

AFRİKA İNSAN VE HALKLARIN HAKLARI ŞARTI'NIN KAVRAM, KURUM VE İŞLEVLERİ ÜZERİNE ELEŞTİREL BİR ÇÖZÜMLEME DENEMESİ

*Yard. Doç. Dr. Mehmet Semih GEMALMAZ**

I —) AFRİKA ŞARTI'NIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A —) İNSAN HAKLARINI BÖLGESEL DÜZEYDE KURUMSAL- LAŞTIRMADA AFRİKA ŞARTI

a —) Üçüncü Kurumsal Sistem

Afrika şartı, bölgesel İnsan Hakları sözleşmeleri ve bu belgelerin biçimlendirdiği yapı ve sistemler arasında üçüncü halkadır. 3/Eylül/1953'te yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 18/Temmuz/1978'de yürürlüğe giren Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesini izleyen Afrika Şartı yüklendiği tarihsel işleviyle değerlendirildiğinde, İnsan Haklarının evrensel bir kabule ulaşması ve kapsamlı biçimde korunmasında etkili adımların atıldığıının göstergesidir.

Evrensel İnsan Hakları anlayışına, değerlerine ve sistemlerine ulaşılmasında bu Şartın önemi, kendi türünün üçüncü halkası olmasına indirgenemez. Daha temeldeki nitelik, Avrupa ve Amerikan sistemine damgasını vuran Batılı İnsan Hakları anlayışın egemenliğinin, bir bakıma tahakkümünün kırılmasının somut anlatımı olan hak kategorilerini düzenlemiş olmasıdır.

Bu düzenleme ne anlama gelir?

Bir kez, her biçimiyle indirgemeci yaklaşımları yadsıyarak, İnsan Hakları tarihinde «evrensellik» kavramının içeriğini somutlaştırmış, genel-geçer kabule konu yapmıştır.

Dahası, kültürlerin çoğulluğunu merkeze alarak, güdülemeci yaklaşımlara kapıyı kapamıştır. Böylece, tarihsel-toplumsal koşulları, politko-juridik yapılardaki farkları dikkate alan, ama bu farklılıklar zenginliği üzerinde yükselen evrensel bir İnsan Hakları anlayışını kurumsallaştıran sistem belirmiştir.

*) İ.Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

İçerdiği hak ve özgürlükler, yalnızca Batılı listenin Sosyalist öğretisi ile zenginleştirilmiş türevi değildir; bütün bunları da tamamlayan haklara yer vermektedir. Yeni yaşama durumlarının haklaştırılmasının anlatımı olan bu kategoriler ile, yine kendi türünün tarihinde ilk kez, İnsan Haklarının tanınması ve korunmasını bütünleyen geliştirilmesi boyutu maddi bir içeriğe kavuşmuştur.

b —) Karşılaştırmalı Değerlendirme

Afrika Şartı, öngördüğü hak ve özgürlükler ve kurumsal yapı ve işleyiş bakımlarından, Avrupa ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmeleri ile karşılaştırmalı biçimde değerlendirilmelidir.

i —) Düzenlenen Hak ve Özgürlükler

Afrika Şartı, klasik haklar ile ekonomik, sosyal ve entellektüel hakların yanısıra, aşağıda daha ayrıntılı biçimde tartışılan Halkların haklarına da yer vermiştir. Bu özelliği ile önceki iki sözleşmeden ayrılır.

İkinci grup haklar bakımından Avrupa Sözleşmesindeki boşluk Avrupa Toplumsal Sözleşmesi ve Avrupa Sözleşmesine ek protokoller ile tamamlanmak istenmişti. Amerikan Sözleşmesi ise, ikinci grup haklara ilişkin bir yollama maddesi ile yetinmişti. Afrika Şartı, bu alanda da kapsamlı bir hak ve özgürlükler listesi içermektedir.

Bazı hakların düzenlenişinde görülen temel farklılıklardan önce, bu üçlü karşılaştırmada belirtilmesi gereken bir özel düzenleme vardır: Afrika Şartı, Avrupa ve Amerikan Sözleşmelerinin (md. 15) ve (md. 27) tersine, hak ve özgürlüklerin askıya alınmasına ilişkin bir genel hüküm içermez. Bazı haklar için öngörülmüş sınırlandırma koşulları, o hakkın istisnası olarak ilgili maddede yer almıştır ve ondan ibarettir.

Yönetime katılma hakkı gibi kimi haklar ise Amerikan Sözleşmesi ve Afrika Şartı'nda yer almakla birlikte, Avrupa Sözleşmesinde görülmez.

Ayrıca, özellikle gelişme hakkına önceki sözleşmelerden farklı olarak yer vermek yoluyla Afrika Şartı, bir anlamda Afrika devletlerinin geri kalmışlık zincirini kırma istençlerine hukuksal bir zemin hazırlamıştır.

Örnek olsun, çalışma hakkı her üç sözleşmede de vardır. Ne ki, sadece Afrika Şartı'nda bu hak, sendikalaşma, dernek kurma hakkı ile bütünleştirilmiştir. Bu örnekte görüldüğü gibi, bir başka hakkın koşulu durumunda bulunan hakların düzenlenmesi ilkesine uyulmuştur.

Afrika Şartı'nın ayrıcı niteliklerinden birisi de, özellikle (md. 61) düzenlemesi ile Uluslararası Hukuka ve asıl Uluslararası Hukukun bağlayıcılığına açık bir yollama hükmünü getirmiş olmasıdır. Ancak burada dikkat edilmesi gerekli özellik, tarafların formüle edilmesinde rol almadıkları bu kuralların geçerliliğinin yadsındığıdır¹.

ii —) Başvurular

Her üç sözleşme de, gerek devlet gerekse devlet-dışı birimlerin, İnsan Hakları ihlalleri nedeniyle şikayet ya da ihbar başvurusunu düzenlemiştir.

Üç sözleşmenin ortak paydası olan başvuru sürecinin düzenlenmesi, sözleşmelerin öngördüğü denetim mekanizmalarının işletilmesine yöneliktir.

Ancak başvuruların kurumsallaştırılmasında farklılıklar vardır. Şu biçimde:

Avrupa sözleşmesinde, devlet dışı birimlerin (bireyin) başvurusu, devletlerarası başvurudan ayrı olarak, seçmeli bir usul biçiminde düzenlenmiştir. Devlet başvurusu, taraf olmakla otomatikman gerçekleşir; bireysel başvuru ise özel bildirim gerektirir.

Amerikan Sözleşmesinde, bir öncekinin tersine, bir devlet sözleşmenin tarafı olduğunda, devlet dışı birimlerin başvurusu kendiliğinden, otomatikman işlemeye başlar. Oysa devletlerarası başvuru, ancak taraf devletlerin bu konudaki özel ve açık bildirimleri sonrasında çalışabilmektedir.

Afrika Şartı'na gelince, devletlerarası başvuru ile devlet dışı birimlerin başvurusu arasında, Amerikan Sözleşmesi benzeri, bir bağ kurulmamıştır. Bu iki prosedür ayrı ayrı düzenlenmiş ve her iki (devlet ve devlet dışı) başvurunun da işlemeye başlaması, devletler bakımından, her hangi bir ön bildirim koşuluna bağlanmamıştır.

Başvuruların işleyişi açısından da ayrımlar vardır. Bir kez, devlet dışı birimlerin başvuruları bakımından Afrika Şartı, Komisyonun bu başvuruyu çoğunlukla kabul etmesi ön koşulunu getirmiştir. Böyle bir koşul, diğer sözleşmelerde yer almamaktadır. Aynı biçimde, bu başvuru-

1) Bu noktada, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü (md. 38) düzenlemesi ile karşılaştırma yapılabilir. Buna göre Divan, a) uluslararası sözleşmeleri, b) uluslararası gelenekleri, c) uygar uluslarca tanınmış genel hukuk ilkelerini ve d) Statü (md. 59) uyarınca, çeşitli uluslardan yüksek nitelikli yargısal karar ve öğretileri uygular.

larda küçültücü bir dil kullanılmaması koşulu da, önceki sözleşmelerden farklılık işaretlerinden birisidir.

iii —) *Denetim Süreci*

Afrika Şartı, Avrupa ve Amerikan Sözleşmelerinden farklı olarak, bir İnsan Hakları Mahkemesi yapılaştırmamıştır.

Bu temel saptamadan sonra teknik ayrıntılardaki kimi ayrımları şöyle sıralayabiliriz:

Her üç sözleşmede de düzenlenen Komisyonların yetkilerini, yargısal, yarı-yargısal ve yargısal olmayan türler olmak üzere sınıflandırmak olasıdır.

Afrika Şartı'nda Komisyonun temel işlevi, İnsan ve Halkların Haklarını koruma ve geliştirmedir. Bu, büyük ölçüde Amerikan Komisyonunun işlevleri ile örtüşürse de, Amerikan Komisyonu daha kapsamlı hükümlerle kimi ek işlevler de üstlenmiştir.

Afrika Komisyonunun, Avrupa ve Amerikan Komisyonlarından daha yoğun biçimde, bölgesel örgüt ve birimlerle bağları vardır. Afrika Birliği, Devlet ve Hükümet Başkanları Meclisi ile organik ve işlevsel bağ ve ilişki içersindedir Afrika Komisyonu².

Komisyon üyelerinin belirlenmesi ve atanmasında Afrika Şartı düzenlemesi, üyelerin, diğer sözleşme düzenlemelerine göre daha fazla, siyasal etki ve baskılara uğraması olasılığına kapı açar niteliktedir.

Afrika Komisyonu, Amerikan Komisyonunun sahip olduğu gibi, İnsan Hakları ihlalleri durumunda mahallinde araştırma/inceleme yapma konusunda açık ve bağımsız bir yetkiyle donatılmamıştır. Amerikan Sözleşmesinde ise Komisyon, yerinde gözlem ya da araştırmayı ilgili Meclisin karar ya da müdahalesinden bağımsız olarak yerine getirebilmektedir.

Afrika Komisyonunun işlevlerinin büyük çoğunluğu siyasal, yargısal olmayan niteliktedir. Oysa Avrupa ve Amerikan Komisyonlarının, yargısal ve özellikle yarı-yargısal yetkileri belirgindir.

Afrika Şartı'nın bir mahkeme yapılaştırmasına gitmediği belirtilmişti. Avrupa ve Amerikan Sözleşmelerinde ise, uyuşmazlıklar, kural

2) Obinna Okere, «The Protection of Human Rights in Africa and the African Charter on Human and Peoples' Rights: A Comparative Analysis with the European and American Systems», Human Rights Quarterly, May 1984, Vol: 6, sf: 141, vd.

olarak, Komisyonda irdelendikten sonra ya da Komisyon tarafından, bu sözleşmelerin öngördüğü mahkeme önüne götürülmektedir. Afrika düzenlemesinde böyle bir süreç, mahkeme olmadığından, söz konusu değildir. Dolayısıyla bir tür üst denetim yolu da bulunmamaktadır. Afrika Birliği'nin ise, Şartın bir temyiz mercii olmadığı açıktır.

B —) İNSAN HAKLARI VE HALKLARIN HAKLARI

a —) Halkların Hakları Kavramı

i —) Belgelerde Halkların Hakları Kavramı

Halkların Hakları kavramı, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun yeni bir kavramı değildir. Salt kavramı izleme çabası ile yola çıkılırsa, 1776 tarihli Amerikan Bağımsızlık Bildirisi ya da 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi anımsanabilir.

Ancak, özellikle yüzyılımızın ikinci yarısından itibaren kavram modern içerik kazanmıştır. Belgeler düzeyinde gelişim izlendiğinde, bireyin İnsan Hakları ile halkların Kollektif Hakları arasında diyalektik bir ilişkinin varlığı saptanabilmektedir.

Somutlanabilir: Öncelikle Evrensel İnsan Hakları Bildirisinin (md. 21, 28 ve 29/1) düzenlemeleri gündeme getirilebilir. Öte yanda, BM'in 1977 tarihli bir Kararında³, «her insan tekinin ve halkların, bütün İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri devredilmezdir» hükmüne yer verilmiştir. BM İnsan Hakları Komisyonunun 1980 tarihli bir Kararında ise⁴, «Komisyon, ulusal ve uluslararası düzeyde yaratmanın gerekliliğini (La nécessité de créer), halkların ve bireylerin İnsan Haklarının bir bütün olarak korunması ve uygulanması için gerekli koşulları tanıy» formülü düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, bir dizi BM Genel Kurul kararları daha sayılabilir⁵.

Eğer kavram, Kendi Kaderini Tayin bağlamında ele alınırsa, örneklenebilecek bölgesel ya da uluslararası belge ve özellikle BM kararlar pratiği çoğalmaktadır⁶.

Bu bağlamda Afrika Şartı'nın özelliği ise, İnsan Hakları ile Kollektif

3) BM, 16 Aralık 1977 tarih ve 32/130 sayılı Karar.

4) BM, 21 Şubat 1980 tarih ve 6 (XXXVI) sayılı Karar (oylama: 24 evet, 1 red, 4 katılmayan).

5) BM, 14 Aralık 1981 tarih ve 36/133 ve 36/134 sayılı Kararları gibi...

6) Bkz., aşağıda bu bölümün (iv) numaralı bahsi.

tif Haklar arasındaki ilişkiyi somut biçimde düzenleyen İnsan Haklarına özgülenmiş kapsamlı bir belge olmasıdır.

ii —) *Algiers Bildirisi*

Öte yanda, Halkların Hakları kavramına yer verilişi ile özelleşen «Halkların Hakları Evrensel Bildirisi» metni de dikkate alınmalıdır. 1976 Temmuz'unda Algiers toplantısında bir grup uzman tarafından biçimlenen bu belge, Algiers Bildirisi olarak da anılmaktadır⁷.

Bu belgede halk kavramı, özünde, halkın, bağlı bulunduğu devletten ayrılığı yaklaşımı içersinde kavranmıştır. Bu bakış içersinde, halklara, siyasal ve ekonomik belirli bir alan ayrılmakta ve bu alan, aynı anlama gelmek üzere halkların egemenliği, halkların çıkarları ve özellikle bunların devlette ilişkisi durumunda, kritik bir öneme sahiptir. Algiers Bildirisine egemen olan anlayış, devlete karşı olsa bile halkların, hakların kaynağı olarak kendi meşruiyetlerini savlamaları, bunda ısrarlı olmalarıdır. Nitekim bu Bildiriye damgasını vuran Richard Falk şunu vurguluyor: Üçüncü Dünya, dayanışma içinde yeni bir Ekonomik Düzen çabasını harcıyor; bu kapitalist ve sosyalist yapılarının bir koalisyonunu temsil eder. Prestij, erkin ya da zenginliğin, coğrafi yeni dağılımını araştırır. Bu ise tahakkümün yapısal temeline ancak kesimsel bir yanıt biçimlemektedir ve daha halkçı ve sosyalist açılardan tamamlanmalıdır⁸.

Algiers Bildirisindeki Halkların Hakları kavramı, demokratik anlamda, halk tarafından devletin denetlenmesi biçiminde de yorumlanmaya açıktır. Örnek olsun, Bildiri (md. 7), her halkın, vatandaşlar arasında ırk, cinsiyet, inanç ya da renk ayrımı yapılmaksızın ve tümü için temel özgürlükler ve İnsan Haklarına etkin saygıyı temin ederek, demokratik bir yönetimle temsil edilme hakları vardır, düzenlemesini getirmiştir. Aynı Bildiri (md. 28) ise, temel hakları ihlâl edilen halkların Karşı Koyma Hakkını düzenlemiş ve bu bağlamda özellikle siyasal ya da sendikal mücadeleyi ve hatta, kaçınılmaz olduğunda, bu mücadelede kuvvet kullanımını açıkça hüküm altına almıştır. Bu veriler ışığında, halk ile devlet arasında öngörülen ilişki biçimine, Afrika Şartı'nın açık olduğunu söylemek oldukça güçtür.

7) IODC bull., September 1976, sf: 47, International Documentation Center. (Bildiri metni için), UN Law/Fundamental Rights, Netherlands, 1979, (ed. A. Cassese), sf: 219 - 223.

8) Richard Falk: «The Algiers Declaration of the Rights and the Struggle for Human Rights», sf: 189, vd.'ne yollama için bkz. — Richard N. Kiwanuka, «The Meaning of People in the African Charter on Human and Peoples' Rights», AJIL, January 1988, Vol: 82, No: 1, sf: 80 - 101.

iii —) *Kavramın Tanılanması*

Temel sorun, henüz, «halkların» terimine, genel kabul bulan bir tanım getirilememiş, içerikte netleşilememiş bulunulmasıdır⁹.

Bununla birlikte, terimin öğelerini saptamaya ve böylece kavramı diğerlerinden ayırd edebilecek özellikleri belirleyebilmeye yönelik yorumlar yapılagelmektedir.

François Rigaux'ya göre, kavram şu biçimde tanılanabilir: 1—) Halk, diğer halklardan belirgin biçimde farklı olan insanların kurduğu bir insan toplumdur; 2—) Halk, bir devlette nüfusun çoğunluğu ya da tamamıdır ve bir temel hakkı bulunur: azınlık erkine tabi olmamak; 3—) Halk, bir devlette homojen yapıda bulunan insan topluluğudur ya da ulusal azınlıktır, ki onların kollektif hakları o devlet tarafından tanınmıştır¹⁰.

Aureliu Cristescu ise, kavramı zorunlu biçimde ilişkilendirdiği «kendi kaderini tayin hakkı» amacı bağlamında, halk terimi için daha sınırlı bir tanım önermektedir: 1—) Halk terimi, açık bir kimliğe sahip olan ve kendi karakteristik özellikleri bulunan bir toplumsal varlığa işaret eder; 2—) Halk terimi, bir ülke ile ilişkiye belge oluşturur; 3—) Halk, varlıkları ve hakları Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 27. maddesinde tanınan, etnik, dinsel ya da dilsel azınlıklarla karıştırılmamalıdır¹¹.

Bu alandaki tartışmalar sürdüğüne göre, pratik yaklaşım, Halkların Hakları kavramının yer aldığı İnsan Hakları belgeleri ile bu hak kümesi ile ilişkilendirilen diğer hak kümelerini incelemektir.

iv —) *İnsan Haklarının Koşulu Olarak Halkların Hakları*

Genel bir saptama olarak, bireyin İnsan Hakları ile halkların Kollektif Hakları arasında, birbirinin koşulu olma bağının varlığı belirtilmelidir. Daha somut anlatımla, Halkların Hakları, bireyin İnsan Haklarını eylemselleştirmesinin, içeriğini maddileştirmesinin koşulunu belirlemektedir. Bu ilişki, tam tersi yönde de oluşur; karşılıklıdır.

9) Ian Brownlie: «The Rights of Peoples in Modern International Law», Bull. Austl. Socy, Legal Phil., 9, 104 - 107, 1985. — Ayrıca bkz., Richard N. Kiwanuka, agm., sf: 87, vd.

10) Theo van Boven: «The Relations Between Peoples' Rights and Human Rights in the African Charter», HRLJ, Vol: 7, 1986. No: 2 - 4, sf: 192, dp: 21.

11) Aureliu Cristescu: The Right to Self - Determination, Historical and Current Development on the Basis of United Nations Instruments; UN Doc., E/CN. 4/Sub. 2/404/Rev. 1. para. 279, 1981, New York.

Bu tezin temellendirilebilmesi için, bir kez, halk kavramının, tarihsel ve sosyolojik açıdan kavranabilir olduğunu belirlemek gerekir. İnsan Hakkı, liberal burjuva anlayışın, insanın insan olmaktan doğan varlığına sıkısıkıya ve devredilmez biçimde bağlı olduğu biçiminde anlaşıldığında bile, İnsan Hakları ile Halkların Hakları, birbirleriyle çelişir olmaktan çok, birbirini tamamlar niteliktedir.

Bir temel başlangıç olarak, Halkların Haklarının kurumsallaştırılmasının, İnsan Haklarında geçen «İnsan»ın, toplumsal-tarihsel gerçekliğinden yalıtılamayacağı belirtilebilir. Bu çerçevede, klasik «Bireysel Haklar» ve «Kollektif Haklar» ayrımı yeniden sorgulanabilir. Zira, son çözümlemede, bütün haklar bireyseldir, bireyce kullanılır; aynı biçimde bütün haklar kollektiftir, tanınması, uygulanması ve korunması bağlamında kollektiftir. Sorun daha yalın biçimde konduğunda, İnsan Hakları kavramının, bütün tarafların (ki buna, bireyler kadar gruplar ve topluluklar da girer) etkin katılımını gerektirdiği izlenir¹².

Ne var ki, bu saptamalar, hiç kuşkusuz, Halkların Haklarını Bireyin Haklarına indirgemek anlamına gelmez. Belirtilmek istenen, her iki hak kümesi arasındaki zorunlu bağdır. Aslında, bu iki küme birbirinden koparıldığında, bugün ulaşılan aşamada, genel bir hak elde etme savaşımının konusu olan İnsan Hakları bütününde hukuksallaştırılarak pekiştirilen bir kazanımın gerisine düşülür.

Uluslararası ve bölgesel İnsan Hakları belgelerinde ve özellikle anayasa metinleri gibi ulusal belgelerde Halkların Haklarını belirleyen düzenlemeler: 1—) belirli hak kümeleriyle ilişkilendirilmiştir ve 2—) özne olarak çeşitlilik içermiştir.

Bu iki noktayı açmadan önce, Uluslararası İnsan Hakları Hukukundaki gelişim çizgisine işaret etmek yararlıdır. Modern Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda birincil konu, bireydir. Gelişime bağlı olarak bu Hukuk, grupların varlığını tanımaya başlamıştır ve nihayet, bireysel İnsan Haklarının kullanılmasının, doğrudan grubun İnsan Haklarını gerektirdiği bulgulanmıştır.

Halkların Haklarının ilişkilendirildiği hak kümelerinin başında, «kendi kaderini tayin hakkı» gelmektedir. Nitekim, Halkların Hakları,

12) Nitekim Jean - Bernard Marie, belirtilen yaklaşıma koşut biçimde şu sınıflandırmayı önermektedir: Bireysel Haklar yerine «Bireyin Hakları» (rights of the individual) ve Kollektif Haklar yerine «Toplumun Hakları» (rights of the community). bkz., «Relations Between Peoples' Rights and Human Rights: Semantic and Methodological Distinctions», HRLJ, Vol: 7, 1986, No: 2 - 4, sf: 200, vd.

daha spesifik bir alandan bakılarak da saptanabileceği gibi, sömürgeci-liğe karşı yürütülen devinimle ve bu devinimin siyasal-hukuksal düzlemdeki kurumsallaşımı olan Kendi Kaderini Tayin Hakkı ile bütünleşen bir kimliğe sahiptir. Belge düzeyinde bunu somutlaştırmak gerekirse, BM'in gerek 1966 tarihli Sözleşmeleri ve gerekse BM Genel Kurulunun 1960'lardan başlayarak bir dizi Kararına dayalı Bildirileri¹³, Halkların Hakları ile Kendi Kaderini Tayin Hakkı arasında kurulan ilişki ve bütünlüğe örnek biçimler.

Halkların Hakları ile ilişkilendirilen Kendi Kaderini Tayin Hakkı siyasal anlamda anlaşıldığında, sadece halkların Varolma Hakları ve siyasal statülerini serbestçe belirlemeleri haklarından ibaret değil. Özelde, sömürge olan ve baskı altında tutulan halkların bu tahakkümden kurtulma haklarıyla da bağıntılıdır. Bu bağlam, büyük ölçüde, Halkların Hakları kavramının, görece olmakla birlikte diğer boyutlara göre, yukarıda verilen örnek düzenlemeler ve kararlar pratiklerinden de çıkartılabileceği gibi, netleştiği bir alandır.

Siyasal anlamda Kendi Kaderini Tayin Hakkı, «İç sorun olarak Kendi Kaderini Tayin» ve «Dış Sorun olarak Kendi Kaderini Tayin» biçimindeki bir alt sınıflamaya bağlandığında¹⁴, bunun pratik önemi, iç siyasal kendi kaderini belirlemenin, sonuç olarak, bir sentez ve «İnsan Haklarının bir toplamı, özeti» olmasındadır¹⁵. Şöyle de konabilir sorun:

13) BM Genel Kurulunun 14 Aralık 1960 tarih ve 1514 (XV) sayılı Kararı: «Sömürge Ülke ve Halklarının Bağımsızlıklarının Güvence Altına Alınmasına İlişkin Bildiri». Bu Bildiriyi tamamlayan ve halkların kendi kaderini belirleme hakkını yeniden vurgulayan Kararlar: 20 Aralık 1965 tarih ve 2105 (XX) sayılı; 13 Aralık 1966 tarih ve 2189 (XXI) sayılı. — Ayrıca BM Genel Kurulunun 24 Kasım 1970 tarih ve 2625 (XXV) sayılı Kararı: «BM Şartı Uyarınca Devletlerarasında Dostane İlişki ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Bildirisi». Bu Bildiri, halkaların kendi kaderini tayin hakkı yanısıra, içişlerine karışmamazlık, egemen eşitlik, kuvvet kullanımının yasaklanması gibi kurumları da düzenlemiştir. — BM Genel Kurulunun 1 Mayıs 1974 tarih ve 3201 (s - VI) sayılı Kararı: «Yeni Uluslararası Ekonomik Düzen Bildirisi». 12 Aralık 1974 tarih ve 3281 (XXXIX) sayılı Kararı: «Ekonomik Haklar ve Devletin Ödevleri Şartı.»

14) karşılaştırınız, — Alexandre Kiss, «The Peoples' Right to Self - Determination», HRLJ, Vol: 7, 1986, No: 2 - 4, sf: 165, vd.

15) A. Cassese, «Political Self - Determination - Old Concepts and New Developments» UN Law/Fundamental Rights: Two Topics in International Law (ed. A. Cassese), Alphen aan den Rijn, Netherlands, 1979, sf: 154, vd. — A. Cassese, «The Self - Determination of Peoples», The International Bill of Rights (L. Henkin, ed.), Columbia University press, New York, 1981, sf: 96, vd. Bu çalışmada yazar, iç ve dış kendi kaderini tayin sınıflandırmasını ilk kez doktrinde ortaya atmıştır.

Halkların hakları sistematik biçimde yadsındığında, bu aynı zamanda, halkların Kendi Kaderini Tayin Haklarının da ihlalidir. Bu açıda, İnsan Haklarına saygı, bir kez daha izlendiği gibi, Halkların Haklarının tanımlanması, tanınması ve gerçekleştirilmesinin ölçütü niteliğindedir.

Öte yanda, Kendi Kaderini Tayin Hakkı siyasal boyuta indirgenerek tüketilemez; ekonomik boyutta da ilişkilendirilebileceği Halkların Hakları kategorileri vardır. Örnek olsun, doğal zenginlik ve kaynaklardan serbestçe yararlanma; İnsanlığın Ortak Mirasından eşit olarak yararlanma, bu kaynaklar üzerindeki yabancı ekonomik sömürünün sona erdirilmesi, halkların bu varlıklar üzerinde mülkiyet hakları ve Gelişme Hakkı¹⁶ sayılabilir.

Halkların Hakları, diğer yandan da, ilgili düzenlemelerde farklı öznelerle de karşılık gelecek biçimde kaleme alınmıştır. Örnek olsun, kimi zaman, «bütün haklar»dan söz edilmiş; bazı yerlerde «grup» terimine yer verilmiştir.

Öznedeki bu çeşitlilik, özneye konu olan toplulukların konumlandırılması bağlamında da bir başka çeşitliliğe yol açmıştır. Somutlayalım: Bazı anlatımlarda, belirli bir devlet sınırları içersinde yaşayan, siyasal bağımsızlığa sahip ve coğrafi olarak alanı çerçevesi halk kavramına rastlanmaktadır. Bazı hallerde, coğrafi ya da siyasi sınırlar belirgin olmaktan çok, bu toplulukların ya da grupların ortak karakteristikleri önyüze çıkmıştır. Kimi durumda, bir devletteki azınlıklar, kimi zaman da o devletteki bütün halklar kastedilmiştir. Hatta, özellikle yabancı tahakkümü, sömürgecilik, vb. gibi bağlamlarda, halkların kavramı, devlet

16) GELİŞME HAKKI, Uluslararası Hukukta bir hak olarak değerlendirilirse, bu anlamda yeni bir hak olarak nitelendirilebilir. İlk kez, Senegal Anayasa Mahkemesi Başkanı Keba M'baye tarafından 1972'de, Strasbourg'daki İnsan Hakları Hukuku Enstitüsünde ortaya atılmıştı. M'baye'ye göre, bütün haklar, Varolma Hakkından çıkarsanır ya da onunla ilişkilendirilir ve yüksek yaşama standartlarının geliştirilmesi ve bu bağlamda «gelişme» ile bağlantı kurulur. Bu çerçevede, BM Andlaşması (md. 55 ve 56), BM Evrensel Bildiri (md. 22, 27) ile uluslararası işbirliği ve dayanışmaya ilişkin uzmanlık birimlerinin statüleri yollama yapılan düzenlemelerdir. 1978'de Uluslararası Hukukçular Komisyonunun Başkanı olarak Keba M'baye, Gelişme Hakkına ilişkin görüşlerini, özellikle 1978 Dakar Konferansında geliştirdi. İnsan Hakları Komisyonunun istemi üzerine BM Genel Sekreteri, M'baye'nin BM Andlaşması ve diğer İnsan Hakları belgelerindeki Varolma Hakkına ilişkin saptadığı ilkeler üzerinde bir çalışma yaptı. Nihayet ulaşılan sonuçlar BM Genel Kurulunca, 1979'da (UNGA Resolution 34/46; Nov. 23, 1979) onaylandı.

Bu konuda ayrıntılı bir çalışma örneği olarak bkz., Turgut Tarhanlı, «Gelişme Hakkı: Bir Sunuş Denemesi», MHB'nin bu sayısı yukarıda sf: 251.

kavramı ile bütünleşmeye yatkın bir anlatımı karşılar biçimde formüle edilmiştir.

Bu veriler ışığında değerlendirildiğinde belirginleşen asıl sorun şudur: Bugün, İnsan Hakları ile Halkların Haklarının kesiştikleri ya da özerkliklerini korudukları alanların saptanması zorunluluğu ortaya çıkmıştır.

b —) Afrika Şartı'nda İnsan Hakları ve Halkların Hakları

Afrika Şartı özelinde, bu iki hak kümesini ve ilişkisini değerlendirmek için şu ön saptamalar gereklidir.

Belirtildiği üzere, Afrika Şartı, Halkların Haklarına yer veren ilk İnsan Hakları belgesi değildir. Bununla birlikte, Afrika Şartı'nı bu alanda biricik kılan etmen, Halkların Haklarını kurumsallaştırırken, buradaki «hak» kavramını, işlevselleştirilmesi bağlamında elverişli aygıtlarla donatmış olmasıdır. Bu nedenle, Afrika Komisyonunun gelecekteki kararlar pratiği ile Afrika Halklarının siyasal pratikleri özel önem taşımaktadır.

Afrika Şartı'nda Halkların Haklarına ilişkin düzenlemelerin genel özellikleri şunlardır:

Bir kez bu kavram, bireyin toplum içersindeki konumunu temel alırken, Afrika özelindeki değerler ve düşünce ile dokunmuştur. Bu anlamda, soyut ya da yalıtılmış bir birey değil, grupla, toplumla bütünleşmiş birey söz konusudur. Şartın Başlangıç Bölümünün 5. paragrafında, Afrika uygarlığı değerlerinin, tarihsel geleneklere dayalı erdemlerin korunması anlayışının altı çizilmiştir.

Afrika Şartı, bu iki hak kümesi arasındaki zorunlu bağı esas almıştır. Öncelikle şu bakış açısını belirlemiştir Şart: Gelişme Hakkına özel bir önem bağlanması ışığında, Medeni ve Siyasal Hakların, Ekonomik - Sosyal ve Kültürel Haklardan ayrılmazlığı; bu son grup hakların, Medeni ve Siyasal Hakların güvencesi olduğu görüşü, Şartın Başlangıç Bölümü 8. paragrafında vurgulanmıştır.

Şart'taki hak kümeleri arasındaki ilişki ne denli yoğun olursa olsun, Halkların Hakları ile İnsan Hakları arasında açık bir farklılaşma olduğu ortadadır. Diğer söyleyişle, Afrika Şartı, bireylerin İnsan Hakları ile halkların kolektif hakları arasında, en hafifinden, bir kavramsal ayırım ortaya koymuştur. Nitekim, Başlangıç Bölümü 6. paragrafta, hem «zorunlu bağ» hem de «farklılık» şu biçimde formülleştirilmiştir: Temel İnsan Hakları, bunların ulusal ve uluslararası korunmasının haklaştırılması bağlamında İnsanın insan olmasına bağlanmakta; öte yandan da, Halkların Haklarının gerçekleştirilmesi ve saygı gösterilmesi İnsan Haklarının gerekli güvencesi biçiminde görülmektedir.

Şartta bu iki hak kategorisi, bir denge anlayışı ile düzenlenmiştir.

Halkların Haklarının ilişkilendirildiği hak kümeleri bakımından yukarıda örneklenen haklar (Kendi Kaderini Tayin Hakkı gibi), Afrika Şartı özelinde de söz konusudur. Yine aynı biçimde, Kendi Kaderini Tayin Hakkının siyasal ve ekonomik görünümüne giren hak kümelerine de (Sömürgecilikten Kurtulma Hakkı, Dayanışma Hakkı, Varolma Hakkı, Doğal Zenginlik ve Kaynaklardan Serbestçe Yararlanma Hakkı, vb.) Afrika Şartı'nda rastlanmaktadır.

Öte yanda Afrika Şartı, yukarıda açıklanan Algiers Bildirisinden daha az radikal bir niteliktedir. Çünkü, Afrika Şartı, Afrika'daki mevcut yönetimleri ve devlet düzenini kabul etmektedir. Tabii bu kabul, sömürgecilikten tamamen arındırılmış Afrika'nın bir bütün olarak özgürleşmesi koşuluna bağlanmıştır.

C —) *AFRIKA HUKUKUNUN BİRLEŞTİRİLMESİNDE AFRIKA ŞARTI*

a —) *Afrika Hukukunun Genel Özellikleri*

Afrika hukuku bireyin olmaktan çok, topluluğun hukuku olarak belirginleşmektedir. Bireysel haklar, toplumsal statü içersinde kavranır ve özellikle bu hukukun kökeninde gelenek hukuku baskındır.

Gelenek Hukuku, diğer deyişle örf ve adete dayalı hukuk, Afrika'da yöresel düzlemde, farklı hukukların oluşmasına yol açmıştır. Bununla birlikte, bir global değerlendirmede, bunların bir hukuk ailesi oluşturduğu kabul edilmektedir¹⁷.

Afrika geleneğinde toplumsal değerler arasında birey tanınmıştır, ama bir birim olarak bireyden çok grup ön yüzdendir. Bir başka genel özellik de, değişim karşısında tutucu, direngen bir tutum alışın bulunmasıdır.

Bu özelliklerin egemen olduğu Afrika'nın geleneksel dokusuna ve onun hukuk düzenine, Batılı standartlarla bakılamaz; bu anlama gelmek üzere de, Batının hukuk kavramlarını (örnek olsun, kişiliğe bağlı subjektif hak, gibi) ya da kurumlarını (örnek olsun, taşınmaz satımı yahut zamanaşımı, gibi) aramak¹⁸ söz konusu edilemez.

17) A.N. Allot, «African Law», An Introduction to Legal Systems (ed., J.D.M. Derret), Sweet and Maxwell, London, 1968, sf: 131, vd.

18) René David, Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri, Üçdal Neşriyat İstanbul, 1985, çev: A. Köteli, sf: 502, vd.

Afrika'daki geleneksel hukuk dokusu, Afrika tarihinin başlıca evrelerinden birisi olan sömürgeleştirme döneminden önce de, dış etkilerle karşılaşmıştı. Bu etkiler, İslam ve Hıristiyanlık aracılığı ile daha çok dinsel kökenli olarak görülmüştür.

Afrika'ya çeşitli düzlemlerde gerçekleşen bu dinsel sızmalar, geleneksel değerleri, örf ve adeti etkilemiş ve değişime uğratmıştır. Bu sızmaların hukuk alanındaki yansıması şudur: Afrika'da hukuk, bir tarafta sistemleştirilmemiş halde iken, diğer tarafta, özellikle İslam'ın etkisiyle, bir sisteme kavuşmuş durumdaydı.

Böylece, Afrika toplumları sömürgecilik evresi öncesinde, bir bölümü geleneksel izler taşıyan, diğer bölümü dinsel karakterli çeşitli hukuk sistemlerine sahiptiler. Burada altı çizilebilecek yön, dinsel nitelikli sızmalar sonucu, dinsel (İslami) ve geleneksel ilkelerin bir karışımı kimliğini kazanmasıdır hukukun.

XIX. Yüzyıldan itibaren Afrika bir bütün olarak sömürgeleştirilmeye başlanmıştır. Bu süreç Afrika hukukunu, özgün Afrika hukuku ile sömürge hukukunun çatışmasına konu kılmıştır. Sömürgeciler kendi metropolitan hukuklarını ya da onun türevlerini, bu kıtada kazandıkları yeni egemenlik alanlarına yerleştirdiler. Sömürge hukukunun uygulanmasında, mevcut yargılama birimlerinin yapısı ve muhakeme usulleri elverişsiz olduğu için, Batılı tipte mahkemeler ve yargılama süreçleri kurumsallaştırılması gereği doğdu. Bu kurumlar, daha çok, ya Afrikalı olmayanların taraf buldukları uyuşmazlıklarda uygulandı ya da yerli hukukun düzenlemediği yeni tip uyuşmazlıklar için kullanıldı.

Sömürgeleşmeyle başlayan bu oluşum, Afrika'da yoğun bir hukuk düalizminin de başlıca nedenidir. Açıktır ki, sözü edilen etkiler, Afrika'nın geleneksel hukukunda ciddi yapısal zorlamalara yol açtı ve yabancı değerlerin ikamesi, toplumsal yaşamda yeni uyumsuzluk ve çatışmalara neden biçimledi.

Afrika'nın sömürgeleştirilmesi sadece sömürge hukukunun empozesinden doğan çatışmayı yaratmadı. Bir yandan da, kıtanın değişik bölgelerini farklı sömürgecilerin ele geçirmesi, doğrudan sömürge hukuklarında da bir çoğulluğa kapıyı açtı.

Örnek olsun, Kuzey Afrika'da Fransız hukuku daha etkindir. Alman hukukunun izleri, Tanzanya ve Güney Batı Afrika'da görülür. Common Law, değişik biçimlerde ve yerlerde etkin olmuştur. Bunlar arasında İngiliz hukuku Batı Afrika'da, Hindistan kökenli hukuk Orta ve Do-

ğu Afrika'da etkili oldu. Güney Afrika'da, Roma hukuku izleri saptanmıştır.

Bu sömürgeci etkiler iç hukuk çatışmalarını kışkırtmış ve yoğunlaştırmıştır.

Şu örnekler verilebilir: Sudan'da, İslam Hukuku ile örf adet hukuku etkindi. Ama aynı zamanda, Mısır'ın etkisi de görüldü. Şu biçimde, Mısır Medeni Hukuku ile burada etkili olan Common Law arasındaki rekabet, Sudan Hukukunda da izler bırakmıştı. Bir diğer örnek Etiyopya hukukundan verilebilir. 1960'lı yıllarda, Kralın girişimi ile Ceza Yasası İsviçreli hukukçularca hazırlanmışken, Medeni Yasayı biçimlendiren bir Fransız Karşılaştırmalı Hukuk profesörüyüdü. Addis Ababa Üniversitesinde ise, öğretim üyeleri, büyük bir çoğunlukla ABD'den hukukçulardı. 1960'da kurulan Somali Cumhuriyeti, önce iki hukuk bölgesine ayrılmıştı. Kuzey kesimde İngiliz Hukuku baskın iken, diğer bölgede İtalyan Hukuku etkindi¹⁹.

Bu verilerden yola çıkıldığında, Afrika'da, «Anglo-Roma-Felemenk Hukuklarının» etkisinden söz edilebilir²⁰.

Afrika halklarının sömürgeciliğe karşı verdikleri mücadele sonrasında bağımsız devletlerin ortaya çıkışı, o zamana dek oluşan hukuk birikiminin bütünüyle yadsınması sonucunu getirmedi. Bir kez, Gelenek Hukukunun güncelleştirilmesi biçiminde bir çaba görülmüştür. Bir yandan da, liberal demokratik rejim modeli, saltık bireycilik yeniden sorgulanmış; Afrika Sosyalizmi görüşleri ortaya atılarak, ekonomik ve toplumsal demokratikleşme ve kalkınma konularında yeni model arayışlarına gidilmiştir. Aslında, bu deneyimler, uluslaşma süreci ile birlikte Örf - Âdet Hukukunun, bir başına kaldığında, yetersizliğini de sergilemektedir. Çünkü bu hukuk, dış dünyadan yalıtılmış, kapalı ekonomi ile çevrelenmiş toplulukların hukuksal düzen gereksinimlerini karşılayabilir ancak.

Afrika'da bağımsız devletlerin ortaya çıkması, hukukun da, toplumsal reform ve yapısal değişimleri gerçekleştirmenin başlıca aracı olarak değerlendirilmesini gündeme getirmiştir. Bu evrede, Madagaskar Adalet Bakanı, «yasanın amacı, toplumsal ve ekonomik bağımsızlık doğ-

19) Örnek olarak bkz., W.C. Ekow Daniels, «The Interaction of English Law with Customary Law in West Africa», IRLQ, April 1964, Vol: 13, Part: 2. sf: 574 - 616.

20) A.N. Allot, «Towards the Unification of Laws in Africa», ICLQ, April 1965, Vol: 14, Part: 2, sf: 366 - 389.

rultusunda, gerekli olanı değiştirmektir» derken²¹, bu eğilimi dile getirmekteydi.

b —) Afrika Hukukunun Birleştirilmesi

Yukarıda tarihsel gelişimi içersinde karakteristik nitelikleri belirlenen Afrika Hukuku, esas olarak, hukuk alanında «bütünleşme», «birleşme» ve «uyumlaşma» süreçlerinin kimlendirilmesine olanak vermektedir.

Bu süreç, iki ayrı düzeyde izlenmektedir.

Devlet-içi düzeyde, daha çok, bir ön adım olarak, yarışma ya da barış içersinde bulunan Geleneksel, Dinsel ve Pozitif (statutory) Hukukların bütünleştirilmesi, birleştirilmesi ya da uyumlaştırılması görülmüştür.

Devletlerarası düzeyde ise, federasyonların oluşturulması, bölgesel birimlerin biçimlendirilmesi ve kıta düzeyinde birliklerin yapılaştırılması, hukukların bütünleşmesi, birleşmesi ve uyumlaşmasında aşama kurumlar ve araçlar olarak belirlemiştir.

Belirtilen devletlerarası düzey bağlamına yakından ve ayrıntılı olarak bakıldığında şunlar saptanabilmektedir: Federasyonların oluşturulması çerçevesinde örnekler, Somali'de, İtalyan ve İngiliz Hukukları iki ayrı bölgede tek başlarına etkinken, tek bir yüksek mahkeme yapılaştırılmıştı —1960—; Federal Kamerun Cumhuriyeti'nde, Fransız ve İngiliz idareleri bütünleştirilmişti —1961—. Bu listeyi uzatmak olasıdır. Ancak özellikle şu husus belirtilmelidir ki, Afrika federalizmleri, Batının yeni sömürgecilik siyasası değerlendirilmeden anlaşılabilir²².

Afrika Hukukunun birleştirilmesi bağlamında Afrika federalizmleri olgusu İnsan Hakları ile doğrudan ilişkilendirilerek ele alındığında, bu

21) René David: age., sf: 521, dp: 12.

22) David P. Currie (ed.), Federalism and the New Nations in Africa, University of Chicago press, USA, 1967. Yazar, 1948'de 4 bağımsız Afrika devleti varken 1963'lerde bu sayının 30'u aşmasını dikkate alarak, Afrika ulusalcılığından Batının korkusunun, daha çok ekonomik endişeler biçiminde dile getirildiğini belirtiyor. Örnek olarak, «eğer Afrikalılara Federal hükümette eşit temsil hakkı tanırsak, sermayenin denizaşırı akımını tamamiye kuruturuz» denildiğini gösteriyor 1963 öncesinin Kuzey Rodezyasında (Zambiya), sf: 7.

sürecin yandaşları kadar, özellikle sorunu yeni sömürgecilikle bağıntılı olarak kavrayan karşıt görüş savunucuları da vardır²³.

Devletlerarası düzeyin bölgesel birliklere örnek olan girişimleri arasında, 1965'lerde, Kenya, Uganda ve Tanzanya arasında yapılan bütünleşme çabaları sayılabilir. Kıta düzeyindeki örgütlenmeler için ise, anımsatma amacıyla, BM Afrika Ekonomik Komisyonu, Afrika Birliği Örgütü, Afrikalı Hukukçular Komisyonu gibi birimlerin, Afrika Hukukunun bütünleştirilmesi, birleştirilmesi ve uyumlaştırılmasında işlev yüklendiklerinin altı çizilebilir.

c —) Afrika Şartı'nın Konumu

Afrika Hukukunun birleştirilmesi bağlamında Afrika Şartı, sadece öngördüğü hak ve özgürlükler listesi ya da bunların korunması mekanizmalarıyla belirginleşmemektedir. Bu açıda yüklendiği temel işlev, Afrika'daki belirtilen hukuk plüralizmini, evrensel kabul bulan bir ortak İnsan Hakları Hukuku metnine geçiren konumuna dayanmaktadır.

Afrika Şartı, politiko-juridik nitelikte bir belgedir kuşkusuz. Bununla birlikte Şartı'nın hukuksal niteliği ve öngördüğü birimlerin etkinlikleri dikkate alındığında, bu belgenin, Afrika Hukukunun birleştirilmesi, bütünleştirilmesi ve uyumlaştırılmasında elverişli bir araç olduğu görülür.

İnsan Haklarının bölgesel düzeyde kurumsallaştırılması açısından bakıldığında, örnek olsun, nasıl ki Avrupa Topluluğu çerçevesinde ya da

23) Y.P. Ghani, «The Kenya Council of States and the African Affairs Board of the Central African Federation: An Experiment in Protection of Minorities», ICLQ, October 1963, Vol: 12, Part: 4, sf: 1089 - 1132. — Federalizm and the New Nations in Africa başlıklı derlemede Stanley A. de Smith (sf: 279 - 313), İnsan Hakları ve Federalizm sorununu incelerken şunları saptıyor: İdari bakımdan çok geniş alana yayılan, bölgesel farklılıkları gerçekten önemli olan (Nijerya gibi), itaatin, geleneksel kural koyucunun güçlendirilmiş konumuyla pekiştirildiği (Uganda gibi) ya da değişik siyasal ilgilere sahip kendi kendini yöneten birimleri birleşen (Kamerun Federal Cumhuriyeti gibi) özellikleriyle belki de federalizm Afrika'da pek hoş olmayan gerekliliktir. Yazar, Afrika'da yöresel düzeyde federalizmlerin sevimli görülmemesinin nedenleri arasında, bölge azınlıklarının bunu desteklemesine karşılık çoğunluğun karşı çıkmasını; ayrılıkçılığın bir işareti görülmesini; radikal çevrelerce ise yeni sömürgeciliğin «böl-yönet» siyasasına bir çağrı olacağı biçiminde değerlendirilmesini saymaktadır. Bu bakış açısında ise federalizm, çoğulculuğun kabul edilemez bir biçimi olarak kavranmaktadır.

daha dar olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ekseninde bir ortak hukuk arayışı sürmekteyse, aynı biçimde Afrika Şartı ekseninde ya da daha geniş olarak bölgesel örgütlenme çerçevesinde, Afrika'da da Afrika Hukukunun birleştirilmesi süreci izlenebilmektedir. Gerçekten de, gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gerekse Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, kendi bölgelerinde hukuksal bütünleşmenin de, hem birer somut göstergesi olmuşlardır ve hem de vazgeçilmez aracı.

Afrika Şartı da, aynı bağlamda düşünülme gerekir. Üstelik Afrika Şartı, görece olarak bağımsızlıkların yakın geçmişte kazanıldığı kıta devletlerinde rastlanabilecek aşırılaştırılmış ulusalcı eğilimler karşısında, bölgedeki hukuksal bütünleşme sürecine, bölgesel ve uluslararası barış, işbirliği ve anlayışa İnsan ve Halkların Hakları açısından yönelerek bir denge ögesi oluşturmaktadır. Eklenmelidir ki, Afrika Şartı'nın Afrika Hukukunun bütünleştirilmesinde üstlendiği rol, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonunun pratikleriyle büyük ölçüde belirlenecektir.

II —) AFRIKA ŞARTI ÜZERİNDE ELEŞTİRİLER

A —) GENEL DEĞERLENDİRME

a —) Hak ve Özgürlüklerin Niteliği ve Ödevler

Afrika Şartı'nda düzenlenen iki temel hak kategorisi, İnsan Hakları ile Halkların Hakları arasındaki ilişki ya da farkların ne olduğu yahut nasıl çözüme bağlandığı hususunda belirsizlikler vardır. Bu belirsizlikler, hem doğrudan Afrika Şartı metni düzeyinde, hem de Halkların Haklarına ilişkin diğer uluslararası belgelerde yerleşik bir anlayış birikimine ulaşamaması düzeyinde saptanabilmektedir. Üstelik Afrika Komisyonunun, bu hak kategorilerinin alan ve sınırlarını belirleyen bir içtihadi birikimi de henüz yoktur²⁴.

İnsan Hakları ve Halkların Haklarının yanısıra bireyin ödevlerine de yer verilmiştir. Ayrıca, devletin ödevleri de düzenlenmiştir. Afrika Şartı'nın düzenlediği kimi haklar (Gelişme Hakkı, vb.) Uluslararası İnsan Hakları Hukuku bakımından da yeni sayılabileceğinden, bu haklarla ödevler arasındaki ilişki de netleştirilmek gerekir. Klasik anlamda dev-

24) Ojo and Sessay, «The O.A.U. and Human Rights: Prospects for the 1980s and Beyond», Human Rights Quarterly, Vol: 8, Number: 1, February 1986, sf: 99. Yazarlar, Halkların Haklarına ilişkin düzenlemenin, Afrika Şartı'nın devletler ya da bireylerce yorumlanmasında, kendi ideolojilerine göre değerlendirme yapmalarına kapıyı açtığına işaret etmektedirler.

letin ödevleri pozitif (yapma) ve negatif (müdahale etmeme) olmak üzere ikili bir ayrımla ele alındığında, özellikle sözü edilen yeni hak türleri bağlamında, pozitif yükümlülüklerin kapsam ve sınırlarının saptanması bir sorun olarak belirmektedir.

Hak ve özgürlüklere sahip olma ve onlardan yararlanma, ödevlere sıkı sıkıya bağlı olduğundan, hükümlerin yorumlanması aşamasında, yorumlayacak mercilerin Afrika'nın özgün kültürel dokusunu esas alabilecek olmaları olasılığı ışığında, ödevler lehine bir eğilimin ağır basıp basmayacağı sorgulanabilir. Kaldı ki, ödevlerin bir bölümünün kaleme alınış biçimi, (md. 29/1) gibi, gerçekçi de sayılamaz.

Afrika Şartı'nda yer verilen ödevlerin bazıları ise, düzenlenen hakların bir bölümünü işlevsizleştirebilecek niteliktedir. Örnek olsun, bireyin, ülkesinin egemen bütünlüğünü koruma ödevi düzenlenmiştir (md. 29); ama öte yanda, egemen devletlere kendi kaderini tayin hakkı tanındığında, bu devlet sınırları içersindeki toplulukların sözü geçen hakkının konumu ne olacaktır, bu belirsizdir.

Hak ve özgürlüklere daha yakından bakıldığında şu saptamaları yapmak olanaklıdır.

Bir kez, hakların büyük bölümünün, saltık bir anlatım biçimi ile düzenlenmediği görülüyor. Tersten söylenirse, hakların kullanımı, koşullar manzumeleri ile çevrenmiştir. Yasaya uygunluktan başlayıp, ulusal güvenlik, asayiş, kamu sağlığı, kamu ahlakı, başkalarının haklarının sınırı, vb. gibi bir dizi sınırlama ölçütü vardır. Bu ölçütlerin bir bölümü klasik Batılı anlayışın göstergesi iken, bazıları evrensel, kimileri de Afrikalı karakteri daha çok hissettirmektedir. Bilinen geleneksel ölçütlere dayanıldığında bile, devletin hak ve özgürlükleri sınırlayan, askıya alan ya da durduran yaygın tasarrufları açık bir olgudur. Buna bir de sınırlama ölçütlerinin çeşitliliği katılırsa, kötüye kullanımın önünün daha açılıp açılmayacağı sorunu gündeme gelir.

Kaldı ki, hak ve özgürlük tanımlarındaki belirsizlik ve boşluklar da, bir sorun olarak gözükmemektedir. (md. 22)'de Gelişme Hakkı, (md. 24)'de Çevre Hakkı düzenlenmişse de, bunların içeriğini netleştirmek güçtür. Gelişme Hakkı, zaten yeni bir hak kategorisidir; bu anlamda belirsizlikler kolaylıkla öngörülebilir²⁵. Çevre Hakkı ise halklara tanınmıştır; bu durumda bireyin konumu nedir ve bu hak bağlamında hakkın öznesine ve devlete düşen yükümlülükler nedir? Çevre Hakkı, tıpkı (md.

25) karşılaştırınız, — U.O. Umozurike, «The African Charter on Human and Peoples' Rights», AJIL, Oct. 1983, Vol: 77, No: 4, sf: 907, vd.

19)'daki saygınlık ve haklara eşit olarak sahip olma hakkına ilişkin düzenleme gibi, daha çok anayasalardaki program hüküm anlatım biçimi ile düzenlendiği için bir ilke getirmiş olma boyutunda anlamlıdır; bununla birlikte, esas olarak, hangi erkin devinime geçerek bu hakları somutlaştıracağı noktası açıkta kalmıştır.

Bir başka örnek, (md. 23)'de düzenlenen Barış Hakkıdır. Bu hak, taraf devletlerin diğeri aleyhine yıkıcı ya da terörist etkinliklere izin vermemesi ödevine bağlanmıştır, (md. 23/2, b). İşte bu noktada da boşluklar vardır: Hangi etkinlik yıkıcı ve terörist sayılacaktır? Bu etkinlikler hangi boyutlara ulaştığında, niteliği ne olduğunda hükümde yer verilen tanıma girecektir?

Afrika Şartı'nın ilginç hükümlerinden birisi, sömürgeci, siyonist ya da ayrımcı siyasalara maruz kalma yahut askeri işgal altında bulunma gibi durumlarda, Afrika halklarının verecekleri özgürlük ve bağımsızlık mücadelelerine yardımcı olma, onlarla dayanışma kuralı (md. 20/3) dir. Bu yüküm, bağımsız Afrika devletleri için bağlayıcıdır. Ne var ki, sözügeçen dayanışma ve yardımlaşmanın biçim, yöntem ve kapsamına ilişkin bir açıklık Şart'ta yer almamaktadır.

Doğal zenginlik ve kaynaklardan serbestçe yararlanma sürecinde, uluslararası ekonomik işbirliği temeli, adil değişim ve Uluslararası Hukuk ilkelerinin dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır (Md. 21/3). Aynı maddenin 5. bendi, uluslararası monopollerin, yabancıların ekonomik istismarına yol açan varlığına yasak getirmektedir. Burada sorun, uluslararası monopollere getirilen yasağın sınırıdır. Doğal zenginlik ve kaynaklardan Afrika halklarının yararlandırılması amacı, yabancı işletmelerin bütünüyle yadsınması sonucunu mu getirmiştir? Başka deyişle, (md. 21)'deki iç dengelerin ölçüleri nedir?

Ulusal hukukların farklılığı karşısında, örnek olsun, ayrımcılık yasağı ya da işkence ve her türlü kötü muamele yasağı hükümleri ne anlama gelecektir?

Uzatılması olanaklı bütün bu saptama ve sorular, Afrika Şartı'nın düzenlediği hak ve özgürlükler ve ödevler bağlamında aşılması gerekli belirsizliklerin boyutlarını ve Afrika Komisyonuna sanıldığından ne kadar daha fazla bir tarihsel misyon düşeceğini göstermeye yeterlidir.

b —) Toplum-Merkezci Olma ve Siyasal Etkiye Açıklık

Afrika Şartı'nda haklar, özgürlükler ve ödevlerin yukarıda belirtilen niteliği, Şart'ın bütününe ilişkin olarak, «toplum-merkezci» bir yak-

laşımın²⁶, Şarta egemen olduğu saptamasını olanaklı kılmaktadır. Toplumca tanınan geleneksel değerlerin ve ahlakın korunması, ailenin toplumun temel ve doğal birimi olarak nitelendirilmesi, bireyin topluma karşı yükümlülüklerinin ayrıntılı tasnifi, vb. düzenlemeler, adı geçen yaklaşımın somut belirtileridir. Şartı biçimlendirenler, bireyden çok gruba öne alan Afrika kültürünün genel çizgisine bağlılıklarını da ortaya koyduklarına göre, bu sonuç hem doğal hem de kaçınılmazdır.

Afrika Şartı'nda düzenlenen hak ve özgürlükler ile kurum ve mekanizmalar bir bütün olarak ele alındığında, belgenin yoğun siyasal niteliği, yani siyasal etkilere açıklığı olgusu saptanabilmektedir. ABÖ ile Afrika Şartı'nın bütünleştirilmiş olması (ABÖ'nün Devlet ve Hükümet Başkanları Meclisi ya da Genel Sekreterinin Afrika Şartı bağlamında etkinlikleri; yahut doğrudan İnsan Hakları Komisyonunun ABÖ'nün organı olması, vb), siyasal etkilerin yolunu açmaktadır. Zaten ABÖ'nün kendisi, ciddi farklı siyasal çıkar çatışmalarına sahne olmakta iken²⁷, bölgede İnsan Haklarının Afrika Şartı zemininde bir consensus ile karşılanması, bu siyasallaşmaya açıklık ile güçleşmektedir.

Son olarak, Afrika Şartı'nın Başlangıç Kısmında referans norm olarak konumlandırılmış ilke, kurum ve belgelerin, birbirleriyle çelişik değerlendirmelere yol açabilecek genişlikte düzenlenip düzenlenmediği sorusu da tartışmaya açık görünüyor.

B —) HAKLARIN KORUNMASININ DENETİMİ

a —) Mahkemenin Yapılandırılmaması

Afrika Şartı, önceki bölgesel İnsan Hakları Sözleşmelerinden farklı olarak, Komisyondan ayrı bir bölgesel İnsan Hakları Mahkemesi öngörmemiştir.

Avrupa ve Amerikan Sözleşmelerinden büyük ölçüde etkilenen Afrika Şartı'nda bu organın eksikliği, Şartı biçimlendirenlerin bir ihmali sonucu değil, bilinçli bir karşı tavır almaları nedeniyledir.

Afrika Şartı hazırlanırken, bir mahkeme yapılandırmasına gidilme-

26) Manfred Nowak, «The African Charter on Human and Peoples' Rights», HRIJ, Vol: 7, 1986, Parts: 2 - 4, sf: 399, vd. — Ojo and Sessay, agm., sf: 96, vd. Yazarlar, Şart için «devlet - merkezci» nitelemesini yapmaktadırlar.

27) Örnek olsun, 1982, 19. Dönem toplantısında, Sahra Arap Demokratik Cumhuriyeti'nin 51. üye olarak ABÖ'ne alınması istemi siyasal uyuşmazlığa yol açtı. Fas'ın muhalefeti sonucu 18 devlet toplantıyı terk etti. Sonuçta ABÖ'nün kendi iç toplanmaya ilişkin kuralları gereği, toplantı ertelendi.

si gerektiği görüşleri ileri sürülmüştü²⁸. Ne var ki, bu görüş Afrika Şartı taslağını biçimlendirenler tarafından (örnek olsun, ABÖ Adalet Bakanları gibi), Batılı hukuk sistemlerindeki ortak süreçlerin tersine, Afrika'da, uyuşmazlıkların yargısal çözümünden çok, Afrika gelenek ve görenekleriyle biçimlenen uzlaşma yolunun geçerli ve yaygın olduğu gerekçesiyle yadsınmıştı.

Gerekçe ne olursa olsun, bir yargı cihazı olan mahkemenin yokluğu, Şartın zaaflarından birisi olarak kabul edilebilir.

Gerçi, ABÖ organları arasında, doğrudan yargısal yetkileri olan ve etkinlik gösteren bir birim olarak «Arabuluculuk, Uzlaştırma ve Hakemlik Komisyonu» vardır²⁹. Ancak bu Komisyonun, İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde kurulmamış olmasından ötürü, bu alanda tam anlamıyla işlev göremeyeceği de açıktır.

Şart'ta Mahkemenin düzenlenmemesi, Avrupa ve Amerikan Komisyonlarının tersine, gerektiğinde Afrika Komisyonunun uyuşmazlığı mahkeme önüne götürebilmesi olanağını da ortadan kaldırmıştır.

Afrika Birliği'nin Afrika Şartı bağlamında bir üst hukuksal denetim yeri işlevi de olmadığı için, Afrika Şartı'nda Komisyon pratiklerinin mahkeme önünde yeniden incelenmesi olanağı yer almamıştır.

b —) Komisyonun Konumu

Afrika Şartı'nın düzenlediği İnsan ve Halkların Haklarının korunmasının denetim yeri Komisyondur.

Komisyonun temel işlevi İnsan Haklarını koruma ve geliştirme için bilgi ve belge toplama, toplantı düzenleme, ilgili birim ve kurumları destekleme olarak özetlenebilir. Bu durumda, somut hak ihlali vak'aları nedeniyle görüşlerini bildirmesi ve ilgili yönetimlere ilişkin Kararlar çıkarması, denetimin en etkin boyutu olarak görünmektedir.

O halde, bir kez, Komisyonun yetkileri ve bu yetkiler çerçevesinde göreceği işlevlerin ağırlıklı olarak yargısal nitelikte olmadığı saptanmalıdır.

28) U.O. Umozurike, agm., sf: 909.

29) Bu Komisyona ilişkin ayrıntılar için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, «Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı Üzerine Düşünceler», MHB, Yıl: 7, S: 2, İstanbul 1987, sf: 131 - 145. Bu çalışma, Afrika Şartı hükümleri için de yararlanılabilecek bir örnektir. Ayrıca bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, «Dayanışma da Haktır: Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı», Görüş Dergisi, S: 33, İstanbul, Ağustos 1989, sf: 28 - 29. İbrahim Ö. Kaboğlu, «İnsan Hakları ve Afrika'da Korunması Üzerine», Bahri Savcı'ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yay: 7, Ankara, 1988, sf: 282 - 289.

Komisyonun, Afrika Şartı'nın hükümlerini yorumlama yetkisi ise (md. 45/3), yargısal olmaktan çok, yarı-yargısal bir yetki olarak düşünülebilir. Aynı biçimde, ihlal başvuruları üzerine gereksindiği bilgileri toplamak için Komisyonun kendisinin gerekli araştırmayı yapabilecek olması da (md. 46), bu bağlamda değerlendirilebilir.

İhlal başvurusunun Komisyon önünde ulaşabileceği son sonuç, bu anlamda en ağır yaptırım bir rapor yayımlanmasıdır. Bunun da, bir yargı yeri hükmü niteliği, elbette, yoktur.

Bu raporun niteliği üzerinde de durmak gerekir.

Rapor, ihlâl sorumlularını, daha çok, siyasal düzlemde saptayıp teşhir etmektedir.

Siyasal teşhirde bile Komisyona insiyatif verilmemiş, çekingen kalınmıştır. Zira bu raporlar her koşulda değil, ancak Afrika Birliği Devlet ve Hükümet Başkanları Meclisinin olurunun ardından yayımlanabilecektir.

Komisyon kendiliğinden değil, yine ancak, Devlet ve Hükümet Başkanları Meclisinin istemi ile (md. 58/2), yahut kitlesel ya da ciddi bir dizi hak ihlâli başvurusu Komisyona ulaşmışsa (md. 58/1), gerçek durumu saptayan raporu için «derinlemesine bir araştırma» yapabilecektir.

Bu olgu da, Komisyonu, ABÖ'ne organik olarak bağlamakta ve siyasal etkilere açmaktadır.

Acil hallerde Komisyon, Meclis Başkanına durumu ileterek, kendisinin derinlemesine bir araştırma yapması için devinime geçirilmesini zorlayabilir, (md. 58/3).

Bu düzenlemeler bir örnekle somutlaştırıldığında durum daha net gözlenebilir. Örnek olsun, Ağustos 1988'in sonlarında Burindi'de, iki etnik grup olan Tutsi'ler ile Hutu'lar arasındaki çatışmalar, İçişleri Bakanının açıklamasına göre 5000 Hutu'nun, diplomatik kaynaklara göre 24 000'den fazla Hutunun katledilmesiyle sonuçlandı. İmdi, bu boyutlardaki kitlesel bir olayda bile Komisyon ancak, Meclisin devreye girmesi ile devinime geçebilecektir.

Komisyon etkinlikleri üzerinde bir genel gizlilik kuralının getirilmiş olması; başka deyişle ancak Meclisin değerlendirmesinden sonra etkinliklerin yayımlanabilmesi (md. 59/3) türünden bir düzenleme karşısında, Komisyonun vak'alara ve alınan önlemlere ilişkin raporunu da ancak Meclisin oluru ile yayımlayabilecek olması (md. 59/1, 2) şaşırtıcı olmaktan çıkmaktadır.

Bu verilerden şu sonuçlar çıkartılabilir:

Komisyonun yaptırıcı gücü yoktur; zorlayıcı yetkilere sahip değildir. Komisyonun, mahallinde araştırma/soruşturma yapabilmesine ilişkin açıklık yoktur. Etkinlikler bakımından, açıklık (aleniyet) ve şeffaflık söz konusu değildir. Hak ihlalleri karşısında etkili önlemler alma yetisi bulunmamaktadır.

Komisyon, özellikle, örnek olsun, ABÖ Devlet ve Hükümet Başkanları Meclisi karşısında daha özerk bir konumu gereksinmektedir. Daha pratik çalışması ve etkin önlemler alabilmesi için yetkilerinin yeniden düzenlenmesi zorunludur.

C —) USULLERİN NİTELİĞİ

a —) Tarafsızlık Sağlama Sorunu

Afrika Şartı, benzeri örgütlenme birimlerine yer veren bölgesel ya da uluslararası belgelerin düzenlemelerini izleyerek, Komisyonda üyelerin tarafsızlığını sağlamak için, «kişisel nitelikte» (in personal capacity) üye olmayı hükme bağlamış ve bir devletin uyruğu olarak tek üye bulunmasını da ek önlem olarak düzenlemiştir.

Bir başına ele alındığında, sayıca eşitlik dışında kalan ve kişisel nitelikleriyle taraf olma önleminin, o birimin tarafsızlığını kurmada yeterli olmadığı açıktır. Başka deyişle, üyenin, uyruğu bulunduğu devletin bir temsilcisi kimliğinden arındırılmasına yönelik bu önlem yetersizdir. Bu noktada öngörülebilecek etkin önlemler, mutlaka ana metinde yer almayabilir. Ancak Komisyonun iç işleyişine ilişkin yönetmelikte ayrıntılı hükümler getirilmelidir³⁰.

Somut örnek, bu tür Komisyonlarda görev alan üyeleri taraflı davranmaya zorlayan etkilerin başında, kendi hükümetlerinin baskısının gelmesidir. Bu sorun, Afrika Şartı örneğinde net biçimde öngörülebilir. Siyasal etkiler karşısında etkin hukuk araçlarıyla donatılmamıştır Afrika Komisyonu üyeleri. Üstelik, doğrudan Komisyonun kendisinde siyasa üretmeye açıklık söz konusudur.

b —) Karar Üretme Zemininin Geniş Tutulması

Hak ihlalleri konusundaki başvuruları inceleyecek olan Komisyonun, Afrika Şartı hükümlerinden başka, (md. 60)'da İnsan Haklarına ilişkin Uluslararası Hukuktan başlayan ve nihayet (md. 61)'de Afrika

30) Nitekim bu konuda bir İç Yönetmelik ya da iç işleyiş kuralları yayımlanmıştır. Bu düzenlemeyi, önemi nedeniyle, ayrı bir çalışmada ayrıntılarıyla ele alacağız. Bu inceleme, İç Yönetmeliğin yayımlanmasından önce tamamlanmıştır.

hukuk pratiklerine dek uzanan kapsamlı karar üretme zemini karşısında, pratik, hızlı ve etkin biçimde sonuç alabilmesi güç görünmektedir.

Bununla birlikte, söz konusu ilham kaynağı alanının, özellikle başlangıçta, Komisyon kararlar pratiğini yapıcı biçimde etkilemesi olasıdır.

c —) Yapısal Aksaklıklar

i —) Mekanizmanın Hantallığı: Sürelerin Uzun Tutulması ya da Belirsizlikler

Sürelere ilişkin yapılabilecek ilk saptama, genel olarak, belirsizliğin varlığıdır.

Somutlaştırılabilir: «Makul Süre» ölçütü.

Devletlerarası başvurularda Komisyon olgulara ilişkin saptamalarını bir raporla ortaya koyacaktır. Bu raporun hazırlanması makul bir sürede olacaktır, (md. 52). Devlet dışı birimlerin başvurularında da, bunlar, iç-hukuk yollarının tüketilmesinden sonra makul bir süre içerisinde yapılmalıdır, (md. 56/6)³¹.

Makul sürenin ne olduğu belirsizdir.

Öte yanda, sürelerin bir bölümü de uzun tutulmuştur. Örnek olsun, devletlerarası başvurularda, başvuru üzerine verilecek yanıtlar için üç aylık süreler öngörülmüştür, (md. 47, 48). Ağır İnsan Hakları ihlalleri karşısında bu süreler, mağdur açısından, olumsuz sonuçları gidermeyi geciktirici niteliktedir.

ii —) Mekanizmanın Zorlaştırılması: İç-hukuk Yollarının Tüketilmesi

Gerek devletlerarası (md. 50) gerekse diğer (md. 56/5) başvurularda iç-hukuk yollarının tüketilmesi koşulu getirilmiştir.

Bu koşul, gerçi iç-hukuk yollarından bir sonuç alınamayacaksa aranmaz hükmü ile yumuşatılmıştır, fakat bu da radikal bir çözüm değildir; çünkü hangi durumda sonuç alınamayacağının kesin biçimde belirlenmesi güçtür. Üstelik, Afrika Komisyonu bir mahkeme de değildir, bir temyiz mercii de.

Afrika pratikleri gözönüne alındığında, güçlendirilmiş ya da yetkilerini kötüye kullanmasının önü açılmış bir yürütme erkinin, ulusal

31) Aynı tür başvurular için, Avrupa İHS'nin ve Amerikan İHS'nin «6 aylık» süreler düzenlediği anımsanabilir.

kolluk güçlerini ve yargıyı kolayca etkileyebileceği düşünülürse, mağdur bakımından iç hukuk başvurularını tüketmesi koşulunu aramak gerçekçi sayılamaz³².

d —) Başvuruların Özel Koşullara Bağlanması

Özellikle devlet dışı birimlerin başvurusu bağlamında bu gözlenmektedir. Şöyle ki, Komisyon, bu tür başvuruları, üye sayısının basit çoğunluğu ile kabul edilebilir görmelidir, (md. 55/2).

Devletlerarası başvurularda aranmayan böyle bir ön genel koşulun mantığını anlamak olanaklıysa da, bunun İnsan Haklarının korunması mekanizmasına yerleştirilmesini kavramak güçtür. İki tür başvuru arasında yapay bir ayırım yaratılmıştır.

Kaldı ki, aranan özel koşul bundan ibaret değil. Yine bu tür başvurularda, örnek olsun, dilekçe metninin ilgili devleti, kurumlarını ya da ABÖ'nü küçültücü, vb. bir dille yazılmamış olması koşulu getirilmiştir, (md. 56/3).

Ciddi ve yoğun hak ihlallerinin mağdurları daha başvurunun kaleme alınış biçimi, hatta biçemi konusunda bir genel süzgeç ile karşılaşmaktadırlar. Olası siyasal etkilere açık Komisyon elinde bu hüküm, mağdur aleyhine bir hukuksal araç işlevini yüklenebilir. «Küçültücü» ya da «tahkir edici» ölçütleri belirsizdir. Örnek olsun, bir işkence mağdurunun bunu dilekçesine koyması olgunun belirtilmesi iken, pekala bu, o ilgili devlet bakımından küçültücü görülebilir. Kaldı ki, bu içeriği ile madde, bireyi başvuruda bulunmaya teşvik etmemekte; tam tersine bundan ürkütmektedir. Çünkü bu maddenin yarattığı sonuç, bir tür, bir tüzel kişi olan devlete hakaret gibi bir durumla bireyi karşı karşıya bırakmasıdır.

Hak ihlali durumunda sorun, bireyle o devlet arasındadır. Hal böyle olmakla birlikte, maddenin, ABÖ'nü bu sürece katması, adeta onu bir taraf haline getirmesini ise anlamak olanaksızdır. Çünkü, Afrika Komisyonuna başvurma gereksinimini duyan bir mağdur, ABÖ hakkında ne düşünürse düşünsün, bu başvurusu ile Afrika Komisyonunu ve onun organik bağ içinde bulunduğu ABÖ'nü, aslında, bir sığınak olarak görmüş demektir.

32) karşılaştırınız: Etienne - R. M' Baya, «African Charter on Human and Peoples' Rights», Encyclopedia of Public International Law, 1985, sf: 3, vd. Yazar burada, özellikle bağımsızlıkların kazanılmasından sonra Afrika'da anayasacılığın ya da İnsan Haklarının anayasal korunmasının büyük ölçüde başarısızlıkla sonuçlanması olgusuna işaret etmektedir. Bu durumda, iç - hukuk yollarının tüketilmesi koşulunu yeniden gözden geçirmek gerekir.

Devlet dışı birimlerin başvurusunda bir diğer koşul, bu başvurunun sadece kitle iletişim araçlarından alınmış haberlere dayalı olmamasıdır, (md. 56/4).

Bu madde bağlamında beliren sorun şudur. Şartın başka hiç bir yerinde ipucu olabilecek bir hüküm bulunmadığı da dikkate alınır, devlet dışı birimlerin (kendi adlarına başvurmalarının yanısıra, ki bu açıktır), üçüncü kişi adına Komisyona başvurup başvuramayacağı sorusu gündeme gelmekte, ama yanıtı belirsiz kalmaktadır.

III —) AFRİKA ŞARTI'NA İLİŞKİN SONUÇLAR ÇIKARIMLARI

A —) OLGUDAN GELECEĞE

Afrika İnsan Hakları Hukuku bağlamında Afrika Şartı açısından önem taşıyan başlıca yön ya da hukuksal veri, hakların soyut olarak anlamından yahut kavramsal analizinden çok, geleneksel birey merkezli kmusal haklar ile kollektif haklar arasındaki ilişkinin niteliğidir. Başka deyişle, özellikle gelecekte, kollektif ya da halkların haklarının gerçek anlamı, asıl sorun olarak belirleyecektir. Asıl sorun, geleneksel İnsan Hakları Hukuku ile bu yeni hakların ilişkisidir³³.

Afrika Şartına teknik hukuk açısından bakıldığında şu görülür: Düzenlediği bazı hak ve özgürlüklerin yorumlanması sürecinde özgün sorunları birlikte getirecektir; örneğin, (md. 2 ve 3)'teki ayrımcılık yasağı ya da (md. 5)'deki işkence ve insanlık dışı, zalimane ya da aşağılayıcı muamele ve ceza yasağı, sadece Afrika Şartı'nda raslanan hükümler değildir. Ne var ki, bunların yorumlanmasında, Afrika'nın toplumsal ve ekonomik özelliklerinden kaynaklanan değerlendirmeler farklılıklar gösterebilir. Örneğin (md. 20/2 ve 3)'de halkların kendilerin tahakkümden kurtarmaları ve bu doğrultuda diğer devletlere yardım etme hakkı düzenlenmişti. Bu hakka dayanan ne tür savların Komisyon önüne getirilebileceği, bunun içeriğinin nasıl doldurulacağı hususları tartışmaya açıktır.

Afrika Şartı (md. 2)'deki ayrımcılık yasağı üzerindeki hak ve özgürlüklerin tanınması ve güvence altına alınması hükmü, Avrupa Sözleşmesinin (md. 14)'üne karşılık gelir. Afrika Şartının (md. 3)'ün, yasa önünde eşitlik ve eşit korunma hakları ise, örneğin, Amerikan Sözleşmesinin (md. 24) ya da ABD Anayasası 14. Değişiklik düzenlemelerine benzer. Afrika'da ise hukuk sistemi, benzeri hükümleri düzenleyen böl-

33) Stephen C. Neff, «Human Rights in Africa: Thoughts on the African Charter on Human and Peoples' Rights in the Light of Case Law from Botswana, Lesotho and Swaziland», ICLQ, Vol: 33, 1984, sf: 331 - 347.

gelerden farklı biçimde, hem geleneksel hukuka hem de modern hukuka yer vermektedir. Bu açıdan bakıldığında, hangi bağlamda ayrımcılığın yasaklanmasına ilişkin genel bir ölçüt, norm tutturulabileceği sorun olarak belirir. Daha somutlaştırılabilir. Afrika'daki bir çok kabile hukukunda (tribal law) kadın erkek karşısında, küçük çocuk büyük çocuk karşısında ayrımcılığa uğramaktadır. Afrika Şartı'nın bu olgu karşısında konumu ne olacaktır?

Ayrımcılığa ilişkin bu örnek alana özgülenen sorunlardan da açıkça anlaşılacağı gibi, Afrika Şartı'nın işlevselleşmesi bağlamında teknik bakımdan sorun şöyle formüleleştirilebilir: Örneğin Şartın yasa önünde eşitlik düzenlenmesi, bir uyumsuzluk durumunda, farklı hukuk rejimleri önünde uygulanamaz; ancak her bir hukuk rejimi içinde tek tek incelenebilir. Bunun da bir dizi çözümü güç sorun doğurması kaçınılmazdır.

Kötü muamele, işkence ya da insanlık dışı cezalandırma açısından soruna bakıldığında, örnek olsun, İslam Hukukunun etkisi altındaki devletlerde organ kesme, taşlama (stonning) ya da kırbaçlama türünden ceza yaptırımları karşısında Afrika Şartının hükümleri nasıl bir yoruma bağlı olacaktır? Bu husus belirsizdir. Her hangi bir Afrika devletinde yasal olan böylesi bir ceza, bir diğerinde yasadışı olduğunda, Afrika Komisyonu karar vermekte kullanacağı ölçütleri objektif temellere kolaylıkla oturtamayacaktır.

Diğer yanda, Afrika Şartında öylesine hükümler bulunmaktadır ki, bunlara başka bölgesel İnsan Hakları Sözleşmelerinde ya da örnek olsun BM'in Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi gibi belgelerde de raslanmamaktadır. Bu hüküm, cezaların şahsiliği ve sadece suçlunun cezalandırılacağı kuralıdır, (md. 7/2, son tümce). Böyle bir düzenleme, Afrika İnsan Hakları Hukukuna özgüdür. Bu maddeyle, kolektif ceza, bir ailenin, bir kabilenin bütün üyelerinin ya da bir bölümünün cezalandırılması gibi tasarruflar yasaklanmaktadır. Ne var ki bir çok Afrika ülkesinde mahkemeler, tecavüz gibi ya da devlet malından hırsızlık gibi suçlar işlendiğinde ağır cezalar vermektedir. Hafifletici nedenlerden sanıklar pek yararlandırılmadığı gibi, bu yaptırımlar, normal koşullarda, o eylemler için fazlasıyla ağır olabilmektedir. Afrika'nın bu somut pratikleri ve bir toplumsal zorunluluğun anlatımı olan bu uygulama gerçekleri karşısında Afrika Komisyonunun önüne sorunlar (case) geldiğinde, hükmün içeriğini belirleyecek standartları belirlemesi son derece güçtür³⁴.

34) Bazı mahkeme kararlarından örnekler:

Fano ve diğerleri v. Rex davasında Lesotho mahkemesi, devlet ma-

Bu örnekler de açıkça göstermektedir ki, Afrika Şartı düzenlemesinin bir İnsan Hakları Hukuk belgesi olarak Komisyon pratikleriyle etkinlik kazanabilmesi, her şeyden önce, çok yönlü ve boyutlu çalışma alanlarından (hukukçu kadar sosyoloğa, belki bir antropoloğa, vb.) uzmanlara ya da bunların eş güdümlü çalışmalarına gereksinim doğurmaktadır. Başka deyişle, en azından başlarda, salt teknik hukuk değerlendirmeleri yetersiz kalabilecektir.

Afrika Şartı'nda özellikle Halkların Haklarına ilişkin hükümlerde anlatımın geniş biçimde yoruma açık nitelikte olması, standartların belirlenmesi sürecinde ilgililerin işini bir bakıma zorlaştırmakta ise de orta vadede bu nitelik fonksiyonel bir yarar sağlayabilir.

Afrika Şartı'nın İnsan Hakları ile Halkların Hakları arasında kurduğu diyalektik ilişki ve bütünlük, İnsan Hakları belgeleri arasında bir tek bu Şarta özgüdür. Kuşkusuz, diğer belgelerde de bireysel haklar, toplumsal ya da kollektif haklarla ilişkilendirilmiştir. Örneğin, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin (md. 28)'de, «herkes, bu Bildirgede ileri sürülen hak ve özgürlüklerin tam olarak gerçekleşeceği bir toplumsal ve uluslararası düzene hakkı vardır» ya da (md. 29/I)'de, «herkesin, kişiliğinin özgürce ve tam olarak gelişmesine olanak veren topluluğuna karşı ödevleri vardır» hükümleri getirilmiştir. Ne var ki, bu tür düzenlemeler, Afrika Şartı yaklaşımından temelli biçimde ayrılmaktadır. Zira bu tür belgelerde, insan kişiliği, birey, hak ve ödevlerin odağına oturtulmakta ve kendi içinde bütünlüğü olan bir Halkların Hakkı kurumsallaşmasına gidilmemektedir.

Bütün bunlardan çıkartılabilecek sonuç, temel ortak özellikler, evrensel nitelikler içermelerine karşın aslında, İnsan Haklarına ilişkin her

linden hırsızlık suçu için şunu saptıyordu. Bu ülkedeki bütün mahkemelerin ilk ödevi bu suçtan caydırıcılığı belirlemektir. Bunun sonucu mahkemeler devlet malını çalan kişiyi şiddetle cezalandırmak durumundadır. Lesotho fakir bir ülkedir ve zorunlu olarak borçlanmaktadır. Eğer resmi görevlilerin kendi ceplerini kayırmalarına birazcık da olsa yol açılırsa, bu ülke çok kısa sürede ödemelerinde güçlüğü düşer.

Raliqo Montsi v. Rex davasında yine bir Lesotho mahkemesi tecavüz suçuna ilişkin olarak şu olguları vurguluyordu. Ülkenin durumunu düşünün. Erkeklerin çoğu, Güney Afrika Cumhuriyeti'ne iş aramak için gidiyor. Karılarını geride bırakıyorlar. Aynı biçimde pek çok erkek Maseri gibi büyük merkezlere iş aramak için gidiyor ve karılarını toplumsal sorunlarıyla geride bırakıyorlar. Bu kadınlar çoğunlukla kolayca mağdur edilebilir durumdadır. Bu nedenle korunmaları zorunludur ve mahkemeler bu görevi ödünsüz yerine getirmelidir. Bu iğrenç suçu işleyen suçlular mahkemelerden merhamet (mercy) beklemesinler.

Örnek kararlar ve diğerleri için bkz., dp: (33)'deki makale sf: 343, 344.

belgenin kendisini biçimlendiren bir tarihsel çerçevede ele alınmasının gerektiğidir. Kuşkusuz bu yaklaşım, İnsan Haklarının özünü oluşturan temel öğelerde çok standartlı, aynı anlama gelmek üzere de ayrımcılığa ya da yeni-sömürgeciliğe kapı açan uygulamalara meşruluk kazandırılması anlamına gelmemektedir.

Eklenebilir ki, Afrika Şartı özgün kapsamına karşın, örnek olsun, Halkların Hakları Evrensel Bildirgesi düzenlemesi denli radikal değildir. Amerikan Bağımsızlık Bildirgesinin 200. yıldönümünde (4/Temmuz/1976), kendilerin resmen uluslararası birimler ya da topluluklar (inter-governmental community) olarak henüz ilan etmeyen uluslararası hukukçular, bu Bildirgeyi, devletin uluslararası hukuk ve ilişkilerdeki tekeli kırma amacıyla kabul etmişlerdir³⁵. Ne var ki bu Bildirgenin desteklenmesi düşüncesi (özellikle BM'ce) somutlaştırılmamıştır. Bunda, bu türden birimlere getirilen kapsamlı sınırlamalar ya da çekinceler etkindir. İşte Afrika Şartı, bu Bildirgeye göre, oyunun alanını hükümet ya da devletlerle kurulacak ilişkiler bağlamıyla belirlenmesi nedeniyle farklılaşmaktadır. Ancak Afrika Şartı, Afrika'daki düzenlerle kurduğu ilişkide sadece mevcutlarla yetinmemiş, onları daha çok, Afrika halklarının eğilimlerini ya da haklarını temsil eden, biçimlendiren yapılar olarak görmüştür. Bu açıdan Afrika Şartına bakıldığında, özellikle BM'in sürüklediği «barış içinde birlikte yaşama» ya da «barış için işbirliği» amaçlarına yönelen düzenlemelerde öne çıkan devlet anlayışı bırakılarak, doğrudan halkların bu olanaklardan yararlanmanın öznesi kılındığı görülmektedir.

Afrika Şartı'nın ilginç düzenlemelerinin başında gelen ve Üçüncü Kuşak İnsan Hakları arasında yer alan Gelişme Hakkı ve onunla birlikte yapılaştırılan İnsanlığın Ortak Mirasından Eşitçe Yararlanma hakkı (md. 22), uygulamada somutlaşması sürecinde irdelenirken ya da yorumlanırken, BM'in Genel Kurul önünde bulundurduğu Gelişme Hakkına ilişkin Taslak Bildirge (draft Declaration on the Right to Development) ile bir bütün olarak ele alınmalıdır. Yakın gelecekte kesinleşmesi beklenen bu bildirge ile Gelişme Hakkı uluslararası bir belgede özel olarak düzenlenmiş olacaktır. Bu gelişme, büyük olasılıkla, Afrika Şartı'nın ilgili hükmünün işlerlik kazanmasında olumlu bir işlev görebilecektir.

Afrika Şartı'nın (md. 23)'de düzenlediği Barış ve Güvenlik Hakkı ve bu bağlamda kurumsallaştırılan dayanışma ve dostça ilişkiler ilkeleri

35) Universal Declaration on the Rights of Peoples' için bkz., UN Law/Fundamental Rights Antonio Cassese (ed.), Alphen aan den Rijn, Netherlands, 1979, sf: 219 - 223.

de, uygulamada somutlaşması bakımından, özellikle Afrika Birliği'nin bu alandaki pratikleriyle gelişebilecek ve etkileşebilecektir. Nitekim Afrika Birliği Devlet ve Hükümet Başkanları Meclisi 1981'de Nairobi'deki toplantısında, bir barış-gücü oluşturulmasına ilişkin kararı onaylamıştı³⁶. Birliğin bu alandaki çabaları ve kurumsal uğraşları henüz tam anlamıyla etkinlik kazanamamakla birlikte Şartın öngördüğü Barış Hakkının geleceğinde, örneklenen türden oluşumların işbirliği bazında önemli katkılar sağlayabileceği öngörülebilir.

Afrika Şartının geleceği çerçevesinde önemli bir öge de, (md. 1)'de taraf devletlerin açıkça yükümlendikleri, hakları, özgürlükleri ve ödevleri etkinleştirecek yasal ya da diğer alanlara ilişkin önlemlerin bir an önce kapsamlı biçimde alınmasıdır.

İnsan Haklarının korunması, tanınması ve geliştirilmesi sürecinde kendine özgü nitelikleriyle özel bir konuma sahip olan Afrika Şartı, bir kurum olarak İnsan Hakları Hukukunun ögesidir. Afrika dinamikleriyle beslenen Afrika Şartı, İnsan Haklarının bölgesel düzlemde korunmasında bu süreci pekiştiren niteliğinin yanısıra, asıl gelecekte, İnsan Haklarının evrenselleşmesinin vazgeçilmez aracı olmaya adaydır. Afrika Şartı'nı geleceğe mal edecek olan bu kimliğidir.

36) G.J. Naldi, «Peace - Keeping Attempts by the Organisation of African Unity», ICLQ, Vol: 34, 1985, sf: 593, 601. Afrika barış gücü oluşturma düşüncesi Afrika Birliği Bakanlar Komitesinin 1978'de Hartum'da yaptığı 31. dönem toplantısında ortaya atılmıştı. Nihayet Haziran 1981'de Devlet ve Hükümet Başkanları düzeyindeki 18. dönem toplantısında bir «Pan-Afrika Savunma Gücü» oluşturulması ilkece onaylandı.