

- Araştırma Makalesi -

**ENGELLİ KİŞİLERİN HAKLARININ KORUNMASI İÇİN
MEKANİZMALAR: ULUSLARARASI MEVZUAT VE
BREZİLYA VE PORTEKİZ VAKALARI****

(MECHANISMS FOR PROTECTING RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES:
THE INTERNATIONAL FRAMEWORK AND THE CASES OF BRAZIL AND
PORTUGAL)

Ana Côrtes**

Pedro Oliveira***

Çev./Translated by: Gizem Günaydın****

ÖZ

Engelli kişiler tarih boyunca toplum içerisinde kırılğan bir pozis-
yonda bulunmuştur. Bu kişilerin haklarının ihlal edilmesini önlemeye
yönelik sorumluluk hissiyatı uluslararası toplumda ancak ikinci dünya
savaşını takiben güçlenmiştir.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 08.08.2021 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 11.10.2021 tarihinde
birinci hakem; 30.11.2021 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir

** Portekiz Coimbra Üniversitesi kamu hukuku doktora öğrencisi, Portekiz Bilim ve
Teknoloji Vakfı bursiyeri, ana.cortes@cmi.no, ORCID: 0000-0001-8167-125X

*** Portekiz Coimbra Üniversitesi kamu hukuku doktora öğrencisi, Portekiz Bilim ve
Teknoloji Vakfı bursiyeri, pedro_amri@hotmail.com, ORCID: orcid.org/0000-0002-
0370-0788

**** Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Doktora Öğrencisi/İstanbul Barosuna kayıtlı Avukat, gunaydin.gzm@gmail.com,
ORCID: orcid.org/0000-0003-2137-0118

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmişlerdir.

Katkı Payı Oranı: Eşittir.

Bu makaleye atıf için; Côrtes, Ana, Oliveira, Pedro “Engelli Kişilerin Haklarının Ko-
runması İçin Mekanizmalar: Uluslararası Mevzuat ve Brezilya ve Portekiz Vakaları”,
Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt No.: 10, Sayı No.: 20, 2021, s. 395-416.

Bu makale engelli hakları konusunda, EHİS'e odaklı bir şekilde uluslararası mevzuatın ve Brezilya ile Portekiz bağlamında tarihsel, hukuki ve uygulamaya yönelik unsurlara odaklı vaka çalışmasının kısa bir analizini sunmayı amaçlamaktadır. Giriş ve değerlendirme kısımları haricinde, makale iki ana bölümden oluşmaktadır: bir kısım engelli kişilerin uluslararası hukuk açısından korunmasına diğer kısım ise vaka incelemesine odaklanmaktadır. Vaka incelemesi de kendi içerisinde ikiye ayrılmaktadır; Brezilya ve Portekiz'deki hukuki mevzuat ve engelli kişilerin fiil ehliyetlerine ilişkin yaklaşıma odaklı ampirik bir içtihat incelemesinden oluşmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Engellilik, Anayasa Mahkemesi, EHİS, Brezilya, Portekiz

1. Giriş

Engelli kişiler, tarih boyunca toplumda kırılgan bir grubu oluşturmuşlardır. Ancak, ikinci dünya savaşı sonrası, engelli kişilerin haklarının ihlallere karşı korunmasına yönelik uluslararası toplumda güçlü bir sorumluluk hissi ortaya çıkmıştır.

Bu zamandan itibaren, engelli kişilerin hakları ile ilgili, örneğin, sosyal yardım, sosyal güvenlik ve akıl sağlığı gibi konularda kanunlar birçok ülkede kabul edilmiştir. Bunun sonucunda, bir çok engelli kişi rehabilitasyon, kurumlarda tedavi ve çalışma imkanlarından yararlanmaya başlamıştır. Engelli haklarının gelişimini takiben, tıbbi yaklaşıma dayalı sosyal politikalar zamanla, kişilerin eşit haklara sahip olduğu anlayışını temel alan ve ayrımcılık karşıtı kanunları oluşturan engelli insan hakları modeline dönüşmüştür. Bu yeni politikayı tanımlamak adına öncü bir uluslararası hukuk belgesi olan ve bütün engelleri hedefleyen Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme (bundan sonra EHİS), New York'da 30 Mart 2007 tarihinde imzalanmıştır.

Bu makale, engelli hakları konusunda, EHİS'ne odaklanarak uluslararası mevzuatın ve aynı zamanda Brezilya ve Portekiz'e özgü tarihsel, hukuki ve uygulamaya yönelik unsurlara odaklı bir vaka çalışmasının, kısa bir analizini sunmayı amaçlamaktadır.

Brezilya ve Portekiz Birleşmiş Milletler EHİS'ne üye devletlerdir, ancak engelli hakları konusunda bu iki ülkeyi vaka çalışması için bu ka-

dar ilginç kılan tek husus bu değildir. Zira iki ülke de son zamanlarda engelli kişilerin fiil ehliyetlerine¹ yönelik hazırladıkları yasal normlarla, ciddi bir şekilde engelli hakları konusunda ulusal mevzuatlarındaki yaklaşımlarını EHİS ile uyumlu hale getirmişlerdir.

Giriş ve değerlendirme kısımları haricinde, makale iki ana bölümden oluşmaktadır: bir kısım engelli kişilerin uluslararası hukuk açısından korunmasına, diğer kısım ise vaka incelemesine odaklanmaktadır. Vaka incelemesi de kendi içerisinde ikiye ayrılmaktadır; Brezilya ve Portekiz'deki hukuki mevzuat, ve engelli kişilerin fiil ehliyetlerine ilişkin yaklaşıma odaklı ampirik bir içtihat incelemesinden oluşmaktadır.

2. Engelli Kişilerin Uluslararası Hukuk Açısından Korunması

Birleşmiş Milletler (BM) bünyesinde, engelliliğin tıbbi kullanımından², sosyal ve insan hakkı odaklı kullanıma geçişi 70'li yıllarda başladı ve devam eden on sene (1983-1992), "BM engelli kişilerin on

¹ eviri notu: Orijinal metinde kullanılan İngilizce terminoloji "civil capacity"nin Türkçe'ye en yakın çevirisi fiil ehliyeti kavramıdır. Ancak engelli kişilerle ilgili birçok uluslararası belgede daha çok hukuki ehliyet anlamına gelen "legal capacity" terimi kullanılmaktadır. Yine de, orijinal metne sadık kalmak adına bu terim fiil ehliyeti olarak çevrilmiştir.

² Bu kullanım engelliliğin tıbbi özelliklerine odaklanmıştır; böylelikle engellilik, tedavisi, iyileştirilmesi veya en azından rehabilite edilmesi gereken bir hastalık olarak algılanmaktadır. Diğer bir deyişle bu tarz bir yaklaşım engelliliğin tek başına buna sahip olan kişinin şahsi bir problemi olarak algılanmasına yol açmıştır. Bu durumda dolayı engellilik yıllarca görünmez kalmıştır. Theresia Degener ve Andrew Begg tarafından kitapta belirtildiği üzere engelliliğin bir insan hakkı problemi olduğu olgusu gelişmeye başlayana kadar çok uzun bir süreç geçti. ("From Invisible Citizens to Agents of Change: A Short History of the Struggle for the Recognition of the Rights of Persons with Disabilities at the United Nations", The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (ed. Valentina Della Fina, Rachele Cera, Giuseppe Palmisano), Springer, 1. 2017"). Kitabın yazarları dört evreye dikkat çekmektedir: 1945-1970 yılları arası engellilik ile ilgili konular BM politikasında görülmezdi, 1970 ve 1980 arasında engelli kişiler rehabilitasyon öznesi olarak görülmeye başlandı, 1980'den 2002'ye kadar insan haklarının bir parçası haline gelmeye başladılar ve yeni yüzyılda ancak insan haklarının bir parçası olarak tanındılar. Tıbbi yaklaşım hakkında bakınız Theresia Degener "Disability in a Human Rights Context", *Laws*, No 5 (erişim bağlantısı: <<https://www.mdpi.com/2075-471X/5/3/35>>, 2016, erişim tarihi 04 Eylül 2021)

senesi” olarak anıldı.³ İlk başta BM’nin engelli politikalarına yönelik odak noktası, önleme, rehabilitasyon ve engelliliğin tanımı üzerinedi.⁴ Daha sonra, bu politikalar, 1982 yılında Engelli Kişiler için Dünya Eylem Planı’nın kabul edilmesi ile ortaya çıkan eşitlik politikaları ile tamamlanmıştır.⁵

Bu on yıllık süre içerisinde, insan hakları alanında birçok araştırma BM bünyesinde bulunan İnsan Hakları Komisyonu ve onun alt komisyonları tarafından yürütülmüştür. Bunların bir sonucu olarak, Genel Kurul tarafından 1990 yılında insan hakları alanında bağlayıcı olmayan bir belge hazırlanmıştır, “Engelliler Alanında İnsan Kaynağının Geliştirilmesi Eylem Planına ilişkin Tallinn Kılavuz İlkeleri”.⁶ Bu belge engelli kişilerin, bağımsız yaşama hakkına sahip olduğunu ve bir vasilik konusu olarak algılanmamaları gerektiğini belirtmektedir. Sözleşmeye göre, imzacı ülkeler, engelli kişilerin topluma katılımının yaygın hale getirilmesine yönelik gelişmelerde bulunmalıdırlar.⁷

2000 yılında, engelli bireyler alanında çalışan STK’larla, Dünya Konferansı Pekin’de gerçekleştirildi ve akabinde Yeni Yüzyılda Engelli Kişilerin Hakları Bildirgesi kabul edildi. Bu belge, diğer belgeler arasından, engelli hakları alanında bağlayıcı bir hukuki sözleşmenin varlığını amaçlayan bir belge olmuştur.⁸ Bu çağrı, çeşitli vesilelerle üye devletler ve STK’lar tarafından dünyanın birçok yerinde yinelenmiştir ve 13 Ara-

³ Bu konu hakkındaki normatif gelişim için bakınız Filipe Venade de Sousa. A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no Ordenamento Jurídico Português - Contributo para a Compreensão do Estatuto Jurfundamental, Coimbra: Almedina 2018

⁴ Bakınız, örneğin “zihinsel engelli kişilerin hakları hakkında bildirge”

⁵ Engelli politikaları ile ilgili program 3 temadan oluşmaktaydı: önleme, rehabilitasyon ve fırsat eşitliği. Bu program, sosyal engellerin engelli kişilerin toplumdaki diğer insanlarla aynı fırsat eşitliğine sahip olmasını engelleyerek bu kişilerin engelliliğinin daha fazla hissedilmesine yol açtığı konusunda farkındalık yaratmıştır. Bakınız 3 Aralık 1982 tarihli 37/52 no’lu BM Genel Kurul Kararı: “Engelli kişiler BM 10 yılı”

⁶ 8 Aralık 1989 tarihli 44/70 no’lu Genel Kurul Kararı

⁷ Devam eden yıllarda 17 Aralık 1991 yılında, Genel Kurul, akıl hastalığı olan kişilerin korunması ve bu kişilerin akıl sağlığı tedavilerinin geliştirilmesi için ilkelerden oluşan 46/119 no’lu kararı kabul etmiştir. Bu belge engelliliğin sosyal yaklaşımı ile uyumludur zira engelli kişilerin özerklik ve insan haysiyeti hakkını ve bu hakların oluşması için gerekli destekleri tanımıştır

⁸ Bu girişim 2001 yılındaki Dünya Durban Konferansı ile daha da güçlendi

lık 2006'da EHİS'nin kabul edilmesi ile neticelenmiştir⁹. Sözleşmenin hazırlık aşamasında sivil toplumun katkıları son derece önemli olmuştur.

EHİS "engelli kişileri" kalıcı bedensel, zihinsel veya algısal bozukluklara sahip olan ve bunlar nedeniyle sosyal yaşantıya katılamayan kişiler olarak tanımlamaktadır. Ek olarak, EHİS'in 12. Maddesinde açıkça belirtildiği üzere, üye devletler, engelli kişilerin hayatın çeşitli alanlarında hukuki ehliyetlerini kullanırken, diğer kişilerle eşit koşullara tabi olduklarını tanımalıdırlar, bununla birlikte engelli kişilerin hukuki ehliyetlerini kullanabilmeleri için gerekli desteği sağlamalı ve oluşabilecek suistimallere karşı da onları korumalıdırlar.

Yüzlerce STK'nın işbirliği ile hazırlanan ve BM tarafından EHİS'de düzenlenen "engelli kişiler"ın en basit tanımı; engelliliğe yönelik tıbbi yaklaşımı aşarak ve bu kişilerin topluma tümünden katılımını engelleyen sosyal ve davranışsal bariyerlere odaklanarak bir yeniliğe yol açmıştır. Nitekim bu unsurların bir birleşimi olarak ortaya çıkan bu kavramlaştırma, engelliliğin toplumda var olduğunu ve ancak erişim bariyerlerinin yıkılması söz konusu olduğunda engelli kişilerin yurttaşlıklarını kazanacağı sonucuna yol açmıştır.¹⁰

Başka bir deyişle, topluma uyum sağlaması için tedavi edilmesi gerekenleri engelli kişilerden ziyade, toplum ve bu kişilerin topluma katılımlarını sağlayacak kamu politikalarını geliştirmekle yükümlü devlet oluşturmaktadır. Bu yaklaşımla birlikte, engelli kişiler öncelikle insan

⁹ EHİS, 30 Mart 2007 tarihinde New York'ta A/RES/61/106 sayılı karar ile devletlerin imzasına sunuldu. Bu tarihte aynı zamanda EHİS ihtiyari protokolü kabul edildi. Bu protokol ile Engelli Hakları Komitesi'ne protokole üye devletler hakkında EHİS'yi ihlal ettiği iddiası ile bireysel başvuru yapılabilir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu şikayetler daha önceden ulusal makamlar tarafından incelenmiş ise Protokol uygulanabilir. BM Meksika delegesi, EHİS görüşme sürecinden sorumlu ad hoc komitelerin kurulmasını sağlayan 19 Aralık 2001 tarihli 56/168 sayılı kararın alınmasında rol oynamıştır. Söz konusu sürecin 5 senede tamamlanması, diğer insan hakları sözleşmelerinin kabul edilme süreleri ile karşılaştırıldığında bir rekor niteliğindedir. Bakınız. Carlos Parra-Dussan. "Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: antecedentes y sus nuevos enfoques", Revista Colombiana de Derecho Internacional, 16, 347. 2010

¹⁰ Ricardo Tadeu Marques da Fonseca. "A ONU e seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência", Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14.ª Região, Jan/Jun, 121. 2010

olarak görülmüş ve tıbbi bilgileri sadece ihtiyaçlarını belirlemek için kullanılmıştır.¹¹

EHİS genelinde, engelli kişiler bu kavram kapsamında ortak yarara ve farklılıklara katkı sağlayan kişiler olarak kabul edilmektedir, aynı zamanda insani ve sosyal gelişim açısından bu grupların karşılaştıkları zorlukların azaltılması ve sosyal katılımlarının artırılması yönünde davranılması bir gerekliliktir.¹² Engelli kişi kavramı açısından asıl olan, bu kişilerin bir merhamet öznesi olarak algılanması yerine, hakları olan ve bu haklarını ayrımcılığa uğramadan kullanabilecek kişiler olduklarının, farkındalığına varmaktır.¹³

Anlaşılabacağı üzere, EHİS¹⁴ sadece bir medeniyet başarısı değil aynı zamanda engelli kişilerin haklarını gerçekleştirmek için savaşmak

¹¹ André de Carvalho Ramos. *Curso de Direitos Humanos*. (5ª ed.). São Paulo: Saraiva. 2018

¹² Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, 2010

¹³ André de Carvalho Ramos, 2018, p. 270

¹⁴ CRPD konusunda daha fazla görüş için, bakınız: Macario Alemany. “Should We Say ‘Funcional Diversity’ To Refer To ‘Disability’?”, *Undecidabilities and Law The Coimbra Journal for Legal Studies*. 2021; Joaquim Correia Gomes / Luísa Neto / Paula Távora Vitor (Eds.). *Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência. Comentário*, Centro de Investigação Jurídico Económica. 2020; Jennifer W. Reiss. “Innovative Governance in a Federal Europe: Implementing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *European Law Journal*, Vol. 20, No. 1, 107. 2014; Filipe Venade de Sousa. “The Charter of Fundamental Rights of the European Union» and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a dynamic pro unione and pro homine with particular reference to the CJEU case-law”, *UNIO - EU Law Journal*. Vol. 5, No. 1, 109. 2019; Eve Hill / Peter Blanck. “Future of Disability Rights Advocacy and ‘The Right to Live in the World’”, *Texas Journal on Civil Liberties and Civil Rights*, 15, 29. 2009; Paul Harpur. “Time to Be Heard: How Advocates Can Use the Convention on the Rights of Persons with Disabilities to Drive Change”, *Valparaiso University Law Review*, 45, 1271. 2011; Michael Ashley Stein / Janet E. Lord. “Future Prospects for The United Nations Convention On The Rights Of Persons With Disabilities”, *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives* (ed. Oddný Mjöll Arnardóttir and Gerard Quinn), Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 17. 2009; Gerard Quinn. “Resisting the “Temptation of Elegance: Can the Convention on the Rights of Persons with Disabilities Socialise States to Right Behaviour?”, *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives* (ed. Oddný Mjöll Arnardóttir and Gerard Quinn), Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 215. 2009; Isa Elisabeth Koch. “From Invisibi-

adına uluslararası hukukta atılmış bir adımdır, zira EHİS onların güven-celerini düzenleyen ilk uluslararası belgedir.¹⁵ Diğer toplumdan dışlanan gruplar yararına var olan BM hukuk sistemine benzer şekilde, EHİS de engelli hakları alanında bağlayıcı bir hukuk belgesidir.¹⁶

EHİS’de düzenlenen genel ilkeler, 3. maddede belirtildiği gibi şöyledir: I. Kendi seçimlerini yapma özgürlükleri ve bağımsızlıklarını da kapsayacak şekilde, kişilerin insanlık onuru ve bireysel özerkliklerine saygı gösterilmesi, II. Ayrımcılık yapılmaması; III. Engellilerin topluma tam ve etkin katılımlarının sağlanması; IV. Farklılıklara saygı gösterilmesi ve engellilerin insan çeşitliliğinin ve insanlığın bir parçası olarak kabul edilmesi; V. Fırsat eşitliği; VI. Erişilebilirlik; VII. Kadın-erkek eşitliği; VIII. Engelli çocukların gelişim kapasitesine ve kendi kimliklerini koruyabilme haklarına saygı duyulması.

Söz konusu ihtiyaç hukuki doğasından dolayı, iki yönlüdür, biri toplumsal gelişime dayanır; diğeri ise insan haklarına dayanmaktadır.¹⁷

lity to Indivisibility: The International Convention On The Rights Of Persons With Disabilities”, The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives (ed. Oddný Mjöll Arnardóttir and Gerard Quinn), Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 67. 2009

¹⁵ Amparo San José Gil. “El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI: la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 13, 5. (erişim adresi: <<http://www.reei.org/index.php/revista/num13/articulos/primer-tratado-derechos-humanos-siglo-xxi-convencion-sobre-derechospersonas-con-discapacidad>>). 2007

¹⁶ CRPD ve diğer engelli kişilerle ilgili bağlayıcı olmayan hukuk belgeleri arasında karşılaştırmalı bir analiz için bakınız: Carlos Parra-Dussan, 2010

¹⁷ Theresia Degener’e göre-“Disability in a Human Rights Context”, Laws, No 5 (available on: <<https://www.mdpi.com/2075-471X/5/3/35>>). 2016. p. 19: “EHİS, ilk başta engellilik üzerindeki tıbbi model yerine sosyal modeli yerleştiren bir insan hakları sözleşmesi olarak ortaya çıktı. Buna rağmen sözleşmeyi hazırlayanlar engellilere yönelik sosyal modelin de ötesine geçerek engelliler için insan hakları modeline dayanan bir sözleşme hazırladılar. “Tıbbi model engelli kişileri sahip oldukları engellerine indirgemektedir, sosyal model engelliliği sosyal bir algı olarak algılayarak, engelliliğin ideolojik algısına dayanarak yapılan dışlama ve hak reddini kabul etmemektedir. İnsan hakları modeli, engelliliğin sosyal bir algı olduğunun kabulüne yani sosyal modelin üzerine kurulmuştur ama bunu daha da ileriye taşımıştır. Bu iddiaya yönelik altı önerme vardır. İlk olarak, insan hakları modeli, insan haklarının belli bir sağlık durumu veya beden durumu gerektirdiğini iddia etmez, sosyal model ise engelliliği sadece bir sosyal algı olarak açıklamaktadır. İkinci olarak, insan hakları modeli hem kişisel ve siyasal ile ekonomik sosyal ve kültürel haklardan oluşan bir dizi insan haklarını kapsamaktadır hem de bu yüzden talep ettiği tek şey engelli kişilerin haklarının

Sözleşmenin içeriği ile ilgili tartışmalar sırasında, ad hoc komite ile bazı devletler ve organizasyon arasında fikir ayrılıkları ortaya çıkmıştır. Örneğin Avrupa Birliği ayrımcılık karşıtı ve eşitlikçi değerlere dayanan insan hakları modelinin kabul edilmesini savunmuş ve sosyal modelin, destek paradigmasının tekrardan ortaya çıkmasına, yol açacağından endişe etmiştir. Diğer yandan, Çin sosyal modelin dahil edilmesini savunmuştur.¹⁸ Sonuç olarak, iki yönün birleşimi bir yaklaşım uygulanmıştır.

EHİS'in içeriğinin karışık olduğu söylenebilir zira birinci kuşak insan hakları (kişisel ve siyasal haklar) ile ikinci kuşak hakları (ekonomik, sosyal ve kültürel haklar) sağlamaktadır. Özellikle belirtmek gerekirse, EHİS sadece engelli kişiler için yeni hakların oluşumunu amaçlamamıştır, aynı zamanda onların var olan insan haklarını kullanmalarını da güvence altına almıştır. Bununla birlikte, erişilebilirlik (madde 9)¹⁹, kişi hürriyeti ve toplumsal yaşama katılım (madde 19)²⁰ gibi yeni hak kategorileri de oluşturmuştur.

ayrımcılığa uğramaması değildir. Üçüncü olarak, insan hakları modeli, engellilikleri hayat kalitesini düşürebilecek bir durum olduğunu ancak insanlığa dair ve bu yüzden insan çeşitliliğinin bir parçası olarak değerlendirilmesi gerektiğini, kabul etmektedir. Dördüncü olarak, insan hakları modeli kişiliğin farklı katmanlarına önem vermekte ve çoklu temelde ayrımcılığı tanımaktadır. Beşinci önerme olarak sosyal modelin aksine insan hakları modeli, engelliliğin önlenmesi politikasının hak duyarlılığı olabileceğini açıklamaktadır. Son olarak, insan hakları modelinin, sadece dünya engelli nüfusunun 2/3'ünün gelişmekte olan ülkelerde yaşadığını açıklamadığı aynı zamanda değişim için de bir yol haritası sunduğu düşünülebilir.”

¹⁸ Bakınız Filipe Venade de Sousa, 2019

¹⁹ Bu hüküm şunu belirtir: “1. Taraf Devletler engellilerin bağımsız yaşayabilmelerini ve yaşamın tüm alanlarına etkin katılımını sağlamak ve engellilerin diğer bireylerle eşit koşullarda fiziki çevreye, ulaşım, bilgi ve iletişim teknolojileri ve sistemleri dahil olacak şekilde bilgi ve iletişim olanaklarına, hem kırsal hem de kentsel alanlarda halka açık diğer tesislere ve hizmetlere erişimini sağlamak için uygun tedbirleri alacaklardır.”

²⁰ Bu hükme göre, “İşbu 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. Bu çerçevede aşağıdaki noktalara dikkat edilmelidir: (a) Engelliler diğer bireylerle eşit koşullar altında ikametgahlarını ve nerede ve kiminle yaşayacaklarını seçme hakkına sahiptirler ve özel bir yaşama düzenine zorlanamazlar;(b) Engellilerin kişisel destek dahil olmak üzere toplum içinde yaşamak ve topluma dahil olmak için ihtiyaç duydukları konut içi, kurum içi ve diğer toplumsal destek hizmetlerine erişimleri sağlanmalı ve engellilerin toplum-

EHİS’nde belirtilen diğer hak örnekleri: yaşam hakkı (madde 10), özgürlük ve güvenlik hakkı (madde 14), her türlü işkence kötü ve insanlık dışı muamele ve cezaya tabi tutulmama (madde 16), dolaşım ve milliyet özgürlüğü (madde 18) kişisel hareketlilik (madde 20), düşünce ve ifade özgürlüğü ile bilgiye erişim (madde 21) zel hayata saygı (madde 22), konut ve aile hayatına saygı (madde 23) kanun önünde eşitlik (madde 12) adalete erişim (madde 13) eğitim (madde 24) sağlık (madde 25) habilitasyon ve rehabilitasyon (madde 26) alışma ve istihdam (madde 27), yeterli yaşam standardı ve sosyal koruma (madde 28) siyasal ve toplumsal yaşama katılım (madde 29) kültürel yaşama, dinlenme, boş zaman aktiviteleri ve spor faaliyetlerine katılım hakkı(madde 30).

Engellilik, hukuki bir konu olarak geniş kapsamlıdır, bu yüzden belirli grupların haklarının güvence altına alınması için diğer uluslararası belgelerin kabulüne ihtiyaç vardır. Örneğin, kr ve görme engelli kişiler, onların topluma katılımlarını erişilemez kılan ve onları toplumdan soyutlayan, mimari yapılar ve iletişim araçları gibi bariyerlerle sık sık karşılaşmaktadırlar. Dahası temel haklarını kullanırken de orantısız bir biçimde birçok engellerle karşılaşmaktadırlar, özellikle de erişilebilir kitapların yokluğu sebebiyle eğitim, bilgi alma ve kültürel haklarını kullanmada bu engellerle karşılaşmaktadırlar. Bu yüzden, bu kişilerin karşılaştıkları “kitap açlığı” olarak adlandırılan bu durumun son bulmasına yönelik hedef, 28 Haziran 2013 tarihli Marakeş Antlaşmasında belirtilmiştir. Antlaşma, bu kişilerin kitaplara ve diğer yazılı materyallere erişme olanaklarını sağlayan ve aynı zamanda ulusal hukuktaki telif hakkı hükümlerini sınırlandıran hükümler içermektedir.

EHİS’nin uygulanması, diğer insan hakları alanındaki genel sözleşmeler (İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi -1948) ve bölgesel düzeyde engelli kişilere odaklı (Engelli kişilere yönelik her türlü ayrımcılığın nlenmesi İnter-Amerikan sözleşmesi-1999) mevcut sözleşmelerle tamamlanmaktadır.

dan tecridi ve ayrı tutulması önlenmelidir; (c) Kamusal hizmet ve tesisler engellilere diğer bireylerle eşit şekilde açık olmalı ve onların ihtiyaçlarına yanıt verebilmelidir.”

3. Brezilya ve Portekiz Vakaları

3.1. Hukuki Düzenleme

30 Mart 2007'den itibaren, Brezilya ve Portekiz EHİS'nin imzacı taraflarıdır (Brezilya tarafından 2008 ve Portekiz tarafından 2009'da onaylandı). Bu zamandan beri, iki ülke de EHİS'nden doğan hakların uygulanmasını sağlayacak hükümleri kabul etmektedir.

Engelli konusuna ilişkin yaklaşım zamanla bu iki ülke içerisinde değişime uğramıştır. Engelli kişilere yönelik, açıkça yapılan ilk atf, 1976 tarihli Portekiz Anayasası ve 1978 tarihli Brezilya Anayasasıdır (1973 senesinde yapılan anayasa değişikliği yoluyla). Yıllar geçtikçe, iki ülkenin de kanunlarında engelliliğe atf yapan terimler değiştirildi ve bu gruptaki kişilere güvence edilen hakların kapsamı ile sayısı genişletildi. Güncel olarak, Portekiz Anayasası eğitim ile ilgili hakları içermektedir ve engelli kişilerin ailelerini ve haklarını savunan kuruluşları, desteklemektedir. 1988 tarihli Brezilya Anayasası açıkça engelli kişilerin hakları açısından, sağlık, eşit ücret, iş, eğitim, erişilebilirlik ve diğer hakları düzenlemiştir.

1988 yılından önce, Brezilya mevzuatı engelli kişiler açısından sadece eğitime ilişkin bazı atflarla sınırlıydı. 1988 tarihli Brezilya Federal Anayasasının kabul edilmesinden bir yıl sonra, Engelli Kişilerin Entegrasyonu için Ulusal Koordinasyon (CORDE) kurumu kurulmuş ve engelli kişilerin sosyal entegrasyonunun desteklenmesi adına hukuki kararlar alınmıştır. Devam eden yıllarda, bu konuya ilişkin, başkaca hukuki normlar da ortaya çıkmıştır. İşçi kotası, sosyal güvenlikten faydalanma, eğitime erişim, erişilebilirlik ve bilgiye erişim, Brezilya işaret dili ve rehber köpekler, Brezilya mevzuatında var olan söz konusu örneklerdir.²¹

Portekiz mevzuatında, engelli kişilerin haklarına ilişkin normlar hukuki sistemin çeşitli kademelerinde belirtilmiştir. Örneğin; Önleme, Rehabilitasyon ve Engelli Kişilerin Entegrasyonu hakkında Temel Kanun, fırsat eşitliği, erişilebilirlik ve hareket kabiliyetini ile ilgili bir kanundur.

²¹ Izabel Madeira de Loureiro Maior. "Movimento político das pessoas com deficiência: reflexões sobre a conquista de direitos". Revista Inclusão Social, Brasília, v. 10, n. 2, p. 28-36. 2017

Bu kanundan önce bile, Portekiz'deki engelli kişilerin rehabilitasyon, özel eğitim, konut, engelli öğretmenler için özel yerleşim usul , çalışma ve gelir  deneği gibi hususlarını düzenleyen bir mevzuatı mevcuttu. Bununla birlikte, bu kanunu takiben, bu konudaki Portekiz mevzuatı da çoğalmış oldu. Diğer düzenlemelere ek olarak, eğitim, istihdam, sosyal güvence, erişilebilirlik, iletişim, kotalar ve engelli çocukların bakımını ile ilgili hukuki düzenlemeler de artık mevcuttur.²²

Engelli kişilerin fiil ehliyeti son zamanlarda hem Brezilya hem de Portekiz hukukunda özel ilgi buldu. Böylelikle yapılan mevzuat değişiklikleri, bu ülkeleri araştırma konusunda daha da ilginç kılmaştır.

Engelli kişilerin kanunu olarak da bilinen, Brezilya Bütünleştirme Kanunu (Lei Brasileira de Inclus o) Brezilya mevzuatındaki yenilikler için ifte rol oynamıştır: engelli kişilerin korunmasının kapsamını genişletirken aynı zamanda bu kişilerin özerkliklerinin, özgürlüklerinin ve bağımsızlıklarının genişletilmesi de söz konusu olmuştur. Böylelikle Brezilya mevzuatı, fiil ehliyeti konusunda EHİS ile uyumlu hale getirilmiştir.

Fiil ehliyeti ile ilgili en güncel değişiklik 2015 deki kanun ile gerçekleştirilmiştir. Bu değişikliğe kadar, akıl hastası olan ve idrak kapasitesi olmayan kişiler, tam ehliyetsiz olarak değerlendiriliyordu. Brezilya Bütünleştirme Kanunu ile birlikte bu kişiler artık fiil ehliyetlerini kullanma konusunda diğer kişilerle eşit haklara sahiptirler.²³

Brezilya Bütünleştirme Kanunu, engelli kişilere tam ehliyetsiz muamelesi yapan 2002 Brezilya Medeni Kanunu'nun hükümlerini geçersiz kılmaştır. Yeni kanunla beraber artık ancak 16 yaşından küçükler tam ehliyetsiz olarak değerlendirilmektedir. Aynı zamanda "temyiz kudretinden yoksun akıl hastaları"²⁴ ve "tam bir akli gelişimden yoksun istisnai kişiler" Medeni Kanundaki sınırlı ehliyet ile ilgili maddelerden çıkarılmıştır. Alkolikler, madde bağımlıları ve geçici veya kalıcı bir ne-

²² Ant nio de Ara jo. Cidad os Portadores De Defici ncia (O Seu Lugar Na Constituio Da Rep blica). Coimbra: Coimbra Editora. 2001

²³ Fiil ehliyetini kullanabilmek; evlenebilmeyi, birliktelik oluşturabilme, cinsel ve üreme haklarını kullanabilme, üreme ve aile planlaması hakkında yeterli bilgiye erişebilme, doğurganlığını sürdürebilme, velayet, velilik, vasilik ve evlat edinme haklarına sahip olmayı içerir

²⁴ İhtiyaç duyulduğunda, Brezilya ve Portekiz kanunlarındaki terimler yazarlar tarafından İngilizceye çevrilmiştir.

denden ötürü iradelerini beyan edemeyen kişiler, hala sınırlı ehliyetli olarak değerlendirilmektedir.

Dolayısıyla artık fiil ehliyeti için en önemli husus kişinin kendi iradesini beyan edebilme olasılığıdır. Böylelikle “ayırt etme gücünün azalması” artık zihinsel engelli bir kişinin ehliyeti için belirleyici olmamaktadır, genel kural bu kişilerin tam ehliyetli olduğu yönündedir. Özetlemek gerekirse, engelli kişiler genel kural olarak tam ehliyetlidirler ve ancak irade beyanında bulunması mümkün olmayan kişiler sınırlı ehliyetsiz sayılacaktır.²⁵

Yeni kanunun ortaya çıkması ile birlikte, engelli kavramının ehliyetsizlikle olan bağı kaldırılmıştır. Bu kanun, engellilerin korunmasını da ihmal etmemektedir. Kanun aynı zamanda, bu kişilerin fiil ehliyetlerini kullanmalarına destek olacak, kararlarını vermede yardımcı olma ve vasilik gibi uygulamaları da sağlamaktadır. Uygulamalardan ilki, daha az müdahalecidir, bu yüzden daha çok tercih edilmektedir, diğer uygulama ise tam ehliyetin genel kuralına bir istisna oluşturmaktadır.

Karar vermede yardımcı olanaklar, engelli kişinin, gereksinimleri ve istekleri doğrultusunda kişi eylemlerini gerçekleştirmesi için üçüncü kişilerden destek istenmesi sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu olanak kendilerine tanındığında, destek verenler, desteklenen kişilerin menfaatlerini korumakla ve bu menfaatlere zarar veren kişileri hakime bildirmekle yükümlüdür.

Desteklenen kişinin menfaatlerinin, her zaman destek olan kişinin menfaatlerinden üstün olduğu gerçeğinin her zaman akılda tutulması önemlidir. Bu yüzden kanun, destekte bulunanların, iki ve saygın kişilerden ve yardım isteyen kişi tarafından seçilen, bu kişi ile bağı olan ve bu kişilerin güvendiği kişilerden oluşmasını gerekli kılmaktadır. Desteğin süresi, sıklığı ve sınırları kanun tarafından düzenlenmemiştir. Hala tam ehliyetli sayılan ve istediği zaman desteğin sonlanmasını talep edebilecek olan kişinin talebi doğrultusunda, bu süre sınırlandırılmalıdır.²⁶

Vasilik kişilerin tam ehliyetsiz olduğu olağandışı durumlar için sağlanmaktadır. Kanun tarafından vasilik sadece isteklerini dile getiremeyen kişilere tanınır ve olabildiğince kısa bir süre için ve vakadaki du-

²⁵ André de Carvalho Ramos, 2018, s. 823 ve 824

²⁶ Ibid, s. 823 ve 825

rumlarla orantılı olacak şekilde düzenlenir. Karar almada yardımcı olma hizmeti ile arasındaki ilk farkı yetki sahibidir. Vasilikte, yetkilendirme menfaat sahibine değil, Brezilya Medeni Usul Kanununa göre, o kişinin eşine veya partnerine, aile üyelerine, kaldığı kuruma ya da bunların yokluğunda kamu savcısına (Ministerio Publico) aittir.

Yetki sahibi olan kişi bir dava atığında, birçok farklı disiplinden uzmanlar eşliğinde bir değerlendirme yapılır ve hangi eylemler açısından vasiliğe ihtiyaç duyulduğu belirlenir. Bu davalardaki tekrardan gözden geçirilebilir nitelikteki kararlar, vasiliğin (sadece mülkiyet ve iş ilişkilerine uygulanabilir) süresini ve sınırlarını belirler. Ayrıca vasiler, her yıl o yılın bakiyesini raporlayarak hakime sunmakla yükümlüdür. Vasi, atandığı kişinin bedeni, cinsel yaklaşımı, evliliği, mahremiyeti, eğitimi, sağlığı, çalışma hayatı ve oy kullanması üzerinde söz sahibi değildir.²⁷

Portekiz’de mevzuat, önceleri erişkin kişilerin haklarını gerçekleştirmesinde ehliyetsizliğin hukuki kaynağını oluşturmaktaydı: kısıtlılık ve ehliyetsizlik. Bu hukuki durumlar menfaat sahibinin yararına mahkeme kararı ile tesis edilebilirdi. Kararın dayanağını ise, ciddiyetine göre Portekiz Medeni Kanununda belirtilen, fiziksel anomali, sağırlık ve körlük oluşturabilir. Yine de, bu sebepler sadece kişinin kendi kendini idare edememesi ve bu kararın iyiliği için gerekli olduğu kanıtlandığında, kısıtlılık ve ehliyetsizlik için geçerli bir dayanak haline gelebilirdi.²⁸

Bu konuyla ilgili yeni bir hukuki düzenlemeye potansiyel bir ihtiyaç vardı, zira EHİS’e göre engellileri destekleyecek olan mekanizmalar bu kişilerin fiil ehliyetlerini ellerinden almayacak şekilde oluşturulmalıydı. Mümkün olduğu sürece desteğin sunulması, her zaman tercih edilen bir şeydir. Engelli kişilerin, ihtiyaç halinde desteklenmeleri gereklidir, ancak bu kişilerin haklarını kullanmak için fiil ehliyetlerine sahip olmaları da sağlanmalıdır ve fiil ehliyetine sahip bu kişiler, olay analizi ve istisnai durumlarda ehliyeti yok etmeyecek tedbirlerden oluşan değişken usullerle korunmalıdırlar.²⁹

2018 yılında Portekiz’de kabul edilen, kırılğan gruptaki yetişkinleri güvence altına alan hukuki düzenleme (Regime do Maior Acompanhado), ehliyeti ortadan kaldıran uygulamaları tamamen değiştirmede.

²⁷ Ibid, s. 823 ve 824

²⁸ Antnio Pinto Monteiro. “O Cdigo Civil Portugus entre o elogio do passado e um olhar sobre o futuro”. Revista de Legislao e de Jurisprudncia. N 4002. 148. 2017

²⁹ Ibid, s. 151 ve 152

Bunun yerine, yapılan değişiklikler vesayet organlarından kaynaklanan ehliyet yokluğu ile ilgilidir. Yeni sistemde ehliyetsiz kavramı hala vardır, ancak bu tedbir istisnai olarak sadece olayın özelliklerine göre mahkeme kararı ile alınabilir. Yapılan değişiklikler, özellikle fiil ehliyeti ile bağlantılıdır. Vesayet organları (bu organların engelli kişilere yönelik olumsuz bir algıya sahip olmaları nedeniyle yasa koyucunun takdiri ile), *Maior Acompanhado** uygulaması ile değiştirilmiştir. Daha önceki mevzuattaki en büyük problem, kişinin, eylemlerini gerçekleştirirken koruma ve destekten yararlanabilmesi için ehliyetsiz olduğunun kabul edilmiş olmasının gerekmesiydi. Bu bakımdan *Maior Acompanhado* uygulaması, tatminkar bir çözüm sunmuştur. Değişiklik ile birlikte, Portekiz Medeni Kanununda kısıtlılık ve ehliyetsizliği düzenleyen maddeler yeni usullerin uygulanmasıyla birlikte geçerliliğini yitirmiştir.³⁰

Yeni kanunda sağlanan refakatçi tedbirleri, sağlık, engellilik ya da davranışsal nedenlerle haklarını sürekli ve tam olarak gerçekleştiremeyen ve yükümlülüklerini yerine getiremeyen yetişkinleri hedef almaktadır. Bu tedbirler, bunlara ihtiyaçları olan kişiler tarafından veya izinleriyle eşleri ya da partnerleri veya akrabaları tarafından talep edilebilir. İzin gerekli olması, kişinin özerkliği ile ilgilidir. Bu izin *Ministerio Público** ya da ilgili mahkeme kararı ile verilmesi durumunda başkaca izne ihtiyaç duyulmaz.³¹

Mahkeme her olaya göre refakatçinin ve uygun tedbirlerin olup olmayacağına karar verir. Yeni kanuna göre, ilgili kişi karardan önce bizzat ve doğrudan dinlenilmelidir. Tedbirlerin her vakaya göre ayrı ayrı

* Çeviri notu: orijinal metinde her zaman Portekizcesi kullanıldığı için çeviriye de aynı şekilde geçirilmiştir. Kavramın İngilizce çevirisi “adult accompaniment”, Türkçeye en yakın çevirisi “erişkin refakatçi”

³⁰ António Pinto Monteiro. “Das incapacidades ao maior acompanhado. Breve apresentação da lei n.º 49/2018”, *O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado*, CEJ, Coleção de Formação Contínua, Jurisdição Civil e Processual Civil, fevereiro 2019, disponível em: <www.cej.mj.pt.> 2019

* Çeviri notu: orijinal metinde her zaman Portekizcesi kullanıldığı için çeviriye de aynı şekilde geçirilmiştir. Türkçe çevirisi Kamu savcısıdır. Daha fazla bilgi için bakınız: <<http://ministerio-publico.pt/o-que-e/?lang=en>>

³¹ Mafalda Miranda Barbosa. “Majores Acompanhados: da incapacidade à capacidade?”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 78, Lisboa. 2018. s. 239

oluşturulması sonucu yeni uygulamada, ehliyetsizlik olgusundan uzaklaşılmış, yararlanıcının kendi kararları ve menfaatlerine odaklanılmıştır.³²

Genel anlamda, refakatçinin seçimi, ilgili kişiye veya onun yasal temsilcisine bağlıdır. Eğer bu seçim yapılmadıysa, hukuki düzenlemeler refakatçilerden oluşan bir listeyi sunmaktadır. Her zaman refakat edilen kişinin menfaatleri göz önünde bulundurulur. Eski uygulamada kısıtlı ve kısıtlı olmama arasındaki ikiliğin aksine yeni uygulama, değişkenlik ve olay genelinde değerlendirme unsurlarını içermektedir. Bu yüzden istisnai durumlarda mahkeme gerekli olan farklı müdahaleleri her zaman haklı bulabilir. Zira istisnai durumlar söz konusu olduğunda farklı müdahaleler gerekli bulunmaktadır. Aynı zamanda hastaneye yatış süreci de bir mahkeme kararına dayanmalıdır ve acil durumlarda hakimin onayına sunulmalıdır.³³

Refakat edilen kişi, aksi kararlaştırılmadıka, kişisel haklarını kullanma ve günlük hayatını devam ettirme olanağına sahiptir. Kararlaştırılan refakat etme tedbirlerine uymayan işlemler meydana geldiğinde, bu işlemler, refakatçinin atanmasından sonra veya sürecin başlangıcından sonra gerçekte iptal edilebilir olacaktır. İşlemlerin tesis edildikten sonra refakat edilenin zararına yol aıtığı kanıtlanırsa fiil ehliyetin geçici kaybı durumu daha önceki işlemlere de sirayet eder. Refakatçilik periyodik olarak denetlenir ve mahkeme kararı ile gerekli görölme nedenlerine göre değiştirilebilir veya sona erdirilebilir.³⁴

Bu bilgilerden anlaşılacağı üzere, her iki ülkede de, engelli kişilerle ilgili güncel hukuki normların daha önceki medeni kanunda sağlanan mekanizmaları, bu kişilerin fiil ehliyetlerini ve özerkliklerini güvence altına almak adına değiştirilmiştir. Yine de, bu durum bu kişilerin korunmasız bırakıldığı anlamına gelmez. Bu kişilere korunma sağlamak amacıyla yeni ve daha değişken mekanizmalar da oluşturulmuştur.

³² Mafalda Miranda Barbosa. “Fundamentos, conteúdo e consequências do acompanhamento de maiores”, *O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado*, CEJ, Coleção de Formação Contínua, Jurisdição Civil e Processual Civil, fevereiro 2019, erişim adresi: www.cej.mj.pt. 2019

³³ António Pinto Monteiro, 2019, p. 36

³⁴ *Ibid*, p. 33 and 37

3.2. İçtihat Hukuku

Bu teorik çalışmanın yargı kararlarına, yani engelli kişilerin fiil ehliyeti hakkındaki Brezilya ve Portekiz mevzuatlarının, yargı kararlarına nasıl yansıdığını göstermek amacıyla Brezilya Yüksek Mahkemesi ve Portekiz Yüksek Mahkemesi ile ampirik bir çalışma gerçekleştirdik. Bu kısım, daha iyi anlaşılması adına, metodolojik notlarla birlikte anlatılacaktır.³⁵

Mahkemeler, kendi ülkelerinde, kıyaslanabilir rollere sahip oldukları için seçilmişlerdir. Her iki mahkemenin de ulusal yargı yetkisi ve medeni hususları inceleme yükümlülüğü bulunmaktadır. Brezilya'daki Yüksek Mahkeme, yargıçlık görevleri haricinde, itiraz halinde federal kanunlar (örneğin Brezilya Bütünleştirme Kanunu ile Medeni Kanun) arasındaki çelişkileri gidermek konusunda ve bu kanunların yorumlanmasında yetkilidir³⁶. Portekiz sisteminde ise, engelli haklarına yönelik hukuki normlarla ilişkili hususların yargılamasıyla görevli, ilk derece mahkemelerinin bir üst mahkemesi olan Yüksek Mahkeme bu konuda sorumlu mercidir.

Araştırma 2021 senesinde gerçekleştirilmiş ve 31 Aralık 2020'ye kadar çıkmış olan kararları değerlendirmeye almıştır. Mahkemelerin çevrimiçi³⁷ olarak yayınladıkları kararlar arasında (“engeli olan kişi” veya “engelli kişi”)³⁸ ehliyet ve fiil gibi parametreler kullanılarak araştırma yapılmıştır. Bu ülkelerdeki vakaların sunumunu yapmak adına, ilgisiz kararlar (örneğin engelli kişilerle alakalı olmayan veya tam ehliyet yerine başka ehliyet türlerini konu alan kararlar³⁹) ayıklanarak, konu ile ilgili kararlar seçilmiştir.

Bahsedilen bu süreç içerisinde, bu kısımda daha detaylı incelemek üzere her mahkemeden iki karar seçilmiştir. Belirtmek gerekirse, Portekiz'deki vaka incelemelerimiz açısından “Major Acompanhado” kanu-

³⁵ Machado, (2017)

³⁶ Masson, (2018)

³⁷ Brezilya Temyiz Mahkemesi için: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>; ve Portekiz Temyiz Mahkemesi için: <<http://www.dgsi.pt/>>

³⁸ Araştırma için Portekizce terimler kullanılmıştır ve yazarlar da anadilde Portekizce bilmektedir.

³⁹ Örneğin çalışma ehliyeti ve sağlık eğitim gibi diğer konular

nun çok yeni olması nedeniyle, araştırmalarımızda gecikmeler oluşmuştur.⁴⁰

Portekiz Yüksek Mahkemesinin inceleyeceğimiz ilk kararı⁴¹, Lizbon Temyiz Mahkemesi tarafından, tahminen mağdurun duygularını ifade edememesi nedeniyle reddedilmiş olan, bir tazminat talebine ilişkindir. Temyiz mahkemesinin talebi reddetmesi, anayasaya aykırı bulunmuş ve nitekim söz konusu karar Portekiz Cumhuriyeti Anayasasının ihlalini oluşturmuştur.

Manevi zararlar için talep edilen tazminatlar mağdurun fiziki ya da zihinsel kapasitesinin yetersizliğinden kaynaklı çektiği acıyı belirtememesi veya gösterememesi durumuna bağlı olmayacaktır- temyiz edilen karar, Portekiz Anayasasının 1. ve 71/1 maddesinin ihlalini oluşturmuştur.⁴²

Bu karar genelinde, hem davayı hem de EHİS'i destekleyen sadece Portekiz mevzuatı değildi. Dava konusuyla ilgili bütün gerekçeler, engellilik ile bağlantılı sebeplerle kişilerin haklarından mahrum bırakılmasının veya haklarının kısıtlanmasının mümkün olmadığı görüşünde birleşmiştir.

Portekiz Yüksek Mahkemesi 2019 yılında verdiği bir başka kararında,⁴³ temyiz edilen kararın verilme tarihinde henüz Maior Acompanhamento uygulamasını düzenleyen bir kanunun bulunmamasına rağmen, refakatçi desteğine yönelik talebi değerlendirmiştir.⁴⁴ Buna rağmen, mahkeme, Portekiz Medeni Kanundaki olası en az külfet yükleyici kararı vermiştir: refakatçinin müdahalesi yerine ehliyetsizlik kararı. Mahkeme karar gerekçesinde kişinin fiil ehliyetinin, zihinsel engelli durumunda

⁴⁰ Kanun 2018 tarihlidir ve Yüksek Mahkeme, temyiz mahkemesinin temyiz edilen kararına yönelik bir karar vermiştir bu durumda yüksek mahkeme 3. Derece karar merciidir

⁴¹ Portekiz Yüksek Mahkemesi (Supremo Tribunal de Justiça) dava referans no: 191/09.5PEPDL.L4.S1, 14 Mart 2018

⁴² Portekiz Yüksek Mahkemesi, 2018. eviriler bize aittir. Orjinal metin: "Com efeito, ao entender que não seria devida indemnização por danos não patrimoniais  ofendida, em consequência de esta, em virtude da sua incapacidade fısica e mental, não ser capaz de exprimir ou tornar visıvel o seu sofrimento, o douto acrdo recorrido, viola o disposto no artigo 1o e no no 1 do artigo 71o da Constituio da Repblica Portuguesa."

⁴³ Portekiz Yüksek Mahkemesi (Supremo Tribunal de Justia) dava referans no: 909/16.0T8CLD.C1.S1, 21 Mart 2019

⁴⁴ Bakınız 38 numaralı atf

bile tanınması ve bu kişilerin tam ehliyetsiz olarak değerlendirilmesinden ziyade onları destekleyecek mekanizmaların araştırılması gerektiğini belirtmiştir.

Bu eylemin temelinde yatan akıl hastalığına yol açan nedenlerin sadece zihinsel değil aynı zamanda kişinin iradesi, etkililiği, hissiyatı ile ilgili bütün yapısal eksiklikleri de içermekte olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Engelliliğe yol açan neden, aynı zamanda *güncel* (örneğin geçmişte veya gelecekte değil), *kalıcı* (rastlantısal ve geçici özellikte olmamalı) ve kişinin akıl sağlığını etkileyerek, o kişinin kendini ve ihtiyaçlarını idare etme kapasitesini sınırlandıracak *siddette* olmalıdır.

Dolayısıyla, patolojik belirtiler kalıcı, ancak **kısıtlılığın** verilmesini gerekli kılacak kadar ciddi değil ise **ehliyetsizlik** uygulanır. (cf. Medeni Kanun madde 152) Başka bir ifadeyle, kişinin fiil ehliyeti bozulmuş ise bu kişinin temyiz kudretine yapılan müdahale o kişinin, kendisini ve ihtiyaçlarını idare etmesi açısından, **kısıtlılığa** olduğu gibi kişiyi tamamen yetkisiz kılmaz.

Davalı, kişinin soyutlama gerektiren ve karmaşık olan eylemleri yerine getirmek için üçüncü bir tarafın desteğine muhtaç olmasına neden olan zihinsel bozulmalara sahip olduğunu ortaya koymuştur. Dava dosyasındaki olay bu kanıtlanmış gerçek nedeniyle son derece açıktır.

Yine de, kesin klinik bulgular (*bilirkişi raporunda belirtildiği üzere- yavaş ve ağır gelişim*) bu kişinin şimdilik günlük hayatta kendisini ve varlıklarını idare etmesini önleyecek nitelikte değildir. Sadece aşırı karmaşık veya kişiye külfet yükleyen eylemler ve görevler açısından taviz verilebilir.⁴⁵

⁴⁵ Portekiz Yüksek Mahkemesi, 2019. Çeviri bize aittir. Vurgulamalar orjinal metinden alınmıştır. Orjinal metin: “Com referência à anomalia psíquica, que é o fundamento invocado nesta ação, há que ter presente que essa causa incapacitante abrange todas as deficiências, não apenas do intelecto, mas também da vontade, afetividade e sensibilidade e deve ser atual (ou seja, não passada ou futura) e permanente (e não meramente acidental ou transitória) e assumir uma gravidade tal que interfira com as faculdades do indivíduo, de modo a tolher-se a sua capacidade de reger a sua pessoa e bens

Por sua vez, a inabilitação é de aplicar quando as patologias, embora permanentes, não revistam gravidade que permita decretar a interdição (cf. art. 152º, do CC). Quer dizer: ainda que se constate que as capacidades da pessoa se encontram diminuídas, a

Karar, zel bir kanun ortaya ıkmadan nce bile, engelli kişilerin ehliyet durumlarının değerlendirilmesinin mevcut ulusal ve uluslararası hukuki düzenlemeler ile mümkün olduğunu ve mevcut hukuki düzenlemelerin geliştirilmesine yönelik, hangi hukuki düzenlemelere ihtiyaç duyulduğunu göstermektedir. 2018 tarihli kanundan önce, EHİS, Portekiz Cumhuriyeti Anayasası ve Portekiz Medeni Kanunu, engelli kişilerin menfaatlerinin korunması için kullanılmıştır.

Brezilya Mahkemesinin incelenecek örnek kararlarından biri, Brezilya Bütünleştirme Kanundan⁴⁶ önce, diğeri ise kanundan sonra verilmiřtir⁴⁷. 2015 kanunundan önce verilen kararda, kısıtlılık imkanları ve engelli kişilerin bütünleştirilmesinde *Ministerio Publico*'nun görevi tartışılmıştır. Kanundan sonra verilmiş olan karar, engelli kişilerin ehliyetlerinin tanınmasına odaklanmıştır.

Kararların konusu farklı olmasına rağmen, Brezilya mahkemesinin 2015 yılı öncesinde vermiş olduğu karar engelli kişilerin haklarına aykırı bir Şekilde yorumlanmamalıdır. Tam aksine, karar hali hazırda Brezilya Bütünleştirme Kanununda Őekillenen kavramların gelişimini yansıtılmaktadır. Bu kararda belirtildiği üzere örneğin, engelli kişilerin menfaatlerinin korunmasına yönelik iddialar söz konusu olduğunda *Ministerio Publico*, kişinin iradesini açıklama özgürlüğünü engelleyemez. Aynı zamanda, kısıtlılık davaları son derece etik ve ahlaki gerekelendirmelerden oluşmalıdır. Bu karar ile Portekiz Mahkemesinin vermiş olduğu kararlar, engelli kişilerin hak ve ehliyetlerine dikkat çeken, yargı uygulamalarını ortaya koymaktadır.

interferncia no seu discernimento, vontade e querer no torna o portador completamente inapto para governar a sua pessoa e bens, como exigido para a interdição

Ora, no caso dos autos, resulta da factualidade provada que o requerido apresenta deterioração de alguns aspetos cognitivos, que o tornam dependente da ajuda de terceiros para realizar certas tarefas que exigam níveis de abstração e complexidade superiores.”

Não obstante, o quadro clínico apurado (de evolução lenta e paulatina - como se afirma no relatório pericial) não impede, atualmente, de fazer a gestão diária da sua pessoa e bens, ficando apenas comprometidas as atividades ou tarefas mais complexas ou exigentes

⁴⁶ Brezilya Yüksek Mahkemesi (Superior Tribunal de Justiça). Dava Referans no: REsp 1105663, 4 Eyll 2012

⁴⁷ Brezilya Yüksek Mahkemesi (Superior Tribunal de Justiça). Dava referans no: REsp 1694984, 14 Kasım 2017

Diğer bir deyişle, engelli kişi temyiz kudretinden yararlanarak, kendi özgür iradesi ile buradaki yazılı koşullar kapsamında sözleşmenin tarafı olmuştur. Uygulamanın herhangi bir aşamasında, davalının temyiz kudretini azaltan bir husus söz konusu olmamıştır. Bu yüzden, kendisi fiil ehliyeti yönünden tam ehliyetlidir ve diğer kişiler gibi hak edinebilir ve herhangi bir destek almadan borç altına girebilir. Bu koşullar kapsamında engelli bir kişinin, temel haklarının ve irade açıklama özgürlüğünün güvence altına alınmasının Ministerio Publico tarafından reddedilmesinin, engelli kişinin yararına olduğu söylenemez.⁴⁸

Brezilya Bütünleştirme Kanunu öncesinde, engelli kişilerin haklarının savunulması adına atıf yapılan hukuki düzenlemeler Brezilya Medeni Kanunu yanı sıra, akıl hastalığı olan kişilerin hakları ve korunması, engelli kişilerin desteklenmesi ve onların sosyal entegrasyonu ve Engelli Kişilerin Entegrasyonu Ulusal İşbirliği kurumu ile ilişkili kanunlardan oluşmaktadır.

Brezilya Bütünleştirme Kanunundan sonra verilen karar, engelliliğin tek başına ehliyetsizliği ifade etmediği savına odaklanmaktadır. Bu karar, Brezilya Bütünleştirme Kanunu ve EHİS'deki mevcut düzenlemeler ile uyumludur. Başka bir deyişle artık ehliyetsizlik tanımı engelliliğin tanımından uzaklaştırılmalıdır.

13,146 numaralı 2015 tarihli yeni Engelli Kişiler Kanunu kapsamında, engelli bir kişi, uzun süre boyunca fiziki, akli, mantıki veya duygusal açıdan engelli olan kişidir. (madde 2), Engellilik artık teknik açıdan filli ehliyetsizlik olarak değerlendirilmemeli, zira engellilik kişinin ehliyet durumunu (madde 6 ve 84'e göre) etkilememektedir. Yeni düzenleme ile birlikte, akıl hastalığı ile ehliyetsizliğin tanımı arasındaki ilişkinin birbirinden kesin bir şekilde ayrılması gerekmektedir. Şöyle ki,

⁴⁸ Brezilya Yüksek Mahkemesi, 2012. Çeviri bize aittir. Orijinal metin: “Ou seja: a pessoa deficiente, no pleno gozo de suas faculdades mentais, em um ato de manifestação livre de vontade, decidiu celebrar o acordo pelos termos nele contidos. Não há, no processo, qualquer elemento que indique redução, por parte do recorrido, de seu discernimento. Ele é, assim, do ponto de vista da capacidade civil, uma pessoa completa, capaz, como outra qualquer, de adquirir direitos e assumir obrigações sem qualquer assistência. Nessa circunstância, não se pode admitir que o MP, atuando no suposto auxílio da pessoa deficiente, negue-se a lhe garantir o direito básico de manifestar livremente sua vontade”

herhangi bir konuda akıl zayıflığı olan bir kişinin otomatikman ehliyet durumunun sınırlandırılması artık mümkün olmayacaktır.⁴⁹

Makalenin bu kısmı, sayısal veri veya Brezilya ve Portekiz'deki yeni mevzuat ile bunun pratikteki uygulaması arasındaki bağlantıyı, ortaya çıkarma amacı gütmemektedir. Buna rağmen, ulusal yargı yetkisine sahip mahkemelerin, engelli kişilerin hakları ile ilgili seçilmiş kararları, bu konuyla ilgili hukuki ve teorik tartışmayı iyi bir şekilde ortaya koymaktadır.

Brezilya'daki yeni çıkan ve Portekiz'de daha yeni olan kanuni düzenlemeler, birçok farklı unsurdan etkilenmiştir. Konunun tarihselliği, uygulamadaki durumu, sosyal mobilizasyon ve uluslararası hukuk kapsamında engelli haklarında meydana gelen gelişmeler, bu kanuni düzenlemeleri etkileyen unsurlardır. Kanunların uygulanmasında, mahkeme kararları göstermektedir ki güncel hukuk gelişmelerinden önce de ulusal ve uluslararası hukuki düzenlemelere dayanılarak, engelli kişilerin hukuki ehliyetleri değerlendirilebilirdi. Yine de, yeni hukuki düzenlemeler, hakların güvence altına alınması ve ulusal mevzuatın EHİS'e uyumlaştırılması, aynı zamanda engelli kişilerin fiil ehliyetlerine zarar vermeyecek şekilde onlara destek sağlayacak değişken mekanizmaların oluşturulması bakımından, son derece önemli bir rol oynamıştır.

4. Son Değerlendirmeler

Bu makalede, engelli kişilerle ilgili uluslararası hukuk mevzuatı, EHİS'e odaklanılarak ele alınmıştır. Aynı zamanda Portekiz ve Brezilya'daki vaka çalışmaları ile birlikte sözleşmeyle uyumlu uygulamalar gösterilmek istenmiştir.

EHİS, engelli hakları ile ilgili uluslararası hukuk alanında bir yapı taşı olmaya devam etmektedir. Bağlayıcı bir hukuk belgesi olan sözleş-

⁴⁹ Brezilya Yüksek Mahkemesi, 2017, Çeviri bize aittir. Orjinal metin: "Nos termos do novel Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei n. 13.146 de 2015, pessoa com deficiência é a que possui impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial (art. 2º), não devendo ser mais tecnicamente considerada civilmente incapaz, na medida em que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa (conforme os arts. 6º e 84). A partir do novo regramento, observa-se uma dissociação necessária e absoluta entre o transtorno mental e o reconhecimento da incapacidade, ou seja, a definição automática de que a pessoa portadora de debilidade mental, de qualquer natureza, implicaria na constatação da limitação de sua capacidade civil deixou de existir."

menin, üye devletlerin karşı karşıya olduğu güncel hayati konular ve özellikle de fiil ehliyetine yönelik yaklaşımları üzerinde sahip olduğu önemli etki, halen devam etmelidir.

Engelli bireylere daha fazla özgürlük ve özerklik tanınması adına, Brezilya ve Portekiz'deki yeni ve daha çok olay bazında değerlendirme-yi gerekli kılan hukuki araçlar, geliştirilerek, uygulanan usullerde değişikliğe gidilmiştir. Söz konusu yapılan değişikliklerle birlikte, engelli kişilerin özel koruma mekanizmalarına erişimi sağlanmıştır. Buna rağmen, engelli kişiler hala bir takım engellerle karşılaşmaktadır. Bu engeller sadece fiil ehliyetinin kullanımıyla ilgili değil, aynı zamanda hayatın diğer alanlarıyla da ilişkilidir.

Kavramların anlayışında meydana gelen değişiklik, engelli kavramının ehliyetsizlik kavramından ayrışmasını da sağlamıştır. Bu iki kavram, artık iki ülkenin mahkeme kararlarına göre eş anlamlı değildir. Engelli bireyler kırılganlıklara sahiptir ve tamamıyla yaşamak için özel korumaya ve desteğe ihtiyaç duyabilirler, yine de engelli kişilerin özerklikleri kural olarak sınırlı olmamalıdır.