

**YARGI BAĞIMSIZLIĞI İÇİN ANAYASAL ÖNERİLER**  
(*CONSTITUTIONAL RECOMMENDATIONS ON PROTECTING JUDICIAL  
INDEPENDENCE*)

**Prof. Dr. Sibel İnceoğlu**  
*İstanbul Bilgi Üniversitesi*

**ÖZET**

Türkiye’de yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığını güvence altına almak için Anayasada bir dizi hükme yer verilmesine ihtiyaç vardır. 2010’da yargı alanında önemli Anayasa değişiklikleri yapılmıştır, fakat bu değişiklikler yargıyı bağımsız ve tarafsız hale getirememiştir. Bu tebliğde uluslararası belgeler esas alınarak yeni Anayasada hangi hükümlere yer verilmesi gerektiği üzerinde durulmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Yargı, Bağımsızlık, Tarafsızlık

**ABSTRACT**

*In Turkey in order to guarantee independence and impartiality of the judiciary it is required to establish many provisions in the new constitution. In 2010 a significant constitutional amendment has been done regarding the judiciary, however this amendment would not be sufficient to render the judiciary independent and impartial. In this paper, it is focused on the provisions required, on the basis of the international documents.*

**Key words:** *judiciary, independence, impartiality*

\*\*\*

Bağımsız yargı kişilerin hak ve özgürlüklerinin dışarıdan gelebilecek hukuk dışı bir etkileme olmaksızın, tarafsız bir biçimde tespit edilmesini sağlar. Bu nedenle bağımsızlık yargıçlar için sağlanmış bir ayrıcalık değil hukukun tarafsız bir biçimde uygulanması için bir güvencedir<sup>1</sup>.

Bir hukuk devletinde yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanması için temel koşul yargının diğer erklerden, diğer bir deyişle yasama ve yürütmeden bağımsız olmasıdır. Yargı bakımından bağımsızlık sadece diğer erklerden bağımsızlıkla da sınırlı değildir, yargının işleyişi diğer müdahalelerden hatta yargıçların kendi meslektaşlarından gelebilecek müdahalelerden de korunmasını içerir.

Yargı bağımsızlığı Türkiye'nin Cumhuriyetin kuruluşundan bu yana tartıştığı konulardan en önemlisidir. 1961 Anayasası ile kısmen yargı bağımsızlığı sağlanmaya çalışılmışsa da 1982 Anayasası ile tekrar geriye dönüş yaşanmıştır. 2010 yılında yargıyı bağımsız ve tarafsız hale getirme iddiası ile Anayasa değişikliği yapılmıştır. Fakat bu değişiklikler de yargıyı bağımsız ve tarafsız hale getirememiştir<sup>2</sup>.

Yargı üyelerinin bağımsız ve dolayısıyla tarafsız davranması, ancak yargının bağımsız bir biçimde işleyişini güvence altına alacak yapısal unsurların hayata geçirilmesi ile gerçekleşebilir. Bu çerçevede ilk olarak kurumsal açıdan yargının yürütmeden bağımsızlığının sağlanması gerekmektedir. İkincisi bireysel olarak yargıçların bağımsızlığı için güvenceler gereklidir. Örneğin yargıçların görev süreleri, görevden alınamaları, mesleki güvenceleri, bireysel olarak bağımsızlıklarını ilgilendirir.

<sup>1</sup> Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi MC/Rec(2010)12 Tavsiye Kararı, para. 3, 11, Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to Member States on Judges: Independence, Efficiency and Responsibilities, 17.11.2010. <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=1707137&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383#>

<sup>2</sup> Benzer eleştiriler için bkz. European Commission For Democracy Through Law, (Venedik Komisyonu), Interim Opinion on the Draft Law on Judges and Prosecutors of Turkey, Opinion No 610/2011, 29.03.2011, para 5-9, 18, 101.

## I. KURUMSAL BAĞIMSIZLIK: HÂKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU'NUN YAPISI

Uluslararası belgelerde vurgulandığı gibi<sup>3</sup>, bağımsızlık bakımından en önemli koşul yargıç ve savcılarının mesleğe kabul ve atamaları da dâhil olmak üzere onları yakından ilgilendiren pek çok konuda<sup>4</sup> karar veren makamın diğer devlet erklerinden bağımsız ve çoğulcu bir yapıya sahip olmasıdır. Türkiye’de bu konularda karar veren makam Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruludur (HSYK).

12 Eylül 2010’da HSYK’nın yapısı ve işleyişi değişmiştir. Yeni düzenleme HSYK’nın üye sayısını artırmakla kalmamış, sadece yüksek mahkemelerden (Yargıtay ve Danıştay) üye seçilmesi yerine alt mahkemelerden de üye seçilmesine olanak vermiştir. Ayrıca HSYK’ya bağlı genel sekreterlik kurulması ve daha önce Adalet Bakanlığına bağlı olarak çalışan adalet müfettişlerinin yürüttüğü bazı görevlerin kurula bağlı müfettişlerce yapılmasının öngörülmesi bu değişikliğin olumlu yönleridir.

Fakat buna rağmen bağımsızlık ve tarafsızlık konusundaki kuşku- lar bertaraf edilememiştir. Şu andaki düzenleme, 1982 Anayasasının ilk halinde olduğu gibi, Adalet Bakanının Kurulun başkanı olmasını sürdürmektedir, Adalet Bakanı müsteşarının da kurulun tabii üyesi olarak kalmasını benimsemektedir.

Yapılması tasarlanan yeni Anayasada Adalet Bakanı ve Adalet Bakanlığı müsteşarı HSYK içinde yer almamalıdır. Yürütme organı

<sup>3</sup> Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R(94) 12 Tavsiye Kararı, İlke I/2c. Recommendation No. R (94)12 of the Committee of Ministers to Member States on Independence, Efficiency and Role of Judges, [http://www.coe.int/t/e/legal\\_affairs/legal\\_cooperation/administrative\\_law\\_and\\_justice/texts\\_&\\_documents/conv\\_rec\\_res/recommendation\(94\)12.asp#P167\\_18281](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/administrative_law_and_justice/texts_&_documents/conv_rec_res/recommendation(94)12.asp#P167_18281); Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi MC/Rec(2010)12 Tavsiye Kararı, para. 44,46; European Charter on the Statute for Judges and Explanatory Memorandum (Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartı), 8-10 July 1998, para. 1.3, 3.1, 3.3, [www.coe.int/t/e/legal\\_affairs/legal\\_cooperation/legal\\_professionals/judges/instruments\\_and\\_documents/charte%20eng.pdf](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/legal_professionals/judges/instruments_and_documents/charte%20eng.pdf); Opinion No. 1 (2001) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) (Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu) for the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on standards concerning the independence of the judiciary and the irremovability of judges, 23 November 2001, para. 45, [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis_en.asp)

<sup>4</sup> Geçici yetki verme, yükseltme, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma

üyelerinin yargıç ve savcılar üzerinde etkili olması, uluslararası belgelerle çelişmektedir.

Adalet Bakanı ve müsteşarın Kurulda bulunmasının sakınca yaratmadığı, çünkü yetkilerinin artık sembolik hale getirildiği savunulan bir görüştür. 2010 değişikliği ile Adalet Bakanının HSYK içindeki yetkileri önemli ölçüde azaltılmakla birlikte yargı bağımsızlığına tehdit olmayacak düzeye inmemiştir. Adalet Bakanı Genel Sekreterin belirlenmesinde, Kurul gündeminin oluşturulmasında, disiplin soruşturmasının yapılmasına izin verme konusunda hala yetkilidir. Adalet Bakanı dairelerin işleyişinde herhangi bir role sahip olmamasına rağmen Genel Kurulda bulunarak daire kararlarına karşı itiraz aşamasında Kurulu etkileme pozisyonundadır. Nitekim Venedik Komisyonu Eylül 2010 raporunda ilke olarak Adalet Bakanının Kurulda bulunmasına karşı olmadığını belirttiikten sonra, kendisine verilen bu yetkilerin yargı bağımsızlığını zedeleme noktasına varabileceğine dikkat çekmiştir. Ayrıca Adalet Bakanı müsteşarının HSYK'dan çıkarılması yönünde bir öneri de yine aynı raporda yer almaktadır<sup>5</sup>.

Avrupa Yargıçları Danışma Kurulunun 10 numaralı Görüşünde belirtildiği gibi çoğulculuğu sağlamak, korporatizm riskini önlemek için yargıç veya savcı olmayan üyelerin de HSYK içinde bulunması benimsenebilir<sup>6</sup>. Örneğin hukuk profesörlerine veya avukatlara Kurulda yer verilmesi yerinde bir yaklaşım olur. Fakat bu üyelerin hangi oranda yer alacakları, seçimlerinde kimlerin nasıl bir rol oynayacakları önem kazanmaktadır.

<sup>5</sup> European Commission For Democracy Through Law, (Venedik Komisyonu), Interim Opinion on the Draft Law on The High Council For Judges and Procecutors of Turkey, Opinion No 600/2010, 27.09.2010, para. 41-48, 83.

<sup>6</sup> Opinion No. 10 (2007) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) (Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Council for the Judiciary at the service of society, 21-23 November 2007, para. 19 [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis_en.asp); Ayrıca bkz. Opinion No. 3 (2002) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) (Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu) to the Attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Principles and Rules Governing Judges' Professional Conduct in Particular Ethics, Incompatible Behaviour and Impartiality, 19 November 2002, ccje/doc2002/ccje(2002)op n° 3e, para. 69, 71, 72, [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis_en.asp).

1982 Anayasasında yapılan 2010 değişikliği ile Cumhurbaşkanına yargıç veya savcı olmayanlar arasından HSYK'ya doğrudan üye seçme (dört üye) yetkisi verilmiştir. Cumhurbaşkanı daha önce Yargıtay ve Danıştay tarafından kendisine gösterilen adaylar arasından üye ataması yaparken şimdi doğrudan atama yapacaktır. Oysa 1982 Anayasası ilk günden beri Cumhurbaşkanına aşırı yetki vererek parlamenter rejime aykırı bir yapılanmaya neden olmakla suçlanmıştır. Cumhurbaşkanının yetkilerinin azaltılması gerekirken güçlendirilmesi kabul edilir bir durum değildir. Çoğulcu bir demokrasi için Cumhurbaşkanına değil yasama organına yargıç veya savcı olmayan üyelerin seçilmesinde rol verilmelidir.

Bu yetkinin yasama organına verilmesi gereklidir, fakat bağımsız ve dolayısıyla tarafsız bir yargı sağlayabilmek için kendi başına yeterli bir unsur değildir. Yargının siyasallaşmasını önlemek, tarafsızlığını sağlamak, çoğunlukçu değil çoğulcu bir demokrasiye dayanmak için başka bazı güvenceleri de öngörmek gereklidir. İlk olarak yasama organı tarafından HSYK'ya seçilecek üyelerin sayısı sınırlı tutulmalıdır, yargıç ve savcıların kendi aralarından seçecekleri üye sayısı büyük bir çoğunluğu oluşturmalıdır. Ayrıca yasama organının üye seçme usulü iktidar partisinin tek elinde bir atamaya dönüşmemelidir, iktidar partisi Meclis-teki muhalefet partileriyle uzlaşmak zorunda olmalıdır. Nitekim Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu, bu tür yargı kurullarının herhangi bir partiye bağlılıktan uzak, yasama organının çoğunluğunun baskısından bağımsız olması gerektiğinin altını çizmektedir<sup>7</sup>.

Bu nedenle yasama organının HSYK'ya seçeceği üye sayısının çok sınırlı olmasına özen göstermek gerekir, ayrıca yasama organınca seçilecek bu üyeler milletvekillerinin üçte ikisinin oyunu alarak seçilebilmelidirler.

Alt mahkemeler tarafından seçilen HSYK üyelerinin seçim usulü de üzerinde durulması gereken unsurlardan biridir. Avrupa Konseyinin 2010 tarihli Tavsiye kararı bu tür yargı kurullarında çoğulcu bir yapının olması gerektiğinin altını çizmektedir<sup>8</sup>. Bu nedenle seçim usulü çoğulcu-luğu sağlayacak bir biçime kavuşturulmalıdır. Ayrıca Türkiye'de yargıç ve savcı tanımı gereğinden fazla geniştir. Adalet Bakanlığı bünyesinde çalışan ve yargısal değil tamamen idari işler yapan bir kısım personel de

<sup>7</sup> Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu Opinion No. 10 (2007), para. 15-20.

<sup>8</sup> Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi MC/Rec(2010)12 Tavsiye Kararı, para. 27.

yargıç ve savcı statüsünde bulunmaktadır. Oysa HSYK'ya üye seçimlerinde sadece mahkeme yargıç ve savcılarının oy kullanması ve seçilebilmesi mümkün olmalıdır. Çünkü HSYK esas olarak yargısal faaliyet gösteren yargıç ve savcılar için kurulmuş bir kurumdur. Adalet Bakanlığında çalışan yargıç ve savcılar bu Kurul içinde yer almaları veya Kurul üyelerinin belirlenmesinde rol oynamaları yürütme ve yargı arasında çizilmesi gereken sınırı ihlal etmektedir.

Yeni Anayasada HSYK üyeliğine yeniden seçilmenin engellenmesi yönünde bir hüküm de yer almalıdır. Bu şekilde seçilen üyelerin tekrar seçilebilmek için tavizler vermesi engellenir ve tarafsız davranmalarına olanak sağlanır. 2010 Anayasa değişikliği yeniden seçilmeyi olanaklı kılmıştır.

1982 Anayasasında HSYK'nın kendisine ait bir bütçesi ve sekreteryasının olmaması özerkliğini zedelediği için çok eleştirilmiştir. 2010 değişikliği ile olumlu bir biçimde Kurula bağlı Genel Sekreterlik oluşturulmuştur. Fakat Genel Sekreterin Kurulun teklif ettiği üç aday arasından Adalet Bakanı tarafından seçilmesi bu olumlu adıma gölge düşürmüştür. Yargının işleyişinde kilit önemde olan HSYK'nın Genel Sekreterini özerk bir biçimde belirleyememesi kabul edilir bir durum değildir. Diğer yandan Anayasada yer almamakla birlikte HSYK yasasında Kurulun kendi bütçesi ile yönetileceği vurgulanmaktadır. Fakat bütçenin nasıl belirleneceği konusunda bir açıklık yoktur. HSYK'ya ait özerk bütçe güvencesi Anayasal güvence altına alınmalıdır.

## II. YARGI ÜYELERİNİN MESLEĞE KABULLERİNE İLİŞKİN NESNELİK

Uluslararası belgeler yargıçların mesleğe kabulü ve mesleklerinde ilerlemelerine ilişkin tüm kararların hukuken öngörölmüş nesnel ölçütlere bağlanmasının altını çizmektedir. Yargıçlık mesleğine kabulde uygulanan usuller şeffaf olmalı reddedilen adayın karar gerekçesine ulaşma olanağı sağlanmalı ve bu karara karşı mahkemeye başvurma hakkı güvence altına alınmalıdır<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartı, para. 2.1, 3.2. Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu, Opinion No. 1, para. 25. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi MC/Rec(2010)12 Tavsiye Kararı, para. 44, 46, 48.

Türkiye’de yargıç ve savcı adaylarının seçiminde siyasi etkenlerin ve kayırmanın rol oynadığı kuşkusuz yaygındır. Bu kuşku uygulanan yöntemden kaynaklanmaktadır.

Türkiye’de, yargıç veya savcının mesleğe kabul edilebilmesi için yargıç veya savcı adaylığına kabul edilmesi gerekmektedir. Adaylığa kabulden sonra başarılı bir adaylık dönemi geçirmişse HSYK tarafından mesleğe ataması tapılmaktadır. Yargıç veya savcı adayı olabilmek için yazılı sınavda başarı sağlamanın yanı sıra sözlü sınavda (mülakat) da başarı sağlamak gerekmektedir.

Hâkimler ve Savcılar Kanunu söz konusu sınavların hangi içerikte olacağını ve mülakatın nasıl bir kurul tarafından yapılacağını düzenlemiştir. Mülakat kurulu Adalet Bakanlığı Müsteşarı veya görevlendireceği Müsteşar Yardımcısı başkanlığında, Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel Genel Müdürleri ile Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunun kendi üyeleri arasından belirleyeceği iki üye olmak üzere toplam yedi üyeden oluşmaktadır. Bu düzenlemeye göre yedi üyeli mülakat kurulunun beş üyesi Adalet Bakanlığı bünyesinde çalışan üst düzey bürokratlardır. Yürütmenin etkin olduğu böyle bir kurulun yargıç ve savcı adaylarının belirlenmesinde nesnel bir görüntü sunması hayli güçtür. Ayrıca mülakatta değerlendirilen bazı konular (genel ve fiziki görünüm, davranış ve tepkilerin mesleğe uygunluğu gibi) sübjektif değerlendirmelere izin vermektedir.

Yeni Anayasada adaylığa kabul aşaması da dahil olmak üzere her aşamanın HSYK gözetimi ve denetimi altında gerçekleşmesinin güvence altına alınması, yapılacak sınavlarda nesnel ölçütlerin belirleneceğinin ve izlenen usulün şeffaf olacağının altının çizilmesi gerekmektedir. Adaylık ve mesleğe kabule ilişkin kararlara karşı mahkemeye başvurma yolunun açık olması da gerekmektedir. Ayrıca mevcut yasal düzenlemeye göre, bazı koşullar altında adaylığın sonlandırılması Adalet Bakanlığının inisiyatifindedir. Bu yetki de HSYK’ya ait olmalıdır.

Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartının ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 2010 tarihli Tavsiye kararının belirttiği gibi, atamalarda cinsiyet, etnik veya sosyal köken ve felsefi, siyasi veya dini kanaatleri nedeniyle adaylar arasında ayırım yapılamaz<sup>10</sup>. Atamalarda

<sup>10</sup> Yargıçların Statütüsü Hakkında Avrupa Şartı, para. 2.1; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi MC/Rec(2010)12 Tavsiye Kararı, para. 45.

özellikle kadın erkek dengesine dikkat edilmelidir. Pek çok ülkede ise ne yazık ki bu konuda yeterli hassasiyet gösterildiği söylenemez. Türkiye’de de yargıda kadın oranı yaklaşık yüzde 24’tür. Bu konuda önlem alınması mümkündür. Yargıç ve Savcılarının mesleğe kabulünde cinsiyetler arası eşit temsil esasının gözetilmesi Anayasada yer almalıdır.

### III. YARGI ÜYELERİNİN GÖREV SÜRESİ VE GÖREVDEN ALINAMAMA GÜVENCESİ

Uluslararası belgelere göre yargıçların görev süresi yaşam boyu olabileceği gibi, belirli bir emeklilik yaşı belirlenebilir ya da yürütmenin veya diğer bir atamayı yapan makamın takdiri veya keyfi olarak müdahalesi dışında kalan ve kısa olmayan belirli bir sabit süre öngörülebilir<sup>11</sup>. BM Yargı Bağımsızlığına İlişkin Temel İlkeler göre, seçilmiş veya atanmış olsun yargıçların zorunlu bir emeklilik yaşına veya sürelerinin dolmasına kadar görevde kalmaları teminat altına alınmalıdır<sup>12</sup>. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Rec(2010)12 Tavsiye kararı “erken emeklilik sadece yargıcın kendi isteğiyle veya tıbbi nedenlerle mümkündür” demektedir<sup>13</sup>. Uluslararası belgelere göre, atanmış yargıçlar, zorunlu emeklilik sürelerine kadar, geçerli nedenler olmaksızın sürekli olarak görevden alınamamalıdır. Yasada açık ifadeler ile tanımlanmış olması gereken<sup>14</sup> bu geçerli nedenler, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Rec(2010)12 Tavsiye kararlarına göre, yargıcın yargısal işlevlerini artık yerine getiremez duruma düşmesi, yasalarca öngörülmüş ceza hükümlerinin veya disiplin kurallarının ciddi ihlâline ilişkin olabilir<sup>15</sup>.

Anayasanın 139 md’si kural olarak yasada belirtilen yaştan (65 yaş) önce kendi istekleri olmadıkça yargıç ve savcılarının emekliye sevk edilemeyeceklerini teminat altına almaktadır. Bununla birlikte üç istis-

<sup>11</sup> Commentary on The Bangalore Principles on Judicial Conduct, (Bangalore Yargısal Davranış İlkeleri Yorumu), Mart 2007, s. 36, para. 26, <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/BangalorePrinciplesComment.PDF>; BM “Yargı Bağımsızlığı Hakkında Temel İlkeler”, İlke 11, (UN, Basic Principles of the Independence of the Judiciary), [http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/h\\_comp50.htm](http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/h_comp50.htm); Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R(94) 12 Tavsiye Kararı, İlke I/2a(ii).

<sup>12</sup> BM “Yargı Bağımsızlığı Hakkında Temel İlkeler”, İlke 12.

<sup>13</sup> Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi MC/Rec (2010) 12 Tavsiye Kararı, para. 50.

<sup>14</sup> Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartı, para. 5.1.

<sup>15</sup> Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi MC/Rec (2010) 12 Tavsiye Kararı, para. 50.



naya yer vermektedir. Diğer bir deyişle maddede belirtilen istisnalar söz konusu olduğunda yargıç veya savcının talebi olmasa da emekliye sevk edilmesi mümkündür. İstisnalar arasında “bir suçtan dolayı hüküm giymiş olmak” ve “sağlık bakımından görevini kesin olarak yerine getiremeyeceği anlaşılanlar” sayılmaktadır. Fakat bunların yanı sıra “... meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler” biçiminde üçüncü bir istisnaya daha yer verilmektedir. Söz konusu istisna açıkça Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Rec(2010)12 Tavsiye Kararına aykırıdır<sup>16</sup>. Yeni Anayasada bu üçüncü istisnaya yer verilmemesi yerinde olacaktır.

Uluslararası belgeler bireylerin adli hata nedeniyle özel bir formalite gerektirmeyen bir biçimde bağımsız bir makama şikâyet hakkının olması gerektiği üzerinde dururlar<sup>17</sup>. Elbette yargıç ve savcılar demokratik bir ülkede hukuk önünde hesap verebilir olmak zorundadırlar. Fakat hesap verebilirlik yargıya uygunsuz bir biçimde müdahaleye dönüşmemelidir. Bu nedenle yargı bağımsızlığına ilişkin uluslararası belgeler şunları öngörmektedir: Bir yargıç hakkında disiplin cezası gerektirecek bir itham veya şikâyet, uygun bir usul çerçevesinde, süratle ve adil bir şekilde çözümlenmelidir; yargıç, disiplin süreçlerinde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesindeki adil yargılanma hakkına uygun bir biçimde savunma haklarına sahip olmalıdır; olayın incelenmesi, yargıç tarafından aksi talep edilmedikçe, başlangıç aşamasında gizli tutulmalıdır; disiplin kararlarına karşı bağımsız bir yargısal organa başvuru yolu açık olmalıdır<sup>18</sup>.

Türkiye’de disiplin yaptırımlarına ilişkin mevcut usul adil yargılanma hakkını tam olarak sağlamamaktadır, usulün yeniden yapılandırılması gerekmektedir. Disiplin usullerinin işleyişinde adil yargılanma hakkının gözetileceği Anayasa yer almalıdır.

Yargı üyeleri hakkında disiplin soruşturmalarının nesnel bir biçimde yapılması güvence altına alınmalıdır. Türkiye’de ilgili dairenin teklifi ve Adalet Bakanının oluru ile soruşturma ve inceleme yapılabilir. Adalet Bakanının olur vermemesi durumunda şikâyetçinin

<sup>16</sup> Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi MC/Rec (2010) 12 Tavsiye Kararı, para. 50.

<sup>17</sup> Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartı, para. 5.3.

<sup>18</sup> BM “Yargı Bağımsızlığı Hakkında Temel İlkeler”, İlke 17,18,19,20; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R(94) 12 Tavsiye Kararı, İlke VI/3; Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartı, para. 5.1; Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu, Opinion No. 1, para. 59-60; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi MC/Rec (2010) 12 Tavsiye Kararı, para. 69.

başvurabileceği bir yargısal denetim yolu olup olmadığı kuşkuludur. Çünkü Bakan HSYK başkanı sıfatı ile bu işlemi yapmaktadır ve HSYK kararlarına karşı yargısal denetim yolu kapalıdır.

Yeni Anayasada HSYK'daki dairelerden birine soruşturma veya inceleme başlatma yetkisi verilip, başka bir daireye de karar yetkisi tanınabilir. Yeni Anayasada soruşturma izni verip vermeme konusunda Adalet Bakanının rolü olmamalıdır; ilgili daireden soruşturma başlatılmasını sadece *talep etme* yetkisi tanınabilir.

Mevcut Anayasada HSYK kararlarının yargısal denetiminin engellenmiş olması disiplin yaptırımlarına karşı dava açma hakkını ortadan kaldırmaktadır. 2010 Anayasa değişikliği ile sadece meslekten çıkarma cezasına ilişkin yaptırımlara karşı mahkemeye başvurma imkânı tanınmıştır. Yeni Anayasada HSYK kararlarının tamamı için yargı denetiminin olanaklı hale getirilmesi daha yerinde olacaktır<sup>19</sup>.

Son olarak Türkiye'de HSYK'nın gerekçeli kararlarının gizli olması çok önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktaydı. Bu sorun Anayasadan çok yasadan kaynaklanmaktaydı. Yeni Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanununda "kararların gerekçesi, karar tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde yazılır; Disipline ilişkin kararlar, kişisel verilerin korunması kaydıyla Kurulun internet sitesinde yayımlanır" denmektedir. Bu hüküm HSYK'nın işleyişinde şeffaflık ilkesinin benimsendiği izlenimi yaratmaktaysa da uygulama hayal kırıklığı yaratmıştır. Tarafımdan kurulun üç yıl için verdiği disiplin kararlarının tamamına ulaşmak için yapılmış başvuruya cevaben sadece seçilerek 14 karar gönderilmiştir<sup>20</sup>. Oysa Adalet Bakanlığının internet sitesinde üç yıllık karar toplamı 400 civarındadır<sup>21</sup>. Şeffaf olmayan bir kurumun halka güven vermesi mümkün değildir. Bir demokraside kamuoyu denetimi her şeyden önemlidir. Yargıç ve savcılara hangi gerekçelerle disiplin yaptırımını uygulandığını ya da hangi gerekçelerle uygulanmadığını halkın bilme hakkı vardır. Nitekim Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesininin 2010 tarihli Tavsiye kararı bu tür yargısal kurulların, gerekçeli kararlarla ve

<sup>19</sup> Venedik Komisyonunun da görüşü aynı yöndedir., Venedik Komisyonu, Opinion No 600/2010, 27.09.2010, para. 55, 76; Venedik Komisyonu, Opinion No 610/2011, 29.03.2011, para. 76.

<sup>20</sup> 09.05.2011 tarih, B.03.1.HSK.07.0.11.02/622.03/720 sayılı cevabi yazı.

<sup>21</sup> [http://www.cigm.adalet.gov.tr/istatistik/hakim\\_ist.html](http://www.cigm.adalet.gov.tr/istatistik/hakim_ist.html) (erişim 20.04.2011).

önceden belirlenmiş usulleri geliştirerek topluma ve yargıçlara karşı en yüksek seviyede şeffaflık sergilemesi gerektiğinin altını çizmektedir<sup>22</sup>.

Gerekçeli kararların tamamının kamuya açıklanması görev yapan yargıç ve savcıların HSYK'nın hangi eyleme nasıl yaklaştığını anlamaları açısından da önemlidir. Mevcut Hâkimler ve Savcılar Kanunu disiplin cezası gerektiren fiilleri oldukça soyut tanımlamıştır<sup>23</sup>. Bunları somutlaştırmak gereği açıktır. Fakat ne kadar somutlaştırılırsa somutlaştırılsın bir ölçüde soyut kalacak olan düzenlemelerin nasıl uygulandığının anlaşılabilmesi karar gerekçelerinin görülebilmesi ile mümkündür.

Yeni Anayasada HSYK kararlarının tamamının gerekçeli ve aleni olmak zorunda olduğu açıkça vurgulanmalıdır.

Uluslararası belgelere göre mahkemede görev yapan bir yargıç, ilke olarak, başka bir yargısal makama veya başka bir yerdeki göreve, yükseltme yoluyla da olsa, özgür iradesi olmadan atanamaz<sup>24</sup>. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Rec(2010)12 Tavsiye Kararı sadece iki nedenle bir yargıcın kendi onayı dışında görev yerinin değiştirilebileceğinden söz etmektedir: (a) bir disiplin cezası verilmesi, (b) yargı sisteminin organizasyonunda reform yapılması<sup>25</sup>. Yargıcın iradesi dışında yapılan yer değiştirmelere karşı işlemin hukukiliğini denetlemek amacıyla bağımsız bir makama itiraz yolu muhakkak bulunmalıdır<sup>26</sup>.

Türkiye'de yargıç ya da savcılarının, HSYK tarafından, başka bir yerdeki göreve iradesi dışında rahatlıkla atanabildiği zaman zaman dile getirilmektedir<sup>27</sup>. Venedik Komisyonunun Mart 2011 raporunda belirtildiği gibi, bu tür atamalar yargıç ve savcılarının üzerinde bir baskı aracı olarak kullanılmaya son derece müsaittir<sup>28</sup>. Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartında ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Tavsiye kararında belirtilen istisnalar dışında bu tür yer değiştirme suretiyle atamalar yeni Anayasada kesinlikle engellenmelidir. Ayrıca HSYK ka-

<sup>22</sup> Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi MC/Rec(2010)12 Tavsiye Kararı, para. 28.

<sup>23</sup> Bu soyutluk Venedik Komisyonunun Mart 2011 raporunda da eleştirilmiştir. Venedik Komisyonu, Opinion No 610/2011, 29.03.2011, para. 59-74.

<sup>24</sup> Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartı, para. 3.4.

<sup>25</sup> Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi MC/Rec (2010) 12 Tavsiye Kararı, para. 52.

<sup>26</sup> Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartı, para. 3.4, 1.4.

<sup>27</sup> Bkz. Mete Göktürk, *Yeni Yüzyıl*, 14.10.1996.

<sup>28</sup> Venedik Komisyonu, Opinion No 610/2011, 29.03.2011, para. 48.

rarlarının tamamının yargı denetimine açılmasının gerekliliği tekrar hatırlanmalıdır.

#### IV. YARGI ÜYELERİNİN KARIYERLERİ VE MALİ GÜVENCELERİ

Yargıçlıkta yükselme, BM “Yargı Bağımsızlığı Hakkında Temel İlkeler”e ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararına göre, nitelik, dürüstlük, yetenek, etkililik, tecrübe gibi nesnel esaslara dayanmalıdır<sup>29</sup>.

Avrupa Yargıçları Danışma Konseyinin de belirttiği gibi, yükselmede yargıçların dürüstlük, etkinlik, yetenek ve niteliklerine dayalı ölçütler açıkça ortaya koyulmalı, ilan edilmeli ve uygulanmalıdır<sup>30</sup>. Meslekte yükseltilmeyen adayın şikâyet hakkı olmalıdır<sup>31</sup>.

Meslekte yükselme konusu Anayasadan çok yasaların konusudur. Türkiye’de son değişikliklerden önce meslekte yükselme bakımından Yargıtay, Danıştay ve Bölge İdare Mahkemelerince verilen notlar ile Adalet Bakanlığına bağlı müfettişlerin düzenlediği denetim raporları etkili olmuştur. Yargıtay, Danıştay, Bölge adliye ve Bölge İdare Mahkemelerinin verdiği notlar Hâkimler ve Savcılar Kanununda Mart ayında yapılan değişiklikle kaldırılmıştır. 2010 Anayasa değişikliği ile müfettişler Adalet Bakanlığına bağlı olmaktan çıkarılmış HSYK’ya bağlanmıştır. Anayasa değişikliği ile müfettişlerin Kurula bağlanması olumlu bir gelişme olmuştur. Fakat denetim raporlarındaki değerlendirme ölçütlerinin nesnel olmaması sorunu hala ciddiyetini korumaktadır. Örneğin yargıç ve savcıların “*ahlaki gidişleri*” “*göreve bağlılıkları*” gibi öznel kavramlar yükselme ölçütleri olarak benimsenmektedir. Bu tür geniş ve kişiden kişiye değişen değerlendirmelere yol açacak kavramları nesnellikle bağdaştırmak mümkün görünmemektedir.

Buna ek olarak meslekte yükselmede etkili olan diğer bir unsur, üst mercilerce verilen sicil raporlarıdır. Bu siciller verilirken ilgili savcının görüşünün alınması gibi şeffaf ve katılımcı usuller benimsenme-

<sup>29</sup> BM “Yargı Bağımsızlığı Hakkında Temel İlkeler”, İlke 13; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R(94) 12 Tavsiye Kararı, İlke I/2c; Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu, Opinion No. 1, para. 17.

<sup>30</sup> Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu, Opinion No. 1, para. 25.

<sup>31</sup> Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartı, para. 4.1.

mektedir. Birinci sınıfa ayrılmış savcı ve yargıçlar üzerinde üç yılda bir denetimin sürdürülmesi de söz konusu yargıçların ve savcılarının, müfettiş ve HSYK'nın çoğunluğunu tatmin edecek yönde kararlar vermeleri sonucunu doğurabilir<sup>32</sup>. Oysa yargıç ve savcılar görevlerini yerine getirirken sadece yürütmeden değil kendi meslektaşlarından da bağımsız hareket edebilmelilerdir. Elbette ki birinci sınıfa ayrılmış dahi olsalar yargıç veya savcılar mesleki davranış ilkelerine aykırı hareket etmeme yükümlülüğündedirler. Aykırı hareket halinde buna karşı disiplin usulleri zaten mevcuttur, buna ek olarak her üç yıl da bir denetlenmeleri yargı bağımsızlığına karşı bir baskı aracına dönüşebilir.

Yeni Anayasada meslekte yükselmede bilgi, dürüstlük, yetenek ve etkililiğe dayalı liyakatin esas alınacağı açıkça belirtilmeli, yükselmede ilgili savcı ve yargıcın kendisi hakkında tutulan rapor, belge ve bilgilerle ulaşabilmesi ve sürece katılımı güvence altına alınmalıdır. Ayrıca HSYK kararlarına karşı yargısal denetim yolu açılarak meslekte yükseltilmeyen yargıcın mahkemeye başvurma hakkının güvence altına alınması gerekmektedir.

## V. YARGININ İÇ İŞLEYİŞİNDEKİ BAĞIMSIZLIK, DIŞ MÜDAHALELERE KARŞI KORUNMA

Yargının iç işleyişinin de bağımsız bir biçimde gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu çerçevede doğrudan yargısal işlevin yerine getirilmesiyle ilişkili idari ve kurumsal konulara ilişkin bağımsızlık sağlanmalıdır. Yargı ile yürütme arasında her ne kadar kurumsal bir ilişki gerekli olsa da bu ilişki belirli bir uyuşmazlığın çözümünde, hukuk ve anayasal değerlerin ele alınmasında yargının özgürlüğüne müdahale oluşturmalıdır.

Bu çerçevede Türkiye'deki ceza davalarında polisin işlevi yeniden ele alınmalıdır. Türkiye'de savcılığa bağlı çalışan bir adli polis gücü bulunmamakta, İçişleri Bakanlığına bağlı polis gücü savcılık makamına yardımcı olmaktadır. Bu nedenle suç soruşturmaları savcılığın kontrolü altında yürüyen bir mekanizmadan çok yürütme organının kontrolünde yürüyen bir mekanizma izlenimi yaratmaktadır. Soruşturmaların yürütme erkinin kontrolü altında olan polis gücü tarafından değil savcılık

<sup>32</sup> Venedik Komisyonu da aynı kaygılardan söz etmektedir. Venedik Komisyonu, Opinion No 610/2011, 29.03.2011, para. 42, 46.

makamına bağlı adli polis gücü tarafından yapılması soruşturmaların nesnel yürütülebilmesi ve adil bir sonuca varılması bakımından zorunlu görünmektedir. Yeni Anayasada adli polis teşkilatı kurulması yönünde bir düzenlemeye yer verilmelidir.

Yine yargının yürütme ile ilişkilerinde bağımsızlığı bakımından Anayasanın 144. Md'sinin de ele alınması gerekir. 144. Md savcıların idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığınca denetleneceğini belirtmektedir. Bu madde Venedik Komisyonunun Eylül ayında yayımladığı raporunda da eleştirilmekte “idari görevler” ile “yargısal görevler” arasındaki çizgiyi belirlemenin çok kolay olmadığı vurgulanmaktadır<sup>33</sup>.

Anayasanın 159/9 hükmü ise Kurul müfettişlerine “yargıç ve savcılarının görevlerini kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (yargıçlar için idari nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme” görevini vermektedir. Bu hüküm yargıç ve savcılarının karar ve işlemlerinin içeriğinin hiçbir sınırlama olmaksızın denetlenmesine izin verir niteliktedir. Müfettiş incelemesi bir temyiz veya itiraz yolu niteliğine bürünemez, aksi bir durum yargı bağımsızlığı bakımından son derece sakıncalı bir ortam yaratır<sup>34</sup>. Bu hükmün kalkması gerekmektedir.

Bangalor Yargısal Davranış İlkelerini açıklayan Yorum'da, “yargıç yargıçlık görevini ifa ederken, aynı zamanda yürütme veya yasama faaliyetlerine katılmamalıdır” denmektedir<sup>35</sup>.

Yargıcın idari bir görev ifa ederken, aynı anda fiilen yargısal faaliyetleri yapması engellenmiş olsa dahi, idari görevin getirdiği avantajlar veya dezavantajlar yargıcın kendisini bu göreve atama ihtimali olan makam karşısındaki tutumunu etkileyebilir. Bu nedenle, başka bir göreve atanacak yargıç ve savcılar söz konusu olduğunda, ilgili yargıcın muvafakatının alınmasının yanı sıra, (avantajlar bakımından) yargısal bir makamın izninin alınması veya yargısal makamın önermesi ya da seçmesi koşulu aranmalıdır. Nitekim bazı yasalarda çeşitli kurullarda (Rekabet Kurulu, Kamu İhale Kurulu gibi) görev alması öngörülen yargıçlar için yargısal makamın önermesi veya seçmesi usulü benimsenmekte-

<sup>33</sup> Venedik Komisyonu, Opinion No 600/2010, 27.09.2010, para. 62-64.

<sup>34</sup> Venedik Komisyonu, Opinion No 610/2011, 29.03.2011, para. 94. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin CM/Rec(2010)12 Tavsiye kararı, para. 16, 22, 29, 66.

<sup>35</sup> Bangalor Yargısal Davranış İlkeleri Yorumu, s. 102, para. 164.

dir<sup>36</sup>. Fakat bu ilkenin Anayasal bir ilke olması aksi uygulamaları engellemek bakımından son derece önemlidir.

Diğer yandan yukarıda belirtilenler çerçevesinde Anayasanın 159. md'sinde yer alan bir hükmün değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu hükme göre, Adalet Bakanlığında ve bağlı kuruluşlarında geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak yargıç ve savcılar ile adalet müfettişlerini, yargıç ve savcı mesleğinden olan iç denetçileri atama yetkisini, ilgili yargıç ve savcının muvafakatini almak kaydıyla, tek başına Adalet Bakanlığı kullanır. Adalet Bakanlığı bünyesinde çalışmanın getirdiği avantajlar bu hükmü yargı bağımsızlığı bakımından sakıncalı hale getirmektedir. Yeni Anayasada bu hükme yer verilmemelidir. Adalet Bakanlığında çalışan ve idari görevler icra eden hukukçular ile yargısal faaliyet gösteren yargıç ve savcılar arasında kesin bir çizgi çizilmek zorundadır.

## SONUÇ

Türkiye toplumu tam anlamıyla bağımsız ve tarafsız bir yargıya ulaşma isteğini sıklıkla dile getirmektedir. Bu çerçevede uluslararası belgeler son derece detaylı verileri bize sunmaktadır.

Bağımsızlığı sadece yasama ve yürütmeden bağımsızlık olarak değerlendirmeden, yargıçların kendi meslektaşlarına karşı da bağımsız olması gerektiği gerçeğinden yola çıkarak kapsamlı bir Anayasal revizyon ihtiyacı vardır.

HSYK'nın daha çoğulcu ve yürütmeden bağımsız hale gelmesi gereklidir. Bunun yanı sıra yargıç ve savcılarının mesleğe kabullerinde ve atanmalarındaki nesnellik ve eşitlikçilik, geçici veya sürekli görevden alınamamalarına ilişkin güvenceleri, meslekte yükselme ölçütleri ve usulleri, dış müdahalelerden korunma güvenceleri bakımından Türkiye'de sorunlar bulunmaktadır.

Bu çerçevede yeni Anayasa yapım sürecinde mevcut Anayasadaki hükümlerin bazılarının kaldırılması veya değiştirilmesinin yanı sıra bazı yeni güvencelerin de Anayasaya eklenmesi gerekmektedir. Böylece aşırı merkezi bir denetim yapısından daha özerk bir yapılanmaya geçilmesi olanağı doğacaktır.

<sup>36</sup> Detaylı bilgi için bkz. Sibel İnceoğlu, *Yargıcın Davranış İlkeleri*, Beta yay. İstanbul 2008, s. 266-273.

## KAYNAKÇA

Commentary on The Bangalore Principles on Judicial Conduct, March 2007, <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/BangalorePrinciplesComment.PDF> (02.02.2011)

European Charter on the Statute for Judges and Explanatory Memorandum, 8-10 July 1998, [www.coe.int/t/e/legal\\_affairs/legal\\_cooperation/legal\\_professionals/judges/instruments\\_and\\_documents/charte%20eng.pdf](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/legal_professionals/judges/instruments_and_documents/charte%20eng.pdf) (03.01.2011).

European Commission For Democracy Through Law, Interim Opinion on the Draft Law on The High Council For Judges and Procutors of Turkey, Opinion No 600/2010, 27.09.2010, [http://www.venice.coe.int/site/dynamics/N\\_Opinion\\_ef.asp?L=E&OID=600](http://www.venice.coe.int/site/dynamics/N_Opinion_ef.asp?L=E&OID=600) (05.10.2010).

European Commission For Democracy Through Law,, Interim Opinion on the Draft Law on Judges and Procutors of Turkey, Opinion No 610/2011, 29.03.2011, [http://www.venice.coe.int/site/dynamics/N\\_Opinion\\_ef.asp?L=E&OID=610](http://www.venice.coe.int/site/dynamics/N_Opinion_ef.asp?L=E&OID=610) (30.03.2011).

Mete Göktürk, *Yeni Yüzyıl*, 14.10.1996.

Opinion No. 1 (2001) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) for the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on standards concerning the independence of the judiciary and the irremovability of judges, 23 November 2001, [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis_en.asp) (01.10.2010).

Opinion No. 3 (2002) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the Attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Principles and Rules Governing Judges' Professional Conduct in Particular Ethics, Incompatible Behaviour and Impartiality, 19 November 2002, [ccje/doc2002/ccje\(2002\)op n° 3e, http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis_en.asp) (01.10.2010).

Opinion No. 10 (2007) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Council for the Judiciary at the service of society, 21-23 November 2007, [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis_en.asp) (01.10.2010).



Recommendation No. R (94)12 of the Committee of Ministers to Member States on Independence, Efficiency and Role of Judges, [http://www.coe.int/t/e/legal\\_affairs/legal\\_coperation/administrative\\_law\\_and\\_justice/texts\\_&\\_documents/conv\\_rec\\_res/recommendation\(94\)12.asp#P167\\_18281](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_coperation/administrative_law_and_justice/texts_&_documents/conv_rec_res/recommendation(94)12.asp#P167_18281) (01.10.2010).

Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to Member States on Judges: Independence, Efficiency and Responsibilities, 17.11.2010. <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=1707137&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383#> (01.12.2010).

Sibel İnceoğlu, *Yargıcın Davranış İlkeleri*, Beta yay. İstanbul 2008.

UN, Basic Principles of the Independence of the Judiciary, [http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/h\\_comp50.htm](http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/h_comp50.htm) (01.10.2010).



# **CONSTITUTIONAL RECOMMENDATIONS ON PROTECTING JUDICIAL INDEPENDENCE**

**Prof. Dr. Sibel İnceoğlu**  
*Istanbul Bilgi University*

## **ABSTRACT**

*In Turkey in order to guarantee independence and impartiality of the judiciary it is required to establish many provisions in the new constitution. In 2010 a significant constitutional amendment has been done regarding the judiciary, however this amendment would not be sufficient to render the judiciary independent and impartial. In this paper, it is focused on the provisions required, on the basis of the international documents.*

**Key words:** *judiciary, independence, impartiality*

\*\*\*

An independent judiciary ensures impartial determination of human rights and freedoms of individuals, without any unlawful external influence. Thus, independence is not a privilege that is granted to the judges; it is a guarantee for impartial application of the law.<sup>1</sup>

In a state where the rule of law applies, the essential condition for the independence and impartiality of judiciary is its independence from the other two powers, namely the legislature and executive. Judicial independence is not limited only to independence from other powers; it includes protection of the operation of the judiciary against other inter-

---

<sup>1</sup> Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to Member States on Judges: Independence, Efficiency and Responsibilities, 17.11.2010. <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=1707137&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383#>

ferences, even those that might come from the colleagues of the judges themselves.

Independence of judiciary is the most important of the topics that has been discussed in Turkey since the foundation of the Republic. Although in the 1961 Constitution, judicial independence to a certain extent had been attempted, a reversal was experienced as the result of the adoption of the 1982 Constitution. In 2010, the Constitution was amended, allegedly to make the judiciary independent and impartial. However, these amendments did also fail to make the judiciary independent and impartial.<sup>2</sup>

Independent and thus impartial action and conduct by the members of the judiciary is possible if and when the structural elements, which would guarantee independent operation of the judiciary, are implemented. In this framework, first of all the institutional independence of the judiciary must be ensured. Secondly, guarantees for the independence of judges on individual basis are required. For example, terms of office, safeguards against dismissal, professional guarantees are linked with the individual independence of the judges.

## **I. INSTITUTIONAL INDEPENDENCE: THE STRUCTURE OF THE HIGH COUNCIL FOR JUDGES AND PROSECUTORS**

As it is also emphasized in the international instruments,<sup>3</sup> the most important condition for the independence of the judiciary is the inde-

<sup>2</sup> For similar criticism see European Commission For Democracy Through Law, (Venice Commission), Interim Opinion on the Draft Law on Judges and Prosecutors of Turkey, Opinion No 610/2011, 29.03.2011, para 5-9, 18, 101.

<sup>3</sup> Recommendation No. R (94)12 of the Committee of Ministers to Member States on Independence, Efficiency and Role of Judges, Principle I/2c, [http://www.coe.int/t/e/legal\\_affairs/legal\\_cooperation/administrative\\_law\\_and\\_justice/texts\\_&\\_documents/conv\\_rec\\_res/recommendation\(94\)12.asp#P167\\_18281](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/administrative_law_and_justice/texts_&_documents/conv_rec_res/recommendation(94)12.asp#P167_18281); Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers, para. 44,46; European Charter on the Statute for Judges and Explanatory Memorandum 8-10 July 1998, para. 1.3, 3.1, 3.3, [www.coe.int/t/e/legal\\_affairs/legal\\_cooperation/legal\\_professionals/judges/instruments\\_and\\_documents/charte%20eng.pdf](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/legal_professionals/judges/instruments_and_documents/charte%20eng.pdf); Opinion No. 1 (2001) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) for the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on standards concerning the independence of the judiciary and the irremovability of judges, 23 November 2001, para. 45, [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis_en.asp)

pendence, as a separate power, of the authority that decides on the issues, including admission to the profession and the judicial appointments, which closely concern the judges and public prosecutors,<sup>4</sup> from other powers as well as its pluralist structure. In Turkey the authority that decides on these issues is the High Council for Judges and Prosecutors (HSYK).

On September 12, 2010, the structure and the composition of the HSYK did change. With the new arrangements, not only did the number of the members of the HSYK increase, but also appointment of members – which until then had been elected only from the high courts (Court of Cassation and the State Council) – from lower courts is allowed. Furthermore, setting up of an Office of Secretary General and the introduction of new rules that provide performance of some duties, which previously were being performed by judicial inspectors that report to the Ministry of Justice, by inspectors that report to the High Council are the positive aspects of these new amendments. However, concerns regarding independence and impartiality could not yet been eliminated. According to the existing legislation, as was the case in the initial version of the 1982 Constitution, the Ministry of Justice is the President of the High Council whereas the Undersecretary of the Minister is a regular member. According to the new Constitution enactment of which is planned, the Minister of Justice and the Undersecretary of the Minister should not be included in the HSYK. Influence of the members of the executive on judges and public prosecutors does not comply with the international instruments.

It is argued that presence of the Minister of Justice and the Undersecretary of the Minister in the Council would no longer cause any problem as their powers would have been reduced to a symbolic level. The powers that the Ministry of Justice can exercise in the HSYK have been significantly reduced, but not to a level that would not pose any danger to the independence of the judiciary. The Minister of Justice is still authorized in the selection of the Secretary General, in deciding the agenda of the Council, and in granting permission for disciplinary proceedings. Although the Minister of Justice does not have any role in the

---

<sup>4</sup> Like temporary empowering, promotion, tenure, dismissal of those who are no longer deemed qualified, taking of disciplinary action, suspension.

operation of the chambers [of the HSYK], his position enables him to exert influence over the Council when objections against the resolutions of the chambers are reviewed. Thus in its report of September 2010 the Venice Commission, after stating that they had no objections against the presence of the Minister of Justice in the Council, points out that these powers entrusted to him could result in damaging of the independence of the judiciary. Besides, a recommendation to the effect that the Undersecretary of the Ministry of Justice should be removed from the list of the members of the HSYK is included in the same report.<sup>5</sup>

As also stated in Opinion No. 10 of the Consultative Council of European Judges, HSYK membership of those who are not judges or prosecutors can be adopted to ensure pluralism and to prevent the risk of corporatism.<sup>6</sup> For example, admission of law professors or attorneys-at-law to membership of the HSYK will be appropriate. However, the proportion of their number of seats and the matter as to who would play which role in their appointments becomes important.

According to the 2010 amendment to the 1982 Constitution, the President of Turkey is empowered to directly select four members to the HSYK from among those who are not judges or prosecutors. Whereas the President was previously appointing members from among the candidates, the names of whom would have been submitted to him by the Court of Cassation and the State Council, now he will appoint them directly. However, the 1982 Constitution has from the very first day been criticized for giving extreme powers to the President thus resulting in a [political] structure that did not comply with the parliamentary regime. Increasing the powers that are granted to the President instead of reduc-

---

<sup>5</sup> European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), Interim Opinion on the Draft Law on The High Council For Judges and Prosecutors of Turkey, Opinion No 600/2010, 27.09.2010, para. 41-48, 83.

<sup>6</sup> Opinion No. 10 (2007) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Council for the Judiciary at the service of society, 21-23 November 2007, para. 19 [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis_en.asp); See also Opinion No. 3 (2002) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the Attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Principles and Rules Governing Judges' Professional Conduct in Particular Ethics, Incompatible Behaviour and Impartiality, 19 November 2002, ccje/doc2002/ccje(2002)op n° 3e, para. 69, 71, 72, [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis_en.asp).

ing them is not acceptable. For a pluralist democracy, this role for the selection of the members who are not judges or prosecutor should be given to the legislative body, not to the President.

This power should have been entrusted with the legislative body, but this would not by itself be sufficient for an independent and impartial judiciary. In order to prevent politicization of the judiciary, to ensure impartially, and to rely on a pluralist but not a majoritarian democracy, some guarantees must also be in place. First of all, the number of HSYK members that would be selected by the legislative body should be limited, and the number of the members that the judges and the prosecutors would elect among themselves must constitute the great majority of HSYK members. Furthermore, the procedure for the selection of the members by the legislative body should not turn into selection solely by the ruling party; the ruling party must be obligated to reach at an agreement with the opposition parties in the Grand National Assembly. In fact, the Consultative Council of European Judges underscores that such a judicial body must be detached from any political party and should be free from any pressure from the majority of the legislative body.<sup>7</sup>

For this reason, special attention must be paid to keeping the number of the HSYK members that the legislative body would select at a very limited level. Besides, these members should be selected by a majority of two thirds of the members of parliament.

The procedure to be followed by the lower courts when electing the HSYK members is a matter that should be dwelt upon. In the recommendation of the Council of Europe, which is dated 2010, it is underscored that such judicial councils should have pluralist structure.<sup>8</sup> Therefore, the election procedure should be improved to enable pluralism. Furthermore, in Turkey the definition of judge and prosecutor is more comprehensive than it should be. The status of a number of personnel, who work at the Ministry of Justice performing entirely administrative work, is judge and prosecutor. However, only the judges and prosecutors who work at courts should be allowed to vote for the HSYK elections and to be elected as HSYK members. This is because the HSYK is an organization that had been founded for the judges and prosecutors

---

<sup>7</sup> CCJE Opinion No. 10 (2007), para. 15-20

<sup>8</sup> Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers, para. 27

who perform judicial duties. Membership of the judges and prosecutors, who work at the Ministry of Justice, to the HSYK, or the role they play in the nomination of the members of this Council, result in the violation of the boundary between the executive and the judiciary.

A provision that prohibits reelection of the HSYK members must be included in the new constitution. This way, compromises by the existing members with the intension to secure reelection will be prevented, and their impartiality will have been ensured. The 2010 amendment to the constitution did allow for reelection.

The 1982 Constitution has been very much criticized for compromising the autonomy of the HSYK due to the lack of an autonomous budget and secretariat. Upon enactment of the 2010 amendment, an Office of Secretary General has been set up. However, selection of the Secretary General by the Minister of Justice from among three nominees recommended by the Council, cast a shadow upon this positive step. Selection of the Secretary General of the HSYK, which is a key post in the judicial mechanism, in a nonautonomous way, is unacceptable. On the other hand, although it is not mentioned in the constitution, the HSYK Law underscores the fact that the Council will have its own budget. Nevertheless, there is no clarification as to how the budget would be decided. The constitution must guarantee an autonomous budget for the HSYK.

## **II. OBJECTIVITY IN THE ADMISSION OF THE MEMBERS OF JUDICIARY TO THE PROFESSION**

In the international documents, it is underscored that foreseeable objective legal criteria must apply to all decisions regarding the admission of judges to the profession as well as their promotions. Procedures that apply to admission of judges to the profession must be transparent. Those rejected must be allowed to know the reasons for such rejection, and judicial review against this action must be guaranteed.<sup>9</sup>

In Turkey, there are widespread suspicions that political affiliations and patronage play a role in the selection of judges and prosecutors. Such suspicions are based on the procedures that are followed.

<sup>9</sup> European Charter on the Statute for Judges para. 2.1, 3.2. CCJE, Opinion No. 1, para. 25. Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers., para. 44, 46, 48.



In Turkey, in order to be admitted to the profession as a judge or a prosecutor, one must first of all be admitted to the status of candidate judge or prosecutor. If after having been admitted as a candidate, he is successful during the probation period, HSYK will appoint him to the profession. In order to be admitted to the status of candidate judge or prosecutor, the applicant must be successful not only in the written examination, but also in the oral examination (the interview).

Judges' and Prosecutors' Law provides what the content of such examinations should be as well as what sort of a panel would perform the interviews. The seven-membered interview panel will be chaired by the Undersecretary of the Ministry of Justice or a deputy he would delegate and; in addition to him, will consist of the President of the Inspection Board; the General Directors of Criminal, Civil and Personnel Affairs as well as the two members who the Executive Board of the Justice Academy would select among its members. According to this law, five seats of the seven-membered interview panel will be occupied by the high-ranking bureaucrats of the Ministry of Justice. Such a panel in which the members of the executive predominate does hardly give the impression of an objective body that selects candidate judges and prosecutors. Besides, some of the criteria that are looked into (like appearance in general and physical features, appropriateness of the behaviors and reactions for the profession) does allow for subjective assessment.

The new constitution must guarantee that every phase, including admission to the candidate status phase, is be under the surveillance and control of the HSYK; the need for laying down the objective criteria that would apply in the examinations and, for the transparency of procedures which would be followed, must be underscored. Judicial review against the decisions on admission to the candidate status and profession must be available. Furthermore, according to the existing legislation, the Ministry of Justice can, under certain circumstances and at its own initiative, dismiss a candidate. This power, too, should belong to the HSYK.

As stated in the European Charter on the Status for Judges and in the Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe, which is dated 2010, discrimination against the candidates on the basis of gender, ethnic or social background, philosophical, political

or religious orientation should not be allowed.<sup>10</sup> In appointments, the balance between the number of men and women must be considered. Unfortunately, in many countries it can hardly be argued that sufficient attention is paid to this matter. In Turkey, the number of women in the judiciary is 24 percent. Measures can be taken for this. Implementation of the principle of equality between genders when admitting them to the profession as judges and prosecutors must be included in the new constitution.

### **III. DURATION OF TERM OF OFFICE AND THE GUARANTEE AGAINST DISMISSAL**

According to the international documents, judges can be granted life tenure or a certain retirement age or a term of office that cannot be considered short and which cannot be terminated by the appointing authority arbitrarily or at its discretion, can be set.<sup>11</sup> According to UN Basic Principles of the Independence of the Judiciary, judges, whether elected or appointed, should be guaranteed tenure until a mandatory retirement age or the expiry of their term of office.<sup>12</sup> Committee of Ministers of the Council of Europe Rec (2010) 12 says, “early retirement should be possible only at the request of the judge concerned or on medical grounds”.<sup>13</sup> According to the international documents, appointed judges should not, without valid cause, be dismissed until their compulsory retirement age. These valid reasons which must clearly be defined in the law<sup>14</sup> can, as per Rec (2010) 12 of the Committee of Ministers of the Council of Europe, be the cases where the judge can no

<sup>10</sup> European Charter on the Statute for Judges, para. 2.1; Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers, para. 45.

<sup>11</sup> Commentary on The Bangalore Principles on Judicial Conduct, March 2007, p. 36, para. 26, <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/BangalorePrinciplesComment.PDF>; UN, Basic Principles of the Independence of the Judiciary, Principle 11, [http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/h\\_comp50.htm](http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/h_comp50.htm); Recommendation R(94) 12 of the Committee of Ministers, Principle I/2a(ii).

<sup>12</sup> UN, Basic Principles of the Independence of the Judiciary, Principle 12.

<sup>13</sup> Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers, para. 50.

<sup>14</sup> European Charter on the Statute for Judges, para. 5.1.

longer perform judicial functions, and serious breaches of criminal or disciplinary provisions established by law.<sup>15</sup>

Article 139 of the Constitution provides a guarantee to the effect that the judges and prosecutors would not possibly be retired before their age of 65 as stated in the law, unless they themselves request it. Nevertheless, there are three exceptions to this. In other words, when the exceptions stated in the Article are present, a judge or prosecutor can be retired even against his/her wishes. Among the exceptions are, “those who are convicted for an offense” and “those who are established as unable to perform their duties on account of ill health”. In addition to these, there is another exception that is defined as, “...those determined as unsuitable to remain in the profession”. The last exception is obviously against recommendation Rec (2010) 12 of the Committee of Ministers of the Council of Europe.<sup>16</sup> It will be appropriate if the third exception is not included in the new constitution.

In the international documents, it is emphasized that individuals should have the right to lodge a complaint against any miscarriage of justice before an independent authority, without any need for a special formality.<sup>17</sup> Certainly in a democratic country, it must be possible to hold judges and prosecutors accountable before judicial bodies. However, accountability should not turn into an inappropriate intervention with the judicial system. For this reason, the following are recommended in the international documents about the independence of the judiciary: Any charge or complaint against a judge, which may require disciplinary punishment, should be processed expeditiously and fairly under an appropriate procedure; judges should, throughout the disciplinary procedure, have the right of defense in accordance with the right to a fair trial as indicated in the European Convention on Human Rights; investigation must at the preliminary stage be kept confidential unless otherwise is requested by the judge and; review before an independent judicial body against disciplinary measures must be available.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers, para. 50.

<sup>16</sup> Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers, para. 50.

<sup>17</sup> European Charter on the Statute for Judges, para. 5.3.

<sup>18</sup> UN, Basic Principles of the Independence of the Judiciary, Principle 17,18,19,20; Recommendation R(94) 12 of the Committee of Ministers Principle VI/3; European

As the procedure that is currently in force in Turkey cannot ensure the right to a fair trial, amendment thereto is required. That the right to fair trial would be considered in disciplinary procedures should be included in the Constitution.

Objectivity of the disciplinary proceedings against the members of the judiciary must be guaranteed. In Turkey, proceedings and investigations are carried out upon the concerned chamber's proposal and with the approval of the Minister of Justice. Where the Minister of Justice does not give its approval, availability of a judicial review is questionable. This is because this action is carried out by the Minister in his capacity as the President of the HSYK and; no judicial review against HSYK decisions is available.

In the new constitution, one of the chambers of the HSYK may be empowered to carry out the proceedings or the investigation whereas another one can be empowered to take the decision. In the new constitution, the Minister of Justice should not be given any role in granting permission for investigation; he should be empowered only to demand initiation of proceedings from the concerned chamber.

The Constitution that is now in force does not allow for the judicial review of the HSYK decisions, and eventually right to bring action against disciplinary measures does not exist. The 2010 constitutional amendment allows judicial review only against decisions of dismissal from profession. Allowing judicial review for all decisions of the HSYK in the new constitution will be appropriate.<sup>19</sup>

Finally, in Turkey, confidentiality of the HSYK decisions poses a very important problem. This problem arises from the law rather than the Constitution. The new High Council for Judges and Prosecutors Law reads: "the reason of the decisions will be written latest within fifteen days after the date of the decision and; disciplinary decisions are published in the Internet web page of the Council with due regard to the protection of personal information". Although this provision gives the

---

Charter on the Statute for Judges, para. 5.1; CCJE, Opinion No. 1, para. 59-60; Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers para. 69.

<sup>19</sup> Venice Commission has parallel opinion, see Venice Commission, Opinion No 600/2010, 27.09.2010, para. 55, 76; Venice Commission, Opinion No 610/2011, 29.03.2011, para. 76.

impression that the HSYK was observing the principle on transparency, in practice it created disappointment. In response to my application for access to all of the decisions the Council has taken within three years, only 14 selected decisions were sent.<sup>20</sup> However, the number of decisions within the last three years is about 400.<sup>21</sup> An institution cannot inspire confidence in the people if it is not transparent. In a democracy, scrutiny by the public is more important than anything else. The public has the right to know which and why disciplinary measures have or have not been taken against the judges and prosecutors. Similarly, in the Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe, which is dated 2010, the need for the councils of the judiciary – in their reasoned decisions – to display transparency at the highest level to the public and to the judges by developing detailed pre-established procedures, is underscored<sup>22</sup>.

Disclosure of all of reasoned decisions to the public is also important in respect to the comprehension by the judges and prosecutors that hold office, of the way the HSYK approaches to certain acts and actions. In the existing Judges' and Prosecutors' Law, the preconditions, which call for disciplinary sanctions, are defined considerably vaguely.<sup>23</sup> It is evident that this needs to be concretized. As no matter to what extent it is concretized, the legislative provisions would to a certain degree still remain abstract, the way they are implemented can only be understood when the reasoned decisions are accessible.

In the new constitution, the requirement for HSYK decisions to include detailed reasons and to be available to the public must explicitly be emphasized.

According to the international documents, a judge of a court cannot, in principle, be appointed to another judicial office or an assignment

---

<sup>20</sup> Letter of response of the HSYK, Date: 09.05.2011, No: B.03.1.HSK. 07.0.11.02/622.03/720.

<sup>21</sup> See Internet web page of the Ministry of Justice, [http://www.cigm.adalet.gov.tr/istatistik/hakim\\_ist.html](http://www.cigm.adalet.gov.tr/istatistik/hakim_ist.html) (20.04.2011).

<sup>22</sup> Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers, para. 28.

<sup>23</sup> Vague and broad character of the preconditions for disciplinary sanctions is criticized also by Venice Commission. Venice Commission, Opinion No 610/2011, 29.03.2011, para. 59-74

at another place even by way of promotion, against his free will.<sup>24</sup> The recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe points to only two reasons for appointing a judge to another post without his/her consent: (a) in case of a disciplinary sanctions, (b) reform of the organization of the judicial system.<sup>25</sup> Access to an independent authority must definitely be available for any judge who is relocated against his will; in order to have the lawfulness of such relocation reviewed.<sup>26</sup>

It is expressed from time to time that the HSYK did easily transfer judges and prosecutor to other posts against their will.<sup>27</sup> As stated in the March 2011 Report of the Venice Commission, such appointments are very susceptible to be used as pressure on the judges and prosecutors.<sup>28</sup> Other than the exceptions stated in the European Charter on the Status for Judges and in the Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe, these appointments must definitely be prohibited in the new constitution. Furthermore, it must be reminded once again that judicial review of the HSYK decisions must be available.

#### **IV. CAREERS AND FINANCIAL GUARANTEES OF THE JUDICIARY**

According to the UN Basic Principles of the Independence of the Judiciary and to the Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe, promotion of the judges must be based on objective criteria like ability, integrity qualifications, efficiency and experience.<sup>29</sup>

As also stated by the Consultative Council of European Judges, the criteria that are based on integrity, effectiveness, skill and qualification, must be disclosed explicitly, announced and implemented, when pro-

<sup>24</sup> European Charter on the Statute for Judges, para. 3.4.

<sup>25</sup> Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers, para. 52.

<sup>26</sup> European Charter on the Statute for Judges, para. 3.4, 1.4.

<sup>27</sup> See Mete Göktürk, *Yeni Yüzyıl*, 14.10.1996.

<sup>28</sup> Venice Commission, Opinion No 610/2011, 29.03.2011, para. 48.

<sup>29</sup> UN, Basic Principles of the Independence of the Judiciary, Principle 13; Recommendation R(94) 12 of the Committee of Ministers, Principle I/2c; CCJE, Opinion No. 1, para. 17.

moting judges.<sup>30</sup> Any candidate that is not promoted should have the right to lodge a complaint before an independent authority.<sup>31</sup>

Promotion is a matter that should be dealt with in the laws, not in the Constitution. In Turkey until the latest amendments, marks given by the Court of Cassation, the State Council and the Regional Administrative Courts as well as the reports of the inspectors of the Ministry of Justice have been effective in promotions. Marks by the Court of Cassation, the State Council, and the Regional Administrative Courts have been abolished as per the amendment of the Judges' and Promotions' Law in March 2011. The inspectors have, since the 2010 amendments to the Constitution, been affiliated to the HSYK instead of the Ministry of Justice. Affiliation of the inspectors to the Council as per the amendments to the Constitution has been a positive development. However, non-objectivity of the evaluation criteria in the inspection reports is still a serious issue. For example, subjective concepts such as "*moral characteristics*" and "*professional devotion*" are adopted as criteria for promotion. The concepts that would lead to such general assessments that changes from person to person cannot be associated with objectivity.

In addition to this, another factor that affects promotions is the performance reports that are given by the superiors. When such reports are given, transparent and participative procedures like asking for the opinion of the concerned prosecutor are not adopted. Triennial inspection of the prosecutors and judges who have been promoted to first class can result in having the judges and prosecutors consider the opinions of the inspectors and majority of the HSYK when making their own judgments.<sup>32</sup> However, when performing their duties, judges and prosecutors should act independently from not only the executive bodies, but also from their colleagues. It goes without saying that judges and prosecutors, even if they had already been promoted to first class, are obligated not to fail to observe the rules of professional conduct. Disciplinary measures are already in place for those who do not. Triennial inspections

---

<sup>30</sup> CCJE, Opinion No. 1, para. 25.

<sup>31</sup> European Charter on the Statute for Judges, para. 4.1.

<sup>32</sup> Venice Commission has similar concern, see Venice Commission, Opinion No 610/2011, 29.03.2011, para. 42, 46.

in addition to these measures can turn into a means of pressure that does not comply with judicial independence.

In the new constitution, it must explicitly be stated that knowledge, integrity, skill and efficiency would be taken as the basis in promotions and; access and participation to the reports, documents and information about him/herself to that very prosecutor and judge must be guaranteed. Besides, judicial review of the HSYK decisions should be made available and right to court must be guaranteed to the judges who are not promoted.

## **V. INDEPENDENCE OF THE INTERNAL OPERATIONS OF THE JUDICIARY AND PROTECTION AGAINST EXTERNAL INTERVENTIONS**

Internal operation of the judicial system needs to be independent from interventions. In this framework, independence in administrative and institutional matters regarding performance of directly judicial functions must be ensured. Regardless of the fact that there is an organizational relation between the judiciary and the executive, this should not go so far as to intervene with the independent assessment of the legal and constitutional values by the judiciary when resolving a particular dispute.

In this context, the role of the police in the criminal cases in Turkey should be reconsidered. In Turkey there is no police force that reports directly to the prosecution; instead, the police force that reports to the Ministry of Interior Affairs extends its help to the prosecution. For that reason, crime investigation does appear to be a mechanism that operates under the control of the executive organ rather than a mechanism that operates under the control of the prosecution. Carrying out of the investigation not by the police force that is controlled by the executive power, but instead by the police force that is controlled by the prosecutor's office, does seem to be a must for the objectivity of such investigation, and in order achieve a fair and lawful result. Provisions for the setting up a police force that report to the judiciary must be included in the new constitution.

Still, Article 144 of the Constitution must again be considered in respect to independence of the judiciary in its relationship with the executive. Article 144 provides that prosecutors would, with regard to



their administrative duties, report to the Ministry of Justice. This Article is also criticized by the Venice Commission in the report it had published in September, by also emphasizing that drawing of a line between the “administrative duties” and “judicial duties” would not be very easy.<sup>33</sup>

In Article 159/9 of the Constitution, the inspectors of the HSYK are assigned the duty of “inspect the judges and prosecutors for performance of their duties in compliance with the laws, by-laws, regulations and circulars (administrative circulars for judges)”. This provision allows for the inspection of the context of the decisions and actions of the judges and prosecutors without any restrictions. Inspector’s examination cannot pass for an appeal or objection; otherwise this would create a very unfavorable environment for the independence of the judiciary.<sup>34</sup> This provision should be abolished.

The Commentary that explains Bangalore Principles of Judicial Conduct says, “while exercising functions as a judge, the judge should not at the same time be involved in executive or legislative activities”.<sup>35</sup>

Even though judges have been prohibited from carrying out judicial activities while at the same time performing an administrative duty, the advantages and the disadvantages that come with such administrative duty may affect the conduct of the judge towards the authority that might probably appoint him to that duty. For this reason, when judges and prosecutors are to be appointed to another post, the permission or else the recommendation or selection of a judicial authority must be requested (with regard to the advantages), in addition to that, consent of the concerned judge or prosecutor must be sought (with regard to disadvantages). Thus according to some laws, a procedure that requires judicial authority’s recommendation or selection has to be followed for the appointment of judges to certain authorities and agencies (like Competition Council, Public Procurement Council).<sup>36</sup> However, inclusion of this principle in the constitution is of utmost importance to prevent any in-compliance.

<sup>33</sup> Venice Commission, Opinion No 600/2010, 27.09.2010, para. 62-64.

<sup>34</sup> Venice Commission, Opinion No 610/2011, 29.03.2011, para. 94. Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers, para. 16, 22, 29, 66.

<sup>35</sup> Commentary on The Bangalore Principles on Judicial Conduct, p. 102, para. 164.

<sup>36</sup> For details see Sibel Inceoğlu, *Yargıcın Davranış İlkeleri*, Beta yay. İstanbul 2008, s. 266-273.

On the other hand, the provision in Article 159 should be considered within the framework of what is stated herein at above. According to this provision, the power to appoint judges and prosecutors to temporary or permanent positions at the Ministry of Justice and affiliated institutions, and to appoint judiciary inspectors as well as internal inspectors from among judges and prosecutors by taking the consent of the concerned judge and prosecutor, belongs solely to the Minister of Justice. Considering the advantages of working in the organization of the Ministry of Justice, this provision is a cause for concern regarding independence of the judiciary. This provision should not be included in the new constitution. A definite line must be drawn between the counselors at law who work and perform administrative duties at the Ministry of Justice and the judges and prosecutors that perform judicial activities.

## **CONCLUSION**

People of Turkey do often express their wish to achieve an independent and impartial judiciary. In this framework, exceptionally detailed data is available in the international documents.

A constitutional revision based on the fact that independence should not be understood only as independence from the legislative and executive, but the judges should also be independent from their colleagues, is needed.

HSYK needs to be more independent and pluralist. In addition to these, problems regarding the objectivity and egalitarianism in admission to the profession and appointment of judges and prosecutors; guarantees that protect them against suspensions and dismissals; promotional criteria and procedures and; guarantees against external interventions are experienced in Turkey.

In this context, some of the provisions of the Constitution that are currently in force need to be repealed or amended, whereas some new guarantees should be added therein. By this way, transition from an extremely centralized control to a more autonomous structure would be possible.

**BIBLIOGRAPHY**

- Commentary on The Bangalore Principles on Judicial Conduct, March 2007, <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/BangalorePrinciplesComment.PDF> (02.02.2011)

- European Charter on the Statute for Judges and Explanatory Memorandum, 8-10 July 1998, [www.coe.int/t/e/legal\\_affairs/legal\\_cooperation/legal\\_professionals/judges/instruments\\_and\\_documents/charte%20eng.pdf](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/legal_professionals/judges/instruments_and_documents/charte%20eng.pdf) (03.01.2011).

- European Commission For Democracy Through Law, Interim Opinion on the Draft Law on The High Council For Judges and Prosecutors of Turkey, Opinion No 600/2010, 27.09.2010, [http://www.venice.coe.int/site/dynamics/N\\_Opinion\\_ef.asp?L=E&OID=600](http://www.venice.coe.int/site/dynamics/N_Opinion_ef.asp?L=E&OID=600) (05.10.2010).

- European Commission For Democracy Through Law,, Interim Opinion on the Draft Law on Judges and Procecutors of Turkey, Opinion No 610/2011, 29.03.2011, [http://www.venice.coe.int/site/dynamics/N\\_Opinion\\_ef.asp?L=E&OID=610](http://www.venice.coe.int/site/dynamics/N_Opinion_ef.asp?L=E&OID=610) (30.03.2011).

- Mete Gökürk, *Yeni Yüzyıl*, 14.10.1996.

- Opinion No. 1 (2001) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) for the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on standards concerning the independence of the judiciary and the irremovability of judges, 23 November 2001, [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis_en.asp) (01.10.2010).

- Opinion No. 3 (2002) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the Attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Principles and Rules Governing Judges' Professional Conduct in Particular Ethics, Incompatible Behaviour and Impartiality, 19 November 2002, [ccje/doc2002/ccje\(2002\)op n° 3e, http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis_en.asp) (01.10.2010).

- Opinion No. 10 (2007) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Council for the Judiciary at the service of society, 21-23 November 2007, [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis_en.asp) (01.10.2010).

- Recommendation No. R (94)12 of the Committee of Ministers to Member States on Independence, Efficiency and Role of Judges, [http://www.coe.int/t/e/legal\\_affairs/legal\\_cooperation/administrative\\_law\\_and\\_justice/texts\\_&\\_documents/conv\\_rec\\_res/recommendation\(94\)12.asp#P167\\_18281](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/administrative_law_and_justice/texts_&_documents/conv_rec_res/recommendation(94)12.asp#P167_18281) (01.10.2010).

- Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to Member States on Judges: Independence, Efficiency and Responsibilities, 17.11.2010. <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=1707137&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383#> (01.12.2010).

- Sibel İnceoğlu, *Yargıcın Davranış İlkeleri*, Beta yay. İstanbul 2008.

- UN, Basic Principles of the Independence of the Judiciary, [http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/h\\_comp50.htm](http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/h_comp50.htm) (01.10.2010).