

SPOR TAHKİM MAHKEMESİNİN DİSİPLİN YAPTIRIMLARINA İLİŞKİN KAMU DÜZENİ MÜDAHALESİ: İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİNİN *MATUZALEM* KARARI ÇERÇEVESİNDE BİR DEĞERLENDİRME

Alper Çağrı YILMAZ*

ÖZET

İsviçre Federal Mahkemesi, milletlerarası hakem kararlarının iptali konusunda oldukça sınırlı bir yetkiye sahiptir. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununda bu yetkinin kullanılmasına imkân sağlayan gerekçelerden birisi kamu düzeni olarak belirlenmiştir. Matuzalem kararı, İsviçre Federal Mahkemesi'nin, Spor Tahkim Mahkemesi tarafından tesis edilen bir milletlerarası hakem kararını kamu düzeni gerekçesiyle iptal ettiği ilk karar olması hasebiyle büyük önem taşımaktadır. Karar İsviçre milletlerarası özel hukukunda benimsenen kamu düzeni anlayışını yansıtmanın yanı sıra, CAS kararlarının FIFA disiplin yaptırımları çerçevesinde icra edilebilirliği konusuna da ışık tutmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kamu düzeni, İsviçre Federal Mahkemesi, FIFA disiplin yaptırımları, Spor Tahkim Mahkemesi, Matuzalem davası.

THE PUBLIC ORDER INTERVENTION OF THE CAS FOR DISCIPLINARY SANCTIONS: AN ASSESSMENT WITHIN THE FRAME OF THE SWISS FEDERAL COURT JUDGEMENT ON *MATUZALEM* CASE

ABSTRACT

The Swiss Federal Tribunal has restricted jurisdiction on the annulment of international arbitration awards. According to Swiss Federal Act on Private International Law, public order is one of the main reasons to enable the usage of that jurisdiction. The Judgement of the Swiss Federal Tribunal on Matuzalem case is of ultimate significance, since the Tribunal for the first time annuled a CAS award, on the grounds of public order. The Judgement both sheds some light on the enforcement of CAS awards by means of FIFA disciplinary sanctions and reflects the approach on public order embraced by Swiss private international law.

Keywords: Public order, The Swiss Federal Tribunal, FIFA disciplinary sanctions, Court of Arbitration for Sport, Matuzalem case.

* Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk, Milletlerarası Özel Hukuk ABD.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 21.09.2016

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 17.10.2016

I. Giriş

Uluslararası Futbol Federasyonları Birliği (*The Fédération Internationale de Football Association*- “FIFA”) 1904 yılında İsviçre’de kurulan ve merkezi halen İsviçre’nin Zürih kentinde bulunan, dernek statüsünde¹ hükümetler dışı bir kuruluştur. İsviçre hukukuna uygun olarak kurulan ve bu ülke hukukuna tâbi olan FIFA, mevcut durum itibarıyla 211 ulusal federasyonu bünyesinde bulundurmaktadır. FIFA’nın temel amacı; statü, tüzük ve diğer düzenleyici işlemleri marifetiyle futbolun uluslararası düzeydeki gelişimine katkı sağlamaktır².

FIFA organları arasında, profesyonel futbolcu sözleşmelerinden kaynaklanan ihtilaflar konusundaki en yetkili karar mercii Uyuşmazlık Çözüm Dairesidir (*Dispute Resolution Chamber*- “DRC”). DRC, kulüpler ve oyuncular arasındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar ile bir kulüp ve oyuncu arasındaki istihdamla bağlantılı ve yabancılık unsuru ihtiva eden uyuşmazlıklar bakımından yargılama yetkisine sahip kılınmıştır³. Bunun yanında FIFA Disiplin Komitesi (*FIFA Disciplinary Committee*- “FDC”) de, FIFA Statüsünün⁴ 62(1) ve FIFA Disiplin Kodunun⁵ 76’ncı maddeleri uyarınca, FIFA tüzüklerinde yer alan ve diğer FIFA organlarının görev alanlarına girmeyen yaptırımlar bakımından yetkili karar mercii olarak tayin edilmiştir⁶. FIFA Statüsünün 66(1) maddesi uyarınca, merkezi İsviçre’nin Lozan kentinde bulunan Spor Tahkim Mahkemesi⁷ ise (*Court of Arbitration for Sport*-

¹ Ekşi Nuray, Spor Tahkim Hukuku, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, Ekim 2015, s. 93.

² FIFA (The Fédération Internationale de Football Association). Bkz. <http://www.fifa.com/about-fifa/who-we-are/index.html> (ET. 17.07.2016).

³ FIFA Oyuncu Statü ve Transfer Tüzükleri (Regulations on the Status and Transfer of Players), (2016 Baskısı) md. 22(a) ve (b). Bkz. http://resources.fifa.com/mm/document/affederation/administration/02/70/95/52/regulationsonthestatusandtransferofplayersjune2016_e_neutral.pdf (ET. 19.07.2016).

⁴ FIFA Statüsü (FIFA Statutes). Bkz. http://www.fifa.com/mm/Document/AFFederation/Generic/02/58/14/48/2015FIFAStatutesEN_Neutral.pdf (ET. 19.07.2016).

⁵ FIFA Disiplin Kodu (FIFA Disciplinary Code). Bkz.

⁶ <http://resources.fifa.com/mm/document/affederation/administration/50/02/75/disciplinarycode.pdf> (ET. 19.07.2016).

⁷ Bu çerçevede FIFA Disiplin Komitesi, Disiplin Kodunun 64. maddesi gereği; DRC veya temyiz mercii konumundaki Spor Tahkim Mahkemesi (Court of Arbitration for Sport- “CAS”) kararlarında emredilmiş ödeme yükümlülüğünü ihlal eden kişiler hakkında yaptırım uygulamaya da yetkili kılınmıştır.

⁸ Bkz. <http://www.tas-cas.org/en/general-information/addresses-and-contacts.html> (ET. 17.07.2016).

“CAS”), gerek DRC gerek FDC kararlarına karşı yetkili temyiz mercii olarak öngörülmüştür. Nihayet İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun⁸ 176(1) ve 191. maddeleri çerçevesinde, İsviçre’nin tahkim yeri olarak belirlendiği ve tahkim anlaşmasının yürürlüğe girdiği tarihte taraflarından birinin ikametgâh veya mutad meskeninin İsviçre’de bulunmadığı uyuşmazlıklar hakkındaki milletlerarası hakem kararlarının iptali için İsviçre Federal Mahkemesine itiraz edilebileceği ifade edilmiştir.

İsviçre Federal Mahkemesinde, 1989-2009 yılları arasında görülen ve kamu düzeninin ihlal edildiği gerekçesine dayanan 142 iptal başvurusunun hiçbirisi olumlu sonuçlanmamıştır⁹. Bu itibarla, her ne kadar hukuk doktrininde sıklıkla üzerinde durulmakta ise de kamu düzeni müdahalesinin İsviçre içtihadında önemli bir yer tuttuğunu söylemek oldukça zordur¹⁰. Bu tespitin en önemli istisnasını Federal Mahkemenin 27.03.2012 tarihli *Matuzalem* kararı¹¹ oluşturmaktadır¹².

Çalışma kapsamında ilk olarak, CAS’ın üzerinde en fazla tartışma yaşanan kararlarının başında gelen *Matuzalem* kararına ilişkin uyuşmazlık safahatı izah edilecek, sonrasında ise İsviçre Federal Mahkemesi’nin milletlerarası hakem kararlarının iptaline ilişkin yetkisi ve İsviçre hukukunda kamu düzeni anlayışı hakkında bilgi verilecektir. Çalışmada İsviçre Federal Mahkemesi’nin, uluslararası hukuk alanında önemli bir yer tutan *Matuzalem* kararı, bu safahat ve bilgiler ışığında analiz edilecektir. Nihayet çalışmanın son kısmında ise genel bir değerlendirme yapılarak, Federal Mahkeme kararının muhtemel etkileri ele alınacaktır.

II. Matuzalem Davasına İlişkin Uyuşmazlık Safahatı

Brezilya vatandaşı ve 10.06.1980 doğumlu olan Matuzalem Frangelico da Silva (“Matuzalem”) isimli profesyonel futbolcu, Ukrayna futbol kulübü Shakhtar Donetsk (“Shakhtar”) ile 26.06.2004 tarihinde beş yıllık sözleşme

⁸ İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (Federal Act on Private International Law of 18 December 1987). Bkz. http://www.andreasbucher-law.ch/images/stories/pil_act_1987_as_amended_until_1_7_2014.pdf (ET. 19.07.2016).

⁹ Steingruber Andrea Marco, De Facto Unlimited Prohibition to Work as a Football Player as a Violation of Public Policy, *International Sports Law Journal*, pp. 39-44, 2012/3-4, s. 42.

¹⁰ Steingruber Andrea Marco, 2012, s. 42.

¹¹ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_558/2011 of March 27, 2012. Bkz. <http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/27%20mars%202012%204A%20558%202011.pdf> (ET. 18.07.2016).

¹² Steingruber Andrea Marco, 2012, s. 42.

imzalamıştır¹³. Matuzalem, 02.07.2007 tarihinde FIFA Oyuncu Statü ve Transfer Tüzüklerinin (“Tüzük”) 17. maddesi uyarınca Shakhtar kulübüyle olan sözleşmesini tek taraflı olarak feshettiğini bildirmiş ve 19.07.2007 tarihinde İspanyol Real Zaragoza kulübüyle üç yıllık sözleşme imzalamıştır¹⁴. Bu gelişme üzerine Shakhtar kulübü 25.07.2007 tarihinde FIFA DRC’ye başvurmak suretiyle Matuzalem ile Real Zaragoza kulübü aleyhine yargısal işlemleri başlatmıştır¹⁵. DRC konuya ilişkin 02.11.2007 tarihli kararında, taraflarca *pacta sunt servanda* ilkesinin gözetilmesinin gerekli olduğunu¹⁶, bu itibarla sözleşmeyi süresinden önce tek taraflı olarak fesheden oyuncu ve Real Zaragoza kulübünün, Shakhtar kulübüne toplamda 6.800.000 Avro tutarında tazminat ödemekle yükümlü olduğuna karar vermiştir¹⁷. Kararın taraflarca temyiz edilmesi üzerine, dava konusu uyuşmazlık CAS huzuruna getirilmiştir. DRC’den farklı bir tazminat hesap yaklaşımı¹⁸ benimseyen CAS, 19.05.2009 tarihli kararıyla Matuzalem’in Tüzüğün 17. maddesi çerçevesinde Shakhtar kulübüne “11.858.934 Avro” tutarında tazminat ödemekle yükümlü olduğu sonucuna ulaşmıştır¹⁹. CAS kararlarının iptaline ilişkin davalarda tek yetkili mercii konumunda bulunan²⁰ İsviçre Federal Mahkemesi, 02.06.2010 tarihli

¹³ CAS 2008/A/1519-1520, Shakhtar v/ Matuzalem v/ Zaragoza, Award of 19 May 2009, Para. 8.

¹⁴ CAS 2008/A/1519-1520, Shakhtar v/ Matuzalem v/ Zaragoza, Award of 19 May 2009, Para. 17, 18.

¹⁵ CAS 2008/A/1519-1520, Shakhtar v/ Matuzalem v/ Zaragoza, Award of 19 May 2009, Para. 23.

¹⁶ CAS 2008/A/1519-1520, Shakhtar v/ Matuzalem v/ Zaragoza, Award of 19 May 2009, Para. 24(1).

¹⁷ CAS 2008/A/1519-1520, Shakhtar v/ Matuzalem v/ Zaragoza, Award of 19 May 2009, Para. 25(2).

¹⁸ Tazminat miktarının tespitine ilişkin olarak DRC aşamasında “bakiye değer” yaklaşımı kullanılmış iken, CAS aşamasında “müspet değer” yaklaşımı kullanılmıştır. “Bakiye değer” yaklaşımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Juan de Dios Crespo Pérez, Andrew Webster CAS Award Commentary, The International Sports Law Journal, pp. 166-170, 2010/3-4. Müspet değer yaklaşımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Smith Andrew/ Chambers Matrix, Calculating Compensation for Contract Breaches, Player Contracts Conference 2011, pp.1-28, 6 July 2011; Withagen Matthijs/ Whyte Adam, De Sanctis and the Article 17: The Last of the Saga?, The International Sports Law Journal, pp. 38-42, 2011/3-4 ve De Weger Frans M., Webster, Matuzalem, De Sanctis and the Future, The International Sports Law Journal, pp. 42-56, 2011/3-4.

¹⁹ CAS 2008/A/1519-1520, Shakhtar v/ Matuzalem v/ Zaragoza, Award of 19 May 2009, Para. 181.

²⁰ İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun “Yetkili Mahkeme” başlıklı 191. maddesinin ilk cümlesinde “İptal işlemleri münhasıran İsviçre Federal Mahkemesi huzurunda görülebilir” hükmüne yer verilmiştir. Bkz. <http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/27%20mars%202012%204A%20558%202011.pdf> (ET. 18.07.2016).

kararıyla, CAS'ın bahse konu 19.05.2009 tarihli kararının onanmasına karar vermiştir²¹.

Karar üzerine FIFA Disiplin Komitesi 14.07.2010 tarihinde, Real Zaragoza kulübü ve Matuzalem'e bildirimde bulunarak, CAS tarafından tesis edilen 19.05.2009 tarihli kararda hükmedilen tazminat miktarının ödenmemesi halinde, haklarında disiplin işlemi başlatılacağını ve FIFA Disiplin Kodu'nun 64. maddesi²² uyarınca yaptırım uygulanacağını beyan etmiştir²³. Komite'nin 31.08.2010 tarihli kararında, Matuzalem ve Real Zaragoza kulübüne 90 günlük kesin süre verilmiş ve sürenin bitimine kadar ödeme yapılmaması halinde uygulanacak yaptırımlar gösterilmiştir. Buna göre, tazminat alacaklısı konumunda bulunan Shakhtar kulübü tarafından talep edilmesi kaydıyla, Matuzalem hakkında futbola ilişkin tüm faaliyetlerden men edilme, Real Zaragoza Kulübü hakkında ise (İspanya Lig Şampiyonasında) puan kesme yaptırımları uygulanacak ve bu yaptırımlar söz konusu borç ödenene kadar yürürlükte kalmaya devam edecektir²⁴. Matuzalem ve Real Zaragoza bu karara itiraz etmişse de, CAS 29.06.2011 tarihli kararıyla her iki itirazın reddine ve FIFA Disiplin Komitesi kararının onanmasına karar vermiştir²⁵.

CAS tarafından tesis edilen bu son karar üzerine, Matuzalem, yeniden İsviçre Federal Mahkemesine müracaat etmiştir²⁶. Matuzalem Federal Mahkemeye müracaatında, FIFA Disiplin Komitesi tarafından karara bağlanan yaptırımın, *de facto* olarak “dünya genelinde ve süre sınırlaması olmaksızın”

²¹ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_320/2009 of 2 June 2010.

²² FIFA Disiplin Kodu'nun 64. maddesinde; bir kurum, komite veya FIFA ya da nihai CAS temyiz kararında (mali karar) emredilmiş olmasına rağmen, bir başka kişiye (oyuncu, teknik direktör veya kulüp gibi) yönelik ödeme yükümlülüğünü ihlal eden kişiler hakkındaki yaptırımlar düzenlenmiştir. Maddenin 4. fıkrasında, futbola ilişkin her türü faaliyetten men edilme yaptırımının gerçek kişilere de uygulanabileceği belirtilmiştir. Bkz. <http://resources.fifa.com/mm/document/affederation/administration/50/02/75/disciplinary.pdf> (ET. 17.07.2016). Makale kapsamında FIFA Disiplin Kodu'nun 64. maddesine ilişkin açıklamalar, bu Kod'un, ihlalin gerçekleştiği anda yürürlükte bulunan 2009 tarihli baskısı nazara alınarak yapılmıştır.

²³ Steingruber Andrea Marco, 2012, s. 40; Levy Roy, Swiss Federal Tribunal Overrules CAS Award in a Landmark Decision: FIFA vs Matuzalem, International Sports Law Journal, pp. 35-38, 2012/3-4, s. 35.

²⁴ Steingruber Andrea Marco, 2012, s. 39; Levy Roy, 2012, s. 35.

²⁵ CAS 2010/A/2261 Real Zaragoza SAD v/ FIFA and CAS 2010/A/2263 Matuzalem Francelino da Silva v/ FIFA.

²⁶ McArdle David, Dispute Resolution in Sport Athletes, Law and Arbitration, Routledge Taylor and Francis Group, London and New York, 2015, s. 147; Levy Roy, 2012, s. 35; Steingruber Andrea Marco, 2012, s. 41.

futboldan men edilme anlamı taşıdığını, bu itibarla söz konusu kararın kamu düzenine aykırı olduğunu ileri sürmüştür²⁷.

İsviçre Federal Mahkemesi, kararın kamu düzenine aykırı olduğuna hükmetmiştir. Federal Mahkemenin söz konusu kararını değerlendirmeden önce, İsviçre hukukunda İsviçre Federal Mahkemesi'nin hakem kararlarını iptal yetkisi ile kamu düzeni yaklaşımı hakkında kısaca bilgi vermekte fayda görülmektedir.

III. İsviçre Federal Mahkemesi'nin Yetkisi

Milletlerarası tahkim konusu İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 12'nci bölümünde (md. 176-194) düzenlenmiştir. Söz konusu Kanunun “Uygulama Kapsamı/Tahkim Yeri” başlıklı 176(1) maddesinde “*Bu Bölümdeki düzenlemeler, ancak tahkim yerinin İsviçre olması ve tahkim anlaşmasının yürürlüğe girdiği tarihte taraflardan en az birinin ikametgâhının veya mutlak meskeninin İsviçre’de olmaması şartıyla uygulanır*” hükmüne yer verilmiştir. Kanunun 176(2) maddesinde tarafların tahkim anlaşmasıyla veya sonradan yapacakları bir anlaşmayla söz konusu Bölüm hükümlerini kapsam dışında bırakabilecekleri hüküm altına alınmıştır. Keza aynı Kanunun “Yetkili Mahkeme” başlıklı 191'inci maddesinin ilk cümlesinde ise milletlerarası hakem kararlarına ilişkin iptal işlemlerinin münhasıran İsviçre Federal Mahkemesi huzurunda görülebileceği hükme bağlanmıştır. Benzer şekilde, FIFA Statüsünün 66(1) maddesinde, “*FIFA; kendisi, üyeleri, konfederasyonları, ligleri, kulüpleri, oyuncular, resmi ve lisanslı maç menajerleri ile oyuncu menajerleri arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde, merkezi Lozan’da bulunan CAS’ın yetkisini tanımaktadır*” hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu hükümler birlikte ele alındığında, İsviçre’nin Lozan kentinde faaliyet gösteren CAS tarafından tesis edilen hakem kararlarının iptali talebiyle açılacak davalarda, İsviçre Federal Mahkemesi’nin yetkili olduğu net biçimde tespit edilebilmektedir. Nitekim Federal Mahkeme 27.03.2012 tarihli *Matuzalem* kararında, somut uyuşmazlıktaki tahkim yerinin İsviçre’nin Lozan kenti olduğunu, Matuzalem’in ikametgâhının İsviçre dışında bulunduğunu ve tarafların kendi aralarında yaptıkları anlaşmada İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu 12'nci bölüm hükümlerini kapsam dışında bırakmadıklarını tespit etmiştir²⁸. Mahkeme bu çerçevede CAS’ın 29.06.2011 tarihli kararının²⁹

²⁷ Steingruber Andrea Marco, 2012, s. 39.

²⁸ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_558/2011 of March 27, 2012, Reasons 2.1.

²⁹ CAS 2010/A/2261 Real Zaragoza SAD v/ FIFA and CAS 2010/A/2263 Matuzalem Francelino da Silva v/ FIFA.

iptali istemiyle Matuzalem tarafından açılan davada yetkili olduğuna karar vermiştir.

Diğer taraftan İsviçre hukukunda İsviçre Federal Mahkemesi'nin milletlerarası hakem kararlarını denetleme yetkisi ise son derece sınırlı tutulmuştur. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu md. 190(2) hükmü uyarınca İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yetkisi;

“(a) Tek hakem veya hakem heyetinin atanma usulüne uygun davranılmamış olması,

(b) Hakem heyetinin yetkiye ilişkin kabul veya ret kararının yanlış olması,

(c) Hakem heyetinin, kendisine sunulan taleplerin dışında karar vermiş olması veya bu taleplerden biri hakkında karar vermemiş olması,

(d) Eşit muamele ve savunma hakkına riayet ilkelerinin ihlal edilmiş olması ve

(e) Hakem kararının İsviçre kamu düzenine aykırı olması” şeklinde belirlenmiştir. Görüldüğü üzere Kanun maddesinin ilk dört fıkrasında usule ilişkin yetkiler düzenlenmişken, son fıkrada Federal Mahkemeye kısmen de olsa hakem kararının esasına ilişkin değerlendirme yapma yetkisi verilmiştir³⁰.

IV. İsviçre Milletlerarası Özel Hukukunda Kamu Düzeni Anlayışı

Kamu düzeni gerek iç hukukta gerekse milletlerarası hukukta kullanılan bir kavramdır³¹. İç hukukta kamu düzeni, kamu hukukuna veya özel hukuka ait olan ve tarafların serbest iradeleriyle tayin edemeyecekleri hususları ihtiva eden emredici nitelikteki hukuk kurallarını konu almaktadır³². Milletlerarası özel hukukun konusuna giren ihtilaflardaki kamu düzeni anlayışının ise iç hukuka nazaran daha dar ve sınırlı olduğu kabul edilmektedir³³. Şöyle ki, iç hukukta kamu düzeninden kabul edilerek, emredici kurallara bağlanan bazı esasların, milletlerarası özel hukuk bakımından kamu düzeninden

³⁰ Levy Roy, 2012, s. 36.

³¹ Topaloğlu Mustafa, Tahkimde Kamu Düzenin Etkisi Effects of Public Policy on Arbitration, International Conference on Eurasian Economies, 2013, s. 890.

³² Çelikel Aysel/ Erdem Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayınları, 14. Bası, İstanbul, Mart 2016, s. 138, 139; Akıncı Ziya, Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, 4. Bası, İstanbul, 2016, s. 279.

³³ Çelikel/ Erdem, 2016, s. 139.

sayılmaması mümkündür³⁴. Milletlerarası özel hukuk alanındaki kamu düzeni, doktrinde “*bir memlekette kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertler arasındaki münasebetlerde huzur ve ahlak kaidelerine uygunluğu temine yarayan müessese ve kaidelerin tümü*” şeklinde tanımlanmıştır³⁵. Bu çerçevede; ilgili ülkedeki hukuk sisteminin toplumsal kalkınmayı hedefleyen, kişisel hak ve özgürlükleri koruyan temel prensipleri, anayasanın temel ilkeleri ve toplumda cari olan örf-adet ve ahlak telakkileri, kamu düzenini temsil eden değerler olarak kabul edilmektedir³⁶. Milletlerarası özel hukuk alanındaki kamu düzeni anlayışının; uygulanacak hukuk, yabancı hakem kararlarının tenfizi ve milletlerarası nitelikli hakem kararlarına karşı tahkim yeri ülkesinde itiraz edilmesi bakımından farklı sonuçları bulunmaktadır.

Uygulanacak hukuk alanındaki kamu düzeni, bir olayda adalete uygun olmayan bir sonuca yol açabilecek yabancı hukukun istisnai durumlarda uygulanmaması hususunda hâkimin genel biçimde yetkilendirildiği kuraldır³⁷. İşte yabancı hukuk kaidesinin somut olaya tatbiki, yukarıda bahsi geçen temel ilke ve değerler karşısında tahammül edilemez bir netice doğurmakta ise, söz konusu kaidenin ilgili ülkenin kamu düzenini açıkça ihlal ettiğinden bahisle uygulanmaması yoluna gidilecektir³⁸. Bununla birlikte, yabancı hukuktaki hükmün hâkimin hukukundaki temel ilkelere aykırılığı “açık” ve tereddüde yer vermeyecek biçimde olmalıdır³⁹. Belirtilen çerçevedeki kamu düzeni anlayışının temel amacı, hakkında karar verilecek olan maddi ilişkide adaletle bağdaşmayan bir sonuç doğmasının engellenmesi ve maddi hukuk adaletinin temin edilmesidir⁴⁰. Günümüzde karşılaştırmalı hukuk alanında kamu düzeninin menfi etkisinin mevcut olduğu, buna karşılık sadece müspet etkisinin bulunmadığı kabul edilmektedir⁴¹.

³⁴ Çelikel/ Erdem, 2016, s. 139. Yazarlar bu çerçevede iç hukukta kamu düzeninden kabul edilen; rüşt yaşı, evlenme ehliyeti ve engelleri, evlat edinmenin esasa ait şartları ve sözleşme hukukuna dair bazı şartların, milletlerarası özel hukuk bakımından kamu düzeninden sayılmayabileceğini ifade etmiştir. Bkz. Çelikel/ Erdem, 2016, s. 139.

³⁵ Çelikel/ Erdem, 2016, s. 139.

³⁶ Şanlı Cemal, Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, 4. Bası, İstanbul, 2015, s. 72.

³⁷ Doğan Vahit, 1996, İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 130.

³⁸ Şanlı, 2015, s. 72, 73; Nomer Ergin, Devletler Hususi Hukuku, Beta Yayınları, 21. Bası, İstanbul, Şubat 2015, s. 160.

³⁹ Tekinalp Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, Vedat Kitapçılık, 12. Bası, İstanbul, 2016, s. 43

⁴⁰ Doğan, 1996, s. 130.

⁴¹ Doğan, 1996, s. 130. Türk hukukunda Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında

Kamu düzeni, uygulanacak hukuk alanının yanı sıra, yabancı hakem kararlarının tenfiz edilmesi ve milletlerarası hakem kararlarına itiraz edilmesi bakımından da son derece önemli bir değerlendirme kriteridir. Gerçekten de, ilgili ülke hukukunun temel prensipleriyle uyuşmayan, o ülkedeki ekonomik hayatın temel ilkelerini ihlal eden ve adalet anlayışına kabul edilemez biçimde aykırılık teşkil eden yabancı hakem kararlarının tenfizi, kamu düzeninin ihlali gerekçesiyle mümkün değildir⁴². Bu noktada önemli olan, hakemlerin uyguladıkları hukuk kuralının değil, verilen kararın hüküm fıkrasının kamu düzenine aykırı olmasıdır⁴³. Benzer şekilde, kamu düzenine aykırılık teşkil eden milletlerarası hakem kararlarına karşı tahkim yeri ülkesinde itiraz edilmesi durumunda da, söz konusu kararların iptal edilmesi kaçınılmaz olacaktır. İzah edilen çerçevede; dürüstlük kuralını, hakkın kötüye kullanılması veya taraflar arasında ayırım yapma yasağını ihlal eden hakem kararları kamu düzenine aykırı kabul edilmektedir⁴⁴. Bunun yanında, taraflardan birinin diğeri üzerinde ekonomik üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesi yaptırmayı veya bu sözleşmede eşitliği kendi lehine bozacak mahiyette hükümler kabul ettirmesi, ilgili hakem kararını kamu düzenine aykırı hale getirecektir⁴⁵. Keza, taraflar arasındaki anlaşmanın ve hakem kararının sonuçları itibarıyla vergi kaçırmaı öngörmesi gibi durumlarda da, bahse konu hakem kararının kamu düzenine aykırılığından bahsedilebilecektir⁴⁶.

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 17. maddesinde yetkili kılınan yabancı hukuk nizamının İsviçre kamu düzenini ihlal etmesi halinde uygulanmayacağı ifade edilmiş, 27(2) maddesinde kamu düzeninin açıkça ihlal edilmesi yabancı mahkeme kararlarına ilişkin tenfiz talebinin reddi gerekçeleri arasında sayılmıştır. Söz konusu Kanunun 194. maddesinde ise yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin işlemlerin New York Sözleşmesi uyarınca yapılacağı hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte yukarıda da ifade edildiği üzere, CAS'ın merkezi İsviçre'nin Lozan

Kanun'un (MÖHUK) "Kamu düzenine aykırılık" başlıklı 5. maddesinde "*Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır*" hükmüne yer verilmiştir. Türk hukukunda kamu düzeni anlayışı ve uygulaması hakkında detaylı bilgi için bkz. Doğan Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, Savaş Yayınevi, 4. Baskı, Ankara, Şubat 2016, s. 222 vd.

⁴² Nomer, 2015, s. 558.

⁴³ Doğan 2016, s. 142.

⁴⁴ Nomer, 2015, s. 558, 559.

⁴⁵ Nomer, 2015, s. 558.

⁴⁶ Akıncı, 2016, s. 281.

kentinde bulunmaktadır. Bu itibarla İsviçre hukuku tarafından idare edilen⁴⁷ ve bu hukuk nizamı bakımından yabancılık özelliği taşımayan CAS tahkimi bakımından, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun yukarıda zikredilen hükümlerinin uygulanma kabiliyeti bulunmadığı açıktır. Diğer taraftan İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu md. 190(2)(e) hükmünde, İsviçre Federal Mahkemesi'nin, tahkim yeri İsviçre olan⁴⁸ milletlerarası hakem kararlarını itiraz üzerine denetleme yetkisi kapsamında, kamu düzeni mefhumuna da yer verilmiştir. Söz konusu hükmün CAS kararları bakımından uygulanabilir olduğu konusunda ise herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Buna karşılık, bahse konu kanuni düzenlemede kamu düzeni kavramına ilişkin herhangi bir açıklamaya yer verilmediği için, söz konusu kavramın tanımı ve unsurlarına ilişkin olarak İsviçre içtihat hukuku alanında yapılan tespitlerin incelenmesi önem taşımaktadır.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarında, bir uyuşmazlığın esası hakkında verilen hakem kararı, temel hukuk ilkelerini ihlal ediyor ve İsviçre'deki hâkim görüş uyarınca, her hukuk sisteminin temelini oluşturan, esaslı ve yaygın biçimde kabul edilen değerlere aykırılık taşıyor ise, söz konusu karar kamu düzenine aykırı kabul edilmektedir⁴⁹. İsviçre Federal Mahkemesi bu çerçevede, bir hakem kararının açık veya zımni biçimde yanlış esaslar üzerine inşa edilmiş olmasının, temel hukuk prensipleri ihlal edilmediği müddetçe, kamu düzenine aykırı sayılamayacağına işaret etmiştir⁵⁰.

İsviçre içtihadında kamu düzeninin ihlali sonucunu doğuran temel hukuk prensipleri arasında ise hakkın kötüye kullanılması yasağı, tazminatsız kamulaştırma yasağı, ayrımcılık yasağı, iyi niyetle davranma yükümlülüğü ve *pacta sunt servanda* gibi ilkeler bulunduğu kabul edilmektedir⁵¹. Bununla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi, söz konusu listenin tahdidi olmadığının da altını çizmiştir⁵². Nitekim Federal Mahkeme, muhtelif kararlarında, İsviçre

⁴⁷ Erten Rifat, Milletlerarası Özel Hukukta Spor, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 243.

⁴⁸ Bkz. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu md. 176(1).

⁴⁹ Garraffa Paolo, The "Matuzalem-Affaire": Ending of the Sporting Justice? International Sports Law Journal, pp. 44- 48, 2012/3-4, s. 46; Levy Roy, 2012, s. 37; Steingruber Andrea Marco, 2012, s. 41.

⁵⁰ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 121 III 333 at 3a; 116 II 634. Bkz. Levy Roy, 2012, s. 36, dn. 17.

⁵¹ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 132 III 389 at 2.2.1; 128 III 191 at 6b p. 198. Bkz. Levy Roy, 2012, s. 36, dn. 12, Steingruber Andrea Marco, 2012, s. 42; Garraffa Paolo, 2012, s. 46.

⁵² Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_558/2011 of March 27, 2012, Reasons 4.1. Ayrıca bkz. Levy Roy, 2012, s. 36, dn. 13, Steingruber Andrea Marco, 2012, s. 42 ve Garraffa Paolo, 2012, s. 46.

Medeni Kanunu md. 27(2)'de düzenlenen “Hiç kimse özgürlüğünden kısmen veya tamamen vazgeçemez ya da bu özgürlüğün kullanımını kanuna yahut genel ahlaka aykırı düşecek biçimde kısıtlayamaz” hükmünün ihlal edilmesinin de kamu düzeni müdahalesine sebebiyet vereceğine karar vermiştir⁵³. Elbette bir milletlerarası hakem kararının kamu düzeninin ihlal edildiği gerekçesiyle iptalinin talep edilmesi halinde, başvuran kişinin yukarıda zikredilen temel hukuk prensiplerinden hangisinin, ne şekilde ihlal edildiğini gösterebilmesi büyük önem taşımaktadır⁵⁴. Zira İsviçre Federal Mahkemesi içtihadında, milletlerarası tahkim hükmünün arkasında yatan gerekçenin değil, doğrudan sonucunun kamu düzenini ihlal edebileceği kabul edilmiştir⁵⁵.

V. İsviçre Federal Mahkemesi'nin Matuzalem Kararı

Yukarıda ifade edildiği üzere İsviçre Federal Mahkemesi 02.06.2010 tarihli kararıyla CAS'ın 19.05.2009 tarihli kararını onamıştır⁵⁶. Ancak Federal Mahkeme o dönemki kararında FIFA tarafından disiplin yaptırımı uygulanmasının oyuncunun kişilik haklarını ihlal edip etmediği ve bu durumun kamu düzeni üzerindeki etkisinin ne olduğu gibi hususları incelememiştir⁵⁷. Söz konusu istifhamlar CAS'ın 29.06.2011 tarihli kararıyla⁵⁸ FIFA Disiplin Komitesi kararını onaması üzerine, Matuzalem tarafından İsviçre Federal Mahkemesi huzuruna getirilmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi 27.03.2012 tarihli kararıyla gerek oyuncunun kişilik haklarının gerekse kamu düzeninin ihlali konularında emsal sayılabilecek bir karar tesis etmiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi, 27.03.2012 tarihli kararında öncelikle kişilik hakkının önemine değinmiş ve bu hakkın korunmasının hukuk düzeninin muhafazası için elzem olduğunu dile getirmiştir. Federal Mahkeme, kişilik hakkının, Anayasada düzenlenen ekonomik özgürlük hakkıyla garanti edilmiş olduğunu, bu hakkın ise kişilere bir mesleği seçme veya icra etme özgürlüğü

⁵³ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_458/2009 of June 10, 2010 at 4.4.3.2; 4A_320/2009 of June 2nd, 2010 at 4.4; 4P.12/2000 of June 14, 2000 E. 5b/aa. Bkz. Levy Roy, 2012, s. 36, dn. 15, Steingruber Andrea Marco, 2012, s. 42 ve Garraffa Paolo, 2012, s. 46.

⁵⁴ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4P.23/2006, Reason 4.3. Bkz. Steingruber Andrea Marco, 2012, s. 42, dn.47.

⁵⁵ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4P.240/2006, Reason 4.1. Bkz. Steingruber Andrea Marco, 2012, s. 42, dn. 48.

⁵⁶ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_320/2009 of 2 June 2010.

⁵⁷ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_558/2011 of March 27, 2012, Reasons 4.2.

⁵⁸ CAS 2010/A/2261 Real Zaragoza SAD v/ FIFA and CAS 2010/A/2263 Matuzalem Francelino da Silva v/ FIFA.

bahsettiğini beyan etmiştir⁵⁹. Mahkeme bu noktada ekonomik özgürlük hakkı ile İsviçre Medeni Kanununun 27(2) maddesi arasında irtibat kurarak, mezkûr maddenin kişiyi kendi özgürlüğünü aşırı biçimde kısıtlayan sözleşmeler yapmaktan alıkoymak amacıyla sevk edildiğini dile getirmiştir⁶⁰. Mahkeme ayrıca, sözleşmeyle bir kişinin ekonomik özgürlüğünün kısıtlanmasının, hangi durumda “aşırı” kabul edileceği sorusunu da cevaplamıştır. Buna göre bir kişinin iktisadi varlığını tehlikeye atacak nispette ekonomik özgürlüğünden vazgeçmesi veya bu özgürlüğü kısıtlaması, Kanunun 27(2) maddesi anlamında “aşırı” kabul edilmelidir⁶¹. Mahkeme bu tespitten hareketle, izah edilen düzeyde kısıtlayıcı mahiyet taşıyan bir sözleşme hükmünün kamu düzenini ihlal edeceği sonucuna ulaşmıştır⁶².

Bu açıklamalardan sonra ihtilafın esası hakkındaki değerlendirmelerine geçen Mahkeme, öncelikle Matuzalem’in Shakhtar kulübüyle olan sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal ettiğini ve hükmedilen tazminatı ödemekle yükümlü olduğunu ifade etmiştir⁶³. Sonrasında FIFA Disiplin Kodu’nun 64’üncü maddesinde düzenlenen yaptırımı ele alan Mahkeme, söz konusu yaptırımın ilgili hakem kararının icra edilmesini sağlamak amacıyla sevk edildiğini dile getirmiştir⁶⁴. Mahkeme bu maddenin, CAS kararında hükmedilen tazminatı ödemediği müddetçe, Matuzalem’in futbola ilişkin tüm mesleki faaliyetlerden yasaklanmasını konu aldığını vurgulamış ve maddenin uygulanması için tazminat alacaklısı Shakhtar kulübünün talebinin yeterli olduğunu ifade etmiştir⁶⁵. Mahkemeye göre sözleşmeyi ihlal eden oyuncunun tazminatı ödemesiyle, FIFA üyesi bir kulübün menfaatleri korunmuş olacaktır⁶⁶. Keza bu durum, oyuncuları sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerine uygun davranmaya sevk edecek ve dolaylı biçimde FIFA’nın menfaatine de hizmet edebilecektir⁶⁷.

⁵⁹ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_558/2011 of March 27, 2012, Reasons 4.3.1. Para 1.

⁶⁰ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_558/2011 of March 27, 2012, Reasons 4.3.1. Para 2.

⁶¹ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_558/2011 of March 27, 2012, Reasons 4.3.2.

⁶² Levy Roy, 2012, s. 36, 37; Steingruber Andrea Marco, 2012, s. 43, 44 ve Garraffa Paolo, 2012, s. 46.

⁶³ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_558/2011 of March 27, 2012, Reasons 4.3.4.

⁶⁴ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_558/2011 of March 27, 2012, Reasons 4.3.4.

⁶⁵ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_558/2011 of March 27, 2012, Reasons 4.3.4.

⁶⁶ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_558/2011 of March 27, 2012, Reasons 4.3.4.

⁶⁷ Levy Roy, 2012, s. 37; Steingruber Andrea Marco, 2012, s. 43.

Bu noktada uyuşmazlığın farklı bir veçhesini ele alan İsviçre Federal Mahkemesi'nin şu tespitleri dikkat çekicidir⁶⁸:

“Matuzalem'in ekonomik özgürlüğünün ihlal edilmesi, (teorik olarak) bu oyuncunun borçlu olduğu meblağı bulması ve ödemesi için uygun bir tehdit aracı olarak görülebilir. Ancak eğer ki Matuzalem tüm borç tutarını herhangi bir şekilde ödemesinin mümkün olmadığı hususunda doğru söylüyor ise, uygulanacak yaptırımın zararın tazmin ettirilmesi amacına hizmet edip edemeyeceği sorgulanmaya açık hale gelir. Esasında, önceki ekonomik faaliyetlerine devam etmekten yasaklanması, Matuzalem'i, borçlu olduğu meblağı bulmasına imkân sağlayacak bir gelire ulaşma ihtimalinden de mahrum bırakmaktadır.”

Mahkeme bu tespitlerden sonra, CAS kararının icra edilebilmesi için FIFA tarafından bir yaptırım uygulanmasının gerekli olup olmadığını da sorgulamıştır. Bu noktada özellikle Matuzalem'in ikamet ettiği İtalya'nın “Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi”ne⁶⁹ taraf olduğunu dikkate alan Mahkeme, Shakhtar Kulübünün bahse konu milletlerarası sözleşme hükümleri uyarınca, ilgili CAS kararının uygulanmasını temin edebileceğini, bu itibarla FIFA tarafından bir yaptırım uygulanmasının gerekli olmadığını dile getirmiştir⁷⁰.

Mahkeme, kararında ayrıca Matuzalem hakkında FIFA tarafından ilan edilen yaptırımın, taraf menfaatleri bakımından da hukuka aykırı olduğunu vurgulamıştır. FIFA'nın izah edilen türde bir yaptırım uygulamak suretiyle, oyuncuları akdi yükümlülüklerine riayet etmeye zorlamayı hedeflediğini beyan eden Mahkeme, bu soyut amacın hiçbir şekilde Matuzalem'in kişilik haklarının ihlal edilmesini meşru gösteremeyeceğini ifade etmiştir. Mahkemeye göre FIFA'nın söz konusu amacına ulaşması, bir oyuncunun dünya genelinde ve süre sınırlaması olmaksızın futbola ilişkin tüm mesleki faaliyetlerden men edilmesiyle mukayese edildiğinde, çok daha az ehemmiyet taşıyan bir menfaat olarak görülmelidir⁷¹. Mahkeme, konuya ilişkin genel bir

⁶⁸ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_558/2011 of March 27, 2012, Reasons 4.3.4. Doktrinde, İsviçre Federal Mahkemesince yapılan söz konusu tespitlerin aksi yönde bir görüş için bkz. Garraffa Paolo, 2012, s. 47.

⁶⁹ Bkz. <http://tahkim.barobirlik.org.tr/dokuman/newyorksozlesmesi.pdf> (ET. 17.07.2016).

⁷⁰ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_558/2011 of March 27, 2012, Reasons 4.3.4. Ayrıca bkz. Levy Roy, 2012, s. 37; Steingruber Andrea Marco, 2012, s. 43.

⁷¹ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_558/2011 of March 27, 2012, Reasons 4.3.4. Ayrıca bkz. Levy Roy, 2012, s. 37; Steingruber Andrea Marco, 2012, s. 43. Doktrinde aksi yöndeki bir görüş için bkz. Garraffa Paolo, 2012, s. 47.

tespitte de bulunarak, FIFA'nın üyelerini ihraç etme özgürlüğünün, o üyelerin kişilik haklarıyla sınırlı olduğu hususunun altını çizmiştir⁷².

Netice itibariyle İsviçre Federal Mahkemesi, FIFA Disiplin Kodu'nun 64'üncü maddesinde düzenlenen sınırsız biçimde mesleki faaliyetlerden men etme tehdidinin, oyuncunun kişilik haklarının açık ve ciddi biçimde kısıtlanmasına sebebiyet verdiğini ifade etmiştir. Mahkeme söz konusu yaptırımın, İsviçre Medeni Kanunu md. 27(2) hükmünde düzenlenen hukuki taahhütlerin temel sınırlarını da göz ardı ettiğini belirlemiştir. Mahkeme ayrıca, FIFA kararının uygulanması halinde, bir taraftan Matuzalem'in Shakhtar kulübünün keyfi uygulamasına maruz kalacağını, diğer taraftan da oyuncunun ekonomik özgürlüğünün kısıtlanmış olacağını beyan etmiştir. FIFA'nın bu tür neticelerin doğmasını meşru kılacak üstün bir menfaati bulunmadığını vurgulayan İsviçre Federal Mahkemesi, oyuncunun kişilik haklarını açıkça ve ciddi biçimde ihlal eden 29.06.2011 tarihli CAS kararının kamu düzenine aykırı olduğu kanaatine ulaşmıştır⁷³.

V. Sonuç ve Değerlendirme

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 27.03.2012 tarihli kararındaki kamu düzenine aykırılık gerekçelerinin beş madde halinde özetlenmesi mümkündür⁷⁴:

- FIFA'nın disiplin yaptırımının, tazminat alacaklısı konumunda bulunan Shakhtar kulübünün talepte bulunmasına bağlanmış olması, Matuzalem'in söz konusu kulübün keyfi uygulamasına maruz bırakıldığı anlamına gelmektedir.

- Matuzalem'in dünya genelinde ve süre sınırlaması olmaksızın futbola ilişkin tüm mesleki faaliyetlerden men edilmesi, İsviçre Medeni Kanunu md. 27(2) hükmünün ihlali anlamına gelmektedir.

- İzah edilen türdeki bir disiplin yaptırımı, Matuzalem'in ekonomik özgürlüğünün tehlikeye atıldığı anlamına gelmektedir.

- FIFA'nın bu tür bir disiplin yaptırımı uygulamasını meşru kılacak üstün bir menfaati bulunmamaktadır.

- Shakhtar Kulübünün, 1958 tarihli New York Sözleşmesi hükümlerine

⁷² Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_558/2011 of March 27, 2012, Reasons 4.3.3. Para 1.

⁷³ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_558/2011 of March 27, 2012, Reasons 4.3.5. Ayrıca bkz. Levy Roy, 2012, s. 37; ; Steingruber Andrea Marco, 2012, s. 44.

⁷⁴ Levy Roy, 2012, s. 37.

başvurmak suretiyle 29.06.2011 tarihli CAS kararının icrasını temin etmesi mümkün olduğundan, FIFA tarafından bu amaçla bir disiplin yaptırımını uygulanması zaruri değildir.

Matuzalem'in 29.06.2011 tarihli CAS kararında belirtilen meblağı Shakhtar kulübüne borçlu olduğu konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi kararı sonrasında, Shakhtar kulübünün bu alacağını FIFA Disiplin Komitesi'nin yaptırımlarından kaynaklanan uygulama gücüne dayanarak Matuzalem'den tahsil edemeyeceği açıklık kazanmıştır. Nitekim Mahkeme kararında 1958 tarihli New York Sözleşmesine işaret edilmiş olması da bu durumun en önemli göstergesidir. New York Sözleşmesinin FIFA'nın mukim olduğu İsviçre, Shakhtar Kulübünün mukim olduğu Ukrayna ve Matuzalem'in ikamet ettiği İtalya tarafından onaylanmış olması karşısında, ilgili kulübün önündeki en önemli seçeneğin, söz konusunun milletlerarası sözleşme hükümlerine müracaat etmek olduğu görülmektedir⁷⁵.

İsviçre Federal Mahkemesi kararı çerçevesinde, FIFA Disiplin Kodu md. 64(4) hükmüne ilişkin de bazı çıkarımlar yapabilmek mümkündür. Söz konusu maddenin mevcut hali FIFA'ya, yargı mercilerince verilen kararları yerine getirmeyen oyuncuları futbola ilişkin her tür faaliyetten men etme hakkı vermektedir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararında ise açıkça, bu yaptırımın kamu düzenine aykırı olduğu hüküm altına alınmıştır. Buna karşılık Federal Mahkeme kararı neticesinde ortaya çıkan tablonun, "sözleşme istikrarının korunması" ve "*pacta sunt servanda*" prensibiyle bağdaştırılması da kolay değildir⁷⁶. Zira oyuncu, henüz kulübüyle sözleşme imzalama safhasında, sözleşmeyi ihlal halinin sonuçları hakkında bilgi sahibidir. Bu itibarla FIFA Disiplin Kodu'nun md. 64(4) hükmünde, FIFA'ya futbola ilişkin her tür faaliyetten men etme yaptırımını; belirli bir süre, işgal sahası veya bölgeyle sınırlı biçimde uygulama yetkisi veren bir değişiklik yapılması gerekli görülmektedir⁷⁷. Aksi ihtimalde FIFA ve hatta CAS kararlarının icra edilebilirliği bütünüyle tartışmaya açık hale gelecek ve söz konusu mercilerin kurumsal itibarı önemli ölçüde azalma riskiyle karşı karşıya kalacaktır.

Öte yandan, İsviçre Federal Mahkemesi kararı neticesinde, mesleki faaliyetten süresiz men edilme yaptırımının her ihtimalde sporcuların kişilik

⁷⁵ Levy Roy, 2012, s. 37.

⁷⁶ Garraffa Paolo, 2012, s. 47.

⁷⁷ Levy Roy, 2012, s. 38.

haklarının ihlali sonucunu doğuracağı ve bu itibarla kamu düzeni müdahalesiyle karşılaşacağı da düşünülmemelidir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi *Matuzalem* kararının gerekçesini ortaya koyarken, açıkça, belirtilen türde bir yaptırımın tatbik edilmesinde FIFA'nın veya üyelerinden birinin herhangi üstün bir menfaatinin bulunmadığını ifade etmiştir. Bir diğer ifadeyle Federal Mahkeme, somut uyuşmazlıktaki taraf menfaatlerini mukayese etmek suretiyle ilgili CAS kararının kamu düzenini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. Buna karşılık izah edilen türde üstün bir menfaatin tespit edilebildiği haller bakımından mesleki faaliyetten süresiz men edilme yaptırımının tatbik edilmesinin önünde herhangi hukuki bir engel bulunmamaktadır⁷⁸.

KAYNAKLAR

Akıncı Ziya, Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, 4. Bası, İstanbul, 2016.

Çelikel Aysel/ Erdem Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayınları, 14. Bası, İstanbul, Mart 2016.

De Weger Frans M., Webster, Matuzalem, De Sanctis and the Future, The International Sports Law Journal, pp. 42-56, 2011/3-4.

Doğan Vahit, İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.

Doğan Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, Savaş Yayınevi, 4. Baskı, Ankara, Şubat 2016.

Erten Rifat, Milletlerarası Özel Hukukta Spor, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

Ekşi Nuray, Spor Tahkim Hukuku, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, Ekim 2015.

⁷⁸ Levy Roy, 2012, s. 38.

Garraffa Paolo, The “Matuzalem-Affaire”: Ending of the Sporting Justice? *International Sports Law Journal*, pp. 44- 48, 2012/3-4.

Juan de Dios Crespo Pérez, Andrew Webster CAS Award Commentary, *The International Sports Law Journal*, pp. 166-170, 2010/3-4.

Levy Roy, Swiss Federal Tribunal Overrules CAS Award in a Landmark Decision: FIFA vs Matuzalem, *International Sports Law Journal*, pp. 35-38, 2012/3-4.

McArdle David, *Dispute Resolution in Sport Athletes, Law and Arbitration*, Routledge Taylor and Francis Group, London and New York, 2015.

Nomer Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, Beta Yayınları, 21. Bası, İstanbul, Şubat 2015.

Smith Andrew/ Chambers Matrix, Calculating Compensation for Contract Breaches, *Player Contracts Conference 2011*, pp.1-28, 6 July 2011.

Steingruber Andrea Marco, De Facto Unlimited Prohibition to Work as a Football Player as a Violation of Public Policy, *International Sports Law Journal*, pp. 39-44, 2012/3-4.

Şanlı Cemal, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Vedat Kitapçılık, 4. Bası, İstanbul, 2015.

Tekinalp Gülören, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, Vedat Kitapçılık, 12. Bası, İstanbul, 2016.

Topaloğlu Mustafa, Tahkimde Kamu Düzenin Etkisi Effects of Public Policy on Arbitration, *International Conference on Eurasian Economies*, 2013

Withagen Matthijs/ Whyte Adam, De Sanctis and the Article 17: The Last of the Saga?, *The International Sports Law Journal*, pp. 38-42, 2011/3-4.

CAS (The Court of Arbitration for Sport- Spor Tahkim Mahkemesi). <http://www.tas-cas.org/en/general-information/addresses-and-contacts.html>.

CAS 2008/A/1519-1520, Shakhtar v/ Matuzalem v/ Zaragoza, Award of 19 May 2009. <http://arbitration.kiev.ua/uploads/kucher/1519;%201520.pdf>

FIFA (The Fédération Internationale de Football Association). <http://www.fifa.com/about-fifa/who-we-are/index.html>

FIFA Oyuncu Statü ve Transfer Tüzükleri (Regulations on the Status

and Transfer of Players), (2016 Baskısı)

http://resources.fifa.com/mm/document/affederation/administration/02/70/95/52/regulationsonthestatusandtransferofplayersjune2016_e_neutral.pdf

FIFA Statüsü (FIFA Statutes).

http://www.fifa.com/mm/Document/AFFederation/Generic/02/58/14/48/2015FIFASTatutesEN_Neutral.pdf

FIFA Disiplin Kodu (FIFA Disciplinary Code).

<http://resources.fifa.com/mm/document/affederation/administration/50/02/75/discoinhalte.pdf>

İsviçre Medeni Kanunu (Swiss Civil Code of 10 December 1907 Status as of 1 July 2014) <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/201407010000/210.pdf>

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (Federal Act on Private International Law of 18 December 1987 as amended until 1st July 2014) http://www.andreasbucher-law.ch/images/stories/pil_act_1987_as_amended_until_1_7_2014.pdf

İsviçre Federal Mahkemesinin Matuzalem Kararı (Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_558/2011 of March 27, 2012).

<http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/27%20mars%202012%204A%20558%202011.pdf>

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi <http://tahkim.barobirlik.org.tr/dokuman/newyorksozlesmesi.pdf>