

BİR ANTI-DOPİNG KURAL İHLALİ OLARAK BULUNABİLİRLİK KUSURLARI

WHEREABOUTS FAILURES AS AN ANTI-DOPING RULE VIOLATION

Alparslan ŞİMŞEK*

Özet: Kayıtlı doping havuzunda yer alan bir sporcunun 12 (on iki) aylık bir süre içinde ISRM’de belirtildiği şekilde toplamda 3 (üç) kez Doping Kontrolünü kaçırmaması ve/veya bildirim kusuru işlemesi eylemlerinin herhangi bir bileşimi anti-doping kural ihlali olarak tanımlanmıştır. Her sporcu, bilgileri ADAMS’a düzenli olarak girme ve güncelleme ve her gün belirlenen yerde 60 dakikalık zaman dilimi içerisinde test için hazır ve erişilebilir olma yükümlülüğü altındadır. Sporcuya uygulanan hak mahrumiyeti yaptırımının tespiti kusur etrafında dönmektedir. Kastın varlığı halinde 2 yıllık hak mahrumiyeti yaptırımı uygulanırken daha düşük seviyedeki kusur düzeyi için daha az yaptırım uygulanmaktadır. Anti-doping kural ihlalinin meydana geldiği tarihten herhangi bir geçici uzaklaştırmanın veya cezanın başlangıcına kadar elde edilen tüm sonuçların iptali gerekir.

Anahtar Kelimeler: Sporcu, Anti-doping, Bulunabilirlik Kusuru, Kusur

Abstrack: Any combination of the actions of an athlete in the registered doping pool missing a Doping Control and/or reporting failure a total of 3 (three) times as specified in the ISRM within a period of 12 (twelve) months is defined as an anti-doping rule violation. Each athlete is obliged to enter and update information regularly in ADAMS and to be available and accessible for testing within a 60-minute window at the designated location each day. The determination of the disenfranchisement sanction imposed on the athlete revolves around the fault. In case of intent, a 2-year deprivation of rights is imposed, while less sanctions are imposed for lower levels of fault. All results obtained from the date the anti-doping rule violation occurred until the beginning of any provisional suspension or suspension must be vacated.

Keywords: Athlete, Anti-doping, Whereabouts Failures, Fault

* Av., alparslansimsek@gmail.com, ORCID: 0009-0005-9769-9034, Makalenin Gönderim Tarihi: 10.07.2024, Kabul Tarihi: 27.08.2024

GİRİŞ

Doping ile mücadele etmek için müsabaka içinde sporcuların kontrol edilmesi yeterli olmamıştır. Müsabaka dışında da dopinge mücadele edilebilmesi için WADC(WADC-World Anti-Doping Code)'de bir anti doping kural ihlali olarak "Bulunabilirlik Kusurları" düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile Kayıtlı Doping Kontrol Havuzu (RTP-Registered Testing Pool) oluşturulmuştur. Sporcunun belirli dönem aralıklarında nerede bulunduğu bilgisinin alınması sağlanmış ve sporcunun bildirimde bulunduğu o gün için altmış dakikalık zaman dilimi içerisinde belirttiği yerde hazır bulunması zorunluluğu getirilmiştir. Böylece, sporcunun müsabaka dışı zamanda da kontrolü sağlanmış ve buna aykırı davranışlar yaptırma bağlanmıştır.

Dünya Anti-Doping Programının dayandığı düzenleyici belgenin başında WADC gelmektedir. WADC hükümleri, özü itibari ile zorunlu olan ve Anti-Doping Kurulu, sporcu veya diğer kişi tarafından takip edilmesi gereken düzenlemelerdir. WADC'yi imzalayan taraf, kendi düzenleyici hükümlerini WADC ile uyumlu hale getirmelidir. İkincil düzenleyici işlem ise kuralların uygulanması için gerekli teknik ayrıntıların çoğunu içeren ve kurallara uyum için zorunlu olan Uluslararası Standartlardır. Son olarak, uygulaması zorunlu olmayan fakat yol gösterici kuralları sağlayan kılavuzlardır.¹ Bulunabilirlik kusurları anti-doping kural ihlali incelenirken bu düzenlemeler esas alınacaktır.

I. BULUNABİLİRLİK KUSURLARI

WADC Kural 2.4.'te, RTP'de bulunan bir sporcunun 12 (on iki) aylık bir süre içinde Sonuçların Değerlendirilmesine İlişkin Uluslararası Standartlar'da (ISRM- International Standard of Results Management) belirtildiği şekilde toplamda 3 (üç) kez Doping Kontrolünü kaçırmaması ve/veya bildirim kusuru işlemesi eylemlerinin herhangi bir bileşimi anti-doping kural ihlali olarak tanımlanmıştır.

Bulunabilirlik kusurlarına ilişkin anti-doping kural ihlalinin oluşması için iki şart öngörülmüştür. Birinci şart, sporcunun RTP'de bulun-

¹ Arbitration CAS 2020/A/7528 Christian Coleman v. World Athletics, award of 15 April 2021; Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 WADA v. World Athletics & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021.

ması; ikinci şart ise ISRM’de belirtilen şekilde 12 aylık süre içinde üç kez doping kontrolünün kaçırılması ve/vaya bildirim kusuru işlenmesidir.

A. Kayıtlı Doping Kontrol Havuzu

Bulunabilirlik kusuruna ilişkin anti-doping kural ihlali, ancak RTP’de kayıtlı olan sporcular tarafından işlenebilir. Doping Mücadele Komisyonları tarafından RTP oluşturulmaktadır. Türkiye özelinde, TDMK (TDMK-Türkiye Doping Mücadele Komisyonu), Doping Kontrolleri ve Soruşturmalara İlişkin Uluslararası Standartlar’da belirtilen şekilde bulunabilirlik bilgisini vermesi gereken ve TDMT (TDMT-Türkiye Doping Mücadele Talimatı) madde 10.3.2’de belirtildiği şekilde TDMT madde 2.4’ün ihlalinin doğuracağı sonuçlara tâbi olacak sporcuların yer aldığı bir RTP oluşturmuştur. TDMT madde 5.5.2’ye göre, TDMK, RTP’de yer alan sporcuların isme göre bir listesini hazırlayarak Doping Mücadele Uygulama ve Yönetim Sisteminde (ADAMS- Anti-Doping Administration and Management System) yayımlar. TDMK, RTP’ye dâhil etme ölçütlerini düzenli olarak gözden geçirir ve gerekli gördüğü takdirde günceller. Ayrıca, havuzda yer alan her bir sporcunun ilgili ölçütleri karşılamaya devam ettiğinden emin olmak amacıyla RTP’deki sporcuların listesini düzenli olarak (üç aydan geç olmayacak şekilde) gözden geçirir. Sporcular, RTP’ye dâhil edilmeden önce ve söz konusu havuzdan çıkarıldıklarında bilgilendirilir. Bu bildirim, ISRM’de belirtilen bilgiyi içerir.

Sporcu birden fazla kuruluşun yetki alanına girerse, WADA Kodu madde 5.5.3 gereği (WADA- World Anti-Doping Agency), sporcunun birden fazla kuruluşa bulunabilirlik bildirimini yapması gerekmeyecektir ve bu kuruluşlar kendi aralarında mutabakat yapacaktır.

WADA Kodu madde 5.5.4 gereği, ISRM’e uyarınca, RTP’deki her sporcu her üç ayda bir bulunabilirlik bildirimini yapacak, söz konusu bilginin her zaman doğru ve eksiksiz olmasını sağlamak amacıyla bu bilgiyi gerekli oldukça güncelleyecek ve bildirimlerinde belirtmiş olduğu yerlerde doping kontrolü için hazır bulunacaktır. Sporcu, sporu bıraktığına dair yazılı bir bildirimde bulunmadıkça ya da kendisine RTP’den çıkarıldığına dair yazılı olarak bildirim yapılmadıkça, ISRM uyarınca bulunabilirlik bildirimini konusundaki gerekliliklere uymayı sürdürmekle yükümlüdür.

Neticede RTP'ye kayıtlı olan sporcular için bulunabilirlik kusurları anti-doping kural ihlali uygulanabilir ve her sporcu, bilgileri ADAMS'a düzenli olarak girme ve güncelleme ve her gün belirlenen yerde 60 dakikalık zaman dilimi içerisinde test için hazır ve erişilebilir olma yükümlülüğü altındadır.

B. On İki Aylık Dönem İçerisinde Üç Kez Doping Kontrolünün Kaçırılması ve/veya Bildirim Kusuru İşlenmesi

WADA Kodunun 2.4 maddesindeki anti-doping kural ihlalinin oluşması için on iki aylık dönem içerisinde üç kez doping kontrolünün kaçırılması ve/veya bildirim kusuru işlenmesi gerekir. "On İki Aylık Dönem" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği ise ISRM'de açıklanmıştır. ISRM madde B.1.2'ye göre, on iki aylık sürenin başlangıcı, sporcunun ilk bulunabilirlik kusurunun gerçekleştirdiği tarihtir. Süre bu tarihte işlemeye başlar. Takip eden on iki aylık süre içinde iki bulunabilirlik kusuru meydana gelirse, o on iki aylık süre içinde sporcudan başarılı bir şekilde alınan numunelere bakılmaksızın, madde 2.4'deki anti-doping kural ihlali işlenmiş olur. Ancak, bir bulunabilirlik kusuru işleyen sporcu on iki aylık süre içinde iki bulunabilirlik kusuru daha işlemezse, bu on iki aylık sürenin sonunda, ilk bulunabilirlik kusuru süresi dolar. Madde 2.4'ün amaçları doğrultusunda ve yeni bir on iki aylık süre, bir sonraki bulunabilirlik kusuru tarihinden itibaren işlemeye başlar.

Bu düzenlemede sorun oluşturabilecek tek husus aynı fiilin iki defa yaptırıma tabi tutulması riskidir. Örneğin, sporcu 01.01.2021, 01.09.2021, 01.03.2022, 01.08.2022 tarihlerinde bulunabilirlik kusuru işlemiş olduğunu kabul edelim. 01.01.2021 tarihinde gerçekleştirmiş olduğu bulunabilirlik kusuru ile on iki aylık süre başlamıştır. ISRM madde B.1.2'ye göre devam eden on iki aylık süre içerisinde iki bulunabilirlik kusuru daha işlerse anti-doping kural ihlali oluşmuş olacaktır. Diğer bulunabilirlik kusuru 01.09.2021 tarihidir ve bu bulunabilirlik kusurundan sonra on iki aylık sürenin bitim tarihi olan 31.12.2021 tarihine kadar başka bir bulunabilirlik kusuru yoktur. Dolayısı ile anti-doping kural ihlali oluşmamıştır. 01.09.2021 tarihi ilk bulunabilirlik kusuru olarak dikkate alındığında, bu tarihten sonra on iki aylık dönem içerisinde 01.03.2022 ve 01.08.2022 tarihlerinde iki bulunabilirlik kusuru daha işlenmiştir ve düzenlemenin lafzından anlaşılacağı üzere,

anti-doping kural ihlali oluşmuştur. Nitekim düzenlemeden anlaşılacağı üzere, bir sporcunun 12 aylık bir süre içinde yalnızca iki kusuru gerçekleştirmesi durumunda, 12 aylık süre sona erdiğinde ilk kusurunun geçerliliği zorunlu olarak ortadan kalkar ve ikinci kusur tarihinden itibaren yeni bir 12 aylık süre başlar.² Bu halde, 01.09.2021 tarihli bulunabilirlik kusuru iki ayrı anti-doping kural ihlalinde değerlendirme konusu edilmiştir. Yani, aynı fiil iki farklı anti-doping kural ihlali içerisinde değerlendirilmiştir. Bu durum “ne bis in idem” ilkesinin ihlali olacak mıdır?³ “Ne bis in idem” ilkesinin anti-doping düzenlemeleri için de bağlayıcı olduğu CAS (CAS-Court of Arbitration for Sport) kararlarında vurgulanmıştır.⁴

Dopingle mücadelenin amacı sporcu sağlığının korunması ve adil bir rekabet ortamının sağlanmasıdır. Bu amaca ulaşırken çok istisnai durumlarda, insan haklarından ayırık düzenlemeler getirilebilir ve getirilmiştir. Ancak bu düzenlemeler hukukun temel ilkelerini ve insan haklarına dair temel ilkeleri ihlal edemez. Bulunabilirlik kusuruna ilişkin düzenlemeler de bu türden bir düzenlemedir. Bulunabilirlik kuralı sporcuların mahremiyet haklarını ihlal ediyor, serbestçe hareket etme yeteneklerini engelliyor ve onları sürekli gözetim altında tutuyor; bununla birlikte, müsabaka dışı testlere yönelik katı standartların uygulanması ihtiyacı, WADA tarafından sporda dopingin önlenmesi ve uluslararası ve Olimpiyat müsabakalarının bütünlüğünün ve onurunun korunması açısından temel bir gereklilik olarak değerlendirilmektedir.⁵

² Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021

³ Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021 sayılı kararında bu şekilde bir tespit bulunmuş ancak, incelenen olayda böyle bir sorun olmadığını belirterek sorunun çözümüne dair herhangi bir açıklama yapmamıştır. Bir sporcunun aynı davranışı (bir kısmı) birden fazla kez dava konusu olacağından, böyle bir yorumun ne bis in idem ilkesini ihlal edeceği kuvvetle tartışılabilir olduğunu belirtmiştir.

⁴ Arbitrage TAS 2004/A/549 D. & Real Federacion Española de Gimnasia c. Fédération Internationale de Gymnastique, sentence du 27 mai 2004; Arbitration CAS 2011/O/2422 United States Olympic Committee v. International Olympic Committee (IOC), award of 4 October 2011.

⁵ James Halt, “Where is the Privacy in WADA’s “Whereabouts” Rule?,” *Marquette Sports Law Review*, (2009)20/1, 267-289, s. 267.

Amaçlanan hedefe ulaşabilmek için bulunabilirlik kusurlarına ilişkin yapılan düzenlemeler,⁶ ne bis in idem ilkesini ihlal etmez. Aksi halde, doping kontrollerine ilişkin süreç dikkate alındığında, sporcuların müsabaka dışı denetimi imkânsız olacaktır. Sporcu doping kontrollerinden rahatça kaçabilecektir. İkinci olarak da dopingle mücadele kuruluşunun soruşturmadaki yetkilerinin sınırlı oluşu dikkate alınmalıdır. Herhangi bir cumhuriyet savcısı gibi kamu gücü olmayan dopingle mücadele kuruluşları, sınırlı yetkileri ile dopingle mücadele etmektedir. Dopingle mücadelenin bir medeni hukuk ilişkisi temelli olduğunu da hatırlatarak, bu iki husus kapsamında ne bis in idem ilkesinin ihlal edilmediği kanaatindeyiz. Ve belirtmek gerekir ki salt sporcunun menfaatleri değil, sportif düzenin menfaatleri de dikkate alınarak yorum yapılması gerekir.

Kural ihlalinin oluşması için gerekli olan ikinci unsur ise doping kontrolünün kaçırılması ve/veya bildirim kusuru işlenmesidir. Sporcu her çeyrek dönemde nerede bulunduğu ilişkin bilgi vermek zorundadır. Bir yıl dört parçaya bölünmüş ve her üç aylık dönem için bildirim yapma zorunluluğu getirilmiştir. Sporcu herhangi bir doping kontrolü yapılmak istendiğinde, günün belli bir saatinde “altmış dakika” ile sınırlı olarak bulunduğu yerin bilgisini vermelidir. Bu altmış dakika içerisinde belirttiği adreste doping kontrolü için hazır bulunacağını taahhüt etmektedir. Sporcu bu yükümlülüğünü ihlal ederse bulunabilirlik kusuru işlemiş olacaktır.

⁶ Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021 ve CAS A2/2014 Drug Free Sport New Zealand (DFSNZ) v. Kris Gemmell, award of 1 December 2014 kararlarında belirtildiği üzere, bulunabilirlik rejimi, dopingle mücadelede çok önemli olan müsabaka dışı testler için sporcuların yerlerinin belirlenmesini sağladığı için sporda doping uygulamalarını tespit etmenin temel bir yoludur. Ayrıca, doğru yer bilgisi sağlanmasının ve belirtilen süre boyunca bölgede bulunmanın doping suçu şüphesine karşı temiz sporculara fayda sağladığı da bir gerçektir. Söz konusu sistemin sporculara özgürlük veya mahremiyetten fedakârlık getirirse de bu, dopingden arındırılmış bir spora katılımın faydalarından yararlanmak için hepsinin ödediği bir bedeldir. Bu nedenle tüm sporcular, sistemin güvenilirliğini ve bütünlüğünü sürdürmek ve temiz sporcuları korumak amacıyla, sporcunun herhangi bir nedenle bulunabilirlik yükümlülüklerine uymadığında sorumlu tutulmalıdır.

ISRM madde B.2.1’de de belirtildiği üzere, sporcunun RTP kapsamına alınması ile başlayan yükümlülüklerine ve nerede bulunduğu ilişkin bildirim yapma yükümlülüklerine aykırı davranması bulunabilirlik kusurudur. Bu yükümlülükleri kendisine tanınan sürenin sonuna kadar yerine getirmeyen sporcu bulunabilirlik kusuru işlemiş olacaktır. Sporcu bildirim yaparken nerede bulunduğu ilişkin güncellemeleri yapmalıdır. Örneğin, kamp veya müsabakaya katıldığı zaman dilimini belirterek güncelleneme yapması gerekir. Sporcu bildirimde bulunduğu adresin dışında herhangi bir yerde kamp yapacağı zaman bunu bildirmek zorundadır. Bu organizasyon herhangi bir federasyonun veya kulübün belirlediği bir yer ve zamanda olasa da sporcunun bildirim yükümlülüğü devam edecektir. Bağlı olduğu federasyonun resmi kamp programı dahi olsa sporcu bu bildirim yapmak zorundadır. Aksi halde, bildirim kusuru ve sporcunun ihmalkâr davrandığı kabul edilecektir.⁷ Bu sebeple sporcu en az 24 saat öncesinde, bildirimde bulunduğu yerin dışında başka bir yerde bulunacaksa bunu bildirmek zorundadır.

Sporcunun bildirim yükümlülüğünün kapsamı belirlenirken düzenlemenin amacı dikkate alınmalıdır. Buradaki amaç, müsabaka dışında da sporcunun yasaklı madde veya yöntem kullanmasını engelmektir. Bu sebeple sporcu, bildirimde bulunurken iletişim bilgilerini doğru ve sağlıklı bir şekilde vermelidir ve adresnin ulaşılabilir olması için gerekli açıklamaları da yapması gerekir.⁸ Ulaşılması güç adres vermesi gibi durumlar, eylemin yoğunluğuna göre, WADA Kodu 2.5 madde ihlaline de yol açabilir.⁹

ISRM madde B.2.2 gereği, RTP’deki sporcunun bildirimde bulunduğu o gün için altmış dakikalık zaman dilimi içerisinde belirttiği yerde hazır bulunması gerekir. Test etmeye yetkili dopingte mücadele kuruluşu, belirtilen zaman dilimi içerisinde sporcuyla adreste bulamaz ise kaçırılmış test olarak olarak kayıtlara geçirilecektir. Sporcu böy-

⁷ Türkiye Atletizm Federasyonu Disiplin Kurulu (TAFDK), 2023/1 Esas, 2023/1 Karar, 04.03.2023 Tarih.

⁸ Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021.

⁹ Türkiye Atletizm Federasyonu Disiplin Kurulu 2022/3 Esas, 2022/17 Karar, 17.05.2022 Tarih.

le bir zaman aralığında test edilirse, 60 dakikalık zaman aralığından daha uzun sürse bile, örnek alımı tamamlanana kadar sporcu orada kalmalıdır. Bunun yapılmaması, WADA Kodu madde 2.3'ün açık bir ihlali olacaktır.

ISRM madde B.2.4 gereği, kaçırılan testin kabul edilebilmesi için sporcuya, RTP'ye dahil edildiğinin ve belirtilen 60 dakikalık zaman aralığında test için müsait olmaması durumunda kaçırılan testten sorumlu olacağının bildirilmesi gerekir. Ayrıca 60 dakikalık zaman dilimi için belirtilen konumu, dopinge mücadele yetkilisi ziyaret ederek, söz konusu çeyrekte belirli bir günde sporcuyu test etmeye teşebbüs etmesi gerekir. Belirlenen 60 dakikalık zaman diliminde, doping kontrol yetkilisinin sporcuya test hakkında önceden herhangi bir bildirimde bulunmadan, sporcunun yerini tespit etmeye çalışmak için mevcut koşullar altında makul olanı yapması gerekir. Özellikle "sporcunun tarafından seçilen yerin niteliği" göz önüne alınarak "durumun belirli koşullarında" makul olanı yaparak sporcunun yerini tespit etmeye çalışılmalıdır. Doping kontrol görevlisinin girişiminin makul olup olmadığına ilişkin değerlendirme, sporcu tarafından sağlanan bilgiler ışığında ve sporcunun nerede bulunduğu bilgilerini verme konusundaki titizlik göreviyle bağlantılı olarak ele alınmalı ve doping kontrol görevlisinin belirtilen yerde attığı adımlara objektif bir şekilde bakılmalıdır.¹⁰ Doping kontrol görevlilerinin herhangi bir özel çaba harcamadan yeri bulmasına olanak tanıyacak kadar doğru bilgi verilmesi gerekir. Son olarak bir sporcuyu test etmek için başarısız bir girişimde bulunulması durumunda, sonraki başarısız denemelerin, yalnızca söz konusu sporcuya daha önce bildirimde bulunulması durumunda kaçırılan doping kontrolü veya bildirim kusuru olarak sayılabilir. Bu hususların varlığı halinde kaçırılmış testten veya bildirim kusurundan bahsedilebilir.

II. YAPTIRIMIN BELİRLENMESİ

WADC ve alt düzenleyici talimatlarda yer alan kuralların esin kaynağı da birçok medeni milletçe kabul edilmiş ulusal hukuklardaki

¹⁰ Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021.

temel ilkelerdir. Ancak Anti-doping düzenlemelerinin bir “lex sportiva” olduğu unutulmamalı ve kendi içerisinde yorumlanmalıdır; hiçbir ulusal veya uluslararası hukuk düzenlemesine göre yorum yapılmamalıdır.¹¹ WADA kuralları yorumlanırken, kuralların sadece lafzına göre değil, amacına göre yorumlanması ve uygulanması gerekir.¹² Bu sebeple yaptırım belirlenirken WADC’deki kural ve tanımlara uygun hareket edilmesi gerekir.

Sporcunun bulunabilirlik kusuru anti-doping kural ihlaline iki yaptırım uygulanmaktadır. Birincisi hak mahrumiyeti yaptırımı olup sporcunun belirli bir süre ile sınırlı olarak belirli sportif faaliyetleri yapmasının yasaklanmasıdır. İkinci yaptırım ise sonuçların iptal edilmesidir.

A. Hak Mahrumiyeti Yaptırımının Belirlenmesi

Anti-doping kural ihlallerinde, himaye edilen kişi gibi istisnai durumlar dışında, hak mahrumiyeti yaptırımın süresi kusur derecesine göre belirlenmiştir. Bulunabilirlik kusuru anti-doping kural ihlalinde, kusur derecesine göre yaptırım süresi 1 ilâ 2 yıl arasında değişmektedir.

Bulunabilirlik kusuru kasten veya ihmal suretiyle işlenebilen bir anti-doping kural ihlalidir. Nitekim WADA Kodu madde 10.3.2 gereği, madde 2.4’ün ihlali durumunda, uygulanacak hak mahrumiyeti yaptırımı süresi 2 (iki) yıldır ve sporcunun kusur derecesine bağlı olarak, 1 (bir) yıldan az olmamak kaydıyla, uygulanan yaptırımda indirim uygulanabilir. Ayrıca ISRM madde B.2.1./d ve B.2.4./e düzenlemeleri de bunu desteklemektedir. Nitekim bu düzenlemelerde, dopingle mücadele komisyonu ISRM’deki yükümlülüklerini yerine getirdiği zaman, sporcunun en azından ihmalkâr davrandığı kabul edilmektedir.

Medeni hukukta kusur, “*Hukuka aykırı sonucu istemek veya bu sonucu istemiş olmamakla beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için*

¹¹ WADC’de şu düzenleme yer almaktadır: “Bağımsız ve özerk bir metin olarak yorumlanmalı ve imzacıların veya hükümetlerin mevcut yasalarına veya tüzüklerine atıfta bulunulmamalıdır.”

¹² Arbitrations CAS 2016/A/4627 World Anti-Doping Agency (WADA) v. Indian National Anti-Doping Agency (Indian NADA), Geeta Rani (Case I) & CAS 2016/A/4628 WADA v. Indian NADA, Geeta Rani (Case II) & CAS 2017/A/5283 WADA v. Indian NADA, Geeta Rani (Case III), award of 7 March 2018.

iradesini yeteri derecede kullanmamak"¹³ şeklinde tanımlanmıştır. Kusur, hukuk düzeninin tasvip etmediği ve kınanabilir bulunduğu davranış olarak da tanımlanmıştır.¹⁴ Kınanabilirlik ise kişinin kaçınması gereken davranıştan kaçınmadığı yani, örnek davranıştan saptığı için kendisine toplum tarafından hukuk aracılığı ile sitem edilmesidir.¹⁵

Kusur kavramı, WADC "Tanımlar" başlığı altında, "bir yükümlülüğe riayet edilmemesi veya belirli bir durum için gereken özenin gösterilmemesi" şeklinde tanımlanmıştır.¹⁶ Kusur, sporcunun veya diğer kişinin, dopingle mücadeleye dair bir yükümlülüğü isteyerek ihlal etmesi veya bu ihlalden kaçınmak için gerekli dikkat ve özen yükümlülüğünü göstermemesidir.

WADC'de kusurun belirlenmesinde dikkate alınacak unsurlara ilişkin herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Önemli olanın, sporcunun veya diğer kişinin kusur derecesinin değerlendirilmesi esnasında "göz önünde bulundurulması gereken koşullar, sporcunun veya diğer

¹³ Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.: II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014s. 53; Diğer tanımlar için bakınız: Selahatin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (7. Baskı), Filiz Kitapevi, İstanbul 1993, s. 492; Haluk Tandoğan, Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), (1961 Tıpkı Bası), Ajans- Türk Matbaası, İstanbul 2010, s. 45; Selim Kaneti, "Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları", Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler 1. Sempozyumu, 21-22 Ekim 1977 Ankara, (s. 29-66), İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, İstanbul 1980, s. 40; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 529; Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 146.

¹⁴ Tandoğan, s. 8; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 492; Oğuzman/Öz, s. 14; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (6. Baskı), Turhan Kitapevi, Ankara 2018, s. 413.

¹⁵ Cengiz Koçhisaroğlu, Haksız Eylem Kusuru, Basılmamış Doçentlik Tezi, Ankara 1990, s. 379.

¹⁶ "Kusur" kavramına ilişkin olarak daha önce yayımlanan çalışmamızda ayrıntılı bilgi yer almaktadır (Alparslan Şimşek, "Yasaklı bir Madde veya Yasaklı Bir Yöntemin Tespit Edilmesi, Kullanılması veya Kullanılmaya Teşebbüs Edilmesi veya Bulundurulması Anti-Dopin Kural İhlallerinde Yaptırımın Belirlenmesinde Kusur Unsuru", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (2024)172, 161-226, s. 175 ve devamı.) Çalışmada, yasaklı bir madde veya yasaklı bir yöntemin tespit edilmesi, kullanılması veya kullanılmaya teşebbüs edilmesi veya bulundurulması anti-dopin kural ihlalleri için açıklama yapılırsa da temel ilkeler tüm anti-doping kural ihlalleri için geçerlidir. Bu sebeple, bu çalışmamızda açıklamalar kısa tutulmuştur.

kişinin beklenen davranış standardından sapmasını açıklamak açısından özgün ve konu ile ilişkili olması” olduğu belirtilmiştir.

Sporcunun sorumlu olabilmesi için eyleminin anti-doping kural ihlali ile neticeleneceği ihtimalinin idrakinde olması gerekir. Medeni hukukta, kusur ehliyeti olarak tanımlanan bu durumun tespiti ise sporcu veya diğer kişinin bağlı olduğu ulusal hukuka göre belirlenecektir.¹⁷ Ayırt etme gücünün geçici kaybından dolayı da sporcunun veya diğer kişinin bu duruma kendisini sokmasındaki kusuru dikkate alınacaktır.¹⁸

Sporcunun örnek davranışı sergilemesine engel teşkil eden zihinsel ya da fiziksel yeteneksizliğinin bir mazeret olarak kabul edilebilmesi için bu durumun kendi davranışından kaynaklanmaması gerekir. Sporcu, kişisel engeli nedeniyle gerekli özeni gösteremediğini ileri sürebilmesi için bu engelin öngörülemez ve önlenemez olması gerekir. Yani, sporcu kişisel özelliklerini, varsa engellerini nazara alarak hareket etmesi gerekmektedir.

Bir vakada kusur tespit edilirken eylemin meydana gelmesinden önce mevcut olan şartlara göre değerlendirme yapılır (ex ante değerlendirme). Ancak bu durum, sporcunun eylem öncesi, anı ve eylem sonrası davranışların, sporcunun veya diğer kişinin niyetini tespit etmekte kullanılamayacağı anlamına gelmez. Vaka öncesi veya sonrası sporcunun bir davranışı kusurun tespitinde dikkate alınabilir.¹⁹

Bulunabilirlik kusuruna ilişkin olarak kusur değerlendirmesi yapılırken her üç kusur için ayrı ayrı mı yoksa herhangi biri mi dikkate alınarak kusur tespiti gerekir? Bu konuda CAS kararları incelendiğin-

¹⁷ CAS Kodu R58 gereği, eğer taraflar arasında yetki ve uygulanabilecek hukuk seçilmemişse veya belirtilmemişse itiraz edilen kararı veren organın bulunduğu ülkenin yasalarına göre uyuşmazlığın çözülmesi beklenir. Ayrıca olayın gerçekleştiği zamana göre yürürlükte olan düzenlemelere göre uyuşmazlık çözülür.

¹⁸ Türk Borçlar Kanunu madde 59 uyarınca, ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, bu sırada verdiği zararları gidermekle yükümlüdür. Ancak ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse sorumluluktan kurtulur.

¹⁹ Türkiye Atletizm Federasyonu Disiplin Kurulu 2021/13 Esas, 2022/16 Karar, 17.05.2022 Tarih; Türkiye Atletizm Federasyonu Disiplin Kurulu 2023/3 Esas, 2023/3 Karar, 03.10.2023 Tarih.

de, her iki şekilde de değerlendirme yapıldığını görmekteyiz. Standart yaptırımın aşağı çekilmesinde bulunabilirlik kusuruna ilişkin 12 aylık dönemdeki üç bulunabilirlik kusuruna ilişkin tüm koşulların dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerektiği belirtildiği gibi²⁰ herhangi bir bulunabilirlik kusurunun dikkate alınarak değerlendirme yapılabileceğini de belirtilmiştir.²¹ Yerelde de bazı Federasyon disiplin ku-

²⁰ Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 WADA v. World Athletics & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021; Arbitrations CAS 2020/A/7528 Christian Coleman v. World Athletics, award of 15 April 2021; Arbitration CAS 2021/A/8391 Andrejs Rastorgujevs v. IBU, award of 26 August 2022; Arbitration CAS 2021/A/8459 World Anti-Doping Agency (WADA) v. Polish Anti-Doping Agency (POLADA) & Jakub Krzewina, award of 17 October 2022.

²¹ Arbitration CAS 2022/A/9031 Stéphane Houdet v. International Tennis Federation CAS 2022/A/9137 International Tennis Federation v. Stéphane Houdet, award of 2 March 2023 kararında, düzenlemelerde sporcunun kusurunun belirlenmesinde üç bulunabilirlik kusurunun birleşiminin veya ayrı ayrı dikkate alınması gerekip gerekmediğini açıkça belirtmediğini belirterek şu değerlendirmelerde bulunmuştur: “Bu soru, her bir bulunabilirlik kusurunun farklı olması ve kendi bireysel kusur derecesini taşıması nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Herhangi bir olayın bulunabilirlik kusuru teşkil etmediği tespit edilirse, o zaman hiçbir ADRV söz konusu olmayacaktır. Üç testi kaçırın bir sporcunun iki testte yüksek derecede hataya sahip olması elbette mümkündür, ancak üçüncüde yalnızca minimum düzeyde hata olabilir. Bu, mümkün olan maksimum indirim garanti eder mi, yoksa örneğin dört aylık bir indirim (mevcut indirim süresinin üçte biri kadar) veya sekiz aylık bir indirim (genel iki aylık indirimin üçte biri kadar) gibi orantılı bir yaklaşım mı uygulanmalıdır? Bu konu tarafların yazılı beyanlarında ele alınmamış ancak duruşmada taraflarca gündeme getirilmiştir. IIF avukatı, kusuru değerlendirirken Hakemin kaçırılan her testi ayrı ayrı incelemesinin uygun olduğunu belirtti. Sporcunun avukatı bu görüşe itiraz etmedi. Bu yaklaşımın bir mantığı vardır: Eğer bir test durumunda ihmal karinesinin çürütülmesi tüm ADRV’yi ortadan kaldıracaksa, o zaman bir test durumunda çok düşük bir hata derecesi maksimum indirim garanti edebilir (şunu not ederek: Sporcunun yine de minimum 12 aylık hak mahrumiyeti süresini çekmesi gerekecektir). Ayrıca, kusur derecesinin değerlendirilmesi, belirli bir sonuca yol açan belirli bir dizi koşulla ilgili olguların dikkate alınmasını gerektirir; Üç olayın birleşiminde kusurun derecesini değerlendirmek, analitik açıdan çürük olmasa da çok daha karmaşıktır. Matematiksel olarak orantılı bir yaklaşımın uygulanmasına yönelik bir alternatif, TA.DP’de özel olarak sağlanmamıştır ve bu, taraflardan herhangi biri tarafından da ileri sürülmemiştir. Bununla birlikte, Hakem, ADRV’yi oluşturan üç olaya ilişkin kusurun derecesini değerlendirme yaklaşımının esassız olmadığına bilincindedir. ADRV’yi oluşturan üç kusurun toplamıdır ve sporcunun ADRV’yi işlemedeki kusur derecesinin her üç olaydaki birikmiş kusurun bir sonucu olduğu ileri sürülebilir. Taraflarca belirlenmese de, Hakem, kusurun derecesi değerlendirilirken üç bulunabilirlik kusurunun da

rulullarında herhangi biri dikkate alınarak değerlendirme yapıldığını görmekteyiz.²² Yukarıda açıklandığı üzere, bulunabilirlik kusuru anti-doping kural ihlalinin oluşması için on iki aylık dönemde üç ayrı bulunabilirlik kusurunun bileşimi gereklidir. Bu bulunabilirlik kusurundan herhangi birinin eksilliği halinde anti-doping kural ihlali oluşmayacaktır. Bu sebeple herhangi bir bulunabilirlik kusuru dikkate alınarak kusur değerlendirmesi yapılması daha yerinde olacaktır.

Bulunabilirlik kusuruna ilişkin anti-doping vakasında kusurun tespitinde sporcunun deneyim düzeyi, fiziksel veya zihinsel özellikleri, anti-doping eğitimi, olayı çevreleyen mekânsal veya zamansal koşullar, öngörülebilirlik ve önlenebilirlik, farkındalık düzeyinin azalması dikkatsiz ve anlaşılabilir kişisel hatalar dikkate alınacaktır. Ancak bunlar sınırlı sayıda olmayıp somut olay gerçekleri dikkate alınarak değerlendirmeler yapılmalıdır. Ayrıca her kusur derecesi için farklı değerlendirmeler yapılmalıdır.

1. Sporcu Kusurunun Kast Derecesinde Olması

Bulunabilirlik kusuru işleyen bir sporcunun kusuru kast derecesinde ise uygulanacak hak yaptırımı süresi 2 yıl olacaktır. Herhangi bir esneklik söz konusu olmayacaktır.

Medeni hukukta kast, kusurun en ağır derecesi olup failin hukuka aykırı sonucu bildiğini ve bu sonucu istediğini ifade etmektedir.²³ Eğer fail, doğrudan doğruya sonucu istemişse doğrudan kasttan²⁴ (dolus di-

dikkate alınması gerektiğini öne süren CAS içtihadının bilincindedir. Hakemin görüşüne göre, bu konuya ilişkin CAS içtihatı biraz belirsizdir ve her iki görüş için de desteklenebilir argümanlar mevcuttur. Bununla birlikte, Tarafların bu yargılamada benimsedikleri tutum, hakemin kusur değerlendirmesinde her olaya ayrı ayrı bakması gerektiği yönündeydi. Taraflar davalarını bu temelde yürütmüş ve buna göre sunumlarda bulunmuşlardır. Taraflar açısından adil olma adına, Hakem, bu hüküm konusunda mutabakata varılan esasa göre hareket eder: hak mahrumiyeti süresinin azaltılmasına ilişkin değerlendirmedeki kusur derecesi, her bir bulunabilirlik kusuru dikkate alınarak ayrı ayrı belirlenebilir; öyle ki, herhangi bir indirim ADRV ile sonuçlanan bulunabilirlik kusurlarından herhangi birindeki kusur derecesinin değerlendirilmesinde uygulanmalıdır.”

²² Türkiye Atletizm Federasyonu Disiplin Kurulu 2020/1 Esas, 2020/1 Karar, 0702.2020 Tarih.

²³ Oğuzman/Öz, s. 55; Kaneti, s. 52; Kılıçoğlu, s. 224; Eren, s. 574; İmre, s. 26.

²⁴ Oğuzman/Öz, s. 55; Eren, s. 574.

rectus), eğer fail, sonucu doğrudan doğruya istememekle beraber bu sonucun meydana gelmesi ihtimalini göze alarak hareket etmişse dolaylı kasttan (dolus eventualis) söz edilir.²⁵

WADA Kodu madde 10.2.3'e göre kast, "sporçunun veya diğer kişinin, bir anti-doping kuralını ihlal ettiğini bildiği veya ilgili fiilin bir dopingle mücadele kural ihlali oluşturabileceği veya bir dopingle mücadele kural ihlali ile sonuçlanabileceği yönünde, açık bir şekilde göz ardı edilmiş, belirgin bir riskin bulunduğunu bildiği bir eylemde bulunması" şeklinde tanımlanmıştır.

Sporcu veya diğer kişinin kastı, dış dünyaya yansıyan davranışlarından hareketle saptanabilir. Kastın tespiti için kural düzeyinde ölçütler değil, olayın özelliklerine ve bu özellik içindeki ayrıntıların niteliklerine göre değerlendirmeler yapılarak sonuca gidilmesi gerekir.²⁶

Dopingle mücadele komisyonu tarafından iddianın ciddiyeti ile orantılı olarak kastın varlığını açık ve ikna edici ispat standardı ile ispat edecektir. Dopingle mücadele komisyonu, doğrudan veya dolaylı kastı ispat edecektir. Bir sporçunun davranışının bir anti-doping kural ihlali oluşturabileceği veya bununla sonuçlanabileceği bir durumun bulunması ve sporçunun bu riski açıkça göz ardı etmesinin ispatı yeterlidir. Bunun tespiti için sporçunun göreceli deneyim düzeyi (spor ve anti-doping kural ihlali ile ilgili), sporçunun genel anti-doping eğitimi (veya eksikliği), olayı çevreleyen koşullar ve çeşitli katılımcıların ve tanıkların ifadeleri gibi hususlar dikkate alınabilir. Bu hususlar sıırlı sayıda olmayıp her olay için farklı durumların olabileceği gözden uzak tutulmamalıdır.

Sporçunun deneyim düzeyi kastın belirlenmesinde dikkate alınabilecek hususlardan biridir. Profesyonel sporcu ile amatör sporçunun beklenen davranış standardından sapması aynı değerlendirmelere tabi tutulamaz.²⁷ Profesyonel sporcular, sporu meslek olarak yaparken

²⁵ Oğuzman/Öz, s. 55; Tandoğan, s. 47; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 493; Eren, s. 574; Hatemi/Gökyayla, s. 146.

²⁶ Türkiye Atletizm Federasyonu Disiplin Kurulu 2021/13 Esas, 2022/16 Karar, 17.05.2022 Tarih; Türkiye Atletizm Federasyonu Disiplin Kurulu 2023/3 Esas, 2023/3 Karar, 03.10.2023 Tarih.

²⁷ Arbitration CAS 2019/A/6249 Roman Balandin v. Association Russian Anti-Doping Agency, award of 13 September 2019.

amatör sporcular zevk, eğlence, sağlık vs. sebeplerle yaparlar.²⁸ Bir işin meslek olarak yapılması halinde, o kişiden, icra etmiş olduğu meslekle ilgili olarak daha dikkatli ve özenli davranılması beklenir. Ancak, sportif dürüstlüğü bağli kalmak amatör ve profesyonel sporcular için geçerliliğini sürdürecektir.²⁹ Bu sebeple yapılacak değerlendirme gerekçeli olmalı ve somut olay açısından ciddi bir ayırıcı unsur olmalıdır.

Sporcunun genel anti-doping eğitimi veya eksikliği de kastın belirlenmesinde dikkate alınabilecek hususlardandır. Bir sporcunun anti-doping kural ihlalini bilmediğini iddia etmesi kabul edilemez; ancak, kastın varlığı veya yokluğunun tespitinde bu dikkate alınabilir.³⁰

Olayı çevreleyen koşullar ve çeşitli katılımcıların ve tanıkların ifadeleri kastın belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Yani, zamansal ve mekânsal koşullar her olay özelinde dikkatli bir şekilde değerlendirilerek sonuca gidilmelidir. Sporcunun geçmişi ve karakteri, iyi niyet söylemleri kastın varlığı veya yokluğunda dikkate alınmaz.³¹

Tüm bu değerlendirmeler neticesinde, sporcunun bildirim yükümlülüklerine ilişkin kabul edilemez düzeyde kayıtsızlık ve endişe verici derecede ilgisiz bir yaklaşımı varsa hak mahrumiyeti süresinden

²⁸ Profesyonel ve amatör sporcu kavramları için bakınız: Alparslan ŞİMŞEK, Spor Müsabakalarında Sporcuların Yaralanmasından ve Ölmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum 2013, s. 26.

²⁹ Amatör, profesyonel sporcu ayrımının bedensel zararlardan kaynaklanan sorumluluğun tespitinde de dikkate alındığını görmekteyiz. Profesyonel sporcu ile amatör sporunun dikkat ve özen yükümlülüğünün aynı olmayacağı vurgulanmıştır (Ayrıntılı bilgi için bakınız: Alparslan ŞİMŞEK, “Spor Müsabakalarında Meydana Gelen Bedensel Zararlarda Sporcunun Dikkat ve Özen Yükümlülüğü”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (2015)121, 381-402; Şimşek, Spor Müsabakalarında Sporcuların Yaralanmasından ve Ölmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, s. 127).

³⁰ Arbitration CAS 2019/A/6249 Roman Balandin v. Association Russian Anti-Doping Agency, award of 13 September 2019; Arbitration CAS 2020/A/7536 Ashley Kratzer v. International Tennis Federation (ITF), award of 15 June 2021.

³¹ Arbitrations CAS 2020/A/7579 World Anti-Doping Agency (WADA) v. Swimming Australia, Sport Integrity Australia & Shayna Jack and CAS 2020/A/7580 SIA v. Shayna Jack & SA, award of 16 September 2021; Belirli bir ispat standardı için zorunlu olan delil standardına ulaşmayan bir delilin, bu unsurlar ile belirlenen ispat standardına ulaşamayacağını belirterek delilin güvenilirliğinin sorgulanması için kullanılabileceğine dair bakınız Arbitration CAS 2022/A/9031 Stéphane Houdet v. International Tennis Federation CAS 2022/A/9137 International Tennis Federation v. Stéphane Houdet, award of 2 March 2023.

indirime gidilmez.³² Bu durumdan yükümlülüklerini açıkça göz ardı ettiği sonucu çıkar.

2. Sporcu Kusurunun İhmal Derecesinde Olması

WADA Kodu madde 10.3.2 gereği, madde 2.4'ün ihlali durumunda, uygulanacak hak mahrumiyeti yaptırımı süresi 2 (iki) yıldır ve sporcunun kusur derecesine bağlı olarak, 1 (bir) yıldan az olmamak kaydıyla, uygulanan yaptırımda indirim uygulanabilir. Bu durumda sporcu veya diğer kişi, önemli bir kusur veya ihmalin olmadığını veya daha düşük bir seviyede ihmalinin olduğunu ispat ederse yaptırım 2 yılın da altına düşecektir. Ancak, her halde yaptırım, bir yılın altına düşürülemez.³³

12 ilâ 24 ay arası yaptırım belirlenirken sporcunun kusur derecesi dikkate alınacaktır. Ancak, eğer ki sporcunun teste girmekten kaçınmaya veya bazı doping uygulamalarını maskeleye çalıştığını kanıtlayacak bir kanıt varsa standart hak mahrumiyeti süresini kısaltmak için takdir yetkisi ve esneklik olmayacaktır.

Medeni hukukta ihmal, failin, hukuka aykırı sonucu istememesine rağmen, bu sonucun meydana gelmemesi için iradesini yeteri derecede kullanmaması, hal ve şartların gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemesidir.³⁴ Yani, zararlı sonucu istememekle beraber, bu sonucun meydana gelmemesi için durum ve koşulların gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesine ihmal denir.³⁵

³² Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 WADA v. World Athletics & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021.

³³ Arbitration CAS 2013/A/3241 World Anti Doping Agency (WADA) v. Comitato Olimpico Nazionale Italiano (CONI) & Alice Fiorio, award of 22 January 2014 kararında belirtildiği üzere, madde 2.4'ün ihlalinin yaptırımı, en az bir yıl ve en fazla iki yıllık bir hak mahrumiyeti süresidir. Önemli bir kusur veya ihmale dayanmayan hak mahrumiyeti süresinin azaltılmasına ilişkin hüküm, 2.4 maddesinin ihlaline ilişkin yaptırımın bir yılın altına indirilerek daha da azaltılması için uygulanamaz.

³⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 494; Oğuzman/Öz, s. 56; Kılıçoğlu, s. 225, Eren, s. 576.

³⁵ Eren, s. 580; Oğuzman/Öz, s. 56; Kılıçoğlu, s. 415; Hatemi/Gökyayla, s. 147; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2003/11-756 Esas, 2003/743 Karar, 10.12.2003 Tarih.

Kusurun ihmâl derecesi ağır, orta ve hafif ihmâl olmak üzere kendi içerisinde üçe ayrılır.³⁶ Ağır ihmâl, failin en temel dikkat kurallarını ihlâl etmesi ve böylece aynı yerde ve aynı koşullar altında bulunan her makul kişinin fark edeceği hususları dikkate almaması durumudur. Orta ihmâlde ise fail, en temel, her makul kişinin riayet etmekle yükümlü olduğu özen yükümlülüğünü ihlâl etmekle beraber, ihmâlin alt sınırından az bir farkla değil, fazla aşmıştır. Yani, en temel dikkat kuralını ihlâl etmemiştir ancak fail ile aynı koşullar altında bulunan kişiden somut olarak beklenen özen ölçüsüne de riayet etmemiştir.³⁷ Hafif ihmâl ise faille aynı şartlar altında bulunan herkesin değil, dikkatli kişilerin göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemesidir.³⁸ Fail, dikkat ve özen göstermiş ancak kendisinden beklenen derecede dikkat ve özen göstermemiştir. Failin davranışı ile ortalama tipin örnek davranışı arasındaki fark azdır.

ISRM'deki "ihmalkâr" kavramına ilişkin herhangi bir tanım bulunmamaktadır. İhmalkâr kavramının açıklaması için WADC'de yer alan düzenlemelerin dikkatene alınmasında herhangi bir hatalı durum olmayacaktır. WADC'deki önemli kusur veya ihmâlin olmaması, kusur veya ihmâlin olmaması kavramlarında yola çıkarak açıklamalar yapılabilir. WADC'de "tanımlar" başlığı altında önemli kusur veya ihmâlin olmaması sporcunun veya diğer kişinin mevcut koşulların tamamı ve kusur veya ihmâl olmamasına ilişkin ölçütler göz önüne alındığında, kendi kusur veya ihmâlinin dopingle mücadele kural ihlali açısından ciddi boyutta olmadığını kanıtlaması olarak tanımlanmıştır. Kusur veya İhmâl Olmaması ise sporcunun veya diğer kişinin yasaklı bir maddeyi kullandığını veya yasaklı bir yöntemin kendisine uygulandığını bilmediğini veya bir dopingle mücadele kuralını diğer şekillerde ihlâl etmiş olduğunu bilmediğini veya bu durumdan şüphelenmediğini ve son derece dikkatli davranmasına rağmen bunu bilmesinin veya bundan şüphelenmesinin makul olarak mümkün olmadığını kanıtlaması olarak tanımlanmıştır. Bu iki düzenlemeden yola çıkarak ihmâl kavramı, sporcunun bulunabilirlik kusuru anti-doping kural ihlâlinin oluşmaması için iradesini yeteri derecede kullanmama-

³⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2014/33535 Esas, 2016/10473 Karar, 26.4.2016 Tarih.

³⁷ Eren, s. 580.

³⁸ Tandoğan, s. 55.

sı, hal ve şartların gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemesi şeklinde tanımlanabilir. Sporcunun ihmali de önemli, orta ve hafif olmak üzere üç dereceye ayrılacaktır.

Bu şekilde sporcunun kusur derecelerini belirledikten sonra, vakanın hangi kusur kategorisine girebileceğini belirlemek için hem objektif hem de sübjektif unsurların dikkate alınması gerekir.³⁹ Objektif unsur, sporcunun durumundaki makul bir kişiden ne tür bir dikkat ve özen yükümlülüğü standardının beklenebileceğini işaret eder. Sübjektif unsur ise sporcunun kişisel kapasiteleri ışığında söz konusu sporcudan ne beklenebileceğini işaret eder.

Yasaklı bir madde veya yasaklı bir yöntemin tespit edilmesi, kullanılması veya kullanılmaya teşebbüs edilmesi veya bulundurulması anti-dopin kural ihlallerinde CAS, belirli bir vakanın ilgili üç kategoriden hangisine gireceğinin belirlenmesinde objektif unsurun öncelikli olması gerektiğini ve sübjektif unsurun da daha sonra belirli bir sporcuyu o kategoride yukarı veya aşağı taşımak için kullanılabileceğini belirtmiştir.⁴⁰ Ancak, istisnai durumlarda, sübjektif unsurların önemli olduğunu ve sporcuyu yalnızca belirli bir kategorinin en uç noktasına değil, aynı zamanda tamamen farklı bir kategoriye de taşıyabileceğini belirtmiştir. Yani, somut vakada öyle bir sübjektif unsur olabilir ki kusur düzeyi bir anda en altta yer alabileceği gibi, en üstte de yer alabilir veya hiç kusur verilmeyebilir.

Aynı değerlendirmelerin bulunabilirlik kusuru anti-doping kural ihlalinde de uygulanabilir. Kusur derecesinin belirlenmesinde objektif kriterler esas alınırken sübjektif unsurların da sonuç yaptırımı belirlemede kusur derecesi içinde aşağı yukarı doğru yaptırımı belirlenmede esas alınmalıdır. Ancak bu her durum için geçerli kabul edilecek bir durum değildir. Kural olarka bunun kabul edilmesi gerekir ve her olay kendi içerisinde, kendi gerçekleri ile ele alınmalıdır.

³⁹ Şimşek, "Yasaklı bir Madde veya Yasaklı Bir Yöntemin Tespit Edilmesi, Kullanılması veya Kullanılmaya Teşebbüs Edilmesi veya Bulundurulması Anti-Dopin Kural İhlallerinde Yaptırımın Belirlenmesinde Kusur Unsuru", s. 211.

⁴⁰ Şimşek, "Yasaklı bir Madde veya Yasaklı Bir Yöntemin Tespit Edilmesi, Kullanılması veya Kullanılmaya Teşebbüs Edilmesi veya Bulundurulması Anti-Dopin Kural İhlallerinde Yaptırımın Belirlenmesinde Kusur Unsuru", s. 211.

a. Önemli İhmal ve Yaptırım Aralığı

WADC’de “tanımlar” başlığı altında önemli kusur veya ihmalin olmaması sporcunun veya diğer kişinin mevcut koşulların tamamı ve kusur veya ihmal olmamasına ilişkin ölçütler göz önüne alındığında, kendi kusur veya ihmalinin dopinge mücadele kural ihlali açısından ciddi boyutta olmadığını kanıtlaması olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, sporcunun ihmali, anti-doping kural ihlali açısından ciddi boyutta ise önemli ihmalin varlığı kabul edilecektir. Bu durumda, sporcu, eyleminin anti-doping kural ihlali oluşturacağı yönündeki en temel dikkat kurallarını ihlal etmiş olacaktır. Sporcu, aynı yerde ve aynı koşullar altında bulunan her makul sporcunun göstereceği dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal ettiğinde önemli ihmalinin varlığı kabul edilecektir.⁴¹

Sporcunun kusur derecesinin bu denli yüksek olması yani, kusur derecesi önemli ihmal ise 20 aydan fazla ve 24 aya kadar bir yaptırım aralığında yaptırım uygulanacaktır ve orta/normal derecede standart yaptırım 22 aylık hak mahrumiyetidir.⁴²

b. Normal/Orta İhmal ve Yaptırım Aralığı

Normal/Orta ihmalde sporcu, her makul sporcunun uymakla yükümlü olduğu dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmekle beraber, ihmalin alt sınırından az bir farkla değil, fazla uzaklaşmış olmasıdır. Burada sporcu, en temel dikkat kuralını ihlal etmemiştir ancak kendisi ile aynı koşullar altında bulunan sporcudan somut olarak beklenen özen ölçüsüne de riayet etmemiştir.

Sporcunun kusur derecesi normal/orta ihmal ise 16 aydan fazla ve 20 aya kadar bir yaptırım aralığında yaptırım uygulanacaktır ve orta/normal derecede standart yaptırım 18 aylık hak mahrumiyetidir.⁴³

⁴¹ Arbitration CAS 2016/A/4416 Fédération Internationale de Football Association (FIFA) v. Confederación Sudamericana de Fútbol & Brian Fernández, award of 7 November 2016 (operative part of 8 July 2016).

⁴² Arbitrations CAS 2020/A/7528 Christian Coleman v. World Athletics, award of 15 April 2021; American Arbitration Association (AAA), Case Number: 01-22-0005-2588, United States Anti-Doping Agency v. Kanak Jha, 15 March 2023.

⁴³ Arbitrations CAS 2020/A/7528 Christian Coleman v. World Athletics, award of 15 April 2021; American Arbitration Association (AAA), Case Number: 01-22-0005-2588, United States Anti-Doping Agency v. Kanak Jha, 15 March 2023.

c. Hafif İhmal ve Yaptırım Aralığı

Hafif ihmal, sporcu ile aynı şartlar altında bulunan herkesin değil, daha dikkatli bir sporcunun göstereceği dikkat ve özenin gösterilmesidir. Sporcudan beklenen derecede dikkat ve özen gösterilmediği için sporcu sorumlu tutulmaktadır. Sporcunun segilemiş olduğu davranış ile ortalama tipin örnek davranışı arasındaki fark azdır. Küçük bir dikkatsizlik söz konusudur.

Sporcunun kusur derecesi hafif ihmal ise 12 aydan fazla ve 16 aya kadar bir yaptırım aralığında yaptırım uygulanacaktır ve orta/normal derecede standart yaptırım 14 aylık hak mahrumiyetidir.⁴⁴

d. Önemli, Normal/Orta, Hafif İhmalin Tespitinde Objektif Kriterler

WADA Kodu madde 5 ve ISRM'ye göre, sporcudan bir "yükümlülük" veya "özen" beklenmektedir. Bu yükümlülük, her gün için üç ayda bir yeterli ve doğru nerede bulunduğu bilgisini sağlama ve güncelleme görevidir. Sporcunun nerede olduğu ile ilgili yükümlülükleri sporcuların beklenenecek dikkat ve özen yükümlülüğünün çıkış noktasıdır.⁴⁵ Altmış dakikalık bir zaman dilimi boyunca, habersiz testler için mevcut, hazır ve erişilebilir olmak sporcunun yükümlülüğüdür. Bu sebeple, bu bilgilerin yanlış bildirimi veya güncellenmesinden nihai olarak sporcu sorumludur. Örneğin, yanlış adres belirtilmesi nedeniyle mevcut ve erişilebilir olmama durumu, sporcunun ihmalinden kaynaklanmış sayılacaktır. Mevcut koşulların tamamı ve kusur veya ihmal olmamasına ilişkin ölçütler göz önüne alınarak sporcunun kusuru değerlendirilecektir.⁴⁶

⁴⁴ Arbitrations CAS 2020/A/7528 Christian Coleman v. World Athletics, award of 15 April 2021; American Arbitration Association (AAA), Case Number: 01-22-0005-2588, United States Anti-Doping Agency v. Kanak Jha, 15 March 2023.

⁴⁵ Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021; Arbitrations CAS 2020/A/7528 Christian Coleman v. World Athletics, award of 15 April 2021.

⁴⁶ Arbitrations CAS 2020/A/7528 Christian Coleman v. World Athletics, award of 15 April 2021 sayılı kararında, sporcunun deneyimi, sporcunun reşit olup olmadığı, özel hususlar, sporcunun algılaması gereken risk derecesi, algılanan risk düzeyinin ne olması gerektiğine ilişkin olarak sporcunun gösterdiği özen ve araştırma düzeyi kusurun belirlenmesinde dikkate alınabileceği belirtilmiştir.

Bir sporcu “en üst düzeyde dikkatli ve özenli” davranmakla yükümlüdür. WADA düzenlemelerinde soyut ve ortalama bir tip davranış belirlenmiş ve bu davranıştan sapma hali kusurun objektif unsurunu belirlemiştir.

Sporcu, davranışının bulunabilirlik kusurları anti-doping kural ihlali oluşturacağını “öngörüp bundan kaçınmadığı” için kusurludur. Davranışının kural ihlali olduğunu öngördüğü halde kaçınmıyor ise dolaylı kastı vardır. Bu sonuca varmak için objektif kriterler dikkate alınacaktır. Sporcunun göstermesi gereken dikkat ve özen yükümlülüğünün biçim ve derecesi, somut olay koşullarına bağlı olsa da sporcudan sporcuya değişen bir yükümlülük değildir. Yani, kusur değerlendirilmesi yapılırken esas alınan davranış vakadaki sporcunun davranışı değil, soyut bir tip davranıştır. Aynı şartlar altında ilgili sporu icra eden makul, dürüst ve orta zekalı bir sporcunun davranışı esas alınarak kusur değerlendirmesi yapılacaktır.⁴⁷ Nitekim herhangi bir faaliyetin gerçekleştirilmesinde herkesin orta zekalı, makul bir kişinin sahip olduğu fiziksel ve zihinsel becerileri göstermesi beklenir. Neticede objektif kusur düzeyi, sporcunun durumundaki makul bir kişiden ne tür bir dikkat ve özen standardının beklenebileceğine işaret eder.⁴⁸

Doping vakalarına ilişkin CAS içtihatlarına bakıldığında, önemli kusurun olmadığını tespit etme eşiği aşırı derecede yüksek ayarlanmaması gerektiği belirtilmiş ve aksi düşüncede yargılama yetkisine sahip kurulun çeşitli yaptırımlar kapsamında uygun bir hak mahrumiyeti süresi belirlenmesinin imkânsız olacağı belirtilmiştir.⁴⁹ Sporcunun belirli koşullar altında herhangi bir sporcunun alabileceği açık ve bariz önlemleri alması durumunda önemli kusur veya ihmalin olmama

⁴⁷ Şimşek, “Yasaklı bir Madde veya Yasaklı Bir Yöntemin Tespit Edilmesi, Kullanılması veya Kullanılmaya Teşebbüs Edilmesi veya Bulundurulması Anti-Doping Kural İhlallerinde Yaptırımın Belirlenmesinde Kusur Unsuru”, s. 211.

⁴⁸ Arbitrations CAS 2017/A/5301 Sara Errani v. International Tennis Federation (ITF) & CAS 2017/A/5302 National Anti-Doping Organisation (NADO) Italia v. Sara Errani and ITF, award of 8 June 2018; CAS 2018/A/5739 Arbitration CAS 2021/A/8056 Olga Pestova v. Russian Anti-Doping Agency, award of 23 May 2022.

⁴⁹ Arbitration CAS 2021/A/8056 Olga Pestova v. Russian Anti-Doping Agency, award of 23 May 2022; Arbitration CAS 2016/A/4643 Maria Sharapova v. International Tennis Federation (ITF), award of 30 September 2016; Arbitration CAS 2005/A/847 Hans Knauss v. FIS, award of 20 July 2005.

eşiğinin karşılandığı belirtilmiştir.⁵⁰ Nitekim en üst düzeyde dikkatli olma görevinden sapma, tek başına sporcunun ihmalinin “önemli” olduğu anlamına gelmez.⁵¹ Sporcudan beklenecek özen ölçüsü de makul olmalı ve sporcunun bilemeyeceği bir durum dolayısı ile sorumluluk tesis edilmemelidir.⁵²

Sporcunun sorumluluğu, sadece kendi davranışlarını değil, yükümlülüklerini devrettiği kişilerin davranışlarını da kapsar. Bildirime ilişkin yükümlülüklerini üçüncü bir tarafa devreden bir sporcu, bu üçüncü tarafça yapılan her türlü hataya ilişkin tüm riskleri üstlenir.⁵³ Sporcu, bildirimlerinde beyan edilen yerde doping kontrolü için hazır bulunmasını sağlamaktan her zaman kişisel olarak sorumlu olacaktır. Sporcunun ilgili dönem için olan sorumluluğunu üçüncü bir tarafa devretmesi ve üçüncü kişi tarafın doğru bilgiyi vermemesi veya daha önce yaptığı bildirimi güncellememesi, kaçırılan doping kontrolü iddiasına karşı bir savunma teşkil etmeyecektir.⁵⁴

WADA Kodunun 2.4. maddesinin sonuç yönetimini düzenleyen ISRM madde B.2.1./d ve B.2.4./e düzenlemelerinde, dopinge mücadele komisyonu ISRM’deki yükümlülüklerini yerine getirdiği zaman, sporcunun en azından ihmalkâr davrandığı kabul edilmektedir. Bu durumda, madde B.2.4.’ün a ilâ d alt maddelerinde belirtilen hususla-

⁵⁰ Arbitration CAS 2016/A/4416 Fédération Internationale de Football Association (FIFA) v. Confederación Sudamericana de Fútbol & Brian Fernández, award of 7 November 2016 (operative part of 8 July 2016); Arbitration CAS 2021/A/8056 Olga Pestova v. Russian Anti-Doping Agency, award of 23 May 2022.

⁵¹ Arbitration CAS 2016/A/4643 Maria Sharapova v. International Tennis Federation (ITF), award of 30 September 2016; Arbitration CAS 2021/A/8056 Olga Pestova v. Russian Anti-Doping Agency, award of 23 May 2022; Advisory opinion CAS 2005/C/976 & 986 Fédération Internationale de Football Association (FIFA) & World Antidoping Agency (WADA), 21 April 2006; CAS 2015/A/4059; Arbitration CAS 2016/A/4840 International Skating Union v. Alexandra Malkova, Russian Skating Union & Russian Anti-Doping Agency, award of 6 November 2017.

⁵² Arbitration CAS 2019/A/6482 Gabriel da Silva Santos v. Fédération Internationale de Natation (FINA), award of 14 February 2020.

⁵³ Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021.

⁵⁴ Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021.

rın, dopigle mücadele komisyonunca kanıtlanması üzerine, sporcunun ihmalkâr davrandığı varsayılacaktır. Bu karine, yalnızca sporcunun herhangi bir ihmalkâr davranışının olmadığını kanıtlamasıyla çürütülebilir. Aynı şekilde, ISRM madde B.2.1./d gereği, sporcunun bildirimde bulunmamasının en azından ihmalkâr olduğunu gösterir. Bu durumda, sporcunun gereklilikler konusunda bilgilendirildiği ancak bunlara uymadığının kanıtlanması üzerine, sporcunun fiili ihmalkâr olarak işlediği kabul edilecektir. Bu karine, yalnızca sporcunun hiçbir ihmalkâr davranışının olmadığını veya katkıda bulunmadığını ispat etmesiyle çürütülebilir. Bu durumda da sporcu, karşı ispat ile ihmalkâr bir davranışının olmadığını ispat etmek zorundadır.⁵⁵ Güvenilir herhangi bir delil ile bu ispat yükümlülüğünü yerine getirebilir.

ISRM madde B.2.4 gereği, kaçırılan testin kabul edilebilmesi için sporcuya, RTP'ye dahil edildiğinin ve belirtilen 60 dakikalık zaman aralığında test için müsait olmaması durumunda kaçırılan testten sorumlu olacağının bildirilmesi gerekir. Ayrıca 60 dakikalık zaman dilimi için belirtilen konumu, dopingle mücadele yetkilisi ziyaret ederek, söz konusu çeyrekte belirli bir günde sporcuyu test etmeye teşebbüs etmesi gerekir. Aksi halde kaçırılmış bir test iddiasında bulunulamaz. Ayrıca sporcu, bildirdiği yerde bulunma ihtimalini olasılık düzeyinde ispat ederse bulunabilirlik kusuru kabul edilmez. Bu halde, doping kontrol yetkililerinin bildirilen adrese gitmeleri gerekir.

Belirlenen 60 dakikalık zaman diliminde, doping kontrol yetkilisinin sporcuya test hakkında önceden herhangi bir bildirimde bulunmadan, sporcunun yerini tespit etmeye çalışmak için mevcut koşullar altında makul olanı yapması gerekir. Özellikle "sporcu tarafından seçilen yerin niteliği" göz önüne alınarak "durumun özel koşullarında" makul olanı yaparak sporcunun yerini tespit etmeye çalışılmalıdır. Doping kontrol görevlisinin girişiminin makul olup olmadığına ilişkin değerlendirme, sporcu tarafından sağlanan bilgiler ışığında ve sporcunun nerede bulunduğu bilgilerini verme konusundaki titizlik göreviyle bağlantılı olarak ele alınmalı ve doping kontrol görevlisi-

⁵⁵ Türkiye Atletizm Federasyonu Disiplin Kurulu 04.03.2023 Tarih, 2023/2 Esas, 2023/2 Karar; Arbitration CAS 2022/A/9031 Stéphane Houdet v. International Tennis Federation CAS 2022/A/9137 International Tennis Federation v. Stéphane Houdet, award of 2 March 2023.

nin belirtilen yerde attığı adımlara objektif bir şekilde bakılmalıdır.⁵⁶ Doping kontrol görevlilerinin herhangi bir özel çaba harcamadan yeri bulmasına olanak tanıyacak kadar doğru bilgi verilmesi gerekir. Nitekim WADA Rehberi madde 9.2.1'e göre, 60 dakikalık zaman dilimi içerisinde bir sporcunun yerini tespit etmek için yapılan makul bir girişimin ne olduğu önceden belirlenemez, bu durum mutlaka olayın özel koşullarına bağlı olacaktır. Söz konusu zaman dilimi için ve özellikle de sporcunun o zaman dilimi için seçtiği yerin niteliği önemlidir.

Sporcu tarafından seçilen yerin niteliği konusunda, sporcuların kendilerini doping kontrol görevlisinin yerine koymaları gerekir ve sporcu, seçilen belirli bir yerde doping kontrol görevlilerinin karşılaşılabileceği olası zorlukları önceden öngörme ve ortadan kaldırma konusunda gayretli olmalıdır.⁵⁷ ISRM'deki düzenlemeler açıkça bu yükümlülüğü belirtmektedir. Doping kontrol görevlisinin belirlenen lokasyonu bulması için doğru ve yeterli bir ayrıntı içerecek şekilde bildirim yapılmalıdır. Sporcunun potansiyel zorlukları öngörme ve azaltma konusundaki titizlik görevi ile bağlantılı olarak bu yükümlülük yerine getirilmelidir ve bu yükümlülük ilgili sporcunun kişisel durumu ve/veya belirlenen yerde fiilen bulunup bulunmaması ile ilgili bir durum değildir.⁵⁸ Her halükarda, bir sporcu gerçekte o yerde mevcut olsa bile, sporcunun müsait ve erişilebilir olduğunu göstermesi gerekir.⁵⁹ Neticede bildirdiği yerin erişilebilir olması yükümlülüğü sporcuya aittir⁶⁰ ve sporcu, olasılık dengesi ispat standardına göre, ilgili zaman

⁵⁶ Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021; Arbitration CAS 2021/A/8391 Andrejs Rastorgujevs v. International Biathlon Union (IBU), award of 26 August 2022.

⁵⁷ Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021; Arbitration CAS 2021/A/8391 Andrejs Rastorgujevs v. International Biathlon Union (IBU), award of 26 August 2022.

⁵⁸ CAS A2/2014 Drug Free Sport New Zealand (DFSNZ) v. Kris Gemmell, award of 1 December 2014.

⁵⁹ Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021.

⁶⁰ Arbitration CAS 2007/A/1318 Anthony Lobello v. International Skating Union (ISU), award of 6 December 2007; Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency

diliminde belirtilen yerde mevcut ve erişilebilir olmamasının kendi ihm- malinden kaynaklandığı varsayımını çürütmek zorundadır.⁶¹

Sporcu tarafından yazı hatası gibi iddialarda kabul edilemez. Böyle bir hata hafife alınmamalıdır; aksi takdirde hile yapan bir sporcunun sürekli olarak yarışma dışı kontrollerden veya bildirim kusurunun sonuçlarından kaçması çok kolay olacaktır.⁶² Ayrıca sporcunun yer değişikliği için de makul olanı yaptığını ispat etmesi gerekir.⁶³

Son olarak bir sporcuyu test etmek için başarısız bir girişimde bulunulması durumunda, sonraki başarısız denemelerin, yalnızca söz konusu sporcuya daha önce bildirimde bulunulması durumunda kaçırılan doping kontrolü veya bildirim kusuru olarak sayılabilir. Bu hususların varlığı halinde kaçırılmış testten veya bildirim kusurundan bahsedilebilir.

e. Kusur Derecesinin Yaptırım Aralığındaki Sonuç Yaptırımı Belirlemede Sübjektif Kriterler

Sübjektif kriter, “kendi özel durumu ışığında o sporcudan ne beklenebileceğine” işaret etmektedir. Hukuki olarak bir kimseden yapabileceğinden fazlasını istemek ve bunu yapamadığı için kınamak, kusurun ve sorumluluğun ahlaki niteliğine aykırıdır. Sorumluluk için kişinin davranışını yönlendirebilme olanağına sahip olması gerekir. Yani, davranışının da somut olarak bu kişiye yüklenmesi gerekir.

Sübjektif kriterlerde, soyut ve ortalama tip davranış değil, sporcunun bizatihi kendisi dikkate alınır. Kusur belirlenirken model davranış dikkate alınmaz. Bu değerlendirme yapılırken sporcunun mizacı, görev

(WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021; CAS A2/2014 Drug Free Sport New Zealand (DFSNZ) v. Kris Gemmell, award of 1 December 2014; Arbitration CAS 2021/A/8391 Andrejs Rastorgujevs v. International Biathlon Union (IBU), award of 26 August 2022.

⁶¹ Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021.

⁶² Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021.

⁶³ Arbitration CAS 2022/A/9031 Stéphane Houdet v. International Tennis Federation CAS 2022/A/9137 International Tennis Federation v. Stéphane Houdet, award of 2 March 2023.

duygusu, ciddiyeti, yetenekleri, çalışkanlığı gibi kişisel hususlar dikkate alınır. Sporcunun o anda özel bir yüke maruz kalması, stres gibi salt sübjektif hususlar dikkate alınarak kusur belirlenir. Neticede, burada sporcunun kendi içinde bulunduğu fiziki ve psikolojik şartları ve kişisel özellikleri ile yetenekleri dikkate alınarak dikkat ve özen yükümlülüğü tespit edilecektir.⁶⁴ Uygulamada ve doktrinde sübjektif kusur düzeyinin tespitinde bir sporcunun gençliği ve/veya deneyimsizliği, sporcunun karşılaştığı dil veya çevre sorunları, sporcunun aldığı anti-doping eğitiminin kapsamı (veya sporcunun makul olarak erişebildiği anti-doping eğitiminin kapsamı) kişisel hataların dikkate alınacağı belirtilmiştir.⁶⁵

Bir sporcunun gençliği ve/veya deneyimsizliği sübjektif kriter olarak dikkate alınacaktır.⁶⁶ Profesyonel bir sporcu ile amatör sporcunun dikkat ve özen yükümlülüğünde farklı değerlendirmeler olacaktır.⁶⁷ Ahlaki yükümlülüğünü ortadan kaldıracak şekilde de bir değerlendirme yapılamaz. Sadece o anki koşullarda nasıl davranması gerektiğinin tespitinde ve somut olay özelinde değerlendirmeler yapılmalıdır.⁶⁸ Gençlik veya deneyim, iyi niyet çerçevesinde değerlendirilmelidir.⁶⁹

⁶⁴ Arbitration CAS 2021/A/8056 Olga Pestova v. Russian Anti-Doping Agency award of 23 May 2022.

⁶⁵ Şimşek, “Yasaklı bir Madde veya Yasaklı Bir Yöntemin Tespit Edilmesi, Kullanılması veya Kullanılmaya Teşebbüs Edilmesi veya Bulundurulması Anti-Dopin Kural İhlallerinde Yaptırımın Belirlenmesinde Kusur Unsuru”, s. 217.

⁶⁶ Arbitration CAS 2010/A/2293 Saeid Ali-Hosseini v. International Weightlifting Federation, award of 24 August 2011; Arbitration CAS 2011/A/2493 Anti-doping Switzerland v. Cheytres, award of 29 November 2011; Arbitration CAS 2010/A/2107 Flavia Oliveira v. United States Anti-Doping Agency, award of 6 December 2010; Türkiye Atletizm Federasyonu Disiplin Kurulu 2023/2 Esas, 2023/2 Karar, 04.03.2023 Tarihli karar; Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021 kararda şu değerlendirme yer almaktadır: “Sporcu, AIU’ya yaptığı açıklamalarda belirtildiği gibi “hilecilere karşı olan” ve “Dopingsiz bir sporun ilkelerini her zaman savunan”, uluslararası düzeyde bir atlet ve mevcut dünya şampiyonudur. Tam da doping hilelerine karşı olduğunu iddia ettiği için ihmali çok bariz ve mazur görülmez.” Bu açıklama ile beraber Kurul, sporcuya standart iki yıllık hak mahrumiyeti cezası verilmesi gerektiğine karar vermiştir.

⁶⁷ Arbitration CAS 2019/A/6249 Roman Balandin v. Association Russian Anti-Doping Agency, award of 13 September 2019.

⁶⁸ Arbitration CAS 2016/A/4840 International Skating Union v. Alexandra Malkova, Russian Skating Union & Russian Anti-Doping Agency, award of 6 November 2017.

⁶⁹ Arbitration CAS ad hoc Division (OG London) 12/007 International Canoe Federation v. Jan Sterba, award of 6 August 2012.

Çocuklar veya gençler, kendi yaş grubundaki çocuklarla kıyaslanmak üzere kusur değerlendirilmesine tabi tutulmalıdır. Olgun veya erişkinlerde önemli ihmal teşkil eden bir durum genç veya çocuklarda farklı şekilde değerlendirilebilir.

Sporcunun aldığı anti-doping eğitiminin kapsamı da sübjektif kriterler içerisinde ele alınacak hususlardan biridir. Ancak bu değerlendirme yapılırken sporcunun aldığı eğitimin kapsamının yanında, sporcunun makul olarak erişebildiği anti-doping eğitiminin kapsamı da dikkate alınacaktır.⁷⁰ Sporcu, eğitime ulaşabildiği halde bu eğitimi almakta ihmalkâr davranmış ise kusurun hafifletilmesinde dikkate alınamaz.⁷¹

⁷⁰ Arbitration CAS 2012/A/2822 Erkand Qerimaj v. International Weightlifting Federation, award of 12 September 2012; Arbitration CAS 2012/A/2959 World Anti-Doping Agency (WADA) v. Ali Nilforushan & Fédération Equestre Internationale (FEI), award of 30 April 2013 kararında bu hususu şu şekilde ifade etmiştir: “Gençlik veya deneyimsizlik gibi belirli koşullar altında etkili olabilecek diğer hafifletici faktörlerin yokluğunda, anti-doping eğitiminin olmayışı tek başına hak mahrumiyeti süresinin azaltılmasını haklı çıkarmak için yeterince istisnai değildir.”

⁷¹ Türkiye Atletizm Federasyonu Disiplin Kurulu 2023/2 Esas, 2023/2 Karar, 04.03.2023 Tarihli karara konu olayda şu değerlendirmeler yapılmıştır: “Kişinin kusurlu olup olmadığını tespit için Sporcunun deneyimi, eğitimi, yaşı, engellilik gibi özel durumlar, somut olay koşulları, beyanlar dikkate alınmaktadır. Sporcu 2000 doğumludur ve olay tarihinde 20 yaşındadır. Genç bir sporcudur. Sporcunun ihmalinin tespitinde, sporcunun tecrübesi ve yaşı da dikkate alınmalıdır. Deneyimli bir sporcunun kabul edilebilir kural dışı hareketlerinin ölçüsü daha sınırlı olması gerekmektedir. Makul bir sporcunun fiziki, fikri, ahlaki, güç ve yetenekleri, teknik ve mesleki becerilerini göz önünde tutarak oluşturulan model davranışa uygun davranması gerektiği bilincinde olmayan bir sporcunun davranışının kınanmaması gerekir. Genç bir sporcu olan’ın dikkat seviyesi daha düşük olacaktır.

TDMT gereği, TDMK eğitim verme yükümlülüğü vardır. TDMK tarafından sunulan belgelerden de anlaşılacağı üzere, bildirim kusuruna ilişkin olarak eğitimler 16-17 Şubat 2022 tarihinde. Sporcunun iddia edilen iki ihlalinin sonrasındadır. Bir ISRM’nin dahi tercümesi yoktur. Yani Türkçe kaynak dahi yoktur. Sporcu kendisine uygulanacak hükümlerden habersizdir. Ülke şartlarında bir sporcunun hem spor yapması hem de geçimini temin etmesi çok zordur. Birçok sporcu, sporu amatör olarak yapmaktadır ve başka mesleklerden gelir elde etmeye çalışmaktadır. Bu ağır şartlarda sporcuların daha özenli ve dikkatli tam eğitim verilmesi gerektiği kuşkusuzdur. Bireysel eğitim alma olanağının gerek ekonomik gerekse bilimsel yetersizlikler sebebi ile imkânsız düzeyde olması karşısında TDMK’nın eğitimdeki önemini daha da artırmaktadır. TDMK, asıl amacı doping yapan sporcuları bulup yargılatmak değil, doping yapılmasını engellemektir. Engelleyici fonksiyonunu tam olarak kullanmak için ciddi bir

Sübjektif kriterler arasında sporcunun basit ve düşüncesiz hareketleri de dikkate alınabilir. Sorumluluk hukukunda ihmalin, mutlak

eğitim programı sunması ile başlar. Uzaktan eğitim ile denetlenemeyen bir sistemden de mümkün oldukça uzaklaşılmalı ve sporcuların yüz yüze eğitim ile donanımlı olmasını sağlamalıdır. Sporcunun e-postalarına dahi bakmayacak kadar bilincinin oluşmamasından ve kendisine yardım edileceği düşüncesinden uzak olması TDMK'nın eğitim yükümlülüğünü ihlal ettiğini göstermektedir. Kendisini soyutlayarak, cezalandırıcı bir kurum olma görünüşünden uzak bir dopingle mücadele komisyonu algısının da ancak sporcular ile el ele yürüyerek, verilecek sağlıklı eğitimler ile mümkün olacaktır. Sporcunun eğitiminin eksik olduğu kanaatine varılmıştır.

Sporcudan bugüne kadar alınan numunelerden herhangi bir olumsuz bildirim olmamıştır. Antrenörü de sporcusunun dopinge karşı olduğunu ve mevcut olayın meydana gelmesinde sporcunun kusuru olmadığını belirtmiştir. Annesi ile olan durumu izah etmiştir. Sporcu savunma ve delilleri ile de örtüşmektedir. Sporcu en erken 24 saat içerisinde yer değişikliği bildirimini yapabilir. Ancak annesinin durumundan dolayı annesinin yanında da olmak zorundadır. Bir taraftan da spor hayatını devam ettirmek zorundadır. Eğer değişiklik yapsa kamptan annesinin yanına gittiğinde ne olacak? Gerçekten istisnai bir durumdur. Böyle zor bir durumda sporcunun bırakılması kabul edilemez ve ailevi yükümlülüklerini yerine getirmek zorunda olan bir kişinin bu davranışının kınanması da beklenemez. Burada sporcunun, temelde, özel yaşamın kapsamına giren ve çalışma yaşamında doğrudan yer edinen bireyin kişiliğinin gelişimi ve gerçekleştirilmesi, kişinin maddi ve manevi itibarı ve bu kapsamda mesleki itibarına yönelik ve aile bütünlüğüne yönelik hakkı kapsamındaki menfaati ile sportif düzenin korunması menfaati arasındaki dengenin sağlıklı bir şekilde kurulması gerekir. Sporcunun, makul kabul edilebilecek bir gerekçesi, sporcunun spor hakkı kapsamındaki menfaatinin karşısında sportif düzeni korumaya yönelik disiplin hükmünün ihlaline üstünlük tanımak menfaatler arasında dengesizliğe yol açacaktır. Sporcu numunesinde yasaklı madde çıkması veya herhangi bir anti-doping kural ihlali şüphesini oluşturacak bir durumun olmaması, sporcunun davranışının kınanabilir olması, anti-doping kural ihlalleri ile sağlanmak istenen amacın dışına çıkılacağı ve menfaat dengesinin sporcu aleyhine işleyeceği açıktır. Merkezinde insan onuru olan ve kendini bu değer üzerine inşa eden bir toplumda bu ilkelerin göz önünde bulundurulması, anayasal bir zorunluluktur. Hiçbir otorite, bir suçluyu anayasal haklarının zarar görmesine sebebiyet verecek biçimde, suç işlenmesinin önlenmesi amacının bir objesi haline getiremez. Spor yapmanın spor federasyonları dışından neredeyse imkânsız olduğu hususu da nazara alınınca, somut olayda, sporcuya hak mahrumiyeti cezası verilmesinin, mesleğini icra etmesinin önünde büyük bir engel teşkil edeceği, meslek ve itibarını olumsuz etkileyeceği kuşkudan uzaktır. Bu sebeple menfaatlerin sağlıklı bir şekilde dengelenmesi gerekir. Yukarıda bu hak ilişkisinden bahsedilmiştir. Gerçekten sporcunun zor durumda olduğu ve kusuru olmadığı kanaati kurulumuzda oluşmuştur.” Bu karara karşı Gençlik ve Spor Bakanlığı Tahkim Kurulu’na itiraz edilmiş ve 2023/61 Esas, 2024/38 Karar, 21.02.2024 Tarihli karar ile sporcuya bir yıl hak mahrumiyeti cezası verilmiştir. Kararda herhangi bir gerekçe bulunmamaktadır.

manada spor kurallarına riayet edilmesi şeklinde anlaşılmasının adil olmayan sonuçlar doğuracağı belirtilmiştir.⁷² Belirli şartlarda ve müsaade edilebilir bir alanda, sporcunun kişisel hatalarının da kusurun hafifletilmesinde subjektif kriterler arasında olduğunu kabul etmek gerekir. Bir sporcunun yüksek düzeyde strese maruz kalması örnek olarak gösterilebilir.⁷³ Dikkatsiz ama anlaşılır bir hata nedeniyle farkındalık düzeyi azalmış bir sporcunun durumunu, kusurun hafifletilmesinde subjektif bir unsur olarak ele alınabilecektir.⁷⁴

3. Kusur veya İhmalin Olmaması

WADC “Tanımlar” başlığı altında Kusur veya İhmal Olmaması, sporcunun veya diğer kişinin yasaklı bir maddeyi kullandığını veya yasaklı bir yöntemin kendisine uygulandığını bilmediğini veya bir dopingle mücadele kuralını diğer şekillerde ihlal etmiş olduğunu bilmediğini veya bu durumdan şüphelenmediğini ve son derece dikkatli davranmasına rağmen bunu bilmesinin veya bundan şüphelenmesinin makul olarak mümkün olmadığını kanıtlaması olarak tanımlanmıştır.

WADA Kodu madde 10.5. gereği, bir sporcunun veya diğer kişinin bir vakada kusur veya ihmalinin olmadığını kanıtlaması durumunda

⁷² Ayrıntılı bilgi için bakınız: Şimşek, Spor Müsabakalarında Meydana Gelen Bedensel Zararlarda Sporcunun Dikkat ve Özen Yükümlülüğü, s. 391 ve devamı.

⁷³ Arbitration CAS 2012/A/2756 James Armstrong v. World Curling Federation, award of 21 September 2012; AAA’nın No. 01-16-0000-6096 sayılı kararında, büyükannesinden boyun ve adet ağrısını dindirecek bir şey isteyen bir sporcunun davranışı değerlendirilmiştir. Büyükanne, sporcuya tanıdık gelen bir hap, yani daha önce kullandığı ve tamamen yasal olan bir ürün (ibuprofen) verdi. Sporcunun hapla ilgili herhangi bir soruşturma yapmaması nedeniyle özen yükümlülüğünü ihlal ettiği açıktır. Ancak heyetin görüşüne göre sporcu hapı alırken kasıtlı değil, ihmalkâr davranmıştır. Bu sonuca varırken kurul, diğerlerinin yanı sıra, sporcunun ilgili zamanda bir tür istisnai durumda olduğunu dikkate almış ve sporcunun hapı alırken net bir şekilde düşünemediğini, çünkü şiddetli ağrı ve stres yaşadığını tespit etmiştir. Yalnızca çektiği acıyı dindirmek istediğini ve başka hiçbir ikincil hedefi kabul etmediğini belirtmiştir.

⁷⁴ Arbitrations CAS 2017/A/5301 Sara Errani v. International Tennis Federation (ITF) & CAS 2017/A/5302 National Anti-Doping Organisation (NADO) Italia v. Sara Errani and ITF, award of 8 June 2018; Arbitration CAS 2012/A/2756 James Armstrong v. World Curling Federation, award of 21 September 2012; Arbitration CAS 2013/A/3327 Marin Cilic v. International Tennis Federation (ITF) & CAS 2013/A/3335 International Tennis Federation (ITF) v. Marin Cilic, award of 11 April 2014 (operative part of 25 October 2013).

hak mahrumiyeti cezası uygulanmaz.⁷⁵ Yine burada ispat külfeti sporcuda olacaktır ve olasılık dengesi ile ispat yükünü boşaltabilecektir.

⁷⁵ Türkiye Atletizm Federasyonu Disiplin Kurulu 2020/1 Esas, 2020/1 Karar, 0702.2020 Tarihli kararına konu olayda şu değerlendirmeler yapılmıştır: "Sporcu tarafından, ADAMS'da kayıtlı Bulunabilirlik Bildiriminde,saatleri arasında adresinde bulunacağı beyan edilmiştir. TDMK yetkilileri tarafından tutulan Başarısız Girişim Rapor formunda, belirtilen saatte adreste gidildiği ancak sporcuya ulaşılamadığı, sporcu tarafından bildirilen telefon numarası arandığı ve başka birinin çıktığı bu kişinin Otelde kaldığı bilgisi verilmiş ve doping kontrol görevlileri tarafından 10:53'te kaldığı otelde numunesi alındığı belirtilmiştir. Sporcu savunmasında, 7 Nisan 2018 tarihinde Federasyon tarafından uçak biletlerinin ayarlandığı ve İstanbul G....Hotel'de kalacağı bilgisi verildiği için bu adresin bildirildiği, sonra yarış direktörü tarafından başka bir otele yerleştirildiği, doping kontrol görevlilerinin gelmesi üzerine o otele yönlendirildiğini belirtmiştir. 53 dakikalık gecikme sonrası, doping kontrol görevlilerinin gayreti ile numune alınması ve sporcu savunmasında ileri sürülen hususların bir yükümlülüğe riayet edilmemesi veya belirli bir durum için gereken özenin gösterilmemesi anlamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, yani, kusurunun olup olmadığı ele alınmalıdır. Sporcu savunmasında, 7 Nisan 2018 tarihinde organizatör tarafından uçak biletlerinin ayarlandığı ve İstanbul G.... Hotel'de kalacağı bilgisi verildiği için bu adresin bildirildiği, sonra yarış direktörü tarafından başka bir otele yerleştirildiği, doping kontrol görevlilerinin gelmesi üzerine o otele yönlendirildiğini belirtmiştir. Sporcunun Türkçe dilini konuşmasındaki zayıflığı nedeni ile kardeşinin telefonu verildiğini, yer değişikliği bildirimi için zamanın olmadığını belirtmiştir.'nın bilgisine başvurulmuş ve İstanbul Yarı Maratonuna katılmak için 6 Nisan 2018'de sporcuyu ile beraber İstanbul'a gittiğini, başlangıçta organizatörün, sporcuya 2 gece konaklama sunduğunu öğrendiğini, bu yüzden ilk gece (sporcunun bulunduğu yerde belirtildiği gibi) G..... Otel'de (federasyonun her zaman olduğu otel) kalması gerektiği daha sonra, organizatörün ekstra geceyi aynı otelde kalmayı düzenleyebildiği, bu nedenle W.... Hotel'de kaldığı ve aynı gün sporcunun bulunduğu yer hemen değiştirilemediği, bu nedenle güncellenen 7 Nisan 2018'de yapıldığı, anti doping ajanları ona telefonla ulaştıklarında W.....Otel'de olduğu bilgisini aldıklarını, numune alındığını ve tüm bu duruma tanık olduğunu, Doping ajanları tarafından kontrol edilmekten kaçınmak gibi bir durumun olmadığını belirtmiştir. Sporcunun İstanbul Yarı Maratonu'na davet edildiği ve organizatör tarafından W... İstanbul Old City konaklama yeri olarak belirlendiği, 5 Nisan Perşembe 23:40 uçak iniş saati gözüktüğü dosya kapsamındaki belgelerden anlaşılmaktadır. Bu bilgiler ışığında değerlendirme yapıldığında, sporcu ile İstanbul Yarı Maratonu'nu organize eden organizatör ve Federasyon arasında sporcunun kalacağı yer hususunda bilgi akışında aksamaların olduğu, sporcunun konaklaması gereken yer hususunda karışıklık olduğu anlaşılmaktadır. Konaklama yerindeki karışıklık sebebi ile sporcunun sağlıklı bir şekilde yer bildiriminde bulunması beklenemez. Bu kısa süreli karışıklık içinde sporcu tarafından yer bildirimi değişikliği yapmasının beklenmesi de kabul edilemez. Doping kontrol görevlilerinin araması üzerine sporcu tarafından gecikmeli de olsa numune verilmiştir. Bu kısa sürede herhangi bir manipülasyon yapılması da mümkün gözükmemektedir. Bu hususların tamamı birlikte değerlendirildiğinde sporcunun kusurunun olmadığı sonucuna ulaşılmıştır."

a. Sonuçların İptali

WADA Kodu madde 10.10 gereği, alınan örneğin pozitif olarak tespit edildiği bir müsabakada elde edilen sonuçların madde 9 uyarınca kendiliğinden iptal edilmesine ek olarak, müsabaka içi veya müsabaka dışı dönemde alınan örneğin pozitif çıktığı veya diğer bir anti-doping kural ihlalinin gerçekleştiği tarihten geçici askıya almanın veya hak mahrumiyeti ceza süresinin başlatılma tarihine kadar olan süre zarfında sporcunun elde ettiği diğer tüm müsabaka sonuçları, adalet ilkesi aksini öngörmediği sürece iptal edilir ve verilen bütün madalyalar, puanlar ve ödüller geri alınır.

WADA Kodu madde 10.10 gereği, adalet duygusunu incitecek şekilde sonuçların iptaline karar verilemez. Doğal adalet ilkeleri gerektirdiği takdirde sonuçlar iptal edilir. Sonuçların iptali başlı başına ağır bir yaptırımdır ve bir bakıma bir hak mahrumiyeti süresiyle eş tutulabilir. Ancak, verilecek hak mahrumiyeti süresi (en kötü durumlarda bile) dört yıl ile sınırlı iken, sonuçların iptal edilebileceği süre sınırsızdır. Yerleşik CAS içtihatlarına göre, orantılılık ilkesi göz önüne alınarak işlenen ihlale uygulanan yaptırımın uygun olup olmadığının değerlendirilmesinin yapılması gerekir.⁷⁶ Her olaya özgü şartlar ayrı olmak üzere, bir adillik testinin uygulanmasında değerlendirilen faktörler arasında sporcunun kusur derecesi, etkilenen spor sonuçları, sonuçların diskalifiye edilmesinin önemli sonuçları, sporcunun biyolojik pasaportu, özel sorunlar, ikinci bir aşamada ek hak mahrumiyeti süresi, sonuçların yönetimindeki gecikmeler yer alır.⁷⁷ Neticede adalet kavramının geniş bir şekilde yorumlanması gerekir ve özellikle sporcunun kusuru, anti-doping kural ihlalinin ciddiyeti ve sonraki sonuçlar üzerindeki etkisi dikkate alınmalıdır.⁷⁸

⁷⁶ Arbitration CAS 2016/O/4481 IAAF v. All Russia Athletics Federation & Mariya Savinova-Farnosova, award of 10 February 2017.

⁷⁷ Markus Mannien/Brent J. Nowicki, "Unless Fairness Requires Otherwise" A Review of Exceptions to Retroactive Disqualification of Competitive Results for Doping Offenses, *CAS Bulletin*, (2017)2, 7-18, s. 7 ve devamı.

⁷⁸ Arbitration CAS 2022/A/9031 Stéphane Houdet v. International Tennis Federation CAS 2022/A/9137 International Tennis Federation v. Stéphane Houdet, award of 2 March 2023; Arbitration CAS 2013/A/3274 Mads Glasner v. Fédération Internationale de Natation (FINA), award of 31 January 2014; Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30

Neticede, kural olarak, anti-doping kural ihlalinin meydana geldiği tarihten herhangi bir geçici uzaklaştırmanın veya cezanın başlangıcına kadar elde edilen tüm sonuçların iptal edilmesi gerekir. Ancak, adalet ilkesi çerçevesinde, sporcunun üçüncü bildirim kusuru sonrasında elde ettiği müsabaka sonuçları varsa ve hiçbir doping uygulamasının etkilememesi söz konusu değilse sporcunun lehine değerlendirme yapılabilir.⁷⁹

b. Yaptırımın Başlangıcı

WADAC madde 10.13'e göre, bir sporcunun bir dopingle mücadele kural ihlali nedeniyle halihazırda infaz edilmekte olan bir hak mahrumiyeti cezasının olması durumunda, yeni hak mahrumiyeti ceza süresi geçerli hak mahrumiyeti ceza süresinin tamamlanmasından sonraki ilk gün başlar. Bununla birlikte, hak mahrumiyeti ceza süresi, hak mahrumiyeti cezası kararının verildiği tarih itibariyle veya yargılamadan feragat edilmiş olması ya da yargılamanın yapılmaması durumunda hak mahrumiyeti cezasının kabul edildiği veya infazına başlandığı tarihte başlar.

WADC madde 10.13.1'de ise yargılama sürecinde veya doping kontrolü sürecinin herhangi bir safhasında, sporcudan kaynaklanmayan önemli gecikmelerin yaşanması ve sporcunun söz konusu gecikmelerin kendisinden kaynaklanmadığını ispat edebilmesi durumunda, hak mahrumiyeti ceza süresini öngörülenden daha erken olacak şekilde örneğin alındığı tarihten veya başka bir dopingle mücadele kural ihlali söz konusuysa sonuncu ihlal tarihinden itibaren başlatılabilir. Geçmişe dönük hak mahrumiyeti de dahil olmak üzere hak mahrumiyeti ceza süresi zarfında müsabakalardan elde edilen bütün sonuçlar iptal edilir.

June 2021; Arbitration CAS 2011/A/2671 Union Cycliste Internationale (UCI) v. Alex Rasmussen & National Olympic Committee and Sports Confederation of Denmark (DIF; Dansk Idrætsforbund), award of 4 July 2012

⁷⁹ Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021; Arbitration CAS 2011/A/2671 Union Cycliste Internationale (UCI) v. Alex Rasmussen & National Olympic Committee and Sports Confederation of Denmark (DIF; Dansk Idrætsforbund), award of 4 July 2012.

Bu düzenleme ile hak mahrumiyeti süresinin geriye dönük tarihlendirilmesi mümkün bir sonuçtur ancak zorunlu bir sonuç değildir. Bu takdir yetkisinin, karar veren organ tarafından kullanılıp kullanılmayacağı ve nasıl kullanılacağı davanın koşullarına bağlıdır ve gecikmenin sebebine ilişkin makul ve açıklanabilir her türlü gerekçe dikkate alınabilir.⁸⁰ “Gecikme”, sadece zamanın geçişini ifade eder ve “önemli” ifadesi de niceliksel bir kavram olup incelenen davada normal olarak beklenenden daha fazlasına eşdeğerdir.⁸¹

Bu düzenlemenin amacı, sürecin hızlı bir şekilde ilerlemesini sağlamak ve böylece sporcuyu kendi geleceği konusunda gereksiz bir belirsizlik durumunda bırakılmamaktır.⁸² Sporcunun müsabakalara dönüşünün gereksiz yere ertelenmesi, birçok spor kariyerinin nispeten kısa dönemi göz önüne alındığında özellikle ciddi bir meseledir. Bu düzenleme ile ciddi gecikmeler telafi edilebilir.⁸³

Bu düzenlemeler neticesinde, yargılama kurumu, disiplin sürecindeki gecikmelerin süresinin ne kadar olduğunu, bu gecikme süresinin herhangi bir şekilde sporcuya atfedilip atfedilmeyeceğini, sporcuya atfedilecek sürelerin de dışlanması ile ortaya çıkacak gecikme süresinin önemli olup olmadığını tespit ettikten sonra, davanın koşullarını da dikkate alarak geriye dönük tarih belirleme takdir hakkını kullanacaktır.⁸⁴

⁸⁰ Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021; Arbitration CAS 2015/A/4059 World Anti-Doping Agency (WADA) v. Thomas Bellchambers et al., Australian Football League (AFL) & Australian Sports Anti-Doping Authority (ASADA), award of 11 January 2016; Arbitration CAS 2018/A/5581 Filip Radojevic v. Fédération Internationale de Natation (FINA), award of 10 July 2018.

⁸¹ Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021.

⁸² Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021. CAS 2022/A/9031 Stéphane Houdet v. International Tennis Federation CAS 2022/A/9137 International Tennis Federation v. Stéphane Houdet, award of 2 March 2023.

⁸³ Arbitrations CAS 2009/A/1759 & 1778 Fédération Internationale de Natation (FINA) & World Anti-Doping Agency (WADA) v. Max Jaben & Israel Swimming Association (ISA), award of 13 July 2009.

⁸⁴ Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021.

Gecikme süresi belirlenirken dopinge mücadele komisyonunun hızlı hareket etme ihtimali dikkate alınmaz. Normal zaman dilimi içerisinde hareket etmesi yeterlidir.⁸⁵ Ayrıca CAS'a yapılan başvurular doping kontrol sürecinin bir unsuru değildir.⁸⁶ Türkiye özelinde, Federasyon disiplin kurullarında verilen karar sonrası Gençlik ve Spor Bakanlığı Tahkim Kurulu'na itiraz edilmesi halinde, Tahkim'de geçen sürelerin doping kontrol sürecinin bir parçası olarak ele alınması her somut olay özelinde değerlendirmeye alınmalıdır. Aksi halde adil olmayan sonuçlar çıkmaktadır.⁸⁷

⁸⁵ Arbitration CAS 2018/A/5581 Filip Radojevic v. Fédération Internationale de Natation (FINA), award of 10 July 2018; Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021.

⁸⁶ Arbitration CAS 2018/A/5581 Filip Radojevic v. Fédération Internationale de Natation (FINA), award of 10 July 2018; Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021.

⁸⁷ Bulunabilirlik kusuruna ilişkin anti-doping kural ihlali olan bir vakada, Türkiye Atletizm Federasyonu Disiplin Kurulu 2023/2 Esas, 2023/2 Karar, 04.03.2023 Tarihli kararı ile sporcuya hak mahrumiyeti yaptırımını uygulamamıştır. Bu karara karşı Gençlik ve Spor Bakanlığı Tahkim Kurulu'na itiraz edilmiş ve 2023/61 Esas, 2024/38 Karar, 21.02.2024 Tarihli karar ile sporcuya bir yıl hak mahrumiyeti cezası verilmiştir. Cezanın infazının karar tarihi olan 21.02.2024 tarihinden itibaren infazına karar vermiş ve üçüncü bulunabilirlik kusuru tarihi olan 01.04.2022 tarihinden itibaren de sonuçların iptaline karar verilmiştir. Tahkimde karar yaklaşık on ay sonra verilmiştir. Bu gecikmenin hiçbir makul açıklaması yoktur. Sporcu 01.04.2022 tarihinden itibaren de hiçbir müsabakaya katılmamıştır. Tedbir kararı olmasa da fiilen müsabakalara alınmamıştır. Maalesef federasyonların sadece bu vakada değil, diğer vakalarda da aynı tutumu sergilediği görülmektedir. Süreç iki yıl sürmüştür. Geçmişte bir tarih belirlenmemesi ve sonuçların bu şekilde iptal edilmesi sporcunun alabileceği maksimum iki yıl hak mahrumiyeti süresini dahi aşmıştır. 01.04.2022 tarihinden yaptırımın infazının son bulacağı 21.02.2025 tarihine kadar sporcuya, spordan uzak kalmıştır. Sporcu tarafından yaptırım tarihinin geçmişte bir tarih olarak belirlenmesi ve sonuçların adalet ilkesi çerçevesinde iptal edilmesi dile getirilmese de yargılama kurumu tarafından bu hususların dikkate alınması adalet ilkesi gereğidir. Davayı aydınlatma yükümlülüğü hukuk aygırlamasında varken anti-doping yargılamalarında olmadığını ileri sürmek kabul edilemez. Nitekim anti-doping yargılamaları niteliği itibari ile kamunun disiplin veya ceza yargılamalarına daha yakındır. Sporcu kusurunun bu kadar düşük tespit edildiği Tahkim yargılamasında, bu şekilde bir karar verilerek sporcunun 3 yılının kayıp olmasına sebep olunmuştur. Bu ise somut vaka özelinde "adalet" duygusunu ciddi bir şekilde ihlal etmiştir. Diğer taraftan, yargılamanın makul süre içerisinde yapılmamasının acı sonucu da bu vakada görülmektedir.

Yargılama kurumu, sporcuya atfedilemeyecek önemli gecikmelerin olduğunu belirlenmiş ise bu döneme orantılı olarak hak mahrumiyeti süresinin geriye alınmasının adil olacağını kabul etmesi gerekir.⁸⁸

SONUÇ

Kayıtlı doping havuzunda yer alan bir sporcunun 12 (on iki) aylık bir süre içinde ISRM’de belirtildiği şekilde toplamda 3 (üç) kez Doping Kontrolünü kaçırmaması ve/veya bildirim kusuru işlemesi eylemlerinin herhangi bir bileşimi anti-doping kural ihlali olarak tanımlanmıştır. RTP’ye kayıtlı olan sporcular için bulunabilirlik kusurları anti-doping kural ihlalli uygulanabilir ve her sporcu, bilgileri ADAMS’a düzenli olarak girme ve güncelleme ve her gün belirlenen yerde 60 dakikalık zaman dilimi içerisinde test için hazır ve erişilebilir olma yükümlülüğü altındadır.

Sporcuya uygulanan hak mahrumiyeti yaptırımının tespiti kusur etrafında dönmektedir. Anti-doping düzenlemelerinde yer alan bildirim yükümlülüklerine riayet edilmemesi veya belirli bir durum için gereken özenin gösterilmemesi halinde sporcu kusurlu kabul edilecektir.

Kastın varlığı halinde 2 yıllık hak mahrumiyeti yaptırımı uygulanacaktır. Kastın varlığını dopinge mücadele organı ispat edecektir. Sporcunun kastının belirlenmesinde sporcunun göreceli deneyim düzeyi (spor ve anti-doping kural ihlali ile ilgili), sporcunun genel anti-doping eğitimi (veya eksikliği), farkındalık düzeyi, olayı çevreleyen koşullar ve çeşitli katılımcıların ve tanıkların ifadeleri gibi hususlar dikkate alınacaktır. Her somut olay kendi içerisinde değerlendirilmeli ve ona göre kusur tespit edilmelidir.

Sporcunun kastı yok ise yaptırım 2 yılın da altına inecektir. Bu halde sporcunun kusur derecesine göre yaptırım belirlenecektir. Sporcunun önemli bir kusur veya ihmali varsa yaptırım 20 aydan fazla ve 24 aya kadar bir yaptırım aralığında yaptırım uygulanacaktır. Normal/orta dereceli ihmali varsa 16 aydan fazla ve 20 aya kadar bir yaptırım aralığında yaptırım uygulanacaktır. Sporcunun kusur derecesi hafif

⁸⁸ Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021.

ihmal ise 12 aydan fazla ve 16 aya kadar bir yaptırım aralığında yaptırım uygulanacaktır. Sporcunun kusur derecesi hafif olsa dahi yaptırım bir yılın altında olmayacaktır.

Kusur derecesinin önemli, normal/orta veya hafif olup olmadığının tespitinde, kural olarak objektif kriterler, kusur dereceleri içerisinde sonuç yaptırımın belirlenmesinde ise sübjektif kriterler esas alınacaktır. WADA düzenlemeleri gereği, sporcudan bir “yükümlülük” veya “özen” beklenmektedir ve bu yükümlülük, her gün için üç ayda bir yeterli ve doğru nerede bulunduğu bilgisini sağlama ve güncelleme görevidir. Sporcunun nerede olduğu ile ilgili yükümlülükleri sporculardan beklenecek dikkat ve özen yükümlülüğünün çıkış noktasıdır. Altmış dakikalık bir zaman dilimi boyunca, habersiz testler için mevcut, hazır ve erişilebilir olmak sporcunun yükümlülüğüdür.

Kural olarak, anti-doping kural ihlalinin meydana geldiği tarihten herhangi bir geçici uzaklaştırmanın veya cezanın başlangıcına kadar elde edilen tüm sonuçların iptal edilmesi gerekir. Ancak, adalet ilkesi çerçevesinde, sporcunun üçüncü bildirim kusuru sonrasında elde ettiği müsabaka sonuçları varsa ve hiçbir doping uygulamasının etkilememesi söz konusu değilse sporcunun lehine değerlendirme yapılabilir ve iptal edilmeyebilir.

Yargılama sürecinde veya doping kontrolü sürecinin herhangi bir safhasında, sporcudan kaynaklanmayan önemli gecikmelerin yaşanması ve sporcunun söz konusu gecikmelerin kendisinden kaynaklanmadığını ispat edebilmesi durumunda, hak mahrumiyeti ceza süresini öngörülenden daha erken olacak şekilde başlatılabilir. Bu takdir yetkisi yargılama kurumuna ait olup sporcuya atfedilemeyecek önemli gecikmelerin olduğu belirlenmiş ise bu dönemle orantılı olarak hak mahrumiyeti süresinin geriye alınmasının adil olacağını kabul etmek gerekir.

Kaynakça

Kitaplar

Eren Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, (8. Baskı), Beta Yayınları, İstanbul 2008.

Hatemi Hüseyin ve Gökyayla Emre, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

- İmre Zahit, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mes'uliyet Halleri, İstanbul 1949.
- Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (6. Baskı), Turhan Kitapevi, Ankara 2005.
- Koçhisaroğlu Cengiz, Haksız Eylem Kusuru, Basılmamış Doçentlik Tezi, Ankara 1990.
- Oğuzman M. Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.: II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Şimşek Alparslan, Spor Müsabakalarında Sporcuların Yaralanmasından ve Ölmesinden
- Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum 2013.
- Tandoğan Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet, Ajans- Türk Matbaası, Ankara 1961.
- Tekinay S. Sulhi, Akman Sermet, Burcuoğlu Haluk, Altop Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, (7. Baskı), Filiz Kitapevi, İstanbul 1993.

Makaleler

- Halt James, "Where is the Privacy in WADA's "Whereabouts" Rule?," *Marquette Sports Law Review*, (2009)20/1, 267-289.
- Kaneti Selim, "Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi", Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler 1. Sempozyumu, 21-22 Ekim 1977 Ankara, (s. 29-66), İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, İstanbul 1980.
- Mannien Markus/Nowicki Brent J., "Unless Fairness Requires Otherwise" A Review of Exceptions to Retroactive Disqualification of Competitive Results for Doping Offenses", *CAS Bulletin*, (2017) 2, 7-18.
- Şimşek Alparslan, "Spor Müsabakalarında Meydana Gelen Bedensel Zararlarda Sporunun Dikkat ve Özen Yükümlülüğü", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (2015)121, 381-402.
- Şimşek Alparslan, "Yasaklı bir Madde veya Yasaklı Bir Yöntemin Tespit Edilmesi, Kullanılması veya Kullanılmaya Teşebbüs Edilmesi veya Bulundurulması Anti-Dopin Kural İhlallerinde Yaptırımın Belirlenmesinde Kusur Unsuru", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (2024)172, 161-226.