

YARGIÇLARIN DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ'NÜN GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ

Hilmi ŞEKER

<https://hukukbook.com/yargiclarin-dusunce-ozgurlugunun-gorunum-bicimleri/>

Venedik Komisyonu 103. Genel Kurulu Perspektifinden Yargıçların Düşünce Özgürlüğü'nün Görünüm Biçimleri Özet: Çalışma büyük ölçüde Venedik Komisyonu'nun[1] yargıcın düşünce ve ifade özgürlüğünün kapsam ve sınırlarını belirleyen özlü raporu referans alınarak, yargıcın, devlet ile toplumun ürettiği değerler arasındaki kadim çekişmede nerede konuşlanması gerektiğini birçok parametre üzerinden izlemeye almıştır.

Ceza adalet sistemini sevk ve idare eden adil yargılanma hakkını sürdürülebilir kılan yansızlık ile gücü ve kaynakların kontrol ederek daha demokratik bir kamusal alan inşa etmeye adanan düşünce özgürlüğü arasındaki politik mücadelenin özellik geliştirmesi denge arayışlarını daha çok mesai yapmaya zorlamaktadır. Yansızlıkla ittifak eden yasaklarla, düşünceyle çalışma arkadaşlığı yapan özgürlükler arasındaki çelişki, eş zamanlı olarak yargıcın kişiliği ile kimliği arasındaki kadim paradoksa tekabül eder. Baskılanan yargıç kişiliği, özgürlükleri istismar eden sinsi bir kimliğin sığınağıdır ve prototip bu formun, demokrasi için bir tehlikeye dönüşeceğini not etmek gerekmektedir.

Yargıcın demokrasiye katkı sunabilmesi, devlet akli ve grameriyle arasına mesafe koymasına, yansızlığı ile düşüncesi arasındaki yarış rasyonel temeller üzerinden sevk ve idare yeti ve yeteneğini geliştirmesine bağlıdır. Çalışma, kamusal tedrisat ve türevleriyle vücuda getirilen anestezi kişiliğin, önünde sonunda özgürlükleri hedefleyen bir kamusal kimliğe dönüşmemesi için asgari bir çabanın ne olması gerektiğine de odaklanmaktadır.

Anahtar Kavramlar: Yargıcın yansızlığı, düşünce özgürlüğü, yargıç ve politika, toplum, demokrasi, devlet

Yargıç, adliyede çile çekmeye adanmış ömür, hukukla oturup kalkan mümin, hakikati kıble edinen münzevi değildir. Orta Çağ'ın geliştirdiği tek yargıçlı düzene karşı, çok yargıçlı sistemle verilen tepki, yargıçlar arası diyalektiğin düşünce ile aşılmasına dair jenerik anlayışa veya öze dönüşten başkası değildir. Modern anlamda yargıcın düşünce özgürlüğünün temelini, düşünceleri yarıştıran hükme erişme isteği veya yargıçlar katındaki yargısal diyalektik atar. Beccaria'nın yargısal diyalektiği çok yargıçla kurma keşfini iç cebinde taşıyıp, zulümden köşe bucak saklandığı dönemler (Beccaria, 2004), orta çağın düşünceye kan kusturduğu, düşünce

suçlularını şehrin yüksek tepelerinde dumanlı ölümle cezalandırdığı zor zamanlar, (Macdonell, 1939) diğerleri gibi yargıcı da özgürlükle buluşturmuştur. Yargıcın özerkliği, düşünce özgürlüğünün nevi şahsına münhasır uzantısından ötesi değildir.

Yargısal diyalektiğe hayat veren hukuki düşünce, bu iklimin tezahürü, düşünce özgürlüğünün uzantısıdır. Tezlerin düşünsel yarışı olmadan yargılama ve hüküm inşa edilemez. Hüküm sadece yargılananların düşünce özgürlüğünün değil, eş zamanlı olarak yargıçların temellendirilmiş düşüncelerinin özel formudur. Toplum ile yargıç arasındaki ilişki alma-verme ilişkisidir. Her verme bir almadır. Dolayısıyla yargıç kendinde olmayanı başkasına veremeyeceği gibi, toplum kendinde olmayanı yargıca veremez. Mahkeme salonları, sokaktan azade değildir. Ya da sokak muhakemenin kaynağıdır. Ayna olmayanı yansıtmaz.

Yargıcın resmi rol ve işlevi ile sokaktaki düşünsel özgürlük arasındaki bağ yoğun, yaygın ve güçlüdür. Buradaki her kırılmanın yargılamayı etkisine alacağını unutmamak gerekir. Bağımsızlık, sokakla iletişimsizlik, yansızlık doğa, toplum ve kamuyla ilişkisizlik değildir. Yansızlık ve türevleri ile temin edilmek istenen, hükmü ve yargılamayı lekelememek veya süreci adil olmayanla kirletmemektir. Hükmün bağlayıcılığı ve saygınlığını örseleyen her girişim zehirlenme potansiyeline sahiptir.

O halde yargıcın yargısal faaliyetini besleyecek ilişkilerle hükmün zehirlenme potansiyeli arasındaki denge, ilişkisizlik ve iletişimsizlikle inşa edilme fikri tartışmalıdır. Yargıcın toplumun evladı, ferdi veya bileşeni olarak, yansızlığını pekiştirmek ve nesnelliğini riske edecek doğrudan ve dolaylı gelişmelere duyarsız ve kayıtsız kalamaz. Kayıtsızlık yansızlık değildir, aksine bağımsızlık varlığını tehlikeye atacak güçlerle bireysel ve kurumsal mücadeleyi gerekli ve zorunlu kılar.

Yargıcın, düşünce özgürlüğünün tüm varyant ve araçlarından yararlanarak giriştiği mücadelenin meşruiyeti, öznel yansızlık kurallarını ihlal veya bağımsızlığı güçlerle bütünleşme ile mahduttur. Kuvvetlerin bütünleşme potansiyeline çağrı yapan her girişim, kendisini mücadele ile peçelese de öznel yansızlık için risklerle karşılaşmanın sıfır noktası, yozlaşmanın başlangıcı sayılır. O halde, yargıcın özeldir yargısal diyalektiğin geleceği ve kurumsallaşması için, genelde bireysel ve kamusal özerkliği için giriştiği her çaba meşrudur.

Yargıcın güç, iktidar veya idare ile bütünleşmesi, özgürlüğün uyumlulukla sönümlenmesi veya gücün girdabına girerek, fonksiyonel ve kurumsal özgürlüğüne son vermesi riskine gebecektir. Dolayısıyla yargıçlığın doğası, uyumlulukla bağdaşan bir bünye ve doğa olarak nitelendirilemez. Yargıç, yürütme ile özdeşleştiğinde veya uyumlu bir yaşama özgülendiğinde araçsallaşır. Uyum, uzun sürdüğünde ve kurumsallaştığında ortaya, anestezi bir yaşam çıkar. Bu yaşam

tarzı, yargıcın yaşama bağı koparıırken, gerisinde sinik bir kişilik bırakır. Sinik kimlik, atideki konsolide güç, güçle bütünleşmiş sinsi politik kimliktir. Bu kimlik sıkça eleştirilen yargıç kimliği ile özdeşleşen profildir artık.

Hibrit bir araç ve aygıt olarak, siyasi ideolojik ve ekonomik düzenin kurucusu, sürdürücüsü ve tahkim edicisidir. İdeoloji ve politik talebin gerektirdiği şiddet, yargının da bileşeni olduğu bürokratik güçlerin işidir. Devletin hem ideolojik hem de şiddet aracı olarak, ele geçirilmesi ve burada tutulması gerekmektedir. Yansızlık, ideolojik ve şiddet aracı olmaklık misyon ya da fonksiyonuyla çevrilidir. Kendine özgü bu enterne biçiminde yargıcın yansızlığı başkasıdır.

Yargıcın ifade özgürlüğü, devletin misyon ve hedefleriyle sınırlıdır. Devletin ifade özgürlüğünün sınırı ile yargıcın özgürlük sınırı özdeştir ve bu özdeşliğin yazgısını kurucu belge tayin eder. Devleti kuran üç temel bileşenden önemlisi olan yargıcın, kaynağını toplumsal hareketlerden alan bir düşünce özgürlüğünün hamisi ve kullanıcısı olması beklenemez. Yargıcın düşünce özgürlüğünün toplumsal referanslardan veya yargıçların ifade özgürlüğünün toplumsal ve demokratik bir geçmiş veya öncüden beslendiği söylenemez.

Yargıçların ifade özgürlüğü, umumiyetle akademik değerleri çiğneyen bir hukuk eğitimi tarafından sınırlanmış olması, ifade özgürlüğünün toplumla ilişki kurması, sokağın bir parçası olmasını önlemiştir. Yargıcın neyi öğreneceği, ne kadar öğreneceği veya nasıl yorumlayacağına varıncaya kadar hemen her şeyi devletin ideolojik aygıtı niteliğindeki hukuk eğitimi tarafından belirlenmektedir. Bunlara atideki yargıyı tasarlayan beş yıllık ya da periyodik kalkınma planı veya stratejik planları dahil etmek mümkündür.

Yargıcın ne dediği ya da özgürlüğe sığınan sözün ne söylediği veya doğruyu söyleyip söylemediği önemli değildir. Doğruyu söylemesi, yansızlığını çiğneyerek kimliğinden uzaklaşması manasına gelir. Kimlik, düşünce özgürlüğünü hükümden düşüren ortak akılla doktrine dahil edilen yargıcın kisvesidir.

Akademinin, yargıcı devletin uzantısı olarak konuşlandırması ve özgürlüğünü yansızlıkla sınırlaması, yansızlığı devlet akıyla sınırlayan öznel bir kurum ve kavrama dönüştürmüştür. Staj, öteden beri bir dönüştürme, örseleme ve biçimlendirme mekaniği olarak, kullandığı muhtelif pedagojik teknikle, ideolojik üst akıl ve aygıtın vesayet aracı ve propaganda merkezi olarak işlev görmektedir. Yargıcı toplumdaki demokratik tahayyül ve tasavvurlardan koparan öznel kendinden menkul bir tarafsızlık ve bağımsızlık etrafında dönmeye ve onu kültürleştirmeye icbar etmiştir.

Düşünce özgürlüğü, öznel ve nesnel yansızlığın inşa ettiği ilişkisizliğin girdabında yok edilmiştir. Sokakla teması kesilen yargıcın, devletin bileşeni olarak bireysel, kamusal ve toplumsal

alana demokrasiye katkı sunması mümkün değildir. Yargıcılık devletle özdeşleşmek değil, gücün orantısızlığının yarattığı risklerle bireysel, kamusal ve toplumsal gerekçelerle mücadelenin adıdır. Mücadeleyi ayakta tutan ve yaşatan kamusal özerklikten ziyade bireysel özerklik ve özgürlüktür. Yargıcın, toplumsal, kültürel sermayesi devletle kurduğu ilişki sebebiyle, özerkliğini yitirerek ideolojik ve politik bu alanda eriyerek, güçle özdeşleşmektedir.

Yansızlık ve bağımsızlık dar, sığ ve öznel yorumlarla yargıcı yaşamın satır aralarından koparacak denli abartılarak, yargıcın geleneklere, devlet aklına içerden saldırması, eleştiri, itiraz ve şikayetlerle akli ve gücü paylaşması ve aşındırması önlenmektedir. Kişiliğin kimlikle mücadelesi, kimliğin kişiliği örselemesini önleme gizilgücü ihtimal dışı bırakılmaktadır. Öznelleşerek, devlet aklıyla özdeşleşen yansızlık, yargıcın düşünme, düş kurma, gerçekleştirme yetilerini köreltmekte, düşün oluşturma, yaymasını önleyen örtülü bir rol ve işlev üstlenmektedir. Toplumsal yapının bileşeni, kamusal alanın uzantısı olarak, yarını belirleme ve kamusal bireysel ve toplumsal geleceğini tayin hakkını kullanma özgürlüğü iğdiş edilmektedir.

Negatif özgürlük bu anlamda öznel ve nesnel yansızlığın girdabında çürümeye terk edilmekte, kısıtlanmakta ve ortadan kaldırılmaktadır. İçine kapanan yargıcın somut olay adaleti üzerinden yargılanan nesne ve özneyi okuması olasılığa indirgenmektedir. Yargıcın başka olasılıkların varlığını araştırma ve bu olasılıktan yararlanarak uyumsuzluğu adalete ve gerçeğe dönüştürmesi mümkün olmamaktadır. Yasaklarla çevrili hakikat dünyasında, yargıç, devletin tekçi anlayışının ürettiği rezervle yaşamaya, bu birikimi yeniden üretmeye ve revize etmeye mahkûm edilerek, yargılama ve hukukun görelilikle arası açılmaktadır.

Pozitif özgürlük, ifade özgürlüğünü teşvik eden ve onun yayılmasına ve oluşmasına izin veren bir özgürlüktür. Buradan bakıldığında, yansızlık negatif özgürlüğün önüne dikilirken, yargıcın düşünsel özerkliğini koruyan kollayan ve kurumsallaştırmaya izin veren özel bir düzenlemeden söz etmek mümkün değildir.

Yargıçların toplumun bileşeni olarak, her ne kadar ideolojik tahakkümün dönüşümün baskısına maruz kalsalar da politik, toplumsal ve kültürel sermayelerini koruma ve kürsüye taşımaya başarabilmektedirler. Özgürlük hareketlerinden etkilenseler de kadın, etnik, dini, cinsel bağlamlı fobilerinin vücuda getirdiği iklimde yaşamayı sürdürürler ve dolayısıyla düşünce suçlarında, kaideten özgürlükçü ve nesnel bir tutum sergilediklerini söylemek mümkün değildir. Yargıcın, kendinde olmayı kamu, toplum ve bireye vermesi beklenmemelidir. Takrir-i sükûn ve türevleri, toplumun ifade özgürlüğü üzerinden yönetime katılma ve gücü kontrol etme arzusu engellenmiştir. Kökleri derinlerdeki bu kodlarla düşünce özgürlüğüne karşı sürdürülebilir mücadele soluklanmış değildir.

İstisna hukuku, düşünce özgürlüğü üzerinden hakikatlere ilişmesi konusunda hassastır ve yargıcı istisna hukukunun öznel sınırı dışında tutmak doğru değildir. Düşünce özgürlüğünün sınırını belirleyen, devlet ve uzantılarıdır. Gelenekler, örtülü normlar, pozitif hukuk, idari ve yargısal kararlar şeklinde uzayabilen bu kapsamı belirleme tekeli devletindir. Toplumsal muhalefet, Devletle iş birliği yapan geleneğin içinden çıkan yargının ve yargıcın ifade özgürlüğünü savunması hayaldir. Böyle bir iklimde, yargıcın demokratik bir hakkı kullanması mümkün değildir.

Yargıcın bireysel, kamusal ve toplumsal işlevi ile yargı fonksiyonu arasındaki bağ, yargıca inzivayı yasaklar. İnziva düşünceyi deme yatırma, olgunlaşarak yücelmeye tekabül etse de uyumluluğun yargıcı nefsi ile ayakta tutma ve terbiye etme anlayışının enfes buluşudur. Bu buluşun sahibi, moderniteden başkası değildir. Kavramlarla haddinden fazla oynayan, şekil şemail ustası modernite, yargıcın düşünsel özerkliği ve tezahür varyantlarının karşısına kendi imalatı olan yansızlık ve özerkliği çıkarmaktadır.

Yansızlık, hükmü ve yargılamayı korumak yerine, düşünce ve kaynaklarına taarruzunu yargıcı bu kavramlarla oyalayarak gerçekleştirmektedir. Yargıç dikkatli olmak, kendisini sokak, siyaset ve türevlerinden soyutlaştıran bu kalkışma ve bastırma faaliyetine teslim olmaktan kaçınması gerekmektedir. Demek istediğimiz sıg kaba siyaset değil, yargının kurumsal geleceği için veya demokrasi için demokrasi ve hukuk mücadelesi vermektir. Hak ve özgürlük mücadelesi duruşma salonunda adalet beklentisi olan nesne ve öznelere için verilen mücadeleden başkası değildir.

İnziva ile mücadele eş zamanlı olarak, yargı bağımsızlığı ve yansızlığını kurumsallaştırmak demektir. Yargının devletle ilişkilerinin sıglaşması inzivayı salık veren yansızlık anlayışını terk etmesi ile mümkündür. İnziva, değme kurum kavram ve terimlerle, yargıç üzerinden yargılama ve hükmün teslim alınması, sokağın hukuk adalet eşitlik ve özgürlük talebinin kendine has usullerle kontrol altına alınmasıdır. Yansızlığın geliştirdiği özellikler, özünde devlet ile demokrasi arasındaki mücadeleye yargı ve yargıcın dahil edilerek, demokratik hayal ve beklentilerin gerçekleşme düşüncesine boyut kazandırmak demektir.

O halde yargıç yansızlıkla ifade özgürlüğü arasındaki dengeyi nasıl sağlamalıdır? Sorusu bu çalışmanın ulaşacağı sınırları da tayin edecektir. Yargıcın düşünce özgürlüğünün duracağı yeri kestirmek mümkün değildir. Amacımız yargıcın düşünce özgürlüğünün türevi ve gerçekleşme biçimi olarak barışçıl toplantılara katılma, gösteri veya politik diğer hakları kullanmasının sınırlarını olabildiğince kristalize etmektir. Bireysel haklarla görevin dayattığı nesnellikten kaynaklanan sorumlulukları arasındaki sınır nerede başlar nerede biter? Kapsamını hangi değerler üzerinden nasıl doldurmak gerekir? Özellikle anayasal kriz ve düzenin ciddi bir riskle karşılaşması halinde yargıcın kişiliği ile kimliği arasındaki çelişkinin, nasıl ve hangi dinamikler

üzerinden kontrol edilmesi gerektiğini saptanmalıdır. Avrupa yargı değerleri bu ihtiyaca ne ölçüde yanıt vermektedir? Gibi sorular ve sorunlar özellikle Venedik Komisyonu tarafından benimsenen yaklaşım üzerinden yanıtlanmaya çalışılacaktır.

AİHS 10 ve 6 maddeyi yorumlayan pratikler, yargıcı mensubu oldukları toplumun geleceği ve hayatı üzerine konuşma, daha iyi ve kabul edilebilir bir mesleki istikbal için düşün ve düşünmeye olanak ve kolaylık tanımaktadır.

Meslekten men veya erken emekliliğin, düşünce özgürlüğü üzerinde yarattığı fobi ve stres:

Özellikle Baka/Macaristan davasında[2] AİHM, başvuru yargıcın, mesleki eleştirileri nedeniyle, meslekten erken emekli edilmesine yönelik adli başvuru yolunun kapalı tutulması[3] mesleki eleştirilerin düşünce özgürlüğü kapsamında kalıp kalmadığını test etme imkanını ya da düşünce özgürlüğünün kısıtlanma koşullarını sınama olanağını bertaraf ettiğini değerlendirilmektedir. Burada yargıcın mesleki eleştiri hakkının sınırlarını ve bu sınırların aşılmış olmadığını saptamak dolayısıyla ihracın yerindeliğinin sınanmasını isteme hakkı, mahkemeye erişimin engellenmesi nedeniyle ortadan kaldırılmaktadır.

Anılan değerlendirme, düşünce özgürlüğünün usulî boyutunun ihlal edildiğini ima etmektedir. Düşünce özgürlüğü ile yargıç nesnelliği arasındaki denge veya krizin aşılabilmesi, öncelikle bu krizin test edileceği bir mekâna ya da buhranı adil şekilde çözecek bir mahkemeye gereksinim duyar. Düşünce özgürlüğü ile olası her krizin, idari veya disiplin cezalarıyla karşılanması, düşünce özgürlüğü üzerindeki kuşkuvarın aşılmasını önler. Burada düşünce özgürlüğü varsayımsal ezeli bir yenilginin girdabında terkedilir.

Burada adil yargılanma imkanından yoksunluk, yargıcın düşünce özgürlüğünün sınırlarının belirlenmesini iletet engellemektedir. Burada adalete erişim, düşünce özgürlüğünü test etmekle kalmamakta, yargısal kararlar aracılığıyla gelişimine de katkı sunmaktadır.

Anılan örnekte; hukuki reformların, yargıçlık işlevinin yitirilmesine yol açan objektif bir tehdit olarak algılanarak eleştirilmesi, düşünce özgürlüğünün sınırlarına dahil edilmiştir. AİHM, yargıcın düşünce özgürlüğünü koruma girişimi, adalete erişimi temin eden yükümlülüğün azaltılması nedeniyle ihlal edildiği kanaatindedir.

Bu kararı önemli kılan diğer husus, yargıcın mesleğini düşünceleriyle koruma görevinin, yargıcın görev süreleriyle oynayan düzenlemeler aracılığıyla caydırıcı yaptırıma tabi tutulmasıdır. Yargı bürokrasisinde önemli bir yer işgal eden yargıcın, eleştirilerle açığa çıkan mesleki refleks

veya harekete geçen savunma sisteminin emekliliğe zorlanma gibi ağır ve ani yaptırımla bastırılması, yaptırımla yargı aracılığıyla mücadele imkanının kısıtlanması, sınırlamayı masum olmaktan çıkarmaktadır.

Burada müeyyide ile mücadele edebilmek için gerekli iki kriterden birinin bu yaptırıma karşı kanun yolunun kapalı tutulması ikincisi ise kanun yolunun kapalı tutulmasının meşru gerekçelere yaslanması gerekmektedir. Her iki koşul yek diğerinden özerktir ve eş zamanlı gerçekleşmesi gerekmektedir. Kanun yolu kapalı olsa bir yasal bu düzenleme tek başına yeterli görülmemekte, kanun yolunu kapatan gerekçelerin de kabul edilebilir olması beklenmektedir. Dolayısıyla düşüncesini açıkladığı için, erken emekliliğe sevk edilen kadrosu kaldırılan veya meslekten ihraç edilen bir yargıcın, ağır bu müeyyideyle baş edebilecek enstrümanlara sahip olması gerekir. Devletlerin yargıçları bu aparatlardan mahrum bırakması anlaşılır kabul edilmekle birlikte, bu kabulün mutlaka meşru, makul veya ikna edici objektif gerekçe, dayanak ve temellere istinad etmesi gerekir. Bu testin pozitif çıkması erişim hakkının önlendiği manasına gelecektir.

Yargıcın mesleğini koruma direnciyle karşılaşan ya da eleştiri gücüne tahammül edemeyen iktidarın, yargıcın özlük hakları aracılığıyla enterne etmesi, kısıtlamaları motive eden asıl nedenlerin sorgulanmasını gerektirmektedir. Bu sorgulama özünde yargıcın düşünce özgürlüğünün sınırlarıyla oynama girişimlerinin masumiyet veya ölçülülük testine tabi tutulması gerektiğini salık vermektedir.

Burada erken emeklilik ile düşünce özgürlüğü arasında, zaman üzerinden kurulan ilişki dikkatten kaçmamaktadır. Düzenlemenin zamanı, eleştirinin karşılaştığı yaptırımın nitelik ve niceliği, yaptırımla baş edecek dengeleyicilerden yoksunluk, düşünce özgürlüğünü enterne eden bir konsorsiyum olarak deşifre edilmektedir. Mahkeme, bu üçlünün motife ettiği politik ajanda ve tutumların kendisini yargıcın nesnelliği ile peçelemesine izin verilmeyeceğini ima etmektedir.

Yargı reformlarının eleştirilmesinden sonra, yargıyı kurumsal olarak savunan yargıçların yeniden seçilmelerini önleyecek yapısal değişikliklere tevessül edilmesi, reformların önündeki öznel engellerin kaldırılmasına matuf bir kalkışma olarak nitelenmektedir. Bu kalkışma, sadece eleştiri yetki ve sorumluluğunu değil, bu sorumluluğun kullanılacağı alt yapı veya kurumlara saldırarak, yeni eleştirileri meşru kılacak temeli de ortadan kaldırmaktadır.

Buradan bakıldığında eleştiri ile yapısal ve fonksiyonel müdahaleler arasındaki ilişkinin birçok açıdan ve bir bütün olarak ele alınması gerekmektedir. AİHM, yargıcın mesleğini ve nesnelliğini korumaya matuf eleştirilerin görev tanımı içinde olduğunu kabul ederek, görevinin gereklerini kamuyla paylaşmasının vaktinden önce gelen bir emeklilik düzenlemesi ile

karşılanmasını, soğuk düş etkisi yaratan bir gelişme olarak benimsemiştir. Soğuk duşu etkisini yaratan, yaptırımın düşünce özgürlüğü üzerindeki ani, ağır, caydırıcı ve kesin sonuçlardır. Bu yüksek ışığa maruz kalanlarda körlüğün oluşturduğu devinimsizlik gibidir. Tüm bu nitelikleri bir araya getiren yaptırımın yarattığı şok öznel ve nesnel kapsamını zamanı da arkasına alarak derin, kalıcı ve yaygın izler bırakacaktır. Mesleği istikbalin tehdit algısı, geleceğin yargıçlarını da susmaya zorlayacaktır. Susmaya zorlanan yargıçların, iktidarın reformlarına karşı bir düşünce geliştirmeleri ya da bir başka olasılıktan söz etmeleri mümkün değildir.

Yargıç, sokakların veya ayrıntıların bahsettiği materyali adalete tahvil hak ve yetkisinden mahrum bırakılamaz.

Özellikle Baka/Macaristan davasında[2] AİHM, başvuru yargıcın, mesleki eleştirileri nedeniyle, meslekten erken emekli edilmesine yönelik adli başvuru yolunun kapalı tutulması[3] mesleki eleştirilerin düşünce özgürlüğü kapsamında kalıp kalmadığını test etme imkanını ya da düşünce özgürlüğünün kısıtlanma koşullarını sınama olanağını bertaraf ettiğini değerlendirilmektedir. Burada yargıcın mesleki eleştiri hakkının sınırlarını ve bu sınırların aşılmış olmadığını saptamak dolayısıyla ihracın yerindeliğinin sınanmasını isteme hakkı, mahkemeye erişimin engellenmesi nedeniyle ortadan kaldırılmaktadır.

Anılan değerlendirme, düşünce özgürlüğünün usuli boyutunun ihlal edildiğini ima etmektedir. Düşünce özgürlüğü ile yargıç nesnelliği arasındaki denge veya krizin aşılabilmesi, öncelikle bu krizin test edileceği bir mekâna ya da buhranı adil şekilde çözecek bir mahkemeye gereksinim duyar. Düşünce özgürlüğü ile olası her krizin, idari veya disiplin cezalarıyla karşılanması, düşünce özgürlüğü üzerindeki kuşku ve şüphelerin aşılmasını önler. Burada düşünce özgürlüğü varsayımsal ezeli bir yenilginin girdabında terkedilir.

Burada adil yargılanma imkanından yoksunluk, yargıcın düşünce özgürlüğünün sınırlarının belirlenmesini engellemektedir. Burada adalete erişim, düşünce özgürlüğünü test etmekle kalmamakta, yargısal kararlar aracılığıyla gelişimine de katkı sunmaktadır. Anılan örnekte; hukuki reformların, yargıçlık işlevinin yitirilmesine yol açan objektif bir tehdit olarak algılanarak eleştirilmesi, düşünce özgürlüğünün sınırlarına dahil edilmiştir. AİHM, yargıcın düşünce özgürlüğünü koruma girişimi, adalete erişimi temin eden yükümlülüğün azaltılması nedeniyle ihlal edildiği kanaatindedir.

Anılan örnekte; hukuki reformların, yargıçlık işlevinin yitirilmesine yol açan objektif bir tehdit olarak algılanarak eleştirilmesi, düşünce özgürlüğünün sınırlarına dahil edilmiştir. AİHM,

yargıcın düşünce özgürlüğünü koruma girişimi, adalete erişimi temin eden yükümlülüğün azaltılması nedeniyle ihlal edildiği kanaatindedir.

Bu kararı önemli kılan diğer husus, yargıcın mesleğini düşünceleriyle koruma görevinin, yargıcın görev süreleriyle oynayan düzenlemeler aracılığıyla caydırıcı yaptırıma tabi tutulmasıdır. Yargı bürokrasisinde önemli bir yer işgal eden yargıcın, eleştirilerle açığa çıkan mesleki refleks veya harekete geçen savunma sisteminin emekliliğe zorlanma gibi ağır ve ani yaptırımla bastırılması, yaptırımla yargı aracılığıyla mücadele imkanının kısıtlanması, sınırlamayı masum olmaktan çıkarmaktadır.

Burada müeyyide ile mücadele edebilmek için gerekli iki kriterden birinin bu yaptırıma karşı kanun yolunun kapalı tutulması ikincisi ise kanun yolunun kapalı tutulmasının meşru gerekçelere yaslanması gerekmektedir. Her iki koşul yek diğerinden özerktir ve eş zamanlı gerçekleşmesi gerekmektedir. Kanun yolu kapalı olsa bir yasal bu düzenleme tek başına yeterli görülmemekte, kanun yolunu kapatan gerekçelerin de kabul edilebilir olması beklenmektedir. Dolayısıyla düşüncesini açıkladığı için, erken emekliliğe sevk edilen kadrosu kaldırılan veya meslekten ihraç edilen bir yargıcın, ağır bu müeyyideyle baş edebilecek enstrümanlara sahip olması gerekir. Devletlerin yargıçları bu aparatlardan mahrum bırakması anlaşılır kabul edilmekle birlikte, bu kabulün mutlaka meşru, makul veya ikna edici objektif gerekçe, dayanak ve temellere istinad etmesi gerekir. Bu testin pozitif çıkması erişim hakkının önlendiği manasına gelecektir.

Yargıcın mesleğini koruma direnciyle karşılaşan ya da eleştiri gücüne tahammül edemeyen iktidarın, yargıcın özlük hakları aracılığıyla enterne etmesi, kısıtlamaları motive eden asıl nedenlerin sorgulanmasını gerektirmektedir. Bu sorgulama özünde yargıcın düşünce özgürlüğünün sınırlarıyla oynama girişimlerinin masumiyet veya ölçülülük testine tabi tutulması gerektiğini salık vermektedir.

Burada erken emeklilik ile düşünce özgürlüğü arasında, zaman üzerinden kurulan ilişki dikkatten kaçmamaktadır. Düzenlemenin zamanı, eleştirinin karşılaştığı yaptırımın nitelik ve niceliği, yaptırımla baş edecek dengeleyicilerden yoksunluk, düşünce özgürlüğünü enterne eden bir konsorsiyum olarak deşifre edilmektedir. Mahkeme, bu üçlünün motife ettiği politik ajanda ve tutumların kendisini yargıcın nesnelliği ile peçelemesine izin verilmeyeceğini ima etmektedir.

Yargı reformlarının eleştirilmesinden sonra, yargıyı kurumsal olarak savunan yargıçların yeniden seçilmelerini önleyecek yapısal değişikliklere tevessül edilmesi, reformların önündeki öznel engellerin kaldırılmasına matuf bir kalkışma olarak nitelenmektedir. Bu kalkışma, sadece

eleştiri yetki ve sorumluluğunu değil, bu sorumluluğun kullanılacağı alt yapı veya kurumlara saldırarak, yeni eleştirileri meşru kılacak temeli de ortadan kaldırmaktadır.

Buradan bakıldığında eleştiri ile yapısal ve fonksiyonel müdahaleler arasındaki ilişkinin birçok açıdan ve bir bütün olarak ele alınması gerekmektedir. AİHM, yargıcın mesleğini ve nesnellliğini korumaya matuf eleştirilerin görev tanımı içinde olduğunu kabul ederek, görevinin gereklerini kamuyla paylaşmasının vaktinden önce gelen bir emeklilik düzenlemesi ile karşılanmasını, soğuk düş etkisi yaratan bir gelişme olarak benimsemiştir. Soğuk düşü etkisini yaratan, yaptırımın düşünce özgürlüğü üzerindeki ani, ağır, caydırıcı ve kesin sonuçlardır. Bu yüksek ışığa maruz kalanlarda körlüğün oluşturduğu devinimsizlik gibidir. Tüm bu nitelikleri bir araya getiren yaptırımın yarattığı şok öznel ve nesnel kapsamını zamanı da arkasına alarak derin, kalıcı ve yaygın izler bırakacaktır. Mesleği istikbalin tehdit algısı, geleceğin yargıçlarını da susmaya zorlayacaktır. Susmaya zorlanan yargıçların, iktidarın reformlarına karşı bir düşünce geliştirmeleri ya da bir başka olasılıktan söz etmeleri mümkün değildir.

Yargıç, sokakların veya ayrıntıların bahsettiği materyali adalete tahvil hak ve yetkisinden mahrum bırakılamaz.

Yargıçlık rol ve işlevinin güçlü toplumsal beklentileri karşılayabilmesi için, yargı sisteminin yargıçla toplum veya toplumsal diğer dinamikler arasında sağlıklı, tam ve verimli bir ilişki (CCJE, 3 nolu 2002) inşa etmesine imkân ve kolaylık sağlayacak normatif bir zeminin inşasına bağlıdır. Yansızlık sıfır ilişki değildir. Dolayısıyla ilişkisizliği dayatan ve tahkim eden her düzen, nesnel yansızlığı temin etmez. Kültleşmiş bir yansızlık, görev ve fonksiyonunun içini boşaltır, ortaya gölgesi ile mücadele eden fobik ve kaygılı bir kimlik bırakır. Kabuk bağlayan yargının kırılğanlığı, yaşamın durağanlaşarak es geçildiğine, sonlandırıldığına delalet eder. Bu iklimde, yansızlık yargıçı toplumdaki koparak devletle bütünleştirir, devlet aklı ve grameriyle eyleme riskine yol açar.

Avrupa Yargıçları Danışma Konseyi'nin (CCJE), Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne, Kasım 2002 tarihinde sunduğu 3 numaralı Görüşüyle; tabi oldukları yargı sistemi yargıçları, yaşadıkları toplumdan soyutlamadıkları sürece düzgün işlev görebileceklerini, yargıçların vatandaş olarak, Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi ile korunan temel hak ve özgürlüklerden (düşünce ve din özgürlüğü vb.) yararlanacaklarını, ancak bunun yansızlığı yozlaştırma potansiyelinin nazara alınıp kuvvetler arası dengenin korunması gerektiğine dikkate çeker[4].

Avrupa Yargıçları Danışma Konseyi, yargıcın toplumla hemhal olmasını, işlevini düzgün şekilde gerçekleştirilmesinin koşulu olarak benimsemektedir. Böylece yargı sistemine, yargıç ile

toplum arasındaki ilişkinin, eş zamanlı olarak düşünce ve din gibi temel hak ve özgürlüklerle sağlanması gerektiğini hatırlatmaktadır. Böylece temel hak ve özgürlüklerin yargıç için sıradan ve bireysel olmaktan ziyade, toplumla ilişki kurmasının vazgeçilmez bir araç ve yöntemi olarak tasavvur etmektedir. Yargıcın temel hak ve özgürlükleri koruyabilmesi, öncelikle toplumun bileşeni olarak onun toplum için ne anlama geldiğini tecrübe etmiş olmasına bağlıdır. Tasavvur edilen motif ve kimliğin tahakkuku, yargıcın düşünce özgürlüğü üzerinden toplumla iletişim kurmasıyla olasıdır. Öyle veya böyle tecrit ve soyutlama ile sonuçlanacak örtülü ya da açık bir zorlama, çekinik bırakma, yargıcın görme ve hissetme ve duyma fonksiyonlarını körelterek sokakların bahşettiği materyal veya ayrıntılarından adalet inşası imkânsız hale gelecektir.

Komisyon, yargıcın düşünce özgürlüğü ile yansızlığı arasındaki soluksuz ve bitmeyen yarışın bir düelloya dönüşme potansiyelinin farkındadır. Bu farkındalık, iki gücü motive eden gerekçe ve çıkarların merkezkaç bir kuvvetle dengede tutulması ile mümkün olacağını değerlendirmektedir. Yargıçlık fonksiyonu, birçok parametreden beslenmektedir. Heterojen yahut dengeli bir beslenmeden söz edilebilmesi için, işlevselliğin kurucu unsurları arasındaki yarışın kontrol edilmesine, paradoksların enterne edilmesine bağlıdır. Olası krizlerin önlenmesi için, hassasiyetin nesnel bir alınganlık düzeyine erişmemesi beklenmektedir. Denge ile umulan alınganlığın yargıcın ifade özgürlüğünü kısıtlayacak bir debiye erişmemesidir. Böyle bir olasılığın önlenmesi için sistemlerin, yerine ve zamanına göre aldıkları farklı önlemlerle (düzenlemeler ve etik ilkeler) krizlerin doğmasını önledikleri gözlenmektedir.

Empati ve Sempati yeteneğini yitirme riski:

Yargıcın göreliliğini sağlama onu münzevi bir yaşama mahkûm etmekle sağlanamaz. Yargıcın yansızlığı ile bağımsızlığını sağlamak, toplumla ilişkilerini sağlıklı bir değer üzerine inşa etmekle mümkündür. Etik ilişki değerlerinin mecburi istikameti, sokakla yargıç arasındaki münasebeti doğru bir temel üzerine konuşturacaktır.

Unutmamak gerekir, yargıç etrafındakilerden topladıkları ile değer üretir ve esasında yargıcı var eden etik bu sermayedir. Yargıcın hukuktan adalet devşirmesi, hükümlerle bir hakikat inşası için görme biçimini gözden geçirmesi ya da yenilemesi gerekir. Görmek, müşahade etmek çağın çağırısıdır ve bir perspektife sahip olmayı gerektirir. Empati ve sempati, bir görme biçimidir[5].

Duygudaşlık yansızlıkla çelişmez. Hükümün ve yargılamanın yegâne umarı somut olay adaletiyle buluşmak onu adalete tahvil etmektir. Yargıcın görmeyi öğrenmeden, yansızlık ile bağımsızlığını neyin tehdit ettiğini algılayamaz. Hayata katılma görmeyi öğretir, görmek

yargılamanın koşuludur. Estetik bir yargılama görmekle, görmeyi öğrenmekle mümkündür. Temel haklar, yansızlığın gölgesinde ömür tüketemez:

Temel haklar, yansızlığın gölgesinde ömür tüketemez:

Yargıcın sokakla ilişkisini kuracak, yargıcın temel hak ve özgürlüğünü güvenceye alacak, yansızlığın abartılan ve kötüye kullanılan baskı ve stresinden uzak tutacak bir düzenlemenin varlığından söz edilemez. Düşüncenin soluklanacağı bir alan açmak yerine yansızlığın vesayetinde bir yaşama mecbur kılınmak, aktüel yansızlıktan uzak normatif düzenleme ve tutucu pratiklerin eseridir. Yakın zamanda, yargıçların memleket meseleleri ile aralarındaki bağı kuran sosyal medyadan çekilmelerini öneren açıklama, rapor ve akademik çalışmalar, yargıcın toplumla özgürlükler üzerinden kurduğu ilişkinin tehlike altında olduğuna delalet eder. Emeklemekte olan düşünce özgürlüğünün gelişmesine katkı sunmak ve güvenceler önermek yerine, yargıcın ifade hürriyetini, yapısı ve bileşenleri tartışmalı HSK ve türev kurumların, devlet aklısıyla oluşan düzenlemelerle pratiklerine teslim etmek yargıcı susmaya zorlayan fasiti kurumsallaşmaktadır. Bu anlamda açıcı değil, ilkel kısıtlayıcı bir normatif alt yapıdan söz etmek mümkündür. Yargı pratiklerine yönelik eleştiriler dokunulmazdır. Eleştirmek, kendini ve mesleğini aşmanın, kuşkuyla mücadelenin bir varyantıdır.

Yargı pratiklerine yönelik eleştiriler dokunulmazdır. Eleştirmek, kendini ve mesleğini aşmanın, kuşkuyla mücadelenin bir varyantıdır.

Yargıcın yargısal faaliyetleri ve bu sürecin vücuda getirdiği karar, görüşlerle ilgili mutlak bir ilişilmezlikten söz etmek mümkün değildir. Anayasa'nın yansızlık anlayışı, yargıcın düşünsel gelişimi ve özgürlüğünün korunması önünde örtülü engele dönüşmüştür. Yapay yanlılık fobisi, yargıcın düşünce özgürlüğü önündeki en büyük normatif engeldir. Özgürlüğü yansızlıkla çeliştiren bu bakış açısı, içe kapanma ve sosyal fobinin başat kaynağıdır. Güvenlik-özgürlük çelişkisi, yanlılık ve bağımlılık kuşkusunu tetikleyerek, bu kez düşünsel özgürlüğü, korkunun büyüttüğü yansızlıkla sınırlamaktadır.

Özellikle, yasal düzenlemelerin gerekçeleri üzerinden yargıcı yönlendiren ve icbar eden söylem tarzı, yasamanın yargı üzerindeki gayri etik ve meşruluğu tartışmalı inceltilmiş bir vesayet tarzıdır. Yargıca bir şeyi illaki uygulatmak ve uygulamadığı takdirde sorumluluğunu anımsatmak, yasa ile peçelenmiş bir şantaj tarzıdır. Özellikle yargıçların eylem ve işlemlerinin konu edildiği tazminat davaları ve bu tür davaların tabi olduğu usul ve esasların mütemadiyen değiştirilmesi, düşünce özgürlüğünün belirsiz usullerle tehdit edilme biçimidir. Tazminattan sorumlu tutulan yargıcın, yargılamanın sübjektif kapsamına, hükmü biçimlendirme ve yazgısını tayin etme gücü

zayıf ihbar kurumu vasıtasıyla dahil edilmesi, ihbar olunanın, kanun yolu hakkından kaideten mahrum bırakılması veya yargıcın yazgısının Hazine' nin yargılama ve hükme karşı tutumu tarafından belirlenmesi, yargıcı tazminat üzerinden siyasal iktidara bağımlı kılma tarzıdır. Potansiyel tazminat yükümlüsü yargıcın, yargılama ve hüküm üzerindeki inisiyatifinin sınırlanması ya da edilgenliği yansızlığı enterne eden derecesi yüksek bir risktir.

oğal yargı yetkisinin sürpriz atamalarla bertaraf edilmesi tabi olacakları usulün de kırılmağına delalet eder. Öngörülebilir bir usule tabi olma hakkına aykırı ve sürpriz şekilde, görülen davalara yasama yoluyla müdahale son dönemlerin kanıksanmış müdahale tarzıdır. Yargıca tanınan özgürlüklerin, onların yargılanma ve hükümden etkilenmelerini kolaylaştıran düzenlemeler aracılığıyla kontrol edilmesi, düşünce özgürlüğünün yasama aracılığıyla işlevsiz bırakılmasına denk gelir. Bu demektir ki, özgür olmak yetmemekte, özgürlüklerin tavizsiz normatif düzenlemelerle desteklenmesi ve sürdürülebilir kılınması gerekmektedir. Karadağ Anayasa' sının 86. Maddesi, yargıçların düşünce özgürlüğünün desteklenmesi ve güçlendirilmesini teminen, Yargıtay, Anayasa Mahkemesi Başkanı ve üyeleri ile Yüksek mahkeme Başsavcısının parlamento üyeleriyle özdeş bir dokunulmazlığa sahip olduğunu benimsemektedir[6]. Mesela Arnavutluk Anayasası 137. Maddesi, yargıcın düşünce özgürlüğünün kapsamını, içine görevi sırasında aldığı kararları ve açıklanan görüşleri katarak, özgürlüğü zaman, mekân ve konu bakımından hayli genişlettiğine tanık olmaktadır. Bu özgürlüğe verilmiş paha biçilmez bir güvencedir.

Yargıçların ağır cezalı suçlarla mahdut suçüstü halleriyle sınırlı olan dokunulmazlıklarının, iddianame yakalama ve tutuklama üzerinden istisnaya uğratılması ve hükümden düşürülmesi, yasama ve yürütme üyeleri ile arasında olması gereken dokunulmazlık eşitliğini geride bırakmıştır. Yargıçların, özellikle kamuya açık bir yargılama sırasında ve kürsüden indirilerek gözaltına alınmaları, ceza muhakeme önlemlerine tabi tutulmaları, nesnel ve öznel yansızlığın tedbirler üzerinden hiçleştirilme potansiyeline yapılan vurgudur. Yorum veya pratiklerin, usul hükümlerini başkalaştırma potansiyelinin sıklıkla gerçeğe dönüşmesi, görelî yargıç dokunulmazlığı ile muhakeme tedbiri arasındaki dengeyi, ikinciler yararına bozmuştur.

Yargıçların verdiği kararlar ve karşı oyları, bir yargılama faaliyetlerinin tezahürüdür ve bunları kanun yolu denetimi aracılığıyla test etmek yerine doğrudan disiplin soruşturmasına veya tedbire konu edilmesi ya da görevden uzaklaştırma nedeni sayılması, yargıcın düşünce özgürlüğü ile yolu kesiştiği için tartışılmaya değer bir özgürlük sorunudur.

Yargı örgütleri ve demografik göçler:

Yargıçların örgütlenme özgürlüğünün anayasal bazda güvenceye alınmaması, emeklemekte olan ve genel güvenceler kapsamında kurulan örgütlerin kurulma ve kurumsallaşmasını güçleştirmektedir. Yargıçların mesleki bağımsızlıkları ve yararlarını korumak, etik ilkeleri geliştirmek ve hukukun gelişimine katkıyı teminen dernekler aracılığıyla örgütlenme hakları vardır. Mesela Avrupa Konseyi ülkelerinin çoğunda, mesleği etik kuralları yargıç dernekleri tarafından oluşturulmuştur ve bu kurallar otoritelere rehberlik etmektedirler[7].

Yargı derneklerinin ideolojik bazı farklılaşmaları yansızlık bağlamı paradigmayı pekiştirerek bu alanın daha çok kontrol altında tutulmasına yol açmıştır. Çatı dernekler veya bunu çağrıştıran yapılanmalar, derneklerin bileşeni yargıçların eğilimini açığa çıkararak bir çağrışıma da neden olmaktadır. Bu gelişmekte olan örgütlenmeleri motive eden nedenlerin mesleki menfaat, gelişim, bağımsızlık ve etik ilkelerden ziyade kültürel ve siyasi sermaye etrafında kümelenmesine dair kuşku da neden olmaktadır. Devletin yargıçlar üzerindeki kontrolü, kurduğunu, desteklediği, finanse ettiği ya da yan yana durmayı tercih ettiği dernekler üzerinden sürdürmesi, örgütlenmeyi sahici bir güvence olmaktan çıkarmıştır. Alanın tam bir örgütlenme özgürlüğünü gerçekleştirmeye müsait olduğunu söylemek güçleşmektedir. Kapatılan ve marjinalleşen derneklerin geride bıraktığı boşluğun, iktidarın kontrolüne geçmesi, yargıcın devletleşme sürecini hızlandırmaktadır.

Bu demokratik örgütlenmeyi bir başka bahara erteleyerek, gücün tek elde toplanmasını tetiklemektedir. Özellikle, kriz dönemlerinde kurulan derneğin, yargıya ait bürokratik ve teknik alt yapıyı kullanması ve gücü arkasına alması, derneği sahici bir örgüt olmaktan çıkarmaktadır. Güç dengesinin bozulması ve politik bazı gelişmelere bağlı olarak, yargı derneklerinin üyeleri arasında da trende bağlı olarak kitlesel üye göçünün yaşanması dikkate çekicidir. Üye demografisindeki bu hareketlilik, demokratik bir katılım olsa da bu katılımın rüzgârı arkasına alması, onun gerçek bir katılım olduğu konusunda haklı kuşku desteklemektedir.

Yargıcın, yargı ve hukukun yararlarını dert edinen bağımsızlığını savunan veya mesleki statülerini koruyan dernek çalışmalarına katılması, örgütlenme hakkının bahsettiği bir yetkidir. Meslek etiği yanında ceza ve hukuk alanındaki gelişmelerin izlenmesi ve yeniliklerin bu örgütler aracılığıyla pratiğe taşınması nesnel amaç ve hedefler olarak öne çıkmaktadır.

Örgütlenme özgürlüğüne imkân tanınmakla birlikte, derneklere sızılarak örgütlenmenin amaç ve hedeflerinden uzaklaştırılması veya derneklerin karşıtlarca ele geçirilerek azınlığın düşünce

özgürlüğünün engellenmesi, araçlar üzerinden örgütlenmeyi enterne etme biçimi olup, yakın tarihin de yabancı olduğu bir yozlaşma tecrübesidir.

Mesleğin etik kuralları ve yasal düzenleme

Yargıcılık verimlilik, uygun davranış ve tarafsızlık üzerinde konuşlandırılmış bir meslektir. Bağımsızlık ile uygun davranış arasında yoğun ve yaygın bir ilişki mevcuttur ve bu ilişki eş zamanlı olarak verimliliğin beklentileriyle de ilgilidir. Verimlilik, adalet beklentisinin etik ve deontolojik kurallar refakatinde karşılanması olarak tanımlanabilir. Dolayısıyla, uygunsuz davranışların tarafsızlığı doğrudan ve dolaylı etkilemesi, yargıcı etik kurallara sadık kalmaya zorlar.

Yargıcının davranışı ile yargı erkinin itibarı arasındaki ilişkinin yargıcının öznel ve nesnel yansızlığını koruyacak bir debi ve nitelikte olmak zorundadır. Kurumsal bağımsızlığı sorgulanabilir hale getiren her davranış biçimi yargıcının itibarını zedeler olarak nitelenmektedir. (Hırvatistan, Mahkemeler Kanunu 92,98) Anılan düzenleme, yargıcının davranışı ile mesleki itibar, öznel yansızlık ile kurumsal bağımsızlığı arasında yoğun ve yaygın bir ilişki kurarak, davranışın duracağı yerin neresi olması gerektiğini işaret eder. Davranış, her ne sebeple olursa olsun mesleki itibarı, yargı kuvvetinin bağımsızlığı ile yargıcının yansızlığını tehlikeye atacak bir nitelik ve debiye erişemez.

Görev yerine getirilirken yanların yasa önünde eşitliğini sağlamak, nesnel ve öznel yansızlığını korumakla mümkündür. Dolayısıyla görülmekte olan davayla bağlantılı bir konuda açıklama yapmak kamuoyu nezdinde yargıcının davadan el çektirilmesine dair bir tartışmayı tetikleyebilir[8]. Davada rol alan avukatla ilgili sosyal medyada eleştirel yorumlar yapılması, yansızlığı riske edebilmektedir. Burada bağlantılı olmaklık kavramı, içine davanın vekillerini alacak şekilde sınırlarını genişlettiği gözetildiğinde, kavramın sübjektif açıdan dar yorumlanmaması beklenmektedir.

Dolayısıyla Anayasa' nın yargıcının ifade özgürlüğünü garanti edebilmesi; düşünce ile yargılama görevi arasındaki düşünsel makasın açılmasına bağlıdır. Olası bir belirsizlik veya kuşku halinde tercihin düşünce özgürlüğünden yana sergilenmesi beklenmektedir. Dikkatten kaçırılmaması gereken bir husus; serdedilen ifade ile görülmekte olan dava arasında doğrudan bir ilişki bulunmasa da atideki bazı davaların, yarattığı kuşkuyla atideki davaların görülmesini önleyebilir bu durumda, düşünce, korunan değer olmaktan çıkarılmaktadır. Bunun en önemli etkisi, yargıcının bazı davalara bakmaktan çeşitli türevler aracılığıyla yasaklanmasıdır[9].

Dahası bu yaklaşım tarzı, toplum ile yargıç arasındaki demokratik denetim sistemini tahrik ederek, yargıcı yargılamayı zehirleme gizilgücü olan düşüncelerinden ötürü doğal yargıç olmaktan menetmektedir. Bu, demokratik yükümlülüklerle sadakat sorumluluğuna aykırılıktan neşet eden

nevi şahsına münhasır ret veya çekilmeye davet halidir. Yargıcın, özgün bu davete icabet etmesi, ayak sürmesi veya direnmesi imkansızdır. Gerçekleşen şey, görünen adalet ile düşünce özgürlüğü arasındaki usuli krizdir. Buhranın yükünü en değme muhakeme veya adil olduğu iddia edilen hüküm taşıyamaz. Toplumsal mimleme açık ve özerk temellendirme ihtiyacını ikame etmekte veya kuşku tek başına, gerekçe ihtiyacını bertaraf etmektedir.

Yargıcın ünlü olması ve görüşlerinin etkili olma potansiyeli yargıcın düşünce özgürlüğünü kısıtlanmasına neden olabilmektedir. Düşünce, yargıcın kişiliği ile kimliği arasındaki mücadeleye ev sahipliği yapmakta, düşünce özgürlüğü kimliğin yarattığı şöhreti arkasına alıp, kamuyu dönüştürme ve etkileme potansiyelini harekete geçirebilmektedir. Bu durumda, düşünce özgürlüğü meşruiyetini kaideten yitirmektedir. Hüküm böyle bir düşünceden etkilenmese de kişisel görüşlerin gölgesinde olduğu izlenimine yol açabildiği için yargıcın takibe uğramasına neden olabilmektedir[10].

Varsayımsal etkilenme, yargıcın ifade özgürlüğünü kısıtlamakta; yaratılan görüntü ya da servis edilen imaj, yargıcın demokratik denetiminin bir ölçütüne dönüşebilmektedir. Varsayımsal etkiyi kodlayan, depolayan ve çağırın toplumsal bellektir. Bellek, yaşadıklarından vareste olmaz. Endişe yaratan düşünce değil, yargıcın değerlerinin vücuda getirdiği görüntü ve şöhretin yaratacağı varsayımsal hükümdür. Hükme bir kusur atfedilemese, hükmün düşünceden etkilendiği kanıtlanmamasına rağmen, şöhretin cazibesi ve etkileme gücü tek başına yargıcın meşruiyetini yitirmesine yol açtığı kabul edilir.

İstisnai bu ihtimalin tahakkuku; yargıcın, muhakeme için daha az uygun bir kişi olarak görülmesine sebep olur. Davaya bakmaya daha az uygun olmak: davaya bakmaya elverişlilik debi ve niteliğinin yitirildiği anlamına gelir ki, bu tespit çekilme ya da kürsüden inme vaktinin geldiğine delalet eder. Davaya elverişliliğin dip yapması, yargılama konusu ile yargıç arasında varsayımsal bir çıkar ilişkisinin sübutuyla özdeştir aynı zamanda. Bu karineyle mücadele etmek de hem anlamsız hem de beyhudedir. Dava konusuyla, yargıcın düşüncesi arasındaki varsayımsal hısımlık, kurduğu sıhri bir soy bağı ile özerk bir ret sebebine dönüşür. Burada ifadenin tetiklediği varsayımsal çıkar, yargıcın peruk veya cübbesini çıkarması için yeterlidir.

İfadenin ihlal ettiği nesnellik yükümlülüğü yargıcı, uygun olmayan kişiye dönüştürebilir ve bu halde yargıcın görevle ilgisi kesilebilir[11]. Görevle kastedilen yargıçlık mesleğinin sonlandırılması veya emekliliğe sevk değil, yanlılığa konu rol ve işlevin sonlandırılmasıdır. Aksini düşünmek, düşünce özgürlüğünü sürdürülemez kılmak, emekliliğe değin kamusal alandan tartmek demektir.

İsveç' te mülteci entegrasyonu ile meşgul bir memurun Nazizm ve İslam hakkında görüşlerinin göreviyle bağdaşmamasından ötürü başka göreve atanmıştır[12]. Misilleme yasağı; görevlinin görüşlerinden ötürü sorgulanmasını ve cezalandırılmasını önlerken, görevden uzaklaştırma; yanlılığın yaratacağı riskleri bertaraf ederek hak ve sorumluluk karasındaki denge korunmuş olmaktadır. Memurun cezalandırılmaması, düşünce özgürlüğüne verilen primdendir ancak, bu ödünün yaratacağı tehlikenin boyutu gözetilerek, düşüncelerin eyleme dönüşme potansiyeli de bertaraf edilmektedir.

İtibar: mesleki onur ve prestijin karşılığıdır. Bireysel yansızlık; bağımsızlık ve öznel yansızlığın güvencesidir, kişilik ile kimlik arasında kurulan güçlü ve vazgeçilemez bağlara vesile olur. Yargıcın özel hayatı ile mesleki yaşamı arasında, mesleki yaşam yararına verilmesi gereken bir ödüne de işaret eder. Onur ve itibar, zaman ve mekândan özerk olarak yaşamdan gerektiği kadar ödün verilerek edinilir. Yargıçlık daha ziyade kendinden verme veya öznel ihtiyaçlardan görece feragat etme mesleğidir.

Giz yasağına sadakat:

Giz yükümlülüğüne sadakatin, içine sır saklamayı da alacak denli genişlemesi, yargıcı disipline eden bir başka yükümlülüğe tekabül etmektedir. Buna göre yargıçlar, yargılananlarla uzantıları kişilerin özel bilgileri ile yargılama ve hükme ilişkin malumatlarını ifşa edemezler.

Yargılanan özne ve nesnelere ilişkin bilgi belge, yarar, hak ve yükümlülüklerin sır olarak muhafazası zorunludur. (Hırvatistan, Mahkemeler Kanunu, 94 m.) Buradan bakıldığında adli sırların ifşası bir başka yasak olarak belirmektedir. Dolayısıyla yargıç, yargılanan nesne ve öznelerle ilgili bilgiyi ifşa edemez dahası müzakere mahremiyetini bozamaz.

Alman Yargısı Kanunu 39 Kısımında; yargıcın yargılanan nesne ve özne ile ilgili mahsus bilgilerin ifşasını engelleyen açık bir düzenleme mevcut değildir. İsveç, yargıçların düşünce özgürlüğünü kaideten korumakla birlikte, saklamakla ödevli olunan materyalin ifşası, teminatı istisnaya uğratmaktadır. İfşa yasağını çiğnemek veya yanlara ait adli sırların açıklanması, açıklamayı ihlale dönüştürmekle kalmamakta, meseleyi bir ceza hukuku sorunu haline de dönüştürmektedir[13].

İtidalli yargıç profilinin diğer formu kendisini yargılama sırası ve sonrasında giz ve sırada sadakat yükümlülüğü olarak göstermektedir. Alman mevzuatının eseri İtidal Prensibi, adliye dışındaki yargıç yaşamını disipline etmeye özgülünen bir self kontrol mekanizması inşa etmektedir[14]. Bu yolla özel bilginin korunmasına ilişkin düzenlemeler yargıcı kapsamına alarak, yargılanan nesnelere ilgili bilgi paylaşımını önlenmektedir. Yargıç derdest davalarla ilgili açıklamada bulunamaz, basın, sesli ve görsel programlar vasıtasıyla davaları yorumlayamaz. Ancak

yargıç politik olmamak kaydıyla, edebi ve bilimsel eser çalışmalarına ve yayınların hazırlanmasına katılabilir.

Son dönemlerde yargıçların eskiye oranla daha çok yayın hazırlama ve eser vücuda getirme faaliyetlerinde buldukları gözlenmektedir. Söz konusu bu çalışmalar hakkında yedimizde bir istatistik bulunmamakla birlikte, sayının gözlenebilir şekilde çoğalmasında düşünce oluşturma ve yayma özgürlüğünün sınırlı da olsa bu yüzüyle yükselişte olduğunu söylemek mümkündür. Kriz veya geçiş dönemlerinde hukuki ve mesleki içerikli programlar aracılığıyla ifade edilen düşünceler, yargıcın düşünce özgürlüğü açısından olumlu bir gelişme olarak benimsenebilir. İtidal prensibi, yargıcın politik açıklamalarda bulunmasına cevaz verirken, kürsüsüne ve burada olup bitenlerle ilgili veri paylaşımını sınırlamaktadır.

Romanya, Yargıçların Statülerini Düzenleyen Yasa'nın 8. Maddesi vasıtasıyla; yargıçları, davalarla ilgili verileri sesli, görsel program ve basın aracılığıyla açıklamaktan ve davaları savunmaktan menetmiştir [15]. Buradan bakıldığında, basınla iletişimin sınırları, mesleki etik kuralları tarafından ve yargılananların mahremiyeti esas alınarak belirlenmiştir. Nesnelliği koruma ihtiyacı, data paylaşımına konulan yasakla güçlendirilmiş, düşünce özgürlüğünün yargılanan nesne ve özneye mahsus bilgilerin ifşası aracılığıyla istismarı sıkı bir şekilde engellenmiştir.

Kürsü ve yerine göre duruşma salonlarını ekrandan uzak tutmak, yansızlık beklentisinin belirlediği itidalin gereğidir. Etik bu ilkelerin yeterince önemsenmediği ya da bu konudaki bir bilgi noksanının, yer yer ihlallere neden olduğuna veya güçle ittifakı kolaylaştıran dönemlerde, yargıçların nesnellikle ilgili kaygıları bir kenara iterek, adli sırları deşifre ettiklerine tanıklık ediyoruz. Kongre, seminer, basın veya diğer iletişim araç ve yöntemleri aracılığıyla sistemin yazgısına yönelik eleştiriler dar ve yüzeyel olsa da emeklemekte olan özgürlüğün atisi açısından sevindiricidir.

Siyasi partiye üye olmak ve politik faaliyette bulunmak:

Alman Yargısı Kanunu'nun, 39 Kısmı'na göre; yargıç kamuya açık şekilde siyasi ifade özgürlüğüne sahiptir. Makale, ders ve hukuki konularda ilmi çalışma özgürlüğünden başka siyasi parti, sendika, dernek ve parlamento üyeliği yapma hürriyeti vardır. Objektif kapsamı genişletilmiş bu motif, yargıçların politikadan soyutlanmasının gerisinde bıraktığı maziye tepkinin eseridir.

Makale veya akademik kariyer üzerindeki vesayet kaldırılmasıyla yargıcın bilimsel çalışmaları önünde normatif bir engelin kaldığından söz edilemez ise de yakın zamanda bir yargıcın seminer kapsamındaki açıklamalarının disiplin soruşturmasına maruz bırakılması özgürlüğün ne denli kırılğan, vesayet geliştirdiği özelliklere delalet eder.

Almanya' da yargıcın kürsü ile bağı koparmadan politik açıklamalarda bulunması önlenmektedir. Avusturya'da da benzer bir iklimden söz edilebilir. Mesela hukuk ve devlete sadakat yükümlülüğü ile düşünce özgürlüğü arasındaki krizi kontrol edecek bir mekanizmanın inşa edilmektedir. Bu sistem, yargıcın kamuya dönük açıklama yapmasını önlese de[16] yargıca görece soluklanacağı bir alan da bırakmayı ihmal etmemektedir. Bunun politikaya atfedilen anlam ve önemle ilişkisi yadsınamaz.

Kültürel bu ortaklığın düşünce özgürlüğünün sınırlarını, içine politik ifadeleri içerecek denli genişletildiğini görüyoruz. Yaklaşım, yargıcı önce entelektüel bilahare yurttaş olarak etik siyasetin bir figürü olarak benimsemekte hatta içselleştirmektedir. İtidal yükümlülüğünün kapsamı, yargıcı entelektüel ve yurttaş olarak güncel siyasetin üreticisi/katılımcısı ya da paydaşı haline getirmekle yetinmemekte, ifade özgürlüğüne verilen primin içtenliği ve sınırları hakkında da yeteri kadar fikir vermektedir. Sınırları belirleyen kültürel kodlardır ve yargıç birçok rol ve işlevin adı olarak, mesleği ile siyaset arasında olası krizi önleme veya giderme becerisine sahip varsayılmakta, duyulan bu güvenin tazeliğini koruyacağına inanılmaktadır.

Dernek, siyasi parti ve sendika üyeliği mümkündür. Ancak siyasi parti üye olabilme kürsü ile bağ koparılması koşuluna bağlıdır. Vicdani kanaat, yansızlık ile bağımsızlığı ayakta tutan ve kurumsallaştırılan eden olarak sistemin merkezine oturmaktadır. Vicdani kanaat, öncüllerle güncelin yekününden mütevellit mevzuattan başkası değildir. Bağımsızlık ile kürsü arasındaki ilişki katı, ödünsüz yasaklarla güçlendirilmektedir. Siyasi beyan ve açıklama yasağı, yansızlığı birleştiren yaklaşımın ürünüdür.

Güç zinde iken sorgu veya hesaba çekilemeyen bir yargı pratiğine sahip olma[17], vicdani kanaaya yaslanan yansızlık ve bağımsızlık tanımının işler olmadığına delalet etmektedir. Zinde güçlere yönelen, hizmet içi veya dışı her hukuki girişim prematüre bir kalkışma olarak, yargı özgürlüğünün kursağında kalmaya devam etmektedir. Bu teorik özgürlüğün, gayri hukuki engellerle kısıtlanması ve kesintiye uğratılmasıdır.

Saygınlık ve güven:

Hizmet içinde ve dışında resmi sıfatın gerektirdiği saygınlık ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranma, münhasır nesnellikten kaynaklı etik ilkelerin soğuk karşıladığı eyleme biçimidir. Burada yasadan kaynaklanan bir itidal çağrısına rastlamaktayız ve bu çağrı, itidalin objektif kapsamını hem yer hem de zaman üzerinden genişletmektedir.

Yargıcın hizmet içi ve dışında, resmi sıfatının gerektirdiği saygınlık ve güven duygusunu sarsacak davranışlardan yasaklanmakta ve olası ihlaller, kınama cezası ile hukukun içinde

tutulmaktadır. Tutum ve davranışları motive eden, resmi sıfatın saygınlığını koruma normudur. Sıfatın saygınlığını koruma, içine demokratik toplum ve siyasete yönelen darbelerin yargılanmasını isteme hakkını alacak denli genişletmeye izin vermektedir.

Kayasu/ Türkiye davasında, bir savcının yurttaş olarak demokratik rejimi savunma hakkı, mesleki sıfatın gerektirdiği saygınlık ve güven duygusunu sarsıcı bir eylem olarak tanımlanmıştı. Buradan bakıldığında demokratik rejimi savunma, nesnellikle bağdaşmaz bir sapma olarak kabul edilmektedir. Yargıç demokrasiyi doğrudan koruyamamakta, demokrasiyi tehdit edenlerle cübbesi aracılığıyla konuşabilmektedir. Kayasu pratiği, düşünce özgürlüğünün içine savcıların ifadelerini de alacak şekilde genişletmekle yetinmemekte, ifadenin doğduğu ve açıklandığı bağlamla yaygın ve yoğun bir ilişki de kurmaktadır. Düşünceyi doğuran iklim, yer ve zaman ya da diğer koşullar, düşüncenin korunması için bir olanak arz etmekte veya ilişmezliğe kol kanat gerebilmektedir.

AİHM, başvuruçunun, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin orantılılığını değerlendirirken, ilgili tarihsel, politik ve hukuki tartışmaları ve diğer şeylerin yanında 12 Eylül [1980] darbesinin destekçilerinin yargılanması ihtimalini de dikkate almıştır. AİHM, geneli ilgilendirdiği sabit olan bir konuya savcının hem yurttaş hem savcı sıfatıyla müdahil olmasını sıcak karşılamaktadır[18].

Yargıç Kudeshkina' nın Duma genel seçimlerinde aday olarak seçim kampanyası sırasında sarf ettikleri sözler, düşünce özgürlüğüne atfedilen geniş yorumla tolare edilmiştir [19]. Mahkeme, düşünce ile seçme ve seçilme özgürlüğü ikilisinin, yargıç nesneliliği ile çelişmesini bağlam sorunu olarak ele alınmış, bağlamı düşünce özgürlüğünün desteği ve dayanağı olarak tasavvur etmiştir. Burada bağlam, yargıcın ifade özgürlüğünü hangi ortamda neden ve niçin kullandığına dair subjektif koşullara tekabül etmektedir. Öznel koşullar, yargıç yansızlığı ile düşünce özgürlüğü arasındaki çekişmenin galibini belirlemede başat rol üstlenmektedir. Seçim çalışması, düşünce özgürlüğüne olabildiğince geniş bir alan açmakta ve seçilme ancak propaganda ile mümkün olabilmektedir. Bu yaklaşımla ifade özgürlüğü önündeki engellerin temizlenmesine özel bir önem atfedilmektedir.

Saygınlık ve güven duygusunu koruma yükümlülüğü, savcının yurttaşlıktan kaynaklanan haklarını kısıtlayan bir ihlale dönüştürülmüştür. Nesnellüğün abartılmış bu versiyonu, savcının yurttaşlık hukukunu yer ve zamandan soyutlayarak, resmi sıfatının gölgesinde tüketilmesine yol açmıştır. Burada dikkatten kaçmaması gereken, yargıcın özgürlüğüne yönelik kalkışmaları hedefleyen başvuruyu sıfatla çelişir gören yaklaşımın çarpıklığıdır. Resmi sıfatın duracağı yerin belirsizliği, açısından kötü bir örnek olduğu muhakkaktır.

Özellikle görülmekte olan dava ile ilgili açıklamaların yaratacağı kuşku yargıcın şahsında mahkemelere olan güveni sarsacağı kabul edilmektedir. (§40) sistemin görülmekte olan davanın, yargıca çizdiği objektif ve sübjektif sınırların içinde eylemesini tembihleyen klasik anlayışın olağan bir takipçisi olduğunu söyleyebiliriz. Özellikle görülmekte olan davada obje, süje hatta vekil ve temsilcilerle ilişkisizliğin esas alınması, ihlallerin çekilmeye davet ve reddedilme kurumlarıyla karşılanması menfaat çatışması kaynaklı çekince ve kaygıları normatif açıdan teskin edicidir.

Görülmekte olan davayı yorumlama yasağı, içine başkalarının yorumunu dinleme, açık veya örtülü onayı da alacak şekilde genişleyebilmektedir. Derdest davadan sadece yargıç değil, yargıçla aynı ortamı paylaşanların da uzak tutulması beklenmektedir. Bu umar, derdest davayı yorumlama yasağının çiğneme olasılığı olan mekân, kişi ve nesnelere de teşmil edilmektedir. Yorumlama yasağının kapsamına yer ve kişide alınarak, derdest davaların ulu orta tartışılma cesareti kırılmaktadır[20].

Rusya Federasyonu'nda yargıç, yetki, otorite ve saygınlığına zarar verecek veya yansızlığıyla adilliğini kuşkulu hale getirecek her şeyden kaçınmakla yükümlüdür. İhlalden söz edilebilmesi; yargıcın kusurundan kaynaklanması, yargı otoritesine zarar vermesi ve yargıcın saygınlığını zedelemesine bağlıdır[21]. Burada anahtar sözcükler yetki, otorite ve saygınlıktır. Saygınlığın koruduğu en önemli iki şey, yetki ve otoritedir. Bu kamusal kimliğin sıkı şekilde korunmasına, öte yandan özel hayat ve kişiliğin durması gerektiği yere tekabül etmektedir. Yargıç her nerede olursa olsun bu iki değer arasındaki dengeyi sürdürülebilir kılmakla yükümlüdür. Düşünce özgürlüğü bundan varestedir midir? Sorusu, her şeyden kaçınmayı salık veren kelime tarafından yanıtlanmaktadır.

Rusya, yargıcı kitle iletişim araçlarıyla yargısal faaliyetler ile hukukun anlaşılması ve yargıçlara saygının artırılmasını sağlamakla sınırlı bir iş birliği geliştirilmesi, etkileşimde bulunmaya teşvik etmektedir[22]. Teşvikin amaç ve hedefi, toplumsal bir bilgilendirmenin ilk elden ve doğru şekilde gerçekleştirilmesidir. Doğrudan temas saygıyı artıran bir yükümlülüğe dönüştürülmektedir.

Bilgilendirmenin sınırları ve içeriğini kontrol edecek olan ölçülülüğe sadakat ödevidir. Yorum Yasağı, anılan ödevi görülmekte olan davanın esası ile tahdit etmektedir. Anılan istisnanın, istisnası ise, dava sonuçlandıktan sonra ve alınan kararın ne anlama geldiğini yazılı ve sözlü olarak açıklama özgürlüğüyle sınırlıdır. Bu bir bakıma tefhim edilen hükmün, kamuoyuyla paylaşılma biçimi olarak da anlaşılmalıdır. Yargının demokratik denetimi; hüküm ve onu vücuda getiren metodoloji aracılığıyla gerçekleşmekte, yargıç hukukun adalete nasıl dönüştüğünü topluma izah ederek, denetimin araç ve yöntemlerini geliştirmektedir.

Bu tarz, toplumla hükmün yorumlanması aracılığıyla iletişim kurulması, odağında hukuk olan bir düşünce ifadesi olmaktan başka, objektif kapsamına tefhimin özellik geliştirmiş versiyonunu dahil eden bir yargısal faaliyettir. Burada davanın sona ermesi, nesnellik kaygısının yarattığı belirsizliği sona erdirerek, yargılama ve hükmü toplumla iletişimin materyaline tahvil etmektedir.

Düşünce özgürlüğünün yer ve zaman bakımından sınırlandırma, yargıcı sosyal hayatı ile mesleği arasındaki mesafeyi daraltmakta, yargıçlığın sokakta da devamını dayatmaktadır. Örneğin yargıcın tatilde de olsa yargılama işlevini korumak ve küçük düşürmeyecek şekilde davranması beklenmektedir. Düşünce özgürlüğü, öte yandan Litvanya'da yer ve zamandan bağımsızdır ve yargıç, düşüncesi ile mesleğinin onuru arasındaki tercihini, her nerede olursa olsun daima mesleğinin onurunu korumadan yana kullanmaktadır.

Ukrayna Yargı Etiği Kanunu, yasal süreçlere sadık kalmak, yurttaşların hak, özgürlük, onur ve saygınlıklarını korumak ve yargı otoritesine zarar vermemek koşuluyla medyanın bilgilendirmesine izin vermektedir.[23]. Buradan bakıldığında, yargıç, toplumla güncel iletişim vasıtalarıyla konuşma, düşüncesini yayma özgürlüğüne sahiptir ancak bu hak, üç nesne veya konu aracılığıyla istisnaya uğratılmaktadır.

Bunlardan ilki, yasal süreçlere bağlılıktır. Yasal süreçlere bağlılık daha ziyade bir proses sorudur ve düşüncenin dile getirilmesine ilişkin şekil, normatif bağlılıktan çok ölçülü eylemeye tekabül eder. Şeklin hukuki güvenliğin teminatı olmasının nedeni düşünerek adım atmayı sağlamasındandır. İkincisi ise, yurttaşlıktan kaynaklanan değerlere bağlılıktır. Merkezine yurttaşın hak, hukuk ve onurunu, saygınlık ve özgürlüğünü alan bu yükümlülük biçimi, yargıcın düşünce özgürlüğü ile yolu kesiştiğinde, yargıç her daim geri çekilmek, bu değerlerle çelişmemek zorundadır. Dolayısıyla yargıcın düşünce özgürlüğü bencil olamaz, yurttaşın olanaklarını ve onur ve saygınlığını kişisel tercih ve istikbaline basamak yapamaz. Sonucusu ise yargı otoritesine zarar vermekten kaçınma yükümlülüğü olup, hakkın bu yükümlülükle frenlendiğini görüyoruz. Burada medyanın merakını giderme, usul ve esasların var ettiği bir dizgenin beklentilerine yanıt verilmek koşuluyla mümkündür. Yargı düşünce açıklarken bileşeni olduğu kurumun zarar görmemesi için optimum bir çaba içinde olmalıdır. Kurumu hiçeştirecek bir düşünce, kuruma olan inancı kökten sarsabilir. Kaos yenileyici olsa da zamanla zor edebilen bir yıkıcıdır.

Kesinleşmiş kararların etki ve sonuçlarını kuşku kılacak ya da hükmün inşa sürecini konu edinen bir düşünce açıklaması sıcak karşılanmamaktadır[24]. Kesin hüküm, uyuşmazlıkları kendi dinamikleri içinde belli bir zaman, yer, özne ve malzeme ile inşa eden öznel bir gerçekliktir. Bu gerçeğin aştığı kuşku ve getirdiği bireysel barışın, yargıcın düşünce özgürlüğü ile tehlikeye atarak, toplumsal barışı tehdit etmesine izin verilmemektedir. Bu düşünce özgürlüğü

üzerinden açıklanan gerçek ile duruşma salonunun gerçekleri arasında süregelen gerilimin reddedilmesidir. Yargı, kesin hüküm aracılığıyla korunmakta, hükmün yargıçtan gelen açıklama ile kuşkuya dönüştürülmesi önlenmektedir.

Dava görülürken, davanın giz ve sırlarını ifşa etmek, toplum ve kamuyu olup bitenler hakkında bilgilendirmek, düşünce özgürlüğünün ilgi alanı dışındadır. Burada gözden kaçırılmaması gereken husus; yargının açık muhakeme, gerekçeli karar ve hükmün tefhimi gibi demokratik araçlar vasıtasıyla yargıyı denetlemeleri ile yargıcın açıklamalarıyla toplumla temasa geçmesi aynı şeyler değildir. İlkinin ikincisinden ayıran, toplum ve kamunun meşru vasıtalarla olup biteni bizzat yerinde öngörülen usullere göre denetlemesidir. Toplumun denetlemek için bizzat müşahede etmesi malzeme ile temasta bulunması ile yargıcın materyal ve süreçleri salon dışına taşınması farklıdır.

Görülmekte olan dava kavramı oldukça geniş yorumlanmakta, her iki davaya kaynaklık eden, ilişkili olan her türlü malumat, bu yasağın objektif kapsamına dahil edilmektedir[25]. Bu sadece görülmekte olan dava değil, bu dava ile ilgisi kurulmuş diğer davalarla bu davaların kullandığı materyal ve bilgi, yargıcın açıklamasına referans ve obje olamaz. Bu görülmekte veya değerlendirilmekte olan dava kavramının sınırlarının hayli genişletildiği anlamına gelir. Dolayısıyla Ukrayna Yargı Etiği Kanunu' nun, hükmü inşa edecek materyali veya güncel malzemeyi kişisel veri olarak benimsemesi isabetli bir seçimdir.

Görülmekte olan dava zaman ve mekân üzerinden sınırları zorlaması, kuşkunun yargılanmak üzere mahkemeye intikal etmesinden, hükmün kesinleşmesine oradan da infazına kadar uzunca bir zaman kesitine yayıldığına delalet eder. Bu denli uzun bir zaman kesitinde, yargıç, yanlışlık izlenimi yaratacak her türlü eylem, işlem ve sözle arasına mesafe koymakla yükümlüdür. İzlenim yaratma yasağının kapsamına, öncelikle önyargı, adilliği zedeleyen eylemler ve yorum yasağı girmektedir[26].

Hesap verilebilirlik-yargısal faaliyetlerin kamu ile paylaşılması:

Emsal yargı etiği kuralları, yargısal faaliyetler hakkında kamunun bilgilendirilmesini sıcak karşılamakta teşvik etmektedir. Bu, yargılamanın açıklığı, hükmün açık tefhimi ve hükümlerin temellendirilmesine matuf özel misyondan özerk, ondan öte yargının demokratik denetimini sağlamaya ve tahkim etmeye yönelik tamamlayıcı bir misyondur. Yargıçların kitle iletişim araçları vasıtasıyla toplumla buluşmasına veya sır ve gizlerin korunması kaydıyla kamuoyunun genel olarak bilgilendirilmesine cevaz verilmektedir. Böylelikle yargı, yedek denetim araçları üzerinden kamunun denetimine açılarak, saydamlık saygınlığın sebebine dönüştürülmektedir.

Basın ile ilişkilerde aslolan; açıklığın ihtiyaçları olup, davanın yazgısını değiştirecek ve etik açıdan muhakemeyi töhmet altında tutacak eylemlerden kaçınılmasıdır. Burada ifade özgürlüğü, yargılama ve hükmün ihtiyaçları arasındaki çekişmeyi kontrol edecek olan hiç kuşkusuz yargıcın kurumsal ifade özgürlüğü değil, yargılamanın deontolojik kaygılarıdır.

Ülkemizde, adliyeyle iletişim araçları üzerinden kamuyla buluşturacak, şeffaflık gereksinimini karşılayacak temsilcilikler mevcut olmakla birlikte, bunun sağlıklı ve doyurucu etkiye sahip olup olmadığı ölçülmemiştir. Ancak kritik bazı vakılarda dil ve öz açısından başarılı yol izlediği söylenemez. Adliyedeki basın odalarına gönderilen yüzeysel birkaç paragraf veya cümle ile kamusal şeffaflık gereksiniminin giderildiği varsayılmaktadır. Geriye basının davaya ilgisinin yarattığı kişisel bir çaba kalmaktadır. Kişisel bu çabanın gayri resmi ilişkiler üzerinden edindiği haber, saydamlık ihtiyacını gidermek yerine teyidi kuşkulu haberlerle toplum buluşturulmaktadır. Dava sırasında veya dava sonunda hükmün ne anlama geldiği veya hukukun adalete, neden, nasıl döndüğüne ilişkin soruların optimum ve yetkili ağızlardan öğrenilme şansı yitirilirken, yargıcın kurumsal düşünce özgürlüğü işletilemeyen mekanizma yüzünden akim almaktadır.

Yargıya ayna tutma hakkı ve sınırları:

Yargıçların mahkeme kararlarını eleştirme haklarını önleyen pozitif bir düzenleme bulunmamaktadır. Aksine yargı kararlarının en çok kullanılan malzeme haline geldiğini söylemek mümkündür. İçtihatlarla bağlılığı hukuki güvenlik kaygısının ötesine taşıyarak kültürel sistemde içtihat eleştirisi neredeyse güçtür. Burada içtihat, hukuki güvenlikten bağımsız bir sadakat talep etmektedir. İçtihat, klasik işlevinden ziyade, onu vücuda getiren tartışılmazlığına hizmet etmektedir. İçtihadın yargıcın düşünce özgürlüğü önünde ciddi bir bariyer olduğunu söylemek mümkündür.

İçtihadın, kaynağı ile yoğun ve yaygın ilişkisi içtihadı fazlaca kişiselleştirerek özel bir alınganlığı tetiklediğinin örnekleri vardır. Özellikle, son dönemlerde karşı oylara karşı geliştirilen özel içtihat türleri, yargıcı, hukuki güvenliğin kaygılarından bağımsız, hizaya getiren bir jargonla disipline ettiğine tanık oluyoruz.

Aba altından sopa gösteren paternal içtihadın, hukuku geliştirmeye özgülenen ayrık çabasına tepki vermekte, tutum takınmaktadır. İçtihadın, tedavül araçlarıyla yayılma yeteneğini geliştirilmesi, hiyerarşik üst olma tutkusu ve sorgulanmayı reddeden tutumu, sıradan bir güç zehirleme varyantı olarak, düşünce özgürlüğünü tolare etme olasılığını zayıflatmaktadır.

Sınır ötesi (Tüm Rusya Konfederasyonu Yargılama etiği İlkeleri, 13 m.ş4) etik kuralların da aşırıya kaçmamak ölçülü olmak kaydı ile doğru davranmak, hassasiyet göstermek ve saygıyı muhafaza koşuluyla mahkeme kararlarının eleştirel analize tabi tutulması mümkündür. Ancak

bunun bir kara çalmaya dönüşmemesi gerekir. Söz konusu olan kararı yargı etiği, usul ve gerçeklik açısından bilimsel bir analize tabi tutarak atideki yargılamaların olası usul esas hatalarından arınmalarını temin etmektir. Demokrasi ve hukuk karşıtlığının sisteme sızarak, yargı üzerinden kendisini idame ettirmeye yönelik teşebbüsün eleştiri, şikâyet ve itiraz hakkı ile deşifre edilmesi düşün özgürlüğüne açılan geniş alan ve marjlarla olasıdır.

İçtihadın bir ifade tarzı olarak, meslektaşlarının kararlarını yorumlarken itidalli olmak, doğruyu söylemek, saygılı olmak ve hassas eylemekle yükümlüdür. Bu odağında mesleği nezaket olan kamusal bir davranış üslubudur. Aynı şeyi diğer tecrübelerle de teşmil etmek mümkündür. Açıklama özgürlüğü, kendisini camia arası tartışmalarla da tahdit etmektedir. Yargı teşkilatı sık sık meslek kursları, ihtisas ile AİHM kararlarını eksen alan toplantılar bakımından zengin imkanlar sunmaktadır.

Bu toplantı türlerinde sıklıkla yargı tecrübelerine neşter atıldığı da gözlenmektedir. Özellikle tecrübeler üzerinden, soyutluğa ulaşma tartışmalarında, yargıcın, hüküm verme sürecinin iyileştirilmesini teminen, diğer yargıçların faaliyetlerini eleştirme hürriyeti kullanılabilir. Mesele bu özgürlüğü kullanma biçimidir ve mesleki tartışma ve eleştirilere egemen olması gereken; ölçülülük dolayısıyla saygı ve doğruluk olduğunu unutmamak gerekir.

Hukukun, yapılmış hatalara basarak ilerlemesi, hukuki bu alanı kişisel ve kurumsal bir düşün alanına çevirmektedir. Hüküm verme prosesini iyileştirme ve süreç adaletini gerçekleştirmek, yargı içi dinamiklerin düşünsel özerkliğine gereksinim duyar. Hüküm verme sürecini iyileştirme, içe dönük eleştiriye tahrik eden yegâne eden olarak öne çıkmaktadır. Hüküm verme sürecini iyileştirmeye adanan bu rol ve işlev, nezaket kurallarıyla çevrili bir alana hapsedilmiştir.

Buradan bakıldığında eleştiri düşün özgürlüğünü geliştirmeye özgülünen görece bir haktır. Hakkın mutlaklığını önleyen ise, etik ihlaller aracılığıyla yargılamayı ve hükümü zehirleme potansiyeline erişmesidir. Bilimsel çalışmaların düşün özgürlüğünün özgün alanı olması, karar ve uygulama hatalarını önemli bir malzeme haline getirmektedir. Burada eleştiriye kısıtlayan ikinci eden, yargılamanın deontolojik kaygısıdır. Görülmekte olan davayı konu edinen eleştirilerin oldukça dikkatli olması, mümkünse eleştiriye hükmün kamuya paylaşılmasından sonraki zamana ertelemelidir. Spekülasyona neden olma riski yüksek bu alanda eleştirinin gezinirken olabildiğince dikkatli olması, yargılama ve hükümden uzak durması umulmaktadır.

Düşünce özgürlüğünün yargıcın hukuku kendiliğinden belirleme ve uygulama özerkliğini tehdit etmesi halinde, yargıcı bu haksız eleştiriye karşı koruyacak sıkı bir savunma mekanizması vardır. Etik kurallar, yargıcı yargıca ve diğerlerine karşı korumaktadır. Yargıç, yargısal

faaliyetlerinin maniple edilmesi, yalan yanlış haberle kamuoyu nezdinde itibar kaybına uğratılmasından ötürü, geniş bir takdir marjına sahiptir.

Ülkemizde, yargıcın eylem ve işlemleri ile yargı faaliyetleri hakkında kamu ve basın haddinden fazla eleştirildiğini, yakın tarihteki örnekler üzerinden ifade etmek mümkündür. Basının kamuoyunu bilgilendirme sınırını aşan faaliyeti, basın yoluyla ikinci ve kötü bir yargılama yapılması sonucunu doğurmuştur. Gayri resmi bu yargılama tarzı, kürsü ve duruşma salonunu sevk ve idare edebilecek anları yakalamıştır. Özellikle, kamuoyunu yakından ilgilendiren davalarda, basının davayı markaja alması ve günlük malzemeye dönüştürmesi sorunlu bir alandır.

Kanun yolu seçeneği yerine yargıcı şikâyet yoluyla etkileme iradesini teslim alma, vekil ve asillerin sıklıkla denedikleri önemli bir engel ve kısıtlama halidir. Yargılama bütçesi gerektirmeyen ve anayasal şikâyet hakkını kötüye kullanan bu tarz, maliyeti düşük bir hak arama özgürlüğü olmayı sürdürmektedir. Şikâyetin reddi halinde veya ceza tertibine yer olmadığına ilişkin kararlara karşı hak mücadelesinin bakanlığın iznine tabi tutulması, yargıcı hak arama sisteminin dışına itmektir.

Unutulmaması gereken hususlardan biri, yargıcın düşüncesinin kitle iletişim araçları aracılığıyla çarpıtılması, yanlış aktarılmasıdır. Bu sıradan gibi görünen ancak, düşünce özgürlüğü önünde ciddi bir engele dönüşme gizilgücü oldukça yüksek bir amildir. Yarattığı psikolojik etkiyle, yargıcı kitle iletişim araçlarından uzak tutarak özgürlüğün yardımcı araçlarla kitleye ulaşmasını önlemekle kalmaz, yargıcın içine kapanması, belirsizliğin yarattığı bir kaygı yaşamasına yol açabilir. Korku ve kaygı düşünce özgürlüğü önündeki en büyük tehdittir. Düşünce özgürlüğünün, basın ve yayın özgürlüğü ile girdiği bu çatışmadan, gücünü imkanlarından alan basının üstün çıkacağı tartışmasızdır. Bu yabana atılmaması gereken irade bozucu, yerine göre düşünceyi gizleme veya olduğundan farklı şekilde lanse etmeye zorlayan enterne ya da tahrif edicidir.

Rusya Federasyonu'nda Yargıcın, basının çarpıtmalarıyla mücadele etmesi, yargıcın ihtiyarına terk edilmektedir. Yargıcın şahsında, düşünce özgürlüğünün korunması, yargıcın haksız ve ağır eleştiriyile etkili şekilde mücadele edecek yöntem araç ve olanakların mevcut olmasına bağlıdır[27]. Yargıç bu olanağı kullanarak, düşünce özgürlüğü önündeki engellerle hak ekseninde bir normatif mücadele vermesi mümkündür. Yargıcın eleştirel mücadelesinin de bir sınırı vardır ve bu sınırın aşılması, yani mücadelenin mesleğe ve yargıya zarar vermemesi için, eleştiri nezaket ve ölçülülük sınırlarının berisine çekilmektedir. Burada dikkatten kaçmaması gereken husus, mesleki imajın kişisel kaygıların hiyerarşik üstü olarak kabul görmesidir. Yargıcın, kendi ifade hürriyetine yönelen eylemi defederken, işgal ettiği statü ve makama zarar vermesi esastır ve burada olası bir krizin yaşanmaması için, ödün vermesi gereken yargıçtır.

Rusya Federasyonu Yargılama Etiği İlkeleri, yargıç ile toplumsal eleştiri arasındaki ilişkinin sağlıklı ve güven temelinde kurulması ve sürdürülebilir hale gelmesi için her iki tarafa da yükümlülükler yüklemekte, onları uygun bir mesafede tutmaktadır. Bu bağlamda, mesleğin onur ve prestijinin korunma yükümlülüğü sadece yargıca ciro edilmemekte, yargıcın şahsında mesleğin ve yargının devasa ve etkili bu güç karşısında ezilmesini önlemek için, kurumsal bir kalkan da devreye sokulmaktadır. Buna göre, toplumsal eleştirilerin yargı erkinin imajını tehdit edecek bir nitelik ve debiye erişmesi halinde; mahkeme, adalet bakanlığı veya özerk adli makamlar basın servisleri aracılığıyla yayımladıkları açıklamalarla, mukabelede bulunabilmekte ya da tepki vermeyi tercih edebilmektedirler[28].

Bu tercih, bireysel korumanın kifayet etmediği ya da prestijin kendisini eleştiri ile peçeleyen toplumsal saldırıya maruz kalması haliyle mahduttur. Burada eleştiri hem objektif hem de sübjektif açıdan boyutlanmakta, içeriğini yargıçlık kurumunu ve yargıyı alacak kadar genişleyip derinleştiği için, devreye defansif yeteneği gelişmiş, kurumsal bir kalkan girmektedir. Kurumsal koruma mekanizması, caydırıcı performansı ile merkezi yargıç olan toplumsal düşünce özgürlüğünün, yaratacağı tahribata bir sınır çizerken esasında, yargıcın düşünce özgürlüğünün baskılanmasını etkin bir şekilde ve yargıcın arkasında durarak korumaktadır.

Kürsü ve cübbenin düşünceyi peçelemesi:

Kürsü ve cübbenin düşünceyi peçelemesi: Mahkemeyi temsil ile düşünce özgürlüğü arasındaki ince ve köklü yarış sevk ve idare edecek etik ilkeler, kürsü ve cübbeyi sömüren her düşünce, eylem, işlem ve davranışı güvencelemekten kaçınmaktadır. Yansızlık ile düşünce arasındaki dengeyi korumak yargıcın ödevi haline getirilmektedir. (§39) Yargıcın düşünce özgürlüğünü temin eden yöntem ve araçlarla demokratik taleplerini dile getirmesi, demokrasiye katkı sunabilmesi bir haktır. Ancak bu hak cübbe ve kürsünün gücü ve sağladığı avantajlarla tahkim edilemez. (§48) Kürsü ve cübbeyi arkasına alan bir yargıcın, bu gücü ve olanaklarını kullanarak, düşünce özgürlüğünün sağladığı teminatlardan istifade etmesi mümkün değildir. Önemli olan yargıcın yansızlık değerlendirmesi ve kanısı değildir. Aksine toplumda yarattığı imajdır. İmaj halen yargıcı tanımlamada kendine düşen payı kullanmaya devam etmekte, yargıcı tanımlamada etkin bir rol üstlenmeyi sürdürmektedir.

Topluma Yanıt Hakkı ve istenmeyen yargıç

Toplumsal odaklarla demokratik kurum ve kuruluşların yargıyı eleştirme hakkı, yargıyı denetleme görev ve hakkının uzantısıdır. Yargıcın, yatay banttıan gelen bu eleştirilerin insaf sınırlarını zorlaması yahut yargı erkinin imajını sarsacak bir nitelik ve debiye erişmesi halinde,

yargıcın kişiliğiyle kamusal kimliği tartışmalı hale gelir. Yanıt hakkının kişiselleştirilmesi, abartılması yahut istismar boyutuna varması yargıcın belli bazı davalara bakması konusunda menfi bir intiba yaratabilir.

Kişisel veya politik düşüncelerin açıklanmasındaki özensizlik veya aşkınlık yargıcı belli bazı davalar için uygun ve kabul edilebilir kimlik olmaktan çıkarabilir. Yargıcın güvenilirliği ile düşünce özgürlüğü arasındaki çıkar çatışması görevin layıkıyla icrası önünde bir devasa engele dönüşebilir. (§40) Tarafsızlık, düşünce özgürlüğünü her daim belli ölçütler üzerinden kontrol hakkına sahiptir. Yanıt hakkının, diğerlerini hiçe sayması, yargıcı özellikle bazı davalar açısından istenmeyen adam olarak ilanına sebep olabilir. Bu ihlalle mücadele, ilişki değerlerine sadakatle mümkündür.

Ülkemizde yargıcın düşünce özgürlüğü ile yargıcılık etiği arasındaki ilişkinin hangi değerler üzerinden, nasıl ve ne şekilde kontrol edildiği merak konusu olmaktan çıkmıştır. Yargıcın susmayı yeğlemesi, bunu sorun olmaktan çıkarmıştır.

Editörel Sorumluluk, Bilgiyi ve Kimliği Anonimleştirme, Müstearlaştırmanın Kapsamı, Kaynağı sorgulama ve misilleme yasağı:

İsveç, yargıcın düşünce özgürlüğünü temin eden geniş bir koruma ve teminat ağına sahiptir. (Paragraf 35) Yayınlardan editörün sorumlu tutulması, yayının kaynağını sorgulanmasını önleyerek, kaynağa kol kanat gererek, düşüncenin serpilmesini kolaylaştırmaktadır. Düşüncenin ceza tehdidinden varestede tutulması, yargıcın yargı ve hukuk eksenli çalışmalarını özgürce geliştirmesini temin edecektir.

Ülkemizde kaynağı mutlak olarak koruyacak bir güvenlik açısından yoksunluk, yargıcın, yazılanlardan ötürü sorumlu tutulmasını kolaylaştırmaktadır. Koruyucudan mahrum yargıcın, bu koşullar altında ülkenin yazgısını yargısal eleştirilerle etkileme ihtimal sıfırlanmaktadır. Editörlerin yazı üzerindeki fiili hakimiyetinin, düşünce özgürlüğünün örtülü ve hatırı sayılır engeli olduğunu unutmamak gerekir.

Basın özgürlüğü, editörle sınırlanan bir sorumluluk aracılığıyla, güçlü bir temele yaslanmaktadır. Merkezileşerek, yoğunlaşan sorumluluk, yargıçların da içinde olduğu herkesi yaptırımdan uzak fikir cenneti sunmakta veya yasaksız bir iklimde üretmeye ve düşünsel varsılığa teşvik etmektedir. Dikensiz bu gül bahçesi, özgürlüğü kullanan öznelere markaj ve takibini, sorumluluğun yönünü değiştirerek önlemektedir. Bu müthiş bir avantajdır ve düşüncenin önünü temizleyen, engellerinden arındıran bir bakış açısıdır. Editörün kadiri mutlak olması ve mutlak

bu yetkinin, onunla orantılı veya denk bir sorumlulukla karşılanması, düşünce özgürlüğüne paha biçilmez bir alan bahsetmektedir.

Anonimleştirme yükümlülüğü, sadece düşünceyi özgürleştirmekle kalmamakta, düşünce ve varyantlarını halk veya toplumla buluşturan mekanizme ve öznelerin tümünü de kapsamına alarak, sübjektif kapsamını hayli genişletmektedir. Düşünce ve tüketici arasındaki perdeyi aralayan veya perdeyi çeken her kim ise sıkı bir şekilde korunmaktadır.

Bu özgürlük, yayımlananlarla sınırlı değil, içine hiç yayımlanmamış yazıları ve bu yazıları muhafaza eden bilgi sağlayıcıları da almaktadır[29]. Bölüm üç, özgürlüğe hayat verecek mekanizmanın olası tüm güvenlik açıklarını teşhis etmeyi başarmış, yazıyı ve türevlerini vasıta kılan düşünce üzerinde egemenlik kuracak ve onu doğrudan yahut dolaylı olarak enterne edecek, olası riskleri bertaraf etmiştir. Öyle ki koruma kalkanı, editöre ulaşan veya sağlayıcıya ulaşmış her düşünceyi dokunulmaz kılarak, ilişilmezliği yer, zaman ve mekân üzerinden korumayı garanti etmektedir.

Dokunulmazlığın doruk yaptığı bu örnekte düşünce ve ürünlerine mahsus ilişilmezlik, kaynağı sorgulama yasağıyla tahkim edilmekte, yasakla uyumsuz, bağdaşmaz veya çelişen her eylem karşısında bireysel hak ve yetkinin kötüye kullanılması yasağını bulmaktadır. Yazı ve yazarı ya da düşüncenin ifade formunu anonimleştirme, özgürlüğün, kendisini korumak ya da hayatta kalmak için bulduğu emsalsiz bir buluştur. Bu buluş, kaynak sorgulamayı yasaklamakla yetinmemekte, onu bir başka yasakla tahkim edip, bu sert eşiği aşan hak ve yetkiyi kötü niyetli olarak mimlemekte, kötü niyetli hak ve yetkinin sisteme sızması yaptırımla engellemektedir.

Misilleme yasağı İsveç Ombudsmanı tarafından geliştirilen bir teminat olup, bilgileri, anayasal araçlarla yayımlanmaları koşuluyla korumaya almayı taahhüt eden bir kalkandır.[30]. Anayasa'nın kabul ettiği araç ve yöntemlere yaslanan düşünce özgürlüğü, devreye giren otomatik güvencelerle korunmaktadır. Yargıç olsun olmasın herkesin düşüncesini, misilleme ya da kaynağı sorgulama yasağının vücuda getirdiği enstrümanlarla (anonim ve müstear adlarla) kitlelere güvenli şekilde ulaştırmasına olanak ve kolaylık tanınmaktadır. İdari ve adli takibatın, hafiyelik yaparak düşünceyi enterne etmesi ihtimal olmaktan uzaklaştırılmaktadır.

Misilleme yasağı, olabildiğince geniş sınırlara sahiptir. Korumayı kısıtlayan yegâne eden, korunan bilgiyi servis eden araçtır. Buna göre; anayasanın güvencesi altında olan ve araçlarla yayımlanmak koşuluyla, ifade edilen her düşünce korunmaya değerdir. Anayasal enstrümanlar aracılığıyla servis edilen, yayımlanan düşünce yaptırımlardan müstesnadır.

Yaptırım yasağı, içinde yargıçların da olduğu kamusal figürlerin taciz olasılığını bertaraf etmektedir. Anayasal enstrümanlar aracılığıyla ifade edilen düşünceyi, salt kullandıkları servis araç ve biçimlerinden ötürü takibe almak görevi kötüye kullanma suçu olarak tanımlanmaktadır. Misilleme yasağı, araç-düşünce özgürlüğü veya servis biçimi-düşünce arasında yoğun ve yaygın bir ilişki kurarak, düşünce karşıtlarını her türlü misillemeden koruyan, etkisi servis araçlarıyla sınırlanmış görece ancak özgün bir savunma sistemine tekabül etmektedir. Buradan bakıldığında, misilleme yasağı, gücünü düşünceden ziyade, onu servis eden araçtan alsa da “genel bir koruyucu özelliğine”[31] atıf yapılan kapsayıcı ve etkili bir meşruluk haline tekabül etmektedir.

Yargıç bu sistemde, adını versin veya vermesin düşünce özgürlüğü kapsamındaki ifadelerinden ötürü adli ve idari takibata tabi tutulmaktan muaftır.

Suç ile düşünce arasındaki kadim çekişmede suç bir adım önde gitmekle birlikte, düşüncenin suç tehdidinin baskısından kurtulması veya suç iddiasının, düşünce ve yayma özgürlüğünü sömürmemesi, caydırıcı olmaması için yeteri kadar önlem alındığı görülmektedir. Bizde ise aksine düşünce özgürlüğünün başını her kaldırdığında karşısında yasayı sömüren bir tehditle karşılaşmaktadır. Bu olasılık yargıcın toplum yerine kendisiyle konuşması için yeterlidir.

Ceza tehdidine maruz kalma, eylemin hem Basın hem de Ceza Yasa’sının objektif kapsamında kalması gerekir[32]. Buradan bakıldığında, yargıcın düşüncesinden ötürü olası bir takibe maruz kalması, düşüncesinin her iki düzenlemenin yasaklarını çiğnemesine bağlıdır.

Sosyal medya ve yargıç/yargı ve hukukun kaderini tayin hakkı düşünce özgürlüğünün teminatı altındadır:

Sosyal medya, yazılı ve görsel medyaya alternatif olma kapasitesi yüksek ve bilgi ve teknolojinin, bilişimle ittifakının vücuda getirdiği aktüel demokratik bir düşünce arenasıdır. Kişinin gerçek ve sanal isimlerle dünya, küre ve ülke sorunlarını tartışmasına imkân tanıyan çağın agorası ya da arenasıdır. Yargıçların bu olanaktan yararlandıklarını söylemek mümkündür. İlgi ile orantılı bir takip ve izlemenin varlığı basına düşen yargı kaynaklı haberlerle sabittir. İzin almadığımız için, teşhis ve tanı bilgisinden uzak kalsak da bazı yargıçların buradaki düşünce, söz ve söylemlerinin cımbızlanarak yahut bağlamından koparılarak, disiplin iddiası olarak önüne konulduğu vakıadır.

Yargıçların sosyal medyadaki yazı ve sözlerinin bu ve benzeri olgular üzerinden hatırı sayılır bir baskıya dönüştüğü izahattan varestedir. Yargıçların olağanüstü dönemlerde, diğer zamanlardan farklı olarak, paylaşımları için risksiz alanları tercih etmeleri, düşünce üzerindeki politik baskının yarattığı stresin geliştirdiği özgün bir savunma stilidir. Sıradan bir çalışma, deneklerin

steril alanlarda yoğunlaştıklarını iktidara yakın yargıçların ise, demokratik tasavvurlarla yolunu ayıran tercihlerle sıkı bir ilişki yaşadıklarını görecektir. Bir kesimin özgürlüğü, diğer kesimin tutsaklığına neden olmaktadır. Güçle uyumun izlerini veya hukukla iletişimin riskli de olsa sürdürüldüğü bu paradoksun, her şeye rağmen inceltilmiş bir baskıyı ötelemeye özgülenmiş bir self kontrol formu olduğu unutulmamalıdır.

Litvanya’ da siyasi görüşlerin kamuya açıklanması herhangi bir siyasi ideolojiden etkilendiği izlenimi yaratmasından ötürü yasaklanmaktadır. (Litvanya’ nın doldurduğu anket dn 46) Burada doğrudan ve mesleki endişelerden özerk bir siyasi düşünce veya görüşün ifade edilmesi yansızlıkla bağdaşmaz bulunmaktadır. Açıklamanın, mesleğe yönelen ve geleceğini doğrudan veya dolaylı etkileyen hususlara ilişkin olması yasağın istisnasını teşkil etmektedir. Yakın zamanda bir yargı mensubunun sosyal medyada hayır oyu kullanacak kesimi suçlu ilan ederek soruşturma ile tehdit etmesi sapma olarak mimmelenmiştir. Tehdit düşünce özgürlüğünün geliştirdiği olanak ve kolaylıklardan istifade edemez. Dolayısıyla konusu suç olan ifade, düşünce özgürlüğünü korumakla görevli düzeneğin teminatı altında değildir. Savcının toplumu tehdit etmesi, bu bakımdan düşünce özgürlüğünden müstesnadır. Dolayısıyla meslek mensubunun, vereceği oyu mesleği ile ilişkilendirerek açıklaması ile bundan soyut olarak kişileri tehdit eder şekilde ima etmesi aynı şeyler değildir.

Doğrudan siyasi demeçler verilmesi, yargıcın kişisel tercihi olmaktan çıkmakta, yargı camiasını ilgilendiren ve kapsayan bir soruna dönüşebilmektedir (UK Yargı Etiği Kanunu m.17). O halde sosyal medya hesapları, diğer çevrim-içi iletişim forumları ağ hesaplarının kullanılma amaç ve şekli ile iletişim içeriği ile meslek arasındaki bağın etik kurallar-düşünce özgürlüğü arasındaki ilişkinin niteliği ve debisinin belirlenmesi açısından hayatidir.

Yargıç ve yargı otoritesini sarsan bilgilerin paylaşılması ve bu tür bilgilerin yorumlanması soğuk karşılanmaktadır. Burada itidalli olmaya zorlanan yorum ve bilgidir. Bu iki nesne veya bilgi formunun paylaşılması, yargıca ve yargıya olan güveni koruduğu sürece mümkündür. Paylaşılan her ne ise, bunun toplumun yargı ve yargıca yüklediği rol ve işlevi tehlikeye atacak ve özellikle bu iki oluşuma yüklenen prestije zarar vermesi, itidalin kırmızı çizgisi kabul edilmektedir. Yargıç her şeyi söyleyemez, paylaşamaz veya yorumlayamaz. Sosyal olgular hakkında, yorum, görüş ve genel davranışlarının da yasayla uyumluluğunun temini için bir çaba içinde olmakla yükümlüdür[33].

Burada düşünce özgürlüğünün, önyargı inşa potansiyeli törpülenerek, politik tutumların kendisini düşünce ile peçelemesi önlenmektedir. Yargının kaderinin yargıç tarafından belirlenmesi demokratik bir görev veya etik bir davranış olarak kabul görmektedir. Yargıcın yargı ve

hukukun kaderini tayin hakkı düşünce özgürlüğünün teminatı altındadır. Almanya İdare mahkemesi, “eleştiri yapmayan hakimlerden toplum ve devletin yararlanmayacağını ifade ederken, yargıcı düşünmeye ve ifade etmeye özendirilmektedir (§ 47). Eleştiri, ihtiyari olmanın ötesinde yargıç için yükümlülüğe dönüştürülmektedir. Toplum ve devletin yargıçlardan yararlanması için onların yargılama ile yetinmemesi, aynı zamanda eleştirmesi de beklenmektedir. Yargıç misyonunu duruşma salonuna hapseden anlayış terk edilmekte, onun düşünce aracılığıyla eleştiri gücünden de yararlanılmak istenmektedir. Eleştirinin toplum ve devlet için kıymete dönüşebilmesi, onun kamu hizmetinin görülmesindeki geleneksel prensiplerle birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir (Temel Kanun Madde 33§ 5)[34].

Kural, yargıcın eleştirileri yoluyla politik tartışmaların bileşeni olmasıdır. Burada politikanın ne olduğu sorusuna verilen yanıtın önemini de göz ardı etmemek gerekir. Politikanın ereği nedir sorusuna verilecek yanıt, yargıçla politika arasındaki mesafenin belirlenmesinde hayati bir rol üstlenecektir. Politikanın yurttaşın demokrasi yoluyla iktidarı kontrol etmesi ve kamu hizmetinin yurttaş yararına ve optimum şekilde yürütülmesi olarak tanımlandığında, yargıcın politika ile mesafesi daralacaktır. Siyasetin kamusal kaynakların yağmalanması ve kadroların ele geçirilmesi olarak tanımlanması halinde, siyasetçilerin yargıyı politikadan uzak tutmaları veya siyasetin aracına dönüştürmeleri muhtemeldir.

O halde politika ile düşünce açıklama özgürlüğü, görevin yansız ve tarafsız olarak yapıldığı ya da yapılacağına dair, toplum nezdinde bir imaj yaratılmış olması, güvene dayalı bir sermaye taşımaya bağlıdır. Siyasi faaliyette bulunma hürriyeti, toplum nezdinde biriken krediye bağlıdır. Bu kredisi olmayan veya tüketmiş bir yargıcın, politik bir tutum takınması ve geliştirmesi mümkün değildir. Hukuki düzene bağlılık ve tarafsızlık esastır ve bu iki esastan ayrılma intibainin yaratılmaması beklenmektedir. Burada yargıcın kendini nasıl konumlandığı değil, toplumun o yargıca yakıştırdığı veya toplum nezdinde yarattığı imaj ve intibadır.

Yargıcın görevini istismar yasağı, yargıcın kimliğinden yararlanarak görüşlerini pekiştirmesini kitlelere yayılmasını, kimliğini avantaja çevirmesini önlemeye yönelik bir buluştur. Saf bir düşünce özgürlüğü, mesleği prestije yaslanmamalı, mesleğini basamak olarak kullanmamalı, onu kişisel istikbalin sıçrama tahtası olarak kullanmamalıdır. Beklentilerinin kolaylıkla karşılanmasına vasıta yapmamalıdır[35]. Dahası politik kimliklerle dayanışmaya girmemeli ve politik kimliklerin hak arayışına imzasıyla veya yargıçlık kimliği ile açık destek vermemelidir[36]. Medya aracılığıyla yayımlanan ve siyasal iktidar yahut yürütmenin politik tercihlerinin bildiri, ilan veya açıklamalar yoluyla eleştirilmesinde, görev ile siyasi faaliyetlerin bağlantılı olduğu imajını yaratacak alameti farikalar kullanılması görev ve sıfatla bağdaşmaz bulunmaktadır[37].

Politik duruş, kimlikten özerk olmak, kişilik ile kimlik arasında bir iş birliği geliştirmekten sakınmak zorundadır. Yurttaş olarak silahsızlanmayı talep etmek mümkündür ancak, silahsızlanmayı yargıçlık kimliğinin teşhis ve tanınmasına yarayacak denli öne çıkarmak, başat hale getirerek savunmak hoşgörü sınırlarını zorlamak demektir[38]. Yargıç en nihayet bir tartışma yaparken yargıç olduğunu söyleme özgürlüğüne sahiptir ancak tanıtım biçimi bir avantaj yaratacak debi ve niteliğe erişmemelidir. Politik tartışmalara ve aktivitelere katılmayı kimliğiyle tahkim etmesi veya bu aktivitelerin kimlik aracılığıyla kolaylaştırılması ve içselleştirilmesi istismar yasağının ihlalidir.

Konusu suç veya hukuka aykırı olan eylemin övülmesini tartışan Aşağı Saksonya Disiplin Mahkemesi, bir hâkimin meslektaşlarının hukuka aykırı eylemlerini alenen övmesi hakimlik görevi ile bağdaşmaz bulmaktadır[39]. Burada düşünce özgürlüğüne geri adım attıran, dayanışmanın yargıç kimliğiyle, alenen ve hukuka aykırı bir eylemin övülmesine ilişkin dört nedene müstenit olmasıdır. Disiplin Mahkemesi, hakimler tarafından gerçekleştirilen eylemin, yargıçlar tarafından desteklenmesi tek başına ve her şeyden azade olarak etkileyici bulmaktadır. Burada altı çizilmesi gereken husus, yargıçlara haddinden fazla güven duyulmasından kaynaklanan etkileycilikleridir. Güvenin, motive ettiği etkileyciliği arkasına alan bildirinin, ablukayı ve yapanları savunması kabul edilemez bulunmaktadır. Yargıcın kolaylıkla toplumla buluşması, söz ve eylemlerinin kitleler üzerinden bıraktığı derin izler, düşünce özgürlüğünün disiplin kuralları tarafından dizginlenmesi ve enterne edilmesini kolaylaştırmaktadır.

Güveni yaranan salt yargıçlık değil, toplumun yargıca atfettiği yansızlığın ve bağımsızlığın vücuda getirdiği kıymet ve anlamdır. Bu kıymetin, kişisel beklentiler uğruna heba edilmesi, har vurulup harman savrulması kabul görmemekte, özellikle yargıçların konusu suç veya hukuka aykırılık olan eylemlere katılması ve bu katılımın desteklenmesi sıcak karşılanmamaktadır. İlanın muhatabı kitlenin seçkin olması, ilanın şekli önemsensemekte, ilanın yargıçlarca kaleme alınıp yayımlanması yeterli görülmektedir.

Toplum ve devletin yargıçtan yararlanmasının sınırları, içine düşünme ve ifade etmeyi de alacak şekilde genişletilmektedir. Eleştirme özgürlüğü, düşünceyi takibe uğrama ihtimalini de bertaraf ederken, yargıcı politik alana çekerek ondan yararlanmanın kapılarını aralamaktadır. Burada düşünce özgürlüğü ve politik katılımın meşruiyeti güven bunalımı yaratmama koşuluna bağlıdır. Toplum nezdinde öznel ve nesnel yansızlığıyla ilgili akredite olmuş bir yargıç, politik faaliyette bulunma hürriyetine sahiptir. Akredite olmuş bir yargıç, politik faaliyetleri, yargıçlığı ile yargı arasındaki çelişkiyi minimize etmiş veya ortadan kaldırdığı konusundaki şüphelere son veren yargıçtır. Akredite olma hem görsel hem de intibai bir içeriğe sahip olmaya tekabül eder.

Güncel politik tartışmalar, yargıca tanınan avansın dışında kalmakta, düşünce özgürlüğüne zaman ve obje açısından konulan bir tahdide denk gelir. Dolayısıyla yargıcın güncel politik tartışmalar ile yargıç arasındaki mesafe onun tarafsızlığına duyulan inancı tayin edici bir rol ve işlev üstlenir[40]. Sıcak politik tartışmalara dahil olmak, yargıcın bağımsızlığa ve tarafsızlığa gölge düşürmesi ya da onu örselemesi an meselesidir. Burada yargıcın kendisini yansız ve tarafsız olarak tanımlaması veya öyle lanse etmesi önemsenmemekte, güncel aktiviteler üzerinden anlaşılma, görülme ve konuşlandırılma biçimi nesnellikle ilgili tartışmaya biçim vermektedir. Hâkime düşen, kitle veya toplum nezdinde yarattığı intibadan başkası değildir. Görüntü veya algılama bu konudaki son sözü söyleyendir.

Gelecekte görülme gizilgücü yüksek bir dava ile ilgili politik düşünceler, yargıçla atideki dava arasında mutlak bir ilişkisizliği gerektirir. Yargıcın, yarattığı güven bunalımından ötürü böyle bir davaya bakamaz. Burada yansızlık güvenceleri, içine atıyı alacak denli genişletilmekte, zamanın araya girerek yükümlülükleri azaltması önlenmektedir. Hukukta zaman, umumiyetle teskin edici, uyuşmazlığı sonlandırıcı, unutturan ya da hafızayı zayıflatan bir rol ve işlev görürken, sıra yansızlıkla düşünce özgürlüğü arasındaki mücadeleye gelince, yansızlığın hafızasını korumaktadır. Politik kimliklere hayranlığını her defasında dile getiren bir yargıcın, politik kimliklerle ilgili muhtemel davalara bakmasına örselenen ve tazelenmemiş güven izin vermemektedir.

Bu satırların kaleme alındığı 21.02.2017 tarihinde bir yargı sendikasının genel sekreterinin, kendisiyle yapılan söyleşiden ötürü disiplin incelemesine tabi tutulması, yer zaman ve kişi ölçütleri baz alındığında kararı tartışmalı hale getirmektedir. Bu yargıcın geleceğini tayin hakkına yönelik ciddi bir kalkışmaya ya da böyle bir izlenim yaratmaktadır. Bacceria Kral Mahkemesi'nin alternatifini ortaya koyarken köşe bucak saklanması, kaçması, düşünce özgürlüğünün öldürücü baskısından kaynaklıydı.

Avusturya da yargı politikacıların fahişesidir şeklindeki söylemin tekrar edilerek, yargıyı satın alınabilir kurum olarak lanse ve ima etmek, güven zedeleyici eylem olarak tanımlanmıştır. İmparatorluk Marşının söylenerek, monarşinin savunulması görevle bağdaşmaz tutum olarak telakki edilmiştir. (§59) Düşünce özgürlüğü, suç işleme yasağı ve anayasal düzenin değiştirilmesi gibi temel parametrelerle çevrilmiştir. Özgürlüğün bu sınırlara dayanarak hudutların berisindeki hukuki yararı ağır bir şekilde tehdit etmesi önlenmektedir.

Halka açık etkinlik ve sivil toplum faaliyetleri:

Halka açık etkinlik ve sivil toplum faaliyetleri yargıç için bir hak olarak kabul görmektedir. Bu da bir düşüncenin ifade ve yayılması hakkının önemli bir biçimi olarak kontrol altında

tutulmaktadır. Yargıcın, statüsünü korumak ve tasarlanan yargıçlık modelini örselememek kaydıyla, yargıç halka açık etkinliğe katılabilir ve bir sivil toplum kuruluşu içinde yer alabilir. Bu iki formun ilişmezliğini istisnaya uğratan siyasi eğilimi olan organizasyonlar, dernek ve kurumlardır[41]. Siyasi eğilimi olan her türlü organizasyon, dernek ve kurumun bünyesinde yer almak, onların aktivite, toplantı veya etkinliklerine katılmak, yargıç yansızlığı ile bağdaşmaz bulunduğ ve taraf izlenimi doğurduğu için, dokunulmazlık kapsamının dışına çıkarılmaktadır.

Susma geleneği riski sınırlamaktadır:

Öznel ve nesnel yansızlık, abartılarak ve bağlamından kopartılarak yargıcın devletle bağıını güçlendiren örtülü ve etkin bir araca dönüştürülmüştür. Bağımsızlığa ve yansızlığa atfedilen anlamın yerelliğindeki ısrar yargıcı demokrasi ve toplumdaki uzaklaştırmıştır. Yansızlık estetik değil, an estetik bir yargıç modelinin inşasında üzerine düşeni fazlasıyla icra etmektedir. Yargıçlık eğitimi bir devşirme alan ve aracı olarak kendine düşen görevi başarıyla gerçekleştirmektedir. Kamusal alan, ortak değer üreten ve paylaşan olmak yerine, tekçi geleneksel bir düzen inşasının kaynağı görünümündedir. Yansızlık ve bağımsızlık ideali, yargıcı gücün uzantısına dönüştürmekle yetinmemiş eş zamanlı olarak sıradanlaştırmıştır. Yargıcın devlet ağızıyla konuşması olağanlaşmış, yargıcın kendisiyle vedalaşması imkânsız hale gelmiştir. Bu düşünce özgürlüğünün önündeki ciddi bir engeldir. Görev ile düşünce özgürlüğü arasındaki çekişmenin, bu iklimin parametreleri gözetilerek değerlendirilmelidir. Yargıcın kendisini bu iklime fazlaca kaptırması devlet aklı ve diliyle konuşması, onu bazı görevlere uygun olmayan kişi haline getirebilir.

İsveç’de bir kamu görevlisinin, İslam ve Nazizm hakkında görüşlerini açıkladıktan sonra mültecilerin entegrasyonu hakkında bir göreve gelmesi, tarafsızlığı tehdit eden bir potansiyel olarak telakki edilmiştir. Burada kişinin düşünce özgürlüğü, misilleme yasağı aracılığıyla korunmakla birlikte, görevin gerekleri ya da nesnellik yükümlülüğü düşünce özgürlüğüne tercih edilmiştir (§44). Ülkemizde düşünce özgürlüğü ile kamu görevini gerektirdiği tarafsızlık arasındaki çekişmenin, nasıl ve ne şekilde sonlanacağı belirsizdir ve belirsizliği yaratan politik iklimdir. Birçok meslek mensubunun, politik iklime göre daha atak ve rahat olmasına rağmen bir kısmının susmayı seçmesi, görevin gerektirdiği tarafsızlık için dezavantajdır.

Toplumsal politik hareket, protesto ve dayanışmanın sınırı:

Federal Anayasa Mahkemesi, bir yargıcın meslekten atılan bir öğretmenin davası görülürken kamuoyuna yönelik sert dille kaleme aldığı ilana imza atmasını, imzasını unvanı ile tasdik etmesini davaya bakan hâkimi etkilemeye matuf bir eylem olarak tanımlamıştır (§51). Burada ölçsüzlüğe sebep olan, kamuoyuna yönelik ilanın dili, davanın görülmekte olması ve yargıcın

onayda kullandığı yargıçlık kimliğidir. Yargıcın birey olarak, haksızlıklarla politik bir mücadeleye girmesi olağan karşılanmakla birlikte sert, hakaret içeren, saldırgan ve tek taraflı bildiriye karşı mesafeli durması, görülmekte olan davaları etkileyecek denli bir kimlik sömürüsüne girişmemesi beklenmektedir.

Mesela Almanya’da Sovyet’lere karşı konuşlandırılan füzeleri protesto eden bir bildiriye 35 bin hâkim-savcı imza atmıştır. Ancak bunlardan ikisi, unvan ve görevlerini de belirterek politik bu tavırlarını resmi pozisyonu ile güçlendirdikleri kabul edilerek disiplin cezası almışlardı. (§53-54) Mahkeme kişisel politik tutum ve düşünceleri, yargıçlık kimliğinin sağladığı avantajlarla desteklenmesi, düşünceyi koruyan yararlarla bağdaşmaz bulunmaktadır. Politik düşünce, görülmekte olan davanın nesnellik talep ve idealini hükümden düşüren bir debiye erişmemelidir. Burada hâkimin kimliğine yönelik güven, hâkimin açıklamalarına itibarı kolaylaştırmaktadır. Hukuka aykırı eylemlerin övülmesi, itibar kaybı olarak telakki edilmiştir.

Özgürlüğe yönelen kalkışmalar, kurumsal koruma eşliğini artıran içtihatların yakın takibindedir:

AİHM özellikle Harabin/Slovakya davası ile kuvvetler ayrılığı ve yargı bağımsızlığının artan önemine bağlı olarak, yargıcın ifade özgürlüğüne yönelik olası bir müdahalenin yakın takibe alınması gerektiğini ifade eder[42]. İctihadı önemli kılan artan kuvvetler ayrılığı ve yargı bağımsızlığının korunması düşüncesinin, yargıcın düşünce özgürlüğünü yok etme endişesinden kaynaklanır.

Bu misyon, yargı bağımsızlığını korumaya alan akıl ve gramere karşı yargıcı sıkı şekilde markaja almakta, yargı bağımsızlığı ve kuvvetler ayrılığına yönelen kalkışmaların, ifade özgürlüğünü kısıtlamasını önlemektedir. Yargıcın düşünce özgürlüğü, kuvvetler ayrılığı ile yargının bağımsızlığının itidalli bir uzantısı olarak telakki edilmektedir. Böylece, yargıç üzerinden yargıya yönelecek kalkışmalar büyüteç altına alınmaktadır. Baskıların, yargıcı vesayet altına alarak, kişisel özgürlüklerini kısıtlayan bir debiye ulaşması muhtemeldir. Yargı, yargıç düşüncesi üzerinden baskı altına alınabilir. Dolaylı ve psikolojik bu saldırının yarattığı dengesizlik düşünce özgürlüğü için sonun başlangıcıdır. Dolayısıyla saldırıların takibe alınması, bağımsızlığın düşünce özgürlüğü üzerinden kısıtlanma teşebbüsüne verilen önemli bir yanıt olmakla kalmamış, kurumsal koruma düzeyi içtihatlarla güçlendirilmiştir. İctihat, sıradan müdahalelerle yargıcın düşüncesinin teslim alınması veya yansızlığın düşüncüyü sömürme ihtimalini, her daim hatırında tuttuğunu açıklamaktadır.

İçtihat, herkeste olan özgürlüğün yargıçtan sakınılamayacağı kanaatindedir. Ve özgürlüğü korumada uyguladığı ölçüt ve ölçülerin burada da tatbikini arzulamakta ve gözetmektedir. Sosyal ihtiyacın, yansızlıkla hedeflenen erekle ölümüne mücadelesinde, son sözü somut olayın özelliğine ait olmakla birlikte, somut olay adaletinin özgürlüğün korunmasındaki rol ve misyonunu öne çekmeyi ihmal etmemektedir. (§65-66-67)

Açıklama hakkının, göreve sadakati ne denli ihlal ettiği meselesinin hallinde yargıcın statüsü, görev ve sorumluluğunun özgünlüğü belirleyici ölçüt olacaktır. Görev ve sorumluluk düşünce özgürlüğünden azade değildir ve bu ikili söz konusu olduğunda yansızlığın öne çıkması önem arz edecektir. Dolayısıyla yargıcın ifade özgürlüğü tartışılmaya başlandığında, masaya mutlaka ama mutlaka onun görev ve sorumluluğunun başat biçimi olan yansızlığının da davet edilmesi umulmaktadır.

Nesnel ve öznel yansızlık, düşünce özgürlüğünün rastladığında durması ve yol vermesi gereken bir sorumluluk, görev ve yükümlülüğe denk gelir. Onu saygın kılan, yargılamayı yabancılaştırmayı önleyen, hükmü yücelten ve saflaştıran işlevidir. Dolayısıyla yargıç hem kendisine hem de dışındakilere karşı özenle korunmalıdır. Sosyal ihtiyaç ile hedeflenen meşru amaç arasındaki dengeyi kontrol eden ve yöneten somut olayın özellikleridir[43]. Başvurucunun makamı, ifadelerin doğduğu bağlam ve yargıca uygulanan ceza belirleyiciliği[44] unutulmamalıdır.

Yargıca uygulanan cezanın niteliği ve şiddeti, düşünce özgürlüğünün istikbalini belirleyen bir parametredir. Cezanın debisi, caydırıcılık ile ıslah arasındaki kadim kavganın kimin yararına sonlanacağına ilişkin sorunun cevabını da verir.

Cezanın şiddetindeki artış, düşünce özgürlüğünün kullanılması üzerinde yaratacağı haksız ve telafi edilemez baskı, hiç kuşkusuz düşünce özgürlüğünün haddinden fazla korunmaya değer hale getirecektir. Ceza burada yarattığı aşkınlıkla, salt ceza olmaktan çıkmış bir başka kulvarda korunan hak için ciddi bir tehlikeye dönüşmüştür. Cezanın, muhakeme ve infaz veya disiplin hukuku ile korunan yararları sağlamaya elverişli olması, onun ihlal edilmesini meşrulaştırmakta, bu korumanın diğer hukuki yararları zedelememesi beklenmektedir. Hak ve özgürlükler, sorumluluk ve ödevlerle dengelenebilmesi, cezaların bu dengeyi koruma becerisini geliştirmesine bağlıdır. Ölçsüz ceza, yasal olmakla birlikte düşünce özgürlüğünün cesaretini kırdığı ve yaşamını tehdit ettiği için meşruiyetini yitirmiş bir ihlal veya hukuka aykırılık biçimidir.

Düşünce özgürlüğünün hayali, hedef ve amacı ile suç ve cezanın ağırlığı arasındaki saldırmazlık anlaşmasını ihlal eden her kim ise, iki değer arasındaki tartışmanın kaybedeni de o olacaktır.

Belirleyici olan bir diğerk husus yargıcın görev ve pozisyonudur. AİHM, Baka v. Macaristan davasında; düşünce özgürlüğü tartışılan yargıç iki farklı rol ve işlev üstlenmiştir. Bu görevlerden biri Yüksek Mahkeme Başkanlığı diğeri ise Milli Adalet Kurulu Başkanlığıdır. Bu iki sifata sahip yargıç, yargıyı etkileyen bazı yasal ve anayasal reformlar hakkında görüş açıklamıştır akabinde, anılan kurulların yetkileri kaldırılmıştır. Konuyu irdeleyen AİHM, yargıcın üstlendiği rollerden hareketle, yargının yazgısını belirleyen konularda, çoklu rollerin taşıyıcısı yargıcın açıklama yapmasının hem düşünce özgürlüğünün kullanılması hem de görev ve sorumluluğun gereği olarak nitelemiştir[45].

Bu karar; yargı yöneticileri ile yargıçların hak ve özgürlüklerini koruma görevi üstlenenlere, yargı veya adli politikayı ifade özgürlüğü vasıtasıyla belirleme yetkisi vermektedir. Bu düşünce özgürlüğüne, görev tanımı aracılığıyla verilen önemli bir destektir. İfade edilenler, düşünce özgürlüğü ve mesleği sorumluluğun birlikte ve ortaklaşa desteği ile kristalize olmuş, pekiştirilmiş bir dokunulmazlık inşa etmektedir. Böylece, yer, zaman ve konu bakımından kıyasıya yarışan ve kimi zaman düelloya dönüşen hak ve yükümlülük, bu olasılık tahakkuk ettiğinde yarışma yerini, odağında mesleki yükümlülük olan bir güç birliğine bırakmaktadır. Dolayısıyla yargıçlık ile diğerk rollerin kesiştiği yer ve zamanlarda, ifade özgürlüğü ile yargıcın ilave rolü arasındaki bağ, daha önemli hale gelmekte, açıklama ve ifade etme hürriyeti bu çerçeveye oturularak kıymetlendirilmektedir.

Açıklamanın konusu ile yargıcın misyonu arasındaki bağın yoğunlaşması, düşünce özgürlüğü için yakın tehlikeye delalet ederken, aradaki makasın açılması özgürlüğü rahatlatan bir işlev üstlenecektir. Yargı yetkisi ile tarafsızlığı sorgulanmasına vücut veren her ihtimal, koşut olarak yargıcın sorgulanma olasılığını gündeme getirecektir. Yargıcın kimliğini öne çıkararak mesleğini ilgilendiren düzenlemeler hakkında kamuoyu nezdinde yapılan tartışmalara katılmasının etik sapma olarak benimsenmesi (AİHM, Kudeshkina v. Rusya, para. 93. §71) düşünce özgürlüğünün ihlali olarak kabul görmüştür. Yargıç Kudeshkina 'nın mesleki konulardaki duyarlılığı[46], mesleğini koruma içgüdüğü ile hareket etmesi, ya da düşünce özgürlüğüne mesleğini ilgilendiren düzenlemelerden kaynaklı savunmaların damga vurması, sıradan bir açıklama olarak tanımlanmamış, aksine, görevin ifası ya da sorumluluğun yerine getirilmesi olarak değerlendirilmiştir. Burada mesleği sorumluluk, düşünce özgürlüğünü motive ederek, görüş beyanını hem sıradan olmaktan çıkarmış hem de göreve dönüştürmüştür.

Yargıç Kudeshkina yargıç bağımsızlığı ile tarafsızlığını tehdit eder boyuta erişen baskıya atıfta bulunması, yargıcın dile getirdiği ve toplumla paylaştığı kişisel bir kaygı değildir. Kaygıyı yaratan, kurumsal bağımsızlığın yargıçlar üzerinden aldığı tehdidin boyutlarının kazandığı

ivmedir. Tehdit, yargı bağımsızlığı ile kamusal güveni hedef almaktadır. Her ikisi de yargıyı ayakta tutan fonksiyonel öğelerdir. Bunları aldığımızda yargı işlevini yerine getirmekte akim kalacak, sıradan bir kamu görevine dönüşecektir. Kudeshkina anılan kaygıyı taşıyarak hem meselenin boyutları hakkında kamuoyunu bilgilendirmekte, hem de röportaj yoluyla görevin motive ettiği reflekslerini kullanmaktadır.

Bu yargının yaşama tutunabilmesi için geliştirdiği kodlama biçimi veya içgüdüdür olarak da betimlenebilir ve sürdürülebilir bir yargı veya yargıçlık için konuşmak ve eleştirmek dikkat çekmek azaltılamaz veya ortadan kaldırılamaz bir ödevdir. Yerinde, zamanında konuşmak egzersize gereksinim duyar. Düşünce, koruma refleksinin tutunduğu en önemli referans ve araçtır. Nesnel yansızlık yükümlülüğü burada, savunma mekanizmasına yenik düşmekte, yargının hayata tutunma mücadelesi, olası hukuka aykırılıkları ihlal olmaktan çıkarmaktadır.

Yargıcın ifadeleri maddi çıkar, kişisel mağduriyet, husumet veya avantaj beklentisinin[47] yarattığı motivasyonun eseri midir? Yoksa toplum ve kamusal beklentileri karşılayan bir ihtiyaçtan mı kaynaklanmaktadır sorularına verilecek yanıt, düşünce özgürlüğünün kaderini tayin edecektir. İlkine verilecek olumlu yanıt, açıklamayı ihlale dönüştürürken, ikincisine verilecek olumlu yanıt, düşüncenin hukuka uygun hale getirecektir. Kuramsal bir tartışmanın, güncel örnekleri basamak yapması, görülmekte olan davaları etkileme gizilgüçleri yoktur ve AİHM, Baka v. Macaristan örneğiyle; başvurucunun açıkladığı görüşlerinin, mesleki bakış açısının ötesinde salt eleştiriye doğru gidip gitmediğini veya tek taraflı kişisel saldırı veya hakaret içerip içermediğini incelemiştir[48].

Ortada kişiselleştirilmiş belli yer ve zaman üzerinden öznelendirilmiş bir saldırı veya hakaret içermeyen performanslar, hiç kuşkusuz yargıcın kişisel ve yerine göre kurumsal kimliğinin objektif kapsamında kalan ifadedir.

AİHM, salt siyasi beyanların, yargıcın düşünce özgürlüğünden alıkonma sebebi olarak kabulünden ısrarla kaçınır[49] ve her şeyin politik açıklamaya feda edilecek bir nesne olarak görülmesini ya da politik düşüncelerin yargı veya yargıcı zehirleme potansiyelinin önyargıya dönüşmesini önler. Bunu da her iki hakkın yüzleştikleri yer ve zamanlarda, ifade özgürlüğünün kamusal yarar kaygısıyla sınırlanması gerektiğine ilişkin kuralı dar yorumlamak suretiyle gerçekleştirir. İfade özgürlüğünün obje itibarıyla kamu yararına verdiği desteğin boyutları ve ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin debi ve niteliği arasındaki çekişme, bu iki parametreyi tartan testle açığa çıkarılmaktadır. Kıran kırana mücadeleye sahne olan bu tartışmada, ifade özgürlüğü kamusal yararlara verdiği destek ölçüsünde görece veya mutlak bir koruma talep

edebilmektedir. Böylelikle salt politik bir açıklamanın, deport edilme olasılığı elimine edilmekte, yargıcın kamusal yararı, düşünceleri aracılığıyla etkileme ihtimali canlı tutulmaktadır.

İfadelerin salt siyasi olması, düşünceyi savunmasız bırakmaz. Yansızlık beklentisi, düşünce özgürlüğünün yaşam alanını kısıtlayan pratikleri tahrik etmektedir. AİHM aşkın yorumlardan kaçınmak için, yargıcın ifade ve açıklama özgürlüğü ile kamusal yararlar arasında güçlü, yoğun ve yaygın bir bağ inşa etmeye çalışmaktadır. Bu form, yargıcın mutlak şekilde susmasını, kamu yararına aykırı kabul ederek, konuşmayı görece öneren bir güzergâhta sebat etmektedir.

İki uç arasında cambazlığa zorlanan yargıcın, dengesini kaybetmemesi için, müdahalenin orantılılığından yardım alınmaktadır. Wille v. Liechtenstein davasında, devleti yöneten birinin yargı dokunulmazlığı konusundaki görüşleri hukuki bir görüş açıklaması olarak ilişilmezlik kapsamına alınmıştır. (§73) Somut örnekler üzerinden ders veren bir yargıcın bu eylemi, düşünce özgürlüğünün korumasındaki salt bir politik görüş olarak telakki edilmemiştir. Anayasa hukuku derslerinin devleti sınırlayan doğası, yargıç öğretim görevlisine eyleyebileceği geniş bir alan bırakması, öğrenimin doğasının dayattığı bir hoşgörü olarak addedilmektedir.

Örneğin güncel ve somut olması, yargı dokunulmazlığının sübjektif kapsamına dair bir hukuki tartışmanın niteliğini değiştirmez. Hukuki tartışmanın politik öznel referans alınarak somutlaştırılması, dersi politik görüşlerin tartışma zeminine dönüştürmeyeceği gibi, yargıçları da örnekler üzerinden politik bir kimliğe tahvil etmez. Hukuki ve politik olanın kesiştiği ve yoğun bir ilişkiye geçtiği bu alan, anlatıcılar için haddinden fazla dokunulmaz bir yer inşa eder. Böylelikle, pratiğin kuramsal ve teoriye dönüşmesine olanak ve kolaylık tanınır. Aksi halde, büzülen hukuki arena, politik kaygıların tetiklediği fobilerin vücuda getirdiği çorak bir alan haline gelir.

Albayrak v. Türkiye davasında yargıcın suç örgütünün uzantısı addedilen basın yayın organlarını izlemesini, yargıcın bu örgütle ilgili yargılama yapmadığı sürece yansızlığı riske etmeyen düşünsel bir faaliyet olarak tanımlanmıştır. Yargıcın düşünce özerkliğinin maksimal sınırları konusundaki belirsizliği gidererek, yargıcın bilgilenme özgürlüğünün, görülen veya yakın gelecekte görülmesi olası bir dava olmadığı sürece korunması gerektiğini değerlendirmektedir (§76). Buradan bakıldığında, zaman, nesnellik kaygısı ile yargıç özgürlüğü arasındaki krizin aşılmasında son sözü söyleme kapasitesine sahiptir. Kriz, araya giren zamanla ya da düşünce özgürlüğünün nesnelliği sömürmesini büyük ölçüde önlenmektedir.

Albayrak Türkiye Davası'nın verdiği bir diğer mesaj, görülmekte olan davalar ile yargıcın tutum ve davranışı arasında kurulan ilişkinin kabul edilebilir somut bir argüman ve veriye dayanması gerektiğine ilişkin tespittir. Görülen veya görülecek olan davalardaki sevk ve idare

görevinin, yargıcın tartışma yaratan ve kuşkulu bulunan tutum ve davranışı tarafından yönlendirildiği veya yönlendirileceğine ilişkin kuşkunun ispat edilebilir olması umulmaktadır. Güçlü bu beklentiyi karşılayan bir kanıt yoksa yargıcın ifade özgürlüğü, sanal yansızlık eşikleri aracılığıyla mutlak olarak ihlal edilmiş demektir.

Eldeki deneyimler düşünce özgürlüğünün objektif zeminini olabildiğince genişleten ve ceza yaptırımlarını büyük ölçüde zora sokan uygulamaları kollayan bir seyir izlemektedir. Ceza tehdidinin objektif ve sübjektif sınırlarını daraltan bu bakış açısı, yargıcın ceza tehdidi gölgesinde ömür tüketmesini bir nebze önlese de yakın zamanda, yargıçların sosyal medyayı kullanma ve ortamda bulunma haklarına çeki düzen verme arayışlarının dilendirilmesi, geçen zaman içinde, düşünce özgürlüğünün, yansızlığın aşırı yorumuyla disipline edileceğine ilişkin kaygıların işaretini vermektedir. Yargıcın disiplin araçlarıyla aşırı çevrelenmesi veya çemberin haddinden fazla daraltılması, nerede duracağı kestirilemeyen bir belirsizliği de tetikleyeceğini unutmamak gerekir. Burada belirsizlik yargıcın kaygılarını artırırken, kaygı düşünceyi kontrol ederek kopuşa çağrı yapacaktır. Kaygının kontrolsüzlüğü iktidarın ipleri ele geçirmesinin görünüm biçimlerinden olduğunu unutmamak gerekir.

Cezanın ağırlığı, kesinliği ve hızlılığı gibi ölçütlerle düşünce özgürlüğü arasında yakın, yoğun ve yaygın bir ilişki vardır. Özgürlüğün bu ölçütler üzerinden hedeflenmesi caydırıcılığa altın çağını yaşatacaktır. Yargıçların kurum ve kuruluşların politikalarına yönelik eleştiri ve itiraz hakkının yazgısını belirlemede, caydırıcılık başat rol alacaktır. Sistemin düşünceyi kaynağına hapsedmesinde eleştiriye adım attırmamasında izlediği bu yöntemin, özgürlüğü otomatik bir baskıya maruz bırakacağını unutmamak gerekir. Sosyal medyanın yakın takibe alınması ve savcılarının düşünceyi iddianameyle enterne çabası, cezanın niteliği ve ağırlığından özerk caydırıcı bir etki ve sonuca sahip olduğu izlenimi vermektedir.

SONUÇ

Yargıcın nesnelliğinden neşet eden sorumluluğu ile yargıcın düşünce özgürlüğü arasındaki yarışın nerede duracağını kestirmek mümkün değildir. Ancak normatif düzenlemelerle onları yorumlayan pratikler, yaşananlar üzerinden soluksuz bu yarışın hangi parametreler üzerinden ve kimin yararına nasıl ve ne şekilde sonlandırılması gerektiğine dair bir argüman sunmaktadır.

Beliren tecrübeler, yargıcın görevinden kaynaklı sorumluluklarının nesnellik odaklı bir alınganlığa neden olduğu, anılan alınganlığın yarattığı hukuksal fobi ve stres, düşünce özgürlüğü üzerinde ciddi bir baskı yaratmaktadır. Mahkeme pratiklerinin özünde bu baskının meşruiyetini ölçme ve değerlendirmeye özgülendiği gözlemlenmektedir.

Mahkeme geliştirdiği testle, iki veya çoklu değerlerin karıştığı ya da mşdahil olduğu bu tartışmada, korunması gerekenin ne olduğunu tayin etmektedir. Dolayısıyla değerlendirme ihlale veya ihlal kuşkusunun aşılmasında birçok parametreden beslenmektedir.

Yansızlık ve bağımsızlık, evrensel değerlerle bağını kopardığında, dşşünce özgřrlřđřnř kısıtlayan baş edilemez, gşçlü bir engele dşnşşş. Dşşünce özgřrlřđř ve tşrevlerinin yansızlıkla değerlerden kopuk bir ilişki inşada ısrar etmesi yargıcın dşşünceyi sşmşrmesi manasına gelir. Bşyle bir olasılığın varlığında, Mahkeme'nin savunma sistemi devreye girmekte, aşınan yansızlığın etki ve sonuçlarını verdiği kararlarla önlemektedir.

Ancak bu sonuca varmada, yargıcın dşşünce özgřrlřđřne yşnelen her davranışı bşyşteç altına almakta, onun, elini kolunu sallayarak hiçbir engelle karşılaşmadan dşşünce özgřrlřđřnřn yaşam alanını kısıtlamaması için özel önlemler almaktadır.

AİHM olası ihlal kuşkularını değerlendirirken hiç kuşkusuz şlkelerin yargıç nesneliliği ile dşşünce özgřrlřđřleri arasındaki ilişkileri dşenleyen, dengeleyen ve koruyan hşkşmleri dşeneneği, dizgeyi gşzetmekte, bu hşkşmlerin ardındaki gelenek ve akılı da dikkate alarak, şlkelerin şznel, şzgşn ve şzerk bir dşşünce özgřrlřđř ve yargıç nesneliliği anlayışı geliştirmelerine de saygı duymaktadır.

Yansızlık ve bağımsızlığı haddinden fazla misyon yşklenmesi, yargıcın yurttaş olarak demokratik tahayyşl ve tasavvurlara dşşşncesi aracılığıyla katkı sunmasını engelleyeceği unutulmamalıdır. Yansızlığın sşmşrşlmesi yargıcı devletleştirmenin, dar bir alanda toplum karşıtlılığına dşnşştşrmesinin enfes bir buluşudur. Yargıç, yansızlığı ile dşşşncesi arasındaki dengeyi korumak için yeteri kadar olanak ve kolaylığa sahiptir. Kamusal alanda şkillenen yargıç kimliğinin, toplumsal kişiliği peçelemesi, yargının demokratik geleceğinin en bşyşk dşşşmanı olmakla kalmayacak, yargıcı dşşşncesinin dşşşmanına evirecektir.

Evrensel rezerv, iç hukukun yargıç dşşşncesi ile yansızlığı arasındaki çelişkiyi şlşmcşl bir dşelloya dşenşşmemesi için yeteri kadar değer içermektedir. Bu değerler üzerinde ilerleyen bir yargıç, yansızlığın tutsağı olmak yerine özgřrlřđřn koruyucusu olacaktır. Kendinde olanı topluma vermek, yargıcın zulasında ne taşıdığına bağlıdır.

Anayasal kriz anlarında yargıcın yargı ve hukukun kaderini tayin etme, toplumun belirli usullere tabi olarak geleceğini tayin hakkı için aydınlatma gşrevini şstlenmesi odevdir, özgřrlřđřtřr. Devlet ve toplum arasındaki krizde toplumdaki tavrın alması yargıcın dşşşnce özgřrlřđřnř gşven bunalımına yol açmadan kullanmasına bağlıdır. Hakaret, aşağılama ve tşrevleri

düşüncenin açtığı özgürlük alanından istifade etmeyi denememelidir. Yargılama sorumluluğu ile yargının geleceğini tayin hakkı arasındaki yarış kontrol edecek olan evrensel değerlerdir.

Yargıcın medya ve türevleri üzerinden toplumla iletişime geçmesinin, hali hazırda iddianame ve disiplin takibatının altında olması, düşün özgürlüğünün gelişmesi önünde ciddi bir engeldir.

.....

[1] Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu, Yargıçların İfade Özgürlüğü, (Venedik, 19-20 Haziran 2015) http://yarsav.org.tr/resimler/filemanager/venedik-raporu2015_1.pdf (Erişim 22.02.2017) Çalışmamız bu raporun belli paragraflarındaki görüşleri, paragraf numarasını göstererek buradan alıntılanmıştır.

[2] AİHM, Bay Baka'nın görev süresinin sonlandırılmasına ve yeni Kuria'nın başkanlığına seçilemeyecek biçimde getirilen kriterlere ilişkin yasa değişikliği önerilerinin başvurunun yargıyı etkileyen yasal reformlara dair görüşlerini kamuoyuna duyurduktan sonra Parlamenta sunulduğunu ve sunulduktan çok kısa süre sonra da kabul edildiklerini gözlemiştir. Bundan başka, Milli Yargı Başkanı'nın görevlerinin yeni Kuria Başkanı'nın görevlerinden ayrılmış olmasının tek başına Temel Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte Bay Baka'nın seçilmiş olduğu görevin fonksiyonlarının sona ermesi anlamına gelmediğini vurgulamıştır. Son olarak, ne başvurunun görevlerini yerine getirebilme yeterliliğinin ne de mesleki davranışlarının Macar makamları önünde hiçbir zaman incelenmediğini tespit etmiştir.

Bu nedenle AİHM, olayların bütün olarak meydana geliş şekline, başvurunun, görev süresinin erken sonlandırılmasının Yüksek Mahkemenin yeniden yapılandırılmasının bir sonucu olmayıp, YM Başkanı iken yapmış olduğu eleştirilerin bir sonucu olduğu iddiasını kanıtladığı sonucuna varmıştır.

Müdahalenin haklı olup olmadığını incelerken AİHM, öncelikle başvurunun ifadelerinin kamuyu ilgilendiren konulara dair olduğunu (yargı sisteminin işleyişi, hâkimlerin bağımsızlığı ve görevden alınmaması, hâkimlerin emeklilik yaşı), bunları ifade etmenin başvurunun yalnızca hakkı değil aynı zamanda görevi olduğunu; başvurunun seçildiği zamanki düzenlemelere göre, bitimine üç buçuk yıl varken görevine son verilmesinin ciddi maddi sonuçları olduğunu; böyle bir yaptırımın, ifade hürriyeti üzerinde "soğuk etki" (chilling effect) yapabileceğini, bilhassa yargısal görevlerini kaybetme korkusuyla hâkimleri, kamu makamlarını ve politikaları eleştirmekten caydırma riski taşıyabileceğini; son olarak da başvurunun görev süresinin erken sonlandırılmasının Macar mahkemeleri tarafından etkili bir yargısal denetime tabi tutulmadığını tespit etmek suretiyle, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığına karar vermiştir.

[3] AİHM, Eskelinen kriterleri bağlamında bir memurun 6. madde kapsamındaki korumadan hariç tutulabilmesi için iki kriterin karşılanması gerektiğini hatırlatmıştır. Buna göre iç hukukta yargı yolunun açıkça kapalı olması ve bunun haklı gerekçelere dayanması gerekir.

AİHM daha sonra Sözleşme'nin 6/1. maddesine ilişkin ilkeleri (bir unsuru da erişimi içeren "mahkeme hakkı" olduğunu, bu hakkın mutlak olmayıp sınırlandırılabilmesini, ancak sınırlandırmanın hakkın özüne dokunamayacağını ve sınırlamanın meşru bir amaçla yapılması gerektiğini, öngörülen amaçla kullanılan araç arasında makul bir ölçülülük ilişkisi olması gerektiğini) önceki kararlarına atıfla sıralamıştır.

AİHM, somut olayda Macar hukuk sisteminin, YM hâkimleri ve başkanı için mahkemeye erişim hakkını açıkça kapatmadığını tespit etmiştir. Başvurunun görev süresinin sona ermesi Temel Kanun'a konan bir hükümlerle gerçekleştiğinden ve bu işleme kaşı, anayasa şikâyeti de dâhil, yargı denetimi mümkün olmadığından, başvurunun mahkemeye erişiminin engellenmiş olduğunu gözlemiştir. Zira iç hukuk tarafından bir görev (post) ya da memur kategorisi mahkemeye erişim hakkından açıkça mahrum bırakılmadığından, Eskelinen kriterlerinden ilkinin karşılanmadığı sonucuna varmıştır.

Öte yandan birinci kriterin karşılandığı farz edilse bile, AİHM'e göre, Hükümet, başvurunun görev süresinin erken sonlandırılmasıyla başvuru Madde 6'nın güvencelerinden hariç tutmayı haklı gösterecek biçimde argümanlarını ortaya koyamamıştır. Oysa kamu yararı nedeniyle adil yargılanma güvencelerinden hariç tutulmanın haklılığının objektif biçimde gerekçelendirilmesi gerekirdi.

[4] Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu), Yargıçların İfade Özgürlüğü Raporu, Venedik, 19-20 Haziran 2015, 8. P.

- [5] Ayrıntılı açıklama için bkz. Gülriz Uygur, Hukukta Adaletsizliği Görmek; Türkiye Felsefe Kurumu, 2013 [6] 11.paragraf
- [7] Rapor, 23 p.
- [8] Rapor, Paragraf, 40
- [9] Rapor, 40. Par.
- [10] Rapor, 43 par.
- [11] Rapor, 43 par.
- [12] Rapor, 46 Par.
- [13] Rapor, Paragraf 30
- [14] Rapor, paragraf 18.
- [15] Rapor, 19 P.
- [16] Rapor, 20 p.
- [17] Bu konudaki en çarpıcı ve gözde örnek, Savcı Kayasu' nun 12 Eylül 1980 darbesini tahkikata uğratma teşebbüsünün, hizmet içi ve dışı resmi sıfatın gerektirdiği saygınlıkla bağdaşmaz bulunmuştu. AİHM de tartışmaya konu edilen bu işlem, Kayasu v Turkey 13 Kasım 2008 tarihli dava ihlale konu olmuştur.
- [18] Rapor, par 76; dipnot,82
- [19] Kudeshkina v. Rusya. Para 87; Rapor par. 78;
- [20] Rapor, 27 paragraf
- [21] Rapor, 21p.
- [22]Rapor, 24 p.
- [23] Rapor, 26 p.
- [24] Rapor, 26 p.
- [25] Rapor, 26 p.
- [26] Hırvatistan Yargı Etiği Yasası; madde 12; par.28
- [27] Rapor, 24 p.
- [28] Rapor, 24 p.
- [29] İsveç Basın Özgürlüğü Kanunu, Bölüm 3; rapor par. 35
- [30] Rapor, 36 par.
- [31] Rapor, par 36
- [32] Basın Özgürlüğü Kanunu 7 Bölüm, Madde 4; Rapor par.38 [33] Hırvatistan Yargı Etiği Yasası, madde 12; par.28 [34] Rapor par, 47
- [33] Hırvatistan Yargı Etiği Yasası, madde 12; par.28
- [34] Rapor par, 47
- [35] Mesela, bir hâkim Alman Komünist Partisi adayı olması sebebiyle meslekten atılmış olan bir öğretmen gazetede yayımlanan bir ilanında yer alması nedeniyle bölge yüksek mahkemesi başkanı tarafından disiplin cezası ile cezalandırılmıştır. Rapor, par 50
- [36] Aralarında hâkimin de bulunduğu imzacıların, meslekten atılan öğretmenle dayanışmalarından başka öğretmen hakkında anayasa uyarınca görevine iadesini teminen görevli mahkemeye dilekçe yazılması ve hâkimin ilandaki imzasının yanına resmi sıfatını ilave etmesi cezalandırmayı gerektirmiştir. Rapor par 50
- [37] İçtihadı konu olayda bir hâkim ve savcı mahkeme başkanı tarafından disiplin cezasına çarptırılmıştır. Ceza alan hâkim ve savcı, Sovyetler Birliği'ne karşı korunmak amacıyla Alman topraklarında füzelerin konuşlandırılmasıyla ilgili bir gazete ilanında yer almışlardır. İlanın başlığı şöyledir "Lübeck yargı çevresindeki füzelerin yayılmasına karşı olan 35 yargıç ve savcı" İlan metni, füzelerin konuşlandırılmasının açıkça anayasaya aykırı olduğunu belirtmekteydi. Bildiri Kuzey Almanya bölgesinin 35 hâkim ve savcı tarafından imzalanmıştı. Anılan hâkim ve savcılar isimlerinin yanına resmi pozisyonlarını da yazmışlardı. Rapor, 53 par.
- [38] Federal İdare Mahkemesi anılanların özellikle makamlarını ön plana çıkardıklarını, bu tavrın anılanların kamuoyu ile ilişkilerinde görevlerini bağımsız yürüttüklerine ilişkin bir güven krizi yarattığını vurgular ve Federal Anayasa mahkemesi de yargıç ve savcılara verilen disiplin cezasının ifade özgürlüğünü ihlal etmediği kanaatine varır. Federal Anayasa Mahkemesi, 6 Haziran 1988, 2 BvR 111/88; Federal İdare Mahkemesi, 29 Ekim 1987, 2C72/86 Rapor Par 53
- [39] Bu davada, hâkime disiplin cezası verilmemesine rağmen, yükümünü ihlal ettiğinden bahisle üst yargıç tarafından uyarılmıştır. Söz konusu hâkim, gazete ilanını imzalayan 554 meslek mensubundan

biriydi. İlan Alman topraklarında Amerika Birleşik Devletleri'nin füze deposuna erişim yolunun kapatılmasını konu edinen bir bildiri idi. Abluka hakimler tarafından gerçekleştirilmişti. İlan, protestocuların suçlanmasını eleştiriyor ve suçlanan hakimlerle dayanışmayı deklare ediyordu. Aşağı Saksonya Disiplin Mahkemesi, ilandaki ifadeleri protestocuların, hukuk dışı tavırlarının onaylandığı şeklinde değerlendirdi ve kabul edilemez buldu. İlan metni ablukayı ifade özgürlüğü ile korunan meşru ve hukuki bir eylem olarak lanse ediyordu. Disiplin Mahkemesine göre, ilanın genellikle eğitilmiş kişilerin okudukları bir gazetede yayımlanması önemli değildi, çünkü hukukçu olmayan okuyucular hakimlerin açıklamalarından etkilenmeye açıktılar. Bir hâkimin meslektaşlarının hukuka aykırı eylemlerini alenen övmesi hakimlik görevi ile bağdaşmazdı (Aşağı Saksonya Disiplin mahkemesi; 14 Eylül 1989, DGH 1/89) Rapor, par.56 ve 57

[40] Rapor, par 48

[41] Rapor, paragraf 27

[42] AİHM Harabin v. Slovakya 62584/00 29 Haziran 2004; Rapor, par.65

[43] Rapor, Par 66

[44] Rapor, par, 67

[45] Baka v. Macaristan; Rapor, par, 70

[46] Kudeshkina v. Rusya davasında, başvuru, Moskova Şehir Mahkemesi hâkimlerinden biri tarafından verilen röportajda, “yargıçlar üzerinde baskının olağanlaştığını”, “yargı bağımsızlığı ve kamusal güvenin sürdürülebilir olması için kaygı verici durum ve problemin ciddiyetle” ele alınması gerektiğini ileri sürmüştür. AİHM röportajda açıkladığı düşünceleri nedeniyle hâkimin görevine son verilmesinin onun ifade özgürlüğünün ihlali olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme'ye göre, başvuru demokratik bir toplumda kamuyu ilgilendiren çok önemli bir konuyu özgürce tartışmış ve söz konusu bu siyasi konuşmanın “10.Madde kapsamında özel korumaya tabi olduğunu” hatırlatılmıştır. Rapor, Par, 74

[47] Kudeshkina v. Rusya para, 95; Rapor para. 75

[48] Rapor, para.77; dipnot, 81

[49] Paragraf, 72