

5237 SAYILI “TÜRK CEZA KANUNU”NUN  
122. MADDESİNDEKİ SON DÜZENLEMELER  
BAĞLAMINDA ENGELLİLİK NEDENİYLE  
YAPILAN AYRIMCILIĞA YÖNELİK  
DEĞERLENDİRMELERİMİZ

Av. Osman SEZER\*

Bu yazımızda, esas olarak engellilere yönelik ayrımcı uygulamalardan, Ayrımcılık suçu ile ilgili 6529 sayılı Kanun ile 5237 sayılı TCK.nun 122 maddesinde yapılan yeni düzenlemeden ve ayrımcı uygulamaların önlenmesine yönelik başka bazı hukuksal düzenlemelerden söz edeceğiz. Ancak, engellilere yönelik ayrımcılığın irdelenmesi sırasında genel olarak ayrımcılık kavramının üzerinde durulmasının konunun daha iyi anlaşılması bakımından gerekli olduğu kanısındayız.

Ayrımcı uygulamaların tarih boyunca din, dil, ırk, kültür, cinsiyet, siyasal düşünce, engellilik ve sair nedenlerden dolayı kendisini gösterdiğine rastlamak mümkündür. Kuşku yok ki, insanların sahip oldukları maddi olanaklara göre de bir ayrıma tabi tutulduklarını her halde söylemeye bile gerek yoktur.

Günümüzde insanlık “herkesi içine alan, herkese uygun bir toplum modelinden” yoksundur. İşte bu nedenle insanlık çoğu kez sorunlar karşısında kendisini çaresiz hissetmektedir. (...) Bir toplumun gereksinimlerini karşılayacak hizmetler/çözümler üretirken öncelikle “normal insanlar için”

---

\* Ankara Barosu.

harekete geçiliyor, "ötekiler" için "sonra yaparız" deniliyor. (...) Yaratılan bu eksik modellerle toplumun bir bölümü dışlanıyor, sonra da bu dışlamanın yarattığı olumsuzluklarla da pekişen sorunların içinden çıkılmıyor. Dışlanan bu kesimleri toplumla bütünleştirecek (entegre edecek) yollar aranıyor. Ne yazık ki, bir yandan dışlama süreci sürerken, bütünleşme çabaları da başarısız kalıyor. (...) [bu çözümsüzlüğün] nedeni yaklaşımdaki bu yetersizliktir.

Bir toplum, kendisini oluşturan bileşenleri iyi tanıyor, onlar hakkında gerçekçi, geçerli bilgiler topluyor ve yaşamı, tüm bileşenleri eşit oranda dikkate alan bir anlayışla planlayıp/şekillendiriyorsa özlenen toplum modeline doğru yol alıyor demektir. İşte "herkesi içine alan toplum anlayışının temeli" budur.

Ne yazık ki, özellikle, gelişmekte olan ülkelerde ve ülkemizde bu anlayışın çok fazla egemen olduğunu söyleyebilmek güçtür.

Söz gelişi, "Ben normal insanıma iş bulamazken engelliye nasıl iş bulayım?" anlayışı hâlâ zaman zaman rastlayabildiğimiz bir anlayış olarak karşımıza çıkabilmektedir. Gerçi son dönemlerde yasal ve idari bir takım tedbirler alınsa da bu alanda halen sorunların olduğu unutulmamalıdır.

Gerek uluslar arası hukuksal metinler, gerekse de, ulusal hukuksal metinlerde ayrımcılığı yasaklayan pek çok hüküm bulunmasına karşın, ne yazık ki hiç bunlar sanki yokmuş gibi davranışlar görmek zor değildir. Aşağıdaki olay anlattıklarımızın daha iyi anlaşılması bakımından oldukça çarpıcıdır.

Olay İstanbul'da geçmiştir. Aynen yorumsuz aktarıyor. Geçen gün bir arkadaşım bana anlatmıştı.

("\*\*\*bir arkadaşım a noktasından b noktasına gidecektik. Arkadaşım (engelli) olduğu için İ.E.T.T. tarafından engellilere verilen ücretsiz toplu taşıma kartından yararlanabiliyordu fakat o gün ilk defa e-otobüs'e binelim dedik arkadaş önce binerek İ.E.T.T. şoförüne engelli kartını gösterdi. Ama, şoför tarafından bu kart bu otobüste geçmez denildi. otobüs durağında bulunan hareket amirliğine gittiğimizde evet bu kart tüm toplu taşımada araçlarını ücretsiz olarak kullanmanıza olanak sağlar ama e-otobüslerde geçmez denildi.

İlgili memura sorulan tek bir soru vardı. İyi de kardeşim, İ.E.T.T. yeni aldığı engelli otobüsleri niye e-otobüs yapmıyor da, engellilere verilen bu kartlar geçmiyor; sorusuna alınan sözsüz cevap haklısınız ama kural böyle der gibi bir ifadeyle karşılaştık.!)"

Günlük yaşamda böylesi olaylara çok rastlanmaktadır. Yapılması gereken, toplumun bütün fertlerinin olaya odaklanmasını sağlamanın yollarını hep birlikte ortaya koyacak çözümler geliştirmektir.

Ayrımcılık yasağı, adaletin tesisi için vardır. Adalet ise kavramsal olarak eşitlik ile birlikte anılmaktadır. Ayrımcılık yasağının, hukuki anlamda eşitlik ilkesi ile ifade edilmesi adeta bir zorunluluktur. Ayrım yapmama ve eşitlik etrafında dönen fikirler, tartışmalar ve tezler, tarih kadar eski ve derinliklidir. Bu anlamda “ayrımcılığa” ilişkin olarak ifade edilmesi gerekenler doğaldır ki, bu metnin kapsamının üzerindedir. Tarih boyunca engelliler buldukları toplumlarda çok ciddi ayrımcılık uygulamaları ile karşı karşıya kalmışlardır. Çoğunlukla engellilik olgusuna karşı ön yargılı yaklaşımlardan kaynaklanan ayrımcılık uygulaması ne yazık ki bir çok ülke ile birlikte ülkemizde de son bulmuş değildir. Ancak tarihsel süreçte uluslar arası hukuk bakımından ortaya konulan ayrımcılığı bertaraf etmeye yönelik girişimler, bu konudaki karamsarlığımızı büyük ölçüde ortadan kaldırmıştır.

Gerçekten de, son dönemde ayrımcı uygulamaların bertaraf edilmesi için hatırı sayılır mücadeleler sergilendiği, az da olsa bir yol kat edildiği önemle vurgulanmalıdır.

Bu bağlamda ayrımcı uygulamaların ortadan kaldırılması için gerek 1982 Tarihli Türkiye Cumhuriyeti anayasasında, gerek se de diğer hukuksal metinlerde birtakım düzenlemelerin yapılması oldukça sevindiricidir.

Bu açıklamalar ışığında ayrımcılıkla ilgili hukuksal duruma kısaca deyinmek konunun iyi anlaşılması bakımından oldukça önem taşımaktadır.

Uluslararası hukuksal metinler bakımından:

Bu metinler arasında anılması gereken ilk belge, “Birleşmiş milletler insan hakları evrensel bildirgesi”dir. İnsanların eşitliği Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilmiş bulunan bu belge ile ilan edilmiştir. Anılan Beyannamenin birinci maddesi, “bütün insanlar özgürlük, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar.” Hükmüne amir bulunmaktadır. Kuşku yok ki, insanların her açıdan eşit olmaları mümkün değildir. Hak ve onur eşitliği ise, insanların aynılığına dayanır. İnsan Hakları sadece insan olmak yönü ile her insanın aynı saygıyı görmesini gerektirir. Bundan dolayı kimseye hak ve özgürlükleri kullanırken yada kısıtlanırken, hiçbir nedenle ayrımcı muamele yapılmamalıdır. İşte bu nedenle, insan hakları alanında ayrımcılık yasağı ile ilgili düzenlemeler eşitlik hakkı ve hoşgörü yaklaşımlarının da ilerisinde olması itibarıyla özel bir öneme sahip bulunmaktadır.

Zaten insan hakları azınlık, yabancı, ırk, cinsiyet, din, servet, Engellilik vb. gibi hiç bir ayırım gözetmeden tüm insanların sadece insan olmalarından dolayı yararlanması gereken hak ve özgürlüktür.

İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinin 2. Maddesinde de ayrımcılık yasağı özel olarak düzenlenmiştir. Söz konusu 2. madde, " 1. Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal yada başka herhangi bir düşünce, ulusal yada toplumsal köken, servet, doğuş veya başka herhangi bakımdan ayırım gözetilmeksizin bu Bildiride ilan olunan tüm haklardan ve özgürlüklerden yararlanabilir.

2. Ayrıca ister, bağımsız ülke uyruğunda olsun, isterse vesayet altında bulunan, özerk olmayan yada başka bir egemenlik kısıtlamasına bağlı ülke uyruğunda olsun, bir kişi hakkında uyruğu bulunduğu devlet veya ülkenin siyasal, hukuki veya uluslararası statüsü bakımından hiçbir ayırım gözetilmeyecektir." şeklindedir.

Ancak insanların bir takım haklara sahip olduklarını ilan etmek yeterli değildir. Tüm insanların bu hakları gerçekten kullanabilecekleri bir ortamı sağlamak gerekmektedir. Bu anlamda insan haklarını uluslar arası düzeyde tanıyan İnsan Hakları Evrensel Bildirisi her ne kadar insanlara bir kısım haklar tanınması gerektiğini ilan etmiş ise de bu belge hukuki anlamda bir antlaşma olmayıp gerçek hukuksal sonuçlar doğurması mümkün bulunmamaktadır. Ancak bu antlaşmanın ahlaksal sonuçları çok önemli olmuştur. Sonradan yapılan uluslar arası antlaşmalar ve bölgesel düzeydeki düzenlemeler bu metni tamamlamışlardır. İnsan haklarının uluslararası bölgesel örgütler düzeyinde ele alınması ve korunmaya çalışılması dünyanın çeşitli bölgelerindeki sosyal, dinsel ve hukuksal yapılar gereği bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır. Nitekim, bunu izleyen zamanlarda Avrupa insan hakları sözleşmesi yayınlanmış, sözleşmenin 14. Maddesindeki ayrımcılık yasağı da sözleşme ve eki olan protokollerdeki mevcut normatif hükümleri tamamlayan hak ve özgürlüklerde eşitlik ilkesi olarak ve dolaylı yada tamamlayıcı bir hak olarak yer almıştır.

Bu genel açıklamalardan sonra Engelli bireylerin ayrımcılık noktasında özellikle ülkemizde ne durumda oldukları da irdelenmeye muhtaçtır.

Bu bağlamda ilk akla gelen kapsamlı hukuksal metin, engelli bireylerin uğradığı ayrımcılığın önlenmesine yönelik olarak Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 1993 tarihinde kabul edilen "engellilere fırsat eşitliği konusunda standart kurallardır." Bu metin engelli bireylerin yaşamlarına yönelik çok önemli düzenlemeler getirmiş ise de, istişari olması nedeniyle sadece temenni bir metin olmaktan öteye gidememiştir.

Bundan başka, Avrupa sosyal şartı ve ILO Sözleşmesi ayrımcılığı yasaklayan önemli düzenlemeler getirmişler ise de, bu düzenlemelerin ülkelerin

iç hukuklarında engelliler lehinde etkili hukuksal sonuçlar doğuramadıkları görülmüştür.

Ancak, Özellikle, 13 Aralık 2006 tarihinde Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilip, 30 Mart 2007 tarihinde imzaya açılan ve 80 ülke ile birlikte ülkemizin de imza koyduğu 03.05.2008 tarihinde 20 ülkenin imzalaması ile birlikte yürürlüğe giren Türkiye tarafından 03.12.2008 tarih ve 5825 sayılı Kanun ile, uygun bulunan 17.05.2009 tarihli bakanlar kurulu kararıyla 18.12.2009 tarihinde yürürlüğe girmesi kabul edilen “Birleşmiş milletler Engelliliklerinin hakları sözleşmesi” dünyada ve ülkemizde yaşayan engellilikleri açısından büyük bir devrim olarak nitelendirilmelidir.

Ülkemizde 1982 tarih ve 2709 sayılı T.C. Anayasasınının 90. maddesinin öngördüğü usul ve esaslar çerçevesinde yürürlüğe konulan “Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesinin ayrımcı uygulamaların ortadan kaldırılması için önemli düzenlemeler getirdiğini söylemek hiç de iddialı bir yaklaşım olmasa gerektir.

Gerçekten de, anılan sözleşmenin “Engelliliğe dayalı ayrımcılığı tanımlayan 2. maddesinde;

“siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya başka herhangi bir alanda insan hak ve temel özgürlüklerinin tam ve diğerleri ile eşit koşullar altında kullanılması veya bunlardan yararlanılması önünde engelliliğe dayalı olarak gerçekleştirilen her türlü ayırım, dışlama veya kısıtlamayı kapsamaktadır. Engelliliğe dayalı ayrımcılık makul düzenlemelerin gerçekleştirilmemesi dahil her türlü ayrımcılığı kapsar.” Biçiminde açık bir düzenlemeye yer vermiş; engelliliğe dayalı ayrımcılığın sınırlarını hiçbir duraksamaya yer vermeyecek biçimde belirlemiştir.

Mamafih, aynı sözleşmenin 3/b) bendinde; “Ayrımcılık yapılmaması;” c) bendinde; “Engellilerin topluma tam ve etkin katılımlarının sağlanması;” d) bendinde ise Farklılıklara saygı gösterilmesi ve engellilerin insan çeşitliliğinin ve insanlığın bir parçası olarak kabul edilmesi; ilkeleri benimsenmiştir.

Sözleşmenin “Genel yükümlülükler” başlıklı 4/1 maddesinde ise;

“1. Taraf Devletler engelliliğe dayalı herhangi bir ayrımcılığa izin vermeksizin tüm engellilerin insan hak ve temel özgürlüklerinin eksiksiz olarak yaşama

geçirilmesini sağlamak ve engellilerin hak ve özgürlüklerini güçlendirmekle yükümlüdür. Bu amaç doğrultusunda taraf Devletler şunları taahhüt etmektedir:

(a) Bu Sözleşme'de tanınan hakların uygulanması için gerekli tüm yasal, idari ve diğer tedbirleri almayı;

(b) Yürürlükte mevcut, engelliler aleyhinde ayrımcılık teşkil eden yasalar, düzenlemeler, gelenekler ve uygulamaları değiştirmek veya ortadan kaldırmak için gerekli olan, yasama faaliyetleri dahil uygun tüm tedbirleri almayı;

(c) Tüm politika ve programlarda engellilerin insan haklarının korunmasını ve güçlendirilmesini dikkate almayı;

(d) Bu Sözleşme'yle bağdaşmayan eylemler veya uygulamalardan kaçınmayı ve kamu kurum ve kuruluşlarının bu Sözleşme'ye uygun davranmalarını sağlamayı;

(e) Kişiler, örgütler veya özel teşebbüslerin engelliliğe dayalı ayrımcı uygulamalarını engellemek için gerekli tüm uygun tedbirleri almayı;

(f) Standartlar ve rehber ilkelerin geliştirilmesinde Sözleşme'nin ikinci maddesi'nde tanımlandığı gibi evrensel tasarımdan yararlanılması ve engellilerin özel ihtiyaçlarını karşılamak üzere evrensel olarak tasarlanmış ve mümkün olduğunca az değişikliği ve düşük maliyeti gerektiren ürünler, hizmetler, ekipman ve tesislerin araştırılması, geliştirilmesi, temini ve kullanılabilirliğini sağlamayı veya desteklemeyi;

(g) Maliyeti karşılanabilir teknolojilere öncelik vererek bilgi ve iletişim teknolojileri, hareket kolaylaştırıcı araçlar, yardımcı teknolojiler gibi engellilere yönelik yeni teknolojilerin araştırılması, geliştirilmesi, temini ve kullanılabilirliğini sağlamayı veya desteklemeyi;

(h) Engellilere yeni teknolojiler dahil hareket kolaylaştırıcı araçlara, yardımcı teknolojilere ve bunların beraberindeki diğer yardımcı ve destekleyici hizmetler ile tesislere ilişkin erişim bilgilerinin sağlanması,

(i) Engellilerle çalışan meslek sahipleri ve yönetici personelin bu Sözleşme'de tanınan haklara ilişkin eğitiminin geliştirilmesi ve böylece bu haklarla güvence altına alınan destek ve hizmetlerin iyileştirilmesi." Gibi hususları ilkesel bir yaklaşımla belirlemiş; imza sahibi ülkelere bu yükümlülüklerin yaşama geçirilmesi konusunda önemli görev ve sorumluluklar yüklemiştir.

Yine sözleşmenin "Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması ve Eşitlik"

Başlıklı 5. maddesine göre:

"1. Taraf Devletler herkesin hukuk önünde ve karşısında eşit olduğunu ve ayrımcılığa uğramaksızın hukuk tarafından eşit korunma ve hukuktan eşit yararlanma hakkına sahip olduğunu kabul eder.

2. Taraf Devletler engelliliğe dayalı her türlü ayrımcılığı yasaklar ve engellilerin herhangi bir nedene dayalı ayrımcılığa karşı eşit ve etkin bir şekilde korunmasını güvence altına alır.

3. Taraf Devletler eşitliği sağlamak ve ayrımcılığı ortadan kaldırmak üzere engellilere yönelik makul düzenlemelerin yapılması için gerekli tüm adımları atar.

4. Engellilerin fiili eşitliğini hızlandırmak veya sağlamak için gerekli özel tedbirler işbu Sözleşme amaçları doğrultusunda ayrımcılık olarak nitelendirilmez.”

Öte yandan, Ulusal mevzuatımız bakımından 1982 sayılı T.C. Anayasasının 10, 70 ve benzeri maddelerinde ayrımcı uygulamaların yasaklanması yönünde pek çok hüküm ile karşılaşmak olanaklıdır.

01.07.2005 tarih ve 5378 sayılı “ENGELLİLER Hakkında KANUN”un özellikle 06.02.2014 tarih ve 6518 sayılı kanunla değiştirilen maddeleri ile Yukarıda sözünü ettiğimiz “Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi” paralelinde düzenlemeler getirdiği görülmektedir.

Söz konusu kanunda yapılan değişiklikler ile, dorudan ve dolaylı ayrımcılığın tanımı yapılmış; “GENEL ESASLAR” başlıklı 4. maddesinin 1. fıkrasının b) ve c) bentlerinde engelliliğe dayalı ayrımcılığın yapılamayacağı, ayrımcılıkla mücadelenin engellilere yönelik en temel politika olduğu, Engellilerin tüm hak ve hizmetlerden yararlanması için fırsat eşitliğinin sağlanmasının esas olduğu hüküm altına alınmış; bu kanundaki diğer düzenlemeler de, sözü edilen ilke ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilmiştir.

Belirtilmelidir ki, Ülkemizde ayrımcı uygulamaların ortadan kaldırılmasına yönelik en temel düzenleme ayrımcılığı tanımlamamakla birlikte hangi eylem ve davranışların ayrımcılık olarak nitelendirileceğini belirleyen 5237 sayılı “Türk Ceza Kanunu”nun 122. maddesidir.

Sözü edilen bu madde;

“(1) Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, 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." Biçiminde bir düzenleme içermekte olup, Bu düzenleme eski 765 sayılı ceza kanun'unda yer almayan bir düzenleme idi.

Kanundaki bu düzenleme ile, sayılan bir takım hizmetlerin, fırsatları ve hakların sağlanmamasının maddede belirtilen nedenlere bağlı olarak yerine getirilmemesi durumunda ayrımcılık yapıldığı öngörülmekte ve bu eylemler cezalandırılmaktaydı.

Ne yazık ki, siyasi iktidar engelli bireyleri rahatlatan bu düzenlemede yaptığı değişiklik ile ortadan kaldırmış; engellilerin ayrımcı uygulamalarla karşılaşmasının engellenmesi yönündeki kazanımlarını geriye götürmüş; ayrımcı uygulamaları himaye etme yoluna girmiştir.

Gerçekten de, 5237 sayılı "Türk Ceza Kanunu" NUN 122. maddesi, 02.03.2014 tarih ve 6529 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile tümüyle değiştirilerek, değişiklik öncesinde "Ayrımcılık" biçimindeki madde kenar başlığı, "NEFRET VE AYRIMCILIK" olarak değiştirildikten sonra, madde metni de;

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

- a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini,
- b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını,
- c) Bir kişinin işe alınmasını,
- d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını,

engellenen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." Biçiminde değiştirilmiş; düzenleme öncesinde ayrımcılık suçu, maddede sayılan Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığı nedeniyle kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılması, devri veya kiraya verilmesi, kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanması, kişinin işe alınması ya da, kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasının engellenmesi biçiminde oluşmakta iken;

Getirilen bu düzenleme ile, yukarıda belirtilen farklılıklar nedeniyle sayılan fırsat, olanak ve hizmetlerin verilmemesi yeterli görülmemiş, ayrıca ayrımcılık suçunun oluşması için nefret saiki aranmıştır.

Bu noktada, konunun daha iyi anlaşılması bakımından, nefret sözcüğü üzerinde de durulması gerekir.



Nefretin sözcük anlamı iki şekilde karşımıza çıkmaktadır.

1. Bir kimsenin kötülüğünü, mutsuzluğunu istemeye yönelik duygu.
2. Tiksini, tiksinti

Nefret sözcüğünün kullanımını bir örnek vermek gerekirse;

Şimdi bu satırlarımı hiddetle, nefretle, iç bulantısı ile yazıyorum.

Gibi açıklamak mümkündür.

Bu örneği vermemizin amacı yapılan düzenlemenin yanlışlığını ve getireceği sorunların büyüklüğünü ortaya koymaktır.

Konuya yeniden biraz sonra dönmek üzere; Kanundaki düzenlemenin dayanağı olan Anayasanın 10. maddesi üzerinde de bir parça durmak isteriz.

Anılan maddeye göre: “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî 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 “ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında” kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”

Anayasanın 10. maddesinde sözü edilen bu düzenleme bağlamında 5237 sayılı “Türk Ceza Kanunu” nun yeniden kaleme alınan 122. maddesinde düzenlenen ayrımcılık suçuna dair açıklamalarımıza yeniden dönecek olursak;

6529 sayılı kanun ile getirilen düzenleme öncesinde 5237 sayılı Kanun’un 122. maddesinde yer alan ayrımcılık suçunun tam olarak anlaşılması bakımından o düzenlemenin gerekçesinin de incelenmesi gerekecektir.

Düzenlemenin gerekçesi şöyledir:

“Madde, İNSANLAR arasında, yürürlükteki kanun ve nizamların izin vermediği ayrımlar yapılarak, bazı kişilerin hukukun sağladığı olanaklardan yoksun hâle getirilmelerini cezalandırmaktadır.

Yeni düzenleme öncesindeki kural, suçun maddî unsurlarını üç ayrı bentte ayrı, ayrı belirtmiştir. Bu fiiller, maddede sayılan ayırım nedenlerine dayanılarak

bir taşınır veya taşınmaz malın satılmaması, devredilmemesi veya bir hizmetin icra olunmaması, hizmetten yararlanmanın engellenmesi, kişinin işe alınması veya alınmamasının bu ayırım nedenlerine bağlanması, besin maddelerinin verilmemesi, kamuya arz edilmiş bir hizmetin yapılmasından kaçınılması, kişinin herhangi bir ekonomik faaliyette bulunmasının engellenmesidir.

Ancak menfi nitelik arz eden ve ihmal tabiatında bulunan bütün bu hareketler maddenin birinci fıkrasında gösterilen saiklere bağlı olarak gerçekleştirilecektir; yukarıda belirtilen olumsuz hareketler, kişilere karşı kökenleri, cinsiyetleri, aile durumları, örf ve âdetleri, kişilerin değişik felsefi inançları, ayrı bir etnik gruba mensup bulunmaları, farklı ırk, din, mezhep mensubu bulunmaları ya da engelli olmaları nedeni ile gerçekleştirilmiş olacaktır. Yoksa söz gelimi iş sahiplerinin beğenmedikleri kişileri işe almamalarının cezalandırılması söz konusu değildir. Amaç, vatandaşlar arasında çeşitli etmenlere dayanan grup mensubiyeti nedeniyle ayırım yaptırmamaktır. Madde böylece aslında bireyler arasında bölücülük yapılmasını önlemek amacıyla gütmektedir.

Az yukarıda da deyinildiği gibi, Bu suçun maddi unsuru: maddede üç bent halinde sayılan fiillerin ayırım nedenlerine dayanılarak bir taşınır veya taşınmaz malın satılmaması, devredilmemesi veya bir hizmetin icra olunmaması, hizmetten yararlanmanın engellenmesi, kişinin işe alınması veya alınmamasının bu ayırım nedenlerine bağlanması, besin maddelerinin verilmemesi, kamuya arz edilmiş bir hizmetin yapılmasından kaçınılması, kişinin herhangi bir ekonomik faaliyette bulunmasının engellenmesidir.

Engelliler bakımından ayrımcılık suçu işlenebilmesi için suçun mağduru olan engellinin 5378 sayılı "ENGELLİLER HAKKINDA KANUN"un 3. maddesinde tanımlandığı şekliyle engelliliğin mevcut olması yeterlidir. Zira 5378 sayılı kanunla Ceza kanun'un 122. maddesine eklenen kural ile, "Engellilik nedeniyle kanunda sayılan fiillerin işlenmesi ayrımcılık sayılmış ve cezalandırılmış; kişilerin engelliliklerinin etkili olmadığı konularda söz konusu engellilik bahane edilerek ayrımcılığa kalkışılmasının önüne geçilmiş idi. Örneğin bir kurum sosyal hizmet uzmanlığı için açtığı sınava engelli kabul etmez ise, sınava girmek isteyen kişinin sırf engelli olmasından dolayı gösterdiği olumsuz davranışı nedeniyle "Türk Ceza kanunu"nun 122. maddesinde 6529 sayılı Kanun'un 15. maddesindeki düzenleme öncesinde var olan kural gereğince cezalandırılacaktır.

Yürürlükten kaldırılan düzenlemeye göre, Kanunda sayılan bir taşınır ve ya taşınmaz malın satılması, bir hizmetin icrası veya yararlanılması, kişinin işe alınıp alınmaması besin maddesinin verilmemesi, kamuya arz edilmiş bir hizmetin sunulmasının engellenmesi halleri cezalandırılmaktadır.

Sözgeşi: bir noter, avukata vekalet vermek isteyen bir görme engellinin iki tanık getirmemesi nedeniyle vekalet düzenlemez ise bu noter kanunda yer almamasına rağmen tanık istemek suretiyle kamuya açık bir hizmeti sunmadığından ayrımcılık suçu işlemiş olacak; Yine, bir kimse görme engelli evimi yakar gerekçesiyle ona evini kiraya vermez ya da, kamu yöneticisi bir görme engelli avukatı sırf kör olduğu için o kurumda istihdam etmezse, ayrımcılık suçu işlemiş olacaktır. Zira burada yukarıdaki fiilleri işleyen kimseler sırf engelli olması nedeniyle yasada olmayan bir durumu engelliye dayatmakta ve onu kamuya sunduğu hizmetten ya da taşıyıcı satın almaktan veya, çalışma hakkından mahrum etmektedir.

Engelli bireyler, tam ayrımcılığın önlenmesi noktasında var olan uluslar arası ve ulusal düzlemdeki hukuksal düzenlemelerin yaşama geçirilmesi için mücadele ederken ayrımcılık suçunun işlenmesinin nefret saikine bağlanması gerçekten de son derece düşündürücüdür.

Bu suçun manevi unsuruna gelince; Ayrımcılık suçu yeni düzenlemeden önce, genel kast ile işlenmesi gereken bir suçtur. Ancak, 6529 sayılı kanun'un 15. maddesi ile 5237 sayılı "Türk Ceza Kanunu" nun 122. maddesinde yapılan düzenleme ile, suçun işlenmiş sayılabilmesi özel kastın yani nefret saikinin varlığına bağlanmıştır.

Özellikle ayrımcılık suçunun oluşup oluşmadığını yorumlarken,, engellilik nedeniyle ayrımcılık yapıp yapılmadığının, engelliye karşı var olan eylemin nefret saiki ile mi gerçekleştirildiğinin kanıtlanması oldukça güçtür.

Sözgeşi, bir kimsenin herhangi bir engelliye işe almamasında nefret saiki ile mi hareket ettiği nasıl anlaşılacak ve kanıtlanacaktır?

Kanun koyucu, bir yandan, 6529 sayılı yasa ile temel hak ve hürriyetlerin geliştirilmesini sağlamayı amaçlarken, bir taraftan da, ayrımcılık suçunu göreceli olan nefret saikinin gerçekleşmesine bağlamakla, ayrımcı uygulama nedeniyle, işe girme besin maddesinden yararlanamama, kamuya sunulmuş bir hizmetten yararlandırmama, ya da günlük alışılmış ekonomik etkinlikleri gerçekleştirilememesi gibi olanak ya da fırsatları bulamayan bir engellinin sayılan haklarını ortadan kaldırmaktadır. Zira örneğin, sırf engellidir diye onu işe almayan bir kamu yöneticisinin bu eylemi ile nefret saiki ile mi hareket ettiğini kanıtlatabilmek hiç de kolay değildir.

Yapılan bu düzenleme başta Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır. Zira, çeşitli bahaneler le engellinin bir hizmeti almasına, verilmiş bir olanaktan yararlanmasına ya da, bir hakkı kullanmasına ayrımcılık yapmak suretiyle engel olan kimselerin aslında hukuka aykırı bu eylemleri korunmuştur. Bu

durumda gerek Anayasa’nın 10. maddesindeki, gerekse de, yukarıda sözünü ettiğimiz 5378 sayılı Kanundaki düzenlemelerin nasıl yaşama geçirileceği, kafa yorulması gereken bir sorundur.

Gerçekten de, Engellilere yönelik düzenlemeler 6529 sayılı Kanun’un 15. maddesinin 5237 sayılı TCK.nun 122. maddesinde getirdiği değişiklik nedeniyle, uygulanamaz hale gelmiştir.

Öte yandan, 6529 sayılı Kanun’un 15. maddesi ile, 5237 sayılı “Türk Ceza Kanunu”nun 122. maddesinde gerçekleştirilen düzenleme, Anayasamızın 90. maddesine de aykırıdır.

Zira Anayasamızın sözü edilen kuralı ile;

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağı öngörülmüştür.

Bu durumda anılan anayasa hükmü karşısında 5237 sayılı “Türk Ceza Kanunu”nun 122. maddesinin uygulama olanağı da bulunmamaktadır.

Bundan başka, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, sözü edilen değişiklik ile, imzalamış olduğu “Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi”nin 2, 3, ve 5. maddelerini de ihlal etmek suretiyle, Birleşmiş Milletler Genel Kuruluna karşı uluslar arası hukukun en temel kuralı olan “Ahde vefa” kuralını da ihlal etmiştir.

Bütün bu nedenlerle, Görme Özürlü Hukukçular Derneği, engelli haklarını ve kazanımlarını geriye götüren bu talihsiz düzenlemenin ortadan kaldırılması için herkesi duyarlı olmaya davet etmektedir.