa payı çoğunluğu ile karara bağlanır. Toplantının bu süre içerisinde yapılamaması veya tadilat talebinin çoğunlukla kabul edilmemesi durumunda; ilgili kat malikinin talebi üzerine bina güvenliğinin tehlikeye sokulmadığını bildirir komisyon raporuna istinaden ilgili mercilerden alınacak tasdikli proje değişikliği veya krokiye göre inşaat, onarım ve tesis yapılır. İlgili merciler, tasdikli proje değişikliği veya kroki taleplerini en geç altı ay içinde sonuçlandırır. Komisyonun teşkili, çalışma usulü ile özürünün kullanımından sonraki süreç ile ilgili usul ve esaslar Bayındırlık ve İskan Bakanlığı ile Özürlüler İdaresi Başkanlığı tarafından müştereken hazırlanacak yönetmelikle belirlenir.

Madde 20- 14.7.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 53 üncü maddesinin başlığı ve birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Özürlülerin Devlet memurluğuna alınmaları:

Mevzuata uygun olmak kaydıyla; özürlülerin mesleklerine uygun münhal kadrolara atanması, mesleklerini icra veya infaza yardımcı araç ve gerecin kurumlarınca temin edilmesi esastır. Özürlülerin Devlet memurluğuna alınma şartları ile hangi işlerde çalıştırılacakları, mesleklerini icra ve infazda hangi

yardımcı araç ve gereçlerin kurumlarınca temin edileceği, zihinsel özürllülerin hangi görevlere atanmasında asgari eğitim şartından istisna edileceği hususları Maliye Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Özürllüler İdaresi Başkanlığı ve Devlet Personel Başkanlığınca müştereken hazırlanacak yönetmelikle düzenlenir.

Madde 21- 657 sayılı Kanuna aşağıdaki ek madde eklenmiştir.

EK MADDE 39- Devlet memurlarının, hayatını başkasının yardım veya bakımı olmadan devam ettiremeyecek derecede özürllü olduğu sağlık kurulu raporu ile tespit edilen eşi, çocukları ile kardeşlerinin, memuriyet mahalli dışında resmî veya özel eğitim ve öğretim kuruluşlarında eğitim ve öğretim yapacaklarının özel eğitim değerlendirme kurulu tarafından belgelendirilmesi hâlinde, ilgilinin talebi üzerine eğitim ve öğretim kuruluşlarının bulunduğu il veya ilçe sınırları dahilinde kurumunda bulunan durumuna uygun boş bir kadroya ataması yapılır.

Madde 22- 29.7.1970 tarihli ve 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununun 8 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “gazilerin,” ibaresinden sonra gelmek üzere “özürllülerin,” ibaresi eklenmiştir.

Madde 23- 18.1.1972 tarihli ve 1512 sayılı Noterlik Kanununun 73 üncü maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

İlgilinin işitme, konuşma veya görme özürllü olması:

Madde 73- Noter, ilgilinin işitme, konuşma veya görme özürllü olduğunu anlarsa, işlemler özürllünün isteğine bağlı olmak üzere iki tanık huzurunda yapılır. İlgilinin işitme veya konuşma özürllü olması ve yazı ile anlaşma imkânının da bulunmaması hâlinde, iki tanık ve yeminli tercüman bulundurulur.

Madde 24- 1512 sayılı Kanunun 75 inci maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Bir noterlik işleminde imza atılmış veya imza yerine geçen el işareti yapılmış olmasına rağmen, ilgilisi ister veya adına işlem yapılan ve imza atabilen görme özürllüler hariç olmak üzere noter, işlemin niteliği, imzayı atan veya el işaretini yapan şahsın durumu ve kimliği bakımından gerekli görürse, yukarıdaki fıkradaki usûl dairesinde ilgili, tanık, tercüman veya bilirkişinin parmağı da bastırılır. Mühür kullanılması hâlinde parmağın da bastırılması zorunludur.

Madde 25- 1.7.1976 tarihli ve 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanunun 1 inci maddesinin ikinci ve dördüncü fıkraları yürürlükten kaldırılmış ve aynı Kanuna aşağıdaki ek madde eklenmiştir.

EK MADDE 1- 65 yaşını doldurmamış olmakla birlikte;

a) Başkasının yardımı olmaksızın hayatını devam ettiremeyecek şekilde özürlü olduklarını tam teşekküllü hastanelerden alacakları sağlık kurulu raporu ile kanıtlayan, 18 yaşını dolduran ve kanunen bakmakla mükellef kimsesi bulunmayan özürlülerden; her ne ad altında olursa olsun her türlü gelirleri toplamının aylık ortalamasına göre bu Kanunun 1 inci maddesinde belirtilen gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak tutardan daha az geliri olanlara, bu Kanunun 1 inci maddesine göre belirlenecek aylık tutarının % 300'ü tutarında,

b) 18 yaşını dolduran, kanunen bakmakla mükellef kimsesi olmayan ve herhangi bir işe yerleştirelememiş olan özürlülerden; her ne ad altında olursa olsun her türlü gelirleri toplamının aylık ortalamasına göre bu Kanunun 1 inci maddesinde belirtilen gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak tutardan daha az geliri olanlara, bu Kanunun 1 inci maddesine göre belirlenecek aylık tutarının % 200'ü tutarında,

c) Her ne ad altında olursa olsun her türlü gelirleri toplamının aylık ortalamasına göre bu Kanunun 1 inci maddesinde belirtilen gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak tutardan daha az geliri olduğu halde, kanunen bakmakla yükümlü olduğu 18 yaşını tamamlamamış özürlü yakını bulunanlara, bakım ilişkisi fiilen gerçekleşmek kaydıyla bu Kanunun 1 inci maddesine göre belirlenecek aylık tutarının % 200'ü tutarında,

Aylık bağlanır.

65 yaşını doldurulmasından önce bu madde hükümlerine göre bağlanmış olan aylıkların aynı şekilde ödenmesine devam olunur. Bu Kanunun 1 inci maddesine göre aylık bağlananlardan başkasının yardımı olmaksızın hayatını devam ettiremeyecek kadar özürlü olduklarını tam teşekküllü hastaneden alacakları sağlık kurulu raporu ile kanıtlayanlara da birinci fıkranın (a) bendine göre aylık bağlanır. Aylık bağlanmasına esas özürlülük oranı değişenlerin aylıkları durumlarına göre yeniden tespit olunur. Özürlülük oranı, bu Kanuna göre aylık bağlanması gereken oranın altına düşenler ile birinci fıkrada belirtilen aylık ortama gelir tutarından fazla gelir elde etmeye başlayanların aylıkları kesilir.

Aylık hakkından yararlanan 18 yaşından küçük özürllülerin yalnızca kendileri bu Kanunun 7 nci maddesinde belirtilen tedavi hakkından yararlanır. Ancak, bu madde hükümlerine göre aylık alanlardan herhangi bir sosyal güvenlik kurumunun tedavi yardımı kapsamında bulunanlara tedavi yardımı yapılmaz.

Bu Kanunun 2, 3, 4, 5, 6, 7 ve 8 inci maddeleri birinci fıkra hükümlerine göre aylık ödenecekler hakkında da uygulanır.

Herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan malûl olmaları sebebiyle yetim olarak aylık veya gelir almakta olan çocuklardan bu kurumlardan aldıkları aylık veya gelir toplamı tutarları bu madde gereğince durumlarına göre ödenebilecek tutardan daha az olanlara; aradaki fark ilgili sosyal güvenlik kurumu tarafından (birden fazla sosyal güvenlik kurumundan aylık veya gelir alanlar için yalnızca tercih edecekleri bir sosyal güvenlik kurumu tarafından) ödenir ve bu şekilde ödenen tutarlar Hazine'den tahsil edilir.

Not: 2022 sayılı Kanunun ek 1 inci maddesinin son fıkrası, 5754 sayılı kanunla değiştirilmiş; ayrıca anılan Kanuna, 5797 sayılı Kanunla Ek Madde 2 eklenmiş; 5754 sayılı Kanunla da Geçici Madde 1 eklenmiş olup söz konusu değişiklikler, bu kitabın kanunlar kısmında yer alan 2022 sayılı Kanun metninde gösterilmiştir.

Madde 26- 24.5.1983 tarihli ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanununun 3 üncü maddesinin (c) bendinden sonra gelmek üzere aşağıdaki (d) bendi eklenerek bentler teselsül ettirilmiş ve mevcut (e) bendine (11) numaralı alt bent eklenmiştir.

d) “Bakıma Muhtaç Özürllü”; özürllülük sınıflandırmasına göre resmî sağlık kurulu raporu ile ağır özürllü olduğu belgelendirilenlerden, günlük hayatın alışılmış, tekrar eden gereklerini önemli ölçüde yerine getirememesi nedeniyle hayatını başkasının yardımı ve bakımı olmadan devam ettiremeyecek derecede düşkün olan kişiyi,

11- “Çocuk evleri”; 0-18 yaşlar arasındaki korunmaya muhtaç çocukların kaldığı ev birimlerini,

Not: 2828 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (f) bendine, 5579 sayılı Kanunla 12,13,14 nolu alt bentler eklenmiş olup 2828 sayılı Kanuna bu kitabın kanunlar kısmında yer verilmiştir.

Madde 27- 2828 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin (a) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve (e) bendi yürürlükten kaldırılmıştır.

a) Bu Kanun kapsamına giren sosyal hizmetlere ilişkin faaliyetler, Devletin denetim ve gözetiminde, sivil toplum kuruluşları ile halkın gönüllü katkı ve katılımı da sağlanarak bir bütünlük içinde yürütülür. Sunulacak bakım ve diğer hizmetlerin kapsamı ve bu hizmetleri verecek olan gerçek ve tüzel kişilerin izin, çalışma usul ve esasları ve diğer hususlar Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir.

Madde 28- 2828 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinin (g) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

g) Kuruma bağlı olanlar dışında kurulacak sosyal hizmet kuruluşlarının, özel eğitim ve rehabilitasyon hizmeti verenler hariç olmak üzere açılış iznine, her türlü standartlarına ve işleyişlerine ilişkin esasları, varsa ücret tarifelerini tespit etmek, onaylamak, denetimini yapmak ve bu esaslara uymayanların faaliyetlerini durdurmak.

Madde 29- 2828 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Kurumun merkez teşkilatı bir Genel Müdür, beş Genel Müdür Yardımcısı ile aşağıdaki esas birimlerden oluşur:

- a) Hukuk Müşavirliği.
- b) Teftiş Kurulu Başkanlığı.
- c) Strateji Geliştirme Dairesi Başkanlığı.
- d) İnsan Kaynakları Dairesi Başkanlığı.
- e) Çocuk Hizmetleri Dairesi Başkanlığı.
- f) Yaşlı Bakım Hizmetleri Dairesi Başkanlığı.
- g) Özürlü Bakım Hizmetleri Dairesi Başkanlığı.
- h) Sosyal Yardım Hizmetleri Dairesi Başkanlığı.
- i) Gençlik Hizmetleri Dairesi Başkanlığı.
- j) Destek Hizmetleri Dairesi Başkanlığı.
- k) Sosyal Hizmetler Eğitim Merkezi Başkanlığı.
- l) Yapı İşleri Dairesi Başkanlığı.
- m) Döner Sermaye Merkez Müdürlüğü.
- n) Aile-Kadın ve Toplum Hizmetleri Dairesi Başkanlığı.

o) Özel Kalem Müdürlüğü.

p) Savunma Uzmanlığı.

Madde 30- 2828 sayılı Kanuna aşağıdaki ek maddeler eklenmiştir.

EK MADDE 7- Sosyal güvenlik kurumlarına tâbi olmayan, bakıma muhtaç özürllülerden ailesini kaybetmiş olanlar ile ailesi ekonomik veya sosyal yoksunluk içerisinde bulunanlara bakım hizmetinin resmî veya özel bakım kurumlarında ya da ikametlerinde verilmesi sağlanır.

Bakıma muhtaç özürllülere sunulacak bakım hizmetlerinin kapsamı ve bu hizmetleri verecek olan gerçek ve tüzel kişilerin izin, çalışma usul ve esasları, denetlenmeleri ile ücretlendirme ve ödemeleri Kurumun koordinatörlüğünde, Maliye Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı ve Özürllüler İdaresi Başkanlığınca müştereken çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

Bakıma muhtaç özürllülere sunulacak bakım hizmetinin karşılığı olarak her ay için kişi başına belirlenecek tutar, iki aylık net asgari ücretten fazla olmaz.

Bakıma muhtaç özürllülerin, Kurumca bakılanlar dışındakilerin bakım ücreti bu amaçla Kurum bütçesine konulacak ödenekten karşılanır.

EK MADDE 8- İşitme ve konuşma özürllülerine gerek görüldüğü hâllerde tercümanlık yapmak üzere illerde işaret dili bilen personel görevlendirilir. Personelin işaret lisanı öğrenmeleri için gerekli kursların düzenlenmesi sağlanır. Bu personelin görev ve yetkileri, çalışma koşulları ile ilgili usul ve esaslar Özürllüler İdaresi Başkanlığı ve Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğünün müştereken hazırlayacakları yönetmelikle belirlenir.

Not: 2828 sayılı Kanunun Ek 7 inci maddesi, 5579 sayılı Kanunun 2 inci maddesi ile değiştirilmiş olup 2828 sayılı Kanuna bu kitabın kanunlar kısmında yer verilmiştir.

Madde 31- 13.10.1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 61 inci maddesinin birinci fıkrasına (n) bendinden sonra gelmek üzere aşağıdaki bent ve ikinci fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir.

o) Özürllülerin araçları için ayrılmış park yerlerinde,

(o) bendinin ihlâli hâlinde para cezası iki kat artırılır.

Madde 32- 25.10.1984 tarihli ve 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 17 nci maddesinin (4) numaralı fıkrasına aşağıdaki bent eklenmiştir.

s) Özürlülerin eğitimleri, meslekleri, günlük yaşamları için özel olarak üretilmiş her türlü araç-gereç ve özel bilgisayar programları.

Madde 33- 21.5.1986 tarihli ve 3289 sayılı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 2 nci maddesine (n) bendinden sonra gelmek üzere aşağıdaki (o) bendi eklenmiş ve mevcut (o) bendi (p) bendi olarak teselsül ettirilmiştir.

o) Özürlü bireylerin spor yapabilmelerini sağlamak ve yaygınlaştırmak üzere; spor tesislerinin özürlülerin kullanımına da uygun olmasını sağlamak, spor eğitim programları ve destekleyici teknolojiler geliştirmek, gerekli malzemeyi sağlamak, konu ile ilgili bilgilendirme ve bilinçlendirme çalışmaları ile yayınlar yapmak, spor adamları yetiştirmek, özürlü bireylerin spor yapabilmesi konusunda ilgili diğer kuruluşlarla işbirliği yapmak,

Madde 34- 7.5.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun 3 üncü maddesine aşağıdaki bent eklenmiştir.

m) Rehabilit edici tıbbi hizmetlerde kullanılan yardımcı araç ve gereçleri üretmek amacıyla, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulacak kuruluşların açılış iznini vermeye Sağlık Bakanlığı yetkilidir. Bu kurum ve kuruluşların açılış izninin verilmesine, üretim ve personel standardına, işleyiş ve denetimi ile daha önce açılmış olan kurum ve kuruluşların durumlarına ilişkin esaslar Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

Madde 35- 30.4.1992 tarihli ve 3797 sayılı Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanuna aşağıdaki ek madde eklenmiştir.

EK MADDE 3- Görme, ortopedik, işitme, dil-konuşma, ses bozukluğu, zihinsel ve ruhsal özürlü çocuklardan özel eğitim değerlendirme kurulları tarafından, özel eğitim ve rehabilitasyon merkezlerine devam etmeleri uygun görülenlerin eğitim giderlerinin, her yıl bütçe uygulama talimatında belirlenen miktarı Milli Eğitim Bakanlığı bütçesine konulacak ödenekten karşılanır.

Not: 3797 sayılı Kanunun Ek 3 üncü maddesi, 5793 sayılı Kanunun 25 inci maddesi ile değiştirilmiş olup bu değişiklik, bu kitabın kanunlar kısmında yer alan 3797 sayılı Kanun metninde gösterilmiştir.

Madde 36- 28.12.1993 tarihli ve 3960 sayılı Kalıtsal Hastalıklarla Mücadele Kanununun 1 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 1- Devlet, kalıtsal kan hastalıklarından thalessemia ve orak hücreli anemi dahil olmak üzere, bütün kalıtsal kan hastalıklarıyla ve özürlülüğe yol açan diğer kalıtsal hastalıklarla koruyucu sağlık hizmetleri kapsamında mücadele eder. Bunun için gerekli ödenek Sağlık Bakanlığı yılı bütçesine konulur.

Kalıtsal kan hastalıklarıyla ve özürlülüğe yol açan diğer kalıtsal hastalıklarla koruyucu sağlık hizmetleri kapsamında mücadele için gerekli önlemler ve bu konuda uygulanacak usul ve esaslar Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

Madde 37- 13.4.1994 tarihli ve 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun 4 üncü maddesinin ikinci fıkrasının (u) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

(u) Kadınlara, güçsüzlere, özürlülere ve çocuklara karşı şiddetin ve ayrımcılığın teşvik edilmemesi.

Madde 38- 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 348 inci maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

1) Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi.

Madde 39- 22.5.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 108 inci maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve ikinci fıkrasının birinci cümlesi yürürlükten kaldırılmıştır.

Bu Kanunda öngörülen idari para cezaları, 101 inci maddedeki idari para cezaları hariç, gerekçesi belirtilmek suretiyle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürünce verilir. 101 inci madde kapsamındaki idari para cezaları ise, doğrudan Türkiye İş Kurumu İl Müdürü tarafından verilir.

Not: 4857 sayılı Kanunun 108 inci maddesi, 5763 sayılı Kanun ile değiştirilmiş olup bu değişiklik, bu kitabın kanunlar kısmında yer alan 4857 sayılı Kanun metninde gösterilmiştir.

Madde 40- 10.7.2004 tarihli ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununa aşağıdaki ek madde eklenmiştir.

EK MADDE 1- Büyükşehir belediyelerinde özürlülerle ilgili bilgilendirme, bilinçlendirme, yönlendirme, danışmanlık, sosyal ve mesleki rehabilitasyon hizmetleri vermek üzere özürlü hizmet birimleri oluşturulur. Bu birimler,

faaliyetlerini özörlölere hizmet amacıyla kurulmuş vakıf, dernek ve bunların üst kuruluşlarıyla işbirliği hâlinde sürdürürler. Özörlü hizmet birimlerinin kuruluş, görev, yetki, sorumluluk ve işleyişine ilişkin usûl ve esaslar Özörlüler İdaresi Başkanlığının görüşü alınarak İçişleri Bakanlığınca hazırlanacak yönetmelikle belirlenir.

Madde 41- 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 122 inci maddesinin birinci fıkrasında geçen “dil, ırk, renk, cinsiyet,” ibaresinden sonra gelmek üzere “özörlölük,” ibaresi eklenmiştir.

Madde 42- 25.3.1997 tarihli ve 571 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 3 üncü maddesinin (h) bendine aşağıdaki paragraf eklenmiştir.

Başkanlığın bağlı olduğu Bakanın onayı ile özörlü kimlik kartı hazırlama veya verme yetkisi, valiliklere devredilebilir. Özörlü kimlik kartı hazırlama ve verme usul ve esasları, İçişleri Bakanlığı ve Özörlüler İdaresi Başkanlığı ile Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğünce müştereken hazırlanacak yönetmelikle belirlenir.

Madde 43- 571 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 7 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 7- Başkanlığın ana hizmet birimleri şunlardır:

- a) Rehabilitasyon ve Eğitim Dairesi Başkanlığı.
- b) Özörlölük Araştırmaları ve İstatistik Dairesi Başkanlığı.
- c) Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı.
- d) Proje ve Koordinasyon Dairesi Başkanlığı.

Madde 44- 571 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 8 inci maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Rehabilitasyon ve Eğitim Dairesi Başkanlığı

Madde 8- Rehabilitasyon ve Eğitim Dairesi Başkanlığının görevleri şunlardır:

- a) Özörlülerin rehabilitasyonu ve eğitimi sürecinde ilgili kurum ve kuruluşlar arasında işbirliği ve koordinasyonu sağlamak.
- b) Özörlülerin rehabilitasyonuna yönelik her türlü standardın oluşturulmasına yönelik çalışmalar yapmak.
- c) Rehabilitasyon alanında faaliyet gösteren kurum ve kuruluşlardaki yapılan çalışmaları takip etmek, sorunları ve çözüm yollarını araştırmak.

d) Rehabilitasyon ve eğitim alanları ile ilgili (panel, sempozyum, konferans ve benzeri) etkinliklerde bulunmak.

e) İstihdamı kısıtlayan engellerin kaldırılmasını, istihdam alanlarının genişletilmesini ve özürllülerin kendi işini kurmalarına yönelik çalışmaları takip etmek ve tekliflerde bulunmak.

f) Özürllülerin günlük hayatlarında karşılaştıkları fiziki ve mimari engellerin kaldırılması ve bu konudaki standartların belirlenmesi için teklifler hazırlamak ve hazırlatmak.

g) Kamuya açık sosyal, kültürel, sportif tesis ve alanlar ile kitle iletişim ve ulaşım araçlarından özürllülerin faydalanmasını sağlayıcı tedbirleri araştırmak, değerlendirmek ve teklifler hazırlamak.

h) Özürllü çocuklara, gençlere, yetişkinlere bütünleştirilmiş ortamlarda ve her düzeyde eğitim imkânı sağlamaya yönelik çalışmaları takip etmek.

ı) Özürllülüğün önlenmesi, erken teşhisi, özürllülerin rehabilitasyonu, eğitimi ve sosyal güvenlikleri ile ilgili konularda teklif ve projeler hazırlamak, hazırlatmak ve uygulamak.

i) Başkanlıkça verilen benzeri görevleri yapmak.

Madde 45- 571 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 9 uncu maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Özürllülük Araştırmaları ve İstatistik Dairesi Başkanlığı

Madde 9- Özürllülük Araştırmaları ve İstatistik Dairesi Başkanlığının görevleri şunlardır:

a) Özürllülük politikasının belirlenmesine yönelik veri oluşturmak.

b) Özürllülük alanındaki çalışmaları takip etmek, değerlendirmek.

c) Özürllülerle ilgili mevzuatı derlemek, incelemek ve geliştirilmesine yönelik çalışma yapmak.

d) Özürllülere tanınan hak ve hizmetlerden yararlanma amacıyla kullanılmak üzere özürllüler kimlik kartı hazırlamak, hazırlatmak ve her türlü işlemleri takip etmek.

e) Başkanlık birimlerinin bilgi işlem ve otomasyon ihtiyacını karşılamak ve yürütmek.

f) Başkanlık birimlerinin iş akışlarını izleyerek etkin ve verimli iş, bilgi akışı ve iletişim düzenini sağlamak, bunlara yönelik gelişmeleri izlemek ve geliştirmek için önerilerde bulunmak.

g) Bilgi portalını oluşturmak, yönetmek ve iletişim ağını sağlamak.

h) Özürlüler ile ilgili veri tabanı oluşturulmasını sağlamak.

ı) Ulusal kurum ve kuruluşlardan özürlülere yönelik istatistiksel bilgilerin bilgi işlem ortamında toplanmasını sağlamak ve değerlendirmek.

i) Başkanın direktif ve emirlerini ilgililere duyurmak ve işlemleri takip etmek.

j) Başkanlıkça verilen benzeri görevleri yapmak.

Madde 46- 571 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 10 uncu maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı

Madde 10- Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığının görevleri şunlardır:

a) Başkanlığın uluslararası ilişkilerini düzenlemek ve yürütmek.

b) Özürlülere yönelik oluşturulan sosyal politikaları uluslararası ve ülkeler ölçeğinde izlemek ve değerlendirmek.

c) Uluslararası düzeyde özürlülere yönelik faaliyet gösteren kurum ve kuruluşlarla işbirliği kurmak, sürdürmek, geliştirmek, ilgili personelin bilgilendirilmesini sağlamak.

d) Avrupa Birliği ile özürlülük alanındaki çalışmaları yürütmek.

e) Özürlülere yönelik faaliyetlerde uluslararası kurum ve kuruluşlardaki gelişmeleri takip etmek, özürlülerin sorunlarını ve çözüm yollarını ortak araştırmak, ortaya çıkan sorunlar hakkında ortak inceleme ve araştırma yapmak, yaptırmak, bu konuda ortak proje ve teklifleri hazırlamak ve hazırlatmak.

f) Uluslararası kurum ve kuruluşlardan özürlülere yönelik istatistiksel bilgilerin toplanmasını sağlamak.

g) Özürlülerle ilgili uluslararası gelişmeleri takip etmek, antlaşma ve sözleşmelerin ülkemizdeki uygulamalarını izlemek ve değerlendirmek.

h) Başkanlığın koordinatörlüğündeki uluslararası düzeyde özürlülere yönelik faaliyetler için teşkil edilen kurulların ve organizasyonların sekretarya hizmetini yürütmek.

ı) Yabancı kaynaklı dokümanların temini, tercümesi ve ilgili birimlerin bilgilendirilmesini sağlamak.

i) Başkanlığın iç ve dış tanıtımını ve halkla ilişkiler hizmetlerini yürütmek.

j) Başkanlığın her türlü protokol işlerini düzenlemek ve yürütmek.

k) Başkanlıkça verilen benzeri görevleri yapmak.

Madde 47- 571 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 11 inci maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Proje ve Koordinasyon Dairesi Başkanlığı

Madde 11- Proje ve Koordinasyon Dairesi Başkanlığının görevleri şunlardır:

a) Başkanlık birimlerine önerilen projelerin hazırlanması veya hazırlanması ile ilgili çalışma yapmak ve uygulanmasına destek sağlamak.

b) Başkanlıkça yapılmasına karar verilen projelerin gerçekleşmesi amacıyla gerekli malî kaynakların sağlanması için ilgili birimlerle kurum ve kuruluşlarla iletişim kurmak.

c) Projenin tamamlanmasından sonra hazırlanacak proje sonuç raporunun ilgili birimler aracılığı ile duyurulmasını sağlamak.

d) Proje veri tabanının oluşturulmasını sağlamak.

e) Başkanlık süreli yayınının hazırlanması ve yayınlanması için gerekli çalışmaları yapmak ve yaptırmak.

f) Başkanlıkça görevlendirildiğinde, genel yahut özel protokole bağlı işbirlikleri geliştirmek.

g) Başkanlığı ilgilendiren toplantı, brifing ve görüşmeleri düzenlemek, Özürlüler Yüksek Kurulu ve Özürlüler Şurasının sekreteryaya hizmetlerini yürütmek, önemli not ve tutanakları tutmak ve yayımlamak.

h) Başkanlıkça verilen benzeri görevleri yapmak.

Madde 48- 571 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (1) sayılı cetvelin “ Ana Hizmet Birimleri” bölümü “1. Rehabilitasyon ve Eğitim Dairesi Başkanlığı, 2. Özürlülük Araştırmaları ve İstatistik Dairesi Başkanlığı, 3. Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı, 4. Proje ve Koordinasyon Dairesi Başkanlığı” şeklinde değiştirilmiştir.

Madde 49- a) Ekli (1) sayılı listede yer alan kadrolar iptal edilerek 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) sayılı cetvelin Sosyal Hizmet-

ler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü bölümünden çıkarılmış, ekli (2) sayılı listede yer alan kadrolar ihdas edilerek adı geçen Kanun Hükmünde Kararnameye bağı (I) sayılı cetvelin adı geçen Genel Müdürlüğe ait bölümüne eklenmiştir.

b) Ekli (3) sayılı listede yer alan kadrolar iptal edilerek 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) sayılı cetvelin Özürlüler İdaresi Başkanlığı bölümünden çıkarılmış, ekli (4) sayılı listede yer alan kadrolar ihdas edilerek adı geçen Kanun Hükmünde Kararnameye bağı (I) sayılı cetvelin adı geçen Başkanlığa ait bölümüne eklenmiştir.

Yürürlükten Kaldırılan Hükümler

Madde 50- a) 17.7.1964 tarihli ve 506 sayılı

Sosyal Sigortalar Kanununun ek 37 nci maddesi,

b) 29.6.1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 668 inci maddesinin üçüncü fıkrası,

c) 22.4.1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanununun 14 üncü maddesinin son fıkrası,

Yürürlükten kaldırılmıştır.

Geçici Madde 1- Bu Kanunda öngörülen yönetmelikler Kanunun yayımı tarihinden itibaren bir yıl içerisinde yürürlüğe konulur.

Geçici Madde 2- Kamu kurum ve kuruluşlarına ait mevcut resmî yapılar, mevcut tüm yol, kaldırım, yaya geçidi, açık ve yeşil alanlar, spor alanları ve benzeri sosyal ve kültürel alt yapı alanları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından yapılmış ve umuma açık hizmet veren her türlü yapılar bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yedi yıl içinde özürllülerin erişilebilirliğine uygun duruma getirilir.

Geçici Madde 3- Büyükşehir belediyeleri ve belediyeler, şehir içinde kendilerince sunulan ya da denetimlerinde olan toplu taşıma hizmetlerinin özürllülerin erişilebilirliğine uygun olması için gereken tedbirleri alır. Mevcut özel ve kamu toplu taşıma araçları, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yedi yıl içinde özürllüler için erişilebilir duruma getirilir.

Geçici Madde 4- Bu Kanunla Özürlüler İdaresi Başkanlığı ile Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü teşkilat kanunlarında yapılan yeni düzenleme sebebiyle kadro ve görev unvanları değişenler

veya kaldırılanlar bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde boş bulunan durumlarına uygun kadrolara atanırlar. Bunlar yeni bir kadroya atanıncaya kadar her türlü malî haklarını eski kadrolarına göre almaya devam ederler. Söz konusu personelin atandıkları yeni kadroların aylık, ek gösterge, her türlü zam ve tazminatları ile diğer malî hakları toplamının net tutarı, eski kadrosunda en son ayda almakta oldukları aylık, ek gösterge, her türlü zam ve tazminatları ile diğer malî hakları toplamı net tutarından az olması halinde aradaki fark giderilinceye kadar atandıkları kadroda kaldıkları sürece hiçbir vergi ve kesintiye tâbi tutulmaksızın tazminat olarak ödenir. Kadro ve görev unvanı değişmeyenler ise aynı kadro ve görev unvanlarına atanmış sayılırlar.

Yürürlük

Madde 51- Bu Kanunun 35 inci maddesi ile 50 nci maddesinin (a) bendi 1.6.2006 tarihinde, diğer maddeleri yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

Madde 52- Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

ÖZÜRLÜLER İDARESİ BAŞKANLIĞI TEŞKİLAT VE GÖREVLERİ HAKKINDA KANUN HÜKMÜNDE KARARNAME

Kanun Hük.Kar.nin Tarihi : 25/3/1997 No :571

Yetki Kanununun Tarihi : 3/12/1996 No :4216

Yayımlandığı R.G.Tarihi : 30/5/1997 No :23004 (Mükerrer)

BİRİNCİ KISIM

Amaçlar ve Görevler

Amaç

Madde 1 - Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin amacı, özörlöölere yönelik hizmetlerin düzenli, etkin ve verimli bir şekilde yürütölmesini temin etmek için; ulusal ve uluslararası kurum ve kuruluşlar arasında işbirliğı ve koordinasyonu sağlamak, özörlöölüler ile ilgili ulusal politikanın oluşmasına yardımcı olmak, özörlöölülerin problemlerini tespit etmek ve bunların çözüm yollarını araştırmak üzere Başbakanlığa bağı Özörlöölüler İdaresi Başkanlığı'nın kurulmasına, teşkilat ve görevlerine dair esasları düzenlemektir.

Başbakan, bu teşkilatın yönetimi ile ilgili yetkilerini gerekli gördüğü takdirde bir Devlet Bakanı vasıtasıyla kullanabilir.

Genel esaslar

Madde 2 - Bu hizmetin yürütölmesine ilişkin genel esaslar şunlardır:

a) Eşit katılım için, özörlöölülerin sahip oldukları hak ve yükümlölükler konusunda birey, aile ve toplumun bilinçlendirilmesi, tıbbi bakım ve rehabilitasyonlarının sağlanması, günlük yaşamlarında kendi başlarına yaşayabilme kapasitelerinin artırılması,

b) Bilgi, hizmet ve fiziksel çevre koşullarının özörlöölüler için ulaşılabilir hale getirilmesi,

c) Doğumdan başlayarak okul öncesi, okul çağı ve yetişkinleri kapsayacak biçimde tüm özörlöölülere eğitimde fırsat eşitliğı sağlanması,

d) İstihdamın, mesleki eğitim ve rehabilitasyonla birlikte gerçekleştirilmesi, istihdam alanlarının özörlöölülerin kullanımına uygunluğunun sağlanması ve teknolojiye uygun alet ve cihazların özörlöölülerce elde edilmesini kolaylaştırıcı önlemlerin alınması,

e) Özürlülerin sosyal güvenlikleri ile gelirlerinin korunması, aile hayatı ve kişisel bütünlükleri ile kültür, eğlence, spor ve din alanlarına tam katılımlarının sağlanması,

f) Özürlülere ilişkin plan ve programlar ile ekonomik ve sosyal statülerini etkileyen tüm kararların alınması sırasında özürlülerin katılımlarının sağlanmasıdır.

Başkanlığın Görevleri

Madde 3 - Özürlüler İdaresi Başkanlığı'nın görevleri şunlardır:

a) Özürlülüğün önlenmesi, eğitim, istihdam, rehabilitasyon, topluma uyum ve diğer konularda ilgili kurum ve kuruluşlar arasında işbirliği ve koordinasyonu sağlamak,

b) Özürlülere yönelik olarak faaliyet gösteren kurum ve kuruluşlardaki gelişmeleri takip etmek, sorunlarını ve çözüm yollarını araştırmak, bu konuda teklifler hazırlamak ve hazırlatmak,

c) Özürlülerle ilgili konularda inceleme ve araştırmalar yapmak ve yaptırmak, istatistiki bilgilerin toplanmasını ve veri tabanı oluşturulmasını sağlamak, bu konuda projeler hazırlamak ve hazırlatmak, bunları incelemek, değerlendirmek ve uygulamak,

d) Özürlülerle ilgili uluslararası gelişmeleri takip etmek, antlaşma ve sözleşmelerin ülkemizdeki uygulamalarını izlemek ve değerlendirmek,

e) Özürlülerle ilgili kanun, tüzük ve yönetmelik tasarıları ve kanun tekliflerini incelemek, görüş bildirmek ve bu konuda teklifler hazırlamak,

f) Gönüllü kuruluşlar ve yerel yönetimlerle işbirliği yapmak, ortak projeler hazırlamak ve sunulan projeleri desteklemek,

g) Görev alanları ile ilgili konularda görsel ve yazılı basın, yayın ve tanıtma faaliyetlerinde bulunmak, eğitim amaçlı filmler yaptırmak,

h) Yürürlükte bulunan mevzuata dayanılarak münhasıran özürlülere tanınan hak ve hizmetlerden yararlanmada kullanılmak üzere kimlik kartı hazırlamak,

Bu kimlik kartı ile ilgili usul ve esaslar Başkanlıkça hazırlanacak bir yönetmelikle düzenlenir.

(Ek: 1/7/2005 - 5378/42 md.) Başkanlığın bağlı olduğu Bakanın onayı ile özürlü kimlik kartı hazırlama veya verme yetkisi, valiliklere devredilebilir. Özürlü kimlik kartı hazırlama ve verme usûl ve esasları, İçişleri Bakanlığı ve Özürlüler İdaresi Başkanlığı ile Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğünce müştereken hazırlanacak yönetmelikle belirlenir.

ı) Başbakan veya ilgili Devlet Bakanı tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

İKİNCİ KISIM

BİRİNCİ BÖLÜM

Başkanlık Teşkilatı

Teşkilat

Madde 4 - Başkanlık teşkilatı, ana hizmet birimleri ile danışma ve yardımcı birimlerden meydana gelir. Başkanlık teşkilatı ek-1 sayılı cetvelde gösterilmiştir.

Başkan

Madde 5 - Başkan teşkilatın en üst amiridir. Başkanlık hizmetlerini, milli güvenlik siyasetine, kalkınma planlarına, yıllık programlara ve mevzuat hükümlerine uygun olarak yürütmekle ve Kurul kararlarını yerine getirmekle görevli ve Başbakan' a karşı sorumludur.

Başkan yardımcıları

Madde 6 - Ana hizmet birimleri ile danışma ve yardımcı birimler arasında koordinasyonu sağlamak ve bu birimlerin denetiminde Başkana yardımcı olmak üzere iki Başkan yardımcısı görevlendirilebilir. Başkan yardımcıları, Başkan tarafından verilen görevleri yerine getirir ve Başkana karşı sorumludur.

İKİNCİ BÖLÜM

Ana Hizmet Birimleri

Ana hizmet birimleri

Madde 7 - (Değişik: 1/7/2005 - 5378/43 md.)

Başkanlığın ana hizmet birimleri şunlardır:

- a) Rehabilitasyon ve Eğitim Dairesi Başkanlığı.
- b) Özürlülük Araştırmaları ve İstatistik Dairesi Başkanlığı.
- c) Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı.
- d) Proje ve Koordinasyon Dairesi Başkanlığı.

Rehabilitasyon ve Eğitim Dairesi Başkanlığı

Madde 8 - (Değişik: 1/7/2005 - 5378/44 md.)

Rehabilitasyon ve Eğitim Dairesi Başkanlığının görevleri şunlardır:

a) Özürlülerin rehabilitasyonu ve eğitimi sürecinde ilgili kurum ve kuruluşlar arasında işbirliği ve koordinasyonu sağlamak.

b) Özürlülerin rehabilitasyonuna yönelik her türlü standardın oluşturulmasına yönelik çalışmalar yapmak.

c) Rehabilitasyon alanında faaliyet gösteren kurum ve kuruluşlardaki yapılan çalışmaları takip etmek, sorunları ve çözüm yollarını araştırmak.

d) Rehabilitasyon ve eğitim alanları ile ilgili (panel, sempozyum, konferans ve benzeri) etkinliklerde bulunmak.

e) İstihdamı kısıtlayan engellerin kaldırılmasını, istihdam alanlarının genişletilmesini ve özürlülerin kendi işini kurmalarına yönelik çalışmaları takip etmek ve tekliflerde bulunmak.

f) Özürlülerin günlük hayatlarında karşılaştıkları fiziki ve mimari engellerin kaldırılması ve bu konudaki standartların belirlenmesi için teklifler hazırlamak ve hazırlatmak.

g) Kamuya açık sosyal, kültürel, sportif tesis ve alanlar ile kitle iletişim ve ulaşım araçlarından özürlülerin faydalanmasını sağlayıcı tedbirleri araştırmak, değerlendirmek ve teklifler hazırlamak.

h) Özürlü çocuklara, gençlere, yetişkinlere bütünleştirilmiş ortamlarda ve her düzeyde eğitim imkânı sağlamaya yönelik çalışmaları takip etmek.

ı) Özürlülüğün önlenmesi, erken teşhisi, özürlülerin rehabilitasyonu, eğitimi ve sosyal güvenlikleri ile ilgili konularda teklif ve projeler hazırlamak, hazırlatmak ve uygulamak.

i) Başkanlıkça verilen benzeri görevleri yapmak.

Özürlülük Araştırmaları ve İstatistik Dairesi Başkanlığı

Madde 9 - (Değişik: 1/7/2005 - 5378/45 md.)

Özürlülük Araştırmaları ve İstatistik Dairesi Başkanlığının görevleri şunlardır:

- a) Özürlülük politikasının belirlenmesine yönelik veri oluşturmak.
- b) Özürlülük alanındaki çalışmaları takip etmek, değerlendirmek.
- c) Özürlülerle ilgili mevzuatı derlemek, incelemek ve geliştirilmesine yönelik çalışma yapmak.
- d) Özürlülere tanınan hak ve hizmetlerden yararlanma amacıyla kullanılmak üzere özürlüler kimlik kartı hazırlamak, hazırlatmak ve her türlü işlemleri takip etmek.
- e) Başkanlık birimlerinin bilgi işlem ve otomasyon ihtiyacını karşılamak ve yürütmek.
- f) Başkanlık birimlerinin iş akışlarını izleyerek etkin ve verimli iş, bilgi akışı ve iletişim düzenini sağlamak, bunlara yönelik gelişmeleri izlemek ve geliştirmek için önerilerde bulunmak.
- g) Bilgi portalını oluşturmak, yönetmek ve iletişim ağını sağlamak.
- h) Özürlüler ile ilgili veri tabanı oluşturulmasını sağlamak.
- ı) Ulusal kurum ve kuruluşlardan özürlülere yönelik istatistiksel bilgilerin bilgi işlem ortamında toplanmasını sağlamak ve değerlendirmek.
- i) Başkanın direktif ve emirlerini ilgililere duyurmak ve işlemleri takip etmek.
- j) Başkanlıkça verilen benzeri görevleri yapmak.

Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı

Madde 10 - (Değişik: 1/7/2005 - 5378/46 md.)

Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığının görevleri şunlardır:

- a) Başkanlığın uluslararası ilişkilerini düzenlemek ve yürütmek.
- b) Özürlülere yönelik oluşturulan sosyal politikaları uluslararası ve ülkeler ölçeğinde izlemek ve değerlendirmek.
- c) Uluslararası düzeyde özürlülere yönelik faaliyet gösteren kurum ve ku-

luluşlarla işbirliği kurmak, sürdürmek, geliştirmek, ilgili personelin bilgilendirilmesini sağlamak.

d) Avrupa Birliği ile özörlölük alanındaki çalışmaları yürötmek.

e) Özörlölere yönelik faaliyetlerde uluslararası kurum ve kuruluşlardaki gelişmeleri takip etmek, özörlölülerin sorunlarını ve çözüm yollarını ortak araştırmak, ortaya çıkan sorunlar hakkında ortak inceleme ve araştırma yapmak, yaptırmak, bu konuda ortak proje ve teklifleri hazırlamak ve hazırlatmak.

f) Uluslararası kurum ve kuruluşlardan özörlölere yönelik istatistiksel bilgilerin toplanmasını sağlamak.

g) Özörlölülerle ilgili uluslararası gelişmeleri takip etmek, antlaşma ve sözleşmelerin ölkemizdeki uygulamalarını izlemek ve değerlendirmek.

h) Başkanlığın koordinatörlüğündeki uluslararası düzeyde özörlölere yönelik faaliyetler için teşkil edilen kurulların ve organizasyonların sekreteryaya hizmetini yürötmek.

ı)Yabancı kaynaklı dokümanların temini, tercümesi ve ilgili birimlerin bilgilendirilmesini sağlamak.

i) Başkanlığın iç ve dış tanıtımını ve halkla ilişkiler hizmetlerini yürötmek.

j) Başkanlığın her türlü protokol işlerini düzenlemek ve yürötmek.

k) Başkanlıkça verilen benzeri görevleri yapmak.

Proje ve Koordinasyon Dairesi Başkanlığı

Madde 11 - (Değişik: 1/7/2005 - 5378/47 md.)

Proje ve Koordinasyon Dairesi Başkanlığının görevleri şunlardır:

a) Başkanlık birimlerince önerilen projelerin hazırlanması veya hazırlatılması ile ilgili çalışma yapmak ve uygulanmasına destek sağlamak.

b) Başkanlıkça yapılmasına karar verilen projelerin gerçekleşmesi amacıyla gerekli malî kaynakların sağlanması için ilgili birimlerle kurum ve kuruluşlarla iletişim kurmak.

c) Projenin tamamlanmasından sonra hazırlanacak proje sonuç raporunun ilgili birimler aracılığı ile duyurulmasını sağlamak.

d) Proje veri tabanının oluşturulmasını sağlamak.

e) Başkanlık süreli yayınının hazırlanması ve yayınlanması için gerekli çalışmaları yapmak ve yaptırmak.

f) Başkanlıkça görevlendirildiğinde, genel yahut özel protokole bağlı iş-birlikleri geliştirmek.

g) Başkanlığı ilgilendiren toplantı, brifing ve görüşmeleri düzenlemek, Özürlüler Yüksek Kurulu ve Özürlüler Şurasının sekreteryaya hizmetlerini yürütmek, önemli not ve tutanakları tutmak ve yayımlamak.

h) Başkanlıkça verilen benzeri görevleri yapmak.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Danışma Birimleri

Danışma birimleri

Madde 12 - Başkanlığın danışma birimi Hukuk Müşavirliği'dir.

Hukuk Müşavirliği

Madde13 - Hukuk Müşavirliğinin görevleri şunlardır:

a) Başkanlığın diğer birimlerinden sorulan hukuki konular ile hukuki, mali ve cezai sonuçlar doğuracak işlemler hakkında görüş bildirmek.

b) Başkanlığın menfaatlerini koruyucu, anlaşmazlıkları önleyici hukuki tedbirleri zamanında almak, anlaşma ve sözleşmelerin bu esaslara uygun olarak yapılmasına yardımcı olmak,

c) 8/1/1943 tarihli ve 4353 sayılı Kanun hükümlerine göre adli ve idari davalarda gerekli bilgileri hazırlamak ve hazineyi ilgilendirmeyen idari davalarda Başkanlığı temsil etmek,

d) Başkanlık birimleri tarafından hazırlanan veya Başkanlığa gönderilen kanun, tüzük ve yönetmelik tasarılarını hukuki açıdan inceleyerek görüş bildirmek,

e) Başkanlığın amaçlarını daha iyi gerçekleştirme, mevzuata, plan ve programa uygun çalışmalarını temin etmek amacıyla gerekli hukuki teklifleri hazırlamak ve Başkana sunmak,

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Yardımcı Birimler

Yardımcı Birimler

Madde 14 - Başkanlığın yardımcı birimleri şunlardır:

- a) Personel Dairesi Başkanlığı,
- b) İdari ve Mali İşler Dairesi Başkanlığı,
- c) Savunma Uzmanlığı.

Personel Dairesi Başkanlığı

Madde 15 - Personel Dairesi Başkanlığının görevleri şunlardır:

- a) Başkanlığın insan gücü planlaması ve personel politikasıyla ilgili çalışmalarını yapmak, personel sisteminin geliştirilmesiyle ilgili tekliflerde bulunmak,
- b) Başkanlık personelinin atama, özlük, emeklilik ve benzeri işlemlerini yürütmek,
- c) Başkanlık personeli ile ilgili eğitim planını hazırlamak, hizmet öncesi ve hizmet içi eğitim programlarını düzenlemek ve uygulamak,
- d) Başkanlıkça verilecek benzeri görevleri yapmak.

İdari ve Mali İşler Dairesi Başkanlığı

Madde 16 - İdari ve Mali İşler Dairesi Başkanlığının görevleri şunlardır:

- a) Başkanlık için gerekli araç, gereç ve malzemenin temini ile ilgili hizmetleri yürütmek,
- b) Araştırma, proje ve taahhüt işlerinin yapılmasını sağlamak,
- c) İhtiyaç duyulan bina ve arazinin kiralanma, satınalma işlemlerini yürütmek,
- d) Başkanlığın mali işlerle ilgili hizmetlerini yürütmek,
- e) Temizlik, aydınlatma, ısıtma, bakım, onarım ve taşıma hizmetlerini yapmak,
- f) Başkanlık personelinin ve ailelerinin sağlık hizmetlerinden yararlanmalarını sağlamak,
- g) Başkanın direktif ve emirlerini ilgililere duyurmak ve işlemlerini takip etmek, Başkanlığın iç ve dış protokol hizmetlerini yürütmek,

h) Genel evrak, arşiv ve haber merkezinin hizmet ve faaliyetlerini düzenlemek ve yürütmek,

ı) Başkanlığı ilgilendiren toplantı, brifing ve görüşmeleri düzenlemek, bunlara ait önemli not ve tutanakları tutmak ve yayımlamak,

j) Başkanlıkça verilen benzeri görevleri yapmak.

Savunma Uzmanlığı

Madde 17 - Savunma Uzmanlığı özel kanununda ve diğer kanunlarda gösterilen görevleri yerine getirir.

ÜÇÜNCÜ KISIM

BİRİNCİ BÖLÜM

Özürlüler Yüksek Kurulu

Özürlüler Yüksek Kurulu

Madde 18 - Özürlüler Yüksek Kurulu aşağıdaki üyelerden oluşur:

a) Özürlüler İdaresi Başkanı,

b) Devlet Planlama Teşkilatı Sosyal Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürü,

c) Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürü,

d) Turizm Bakanlığı Yatırımlar Genel Müdürü,

e) Milli Eğitim Bakanlığı Özel Eğitim Rehberlik ve Danışma Hizmetleri Genel Müdürü,

f) Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürü,

g) İş ve İşçi Bulma Kurumu Genel Müdürü,

h) En fazla üyesi bulunan işçi ve işveren konfederasyonlarının başkanları,

ı) Türkiye Sakatlar Konfederasyonu Genel Başkanı ve Türkiye Sakatlar Konfederasyonu tarafından her özür grubunu temsil eden federasyonlardan seçilecek dört üye,

j) Başbakan tarafından en az biri üniversite öğretim üyelerinden olması kaydıyla özürlülerle ilgili konularda temayüz etmiş kişiler arasından seçilecek üç üye.

Kurul Başkanının gerekli görmesi halinde Üniversite öğretim üyeleri, il-

gili kurum ve kuruluşların temsilcileri veya uzmanlar kurula çağrılabilir. Kurul, Başbakan veya görevlendirdiği bir Devlet Bakanının Başkanlığında toplanır. Bakanın bulunmadığı hallerde Kurula Özürlüler İdaresi Başkanı başkanlık eder. Kurul, üç ayda bir olağan, Başbakan, ilgili Devlet Bakanı veya Bakanın çağrısı üzerine olağanüstü toplanır.

Kurulun toplantı yeter sayısı üyelerin salt çoğunluğu, karar yeter sayısı ise toplantıya katılanların salt çoğunluğudur.

Seçilenlerin kurul üyeliği süresi iki yıldır. Üyeliği sona erenler yeniden seçilebilir. Herhangi bir nedenle görevden ayrılanların yerine seçilenler kalan süreyi tamamlarlar.

Toplantıya katılan üyelere katıldıkları toplantı başına, genel bütçeden yapılacak hazine yardımlarından, asgari ücretin üçte biri (1/3) kadar net huzur hakkı ödenir.

Kurulun sekreteryası hizmetleri Özürlüler İdaresi Başkanlığınca yerine getirilir.

Kurulun çalışma usul ve esasları yönetmelikle düzenlenir.

Özürlüler Yüksek Kurulunun görevleri:

Madde 19 - Özürlüler Yüksek Kurulunun görevleri şunlardır:

a) Başkanlıkça hazırlanan, hazırlatılan ve incelenen projelerin öncelik sırasını tespit etmek ve uygulanacak projeleri karara bağlamak,

b) Başkanlığın görev alanına giren konularda üst düzey politikaları belirlemek, bu konuda Başkanlığa görüş ve önerilerini bildirmek.

İKİNCİ BÖLÜM

Özürlüler Şurası

Özürlüler Şurası

Madde 20 - Özürlüler Şurası, Başkanlığın en yüksek danışma kuruluudur. Özürlülerle ilgili konularda tetkik ve teklif niteliğinde kararlar almakla görevlidir.

Şura iki yılda bir kez toplanır. Şuranın sekreteryası hizmetlerini Başkanlık yürütür. Şuranın teşekkülü, çalışma usul ve esasları yönetmelikle belirlenir.

DÖRDÜNCÜ KISIM

Sorumluluk ve Yetkiler

Yöneticilerin sorumluluğu

Madde 21 - Başkanlığın her kademedeki yöneticisi, yapmakla yükümlü bulunduğu hizmet veya görevleri Başkanlığın emir ve talimatları yönünde mevzuata, plan ve programlara uygun olarak düzenlemek ve yürütmekten üst kademeye karşı sorumludur.

Koordinasyon ve işbirliği

Madde 22 - Başkanlık, diğer kurum ve kuruluşların hizmet ve görev alanına giren konularla ilgili faaliyetlerinde, Başkanlıkça belirlenen esaslar çerçevesinde bu kurum ve kuruluşlarla gerekli işbirliği ve koordinasyonu sağlamaktan sorumludur.

Bilgi alma yetkisi

Madde 23 - Başkanlık, özürllülerle ilgili olarak gerekli gördüğü bilgileri bütün kamu kurum ve kuruluşlarından ve diğer gerçek ve tüzel işilerden doğrudan istemeye yetkilidir. Kendilerinden bilgi istenen bütün kamu kurum ve kuruluşları ile diğer gerçek ve tüzel kişiler, bu bilgileri mümkün olan en kısa zamanda vermekle yükümlüdür.

Yetki devri

Madde 24 - Başkan ve her kademedeki yöneticiler, sınırlarını açıkça belirtmek şartıyla, yetkilerinden bir kısmını yazılı olarak astlarına devredebilir. Ancak yetki devri, yetki devreden amirin sorumluluğunu kaldırmaz.

Düzenleme Görev ve Yetkisi

Madde 25 - Başkanlık görevleri ile ilgili konularda yönetmelik, tebliğ, genelge ve diğer idari metinleri düzenlemekle görevli ve yetkilidir.

BEŞİNCİ KISIM

Çeşitli Hükümler

Atama

Madde 26 - Başkan ve başkan yardımcıları müşterek Kararname ile, Daire Başkanları Başkanın teklifi üzerine ilgili Bakan tarafından, diğer personel Başkan tarafından atanır.

Yurt Dışına Gönderilecek Personel

Madde 27 - Özürlüler İdaresi Başkanlığı, Başkanlıkta görevli elemanlarını uzmanlık alanlarındaki mesleki bilgi ve tecrübelerini geliştirmek ve ihtisas yapmak üzere yurtdışına gönderebilir.

Özürlüler Uzman Yardımcılığı

Madde 28 - Özürlüler uzman yardımcılığına atanabilmek için, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48 inci maddesinde sayılan şartlara ek olarak aşağıdaki nitelikler aranır:

- a) Başkanlığın görev ve hizmetlerinin gerektirdiği niteliklere sahip olmak,
- b) Başkanlığın görev ve hizmet alanına uygun, en az 4 yıl eğitim veren fakülte ve yüksek okullardan veya bunlara denkliği Yüksek Öğretim Kurulu tarafından onaylanmış yabancı fakülte veya yüksek okullardan birini bitirmiş olmak,
- c) Yapılacak yarışma ve yeterlik sınavında başarılı olmak,
- d) Sınavın yapıldığı tarihte 31 yaşından gün almamış olmak.

Özürlüler Uzmanlığı

Madde 29 - Özürlüler Uzman Yardımcılığına atananlar en az üç yıl çalışmak ve her yıl olumlu sicil almak kaydıyla açılacak yeterlik sınavına girme hakkını kazanırlar Sınavda başarılı olanlar “Özürlüler Uzmanı” unvanını alırlar.

Üst üste iki defa yeterlik sınavında başarı gösteremeyenler başka kadrolara nakledilirler.

Özürlüler Uzman Yardımcıları ve Uzmanlarının mesleğe alınmaları ile ilgili usul ve esaslar ile bunların yurt içinde ve yurt dışında eğitime tabi tutulmaları, yarışma ve yeterlik sınavı ve diğer hususlar yönetmelikle düzenlenir.

Kamu kurum ve kuruluşlarında yeterlilik sınavını kazanarak “Uzman”lığa hak kazanmış olanlardan Başkanlığın görev ve hizmetlerinin gerektirdiği niteliklere sahip olanlar sınav ve yaş şartı aranmaksızın Başkanlıktaki Özürlüler Uzmanı kadrosuna naklen atanabilirler.

Kadro

Madde 30 - Kadroların tesbit, ihdas, kullanma ve iptali ile kadrolara ait diğer hususlar 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine göre düzenlenir.

Görevlendirme

Madde 31 - Genel ve katma bütçeli dairelerle döner sermayeli kuruluşlarda, kanunla kurulan fonlarda, belediyeler ve özel idareler, sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait kuruluşlarda, iktisadi devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşlarında ve bunlara bağlı ortaklıklar ve müesseselerde çalışanlar kurumlarının, yüksek yargı organı mensupları, hakim ve savcılar için kendilerinin de muvafakatı ile aylık ödenek, her türlü zam ve tazminatlar ile diğer mali hak ve yardımları kuruluşlarınca ödenmek kaydıyla geçici olarak Başkanlıkta istihdam edilebilirler. Bu şekilde istihdam edilecek personelin en az 4 yıllık yüksek öğrenim kurumlarından mezun olmaları, görevin gerektirdiği nitelikleri taşımaları ve en az üç yıl kamu hizmetinde fiilen çalışmış olmaları zorunludur.

Bu madde hükmüne göre görevlendirilecek personel sayısı, mevcut personelin yüzde onunu geçemez.

Sözleşme ile Araştırma ve Proje Hazırlatma

Madde 32 - Başkanlık, görevleri ile ilgili olarak araştırma, etüd ve proje hazırlama işlerini üniversite öğretim üyeleri ile yerli ve yabancı gerçek ve tüzel kişilere sözleşme ile yaptırabilir, uygulamalı projelere destek verebilir.

Fazla Çalışma Ücreti

Madde 33 - Başkanlıkta fiilen görev yapan memurlara 10.10.1984 tarihli ve 3056 sayılı Kanunun değişik 31 inci maddesinde yer alan fazla çalışma ücreti aynı esas ve usüllere göre ödenir.

31 inci maddeye göre Başkanlıkta görevlendirilenler hakkında da fiilen Başkanlıkta görevli oldukları sürece birinci fıkra hükmü uygulanır.

Madde 34 - (657 sayılı Devlet Memurları Kanununa hükümler eklenmesiyle ilgilidir.)

Madde 35 - Ek-2 sayılı cetvelde yer alan kadrolar ihdas edilerek 190 sa-

yılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) sayılı cetvele Özürlüler İdaresi Başkanlığı Bölümü olarak eklenmiştir.

Madde 36 - (29.5.1986 tarih ve 3294 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesine fıkra eklenmesiyle ilgilidir.)

Kaldırılan hükümler

Madde 37 - (9/1/1985 tarihli ve 3146 sayılı Kanunun kimi hükümlerinin yürürlükten kaldırılmasıyla ilgilidir.)

Geçici Madde 1 - Başkanlığın 1997 yılı harcamaları ile ilgili her türlü düzenlemeleri yapmaya Maliye Bakanlığı yetkilidir.

Geçici Madde 2 - Bu Kanun Hükmünde Kararnamede öngörülen yönetmelikler altı ay içinde hazırlanarak yürürlüğe konulur.

Yürürlük

Madde 38 - Bu Kanun Hükmünde Kararname yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

Madde 39 - Bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

EK (1) SAYILI CETVEL

Özürlüler İdaresi Başkanlığı Teşkilatı

Başkanlık	Başkan Yardımcılığı	Ana Hizmet Birimleri (Değişik:1/7/2005-5378/48 md.)
Başkan	1-Başkan Yardımcısı	1. Rehabilitasyon ve Eğitim Dairesi Başkanlığı
	2-Başkan Yardımcısı	2. Özürlülük Araştırmaları ve İstatistik Dairesi Başkanı.
		3. Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı
		4. Proje ve Koordinasyon Dairesi Başkanlığı

Danışma Birimleri	Yardımcı Birimler
1-Hukuk Müşavirliği	1-Personel Dairesi Başkanlığı
	2-İdari ve Mali İşler Dai. Başkanlığı

(2) SAYILI CETVEL

İHDAS EDİLEN KADROLAR (Resmi Gazete'nin 30.5.1997 tarih ve 23004 sayılı mükerrerinde yayımlanmıştır.)

Reflections of Energy Policies on the Turkish Electricity Market: A Legal Perspective

Dr. Sıtkı Anlam ALTAY*

General Perspective

Energy policies are in a comprehensive interaction with competition policies. According to the main principle of Competition Law, the State shall act to prevent any kinds of distortions but refrain from designing the market¹. On the contrary, the interactions between the energy policy and competition policy literally predicate active intervention of the policy makers to the market at the earlier phases of the liberalization of the markets².

Regulation is the main actor forming the competition policies regarding the energy sectors and specifically the electricity sector³. Evidently, natural monopolies in the electricity sector⁴ give rise to the stabilization of provisional regulation and further of entry barriers⁵. As a consequence, the State

* Research and teaching fellow, Commercial Law Department, Galatasaray University Law Faculty.

1 Richard **Whish**, Competition Law, Fifth Edition, 2003, Elsevier, pp. 16-17.

2 Regarding the dynamics surrounding these interactions see Maher M. **Dabbah**, The Relationship between Competition Authorities and Sector Regulators, Cambridge Law Journal, March, 2011, p. 115 ff.

3 For the concept of regulation see Şahin **Ardıyok**, Natural Monopolies and Regulating Bodies, A Regulating Institution Model For Turkey, Ankara, 2002, p. 3; for the effects of regulation on the electricity sector : Hakan **Çetintaş** / Tamer **Çetin**, Competitive Practices on Electricity Sector, p. 115.

4 Ömür **Paşaoğlu**, Regulation and Competition regarding the Natural Monopolies, Ankara, 2003, Chapter 1.1.

5 **Ardıyok**, Natural Monopolies, p. 103; Yeşim **Akcollu**, Competition and Regulation in the Electricity Market, Ankara, 2003, No. 3.1; Selen **Yersu Şahin**, Interactions between the Competition Authority and Energy Authorities, p.12. Technological developments, economy theory and substitution policies of the state engender stabile and resistant regulation; see Sidney A. **Shapiro**/ Joseph P. **Tomain**, Rethinking Reform of Electricity Markets, Wake Forest Law Review, V. 40, 1995, p. 502.

may not be solely deemed as an actor preventing the distortions encumbering the competition. The State duly regulates the energy markets⁶.

Due to inevitable interactions between both policies, the characteristic impacts of regulation pass through to competition policies. One of the main purposes of regulation in the electricity sector is fostering the competition in this sector⁷. A wide perspective regarding the position of electricity markets in European-Turkish competition laws reflects a market structure which is multidimensionally subject to regulation, as well as a partly competitive structure in certain dimensions⁸.

Competition policy is idealizing a market without or at least with minimal barriers of entry, where the actors are confronted by permanent and dynamic competition challenges. Such an idealization is based upon a competition aspect, engendering high quality of generation accompanied by minimum prices. Corresponding many markets, the formation of competition in energy markets is equivalently sophisticated. The Turkish practice definitely demonstrates the fact, that the deregulation process aiming to liberate the market and to decompose the natural monopolies does not necessarily generate the competitive elaboration of the market. From this point of view, this Article will first outline the Turkish legislation by tracing the history of the Turkish legal system. Part II of this Article attempts to assess actual legal problems appearing in the decisions of Turkish Competition Authority. After the evaluations with respect to characteristic features of the electricity market in Part III, Part IV will focus on the convergence between natural gas and electricity markets as well as on the tendency of Turkish Competition Authority to neglect the impacts of convergence.

⁶ Yılmaz **Aslan**, Legal Nature of the Electricity Sector, Energy Law, V. 1, Competition and Regulation in the Electricity Sector, p. 302 ff.; Mustafa Erdem **Can**, Competition in the Electricity Sector, A Legal Perspective Ankara, 2006, pp. 313-315. For the limits of the state intervention see Şahin **Ardıyok**, A Model Proposal for the Electricity Sector in the Light of Regulation Theory, Bursa, 2007, p. 172 ff.

⁷ For the purposes of European electricity regulation and for the conflicting interactions between sole purposes, particularly for the conflicts between security of supply, efficiency and environmental aspects see Sven **Bode** / Helmuth M. **Groscurth**, On the Re-regulation of the Liberalized Power Market in Europe, Carbon and Climate Law Review, 2009, N.2, p. 188-189.

⁸ Reiner **Eising**, Policy Learning in Embedded Negotiations: Explaining EU Electricity Liberalization, International Organization, 2002, p. 87; Ali **Ilıcak**, Competitive Practices in the Electricity Market, Bursa, 2007, p. 515-517.

I. Turkish Legislation Related to the Electricity Sector

Turkish Institution of Electricity (TEK) was founded in 1970 by the Act No. 1312⁹ as a monopoly to function in all phases of the Turkish electricity sector. Besides this monopolization process, the legislation has preserved some privileged companies, which were formerly entitled to carry out certain operations regarding the generation, transmission, distribution and retail of electricity. In 1984, Act No.3096¹⁰ has been enforced in order to liberalize the whole electricity sector¹¹. This legislation was based upon the B.O.T. (Build/Operate/Transfer) model. The legislator has proposed two models of agreements, upon which TEK was authorized to allow the electricity undertakings to operate in this sector¹².

Along this process, TEK was divided in two companies in 1995, namely in TEAS (Turkish Electricity Generation and Transmission Corporation) and TEDAS (Turkish Electricity Distribution Corporation), whereas this operation aimed the allocation of natural monopoly activities among two independent companies. Since both companies were controlled by the same authority, this process has not engendered competitive efficiencies¹³. Upon a cabinet resolution¹⁴ in 2001, TEAS has been restructured and dissolved in three new companies: Türkiye Elektrik İletim AŞ (Turkish Electricity Transmission Corporation TEIAS), Elektrik Üretim AŞ (Electricity Generation Corporation EUAS) and Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt AŞ (Turkish Electricity Trading and Undertaking Corporation TETTAS). These three companies have been serving since 01.10.2001 to operate separately in terms of generation, transmission and trading of electricity¹⁵.

The actual legislation in force is mainly formed by the Electricity Market Act¹⁶ (EMA) and further by the secondary regulations on the base of this Act.

⁹ Official Gazette (OG). 25.07.1970, 13559.

¹⁰ OG. 19.12.1984, 18610.

¹¹ For this process see **Can**, pp.. 54-55.

¹² **Can**, p. 57; Mert **Karamustafa**, Existing Contracts in the Electricity Generation Sector, Ankara, 2005, No. 2.1.

¹³ İzak **Atiyas**, Liberalization and Reform on Electricity Sector, Istanbul, 2006, p. 25; **Can**, pp. 55, 309; Burkard **Eberlein**, The Making of the European Energy Market, The Interplay of Governance and Government, International Public Policy, C. 28, 2008, s. 75.

¹⁴ See the Turkish Cabinet Resolution, 05.02.2001,2001/2026 in : OG 02.03.2001,24334.

¹⁵ **Özkan**, Ten Major Problems, p. 98-99; **Can**, p. 67.

¹⁶ Law No. 4628 of 20.02.2001; OG, 03.03.2001, 24335.

The predominant purpose of the Act is to achieve a market structure, which enables all consumers to freely choose their suppliers¹⁷. The legal framework shaped by this legislation serves as an adequate mechanism, which aims to enable the electricity sector to evolve into a competitive structure. Evidently, attempts for turning the electricity sector into a challenging competitive market necessitate a though and complicated process¹⁸.

II. Consequences and Reflections of the Energy and Competition Policies on Turkish Electricity Market

Turkish State Planning Organization has released the “Electricity Market Strategy Scheme”¹⁹ in 2004, which serves to reinforce the effective operation of EMA. This scheme focuses on the privatization of the electricity sector rather than the competitive impacts of the liberalization²⁰. As will be seen on several decisions of the Turkish Competition Authority, actual situation of the electricity sector is characterized by the privatization of the distribution segment.

Competition Law analysis of the electricity market lies in the structure of the market. Before the liberalization and the relevant attempts for fostering competition in this market, the market was characterized by its vertically integrated structure based on natural monopolies²¹. On the contrary, deregulating

17 Müge **Özercan**, *Restructuring and Deregulation of the Electricity Industry*, Ankara, 2007, Introduction.

18 See Mehmet **Uğur**, *Regulatory Quality and Performance in EU Network Industries: Evidence on Telecommunications, Gas and Electricity*, *International Public Policy*, V. 29, 2009, p.360; pointing out that liberalization of network industries constitute a move from stately—owned monopoly towards an oligopolistic or monopolistically competitive market, which necessitates effective regulation.

19 Turkish State Planning Organization has released “Reform on Electricity Sector and Privatization Strategy Scheme” (Resolution of 17.03.2004, No. 2004/3) see. www.mevzuat.dpt.gov.tr.

20 European Commission has released the White Paper : **An Energy Policy** for the European Union [(COM95) 682], For three principal purposes, namely competitive structure, security of supply and environmental protection, specified in this White Paper see Norbert **Wohlgemuth**, *Renewable Energy and Energy Efficiency in Liberalized European Electricity Markets*, *European Environment*, 2000, S. 10, p. 6. For the same purposes of American Law see **Shapiro/Tomain**, s. 500.

21 **Özercan**, Introduction.; **Ardiyok**, s. 117; **Çetintaş/Çetin**, s. 112. **Atiyas**, s. 125. About the challenges underlying the Second Electricity Directive (2003/54 EC; OG. 15.07.2003 L176/037) and the role of the dissolution of the vertically integrated structure see **Eberlein**, p. 81.

and restructuring the energy markets address to a market structure, which is competitive and vertically disintegrated²². However, it is an accepted fact, that the electricity market will partly preserve its monopolistic characteristics (grid business).

Equivalently in terms of competition, the electricity market is consisting of four segments: Generation, transmission, distribution and retailing²³. The generation activity covers the production of the electricity. Transmission and distribution are networking operations, which have natural monopoly characteristics²⁴. The sales of electricity cover wholesales and retail sales. The wholesale traders, who are either electricity generators or resellers, sell electricity to distributors, retail sellers or consumers, while retail sales address to free and restrained consumers²⁵.

Vertically integrated structure exists in case that the whole process for electricity delivery is operated under the control of a sole undertaking²⁶. In order to open up the electricity market to competition, it is generally necessary to separate these four segments, whereas each segment shall be carried out by different independent undertaking²⁷. However, the strict structure of the market does not allow an absolute dissolution and separation of these segments²⁸. Turkish Competition Authority points out that the separation of generation and retailer segments is not essentially a requirement for fostering competition²⁹, while the Authority equivalently allows the exploitation of distribution

²² **Özercan**, Introduction.

²³ See Case **Sydkraft/Graninge** of European Commission, 30.10.2003, Comp/M.3268. The Commission has classified the regulating and balancing of power supplies as a possible additional segment. For a decision of TCA see **Aydem** Decision of TCA (08.05.2008; 08-32/397-134); **Anadolu/Akdeniz/Toroslar** Decision of TCA, 03.03.2011, 11-12/240-77

²⁴ Creating a competitive structure in the transmission segment would create stagnant capacities, see **Shapiro/Tomain**, p. 506. Consequently, the transmission segment is a stabile and persistent natural monopoly, see Ortrud **Aumüller**, *Regulierung und Wettbewerb auf dem Telekommunikations- und Strommarkt*, Berlin, 2006, p. 99; see **Anadolu/Akdeniz/Toroslar** Decision of TCA, 03.03.2011, 11-12/240-77.

²⁵ For the characteristics of the electricity generation segment see **Aslan**, p. 342, 349.

²⁶ **Ardıyok**, Model, p. 158-163.

²⁷ **Özercan**, p. 13; **Karamustafaoğlu**, No. 2.5.1; pointing out the indispensable role of de-concentration for the electricity market and its effect for preventing cross-subsidization, see **Akcollu**, No. 3.3.

²⁸ **Ardıyok**, Model, p. 162 ff.

²⁹ **Yeşilirmak** Decision of TCA (11.03.2010, 10-22/297-107), **Çoruh** Decision of TCA (11.03.2010, 10-22/298-108), **Vangölü** Decision of TCA (08.04.2010, 10-29/440-166), **Çamlıbel** Decision of TCA, 08.04.2010, 10-29/437-163.

and retailer operations by the same undertaking, provided that each operation shall be conducted by separate legal entities³⁰. In this context, solely the generation and retail segments have been opened to competition while transmission and distribution still preserve its natural monopoly characteristics³¹. The existence of natural monopolies indicate the stabilization of distortions³².

Consequently, in accordance with European Law³³, Turkish Competition Law does not exclusively concern with pure competition problems, but equivalently with the interactions between the regulative intervention arising from energy policies and the competition policy, since the regulation of natural monopolies comprehensively affect competition policies.

As the energy policies are adopted by Turkish Energy Authority (TEA), the regulation of the electricity sector pertains to two independent administrative bodies, namely TEA and TCA.³⁴ Assessments of TCA about the electricity market require specific analysis referring to regulation policies. Such assessments necessitate a broader view concentrating on a relative control of natural monopolies by the means of regulation and further on preventing distortions threatening the competition in certain segments of the market. Evidently the regulation adapted by TEA indirectly serves to foster competition in the electricity market. Despite this fact, in evaluating this impact, it is inevitable to observe certain effects of regulation, conflicting with the purpose of competition. Such conflicts definitely arise from the economic nature of the energy markets.

Natural monopolies may create barriers, unless market behaviors of natural monopolies are limited through regulation. Such barriers obviously hinder access to networks or threaten the security of supply³⁵. Consequently, the

30 **Meram** decision of TCA (04.12.2008 08-69/1115-432).

31 **Pierce** Richard , Completing the Process of Restructuring the Electricity Market, Wake Forest Law Review, C. 40, 2005, p. 461; **Ardıyok**, Natural Monopoly, p. 34. For relevant assessments see **Meram** Decision of TCA (04.12.2008 08-69/1115-432)

32 **Ardıyok**, p. 12.

33 **Dabbah**, p. 141.

34 For the tendencies of the competition authority as of the price regulation see **Ardıyok**, Doğal Tekel, s. 102. The author indicates that the environmental aspects shall be better considered by the energy authority. About the technical aspects shaping the Environmental Law see **Shapiro/Tomain**, p. 499-500.

35 **Aumüller**, p. 113,127; with respect to Turkish Competition Authority, see **Yersu Şahin**, p. 14.

regulation on electricity markets is intended to serve to price efficiency, cost efficiency and dynamic efficiency³⁶.

Since regulation addresses to transform the vertically integrated structure into a competitive market structure³⁷, the main concern underlying the regulation is to provide the access of the generators and retailers to transmission and distribution networks. Regarding dynamic interactions between energy and competition policies, the policy maker may adapt strict policies as well as competitive regulation policies, which are adequate to the maturity and tendencies of the specific market³⁸.

In this context, transmission and distribution segments are permanently set under regulation whereas generation and retail segments are aimed to introduce competitive characteristics³⁹. It is an accepted fact, that generation and retail segments have not achieved this level, despite some efficiencies in the retail segment. As specified in certain decisions⁴⁰ of TCA, regarding the privatization of distribution monopolies, weak competition conditions on the electricity market cause to distortions and further to permanent price increases. TCA underlines the fact that the privatization of the distribution monopoly (TEDAS) shall be implemented after the separation of all the enterprises and operations, which are under the control of the monopoly⁴¹.

In its first five decisions⁴² in 2008, TCA has assessed the competitive effects of TEDAS' privatization. With respect to these decisions, TCA's main principle for declaring a concentration as compatible with the market is the dissolution of distribution operations with other operations regarding other segments of the electricity market. In this framework, in an acquisition in the Aegean Area (Aydem decision), the relevant parties have undertaken to implement this dissolution until the end of the transition process (2013). This

³⁶ **Atiyas**, s. 33-34; about the same purposes in American Law, see **Shapiro/Tomain**, s. 497.

³⁷ **Çetin**, p. 3.

³⁸ **Çetin**, p. 4.

³⁹ The transmission segment has a compulsory "natural monopoly" characteristic, see **Can**, p. 335 ff.

⁴⁰ **Aydem** Decision of TCA (08.05.2008;08-32/397-134).

⁴¹ **Aydem** Decision of TCA (08.05.2008;08-32/397-134).

⁴² **Meram** Decision of TCA (04.12.2008 08-69/1115-432); **Baskent Elektrik** Decision of TCA (14.08.2008,08-50/746-302); **Sakarya Elektrik** decision of TCA (14.08.2008 tarihli ve 08-50/747-303); **Aras** Decision of TCA (04.12.2008;08-69/1116-433); **Aydem** Decision of TCA (08.05.2008;08-32/397-134).

promise obligates the relevant party to carry out the distribution operations and other operations under separate legal entities.

The focal point in many decisions of TCA (Aydem, Enerjisa, Akkök Enerji), the competition authority consents to a structure, where generation, distribution and retail operations are carried out by the same economic unit, but under separate legal entities. In other words, an undertaking may perform all these three operations provided that each operation is implemented by another legal entity, each of which is under the control of this undertaking. In its Enerjisa decision⁴³ TCA found an acquisition of energy generation facilities compatible with the market, although the acquiring party planned to carry out generation, distribution and retail operations with different corporations under its control.

Due to its market analysis, TCA has considered the generation and retail segments as a sole product market in certain decisions⁴⁴, whereas TCA has assessed in its other decisions the generation segment as an independent product market⁴⁵. On the other hand, in its decisions about electricity generation corporations, TCA has determined the whole country as the geographical market⁴⁶. The actual market shares of the electricity generation corporations in Turkey are assessed as inconsiderable. As a consequence, the risk of substantial lessening of competition, which may particularly arise because of the dominant position of the relevant undertakings, is relatively minor⁴⁷.

On the contrary, regarding the concentrations between electricity distribution corporations, TCA has assessed the monopoly territory is the geographical market, since restrained consumers are bound to buy electricity from the distribution corporation, which appears as natural monopoly in this territory⁴⁸.

⁴³ **Enerjisa** Decision of TCA (26.08.2009, 09-39/945-232).

⁴⁴ **Trakya Elektrik** Decision of TCA (18.06.2009,09-29/ 601-142); **Renova** Decision of TCA (20.01.2009; 09-03/55-22).

⁴⁵ **Egerner** Decision of TCA (29.04.2009; 09-20/ 409-103); **Akenerji** Decision of TCA (04.12.2008; 08-69/117-434).

⁴⁶ **Trakya Elektrik** Decision of TCA (18.06.2009,09-29/ 601-142 **Renova** Decision of TCA (20.01.2009; 09-03/55-22); **Enerjisa** Decision of TCA (26.08.2009, 09-39/945-232).

⁴⁷ Considering the weak causality between market power and market share, **Ilıcak** emphasizes that the competition authority shall equivalently take market power of the undertakings into account (**Ilıcak**, s. 530).

⁴⁸ See the **Meram** Decision of TCA (04.12.2008 08-69/1115-432).

III. Characteristic Features of Turkish Electricity Market

The privatization of TEDAS assumes a crucial role for the liberalization of Turkish electricity sector. The main lines of this process have been shaped by the Strategy Scheme. According to this scheme, Turkey is divided into 21 distribution regions, whereas TEDAS has been involved into the privatization process since this corporation owns 20 several distribution facilities. Reviewing the model of privatization, it shall be stated that the property rights shall be preserved by TEDAS, whereas the investor acquires the license to exploit the facilities for the contract period⁴⁹. The investor, which will be entitled to the distribution monopoly, will further exploit the facilities by the means of investments. Accordingly such investments will be financed upon price tariffs to be confirmed by EPDK.

The main target is to adapt a system, where the tariff will be determined solely upon the base of cost.⁵⁰ In this context, the process until 21.12.2012 is named as transitional process⁵¹. The tariff for this process has been already determined by EPDK before the privatization process, whereas EPDK has given urgent attention to costs and contact faults.

After the transition process, the distribution companies are obligated to refrain from implementing the retail sales. Distribution companies need to found separate entities with independent legal personality to implement such retails. Hence the distribution corporations will determine the tariffs in accordance with the secondary legislation and upon the approbation of EPDK. Since the conditions in several regions will differ particularly in a context of contact faults, EPDK will carry out profit transfers among the regions in order to achieve an equal compensation⁵².

With respect to the assessments provided by the Strategy Scheme, TE-TAS (Turkish Electricity Trading Corporation) and EUAS (Turkish Electricity Generation Corporation) have undersigned energy sales agreements with electricity distributors for a period of 5 years. These agreements refer to a pe-

⁴⁹ See the **Aras** Decision of TCA (04.12.2008, 08-69/1116-433); **Meram** Decision of TCA (04.12.2008 08-69/1115-432).

⁵⁰ See the **Baskent Elektrik** Decision of TCA (14.08.2008, 08-50/746-302); **Sakarya Elektrik** Decision of TCA (14.08.2008, 08-50/747-303).

⁵¹ For certain factors postponing the adaptation process, see **Özkan**, p. 134-135.

⁵² For detailed explanations about the price tariffs see **Baskent Elektrik** Decision of TCA (14.08.2008, 08-50/746-302); **Aras** Decision of TCA (04.12.2008, 08-69/1116-433); **Meram** Decision of TCA (04.12.2008 08-69/1115-432).

riod of 5 years and determine a regulated fee system. Such measures address to implement a consistent privatization process regarding the distribution corporations under the control of TEDAS and to guarantee the security of supply in the electricity market. Main expectations characterizing the privatization process are particularly the implementation of investments by the distributor which serve to expand the capacity, to renovate the facilities and further the implementation of permanent investments. After this five years period, energy retails shall be fulfilled upon bargaining, which addresses to establish a competitive market structure.

Due to these considerations, it is apparent that the competitive characteristics of the Turkish electricity market will be mainly shaped after 2013. Following figures arbitrate the principal features of opening the Turkish electricity market to competition:

- The allocation of the distribution operations among 21 geographical regions and among different undertakings.
- The fulfillment of these undertakings to dissolve the vertically integrated process, consisting of generation, distribution and retail segments.
- The undertaking of these undertakings to implement the necessary investments covering expansion and renovation investments as well as permanent investments serving to guarantee the secure supply.

TCA's decisions regarding the electricity distribution segments demonstrate the critical course of a fair market opening⁵³ in terms of the liberalization of the market. On the other hand, TCA's decisions with respect to the concentrations regarding electricity generation companies indicate that competition in this segment is more efficient than the other segments of the electricity market⁵⁴. In these decisions, TCA seems to be content to solely carry out the concentration test. The same tendency appears in the decisions regarding the leasing of power plants⁵⁵.

The expectation, that the competitive impacts of this process will be perceived after 2013, is duly threatened by a critical fact: Even if a competitive

⁵³ For this concept, see **Eising**, p. 108.

⁵⁴ Altek Decision of TCA, 04.11.2010, 10-69/1446-546; Kudret Enerji Decision of TCA, 02.12.2010, 10-75/1546-599

⁵⁵ Adilcevaz Decision of TCA, 05.08.2010, 10-52/1000-375; Değirmendere Decision, 05.08.2010, 10-51/1000-366; Turunçova Decision of TCA, 05.08.2010, 10/52-1000-362.

infrastructure may be ideally established within this process, the potential behaviors of the consumers create a serious risk. Particularly the consumers may insist on buying the electricity from the traditional retailer or from the undertaking, which is under economic control of this retailer. Since such retailers will be exclusively entitled to retail electricity to the consumers in a certain region until 2013, the consumers may act inactively to choose the optimum retailer thence and continue to act with the same retailer even after this date. Turkish Competition Authority evaluates this tendency as a serious risk⁵⁶. Consequently, whether the distribution segment of electricity market acquire will be properly opened up to competition, depends partly on the tendency of the consumers to seek for the optimum retailer.

Hence, acquiring constructive effects from privatization duly depends on the outcome of the traditional structure, which will be established by the traditional retailer during the transition process. The traditional retailer, which may even create its own vertical integrated structure shall be hindered to replace the natural monopolies destructed by privatization. As a consequence, the interactions between the energy policies and competition policies shall be assessed in a manner to observe the creation of a competitive market on the buyer's side of electricity wholesales. In other words, privatization shall be properly evaluated as pure instruments to achieve a competitive market structure. This is because the distribution corporations, still occupying the position of natural monopolies, may carry out retail sales in their own vertically integrated structure as of 2013. The retailers will be deemed as buyers in wholesales. The nature and structure of the demand, which will be set forth by this retailers in these wholesales necessitates that these wholesales shall be classified as a separate market.

After the implementation of the transitional process, Turkish electricity market may face the fact, that the distributors may refrain from dissolving the vertically integrated structure. TCA, taking into account that 83 % of the whole electricity is generated by EUAS, states that this problem shall be better analyzed and assessed in the privatization process of the generation operations⁵⁷. Due to these considerations, it is obvious that Turkish electricity market will be mainly shaped as of 2013.

⁵⁶ TCA has addressed this problem in its **Meram** Decision (04.12.2008 08-69/1115-432).

⁵⁷ See the **Meram** Decision of TCA (04.12.2008 08-69/1115-432).

IV. The Impacts of Convergence between the Electricity and Natural Gas Markets

In the course of the liberalization of the electricity market, another key factor is the convergence between the electricity and natural gas markets in Turkey. In the course of the liberalization of the natural gas market in Turkey, the natural monopolies owned by the State are privatized. Hence, undertakings acquiring the natural gas entities are the sole competitors of the electricity distributors in higher levels, in the middle level as well as in the lower levels (retail sales) of the market⁵⁸.

Since undertakings owning natural gas entities in certain geographic areas have applied to participate in the privatization of the electricity distribution operators in the same geographical areas, TCA has analyzed the risk of convergence between these two energy markets. Evidently, since natural gas generators may act as competitors of the electricity generators, because of their capability to offer electricity and natural gas (dual offers)⁵⁹, combining large generation portfolios creates competition concerns⁶⁰. TCA, assessing the possible competitive effects of the acquisition of natural gas and electricity distribution monopolies by the same undertaking, has come to the conclusion that such acquisitions would not prompt anti-competitive effects⁶¹. However, this approach shall be criticized for overestimating the competitive efficiency to be evoked by the liberalization of the retail sales market.

Suggesting that the acquisition of natural monopolies for natural gas and electricity by the same undertaking would not result in a substantial lessening of competition, TCA intends to establish a well-balanced interaction between the policies of competition and regulation. In this framework, TCA focuses on three aspects : Horizontal concentration, vertical integration and convergence between natural gas and electricity markets.

58 **Yeşilirmak** Decision of TCA (11.03.2010, 10-22/297-107), **Çoruh** Decision of TCA (11.03.2010, 10-22/298-108), **Vangölü** Decision of TCA (08.04.2010, 10-29/440-166); **Çamlıbel** Decision of TCA, 08.04.2010, 10-29/437-163.

59 See Case **EDP/ENI/GDP** of the European Commission, 09.12.2004, Comp/M.3440.

60 Diana L. Moss, Electricity and Market Power : Current Issues for Restructuring Markets (ASurvey), Environmental & Energy Law & Policy Journal, V. 11, 2006, p.33.

61 **Yeşilirmak** Decision of TCA (11.03.2010, 10-22/297-107), **Çoruh** Decision of TCA (11.03.2010, 10-22/298-108), **Vangölü** Decision of TCA (08.04.2010, 10-29/440-166); **Çamlıbel** Decision of TCA, 08.04.2010, 10-29/437-163.

Analyzing the impacts of the convergence between natural gas and electricity markets, TCA mentions **EDP/ENI/GDP** Case of the European Commission⁶², where the Commission has announced that the concentration proposed by electricity and natural gas undertakings as incompatible with the market, since such concentration would strengthen the parties' dominant position in natural gas and electricity markets. With respect to this decision, TCA accepts that an acquisition of natural monopolies in natural gas and electricity markets by the same undertaking would create the risk of convergence, whereas developments in information technology, network economies⁶³, liberalization and customers' demands in energy and information industries are four main factors of convergence⁶⁴. However, TCA comes to the conclusion that current and future market shares are sufficient factors to assess whether such acquisition would create or strengthen the dominant position of the parties in relevant markets.

Regarding this assessment, TCA does not disregard the fact that the natural gas generators are most probably the sole competitors of the electricity distributors. However, TCA underlines its attitude that further developments in the retail sales market of electricity and natural gas would engender efficiencies, which would eliminate the disadvantages prompted by the acquisition of the monopolies by the same undertaking as well as by the combination of generation capacities. In these decisions, TCA argues that its assessments shall not rely upon the case EDP/ENI/GDP, since retail sales markets are already mature in the European energy market, while Turkey is still in early phases of liberalization. In this context, TCA expects great efficiencies in the formation retail sales markets.

It shall be recorded thoroughly that such attitude is too optimistic in any respect. Examinations regarding the electricity market structure definitely confirm that vertical disintegration phases in the course of liberalization do not prompt competitive effects⁶⁵. The undertakings, acquiring the natural

⁶² Case **EDP/ENI/GDP** of the European Commission, 09.12.2004, Comp/M.3440.

⁶³ See **Yenişen** Derya, Network Externalities, Ankara, 2003, No.2.1.

⁶⁴ **Yeşilirmak** Decision of TCA (11.03.2010, 10-22/297-107), **Çoruh** Decision of TCA (11.03.2010, 10-22/298-108), **Vangölü** Decision of TCA (08.04.2010, 10-29/440-166); **Çamlıbel** Decision of TCA, 08.04.2010, 10-29/437-163.

⁶⁵ See the dissenting opinions attached to **Yeşilirmak** Decision of TCA (11.03.2010, 10-22/297-107), **Çoruh** Decision of TCA (11.03.2010, 10-22/298-108), **Vangölü** Decision of TCA (08.04.2010, 10-29/440-166).

electricity monopolies are bound to effectuate the vertical disintegration from 2013. As a result, in the first phase of the liberalization, the new owner of the privatized natural monopoly is the sole actor in the distribution and sales segments of the market. Despite the fact that the liberalization process is addressed to dissolve the vertical integration, the consumers are rarely tended to buy electricity from a new competitor. Additionally, allowing an undertaking to combine its generation capacities in natural gas and electricity will eliminate the leading potential competitor. Taking into account that the formation of retail sales market in Europe has not prompted satisfactory competitive effects, it is not a realistic approach, to expect great efficiencies from the formation of the retail sales markets in Turkey.

Accordingly, TCA has formed two opposition judgments regarding the acquisition of electricity distribution companies by certain undertakings, who have acquired natural gas distribution companies upon privatization⁶⁶. Despite the considerations in these decisions, displaying that efficiencies may solely achieved by the existence and entry of potential and actual competitors in the retail sales market, TCA has based its partial opposition judgments upon the market shares causing the creation or strengthening of the dominant position but not on the convergence between the natural gas and electricity markets. Consequently, the partial non-opposition of the judgments allow natural gas investors to acquire electricity distribution companies, which will eliminate a potential competitor in the electricity distribution market⁶⁷.

Conclusion

The analysis here suggests that,

1. Turkish electricity market is in course of liberalization and the efficiencies gained by privatization processes may be thoroughly analysed after 2013, when the electricity distributors will be bound to disintegrate their retail sales activities from their distribution operations.
2. According to the characteristics of the electricity market, transmission and distribution shall remain as grid businesses, as a result off which unbundling the segments of electricity is indispensable for dynamic and efficient competition.

⁶⁶ **Boğaziçi Elektrik** Decision of TCA, 16.12.2010, 1645-609; **Anadolu/Akdeniz/Toroslar** Decision of TCA, 03.03.2011, 11-12/240-77.

⁶⁷ See the dissenting opinions attached to **Boğaziçi Decision of TCA**, 16.12.2010, 1645-609; **Anadolu/Akdeniz/Toroslar** Decision of TCA, 03.03.2011, 11-12/240-77.

3. Throughout this liberalization process, the first phase regarding the privatization of natural monopolies is near completion, whereas electricity generation segment displays higher efficiencies than other segments.
4. In the course of the liberalization process, TCA, satisfied to carry out the substantial test regarding concentrations, tends to neglect the convergence between the natural gas and electricity markets. In this context, TCA asserts that the vertical disintegration of the distribution and sales activities would engender great efficiencies.
5. On the contrary to this assertion, examinations regarding the nature and the evolution of the electricity market in the European Union have demonstrated, that a fair market opening in retail sales segment is hardly possible. These facts indicate that the leading potential competitor of the electricity distribution companies are the natural gas distributors in the same geographical area. As a result, TCA shall refrain from releasing non-opposition judgments for the acquisitions, which will engender dual offers.

BIBLIOGRAPHY

- Akcollu** Yeşim, *Elektrik Sektöründe Rekabet ve Regülasyon, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi*, Ankara, 2003 (Competition and Regulation in the Electricity Market).
- Ardıyok** Şahin, *Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli*, (Natural Monopolies and Regulating Bodies, A Regulating Institution Model For Turkey) Ankara, 2002.
- Ardıyok** Şahin, *Regülasyon Teorisi Işığında Elektrik Piyasası İçin Model Önerisi*, *Enerji Hukuku C.1 : Elektrik Piyasasında Rekabet ve Regülasyon*, (A Modell Proposal for the Electricity Sector in the Perspective of Regulation Theory) Bursa, 2007, s. 152-283.
- Aslan** Yılmaz, *Elektrik Piyasasının Hukuki Yapısı*, *Enerji Hukuku C.1 : Elektrik Piyasasında Rekabet ve Regülasyon*, (Legal Nature of the Electricity Sector, Energy Law, V. 1, Competition and Regulation in the Electricity Sector), Bursa, 2007, s. 283-514.
- Atıyas** İzak, *Elektrik Sektöründe Serbestleşme ve Düzenleyici Reform*, (Liberalisation and Regulative Reform in Electricity Sector), İstanbul, 2006.
- Aumüller** Ortrud, *Regulierung und Wettbewerb auf dem Telekommunikations- und Strommarkt*, Berlin, 2006
- Bode** Sven/ **Groscurth** Helmuth M., *On the Re-regulation of the Liberalised Power Market in Europe*, *Carbon and Climate Law Review*, 2009, N.2, s. 188-197.

- Can** Mustafa Erdem, Hukuki Açından Elektrik Piyasasında Rekabet, (Competition in the Electricity Market in a Legal Perspective), Ankara, 2006.
- Çetintaş** Hakan/ **Çetin** Tamer, Elektrik Piyasasında Rekabetçi Uygulamalar, (Competitive Practice on Electricity Sector) Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, 2004, C. 9, S. 1, s. 111-137
- Dabbah** Maher M. The Relationship between Competition Authorities and Sector Regulators, Cambridge Law Journal, March, 2011, p. 113-143.
- Eberlein** Burkard, The Making of the European Energy Market, The Interplay of Governance and Government, International Public Policy, C. 28, 2008, s. 73-92.
- Eising** Reiner, Policy Learning in Embedded Negotiations: Explaining EU Electricity Liberalization, International Organization, 2002, p. 85-120.
- Ilıcak** Ali, Elektrik Sektöründe Rekabet Uygulamaları, Enerji Hukuku C.1 : Elektrik Piyasasında Rekabet ve Regülasyon, (Competition Practices in the Electricity Market), Bursa, 2007, s. 515- 538.
- Karamustafaoglu** Mert, Elektrik Üretimi Pazarındaki Mevcut Sözleşmelerin Pazarın Rekabetçi Yapısı Üzerindeki Etkileri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2005 (Existing Contracts in the Electricity Generation Sector).
- Klom** Andy, Effects of Deregulation Policies on Electricity Competition in the EU, Journal of Energy & Natural Resources Law, 1997, C. 15, S. 1, s. 1-22.
- Özercan** Müge Elektrik Endüstrisinin Yeniden Yapılandırılması ve Deregülasyonu, (Restructuring and Deregulation of the Electricity Industry), Ankara, 2007,
- Özkan** Ahmet Fatih, Türkiye’de Enerji Sektörüne İlişkin 10 Temel Sorun Alanı, Rekabet Dergisi, C. 11, S. 2, Nisan 2010, s. 83-139 (Ten Major Problems)
- Paşaoğlu** Ömür Doğal Tekellerde Regülasyon ve Rekabet, (Regulation and Competition regarding the Natural Monopolies) Ankara, 2003.
- Pierce** Richard , Completing the Process of Restructuring the Electricity Market, Wake Forest Law Review, C. 40, 2005, s. 451-496.
- Shapiro** Sidney A. / **Tomain** Joseph P., Rethinking Reform of Electricity Markets, Wake Forest Law Review, C. 40, 2005, s. 497-543.
- Uğur** Mehmet, Regulatory Quality and Performance in EU Network Industries: Evidence on Telecommunications, Gas and Electricity, International Public Policy, V. 29, 2009, p. 347-370.
- Whish** Richard, Competition Law, Fifth Edition, 2003, Elsevier.

- Wohlgemuth** Norbert, Renewable Energy and Energy Efficiency in Liberalized European Electricity Markets, European Environment, 2000, S. 10, s. 1-11.
- Yenişen** Derya, Şebeke Dışsallıkları ve Rekabet , Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2003 (Network Externalities and Competition)
- Yersu ŞAHİN** Selen,Türk Enerji Sektöründe Rekabet Kurumu ile Sektörel Düzenleyici Kurum Arasındaki İlişki, Rekabet Dergisi,C. 11, S. 4, Ekim, 2010, s. 7-57 (Interactions between the Competition Authority and Energy Authorities).

Avrupa Birliği Kamu İhalesi Kurallarına Tâbi Kurum ve Kuruluşlar

Dr. Servet ALYANAK*

Giriş

Kamu ihalesi konusu, Avrupa Birliğinde, İç Pazarın oluşturulması ve tamamlanması bağlamında önemli bir alanı oluşturmaktadır. Topluluk hukukunda AB'nin başlangıçtan beri ulaşmak istediği ana amaç, üye ülkeler arasında malların, hizmetlerin, kişilerin ve sermayenin serbest dolaşımının önündeki engelleri kaldıran bir İç Pazar oluşturmaktır. Topluluk içerisinde firmalar arasında âdil bir rekabetin olmadığı kısıtlayıcı kamu ihalesi uygulamaları, ulaşmak istenen İç Pazarın oluşumunu önemli oranda zedeler.

Üye devletlerdeki kamu ihale kurallarının Topluluk düzeyinde yasal bağlayıcı düzenlemelerle koordine edilmesindeki amaç üye devletlerin kısıtlayıcı kamu alımlarının önüne geçmektir.¹ Topluluk kamu ihale kuralları, klasik yönetim (idare) kuruluşları olarak bilinen merkezî idareler, bölgesel ve yerel idareler ile kamu yararına yönelik faaliyetleri yerine getirmek için kurulan ve ticarî nitelikte olmayan kuruluşların belli bir eşik değerin üstündeki alımlarını kapsamına alır.² Burada amaç devletin etkisi ve baskısına maruz kalıp sa-

* Hâkim

1 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2nd edition, Sweet&Maxwell London, 2005, 1.6, s.7; **BOVIS** Christopher, *EC Public Procurement: Case Law and Regulation*, Oxford University Press, Newyork, 2006, 1.06, s. 12.

2 Eşik değerkler Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) Kamu Alımları Anlaşmasında belirtilen eşik değerklerle uyumu sağlamak için her yıl AB Komisyonu tarafından bir Tüzükle belirlenmektedir. Komisyon en son, 01.12.2009 tarih ve L 314/64 sayılı Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayımlanan 30 Kasım 2009 tarih ve 1177/2009 sayılı Tüzükle 2004/18/AT ve 2004/17/AT sayılı yönergeler açısından eşik değerkler en son aşağıdaki rakamlar olarak belirlenmiştir. 1177/2009 sayılı Tüzüğün 3. maddesine göre, eşik değerklere ilişkin aşağıda belirtilen rakamlar 1 Ocak

tın alma işlemlerinde ulusal ürün ve/veya firmalar lehine uygulama yapması muhtemel olan kuruluşları kapsama almaktır. Dolayısıyla bu nitelikte olan bütün kuruluşlar kamu ihale yönergeleri kapsamında “*ihaleci kuruluş*” olarak nitelendirilir.³

Bu açıdan Topluluk kamu ihale yönergeleri kapsamında kalan idareler ile kamu hukukuna tâbi kuruluş olarak kabul edilmesi gereken kuruluşların tespiti hayati önem arz etmektedir.

Topluluk kamu ihale yönergeleri kapsamında kalan kurum ve kuruluşların satın alma faaliyetlerinde yerine getirmeleri gereken kurallar ve uymaları gereken yasal yükümlülükler göz önüne alındığında hangi kurum ve kuruluşların Topluluk kamu ihale kurallarına tâbi olduğunun belirlenmesi de zor bir konudur. Kamu ihale yönergeleri kapsamında kalan idareler kabaca çok kısa bir şekilde özetlenebilir ise de kolay tespit edilir nitelikte değildir. 1980’li yılların ortalarında başlayan özelleştirme süreci ve kamu hizmetlerinin özel hukuka tâbi kısmen veya tamamen özerk değişik kurum ve kuruluşlar aracılığıyla gördürülmesi de bu açıdan yapılacak tespit ve nitelendirmeyi güçleştirmektedir.

Hem kamu yararına yönelik ticarî nitelikte olmayan faaliyetleri yerine getiren hem de tamamen ticarî nitelik arz eden faaliyetleri olan kuruluşların du-

2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 1177/2009 sayılı Tüzüğü’nün 2. maddesine göre:

2004/18/AT sayılı yönerge için eşik değerler;

- 2004/18/AT sayılı yönergenin 7(a) maddesinde mal ve hizmet alımı ihaleleri için daha önce belirtilen eşik değerler merkezî idare kuruluşları için 125.000 Avro,
- 2004/18/AT sayılı yönergenin 7(b) maddesinde mal ve hizmet alımı ihaleleri için daha önce belirtilen eşik değerler diğer kamu kuruluşları için 193.000 Avro,
- 2004/18/AT sayılı yönergenin 7(c) maddesinde yapım işleri ihaleleri için daha önce belirtilen eşik değerler bütün kamu kuruluşları için 4.845.000 Avro’dur.
- 2004/17/AT sayılı yönerge kapsamındaki kurum ve kuruluşlarla ilgili eşik değerler ise;
- 2004/17/AT sayılı yönergenin 16(a) maddesinde mal ve hizmet alımı ihaleleri için daha önce belirtilen eşik değerler yönerge kapsamında kalan tüm kuruluşlar için 387.000 Avro,
- 2004/18/AT sayılı yönergenin 16(b) maddesinde yapım işleri ihaleleri için daha önce belirtilen eşik değerler yönerge kapsamında kalan tüm kuruluşlar için 4.845.000 Avro’dur.

3 **Bkz.** 2004/18/AT sayılı kamu ihale yönergelerinin 1(9) maddesi uyarınca; “*alım yapan idare*” devlet, bölgesel veya yerel idareler, kamu hukukuna tâbi kuruluşlar, bu idareler ve kamu hukukuna tâbi kuruluşlar tarafından oluşturulan birliklerdir.

rumu da bu açıdan önemlidir. Bu kuruluşların Topluluk kamu ihale kurallarına tâbi olup olmayacağı, tâbi olmaları halinde tamamen ticarî nitelik arz eden bir kısım faaliyetlerine yönelik satın alma işlemlerinin de aynı şekilde Topluluk kamu ihale yönergelerine göre gerçekleştirilmesinin gerekip gerekmediği de ayrı bir sorun teşkil etmektedir. Tüm bu hususlar aşağıda Adalet Toplulukları Adalet Divanının (ATAD) kararları ile ayrıntılı olarak analiz edilmiştir.

I. Topluluk Kamu İhale Kurallarının Amacı

Topluluk kamu ihale kurallarının esas amacı, Topluluk düzeyinde İç Pazarın tamamlanmasını sağlayan bir bileşen olarak malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımını sağlamaktır. Topluluk düzeyinde İç Pazarın tamamlanması hedefine ulaşılması açısından da sadece özel sektör piyasasının entegrasyonu yeterli olmayıp Topluluk

düzeyinde önemli bir ekonomik büyüklük arz eden kamu ihale piyasasının da entegrasyonu önemlidir. Topluluk ekonomisi içerisinde kamu ihaleleri Topluluk düzeyinde Gayri Safi Milli Hasılanın %16,3'üne tekabül eden bir büyüklüğe sahiptir.⁴

Bununla birlikte kamu ihale piyasası kâr maksimizasyonuna dayanan özel sektör piyasası ile aynı nitelikte olmayıp buradaki piyasa kamu yararının gerçekleştirilmesini esas alan ve ulusal sanayinin korunmasını amaç edinen ulusal ürün veya firmalar lehine uygulamaların olabileceği bir piyasadır. Üye devletlerin korumacı kamu ihale uygulamaları da Topluluk düzeyinde İç Pazarın tamamlanmasına yönelik önemli bir engeldir.

Adalet Divanı, *Mannesmann dâvası*⁵ kararında AB kamu ihale yönergeleri kapsamındaki idare tanımını bağlamında, kamu ihale yönergelerinin amacının, “*merkezî kuruluşlar, bölgesel ve yerel idareler, kamu hukukuna tâbi kuruluşların ulusal istekliler lehine davranma tehlikesinin önüne geçmek ve aynı zamanda ağırlıklı olarak devlet, bölgesel veya yerel idareler ya da diğer kamu hukuku kuruluşları tarafından finanse edilen veya yönetilen kuruluşların da ekonomik açıdan rasyonel davranmamaları ihtimalini bertaraf etmek*” olduğunu belirtmiştir.⁶

4 **Bkz.** http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/index_en.htm (erişim tarihi 15.01.2010).

5 **Bkz.** Case C-44/96 *Mannesmann Anlagenbau Austria AG v Strohal Rotationsdruck GesmbH* [1998] E.C.R. I-73. para.[33].

6 **Bkz.** PAPANGELI Evangelia, “The application of the E.U.’s Works, Supplies and Services Directives to commercial entities”, *Public Procurement Law Review (P.P.L.R.)*, 2000, 5, 201-225, s.215

Bu bağlamda kamu ihale yönergeleri hükümetin etkisi ve baskısı altında ulusal sanayi lehine kamu ihale uygulamaları yapabilecek kurum ve kuruluşların alımlarında riayet etmeleri gereken kuralları ortaya koymaktadır. Buradaki bahse konu etki ve baskı konusu aşağıda belirtilen iki hususun bir araya gelmesi durumunda söz konusu olur. Bunlardan ilki, kapsam dâhilindeki kuruluşlar hükümetin mâli, idarî veya diğer çeşitli mahiyetlerde olan kontrolü altında olabilir. Diğeri de söz konusu kurum ve kuruluşlar ticarî anlamda herhangi bir piyasa baskısı altında olmadıklarından (başka kuruluş veya özel sektör firmalarının rekabeti altında faaliyet göstermediklerinden) hükümetin etki ve baskısına direnç gösteremeyip ulusal sanayi lehine kamu ihale uygulamaları yapabilecek olmaları konusudur.⁷

II. 2004/18/AT⁸ ve 2004/17/AT⁹ Sayılı Kamu İhale Yönergelerinin Genel Olarak Kapsamı

2004/18/AT ve 2004/17/AT sayılı kamu ihale yönergeleri bu anlamda, kapsam dâhilindeki üye devlet idareleri ile kuruluşların alım usullerini düzenlemektedir.¹⁰ Üye devlet idarelerince gerçekleştirilen kamu ihalelerinin 2004/18/AT sayılı yönerge hükümlerine tâbi olması açısından bazı koşulların oluşması gerekmektedir. Bu koşullar; ihaleyi yapan idare ile ihalenin konusu hizmet, yapım veya mal tedarikinin konu olarak yönerge kapsamında kalması ve ihale konusunun meblağ olarak belli eşik değerlerin üzerinde olması gerekmektedir. Böylece, yönergede tanımlanan kamu idareleri tarafından gerçekleştirilen, yine konusu yönerge kapsamında kalan ve yaklaşık maliyeti belli

7 **Bkz. ARROWSMITH**, Sue “The Community’s Legal Framework on Public Procurement: ‘The Way Forward’ at last?” *Common Market Law Review*, 1999, 36, s.13-49.

8 **Bkz.** 2004/18/AT sayılı kamu ihale yönergesi, Avrupa Birliği Resmi Gazetesinin L-134/1 [2004] sayılı nüshasında yayınlanmıştır. Bu yönerge üye ülkelere 31 Ocak 2006 tarihine kadar bir geçiş süresi öngörmüştü.

9 **Bkz.** 2004/17/AT sayılı kamu ihale yönergesi, Avrupa Birliği Resmi Gazetesinin L-134/1 [2004] sayılı nüshasında yayınlanmıştır. Bu Direktif üye ülkelere 31 Ocak 2006 tarihine kadar bir geçiş süresi öngörmüştü.

10 **Bkz. BOVIS** Christopher, op.cit., 2006, 5.02, s.203. 2004/18/AT sayılı yönergenin 1(2)(a) maddesinde; kamu ihale sözleşmeleri, bir ya da daha fazla sayıda iktisadî işletme ile bir ya da daha fazla sayıda idare arasında maddî çıkar için yazılı olarak yapılan ve konusu bu yönerge kapsamında yapım işlerinin ifa edilmesi, malların satın alınması ya da hizmetlerin temin edilmesi olan sözleşmeler olarak tanımlanmıştır. **DISCHENDORFER** Martin, “The concept of a public contract within the meaning of the E.C. Procurement Directives: a note on Case C-399/98”, *Public Procurement Law Review*, 2001(a), 6, NA127-134

eşik değerlerin üzerinde olan ihaleler 2004/18/AT sayılı yönerge hükümlerine tâbi olarak yapılacaktır. Aynı şekilde 2004/17/AT sayılı kamu ihale yönergesi kapsamında kalması açısından yönergede tanımlanan kurum ve kuruluşlar¹¹ tarafından gerçekleştirilen (su, enerji, ulaşım ve iletişim sektörlerinde faaliyet gösteren), yine konusu yönerge kapsamında kalan su, enerji, ulaşım ve iletişim sektörlerine ilişkin faaliyetleriyle ilgili olan ve yaklaşık maliyeti belli eşik değerlerin üzerinde olan ihaleler 2004/17/AT sayılı yönerge hükümlerine tâbi olarak yapılacaktır.

Toplulukta kabul edilen ilk kamu ihale yönergelerinin (71/305 sayılı yapım işleri ihaleleriyle ilgili yönerge [1971] O.J. L181/5) ve 77/62 sayılı mal alımı ihaleleriyle ilgili yönerge [1976] O.J. L13/1) kabul edildiği tarih itibarıyla Topluluk kamu ihale kurallarına tâbi olan ‘ihaleci kurum ve kuruluşlar’ denince bu kapsamdaki kuruluşların iki kategori altında değerlendirildiği söylenebilir. İlk kategoride kalan kuruluşların, klasik yönetim (idare) kuruluşları olarak bilinen merkezî idareler, bölgesel ve yerel idareler ile federal devletlerde ayrıca federe devlet idaresini de içine alan kategori olduğu, diğerk ikinci kategorinin de ‘kamu hukukuna tâbi kuruluşlar’ olarak ayrı bir kategori şeklinde ele alındığı söylenebilir.

Gerek eski, gerek yeni AB kamu ihale yönergeleri sadece ulusal kanunlarda tarif edilen merkezî ve yerel idareler ile belediyeleri değil aynı zamanda ‘kamu hukukuna tâbi olan’ bütün kuruluşları da kapsamaktadır. Klasik kamu sektörleriyle ilgili 2004/18/AT sayılı kamu ihale yönergesi kapsam olarak, devlet tanımı kapsamında kalan kamu idareleri, yerel idareler, bölgesel idareler (federal düzeydeki üye devletlerin bölgesel yönetimlerini içine alan bir kavram olarak burada kullanılmıştır) ile kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik faaliyetleri olan ve ticarî niteliği haiz olmayan kuruluşların satın alma işlemlerini kapsamaktadır.¹²

Buna göre, 2004/18/AT sayılı yönerge kapsamındaki kurum ve kuruluşlar;

¹¹ 2004/17/AT sayılı yönerge kuralları kamu kurumları, kamu teşebbüsleri ile hükümet tarafından verilen özel ve münhasır hak kapsamında faaliyet gösteren kuruluşların yönerge kapsamındaki sektörel (su, enerji, ulaşım ve posta) faaliyetlerini düzenleme altına almaktadır.

¹² Kamu ihale yönergeleri kapsamında kalan idareler açısından yapılan sınıflandırma ve tanımın geniş tutulması açısından bkz. JANS J.H. / LANGE R. De / PRECHAL S. / WIDDERSHOVEN R.J.G.M., *Europenisation of Public Law*, Europa Law Publishing, Groningen/Amsterdam, 2007, s.73.

- Klâsik devlet kuruluşları (merkezî kuruluşlar) ile bölgesel ve yerel idareler,
- Kamu hukukuna tâbi kuruluşlar ve
- Sayılan idare ve kuruluşlardan biri veya birkaçı tarafından oluşturulan birlikleri ifade etmektedir.

Bu çalışmada da 2004/18/AT sayılı kamu ihale yönergesi kapsamında kalan kurum ve kuruluşlar yukarıdaki sınıflandırma dikkate alınarak analiz edilmiştir. Bu nedenle, öncelikle “*klâsik devlet kuruluşları*” olarak kabul edilen kurum ve kuruluşlar ile “*birlikler*” ele alınmış, bilâhare “*kamu hukukuna tâbi kuruluşlar*” incelenmiştir.

III. Klâsik Devlet Kuruluşları (Merkezî Kuruluşlar) ile Bölgesel ve Yerel İdareler

Bu ilk grup geleneksel devlet idareleri olan merkezî, bölgesel ve yerel idareler ile klasik devlet kuruluşlarını içermektedir. Bu kategoride kalan idareler açısından ise 2004/18/AT sayılı kamu ihale yönergesinde herhangi bir tanım yapılmış değildir. Bu açıdan Avrupa Toplulukları Adalet Divanının kararları ışığında bazı yorumlar geliştirilmiştir.

Bu kapsamda kalan geleneksel devlet idareleri olan merkezî idarelerin tespitine yönelik 2004/18/AT sayılı kamu ihale yönergesinin kapsamında kalan ‘merkezî hükümet kurumları’ anılan yönerge kapsamında Ek-IV’te belirtilen liste ile her üye devlete yönelik olarak listeleme yöntemi ile belirtilmiştir. Bu listede belirtilen kurumların faaliyetleri tamamen ticarî nitelikte olsa bile yapacakları alımların anılan yönerge kurallarına göre gerçekleştirilmesi gerekir. Aşağıda ele alınacak olan kamu hukukuna tâbi kuruluşlar açısından yönerge kapsamı dışında değerlendirilmeyi sağlayacak ticarîlik unsuru 2004/18/AT sayılı kamu ihale yönergesinin Ek-IV listesinde belirtilen kuruluşlar açısından geçerli değildir.

Burada yönerge kapsamındaki merkezî idareler belirlenirken AB üye devletlerinin farklı idarî yapılanma ve organizasyonları göz önüne alınarak listeleme yapılmıştır. Komisyonun Belçika aleyhine açtığı davada, Belçika Parlamentosunun kamu ihale yönergeleri kapsamında kalıp kalmadığı tartışma konusu olmuştur.¹³ Bu iddiaya dayanak olarak Belçika Parlamentosunun hükü-

¹³ **Bkz.** Case C-323/96 *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium* [1998] E.C.R. I-5063. para.[41].

met bakanlıklarından bağımsız ve üstünlüğünün olduğu, ihale sistemi olarak da bir bakanlığın kontrolüne tâbi olmadığından kamu ihale yönergesine tâbi merkezî bir idare olmadığı ileri sürülmüştü. Ancak, Adalet Divanı, yönergenin kapsamının iç hukukta yapılan idare tanımına bağlı olmadığını belirterek bu iddiayı kabul etmemiştir.¹⁴ Divan, yönergelerin kapsamı açısından geleneksel devlet idareleri olan merkezî, bölgesel ve yerel idareleri içeren ‘devlet’ kavramının bahse konu liste dışında kalıp geleneksel devlet kavramı içerisinde kalan yasama, yürütme ve yargı yetkisini kullanan tüm kurum ve kuruluşları kapsadığını belirtmiştir.¹⁵ Ancak burada yapılan ‘devlet’ tanımı oldukça geniş olup yönerge kapsamında kalan devlet tanımının açık olarak yapılması ve sınırlarının belirlenmesini hedefleyen bir tanım olduğunu söylemek de güçtür. Zira bu tanım devletin aslî organlarından birisi olan Belçika Parlamentosunun bahse konu yönerge kapsamında ‘devlet’ tanımı kapsamında değerlendirilmesini amaçlayan bir tanım olup bu somut olaya özgü olarak yapıldığını değerlendirmek lazımdır.

ATAD, *Beentjes*¹⁶ kararında yönerge kapsamında kalan ‘devlet’ tanımını da geniş tutmuştur. *Beentjes* kararında Divan tarafından yapılan ‘devlet’ tanımının; oluşumu ve işlevleri mevzuata dayanan, üyeleri yetkili kurumlar tarafından atanan, almakla mükellef olduğu tedbirlere ilişkin sorumluluğu bulunan, ihalenin finanse edilmesi ve gerçekleştirilmesi kendi sorumluluğunda olan ve ayrı bir tüzel kişiliği olmayan bir kurumu da kapsadığı sonucuna ulaşılmıştır.¹⁷

Şüphesiz ki bu tanım da oldukça geniş bir tanım olup geleneksel devlet kavramı dışında kalan birçok kuruluşu da içine alacak bir tanımdır. Burada dikkat edilecek husus da, bahse konu somut olayda söz konusu kuruluşun herhangi bir tüzel kişiliğinin olmadığı ve bu nedenle de aşağıda detaylı olarak analiz edilecek ‘kamu hukukuna tâbi kuruluş’ kapsamında değerlendirilemeyen geleneksel devlet idaresi çatısı altında kurulan bir kuruluşun kapsam altına alınmasına yönelik geliştirilen bir tanım olduğunu söylemekte fayda var-

14 **Bkz.** PAPANGELI Evangelia, op.cit., 2000, s. 205; ARROWSMITH Sue, “Definition of ‘the state’ ”, *Public Procurement Law Review*, 1999(b), 2, CS37-38, s.CS37.

15 **Bkz.** Case C-323/96 *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium* [1998] E.C.R. I-5063. [27] ve [39] no’lu paragraflar.

16 **Bkz.** Case C-31/87 *Gebroeders Beentjes BV v Netherlands* [1988] E.C.R. 4635, (“Beentjes”) ECJ.

17 **Bkz.** Case C-31/87 *Gebroeders Beentjes BV v Netherlands* [1988] E.C.R. 4635, ECJ, [12] no’lu paragraf.

dır. Bu nedenle tüzel kişiliği olan bir kuruluş açısından aynı nitelikte geniş bir tanım yapılmasına da gerek bulunmadığı düşünülmektedir. Dolayısıyla, *Beentjes* kararındaki tanımın, anılan karara konu kuruluşa benzer nitelikleri haiz olup tüzel kişiliği olmayan ve hükümet kuruluşlarınca kurulan kuruluşları da içine almayı sağlayan bir tanım olduğunu belirtmekte fayda vardır.

Bu nedenle geleneksel devlet idareleri olan merkezî, bölgesel ve yerel idareleri içeren ‘devlet’ kavramının neyi kapsadığı ve içerdiğine ilişkin olarak Divanın *Beentjes* kararının incelenmesinde fayda vardır.

1) Divanın *Beentjes* Davası Kararı

Bu davadaki sorun Hollanda Toprak Destekleme Komitesinin dava tarihi itibarıyla yürürlükte olan 71/305/AET sayılı kamu ihale yönergesi kapsamında kalan bir kuruluş olup olmadığı konusu idi. Komite toprak destekleme projesiyle alakalı bir yapım işi ihalesini en düşük fiyatı teklif eden kişi üzerinde bırakmaması üzerine ortaya çıkmıştır. Komite şeklen (resmi olarak) devletten ayrı, bağımsız ve tüzel kişiliği olmayan bir kuruluştur. Bununla birlikte Komite üyeleri Vilayet Yönetiminin atanmakta ve Komite Vilayet Yönetiminin finanse edilmekteydi. Bunun yanı sıra Komitenin işleyişi ile oluşumu yasa ile belirlenmiş ve Hollanda Kraliyetince atanan merkezî bir komitenin çıkardığı kurallara uymak durumundaydı.

71/305/AET sayılı kamu ihale yönergesi kapsamında Hollanda Toprak Destekleme Komitesi eğer devletin, bölgesel veya yerel idarelerin bir parçası ya da anılan yönergenin Ek-I no’lu listesinde kamu hukukuna tâbi bir kuruluş olarak algılanırsa kamu ihale kurallarına uymakla mükellef bir kuruluş olarak değerlendirilecekti. Hollanda Toprak Destekleme Komitesi anılan yönergenin Ek-I no’lu listesinde kamu hukukuna tâbi bir kuruluş olarak belirtilmediğinden yönerge kapsamında devletin, bölgesel veya yerel idarelerin bir parçası olup olmadığı hususu öne çıkmıştı.

Divan, yönerge kapsamında devlet tanımına fonksiyonel bir yaklaşım geliştirmiştir. Böyle bir yaklaşımın gereği olarak da Divan kamu ihale yönergesinin metin olarak lafzına değil amacına yoğunlaşmıştır. Divan 71/305/AET sayılı kamu ihale yönergesinin amacının yapım işleri ihaleleriyle alakalı kişilerin serbest dolaşımı ile hizmetlerin serbest dolaşımının etkili bir şekilde işlemesinin temin edilmesi olduğunu belirtmiştir. Divan şeklen (resmi olarak) devlet idaresinden ayrı olan bir kuruluş sırf bu nedenle 71/305/AET sayılı kamu ihale yönergesi kapsamında değerlendirilmezse anılan yönergenin amacının bu nedenle tehlike altına alınmış olacağını belirtmiştir.

Burada belirleyici faktör, ilgili üye devletteki ulusal hukuka göre yapılan sınıflandırmaya bakılmaksızın, devletin söz konusu kuruluşun faaliyetleri üzerindeki idari, mali ve siyasi kontrol derecesidir.

Burada bahsedilen devlet tanımıyla ilgili fonksiyonel yaklaşım Divanın takip eden C-323/96 sayılı *Commission v. Belgium* davasında da gündeme gelmiştir.¹⁸ Yukarıda da belirtildiği üzere Divan burada kamu ihale yönergesi kapsamında kalan kurum ve kuruluşlar açısından getirilen tanımın Topluluk hukukuyla alakalı bir konu olduğunu ve bu açıdan yapılacak tanımlamanın da ulusal hukukta kamu idaresi olarak kabul edilecek kuruluşlarla ilgili getirilen tanımlamadan bağımsız olduğunu belirtmiştir. Gerek Belçika Parlamentosu gerekse *Beentjes* kararına konu kuruluşla ilgili kararlarda Divan tarafından geliştirilen ‘devlet’ tanımı bazı analizlere ve değerlendirmelere tâbi tutulmadan uygulanacak olursa geleneksel devlet tanımı kapsamında kalmayan birçok kuruluş bu tanım çerçevesi içerisinde kalacaktır. Bu tanım, aslında kamu hukukuna tâbi kuruluş kapsamında aranan hususlardan biri olan ticarî nitelikte olmama koşulunu da gerektiren sınıflandırmanın dışında kalan ticarî kuruluşları da içine alan bir tanımdır. Ancak şunu unutmamak lazımdır ki *Beentjes* kararında yapılan bu tanımın ayrı bir tüzel kişiliği olmayan ve ‘geleneksel devlet’ kavramı çatısı altında kalan bir kuruluşu ilgilendirdiğini unutmamak gerekir.

Dolayısıyla, yönerge kapsamındaki ‘devlet’ tanımının ayrı bir tüzel kişiliği olmayan fakat yakın ilişkisi ve haiz olduğu nitelikler itibariyle geleneksel anlamdaki merkezî, bölgesel ve yerel idareleri içeren ‘devlet’ kavramı çatısı altında değerlendirilen kuruluşlar açısından biraz daha geliştirilmesi ve açık hale getirilmesi gerekmektedir. Buradaki durum, bu kuruluşların ayrı tüzel kişilikleri olmaması ve bu nedenle bunların kamu hukukuna tâbi kuruluş olarak değerlendirilememelerinden kaynaklanan sıkıntıyı gidermek amacıyla bu kuruluşların ‘devlet’ tanımı kavramı altında değerlendirilen kuruluşlar olarak telakki edilmeleridir.

Bu düşünceden hareketle, Adalet Divanı C-306/97 sayılı *Connemara Machine Turf v. Coillte Teoranta*¹⁹ ve C-353/96 sayılı *Commission of the European Communities v. Republic of Ireland*²⁰ davalarında böyle bir yaklaşımı

18 **Bkz.** C-323/96 sayılı *Commission v. Belgium* [1998] ECR I-5063.

19 **Bkz.** C-306/97 sayılı *Connemara Machine Turf v. Coillte Teoranta* [1998] ECR I-8761.

20 **Bkz.** C-353/96 sayılı *Commission of the European Communities v. Republic of Ireland* [1998] ECR I-8565

yansıtan analizler yapmıştır. Bu davalar, Enerji Bakanlığı tarafından kurulan ve hisselerin çoğunluğu bu Bakanlığa ait özel bir şirket statüsünde olan İrlanda Orman Kurulunun (*Coillte Teoranta*) statüsü ile alakalı olarak ortaya çıkmıştır. Bu davaya konu kuruluşun ayrı bir tüzel kişiliği bulunmaktaydı. Divan, *Beentjes* kararındaki yönerge kapsamıyla alakalı ‘devlet’ tanımının bu davada uygulanıp uygulanmayacağını analiz etmemiş ve sadece *Beentjes* kararına konu edilen kuruluştan farklı olarak bu davaya konu kuruluşun ayrı bir tüzel kişiliği olduğunu belirterek *Beentjes* kararındaki yaklaşımın buradaki kuruluş yönünden uygulanamayacağını ima etmiştir. Neticede Divan, İrlanda Orman Kurulunu (*Coillte Teoranta*) ‘devlet’ kavramı çatısı altında kabul etmeyecek bu kurulun ayrı bir tüzel kişiliği olduğunu, ihalelerini merkezi, bölgesel veya yerel bir adına gerçekleştirmediğini ancak ‘devlet’ kurumlarının dolaylı denetimi altında olduğundan kamu hukukuna tâbi bir kuruluş olarak değerlendirmiştir.

2) Divanın *Beentjes* Davası Kararının Etkileri

Divanın *Beentjes* kararı neticesinde kamu ihale kuralları kapsamında kalan kuruluşlarla ilgili olarak işlevsel (fonksiyonel) tanım ve organik tanım olarak iki yaklaşım ortaya konulduğu söylenebilir. Bu tanımlar kapsamın belirlenmesine yönelik olarak birbirinin alternatifi veya kümülatif şekilde kullanılabilir tanımlardır. Organik tanım kavramı altında devlet tanımı kapsamında kalan merkezî, bölgesel ve yerel düzeydeki bütün klasik devlet kurumları bu meyanda değerlendirilir. Fonksiyonel tanım açısından da kamu yararının gerçekleştirilmesine (genel hizmetlerin yerine getirilmesi) ilişkin faaliyetleri olan ve kamusal yetkilerle donatılan (klasik devletsel nitelikte işlevi olan) kuruluşlar da ulusal mevzuattaki sınıflandırmaya bakılmaksızın bu kapsamda ele alınmaktadır. Bu yaklaşım doğrultusunda devletlerin bir takım işlevlerini yerine getirmek üzere özel hukuka tâbi kuruluşlar kurarak bu kuruluşları kamu ihale yönergelerinin kapsamı dışında tutma girişimlerinin önüne geçilmiştir.²¹ Yukarıda da ifade edildiği üzere ‘kamu hukukuna tâbi kuruluş’ kategorisi sadece ayrı bir tüzel kişiliği olan kuruluşları kapsamaktadır. *Beentjes* kararında ayrı bir tüzel kişiliği olmayan kuruluşları da kapsayan geniş ‘devlet’ tanımının yapılmasının nedeni bu kuruluşların ‘devlet’ kavramı ile yakından ilişkili olmalarına rağmen yönerge kapsamı dışında kabul edilmelerinin önüne geçmektir. Bununla birlikte ayrı bir tüzel kişiliği olan kuru-

21 Bkz. PAPANGELI Evangelia, op.cit., 2000, s. 205.

luşlar açısından böyle geniş bir tanım yapmanın da gereği yoktur. Bu düşünceden hareketle her üye ülke açısından merkezî hükümet idarelerini belirten yönerge ekindeki listede ismen belirtilmeyen ancak bu idareler tarafından kurulan ancak ayrı bir tüzel kişiliği olmayan ve kamu yararının gerçekleştirilmesine (genel hizmetlerin yerine getirilmesine) ilişkin faaliyetleri olan ve kamusal yetkilerle donatılan kuruluşları da bu kapsamda ele almak gerekmektedir.

Ancak şunu unutmamak lazımdır ki ayrı bir tüzel kişiliği olmayan kuruluşun tamamen ticarî nitelikte olması durumunda bu kuruluşun geleneksel devlet kavramı ile çok yakın ilişkili olmasına rağmen bu kapsamda değerlendirilebilmesi de çok zor gözükmektedir. Bu değerlendirme, en azından, tamamen ticarî nitelikte ve ayrı bir tüzel kişiliği olan kuruluşların kamu hukukuna tâbi kuruluş olarak kabul edilmeleri yönünden doğru bir değerlendirmedir.

Tamamen merkezî ve yerel hükümet kuruluşlarına ait kuruluşlar yönünden bu kuruluşların söz konusu idarelere aidiyeti tek başına kamu ihale yönergeleri açısından bu kuruluşların bağlı olduğu idare ile aynı nitelikte sayılmaları sonucunu doğurmaz. Ancak buradaki aidiyet kamu hukukuna tâbi kuruluş kavramı açısından aranan unsurlardan biri olan idari denetime tâbi bir şirket veya kuruluş olup olmadığının belirlenmesi açısından önemlidir. Bu nedenle bu tip şirket veya kuruluşların ticarî niteliği haiz bir yapıda olmaları durumu hariç kamu hukukuna tâbi kuruluş kapsamında (ayrı bir tüzel kişilikleri olmaları halinde) değerlendirilmeleri mümkündür.

Fonksiyonel tanım açısından da ayrı bir tüzel kişiliği olmayan, kamu yararının gerçekleştirilmesine (genel hizmetlerin yerine getirilmesi) ilişkin faaliyetleri olan ve kamusal yetkilerle donatılan (klasik devletsel nitelikte işlevi olan) ve merkezî veya yerel idareler tarafından idari ve mali açıdan kontrol edilen kuruluşlar kamu ihale yönergeleri kapsamında ‘devlet’ tanımı içinde değerlendirilir.

IV. Kamu Hukukuna Tâbi Kuruluşlar

Yukarıda ifade edilen kamu hukukuna tâbi kuruluştan kasıt ise yönergede şöyle tanımlanmıştır. Kamu hukukuna tâbi kuruluş;

- Kamu yararını sağlamayı amaçlayan, ancak sınaî veya ticarî nitelik taşımayan görevleri yerine getirmeye yönelik özel bir amaç için kurulan,
- Tüzel kişiliği olan ve

- Ağırlıklı olarak devlet, bölgesel veya yerel idareler veya diğer kamu hukuku kuruluşları tarafından finanse edilen veya yönetimleri bu kurumların idaresinde olan, veya idare, yönetim veya denetim organlarının üyelerinin yarısından fazlası devlet, bölgesel veya yerel idareler veya diğer kamu hukukuna tâbi kuruluşlar tarafından atanan tüm kuruluşları ifade etmektedir.²² Aşağıda ayrıntılı olarak analiz edilecek *Mannesmann* kararında Adalet Divanı bu üç kriterin de kümülatif kriterler olduklarını belirtmiştir.²³

Kamu ihale yönergeleri kamu hukukuna tâbi kuruluşları her bir ülke açısından yönerge ekindeki listelerle ayrıca belirtmiştir.²⁴ Bu liste mümkün oldukça üye ülkelerdeki yönerge kapsamı açısından geçerli tüm kamu hukukuna tâbi kuruluşları her üye ülke yönünden sayma yöntemi ile belirtmiştir. Ancak bu listenin bağlayıcı olmadığını da burada belirtmekte fayda vardır. Çünkü bu listede ismen belirtilmeyen kuruluşlar yukarıda aktarılan niteliklere haiz ise yönerge kapsamı açısından kamu hukukuna tâbi kuruluş olarak addedilecek aksi durumda eğer ki bir kuruluş tanımında belirtilen özellikleri haiz olmamasına rağmen bu listede belirtilmişse yönerge kapsamında olduğu düşünülmecektir.²⁵

Kamu hukukuna tâbi kuruluşun açık ve şümullu bir tanımının yapılması son derece önemlidir. Kamu yararına yönelik faaliyetler ile sınaî ve ticarî karakteri haiz olmama unsurlarının da doğru tanımlanması bu kavram dahilinde değerlendirilecek kuruluşların belirlenmesi açısından son derece önemlidir. Bu tabire yönergede yer verilmesinin esas amacı, hükümet kurumlarıyla (merkezî ve yerel idarelerle) ilişki içinde olmalarına rağmen yaptıkları ihalelerde piyasa koşulları altında varolan ticarî baskılar karşısında ulusal ürün

22 **Bkz.** 2004/18/AT sayılı kamu ihale yönergesinin 1(9) maddesi.

23 **Bkz.** RHODRI, Williams “The “Arnhem” case: definition of “body governed by public law””, PPL.R. 1999, 1, CS5-8, s. CS7. **Bkz.** Case C-44/96 *Mannesmann Anlagenbau Austria AG v Strohal Rotationsdruck GesmbH* [1998] E.C.R. I-73, [21] ve [38] no’lu paragraflar, *Mannesman* kararındaki bu husus bilahare Divanın bir çok kararında aynen tekrar edilmiştir. **Bkz.** C-360/96 *Gemeente Arnhem v BFI Holding BV* [1998] E.C.R. I-6821, 29 no’lu paragraf, Case C-237/99 *Commission v France* [2001] ECR I-939, 40 no’lu paragraf, ve Joined Cases C-223/99 and C-260/99 *Agorà and Excelsior* [2001] ECR I-3605, 29 no’lu paragraf.

24 Kamu hukukuna tâbi olan kuruluşlar yönünden atıfta bulunulan kriterleri karşılayanların dar kapsamlı listeleri ve bunların kategorileri 2004/18/AT sayılı kamu ihale yönergesinin Ek-III’te verilmiştir. Buradaki listede yapılan değişikliklerin üye devletler tarafından düzenli aralıklarla Komisyona bildirilmesi öngörülmüştür.

25 **Bkz.** BOVIS Christopher, op.cit., 2006, 7.69, s.366.

ve ulusal (yerli) istekliler lehine bir uygulamada bulunma ihtimali olmayan ve ekonomik verimlilik prensibi doğrultusunda hareket eden kuruluşların yönerge kapsamı dışında değerlendirilmesini sağlamaktır. Başka firmaların da ilgili serbest piyasada mal arz etmeleri veya hizmet sunmalarından kaynaklanan ticarî baskı karşısında ekonomik verimlilik prensibi doğrultusunda hareket eden kuruluşların içinde bulunduğu durum bu konuda verilebilecek en çarpıcı örnektir. Eğer bu kuruluşlar ihalelerinde ulusal ürün ve firmalar lehine bir uygulamada bulunurlarsa bu durum onların maliyetini artırır ve başka firmalarla rekabet edebilmelerini güçleştirir. Bu ticarî baskı da bir nevi ayrımcılık yapılması yasağını temine yönelik hukuken getirilecek yasal düzenlemelele alternatif bir araç oluşturur.

Bu kuruluşların büyük bir çoğunluğu, ya kamu kurumlarının faaliyetlerini destekleyici mahiyette işleri yerine getirmek üzere kurulan ya da daha önce kamu kurumlarının kendi bünyesinde olan ve artık bu kurumların bünyesi dışına çıkarılarak ayrı bir hukuki statüye kavuşturulan (bir nevi özelleştirilen) kuruluşlardır. “Kamu hukukuna tâbi kuruluş” tanımı kapsamındaki kuruluşlarla alakalı olan özelliklerden birisi de bu kuruluşların yaptıkları işlerin çoğu kamu idarelerinin gerçekleştirdikleri ihalelere katılımları neticesinde elde ettikleri işlerdir. Burada önemli olan husus, bu kuruluşların kamu idarelerince gerçekleştirilen ihalelere katılımının rekabete açık bir şekilde gerçekleştirilmesidir. Eğer ilgili kuruluşun elde ettiği ihale kamu idaresinin kamu ihale yönerge kurallarına uygun olarak gerçekleştirilmeden yapılmışsa böyle bir durumda ilgili kamu ihalesinin devlet yardımı olarak verildiğı konusu gündeme gelecektir. Bu konunun detayı bu çalışmanın amacının ötesinde kaldığından burada sadece bu hususa değinmekte fayda görülmüştür.

1) Tüzel Kişiliğı Haiz Olup Kamu Yararını Sağlamayı Amaçlayan ve Ticarî ve Sinaî Karakteri Haiz Olmayan Kuruluşlar

Bir kuruluşun yönerge kapsamında kamu hukukuna tâbi kuruluş olarak kabul edilebilmesi için her şeyden önce “*kamu yararını sağlamayı amaçlayan ve ticarî ve sinaî karakteri haiz olmayan bir tüzel kişi*” olması gerekmektedir. Bir kuruluş finase etme, atama ve idari denetim kriterleri yönünden yönerge kapsamındaki başka bir idare tarafından denetlenirse dahi eğer “*kamu yararını sağlamayı amaçlayan ve ticarî ve sinaî karakteri haiz olmayan bir özel hukuk tüzel kişisi*” değil ise yönerge kapsamında kalan bir kuruluş olarak değerlendirilmeyecektir.

Divan, “*kamu hukukuna tâbi kuruluş*” kapsamında ‘kamu yararını sağlamayı amaçlayan, ancak sinaî veya ticarî nitelik taşımayan görevleri yerine

getirmeye yönelik özel bir amaç için kurulan' tabirini iki farklı unsura (kısmı) ayırarak analiz eden bir test geliştirmiştir. Bunlardan ilki, ilgili kuruluş tarafından karşılanan ihtiyaçların kamu yararını (genel ihtiyaçları) karşılamayı amaçlayıp amaçlamadığıdır. Diğer unsur da ilgili kuruluşun kamu yararını (genel ihtiyaçları) karşılamayı amaçlayan faaliyetinin ticarî ve/veya sınaî karakterinin olup olmadığıdır.

2) Kamu Yararını Sağlamayı Amaçlamak

Bu unsura ilişkin olarak şu hususu açıklıkla ifade etmek lazımdır ki AB kamu ihale yönergelerinin amaçları düşünüldüğünde bu unsurun işlevinin net olmadığını söylemekte fayda vardır. Aşağıda ele alınacak Adalet Divanı kararlarında da 'kamu yararını sağlamayı amaçlamak' kavramının açıklanması anlamında bu kavramın hangi işlevi yerine getirdiğine ilişkin yapılan herhangi bir atfı olmaması nedeniyle bu kavramla ilgili bir anlam eksikliğinin mevcut olduğu söylenebilir.

Arrowsmith, "kamu hukukuna tâbi kuruluş" kapsamında 'kamu yararını sağlamayı amaçlayan ve ticarî ve sınaî karakteri haiz olmayan tüzel kişi' kavramını tarihsel açıdan AB rekabet hukuku kuralları kapsamında kalacak teşebbüsler açısından bir kıyaslama yaparak tanımlanabileceğine işaret etmiştir. Bu argümana göre, AB rekabet hukuku kurallarına tâbi olan teşebbüsler kamusal niteliğe de haiz olsalar bir ekonomik aktivite içerisinde olmaları durumunda bu kurallara tâbi olacaklarını, bu anlamda AB rekabet hukuku kurallarına tâbi olduğu tesbiti yapılan kuruluşların aynı zamanda 'kamu yararını sağlamayı amaçlayan ve ticarî ve sınaî karakteri haiz olmayan tüzel kişi' kavramı altında değerlendirilmemesi ve AB kamu ihale yönergeleri kapsamı dışında kalması anlamına gelmektedir. Bu açıdan gerek AB kamu ihale kuralları ile gerekse AB rekabet hukuku kurallarına tâbi olmak açısından 'ekonomik risk' kriteri önemli bir kriter olmakla birlikte, Adalet Divanı tarafından her iki alan yönünden böyle bir bağlantı kurulmamış ve her iki alanın farklı düzenleme amaçlarının olması hasebiyle kapsamla ilgili tanımlar açısından Divan kamu ihalesi konusuyla alakalı olan davalarda doğrudan rekabet hukuku davalarına atıfta bulunmamıştır.²⁶

26 **ARROWSMITH, Sue**: "The Entity Coverage of the EC Procurement Directives and UK Regulations: A Review", *Public Procurement Law Review*; 2004, 2, s. 59-86. s.72.

Mannesmann davasında Hukuk Sözcüsü *Leger* kamu yararı (genel çıkarlarla) ile ilgili faaliyetlerin kıyasen AT Antlaşmasının 86(2) maddesinde²⁷ geçen genel ekonomik yararlar kavramının tekabül ettiği kapsamdaki faaliyetlerin buraya uygulanmasını önermiştir.²⁸ *Mannesmann* davasında Divan, ilk defa bir kuruluşun kamu yararına yönelik faaliyetler için kurulma şartıyla ilgili daha detaylı bir analiz yapma fırsatı bulmuştur.

Kamu hukukuna tâbi kuruluş kavramının belirlenmesinde Adalet Divanı'nın aşağıda incelenecek olan *Mannesmann ve Arnhem* dava kararları bu açıdan önem taşır.

a) Divanın *Mannesmann* Davası Kararı²⁹

Mannesmann davası ATAD'ın önüne ön karar yöntemi ile Avusturya Kamu İhale Kurumu (*Bundesvergabamt*) tarafından getirilmiştir. Ulsal düzeydeki davada davacılar, Avusturya'daki birtakım özel sektör firmaları (*Mannesmann Anlagenbau and others*) olup, davalılar da Avusturya Devlet Basımevi Ofisi (*Osterreichische Staatsdruckerei*) ile özel olarak basım işleri ile uğraşan ve ona bağlı bir kuruluş olan *Strohal Rotationsdruck GmbH* şirketi idi. Dava konusu da Avusturya Devlet Basımevi Ofisi tarafından kendisine bağlı olan *Strohal Rotationsdruck GmbH* kuruluşu adına gerçekleştirilen yapım işi ihalesi ile alakalı olarak bu ihalenin kamu ihale kuralları takip edilecek gerçekleştirilmesi gerektiği ile ilgili idi.

Staatsdruckerei orijinal olarak Avusturya Devlet Basımevi Ofisi olarak kurulmuş olmakla birlikte 1981 yılı Avusturya Federal Yasasına istinaden *Staatsdruckerei* hakkında yasal olarak bir yapı değişikliğine gidilmiş ve özel ticaret hukukuna tâbi 'bağımsız bir ekonomik kuruluş' statüsüne dönüştürülmüştür. *Staatsdruckerei'nin* kuruluş kanununa göre de federal yönetime yönelik; resmi ilanları içeren yerel bir gazete, federal hukuk raporları ve kararları, fe-

²⁷ AT Antlaşmasının 86 (2) maddesi; Antlaşmanın genel kurallarından bir ölçüde sapmaya imkan vermektedir. Buna göre, genel ekonomik yarar sağlayan hizmetlerin işletilmesiyle görevli kurumlar, rekabet kurallarının uygulanması kendilerine verilmiş belirli görevlerin yerine getirilmesini hukuken veya fiilen engellemediği ölçüde, bu kurallara tâbi olmalıdır. Bu hükmün amacı, üye devletlerin bazı işletmeleri ekonomi veya vergi politikası aracı olarak kullanmadaki menfaatini, Topluluğun rekabet kurallarına uyum ve iç piyasanın korunmasındaki menfaatiyle uzlaştırmaktır.

²⁸ **Bkz.** PAPANGELI Evangelia, op.cit., 2000, s. 208.

²⁹ **Bkz.** Case C-44/96 *Mannesmann Anlagenbau Austria AG v Strohal Rotationsdruck GesmbH* [1998] E.C.R. I-73.

deral resmi gazete, kimlik kartları, sürücü belgeleri ve pasaportlar gibi gizlilik ve güvenlik önlemi gerektiren basım materyalinin hazırlanması ve çoğaltılmasına ilişkin yegâne bir sorumluluğu bulunmaktadır.

Bu aktiviteler güvenlik önlemi gerektirdiğinden devletin hizmet kontrolü altında gerçekleştirilmekteydi. *Staatsdruckerei*'nin gerçekleştirdiği hizmetlere karşılık alınacak bedeller de sekiz üyesi değişik bakanlıklarca atanan ve toplamda oniki üyeden oluşan Ekonomik Konsey tarafından ticarî prensiplere uygun olarak sabit ücretlere bağlanmıştı. Ayrıca, *Staatsdruckerei*'nin faaliyetleri Avusturya Sayıştay'ı tarafından da denetlenmekteydi.

Staatsdruckerei'nin yüklendiği kamu hizmetlerinin yanı sıra kuruluş Kanunun 2 (2) maddesine göre de kitap ve gazetelerin basımı ve dağıtılması ile diğer basım materyallerinin çoğaltılması gibi ticarî faaliyetleri de bulunmaktaydı. Bu ticarî nitelikteki faaliyetlerin yerine getirilmesi sırasında *Staatsdruckerei* başka teşebbüslerde hisse sahibi de olabiliyordu. *Staatsdruckerei* Şubat 1995 yılında ileri basım teknikleri üzerinde uzmanlaşmış özel bir teşebbüs olan *Strohal Gesellschaft mbH* firmasını devralmıştır. *Staatsdruckerei* bilahare sermayesinin %99'u kendisine ait olan *Strohal Rotationsdruck GmbH* ünvanlı basım materyalinin çoğaltılması işiyle iştigal edecek kendisine bağlı ayrı bir teşebbüs (kuruluş) kurmuştur.

Ekim 1995 yılında da *Staatsdruckerei* kendisine bağlı bir teşebbüs olan *Strohal Rotationsdruck*'ın da faaliyetlerinde kullanabileceği tesislerin inşasıyla ilgili bir yapım işi ihalesinin gerçekleştirilmesine başlamıştır. İhale süreci *Staatsdruckerei*'nin bizzatı kendisi tarafından *Strohal Rotationsdruck* adına ve namına gerçekleştirilmiştir. Ancak *Staatsdruckerei* bu ihalenin gerçekleştirilmesi esnasında kamu ihale kurallarına riayet etmemiştir. Zira, *Staatsdruckerei* kendisine bağlı bir teşebbüs olan *Strohal Rotationsdruck*'ın adına ve namına bu ihaleyi gerçekleştirdiğini ve *Strohal Rotationsdruck*'ın da o zaman mer'î olan kamu ihale kurallarına tâbi bir kuruluş olmadığını düşünmekteydi.

ATAD'ın önüne ön karar yöntemi ile ulaşan davada, ulusal inceleme merci tarafından başkaca konuların yanı sıra, *Staatsdruckerei* ile kendisine bağlı bir teşebbüs olan *Strohal Rotationsdruck*'ın 93/37 sayılı yapım işleri ihalelerine ilişkin Topluluk kamu ihale yönergesi³⁰ kapsamında statüleri ve özellikle

30 **Bkz.** Avrupa Birliği Resmi Gazetesinin L-199/54 [1993] sayılı nüshasında yayınlanan yapım işleri ihalelerinin karara bağlanması prosedürlerinin koordinasyonuna ilişkin 14 Haziran 1993 tarih ve 93/37 sayılı AT yönergesi. Bu Yönergede, 13 Ekim 1997 tarih ve 97/52 sayılı AT Konsey Yönergesi ile değişiklik yapılmıştır. Bu yönergenin yerini şu an 2004/18/AT sayılı yönerge almıştır.

‘kamu hukukuna tâbi kuruluş’ kavramı altındaki durumları sorulmuştur. Divan, ayrıca bir yapım işi ihalesinin ihale sürecinde ihaleyi yapan idarenin faaliyetlerinin ticarî bir kuruluşu devredilmesi durumunda ihalenin hâlâ kamu ihale kurallarına uygun olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceği soruna da değinmiştir.

Divan, *Staatsdruckerei*’nin (Avusturya Devlet Basımevi Ofisi) pasaportlar, kimlik kartları, mevzuat yayınları gibi resmi idari dokümanların basımının kamu yararını (genel çıkarlara) karşılamaya yönelik faaliyetler olduğuna karar vermiştir. Divan *Staatsdruckerei*’nin söz konusu evrak ve dokümanların basımı ve çoğaltılmasıyla ilgili faaliyetlerinin arz güvenliği gerektiren ve belli bir güvenlik içinde gerçekleştirilmesi gereken kamu düzeniyle ilgili ve Avusturya devletinin kurumsal işleyişi ile ilgili olan faaliyetler olduğuna karar vermiştir. Divan bu şekilde kamu yararını (genel çıkarlara) karşılamaya yönelik faaliyeti devletin geleneksel veya kurumsal anlamdaki sorumluluğuyla ilişkilendirmiştir.

b) Divanın *Korhonen* Davası Kararı³¹

Divan, kamu yararını (genel çıkarlara) karşılamaya yönelik faaliyet kavramıyla ilgili getirilen bazı sınırlayıcı yaklaşımları AB kamu ihale yönergesinin amacına atıfta bulunarak reddetmiştir. Divan C-18/01 sayılı *Arkkitehuuritoimisto Riitta Korhonen Oy v Varkauden Taitotalo* (“*Korhonen*”) davasında ilgili kuruluşun yerine getirdiği hizmetten sadece bir firmanın yararlandığı gerekçesiyle yerine getirilen faaliyetin kamu yararını (genel ihtiyaçları) karşılamayı amaçlamadığı iddiasını kabul etmemiştir.

Bu dava belediyeye ait olan ve bu belediye tarafından yönetilen şirketin statüsü ile ilgili idi. Divan, hedefi ticarî faaliyetlerin geliştirilmesi amacıyla emlak edinilmesini sağlamak olan söz konusu şirket tarafından sunulan alt yapının sadece bir firmaya kiralanmasının ihaleci kuruluşun kamu hukukuna tâbi kuruluş statüsünde değerlendirilmesini etkilemeyeceğini belirtmiştir. Divan, belediye sınırları içerisinde ticarî hayatı canlandırmak amacıyla ticarî firmaların kullanımına imkan sağlamak üzere inşaat yapılması ve emlak edinilmesi faaliyetini kamu yararını (genel ihtiyaçları) karşılamayı amaçlayan faaliyet olarak değerlendirmiştir. Divan bu faaliyetin iş ve istihdam yaratılmasına olumlu katkı sağlayacağını, vergi gelirlerini artıracığını, mal ve hizmetlere

³¹ **Bkz.** Case C-18/01 *Arkkitehuuritoimisto Riitta Korhonen Oy v Varkauden Taitotalo*, [2003] ECR I-5321.

ilişkin arz ve talebi geliştireceğini belirtmiştir. Divan, kuruluşun söz konusu faaliyetinin başka firmaların bölgeye olan ilgilerinin çekilmesi gibi daha geniş düzeyde dolaylı etkileri olabileceğini ve söz konusu faaliyetin muhataplarının çok az sayıda olmasının ilgili kuruluşun tercihli alım uygulamaları yapma ihtimalini ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir.

Divan, söz konusu faaliyetin aynı zamanda başka bazı özel sektör teşebbüslerince de yerine getiriliyor olmasının bu faaliyetin kamu yararını (genel ihtiyaçları) karşılamayı amaçlayan bir faaliyet olarak nitelendirilmesini etkilemeyeceğini belirtmiştir. Bu nedenle, bir kuruluşun faaliyetinin aynı zamanda başka bazı özel sektör teşebbüslerince de yerine getiriliyor olması kuruluşun ticarî ve sınaî karakter taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde önem arz ediyor olsa da, bu husus, yerine getirilen faaliyetin kamu yararını karşılama niteliğine ilişkin yapılacak değerlendirmeyi etkilemez. AB kamu ihale yönergeleri yönünden ise, ilgili kuruluşlar tarafından gerçekleştirilen söz konusu faaliyetlerin sadece bir veya birkaç kişi veya firmanın yararına olacak olması zorunlu olarak bu faaliyetlerin kamu yararını (genel ihtiyaçları) karşılamayı amaçlayan faaliyetler olarak nitelendirilemeyeceği sonucunu doğurmaz.

c) Divanın *Adolf Truly* Davası Kararı³²

Adolf Truley davasında Divan cenaze defni işlemlerinin gerçekleştirilmesiyle ilgili hizmetin de kamu yararını (genel ihtiyaçları) karşılamayı amaçlayan bir faaliyet olabileceğini belirtmiştir. Divan, bu davada doğum ve ölüm sertifikası verilmesi konusu ile genel sağlığın korunması konusuyla alakalı faaliyetlerin devletin ilgi alanında kalan aktiviteler olduğuna ve dolayısıyla kamu politikası ile ilişkili olduğuna kanaat getirmiştir. Zira, Avusturya mevzuatı, kişilerin vefatının ardından beş günlük süre içerisinde herhangi bir şekilde defin işlemleri yapılamamışsa bu işlemlerin devlet tarafından yapılması ile buna ilişkin giderleri karşılayacak bir kaynağın olmaması halinde de bu giderlerin karşılanmasını öngörüyordu.

Adalet Divanı ‘kamu yararının karşılanması’ kavramının yorumlanması-na ilişkin birtakım kriterler geliştirmiştir. Öncelikle, Divan *Adolf Truly* davasında bu kavramın bir Topluluk hukuku kavramı olduğunu ve bu kavramın ne anlama geldiği ve nasıl anlaşılması gerektiğinin de Topluluk hukukuna göre belirlenen kriterlere tespit edilmesi gerektiğini, yoksa bu kavramın tanımının sadece ulusal hukukta yapılan tanımlamaya bağlı olmadığını belirtmiştir.

32 **Bkz.** Case C-373/00 *Adolf Truly v Bestattung Wien*, [2003] E.C.R. I-1931.

Bir faaliyetin (sektörün) düzenleme altına alınmış olması kamu yararını (genel çıkarları) sağlamayı amaçlayan bir faaliyetin mevcudiyetine dair bir işarettir. Ancak söz konusu faaliyetin (sektörün) ilgili üye ülkenin fiili ve hukuki koşullarının ‘kamu yararının karşılanması’ kavramına ilişkin Topluluk hukukuna göre yapılacak değerlendirmeyi etkilemesi ihtimalini de göz ardı etmemek gerekir. Tabiatıyla, burada söz konusu kuruluşun kâr etme saikiyle hareket edip etmediği hususu önem arz ettiğinden bu yönden yapılacak değerlendirme ilgili faaliyetin (sektörün) hukuki ve fiili koşullarına göre her üye ülke açısından değişebilir.

Kamuya doğrudan hizmet sunumu yapan kamu kurumlarının kamu yararını (genel ihtiyaçları) karşılamayı amaçlayan faaliyetleri bu kapsamda değerlendirilir. *Arnhem* kararında Divan, sağlık ve çevresel nedenlerle ev atıklarının toplanması işinin özel sektör marifetiyle istenen şekilde yeterince yerine getirilemeyebileceğinden dolayı bu faaliyetin kamu yararını (genel ihtiyaçları) karşılamayı amaçlayan bir faaliyet olabileceğini belirtmiştir. Bu açıdan kuruluşun yerine getirdiği faaliyetin serbest piyasa ortamında bulunamayacak bir mal veya hizmeti karşılayan bir faaliyet olup olmadığı, devletin de bizzat kendisinin bu ihtiyaçları karşılamayı tercih edip etmediği, ve bu nitelikte olan bir faaliyetin yerine getirilmesinde devletin etkin bir pozisyonda olup olmaması hususları bu yöndeki değerlendirmede önem taşır.³³

d) Divanın *Fiera Internazionale di Milano* Davası Kararı³⁴

Yukarıdaki dava örnekleri doğrudan kamu ihtiyaçlarını karşılayan kuruluşlarla ilgilidir. Bunun yanı sıra hükümetin kamuya hizmet sunma faaliyetlerinin destekleyici mahiyetteki faaliyetleri sunan kuruluşların bu faaliyetleri de kamu yararını (genel ihtiyaçları) karşılamayı amaçlayan bir faaliyet olarak nitelendirilebilir. Divan, üniversite işletilmesini, kamuya eğlence ve dinlence faaliyetlerinin sunumunu, kamuya yönelik olarak telekomünikasyon şebekelerinin işletilmesi ve telekomünikasyon hizmetlerinin sunumunu da kamu yararını (genel ihtiyaçları) karşılamayı amaçlayan faaliyetler olarak görmüştür. Ayrıca ticaretin canlandırılmasını amaçlayan faaliyetleri de Divan bu meyanda değerlendirmiştir. Divan, *C-223/99* ve *C-260/99 Agora v Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano* davalarında mal ve hizmet sunucularının bir araya gelmelerini sağlayan fuar ve sergi organizasyonu faaliyetini ticarete kat-

33 **Bkz.** BOVIS Christopher, op.cit., 2006, 7.81, s.370.

34 **Bkz.** Joined cases C-223/99 and C-260/99 *Agora v Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano*, [2001] E.C.R. I-3605.

kı sağlaması itibariyle kamu yararını (genel ihtiyaçları) karşılamayı amaçlayan faaliyet olarak görmüş ve bu kapsamda değerlendirmiştir. Bahse konu davanın bu açıdan analiz edilmesinde fayda vardır. İtalya'nın Milan şehrinde fuarlar, sergiler ve konferansların organize edilmesi işiyle uğraşan Milan Uluslararası Fuar Yönetim Kurulu'nun (*Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano*) durumunu ele alan C-223/99 sayılı resepsiyon bölgesinde kiracıların gömme eşyaları ve aksesuarının kiralanması davası ile C-260/99 sayılı sergi binalarının temizlik hizmetlerine ilişkin davalarda Divanın yaptığı tespitler önemlidir. C-223/99 sayılı davada *Agora* ve C-260/99 sayılı davada da *Escelsior* firması Lombardy Bölgesel Mahkemesinde dava açarak Milan Uluslararası Fuar Yönetim Kurulu'nun Topluluk kamu ihale kurallarına aykırı işlemler yaptığı iddiasında bulunmuşlardır.

Divan Milan Uluslararası Fuar Yönetim Kurulu'nun tüzel kişiliği haiz olduğunu, kamu hukukuna tâbi kuruluş olarak addedilmek anlamında bağıllık kriterleri olan atama, mali ve idari denetim açısından devletle bağıllık ilişkisinin de var olduğunu belirtmiştir. Kuruluşun tüzüğüne bakıldığında Yönetim Kurulunun amacının fuarlar, sergiler ve konferanslar düzenlemek olduğu, bu faaliyetlerin de mal ve hizmetlerin satımı ve sunumuna ilişkin uygun bir forum oluşturduğu ve bu şekilde yöredeki ticarî ilişkileri güçlendirmeye yönelik olduğu tespit edilmiştir.

Divan Komisyonun da belirttiği üzere uluslar arası düzeyde bu faaliyetin başka üye ülkelerin büyük şehirlerinde kurulu bulunan başka kuruluşlarla rekabet içerisinde yerine getirildiğini belirtmiştir. Divan, kuruluşun her ne kadar kâr amaçlı bir organizasyon olmasa da performans, verimlilik ve maliyet etkinliği kriterlerine göre faaliyet göstermekte olduğu tespitinde bulunmuştur.

Divan, mal ve hizmet sunucularının bir araya gelmelerini sağlayan fuar ve sergi organizasyonuna ilişkin faaliyetleri ticarete katkı sağlaması itibariyle kamu yararını (genel ihtiyaçları) karşılamayı amaçlayan faaliyetler olarak görmüş ve bu kapsamda değerlendirmiştir.

Divana göre, mal ve hizmet sunucularının bir araya gelmelerini sağlayan fuar ve sergi organizasyonuna ilişkin faaliyetler ticarete katkı sağlamanın yanı sıra fuar ve sergilerde sunulan çeşitli mal ve hizmetlerin tüketicilere daha sağlıklı olarak bilgi sunulmasına uygun bir zemin oluşturur. Bunun neticesinde oluşan ticarî katkı da kamu yararına (genel ihtiyaçları karşılamaya) yönelik bir faaliyettir.

Bu noktada artık esas sorun, kamu yararına (genel ihtiyaçları karşıla-maya) yönelik bu faaliyetin sınaî/ticarî karakteri haiz olup olmaması hususu önem arz etmektedir. Bu husus ta aşağıda ele alınmıştır.

Bununla birlikte, Divan kararlarında açıkça hangi faaliyetlerin kamu yararını (genel çıkarlara) karşılamaya yönelik faaliyetler olarak kabul edileceğine dair herhangi bir sınırlayıcı tanım vermiş de değildir. Söz konusu unsurun pozitif olarak hangi işlevi veya işlevleri içerdiğine dair de bir açıklamada da bulunmamıştır. Burada sorun ilgili kuruluşun karşılayacağı ihtiya-cın niteliğinin bu anlamda ihalelerde ulusal ürün veya istekliler lehine uygulama yapılmasını tespite yararlı olup olmamasıdır. Bundan dolayı bu kavram sosyo-ekonomik, politik ve kültürel faktörlere bağlı olarak ülkeden ülkeye değişmektedir. Bu nedenle hangi faaliyetin kamu yararını (genel çıkarlara) karşılamaya yönelik faaliyet olarak değerlendirileceği hususu her vak'a ya yönelik ayrı bir analiz ve değerlendirme yapmayı gerektirir.

Bununla birlikte, uygulamada, devletin ilgili piyasaya özel olarak müdahale etmesinin gerekli olmadığı faaliyetler yönünden bu piyasada faaliyet gösteren kuruluşların yönerge kapsamında kalmadıkları kanaati vardır.

Bununla birlikte, yönergenin önlemeyi amaçladığı ayrımcı alım uygulamaları düşünüldüğünde bu unsur yönünden yönerge kapsamı dışında bırakılan kuruluşların neden kapsam dışında bırakıldığını anlamak da g gözükmektedir. Bazı iktisadi kamu hizmetlerinde (su, enerji, ulaştırma ve posta hizmet sektörlerinde) faaliyet gösteren kurum ve kuruluşların alım usullerini düzenleyen 2004/17/AT sayılı kamu ihale yönergesi (*Utilities* yönergesi) kapsamında kalan kurum ve kuruluşlar için getirilen sektörel bazda düzenleme açıklaması da (ye ülkelerde bazı sektörler yönünden farklı piyasa ve sektör yapılanması ile düzenlemelerinin bulunması) ok ikna edici gözükmemektedir. Bu açıklama, ancak, bazı ye devletlerdeki ilgili piyasa (sektör) bazında ulusal ürün veya istekliler lehine ayrımcı uygulamaların söz konusu sektöre göre farklılık arzettiği ölçüde bu açıklama işlev görür. Bu kuruluşların rekabet kurallarına tâbi olmuş olmaları da bu açıdan alakalı bir yaklaşım değildir, zira bu kuruluşların rekabet kurallarına tâbi olmuş olmaları onların ayrımcı ihale uygulamalarının önlenmesinde yeterli bir kontrol sağlamaz. Bu açıdan *Arrowsmith*, yönergelerin kapsamının belirlenmesinde bu unsurun belirleyici faktör olmasından vazgeçilmesini ve sadece ilgili kuruluşun kamu yararını (genel ihtiyaçları) karşılamayı amaçlayan faaliyetinin ticarî ve/veya sınaî karakterinin olup olmadığına bakılması gerektiğini belirtmiştir.³⁵

35 Bkz. ARROWSMITH Sue, op.cit., 2004, s. 73.

3) Sınâî veya Ticarî Karaktere Haiz Olma Kriteri

Divanın, “*kamu hukukuna tâbi kuruluş*” kapsamında ‘kamu yararını sağlamayı amaçlayan, ancak sınâî veya ticarî nitelik taşımayan görevleri yerine getirmeye yönelik özel bir amaç için kurulan’ tabirini iki farklı unsura (kısmı) ayırarak analiz eden bir test geliştirdiğine yukarıda değinmiştik.

Bunlardan ilk unsura yukarıda ayrıntıları ile değinmiştik. Diğer unsur da ilgili kuruluşun kamu yararını (genel ihtiyaçları) karşılamayı amaçlayan faaliyetinin ticarî ve/veya sınâî karakterinin olup olmadığıdır. Bu kriter de kamu ihale yönergelerine tâbi olacak faaliyetlerin tespit edilmesinde önem taşımaktadır.

Bir kuruluş yönerge kapsamındaki bir idare tarafından finanse edilse veya denetlense ya da atansa da eğer bu kuruluş özel olarak kamu yararını amaçlayan sınâî ve ticarî niteliği haiz bir kuruluş değil de ticarî bir şirket mahiyetinde ise gene kamu hukukuna tâbi bir kuruluş olarak kabul edilmeyecektir. Bu kavram kolay anlaşılacak bir kavram değildir. Bununla birlikte, bu kavramın esas amacı, hükümetle ilişkili olsa da ticarî piyasa baskısına maruz kalan ve bu baskı altında satın alma faaliyetlerini verimlilik esasına göre gerçekleştiren dolayısıyla ulusal ürün ve firmalar lehine uygulama yapmayacak durumda olan kuruluşları kamu ihale yönergeleri kapsamında değerlendirmemektir.

Serbest piyasa ortamında diğer firmalarla rekabet içinde mal veya hizmet sunma faaliyetlerini de gerçekleştiren kuruluşlar yönünden bu yaklaşım çok doğru bir argümandır. Eğer bu kuruluşlar ulusal ürün ve firmalar lehine tutum ve davranış içinde olurlarsa bu eylemleri onların maliyetlerini artırıcı etki gösterir ve aynı piyasa ortamında faaliyet gösteren rakip firmalar karşısında onları zor durumda bırakır. İşte piyasanın bu baskıcı etkisi bürokratik düzenlemelerle ayrımcılık yapılmasının önüne geçilmesinde alternatif bir işlev görür.

Burada önemli olan kuruluşun kurulma amacı (niyeti) değil faaliyetin niteliğidir. *Mannesmann* davası ve müteakip dava kararlarında Divan bir kuruluşun kamu yararını (genel ihtiyaçları) karşılamayı amaçlayan faaliyetinin ticarî ve/veya sınâî karakteri haiz olup olmadığına sadece başlangıçta kurulurken çıkarılan kuruluş statüsüne bakılarak bir değerlendirme yapılacağını belirtmiş ise de *Universale-Bau* davasında³⁶ Divan bu yaklaşımını değiştir-

36 **Bkz.** Case C-470/99, *Universale-Bau AG v. Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, [2002] ECR I-11617.

miştir. *Martin Dischendorfer*'in de belirttiği gibi, Divan bu davada, bir kuruluşun başlangıçta sadece kamu yararını (genel ihtiyaçları) karşılamayı amaçlayan ticarî ve/veya sınaî karakteri haiz olan bir faaliyeti yerine getirirse de bilahare kamu yararını (genel ihtiyaçları) karşılamayı amaçlayan ticarî ve/veya sınaî karakteri haiz olmayan bir başka faaliyeti yerine getirmeye başlamasından dolayı kamu ihale yönergesi kapsamında kalan bir kuruluş statüsünde değerlendirilebileceğini belirtmiştir.³⁷ Buradan da şu husus anlaşılmaktadır ki, bir kuruluşun statüsü ve kuruluş amacından ziyade faaliyetinin niteliğine bakılarak bir değerlendirme yapılması daha doğru gözükmektedir. İhtiyacın niteliğine ilişkin yapılacak değerlendirmenin de objektif olarak gerçekleştirilmesi gerekir.

Divan bu kriteri tatbik ederken kuruluş tarafından yerine getirilen faaliyetin sadece niteliğine değil aynı zamanda kuruluşun faaliyetini serbest ticaret ortamında yerine getirip getirmediğine de bakmaktadır. Bu amaçla, Divan, ilgili kuruluşun bızatıhi kendi niteliği ile kuruluşun faaliyet gösterdiği ilgili piyasa yerinin karakteristik özelliklerini irdelemektedir. Bu bakış açısından hareketle, farklı üye devletlerde aynı faaliyeti yürüten kuruluşların tümünün AB kamu ihale yönergelerinin kapsamı dâhilinde olduklarını düşünmek doğru değildir. Hatta aynı üye ülkenin farklı bölgelerinde aynı faaliyeti yürüten kuruluşların bu bağlamdaki statüleri değişebilir. Yani yukarıda anılan ve aşağıda daha ayrıntılı analizi yapılan kriterler doğrultusunda aynı üye ülkenin farklı bölgelerinde aynı faaliyeti yürüten kuruluşlar kamu ihale yönergelerinin kapsamı yönünden farklı değerlendirilebilir.

Adalet Divanı “kamu hukukuna tâbi kuruluş” tanımı kapsamında kamu yararını (genel ihtiyaçları) karşılamayı amaçlayan faaliyetin ticarî ve/veya sınaî karaktere haiz olup olmadığına ilişkin olarak birkaç prensip geliştirmiştir.

Bunlardan ilki, söz konusu faaliyetin başka firmaların rekabeti altında yerine getirilip getirilmediğidir. Bu kriter şu açıdan önemlidir, eğer ilgili kuruluş başka firmalarla rekabet halinde faaliyetini yerine getiriyorsa o zaman bu kuruluş satın alma işlemlerinde ekonomik davranma ve dolayısıyla ulusal ürün ve istekliler lehine uygulama yapmaktan kaçınmak durumundadır. *Mannesmann* davasında Divan, Avusturya Basımevi Ofisinin monopol olarak reka-

37 **Bkz. DISCHENDORFER** Martin, “The EBS case: definition of a “body governed by public law”, limitation periods, and publicity requirements for scoring methods”, P.P.L.R. 2003, 2, NA34-40, s.NA37.

bet baskısı altında olmadan münhasır nitelikte faaliyet gösterdiğini belirtmiştir. Ayrıca fiyatların da içinde kamu kurumlarının temsilcilerinin bulunduğu bir otorite tarafından sabit olarak belirlendiği ve bunun rekabetçi bir piyasanın varlığını engellediğini belirtmiştir.

İlgili kuruluşun faaliyetini başka firma veya kuruluşların rekabeti altında yerine getirmesi koşulu bu kuruluşun ticarî/sınaî bir kuruluş olarak kabul edilmesi için gerekli bir koşul olmakla birlikte yeterli bir koşul değildir. Rekabetin olduğu kabul edilse bile söz konusu kuruluşun maruz kaldığı rekabet düzeyinin kuruluşu alımlarında ekonomik davranmaya ve ticarî olarak etkili satın alım uygulamaları yapmaya teşvik etmesi gerekmektedir. Nitekim *Arnhem* kararında Adalet Divanı ilgili kuruluşun faaliyet gösterdiği piyasa ortamındaki rekabetin varlığının tek başına bu kuruluşun gerçekleştireceği ihalelerde ulusal ürün ve firmalar lehine ayrımcılık yapılmasını engelleyeceği anlamına da gelmeyeceğini belirtmiştir.³⁸ Zira, bu kuruluş ulusal ürün ve firmalar lehine olmak üzere gerçekleştireceği ihalelerde zarar etmeyi göze almış olabilir. Bu açıdan burada önemli olan kuruluşun faaliyetini olağan ticarî işleyiş kurallarına uygun olarak yerine getirip getirmediğidir. Eğer kuruluş faaliyetini olağan ticarî işleyiş kurallarına uygun olarak yerine getirmiyor ve kamu hukukuna tâbi kuruluş olarak addedilmek için gerekli diğer koşullar da varsa kamu ihale yönergeleri kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Divan *Korhonen* davasında faaliyetini olağan ticarî işleyiş kurallarına uygun olarak kâr elde etme hedefini güderek yerine getiriyorsa ve faaliyetinin risklerini kendisi üstlenmişse bu kuruluşun ticarî ve sınaî nitelikte bir kuruluş olarak değerlendirilmesi ve kamu ihale yönergeleri kapsamı dışında kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Bununla birlikte, bir kuruluşun ticarî bir kuruluş olarak kabul edilmesi açısından her zaman kâr elde etmeyi hedeflemesi gerektiğini söylemek de doğru değildir. *Fiera Internazionale di Milano* kararında Adalet Divanı, “performans, verimlilik ve maliyet etkinliği” kriterlerine göre faaliyet gösteren bir kuruluşun kâr elde etmeyi hedeflemese de ticarî/sınaî karakterde bir kuruluş olarak değerlendirilip kamu hukukuna tâbi kuruluş olarak kabul edilmeyeceğini belirtmiştir.

Bu kararlardan hareketle şu denebilir ki; ilgili kuruluşun faaliyetini başka firma veya kuruluşların rekabeti altında yerine getirse bile söz konusu kuruluşun maruz kaldığı rekabet düzeyinin kuruluşu alımlarında ekonomik davran-

38 Bkz. WILLIAMS Rhodri, op.cit., 1999, s.7.

maya ve ticarî olarak etkili satın alım uygulamaları yapmaya teşvik edici nitelikte olması gerekmektedir. Ayrıca ilgili kuruluşun faaliyetini olağan ticarî işleyiş kurallarına uygun olarak kâr elde etme hedefini güderek yerine getiriyorsa ve faaliyetinin risklerini kendisi üstlenmişse bu kuruluşun ticarî ve sınaî nitelikte bir kuruluş olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, “performans, verimlilik ve maliyet etkinliği” kriterlerine göre faaliyet gösteren bir kuruluşun kâr elde etmeyi hedeflemese de ticarî/sınaî karakterde bir kuruluş olarak değerlendirilip kamu hukukuna tâbi kuruluş olarak kabul edilmeyeceği söylenebilir.

Divan yukarıda bahsedilen kararları verirken aslında tam olarak açıklığa kavuşturulması gereken kuruluşun faaliyet gösterdiği piyasanın ne zaman ve hangi durumlarda bu amaca hasıl olunmasını sağlayacak bir yapıda olduğu (yasal olarak ilgili piyasaya girişin serbest olmasından çok bu piyasanın gerçek bir rekabet ortamında işlediği) varsayımına dair bulguları özel olarak belirtmemiştir. Aslında kuruluşun faaliyet gösterdiği piyasaya girişin serbest olması ve bu piyasanın gerçek bir rekabet ortamında işleyip işlemediği hususu 2004/17/AT sayılı kamu ihale yönergesinin 30. maddesindeki muafiyet uygulamasının da kriterlerine tekabül etmektedir. Zira, bu düzenlemeye göre de rekabetçi bir ortamda faaliyet gösteren kuruluşlar anılan kamu ihale yönergesi kurallarından da muaftırlar. *Arrowsmith*, Adalet Divanının da kıyas yoluyla aynı yaklaşımı “kamu hukukuna tâbi kuruluş” tanımı kapsamında kamu yararını (genel ihtiyaçları) karşılamayı amaçlayan faaliyetin ticarî ve/veya sınaî karaktere haiz olup olmadığının tespitine ilişkin olarak uygulayabileceğini belirtmiştir.³⁹

“Kamu hukukuna tâbi kuruluş” kavramı kapsamında kamu yararını (genel çıkarlara) karşılamaya yönelik sınaî/ticarî karakteri haiz olmayan faaliyetler, ilgili piyasada rekabet baskısı altında faaliyet gösterilmeyen ve muhtemelen ayırimcılık yapılmasına yönelik bir hükümet baskısı altında olan faaliyetlere işaret etmektedir.

Nitekim, Adalet Divanının *Adolf Truley* kararında belirttiği üzere, “kamu hukukuna tâbi kuruluş” tanımı kapsamında, Avusturya genelinde cenaze defni faaliyetleriyle uğraşan çok sayıda firma olmasına rağmen *Adolf Truley* kuruluşunun faaliyet gösterdiği Viyana piyasasının ise gerçek bir rekabet ortamını yansıtmadığı yönündeki Avusturya Denetim Kurumunun (Avusturya Kamu İhale Kurumunun) tespitini dikkate alarak bu unsurun (kuruluşun ilgi-

39 Bkz. ARROWSMITH Sue, op.cit., 2004, s. 76.

li piyasanın gerçek bir rekabet ortamında faaliyetini yerine getirip getirmediği) önemine değinmiştir. Burada önemli olan husus kuruluşun faaliyet gösterdiği ilgili piyasadaki rekabet ortamı olup bu piyasanın gerçek rekabet ortamını yansıtıp yansıtmadığına bakılması gerekmektedir. Kuruluşun faaliyetini ilgili piyasanın gerçek bir rekabet ortamında yerine getirip getirmediğine olayın fiilî ve hukukî bütün koşulları göz önüne alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu davadan da anlaşılmaktadır ki, Divanın, gerek 2004/17/AT sayılı kamu ihale yönergesinin 30. maddesindeki muafiyet uygulaması gerekse “kamu hukukuna tâbi kuruluş” tanımı kapsamında kalan kuruluşun kamu yararını (genel ihtiyaçları) karşılamayı amaçlayan faaliyetinin ticarî ve/veya sınaî karaktere haiz olup olmadığının tespitine ilişkin aynı yaklaşımı uyguladığı söylenebilir.

a) Divanın *Fiera Internazionale di Milano* Davası Kararı⁴⁰

Yukarıda ele alınan Divanın *Fiera Internazionale di Milano* davası kararı “kamu hukukuna tâbi kuruluş” tanımı kapsamında kamu yararını (genel ihtiyaçları) karşılamayı amaçlayan faaliyetin ticarî ve/veya sınaî karaktere haiz olup olmadığının tespitine ilişkin olarak da önem arz eder. Divan, kuruluşun sergicilere yönelik organizasyon hizmetlerini bir ücret karşılığı yerine getirdiğini, sergicilerin de kendi ürünlerini tanıtmaya fırsatı bulduğunu, bunun da fuar ve sergilerde sunulan çeşitli mal ve hizmetlere ilişkin tüketicilere de sağlıklı bilgi sunulmasına ilişkin uygun bir zemin oluşturduğu tespitinde bulunmuştur. Ayrıca, kuruluşun söz konusu faaliyetleri için kâr odaklı bir kuruluş olmasa da performans, verimlilik ve maliyet etkinliği kriterlerine göre faaliyet göstermekte olduğu belirlenmiştir. Kuruluş kendi faaliyetlerinden kaynaklanan riskleri kendisi taşımakta ve bu faaliyetlerinden kaynaklanacak kayıpların kamu tarafından karşılanmasına yönelik herhangi bir mekanizma da bulunmamaktaydı. Mevcut davada kuruluşun sergicilere yönelik organizasyon hizmetlerini bir ücret karşılığı yerine getirmesi ve başka kuruluş ve firmalarla bu açıdan rekabet içerisinde olması önem arz etmektedir.

Sonuçta, kuruluşun kamu yararına (genel ihtiyaçları karşılamaya) yönelik bu faaliyetinin sınaî/ticarî karakteri haiz olan bir nitelik arzettiği sonucuna ulaşılmıştır. Divan, kâr odaklı bir olmasa da performans, verimlilik ve mali-

40 **Bkz.** Joined cases C-223/99 and C-260/99 *Agora v Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano*, [2001] E.C.R. I-3605.

yet etkinliği kriterlerine göre faaliyet gösteren ve başka firmalarla rekabet içerisinde söz konusu faaliyetini yerine getiren bu kuruluşun kamu ihale yönergesi kapsamında kamu hukukuna tâbi bir kuruluş olmadığına karar vermiştir.

Kârlılık esasını üzerine faaliyet gösteren kuruluşlar açısından ise ilgili kuruluşun kendi faaliyetinin risklerini kendisinin taşıyıp taşımadığı hususu önem arz etmektedir. Eğer ilgili kuruluş kendi faaliyetinin risklerini kendisi taşımıyorsa, bu kuruluşu ticarî ve sınaî nitelikte olan dolayısıyla “kamu hukukuna tâbi kuruluş” tanımı kapsamında kalmayan bir kuruluş olarak değerlendirmek mümkün gözükmemektedir. Eğer bir kuruluşun faaliyetinden kaynaklanan risk ve kayıplar bir şekilde kamu bütçesinden karşılanıyorsa bu kuruluşun söz konusu risk ve kayıpları kendisinin üstlendiğı kabul edilmeyecektir.

Dava konusu kuruluşun ticarî karakteri haiz olup olmadığına dair yapılacak tespit açısından dikkate alınacak kriterlerden birisi de Devletin, ilgili kuruluşun zorunlu olarak tasfiye edilmesini (iflasını) önleyebilecek adımları atma ihtimalinin olup olmadığıdır. *Korhonen* davasındaki yargılamada Finlandiya hükümetince de kabul edildiğı üzere dava konusu kuruluşun iflas etmesinin ihtimal dâhilinde olmadığı, zira bu tip kuruluşların bağılı olduğu kamu idarelerinin buna çok istisnai durumlar dışında müsaade etmeyerek ilgili kuruluşun iflasını önleyeceği belirtilmiştir.⁴¹

Korhonen davası, sermayesinin tamamını Finlandiya’nın Varkaus şehrine ait olup üç kişiden oluşan ve tüm yönetim kurulu üyeleri bu şehir yönetiminin atanmış ve emlak alımı, satımı ve kiralaması ile bina bakım onarım hizmetlerinin gerçekleştirilmesine ilişkin faaliyette bulunan *Varkauden Taitotalo Oy* (“*Taitotalo*”) limited şirketinin gerçekleştirdiğı yeni teknoloji geliştirme merkezî binalarının tasarımı hizmeti ihalesinde anılan şirketin (*Taitotalo’nun*) statüsüne ilişkin olarak ortaya çıkmıştır. *Korhonen* firması da bu ihaleye katılmış ve teklif vermiş ancak teklifi değerlendirme dışı bırakılmıştır. *Korhonen* firması *Taitotalo* tarafından ihalede AT kamu ihale kurallarına aykırı olarak değerlendirme bırakma işlemine karşı ulusal mahkemede dava açması ve ulusal mahkemenin de ön karar yöntemi ile ATAD’a yaptığı müracaat neticesinde Divan *Taitotalo* kuruluşunun iflas etmesinin ihtimal dâhilinde olmadığı, Finlandiya hükümetinin buna çok istisnai durumlar dışında müsaade etmeyeceğinden kamu hukukuna tâbi kuruluş olduğu tespitinde bulunmuştur.

41 **Bkz. BROWN** Adrian, “Whether a publicly owned property developer is a “contracting authority”: a note on case C-18/01 *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy v Varkauden Taitotalo Oy*”, PPL.R. 2003, 6, NA139-143, s.NA 141.

Divanın bu kararında da görüldüğü üzere kuruluşun ticarî karakterinin tespitinde bu kriterin de önemli olduğu anlaşılmaktadır. İlgili kuruluşun ticarî karakterde olup olmadığına karar verilmesi aşamasında bu kriterin de dikkate alınması gerektiği hususu kararın içeriğinden anlaşılmaktadır.

b) Divanın SIEPSA Davası Kararı⁴²

Bu dava, İspanya’da hapishanelerin altyapısından ve inşa edilmesinden sorumlu bir kuruluş olan *Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios SA*’nın (“SIEPSA”), 1997 yılında İspanya’da yayımlanan *El Pais* gazetesinde Segovia bölgesinde inşa edilecek Eğitim Deneme Hapishanesiyle ilgili bir yapım işi ihalesine ilişkin olarak Komisyonun İspanya aleyhine AT Antlaşmasının 226. maddesine istinaden açtığı ihlal davasına ilişkindir.

İspanya hükümeti SIEPSA’nın İspanya özel hukukuna tâbi bir ticarî şirket olduğundan önceki AT yapım işleriyle ilgili 93/37 sayılı kamu ihale yönergesi kapsamında kalan bir idare (kamu hukukuna tâbi kuruluş) olmadığını iddia etmişti. Divan bu davada SIEPSA’nın özel hukuka tâbi bir şirket olmasının bu kuruluşun kamu ihale yönergesi kapsamında kalan bir idare (kamu hukukuna tâbi kuruluş) olmadığını göstermeyeceğini ve ulusal mevzuattaki sınıflandırma ve vasıflandırmanın da bu açıdan bağlayıcı olmadığını belirtmiştir.

SIEPSA kararında da Adalet Divanı, Devletin, ilgili kuruluşun zorunlu olarak tasfiye edilmesini (iflasını) önleyebilecek adımları atma ihtimalinin olup olmadığına bakılması ve bu yönde bir ihtimalin olması halinde kuruluşun söz konusu risk ve kayıpları kendisinin üstlendiğinin kabul edilmeyeceğini belirtmiştir.⁴³

Kamu kuruluşlarının hükümet müdahalesiyle tasfiyesinin önlenmesi her zaman mümkün olabilecek bir ihtimal olduğundan bu kriterin uygulanmasının da kolay bir kriter olmadığını burada belirtmek gerekmektedir. Hangi düzeydeki bir başarısızlığın hükümetin müdahalesini gerektirdiği ve kamu hukukuna tâbi kuruluş olarak addedilmek açısından kuruluşun bu anlamda taşıdığı risk düzeyinin ne olduğu konusu da açık değildir. Divan *Korhonen* davasında ilgili kuruluşun daha önceki uygulamalar göz önüne alınarak hükümet

42 **Bkz.** Case C-283/00 *Commission of the European Communities v Spain* (SIEPSA), [2003] E.C.R. I-11697

43 **Bkz. BROWN, Adrian** “Case C-283/00, *Commission v Spain*: whether the Spanish prison authority called SIEPSA meets non-commercial needs in the general interest and hence is a contracting authority”, P.P.L.R. 2004, 3, NA61-63, s.63

müdahalesiyle tasfiye edilmekten (iflastan) kurtarılıp kurtarılmadığına bakılarak bu yönde bir kanıt olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğine değinmiştir. Tekrar bu yönde bir uygulama yapılacağına dair bulgular yapılacak değerlendirme açısından önem taşır.

Divan SIEPSA davasında daha ileri giderek, devletin ceza hukuku alanındaki asli faaliyetlerine destekleyici mahiyette bir işlevi yerine getiren söz konusu kuruluşun aktivitesinin devletin ceza hukuku politikasının temel bir bileşeni mahiyetinde olduğu ve bundan dolayı da devletin böyle bir firmanın iflas etmesine izin vermeyeceğinin muhtemel olduğu ve böylece faaliyetinden kaynaklanan riskleri söz konusu kuruluşun kendisinin üstlenmediği hususunu göz önüne alarak böyle bir kuruluşu kamu hukukuna tâbi kuruluş olarak kabul etmiştir.⁴⁴

Bu dava kararından öyle anlaşılmaktadır ki, ilgili kuruluşun devlet tarafından kurtarılma ihtimali sadece geçmişte böyle bir uygulamanın olmuş olması ve buna benzer bulguların mevcudiyeti halinde değil aynı zamanda söz konusu kuruluşun yerine getirdiği işlevin mahiyeti ve yerine getirilen faaliyetin başka özel sektör firmalarınca da gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği hususu dikkate alınarak söz konusu kuruluşun iflas etmekten kurtarılıp kurtarılmayacağı değerlendirmeye alınmaktadır. Uygulamada böyle kuruluşlar yukarıda aktarılan ticarî temeller üzerine faaliyet gösterse ve hukuken bu kuruluşların belli koşullar altında iflası zorunlu olsa ve hatta kârlılık esası üzerine faaliyet gösterebilir bile bu kuruluşlar kamu hukukuna tâbi kuruluşlar olarak kabul edileceklerdir.

SIEPSA kararındakine benzer bir nedenle bir soruşturmaya maruz kalan üye devletler açısından denebilir ki, devletin temel politika alanlarına çok yakın alanlarda (örneğin, ceza hukuku politikasıyla ilgili alanda) faaliyet gösteren kuruluşların kamu ihale yönergeleri kapsamında kalmadıklarına ilişkin olarak bu kuruluşların faaliyetlerinin ticarî risklerini kuruluşların kendilerinin üstlendiğini ve kâr amacı taşıdıklarına ilişkin iddiaları ispat etmek ilgili üye devlete ve kuruluşların kendilerine ait olacaktır.

44 Bkz. Ibid, s.62.

4) Sınâî/ticarî Karakteri Taşıyan Faaliyetleri ile Bu Nitelikte Olmayan Faaliyetleri Bir Arada Yerine Getirmekte Olan Kuruluşlar

a) Divanın *Mannesmann* Davası Kararı

Mannesmann davasında Divan monopol olarak rekabet baskısı altında olmadan münhasır nitelikte faaliyet gösteren Avusturya Basımevi Ofisi'nin sınâî/ticarî karakteri taşıyan faaliyetleri ile bu nitelikte olmayan faaliyetleri bir arada yerine getirmekte olması nedeniyle bu kuruluşun durumunu bu açıdan ayrıca ele almıştır. *Staatsdruckerei* (Avusturya Devlet Basımevi Ofisi) kendi kuruluş kanununa göre federal yönetime yönelik; pasaportlar, kimlik kartları, mevzuat yayınları gibi resmi idari dokümanların basımı ve çoğaltılmasının yanı sıra aynı kuruluş Kanunun 2(2) maddesine göre de kitap ve gazetelerin basımı ve dağıtılması ile diğer basım materyallerinin çoğaltılması gibi ticarî faaliyetleri de bulunmaktaydı. Bu ticarî nitelikteki faaliyetlerin yerine getirilmesi sırasında *Staatsdruckerei* başka teşebbüslerde hisse sahibi de olabiliyordu. Divan bu durumdaki bir kuruluşun “kamu hukukuna tâbi kuruluş” kavramı kapsamında bir kuruluş olarak kabul edilip edilmeyeceğini değerlendirmiştir.

Divan, *Staatsdruckerei*'nin (Avusturya Devlet Basımevi Ofisi) pasaportlar, kimlik kartları, mevzuat yayınları gibi resmi idari dokümanların basımının kamu yararını (genel çıkarlara) karşılamaya yönelik faaliyetler olduğuna karar vermiştir. Divan *Staatsdruckerei*'nin söz konusu faaliyetlerinin yanı sıra tamamen ticarî nitelik arz eden faaliyetleri de mevcuttur. Avusturya hükümeti kamu yararını (genel çıkarlara) karşılamaya yönelik faaliyetlerin oran olarak toplam faaliyetlerin sadece %15-20'sini teşkil ettiğini ve ticarî nitelikteki faaliyetlerin oran olarak çok daha yüksek bir oranı temsil ettiğini savunmuş bu nedenle de anılan kuruluşun kamu hukukuna tâbi kuruluş olarak değerlendirilmemesi gerektiğini belirtmiştir.

Adalet Divanı yasal belirlilik ve “kamu hukukuna tâbi kuruluş” kavramı kapsamında kalan kuruluşlara ilişkin yeknesak bir yaklaşım geliştirilmesi adına bu kapsamdaki kuruluşların (ticarî nitelikte olan ve olmayan) tüm faaliyetlerine ilişkin olarak ve ticarî nitelikte olan faaliyetleri diğer faaliyetlerine oran olarak daha ağırlıkta olsa da yapacakları alımların yönerge kapsamında kalması gerektiği yönünde bir değerlendirme yapmıştır.

Divan *Mannesmann* kararında bu yöndeki yaklaşımına şöyle bir istisna getirmiştir. Eğer ki bir kuruluş kendisine bağılı ticarî bir teşebbüs adına ve namına bir ihale gerçekleştiriyorsa böyle bir durumda kuruluşun gerçekleştirdiği söz konusu ihale için kamu ihale yönergeleri kapsamında kalmayacağı söylenebilir.

Divanın *Arnhem* davası kararı da bu açıdan önem taşır.

b) Divanın *Arnhem* Davası Kararı⁴⁵

Arnhem v. Rheden davasında AT Antlaşmasının 234. maddesi kapsamında ön karar yöntemi ile eski 92/50/AT sayılı hizmet alımı ihalelerine ilişkin yönergenin⁴⁶ 1(b) maddesinde belirtilen “kamu hukukuna tâbi kuruluş” kavramı ile ilgili olarak Divana bazı sorular yöneltmiştir. Divana yöneltilen sorulardan bir tanesi, kamu yararını (genel çıkarlara) karşılamaya yönelik faaliyetlerin tümünün sınaî/ticarî karakteri haiz olup olmadığı ya da kamu yararını (genel çıkarlara) karşılamaya yönelik faaliyetler içerisinde sınaî/ticarî karakteri haiz olmayan faaliyetler şeklinde bir alt kategori yapma imkanının olup olmadığıdır. Divana yöneltilen sorulardan diğeri bir tanesi de, ayrıca yönerge kapsamında kalma açısından kuruluşun faaliyetleri içerisinde sınaî/ticarî karakteri haiz olan ve olmayanlara yönelik olarak yapılacak oranlamanın da bu anlamda önemli olup olmadığıdır.

Divan, eski 92/50/AT sayılı hizmet alımı ihalelerine ilişkin yönergenin 1(b) maddesinde belirtilen “kamu hukukuna tâbi kuruluş” kavramı kapsamında kamu yararını (genel çıkarlara) karşılamaya yönelik faaliyetler içerisinde sınaî/ticarî karakteri haiz olmayan faaliyetler şeklinde bir alt kategori yapma imkanının olduğunu belirtmiştir.

Bu anlamda kuruluşun sınaî/ticarî karakterinin tespitinde; kuruluşun faaliyet gösterdiği piyasanın yapısı, kuruluşun niteliği, kuruluşun faaliyetini münhasıran yerine getirip getirmediği, başka özel firmaların rekabeti altında söz konusu faaliyetini yerine getirip getirmediği, kâr gütmeye amacı taşıyıp taşımadığı, satın alma uygulamalarında hükümetin ulusal firma ve ürünler yö-

⁴⁵ **Bkz.** C-360/96 *Gemeente Arnhem v BFI Holding BV* [1998] E.C.R. I-6821.

⁴⁶ **Bkz.** Avrupa Birliği Resmi Gazetesinin L-209/1 [1992] sayılı nüshasında yayınlanan hizmet alımı ihalelerinin karara bağlanması prosedürlerinin koordinasyonuna ilişkin 18 Haziran 1992 tarih ve 92/50 sayılı AT yönergesi. Bu yönergede, 14 Haziran 1993 tarih ve 93/36 sayılı AT yönergesi ile 13 Ekim 1997 tarih ve 97/52 sayılı AT yönergesiyle değışiklik yapılmıştır. Bu yönergenin yerini şu an aşğıda 2004/18/AT sayılı yönerge almıştır.

nünden ayrımcılık yapılmasına yönelik etkisi ve baskısı altında olup olmadığı da son derece önem taşımaktadır. Kuruluşun söz konusu faaliyetini başka firmaların rekabeti altında yerine getiriyor olması hususu önemli olmakla birlikte, bu unsur tek başına kuruluşun sınaî/ticarî karakteri haiz olduğu, dolayısıyla kuruluşun “kamu hukukuna tâbi kuruluş” kavramı kapsamı dışında değerlendirilmesi gerektiği yorumunu yapmaya yeterli değildir.⁴⁷

Divan bu davada da *Mannesman* davası kararındaki gibi söz konusu kuruluşun ticari nitelikte olan ve olmayan alımları için bir ayırım yapmadan bütün alımlarını Topluluk kamu ihale kurallarına göre yapmaları gerektiğini belirtmiştir.

Bununla birlikte bu yaklaşım ticarî mahiyette de faaliyetleri olan veya bu faaliyetleri ağırlıkta olan kuruluşları dezavantajlı bir duruma sokmaktadır. Zira bu mahiyetteki kuruluşlar faaliyetlerini başka ticarî firmalarla rekabet içerisinde gerçekleştirmekte olduklarından satın alma işlemlerinde belli kurallara tâbi olmaları onları rakip firmalara kıyasla satın alma işlemleri yönünden esnek davranamama gibi kısıtlamalar altına sokar.⁴⁸ Ayrıca, ihale süreci içerisinde bu gerçekleştirilen hukuka aykırılıklar nedeniyle de tazminat yaptırımı ile karşı karşıya kalmaları da mümkündür.

5) Başka Bir İdare Tarafından Finanse Edilen, Denetlenen veya Atanan Kuruluşlar

Yukarıda ifade edilen bir kuruluşun kamu hukukuna tâbi kuruluş olarak kabul edilebilmesi için o kuruluşun kamu yararını sağlamayı amaçlayan, ancak sınaî veya ticarî nitelik taşımayan görevleri yerine getirmeye yönelik özel bir amaç için kurulması ve tüzel kişiliğinin olmasının yanı sıra kuruluşun merkezî, bölgesel veya yerel idarelerden en az birisi ile bir bağlılık ilişkisi içerisinde olması gerekmektedir. Kamu ihale yönergeleri de bu bağlılık ilişkisini şu şekilde izah etmiştir. Ağırlıklı olarak devlet, bölgesel veya yerel idareler veya diğer kamu hukuku kuruluşları tarafından finanse edilen veya yönetimleri bu kurumların idaresinde olan, veya idare, yönetim veya denetim organlarının üyelerinin yarısından fazlası devlet, bölgesel veya yerel idareler veya diğer kamu hukukuna tâbi kuruluşlar tarafından atanan tüm kuruluşları ifade etmektedir.⁴⁹

47 Bkz. WILLIAMS Rhodri, op.cit., 1999, s.CS7-8.

48 Bkz. BOVIS Christopher, op.cit., 2006, 7.85, s.372.

49 Yönergenin 1(9) maddesi.

‘Atama kriteri’ olarak adlandıracağımız bu kritere göre; ilgili kuruluşun idare, yönetim veya denetim organlarının üyelerinin yarısından fazlasının kamu ihale yönergesi kapsamında kalan devlet, bölgesel veya yerel idareler veya diğer kamu hukukuna tâbi kuruluşlar tarafından atanması halinde söz konusu kuruluş kamu hukukuna tâbi kuruluş olarak addedilecektir. Bu çalışmada, ‘atama kriteri’ ile ilgili olarak yönergede açık bir ifade kullanılması ‘finanse etme’ ve ‘idarî denetim’ kriterleri üzerinde ise daha çok açıklama yapılması ihtiyacından dolayı bu kriterler üzerinde yoğunlaşmıştır.

Kısaca, ‘finanse etme’ ve ‘idarî denetim’ ile ‘atama’ kriterleri olarak belirtilebileceğimiz bu kriterler, Adalet Divanı tarafından ihale makamı olan kuruluş ile yönerge kapsamındaki idare arasındaki ‘yakın ilişkinin’ somutlaşması olarak tarif edilmiştir.⁵⁰ Burada bu kriterlerin birinin varlığı halinde kuruluş açısından idareye genel anlamda bir bağıllık ilişkisinin var olduğu düşünülmektedir.

a) Finanse Edilme Kriteri

Finanse edilme kriteri açısından kamu hukukuna tâbi kuruluş tabiri “önemli bir kısmı merkezî, bölgesel veya yerel idarelerce finanse edilen” kuruluşlara tekabül etmektedir. Bu kriterle ilgili ihtilaf C-380/98 sayılı *R. v HMTreasury Ex p. The University of Cambridge* davasında⁵¹ gündeme gelmiştir. Bu dava, İngiliz Hükümetinin Cambridge Üniversitesine yaptığı desteklemelerin niteliğine ilişkin yukarıda ifade edilen finanse edilme kriterinin yorumuyla alakalıdır. Bu davada, Divana sorulan sorular arasında, üniversiteye kamu idarelerince belli bazı amaçları (araştırma çalışmaları vs.) yerine getirmek üzere yapılan bağışlar, desteklemeler ve bazı ödemelerin (bazı öğrencilerin harç ödemelerinin bu idarelerce üniversiteye yapılması) kamu ihale yönergesindeki bahse konu ‘finans desteği’ olarak algılanıp algılanamayacağı hususu sorulmuştu. Divan bu kriterin yorumuyla alakalı bir takım prensipler ortaya koymuştur. Bunları aşağıdaki şekilde özetlemek mümkündür.

Bağıllık ilişkisinin tespitine yönelik bir değerlendirme ve analiz yapılması gerekmektedir. Bu anlamda ilgili kuruluşun genel aktivitelerinin finanse

50 **Bkz.** Case C-380/98, *The Queen v HM Treasury Ex p. The University of Cambridge*, [2000] E.C.R. I-8035. Bu karar Adalet Divanı tarafından kamu ihale yönergeleri kapsamında kalan idare tanımı açısından sürekli kullanılmıştır.

51 **Bkz.** C-380/98 sayılı *R. v HMTreasury Ex p. The University of Cambridge*, [2000] ECR I-8035.

edilmesi yönünden bir idareye bağlılık içinde olunması bu kriterin gerçekleştiğinin kabulü açısından yeterlidir. Divan bu davada devlet veya diğer kamu idarelerince belli öğrencilerin üniversite harçlarının karşılanması veya bazı araştırma çalışmalarını desteklemek amacıyla üniversiteye bir kısım ödemeler yapılmasını kamu ihale yönergesindeki bahse konu ‘finans desteği’ olarak değerlendireceğini belirtmiştir.

Bu doğrultuda, idarece sadece belli ihalelere ilişkin yapılan finans desteğinin olması koşulu halinde bu kriterin karşılandığı yönündeki bir analiz doğru değildir.⁵² Ancak karşılıklı olarak bir kamu idaresi ile üniversite arasında serbest iradeleri altında yapılan bir sözleşme uyarınca üniversite söz konusu kamu idaresine bir danışmanlık hizmeti sunuyor veya bir konferans hizmeti veriyorsa veya bir araştırma projesi yapıyorsa bu hizmetler karşılığında üniversiteye yapılan ödemeler bu anlamda ‘finans desteği’ olarak değerlendirilemez.⁵³

“Önemli bir kısmı merkezî, bölgesel veya yerel idarelerce finanse edilen” kriteri içerisinde yönergelerde ifade edilen “önemli bir kısmı” kavramı niceliksel bir değerlendirmeye tekabül eden ve ilgili kuruluşun finans desteğinin yarısından fazlasının yukarıda belirtilen idarelerden birisi tarafından sağlanması anlamına gelmektedir.⁵⁴ Ancak şu hususu da vurgulamak gerekmektedir ki, ilgili kuruluşun finans desteğinin tamamen veya esaslı olarak yönerge kapsamındaki bir idare tarafından sağlanması hususunu bazı durumlarda çok katı yorumlamamak gerekir. Örneğin, yönerge kapsamında olmayan kişi veya kuruluşlardan küçük meblağlar dâhilinde finans desteği almakta olan bir kuruluş aynı zamanda bu meblağların toplam tutarına denk gelmemekle birlikte bu küçük meblağlı finans desteklerine kıyasla yönerge kapsamındaki bir idareden daha büyük meblağı içeren finans desteği kuruluş üzerinde bir ilişkinin varlığına delalet teşkil edebilir. Yönerge kapsamındaki bir idare tarafından ilgili kuruluşa yapılan bütün ödemelerin finanse etme kriterinin varlığı açısından değerlendirilmesi gerekmemektedir. Sadece bir ilişki bağlılığının varlığı ile varolan ilişkinin güçlendirilmesine delalet teşkil edecek ödemelerin bu açıdan dikkate alınması gerekmektedir. Yapılacak değerlendirmede ilgili kuruluşun bütün gelirlerinin dikkate alınması gerekir. Bu kuruluşun idareden aldığı finans desteğinin kuruluşun ticarî faaliyetinin olması halinde bu ticarî faaliyetten elde ettiği gelirler karşısında idarenin finans desteğinin oranının da hesaplanması gerekmektedir. Eğer kuruluşun gelirleri idareden aldığı finans

52 **Bkz.** BOVIS Christopher, op.cit., 2006, 7.73, s.367.

53 **Bkz.** C-380/98 sayılı R. v *HMTreasury Ex p. The University of Cambridge*, [25] no’lu paragraf.

54 **Bkz.** BOVIS Christopher, op.cit., 2006, 7.74, s.367.

desteğine oranla ağırlıklı olarak ticarî faaliyetlerinden kaynaklanmakta ise bu anlamda bir ilişki bağılılığından bahsetmek söz konusu olmayacaktır. Finans desteği ile ilgili yukarıda aktarılan değerlendirme açısından dikkate alınacak süre periyodu ilgili kuruluşun yıllık bütçe dönemidir. Eğer ilgili kuruluşun bir bütçe yılında alacağı finans desteği ağırlıklı olarak yönerge kapsamındaki idarelerden elde edilecekse bu zaman dönemi için ilgili kuruluş yönerge kapsamında kabul edilecektir. Bu nedenle her bütçe yılının başlangıcında yukarıda aktarılan veriler (bu veriler kesin olmayan geçici nitelikte de olsa) doğrultusunda yapılacak hesaplama doğrultusunda ilgili kuruluşun o bütçe yılı yönünden yönerge kapsamında olup olmadığı tespit edilecektir. Dolayısıyla kuruluşun bütçe yılının başlangıcında yapılacak ihalelerin de yönerge kurallarına uygun gerçekleştirilmesi gerekir. Kuruluşun gelir kaynakları yıl içerisinde değişse de söz konusu ihalenin artık yönerge kapsamı dışında değerlendirilmesi de mümkün olmayacaktır. Bu açıdan finans desteği ile ilgili yukarıda aktarılan değerlendirme açısından dikkate alınacak süre periyodunun ilgili kuruluşun en son mali yıldaki muhasebe verileri olması gerektiği yönünde bir değerlendirme yapılmıştır.⁵⁵

b) İdari Denetim Kriteri

İdari denetim kriteri açısından Adalet Divanının C-237/99 sayılı *Commission v French Republic* davasındaki kararı önem taşır. Bu dava, AB Komisyonunun AT Antlaşmasının 226. maddesine istinaden Fransa aleyhine sosyal konut yapımı ile ilgili yapım işi ihaleleriyle alakalı ihlal davasıdır.⁵⁶ Bu davanın analizine geçmeden önce dava ile ilgili vakıalar hakkında bilgi vermekte fayda vardır.

Komisyon Fransa'nın Kamu Yapım İşleri Geliştirme Kuruluşları (*Offices Publics D'aménagement et de Construction*, "OPACs") ile Düşük Kiralarla Ev Sahibi Yapma Kuruluşlarınca (*Sociétés Anonymes D'habitations à Loyer Modéré*, "SA HLMs") organize edilen yapım işleri ihaleleriyle alakalı olarak önceki 93/37/AT sayılı yapım işleri ihaleleri yönergesinin⁵⁷ öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmediğini iddia etmişti.

⁵⁵ **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit., 2004, s. 66-67.

⁵⁶ **Bkz.** C-237/99 sayılı *Commission v French Republic*, [2001] ECR I-939.

⁵⁷ **Bkz.** Avrupa Birliği Resmi Gazetesinin L-199/54 [1993] sayılı nüshasında yayınlanan yapım işleri ihalelerinin karara bağlanması prosedürlerinin koordinasyonuna ilişkin 14 Haziran 1993 tarih ve 93/37 sayılı AT yönergesi. Bu Yönergede, 13 Ekim 1997 tarih ve 97/52 sayılı AT Konsey Yönergesi ile değişiklik yapılmıştır. Bu yönergenin yerini şu an 2004/18/AT sayılı yönerge almıştır.

OPAC'ın Val-de-Marne ve Paris vilayeti şubeleri ile *SA HLM*'nin Logi-rel semti şubesi Şubat 1995 yılında ulusal remi gazetelerde ilan ettiği muhtelif yapım işleri ihalelerinin Komisyona göre Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde (ABRG) ilan edilmesi gereken ihaleler olduğu, zira *OPAC* ile *SA HLM*'nin önceki yapım işleri ihaleleriyle ilgili 93/37/AT sayılı kamu ihale yönergesinin öngördüğü anlamda ihale makamları (idare) olduğu iddia edilmiştir. Fransız yetkililer ise bahse konu kuruluşların yönergenin kapsamında kalan idareler olarak düşünülemeyeceğini bu nedenle de bu ihalelerin ABRG'de de ilanınin gerekmediğini belirtmişti.

Fransa, dava safahatında Kamu Yapım İşleri Geliştirme Kuruluşlarının (*Offices Publics D'aménagement et de Construction, "OPACs"*) önceki yapım işleri ihaleleriyle ilgili 93/37/AT sayılı kamu ihale yönergesi kapsamında kalan bir idare olduğunu kabul etmiş olduğu için esas mevzu Düşük Kiralarla Ev Sahibi Yapma Kuruluşlarının (*Sociétés Anonymes D'habitations à Loyer Modéré, "SA HLMs"*) anılan yönerge kapsamında kalıp kalmadığı konusu idi. Komisyon, Düşük Kiralarla Ev Sahibi Yapma Kuruluşları ("*SA HLMs*") üzerindeki idari denetimin yönergenin aradığı koşullar içerisindeki 'idari denetim' kriterini karşılayacak bir kriter olduğunu belirtmiştir. Fransa ise "*SA HLMs*" üzerindeki denetimin yönergenin öngördüğü anlamda kuruluşun yönetiminin veya aldığı yatırım kararlarının denetimi niteliğinde olmayan bir idari denetim olduğunu belirtmiştir.

Divan, öncelikle, Düşük Kiralarla Ev Sahibi Yapma Kuruluşlarının ("*SA HLMs*") işleyişinin (yönetiminin) İnşaat ve Konut Yapımı Kodu altında çok detaylı kurallara bağlandığını belirtmiştir. Divan ilgili kuruluşların sosyal konut yapımına izin verilmesi ve inşasıyla ilgili faaliyetlerinin ve buna yönelik hedeflerinin İdarenin kararları ile çerçvelendiğini belirtmiştir. Söz konusu sosyal konut yapımıyla ilgili maliyetler ile işin niteliği, karakteristik özellikleri de idari kararlarla belirlenmekteydi. Divan bu sınırlamaları 'detaylı idari kurallar' olarak yorumlamıştır. Divan, bu detaylı kurallara riayet koşulunun bizatihi "*SA HLMs*" üzerinde kamu kurumlarının önemli etki yaratması sonucunu doğurduğunu belirtmiştir. Divan, bu kurallar üzerinde yaptığı inceleme neticesinde "*SA HLMs*" kuruluşlarının tâbi olduğu idari denetimin Fransız hükümetinin iddia ettiği gibi sadece hesap denetimiyle sınırlı bir denetim olmadığını, bu denetimin sınırlarının da açıkça belirlenmediğini tespit etmiştir.

Divan, prensip olarak da, kuruluşun aldığı idari kararlara doğrudan müdahale yetkisi içermeyen bu kurallarla birlikte aşağıda ele alınacak başkaca uygun denetim yetkileri ve/veya kuruluşun aldığı idari kararlara karşı başvuru-

ruda bulunma veya belli durumlarda kuruluşun kararlarının belli bir yaptırıma tâbi tutulması gibi denetim yetkilerinin mevcudiyeti halinde de bunun ‘idari denetimin’ varlığına delil teşkil edeceğini belirtmiştir.

Divan tarafından bu davada ortaya konulan prensibe göre bir kuruluşun takip etmesi gereken kuralların takip edilip edilmediğinin kontrol edilmesi hususu bu koşullar altında idari denetim açısından önemli etki olarak kabul edilebilir. İdarenin ilgili kuruluş üzerinde genel gözetleme yetkisi ile beraber söz konusu kuruluşun takip etmesi gereken kuralların da mevcudiyeti idari atama kriterine eşdeğer bir idari denetimin varlığına delalet teşkil edebilir. Zira, bu davada, idarenin, ilgili kuruluş aldığı kararlar üzerinde denetim yapma yetkisinin yanı sıra hükümetin de ilgili kuruluşun iflası ve sona erdirilmesi ile yönetim (idari) işlevinin askıya alınması ve yeni bir idari yönetici atanmasını sağlama yetkileri bulunmaktaydı. Nitekim bu davada ortaya çıkan bu durum bu şekilde telakki edilmiştir.

Buna ilaveten, *Arrowsmith’e* göre, bir kuruluşun takip etmesi gereken detaylı idari kuralların yokluğu halinde bile kuruluşun idari faaliyetleri üzerinde idarenin genel denetim yetkisi ile beraber aşağıdaki yetkileri de içeren unsurların varlığının da bu açıdan yeterli görülmesi gerekmektedir. Ancak böyle bir durumda en azından kuruluşun alacağı idari kararlara karşı gerçekleştirilecek nihâi denetim yetkisinin kuruluşun aldığı kararların değiştirilmesi sonucunu doğuracak başvuruda bulunma hakkını içermesi ve/veya bir müeyyide uygulanmasını da içerecek mahiyette olması gerekmektedir.⁵⁸

Ayrıca Divan, bir “SA HLMs” kuruluşunun denetimine tâbi olduğu idarece tasfiyesinin istenebileceği ve iflas memurunun atanmasının istenebileceği ile kuruluşun yönetim ve denetim kurulunun askıya alınması ve ciddi düzensizlik hali ile ağır yönetim kusurunun veya yönetim veya denetim kurulu görevinin yerine getirilmesinde başarısızlığın olması hallerinde geçici olarak bir idareci atanmasını sağlama yetkisinin olduğunu tespit etmiştir. Divan, bu yetki tespitinden hareketle Fransa’nın ileri sürdüğü argümanların aksine bu yetkilerin kullanımının (ciddi düzensizlik hali ile ağır yönetim kusurunun tespitinin) geçici bir denetim yetkisi kullanımından ziyade daimi bir denetim yetkisi kullanımını gerektirmektedir. Divan, Bakan tarafından kullanılacak söz konusu denetim yetkisinin sadece hukuka aykırı işlemlere karşı değil aynı zamanda yönetim politikasındaki kusurlara karşı da kullanılabileceğine

58 Bkz. ARROWSMITH Sue, op.cit., 2004, s. 68.

özellikle vurgu yapmıştır. Bu nedenle, kuruluşların aşağıda izah edilen takip edeceği detaylı idari (yönetim) kuralları mevcut olmasaydı dahi bu paragrafta bahsedilen yetkinin yönergenin öngördüğü anlamda bir ‘idari denetimin’ varlığına karar verilmesine yeterli görüleceği söylenebilir.

Üstelik Mahkeme, idarenin bir “*SA HLMs*” kuruluşu üzerindeki denetim yetkisinin kuruluşun yönetiminin askıya alınması ve geçici olarak bir idareci atanmasını sağlama yetkilerinin nitelik olarak söz konusu denetimi yapılan işlemlerin yasallık denetimi olmaktan daha öte bir düzeye çıkardığı şeklinde yorumlamıştır. Ayrıca Divan, Düşük Kiralarla Ev Sahibi Yapma Kuruluşlarının (“*SA HLMs*”) işleyişine (yönetimine) ilişkin İnşaat ve Konut Yapımı Kodu ile alakalı olarak ilgili Bakanın küçük kuruluşları veya başarısız kuruluşları feshetme, belli bir büyüklükte olan kuruluşların da konut ünitelerinin bir başka ad altında birleştirilmesini isteme yetkileri bulunmaktaydı. Ayrıca Fransız iç mevzuatına göre sosyal konut yapımı işleri ile bu işlerin finansmanından sorumlu Bakanlar söz konusu ilgili kuruluşları denetleme yetkilerini de elinde bulunduruyordu. Bakanlıklar arasında kurulan Özel Görevli bir Komite’nin de söz konusu kuruluşların hesaplarını denetleme, soruşturma yapma, sosyal konut alanındaki çalışmalarını inceleme ve yaptığı incelemeler neticesinde bu kuruluşların izlemeleri gereken işlem ve eylemleri belirten raporlar hazırlama yetkileri mevcuttu. İlgili kuruluşların sorumlu Bakanlıklara ait yetkililerin teftişine tâbi oldukları, yapılan teftiş raporları sonucunda bu kuruluşlara bazı önerilerde bulunulduğu ve bu önerilerin yerine getirilip getirilmediğinin de bu yetkililerin gözetimine tâbi tutulduğu tespit edilmişti. Ayrıca yasal olarak bu denetleme yetkisini kısıtlayıcı mahiyette herhangi bir sınırlama da bulunmamaktaydı.⁵⁹ Divan, bu yetkinin sınırlı mahiyette olmadığını, bahse konu işlere ilişkin yönetsel strateji ile idari kararların da denetimini içerebileceği, denetime ilişkin olarak bu kuruluşların tâbi olduğu bütün bu hükümleri ve uygulamaları göz önüne alarak söz konusu kuruluşlar üzerinde ihale kararlarına da etki edecek mahiyette bir denetim gerçekleştirildiğine karar vermiştir.

Finanse etme kriterinde olduğu gibi burada da idari denetim açısından dikkate alınması gereken husus kuruluş açısından denetim ögesinin idareye genel anlamda bir bağlılık ilişkisinin varlığı sonucunu doğurup doğurmadığıdır.⁶⁰

59 Fransız yetkililer davada bu yetkinin gerçekte sadece mali anlamda hesap denetimi ile sınırlı olduğunu belirtmiş olmasına rağmen bu hususla ilgili bu argümanı destekleyici herhangi bir kanıt da ileri sürmemişlerdir.

60 **Bkz. BOVIS** Christopher, op.cit., 2006, 7.75, s.368.

Divan, Fransa'daki sosyal konutların temini ile ilgili davada idari denetim kriterinin, finanse etme veya atama kriteri ile eşdeğer düzeyde idare ile kuruluş arasındaki ilişki bağlılığını ortaya koyacak nitelikte olması gerektiğini belirtmiştir.⁶¹ Finanse etme kriterinde vurgulandığı üzere idari denetim kriterinin varlığının kabul edilmesi açısından yapılan finans desteğinin belli ihalelerin gerçekleştirilmesi üzerinde etki etme sonucunu doğuracak şekilde belli bir usul veya şekilde gerçekleştirilmiş olması zorunlu değildir. Aynı şekilde idari denetim kriterinin varlığının kabulü açısından da gerçekleştirilen herhangi bir idari denetim faaliyetinin bu bağlamda ihalelerin gerçekleştirilmesi ve karara bağlanmasına etki etme sonucunu doğuracak nitelikte olması zorunlu değildir.

Bu prensipler güçlü argümanlar olmakla birlikte uygulanması zor ölçütleri barındırmaktadır. Özellikle, yönergenin aradığı anlamda bir idari denetimin varlığının kabulüne imkan verecek kuruluşun aldığı idari kararlara müdahale imkanı sağlayacak ne tür kurallar veya denetimin olması gerektiği hususu açık değildir. Divanın C-237/99 sayılı Fransa Sosyal Konut davasında ortaya koyduğu ve dava konusu kuruluş açısından 'idari denetimin' varlığının kabulüne yeterli gördüğü kriterlerin her birinin önemi ve önem sıralaması ile böyle bir sonuca ulaşılması açısından her bir kriterin tek başına mevcudiyetinin yeterli olup olmadığı veya bu kriterlerin kümülatif olarak bir arada bulunmasının gerekip gerekmediği konusu da net değildir.

Bu karar neticesinde denebilir ki; yapılan denetim sadece denetlenen kuruluşun işlemlerinin yasallık denetimi veya sadece hesap denetimi mahiyetinde ise yönergenin öngördüğü denetim kriteri karşılanmamış olur. Zira buradaki denetimin niteliği devam eden bir ihale sürecinde alınan ihale kararlarını etkileme niteliğinde gibi gözükmemektedir. Eğer gerçekleştirilecek denetimin sınırları ilgili mevzuat tarafından açıkça belirtilmemişse veya mevzuatta öngörülen hususları içeren idari denetim karmaşık olup bu denetimin daimi ve yakın mahiyette olması gerekiyorsa o zaman yönergenin öngördüğü denetim kriteri karşılanmış olur.

Adalet Divanı, ilgili kuruluştan sorumlu Bakanın kuruluşun iflasını ve sona erdirilmesini istemesi gibi yetkilerinin nadir durumlarda kullanılacak yetkiler olması nedeniyle 'idari denetimin' varlığının kabulü açısından önemsiz olduğu yönündeki argümanı kabul etmemiştir. Divan, esas olarak, ilgili

61 **Bkz.** Case C-237/99 *Commission v France* [2001] ECR I-939, [48] ve [49] no'lu paragraflar; aynı yöndeki değerlendirme için ayrıca **bkz.** Case C-373/00 *Adolf Truley v Bestattung Wien*, [2003] E.C.R. I-1931, [69] no'lu paragraf.

kuruluş üzerinde sorumlu Bakanın daimi denetim yetkisini, bu denetim yetkisinin gerçekte herhangi bir şekilde kullanılıp kullanılmadığına bakılmaksızın bu meyanda yapılacak değerlendirme açısından önemli görmüştür.

Ancak yönergenin öngördüğü anlamda bir ‘idari denetimin’ varlığına karar verilebilmesi için Bakanlığa ait genel denetim yetkisi tek başına yeterli değildir. Bakanlığa ait genel denetim yetkisi ile beraber kuruluşun aldığı kararların değiştirilmesi sonucunu doğuracak bir etki yaratması ile kuruluşun aldığı bu kararlara karşı bir müeyyide uygulanmasını sağlamaya ilişkin özel tedbirlerin de varlığı gerekmektedir. Bahse konu dava konusu olayda Bakan ilgili kuruluşun faaliyetlerinin belli bir dinamizm seviyesinin altına düşmesi veya belli sınırların ötesine geçmesi halinde kuruluşun yönetimine müdahale yetkisi bulunmaktaydı. Genel gözetleme ve denetim yetkisinin yanı sıra ilgili Bakanın tanınan bu yetkilerin tümü birlikte değerlendirildiğinde yönergenin öngördüğü anlamda bir ‘idari denetimin’ varlığı sonucuna ulaşılabilir.

Denetim kriteri Adalet Divanı tarafından ayrıca *Adolf Truly* davasında da incelenmiş ve bu davaya konu kuruluş açısından yönergenin öngördüğü anlamda bir ‘idari denetimin’ varlığı sonucuna ulaşılmıştı. Bu davaya konu şirketin (kuruluşun) hisselerinin tamamı Viyana Belediyesine ait başka bir şirkete aitti.

Bu olayda, Adalet Divanı, ihaleyi gerçekleştiren kuruluşun yıllık hesaplarının yönerge kapsamındaki başka idarelerce uygun muhasebe, düzenlilik, ekonomik olma, verimlilik ve amaca uygunluk yönünden gerçekleştirilecek denetime tâbi olması durumunda ilgili ‘denetim kriterinin’ karşılandığı kanaatine ulaşmıştır.⁶² Bunun yanı sıra ilgili şirketin işyerlerinin/faaliyetlerinin incelenmediği ve bu konuda şirket sahibine rapor sonuçlarının sunulduğunu da unutmamak gerekir. Dolayısıyla, sadece ilgili kuruluşun işlem ve faaliyetlerinin hukukiliğinin ve yıllık muhasebenin incelenmesi şeklinde cereyan eden bir denetim yönergenin öngördüğü anlamda bir ‘idari denetimin’ varlığı açısından yeterli değildir.

Bir üye ülkenin Sayıştay’ı tarafından ihale yapan kuruluşun denetlenmesinin yönergenin öngördüğü anlamda bir ‘idari denetimin’ varlığı açısından yeterli olup olmadığı hususu net değildir. *Mannesmann* davasında bu konu gündeme gelmiş olmasına rağmen bu konu Divan tarafından irdelenmemiştir. Zira, Divan karara konu ilgili kuruluşun kamu hukukuna tâbi bir kuruluş olduğunu ‘atama kriterinin’ varlığı kanaatine dayandırmıştı. Bir görüşe göre eğer

62 Bkz. BOVIS Christopher, op.cit., 2006, 7.77, s.368

Divan kuruluşun ayrıca bu nedenle de kamu hukukuna tâbi kuruluş olduğunu düşünseydi bunu belirteceği iddia edilmişti. Nitekim, bu nedenle C-237/99 sayılı Fransa Sosyal Konut davasında Hukuk Sözcüsü, Divanın *Mannesmann* kararına dayanılarak, bir üye ülkenin Sayıştay'ı veya ihale konusu işle ilgili güvenlik önlemlerinden sorumlu Kurum tarafından ihale yapan kuruluşun denetlenmesi hususunun yönergenin öngördüğü anlamda bir 'idari denetimin' varlığı açısından yeterli olduğu yönünde bir argümanın ileri sürülemeyeceğini belirtmiştir.

Adolf Truley davasında da Adalet Divanı, davaya konu şirketin (kuruluşun) hisselerinin tamamının Viyana Belediyesine ait başka bir şirkete ait olmasından dolayı doğrudan denetimin sözkonusu olduğunu, bu nedenle davaya konu kuruluş açısından yönergenin öngördüğü anlamda bir 'idari denetimin' mevcudiyeti sonucuna ulaşmıştı. Bu dava neticesinde de denebilir ki, bir kuruluşun (şirketin) yönerge kapsamındaki bir idareye ait olması kuruluşun kamu hukukuna tâbi bir kuruluş olarak vasıflandırılmasına yeterli bir kriter olmaktadır. Tabiatıyla, bu tip bir kuruluşun (şirketin) ayrı bir tüzel kişiliğinin olması, aynı zamanda kamu yararını sağlamayı amaçlaması ve tamamen ticarî nitelik taşımaması gerekmektedir.

İdari denetim kriteri aidiyet yönünden somut duruma göre daha esnek bir seviyede de örneğin, kamuya aidiyetin boyutuna göre ve şirketteki diğer hissedarları etkileme boyutuna göre var olduğu söylenebilir. Kuruluşun devlet tarafından kurulduğu, bu kuruluşla da belli görevlerin verildiği, kuruluşun üst düzey yönetiminin atanmasında devletin sahip olduğu yetki ile mali konulardaki devletin yetkileri bir arada değerlendirildiğinde genel kriterlere dayalı olan dolaylı bir kontrolün bu anlamda yeterli olduğunu söylemek de mümkündür. Kamu ihale yönergesi bağlamında kamu hukukuna tâbi kuruluşların belirlenmesinde söz konusu kuruluşta hisselerin çoğunluğuna devlet kurumlarının sahip olması hususu, hâkim etkiye maruz kalındığının kabulü ile iktisadi kamu hizmet sektörleri yönergesi (2004/17/AT sayılı yönerge) kapsamında kamu teşebbüsü olarak addedilmek açısından da yeterli görüldüğü gerçeği düşünüldüğünde bu unsurun da idari denetim kriteri yönünden bahse konu kuruluşlar açısından önemli bir unsur olarak görmek lazımdır.

Burada aşağıda belirtildiği üzere bazı faktörlere ilişkin bir tespit yapmakta fayda vardır.

SONUÇ

AB kamu ihale kurallarına tâbi kurum ve kuruluşların tespiti açısından yukarıda yapılan analizlerden de anlaşıldığı üzere “*klâsik devlet kuruluşları*” olarak kabul edilen kurum ve kuruluşlar ile “*birlikler*” yönünden niteleme yapılmasında çok fazla sıkıntı olmamasına rağmen “*kamu hukukuna tâbi kuruluşlar*” açısından bu niteleme yapılırken aynı derecede bir yalınlığın olmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle hangi kuruluşların “*kamu hukukuna tâbi kuruluş*” olarak değerlendirileceği konusu ciddi bir analiz gerektirmektedir.

“*Kamu hukukuna tâbi kuruluş*” olarak yönünden yapılacak değerlendirmede öncelikle, tüzel kişiliği olan söz konusu kuruluşun kamu yararını sağlamayı amaçlayıp amaçlamadığı, faaliyetlerinin sınaî veya ticarî nitelik taşıyıp taşımadığı ve bağlılık ölçütlerinden (bu kuruluşun bir idare ile atama, finanse etme ve denetleme kriterlerinden) birisi ile bir bağlılık ilişkisi içerisinde olup olmadığı önem taşımaktadır. Bu değerlendirme açısından da aşağıdaki kriterler ışığında bir niteleme yapılması yol gösterici olacaktır.

Kamu yararına yönelik faaliyetin tespitinde önemli faktörler olarak; kuruluşun yerine getirdiği faaliyetin serbest piyasa ortamında bulunamayacak bir mal veya hizmeti karşılayan bir faaliyet olup olmadığı, devletin de bizzat kendisinin bu ihtiyaçları karşılamayı tercih edip etmediği, merkezî idare veya yerel idare kuruluşlarının yasal olarak bu ihtiyaçları karşılamak zorunda olup olmadığı, merkezî idare veya yerel idare kuruluşlarının yasal olarak belli durumlarda kamu yararına (genel ihtiyaçları karşılamaya) yönelik bu faaliyetin yerine getirilmesi masraflarını karşılamak durumunda olup olmadığı yönlerinden yapılacak değerlendirme neticesinde bir nitelendirme yapmak doğru olur.

Sınaî ve ticarî karaktere haiz olmayan faaliyetin tespitinde önemli faktörler olarak; söz konusu faaliyetin yerine getirilmesinin sadece belli bazı tüzel kişilere tanınmış bir imkan olup olmadığı, ilgili kuruluşa verilen söz konusu faaliyetin yerine getirilmesi imkanının belli coğrafi sınırlar dahilinde olup olmadığı, söz konusu faaliyetin yerine getirilebilmesinin herhangi bir izne veya onaya tâbi olup olmadığı, kuruluşun söz konusu faaliyetin yerine getirilmesine ilişkin kâr amacı güdüp gütmmediği, kuruluşun faaliyetini verimlilik ve maliyet etkinliği kriterlerine göre yerine getirip getirmediği, buna ilişkin olarak da ilgili kuruluşun statüsüne ilişkin kendi mevzuatında bir düzenleme olup olmadığı, kuruluşun kendi faaliyetlerinden kaynaklanan riskleri kendisinin taşıyıp taşımadığı ve bu faaliyetlerinden kaynaklanacak kayıpların kamu tara-

findan karşılanmasına yönelik herhangi bir mekanizmanın olup olmadığı, söz konusu faaliyetin yerine getirilmesi karşılığında alınacak ücretlerle ilgili olarak kamu makamlarının ücret belirleme ve sabit belli ücretler tayin etme yetkilerinin olup olmadığı, kuruluşun bir rekabet ortamı içerisinde faaliyetini yerine getirip getirmediğı, söz konusu kuruluşun başka kuruluş ve firmalarla, özellikle özel sektör firmalarıyla, rekabet içerisinde söz konusu faaliyeti yerine getirip getirmediğı yönlerinden yapılacak değerlendirme neticesinde bir nitelendirme yapmak isabetli olur.

İdari denetim kriterinin tespitinde önemli faktörler olarak; denetim yetkisini yapan kuruluşun yetkilerinin sınırlı olup olmadığı, denetleyici kurumun denetim yetkilerinin, ilgili kuruluşun hesaplarının ve işlemlerinin hukuki denetiminin ötesinde kalan bir denetim niteliğinde olup olmadığı, denetim yetkisini haiz kurumun yetkisi dâhilinde denetlenen ilgili kuruluş üzerinde söz konusu kuruluşun idari (yönetim) organlarının görevlerini durdurma, askıya alma ve oraya geçici olarak bir idareci atanmasını sağlamakla yetkili olup olmadığı, yapılan denetimin daimi nitelik arz eden bir denetim olup olmadığı, denetim yetkisini haiz kurumun bu yetkisi aynı zamanda, denetlenen ilgili kuruluşun yönetiminin işleyişine yönelik bir müdahalede bulunma veya yönetimin belli bir doğrultuda işlemlerini sağlamak yetkisini de içerip içermediğı, denetlenen kuruluşun yetkililerinin yapılan denetim sonucunda önerilen tavsiyeleri yerine getirmekle mükellef olup olmadıkları, ilgili kuruluşun ait olduğu kamu otoritesinin doğrudan denetimine tâbi olup olmadığı yönlerinden yapılacak değerlendirme neticesinde bir nitelendirme yapmak isabetli olur. İdari denetim kriteri yönünden ortaya çıkan diğer bir çarpıcı durum da ilgili kuruluşun ait olduğu veya hisse çoğunluğunu elinde bulunduran kamu otoritesi dışında başka bir kurum veya kuruluşun dolaylı denetimine tâbi olması halidir. Böyle bir dolaylı denetimde ise bu denetimi yapacak kurumun aşağıdaki yetkileri haiz olup olmaması yapılacak nitelendirme açısından önemlidir. Bu anlamda söz konusu dolaylı denetim yapan kurum veya kuruluşun ilgili kuruluşun sadece yıllık hesaplarının denetimini değil aynı zamanda uygun ve düzgün olarak hesaplarının tutulup tutulmadığı, işlem ve eylemlerinin de verimlilik, amaca uygunluk ve ekonomik davranma ilkelerine göre gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğı ile, ilgili kuruluşun bina ve müştemilatlarının ve faaliyetlerinin denetlenmesi ve yapılan bütün bu denetimlerin sonucunda hazırlanan rapor sonuçlarının da ilgili kuruluşun ait olduğu veya hisse çoğunluğunu elinde bulunduran kuruluş ve ilgili bir kamu otoritesine verilip verilmediğı hususları önem taşır.

Burada belirtilen faktörlerin (kriterlerin) hiçbirisi tek başına kamu hukukuna tâbi kuruluş tabiri yönünden yeterli değildir. Dolayısıyla bütün bu faktörlerin bir arada değerlendirilmesine ihtiyaç vardır. Hangi kuruluşların “*kamu hukukuna tâbi kuruluş*” olarak değerlendirileceği konusu bu nedenle her bir kuruluş açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken bir husustur.

Beentjes kararında uygulandığı üzere yönerge kapsamında kalan idareler açısından ortaya konulan “*devlet*” tanımına ilişkin geliştirilen fonksiyonel yaklaşım kıyas yoluyla aynı zamanda “*kamu hukukuna tâbi kuruluş*” tanımı açısından da geliştirilebilir. Bu doğrultuda “*kamu hukukuna tâbi kuruluş*” kavramı kapsamında kamu yararını (genel çıkarılara) karşılamaya yönelik olup sınaî/ticarî karakteri haiz olmayan faaliyetleri yerine getiren ve bağıllık kriterleri kapsamında bu kuruluşun kontrolünde olan ve ayrı bir tüzel kişiliği olmayan bir birimi sırf yasal olarak şekilsel yapısından dolayı “*kamu hukukuna tâbi kuruluş*” kavramı kapsamında değerlendirmemek doğru değildir.

Adalet Divanı, *Mannesmann* ve *Arnhem* kararlarında, hem kamu yararına yönelik ticarî nitelikte olmayan faaliyetleri yerine getiren hem de tamamen ticarî nitelik arz eden faaliyetleri olan kamu hukukuna tâbi kuruluşların bütün alımlarının Topluluk kamu ihale kurallarına tâbi olarak gerçekleştirileceğini belirtmiştir. Bu açıdan ilgili kuruluşun alım konusunun faaliyet yönünden ticarî nitelikteki faaliyetine ilişkin olsa bile Topluluk kamu ihale kurallarına tâbi olarak gerçekleştirilmesi zorunluluğunu öngören Divanın bu yaklaşımı doğruluğu tartışılır bir yaklaşımdır. Zira, Topluluk kamu ihale kurallarının yukarıda aktarılan amaçlarına bakıldığında kamu hukukuna tâbi kuruluşların ticarî nitelik arz eden faaliyetlerine ilişkin alımlarının Topluluk kamu ihale kurallarının kapsamı dışında değerlendirmek daha uygun olur. Divan her ne kadar bu argümanını yasal açıklık ve güvenlik gerekçesine dayandırmış ise de bu gerekçenin yeterince tatmin edici ve adil olduğunu da söylemek de son derece güçtür. Bu kuruluşların ticarî faaliyetlerini piyasanın rekabet baskısı altında yerine getirdikleri düşünüldüğünde söz konusu kuruluşların ticarî faaliyetlerine ilişkin alımlarını belli kurallara tâbi olarak gerçekleştirmek zorunda bırakmak onları rakip firmalar karşısında âdil olmayan bir pozisyona sokmak anlamına gelir.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

- ARROWSMITH** Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2nd edition, Sweet&Maxwell London, 2005, 1.6, s.7;
- BOVIS** Christopher, *EC Public Procurement: Case Law and Regulation*, Oxford University Press, Newyork, 2006, 1.06, s. 12.
- JANS, J.H. / LANGE, R. De / PRECHAL, S. / WIDDERSHOVEN, R.J.G.M.**, *Europenisation of Public Law*, Europa Law Publishing, Groningen/Amsterdam, 2007,

MAKALELER

- ARROWSMITH** Sue, “Definition of ‘the state’ ”, *Public Procurement Law Review* (PPL.R.), 1999(b), 2, CS37-38, s.CS37.
- ARROWSMITH**, Sue “ The Community’s Legal Framework on Public Procurement: ‘The Way Forward’ at last?” *Common Market Law Review*, 1999, 36, s.13-49.
- ARROWSMITH, Sue**: “The Entity Coverage of the EC Procurement Directives and UK Regulations: A Review”, *Public Procurement Law Review*, 2004, 2, s. 59-86.
- BROWN** Adrian, “Whether a publicly owned property developer is a “contracting authority”: a note on case C-18/01 *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy v Varkauden Taitotalo Oy*”, PPL.R. 2003, 6, NA139-143.
- BROWN, Adrian** “Case C-283/00, *Commission v Spain: whether the Spanish prison authority called SIEPSA meets non-commercial needs in the general interest and hence is a contracting authority*”, PPL.R. 2004, 3, NA61-63.
- DISCHENDORFER** Martin, “The concept of a public contract within the meaning of the E.C. Procurement Directives: a note on Case C-399/98”, *Public Procurement Law Review*, 2001(a), 6, NA127-134
- DISCHENDORFER** Martin, “The EBS case: definition of a “body governed by public law”, limitation periods, and publicity requirements for scoring methods”, PPL.R. 2003, 2, NA34-40,
- PAPANGELI** Evangelia, “The application of the E.U.’s Works, Supplies and Services Directives to commercial entities”, *Public Procurement Law Review*, 2000, 5, 201-225, s.215

RHODRI, Williams “The “Arnhem” case: definition of “body governed by public law””, P.P.L.R. 1999, 1, CS5-8.

WILLIAMS Rhodri, “The “Arnhem” case: definition of “body governed by public law”” P.P.L.R. 1999, 1, CS5-8.

ADALET DİVANI KARARLARI

Case C-31/87 *Gebroeders Beentjes BV v Netherlands* [1988] E.C.R. 4635, (“Beentjes”) ECJ.

Case C-44/96 *Mannesmann Anlagenbau Austria AG v Strohal Rotationsdruck GesmbH* [1998] E.C.R. I-73.

Case C-353/96 *Commission of the European Communities v. Republic of Ireland* [1998] ECR I-8565.

Case C-360/96 *Gemeente Arnhem v BFI Holding BV* [1998] E.C.R. I-6821.

Case C-323/96 *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium* [1998] E.C.R. I-5063.

Case C-306/97 sayılı *Connemara Machine Turf v. Coillte Teoranta* [1998] ECR I-8761.

Case C-380/98, *The Queen v HM Treasury Ex p. The University of Cambridge*, [2000] E.C.R. I-8035.

Case C-237/99 *Commission v France* [2001] ECR I-939.

Joined Cases C-223/99 and C-260/99 *Agora v Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano* [2001] ECR I-3605.

Case C-470/99, *Universale-Bau AG v. Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, [2002] ECR I-11617.

Case C-373/00 *Adolf Truley v Bestattung Wien*, [2003] E.C.R. I-1931.

Case C-18/01 *Arkkitehuuritoimisto Riitta Korhonen Oy v Varkauden Taitotalo*, [2003] ECR I-5321.

Case C-283/00 *Commission of the European Communities v Spain* (SIEPSA), [2003] E.C.R. I-11697

İNTERNET KAYNAKLARI

http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/index_en.htm (erişim tarihi 15.01.2010).