



İNSAN HAKLARI AÇISINDAN GÜNEY AFRİKA NİHAİ ANAYASASI'NIN YAPIM SÜRECİ

Melisa AYDIN YAMAKOĞLU

Çeviri Makale

Dr. Araştırma Görevlisi, İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, melisa.aydinyamakoglu@yeniyuzuyil.edu.tr, ORCID:0000-0003-0616-5028.

ÖZET

Bu çalışma anayasa yapım süreçlerinin kapsayıcılığı bakımından önem taşıyan Güney Afrika Anayasası yapım sürecine ilişkin olarak Jeremy Sarkin tarafından yazılmış olan "The Drafting of the Final South African Constitution from a Human Rights Perspective", makalesinin Türkçeye çevrilmiş halidir. Makalede anayasa yapım süreci insan hakları açısından ele alınmış ve yeni anayasal düzenin Apartheid sonrası Güney Afrika'nın demokratikleşmesine ve insan haklarının korunması ve geliştirilmesine katkısı değerlendirilmiştir. Bu çeviri ile Türk öğretisine katkı sunulması amaçlanmaktadır.

ANAHTAR KELİMELER: İnsan Hakları, Güney Afrika, Anayasa, Anayasası Yapım Süreci, Güney Afrika'nın Son Anayasası

İntihal / Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış olup en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



Bu çalışma Creative Commons Atıf-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası (CC BY-NC-ND 4.0) olarak lisanslıdır.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

DOI: 10.62124/kluhfd.1483970.

THE DRAFTING OF THE FINAL SOUTH AFRICAN CONSTITUTION FROM A HUMAN RIGHTS PERSPECTIVE

Melisa AYDIN YAMAKOĞLU

Translated Article

Research Assistant Dr., İstanbul Yeni Yüzyıl University, Faculty of Law, Department of Constitutional Law, melisa.aydinyamakoglu@yeniyuzuyil.edu.tr, ORCID:0000-0003-0616-5028.

ABSTRACT

This study is the Turkish translation of the article 'The Drafting of the Final South African Constitution from a Human Rights Perspective' by Jeremy Sarkin, which is significant in terms of the inclusiveness of constitutional drafting processes. The article examines the constitutional drafting process from a human rights perspective and evaluates the contribution of the new constitutional order to the democratization of South Africa and the

protection and promotion of human rights in the post-Apartheid. This translation aims to contribute to the Turkish academic literature on the subject.

KEYWORDS: Human Rights, South Africa, Constitution, Constitutional Drafting Process, South African Final Constitution

GİRİŞ

Demokrasinin temel ilkelerine uygun olarak yapılan 1994 seçimleri öncesinde yürürlüğe giren Geçici Anayasa'ya kadar, Güney Afrika'da 1910, 1961 ve 1983 tarihli üç anayasa daha kabul edilmiştir¹. Bu anayasalarda Güney Afrika toplumunun çok etnikli, çok dilli ve çok kültürlü yapısı ise dikkate alınmamış² neredeyse sadece beyaz, Hristiyan, Hollanda asıllı Afrikalı ataerkil bir azınlığın ihtiyaçları gözetilmiştir³. Güney Afrika'nın son derece kutuplaşmış ve bölünmüş bir toplum olduğu göz önüne alındığında ise bu durum hiç şaşırtıcı olmayacaktır⁴. Birçok insanın topraklarına el konulmuş, dil ve kültürleri ötekileştirilmiş ve ağır insan hakları ihlalleri yaşanmıştır⁵. Güney Afrikalıların çoğunluğunun, en başta devlet kurumlarında olmak üzere birçok yer ve istihdam biçimi de dahil çeşitli olanaklara, fırsatlara ve kurumlara erişimleri engellenmiştir. Devlet siyahilerin haklarını sistematik olarak ihlal etmiş ve sosyo-ekonomik açıdan yoksunluğa

* Jeremy Sarkin, "The Drafting of the Final South African Constitution from a Human Rights Perspective", *The American Journal of Comparative Law*, XLV11 (1) 67. Makale yazarın izniyle Türkçe'ye çevrilmiştir.

¹ Bkz. Jeremy Sarkin, 'Innovations in the Interim and 1996 South African Constitutions', (1998) June *The Review* 57.

² Bkz. Stephen Ellmann, 'The New South African Constitution and Ethnic Division', (1994) 26 *Columbia Human Rights Law Review* 5.

³ Bkz. Jeremy Sarkin, 'The Effect of Patriarchy and Discrimination on Apartheid South Africa's Abortion Laws', (1998) 4 *Buffalo Human Rights Law Review* 141. Çevirenin notu: Yazar burada Hollanda asıllı Afrikalı olarak çevrilen kelime için "Afrikaans" terimini kullanmıştır. "Afrikaans" Güney Afrika Cumhuriyeti ve bazı Afrika ülkelerinde, genellikle Hollanda kökenli Boer soyundan gelenlerin konuştuğu, Hollandaca'nın zaman içinde yerel diller, diğer Avrupa ve Asya dilleriyle karışması sonucu oluşan dildir. Dolayısıyla burada kastedilen Hollanda asıllı ve Afrikan dilini konuşan beyazlardır.

⁴ Bkz. Jeremy Sarkin ve Howard Varney, 'Traditional Weapons, Cultural Expediency and the Political Conflict in South Africa: A Culture of Weapons and a Culture of Violence', (1993) 6 *South African Journal of Criminal Justice* 2.

⁵ Bkz. Jeremy Sarkin, 'The Development of a Human Rights Culture in South Africa', (1998) 20 (3) *Human Rights Quarterly* 628, 644.

maruz bırakmıştır⁶. Güney Afrikalı siyahiler haklarından mahrum edilmiş, birçoğu yaşadıkları yerleri terk etmeye zorlanmış ve vatandaşlıktan çıkartılmıştır⁷.

Devlet çalışanları, devletin yardımı ve onayı ile hareket eden kişiler; sistematik olarak işkence, saldırı ve öldürme eylemleri gerçekleştirmişlerdir⁸. Çok sayıda gözaltı⁹ ve gözaltında ölüm vakası yaşanmış, ifade ve örgütlenme özgürlüğü ciddi derecede sınırlandırılmıştır. Parlamentonun üstünlüğü ilkesinin bir sonucu olarak Parlamento, mahkemelerin hiçbir yargısal denetimi olmaksızın yasama yetkisini kullanmıştır.

Güney Afrika'nın Apartheid politikası döneminde insan hakları bakımından vahim sicili; anayasanın üstünlüğü ilkesini ve Haklar Bildirisi'ni düzenleyen 1996 Anayasası'nın yapım sürecine ilişkin tüm tartışmaların temelini oluşturmuştur.

Yeni anayasal düzen ve kişisel hakların korunması birçok farklı etkenin bir sonucu olarak değerlendirilebilir. Bu etkenler; eski düzenin müzakere sürecindeki gücü ve içinde bulunulan yeni koşullara karşı duyduğu şüphe ile Afrika Ulusal Kongresi'nin (African National Congress/ANC) temel haklar kavramına bağlılığı ve birçok Güney Afrikalı'nın etnisite ve bölünmenin Apartheid sonrası Güney Afrika'nın bir parçası olmaması gerektiğine dair güçlü inancı olarak ifade edilebilir¹⁰.

⁶ Jeremy Sarkin, 'Can South Africa Afford Justice? The Need and Future of a Public Defender System', (1993) 4 Stellenbosch Law Review 261.

⁷ Bkz. D.D. Mokgatle, 'The Exclusion of Blacks from the South African Judicial System', (1987) 3 South African Journal on Human Right, 44.

⁸ Bkz. Howard Varney ve Jeremy Sarkin, 'Failing to Pierce the Hit Squad Veil: An Analysis of the Malan Trial', (1997) 10 South African Journal of Criminal Justice 141.

⁹ Bkz. Jeremy Sarkin, 'Preventive Detention in South Africa', iç Andrew Harding ve John Hatchard (edr) Preventive Detention and Security Law:A Comparative Survey (1993) 209.

¹⁰ Bkz. Jeremy Sarkin, 'The Effect of Constitutional Borrowings on The Drafting of

Eski Güney Afrika Hükümeti ve (Özgürlük) Hareketi Örgütü (Liberation Movements of Southern Africa/LMSA); 1990'da başlayan ve dört yılı aşan bir süreçte, demokrasiye iki aşamalı geçişi başarıyla müzakere etmişlerdir. Sürecin ilk aşamasında; çoğu çok az meşruiyete sahip ve yetkisi bulunmayan yirmi altı parti tarafından Geçici Anayasa¹¹ hazırlanmıştır¹². Bu Anayasa 27 Nisan 1994¹³ tarihinde yürürlüğe girmiş ve ülkenin bir ulusal birlik hükümeti tarafından yönetilmesini sağlayan sistemi oluşturmuştur. Buna ek olarak, demokrasi ilkelerine uygun olarak yapılan ilk seçimle belirlenen temsilcilerin nihai bir anayasa yapmaları için gereken süreci de düzenlemiştir. Sürecin ikinci aşaması Nihai Anayasa'nın Kurucu Meclis (Constitutional Assembly/CA)¹⁴ tarafından yapılmasıdır¹⁵.

Bu makale, anayasayı hazırlayanların gerek süreç gerekse de içerik bakımından

South Africa's Interim Bill of Rights and the Role Played by Comparative and International Law in the Interpretation of Human Rights Provisions By the Constitutional Court', (1998-1999) 1 (2) Journal of Constitutional Law 176.

¹¹ 1993 tarihli 200 sayılı Güney Afrika Anayasası Kanunu.

¹² Müzakerelerdeki siyasi örgütler arasında "hükümet" ve anavatandaki sözde bağımsız partiler de bulunmaktaydı. Geçici Anayasa'nın hazırlanması sürecine halkın katılımı çok sınırlı düzeyde kalmıştır. Süreç; müzakerelere katılanların uzlaşmaya varılabilmesi için gerekliliğini vurguladıkları belirli bir derecede gizlilik içinde gerçekleştirilmiştir. Ancak müzakerelere katılan taraflar Nihai Anayasa'nın hazırlık sürecinin; halkın katkısının aranacağı ve bu katkının dikkate alınacağı şeffaf bir süreç olacağını güvencesini verdiler.

¹³ Parlatentonun üstünlüğü anlayışından anayasanın üstünlüğü anlayışına geçiş; Güney Afrika'nın demokrasiye geçiş sürecinde ortaya çıkan muhtemelen en ciddi değişimdir. 1994 yılının Nisan ayında denetlenebilir bir anayasanın yürürlüğe girmesine kadar parlatentonun egemenliği söz konusuydu ve devlet gücünün sınırları bakımından da herhangi bir denetim de bulunmamaktaydı.

¹⁴ Kurucu Meclis, seçilmiş Ulusal Meclis ve Senato'nun dört yüz doksan üyesinden oluşuyordu. Kurucu Meclis'e Geçici Anayasa'da yer alan ve müzakere edilmiş otuz dört anayasal ilke ile bağdaşacak bir anayasa hazırlaması için iki yıl süre verildi. Nihai Anayasa'nın kabul edilebilmesi için Kurucu Meclis'in üçte iki çoğunluğunun oyu ve metnin otuz dört anayasal ilkeye uygun olduğunun Anayasa Mahkemesi tarafından onaylanması gerekiyordu.

¹⁵ 1993 tarihli 200 sayılı Güney Afrika Anayasası Kanunu, Bölüm 40(1) ve 48(1) ile birlikte Bölüm 68(1)'e bakınız.

insan haklarına bağılıklarını tespit etmek amacıyla Nihai Anayasa'nın yapım sürecini ve bazı temel hükümlerini incelemektedir.

I. SÜREÇ

Geçici Anayasa'nın müzakere süreci ve kabulü sonucunda bu anayasayı hazırlayanlar 1996 Anayasası'nın hazırlanma süreci üzerinde de önemli nüfuza sahip olmuştur. Bu nüfuz; Nihai Anayasa yapım sürecine kısıtlamalar getiren bir mekanizma oluşturulması ve bazı temel koşullar belirlenerek bunların otuz dört anayasal ilke biçiminde Nihai Anayasa'da yer almasının zorunlu tutulması şeklinde kullanılmıştır. Söz konusu anayasal ilkeler, 1994 seçimleri öncesinde yapılan çok partili müzakerelerde şekillendirilmiştir. Geçici Anayasa'yı hazırlayanlar; ilkelere uyulmasını, Anayasa Mahkemesi'nin¹⁶ Nihai Anayasa'yı onaylaması için ön koşul haline getirerek, bu ilkelere bağlı kalınmasını sağlamışlardır. Böylece ilkeler anayasa yapım sürecinin "temeli" olmuştur¹⁷.

Nihai Anayasa'nın yapım süreci;

a) Mayıs 1994'te başlayan ve anayasa metnine son halinin verilmesi için son tarih olan Mayıs 1996'ya kadar devam eden ve 8 Mayıs 1996'da yapılan kabul töreniyle sona eren müzakereler;

b) Mayıs 1996'da görüş bildirimi ile başlayan ve 6 Eylül 1996'da Anayasa Mahkemesi'nin düzeltilmiş metni onaylamayı reddetmesi ile sona eren Anayasa Mahkemesi'nin¹⁸ ilk onay süreci;

¹⁶ Bkz. Jeremy Sarkin, 'The Political Role of the South African Constitutional Court', (1997) 114 South African Law Journal 134.

¹⁷ Bkz. Makua wa Mutua, 'Hope and Despair for a New South Africa, The Limits of Rights Discourse', (1997) 10 Harvard Human Rights Journal 63, 80.

¹⁸ Apartheid politikası döneminde atanan tüm yargıçların neredeyse tamamının beyaz erkek olması ve Güney Afrika halkını daha yüksek düzeyde temsil eden bir mahkemenin anayasaya ilişkin konularda karar vermesi gerektiğine duyulan inanç nedeniyle Geçici Anayasa'ya dayanarak bir Anayasa Mahkemesi kuruldu. Zira önceki yargıçlara yargı denetimine ilişkin ilave yetkilerin verilmesi; çoğunluk tarafından oluşturulan demokratik

c) 4 Aralık 1996'da Anayasa Mahkemesi'nin metni onaylamasıyla sona eren 1996 Eylül sonu ve 1996 Ekim ayı başlarındaki ikinci tur müzakere süreci olarak üç farklı döneme ayrılabilir.

A. İLK DÖNEM: MAYIS 1994-MAYIS 1996

Nihai Anayasa yapım süreci yavaş bir şekilde başlamıştır. Ancak ikinci yılın özellikle son aşamalarında yoğun müzakereler ve siyasi uzlaşma çabası ülkede günlük gündemi oluşturmuştur¹⁹. Demokrasinin açıklık ve kapsayıcılık ilkelerini gözetmek isteyen Kurucu Meclis, bu dönemde halkın da sürece katılımını sağlamak amacıyla bir program başlattı²⁰. Karmaşık bir sürecin anlaşılmasına katkısı ve kamunun ilgisini çekmesi dolayısıyla Kurucu Meclis'in tanıtım ve eğitim kampanyaları övgüye değerdi²¹. Sürecin ilk aşamasında vatandaşlardan, çoğunluğu dilekçe olmak üzere 1.7 milyondan fazla öneri gelmiştir²². Altı farklı konuyu incelemek ve değerlendirmek amacıyla kurulan komiteler²³ halktan ve

hukuk sisteminin, taraflı ve izole bir azınlıktan oluşan mahkeme tarafından aşındırılmasına izin vermek anlamına gelecekti.

¹⁹ Anayasa metninin kesinleşmesi; siyasette uzlaşmacı yaklaşımdan, muhalif siyasete doğru kayda değer bir geçişle sonuçlandı. 8 Mayıs 1996'da ilk metnin kabulünden hemen sonra Ulusal Parti (National Party/NP) Ulusal Birlik Hükümeti'nden ayrıldığını açıkladı. Her ne kadar Inkatha Özgürlük Partisi hükümetteki konumunu korumuş olsa da azınlık partileri ciddi bir biçimde kendilerini geçerli muhalefet güçleri olarak kabul ettirme çalışmalarına başladılar.

²⁰ Genel olarak bkz. 'Public participation kicks off', Constitutional Talk 1, February 10-23, 1995; 'Towards a new constitution', Constitutional Talk 1, 3, June 30-August 10, 1995.

²¹ 'Excellent results for CA media campaign', Constitutional Talk ,7, April 22-May 18, 1996.

²² 'First phase of PPP draws to a close', Constitutional Talk 1, 7, June 9-29, 1995.

²³ Konulara göre ayrılan altı farklı komite kurulmuş olup değerlendirmekle görevlendirildikleri konular;

- 1) Devletin ideolojisi,
- 2) Devletin yapısı,
- 3) Devlet kademeleri arasındaki ilişki,
- 4) Temel haklar,
- 5) Yargı ve hukuk sistemi,
- 6) Uzman kurumlar'dır.

partilerden gelen talepleri gündeme alarak oturumlar düzenlemiştir. Komitelerin konuları müzakere yetkisi bulunmayıp taleplerde yer alan konulardan üzerinde uzlaşa bulunanları ve ihtilafli olanları belirlemekle görevlendirilmişlerdir. Komiteler; kendi görev alanlarındaki konuda rapor hazırlamış ve raporları çok partili bir müzakere oturumu olan ve Kurucu Meclis'in alt komitesi olarak görev yapan Anayasa Komitesi'ne havale etti. İhtilafli konuların çoğu 1995'in sonunda bu oturumda ve ikili görüşmelerde tartışıldı. On bir resmi dilin tamamında hazırlanan taslak metin beş milyonun üzerinde basılarak Kasım 1995'te dağıtıldı²⁴.

Kurucu Meclis sürecin devamında halkın katılımı için son tarih olan 20 Şubat 1996'ya kadar 1500'ün üzerinde öneri ve toplamda 248.500 adet imzalı dilekçe daha aldı²⁵.

Kurucu Meclis'in “Damgamı vur(dun)”²⁶ “Şimdi söz senin” gibi sloganlar kullanarak yürüttüğü tanıtım ve eğitim kampanyalarını içeren programı büyük beğeni topladı. Tanıtım ve halk eğitimi programın merkezinde yer alıyordu. Çok sayıda televizyon ve radyo programı, dört yüz seksen altı adet anayasal eğitim çalışmayı düzenlendi ve sade bir dille hazırlanan “anayasal tartışma” bülteni düzenli olarak dağıtıldı. Kurucu Meclis tarafından yaptırılan Sosyal Araştırmalar Topluluk Ajansı'nın (Community Agency for Social Enquiry/CASE) yürüttüğü bir araştırma; Kurucu Meclis kampanyalarının, Güney Afrikalıların geneline anayasal süreç konusunda farkındalık kazandırılması ve geniş bir katılımın sağlanması bakımından son derece başarılı olduğunu ortaya koydu²⁷. Araştırmada

²⁴ ‘The working draft reaches millions’, Constitutional Talk 2, February 9-29, 1996. Sade bir dil kullanılarak metnin tüm Güney Afrikalılar için kolay anlaşılabilir olmasına büyük önem verilmiştir. Ancak kimi zaman taslak metinde istenilen açıklık ve netliğin sağlanamadığı da olmuştur.

²⁵ ‘Nearly 250,000 submissions received’, Constitutional Talk 5, March 8-28, 1996.

²⁶ 1994 seçimlerine atıfta bulunarak.

²⁷ ‘Excellent results for CA media campaign’, Constitutional Talk 7, April 22-May 18, 1996.

temel eksiklik olarak belirtilen durum; marjinal grupların bu süreçten en az faydalanan kesim olduğunun tespit edilmesidir. Bu sebeple eğitim programının devam etmesi gerektiği kaydedildi.

İstatistikler halkın, sürece katılım davetine yüksek oranda yanıt verdiğini göstermekle birlikte, halkın görüşlerinin nihai metin üzerindeki etkisinin ne ölçüde olduğu belirsiz kalmıştır. Sosyal Araştırmalar Topluluk Ajansı'nın araştırması katılımcıların yüzde 41'inin fikirlerinin ciddi oranda dikkate alınacağına inandığını göstermiştir. Araştırma sonucunda ayrıca bu konuda beyazların en düşük, kırsal kesimde yaşayanların ise en yüksek inanca sahip olduğu tespit edilmiştir.

Taslak metin Kasım 1995'te kamuoyunun görüşüne sunulmak üzere yayımlandığında otuz iki tartışmalı konudan bazıları çözülememişti. Daha sonraki müzakerelerde; genellikle zor siyasi seçimler yapılmasını gerektiren ve bunun sonucu olarak süreçte, gizliliğin artırılması eğilimini doğuran konulara odaklanıldı. 1995'in sonlarında müzakerelerin, Kurucu Meclis'teki sürecin aksine halka ve medyaya kapalı olarak "ikili ve çok taraflı" toplantılarla devam etmesi gerektiğine karar verilmişti. Sürecin bu şekilde yürütülmesinin tarafların güvenilirliğini zedelemeyen anlaşmaya varabilmelerine olanak tanıyarak "siyasi uzlaşma" şansını en üst düzeye çıkarmak için gerekli olduğu düşünülüyordu. Müzakereler; halkın görüşlerini temel alarak hazırlanan "Kasım Taslakları"²⁸ üzerinden devam etti. Halkın yorum ve görüşlerini bildirmesi için son tarih olan 20 Şubat 1996'ya gelindiğinde iki yeni anayasa taslağı hazırlanmış ve pek çok önemli sorun çözüme kavuşturulmuştu.

Ancak süreçteki bu gizlilik; anlaşmazlıkların nasıl giderileceği konusunda halkın bilgisiz kalmasına ve görüşlerinin ne ölçüde dikkate alınacağı konusunda ciddi

²⁸ İnsan Hakları Komitesi, tartışmaları canlandırmak amacıyla Ocak 1996'da Haklar Bildirisi hakkında bir konferans düzenlemiştir.

şüphelerinin oluşmasına sebebiyet verdi. Sonuç olarak siyasi parti dinamikleri halkın sürece katılımı ve şeffaflığın önüne geçmeye başladı. Halkın görüşlerini içeren başvurulara atıfta bulunan bir taslağın yayınlanması da dahil olmak üzere, görüşlerin dikkate alınmadığı yönündeki endişeleri gidermek için bazı girişimlerde bulunuldu. Bununla birlikte, halktan gelen görüşlerin etkili olup olmadığı ve aslında bu son müzakerelerin, uzlaşmaların ve verilen tavizlerin gerçek öyküsü henüz açıklığa kavuşturulmamıştır. İlgili kişilerin açıklamaları, gelecekteki yasama ve yürütme süreçlerine yönelik katılımcı programlara olan güvenin sağlanması açısından hayati önem taşıyacaktır.

Metnin tamamlanması için gereken iki yıllık sürenin sonuna yaklaşılırken son müzakerelerin çoğu gece boyu devam eden oturumlarda gerçekleştirildi. Nihayetinde Anayasa, doksan senatörün sekseni ve dört yüz ulusal meclis üyesinin üç yüz yirmi birinin oyuyla ezici bir çoğunluk ile 8 Mayıs tarihinde kabul edilmiştir. Afrika Ulusal Kongresi, Pan Afrikan Kongresi (Pan Africanist Congress/PAC), Ulusal Parti (National Party/NP) ve Demokrat Parti (Democratic Party/DP) lehe oy kullanırken, beyaz sağcı bir parti olan Özgürlük Cephesi (Freedom Front) çekimser kaldı. İki sandalyeye sahip Afrika Hristiyan Demokrat Parti (The African Christian Democratic Party/ACDP) ise anayasaya karşı oy kullanan tek parti oldu.

B. ONAY SÜRECİ MAYIS 1996-EYLÜL 1996

8 Mayıs'taki kabul töreninden sonra Anayasa; özellikle, hükümlerinin 1994 seçimleri öncesinde müzakere edilen ve Geçici Anayasa'nın otuz dört anayasal ilkesinde yer alan "siyasi uzlaşma"ya uyup uymadığının belirlenmesi amacıyla ve metnin geçerliliği²⁹ konusunda nihai hakem olmak gibi daha önce benzeri görülmemiş bir yargı görevini yerine getirmek üzere Anayasa Mahkemesi'ne

²⁹ Bölüm 73(2)'yi bölüm 71(2) ve (3) ile birlikte okuyunuz.

gönderildi³⁰.

Mahkeme içtüzüğünde, siyasi partilerin anayasanın onaylanması konusunda Anayasa Mahkemesi'ne yazılı ve sözlü görüşlerini sunabilmelerine olanak tanıyan bir usul düzenlendi. Ancak gerek müzakerelerin son aşamasında şeffaflığın azaltılması ve gerekse de metne yansıyan “siyasi uzlaşma”nın kapsamı göz önünde bulundurulduğunda İnsan Hakları Komitesi içtüzüğün, halkın da mahkemeye kendi itirazlarını göndermesine izin verecek şekilde düzenlenmesi gerektiği önerisinde bulundu³¹. Bu öneri kabul görerek halka 31 Mayıs 1996 tarihine kadar yazılı itirazlarını mahkemeye sunma olanağı sağlandı. İnsan Hakları Komitesi'nin konuya ilişkin görüşünde kefaletle serbest bırakılma hakkı, olağanüstü hal düzenlemeleri, temel hakların sınırlandırılması, yargının ve insan hakları kurumlarının bağımsızlığı ve anayasa değişikliği usulüne ilişkin hususlara değiniliyordu³².

Halka açık oturumlar 01-12 Temmuz arasında gerçekleştirildi ve Demokrat Parti'nin bölge yönetimlerinin yetkilerinin önemli ölçüde azaltılmış olduğu eleştirisiyle bölge yönetimlerinin yetkileri sorununun siyasi partiler bakımından önemli bir endişe kaynağı olduğu ortaya çıktı. Bireyler ve çıkar grupları da; toplu pazarlık hakkı, mülkiyet hakkı, kürtaj hakkı³³, sosyo-ekonomik hakların düzenlenmesi ile olağanüstü hal ilanına ve idari yargıyı düzenleyen hükümlere itiraz ettiler.

Anayasa Mahkemesi, 6 Eylül'de yayımlanan 288 sayfalık kararıyla, Anayasa'nın

³⁰ Bölüm 73(1) ve 71(1).

³¹ İnsan Hakları Komitesi Ulusal Başkanı'ndan Anayasa Mahkemesi Başkanı'na Mektup, 16 Nisan, 1996.

³² Bkz. İnsan Hakları Komitesi tarafından Anayasa Mahkemesi'ne 29 Mayıs 1996'da sunulan “Kurucu Meclis Tarafından 8 Mayıs 1996'da Kabul Edilen Anayasa'nın Onaylanması” başlıklı belge.

³³ Genel olarak Bkz. Jeremy Sarkin, ‘Why There Should Be An Abortion Clause in the Final Constitution’, (1995) 11 (4) South African Journal of Human Rights 582.

tüm hükümlerinin anayasal ilkelere uygunluğunu tespit edemeyeceğine oybirliğiyle karar verdi³⁴. Ancak kararda, metnin büyük çoğunluğunun anayasal ilkelere uygun olduğu belirtilerek yalnızca uygunsuzluk tespit edilen on düzenlemeye yer verildi.

Anayasa Mahkemesi, Nihai Anayasa metnini onaylama görevinde temkinli bir yaklaşım benimseyerek³⁵, metnin kapsamını dar yorumlamış ve dikkatle hazırlanmış “siyasi uzlaşma”ya müdahale etme veya bu siyasi uzlaşma konusu hususları yeniden tartışmaya açmaya imkan vermek bakımından açık bir isteksizlik sergilemiştir. Mahkeme, KwaZulu-Natal Anayasası’na³⁶ uyulmadığına ilişkin sonraki bir kararında ise daha cesur davranarak; bu anayasada Geçici Anayasa kapsamında bölgeye bırakılan yetkilerden daha fazla yetkinin düzenlenmesinin yetki gaspı girişimi olarak değerlendirilebileceğini kesin bir biçimde vurgulamıştır. Ancak ulusal anayasa konusunda mahkeme, siyasi partilerin ve kamuoyunun Haklar Bildirisi’ndeki hükümlere yönelik itirazlarının çoğunu kabul etmemeyi tercih ederek ve onayladığı hükümleri de dar yorumlayarak çekimser bir yaklaşım benimsemiştir.

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi kararının iki bölümünün Hakları Bildirisi bakımından önemli sonuçları olmuştur. İlk olarak mahkeme; Ulusal Meclis’in³⁷ üçte iki çoğunlukla Haklar Bildirisi’nde değişiklik yapmasına olanak tanıyan düzenlemenin, Haklar Bildirisi’nde değişiklik yapılma usulünü Anayasal İlke

³⁴ Kurucu Meclis Başkanı’nın gıyabında; Güney Afrika Anayasası’nın Yeniden Onaylanması Kararı, 1996 (10) BCLR 1253(CC).

³⁵ Mahkemenin onay süreci ve siyasi konulardaki rolü hakkında daha fazla detay için bkz. Sarkin, *The Political Role* (n 16).

³⁶ Bkz. KwaZulu-Natal Bölge Anayasası’nın Onaylanması Kararı, 1996 (11) BCLR 1419 (CC).

³⁷ Nihai Anayasa’da bölgelere ulusal yasama bakımından daha doğrudan bir konum vermek amacıyla Senato kaldırılarak yerine yeni bir ikinci meclis olan Ulusal Bölgeler Konseyi (National Council of Provinces/NCOP) kurulmuştur. Ancak Ulusal Bölgeler Konseyi’nin kanunların tamamı bakımından yetkisi bulunmamaktadır.

II'nin gerektirdiği şekilde sağlamak için yetersiz olduğuna karar verdi. İkinci olarak mahkeme, olağanüstü hal ilanına ilişkin hükümlerden de ciddi endişe duyduğunu ifade etti. Olağanüstü hallerde sınırlandırılmayan haklar listesinin “keyfi olarak nitelenebilecek kadar açıklanması güç” olduğunu tespit etti³⁸. Bu endişe, metnin anayasal ilkelere uygun olmadığını tespitinin gerekçelerinden biri olmasa da mahkeme, olağanüstü hallerle ilişkin hükümlerin gözden geçirilmesi gerektiği görüşündeydi.

Mahkemenin eleştirdiği diğer hükümler ise şu şekildedir;

Anayasa değişiklikleri: Mahkeme, nitelikli çoğunluklar gerektiren özel usuller öngören Anayasal İlke XV bağlamında, anayasa değişikliği bakımından, ek usullerin gerekli olduğunu vurgulamıştır. Haklar Bildirisi'nde yapılacak değişiklikler de anayasanın diğer hükümlerine göre daha zor usulleri gerektirmektedir.

İnsan Hakları Kurumları: “Ombudsmanlık” ve “Genel Denetçi” ile ilgili olarak mahkeme, oy çokluğu ile görevden alınabilmeye imkan tanıyan düzenlemenin bu kurumların bağımsızlığının korunmasında yetersiz kaldığı sonucuna varmıştır. “Kamu Hizmeti Komisyonu” ile ilgili olarak ise bu kurumun yetkisinin, işlevlerinin ve bağımsızlığının nasıl korunacağına belirlenmemiş olmasının sorunlu olduğuna karar vermiştir.

Hakikat Komisyonu³⁹ ve Çalışma İlişkileri Kanunları: Bu kanunları anayasaya uygunluk denetimi kapsamında çıkartan bölümlerin; anayasanın o topraklar üzerindeki en üstün norm olduğu; yargının anayasayı, temel hakları koruma ve uygulama yetkisi ve görevine sahip olduğunu belirten Anayasal İlkeler IV ve VII

³⁸ Bkz. 1295'te.

³⁹ Genel olarak bkz. Jeremy Sarkin, ‘The Trials and Tribulations of South Africa’s Truth and Reconciliation Commission’, (1996) 12 The South African Journal of Human Rights 617; Ayrıca bkz. Varney ve Sarkin, Failing to Pierce the Hit Squad Veil: An Analysis of the Malan Trial (n 8).

ile çeliştiği tespit edilmiştir.

Yerel Yönetimler: Yerel yönetimler ile ilgili hükümlerin yer aldığı kısmın; yerel yönetimlerin yapısı, mali yetkilerinin ve işlevlerinin belirlenmesi ve bu konudaki yasama usulleri konusunda bir çerçeve sağlayamaması dolayısıyla yetersiz olduğu tespit edilmiştir.

Bölge Yetkileri: Bölge yetkileri ile ilgili bölümler, bölge yetkileri ve işlevlerinin Geçici Anayasa'da yer alanlardan önemli ölçüde daha az olması nedeniyle sorunlu olarak nitelendirilmiştir.

Toplu Pazarlık: Mahkeme, metnin, bireysel olarak işverenlerin toplu pazarlık yapma hakkını koruma anlamında eksik kalması dolayısıyla özellikle bu hakkın korunması gerektiğini ifade eden Anayasal İlke XVIII ile bağdaşmadığı görüşüne varmıştır.

C. İKİNCİ TUR SÜRECİ, EYLÜL 1996-ARALIK 1996

Kurucu Meclis'teki müzakereler 1996 yılının Eylül ayı ortalarında yeniden başlamıştır. Anayasa Mahkemesi'nin kararı kural olarak hassas müzakerelerin birçok konuda yeniden başlatılması sonucunu doğurabilecekken Kurucu Meclis, metni 11 Ekim itibariyle neticelendirmeyi ve kendisini sadece Anayasa Mahkemesi tarafından sorunlu olarak değerlendirilen hükümlerle sınırlamayı görev edinmiştir. Bu zaman dilimi, Anayasa Mahkemesi'nin yıl sonundan önce anayasanın son halinin onayı için metni yeniden gözden geçirebilmesine ve Nihai Anayasa'nın bazı bölümlerinin 1997 yılı başında yürürlüğe girmesine olanak tanınması bakımından elverişli olmuştur.

30 Eylül'de Inkhata Özgürlük Partisi'nin (Inkhata Freedom Party/IFP) müzakere süreciyle ilgili olarak on sekiz aylık boykotunu sona erdirme niyetinde olduğuna dair yaptığı duyuru dolayısıyla söz konusu zaman dilimi ve son tarih ile ilgili belirsizlik ortaya çıkmıştır. Göstergeler, Inkhata Özgürlük Partisi'nin sürecin son

aşamasını, özellikle yerel yönetimler bağlamında geleneksel liderlerin ve Zulu Kralı'nın rolüyle ilgili hükümleri güçlendirmek için kullanmak istediği yönündeydi. Bununla birlikte, Afrika Ulusal Kongresi ve Inkhata Özgürlük Partisi'nin uzlaşmaya vardıkları açıklanmakla birlikte Inkhata Özgürlük Partisi'nin Kurucu Meclis Genel Kurulu'na dönüşü uzun süreli olmadı ve parti düzeltilmiş metnin kabulüne ilişkin olarak 11 Ekim'de yapılan oylamaya katılmadı.

Anayasa Mahkemesi tarafından gerekli görülen düzeltmeler için müzakere oturumu olarak görev yapacak iki alt komite kuruldu ve yıl başında müzakerelerin son aşamalarında belirlenmiş olan usul takip edilerek ikili ve çok taraflı kapalı toplantılarda konuların çoğu müzakere edildi. Daha önceki süreçlerden farklı olarak bu aşamada halka sürece katılma olanağı sağlanmamıştır.

Yapılan son değişiklikler şu şekildedir:

- Toplu pazarlık hakkını düzenleyen hüküm, bu hakkın işçiler için olduğu kadar işverenler tarafından kullanılmasını sağlayacak şekilde genişletildi⁴⁰.
- Olağanüstü hallerde sınırlandırılmayacak haklar olarak belirlenen haklar listesine⁴¹ on beş yaşın altındaki çocukların silahlı çatışmalardan korunma hakkı,⁴² adil yargılanmaya ilişkin bazı haklar⁴³ ve eşitliğin daha kapsamlı şekilde korunması sağlayacak haklar da dahil olmak üzere başka haklar eklendi.

⁴⁰ Bölüm 23(5).

⁴¹ Bölüm 37.

⁴² Bölüm 37'deki tabloya bakınız.

⁴³ Bölüm 35.

- Anayasa değişikliği usulü⁴⁴ zorlaştırıldı⁴⁵. Pek çok durumda⁴⁶ gereken üçte iki çoğunluğa ek olarak altı bölgenin destek oyu da gerekli kılındı⁴⁷. Anayasa değişikliği usulüne dahil edilen diğer düzenlemeler arasında halk⁴⁸ ve bölge parlamentolarının⁴⁹ görüşlerinin dikkate alınmasına yönelik usuller ve uyulması zorunlu süreler yer almıştır⁵⁰.

- Hakikat Komisyonu ve Çalışma İlişkileri Kanunları'nı anayasaya uygunluk denetimi kapsamında çıkartan maddeler kaldırıldı.

- Ombudsman ve Genel Denetçi'nin atanma ve görevden alma usulleri; atama⁵¹ için Ulusal Meclis'in yüzde altmış oyunu, görevden alma için ise üçte iki

⁴⁴ Anayasa değişikliklerinin birçok ülkede geçersiz kılındığı yönünde Bkz. Walter F. Murphy ve Joseph Tanenhaus, *Comparative Constitutional Law Cases and Commentaries* (New York 1977) 659. Güney Afrika Anayasası Bölüm 167(4)(d)'de belirtildiği üzere Anayasa Mahkemesi bir anayasa değişikliğinin anayasaya uygunluğunu denetleyebilir. Ancak Geçici Anayasa yürürlükteyken on adet anayasa değişikliği yapılması ve Anayasa Mahkemesi'nin bu dönemde yaptığı açıklamaların çelişkili görülmesi dolayısıyla bu konu sorun yaratmıştır. *Executive Council of the Western Cape Legislature and Others and Others v. President of the Republic of South Africa and Others CCT/27/95: 1995 (4) SA 877 (CC); 1995 (10) BCLR 1289 (CC)* kararında Sachs J, 1369'da şunu belirtmiştir: "Meclis, belirli usulleri izlemesi halinde kendisine hayat veren anayasayı değiştirebilir. Meclis'in görev ve yetkileri, 'yasayla yaratılan' olarak kabul edilen yerel yönetimlerin yetkileri gibi açıkça tanımlanmamıştır."

Ancak, mahkemenin tüm dikkatini, özellikle bölgelerin yetkilerine ilişkin olarak Meclis'in Geçici Anayasa'yı değiştirme yetkisine odakladığı *Premier of KwaZulu-Natal and Others v President of the Republic of South Africa and Others CCT/36/95; 1995 (12) BCLR 1561 (CC)*" (1579) kararında Mahomed J, aşağıdakileri ifade etmiştir:

"Anayasa değişikliği ile ilgili olarak belirlenmiş bir usul vardır ve bu usul takip edilmek zorundadır. Eğer bu usule uyulursa değişikliğe anayasal açıdan itiraz edilemez. Dolayısıyla belki de Anayasa'nın öngördüğü (şekli) usullere uygun, ancak anayasanın temel dayanaklarını kökten ve temelden değiştiren ve yeniden düzenleyen 'sözde' bir Anayasa değişikliği, hiçbir şekilde 'değişiklik' olarak nitelendirilemeyecektir."

⁴⁵ Bölüm 74.

⁴⁶ Bölüm 74(1)(a).

⁴⁷ Bölüm 74(1)(b).

⁴⁸ Bölüm 74(5)(a) ve (c).

⁴⁹ Bölüm 74(5)(b).

⁵⁰ Bölüm 74(7).

⁵¹ Bölüm 193(5)(b)(i).

çoğunluğunun oyunu gerektirecek şekilde değiştirildi⁵². İnsan Hakları Komisyonu gibi diğer organların üyelerinin hem atama⁵³ hem görevden alınması için oy çokluğu gerekli kılındı⁵⁴.

Kurucu Meclis'te 11 Ekim'de yapılan oylama; Afrika Hristiyan Demokrat Parti'nin anayasanın kabulüne karşı oy kullanması ve Özgürlük Cephesi'nin çekimser kalmasıyla 8 Mayıs'taki sonucun benzerini yansıtmıştır.

Düzeltilmiş metin ile ilgili görüş ve itirazlar 18-20 Kasım 1996 tarihleri arasında Anayasa Mahkemesi'nde dinlenmiştir. Demokrat Parti, Inkhata Özgürlük Partisi ve KwaZulu Natal Hükümeti, mahkemeden metni ikinci kez reddetmesini talep etmiştir. Bunun haricinde on sekiz farklı kurumdan ve kişilerden de çeşitli itirazlar gelmiştir. Mahkeme, 4 Aralık'ta oybirliğiyle metni onayladığını açıklamıştır⁵⁵. Başkan Nelson Mandela, Nihai Anayasa'yı 10 Aralık Uluslararası İnsan Hakları Günü'nde, 1994 seçimleri sonrası başlayan anayasal müzakere sürecinin noktalandığının göstergesi olarak Sharpeville'de imzalamıştır⁵⁶. Geçici Anayasa'nın bazı bölümleri yürürlükte kalmaya devam etmekle birlikte düzeltilmiş haliyle 4 Şubat 1997'de Nihai Anayasa yürürlüğe girmiştir.

II. İÇERİK

Bu bölümde anayasanın içeriği insan hakları açısından değerlendirilecektir. Bu

⁵² Bölüm 194(2)(a).

⁵³ Bölüm 193(5)(b)(ii).

⁵⁴ Bölüm 194(2)(b).

⁵⁵ Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası'nın Düzeltilmiş Metninin Onay Süreci 1996 CCT 37/96.

⁵⁶ 'Mandela signs new constitution into law', Cape Times 5, December 11, 1996. Çevirenin notu: Anayasa'nın Sharpeville kasabasında imzalanması sembolik olarak büyük öneme sahiptir. 21 Mart 1960 yılında kasabada Apartheid'in uygulamalarına karşı yapılan protestolar sırasında güvenlik güçlerinin siyahi halkın üzerine ateş açması sonucu altmış dokuz kişi ölmüştür. Tarihe Sharpeville katliamı olarak geçen bu olay Güney Afrika'nın Apartheid politikaları altında gerçekleşen insan hakları ihlalleri bakımından vahim sicilinin önemli bir örneğidir. 1994'ten itibaren Güney Afrika'da İnsan Hakları Günü katliamın yıl dönümü olan 21 Mart'ta kutlanmaktadır.

nedenle bu bölüm, Haklar Bildirisi ile yargı ve insan hakları kurumlarına yönelik atama usullerine odaklanmaktadır. Değerlendirme; özellikle Haklar Bildirisi ile ilgili olarak ilgili bölümlerin lafzına odaklanırken, anayasanın lafzının yargısal yorumu yönlendiren çok sayıda etkenden yalnızca biri olduğu göz önünde tutulmalıdır⁵⁷. Yeni cumhuriyetin mahkemeleri metnin lafzına büyük önem vermemiş, metni hazırlayanların niyetlerine de sınırlı bir önem vermiştir. Anayasa Mahkemesi, anayasayı yorumlamada, “amaca uygun” ve “geniş” bir yaklaşım benimseyeceğini zaten belirtmiştir⁵⁸.

Nihai Anayasa’da yer alan Haklar Bildirisi, bazı sosyo-ekonomik hakların tanınması gibi açılardan, Geçici Haklar Bildirisi’nden daha geniş bir düzenlemedir⁵⁹. Ancak kullanılan dil bu hakların pek çoğunu sınırlandıran bir nitelikte olup devletin görevi yalnızca bu hakların “kademeli olarak hayata geçirilebilmesi için gereken ‘makul yasal ve diğer tedbirleri’ almak” olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla bu sosyo-ekonomik hakların uygulanabilmesi büyük ölçüde devletin yeterliliğine ve istekliliğine bağlı olacaktır⁶⁰.

Yükselen suç oranları⁶¹ sebebiyle halk arasında artan panik dolayısıyla kamuoyunda en çok tartışılan düzenleme Haziran 1995’te ölüm cezasının Anayasa Mahkemesi tarafından kaldırılmasına karşı kamuoyunun tepkisinin de

⁵⁷ Bkz. Sarkin (n 16); Jeremy Sarkin, ‘Abortion and the Courts’, iç S. Liebenberg (edr), *The Constitution of South Africa From a Gender Perspective* (1995) 217.

⁵⁸ S v. Makwanyane & another kararı, 1995 BCLR 665 (CC); 1995 (3) SA 391 (CC) para. 9.

⁵⁹ Bölüm 24 (Çevre), Bölüm 26 (Barınma), Bölüm 27 (Sağlık, Gıda, Su ve Sosyal Güvenlik), Bölüm 29 (Eğitim). İnsan Hakları Komitesi, bu hakların Nihai Anayasa’nın Haklar Bildirisi’ne dahil edilmesi için lobi faaliyetleri yürüten ve ulusal çapta faaliyet gösteren bir hükümet dışı örgüt kampanyasının parçasıydı.

⁶⁰ Bkz. Jeremy Sarkin, ‘The Constitutional Court’s Decision on Legal Representation: S v. Vermaas and S v. Du Plessis’, (1996) 12 (1) *South African Journal on Human Rights* 55.

⁶¹ Bkz. Jeremy Sarkin, ‘Panic Over Crime Could Poison South Africa’, (1996) *March Democracy in Action* 628.

habercisi olan yaşam hakkı maddesiydi⁶². Kamuoyundaki hassasiyete⁶³ ve Ulusal Parti'nin ölüm cezasını yeniden yürürlüğe koyma konusundaki sürekli çağrılarına rağmen Afrika Ulusal Kongresi, -insan hakları savunucularını rahatlatacak biçimde- ölüm cezasına karşı duruşunda kararlı davrandı. Ancak üç önemli düzenleme, kamuoyunun suça karşı duyarlılığının kurbanı oldu ve bu da yeni anayasanın bazı açılardan geriye giden yönleri olduğunu gösterdi.

İlk hüküm; ciddi durumlarda, kefaletle serbest bırakılma için ispat yükümlülüğünü suçlanan taraf için ortadan kaldıran 1995 tarihli Kefalet Kanunu'nu, anayasaya uygunluk denetimi⁶⁴ kapsamında çıkartmayı hedefleyen düzenlemeydi⁶⁵. Bölüm 35(1)(f) de ifade edildiği üzere: Bir suç işlediği iddiasıyla tutuklanan herkes, makul şartlar dahilinde, adalete uygun olarak serbest kalma hakkına sahiptir.

Bu hüküm, Geçici Anayasa'da bulunan ve mahkeme tarafından onaylanan, kefalet davalarında ispat yükümlülüğünün devlete ait olacağını ifade eden kefalet hükmüne göre düzenlenmişti⁶⁶. Anayasa Mahkemesi aynı zamanda, evrensel

⁶² S v. Makwanyane 1995 (6) BCLR 665 (CC) ve 1995 (3) SA :391 (CC). Genel olarak bkz., Jeremy Sarkin, 'Problems and Challenges Facing South Africa's Constitutional Court: An Evaluation of its Decisions on Capital and Corporal Punishment', (1996) 113 South African Law Journal 71; J. Milton, 'Demise of the Death Penalty: The Constitutional Court Pronounces', (1995) 8 South African Journal of Criminal Justice 188-204; G. Carpenter, 'Constitutional Court Sounds the Death Knell for Capital Punishment', (1996) 59 Tydskrif vir Hedendaagse Romeins Hollandse Reg 145; P.M. Maduna, 'The Death Penalty and Human Rights', (1995) 12 South African Journal of Human Rights 193-213.

⁶³ Bkz. 'Dangling the Noose', 141/2 Financial Mail, 1996; '3000 demand the return of the death penalty', The Sunday Independent, 2, October 29, 1995; 'The death penalty; Will crime stop?', The Saturday Paper, 11, 1995; 'Death penalty vote?', The Saturday Paper 3, 1995.

⁶⁴ Bkz. Sarkin Panic Over Crime (n 61).

⁶⁵ 1995 tarihli 75 sayılı Ceza Muhakemesi İkinci Değişikliği. Ayrıca bkz.: 'Tougher Bail: Next, Witness Protection', Weekend Argus, 10, 1995. Anayasal açıdan kefaletle ilişkin hususlarda tartışma için bkz. M. Cowling, 'A Constitutional Right To Bail', (1996) 1 (1) Human Rights and Constitutional Law Journal of Southern Africa 36.

⁶⁶ Bkz. Elish en Andere v. Prokureur-Generaal, Witwatersrand 1994 (5) BCLR 1.

olarak kabul edilen masumiyet karinesi ve kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmaması hakkını temel haklar olarak belirlemiştir. İspat yükümlülüğüne ilişkin düzenleme, kefalet davalarında bu temel hakları ihlal etmekte kalmıyor aynı zamanda Güney Afrika yasaları bağlamında, yargılama sürecinde temsil edilmeyen sanıklar için bir ayrımcılık yaratıyordu. Bu düzenleme her ne kadar düzenlemeyi savunanlar tarafından suçun önlenmesi ihtiyacı bakımından “haklara hukuka uygun bir sınırlama” getirdiği şeklinde ifade edilse de özellikle amaca ulaşılabilirliği kesin olmaktan son derece uzak olduğundan insan hakları açısından bakıldığında kesinlikle kabul edilebilir değildir.

İkinci sorunlu hüküm; Kurucu Meclis’in yeni anayasayı onaylamak üzere toplanmasından bir gece önce geç saatlerde Afrika Ulusal Kongresi delegeleri tarafından son değişiklik olarak sunulan ve yürürlüğe giren bölüm 35(1)(e) düzenlemesidir. Buna göre tutukluya tutuklandıktan sonraki ilk duruşmada; suçlanma, tutukluluk halinin devamı için gerekçenin bildirilmesi ya da serbest bırakılma “hakkı” tanınmaktadır. Bu bağlamda ortaya çıkan sorun; tutukluluğa sebep olan suçlamalar dışında tutukluluk hali için daha başka sebeplerin de isnat edilebilmesi olasılığıdır. Dolayısıyla bu bölüm, kendisine suç isnat edilen kişiye sağlanan hukuki korumayı sınırlamayı amaçlamaktadır.

Suçla ilişkin endişelerden etkilenen üçüncü düzenleme; devletin hakları doğrudan sınırlandırabileceği bir araç olarak kullanabileceği sınırlandırma hükmüdür⁶⁷.

⁶⁷ Bölüm 39(1);

Haklar Bildirisi’ndeki haklar sadece insan onuru, eşitlik ve özgürlüğe dayalı olarak, açık ve demokratik bir toplumda “makul ve haklı” olduğu ölçüde ancak hukukun genel ilkelerine uygun olarak sınırlandırılabilir ve sınırlandırmada aşağıdakiler de dahil olmak üzere ilgili tüm ölçütler dikkate alınır:

- a) hakkın niteliği
- b) sınırlandırma amacının önemi
- c) sınırlandırmanın niteliği ve kapsamı
- d) sınırlandırma ile sınırlandırmanın amacı arasındaki ilişki ve
- e) sınırlandırma amacına ulaşmada asgari müdahale gerektiren araçların kullanılması

Anayasa Komitesi'nde ilgili madde üzerindeki müzakereler, haklara ilişkin sınırlandırmaların “gerekli” mi yoksa yalnızca “makul ve haklı” gerekçeyle mi yapılacağı üzerine yoğunlaşmıştır. İkinci gerekçe, ilk gerekçeye göre genellikle daha düşük seviyede bir güvence sağlamaktadır. En nihayetinde delegeler arasında hâkim olan “hükümetin suça karşı savaşmasını kolaylaştırması” savunması, ikinci gerekçenin benimsenmesiyle sonuçlandı⁶⁸.

Bununla birlikte, insan hakları kavramı; hakların sınırlandırılmasında devlet gücünün kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla daha güçlü koruma öngören bir ölçüt gerektirmektedir. Güney Afrika'nın insan hakları ihlalleriyle dolu geçmişi ve değişikliğin getirdiği zorluklar dikkate alındığında anayasanın insan haklarını en üst düzeyde koruması son derece önemlidir. Demokratik yönetimin ilk iki yılında siyasi menfaatler uğruna insan haklarının zaman zaman feda edilmiş olması⁶⁹ hükümete güven duymak isteyenler için tehlikenin devam ettiğini göstermektedir. Güney Afrika'da bir insan hakları kültürü oluşturabilmek için devletin hakların niteliğinden gereksiz yere taviz vermeyecek çözümler bulmaya zorlanması hayati önem taşımaktadır. Toplumun küçük bir kısmı hükümetin suçla mücadelesindeki kararlılığını tamamıyla desteklemezken insan haklarına sağlanan korumanın azaltılması da meşru bir yöntem değildir. Üstelik, sınırlandırma hükmünün getirdiği korumanın daraltılması yalnızca suçu önlemeye ilişkin tedbirler üzerinde etki doğuran hakları değil diğer tüm temel hakları da etkilemektedir. Bununla birlikte amaç, sınırlandırma hükmünün

⁶⁸ Ancak, du Plessis'e göre; “(a) makul ve haklılığın birlikte uygulanmasına dayalı sınırlandırma ölçütü; zorunluluk ölçütünün temel alınması gerektiğini savunanlar için dahi çok zayıf olmak durumunda değildir. Bölüm 35(1) uyarınca yapılan sınırlandırmalar sadece sınırlandırma ölçütünün çeşitli unsurları ile uyumlu olduğu ölçüde geçerli olacaktır. “Sadece ve ölçüde” ifadeleri, “sınırlandırma ölçütlerini daha da daraltan” orantılılık kavramını niteler. Bkz. Jeremy Sarkin, ‘The Bill of Rights in the Working Draft of the New Constitution: An Evaluation of Aspects of a Constitutional Text Sui Generis’, (1996) 7 (1) Stellenbosch Law Review 12.

⁶⁹ Örnek olarak bkz. ‘Exodus as rainbow nation's iridescence fades’, 142 (9), Financial Mail, October 25, 1996.

daraltılması olsa da bunun mahkemeler tarafından nasıl yorumlanacağı hala belirsizliğini sürdürmektedir.

Temel Haklar Bildirisi'nin Gelişimi

Nihai Anayasa'daki Haklar Bildirisi, Geçici Anayasa'ya göre daha fazla sayıda hakkı korumaktadır. Haklar Bildirisi'nde kişisel hakların korunmasının kapsamı, yöntemi ve bu hakların sayısında önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu bölümde Haklar Bildirisi'nin son halinde yer alan bazı yeni haklar ve buna ek olarak Geçici Anayasa'da yer alan ama üzerinde önemli değişiklikler yapılan bazı haklar üzerine değerlendirme yapılacaktır.

Yatay ve Dikey Etki⁷⁰

Haklar Bildirisi son şekliyle; yalnızca devlet bakımından değil (dikey etki) aynı zamanda hakların doğası izin verdiği ölçüde gerçek ve tüzel kişiler bakımından da (yatay etki) bağlayıcılığı önem taşımaktadır⁷¹. Yatay etkinin nasıl uygulanacağı ve kapsamı Anayasa Mahkemesi'nin vereceği kararlarla belirlenecektir. Hakların kapsamı konusunda ortaya çıkan belirsizlik de endişe vericidir. Bununla birlikte bu düzenleme en azından; insan haklarını temel alan bir demokrasinin gelişimi için hayati derecede önem taşıyan içtihat hukukunun Haklar Bildirisi'ne dayalı olarak uygulanmasını etkili bir şekilde sağlayacaktır. Daha geniş kapsamlı bir yorumla ise bu düzenlemenin; özel alanda ayrımcılığın önlenmesi açısından önemli anayasal sonuçlar doğmasına imkan vereceği söylenebilir.

⁷⁰ Bölüm 8(2).

⁷¹ Yatay etkinin doğrudan uygulamasının sonuçlarına ilişkin bir tartışma için bkz. P. Leon, 'Nanny or Watchman-the role of the Bill of Rights Under South Africa's Final Constitution', 1996 July De Rebus, 461-464. Genel olarak bkz. 'Judiciary could make a minefield of Constitution', Business Day 15, May 16, 1996.

Eşitlik⁷²

Eşitlik ilkesini düzenleyen hüküm kapsamı bakımından genişletilmiştir. Yeterli olmamakla birlikte; ayrımcılık yasağı kapsamına hamilelik, medeni hal ve doğum da eklenmiştir. Bir diğer önemli değişiklik; “kanun önünde eşitlik” ifadesinin metne dahil edilmesiyle maddi eşitliğin korunmasıdır. Dolayısıyla Nihai Anayasa, kanunların işlevselliği ve uygulaması bakımından da eşitliğin sağlanmasını öngördüğünden şekli bir eşitlikten daha fazlasını gerektirmektedir.

Üreme Hakları⁷³

Cinsiyet eşitliği; kişi özgürlüğü ve güvenliğinin düzenlendiği 12. bölüm uyarınca üreme haklarının korunmasının temelini oluşturur. Bu bölümdeki düzenleme; kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını genişleterek, hakkı keyfi tutuklama ve işkencenin önlenmesi gibi geleneksel koruma kapsamının ötesine taşımıştır. Düzenleme, tıbbi veya bilimsel deneylere ilişkin konuları da kapsamakla birlikte, özellikle üremeye ilişkin kararlar alma ve kişinin kendi bedeni üzerinde söz sahibi olma hakkını da korumaktadır. Bu düzenleme kürtajla ilgili içeriği nedeniyle kaçınılmaz olarak tartışmalıydı. Düzenlemeye Ulusal Parti’nin karşı çıkması kamuoyunda da dikkat çekerek konunun gündemde kalmasına sebep olmuştur⁷⁴. Düzenleme; kürtajı⁷⁵ açık olarak yasal hale getirmemekle birlikte kadınların bu konudaki seçim hakkı için önemli ölçüde koruma sağlamaktadır⁷⁶. Bunun

⁷² Bölüm 9.

⁷³ Bölüm 12 (2) ve 27(1)(a). Konunun genişletilmiş incelemesi için bkz. Jeremy Sarkin, ‘Health’, (1996) 7 The South African Human Rights Yearbook 115.

⁷⁴ Bkz. Sarkin, (n 73) 118.

⁷⁵ Talep üzerine kürtaj yapılabilmesine izin veren yeni bir kanun 1996’nın sonunda kabul edilerek Şubat 1997’de yürürlüğe girmiştir. Genel olarak bkz. Jeremy Sarkin, ‘Suggestions For A New Abortion Law For South Africa’, (1996) 9 South African Journal of Criminal Justice 125 ve Sarkin, id.

⁷⁶ Genel olarak bkz. Jeremy Sarkin, ‘The Effect of a Constitution and Bill of Rights on Abortion in South Africa: A Comparative Study’, (LLD. Thesis, University of the Western Cape 1995).

yanında 27. Bölüm de, üreme sağlığını içeren sağlık hizmetlerine erişim hakkını düzenlemesi dolayısıyla, üreme hakkı ile ilgili içeriğe sahiptir.

İfade Özgürlüğü⁷⁷

Afrika Ulusal Kongresi'nin Nihai Anayasa'da nefret söyleminin yasaklanmasını öngören teklifi, ifade özgürlüğünü savunan grupların yanı sıra Demokrat Parti'nin de muhalefetine yol açarak tartışma yaratmıştır. Teklife göre ifade özgürlüğü, hakların sınırlandırılmasına ilişkin hükmünde yer alan “makul ve haklı olma” şartıyla sınırlandırmanın ötesinde bir düzenlemeyle sınırlandırılmıydı. Afrika Ulusal Kongresi'nin görüşü baskın gelerek ve savaş propagandası, olası şiddet teşviki ya da ırk, etnik köken, cinsiyet veya din temelli her türlü tahrik ve teşvik sayılabilecek nefret savunması ifade özgürlüğü kapsamından çıkartıldı.

İdari Yargı⁷⁸ ve Bilgiye Erişim⁷⁹

İdari yargı ve bilgiye erişim ile ilgili hükümlerde de şeffaf ve hesap verebilir bir yönetim kurmanın temel alındığı önemli değişiklikler yapılmıştır⁸⁰. Bilgiye erişim hakkı; artık sadece devlete karşı değil aynı zamanda bilginin herhangi bir hakkın kullanılması veya korunması için gerekli olması durumunda kişilere karşı da ileri sürülebilecektir. Dolayısıyla hükümet artık 32. ve 33. bölümde düzenlenen hakların uygulanması için gerekli ulusal mevzuatı yapmakla yükümlüdür.

Çocuk Hakları⁸¹

⁷⁷ Bölüm 16.

⁷⁸ Bölüm 32.

⁷⁹ Bölüm 33.

⁸⁰ Ek olarak Anayasa Bölüm 41(1)(c)'de “Bir bütün olarak Cumhuriyet için hükümetin tüm işlem ve eylemleri ve devletin tüm organlarının etkili, şeffaf, hesap verebilir ve tutarlı bir yönetimi her alanda sağlanmalıdır.” hükmü yer almaktadır.

⁸¹ Bölüm 28.

Özellikle memnuniyet verici bir gelişme, çocuk haklarına daha kapsamlı koruma sağlanmasıdır. Geçici Anayasa'daki haklar tamamen korunurken bunlara ek olarak; hukuk davalarında hukuki temsil ve tutukluluk koşullarına ilişkin haklar ile kötü muamele ve aşağılanma yasağı ile silahlı çatışmalardan korunma hakkı ve barınma hakkı düzenlenmiştir.

Yargı ve İnsan Hakları Kurumlarına Atamalar⁸²

Özellikle anayasanın üstünlüğünün hakim olduğu sistemlerde, yargıçların atanmasının nasıl ve kimler tarafından yapıldığı demokrasi açısından son derece önemlidir⁸³. Yargı Hizmeti Komisyonu (The Judicial Service Commission/JSC), yargıçların atanmasında esas sorumluluğa sahiptir ve atanmaların, devletin diğer organlarından bağımsızlığının sağlanması konusunda gereken yetkiyi haiz olmalıdır. Bu ilke, kuvvetler ayrılığının sağlanması ve dolayısıyla da demokratik bir yönetim sisteminin kurulması için en temel koşuldur. Yargı Hizmeti Komisyonu'nun oluşumunda yasama ve yürütmenin ağırlıklı etkisi olduğundan yargıçlarının atanması bakımından bağımsız bir yargının oluşumunun sağlanması için gerekli denge sağlandığından söz edilemez⁸⁴.

Geçici Anayasa'ya göre komisyon; dört parlamenter (senatör), dördü hükümet ile istişarede bulunularak Başkan tarafından atanmak üzere beş üst düzey yönetici, hukuk mesleğinden beş ve yüksek yargı organlarından üç üye olmak üzere toplamda on yedi daimi üyeden oluşuyordu.

Nihai Anayasa ile komisyonun daimi üyelerinin sayısı yirmi üçe çıkartıldı⁸⁵. On

⁸² Anayasa'nın 9. Kısmı.

⁸³ Bkz. Sarkin, 'Problems and Challenges' (n 62); Sarkin, 'Abortion and the Courts' (n 57).

⁸⁴ Bu görüş diğer ülkelerde tartışmalı olsa da Güney Afrika'nın geçmişindeki yargı atamaları sisteminin siyasi mülahazalarla önemli ölçüde zedelenmiş olması dolayısıyla öncelikli ihtiyaç bu organların güvenilirliğini ve meşruiyetini zedeleyen siyasi atamalardan kaçınmak olarak ortaya çıkmıştır.

⁸⁵ Anayasanın 178(1)(k) maddesi uyarınca, Yargı Hizmeti Komisyonu'nun bir bölge

tanesi parlamenter⁸⁶, dördü siyasi parti liderlerine danıştıktan sonra Başkan tarafından atanan beş üst düzey yönetici⁸⁷ olmak üzere on beş üye seçilmektedir. Yüksek yargının ve hukuk mesleğinin temsili ise Geçici Anayasa'daki haliyle aynı şekilde düzenlenmiştir⁸⁸.

Dolayısıyla komisyona yapılacak atamalar bakımından Geçici ve Nihai Anayasa arasındaki temel fark, yasama organından gelen üye sayısının altı kişi artırılmasıyla yasamanın ağırlığının artmasıdır. Bunun yanında üst düzey yönetici atamalarının da dört tanesinin siyasi parti liderlerine danışılarak yapılması zorunluluğu ile siyasiler, komisyon üyelerinin yüzde 60'ından fazlası üzerinde söz sahibi olmuştur. Dolayısıyla siyasiler yürütme ve yasama organları birlikte değerlendirildiğinde Komisyon üyelerinin yüzde 65'inden fazlasının atanması üzerinde kontrol sahibidirler. Bu düzenlemeler dolayısıyla yargı atamalarında etkili bir role sahip olmuşlardır. Bu durum; komisyon kararlarının basit oy çokluğuyla alındığı göz önünde bulundurulduğunda, siyasi atamalar yapılması tehlikesini yaratmıştır⁸⁹.

Yargı atamaları ile ilgili Geçici Anayasa'da yer alan hükümler, hükümetin ve sivil toplumun temsili arasındaki dengeyi sağlayamaması bağlamında eleştirilmiştir⁹⁰. Nihai Anayasa metninde buna ek olarak temsilin yasama ve

veya yerel yönetimlere ilişkin konuları ele aldığı durumda; o bölge veya yerel yönetimin Başyargıcı ve bölge veya yerel yönetimin yöneticisi veya bir yedeğinin komisyonda yer alması sağlanarak komisyon sıklıkla yirmi beş üyeden oluşturulur.

⁸⁶ Bölüm 178(1)(i) uyarınca dört tanesi en az altı bölgenin olumlu oyu ile Ulusal Bölgeler Konseyi tarafından atanır ve Bölüm 178(1)(h) uyarınca en az üçü muhalefet partilerine üye olma şartıyla altı tanesi Ulusal Meclis tarafından belirlenir. Bölüm 178(5) uyarınca parlamento üyeleri Yargı Hizmeti Komisyonu'nda yalnızca yargıçların atanması gerektiğinde görev alabilirler. Komisyonun yargı veya adalet idaresi ile ilgili konularda tavsiyelerde bulunma biçimindeki anayasayla belirlenmiş görevlerini yerine getirdiği durumlarda komisyonda bulunamazlar.

⁸⁷ Bölüm 178 (1) (d) & (j).

⁸⁸ Bölüm 178 (1) (a), (b), (c), (e), (D & (g).

⁸⁹ Bölüm 178 (6).

⁹⁰ Sivil toplumun rolüne anayasada birkaç defa yer verilmiştir. Bölüm 59(1)(a) ve

yürütme organlarının lehine olacak şekilde daha ağırlıklı şekilde belirlenmesi söz konusudur.

Yeni anayasa ile ortaya çıkan başka bir sorun ise devlet başkanının Parlamento ve Yargı Hizmeti Komisyonu'nda temsil edilen siyasi parti liderlerine yalnızca usulen danıştıktan ve muhtemelen onların tavsiyelerini reddettikten sonra Anayasa Mahkemesi Başkanı'nı⁹¹ ve Başkan Yardımcısı'nı atayabilme yetkisinin olmasıdır⁹². Buna benzer şekilde Başyargıç ve yardımcısının atanmasında da Başkan'ın temel olarak Yargı Hizmet Komisyonu'na başvurma gerekliliği olmasına rağmen tavsiyeleri⁹³ göz ardı edebilecektir. Anayasa Mahkemesi'nin diğer yargıçlarının atanmasında⁹⁴ ise komisyonun, boşalan kadro sayısından üç fazla sayıda isimle liste oluşturması gerekmektedir⁹⁵. Bu durum, komisyonun rolünü zayıflatırken, yargıya siyasi atama yapılma ihtimalini artırmaktadır. Bundan daha da fazla sorun yaratabilecek olan durum, Devlet Başkanı'nın bu

72(1)'de Ulusal Meclis ve Ulusal Bölgeler Konseyi; halkın yasama ve diğer süreçlere katılımını kolaylaştırmaya ve iş ve işlemlerini açık bir şekilde yürütmeye yönlendirilmektedir. Ancak ne yazık ki 59(1) ve 72(b) bölümleri “medya erişim de dahil olmak üzere kamu erişimini düzenlemek amacıyla makul tedbirlerin alınabileceğini” düzenlemektedir. 59(2) ve 72(2) bölümlerinin her ikisi de “açık ve demokratik bir toplumda bunu yapmanın makul ve haklı olması” durumunda halkın komite dışında bırakılmasına izin vermektedir. Dolayısıyla yalnızca bu bölümlerin dar yorumlanacağını ve Ulusal Meclis'in “meselelerin kamuoyunda tartışılacağı ulusal bir forum” sağladığını belirten 42(3) bölümüne gereken ağırlığın verileceği umulabilir. Anayasal demokrasiyi destekleyen devlet kurumlarına yapılan atamalar açısından da sivil toplumun rolünden bahsedilmektedir. Ancak, 193(6) maddesi son derece zayıf bir şekilde ifade edilmiştir. Sadece “Sivil toplumun tavsiye sürecine katılımı 59(1)(a) maddesinde öngörüldüğü gibi sağlanabilir” ifadesi yer almaktadır.

⁹¹ Bölüm 174(1), Anayasa Mahkemesi yargıçlarının Güney Afrika vatandaşı olma zorunluluğunu şart koşmaktadır. Ancak diğer yargıçların atanmasında bu şart öngörülmemiştir.

⁹² Bölüm 174(3).

⁹³ Bölüm 174(3).

⁹⁴ Bölüm 176 uyarınca; Anayasa Mahkemesi yargıçları bir defa atanabilir ve 12 yıl için görev yapar ancak 70 yaşında emekliye ayrılmak zorundadırlar. Bölüm 174(5)'e göre ise, Anayasa Mahkemesi yargıçlarından en az dördü atandıkları tarihte yargıç olarak görev yapıyor olmak zorundadırlar.

⁹⁵ Bölüm 174(4)(a).

isimlerden herhangi birini atamayı reddetme yetkisinin olmasıdır. Bu durum, Başkan'ın verdiği kararlar⁹⁶ ilgili gerekçe göstermesi ve yeni atamanın komisyon tarafından oluşturulan bir başka liste içinden yapılması zorunluluğu şartıyla kısmen hafifletilmiştir⁹⁷. Neyse ki, yargı atamalarının ağırlıklı kısmında Başkan, komisyonun önerdiği kişiler içinden atama yapmak zorundadır⁹⁸.

Benzer zorluklar, “Anayasal demokrasiyi destekleyen devlet kurumları”ndaki atamalarda da ortaya çıkmaktadır⁹⁹. Kurumların kendisi demokrasi ve insan haklarına yönelik anayasal bir bağlılığı yansıtırsa da atama usulleri, atanmış kişilerin siyasi tercihle atanmalarından ziyade insan hakları odaklı olanların atanmasını sağlamakta başarısız olabilmektedir¹⁰⁰. Bu kurumlar; Ombudsmanlık¹⁰¹, İnsan Hakları Komisyonu¹⁰², Kültür Dil ve Din Topluluklarının Haklarını Koruma ve Geliştirme Komisyonu, Cinsiyet Eşitliği Komisyonu, Genel Denetleme ve Seçim Komisyonu'dur. Bu kurumlardan dördü (Ombudsmanlık, İnsan Hakları Komisyonu, Cinsiyet Eşitliği Komisyonu ve Genel Denetçi) Geçici Anayasa'da

⁹⁶ Bölüm 174(4)(b).

⁹⁷ Bölüm 174(4)(c).

⁹⁸ Bölüm 174(6).

⁹⁹ Geçici Anayasa uyarınca oluşturulan organlar üzerinde bir tartışma için genel olarak bkz., Rika Pretorius, ‘Enforcement mechanisms in the 1993 Constitution’, (1994) 9 South African Public Law 273-274.

¹⁰⁰ Bkz. Barbara Whittle, ‘The Public Protector, Auditor-General, Public Service Commission and SA Reserve Bank’, (1996) July De Rebus, 407; ‘Independence of the HRC threatened’, Cape Times 2, November 28, 1996; ‘SA gaan al dieper wegsink in outokrasie’, Die Burger, 8, August 17, 1996.

¹⁰¹ Bkz. G. Barrie, ‘The public protector: fiat ombudsman’, (1995) September De Rebus 580-583.

¹⁰² İnsan Hakları Komisyonu üyelerinin atanmasında da tartışma ve anlaşmazlıklar ortaya çıkmıştı. Örnek olarak bkz., ‘Row over racist liberals’, 12 (8), Weekly Mail and Guardian 32, February 23-29, 1996; ‘Davis-Pityana row cools to a simmer’, 12 (12) Weekly Mail and Guardian 4, March 22-28, 1996; ‘Liberals and racism’, 12 (12) Weekly Mail and Guardian 24, March 22-28, 1996; ‘Parker’s Patch’, The Saturday Paper, 8, March 23, 1996; ‘The great debate: whites must put up or shut up’, Sunday Times, 15, March 24, 1996; ‘The washer woman, the wimp, and the racial tirade’, The Saturday Paper, March 30, 1996; ‘Intellectuals have a role’, The Citizen, March 30, 1996; ‘Go to hell’, says Barney Pityana, Weekend Argus, 13, March 31, 1996.

da yer almıştır. Kültür, Dil ve Din Topluluklarının Haklarını Koruma ve Geliştirme Komisyonu¹⁰³ ve seçimlerin serbest ve adil biçimde yapılması sorumluluğunu bağımsız bir kuruma devretme iradesiyle oluşturulan Seçim Komisyonu ise yeni kurumlardır. Güney Afrika toplumunu geniş çapta temsil eden, adalet ve görüş çeşitliliğinin sağlanması amacıyla, radyo ve televizyon yayıncılığının düzenlenmesi ile ilgili bağımsız bir kurum da oluşturulmuştur. Geçici Anayasa'da yer almasına rağmen Nihai Anayasa'da bulunmayan tek kurum ise Arazi Talepleri Komisyonu'dur¹⁰⁴. Bu kurumun Nihai Anayasa'da yer almama gerekçesi, kısmen kurumun öngörülen kısa faaliyet süresi kısmen de arazi reformu önlemleri ile ilişkili mülkiyeti düzenleyen hükümlerdir¹⁰⁵.

İnsan hakları kurumları ile ilgili müzakereler sırasında ortaya çıkan tartışma ve uyuşmazlık; kurumlara yapılacak atama ve görevden alma yetkilerinin, çoğunluk partisine bırakılıp bırakılmaması veya daha yüksek düzeyde bir fikir birliğinin ve uzlaşmanın aranmasının gerekip gerekmediği hususunda yaşanmıştır. Afrika Ulusal Kongresi atama ve görevden alma bakımından oy çokluğunun yeterli olduğunu savunurken Demokrat Parti ve Ulusal Parti üçte iki çoğunluğun gerekli olduğu görüşündeydi. İnsan Hakları Komitesi tartışmayı bir adım daha ileri götürerek, bu yetkinin tek başına parlamentonun elinde olmaması gerektiğini, bunun başlı başına kurumların bağımsızlığını zayıflatacağını ileri sürmüştür. Sonuç olarak atama usulü, "Meclis'teki tüm partilerin orantılı temsiline dayanan, Meclis içinde kurulacak bir komite" tarafından belirlenecek adayların Ulusal Meclis Genel Kurulu'na sunulması olarak kabul edilmiştir¹⁰⁶. Bu düzenleme; Meclis'teki her partiden birer üyeden oluşan bir komitenin adayları insan

¹⁰³ Kurum, Ulusal Parti'nin dil ve kültürel hakların özel olarak korunması taleplerini karşılamak amacıyla yapılan Nisan 1996'da ünlü Waenhuiskrans çok taraflı müzakerelerinde varılan uzlaşmayı temsil etmektedir.

¹⁰⁴ Genel olarak bkz., AJ Walt, 'Land reform in South Africa since 1990-an overview', (1995) 10 South African Public Law 18.

¹⁰⁵ Bölüm 25.

¹⁰⁶ Bölüm 193(5).

haklarına bağılıkları veya deneyimlerine göre değil komitede temsil edilen partilere gerçek veya göstermelik siyasi bağılıklarına göre belirledikleri Geçici Anayasa'nın yarattığı siyasi yönü açık ve baskın olan sürece göre bir ilerlemeydi¹⁰⁷. Ancak, Hakikat ve Uzlaşma Komisyonu'na¹⁰⁸ benzer şekilde bağımsız bir atama usulünün oluşturulamamasının hayal kırıklığı yarattığı söylenebilir. Adaylık sürecine sivil toplumun katılımına imkan veren düzenleme de siyasi atamalar karşısında yeterli bir güvence teşkil etmemektedir.

SONUÇ

Nihai Anayasa, insan haklarını Güney Afrika demokrasisinin temel taşı olarak daha da sağlamlaştırmıştır. Anayasa yapım süreci yalnızca emsalsiz olarak değil aynı zamanda tarihteki en demokratik ve kapsayıcı anayasa yapım süreçlerinden biri olarak takdir görse de izlenen süreç ve metnin özü kusursuz değildir. Ancak bu kusurlarına rağmen Nihai Anayasa, Güney Afrika'da insan hakları kültürünün geliştirilmesi için bir temel sağlamıştır¹⁰⁹.

Metnin uzlaşmayla nihai haline getirilmiş olması dikkate değer bir başarıyı yansıtmaktadır. Bu başarıda en büyük pay, özellikle azınlıkların korkularını ve diğer tarafların endişelerini dikkate alma konusunda çoğunluk partisinin gösterdiği istekliliktir. Genel seçimlerin yenilenmesini de içeren, sistemdeki tıkanmayı ortadan kaldıracak usullerin, özellikle azınlık partilerini uzlaşmaya teşvik etmek için güçlü gerekçeler olduğu kabul edilmeli ise de Nihai Anayasa'nın büyük ölçüde özgün bir katılımcı süreci yansıttığı da aynı derecede doğrudur.

Bir anayasa ve haklar bildirisi ulusal birlik için temel güç oluşturabileceğinden,

¹⁰⁷ Bkz. Jeremy Sarkin, 'The Human Rights Commission Bill', (1994) September 7, Cape Times ve Jeremy Sarkin, 'Choice of Commissioners is Crucial', (1995) May 22, Cape Times.

¹⁰⁸ Genel olarak bkz. Sarkin The Trials and Tribulations (n 39).

¹⁰⁹ Bkz. Sarkin (n 5).

meşru bir anayasa yapım süreci hayati öneme sahiptir¹¹⁰. Bunlar, Güney Afrika bağlamında çok önemli konular olan ulus inşasına ve ulus düzeyinde uzlaşmanın sağlanmasına yardımcı olabilecek araçlardır. Bu araçların sembolik önemi ve ortak amaç ve isteklere ulaşmaya yönelik mücadeleyi teşvik etme güçleri, büyük ölçüde anayasa yapım sürecinin ne ölçüde kapsayıcı ve meşru olduğuna bağlıdır. Kapsayıcılık, ulusal bir aidiyet duygusuna yol açarken; kapsayıcı olmayan, dışlayıcı bir süreç ise toplumsal gerginliğin ve daha çok bölünmenin temel sebebi olarak ortaya çıkabilir. Güney Afrika’da anayasa yapım sürecine odaklanan sorunlara yönelik ilgisizliğin ve eleştirilerin arkasında belki de bu nitelikteki düşünceler yatmaktadır.

Ancak bir anayasa ve insan hakları bildirisinin kabul edilmesinden önceki kapsayıcı sürecin dahi; temel yükümlülüklerin tüm sıradan vatandaşlar tarafından kabul edilip benimsenmesini sağlamakta yeterli olmayabileceğini kabul etmek gereklidir. Güney Afrika’da barışçı, demokratik, insan haklarına dayalı bir toplumun sağlanabilmesi için hukuka ve hukuk sistemine saygının yeniden tesis edilmesi gereklidir. Anayasa’da yer alan hakların tüm Güney Afrikalılar için gerçek bir anlamı olması isteniyorsa, ulusal çapta bir insan hakları eğitim programının gerekliliği de önem arz etmektedir. Aynı zamanda, Anayasa’da yer alan haklardan özellikle sosyo-ekonomik hakların, vatandaşların yaşamlarında somut değişikliklere yol açmaması durumunda bu Anayasa’ya sahip olmanın yarattığı gurur ve saygı da azalacaktır. Bu ihtimal Apartheid’dan kalan mirasın; yoksulluk, eğitimsizlik, evsizlik ve diğer sosyal sorunlar şeklinde ortaya çıkarak genç demokrasiye zarar vermeye devam etmesi dolayısıyla asla göz ardı edilmemelidir. Aynı zamanda hükümet bütçesi; savunmaya yapılan aşırı hükümet

¹¹⁰ Bkz. Sarkin Abortion Clause in the Final Constitution (n 33); Peter W. Hogg, Constitutional Law of Canada (3rd ed., 1992) 796-797 ve Peter H. Russell, ‘The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms’, (1983) 61 (1) Canadian Bar Review 30.

harcamaları, siyasilerin maaşları, lüks harcamaları ve şişirilmiş bir kamu hizmeti ve savunma gücü harcamaları nedeniyle de zorlanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi kaynak tahsisine ilişkin konular hakkında karar vermede etkili bir tutum sergileyemeyeceğini halihazırda açıklamıştır¹¹¹. Çünkü, ikinci ve üçüncü kuşak haklar Nihai Anayasa'da yer almış olsa da bunların uygulanabilmesi için gereken kaynak önceliklendirmesi yalnızca hükümetin bu konudaki kararlılığına bağlı olacağından, uygulamada çok az önem taşıyacaktır. Bu bağlamda, müzakereler sırasındaki tavizler neticesinde şu anda belirsiz ve uygulanamaz görünen bu hakları mahkemelerin anlamlandırması da önem taşımaktadır¹¹².

KAYNAKÇA

'3000 demand the return of the death penalty', The Sunday Independent, 2, October 29, 1995.

'Dangling the noose', 141/2 Financial Mail, 1996.

'Davis-Pityana row cools to a simmer', 12 (12) Weekly Mail and Guardian 4, March 22-28, 1996.

'Death penalty vote?', The Saturday Paper 3, 1995.

'Excellent results for CA media campaign', Constitutional Talk ,7, April 22-May 18, 1996.

'Exodus as rainbow nation's iridescence fades', 142 (9) Financial Mail, October

¹¹¹ Bkz. Sarkin S v. Vermaas and S v. Du Plessis (n 60).

¹¹² Kanada'dan yararlı bir örnek olarak; 1985'te hükümet tarafından finanse edilen ve 9 milyon dolar harcanarak, yüzlerce kamu yararı davasının finanse edilmesi için oluşturulan Adli Yardım Programı'dır. Buna benzer ama çok daha sınırlı bir başka program ise yine Kanadalılar tarafından Güney Afrika'da kamu yararına çalışan bir hukuk firması olan Adli Kaynaklar Merkezi'ne (Legal Resources Centre/LRC) adli yardım ve mahkeme süreciyle ilgili olarak destek olmak amacıyla oluşturulmuştur.

25, 1996.

‘First phase of PPP draws to a close’, Constitutional Talk 1, 7, June 9-29, 1995.

‘Go to hell’, says Barney Pitjana, Weekend Argus, 13, March 31, 1996.

‘Independence of the HRC threatened’, Cape Times 2, November 28, 1996.

‘Intellectuals have a role’, The Citizen, March 30, 1996.

‘Judiciary could make a minefield of Constitution’, Business Day 15, May 16 1996.

‘Liberals and racism’, 12 (12) Weekly Mail and Guardian 24, March 22-28, 1996.

‘Mandela signs new constitution into law’, Cape Times 5, December 11, 1996.

‘Nearly 250,000 submissions received’, Constitutional Talk 5, March 8-28, 1996.

‘Parker’s Patch’, The Saturday Paper, 8, March 23, 1996.

‘Public participation kicks off’, Constitutional Talk 1, February 10-23, 1995.

‘Row over racist liberals’, 12 (8), Weekly Mail and Guardian 32, February 23-29, 1996.

‘SA gaan al dieper wegsink in outokrasie’, Die Burger, 8, August 17, 1996.

‘The death penalty; Will crime stop?’, The Saturday Paper, 11, 1995.

‘The great debate: whites must put up or shut up’, Sunday Times, 15, March 24, 1996.

‘The washer woman, the wimp, and the racial tirade’, The Saturday Paper, March 30, 1996.

‘The working draft reaches millions’, Constitutional Talk 2, February 9-29, 1996.

‘Tougher Bail: Next, Witness Protection’, Weekend Argus, 10, 1995.

‘Towards a new constitution’, Constitutional Talk 1, 3, June 30-August 10, 1995.

Barrie G, 'The public protector: fiat ombudsman', (1995) September De Rebus 580-583.

Carpenter G, 'Constitutional Court Sounds the Death Knell for Capital Punishment', (1996) 59 Tydskrif vir Hedendaagse Romeins Hollandse Reg 145.

Cowling M, 'A Constitutional Right To Bail', (1996) 1(1) Human Rights and Constitutional Law Journal of Southern Africa 36.

Ellish en Andere v. Prokureur-Generaal, Witwatersrand 1994(5) BCLR 1.

Ellmann S, 'The New South African Constitution and Ethnic Division', (1994) 26 Columbia Human Rights Law Review 5.

Executive Council of the Western Cape Legislature and Others and Others v. President of the Republic of South Africa and Others CCT/27/95: 1995 (4) SA 877 (CC); 1995 (10) BCLR 1289 (CC).

Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası'nın Düzeltilmiş Metninin Onay Süreci 1996 CCT 37/96.

Hogg PW, Constitutional Law of Canada (3rd ed., 1992).

Kurucu Meclis Başkanı'nın gıyabında; Güney Afrika Anayasası'nın Yeniden Onaylanması Kararı, 1996 (10) BCLR 1253(CC).

KwaZulu-Natal Bölge Anayasası'nın Onaylanması Hakkında Karar, 1996 (11) BCLR 1419 (CC).

Leon P, 'Nanny or Watchman-the role of the Bill of Rights Under South Africa's Final Constitution', (1996) July De Rebus 461-464.

Maduna PM, 'The Death Penalty and Human Rights', (1995) 12 South African Journal of Human Rights 193-213.

Milton J, 'Demise of the Death Penalty: The Constitutional Court Pronounces',

(1995) 8 South African Journal of Criminal Justice 188-204.

Mokgatle D.D, 'The Exclusion of Blacks from the South African Judicial System', (1987) 3 South African Journal on Human Rights 44.

Murphy WF ve Tanenhaus J, *Comparative Constitutional Law Cases and Commentaries* (New York, 1977).

Mutua M, 'Hope and Despair for a New South Africa, The Limits of Rights Discourse', (1997) 10 Harvard Human Rights Journal 63, 80.

Premier of KwaZulu-Ntatal and Others v President of the Republic of South Africa and Others CCT/36/95; 1995 (12) BCLR 1561 (CC) (1579).

Pretorius R, 'Enforcement mechanisms in the 1993 Constitution', (1994) 9 South African Public Law 273, 274.

Russell PH., 'The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms', (1983) 61(1) Canadian Bar Review 30.

S v. Makwanyane 1995 (6) BCLR 665 (CC) ve 1995 (3) SA :391 (CC).

Sarkin J ve Varney H, 'Traditional Weapons, Cultural Expediency and the Political Conflict in South Africa: A Culture of Weapons and a Culture of Violence', (1993) 6 South African Journal of Criminal Justice, 2.

Sarkin J, 'Abortion and the Courts', (1995) *The Constitution of South Africa From a Gender Perspective*, eds. S. Liebenberg, 217 ('Abortion and the Courts').

Sarkin J, 'Can South Africa Afford Justice? The Need and Future of a Public Defender System', (1993) 4 Stellenbosch Law Review 261.

Sarkin J, 'Choice of Commissioners is Crucial', (1995) May 22, Cape Times.

Sarkin J, 'Health', (1996) 7 *The South African Human Rights Yearbook* 115.

Sarkin J, 'Innovations in the Interim and 1996 South African Constitutions',

(1998) June *The Review* 57.

Sarkin J, 'Panic Over Crime Could Poison South Africa', (1996) March *Democracy in Action* 628 ('Panic Over Crime').

Sarkin J, 'Preventive Detention in South Africa', iç Andrew Harding ve John Hatchard (edr) *Preventive Detention and Security Law: A Comparative Survey* (1993) 209.

Sarkin J, 'Problems and Challenges Facing South Africa's Constitutional Court: An Evaluation of its Decisions on Capital and Corporal Punishment', (1996) 113 *South African Law Journal* 71 ('Problems and Challenges').

Sarkin J, 'Suggestions For A New Abortion Law For South Africa', (1996) 9 *South African Journal of Criminal Justice* 125.

Sarkin J, 'The Bill of Rights in the Working Draft of the New Constitution: An Evaluation of Aspects of a Constitutional Text Sui Generis', (1996) 7 (1) *Stellenbosch Law Review* 12.

Sarkin J, 'The Constitutional Court's Decision on Legal Representation: S v. Vermaas and S v. Du Plessis', (1996) 12 (1) *South African Journal on Human Rights* 55 ('S v. Vermaas and S v. Du Plessis').

Sarkin J, 'The Development of a Human Rights Culture in South Africa', (1998) 20 (3) *Human Rights Quarterly* 628, 644.

Sarkin J, 'The Effect of a Constitution and Bill of Rights on Abortion in South Africa: A Comparative Study', (LLD. Thesis, University of the Western Cape, 1995).

Sarkin J, 'The Effect of Constitutional Borrowings on The Drafting of South Africa's Interim Bill of Rights and the Role Played by Comparative and International Law in the Interpretation of Human Rights Provisions By the

- Constitutional Court', (1998-1999) 1 (2) Journal of Constitutional Law 176.
- Sarkin J, 'The Effect of Patriarchy and Discrimination on Apartheid South Africa's Abortion Laws', (1998) 4 Buffalo Human Rights Law Review 141.
- Sarkin J, 'The Human Rights Commission Bill', (1994) September 7 Cape Times.
- Sarkin J, 'The Political Role of the South African Constitutional Court', (1997) 114 South African Law Journal 134 ('The Political Role').
- Sarkin J, 'The Trials and Tribulations of the South African Truth and Reconciliation Commission', (1996) 12 (1) South African Journal on Human Rights 617 ('The Trials and Tribulations').
- Sarkin J, 'Why There Should Be an Abortion Clause in the Final Constitution', (1995) 11 (4) South African Journal of Human Rights 582 ('Abortion Clause in the Final Constitution').
- Varney H ve Sarkin J, 'Failing to Pierce the Hit Squad Veil: An Analysis of the Malan Trial', (1997) 10 South African Journal of Criminal Justice 141.
- Walt AJ, 'Land reform in South Africa since 1990-an overview', (1995) 10 South African Public Law 18.
- Whittle B, 'The Public Protector, Auditor-General, Public Service Commission and SA Reserve Bank' (1996) July De Rebus 407.