Strazburg, 23 Kasım 2001 CCJE (2001) OP N°1
[ccje/docs2001/ccje(2001)op n°1e]

AVRUPA HÂKİMLERİ DANIŞMA KONSEYİ

(CCJE)

AVRUPA HÂKİMLERİ DANIŞMA KONSEYİNİN YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE HÂKİMLERİN AZLEDİLEMEMESİNE İLİŞKİN STANDARTLAR KONUSUNDA AVRUPA KONSEYİ BAKANLAR KOMİTESİNİN DİKKATİNE SUNDUĞU 1 (2001) SAYILI GÖRÜŞ

(HÂKİMLERİN BAĞIMSIZLIĞI, ETKİNLİĞİ VE ROLÜNE DAİR R (94) 12 SAYILI TAVSİYE KARARI VE BU BELGEDEKİ STANDARTLAR İLE DİĞER ULUSLARARASI STANDARTLARIN SÖZ KONUSU ALANLARDAKİ MEVCUT PROBLEMLERLE İLİŞKİSİ)

1. Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyi (CCJE), işbu görüşünü, Devletlerin bir ankete vermiş oldukları cevaplar ile CCJE Çalışma Grubunun, CCJE Başkanı ve Başkan Yardımcısının ve CCJE'nin bu konudaki uzmanı Sayın Giacomo OBERTO'nun (İtalya) ayrı ayrı hazırlamış oldukları metinleri temel alarak oluşturmuştur.

2. CCJE'nin kullanımına sunulan kaynaklar arasında, genellikle resmi özelliği haiz olan ve yargı bağımsızlığına dair ilkeleri konu alan bir dizi beyanat da vardır.

3. Özellikle aşağıdaki belgeler, önemli resmi kaynaklara örnek olarak gösterilebilir:

- BM Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeleri (1985),
- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolüne dair Üye Devletlere yönelik R (94) 12 Sayılı Tavsiye Kararı.

4. Nispeten daha az resmi olan kaynaklar arasında şunlar sayılabilir:

- Avrupa ülkelerinden ve iki uluslararası hâkimlik meslek örgütünden gelen katılımcılar ile Strazburg'da 8-10 Temmuz 1998 tarihinde kabul edilen, Orta ve Doğu Avrupa Ülkeleri Yüksek Mahkemeleri Başkanlarının 12-14 Ekim 1998 tarihinde Kiev'de gerçekleştirdikleri toplantıda ve ardından 25 Avrupa ülkesinin Adalet Bakanlarının 8-10 Nisan 1999'da Lizbon'da yaptıkları toplantıda desteklenmiş olan Hâkimlerle İlgili Mevzuat Hakkında Avrupa Şartı,
- Varşova ve Slok'ta 23-26 Haziran 1997 tarihlerinde gerçekleşen toplantıda ortaya konulan beyanatlar gibi Hâkimler Yüksek Kurulları veya hâkimlik meslek örgütlerinin temsilcilerinin yapmış olduğu beyanatlar.

5. CCJE'nin tartışmalarında bahsi geçen diğer belgelerden bazıları şunlardır:

- Lawasia Bölgesinde yargı bağımsızlığı ilkelerine dair Pekin Bildirgesi (Ağustos 1997), hâlihazırda bu bölgedeki 32 Yüksek Hâkim tarafından imzalanmıştır,
- Latimer House'un Milletler Topluluğu için Rehber İlkeleri (19 Haziran 1998), 23 Milletler Topluluğu ülkesi ve denizaşırı bölgenin temsilcilerinin katılımı ile ve Milletler Topluluğu hâkim ve avukatlarının himayesinde Milletler Topluluğu Sekreteryası ve Milletler Topluluğu Dairesinin desteği ile gerçekleşen bir istişare toplantısının çıktısıdır.

6. **CCJE bünyesinde yapılan tartışmalarda CCJE üyeleri, önemli olanın ilkelerin mükemmelleştirilmesinden ziyade kurumların uyumlu hale getirilmesi ve böylece hâlihazırda geliştirilmiş olan ilkelerin eksiksiz uygulanmasının temin edilmesi olduğunu vurgulamışlardır.**

7. CCJE ayrıca mevcut genel ilkelerin geliştirilmesi veya yenilerinin ortaya konulmasının da uygun olup olmayacağını değerlendirmiştir.

8. Bu görüşün amacı, ele alınmış olan bir dizi hususa daha detaylı olarak eğilmek ve hâkimlerin bağımsızlığına ilişkin dikkate değer sorun ve hususları tespit etmektir.

9. Aşağıdaki konu başlıklarının ele alınması önerilmiştir:

- Yargı bağımsızlığının mantığı
- Yargı bağımsızlığının teminat altına alınma düzeyi
- Atama ve terfinin esası
- Atama ve danışma organları
- Hâkimlik teminatı – görev süresi
- Hâkimlik teminatı – azledilememe ve disiplin
- Maaş
- Uygunsuz harici etkilerden bağımsızlık
- Yargı içinde bağımsızlık
- Hâkimin rolü

Bu konuların ele alınması esnasında CCJE kendisinin dikkatini çeken bağımsızlığa ilişkin bir takım zorluklar veya tehditlerin örneklerini tespit etmeye gayret göstermiştir. Ayrıca CCJE, müzakere edilmekte olan ilkelerin (özellikle) hâkimlerin uluslararası mahkemelerde görevlendirilmeleri ve yeniden atanmaları konusundaki düzenleme ve uygulamalar bakımından önemli olduğunu tespit etmiştir. Bu husus 52 ve 54-55 sayılı fıkralarda ele alınmıştır.

Yargı bağımsızlığının mantığı

10. Yargı bağımsızlığı hukukun üstünlüğü için bir ön şart ve adil yargılanmanın temel bir teminatıdır. Hâkimler "vatandaşların hayatları, özgürlükleri, hakları, sorumlulukları ve mal varlığı üzerinde nihai kararı vermekle görevlendirilmişlerdir" (BM Temel İlkelerinin tekrarı olarak Pekin Bildirgesinde ve ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. ve 6. maddelerinde ifade edilmiştir). Onların bağımsızlığı kendi menfaatleri için bir ayrıcalık veya imtiyaz olmayıp adaleti arayan ve bekleyenlerin menfaatinedir.

11. Bu bağımsızlık genel manada topluma karşı olmakla birlikte özellikle hâkimin üzerinde karar vereceği ihtilafın taraflarına karşı da olmalıdır. Yargı, modern demokratik devletin üç temel ve eşit sütunundan birisidir[1]. Diğer iki sütunla ilgili çok önemli görev ve işlevlere sahiptir. Hükümetlerin ve idarenin eylem ve işlemlerinden dolayı sorumlu tutulabilmesini sağladığı gibi, yasamaya ilişkin olarak, kabul edilmiş olan mevzuatın uygulanmasını ve artan veya azalan şekilde mevzuatın anayasa veya başka bir üst norma (Avrupa Birliği normları gibi) uygunluğunu temin etmektedir. Bu manada görevlerini yerine getirebilmek için yargının bu organlardan bağımsız olması ve bu bağımsızlığın, anılan organlarla uygunsuz ilişkilerden ve

[1] CCJE kuvvetler ayrılığı konusundaki geniş literatürü ortaya koymaya çalışmayacaktır; bu metin, Lopez Guerra tarafından Yargı ve Kuvvetler Ayrılığı çalışmasında *(The Judiciary and the Separation of Powers;* Şubat 2000 tarihinde düzenlenmiş olan Güney Afrika Bölgesinde görevli Anayasa Mahkemesi ve Yüksek Mahkeme Başkanları Konferansı için Venedik Komisyonunun hazırladığı bir çalışmadır) uygun biçimde ortaya konduğu şekliyle yalnızca sadeleştirilmiş bir açıklama sunacaktır.

onların etkisinden uzak olmayı da içermesi gerekmektedir[2]. Bağımsızlık böylece tarafsızlığın teminatı olmaktadır[3]. Bu durumun, bir hâkimin kariyerinin eğitimden atamaya ve terfiden disiplin işlemlerine kadar hemen her yönü üzerinde etkileri vardır.

12. Yargı bağımsızlığı, hâkimler cihetinden tam bir tarafsızlığın var olduğu ön kabulüne dayalıdır. Taraflar kim olursa olsun hâkim kararını verirken tarafsız olmalıdır ve bu tarafsızlık, hâkimin bağımsız bir şekilde yargılama yapmasına engel olan –veya engel olarak görülebilecek- her türlü bağlantı, eğilim veya yanlılıktan uzak olması demektir. Bu kapsamda yargı bağımsızlığı, "hiç kimse kendi davasının hâkimi olamaz" şeklindeki temel ilkenin detaylandırılmış halidir. Bu ilkenin, yalnızca herhangi bir ihtilafın tarafı olan kimseleri aşan bir etkisi vardır. Yalnızca bir ihtilafın tarafları değil, toplum bir bütün olarak yargıya güvenebilmelidir. Bu sebeple bir hâkim yalnızca tüm uygunsuz bağlantı, yanlılık veya etkiden uzak olmakla kalmamalı, aynı zamanda makul bir gözle bakıldığında da bu uzaklık görülebilmelidir. Aksi halde, yargının bağımsızlığına olan güven temelinden sarsılabilir.

13. Yukarıda ifade edildiği şekli ile yargı bağımsızlığının mantığı, bu kavramın uygulamadaki neticelerini ölçebilecek bir ölçü koymaktadır: Bağımsızlığı sağlamak için gerekli olan özellikler ve her bir devlette anayasa veya daha alt bir hukuk normu[4] ve günlük uygulama gibi varlığını mümkün kılacak araçlar. Bu görüşün odak noktası, bir davaya bakan hâkimin kişisel tarafsızlığının (gerçekte ve görünüşte) gerekliliği ilkesinden ziyade, toplumda yargı bağımsızlığını sağlayan genel kurumsal çerçeve ve teminatlardır. Her ne kadar bu iki konu örtüşüyor olsa da ilk hususu CCJE'nin yargı etiği ve davranış standartları incelemesi çerçevesinde değerlendirmek önerilmektedir.

Yargı bağımsızlığının teminat altına alınma seviyesi

14. Yargının bağımsızlığı mümkün olan en yüksek dereceli iç hukuk standartları ile teminat altına alınmalıdır. Bu sebeple Devletler yargı bağımsızlığı kavramını anayasalarına dâhil etmeli ve yazılı anayasası olmamakla birlikte yargı bağımsızlığına saygının köklü kültür ve geleneklerle sağlandığı ülkelerde bu kavrama temel ilkelerde yer verilmelidir. Bu yaklaşım, bağımsızlığın hayati önemini vurgularken bir yandan da yazılı bir anayasaları olmasa da uzun bir bağımsızlık geleneğine sahip olan müşterek hukuk (*common law*) sistemlerinin (özellikle İngiltere ve İskoçya) özel durumlarını dikkate almaktadır.

15. BM temel ilkelerinde yargı bağımsızlığının "devlet tarafından güvence altına alınması ve anayasaya veya iç hukuka dâhil edilmesi" gerektiği ifade edilmektedir. R (94) 12 sayılı Tavsiye

[2] Hiç kimsenin her türlü etkiden, örneğin sosyal ve kültürel etkenlerden, tamamen bağımsız olmasının mümkün olmayacağı hususunda daha yetkin bir çalışma için bkz. Yargı Bağımsızlığının Hukukun Üstünlüğündeki Yeri *(The Role of Judicial Independence for the Rule of Law)*, Prof. Henrich (Venedik Komisyonunun Nisan 1998 tarihinde Kırgızistan'da gerçekleştirilen bir çalışma toplantısı için hazırlamış olduğu bir çalışmadır).

[3] Aşağıdaki 12 sayılı fıkraya bakınız.

[4] Aşağıdaki 14-16 sayılı fıkralara bakınız.

Kararında "hâkimlerin bağımsızlığı [Avrupa İnsan Hakları] Sözleşmesi'nin hükümleri ve anayasal ilkeler uyarınca teminat altına alınmalı, mesela anayasalara veya başka mevzuata hükümler yerleştirilmeli veya işbu tavsiyenin hükümleri uluslararası hukukun bir parçası haline getirilmelidir" denmektedir (I.2 numaralı ilkenin ilk cümlesinde).

16. Hâkimlere İlişkin Mevzuat Hakkında Avrupa Şartı daha da belirgin bir şekilde, "Tüm Avrupa Devletlerinde, hâkimlerin statüsüne dair temel ilkeler mevcut olan en yüksek iç hukuk normlarıyla ve bu alandaki kurallar da en az kanun düzeyinde düzenlenir" demektedir. **Avrupa Şartı'nın getirdiği daha detaylı bu tanımlama, CCJE'nin genel desteğini almıştır. CCJE, R(94)12 Sayılı Tavsiye Kararının I.2 sayılı ilkesinin ilk cümlesinde yer alan daha genel hükmün değil, bu tarifin kabul edilmesini tavsiye etmektedir.**

Atama ve terfinin esası

17. BM temel ilkelerinde şu ifade yer almaktadır (13 sayılı fıkra): "Meslekte yükselmenin bulunduğu sistemlerde hâkimlerin yükselmeleri, başta yeterlilik, dürüstlük ve deneyim olmak üzere nesnel faktörlere dayanır". R(94)12 Sayılı Tavsiye Kararı da aynı görüşü ifade etmektedir: "Hâkimlerin meslekî kariyerlerine ilişkin tüm kararlar objektif kıstaslara dayanmalı, hâkimlerin mesleğe kabulü ve kariyerleri; dürüstlük, yetenek ve etkinliklerini de gözeten liyakat esasına göre olmalıdır". R(94)12 Sayılı Tavsiye Kararı, bu düzenlemenin anayasa, ceza, hukuk, idare hukuku alanlarını da kapsayacak şekilde adli bir işlevi yerine getiren tüm kişiler bakımından (birçok bakımdan, meslekten olmayan hâkimler ve adli işlev üstlenen diğer kişilere de) uygulanacağını açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Bu nedenle, gerek atamaların "objektif kıstaslara dayalı" olarak "liyakat temelinde" yapılması gerekse siyasi mülahazaların dikkate alınmaması *gerektiği* hususlarında genel kabul vardır.

18. (a) "Liyakat temelinde" atamalar ile "objektiflik" konusundaki genel kabullere içerik kazandırılması ve (b) teori ile gerçekliği birbirine yakınlaştırmak hususları asli meseleler olarak ortada durmaktadır. Mevcut konu takip eden iki konu (*atama yapan organ* ve *hâkimlik teminatı)* ile de yakından ilgilidir.

19. Bazı ülkelerde, anayasal olarak hâkimlerin atanması konusunda doğrudan siyasi etki söz konusudur. Hâkimlerin seçilerek göreve geldiği sistemlerde (kanton düzeyinde vatandaşlar tarafından veya federal düzeyde Parlamento tarafından seçim yapılan İsviçre'de, Slovenya'da, "Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti"nde ve Alman Federal Anayasa Mahkemesi ile İtalyan Anayasa Mahkemesinin bazı üyelerinin seçiminde olduğu gibi) gözetilen hedef, hiç şüphesiz, görevini yerine getirirken yargıya doğrudan bir demokratik destek sağlamaktır. Hâkimlerin mesleğe kabulü veya terfileri dar parti politikası mülahazalarına bırakılamaz. Sistemin bu şekilde kullanıldığı veya kullanılabileceği konusunda bir tehlike söz konusu olduğunda bu usul yarardan ziyade zarar getirebilir.

20. Yargısal atama ve terfilerden sorumlu olan ya da bu süreçte yer alan ayrı bir mercinin bulunduğu yerlerde dahi, uygulamada siyasi mülahazalar mutlaka dışarıda bırakılmıştır

denilemez. Nitekim Hırvatistan'da, böylesi atamaları gerçekleştirmek 11 üyeli (yedi hâkim, iki avukat ve iki öğretim görevlisi) Yüksek Yargı Konseyinin sorumluluğunda *olmakla birlikte*, Hırvatistan Parlamentosunun Temsilciler Meclisi kanadınca seçilecek bu 11 üyenin kimler olacağı konusunda Adalet Bakanı öneride bulunabilir *ve* Yüksek Yargı Konseyi, atama yaparken Hırvatistan Parlamentosunun o an iktidarda olan partinin kontrolündeki adli işler komisyonunun görüşünü almak zorundadır. Her ne kadar, tadil edilmiş olan Hırvatistan Anayasası'nın 4. Maddesi kuvvetler ayrılığı ilkesine atıfta bulunuyorsa da devamında "her türlü karşılıklı işbirliği ve kuvvet sahiplerinin karşılıklı kontrolü"nden bahsetmekte olup bu kesinlikle yargısal atama veya terfilerde siyasi etkilerin tamamen dışlandığı bir durum değildir. İrlanda'da bir yargısal atamalar komisyonu[5] bulunmakla birlikte hepsi komisyon tarafından uygun bulunmuş olan rakip adaylardan hangisi veya hangilerinin neticede Adalet Bakanı tarafından görevlendirileceği hususunu halen siyasi mülahazalar belirleyebilmektedir (ve komisyonun terfilere ilişkin hiçbir rolü yoktur).

21. Diğer ülkelerde mevcut bulunan sistemler arasında kariyer hâkimliği (birçok kara Avrupası hukuku ülkesindeki durum) ile hâkimlerin tecrübeli uygulayıcılar arasından görevlendirilmesi (örn. Kıbrıs, Malta ve Birleşik Krallık gibi müşterek hukuk ülkeleri ve Danimarka gibi diğer ülkeler) noktasında farklılıklar mevcuttur.

22. Kariyer hâkimliğinin söz konusu olduğu ülkelerde kariyer hâkimlerinin başlangıçta mesleğe kabulleri olağan olarak yapılan sınavlarda gösterilen objektif başarıya dayalıdır. (a) Yarışma sınavının yeterli olup olmadığı-kişisel özelliklerin değerlendirilmesi gerekip gerekmediği ve uygulama becerilerinin öğretilip ölçülmesinin gerekip gerekmediği ile (b) yürütme ve yasamadan bağımsız bir mercinin bu aşamada devreye girmesinin gerekip gerekmediği hususları önemli noktalar olarak gözlemlenmektedir – örneğin Avusturya'da *Personalsenate*'ler (beş hâkimden oluşmaktadır) terfiye ilişkin tavsiyede görüş bildirmek bakımından resmi bir göreve sahipken atamalar bakımından bir rolleri yoktur.

23. Öte yandan hâkimlerin tecrübeli uygulayıcılar arasından görevlendirildiği veya görevlendirilebildiği ülkelerde genelde yarışma sınavları söz konusu olmayıp uygulama becerileri ve ilgili adayı yakından tanıyan kişilerin değerlendirmeleri yapılacak olan görevlendirmenin temelini oluşturmaktadır.

24. Yukarıdaki durumların tamamında, yalnızca siyasi etkileri dışarıda bırakmak için değil, aynı zamanda, düzenlenmemiş bir usulde veya kişisel referanslar temelinde atamaların yapıldığı sistemlerde ortaya çıkan kayırmacılık, mevcut durumu koruma ve yandaşlık gözetme (veya "kopyalama") gibi riskleri de önlemek amacıyla objektif standartların aranması önerilmektedir.

25. Hâkimlerin mesleğe kabulü ve kariyerlerinin "nitelik, doğruluk, yetenek ve etkinliklerini de gözeten liyakat esasına göre" belirlenmesini temin etmeyi hedefleyen tüm "objektif

[5] Aşağıdaki 43. fıkraya bakınız.

kıstaslar", genel bir özellik arz etmek zorundadır. Ancak asıl hayati öneme sahip olan, bu ilkelerin belirli bir durumdaki gerçek içeriği ve etkisidir. **CCJE, üye Devletlerdeki atama ve terfileri gerçekleştiren veya bu konuda görüş bildiren makamların, "hâkimlerin mesleğe kabulü ve kariyerlerinin; niteliklerini, dürüstlük, yetenek ve etkinliklerini de gözeten liyakat esasına göre olmasını" temin edecek objektif kriterleri geliştirmesi, yayımlaması ve yürürlüğe koymasını tavsiye etmiştir.** Bunun yapılmasının ardından, atama veya terfilerden sorumlu olan organ veya merciler bu kıstaslara uygun bir şekilde hareket etmek mecburiyetinde olacaklar ve kabul edilen kıstasların içeriği ve uygulamadaki etkilerinin incelenmesi mümkün olabilecektir.

26. Anketlere verilen cevaplarda genel olarak bu özellikleri taşıyan veya yayımlanmış olan böylesi kıstasların bulunmadığı görülmüştür. Birleşik Krallık'ta genel özellikleri taşıyan kıstaslar Adalet Bakanı (*Lord Chancellor*) tarafından yayımlanmış ve İskoçya yürütme organı da bir istişare belgesi yayımlamıştır. Avusturya hukukunda terfi için kullanılacak kıstaslar düzenlenmiştir. Kıbrıs ve Estonya başta olmak üzere birçok ülke, atamaları yapmak veya atamalar konusunda görüş bildirmekten sorumlu olan bağımsız hâkim konseylerinin dürüstlüğüne güven duymakla yetinmektedir. Finlandiya'da ilgili danışma kurulu adayların niteliklerini kıyaslamakta ve atama önerisinde *kararının gerekçesini de belirtmektedir.* Benzer şekilde İzlanda'da Seçim Komitesi[6] Adalet Bakanı'na ilk derece mahkemelerinde görev yapacak adaylara ilişkin yazılı bir değerlendirme sunmakta ve Yüksek Mahkeme de Yüksek Mahkeme'ye atanacakların yeterlilikleri konusunda görüş bildirmektedir. Almanya'da gerek federal gerekse Eyalet düzeyinde yargısal atamalardan sorumlu olan konseyler ilgili adayların yargısal atama veya terfiler için uygunluğu konusunda yazılı görüş (detaylı gerekçe olmadan) bildirmekten sorumlu olabilirken bu görüşler Adalet Bakanını bağlamamakta, ancak bu görüşü takip etmemesi durumunda Bakan eleştiriler ile (bazı durumlarda kamuoyundan gelen) karşılaşabilmektedir. Gerekçelerin belirtilmesi sağlıklı bir yaklaşım olarak kabul edilebilir ve uygulamada kullanılan kıstasların ne olduğu konusunda açıklayıcı olabilmektedir; ancak bazı durumlarda gerekçelerin belirtilmesinin aleyhine argümanlar ileri sürmek de mümkün olabilir (örn. birbirine yakın adaylar arasında yapılan tercihin hassasiyeti ve bilgi kaynaklarının gizliliği).

27. Litvanya'da terfileri düzenleyen açık bir kıstas bulunmamakla birlikte ilk derece mahkemesi hâkimlerinin performansları, temel olarak istatistiklere dayalı (temyizde bozulan kararlara ilişkin istatistikler de dâhil olmak üzere) bir dizi nicel *ve nitel* kıstas ile izlenmekte ve Adalet Bakanlığının Mahkemeler Dairesinin raporlarına konu edilmektedir. Adalet Bakanının mesleğe kabul ve terfi konusunda yalnızca dolaylı bir rolü mevcuttur. Ancak bu değerlendirme sistemi Litvanyalı Hâkimler Derneğince "ağır bir şekilde eleştirilmektedir". İstatistiksel bilgiler mahkemelerin çalışmalarını ve etkinliklerini takip etmek bakımından önemli sosyal araçlardır; ancak atama veya terfi ile ilgisi olsun ya da olmasın objektif kıstasların yerini tutamazlar. Bu

[6] Yüksek Mahkeme, Hâkimler Derneği ve Avukatlar Derneği'nin tavsiyesi ile Adalet Bakanı tarafından atanan ve atanmaları öncesinde başvuruları ve nitelikleri üzerine Yüksek Mahkemenin görüş verdiği üç hukukçudan oluşmaktadır.

manada istatistiklerin bir araç olarak kullanılmasında oldukça özenli olmak gerekmektedir.

28. Lüksemburg'da terfinin normal koşullarda kıdemlilik ilkesi temelinde gerçekleştiği ifade edilmektedir. Hollanda'da halen eski kıdemlilik sisteminin bazı etkileri sürmekte ve Belçika ve İtalya'da kıdemlilik ve yeterliliğe ilişkin objektif olarak belirlenmiş olan kıstaslar terfi kararını şekillendirmektedir. Avusturya'da, *Personalsenate*'lerin (beş hâkimden oluşmaktadır) Adalet Bakanı'na yaptığı terfi önerilerinde, ancak adayların mesleki bakımdan aynı niteliklere sahip olduğu durumlarda kıdemin dikkate alınacağı kanunla düzenlenmiştir.

29. Hâkimlere İlişkin Mevzuat Hakkında Avrupa şartı, "kıdeme dayalı olmayan" terfi sistemlerini ele almakta (4.1 sayılı fıkra) ve Açıklayıcı Not kısmında "bağımsızlık için oldukça etkili bir koruma sağladığı değerlendirildiğinden bu sistemin Şart tarafından hiçbir şekilde dışlanmadığı" ifade edilmektedir. **Yeterli tecrübe terfi için esaslı bir ön şart olmakla birlikte CCJE, kıdemliliğin modern dünyada artık terfiyi belirleyen ilke olarak genel[7] kabul görmediğini değerlendirmektedir.** Yargının yalnızca bağımsız olmasında değil aynı zamanda kalitesinde de, özellikle değişim zamanlarında yargı sistemine liderlik edenlerin kalitesinde kamuoyunun büyük menfaati vardır. Tamamen kıdemliliğe dayalı bir terfi sistemi dinamizmden fedakârlık etme riski taşımaktadır ve bu riskin alınması, bağımsızlık cihetinden gerçek bir kazanım da getirmediğinden gerekçelendirilebilmekten uzaktır. Bununla birlikte CCJE mesleki tecrübeye dayalı kıdem şartlarının bağımsızlığı destekleyebileceğini değerlendirmektedir.

30. İtalya ve bir ölçüde İsveç'te hâkimlerin statüsü, görevleri ve maaşları birbirinden ayrılmış durumdadır. Maaşlar neredeyse otomatik olarak kıdemi takip etmekte ve genellikle statü veya göreve göre değişiklik göstermemektedir. Statü terfiyle belirlenmekle birlikte farklı bir mahkemede görev almayı gerektirmemektedir. Bu nedenle, temyiz hâkimi statüsüne sahip bir hâkim ilk derece mahkemesinde görev yapmaya devam etmeyi tercih edebilir. Sistem bu yolla, terfi veya görev değişikliği ile elde edilebilecek mali kazanımları ortadan kaldırarak bağımsızlığı artırmayı hedeflemektedir.

31. CCJE kadınlar ve erkekler arasındaki eşitlik meselesini de ele almıştır. Latimer House Rehber İlkeleri'nde "Yargının tüm kademelerinde yapılacak atamalarda, kadınlar ile erkekler arasında eşitliği temin etmek bir amaç olarak gözetilmelidir" denilmektedir. İngiltere'de, Adalet Bakanının (*Lord Chancellor*) "rehber ilkeleri", "cinsiyet, etnik köken, medeni hal, cinsel eğilim,…'den bağımsız olarak" tavizsiz bir şekilde liyakate dayalı atamalar yapılması gerektiğini ifade ederken Adalet Bakanı kadınlar ve etnik azınlıkların yargısal görevlere talip olmalarını teşvik etmek yönündeki arzusunu açık bir şekilde dile getirmiştir. Bunların her ikisi de açık bir şekilde uygun hedeflerdir. Avusturya adına katılan temsilci, Avusturya'da eşit derecede nitelikli olan iki adayın varlığı durumunda, daha az temsil edilen cinsiyete sahip olan adayın atanacağını beyan etmiştir. Daha az temsil ediliyor olmak problemine karşı geliştirilen

[7] Bununla birlikte CCJE, Hindistan ve Japonya'da Yüksek Mahkeme Başkanının atanmasında olduğu gibi böylesi bir sistemin başarılı bir şekilde işlediği örneklerin varlığından da haberdardır.

bu kısıtlı da olsa olumlu tepkinin hukuki bir mesele doğurmayacağı varsayılsa dahi CCJE, ilk olarak, az temsil edilmenin cereyan edebileceği alanlardan yalnızca birinin (cinsiyet) ön plana çıkartılmış olması ve ikinci olarak, böyle bir alanda belirli bir ülkedeki koşullar altında ilgili ayrımcılık sebepleri bakımından neyin yetersiz temsil teşkil ettiğinin tartışma konusu edilebileceği hususlarını uygulamadaki zorluklar olarak tespit etmiştir. **CCJE Avusturya'dakine benzer bir hükmün genel bir uluslararası standart olarak kabul edilmesini önermemekle birlikte yukarıda üçüncü cümlede bahsedilenler gibi "rehber ilkeler" vasıtasıyla eşitliğin sağlanmasının bir ihtiyaç olduğunun altını çizer.**

Atama ve danışma organları

32. CCJE, hâkimlerin atanmasına ilişkin usullerde büyük bir çeşitlilik olduğunu tespit etmiştir. Atamaların "liyakat temelinde" yapılması gerektiği hususunda ise açık bir fikir birliği söz konusudur.

33. Hâlihazırda hâkimlerin mesleğe kabulünde uygulanan farklı usullerin hepsinin avantajlı ve dezavantajlı yanları vardır: Seçimle göreve gelmenin daha güçlü bir demokratik meşruiyet sağlayacağı öne sürülebilirken bu usul, ilgili adayı kampanya yürütme uğraşına, siyasete ve kayrılma ve kayırma arzusuna sokabilir. Seçim işleminin mevcut hâkimlerce yapması, teknik olarak nitelikli adayların seçimini temin edebilecekken tutuculuk ve kayırmacılık (veya "kopyalama")[8] gibi risklere yol açmaktadır ve bazı anayasal düşünce sistemlerine göre demokratik değildir. Yürütme veya yasama tarafından atamaların yapılması meşruiyeti artırmak için önerilebilirse de diğer kuvvetlere bağımlı olma riskini beraberinde getirmektedir. Bir başka usul de bağımsız bir merciinin aday göstermesidir.

34. Hâlihazırdaki yaklaşım çeşitliliğinin, uygunsuz siyasi etkilerin sürdürülmesini zımni olarak kolaylaştıracağı yönündeki kaygıların haklılık payı vardır. CCJE, konunun uzmanı Sayın Oberto'nun, bazı Devletlerde uygulanan gayri resmî atama usulleri ile yargısal atamalardaki açık siyasi etkinin; yargı bağımsızlığının sağlanması için tamamen siyasi olmayan atama organlarının kurulmasının gerekli olduğu nispeten yeni demokrasiler için yararlı modeller olmadığı yönündeki görüşünü dikkate almıştır.

35. CCJE, yeni demokrasilere bir örnek olarak, Çek Cumhuriyeti'nde hâkim atamalarının Adalet Bakanının önerisi ile Cumhurbaşkanı tarafından yapıldığını ve terfilerin (nispeten yüksek dereceli bir mahkemeye atanma veya mahkeme başkanı veya başkan vekili olma) Cumhurbaşkanı veya Adalet Bakanı tarafından yapıldığını tespit etmiştir. Yargısal atamalar için adayları seçen kurullarda hâkimler görev alsa da Yüksek Yargı Konseyi bulunmamaktadır.

36. R (94) 12 Sayılı Tavsiye Kararında hâlihazırda bu alanda dengeli bir duruş sunmaktadır. Tavsiye, bağımsız bir atama mercii öngörerek söze başlamaktadır:

[8] Yukarıdaki 24 sayılı fıkraya bakınız.

“Hâkimlerin mesleğe kabulü ve kariyerleri konusunda karar veren merci hükümet ve idareden bağımsız olmalıdır. Bu merciinin bağımsızlığını güvence altına almak için merciinin üyeleri yargı tarafından seçilmeli ve bu merci kendi usul kurallarını kendisi vazetmelidir.”

Ancak daha sonra oldukça farklı bir sistem ele alarak ve öngörerek devam etmektedir:

“Bununla birlikte, anayasa veya diğer mevzuat hükümleri ile geleneklerin, hâkimlerin hükümetçe tayinine müsaade ettiği hallerde hâkimlerin tayin usullerinin gerçekten şeffaflığını ve bağımsızlığını sağlayıcı teminatlar getirilmeli ve bu kararlar, yukarıda sözü edilen objektif kıstasların dışında hiçbir unsurdan etkilenmemelidir.”

Tavsiye Kararının devamında “teminatlara” ilişkin verilen diğer örnekler, resmi usullerin gevşetilmesine yönelik daha da geniş bir kapsam sunmaktadır; bu örnekler, hükümetin “gerçekten uyacağı” tavsiyeler bildiren özel bir bağımsız organ ile başlamakta, “bağımsız mercinin kararına karşı itiraz hakkı” ile devam etmekte ve “kararları veren mercinin uygunsuz etkilere karşı teminat sağlamasının” yeterli olacağı yönünde zayıf (ve net bir şekilde ifade edilmemiş) bir ihtimalle bitmektedir.

37. Bu formül, 1994 yılı şartlarına dayanmaktadır. Ancak CCJE, anayasal ve hukuki “geleneklerin” daha az dikkate alındığı ve resmi usullerin vazgeçilemeyecek birer ihtiyaç olduğu, genişlemiş bulunan günümüz Avrupa’sında bu formülün nispeten belirsiz ve açık olmasından kaygı duymaktadır. **Bu sebeple CCJE, hâkimlerin mesleğe kabulü veya kariyerleri ile ilgili tüm kararların objektif kıstaslara dayanması ve bu kararların ya bağımsız bir merci tarafından alınması ya da anılan özellikteki kıstaslara dayanılmaksızın alınmalarına engel olacak teminatlara tabi olması gerektiğini değerlendirmesinde bulunmuştur.**

38. CCJE, hâlihazırda Avrupa Devletlerinin kabul etmiş olduğu sistemlerin çeşitliliğini dikkate alarak daha ileriye gitmenin mümkün olmayabileceğini tespit etmiştir. Bununla birlikte CCJE, hem mevcut standart ve uygulamalarda yapılabilecek muhtemel değişiklikleri değerlendirmekten hem de genel kabul görecek standartları geliştirmekten sorumlu bir danışma organıdır. Ayrıca, Hâkimlere İlişkin Mevzuat Hakkında Avrupa Şartı, aşağıdaki ifadeleriyle hâlihazırda R(94)12 Sayılı Tavsiye Kararından önemli ölçüde ileri gitmiştir:

“Mevzuat, bir hâkimin seçilmesini, işe alınmasını, atanmasını, kariyer gelişimini ya da görevinin sona ermesini etkileyen tüm kararlarla ilgili olarak, yürütme ve yasama erklerinden bağımsız ve en azından yarısı yargının en geniş şekilde temsili sağlanarak hâkimler tarafından seçilmiş hâkimlerden oluşan bir makamın müdahalesini öngörür.”

39. Açıklayıcı Notta, bağımsız bir merciinin “müdahalesi” ifadesinin; görüş, tavsiye, öneri veya gerçek bir kararı kapsayacak genişlikte kullanıldığı ifade edilmiştir. Avrupa Şartı halen birçok Avrupa ülkesindeki mevcut uygulamaların ötesindedir. (Beklendiği üzere, 23-26

Haziran 1997 tarihlerinde Varşova'da yapılan Hâkimler Yüksek Kurulları ve hâkim dernekleri toplantısına katılan temsilciler, yargı atamaları ve terfiler üzerinde Avrupa Şartı'nda savunulandan bile daha kapsamlı "kontrol" istemişlerdir.)

40. Anketlere verilen cevaplar, birçok Avrupa Devletinin, atamalar ve (ilintili olduğunda) terfiler konusunda münhasır nitelikte veya daha düşük seviyede yetkiye sahip olan yürütme ve yasamadan bağımsız organlar oluşturduğunu göstermektedir. Örnek olarak Andorra, Belçika, Kıbrıs, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, İzlanda, İrlanda, İtalya, Litvanya, Moldova, Hollanda, Norveç, Polonya, Romanya, Rusya, Slovakya, Slovenya, "Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti" ve Türkiye gösterilebilir.

41. Çek Cumhuriyeti'nde böylesi bir merciinin yokluğu bir zayıflık olarak algılanmıştır. Malta'da böyle bir merci bulunmakla birlikte, atamayı yapan merciinin[9] buradan görüş sormasının ihtiyari oluşu bir zayıflık olarak algılanmıştır. Hırvatistan'da, ilgili merciinin üzerindeki muhtemel siyasi etki bir problem olarak tespit edilmiştir[10].

42. Aşağıdaki sistemler, Avrupa Şartı'nın önerilerini karşılayan yüksek yargı kurullarına ilişkin üç örnek teşkil etmektedir:

i) İtalyan Anayasası'nın 104. maddesine göre bu kurul; Cumhurbaşkanı, Yargıtay Birinci Başkanı ve Başsavcısı, hâkimlerce seçilen 20 hâkim ve Parlamentonun her iki kanadının da katıldığı bir oturumla 15 yıllık üniversite öğretim üyeleri ve avukatlar arasından seçilen 10 üyeden oluşur. 105. madde kapsamında bu kurulun sorumluluğu, "yargı teşkilatına ilişkin düzenlemelere uygun olarak hâkimlerin göreve başlatılması, istihdamı, terfisi ve haklarında disiplin tedbirlerinin alınması" şeklindedir.

ii) Macaristan'ın 1997 tarihli Mahkeme Reformu Kanunu, hâkimlerin atamaları da dâhil olmak üzere mahkemelerin idaresi yetkisini kullanan Ulusal Yargı Kurulunu kurmuştur. Kurul, Yüksek Mahkeme Başkanı (Kurul Başkanı), 9 hâkim, Adalet Bakanı, Ülke Başsavcısı, Baro Başkanı ve Parlamentodan iki vekilin katılımıyla oluşmaktadır.

iii) Türkiye'de Yüksek Kurul hem hâkimleri hem de savcıları mesleğe kabul etmekte ve terfi ettirmektedir. Yargıtay ve Danıştay'dan gelen beş hâkimin de aralarında bulunduğu yedi üyeden oluşmaktadır. Kurulun Başkanı Adalet Bakanıdır ve Adalet Bakanlığı Müsteşarı da Kurulun tabii üyesidir.

43. İrlanda, müşterek hukuk sistemine ait bir örnek teşkil etmektedir. Yargısal Atamalar Kurulu, 1995 tarihli Mahkemeler ve Mahkeme Görevlileri Kanunu'nun 13. bölümü ile kurulmuş ve "yargısal görevlere getirilebilecek kişileri tespit etmek ve Hükümeti bu kişilerin görevlendirilmeye uygunlukları konusunda bilgilendirmek" ile görevlendirilmiştir. Kurul 9 üyeden oluşmakta olup üyeleri şunlardır: Yüksek Mahkeme Başkanı; Üst Mahkemenin, Gezici

[9] Başbakanın tavsiyesi üzerine Cumhurbaşkanı.
[10] Yukarıdaki 20 sayılı fıkraya bakınız.

Mahkemenin ve Bölge Mahkemesinin Başkanları, Başsavcı, Baro Başkanınca tayin edilen ve fiili olarak mesleğini icra eden bir avukat ve Adalet Bakanınca atanan ticaret, finans veya idare konularıyla uğraşan veya bu konularda bilgi sahibi olan veya adli hizmetlerden yararlanmakta tecrübesi olan en fazla 3 kişi. Ancak bu usul, siyasi etkiyi sürecin tamamen dışında tutmamaktadır[11].

44. Alman modelinde (yukarıda ifade edilmiştir) federal veya eyalet düzeyinde oluşuna ve mahkemenin seviyesine göre rolleri değişen kurullar vardır. Tamamen danışma işlevine sahip olan kurullar mevcuttur. Ayrıca, bazı Alman eyaletlerinde, hâkimlerin yetkili Bakan ve hâkimlerin seçiminden sorumlu olan bir komite tarafından ortaklaşa olarak seçilmesi öngörülmüştür. Bu komitenin genellikle veto hakkı vardır. Almanya'da Adalet Bakanının sürece dâhil olması, kendisinin parlamentoya hesap veriyor olması nedeniyle önemli bir demokratik unsur olarak değerlendirilmektedir. Atamayı gerçekleştiren mercinin yalnızca veya çoğunluk olarak hâkimlerden oluşmaması gerektiği hususu da anayasal bakımdan önemli görülmektedir.

45. Geleneğin ve gayri resmî bir iç disiplinin sayesinde ve teamül gereği bağımsız bir basının yakın takibi altında iyi standartların uygulandığı hukuk sistemlerinde dahi son zamanlarda daha objektif ve resmî teminatların gerekli olduğu gitgide daha fazla kabul görmeye başlanmıştır. Diğer devletlerde, özellikle eski komünist ülkelerde, bu ihtiyaç had safhadadır. **CCJE, Avrupa Şartı'nın – demokratik olarak diğer hâkimler tarafından seçilmiş olmak suretiyle hâkimlerin hatırı sayılır düzeyde temsil edildiği[12] bağımsız bir mercinin müdahalesini (görüş, tavsiye, öneri veya fiili bir kararı kapsayacak düzeyde geniş anlamda bir müdahale) savunması bakımından – CCJE'nin de onaylamak ve önermek istediği genel bir istikamette olduğunu değerlendirmiştir. Özellikle demokratik açıdan rüştünü ispatlamış köklü bir sisteme sahip olmayan ülkeler bakımından bu husus büyük önem taşımaktadır.**

Hâkimlik teminatı – görev süresi

46. BM temel ilkelerinde, R (94) 12 sayılı Tavsiye Kararında ve Hâkimlere İlişkin Mevzuat Hakkında Avrupa Şartı'nda kanuni emeklilik yaşına kadar görevlendirilmek üzere atama yapılması yerine yine kanunla belirlenen sabit bir süre için de görevlendirme (atama) yapılması ihtimaline yer verilmiştir.

47. Avrupa Şartı'nın 3.3 sayılı fıkrasında "bir hâkimlik makamına atandıktan sonra, ama bu atamanın daimi hale gelmesinin teyit edilmesinden önce zorunlu olarak kısa tutulacak bir deneme süresinden bahsedilmektedir.

48. Genel olarak Avrupa uygulaması kanuni emeklilik yaşına kadar devam edecek olan tam zamanlı bir atama yapmak yönündedir. Bağımsızlık yönünden bakıldığında en az problem

[11] Yukarıdaki 20 sayılı fıkraya bakınız.
[12] Yukarıda 38-39 sayılı fıkralar bakınız.

doğuran yaklaşım budur.

49. Birçok kara Avrupası sisteminde göreve yeni başlayacak hâkimler için eğitim veya deneme süreleri öngörülmüştür.

50. Bazı ülkelerde bir takım atamalar kısıtlı bir dönem için yapılmaktadır (ör: Alman Federal Anayasa Mahkemesi için bu süre 12 yıldır). Hâkimlerin uluslararası mahkemelerde (örn. Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi) belirlenmiş süreler için görevlendirilmeleri de yaygın bir uygulamadır.

51. Bazı ülkeler (Birleşik Krallık, Danimarka vs.) ayrıca tam zamanlı hâkimlere göre daha kısıtlı veya daha az korunan bir hâkimlik teminatına sahip olan hâkim yardımcılarını da geniş ölçekte görevlendirmektedirler.

52. CCJE, istisnai olarak, tam zamanlı bir yargısal atamanın kısıtlı bir dönem için olabildiği hallerde, şu şartlar sağlanmadığı sürece bu sürenin yenilenebilir olmaması gerektiğini değerlendirmektedir:

i. Kendisinin istemesi halinde, hâkim atamayı yapan organ tarafından yeniden görevlendirilmek üzere değerlendirilmelidir;
ii. Yeniden görevlendirme kararı, siyasi mülahazaları dikkate almaksızın tamamen objektif ve yalnızca liyakate dayalı olarak verilmelidir.

53. **CCJE, görev süresinin geçici veya sınırlı olması hallerinde, görevlendirme veya yeniden görevlendirme usullerinin objektiflik ve şeffaflığını temin etmekten sorumlu olan organın özel bir öneme sahip olduğunu değerlendirmektedir (ayrıca bkz. Avrupa Şartı'nın 3.3 sayılı fıkrası).**

54. CCJE, ortaya koyduğu değerlendirmelerin uluslararası düzeydeki hâkimlerin pozisyonuna ilişkin özel bir atıfta bulunmadığının farkındadır. CCJE, 1998 tarihli Akil İnsanlar Raporu'nda (*Wise Persons' Report*) yer alan ve ulusal yargı kurumları ile doğrudan işbirliğinin güçlendirilmesi gerektiğini ifade eden tavsiye kararı (no. 23) ile doğmuştur ve bunun ardından Adalet Bakanlarının Kişinev'de 17-18 Haziran 1999 tarihinde düzenledikleri 22. toplantılarında kabul ettikleri 1. sayılı Kararda CCJE'nin görevi: "Avrupa'da hâkimlerin rolünü güçlendirmek ve Avrupa Konseyinin hukuki belgelerinin güncellenmesi gerekip gerekmediği konusunda tavsiyede bulunmak" için hazırlanan genel eylem planında belirlenen önceliklerin yerine getirilmesine yardımcı olmak şeklinde tanımlanmıştır. Genel eylem planı ağırlıklı olarak üye devletlerin ulusal hukuk sistemlerine odaklanmıştır. Ancak Avrupa Konseyine üyelik şartları arasında "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi"nin bulunduğu ve bu manada "uluslararası hukuk düzeninde bağlayıcı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yargılama yetkisine tabi olmanın Avrupa Konseyinin en önemli standardı olduğu" unutulmamalıdır (Akil İnsanlar Raporu, 9. fıkra).

55. CCJE, uluslarüstü mahkemelerin ulusal hukuk sistemleri bakımından giderek artan öneminin, üye Devletlerin böylesi uluslarüstü mahkemelerde görev yapan hâkimlerin bağımsızlıkları, azledilememeleri, atanmaları ve görev süreleri konusundaki ilkelere (özellikle yukarıdaki 52. fıkraya bakınız) uymalarını teşvik etmeyi gerekli kıldığını değerlendirmektedir.

56. **CCJE, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği sözleşmeleri gibi uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerin ulusal hukuk sistemleri ve hâkimler bakımından taşıdığı önemin, bu tür metinleri yorumlayan mahkemelere yapılacak atama ve yeniden atamaların da aynı derecede güven uyandırmasını ve ulusal hukuk sistemlerinde takip edilen ilkelere uygun olmasını kaçınılmaz kıldığı görüşüne varmıştır. CCJE, ayrıca 37 ila 45. fıkralarda bahsedilen bağımsız mercinin, uluslararası mahkemelere yapılacak atama ve yeniden atama süreçlerine dâhil edilmesinin teşvik edilmesi gerektiğini değerlendirmiştir.** Avrupa Konseyi ve bağlı kurumları, kısaca ifade etmek gerekirse, herhangi bir üye Devletin bağımsız olarak sahip olduklarından daha üstün tutulan ortak değerlere yönelik inanç temelinde kurulmuşlardır ve bu inanç hâlihazırda pratik açıdan hatırı sayılır düzeyde etki doğurmuştur. Bu değerlerin uluslararası seviyede uygulanması konusunda ısrarcı olunmaması halinde değerlerin bizzat kendisi ve bunların ortaya konulup uygulanmasına ilişkin süreçler zarar görebilecektir.

Hâkimlik teminatı – azledilememe ve disiplin

57. Mecburi emeklilik yaşına ulaşıncaya veya önceden belirlenen görev süresi doluncaya kadar hâkimlik teminatının sağlanması yargı bağımsızlığının temel taşlarından birisidir: Bkz. BM temel ilkeleri 12. fıkrası; R (94) 12 sayılı Tavsiye Kararının I(2)(a)(ii) ve (3) sayılı ilkeleri ile VI (1) ve (2) sayılı ilkeleri. Avrupa Şartı, bu ilkenin ilgilinin rızası olmaksızın farklı bir birime veya farklı bir yere tayin edilmesini de içerdiğini (mahkeme sisteminin yeniden yapılandırılması halleri ile geçici haller hariç) ifade etse de hem Şartta hem de R (94) 12 sayılı Tavsiye Kararında görev değişikliğinin bir disiplin yaptırımı olarak uygulanabileceği üzerinde durulmaktadır.

58. CCJE, Çek Cumhuriyeti'nde mecburi bir emeklilik yaşı bulunmamakla birlikte "65 yaşına ulaşmasının ardından bir hâkimin Adalet Bakanı tarafından görevinden ayrılması" istenebilmektedir.

59. Özellikle disiplin yaptırımları ile ortaya çıkan azledilememe konusundaki istisnaların varlığı, hızla, hâkimlerin kim tarafından, hangi usulle ve hangi esaslara dayalı olarak disiplin yaptırımına tabi tutulabileceğini akla getirmektedir. R (94) 12 sayılı Tavsiye Kararının VI(2) ve (3) sayılı ilkeleri, hâkimlerin görevden alınmasına sebep teşkil edebilecek suçların kesin bir şekilde tanımlanması ve disiplin süreçlerinin İnsan Hakları Sözleşmesi'nin usule uygunluk şartlarıyla uyumlu olması hususlarında ısrar etmektedir. Bunun ardından yalnızca "devletler, mahkemenin yetki alanına girmeyen hallerde her türlü disiplin cezası ile tedbiri almakla görevli olan ve kararları üst derecede bir yargı organınca kontrol edilecek veya kendisi üst derecede bir yargı organı sıfatıyla hareket eden özel bir organı kanunla kurmayı düşünmelidirler"

denilmektedir. Avrupa Şartı, bu rolü tüm hâkimlerin mesleğe kabul ve kariyerlerine ilişkin bütün hususlarda "müdahale" etmesi gerektiğini önerdiği bağımsız mercie yüklemektedir.

60. **CCJE aşağıdaki değerlendirmelerde bulunmaktadır:**

(a) Hâkimlerin azledilememesi, en üst düzey iç hukuk düzenlemelerinde yer alan bağımsızlık kavramının açık bir unsuru olmalıdır (yukarıdaki 16 sayılı fıkraya bkz.);

(b) Savunma haklarını tam olarak teminat altına alan bağımsız bir mercinin[13] müdahalesi, disiplin konularında özel bir öneme sahiptir;

(c) Yalnızca görevden alınmayı gerektirecek fiilleri değil, aynı zamanda mahkeme veya görev yeri değişikliği de dâhil olmak üzere herhangi bir disiplin işlemi veya statü değişikliğini gerektirecek fiilleri de tanımlayan standartlar geliştirmek yararlı olacaktır.

Davranış standartlarının bağımsızlık konusuyla yakından ilişkili olduğu hususunda şüphe olmasa da CCJE, doğrudan davranış standartlarını ele aldığı daha sonraki bir aşamada Avrupa Hukuki İşbirliği Komitesinin (CDCJ) değerlendirmesine sunulmak üzere bu hususta taslak metinler içeren detaylı bir görüş hazırlayabilir.

Maaş

61. R **(**94) 12 sayılı Tavsiye Kararında hâkimlerin "maaşlarının kanun ile teminat altına alınması gerektiği" ve "mesleklerinin onuru ve taşıdıkları sorumluluk ile uyumlu olması" gerektiği ifadelerine yer verilmiştir (I(2)(a)(ii) ve III(1)(b) sayılı ilkeler). Avrupa Şartı, "kararlarını ve daha genel anlamda davranışlarını hedef alan baskılara" engel olmada maaşların yeterliliğinin oynadığı role ve iş göremezlik ödemesi teminatının ve emeklilik ödemelerinin yeterli olmasının önemine ilişkin önemli, mantıklı ve gerçekçi bir açıklama içermektedir (6. fıkra). **CCJE, Avrupa Şartı'nın ifadesini tamamıyla uygun bulmuştur.**

62. Her ne kadar bazı sistemlerde (örn. İskandinav ülkeleri) mesele gelenek haline gelmiş uygulamalar ile çözüme kavuşturulsa da CCJE genel olarak (özellikle yeni demokrasiler söz konusu olduğunda) yargı mensuplarının maaşlarını tenzilata karşı koruma altına almak ve uygulamada en azından hayat pahalılığı ile paralel bir şekilde gerçekleşen maaş artışlarını sağlamak üzere konuya özgü hukuki düzenlemeler yapılmasının önemli olduğunu değerlendirmektedir.

Uygunsuz harici etkilerden bağımsızlık

63. Uygunsuz harici etkilerden bağımsızlık, genel kabul gören bir ilkedir: Bkz. BM temel ilkelerinin 2. fıkrası ve "Hâkimlerin üzerinde bu şekilde nüfuz kurmayı amaçlayan kişilere karşı

[13] Yukarıdaki 37 ve 45 sayılı fıkralara bakınız.

kanunla yaptırımlar öngörülmelidir" ifadesini içeren R (94) 12 Sayılı Tavsiye Kararının I(2)(d) numaralı ilkesi. Uygunsuz harici etkilerden bağımsızlık ve haddi aşan hallerde yaptırım ihtiyacı, genel ilkeler olarak tartışılmaz konumdadırlar[14]. Ayrıca, CCJE'nin üye Devletlerin kanunlarında bu ilkelerin gereği gibi düzenlenmediğini düşünmesine sebep olacak bir durum da yoktur. Diğer taraftan, bu ilkelerin uygulamaya dönüştürülmesi dikkat, hassasiyet ve bazı durumlarda siyasi kısıtlamalar gerektirmektedir. Farklı Devletlerden gelen hâkimlerle yapılacak fikir alışverişleri ve onların anlayış ve desteği bu konuda yararlı olabilecektir. Zorluk neyin uygunsuz etki olduğunu tayin etmek ile adlî süreci siyasetin, medyanın veya başkalarının baskı ve saptırmasına karşı koruma ihtiyacı ile kamu yararı ile ilgili konuların kamuoyunda ve özgür bir medyada tartışmanın yararlılığı arasında bir denge kurmak noktalarında ortaya çıkmaktadır. Hâkimler kamuya mal olmuş kişilikler olduklarını kabul etmeli ve alıngan veya kırılgan bir yapıya sahip olmamalıdırlar. **CCJE, mevcut ilkenin değiştirilmesine gerek olmadığı ancak farklı ülkelerde görev yapan hâkimlerin özel durumlar konusunda karşılıklı tartışmalarının ve görüş alışverişinde bulunmalarının yararlı olabileceği kararına varmıştır.**

Yargı içinde bağımsızlık

64. Temel husus, bir hâkimin görevini yerine getirirken hiç kimsenin çalışanı olmadığı, bir devlet vazifesinin sahibi olduğu hususudur. Bu nedenle hâkim yalnızca hukukun hizmetçisidir ve yalnızca hukuka hesap verir. Bir davada karar verecek hâkimin yargının içinden veya dışından bir üçüncü şahsın emir veya talimatı ile hareket etmeyeceği tabiidir.

65. R (94) 12 Sayılı Tavsiye Kararının I(2)(a)(i) numaralı ilkesinde "hâkimlerin kararları kanunun öngördüğü temyiz usulü dışında hiçbir incelemeye konu olmamalıdır" ve I(2)(a)(iv) numaralı ilkesinde "genel ve özel af gibi kararlar dışında, hükümet veya idare geriye dönük işletilmek suretiyle yargı kararlarını geçersiz kılacak şekilde karar alamamalıdır" denilmektedir. **CCJE, anketlere verilen cevaplarda bu ilkelere genellikle uyulduğu ve herhangi bir değişikliğin önerilmediğini tespit etmiştir.**

66. CCJE, dâhili bir yargısal hiyerarşinin varlığının yargı bağımsızlığına karşı muhtemel bir tehdit olabileceğine işaret etmektedir. CCJE, yargı bağımsızlığının yalnızca uygunsuz dış etkilerden uzak olmaya değil, aynı zamanda zaman zaman diğer hâkimlerin tutumları ile ortaya çıkabilecek olan dâhili etkilerden de bağımsız olmaya dayandığı görüşündedir. "Hâkimler; vicdanlarına, olaylara ilişkin yorumlamalarına ve kanunun açık hükümlerine göre davalar hakkında tarafsız biçimde karar vermek noktasında sınırsız bir özgürlüğe sahip olmalıdırlar. (R (94) 12 sayılı Tavsiye Kararı, I (2)(d) numaralı hükmü. Burada hâkimler bireysel olarak ele alınmışlardır. İfade ediliş biçimi, müşterek hukuk sistemindeki emsal karar uygulaması (alt derece mahkemesindeki hâkimin yüksek mahkemenin mevcut davadaki hukuki meseleyle aynı olan bir meselede daha önce ortaya koymuş olduğu içtihada uyma mecburiyeti) gibi doktrinleri

[14] Ayrıca bkz. AİHS'nin 10. maddesinde genel ifade özgürlüğü ilkesi ile istisnai koşullar (bu noktada yargının yetki ve tarafsızlığını idame ettirmek için adımlar atılması gerekir) arasındaki denge.

reddetmemektedir.

67. I (2)(d) numaralı ile şöyle etmektedir: "Hâkimler, davalarının esası hakkında, yargı dışında hiç kimseye hesap vermek zorunda bırakılmamalıdırlar". Bu, her açıdan belirsizdir. Davaların esası hakkında yargının diğer mensuplarına bile "hesap verilmesi", başlı başına bireysel bağımsızlık ile çelişmektedir. Bir kararın disiplin suçu teşkil edecek kadar uygunsuz olması halinde durum farklı olabilir; ancak bu uzak ihtimalde dahi hâkim "hesap veren" konumunda değil, bir suçlamaya cevap veren konumunda olacaktır.

68. Birçok hukuk sisteminde üst dereceli mahkemelere verilmiş olan hiyerarşik yetkiler, uygulamada bireysel yargı bağımsızlığına zarar veriyor olabilir. Tüm ilgili yetkilerin, yargı içinde ve dışında bağımsızlığı sağlayacak olan bir Yüksek Yargı Kuruluna devredilmesi bu meseleye dair bir çözüm olabilir. Bu durum, Hâkimlere İlişkin Mevzuat Hakkında Avrupa Şartı'nda sunulmuş olan tavsiyeyi akla getirmektedir ki *atama ve danışma organları* başlığı altında da bu tavsiyeye dikkat çekilmiştir.

69. Mahkeme teftiş sistemlerinin bulunduğu ülkelerde bu sistemler; kararların esası veya doğruluğu ile ilgilenmemeli ve hâkimleri, adalet arayan kişilerin menfaatlerine uygun, itinayla değerlendirilmiş bir karara varmak şeklinde ifade edilebilecek görevlerini gereği gibi yerine getirmektense etkinlik gerekçesiyle üretken olmaları doğrultusunda yönlendirmemelidir[15].

70. CCJE, bu manada yukarıdaki 30. fıkrada tarif edilmiş olan ve derece, maaş ve görevin birbirinden ayrıldığı modern İtalyan sistemini dikkate almıştır. Bu sistemin amacı bağımsızlığı güçlendirmektir ve bu aynı zamanda zorlu asliye davalarının (örn. İtalya'da mafya davaları) yüksek nitelikli hâkimler tarafından görülmesi anlamına gelmektedir.

Hâkimin rolü

71. Bu başlık oldukça geniş bir alanı kapsayabilir. Bu alanın büyük bir kısmı, CCJE standartlar konusunu ele alırken detaylı bir şekilde incelenecektir ve o zaman kadar ele alınmaması yerinde olur. Bu, bir siyasi partiye üyelik ve siyasi faaliyetlerde yer almak konuları için de geçerlidir.

72. CCJE'nin toplantıları esnasında ele alınan önemli bir konu da bazı sistemlerde hâkimlik, savcılık ve Adalet Bakanlığı bürokratlığı arasında geçişin mümkün olmasıdır. Bu geçişliliğe karşın CCJE savcıların rol, statü ve görevlerinin hâkimlerinkilerle paralellik içinde değerlendirilmesinin, CCJE'nin görev sınırlarının dışında kaldığını değerlendirmiştir. Ancak, böyle bir sistemin yargı bağımsızlığına uygun olup olmadığı meselesinin ele alınması gerekmektedir. Konudan etkilenen hukuk sistemleri bakımından bunun yüksek önem taşıdığı açıktır. **CCJE, ileri bir aşamada, bu konuyu daha detaylı olarak ele alabileceğini, bu çalışmanın hâkimler için davranış kuralları konusu ile bağlantılı olarak**

[15] Ayrıca yukarıdaki 27. fıkraya bakınız.

yürütülebileceğini, ancak her halükarda daha geniş ölçüde uzman katkısına ihtiyaç duyulduğunu değerlendirmiştir.

Sonuçlar

73. CCJE, üye Devletler bakımından en hayati meselenin hâlihazırda geliştirilmiş olan ilkelerin tam olarak uygulanmasını sağlamak olduğunu değerlendirmiş ve hâkimlerin bağımsızlığı, etkinliği ve rolüne dair R (94) 12 sayılı Tavsiye Kararında yer alanlar başta olmak üzere ilgili standartları inceledikten sonra şu sonuçlara ulaşmıştır:

(1) Yargı bağımsızlığına dair temel ilkeler tüm üye Devletlerde anayasa veya mevcut olan en yüksek iç hukuk normlarıyla ve bu alandaki daha detaylı kurallar da en az kanun düzeyinde düzenlenmelidir (16. fıkra).

(2) Üye Devletlerde atama ve terfileri gerçekleştiren veya bu konuda görüş bildiren makamlar; hâkimlerin mesleğe kabulünde ve kariyerlerinde niteliklerinin, dürüstlük, yetenek ve etkinliklerinin gözetilmesini ve liyakat esasına dayanmasını temin edecek objektif kriterleri geliştirmeli, yayımlamalı ve yürürlüğe koymalıdır (25. fıkra).

(3) Kıdemlilik terfiyi düzenleyen temel ilke olmamalıdır. Ancak, mesleki tecrübenin yeterliliği önemli bir husustur ve tecrübe uzunluğuna dayalı şartlar bağımsızlığı destekleyebilir (29. fıkra).

(4) CCJE, Avrupa Şartı'nın – demokratik olarak diğer hâkimler tarafından seçilmiş olmak suretiyle hâkimlerin hatırı sayılır düzeyde temsil edildiği bağımsız bir mercinin müdahalesini (görüş, tavsiye, öneri veya fiili bir kararı kapsayacak düzeyde geniş anlamda bir müdahale) savunması bakımından – CCJE'nin de onaylamak ve önermek istediği genel bir istikamette olduğunu değerlendirmiştir (45. fıkra).

(5) CCJE, görev süresinin geçici veya sınırlı olması hallerinde, görevlendirme veya yeniden görevlendirme usullerinin objektiflik ve şeffaflığını temin etmekten sorumlu olan organın özel bir öneme sahip olduğunu değerlendirmiştir (bkz. Avrupa Şartı'nın 3.3 sayılı fıkrası) (53 sayılı fıkra).

(6) CCJE, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği sözleşmeleri gibi uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerin ulusal hukuk sistemleri ve hâkimler bakımından taşıdığı önemin, bu tür metinleri yorumlayan mahkemelere yapılacak atama ve yeniden atamaların da aynı derecede güven uyandırmasını ve ulusal hukuk sistemlerinde takip edilen ilkelere uygun olmasını kaçınılmaz kıldığı görüşüne varmıştır. CCJE, ayrıca 37 ila 45. fıkralarda bahsedilen bağımsız merciinin, uluslararası mahkemelere yapılacak atama ve yeniden atama süreçlerine dâhil edilmesinin teşvik edilmesi gerektiğini değerlendirmiştir (56 sayılı fıkra).

(7) CCJE hâkimlerin azledilememesinin, en üst düzey iç hukuk düzenlemelerinde yer alacak

bağımsızlık kavramının açık bir unsuru olması gerektiğini değerlendirmiştir (60 sayılı fıkra).

(8) Hâkimlerin maaşları, rol ve sorumluluklarıyla orantılı olmalıdır ve iş göremezlik ödemeleri ve emekli maaşları yeterli düzeyde temin edilmelidir. Yargı mensuplarının maaşları tenzilata karşı koruma altına alınmalı ve hayat pahalılığındaki artışlara uygun şekilde düzenlenmelidir (61-62 sayılı fıkralar).

(9) Herhangi bir hâkimin görevini ifası esnasındaki bağımsızlığı, her türlü dâhili mahkeme hiyerarşisinden bağımsız olarak mevcuttur (64 sayılı fıkra).

(10) İstatistiksel bilgilerin kullanımı ve mahkeme teftiş sistemleri, hâkimlerin bağımsızlığına halel getirmemelidir (27 ve 69 sayılı fıkralar).

(11) CCJE, işbu görüş ve CCJE tarafından ileride yapılacak çalışmalar ışığında yeni tavsiye kararlarının hazırlanması veya R (94) 12 Sayılı Tavsiye Kararının tadil edilmesinin yararlı olacağını değerlendirmiştir.

Bu metin Avrupa Konseyi'nin katkılarıyla Türkçeye çevrilen gayri resmi tercümedir.