

## ÖZET

### ***Türk Futbol Takımlarında Oynayan Avrupa Birliği Vatandaşı Profesyonel Futbolcuların Yabancı Statüsüne Tabi Tutulması Sorunu***

#### ***1/80 Sayılı Türkiye - Avrupa Topluluğu Ortaklık Konseyi Kararı Çerçevesinde Bir İnceleme***

Türk futbol takımlarında oynayan yabancı futbolculara ilişkin bazı sınırlamalar bulunmaktadır. Nitekim Türk futbol takımlarında yabancı statüsünde oynayan futbolcu sayısı, Türkiye Futbol Federasyonu tarafından 2009 - 2010 sezonu için 6 + 2 olmak üzere toplam 8 olarak belirlenmiştir. Fakat böyle bir kısıtlamanın Avrupa Birliği vatandaşı futbolcular açısından bir hak ihlaline yol açıp açmayacağı önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de bu kısıtlamanın 1/80 sayılı Türkiye - AT Ortaklık Konseyi Kararı'nda düzenlenen "ayrımcılık yasağı" ile bağdaştırılması kolay görünmemektedir. Avrupa Birliği vatandaşı futbolcuların, işçi statüsünü taşımaları nedeniyle Karar'da öngörülen haklardan istifade edecekleri konusunda bir kuşku yoktur. Fakat buradaki asıl sorun, bu hakların ilgililer tarafından Türk hukuk düzeninde ileri sürülüp sürülemediği konusunda oluşmaktadır. Bundan dolayı, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın Türk hukuku içindeki yerinin saptanması son derece önem taşımaktadır. Bu bağlamda ortaya çıkan diğer bir önemli sorun ise, hukuki statüsü tartışmalı olan Türkiye Futbol Federasyonu'nun 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'ndan çıkan yükümlülüklerle bağlı olup olmadığına ilişkindir. Sonuç itibarıyla, "6 + 2 kuralı"nın Avrupa Birliği'nin Anlaşmaya taraf üye devletlerinin vatandaşı olan futbolcular açısından bir hak ihlali teşkil ettiği ve bu durumun Türkiye Futbol Federasyonu'nun da sorumluluğunu doğurduğu kanaatine varılmaktadır.

**JEL Sınıflaması:** L83

**Anahtar Kelimeler:** Yabancı Futbolcu Sınırlaması, 1/80 Sayılı Türkiye/Avrupa Topluluğu Ortaklık Konseyi Kararı, AB Vatandaşı Profesyonel Futbolcuların Hakları, Ayırımcılık Yasağından Doğan Sorumluluk

## ABSTRACT

### ***The Problem of Subjection to the Foreign Status of European Union Citizen Footballers Playing in Turkish Teams/A Review Within the Scope of European Community - Turkey Association Council Decision No 1/80***

There are some restrictions regarding foreign footballers in Turkish football teams. In fact, the number of footballers in foreign status who play in Turkish football teams is determined as 6+2 totally 8 for 2009-2010 session by The Turkish Football Federation. Nevertheless, it appears as a problem whether or not this kind of a restriction could be a violation of the right of footballers who are European Union citizens. Literally, the harmonization of this restriction with "the prohibition on discrimination" regulated in Turkey-European Community Association Council Decision Nr. 1/80 seems to be not easy. There is no doubt that the footballers who are European citizens would benefit from the rights regulated in Decision because of their worker status; however the problem is whether or not these rights could be asserted by the persons concerned in Turkish law system. Because of that, the determination of the meaning of Association Council Decision Nr.1/80 is very important. In this context the other problem is whether or not The Turkish Football Federation which has a controversial legal status shall be bound to the liabilities arising from Association Council Decision Nr. 1/80. In conclusion, it is supposed that "6+2" rule infringes the rights of footballers who are the citizens of European Union States that are party to the Agreement and this circumstance causes the responsibility of The Turkish Football Federation.

**JEL Classification:** L83

**Keywords:** The Limitation of the Foreign Football Players, Turkey/European Community Association Council Decision Nr. 1/80, Rights of EU Citizen Professional Football Players, The Responsibility Arising from Prohibition of the Discrimination

# *Türk Futbol Takımlarında Oynayan Avrupa Birliği Vatandaşı Profesyonel Futbolcuların Yabancı Statüsüne Tabi Tutulması Sorunu*

*1/80 Sayılı Türkiye - Avrupa Topluluğu Ortaklık Konseyi Kararı Çerçevesinde Bir İnceleme*



Doç. Dr. Hacı Can



## **GİRİŞ**

Türk takımlarında oynayan yabancı futbolcuların sayısına ilişkin bazı sınırlamalar söz konusudur. Nitekim Türk takımlarında yabancı statüsünde oynayan futbolcuların azami sayısı, Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) tarafından geçmiş sezonlarda olduğu gibi 2009 - 2010 sezonu için de aynı şekilde 6 + 2 olmak üzere toplam 8 olarak belirlenmiştir. Buna göre her Türk takımı, oyuncu kadrosunda en fazla 8 yabancı futbolcu bulundurabilecek ve bunlardan sadece 6'sı aynı anda resmi müsabakalarda oynatabilecektir. Bu sınırlama, Avrupa Birliği'nin üye devlet vatandaşı futbolcular da dahil olmak üzere tüm yabancı oyuncular için geçerlidir.

Gerçi UEFA<sup>1</sup> ve FIFA<sup>2</sup> kurallarında, ulusal federasyonların yabancı oyuncu sayısını belirleme yetkilerine herhangi bir sınırlama konulmamıştır<sup>3</sup>. Ancak bu konuda ulusal federasyonların tamamen serbest olduğunu söylemek de pek mümkün değildir. Çünkü ulusal federasyonlar için diğer uluslararası düzenlemelerden bununla ilgili bazı yükümlülükler çıkabilmektedir. İşte bunlardan birini Türkiye - Avrupa Topluluğu Ortaklık kuralları oluşturmaktadır. Nitekim Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD), o dönemde İspanya'da spor yaşa-

<sup>1</sup> İlgili düzenlemeler için bkz. <http://de.uefa.com/uefa/mediaservices/regulations/index.html>.

<sup>2</sup> İlgili düzenlemeler için bkz. <http://de.fifa.com/aboutfifa/documentlibrary/laws.html>.

<sup>3</sup> Bundan dolayı, ulusal futbol federasyonlarının yabancı oyuncu uygulamaları birbirinden farklılık göstermektedir.

mını sürdüren Türk futbolcu Nihat Kahveci'nin hukuki durumuna ilişkin olarak 25 Temmuz 2008 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, Avrupa Birliği (AB) ülkelerinin futbol takımlarında oynayan profesyonel Türk futbolcuların yabancı oyuncu kontenjani sınırlamasına tabi tutulmasının Türkiye - Avrupa Topluluğu Ortaklık kurallarına aykırı olduğu sonucuna varmıştır<sup>4</sup>. Bu karar, Türk mediasında, AB ülkelerinde oynayan profesyonel Türk futbolcuların "AB statüsünde oyuncu" olmalarının önünün açıldığı şeklinde yorumlanmıştır<sup>5</sup>.

Öte yandan Türkiye - Avrupa Topluluğu Ortaklık kurallarının Türkiye için de benzer yükümlülükler içermesi nedeniyle aynı korumanın Türkiye'de futbol yaşamlarını sürdüren AB vatandaşı futbolcular için de geçerli olması gerektiği düşünülebilir. Oysa TFF Tahkim Kurulu, 2004 yılında vermiş olduğu bir kararda, o dönemde Beşiktaş futbol takımında top koşturan İtalyan oyuncu Giunti'nin yerli futbolcu statüsünde oynaması için yapılan başvuruyu, Türkiye - Avrupa Topluluğu Ortaklık kurallarının bu konuda dayanak oluşturamayacağı gerekçeyle reddetmiştir<sup>6</sup>. Türk hukuk düzeninin Avrupa Topluluğu hukuk düzeninden farklı kural ve usuller içermesi nedeniyle farklı bir değerlendirmenin yapılması elbette mümkündür. Ancak böyle bir değerlendirmenin hukuka uygun olup olmadığı konusunda önemli tereddütler bulunmaktadır.

Bu nedenle, aşağıda, Türk futbol takımlarındaki yabancı oyuncu sayısının sınırlan-

dırılmasının Türkiye - Avrupa Topluluğu Ortaklık kurallarıyla bağdaşır olup olmadığı konusu incelenmeye alınmaktadır. Bu çerçevede özellikle şu sorulara cevap aranmaktadır:

- Profesyonel futbolcuların 1/80 sayılı Türkiye - Avrupa Topluluğu Ortaklık Konseyi Kararı'nda (OKK)<sup>7</sup> düzenlenen serbest dolaşım haklarından faydalanıp faydalanamayacağı;
- 1/80 sayılı OKK'nın 10. maddesinin ilk fıkrasında öngörülen ayrımcılık yasağının Türkiye tarafından ihlal edilip edilmediği;
- Olası bir ihlal durumunun Türkiye'nin iç hukukunda da ileri sürülüp sürülemediği ve nihayet
- Olası bir ihlal durumundan kim(ler)in sorumlu olacağı.

<sup>4</sup> ATAD, 25.07.2008 tarihli *Real Sociedad Futbol Kulübü ve Kahveci Kararı*, Rs. C-152/08. Kararın metni için bkz. *Avrupa Toplulukları Adalet Divanı resmi internet sayfası* (<http://curia.europa.eu>).

<sup>5</sup> Ancak bu ifade yanıltıcı da olabilmektedir. Çünkü bu ifadede, Türk oyuncuların sanki AB üye devlet vatandaşı oyuncular ile eşdeğer bir statüyü elde etmişler gibi bir sonucun da çıkarılması mümkündür. Oysa Türk oyuncular ve AB üye devlet vatandaşı oyuncular için farklı kurallar geçerlidir. Uygulanan kuralların içeriği birbirine benzemekle birlikte, tam olarak da örtüşmemektedir.

<sup>6</sup> Bunun için bkz. <http://arsiv.sabah.com.tr/2004/06/23/spo120.html>.

<sup>7</sup> Bu kararın tam ismi şu şekildedir: *Ortaklık Konseyi'nin Ortaklığın Geliştirilmesine Dair 19 Eylül 1980 tarih ve 1/80 sayılı Kararı*.

Bu soruların cevaplandırılmasıyla ayrıca, Türkiye’de yabancı haklarının korunmasının anayasa hukuku temellerine genel bir bakış da sunulmuş olacaktır.

## **A. Türkiye - Avrupa Topluluğu Ortaklığı’nda Kişilerin Serbest Dolaşımı Bağlamında Profesyonel Futbolcuların Hukuki Durumu**

### **1. Genel Olarak**

12 Eylül 1963’te Ankara’da imzalanıp, 1 Aralık 1964’te yürürlüğe giren Avrupa (Ekonomik) Topluluğu ile Türkiye Arasında Bir Ortaklık Yaratan Anlaşma<sup>8</sup> ve ona dayanılarak kabul edilen ve geçiş döneminin koşullarını düzenleyen 1970 tarihli Katma Protokol, kişilerin serbest dolaşımının kurulmasına ilişkin hükümler içermektedir. Kişilerin serbest dolaşımı, işçiler ve bağımsız çalışanlar için ayrı ayrı düzenlenmektedir. Bu ayrıma göre profesyonel futbolcular, hizmetlerini bağımlı şekilde sunmaları hasebiyle yalnızca işçilerin serbest dolaşımı kapsamında ele alınabilirler. O halde burada, işçilerin serbest dolaşımına ilişkin hükümler ön plana çıkmaktadır.

Ancak bu noktada hemen belirtilmelidir ki, Türkiye - Avrupa Topluluğu Ortaklık Anlaşması, 29. maddesi gereğince “esnek sınırlar” prensibini kabul etmemektedir. Yani Avrupa Topluluğu’nun/Birliği’nin her genişlemesinden sonra Türkiye - Avrupa Topluluğu Ortaklığı’nda Topluluk tarafında bulunan akit taraf sayısının kendiliğinden artması mümkün değildir. Tam tersine bu-

nun için taraflar arasında yeni uyum protokollerinin imzalanması gerekmektedir. Daha önce Büyük Britanya, İrlanda, Danimarka, Yunanistan, İspanya ve Portekiz için böyle uyum protokolleri imzalanmıştı. Avrupa Birliği’ne daha sonra katılan üye devletler, yani Avusturya, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Estonya, Finlandiya, İsveç, Kıbrıs Rum Kesimi, Litvanya, Letonya, Macaristan, Malta, Polonya, Romanya, Slovakya ve Slovenya bakımından ise genel uyum protokollerinin yerine yalnızca gümrük birliği ile ilgili bir ek protokol imzalanmıştır. Bu üye devletlerin akit taraf olarak Türkiye - Avrupa Topluluğu Ortaklık Anlaşması’na tamamen dahil olmadıklarından, kişilerin serbest dolaşımına ilişkin Ortaklık kurallarından kaynaklanan haklar bu devletlerin uyrukluları için geçerli olmayacaktır. Yani bu hakların onlar tarafından Türkiye’ye karşı ileri sürülmesi mümkün olmayacaktır. Öte taraftan bu üye devletler, Türkiye - Avrupa Topluluğu Ortaklık kurallarının Topluluk/Birlik müktesebatı olarak geçerli olması nedeniyle bu kurallardan kaynaklanan hakları Türk uyruklulara tanımak zorundadırlar.

### **2. Profesyonel Futbolcuların İşçi Statüsü**

Serbest dolaşım bakımından profesyonel futbolcuların işçi statüsünde değerlendirildi-

<sup>8</sup> TBMM tarafından 4 Şubat 1964 tarih ve 397 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunmuştur (Resmi Gazete, 17 Kasım 1964, sayı 11858).

rilip değerlendirilemeyeceği sorusuna verilecek cevap, Ortaklık hukukunda işçi kavramından ne anlaşılması gerektiğine bağlıdır. Fakat bu noktada Ortaklık hukukunda bir açıklık bulunmamaktadır. Zira Ortaklık hukuku kurallarında serbest dolaşım işçi olma koşuluna bağlanmasına karşın, işçi kavramı açıkça tanımlanmış değildir<sup>9</sup>. Bu yüzden, işçi kavramının ulusal iş kanunlarının uygulama kapsamına giren durumlarla sınırlı bir çerçevede mi ele alınacağı, yoksa ilgili kimselerin hak ve yükümlülüklerine ilişkin objektif ölçütler vasıtasıyla mı tanımlanması gerektiği hususu tartışma yaratmaktadır<sup>10</sup>.

ATAD, Nihat Kahveci kararında, yerleşik içtihatlarındaki tanıma uygun olarak profesyonel futbolcuları da işçi statüsünde kabul etmiştir<sup>11</sup>.

Kanımızca da, profesyonel futbolcuların (sporcuların) işçi statüsü kabul edilmelidir. Çünkü profesyonel futbolcuların işçi kavramının dışında tutulması, Türkiye - Avrupa Topluluğu Ortaklığı'nın ruhu, amacı ve pozitif temelleri ile bağdaşmaz. Ortaklığın işçilerin serbest dolaşımına ilişkin kuralları, üretim faktörlerinden biri olan bağımlı işgücünün dolaşım serbestliğinin kurulmasına yönelmektedir. Bağımlı işgücünün kapsam alanının, yani işçi kavramının içeriğinin daraltılması, ekonomik bütünleşmenin temel taşlarından biri olan üretim faktörlerinin serbest dolaşımının gerçekleştirilmesi amacıyla bağdaşmaz. Öyleyse serbest dolaşım bakımından işçinin üretimin emek kıs-

mını sağlayan bir unsur olduğu ve genel olarak bir başkasının emir ve talimatları çerçevesinde hizmet sunan kimseleri ifade ettiği anlaşılmalıdır.

Kaldı ki profesyonel futbolcuların Türk hukuku açısından da işçi statüsünde oldukları konusunda herhangi bir şüphe yoktur. Gerçekten onlar, hizmetlerini başkalarının (kulüplerin) emir ve talimatları altında sunduklarından, Türk İş Kanunu'nun (TİK) 2. maddesinde yer alan işçi tanımının unsurlarını açıkça yerine getirmektedirler. Ancak profesyonel futbolcular TİK'in kapsamı dışında tutulmuşlardır. Yani, TİK'in hükümleri onlara geçerli kılınmamıştır. Çünkü TİK'in 4. maddesinde, işbu Kanun hükümlerinin uygulanmadığı iş ve iş ilişkileri arasında profesyonel sporcular (futbolcular) da sayılmıştır<sup>12</sup>. Fakat bu sınırlandırma, onların işçi vasıflarının ortadan kaldırıldığı anlamına gelmez<sup>13</sup>, aksine bu vasıflarını teyit

<sup>9</sup> Can, Hacı (2006), *Türkiye Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukukunda Kişilerin Serbest Dolaşımı*, 34.

<sup>10</sup> Can, Hacı, a.g.e, 34.

<sup>11</sup> Bkz. Kararın 29 nolu paragrafı.

<sup>12</sup> İş Kanunumuz, bir iş sözleşmesine dayalı olarak çalışsa da sporcular bakımından ayrımsız istisna getirmiş olduğundan, tüm sporcuların yaptıkları işler kanunun kapsamı dışında tutulacaktır. Buna karşılık, sporcular dışındaki kulüp çalışanları (profesyonel antrenörler) İş Kanununa tabidirler. Bkz. Narmanhoğlu, Ünal (1998), *İş Hukuku*, 81, dipnot 47.

<sup>13</sup> Narmanhoğlu aynı yöndeki görüşüne göre, profesyonel spor dallarında ücret karşılığında faaliyette bulunmayı taahhüt eden kimselerin bu türden faaliyetlerinin hizmet (iş) sözleşmesi çerçevesinde düşünüleceği yönü söz götürmez. Zira iş sözleşmesinin bütün ayırt edici unsurları bu ilişkide mevcuttur. Bkz. Narmanhoğlu, Ünal, a.g.e., 81, dipnot 46.

eder. Çünkü profesyonel sporcular (futbolcular) işçi vasfını taşımamış olsalardı zaten TİK’de yapılan işçi tanımının kapsamına girmeyeceklerdi ve bundan dolayı böyle bir kısıtlayıcı düzenlemeye mantiken gerek kalmayacaktı. İşte buna gerek duyulmuş olmalı ki, böyle bir düzenlemenin yapılması ihtiyacı hissedilmiştir. Ayrıca, işçi kavramının TİK’in kapsamına giren iş ve iş ilişkilerine sınırlandırılması, ilgili kişiler açısından haksız sonuçlar yaratabilir. Zira TİK’in hükümlerinin profesyonel sporculara (futbolculara) uygulanmaması, esasen işçi - işveren ilişkilerinin düzenlenmesi bakımından geçerlidir. Hâlbuki işçilerin hukuki durumlarının yalnızca işçi - işveren ilişkileri boyutu yoktur, bunun dışında temel haklar, sosyal güvenlik ve yabancılar hukuku gibi diğer boyutları da vardır<sup>14</sup>. İşçi kavramının TİK’in kapsamına giren iş ve iş ilişkileriyle sınırlı tutulması, bu alanların gerek ve özellikleriyle bağdaştırılması mümkün değildir. Örneğin yabancılar hukukunda, esas itibarıyla (yabancı) birey - devlet ilişkileri ön plandadır. TİK’de istisna tutulup, genel hükümlere veya daha özel kuralara bırakılan iş ilişkileri esas alınarak yapılan bir kavram sınırlandırmasının, (yabancı) birey - devlet ilişkileri açısından haksız sonuçlar yaratacağı ortadadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, işçi kavramının sınırlandırılması doğru bir yaklaşım olmayıp, profesyonel sporcuların da bu kapsamda mütalaa edilmesi gerekmektedir.

### **3. Profesyonel Futbolcuların Serbest Dolaşımına Dayanak Teşkil Eden Hükmeler**

Profesyonel futbolcular, işçi statüsünü taşımaları nedeniyle Ortaklık hukukunda işçilere tanınan tüm serbest dolaşım haklarından yararlanabileceklerdir. İşçilerin serbest dolaşımı, esas itibarıyla Türkiye - Avrupa Topluluğu Ortaklık Anlaşması’nın 12. maddesi ile 1970 tarihli Katma Protokol’ün 36. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak bu maddeler, işçiler için somut haklar öngörmemekte, daha ziyade işçilerin serbest dolaşımının kurulmasına ilişkin genel ilke ve kuralları içermektedir<sup>15</sup>. Bu esasların belirlenmesi Türkiye - Avrupa Topluluğu Ortaklık Konseyi’nin kararlarıyla olmuştur. Ortaklık Konseyi işçilerin serbest dolaşımının gerçekleştirilmesine ilişkin olarak sırasıyla şu kararları kabul etmiştir: 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ve 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Narmanlıoğlu, bu bağlamda şöyle ifade etmektedir: “Diğer taraftan, işverenleri durumundaki kulüplerinin emir ve kumandası altında ücret karşılığında antreman ve müsabakalar yapan futbolcuların faaliyetlerinin dayanağının iş sözleşmesi olması dolayısıyla, bu kimselerin Sosyal Sigortalar Kanunu bakımından işçi yani “sigortalı” sayılacaklarında tereddüt edilmemek gerekir. Zira daha sonra göreceğimiz gibi İş Kanunu ile Sosyal Sigortalar Kanununun kapsamı birbirinden farklıdır, profesyonel sporcunun bu meyanda futbol oynamaların İş Kanunu kapsamı dışında bırakılmış olmaları onların sigortalı sayılmalarına engel teşkil etmez.” Bkz. Narmanlıoğlu, Ünal, a.g.e., 81.

<sup>15</sup> Can, HacıÖzen, Çınar. (2005), Türkiye Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukuku, 206 vd.

<sup>16</sup> Türkçe gayri resmi çeviriler için bkz. DPT (2000), Türkiye - Avrupa Topluluğu Ortaklık Konseyi kararları, s. 137 - 146.

2/76 sayılı OKK, işçilerin serbest dolaşımının birinci aşamasını düzenlemiştir. Ancak 2/76 sayılı OKK, daha sonra kabul edilen 1/80 sayılı OKK ile zımnen mülga edilmiş bulunmaktadır<sup>17</sup>. Çünkü 1/80 sayılı OKK, işçilerin ve aile bireylerinin hukuki durumlarına ilişkin olarak 2/76 sayılı OKK'dan daha iyi düzenlemeler getirmiştir. İşçilerin serbest dolaşımının kurulması yolunda üçüncü karar olan 3/80 sayılı OKK ise Türk işçilerinin ve onların geride bıraktıklarının sosyal güvenliğiyle ilgili güvenceleri düzenlemektedir.

2/76 sayılı OKK zımnen mülga edilmiş olduğundan, 3/80 sayılı OKK'nın ise çalışma konusuyla ilgisinin bulunmadığından, her iki Karara da değinilmeyecektir<sup>18</sup>. Çalışma konumuz açısından 1/80 sayılı OKK önem taşımaktadır. Zira bu Karar'da, nizamla uygun şekilde tarafların işgücü pazarlarına entegre olan göçmen işçilerin ve bunların aile bireylerinin hukuki durumlarını korumak amacıyla çalışma haklarına ilişkin daha iyi güvenceler getirilmiştir. Bu amaçla bir dizi kural hükme bağlanmıştır. Bunların başında, göçmen işçilerin çalışma izinlerinin yenilenmesi ile kapsamlarının genişletilmesini düzenleyen 6. madde ve göçmen işçilerin ev sahibi devlette yanında bulunan aile bireylerine çalışma hakları veren 7. madde gelmektedir. 6. maddenin lafzı şöyledir:

*“1. Bir üye devletin işgücüne ait olduğu, nizamla uygun surette tescil edilmiş olan bir Türk işçisi, ailesinin üyelerinin*

*serbest istihdamı konusundaki 7'inci maddeye tabi olarak;*

*- bir yıl yasal olarak çalıştıktan sonra bu üye devlet'te bir iş mevcutsa aynı işveren için çalışmak üzere çalışma izninin uzatılmasına hak kazanır;*

*- üç yıl yasal istihdamdan sonra ve Topluluğun üye devletlerinin işçilerine öncelik verilmesine tabi olarak bu üye devlette, aynı meslek için kendi seçeceği bir işveren tarafından yapılan ve bu devletin işçi bulma kuruluşlarına kaydedilmiş ve normal koşullarda yapılmış olan başka bir istihdam önerisini kabul etmeye hak kazanır;*

*- bu üye devlette dört yıl yasal istihdamdan sonra, kendi seçeceği herhangi bir ücretli işte serbestçe çalışabilir.*

*2. Yıllık tatiller veya doğum veya iş kazası nedeniyle devamsızlık veya kısa hastalık dönemleri, yasal istihdam süreleri olarak kabul edilir. İlgili makamlarca nizamla uygun surette onaylanmış olan gayriihtiyari işsizlik ve hastalık nedeniyle uzun süreli devamsızlıklar, yasal istihdam süreleri olarak kabul edilmezler, ancak daha önceki istihdam dönemi sonucunda kazanılmış olan hakları etkilemezler.*

*3. 1'inci ve 2'inci fıkraların uygulanma-*

<sup>17</sup> ATAD, Bozkurt kararı, 14 no'lu paragraf, Can, Hacı (2006), 33.

<sup>18</sup> Bkz. Can, Hacı/Özen, Çınar. (2005), 210 - 212.

*sına ilişkin usuller, ulusal kurallar çerçevesinde belirlenmiş olan usullerdir.”*

Bu hükümlerin kapsamı dışında kalan işçiler, yani ilk defa çalışma izni talebinde bulunanlar ile bağımsız çalışanların durumunda bir değişiklik olmamaktadır. Kapsam içindeki işçilerin çalışma izinleri konusunda ise önemli bazı güvenceler tanınmaktadır: Ev sahibi ülkede bir yıl usule uygun şekilde (yasal olarak) çalışmış bulunan Türk işçileri, aynı işveren yanında çalışma imkanları varsa, çalışma izinlerinin yenilenmesini talep etme hakkını kazanmaktadır. Üç yıllık yasal çalışma sonunda, aynı meslekle sınırlı ve AB üye devletleri vatandaşı işçilerin önceliği saklı kalmak kaydı ile, bu işçilerin çalışma izni işyeri sınırlaması olmaksızın uzatılacaktır. Dört yıllık yasal çalışma süresi sonunda ise, işçiler süresiz çalışma iznine hak kazanmaktadır.

Türk işçilerinin usule uygun şekilde ev sahibi ülkeye giriş yapmış aile bireylerinin hukuki durumları 7. maddede düzenlenmektedir. Bu maddenin lafzı ise şu şekildedir:

*“Bir üye ülkenin işgücüne ait olduğu nizamla uygun surette tescil edilmiş olan bir Türk işçisinin, kendisine katılmak için izin almış olan aile üyeleri;*

*- Topluluğun üye ülkelerinin işçilerine verilecek önceliğe tabi olarak, bu üye ülkede en az üç yıl yasal olarak ikamet ettikten sonra herhangi bir istihdam teklifini kabul etmeye hak kazanırlar;*

*- burada en az beş yıl yasal olarak ikamet etmiş olmaları koşulu ile kendi seçecekleri herhangi bir ücretli işte serbestçe çalışabilirler.*

*Ev sahibi ülkede bir mesleki eğitim kursunu tamamlamış olan Türk işçilerinin çocukları, anne veya babasından birinin ilgili üye ülkede en az üç yıl yasal olarak istihdam edilmiş olması koşulu ile bu üye ülkede ikamet ettikleri sürenin uzunluğuna bakılmaksızın bu ülkedeki herhangi bir istihdam teklifini kabul edebilirler.”*

Türk işçilerinin aile bireyleri de, üç yıl birlikte ikamet sonunda AB vatandaşlarının önceliği saklı tutulmak kaydıyla, beş yıl ikamet süresi sonunda ise süresiz çalışma iznine hak kazanabilmektedir.

Yabancı futbolcu sayısının sınırlandırılması sorunu özellikle 10. madde ile ilgilidir. Gerçekten de bu madde, ATAD’ın Nihat Kahveci davasında vermiş olduğu “üye devletler Türk futbolculara kısıtlamalar getiremezler” görüşünün esas gerekçelerinden birini oluşturmuştur<sup>19</sup>. Bu maddenin<sup>20</sup> lafzı şöyledir:

<sup>19</sup> Bir diğeri ise Katma Protokolün 37. maddesidir. Ancak bu madde, Türkiye için herhangi bir yükümlülük getirmemektedir.

<sup>20</sup> Ortaklık Anlaşmasının 9. maddesini somutlaştırmaktadır. Bunun için bkz. ATAD, Sürül kararı, 64 no’lu paragraf. Kararın orijinal metni için bkz. ATAD resmi internet sayfası ([http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1\\_6308/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/)). Türkçe çeviri için bkz. Azık, E. (2006), “4 Mayıs 1999 Tarih ve C-262/96 sayılı Sema Sürül - Federal Çalışma Kurumu Kararının Çevirisi”, derleyen: Can, Hacı (2006), 222 vd.



*“1. Topluluğun üye ülkeleri, ücret ve öteki çalışma şartları konusunda, kendi iş gücü pazarına ait oldukları nizamla uygun surette kaydedilmiş olan Türk işçilerine, bunlarla Topluluk işçileri arasında uyrukluklarına ilişkin hiç bir ayrımcılık içermeyen muamelede bulunacaklardır.*

*2. 6. ve 7. maddeleri saklı kalmak üzere 1. fıkrada belirtilen Türk işçileri ve bunların aileleri, Topluluk işçileri ile aynı düzeyde iş ararken iş ve işçi bulma kuruluşlarının yapacağı yardıma hak kazanırlar.”*

Görüldüğü üzere bu maddeyle, Türk işçileri ile Topluluk işçileri arasında ücret ve diğer çalışma koşulları ve iş arama yardımları bakımından tam bir eşitlik kurulmaktadır.

1/80 sayılı OKK, Ortaklık Anlaşması ve Katma Protokol hükümleri gereğince işçilerin serbest dolaşımını karşılıklılık esasına göre kurmuştur<sup>21</sup>. Nitekim bu Karar’dan kaynaklanan yükümlülükler, Karar’ın 11. maddesinde yer alan düzenleme nedeniyle Türkiye için de geçerli kılınmıştır. Öngörülen bu düzenlemeye göre,

*“Türkiye’de işgücüne ait oldukları nizamla uygun surette kaydedilmiş olan üye ülkelerin vatandaşları ve kendilerine katılmak için izin almış olan bunların aile üyeleri, madde 6, 7, 9 ve 10’ da belirtilen avantajlardan ve haklardan, söz konusu maddelerde belirtilen şartları yerine getirdikleri takdirde yararlanırlar.”*

O halde 1/80 sayılı OKK, sadece AB üye devletlerinde çalışan/bulunan Türk vatandaşlarına değil, aynı zamanda Türkiye’de çalışan/bulunan Anlaşmaya taraf AB üye devletlerinin vatandaşlarına da çalışma izinleri konusunda haklar vermektedir<sup>22</sup>.

1/80 sayılı OKK, taraflara, ayrımcılık yasağının yanında ayrıca mevcut durumun kötüleştirilmesi yasağını da yüklemektedir. Bu yasağı düzenleyen 13. maddenin lafzı şöyledir:

*“Topluluğun üye ülkeleri ve Türkiye, kendi ülkelerinde yasal olarak ikamet eden ve istihdam edilen işçiler ve bunların aile üyeleri için işgücü pazarına giriş konusunda yeni kısıtlamalar getiremezler.”*

Yeni kısıtlamalar getirme yasağının, ilgili kişinin usulüne uygun şekilde ev sahibi ülkeye giriş yaptığı ve orada çalışmaya başladığı andan itibaren getirilecek kısıtlamaları mı, yoksa daha öncesine giderek 1/80 sayılı OKK’nın yürürlük tarihinden itibaren getirilecek kısıtlamaları kapsadığı tartışmaya açıktır. ATAD, kararlarında, ikinci durumu esas almıştır.

Öte yandan, 1/80 sayılı OKK, işçilerin serbest dolaşımını kısıtlama imkanlarını da açıkça öngörmektedir. Kısıtlama imkanları iki madde içinde düzenlenmiştir. 12. maddeye göre,

<sup>21</sup> Çiçekli, Bülent (2004), *Yabancıların Çalışma İzinleri*, erişim adresi: <http://www.tisk.org.tr/yayinlar.asp?sbj=ic&id=973>.

<sup>22</sup> Çiçekli, Bülent, a.g.e.

“Topluluğun bir üye devlet veya Türkiye’de işgücü piyasasının, belirli bir bölgede, faaliyet alanında veya meslekte yaşam standardını veya istihdam düzeyini ciddi bir şekilde tehlikeye düşürebilecek rahatsızlıklarla karşılaşması veya böyle bir tehlike karşısında bulunması halinde, ilgili ülke, kendiliğinden 6. veya 7. maddenin uygulanmasından kaçınabilir. İlgili ülke, bu türden her geçici kısıtlamayı Ortaklık Konseyine bildirecektir.”

Bununla birlikte ilgili devlet, Katma Protokol’ün 60. maddesi gereğince ortaklığın işleyişini (bu anlamda 1/80 sayılı OKK’dan kaynaklanan bireysel hakları) mümkün olduğunca en az etkileyecek önlemleri seçmelidir. Alınan önlemlerin ortaya çıkan sorunların giderilmesi için mutlak şekilde gerekli olanı aşmaması gerekir.

Serbest dolaşımın diğer bir kısıtlanma durumunu düzenleyen 14. maddenin 1. fıkrası, ev sahibi devlete, kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı için tehdit oluşturan yabancı işçiyi (futbolcuyu) sınır dışı etme yetkisini vermiştir.

Nihayet 1/80 sayılı OKK, 14. maddenin 2. fıkrasında, bu hükümlerin, ulusal mevzuattan veya Türkiye ile Topluluğun üye ülkeleri arasındaki ikili anlaşmalardan kaynaklanan hak ve yükümlülükleri, bu mevzuat veya anlaşmaların kendi vatandaşları için daha elverişli muamele öngörmemesi durumunda etkilemeyeceğini hükme bağlamıştır.

## **B. Profesyonel Futbolcuların Ücret ve Diğer Çalışma Koşullarında Ayrımcılığa Maruz Bırakılması Yasağı**

### **1. Genel Olarak**

1/80 sayılı OKK’nın 10. maddesinin 1. fıkrası, yukarıda da ifade edildiği üzere, yabancı işçilerin ücret ve diğer çalışma koşullarında vatandaşlık mülahazalarıyla yapılan ayrımcılıklara açık bir yasak getirmektedir. Bu yasaklayıcı hüküm, başka bir düzenlemeye gerek kalmaksızın doğrudan etkili olup, ilgililer için haklar ve yükümlülükler yaratmaktadır<sup>23</sup>. Bu hüküm uyarınca ilgili devlet, kendi işgücü pazarına nizamla uygun surette dahil olan yabancı işçilere (profesyonel futbolculara), ücret ve diğer çalışma koşulları bakımından kendi işçilerine göre farklılık içermeyen bir rejim uygulamak yükümlülüğü altında bulunmaktadır<sup>24</sup>. İlgili işçilerin de bu çerçevede bireysel hakları oluşmaktadır. Ayrıca 10. maddenin 2. fıkrası gereğince işçiler ve aile bireyleri, 6. ve 7. maddeler saklı kalmak üzere, iş aranmasında iş bulma kurumlarının yardımından yerli işçilerle aynı şartlar altında faydalanacaklardır.

<sup>23</sup> ATAD, *Waehlergruppe Gemeinsam kararı*, Rs. C-171/01, Slg. 2003, I-4301, pn. 57. Kararın orijinal metni için bkz. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı resmi internet sayfası ([http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1\\_6308/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/)). Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Can, *Hacı/Azık, Eda* (2006), “8 Mayıs 2003 Tarih ve C-171/01 sayılı Waehlergruppe Gemeinsam Zejedno/Birlikte Alternative und Grüne Gewerkschafterinnen - UG Kararının Çevirisi”, *derleyen: Can, Hacı* (2006), 327 vd.

<sup>24</sup> Açıklamalar için bkz. *Can Hacı/Özen, Çınar* (2005), 251 - 252.

## 2. Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Ortaya Çıkan Bazı Temel Sorunlar

Bu bağlamda her şeyden önce iki temel sorun karşımıza çıkmaktadır. Birinci sorun, ayrımcılık yasağının uygulanabilmesi için ilgili işçinin daha önceden 1/80 sayılı OKK'nın 6. veya 7. maddesi çerçevesinde bir hakka sahip olmasının gerekip gerekmeyeceği konusunda oluşmaktadır. Kanımızca, burada esasen böyle bir gereklilik bulunmamaktadır. Çünkü 1/80 sayılı OKK'nın 10. maddesinin 1. fıkrası, ev sahibi devletin, kendi iş gücü pazarına dahil oldukları nizamlara uygun surette kaydedilmiş olan göçmen işçilere, ücret ve öteki çalışma şartları konusunda uyruklukları nedeniyle ayrımcılık içermeyen muamelede bulunmasını hükme bağlamaktadır. Görülüyor ki, burada koruma altına alınan kişiler, ev sahibi devletin ulusal işgücü pazarına dahil oldukları nizamlara uygun surette kaydedilmiş olan göçmen işçilerdir. O halde, ilgili işçinin nizamlara uygun şekilde ev sahibi devletin ulusal işgücü pazarına dahil olması yeterli olup, ayrıca 6. veya 7. maddeden haklar kazanması gerekli değildir. Henüz ev sahibi devletin ulusal işgücü pazarına nizamlara uygun şekilde dahil olmayan kişiler bakımından ise böyle bir korumanın söz konusu olmayacağı açıktır.

İkinci sorun ise, ayrımcılık yasağının, aynı Karar'ın 12. maddesinde düzenlenen korunma önlemlerine başvurma yetkisinde sınırını bulup bulmadığı konusunda ortaya çıkmaktadır. Çünkü korunma önlemlerine

başvurabilme çekincesi, 6 ve 7. maddeleri uygulama zorunluluğundan kaçınma yetkisini verirken, 10. maddenin ayrımcılık yasağı bakımından suskun kalmaktadır. Burada şöyle bir soru hasıl olmaktadır: Acaba ayrımcılık yasağı bu bakımdan mutlak bir kural niteliğinde midir; yoksa 6 ve 7. maddelerle bağlantılı olduğundan bu maddelerin uygulanmaması durumunda kendiliğinden işlevini kaybedecek midir? Bu husustaki görüşümüz, 12. maddede yer alan korunma önlemlerine başvurabilme çekincesinin kural olarak ayrımcılık yasağına doğrudan bir etkisinin bulunmadığı yönündedir. Zira bu çekince, sadece yabancı işçinin (futbolcunun) çalışma izinlerinin verilmesi, yenilenmesi veya kapsamaların genişletilmesi ile göçmen işçilerin aile bireylerine çalışma izinlerinin verilmesiyle ilgili olup; bunun ötesinde, nizami şekilde düzenli işgücü pazarına dahil olan yabancı işçilerin (futbolcuların) ücret ve çalışma koşullarına müdahale edilmesine meşruluk yaratmaz. Bu nedenle, çalışma ve ikamet izinlerinin bulunduğu sürece yabancı işçilerin ayrımcılık yasağının korumasından yararlanabilmesi gerekir. Gerçi böyle durumlarda ev sahibi devletin evleviyetle 10. maddenin de uygulanmasından kaçınabilmesi gerektiği; çünkü 6. ve 7. maddelerin işçilerin çalışma haklarını güvence altına aldığını ve bu hakların mevcut olmadığında artık onun bağlamında işlev gören ayrımcılık yasağının uygulama alanı bulmasına gerek kalmadığı ileri sürülebilir. Gerçekten de korunma ön-

lemlerine başvurabilme çekincesinin 6. ve ya 7. madde üzerinden dolayı da olsa 10. maddenin ayrımcılık yasağına olumsuz etkiler gösterebileceği durumlar vardır. Örneğin işçinin ev sahibi ülkedeki çalışma hakkının hukuki dayanağı doğrudan 6. ve ya 7. maddeden kaynaklanır ve bu maddelerin uygulanmasının askıya alınması durumunda işçinin çalışması artık nizami olarak görülemezse, ayrımcılık yasağına dayanılması mümkün olmayacaktır. Böyle bir durumda, ev sahibi devlete, kendi ülkesinde yasal olarak ikamet edip çalışan işçilerin ve bunların aile üyelerinin işgücü pazarına girişlerine yeni kısıtlamalar getirmeme konusunda yükümlülük yükleyen 13. maddeye dayanılması da mümkün değildir. Zira bu madde de, ilgili işçi için, yasal bir statü aramaktadır.

Öte yandan belirtilmelidir ki, serbest dolaşım haklarına kısıtlamalar getirilirken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak kazanılmış haklara saygı gösterilmesi gerekir. 6. veya 7. madde çerçevesinde veyahut herhangi bir düzenlemeden bir hak kazanılmış olduğunda, değişen koşullar gerekçe gösterilerek artık ona müdahale edilmesi mümkün değildir. O halde ilgili devletin 1/80 sayılı OKK'nın 14. maddesinden kaynaklanan yetkisi, 6. ve 7. maddeleri uygulamak suretiyle sadece yeni hak kazanımlarının engellenmesine yöneliktir, yoksa var olanı ortadan kaldırmak değildir.

### **3. Ayrımcılık Yasağının ATAD Tarafından Yorumlanması**

ATAD, 1/80 sayılı OKK'nın 10. maddesinin açık, seçik ve koşulsuz bir hüküm içerdiğini ve bu nedenle de Topluluk hukuğu bakımından doğrudan etkiye sahip olduğunu kabul etmektedir<sup>25</sup>. ATAD, Nihat Kahveci kararında, 1/80 sayılı OKK'nın 10. maddesinin 1. fıkrasında hükme bağlanan eşit muamele kuralını şöyle yorumlamıştır:

*“Söz konusu ayrımcılık yasağı, bir üye devlet spor federasyonu tarafından konulan, kulüplerin ulusal müsabakalarda Avrupa Ekonomik Alanına dahil olmayan üçüncü ülkelere gelen oyuncuların sadece sınırlı bir sayısını kullanabilmesine müsaade eden bir kuralın, bu üye devlette bulunan bir futbol kulübünde usulüne uygun (yasal) şekilde çalışan profesyonel bir Türk futbolcusuna uygulanmasına engel teşkil eder.”*

Ancak burada hemen belirtilmelidir ki, ATAD'ın bu değerlendirmelerinin Türkiye açısından herhangi bir hukuki bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Zira Türkiye, AB üyesi olmadığından Ortaklık hukuku kuralları konusunda ATAD'ın yargı yetkisine tabi de-

<sup>25</sup> Avrupa Topluluğunun taraf olduğu milletlerarası anlaşmalar, Topluluk hukukunun ayrılmaz bir parçası olup, Topluluk kurumları ve üye devletleri için bağlayıcıdır. Başka bir anlatımla, Topluluğun taraf olduğu milletlerarası anlaşmalar, Topluluk kurumları ve üye devlet düzenlemelerinin üstündedir ve onlardan öncelikle uygulanır. Bunun için bkz. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, Kahveci kararının 29 nolu paragrafı. Ayrıca bkz. yukarı dipnot 23.

ğildir. Bununla birlikte, kararın, gerekçelendirme açısından yardımcı bir kaynak işlevi görmesine de engel bir durum yoktur.

#### 4. Ayrımcılık Yasağına Aykırılık Durumu

Kontenjan kısıtlamasının, Türk futbol takımlarında yabancı statüsünde oynayan ve Anlaşmaya taraf AB üyesi devletlerin vatandaşı futbolculara uygulamasının, 1/80 sayılı OKK'nın 10. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen ayrımcılık yasağını ihlal edip etmediği hususu bakımından genel bir saptamanın yapılması mümkün değildir. Aksine, ilgili her işçinin (futbolcu) durumu açısından ayrı bir değerlendirmenin yapılması gerekli görünmektedir. Zira 1/80 sayılı OKK, serbest dolaşımı sınırlı bir çerçevede güvence altına almaktadır. Örneğin, ilgili işçilere (futbolculara) ev sahibi ülkeye giriş ve orada ilk çalışmaya başlama konusunda doğrudan bir hak vermemektedir. Dolayısıyla ev sahibi devletin veya ilgili kişi ve kurumların önlemlerinin Türkiye'de ilk defa çalışmak amacıyla ülkeye gelen profesyonel futbolculara uygulanması hukuka aykırı olmayacaktır. Buna karşılık 6 + 2 kuralının Türkiye'de yasal/nizami şekilde çalışan yabancı işçiler (profesyonel futbolcular) karşısında uygulanması ayrımcılık yasağını ihlal edecektir. Ancak burada, yine 1/80 sayılı OKK'nın ev sahibi devletin işgücü pazarına aşamalı entegrasyon sistemi kuralının dikkate alınması gerekecektir. Bu kurala göre, örneğin bir Türk futbol kulübünde top koşturan Anlaşmaya taraf AB

üyesi devletin vatandaşı bir kişi, 1/80 sayılı OKK'nın 6. maddesinin 1. fıkrası gereğince Türkiye'de profesyonel futbolcu olarak en az üç yıl yasal şekilde çalıştıktan sonra başka bir Türk kulübüne geçebilir. Bu süre tamamlanmadan önce takımın değiştirilmesi halinde yasal çalışma durumu kesileceğinden, yani bu temelde artık bir çalışma hakkı mevcut olamayacağından, ilgili kişinin korunması söz konusu olamayacak ve dolayısıyla 6 + 2 kuralı uygulama alanı bulacaktır. Keza önceleri farklı bir meslekte (örneğin bir tekstil fabrikasında şoför olarak) çalışan bir kimse, daha sonra mesleğini değiştirip bir Türk futbol kulübünde profesyonel futbolcu olarak çalışmak isterse, 1/80 sayılı OKK'nın 6. maddesinin 1. fıkrası gereğince daha önceden en az dört yıl yasal şekilde çalışmış olmak zorundadır. Aksi halde, 6 + 2 kuralına karşı çıkılması mümkün olmayacaktır.

Ancak bu söylenenler, ulusal makamlar tarafından 1/80 sayılı OKK'dan kaynaklanan yükümlülüklerin gereğini yerine getirmek için verilen çalışma ve oturma izinleri bağlamında geçerlidir. Elbette ulusal makamlar, ulusal düzenlemelere dayanarak 1/80 sayılı OKK'nın ötesine geçen veya bu Karar'dan tümüyle bağımsız olarak çalışma ve oturma izinleri verebilirler. Böyle durumlarda, 6 + 2 kuralının 1/80 sayılı OKK'nın 10. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağı bakımından denetlenmesi zorunlu olur. Çünkü yabancı futbolcunun Türkiye'deki çalışması yasal olduğundan, 1/80

sayılı OKK'nın 10. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “nizami şekilde işgücü pazarına dahil olma” koşulu yerine getirilmektedir.

Şu da var ki, 6 + 2 kuralının, 1/80 sayılı OKK'nın 10. maddesiyle bağdaştırılmadığı durumlarda, aynı Karar'ın 12. maddesinde düzenlenen korunma çekincesine dayanırılması söz konusu olabilir. 6 + 2 kuralının korunma çekincesinin kapsamında değerlendirilebildiği ölçüde ayrımcılık yasağı ihlal edilmiş olmayacaktır. Yabancı oyuncu sayısının sınırlandırılmasına yönelik olarak alınan kararın genel bir düzenleme mahiyetinde olması, Türkiye'nin aldığı önlemin spor alanında ortaya çıkabilecek sorunları önleme amaçlı yaptığının delalet etmektedir. Ancak kısıtlayıcı önlemin, istisnai ve geçici karakterli olması ve zamanında Türkiye - Avrupa Topluluğu Ortaklık Konseyi'ne bildirilmiş olması gerekir. Yabancı oyuncu kontenjanının TFF tarafından her yıl gözden geçirilmesi ve genelde de kısıtlamanın azaltılmaya çalışılması, istisnai ve geçici karakterli olma koşuluna uygun düşmektedir. Yabancı oyuncu kontenjanının Türkiye - Avrupa Topluluğu Ortaklık Konseyi'ne bildirilmemiş olmasının, korunma kaydının uygulanmasına engel teşkil edip etmediği hususu üzerinde ayrıca tartışılması gerekir. Bu husustaki görüşümüz, Ortaklık Konseyi'ne bilgi verilmemesinin, Ortaklık Anlaşması'nın 7. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen “akit taraflar, bu Anlaşma'dan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlayıcı her türlü genel ve özel tedbirleri alır-

lar” hükmüne aykırılık oluşturduğu, buna karşılık ilgili işçilerin (futbolcular) lehine olarak herhangi bir sonucunun olamayacağı yönündedir. Çünkü 1/80 sayılı OKK'nın 12. maddesi, taraflara, koşulların gerçekleşmesi durumunda Ortaklık Konseyi'ne bilgi vermeden doğrudan korunma önlemlerine başvurma yetkisini açıkça vermektedir. Dolayısıyla bildirim yükümlülüğünün ihlali, korunma önlemini kendiliğinden hukuka aykırı kılmaz, yalnızca Ortaklık Anlaşması'nın 7. maddesinde öngörülen “anlaşmaya sadakat” (*pacta sunt servanda*) ilkesine aykırılık teşkil edebilir.

Hal böyle iken, 6 + 2 kuralının korunma çekincesi kapsamında mütalaa edilmesi zor görünmektedir. Yeni Türk oyuncuların yetişmelerini sağlamak amacıyla yabancı futbolcu sayısının sınırlandırılmasının, 1/80 sayılı OKK'nın 14. maddesinde belirtilen kısıtlama nedenlerinin (kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı) hiçbirisiyle doğrudan ilgisi bulunmamaktadır. Belki kamu düzeni ile bir bağlantı kurulabilir. Ancak bu bağlantı çok muğlâk olup, bağlantı noktalarının bulunmasına imkân vermemektedir. Yine burada, Katma Protokol'ün 60. maddesinde düzenlenen genel korunma önlemlerine başvurulması da zor görünmektedir.

## 5. Değerlendirme

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacaktır ki, yasal şekilde bir Türk futbol takımında yer alan Anlaşmaya taraf AB üye devletlerinin vatandaşı profesyonel futbol-

cuların yabancı oyuncu kısıtlamasına tabi tutulması, 1/80 sayılı OKK'nın 10. maddesinin 1. fıkrası anlamında uyruklu mülhazalarıyla yapılan bir ayrımcılık teşkil eder. Bu surette oluşan anlaşma ihlali ise Türkiye'nin uluslararası hukuk açısından sorumluluğunu doğuracağı açıktır<sup>26</sup>. Dolayısıyla, iç hukuk kurallarımızın 1/80 sayılı OKK'nın hükümlerine uygun hale getirilmesi gerekli görünmektedir.

### **C. 1/80 Sayılı OKK'nın 10. Maddesinin 1. Fıkrasında Öngörülen Ayrımcılık Yasasının İç Hukukumuzdaki Yeri**

#### **1. Genel Hukuki Çerçeve**

Uluslararası alanda uluslararası hukukun ulusal hukuklar karşısındaki üstünlüğü tartışma götürmez. Gerçekten de, bazı istisnalar haricinde, ulusal hukuk kuralları gerekçe gösterilerek uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerden kaçınmak mümkün değildir. Bununla beraber, uluslararası hukuk, kendi kurallarının devletlerin veya uluslararası örgütlerin iç hukuklarına aktarılması ve orada uygulanması konusunda ne bir yükümlük getirmemekte, ne de bunun için özel usuller de öngörmektedir. Bundan dolayı, uluslararası hukuk kurallarının devletlerin/uluslararası örgütlerin iç hukukundaki yeri, her devletin/örgütün kendi iç hukukunda yer alan ilke ve kuralara göre değerlendirilmesi gereken bir husus olarak ortaya çıkmaktadır<sup>27</sup>.

ATAD, içtihatlarında, 1/80 sayılı OKK'nın Topluluk hukukundaki yerini

açıklığa kavuşturmuştur<sup>28</sup>. ATAD'a göre 1/80 sayılı OKK, diğer Ortaklık kuralları gibi "Topluluk hukukunun bütünleyici parçası"dır. Yine ATAD'a göre, 1/80 sayılı OKK'nın, "lafzı ve özü itibarı ile yerine getirilmesi veya etkisi taraf devletin başka bir hukuki işlemine bağlı olmayan, açık ve doğrudan yükümlülükler" öngören hükümleri Topluluk hukukunda doğrudan uygulanabilir niteliktedir.

Türkiye açısından ise Ortaklık kuralları açısından böyle bir yargısal saptama henüz yapılmamıştır. Ancak yargı kararlarının verilmiş olmaması 1/80 sayılı OKK'yı hukuk düzenimiz açısından bir değerlendirme yapılmasına engel değildir. Bu hususta şunlar söylenebilir: 1/80 sayılı OKK'nın, başka bir hukuk kaynağından sadır olması dolayısıyla, iç hukukumuzda geçerli olup uygulanabilmesi için her halükârda ulusal bir dayanağın bulunması gereklidir. Bu gereklilik, bizatihi Anayasa'nın egemenlik anlayışından çıkmaktadır<sup>29</sup>. Aksi bakış, Ortaklık Konseyi'ne yasama yetkisi tanınmış olacağı anlamına gelir. Bu ise Anayasanın ihlal edilmesi sonucunu doğurur.

<sup>26</sup> Krş. Tekinalp, Gülören. (2003), *Türk Yabancılar Hukuku*, 186; Tekinalp, Gülören (1999), "Yabancı Gerçek Kişilerin Antlaşmalar Açısından Türkiye'de Çalışma Şartları", 363, 366. Aktaş, Ebru (2005), "Yabancıların Türkiye'de Çalışma Hakları", 90 - 91.

<sup>27</sup> Krş. Pazarıcı, Hüseyin (2003), *Uluslararası Hukuk*, 23. Bunun için bkz. Can, Hacı (2006), 19 vd.

<sup>29</sup> Bkz. Anayasa'nın 6 - 9. maddeleri.

Bununla birlikte, birçok devletin ulusal hukuk düzeni gibi Türkiye'nin iç hukuk düzeni de esas itibarıyla uluslararası hukuka açık bulunmaktadır. Fakat uluslararası hukuk kuralları, iç hukuk düzenimizde kendiliğinden veya doğrudan doğruya değil, yalnızca Anayasa'da öngörülen koşul ve usuller çerçevesinde geçerlilik kazanıp uygulanabilirler<sup>30</sup>. Bu bağlamda Anayasamızın, uluslararası hukuk kurallarının iç hukuku-

muzdaki yerini düzenleyen genel nitelikli bir hükmü içermediği, bunun yerine bazı özel düzenlemelere yer verdiği görülmektedir. Bu düzenlemeler arasında özellikle, milletlerarası andlaşmaların iç hukuk düzenimizde onaylanma sürecini ve etkilerini düzenleyen 90. madde<sup>31</sup> öne çıkmaktadır. Bunun dışında, Anayasa'nın, kimi sınırlı konulara ilişkin olarak uluslararası hukuk kurallarının iç hukukumuzda "ölçü norm"

<sup>30</sup> Uluslararası hukuk - ulusal hukuk ilişkisi öğretilerde çok tartışılan ve sık incelenen konulardan biridir. Buradaki tartışmalar esasen birinin diğerinde hangi konumda yer aldığı sorusu üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu bağlamda genel itibarıyla tekçi (monist) görüş ve ikici (düalist) görüş olmak üzere iki görüş savunulmaktadır. Görüşlerin incelenmesi için bkz. Pazarıcı, Hüseyin (2003), 19 - 20; Tunç, Hasan (2000), "Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi", 174 - 175; Fendoğlu, Hasan Tahsin (2000), "Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında "BAĞIMSIZ ÖLÇÜ NORM" veya "DESTEK ÖLÇÜ NORM" Sorunu", 366; Soysal, Mümtaz (1986), "Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler," 13-15. Ancak bu soruya halihazırda kesin bir cevap vermek mümkün görünmemektedir. Çünkü bununla ilgili olarak ne uluslararası hukukta ne de ulusal hukuklarda kesin cevaplar bulunmaktadır. Öyle ki, bazı devletlerin anayasalarında yer alan hükümler her iki kuram anlamında da yorumlanabilmektedir. Uluslararası hukuk uygulamasından bununla ilgili olarak ne bir bilgi ne de bir işaret çıkmaktadır. Devletlerin uygulamasında, bu bağlamda ortaya çıkan sorunlar özellikle uluslararası hukukun gittikçe artan şekilde kodifikasyonu ile yumuşatılmaya çalışılmaktadır. Anayasamızda iç hukuk ile uluslararası hukuk arasındaki ilişki açık bir şekilde düzenlenmiştir. Öğretilerde, Anayasamızda özellikle milletlerarası andlaşmalar bakımından tekçi (monist) anlayışın esas alındığı yaygın bir şekilde savunulmaktadır. Bunun için bkz. örneğin Çelik, Edip (1988), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulanması", 1-3; Soysal, M. (1986): 15-17; Yüzbaşoğlu, Necmi (2004), "Mayıs 2004'te Anayasamızın 90'ncı Maddesine Eklenen Hükümün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme", 785. Bu yüzden, konuyla ilgili tartışmalar esas itibarıyla kuramsal (teorik) düzeyde kalmaktadır. Özel-

likle bkz. Gözler, Kemal (2000), Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?"; 7. Bu kurumsal görüşlerin de uygulama düzeyinde yetersiz oldukları konusunda bkz. Pazarıcı, Hüseyin (2003), 21.

<sup>31</sup> Anayasamızın 90. maddesinin lafzı şöyledir:

"Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.

Ekonomik, ticarî veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu andlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur.

Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanarak yapılan ekonomik, ticarî, teknik veya idarî andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticarî veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.

Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır.

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek: 7.5.2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."



etkisini göstermesine dayanak sağlayan 15<sup>32</sup>, 16<sup>33</sup>, 42<sup>34</sup> ve 92<sup>35</sup>. maddeleri de önem taşımaktadır<sup>36</sup>. Nihayet konuyla ilgili tartışmalarda, Anayasa'nın 2. maddesinde<sup>37</sup> belirtilen “insan haklarına saygılı olma” ve “hukuk devleti” ilkelerine de başvurulduğu görülmektedir.

## 2. Ayrımcılık Yasağının İç Hukukumuzdaki Etkisi

Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, ayrımcılık yasağının iç hukukumuzda hüküm ve sonuç doğurabilmesi, onu düzenleyen 1/80 sayılı OKK'nın 10. maddesinin 1. fıkrasının iç hukukumuzda uygulanabilir olmasına bağlıdır. Bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediğinin saptanması her şeyden önce Anayasa'nın 16 ve 90. maddelerini ilgilendiren bir husustur. Dolayısıyla öncelikle bu çerçevede bir incelemenin yapılması gerekmektedir. Ayrıca, bu bakımdan Anayasa'nın 2. maddesinin dayanak oluşturup oluşturamayacağı hususu da inceleme altına alınacaktır. Nihayet, yabancıların çalışma haklarıyla ilgili olması nedeniyle, Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun<sup>38</sup> (YÇİHK) ve bu Kanun'un uygulama Yönetmeliği hükümleri açısından bir değerlendirme yapılacaktır.

### a. Anayasa'nın 16. Maddesi Açısından İnceleme

Anayasa'nın 48. maddesinde, “Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir.” hükmü; 49. maddesinde ise, “Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir.”

hükmü bulunmaktadır<sup>39</sup>. Görüldüğü üzere, Anayasa'nın çalışma hakkına ilişkin hükümleri vatandaş ile yabancı arasında bir ayırım yapmadan herkese eşit haklar tanımaktadır. Fakat bu esas, çalışma hayatında yabancılar için hiçbir sınırlama getirilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Zira Ana-

*32 Anayasanın 15. maddesinin ilk fıkrasının lafzı şöyledir: “Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. (...)”*

*33 Anayasanın 16. maddesinin lafzı şöyledir:*

*“Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir.”*

*34 Anayasanın 42. maddesinin son fıkrası şöyledir:*

*“Türkçeden başka hiçbir dil, eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dilleri olarak okutulamaz ve öğretilmez. Eğitim ve öğretim kurumlarında okutulacak yabancı diller ile yabancı dille eğitim ve öğretim yapan okulların tâbi olacağı esaslar kanunla düzenlenir. Milletlerarası anlaşma hükümleri saklıdır.”*

*35 Anayasanın 92. maddesinin ilk fıkrası şöyledir:*

*“Milletlerarası hukukun meşrû saydığı hallerde savaş hali ilânına ve Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşmaların veya milletlerarası nezaket kurallarının gerektirdiği haller dışında, Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesine veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunmasına izin verme yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisindedir.”*

*36 Pazarcı , Hüseyin (2003), 23.*

*37 “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.”*

*38 RG 06.03.2003, sayı: 25040.*

*39 Her iki madde de Anayasa'nın “Temel Haklar ve Ödevler” kısmının, 3. bölümünde “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” başlığında bulunmaktadır.*

yasa'nın 16. maddesindeki sınırlama yetkisi, Anayasa'nın 48 ve 49. maddelerinde güvence altına alınan çalışma hak ve özgürlükleri için de geçerlidir. Anayasa'nın 16. maddesinde, yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Bu madde, yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasını iki koşula bağlamaktadır. Birincisi, yabancıların temel hak ve özgürlüklerine ilişkin bir kısıtlama getirilirken, mutlak şekilde yasal bir düzenlemenin yapılması; ikincisi ise, bu kısıtlamaya dayanak teşkil eden yasal düzenlemenin kesin olarak uluslararası hukuka uygun olmasıdır.

Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun'da böyle bir kısıtlamanın getirilmiş olduğu görülmektedir. Nitekim Kanun'un 15. maddesinde yabancıların kanun ile yasaklanmamış işleri yapabilecekleri kuralı yer almaktadır<sup>40</sup>. Çeşitli iş kolları, bu konuda çıkarılmış kanunlarla yabancılar yasaklanmış veya yabancıların çalışmaları izne tabi tutulmuştur. Ülkemizde bir yabancı çalışabilmesi için öncelikle çalışma izni almış olması gerekmektedir.

Yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasının hüküm ifade edebilmesi için uluslararası hukuka uygun olması gerekli olduğunu yukarıda ifade etmiştik. Fakat 1/80 sayılı OKK'nın 10. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağının, Anayasa'nın 16. maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi için, mahiyeti itibarıyla

işçilere (profesyonel yabancı futbolculara) temel hak güvencesini sunması gerekir. Çünkü Anayasa'nın 16. maddesi, sadece temel hak ve özgürlüklerle sınırlı bir düzenleme içermektedir. 1/80 sayılı OKK'nın 10. maddesinin 1. fıkrasından ilgililer için temel hakların değil, yalnızca bireysel hakların çıktığının kabul edilmesi halinde, Anayasa'nın 16. maddesinin uygulama alanı bulması mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla, 1/80 sayılı OKK, iç hukukumuzda "ölçü norm"<sup>41</sup> etkisini gösterip uygulanabilmesi konusunda tereddütler çıkmaktadır<sup>42</sup>.

Alman öğretisindeki baskın görüş, serbest dolaşım kapsamında güvence altına alınan hakların temel hak niteliğinde olmadığı, yalnızca ilgili kişilerin bireysel haklarını oluşturduğu yönündedir. Serbest dolaşım ilkeleri kapsamında güvence altına alınan haklar, bu haliyle, temel hak ve özgürlüklere benzer teminatlar olarak değerlendirilmektedir<sup>43</sup>. Ancak bu görüş, temelde, serbest dolaşım ilkelerinin öncelikle iç pazarın kurulması ve işleyişinin güvence altına alınmasına hizmet ettiği ve bu çerçevede

<sup>40</sup> Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Tekinalp, Gülören (2003), 120 - 128.

<sup>41</sup> Her ne kadar böyle bir etkinin bireylere doğrudan bir hak yaratmamakla birlikte, kısıtlayıcı ulusal işlemlerin uygulanmasını engellemek suretiyle dolaylı bir koruma sağlayacağı açıktır. Ölçü normlar, anayasaya uygunluk denetiminde anayasallık bloğu içinde yer almaktadır.

<sup>42</sup> Milletlerarası anlaşmaların ölçü norm olarak kullanılması için bkz. Anayasa Mahkemesi, 29.01.1980 tarih, E. 1979/38, K. 1980/11 RG 15.5.1980, s. 16989.

<sup>43</sup> Bunun için bkz. Can, Hacı (2008), Avrupa Birliği İç Pazar Hukuku, 144 vd.

bireylere bazı haklar verdiği yaklaşımına dayanmaktadır. Yani iç pazarın kurulması ve işleyişinin sağlanması serbest dolaşım ilkelerinin asıl amacı olurken, bireylere tanınan haklar ise serbest dolaşımının gerçekleştirilmesinin birer aracı olarak çıkmaktadır. Dolayısıyla bu durum, Avrupa Topluluğu hukukunun özel yapısından kaynaklanmaktadır<sup>44</sup>.

İç hukukumuz açısından da aynı şeylerin söylenebileceği sonucuna varmak mümkün değildir. Çünkü her şeyden önce Türkiye AB'nin üyesi değildir. Hatta Türkiye AB'ye üye olsa dahi, bu hususta öncelikle Türk Anayasası'nın temel hak ve özgürlükler rejimine bakmak gerekecektir.

Türk hukuku bakımından oluşan sorun, AB vatandaşı profesyonel futbolcuların, çalışma koşullarında ayrımcı muameleye maruz bırakılması yasağından çıkan haklarının Anayasa'nın 48 ve 49. maddelerinde güvence altına alınan çalışma ve sözleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine ilişkindir. Anayasa'nın 48. maddesinde; herkesin, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip olduğu açıkça hükme bağlanmıştır. Kanımızca bu hüküm, son derece açık olup, yabancı futbolcuların Türkiye'de çalışma ve sözleşme yapma haklarını da içermektedir<sup>45</sup>. Bu hükme göre çalışma özgürlüğü, genel olarak bir şahsın iş yapma, ekonomik faaliyete girişme ve seçtiği meslek ve sanatını icra etme konusunda sahip olduğu özgürlük olarak tanımlanmaktadır<sup>46</sup>. Bu özgürlüğün

sınırlandırılması ise diğer temel hak ve özgürlüklerde de olduğu gibi ancak Anayasa'nın 13. maddesi çerçevesinde söz konusu olabilir. Burada yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması söz konusu olduğu için, bu maddedeki kısıtlama koşullarına ek olarak ayrıca 16. maddede öngörülen uluslararası hukuka uygun olma koşuluna uyulması zorunludur.

Bu açıklamalardan anlaşılmaktadır ki, Türk futbol takımlarındaki yabancı oyuncu sayısının sınırlandırılması (6 + 2 kuralı), 1/80 sayılı OKK'nın 10. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen ayrımcılık yasağının korumasından faydalanan AB vatandaşlarının Türk futbol kulüplerinde profesyonel futbolcu olarak çalışmasına ve bu amaçla

*44 Bilindiği üzere, Avrupa Topluluğu'nu Kuran Andlaşma'da temel hak ve özgürlükler ile ilgili bir katalog yer almadığı gibi, bunların kısıtlanmasını özel olarak düzenleyen hükümler de bulunmamaktadır. Her ne kadar Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, yerleşik içtihatlarında, temel hak ve özgürlüklere hukukun genel ilkeleri olarak hukuki bağlayıcılık kazandırmış olsa da, yargısal içtihadının etkisi sınırlı kalmaktadır. Bundan dolayı, Topluluk içinde temel hakların korunması standardının yükseltilmesi için yazılı bir temel haklar kataloğunun hazırlanmasına gerek duyulmuştur. 90'lı yılların sonunda bir temel haklar kataloğu hazırlanmaya başlanmıştır. Hazırlanan taslak, Aralık 2000 Nis Zirvesi'nde kabul edilmiştir. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı başlığını taşıyan bu Şart'ın henüz hukuki bağlayıcılığı yoktur. 2007 tarihli Lizbon Andlaşması'nın yürürlüğe girmesiyle hukuki bağlayıcılık kazanması beklenmektedir. Ancak Şart, kurucu Andlaşma'nın metnine dahil edilmediği gibi, kurucu Andlaşma'da düzenlenen yetki düzenine de dokunmamaktadır. Dolayısıyla Birliğin yasama organları, Andlaşma'nın başka maddelerindeki yetkisi dahilinde düzenlemeler yaparak, serbest dolaşım ilkelerinin sınırlandırılmasına yol açabileceklerdir.*

*45 Aynı görüş için bkz. Tekinalp, Gülören (2003), 120.*

*46 Kral, Halis (2007), "Türkiye'nin Yabancı Personel İstihdam Politikasının Değerlendirilmesi", 65.*

onlarla sözleşme yapmasına müdahale teşkil etmekte ve bu yüzden doğrudan Anayasa'nın 16. maddesine aykırı olmaktadır. Böyle bir aykırılık durumunda ilgili ulusal düzenlemeler ve kısıtlamalar hüküm ifade etmez. Dolayısıyla hak sahibi AB vatandaşı futbolcular, Anayasa'nın 48. maddesinde güvence altına alınan çalışma ve sözleşme özgürlüklerin korumasından faydalanabileceklerdir.

Burada ayrıca belirtilmelidir ki, Anayasa'nın 16. maddesinde yapılan göndermeyle, ilgili uluslararası hukuk kuralları ve ulusal kanunlar arasında gerçek anlamda bir normlar hiyerarşisi kurulmamaktadır. Çünkü ulusal kanunlar bu durumda ilgili uluslararası hukuk kuralına aykırılıktan değil, doğrudan doğruya Anayasa'ya aykırılıktan yaptırıma tabi tutulur. Kaldı ki, ilgili kanun hükmünün, Anayasa'nın 16. maddesine bir aykırılık göstermesi durumunda uygulanmazlık yaptırımına tabi tutulması Anayasa'nın egemenlik anlayışı açısından daha yerindedir<sup>47</sup>. Çünkü geçersizlik yaptırımının uygulanması, yani ulusal kanun hükmünün iptal edilmesi ulusal yasama organının yetkisini gereksiz yere son derece sınırlamakla kalmaz, aynı zamanda uluslararası düzenlemenin amacını aşan sebepsiz durumlara da yol açabilir. Öyle ki ilgili uluslararası düzenlemenin kapsamına girmeyen kişiler de yaptırımın sonuçlarından doğrudan yararlanabileceklerdir<sup>48</sup>.

Öte yandan öyle durumlar ortaya çıkabilir ki, uygulanamazlık yaptırımının uygulan-

ması sonuçta ulusal kanun hükmünün zımnen ilgası anlamına da gelebilir. Fakat zımnen ilga ve geçersizlik durumları birebir aynı şeyleri ifade etmezler.

Ancak bu söylenenler, idarenin işlemleri bakımından kısmen geçerlidir. Gerçekten de bazı durumlarda, idari işlemlerin milletlerarası andlaşmalara aykırılıkları nedeniyle iptal edilmesi zorunludur. Çünkü usulüne uygun şekilde yürürlüğe konulan milletlerarası andlaşmalar, iç hukukumuzda kanun hükmünde geçerli olup uygulanabildiklerinden, bunların uygulanmasını sağlamak için idari işlemlerin yapılması caizdir ve hatta zaruridir<sup>49</sup>. İşte sırf milletlerarası andlaşmalara dayandırılarak yapılan idari işlemlerin bu andlaşmalara aykırı olması durumunda geçersizlik yaptırımına tabi tutulup iptal edilmesi için doğası gereğidir. Çünkü idari işlemler, böyle durumlarda geçerliliklerini Anayasa'nın hükmü nedeniyle milletlerarası andlaşmalardan almaktadırlar.

<sup>47</sup> Krş. Çiçekli, Bülent (2004).

<sup>48</sup> Ancak bu söylenenler Anayasa'nın 92. maddesi bakımından geçerli değildir. Çünkü orada sadece yurtdışına asker gönderme ve yabancı ülke askerlerin ülkeye girmesine izin verme durumlarına ilişkin meclis kararları söz konusudur. Bu kararların aykırılık hallerinde geçersiz addedilmesi sorun çıkarmamaktadır.

<sup>49</sup> Bu bakımdan anayasal bir engelin olduğu söylenemez. Çünkü Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında usulüne uygun şekilde yürürlüğe konulan milletlerarası andlaşmalara iç hukukumuzda kanun hükmünde bir geçerlilik tanınmaktadır. Kanun hükmünde bir geçerliliğe sahip bir uluslararası normun iç hukukta uygulanması için idari işlemlerin yapılması için mahiyeti gereğidir.

Buna karşılık, doğrudan bir ulusal kanuna dayandırılarak yapılan ve o kanuna da (tamamen) uygun olan bir idari işlemin, bir milletlerarası andlaşmaya aykırı olması halinde geçersizlik yaptırımına tabi tutulması mümkün değildir. Böyle bir durumda aslında söz konusu andlaşma ile idari işleme dayanak oluşturan kanun arasında bir norm ihtilafı söz konusudur. Olayımızda da böyle bir durum söz konusudur. Bu durumlarda genel çatışma kurallarının uygulanması cihetine gidilmelidir<sup>50</sup>. Aksi halde, örneğin TFF'nin yabancı oyuncu sayısının sınırlandırılmasına ilişkin kararının 1/80 sayılı OKK'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmesi halinde çok ağır sonuçlar ortaya çıkacaktır. Nitekim 1/80 sayılı Karar'ın kapsamına girmeyen yabancı futbolcular (örneğin Brezilyalı futbolcular) ve hatta futbol kulüpleri de bu durumdan faydalanacaklardır. Ancak bu durum, iç hukuk kurallarına tamamen uygun olan bir kısıtlamanın meşru gayesiyle bağdaşmayacaktır. Görüldüğü üzere, geçersizlik yaptırımının uygulanması, hem ulusal hukukun hem de uluslararası hukukun genel ilkeleri arasında yer alan "orantılılık" ilkesinin gerekleri açısından ağır bir yaptırım olarak çıkabilmektedir. Bu bağlamda, söz konusu idari işlemin iptal edilerek uluslararası hukuk kuralına uygun olarak yeniden düzenlenebileceği itirazı yapılabilir. Ancak bu durumda, yeni düzenleme yapılıncaya kadar bir koruma söz konusu olmayacağından Türk futbolcular gerçekten mağdur olacaklardır. Ayrıca

koruma sağlayan yeni bir düzenlemenin yapılıp yapılmayacağı ve yapılacaksa hangi kapsamda koruma sağlayacağı da soru işareti olarak kalmaktadır.

Milletlerarası andlaşmaların dışındaki diğer uluslararası hukuk kuralları ise iç hukukumuzda böyle bir geçerliliğe ve doğrudan uygulanmaya sahip olmadıklarından, idari işlemlerin bunlara dayanılarak yapılması mümkün değildir<sup>51</sup>. Bunun için mutlak şekilde bir yasal dayanağa ihtiyaç vardır<sup>52</sup>. Anayasa'nın 16. maddesi de bu anlamda yeterli bir dayanak sağlamamaktadır. Çünkü bu madde, 1/80 sayılı OKK'nın 10. maddesinin iç hukukumuzda "ölçü norm" olarak etki göstermesinin ötesinde ayrıca doğrudan uygulanabilmesi için bir dayanak oluşturmamaktadır. Böyle bir imkan, Anayasa'nın 90. maddesinde yalnızca milletlerarası andlaşmalar için öngörülmüştür. Anayasa, milletlerarası andlaşmaların iç hukukta doğrudan uygulanmasını kabul ederken, diğer uluslararası hukuk kuralları bakımından suskun kalmaktadır. Görüldüğü üzere burada bilinçli bir "hukuk boşluğu" bulunmaktadır. Kaldı ki uluslararası hukuk kurallarının iç hukukumuzda uygu-

*50 Muhtemelen andlaşma hükmünün daha somut, kanun hükmünün ise daha genel olacağından, andlaşma hükmünü öncelikle uygulanması gerekecektir.*

*51 İdare, idarenin kanuniliği ilkesi gereğince, Türk hukukunda doğrudan uygulanma imkanı bulunmayan uluslararası hukuk kurallarına istinaden düzenlemeler yapamaz veya kararlar alamaz.*

*52 İdarenin kanuniliği ilkesi için bkz. Anayasa'nın 123 ve 127. maddeleri.*

lanması kural değil istisnai bir durumdur. Dolayısıyla dar yorumu gerektirir. Sonuç olarak, Anayasa'nın egemenlik anlayışı da dikkate alındığında, iç hukukumuzda diğer uluslararası hukuk kurallarına böyle bir doğrudan uygulanma imkanı verilmek istenmediği sonucu çıkmaktadır.

Kuşkusuz 1/80 sayılı OKK'nın 10. maddesi hükmü, bir ulusal hükme dönüştürülme suretiyle de iç hukukumuza transfer edilip uygulanabilir<sup>53</sup>. Anayasamızda buna mani bir hal bulunmamaktadır. Ancak böyle durumlarda, 10. madde hükmünün iç hukukumuzda uygulanması değil, olsa olsa bu hükmün sadece gereklerinin yerine getirilmesi söz konusu olur ki, iki durum arasında önemli farklar vardır.

Öte taraftan, yabancıların temel hak ve özgürlüklerini düzenleyen uluslararası metinler, ilgili hak ve özgürlüklerin kısıtlanması hallerini de öngörmüş olabilmektedir. Nitekim 1/80 sayılı OKK, 12. maddesinde, taraf devletler için bir korunma hükmüne yer vermektedir. Ev sahibi devlete tanınan korunma önlemlerine başvurma yetkisinin 10. maddede düzenlenen eşit muamele kuralına doğrudan etkisinin bulunması da, bazı durumlarda yabancı oyuncu kontenjanının getirilmesine hukuki dayanak yaratabileceği yukarıda ifade edilmişti. İşte böyle bir meşruluğun bulunması durumunda, Anayasa'nın 16. maddesine bir aykırılıktan bahsedilmesi mümkün değildir. Böyle bir kısıtlama zaten uluslararası hukuka aykırı olmayacaktır<sup>54</sup>.

## **b. Anayasa'nın 90. Maddesi Açısından İnceleme**

Anayasa'nın 90. maddesi, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası andlaşmaların iç hukukumuzda onaylanma usullerini ve etkilerini düzenlemektedir<sup>55</sup>. Ancak bu madde münhasır şekilde milletlerarası andlaşmalara ilişkin olduğundan<sup>56</sup>, Ortaklık Konseyi kararlarının bu kapsamda değerlendirilmesinin mümkün olup olamayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Ortaklık Konseyi kararlarının uluslararası ve iç hukuktaki yeri tam olarak açıklığa kavuşturulmuş değildir. Bilindiği üzere, Ortaklık Konseyi kararlarının hukuki niteliği konusunda görüş

*53 Eğer genel hukuk ilkeleri uluslararası hukuk ile ulusal hukuklara ortak ise, bu durumda bir aktarma işlemi gerekmecektir. Uluslararası hukukun genel ilkelerinden kastedilen sırf uluslararası hukuka özgü olan genel hukuk ilkeleridir.*

*54 Gerçekten de, AB üye devlet vatandaşı olan profesyonel futbolcuların sınırsız bir şekilde Türk takımlarında oynaması, Türkiye'de ekonomik bir kriz yaratabilecek boyutta olmasa da, futbol işgücü piyasasında yaşam standardı veya istihdam düzeyini ciddi şekilde tehlikeye düşürebilecek rahatsızlıklarla karşılaşılmasına veya böyle bir tehlike durumunun çıkmasına sebep olabilecek niteliktedir. Özellikle yeni Türk oyuncuların yetişmesini ve takımlarda oynamasını tkayıcı bir etki gösterebilir. Böyle bir durumda Türkiye, kazanılmış haklara saygı göstermek koşuluyla, 1/80 sayılı OKK'nın 6 ve 7. maddelerinin uygulanmasından kaçınılmelidir. Ancak bu durum, somut olayın koşullarıyla doğrudan bağlantılı olup, gerekçelendirme zorunluluğu altında bulunmaktadır. Ayrıca bu türden yapılan her geçici kısıtlamanın ölçülü olması ve zamanında Ortaklık Konseyine bildirilmesi gerekir.*

*55 Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Başlar, Kemal (2004), "Uluslararası Anlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi", 279 vd.*

*56 Buna karşılık Anayasa, uluslararası kurumların kararlarına ilişkin olarak bir düzenleme getirmemektedir.*

birliği yoktur<sup>57</sup>. Bu noktada savunulan genel görüş, Ortaklık Konseyi kararlarının kendine özgü organ tasarrufları olduğu yönündedir<sup>58</sup>. Fakat Ortaklık Konseyi kararlarının “uygulama anlaşması” olarak değerlendirilmesi de mümkün görünmektedir. Gerçekten de Ortaklık Konseyi kararları, Türkiye - Avrupa Topluluğu Ortaklık Anlaşması ve Katma Protokol’ün uygulamaya konulması amacıyla kabul edilmektedir. Bu yaklaşım, Türkiye - Avrupa Topluluğu Ortaklığı’nın tüzel kişiliğinin bulunmadığının kabul edilmesi halinde daha da güçlenmektedir. Çünkü bu durumda, en azından teorik olarak Ortaklık Konseyi’nin akit tarafların bir araya geldikleri bir “kurul” teşkil ettiği, burada görüşülüp kabul edilen kararların aslında akit tarafların “kendi iradesini” oluşturduğu ve dolayısıyla akit tarafların ortak işlemi olduğu kabul edilebilecektir. Buradan hareket edildiğinde, Ortaklık Konseyi kararları nitelikleri gereği basit usulde imzalanan anlaşmalar olarak değerlendirilmesi mümkün olacaktır<sup>59</sup>. Kaldı ki Anayasamız, milletlerarası andlaşma kavramından ne anlaşılması gerektiğini açık bırakmaktadır<sup>60</sup>. Öğretide, Anayasa’nın 90. maddesinde yer alan “kanun” kavramının maddi anlamda yorumlanarak kapsamının genişletildiği görülmektedir<sup>61</sup>. Keza Anayasa Mahkemesi de “kanun” kavramını geniş yorumlamıştır<sup>62</sup>. Buradan hareketle, benzer bir kapsam genişletilmesinin “milletlerarası andlaşma” kavramı bakımından da yapılabilmesi gerekir. Dolayısıyla milletlerarası andlaşma”

kavramının amaca uygun şekilde geniş yorumlanmak suretiyle 1/80 sayılı OKK’nın Anayasa’nın 90. maddesi üzerinden iç hukukumuza dahil edilmesine engel bir durum bulunmamaktadır. Bu bağlamda, Ortaklık Konseyi kararlarının iç hukukumuza dahil edilmesine ilişkin olarak uluslararası hukuk ve ulusal hukuk bakımından bir zorunluluğun bulunmadığı da belirtilmelidir.

1/80 sayılı OKK, açıklanan bu imkâna rağmen, henüz Anayasa’nın 90. maddesi anlamında iç hukukumuza dahil edilmemiştir. Bu nedenle, şu an itibarıyla iç hukukumuzda geçerli olup doğrudan uygulanabilirliği bulunmamaktadır. Dolayısıyla ilgili

<sup>57</sup> Ayrıntılı açıklamalar için bkz. *Can, Hacı/Özen, Çınar* (2005), 76 vd., 292 vd., 347 vd.

<sup>58</sup> Bkz. *Can, Hacı/Özen, Çınar, a.g.e.*, 87; *Alp, Mustafa* (2004), “Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun”, 49, oradaki dipnot 33. *Kemal Başlar, Ortaklık Konseyi kararlarını teknik adı andlaşma olmayan ancak uluslar arası yükümlülük doğuran belgeler olarak görmektedir. Bkz. Başlar, Kemal, a.g.e.*, 333.

<sup>59</sup> *Krş. Başlar, Kemal, a.g.e.*, 300, dipnot 59.

<sup>60</sup> İç hukukumuzda, milletlerarası andlaşmanın tanımını yapan bir düzenleme mevcut değildir. Milletlerarası andlaşmalar, öğretide, uluslararası hukukun kendilerine bu alanda yetki tanıdığı kişiler arasında, uluslararası hukuka uygun bir biçimde, hak ve yükümlülükler doğuran, bunları değiştiren ya da sona erdiren yazılı irade uyumuşması olarak tanımlanmaktadır. Bkz. *Pazarıcı, Hüseyin* (2003), 41. Bu tanım yargı uygulamasında da benimsenmiştir. Bkz. *Danıştay Birinci Dairesi, 1.5.1991 tarih ve E. 1991/53, K. 1991/61 sayılı istişari karar.*

<sup>61</sup> *Kemal Başlar, Anayasa’nın kanun terimine oldukça fazla yer vermesi nedeniyle Anayasa’nın legalist (kanuncu) anayasa olarak kabul edilebilirse de, kanun kavramının geniş şekilde yorumlanması gerektiği düşüncesindedir. Bkz. Başlar, Kemal* (2004), 322-323.

<sup>62</sup> Bkz. *Anayasa Mahkemesi, E. 1965/16, K. 1965/41, AMKD, 3, 174; E. 1966/4, K. 1966/25, AMKD, Cilt: 6, s. 168.*

AB vatandaşı futbolcular, Anayasa'nın 90. maddesini gerekçe göstererek 1/80 sayılı OKK'da düzenlenen haklara dayanamazlar.

1/80 sayılı OKK Anayasa'nın 90. maddesi üzerinden iç hukukumuzda dahil edilmiş olsaydı, o zaman Anayasa'nın 90. maddesi bakımından özellikle şu konuların açıklığa kavuşturulması gerekecekti:

- 1/80 sayılı OKK'nın 10. maddesinin iç hukukumuzdaki hukuki değeri ve
- 1/80 sayılı OKK'nın 10. maddesine aykırı olan bir ulusal hukuk kuralına uygulanması gereken yaptırım.

Çalışma konusunu aşmamak amacıyla bu konular başka bir çalışmaya bırakılmaktadır.

### c. Anayasa'nın 2. Maddesi Açısından İnceleme

Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen Türkiye Cumhuriyeti'nin temel nitelikleri arasında yer alan iki ilke konumuz açısından önem taşımaktadır. Bunlardan biri, insan haklarına saygılı olma; diğeri ise hukuk devletidir. Şimdi bu ilkelere daha yakından bakacak olursak şunları söyleyebiliriz.

#### 1) İnsan Haklarına Saygılı Olma

Öğretide savunulan bir görüşe göre, Anayasa'nın açık düzenlemesiyle çatışmayan, ancak insan haklarına ilişkin bildiri ya da sözleşmelere aykırı her ulusal kural, aynı zamanda dolaylı şekilde de olsa, Anayasa'ya da aykırı düşer<sup>63</sup>. Çünkü Anayasa'nın 2. maddesi "insan haklarına saygılı" olmayı "cumhuriyetin temel nitelikleri" arasında saymıştır. Ancak bu görüş, kendisini kabul ettirmiş değildir. Zira "insan haklarına saygılı" olma koşulu, sadece iç düzenlemeler

açısından değil, insan hakları sözleşmeleri açısından da geçerlidir. Bu yüzden insan hakları sözleşmeleri, "bağımsız ölçü norm" olarak değil, olsa olsa yalnızca "destek ölçü normları" olarak ele alınabilirler<sup>64</sup>. Anayasa

<sup>63</sup> Soysal, Mümtaz (1986), 16.; Çelik, Edip (1988), 50-51.; Yüzbaşıoğlu, Necmi (1993), *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, 28-29, 54, 57-61; Gölcüklü, Feyyaz./Gözübüyük, A. Şeref (1996), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 20; Akıllıoğlu, Tekin (1991), "Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukuktaki Yeri ve Değeri", 41-42.

<sup>64</sup> Kemal Gözler, "bağımsız ölçü norm - destek ölçü norm" ayrımı isabetsiz bulmaktadır. "Destek ölçü norm" kavramının uluslararası hukuk normlarını ve hukukun genel ilkelerini anayasallık bloğuna dolaylı bir şekilde de olsa katmayı arzulayan öğretiden uydurulmuş bir kavram olduğu eleştirisini yapmaktadır. Gözler, uluslararası hukuk normlarının ve hukukun genel ilkelerinin anayasallık bloğuna dahil olduğunu kanıtlamak için Anayasa Mahkemesinin bir kanunu, bu normlar ve ilkelere dayanarak iptal ettiğinin gösterilmesinin gerektiğini, bunu gösteremeyen öğretinin Anayasa Mahkemesi kararlarının obiter dictum'larını "destek ölçü norm" olarak takdim edip, bunları anayasallık bloğuna ithal etmeye çalıştığını ifade etmektedir. Görüşüne göre, Anayasa Mahkemesi bir kanunu iptal ederken, belirli bir norma ya dayanır, ya dayanmaz; dayanıyorsa o norm ölçü normdur; dayanmıyorsa, ölçü norm değildir. Bunların arasında üçüncü bir ihtimal yoktur. Anayasa Mahkemesinin bir kanunu iptal ederken dayandığı norm, "bağımsız-destek" ayrımı olmaksızın ölçü normdur. Anayasa Mahkemesinin bir kanunu iptal ederken dayanmadığı norm ise, "destek" olarak nitelense bile "ölçü norm" olamaz. Kısacası bir ölçü norm varsa, zaten bu ölçü norm "bağımsız" ölçü normdur. Ama eğer böyle bir ölçü norm yoksa, böyle bir norm, bir şeye "destek" bile olamaz. Yok olan bir şeye "destek ölçü norm" da denemez. O halde, Anayasa Mahkemesinin bir kanunu iptal ederken dayandığı anayasa normlarından her biri, "bağımsız-destek" ayrımı olmaksızın tout court ölçü normdur. Eğer Anayasa Mahkemesi bir kanunun iptal ederken o norma dayanmamışsa, o norm, "destek" sıfatıyla desteklene bile hiçbir şekilde ölçü norm değildir. Dolayısıyla anayasallık bloğuna dahil değildir. Mahkeme kararının hukuki dayanağı o kararın ratio decidendi'sini oluşturur. Buna karşılık, kararın dayanağını teşkil etmeyen, ama yine de kararda geçen argümanlar da olabilir. Bunlara obiter dictum denir. Bunlar bağlayıcı değildir. Bunlar kararda geçmeselerdi bile, kararın sonucu değişmezdi. Obiter dictum'lar ölçü norm olamazlar. Ölçü norm ve anayasallık bloğu kavramları Anayasa Mahkemesi kararlarının ratio decidendi'si ile alakalıdır. Eğer Türk anayasa hukuku doktrini "destek ölçü norm" tabiri ile Anayasa Mahkemesi kararlarında kullanılan kararın dayanağını teşkil etmeyen argümanları kastediyorsa, buna "destek ölçü norm" ismini vermekten vazgeçmeli, bunun hukuk biliminde bilinen ismi olan obiter dictum tabirini kullanmalıdır. Obiter dictum tabirinin kullanılması karışıklığa da meydan vermez. Zira, mahiyeti gereği, obiter dictum'ların anayasallık bloğuna dahil olduğunu kimse iddia etmeyecektir. Bkz. Gözler, Kemal (2000), "Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?", erişim: [www.anayasa.gen.tr/blok.htm](http://www.anayasa.gen.tr/blok.htm).



Mahkemesi'nin yaklaşımı da bu yöndedir<sup>65</sup>. Ayrıca "İnsan haklarına saygılı olma" koşulu, hukuki bağlayıcılık açısından oldukça zayıf görünmektedir. Halbuki 1961 Anayasası, bu bakımdan "insan haklarına bağlı olma" koşulunu içererek daha katı düzenleme öngörmekteydi.

## 2) Hukuk Devleti

Türkiye Cumhuriyeti'nin temel nitelikleri arasında yer alan hukuk devleti ilkesiyle ilgili olarak, çalışma konusu bağlamında milletlerarası andlaşmanın sonradan çıkarılan bir kanun nedeniyle uygulanamaması durumunun "ahde vefa" ilkesine aykırı olacağı itirazı da yapılmaktadır. Öyle ki bu ilke, hem uluslararası hukuk hem de ulusal hukuk bakımından genel kabul görmüş bir ilke olup, hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biridir. Dolayısıyla devletin organ ve kurumlarının bu ilkeye riayet etmesi gerekir. Ancak burada belirtilmelidir ki, "ahde vefa" ilkesine aykırılık durumu, söz konusu kanun hükmünün değiştirilmesi için sağlam bir gerekçe olabilir, ama o hükmün uygulanmaması için değil. Çünkü bu ilkeye aykırılık yasama organından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla aykırılığın onun düzeyinde giderilmesi gerekir. Halbuki, kanun hükmünün normatif karakteri nedeniyle aykırılık giderilinceye kadar uygulanması zorunludur.

Eğer aykırılık giderilmezse; ilgili kanun hükmü, "hukuk devleti" ilkesine aykırılığı gerekçe gösterilerek iptali için Anayasa Mahkemesi'ne götürülebilecek midir? Bu

soruya olumlu cevap verilebilmesi durumunda; Anayasa Mahkemesi, gerekli incelemeyi yaptıktan sonra o hükmü iptal eder veya Anayasaya aykırı olmadığına karar verir. Gerçi ilgili uluslararası hukuk kuralı, maddi olayda bir aykırılık durumunun bulunup bulunmadığının belirlenmesinde dikkate alınır. Ancak kanun hükmünün iptali bu durumda doğrudan doğruya Anayasaya dayanır.

Burada tartışmaya açık olan husus ise; uluslararası hukuk kurallarının, iç hukuka aktarılmaksızın veya Anayasa'nın 15, 16 ve 42. maddelerinde yer alan anayasal hükümlere dayanılmadan yalnızca bu ilkeler üzerinden iç hukukumuzda etki gösterip göstermeyeceğidir. Yani bizatihi Anayasanın 2. maddesi bunun için bir dayanak teşkil edebilir mi? Kanımızca, bunun mümkün olması gerekir. Anayasamız, uluslararası hukuk kurallarının genel olarak değil, yalnızca öngörülen çerçevede iç hukukumuzda dikkate alınmasına olanak tanımaktadır. Gerçi söz konusu ilkelere ilgili uluslararası hukuk kurallarının da dikkate alınmasının zorunlu olduğu sonucu da çıkarılabilir. Ancak böyle bir sonuç çıkarımı, ülkemizin egemenlik yetkilerinin örtülü şekilde lağvedilmesi sonucunu doğurur ki, Anayasa'nın amir hükümlerinin ihlal edilmesine yol açar.

<sup>65</sup> Bunun için bkz. E. 77/43, K. 77/4, KT. 27.10.1977; E. 1984/14, K. 1985/7, KT. 13.06.1985; E. 1986/18, K. 1986/24 KT. 09.10.1986; E. 91/29, K. 91/22, KT. 21.5.1991. Öğretideki açıklamalar için bkz. Gözler, Anayasa yar.

#### **d. Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun ve Bu Kanun'un Uygulama Yönetmeliği Açısından İnceleme**

YÇİHK, Türkiye'nin taraf olduğu iki veya çok taraflı sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe yabancıların Türkiye'de bağımlı ya da bağımsız çalışmaya başlamadan önce izin almalarını zorunlu kılmaktadır (md. 4). Ancak Kanun, çalışma izni alma zorunluluğundan bazı istisnalar öngörmektedir. Bu bakımdan çalışma konusuyla ilgili olarak öncelikle Kanun'un 8. maddesinin (e) bendine değinilmelidir. Bu bentte, "*Avrupa Birliği üyesi ülke vatandaşları ile bunların Avrupa Birliği üyesi ülkelerin vatandaşı olmayan eş ve çocuklarına*" da istisnai, yani yasada öngörülen sürelerle tabi olmaksızın çalışma izni verilebileceği belirtilmiştir. Benzer düzenleme, Kanunun uygulama Yönetmeliği'nin<sup>66</sup> 50. maddesinin 1. fıkrasında yer almaktadır. 50. maddenin 2. fıkrasında ise bir adım daha ileri giderek, "*Avrupa Ekonomik Topluluğu - Türkiye Ortaklık Konseyinin 1/80 sayılı Kararının, bu yabancıların iş piyasasına girmeleri ile ilgili daha lehte olan 6. ve 7. maddelerinin hükümleri, söz konusu Kararın 11. maddesiyle bağlantılı olarak saklıdır.*" hükmü konulmuştur. Böylece, Anlaşmaya taraf AB üye devletlerinin vatandaşlarına istisnai çalışma izni verilmesinde 1/80 sayılı OKK'nın lehte olan ilgili hükümlerine öncelik verilmekte, bu hükümlerin dikkate alınması zorunlu hale getirilmektedir.

Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun ve bu Kanun'un Uygulama Yönetmeliği'nde, Türkiye'nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı sözleşmelerde yabancıların haklarını koruyucu düzenlemelerin saklı tutulması<sup>67</sup>, bu düzenlemelerin iç hukukumuzda Anayasa'nın egemenlik anlayışına uygun bir hukuki dayanağa sahip olmasını temin etmektedir.

1/80 sayılı OKK'ya yollama yapılması, bu Karar'ın iç hukukumuzda dikkate alınacağı ve burada güvence altına alınan hakların korunacağı anlamına gelmektedir. Dolayısıyla Türkiye'de işgücü piyasasına yasal olarak dahil olmuş bulunan Anlaşmaya taraf AB üyesi devletlerin vatandaşı işçiler ile onların birlikte ikamet eden aile bireyleri-

<sup>66</sup> Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği, RG: 29.08.2003, sayı: 25214.

<sup>67</sup> Mustafa Alp, bu düzenlemenin Kanunun uygulama Yönetmeliği'nde değil, bizatihi Kanun'un kendi içinde yer almasının daha yerinde olacağı görüşünde olup, düzenlemenin kanun yerine yönetmelikle tanınması neticesinde bazı tereddütlerin yaşanabileceğini ileri sürmektedir. Açıklamalarına göre: "Örneğin, YÇİHK Md. 14/b uyarınca, yabancıların başvurduğu iş için, 4 hafta içinde ülke içinden aynı işi yapacak vasiyetli bir isteklinin bulunması çalışma izni talebinin reddi sebebidir. 1/80 sayılı OKK'nın 6 ve 7. maddede hakları aynı Kararın 11. maddesi ve Yönetmeliğin 50. maddesi üzerinden kazanan bir AB vatandaşının çalışma izni talebini, YÇİHK md. 14/b uyarınca reddetmek, bu haklara işlerlik sağlamamak anlamına gelecektir. Gerçi YÇİHK md. 14/b'de de, bu durumdaki yabancılara da hak sağlayabilecek bir şekilde "Türk vatandaşları" yerine "ülke içinden" başvuranlar deyişi kullanılmakta, bir anlamda ülke içinde Türk vatandaşları ile aynı haklara sahip yabancıların olabileceğini kabul edilmiş görünmektedir. Fakat yine de bu konuda bir tam bir açıklık getirilmemiştir." Bkz. Alp, Mustafa (2004), 51-52.

nin 1/80 sayılı OKK'nın 6 ve 7. maddesinden doğan haklarının Türk hukukunda korunması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Bu noktada, 1/80 sayılı OKK'nın ilgili hükümlerinin Türk hukukunda hangi etkiyi kazandığı konusunda şu saptama yapılmalıdır: YÇİHK ve uygulama Yönetmeliğinde yer alan yasal dayanaklar, 1/80 sayılı OKK'yı Anayasa'nın 90. maddesi anlamında iç hukukumuzda doğrudan uygulanabilir kılmaz, yalnızca bazı hükümlerinin "ölçü norm" etkisini göstermesini sağlayabilir. Bu etkinin düzeyi ise, işin mahiyeti gereği anayasal değerde olmayıp, yalnızca kendisine gönderme yapan ulusal kuralların çerçevesinde kalır. O halde YÇİHK'da yapılan saklı tutmalar çerçevesinde böyle bir "ölçü norm" etkisi ancak kanun düzeyinde olabilir. Yönetmelik ile yaratılan bu etki ise, kanun hükümleri bakımından geçerli olmayıp, yalnızca kamu kurumlarının (tartışmalı olmakla birlikte özel hukuk kişilerinin de) eylem ve işlemlerinin denetlenmesi bakımından önem taşıyabilir. Şu da var ki, Yönetmelik hükümleri YÇİHK'ya dayandığından<sup>68</sup> ve bu Kanun'un hükümlerini somutlaştırması hasebiyle onlarla birlikte uygulanacağından, neticede ortada kanun düzeyinde bir etki doğacaktır.

Bu bağlamda belirtilmesi gereken husus, AB vatandaşlarına tanınan çalışma haklarının tamamen sınırsız olmadığıdır. Çünkü, özel kanunlarda yabancıların bazı işleri görmesini yasaklayan hükümler halen mevcuttur. YÇİHK ve Yönetmeliğin, 1/80 sayılı

lı OKK'dan doğan hakları saklı tutan hükümden bu yasaklar etkilenmediğinden, Anlaşmaya taraf AB üyesi devletlerin vatandaşlarının çalışma haklarının korunması ancak yasaklanmayan meslekler açısından geçerli olabilecektir<sup>69</sup>.

Burada diğer bir sorun ortaya çıkmaktadır. Çünkü YÇİHK ve bu Kanun'un Uygulama Yönetmeliği, 1/80 sayılı OKK'nın hükümlerini hak sahibi kişiler için yalnızca çalışma izinlerinin uzatılması bakımından saklı tutmaktadır. O halde, 1/80 sayılı OKK, ancak bu çerçevede iç hukukumuzda etki gösterebilir. Bu nedenle, YÇİHK ile bu Kanun'un Uygulama Yönetmeliği'nin ilgili hükümlerinin TFF'nin işlemlerine uygulanmasının mümkün olmadığı itirazı yapılabilir. Gerçekten de, TFF'nin futbolun düzenlenmesine yönelik işlemlerinin çalışma izinlerinin verilmesiyle doğrudan bir ilgisi yoktur. Bu yüzden 6 + 2 kuralının, 1/80 sayılı OKK'nın 10. maddesine aykırı olsa dahi, iç hukukumuzda yaptırıma maruz kalması mümkün değildir.

Bununla birlikte, 1/80 sayılı OKK'nın 6. veya 7. maddesindeki hakların kazanılması durumunda, ayrımcılık yasağının dikkate alınması zorunlu hale gelir. Aksi halde, garanti edilen bu hakların gereği gibi kullanılması mümkün değildir. Soyut bir şekilde

<sup>68</sup> 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun 22. maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.

<sup>69</sup> Krş. Alp, Mustafa (2004), 52.

çalışma izninin verilmesi bu hakların kullanılmasında için yeterli olmayabilir. Böyle bir durum, ilgili Kanun ve Yönetmelik hükümlerinin boşa çıkması anlamına gelir<sup>70</sup>. Bu nedenle, 1/80 sayılı OKK'nın 10. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağının, bu Karar'ın 6. veya 7. maddesinden haklar kazanıldığı çerçevede iç hukukumuzda dikkate alınmasının zorunlu olduğu kabul edilmelidir.

Nihayet burada "karşılıklılık ilkesi"<sup>71</sup>ne uyulmadığı itirazının yapılması da mümkün görünmemektedir<sup>72</sup>. Çünkü YÇİHK'nın 2. maddesinin 3. fıkrasında, karşılıklılık ilkesinin, uluslararası hukuk ve Avrupa Birliği hukuku esasları dikkate alınarak çalışma izninden muaf tutulan yabancılar dışında kalan çalışanları kapsadığı açıkça hükme bağlanmıştır. Kaldı ki, 1/80 sayılı OKK bakımından karşılıklılık koşulunun Avrupa Topluluğu tarafında hukuki ve fiili olarak yerine getirilmiş olduğu görülmektedir. Gerçekten de 1/80 sayılı OKK'nın Avrupa Topluluğu tarafında uygulanması, ATAD tarafından verilmiş olan çok sayıda kararlarla genel ölçüde sağlanmıştır. O halde, Türkiye'nin kabul ettiği ve Topluluk tarafının gereklerini yerine getirmiş olduğu 1/80 sayılı OKK'dan doğan yükümlülükler uygun düzenlemeler yapılmasında yadırganacak ve itiraz edilebilecek bir husus yoktur. Uluslararası hukukun karşılıklılık ilkesi de bu yönde bir düzenlemenin yapılmasını haklı kılmaktadır<sup>73</sup>.

## **D. İç Hukukumuz Açısından Ayrımcılık Yasağının İhlalinden Doğan Sorumluluk**

### **1. TFF'nin Sorumluluğu**

TFF, 1/80 sayılı OKK'nın 10. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen ayrımcılık yasağının ihlalinden gerçekten sorumlu tutulabilir mi? Yani, bu yasaktan TFF için somut bir yükümlülüğün çıkması mümkün mü? Eğer TFF kamu tüzel kişisi olarak görülebilirse<sup>74</sup>, bir kamu kuruluşu olarak doğrudan ayrımcılık yasağıyla bağlı olacaktır. Dolayısıyla burada bir sorun söz konusu olmayacaktır. Ancak asıl sorun, TFF'nin özel hukuk tüzel kişisi olarak ele alınması duru-

<sup>70</sup> Bununla birlikte, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 10. maddesinde öngörülen ücret ve diğer çalışma koşullarında ayrımcılık yasağının Türk hukukunda dikkate alınma zorunluluğunun bulunduğu görüşü de savunulabilir niteliktedir. Çünkü 1/80 sayılı OKK'nın 6 ve 7. maddelerinde güvence altına alınan çalışma haklarının, ayrımcılık yasağı olmadan etkin bir şekilde kullanılması mümkün değildir. Dolayısıyla somut bir şekilde çalışma izninin verilmesi yeterli değildir. Ücret ve diğer çalışma koşulları bakımından yapılan ayrımcılıkların önlenmemesi halinde, çalışma hakkının fiilen kullanılmasında durumu doğabilir.

<sup>71</sup> Karşılıklılık ilkesi yabancılar hukukunun temel ilkelerinden biridir. Sadece kağıt üzerinde değil, ayrıca fiilen de yerine getirilmesi gereklidir.

<sup>72</sup> Krş. Aktaş, Ebru (2005), 90 - 91.

<sup>73</sup> Alp, Mustafa. (2004), 51.

<sup>74</sup> Spor dalları federasyonlarının kamu kuruluşu olup olmadığı tartışmalıdır. Federasyonlar, her ne kadar özel hukuk hükümlerine tabi olsa da, özerk (merkezi idareden bağımsız) bir kurumdur ve tüm kulüp ve sporcular üzerinde tasarrufta bulunma yetkisine sahiptirler. Bu özellikler, onların kamu kuruluşu vasıflarına işaret etmektedir. TFF'nin hukuki statüsü hakkında yapılan tartışmalar ve açıklamalar için bkz. Özelci, M. Aytaç (2007): Türk Spor Yönetiminde Kendine Özgü Bir Yapılanma Olarak TFF , 67 vd.

munda ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, ayrımcılık yasağının maddenin lafzına göre sadece devlete (kamu kurum ve kuruluşlarına) yöneldiği, TFF'nın özel hukuk hükümlerine tabi özerk bir kuruluş olması nedeniyle kamu kuruluşu olmadığı ve bu nedenle ayrımcılık yasağının muhatabı olamayacağı itirazı yapılabilecektir. Ancak böyle bir itirazın maddi olay açısından etkisinin olacağı söylenemez. Çünkü işçinin iş ilişkisinden doğan hakları egemen durumda bulunan kişi ve kurumların davranışlarıyla da zedelenebilmektedir. O halde ayrımcılık yasağı, tarafların iç hukukunda geçerli olup uygulanabildiği ölçüde, egemen konumda bulunan kişi ve kurumlar karşısında da etki (üçüncü kişilere etki) göstermelidir. Aksi halde, bu tür kişi ve kurumlardan gelen saldırılara göz yumulmuş olacağından, iç hukukta da normatif geçerliliği ve uygulanma kabiliyeti bulunan bir kuralın sağladığı güvencenin içinin boşalmasına zemin hazırlanmış olur ki; bu durumun normun içerdiği güvencenin amacıyla bağdaşması mümkün değildir. Bu nedenle, eşit muamele kuralının üçüncü kişiler bakımından (yatay) bir etki gösterdiği kabul edilmelidir<sup>75</sup>. Ancak bunun için, 1/80 sayılı OKK'nın iç hukukumuzda normatif bir geçerliliğe sahip olması ön şarttır. Yukarıda da izah edildiği üzere, böyle bir normatif geçerlilik durumu ("ölçü norm" düzeyinde de olsa) söz konusudur.

TFF'nın, burada kendi kuruluş Kanunu'na dayanması da mümkün değildir.

YÇİHK, yabancıların çalışma izinleri bakımından TFF'nın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'dan daha özel kanun niteliğinde olup, öncelikle uygulanması gerekmektedir. Ayrıca YÇİHK'da yapılan değişiklikler daha yeni tarihlidir. Dolayısıyla TFF, görevlerini yerine getirirken Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunu da dikkate almak zorundadır.

## 2. Devletin Sorumluluğu

Maddi ihlal, devletin kendisinden değil, TFF'nın bir işleminden kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda ortaya çıkan sorun ise, bir kanun hükmüne dayandırılarak yapılan bir Federasyon işleminin Türkiye'nin uluslararası yükümlülüklerine aykırı olmasının iç hukukumuzda Futbol Federasyonu'nun yanında devletin de sorumluluğuna yol açıp açamayacağı hususundan kaynaklanmaktadır. Bu sorun, yukarıda da izah edildiği üzere, yalnızca TFF'nın kamu kuruluşu olarak görülememesi durumunda söz konusu olmaktadır. Burada, Federasyon kararının dayandığı kanun hükmü açısından bir değerlendirmenin yapılması gerekli görünmektedir. Maddi olayda, 1/80 sayılı OKK ve TFF Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun arasında açık bir norm çatışmasının olduğu söylenemez. Gerçekten de TFF'nın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'da,

<sup>75</sup> Avrupa Toplulukları Adalet Divanının görüşüne göre ayrımcılık yasağı, devletin (kamu kurumlarının) ötesinde düzenleme ve emir verme yetkisi bulunan federasyon ve işverenlere karşı da doğrudan bir etki göstermektedir. Bunun için bkz. Can, Hacı (2008), 187 vd.

TFF'ya yetki değil, daha ziyade görev verilmiş<sup>76</sup> ve bu görev tanımı da oldukça muğlak bir şekilde yapılmıştır. Ne var ki TFF, bu görevine istinaden, yabancı statüde oynayan profesyonel futbolcuların sayısını düzenleme yetkisini üzerine almış<sup>77</sup> ve yabancı statüsünde oyuncu sayısını son olarak 2009 - 2010 futbol sezonu için 6 + 2 olarak belirlemiştir. Kanun, TFF'ya böyle kısıtlayıcı işlemleri yapmasına cevaz verdiğinden, 1/80 sayılı OKK'nın 10. maddesine aykırılığa zemin hazırlamakta ve bu nedenle Anayasa'nın 16. maddesinin hükmüyle bağdaşmamaktadır. O halde, kısıtlayıcı işlemlere dayanak sağlanması, Anayasa'nın 16. maddesinde getirilen güvencenin içini boşaltıcı mahiyette olup, hukuka aykırılık teşkil etmektedir.

Hatta bu ihlal, ücret ve diğer çalışma koşullarında ayrımcılık yasağından ilgililer için bir temel hak güvencesinin çıktığı kabul edilmese dahi oluşmaktadır. Çünkü 1/80 sayılı OKK, yukarıda da ifade edilmiş olduğu üzere, YÇİHK ve bu Kanun'un Uygulama Yönetmeliği'nde yapılan saklı tutmaların ve göndermelerin sonucu olarak iç hukukumuzda en azından dolaylı olarak etki ("ölçü norm" etkisi) göstermektedir.

1/80 sayılı OKK'nın ihlal edilmesi, ilgili hak sahipleri bakımından özel ve olağan-dışı zararlara neden olabilir. Bu zararların bireylerin kamu külfetleri önünde eşitliği ilkesine göre tazmini düşünülebilir. Ancak, iç hukukumuzda, bazı ülkelerde olduğu gibi, bir kanunun kabulü dolayısıyla doğan

zararların tazmini konusunda çok açık bir kabul mevcut değildir. Esasen, idari yargı yerlerinin tazminat davaları ile ilgili görevleri, idarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararların tazmini isteklerini konu edinen idari davalarla sınırlıdır. Bu nedenle, kanun koyucunun sorumluluğunun idari yargı yerlerinde ileri sürülmesi de mümkün değildir. Bundan dolayı, böyle bir sorumluluk için açılan dava incelenmeksizin reddedilir<sup>78</sup>.

Öte yandan, her ne kadar iç hukukumuzun bugünkü durumuna göre devleti kanunlar nedeniyle doğan zararlardan sorumlu

*76 Kanunun 2. maddesine göre:*

*"a) Futbol faaliyetlerini yürütmek, futbolun gelişmesini ve yurt sathına yayılmasını sağlamak, bu konularda her türlü düzenlemeyi yapmak, kararlar almak ve uygulamak,*

*b) Milli ve milletlerarası kuralların ve her türlü talimatın uygulanmasını sağlamak ve Türkiye'yi futbol ile ilgili konularda yurt dışında temsil etmek,*

*c) Yurt içi ve yurt dışı futbol faaliyetleri ile milli müsabakalar için plan, program ve benzeri her türlü düzenlemeyi yapmak ve başarılı sonuç sağlanması için gerekli tedbirleri almak."*

*77 3813 Sayılı TFF Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ve Ana Statü'nün verdiği yetkiye dayanılarak hazırlanan TFF Futbol Müsabaka Talimatının (Eylül 2008) 36. maddesinde, futbol müsabakalarında, takımlarda yabancı uyruklu futbolcu oynamasına Federasyonca izin verilebilir. Her müsabakada takımlarda yer alacak amatör veya profesyonel yabancı uyruklu futbolcu sayısı sezon başında Federasyonca belirlenir ve ilan edilir.*

*Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatının (Haziran 2008) 8. maddesinde, yabancı uyruklu profesyonel futbolcuların hangi şartlarda ve hangi liglerde oynayacağı TFF belirler. TFF, bu belirlemeyle birlikte her bir kulübün oynatabileceği yabancı uyruklu futbolcu sayısını da birinci transfer ve tescil döneminden önce ilan eder.*

*78 Çırakman et al (1998): Uluslararası Hukukun İdari Yargı Tarafından Uygulanışı, 15.*

tutmak mümkün olmasa da, hizmet kusuru nedeniyle devlete yine de bir sorumluluk isnat edilebilir. Zira 1/80 sayılı OKK'ya aykırılık durumlarının oluşmasını engellemek için yetkili devlet kurumları tarafından TFF üzerinde gerekli denetimlerin yapılması gerekirken yapılmamıştır. Ancak böyle bir sorumluluk uygulaması şimdiye kadar yapılmış değildir.

### 3. Türk Futbol Kulüplerinin Uğrayacakları Zarardan Dolayı Sorumluluk

Anlaşmaya taraf AB üyesi devletlerin vatandaşları olan profesyonel futbolcuların yanı sıra Türk futbol kulüplerinin de 1/80 sayılı OKK'nın 10. maddesinin 1. fıkrasına dayanmaları mümkün müdür? İlk başta, 1/80 sayılı OKK'nın uygulanma alanına giren futbolcuları istihdam eden Türk futbol kulüplerinin de 6 + 2 kuralına karşı çıkabilmesi gerektiği düşünülebilir. Çünkü bu tür kısıtlayıcı işlemlerden kendileri de doğrudan etkilenmekte ve hatta zarar görebilmektedirler. Öyle ki para verilip transfer edilen bir yabancı futbolcudan gerektiği gibi faydalanılmama durumu ortaya çıkabilecektir.

Kanımızca, 1/80 sayılı OKK'nın 10. maddesinin 1. fıkrası, 6 + 2 kuralıyla getirilen kısıtlamanın Türk futbol kulüpleri için bertaraf edilmesine dayanak teşkil edemez. Çünkü Karar'ın 10. maddesi sadece koruma kapsamına giren AB vatandaşı futbolculara ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır. Konumuz bakımından daha da somutlaştıracak olursa, bu maddenin kapsamına giren ve oynadığı maç başına ücret alan bir AB

vatandaşı futbolcunun 6 + 2 kuralı nedeniyle takımda yerini alamaması durumlarına karşı güvence oluşturulmaktadır.

Hak sahibi futbolcuya tanınan bu güvenenin aynı zamanda o futbolcuyu istihdam eden kulübüne de tanınması, 1/80 sayılı OKK'nın 10. maddesinin amacının aşılmasına yol açar. Gerçekten de 10. maddede öngörülen yasak, somut bir ayrımcılık durumunu aramaktadır. Halbuki 6 + 2 kuralı genel bir düzenleme mahiyetinde olup, bu haliyle kendiliğinden ayrımcılık durumlarına yol açmamaktadır. Dolayısıyla 1/80 sayılı OKK'nın 10. maddesinin 6 + 2 kuralını tümüyle devre dışı bırakması söz konusu değildir.

Bu nedenle Türk Futbol kulüpleri, yabancı oyuncu kullanma haklarını 6 + 2 kuralı çerçevesinde kullanmak zorundadırlar. Fakat burada şöyle bir sorun ortaya çıkmaktadır. Eğer yabancı oyuncuların büyük çoğunluğu veya hemen hepsi Anlaşmaya taraf AB üye devletlerinin vatandaşı olan yabancı futbolcularsa ve 6 + 2 kuralının uygulanması nedeniyle bu futbolcuların birinin veya birkaçının oynatılmaması durumu ortaya çıkarsa, bu futbolcuların işvereni konumunda bulunan Türk futbol kulüplerinin bu yüzden oluşan zararlarından<sup>79</sup> TFF

<sup>79</sup> Futbol kulüplerinin zarar görmeleri, oynadığı maç başına ücret alan bir futbolcunun oyunun gidişatı nedeniyle takımda yerini alması gerekirken 6 + 2 kuralı nedeniyle takımda yerini alamamasına rağmen sözleşme gereği bu durumda oynatılmamasının zorunlu olduğu için maç ücretinin ödenmek zorunda kalınmasında da söz konusu olabilir.

veya devlet sorumlu tutulabilecek midir? Böyle bir durumda TFF'nın ileri sürebileceği haklı nedenler elbette olacaktır. Çünkü Türk futbolcuların yetişmesi bakımından korunması gereken bir kamu menfaati söz konusudur. 6 + 2 kuralının Türk futbolcuların yetişmesini sağlamak amacıyla getirildiği açıktır. Bunda bir kuşku yoktur. Hukukta aslanan korunması gereken menfaatin korunması, çatışan menfaatlerin ise dengelenmesidir. İster kamu menfaatinin korunması açısından, isterse çatışan menfaatlerin dengelenmesi açısından olaya bakılsın, 6 + 2 kuralıyla son derece adil bir çözüm getirilmiştir. Dolayısıyla, 1/80 sayılı OKK 10. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen ayrımcılık yasağının, Türk futbol kulüpleri için 6 + 2 kuralıyla getirilen kısıtlamanın tümüyle bertaraf edilmesine dayanak sağlamaması gerekir. Aksi durum, dürüstlük kuralıyla da bağdaşmaz. O halde kulüpler, yabancı oyuncu kullanma haklarını bu çerçevede kullanmaya dikkat etmek zorundadırlar.

### **Sonuç**

Profesyonel futbolcular, başkalarının (kulüplerin) emir ve talimatlarına göre hizmetlerini sunmaları hasebiyle işçi statüsünde bulunurlar. Bu nedenle, 1/80 sayılı OKK'da güvence altına alınan haklardan yararlanırlar. Bu hakların ihlal edilmesi ihlal eden tarafın uluslararası hukuk açısından sorumluluğunu doğurur.

Bununla birlikte, TFF tarafından getirilen kısıtlamanın (6 + 2 kuralının) 1/80 sayılı OKK'nın 10. maddesinde düzenlenen ay-


rımcılık yasağının genel bir ihlal durumunu yaratmaz. Dolayısıyla ihlal durumunun olup olmadığı, her münferit olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

1/80 sayılı OKK'da yer alan haklar, Avrupa Topluluğu hukukunda olduğu gibi iç hukukumuzda da belirli bir ölçüde güvence altına alınmıştır. Zira Karar'ın ilgili hükümleri iç hukukumuzda "ölçü norm" etkisini göstermekte ve bu çerçevede bağlayıcılık kazanmaktadır. Bu etki, her halükarda YÇİHK ve bu Kanun'un uygulama Yönetmeliği'nde yapılan yollamalarla sağlanmıştır. Hatta, Anayasa'nın 16. maddesi çerçevesinde de bir etkinin söz konusu olabileceğini ileri sürmek yanlış olmayacaktır.

1/80 sayılı OKK'nın ayrımcılık yasağı, bu çerçevede, TFF'nın, Türk futbol takımlarındaki yabancı oyuncu sayısını sınırlandıran 6+2 kuralının hak sahibi AB üye devlet vatandaşı futbolculara uygulanmasına engel teşkil eden normatif bir etki göstermektedir. Bu nedenle, Güiza, Ernst, Linderoth, Ferrari ve Fink gibi Avrupa Birliği vatandaşı futbolcuların, haklarının korunması çerçevesinde "yabancı oyuncu statüsü"ne tabi tutulmaları mümkün değildir. O halde, TFF Tahkim Kurulu'nun, 2004 tarihli bir kararıyla, Beşiktaşlı İtalyan oyuncu Giuntini'nin Anlaşmaya taraf Avrupa Birliği üye devleti vatandaşı futbolcu olması nedeniyle yabancı statüsünde oynamayı kabul etmeyerek Federasyon'a yapmış olduğu başvuruyu reddetmiş olması hukuka aykırıdır.



TFF, bu maddenin kapsamına giren AB vatandaşı futbolcuların hak mahrumiyeti yüzünden oluşabilecek zararlarından bizzat sorumludur. Ayrıca devletin sorumluluğu da söz konusu olabilir.

Hak sahibi AB vatandaşı futbolcuların aksine futbol kulüplerinin 1/80 sayılı OKK'nın ayrımcılık yasağına dayanmaları, mevcut yasal düzenlemelerin karşısında mümkün görünmemektedir. 

## KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu, T. (1991). Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukuktaki Yeri ve Değeri. Tarık Z. Tunaya Armağan. *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*. I/2-3, 41-62
- Aktaş, E. (2005). Yabancıların Türkiye’de Çalışma Hakları. *Kazancı Dergisi*. 10, 90-102
- Alp, M. (2004). Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 53/2, 33-59
- Azık, E. (2006). 4 Mayıs 1999 Tarih ve C-262/96 sayılı Sema Sürül - Federal Çalışma Kurumu Kararının Çevirisi, Can, H. (der.). *Türkiye – Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukukunda Kişilerin Serbest Dolaşımı*. 1. Basım. İzmir: TOBB. 222-244
- Başlar, K. (2004). Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* (Prof. Dr. Sevin Toluner’e Armağan). 24/1-2, 280-363
- Can, H. (2006). *Türkiye Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukukunda Kişilerin Serbest Dolaşımı*. 1. Basım. İzmir: TOBB
- Can, H. (2008). *Avrupa Birliği İç Pazar Hukuku*. 1. Basım. Ankara: Adalet Yayınevi
- Can, H./Azık, E. (2006). 8 Mayıs 2003 Tarih ve C-171/01 sayılı Waehlergruppe Ge-meinsam Zejedno/Birlikte Alternative und Grüne Gewerkschafterinnen - UG Kararının Çevirisi, Can, H. (der.). *Türkiye - Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukukunda Kişilerin Serbest Dolaşımı*. 1. Basım. İzmir: TOBB. 327-346
- Can, H., Özen, Ç. (2005). *Türkiye Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukuku*. 1. Basım. Ankara: Gazi Kitabevi
- Çelik, E. (1988). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması. *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*. 9/1-3, 47-56
- Çiçekli, B. (2004). Yabancıların Çalışma İzinleri  
17 Temmuz 2009 tarihinde <http://www.tisk.org.tr/yayinlar.asp?sbj=ic&id=973> adresinden erişildi.
- Çırakman, E. et al. (1998). Uluslararası Hukukun İdari Yargıç Tarafından Uygulanışı. *Danıştay Dergisi*. 96, 3-16
- DPT (2000). *Türkiye - Avrupa Topluluğu Ortaklık Konseyi Kararları*. 1. Basım. Ankara: DPT
- Fendoğlu, H. (2000). Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında "Bağımsız Ölçü Norm" veya "Destek Ölçü Norm" Sorunu. *Anayasa Yargısı Dergisi*. 17, 363 - 384

- Gölcüklü, F., Gözübüyük A. Ş. (1996). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*. 2. Basım. Ankara: Turhan Kitabevi
- Gözler, K. (2000). İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstütlüğü Sorunu. *Türkiye’de İnsan Hakları*. Ankara: TODAİE, 25-46
- 07 Temmuz 2009 tarihinde [www.anayasa.gen.tr/insan.htm](http://www.anayasa.gen.tr/insan.htm) adresinden erişildi.
- Gözler, K. (2000). Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?. *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*. 55/3, 81-103
- 07 Temmuz 2009 tarihinde [www.anayasa.gen.tr/blok.htm](http://www.anayasa.gen.tr/blok.htm) adresinden erişildi.
- Özelçi, M. A. (2007). Türk Spor Yönetiminde Kendine Özgü Bir Yapılanma Olarak TFF. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi. İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
- Kral, H. (2007). Türkiye’nin Yabancı Personel İstihdam Politikasının Değerlendirilmesi. *Bütçe Dünyası*. 24/63-74
- 14 Ağustos 2009 tarihinde <http://www.derebud.org/html/dergi/24/halisk.pdf> adresinden erişildi.
- Narmanlıoğlu, Ü. (1998). *İş Hukuku - Ferdi İş İlişkileri*. 1. Basım. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları. No. 91
- Pazarcı, H. (2003). *Uluslararası Hukuk*. 1. Basım. Ankara: Turhan Kitabevi
- Pazarcı, H. (2004). Türk Hukukunda Andlaşmalar ile Yasaların Çatışması. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (Prof. Dr. Sevin Toluner’e Armağan)*. 24/1-2, 651 - 674
- Soysal, M. (1986). Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler. *Anayasa Yargısı Dergisi*. 2, 5-18
- Toluner, S. (1973). *Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler*. 1. Basım. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası
- Tekinalp, G. (1999). *Yabancı Gerçek Kişilerin Antlaşmalar Açısından Türkiye’de Çalışma Şartları*. Prof. Dr. Nihal Ulucak’a Armağan. İstanbul. 353-366
- Tekinalp, G. (2003). *Türk Yabancılar Hukuku*. Yenilenmiş 8. Baskı. İstanbul: Beta Basım Yayım
- Tunç, H. (2000). Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi. *Anayasa Yargısı Dergisi*. 17, 174-192
- Yüzbaşıoğlu, N. (1993). *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*. 1. Basım. İstanbul: İÜHF Yayını. No: 703
- Yüzbaşıoğlu, N. (2004). *Mayıs 2004’te Anayasanın 90’ncı Maddesine Eklenen Hükmün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme*. Bülent Tanör’e Armağan. İstanbul. 782-818