



Yargı Mensuplarına Maske Temin Eden İdarenin Avukatlara da Maske Temin Etmesi Gerekir mi? Fransız Danıştay'ın 20 Nisan 2020 tarihli Kararı'nın* İncelenmesi

The Administration Provides Masks to the Members of the Judiciary, Is It Necessary to Provide Masks Also for Lawyers? Review of the Decision of the French Council of State (Conseil d'Etat) dated April 20, 2020

Memduh Cemil Şirin**

Öz

Covid-19 salgınından korunmak için maske kullanımı etkili bir yöntem olarak uygulanmaktadır. Salgının ilk dönemlerinde stoklarında yeterince maske bulunmayan ülkeler halkın maske ihtiyacının karşılanmasında zorlanmış, eldeki maskelerin dağıtımı konusunda öncelik kriterleri oluşturmuşlardır. Maske konusunda büyük sıkıntı yaşayan ülkelerden biri olan Fransa'da idare tarafından yargı mensuplarına maske dağıtımı yapılırken avukatlara ise maske temin edilmemiştir. Bunun üzerine kendilerine maske temin edilmesini talep eden avukatlar Fransız Danıştay'ına başvurmuştur. Fransız Danıştay'ı ise verdiği kararında maske yetersizliği karşısında idarenin öncelikle kendi personeline maske dağıtmakla yükümlü olduğu gerekçesiyle bu talebi reddetmiştir. Bu çalışmada söz konusu karar incelenerek avukatlara maske dağıtılması yönünde farklı bir karar verilebileceği üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler

Danıştay • Conseil d'Etat • Avukatların Statüsü • Maske • Covid-19

Abstract

The use of masks is applied as an effective method to protect against the Covid-19 epidemic. In the early stages of the epidemic, countries that did not have enough masks in their stocks had difficulties and established priority criteria for the distribution of masks in hand. In France, which is one of the countries experiencing great difficulties in terms of masks, while the administration distributes masks to members of the judiciary, lawyers have not been provided with masks. The lawyers who requested to be provided with masks applied to the Conseil d'Etat. The Conseil d'Etat rejected this request on the grounds that the administration was primarily obliged to distribute masks to its own personnel in the face of the

* CE, ord., 20 avril 2020, *Ordre des avocats au barreau de Marseille et Ordre des avocats au barreau de Paris*, n°s 439983, 440008. Karar linki: <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-d-etat-20-avril-protection-des-avocats>.

** Sorumlu Yazar: Memduh Cemil Şirin (Öğr. Gör. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye. E-posta: memduh.sirin@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-4114-9149

Atf: Şirin MC, "Yargı Mensuplarına Maske Temin Eden İdarenin Avukatlara da Maske Temin Etmesi Gerekir mi? Fransız Danıştay'ın 20 Nisan 2020 tarihli Kararı'nın İncelenmesi" (2020) 19 İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 103. <https://doi.org/10.26650/ihid.19.005>



lack of masks. In this study, it was emphasized that a different decision could be made to distribute masks to lawyers by examining the decision in question.

Keywords

Council of State • Conseil d'Etat • Status of Lawyers • Mask • Covid-19

1. Karara Konu Olay

- 1.1. Fransa’da Kamu Sağlığı Kanunu L3131-8 maddesi sağlık koşullarının gerektirmesi halinde illerde valilere, L3131-9 maddesi ise ülke genelinde Başbakan’a mal ve hizmetlerin istimal yoluyla edinilmesi için yetki tanımaktadır. Başbakan’ın bu yetkisi çerçevesinde 3, 13 ve 20 Mart tarihlerinde üç kararname çıkarılmıştır¹. Sonra 23 Mart tarihinde, bu kararname yerine geçmek üzere Başbakan tarafından yeni bir kararname yayınlanmıştır. Uygulaması Dayanışma ve Sağlık Bakanı tarafından yapılacak 2020-293 sayılı Sağlıkla İlgili Olağanüstü Hal Kapsamında Covid-19 ile Mücadele İçin Genel Tedbirler Kararnamesi’nin 12. maddesinin 1. fıkrası ile; özel ve kamu hukuku tüzel kişileri mülkiyetinde bulunan (31 Mayıs 2020 tarihine kadar üretilecekler de dahil olmak üzere) ülke içerisindeki bütün maskelere, öncelikle sağlık personeli ve hastalara dağıtılmak amacıyla, el konulması kararlaştırılmıştır². Bu el koymalar, ülke genelinde halka maske satışının fiilen mümkün olmaması anlamına da gelmektedir. Yurtdışından satın alınan maskeler bakımından ise daha esnek bir sınırlama öngörülmüş ve sadece belli miktarın üzerinde ithal edilen maskelere el konulması yetkisi tanınmıştır. Kararname’nin 12. maddesinin 3. fıkrasına göre; 3 aylık bir dönemde 5 milyondan fazla maske ithal eden tüzel kişilerin maskelerinin bir kısmına veya tamamına el konulabilecektir.
- 1.2. Dayanışma ve Sağlık Bakanlığı tarafından el konulan maskeler öncelikli olarak sağlık personeli ile hastaların kullanımına sunulacaktır. İdare, öncelikli gruplardan sonra maske kullanımı gerekli olan kamu personeline de dağıtım yapabilecektir. Avukatlar ülkedeki bütün maskelere idare tarafından el konulmasından sonra ülke içerisinde maske edinebilecekleri bir imkan kalmaması sebebiyle kendilerinin maske ihtiyaçlarının da idare tarafından karşılanması gerektiğini iddia etmektedir.

2. Karar Özeti³

2.1. Talepler ve Savunmalar

- 2.1.1. Marsilya Barosu avukatlara maske, eldiven, koruyucu kıyafet ve hidroalkolik jel tedarik edilmesine dair yargısal emir talebi ile Fransız Danıştay’na 439983 numaralı référé-liberté⁴ başvurusu yapmıştır. Marsilya Barosuna göre; “*avu-*

¹ Décret n° 2020-190 du 3 mars 2020 relatif aux réquisitions nécessaires dans le cadre de la lutte contre le virus covid-19; Décret n° 2020-247 du 13 mars 2020 relatif aux réquisitions nécessaires dans le cadre de la lutte contre le virus covid-19; Décret n° 2020-281 du 20 mars 2020 modifiant le décret n° 2020-247 du 13 mars 2020 relatif aux réquisitions nécessaires dans le cadre de la lutte contre le virus covid-19.

² Décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l’épidémie de covid-19 dans le cadre de l’état d’urgence sanitaire.

³ Özet, karar metnine bağlı kalınarak yapılmıştır. İnceleme sırasında tartışılacak hususlara kaynaklık eden kararın önemli bölümleri bire bir çevrilerak italik olarak gösterilmiştir.

⁴ Fransa İdari Yargı Kanunu madde L.521-2: “*Acil bir talep ile başvurulmuş hakim, kamu tüzel kişiliği veya kamu hizmetini yerine getirmekle görevli bir özel hukuk kişisinin yetkilerini kullanırken ağır ve açıkça hukuka aykırı bir zarar verdiği temel hak ve özgürlüğün korunması için gerekli bütün tedbirleri alabilir. Hakim 48 saat içerisinde karar verir*”. Référé-liberté usulüne ilişkin açıklayıcı kısa bilgilere Kararın Değerlendirilmesi (4) başlığı altında yer verilmektedir.

katların, müvekkillerinin ve yakınlarının sağlığını tehlikeye atmayacak şekilde müvekkillerini uygun sağlık koşullarında savunabilmelerine olanak sağlayan tedbirlerin yokluğu yaşam ve sağlık haklarının ağır ve açık bir ihlalidir". Ayrıca, "avukatların korunmasına yönelik tedbirlerin yokluğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde teminat altına alınan adil yargılanma hakkı, savunma hakları, çelişme ilkesi, susma hakkı ve avukat yardımından yararlanma haklarına aykırıdır".

Dayanışma ve Sağlık Bakanlığı, Marsilya Barosu'nun Fransız Danıştay'na başvurusuna karşı sunmuş olduğu savunma dilekçesinde taleplerin reddine karar verilmesini istemektedir. Bakanlığa göre "*Fransa maske yokluğu çekmektedir ve bundan dolayı sağlık çalışanları ile kırılgan toplum gruplarına öncelik verilmesi gerekmektedir (...)* Avukatlara maske dağıtılması öncelik kriterlerine uygun değildir". Bunun yanında, sadece maske tedbiri değil; fiziksel mesafe, elleri yıkamak gibi tedbirler de koruyucudur.

2.1.2. Paris Barosu, başta komiserliklerde göz altında tutulan kimselerle görüşmeler sırasında ve (ceza yargılamalarında olduğu gibi) acil hakim önüne çıkması gerekenlerin savunması hazırlanırken kullanılmak üzere, adalet kamu hizmetinin işleyişi sırasında savunma hakkı gereğince avukat bulunması gereken bütün durumlarda avukatlara ve müvekkillerine maske ve hidroalkolik jel tedarik edilmesi yönünde yargısal emir talebiyle Fransız Danıştay'na 440008 numaralı référé-liberté başvurusu yapmıştır. Paris Barosu'na göre "*İdarenin, adaletin yardımcıları vazifesini gerçekleştiren avukatlara yönelik koruyucu tedbirler almaması yaşam hakkını, savunma hakkını ve mesleklerini yapmaya engel olması sebebiyle teşebbüs hürriyetlerini ağır ve açık biçimde ihlal etmektedir*". Paris Barosu'na göre "*Avukatlar adalet kamu hizmetinin devamlılığını sağlamak için elzemdir(...)* Avukatların savunma mesleklerini covid-19'a karşı korunarak yapabilecekleri araçlarla donatılmaları gereklidir". Avukatlara ve müvekkillerine maske dağıtılması ve hidroalkolik jel temin edilmesi ile yaşam hakkı ve savunma hakkı korunabilecektir.

Dayanışma ve Sağlık Bakanlığı, Paris Barosu'nun Fransız Danıştay'na başvurusuna karşı sunmuş olduğu savunma dilekçesinde taleplerin reddine karar verilmesini istemektedir. Bakanlık, Marsilya Barosu'nun başvurusuna verdiği cevabı tekrar etmekle birlikte bir hususu daha dile getirmiştir: "*İdarenin avukatlara maske dağıtımından sorumlu olup olmadığı iki unsur göz önünde bulundurulurken değerlendirilir. Bir yandan avukatlar bağımsız bir serbest meslek erbabıdır ve kamu personeli değildir, diğer yandan ise avukatlara mesleklerini icra sırasında virüsün bulaşma riski sağlık çalışanları ile karşılaştırılmayacak düzeydedir*". Ayrıca, cezaevlerinde avukatlar ile müvekkilleri arasında görüşmeler sırasında fiziksel mesafe kurallarına uyulması için gerekli tedbirler alınmıştır.

2.2. Duruşma

2.2.1. Fransız Danıştayı, Marsilya Barosu ve Paris Barosu'nun taleplerinin aynı olması sebebiyle iki dosyanın birlikte görülmesine karar vermiş ve 14 Nisan 2020 saat 14.00'te bütün tarafların katılımı ile duruşma yapmıştır⁵.

2.3. Danıştay İncelemesi

2.3.1. Fransız Danıştayı, kararında ilk olarak covid-19 ile mücadele kapsamında yargı sisteminde alınan tedbirleri sıralamıştır. Buna göre, 15 Mart 2020 itibariyle acil ve önemli olanlar hariç yargı faaliyetleri durdurulmuştur. Devam etmekte olan yargılama faaliyetleri bakımından ise fiziksel mesafe ve temizlik kurallarını esas alan önlemler alınmıştır. Fiziksel mesafe kuralları aracılığıyla avukatlar ile müvekkillerin temasını sınırlandıracak şekilde yargılama usulleri duruma uyarlanmıştır. 25 Mart 2020 tarih ve 2020-303 sayılı Ceza Yargılamalarına Dair Ordonans'ın⁶ (KHK benzeri) 13. maddesi ile gözaltındaki müvekkile görüşmenin ve bu süreçteki duruşmalara katılmanın elektronik iletişim araçları ile yapılmasına imkan tanınmıştır. Aynı tarih ve 2020-304 sayılı Ordonans ile hukuk dava duruşmalarının uzaktan, seyircisiz veya yazılı yapılmasına imkan tanınmıştır. Bütün bu tedbirler fiziksel teması ortadan kaldırmaktadır. Bunun yanında, her bir adalet sarayında fiziksel mesafeye imkan tanıyan ve dezenfekte edilebilir duruşma salonlarının seçilmesi Adalet Bakanlığı tarafından tavsiye edilmiştir. Koruma uyarılarının yer aldığı afişlerin adliyelerde sık biçimde asılması da öngörülmüştür. Ayrıca, haftalık 4 bin litre hidroalkolik jel yargı hizmetlerine tahsis edilmiştir. Gözaltı mekanlarında görevli personele hijyen ve koruma eğitimleri verilmiş ve mekanların düzenli temizliği istenmiştir. Hijyen kitleri ve tek kullanımlık çarşaf, kılıf dağıtımı da yapılmaktadır. Adalet Bakanlığı Yargı Hizmetleri Genel Müdürlüğü, 31 Mart 2020 tarihli yazısı ile yargıç ve kalem memurlarının (vatandaşla temasları dolayısıyla) duruma gerektirmesi halinde maske kullanabileceklerini duyurmuştur.

2.3.2. Fransız Danıştayı kararında başvuruçuların bu tedbirlerin yetersizliğine dair görüşlerine de yer vermiştir. Başvuruçulara göre bu tedbirler yetersizdir ve avukatların görevlerini layıkıyla icra etmelerine izin vermemektedir. Başvuruçular, *“avukatın ceza yargılamalarında birçok durumda, genellikle tutuklu, müvekkili ile aracasız ve uzun bir iletişime ihtiyaç duymasının fiziksel mesafe kurallarına uyulması ile bağdaşmadığının altını özellikle çizmektedirler”*. Bu

⁵ Marsilya ve Paris baroları başvurularını yaptıktan sonra bu davalara katılmak isteyen başka baro ve avukat toplulukları da olmuştur. Danıştay yeterli menfaat bağı olduğu gerekçesi ile bu katılım taleplerini de kabul etmiştir.

⁶ Fransa Anayasası madde 38/1: *“Hükümet, programını uygulamak amacıyla Parlamento'dan, sınırlı bir süre için, normalde kanun alanına giren konularda tedbirler almak üzere ordonans çıkarma izni talep edebilir”*. Ordonanslar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Louis Favoreu, Patrick Gaïa, Richard Ghevontian Jean-Louis Mestre, Otto Pfersmann, André Roux et Guy Scoffoni, *Droit constitutionnel* (16. Bası, Dalloz 2014) 858-868; Dmitri Georges Lavroff, *Le droit constitutionnel de la République* (3. Bası, Dalloz 1999) 739-751.

kapsamda, “Avukat ile müvekkili üçüncü kişilerin bulunduğu ortamda görüş-tiğünde konuşmaların duyulmaması için birbirlerine yaklaşılarak konuşmak durumunda kalmakta veya görüşme için küçük mekanlar ayrıldığından zaten birbirlerine yakın olmak durumunda kalmaktadırlar”.

2.3.3. Fransız Danıştay’ı maske konusunda değerlendirmesine şu tespitler ile başlamaktadır: “stokların yetersiz olması sebebiyle Devlet, sağlık çalışanlarına ve yaşlı kimselerle ilgilenen çalışanlara öncelik verilmesine; (...) yurt içindeki maske üretiminin Mart ayında haftada 6 milyon, Mayıs ayında ise haftada 10 milyondan fazla olacak şekilde yapılması ve başta Çin olmak üzere yurtdışından yüksek miktarlarda maske ithal edilmesi ile maske sayısının arttırılmasına karar vermiştir (...) Maske kullanması gereken diğer meslek erbaplarının maske temini ise bağlı buldukları özel veya kamu kuruluşları aracılığıyla yapılmaktadır (...) Yaptıkları iş normal zamanlarda maske gerektirmeyen bazı meslek kuruluşları bu tarz tedarik zincirlerine dahil olmadıklarından veya tedarikte zorlanmaları halinde idare, onların bu zincirlere erişmelerine de yardım etmektedir”.

2.3.4. Fransız Danıştay’ı bütün bu hususları göz önüne alarak avukatlara maske temini konusunda nihai değerlendirmesini ise şu şekilde yapmıştır: “İdare yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin iyi işleyişinden sorumludur. Bu kapsamda, covid-19 ile mücadele kapsamında, hastalığın bulaşmasına engel olmak için hijyen ve fiziksel mesafe kurallarına riayet edilmesini sağlamalıdır. Aynı şekilde idarenin, içerisinde bulunulan yerlerin ya da gerçekleştirilen görev dolayısıyla kaçınılmaz bir şekilde yakın ve uzun temas gerektiren durumlar söz konusu olduğunda, ilgililere, kendilerinde bulunmaması halinde, gerekli koruyucu ekipmanı temin etmesi gerekir. Ancak, maske yokluğu yaşanan mevcut şartlarda, idarenin işveren statüsünden doğan çalışanlarının sağlıklarını koruma yükümlülüğü gereğince öncelikle kendi personeline maske temin etmesi gerekir. Durum bu şekilde devam ettiği sürece, idare, yargının yardımcı sıfatıyla adalet kamu hizmetine katılan avukatların, kendi imkanları ile maske temin edemediği hallerde, baro ve meslek kuruluşlarını satın alma tedarik zincirine dahil ederek, maske temin etmesine yardım etmelidir”.

2.3.5. Fransız Danıştay’ı, bu gerekçelerle temel hak ve özgürlüklerin ağır ve açık bir ihlali ortaya çıkmadığından bahisle Marsilya Barosu ve Paris Barosu’nun avukatlara maske temin edilmesi yönündeki taleplerini reddetmiştir⁷.

2.3.6. Ayrıca Fransız Danıştay’ı, başvuruçuların hidroalkolik jel tedarik edilmesi taleplerini maske talebi gibi uzunca tartışmaya gerek duymadan, jelin maske gibi yokluğunun çekilmediği ve avukatların kendilerinin satın alarak jel temin edebilecekleri gerekçesi ile reddetmiştir. İdare, sadece fiziksel mesafe kurallarına uyulamayacak ortamlarda jeli hazır bulundurmalıdır.

⁷ CE, ord., 20 avril 2020, n°s 439983, 440008.

3. Hukuki Tartışma

- 3.1. Karara konu uyumsuzlukta temel sorun; yargı faaliyetlerine katılan hakimler, savcılar ve adliye personeline idare tarafından maske dağıtılırken, aynı faaliyetlerin bir parçası olan avukatlara, kendi imkanları ile maske temin etmenin mümkün gözükmediği böylesine bir durumda, maske dağıtılması gerekip gerekmediğidir.

Soruna ilişkin iki farklı görüş ilk planda akla gelmektedir. Avukatlara da maske dağıtılması gerektiğini savunan görüşe göre; avukatlar adalet kamu hizmetinin ayrılmaz bir parçasıdır ve bu yönüyle onların da hakim, savcılar gibi maske dağıtımına kapsamına alınması gerekir. Karşı görüşe göre, hukuki statüleri gereği kamu personeli olmayan avukatların eldeki sınırlı sayıda maske düşünülerek kamu personeline tanınan maske imkanı dışında bırakılması hukuka uygundur.

4. Kararın Değerlendirilmesi

- 4.1. Karara ilişkin değerlendirmelerden önce, yukarıda ifade edilen Fransız idari yargılama usulüne özgü bir başvuru yolu olan référé-liberté hakkında çok kısa bilgi vermek açıklayıcı olacaktır. İdari Yargı Kanunu'nun L521-2 maddesine göre; aciliyet gerektiren bir durumda, temel hak ve özgürlüğe ağır ve açıkça hukuka aykırı bir zarar verilmesi halinde bu hakkın korunması için gerekli tedbirler hakim tarafından alınabilecektir. Hakkının ihlal edildiğini ileri süreren başvuru işleminin yürütmesinin durdurulması yanında ilgili temel hak ve özgürlüğün korunabilmesi için idare tarafından alınması gereken tedbirleri hakimden isteyebilmektedir. Hakim, talepleri uygun görmesi halinde idareye yönelik olarak yargısal emir şeklinde kararlar verebilmektedir. Kural olarak başvurular tek hakim tarafından incelenmekte ve karara bağlanmaktadır⁸.
- 4.2. Avukatların idareden maske temini yönündeki taleplerinin sebebi ülkedeki maskelerin istimal yoluyla idarenin elinde olmasıdır. İlk olarak bir hususu açıklığa kavuşturmak gerekmektedir. Her ne kadar yurt dışından belli bir miktarın altında maske satın alınması önünde bir engel olmasa da⁹ Baroların bunu sağlayabilmesi fiilen mümkün gözükmemektedir. Maske yokluğu covid-19'un

⁸ Référé-liberté usulü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Bernard Pacteau, *Manuel de Contentieux Administratif*, (3.Bası, PUF 2014) 221-225; Camille Broyelle, *Contentieux administratif* (2. Bası, LGDJ 2013) 387-391; Marie-Christine Rouault, *Contentieux administratif* (Larcier 2015) 295-298.

⁹ Karara konu olay başlığı altında (paragraf 1.1.) açıklandığı üzere yurt dışında 3 aylık bir periyotta 5 milyonu geçmeyen maske siparişleri istimal kapsamı dışındadır. Bu miktarı aşan siparişlerin Sağlık Bakanlığı'na bildirilmesi gerekmektedir ve idare gerekli görürse bu maskelere el koyabilmektedir. Yurt dışından belli miktarlarda maske satın alınabilme ihtimali kapsamında, örneğin eczanelerin bu şekilde maske satın alarak halka satışa sunmalarına engel gözükmemektedir. Ancak, hem yurt dışından maske bulma zorluğu hem de istimal riski bu duruma da engel olmuş gözükmemektedir. Her ne kadar 23 Mart tarihli Kararname ile yurt dışından belli miktarlarda satın alınan maskeler istimal kapsamı dışında bırakılsa da covid-19 ile mücadelenin sürekli yeni şartlara göre uyarlanması gerekliliği bu izin konusunda her an değişiklik olma riskini barındırmaktadır. Paragraf 1.1.'de belirtildiği üzere sadece 10 gün içerisinde bu konuda 4 kararname çıkarılmıştır.

ilk aylarında birçok ülkede büyük sıkıntıya yol açmış ve dünya maske pazarı arzı karşılamakta zorluk yaşamıştır. Dolayısıyla devletlerin en büyük alıcı konumunda olduğu bir pazarda küçük çaplı kurum ve kuruluşların kendi imkanlarıyla kısa vadede yurt dışından satın alabilecek maske bulması pek mümkün gözükmemektedir. Sağlık Bakanlığı dosyaya sunduğu dilekçelerinde avukatların yurt dışından maske alabileceğinden bahsetmediği gibi Fransız Danıştay'ının da avukatların yurt dışından maske satın alabileceği yönünde bir değerlendirmesi olmamıştır. Bunun üzerinde durulmaması, fiilen mümkün gözükmeyen bir durumdan kaynaklanmaktadır. Hatta Fransız Danıştay'ı incelediğimiz kararında, normal zamanlarda yaptıkları iş maske gerektirmeyen kimi meslek erbaplarının tedarik zincirlerine erişimde zorluk yaşayabildiklerine değinmektedir. Sonuç olarak, Baroların istinval yoluyla ülkedeki bütün maske keleri elinde toplayan idareden maske talep etmek dışında gerçek bir imkanı bulunmamaktadır.

- 4.3. İncelenen kararda Barolar, hakimden idarenin kendilerine maske dağıtması yönünde yargısal emir vermesini talep etmişlerdir. Fransız Danıştay'na göre, avukatlara maske dağıtılmaması temel hak ve özgürlüklerin ağır ve açık bir ihlali anlamına gelmemektedir.

Uyuşmazlıkta tartışmanın merkezinde avukatların statüsü yer almaktadır. Davanışma ve Sağlık Bakanlığı'nın savunma dilekçesinde avukatların kamu personeli olmadığı gerekçesi ile onlara maske dağıtılamayacağı belirtilmesi bu tartışmayı açmıştır. Fransız Danıştay'ının kararında avukatların statüsü ile ilgili doğrudan tespit içeren ifadelere yer verilmemekle birlikte; idarenin kendi personeline karşı işveren statüsünden kaynaklanan yükümlülüklerine vurgu yaparak, avukatların kamu personeli olmadığı kabulünden yola çıktığı anlaşılmaktadır. Fransız Danıştay'ının, idarenin çalıştırdığı personele karşı sorumlu olduğu; ancak avukatlar idarenin personeli olmadığından onlara karşı bir yükümlülüğü olmadığı sonucuna vardığı görülmektedir.

- 4.4. Bu noktada avukatların Fransız hukukundaki statüleri hakkında kısaca bilgi vermek faydalı olacaktır. 31 Aralık 1971 tarih ve 71-1130 sayılı Kanun'un 1. maddesinin 3. fıkrasına göre “*avukatlık serbest ve bağımsız bir meslektir*”. Aynı Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrasına göre ise “*avukatlar yargının yardımcısıdır*”¹⁰. Serbest bir meslek olmanın yanında yargının yardımcısı olmak avukatlığı diğer serbest mesleklerden ayıran ve statülerini orijinal hale getiren bir durumdur. Bu iki özelliği birlikte barındırmanın avukatlık statüsü üzerinde bazı sonuçları olmaktadır. Serbest meslek erbabı olarak tanımlanan

¹⁰ Fransa'da avukatlık mesleğine ilişkin detaylı bilgi için bkz.: Stéphane Bortoluzzi, Dominique Piau, Thierry Wickers, Henri Ader et André Damien, *Règles de la profession d'avocat (2018-2019)* (Daloz 2017).

avukatlar kamu personeli olarak nitelendirilememektedir¹¹. Ancak, yargı faaliyetlerine yardımcı olmaları onlara diğer serbest meslek erbaplarına göre farklı bazı yükümlülükler ve haklar sağlamaktadır. Avukatlık yapılırken (ticari faaliyetleri kapsayacak şekilde) başka meslek icra edilemeyeceğine dair yasak getiren bir kararname hükmünün iptali için açılan davada Fransız Danıştay bu yasağın “*adalet kamu hizmetine yardımcı sıfatıyla katılan avukatların ekonomik ve etik yönden bağımsızlığını temin etmek amacıyla getirilmiş, kamu yararına uygun*” bir kural olduğuna karar vermiştir¹². Bir başka uyuşmazlıkta ise gerekli inşa çalışmaları yapılmadığı için adliye binasına erişim sağlayamayan engelli bir avukat uğradığı zararın tazmin edilmesi talebiyle tam yargı davası açmıştır. Dava önüne gelen Fransız Danıştay, mevzuatta öngörülen iş sahiplerinin engelli çalışanlarının binalara erişimini sağlama yükümlülüğünü hatırlatarak “*her ne kadar devlet avukatların işvereni olmasa da, adalet kamu hizmeti yardımcıları olmaları sebebiyle onlara yönelik gerekli çalışmaları yapmakla yükümlüdür*” şeklinde karar vermiştir¹³.

- 4.5. Görüldüğü üzere avukatlar kamu personeli olmamalarına karşın yargı faaliyetleri sırasında üstlendikleri rol sebebiyle farklı uygulamalara konu olabilmektedir. Bu yönüyle, inceleme konusu kararda Fransız Danıştay’ın gerekçelendirilmesini personel statüsü üzerinden yürütmesi isabetli olmamıştır. Çünkü; avukatların kamu personeli olmadığı konusunda bir tartışma olmamakla birlikte, yargı faaliyetleri içindeki rolleri göz ardı edilerek yapılan değerlendirmenin en azından eksik kaldığı kanaatindeyim. Personel statüsü üzerinden bir değerlendirme yapmaktan ziyade, avukatların bir kamusal faaliyete katılımı üzerinden meselenin ele alınması daha isabetli olabilirdi. Zira, mesele avukatların statüsü değil, avukatların yargı faaliyetleri bakımından konumu, adalet kamu hizmetindeki işlevleridir¹⁴. Avukatların ve müvekkillerin sağlığını tehlikeye atmak suretiyle avukatların mesleklerini yapmaktan imtina etmelerine yol

¹¹ Detaylı bilgi için bkz.: Florence G’ssell (Ed.), *Code de l’avocat* (Daloz 2020) 10-14.

¹² CE, 28 juin 2004, Bessis, n°251897, Rec. T., s. 698.

¹³ CE, 22 octobre 2010, *Mme Bleitrach*, n°301572, Rec. T., s. 1206.

¹⁴ Avukatlar yargı faaliyeti bakımından bir role sahip olmakla birlikte adalet kamu hizmetinin de bir parçasıdır. Fransa’daki genel kabule göre yargı organlarının organizasyonu (personel, bütçe, fiziki şartlar, mahkeme kuruluşu) adalet kamu hizmeti; mahkemelerin uyuşmazlıkların çözümü için yürüttüğü faaliyetler ise yargı faaliyeti olarak kabul edilmektedir (detaylı bilgi için bkz.: Benoit Plessix, *Droit administratif général* (Lexisnexis 2018) 358-362). Yargı faaliyetleri ile adalet kamu hizmeti arasındaki sınırın yeterince net olmadığı, yargı organlarının organizasyonu ölçütünün yargı faaliyetleri alanını zayıflatıcı biçimde yorumlandığı ve bu durumun erker ayrılığı prensibine aykırı bir görünüme yol açtığı eleştirileri ifade edilmektedir (Bertrand Louvel -Fransız Yargıtayı Birinci Başkanı-, *Autorité judiciaire ou service public de la justice*, https://www.courdecassation.fr/publications_26/prises_parole_2039/discours_2202/archives_discours_7083/premier_president_7084/discours_2015_7547/service_public_33269.html> Erişim tarihi 15.11.2020). Avukatlar, yargıya konu uyuşmazlıklarda müvekkillerini temsil ederken yargı faaliyetine katılmaktadırlar; buna karşın örneğin yargıya erişim hakkı bağlamında kişilerin yargı organlarına erişebilmesi, bunu etkin biçimde yapabilmek için avukatlara ulaşabilmeleri ve başvurabilmeleri, avukatların da müvekkillerine ulaşabilmeleri için gerekli tedbirlerin alınması yargı organizasyonunun bir parçası olarak görülebilir. Bu son durum için adalet kamu hizmetinden bahsedilebilir. Fransız Danıştay, bu çalışmada bahsedilen başta inceleme konusu karar olmak üzere diğer kararlarında da (4.4) hep adalet kamu hizmeti kavramını kullanmaktadır. Hatta, Paris Barosu’nun Fransız Danıştay’ına başvuru dilekçesinde “*talep edilen tedbirler adalet kamu hizmetinin organizasyonuna ilişkin olması sebebiyle idari yargının görev alanına girmektedir*” değerlendirmesine yer verilmiştir.

açacak bir uygulama yargı faaliyetinin sağlıklı biçimde işlemesine engel olacak ve adalet kamu hizmetinin sürekliliği ilkesini de zedeleyecektir. Avukatların olmadığı bir yargılama usulü savunma hakkını, susma ve avukat yardımından yararlanma haklarını zedelemekte ve çelişme ilkesini de pratikte uygulanamaz hale getirmektedir. Diğer bir ifadeyle, yargı faaliyetlerinin gereği gibi ifa edilebilmesi, ancak avukatların yargı sürecine hukukun gerektirdiği şekilde katılımı ile mümkün olabilir. Aksi bir durumun, adil yargılanma hakkına ve adalet kamu hizmetinin etkinliğine zarar vereceği de açıktır. Yargı faaliyetinin bir unsurundan yoksun hale geldiği böylesine bir durumda, değerlendirme avukatların personel statüsü üzerinden değil; yargı faaliyeti ve adalet kamu hizmetindeki işlevi üzerinden yapılmalı ve onların da en az hakimler, savcılar ve adliye personeli kadar maske olanağından yararlanmasının yolu açılmalıdır.

- 4.6. Aslında Fransız Danıştay'ının bu değerlendirmeyi yapamaması mümkün gözükmemektedir. Yukarıda örnek verilen engelli avukatın açtığı davada olduğu gibi personel statüsü yerine işlev üzerinden bir değerlendirme yapabirdi. Ancak, Fransız Danıştay'ının, meselenin bu boyutundan daha çok, ülkede maske yokluğu çekilmesi nedeniyle idarenin içinde bulunduğu zor duruma öncelik verdiği söylenebilir. Fransız Danıştay'ı avukatların maske dağıtımından yararlanmasının ideal çözüm olduğunu bilmektedir; buna karşın maske yoksunluğunda idarenin yükümlülüğünü hafifletici bir yorum yapma ihtiyacı hissettiği anlaşılmaktadır. Bunu yaparken, kamunun öncelikle kendi personelini koruması gerektiğini açıklaması sırasında özel hukuktaki işverenin çalışanını koruma yükümlülüğüne referans vermesi de dikkat çekicidir. Fransız Danıştay'ı, özel hukuk kavramlarını kullanmayı, adalet kamu hizmetinden hareketle kamu hukuku kavramları ile değerlendirme yapmaya öncelikle gözükmektedir.
- 4.7. Fransız Danıştay'ı Baroların avukatlara maske tedarik edilmesi taleplerini reddetmekle birlikte kararında avukatların bu ihtiyaçlarını giderecek yolu göstermek suretiyle bir çözüm arayışına da girmiştir. Şöyle ki, kararın içerisinde, idarenin avukatları, barolar aracılığıyla, tedarik zincirine dahil ederek onların kendi imkanları ile maske temin etmesine yardım etmesi gerektiği yönünde bir değerlendirmede bulunmaktadır. Burada yardım ile kastedilen şudur: Normalde ülkede piyasadan satın alınabilecek maske bulunmadığından avukatlar isteseler de maske satın alamayacak durumdadır, her ne kadar idare avukatlara maske dağıtmasa da, özellikle yurt dışından, tedarik zincirlerine avukatları da dahil edecek ve avukatlar parasını ödeyerek maske satın alabilecektir. Bu çözüm hem maske yokluğu çeken idarenin elini rahatlatacak hem de avukatların maske ihtiyaçları karşılanarak onların mesleklerini icra etmeleri önündeki engel ortadan kaldırılmış olacaktır. Böylece avukatlar yargı faaliyetleri ve adalet kamu hizmetindeki işlevlerini yerine getirebileceklerdir.

Avukatlara yönelik bu yaklaşım, idarenin savunma dilekçesinde ortaya koyduğu, avukatların serbest meslek erbabı olduğu ve bu yönüyle devletin onlara karşı bir yükümlülüğü olmadığı yönündeki iddialarına da bir cevap niteliğindedir. Yargı faaliyeti ve adalet kamu hizmeti bakımından oynadıkları rol onları herhangi bir serbest meslek erbabı gibi görmeye engeldir. Nitekim, karar sonrası Barolar, Danıştay'ın avukatların tedarik zincirlerine dahil edilmesi değerlendirmesini idarenin bu iddiasının çürütülmesi olarak görmüş ve karardan memnun olmuştur¹⁵.

- 4.8. Fransız Danıştayı, idareyi zor durumda bırakmayacak ve avukatların da ihtiyaçlarına cevap verecek kararı ile dengeli bir çözüm oluşturmuşa benzemektedir. Buna karşın daha sofistike bir karar verilmesi mümkün gözükmemektedir. Personel statüsünden hareketle konuya yaklaşmak yerine yargı mensupları ile avukatların adalet kamu hizmetindeki konumlarından hareketle öncelik değerlendirilmesi yapılabilirdi. Fransız Danıştayı; avukatların yargılama faaliyeti içindeki rollerine vurgu yapıp, maske ihtiyaçlarının öncelikli olarak karşılanması gereken kişiler olduğu tespitini yaptıktan sonra, idarenin mevcut imkanlarını kamu görevlileri arasında dahi dağıtırken, adil ve ölçülü olmak kaydıyla kendi içlerinde bir öncelik değerlendirilmesi yapılabileceği şeklinde bir değerlendirme de yapabiliyordu. Mesela; hakim, savcı ve kalem personeli sürekli olarak adliyede görev yapmakta ve daha yoğun bir risk altında olduğundan, onlara öncelik verilmesinde hukuka aykırılık olmadığı söylenebilirdi.

Bu bakış açısından bir adım daha ileri gidilerek avukatların mesleklerini icra sırasında yoğun risk altında olduğu durumlarla sınırlı olmak üzere onlara da maske temin edilmesi gibi bir değerlendirme yapılabilirdi. Bütün avukatlara maskenin yargı mensupları gibi idare tarafından dağıtılması imkanlar dahilinde mümkün gözükme de en azından mesleklerini icra sırasında sağlık bakımından riskli ortamlara girmek durumunda olan avukatlara maske dağıtılmasına karar verilebilirdi. Gözaltında, tutuklu veya cezaevinde müvekkili olan avukatlar bu müvekkilleri ile görüşmeye gittiklerinde onlara maske verilmesi gerektiği şeklinde bir yargısal emir düşünülebilirdi. Avukatların satın alma tedarik zincirlerine dahil edilmesinin yanında böyle bir yargısal emir daha sağlıklı sonuçlar verebilirdi. Fransa'da toplam avukat sayısının yetmiş bine yakın olduğu ve her avukatın da bu tarz müvekkilleri olmadığı göz önüne alındığında bu çözümün idareyi çok zorlamayacak bir çözüm olacağı söylenebilecektir. Bu da avukatların statüsünü tartışmaya açmaya gerek olmaksızın yapılabilecektir. Böyle bir karar, tutuklu kimselere maske dağıtılması yönünde yargısal emir taleplerini kabul eden Fransız Danıştayı kararı ile de uyumlu olacaktır¹⁶.

¹⁵ <<https://www.nouvellespublications.com/masques-pour-les-avocats-la-demie-reponse-du-conseil-d-etat-au-barreau-de-marseille-2639.html>> Erişim tarihi 05.05.2020.

¹⁶ CE, ord., 7 mai 2020, n° 440151 (<https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2020-05-07/440151>).

5. Sonuç

Covid-19 sağlık sorunları yanında birçok yeni hukuki uyuşmazlığı da beraberinde getirdi. Maske temini konusunda sıkıntı yaşayan Fransa gibi ülkelerde maske konulu davalar gündeme geldi. Fransız Danıştay'ının incelediğimiz kararında avukatların maske temini talebini idarenin maske temin etmekte yaşadığı sorunu önceleyerek reddettiği anlaşılmaktadır. Yargı mensuplarına kamu personeli olmaları sebebiyle öncelik verilmesini hukuka uygun bulan yargı organı, avukatların yargı faaliyetlerinde oynadığı rolü yeterince tartışmamıştır. İncelenen uyuşmazlığın makul çözümü avukatların yargı faaliyetleri ve adalet kamu hizmeti bakımından işlevini öncelemektir. Avukatların maskeleri olmaması sebebiyle bulunamayacağı yargı süreçlerinin hem avukatlar hem de müvekkilleri yönünden hak ihlallerine yol açacağı noktasından hareketle, bu sakıncaları gidermek adına yukarıda paragraf (4.8)'de izah edilen şekilde karar verilmesi düşünülebilecektir. Özellikle, avukatlara mesleklerini icra kapsamında gözaltında, tutuklu veya cezaevindeki müvekkil ile görüşme gibi yoğun risk taşıyan durumlarda maske temin edilmesi yönünde bir kararın hukuka daha uygun olduğu kanaatindeyim.