

**İHALE KONUSU HUKUKİ İŞLEMLER BAKIMINDAN  
4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU'NUN KAPSAMI VE  
GELİR/HASILAT PAYLAŞIMI UYGULAMASI:“İDDAA”  
ÖRNEĞİ**

*The Scope of the Public Procurement Law and the Practice of  
Tenders Based on Profit Sharing Model: A Case of “Iddaa”*

**Yrd. Doç. Dr. Abdullah UZ\***

**Giriş,** I. İhale Konusu Hukuki İşlemler Bakımından Kamu İhale Kanunu'nun Kapsamı ve Kamu İhale Kurulunun Yaklaşımı, II. Gelir/Hasılat Paylaşımı Uygulaması ve “İddaa” Örneği, A. Genel Olarak Şans Oyunları Düzenleme Yetkisi, B. Risk Yönetim Merkezi Kurulması ve İşletmeciliği Başbayılığı Verilmesi İş İhalesine İlişkin İdari-Yargısal Süreç ve İlgili Mevzuat Değişikliği, 1. İdari Süreç, 2. Yargısal Süreç, 3. İlgili Mevzuat Değişikliği Süreci, III. İhalenin Tabi Olacağı Hukuksal Rejime İlişkin Tespit ve Değerlendirmeler, A. Kamu İhale Kurulunun Konuya İlişkin Yaklaşımı Üzerine, 1. Genel Olarak, 2. İhalenin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamında Olup Olmadığı Sorunu, 3. İhalenin 4046 Sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun Bakımından Değerlendirilmesi, IV. İlgili Mevzuat Değişikliği ve İdare Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sonuçlar, A. İdari Teşkilatlanma Bakımından Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü ve Spor Toto Teşkilat Başkanlığının Durumu, B. 5583 sayılı Kanunla Getirilen İstisna Hükümü ve Doğuracağı Hukuki Sonuçlar, 1. Spora Dayalı Bahis ve Şans Oyunlarının Düzenlenmesi veya Düzenlenmesi Bakımından Yetki Sorunu, 2. 4734 Sayılı Kanuna Getirilen İstisna ve Ortaya Çıkardığı Hukuki Sonuçlar, **Sonuç ve Değerlendirme**

---

\* Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

## ÖZET

İlgili mevzuatta yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemleri ifade eden kamu alımları süreci, kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirleme amacıyla hazırlanan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu tarafından düzenlenmiştir. Söz konusu Kanuna göre, bu Kanunda belirtilen idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri bu Kanun hükümlerine göre yürütülmesi gerekir. İlgili mevzuatın kapsam ve istisnalarını dikkate alarak, gelir paylaşımına dayalı ihalelerin Kamu İhale Kanunu kapsamında olup olmadığını tespit etmeye ve bunu yaparken de Türkiye’de spora dayalı tek bahis oyunu olan İddia ihalesini ve ilgili mevzuatı değerlendirmeye çalıştık. Yine, Danıştay’ın bu konuda vermiş olduğu kararı üzerinde durduk ve gerek Spor Toto Teşkilat Başkanlığı, gerekse Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü’nün Türk İdare Teşkilatı içindeki yerine ilişkin tespit ve değerlendirmeler yapmaya çalıştık.

**Anahtar Kelimeler:** Kamu alımları, ihale, Kamu İhale Kanununun kapsamı, gelir paylaşımı/hasılat paylaşımı, Danıştay

## ABSTRACT

Procurement, a procedure which involves the award of a contract relating to purchase of goods, services or works, to one selected bidder in accordance with the procedures and conditions laid down in related law, and which is completed with the signing of the contract following the approval of the contracting officer, is regulated by the Public Procurement Law, the purpose of which is to establish the principles and procedures to be applied to procurements conducted by all public entities and institutions governed by public law or under public control or using public funds. According to the Turkish Public Procurement Law, any procurement of goods, services and works, the cost of which is covered by any resources that are at the disposal of the contracting entities mentioned in this law, must be executed in accordance with the provisions of this law. Taking into consideration the scope and exceptions of related legislation, we try to establish if tenders based on the practice of profit sharing take place within the scope of Public Procurement Law or not and by achieving this we try to make an assessment on İddaa, a betting mechanism and the only official way to bet on soccer and other sports in Turkey, and related legislation. We also try to touch on the decision of the Council of State (Danistay), by which the Danistay annulled a tender held by the state-owned betting organization, Spor Toto. Last but

not least we try to establish organisational structure of Spor Toto and the Youth and Sports General Directorate in Turkish Public Administration.

**Keywords:** Public procurement, tender, scope of the Turkish Public Procurement Law, profit sharing, Council of State

## Giriş

Bilindiği üzere, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun kamu harcamasını gerektiren alımlarla ilgili düzenlemelerinin günümüzün değişen ve gelişen ihtiyaçlarına cevap veremediği, uygulamada ortaya çıkan aksaklıkları gidermede yetersiz kaldığı, bütün kamu kurumlarını kapsamadığı, Avrupa Birliği ve uluslararası ihale uygulamalarına paralellik göstermediği dikkate alınarak, kamu ihaleleri ile ilgili geniş kapsamlı yeni bir kanunun hazırlanmasına ihtiyaç duyulduğu gerekçesinden hareketle hazırlanan beş ayrı tasarının ardından, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve onun tamamlayıcısı niteliğinde olan 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu tasarıları, 25 Aralık 2001’de tali komisyon olarak Plan ve Bütçe Komisyonunda, 26 Aralık 2001’de de esas komisyon olarak Bayındırlık Komisyonunda görüşülmüş, komisyonlarda bazı değişiklikler yapılarak benimsenmiş ve 04.01.2002 tarihinde Meclis genel kurulunda kabul edildikten sonra 22.01.2002 gün ve 24648 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Söz konusu Kanunun, Kamu İhale Kurumuna ilişkin hükümleri yayım tarihinde, diğer hükümleri ise 01.01.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usullerin belirlenmesi amacıyla çıkartılan 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi idareler ve istisnaları özel olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, bu çalışmada öncelikle ihale konusu hukuki işlemler bakımından 4734 sayılı Kanunun kapsamına ilişkin bazı tespit ve değerlendirmelerin yapılması gerektiği kanısındayız. Çalışmanın daha sonraki bölümlerinde ise gelir/hasılat paylaşımı esasına göre gerçekleştirildiği belirtilen “Sabit İhtimalli Bahis Oyunlarının Oynatılması İçin Risk Yönetim Merkezi Kurulması ve İşletmeciliği Başbayiliği Verilmesi İşİ” ihalesine ilişkin bazı hukuki tespit ve değerlendirmeler yapılacaktır.

## I. İHALE KONUSU HUKUKİ İŞLEMLER BAKIMINDAN KAMU İHALE KANUNU’NUN KAPSAMI ve KAMU İHALE KURULUNUN YAKLAŞIMI

4734 sayılı Kanunun genel gerekçesinde, 2886 sayılı Kanunun alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerini kapsadığı, ancak alım, hizmet, yapım, kiralama ve taşıma işleri kamu

harcaması yapılmasına; satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işleri kamuya gelir sağlanmasına yönelik olduğundan, farklı nitelikteki bu işlerin aynı Kanunda düzenlenmesinin uygulamada pek çok sorunun ortaya çıkmasına neden olduğu, kamu harcaması gerektiren işlerle gelir elde edilmesine yönelik ihalelerin kendine özgü niteliklerine uygun olarak ihtiyaçlara cevap verecek şekilde ayrı kanunlarda düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir.

Dolayısıyla 4734 sayılı Kanuna tabi olan mal ve hizmet alımı ve yapım işleri dışındaki ihale iş ve işlemleri, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu yürürlükten kaldırılmadığı için, eskiden olduğu gibi 2886 sayılı Kanuna veya ilgili diğer düzenlemelere göre yürütülecektir. Ancak bu konuda sağlıklı bir sonuca ulaşabilmek için Kamu İhale Yasasının kapsama ilişkin 2. maddesi ile 68. maddesinin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Yasanın 2. maddesine göre “her türlü kaynaktan karşılanan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri” bu kanun hükümlerine göre yürütülecektir. Benzer hüküm 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeler Yasasının 2. maddesinde de tekrar edilmiştir. Yani, yasa koyucu istisnalar dışında kamunun harcamayı gerektiren bütün ihale ve sözleşmelerini çıkartılan bu yasalarla yeniden düzenlemiş, bunun dışındaki ihaleleri söz konusu düzenlemelerin dışında bırakmıştır.

Kamu İhale Yasasının 68. maddesinde ise kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 2886 sayılı Devlet İhale Yasasının uygulanmayacağı belirtilmiş, diğer kanunların da Devlet İhale Kanunundan muafiyet tanıyan hükümleri ile bu kanuna uymayan hükümlerinin uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre, mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde, yani kamunun para harcamasını gerektiren işlerinde sadece 4734-4735 sayılı Yasalar uygulanacak, harcamayı gerektirmeyen işlerde yani gelir getirici işlerde ise 2886 sayılı Devlet İhale Yasası hükümleri uygulanacaktır.

Şu halde 4734 sayılı Kanuna tabi olabilmesi için öncelikle ihale konusu işlemin mal veya hizmet alımı ya da yapım işi olması gerekmektedir. Bu noktada; mal, hizmet ve yapım işinden neyin anlaşılması gerektiği önem kazanmaktadır. Konuya ilişkin olarak Kanunun 4. maddesinde, mal, hizmet ve yapım işinin tanımı yapılmıştır. Yapılan tanımlamaya göre;

- “Mal”; satın alınan her türlü ihtiyaç maddeleri ile taşınır ve taşınmaz mal ve hakları,
- “Hizmet”; bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, mimarlık ve mühendislik, etüt ve proje, harita ve kadastro, imar uygulama, her ölçekte imar planı, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fikrî ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik

hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve **benzeri diğer hizmetleri**,

• “Yapım” da; bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj **gibi her türlü inşaat işleri** ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile **benzeri yapım işlerini** ifade etmektedir.

Görüldüğü üzere Kanunda belli başlı hizmet ve yapım işi olarak nitelendirilebilecek olanlar belirtildikten sonra, “benzeri diğer hizmetler”, “gibi her türlü inşaat işleri” ve “benzeri yapım işleri” ifadeleri kullanılarak, diğer hizmet ve yapım işlerinin de bu tanıma dahil edilebilmesine imkan tanınmıştır.

Harcamayı gerektirmeyen işlerin neler olduğuna gelince, bunlar, 2886 sayılı Kanunun 1. maddesinde sayılmıştır. Buna göre; satım, kamu idarelerine ait taşınmazların üçüncü kişilere kiralanması, kamu idarelerine ait taşınmazlar üzerinde üçüncü kişiler lehine mülkiyetin gayri ayni hak tesisi harcamayı gerektirmeyen işlerdir. 4734 sayılı Kanunun genel gerekçesinde; satım, kiraya verme ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işlerinin yanı sıra trampanın da kamuya gelir sağlanmasına yönelik olduğu belirtilmiş olmakla birlikte trampanın 2886 sayılı Kanuna göre mi, yoksa Kamu İhale Yasasına göre mi yapılacağı konusu tartışılabilir. Kamu İhale Yasası ile ihdas edilen bir alım yöntemi olan “doğrudan temin”i düzenleyen 22. maddede, idarelerin ihtiyacı olan taşınmaz mal alımı veya kiralanmasının doğrudan temin yoluyla yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Trampa da taşınmaz mal edinmenin bir türü olduğuna göre trampa için 4734 sayılı Yasanın uygulanabilmesi mümkündür. Ancak Kamu İhale Kurulu, itirazın şikayetle önüne getirilmiş bir ihaleye ilişkin olarak, trampa usulü ile ihale yapılmasının 4734 sayılı Kanun kapsamında olmadığına karar vermiştir. Söz konusu kararda, Kanunda belirtilen ihale usullerinden biri olmayan ve ihale mevzuatında öngörülmemiş trampa usulü ile ihale yapılmasının 4734 sayılı Kanuna ve ihale mevzuatına aykırı olduğu belirtilmiştir.<sup>1</sup> Görüldüğü üzere Kamu İhale Kurulu, trampa usulü ile alım yöntemini 4734 sayılı Kanunun kapsamı dışında değerlendirmektedir.

Yine özellikle belediyelerin sık uyguladığı kat karşılığı inşaat işlerinde 4734 sayılı Yasanın mı yoksa 2886 sayılı Devlet İhale Yasasının mı uygulanacağı konusu tartışılabilir. Zira kat karşılığı inşaat işi bir yapım işidir ve bu haliyle, Kamu İhale Kanunundaki yapım işi gibi görünmektedir.

<sup>1</sup> Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi: 22.12.2003 Karar No: 2003/UK.Z-873.

Ancak kat karşılığı inşaat işinde, kamu idaresinin kasasından herhangi bir harcama yapılmamakta, aksine bu uygulama ile kamu idaresinin taşınmaz mal edinmesi söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla, gelir getirici nitelikte olduğu için bu çeşit ihalelerin, 2886 sayılı Devlet İhale Yasası kapsamında olduğu söylenebilir. Diğer taraftan ise, kamu idaresinin bu iş karşılığı müteahhide arsanın bir kısmını vermek durumunda olduğu ve bununda kamu idaresine ait bir kaynağın kullanımı olduğu, dolayısıyla kat karşılığı inşaat işinin 4734 sayılı Yasa kapsamındaki bir yapım işi olduğu da söylenebilir. Nitekim 4734 sayılı Kanunun 2. maddesinde, kapsama dahil idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinin 4734 sayılı Kanuna tabi olacağı hükme bağlanmış olup, “idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynak”tan anlaşılması gereken şey kamu kaynaklarıdır. Kamu kaynakları da 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununda (m. 3) *borçlanma suretiyle elde edilen imkânlar dahil kamuya ait gelirler, taşınır ve taşınmazlar, hesaplarda bulunan para, alacak ve haklar ile her türlü değerleri* ifade edecek şekilde tanımlanmıştır. Şu halde, idarelerin kullanımındaki her türlü kaynakla karşılanan alımlar 4734 sayılı Kanuna tabi olduğuna göre, kat ve/veya arsa karşılığı inşaat yaptırılması işi de Kanun kapsamında pekala düşünülebilir. Ancak Kamu İhale Kurulu, kat karşılığı inşaat işinin 2886 sayılı Kanuna tabi olduğunu karara bağlamıştır. Nitekim, Kamu İhale Kurulu tarafından 22.04.2003 tarih ve 25087 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 2003/5 nolu Kamu İhale Tebliğinin “Hazineye Ait Taşınmaz Malların Kat veya Arsa Karşılığı İnşaat Yapım İşleri” başlıklı 9. maddesinde;

“152 sayılı Milli Emlak Genel Tebliği uyarınca, Hazineye ait taşınmaz malların pazarlık usulüyle kat veya arsa karşılığı inşaat yapılarak değerlendirilmesi esası getirilmiş ve anılan Tebliğ uyarınca bugüne kadar işlemler kat ve/veya arsa karşılığı inşaat yaptırılması şeklinde yürütülmüştür. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 2 nci maddesiyle belirlenen kapsamda yer alan idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin ihalelerin bu Kanun hükümlerine göre yürütüleceği belirtilmiştir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 2 nci maddesinde belirtilen “her türlü kaynak” ibaresi, Kanun kapsamında bulunan kurum ve kuruluşların tasarrufunda bulunan ve kamu harcaması yapılmasını gerektiren kaynakları ifade etmektedir. Ayrıca Kanunun 5 inci maddesine göre, ihalesi yapılacak her işin ödeneğinin bulunması zorunludur. Böyle olmakla birlikte; kat karşılığı inşaat işi kamu harcaması yapılmasını gerektirmemekte ve dolayısıyla ödenek kullanımı söz konusu olmamaktadır. Ayrıca 4734 sayılı Kanunun;

- 4 üncü maddesinde “teklif”, “ihalelerde isteklinin idareye sunduğu fiyat teklifi ile değerlendirmeye esas belge ve/veya bilgiler” şeklinde tanımlandığından,

- 5 inci maddesinde “ödenegi bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılmaz” hükmü yer aldığından,

- 9 uncu maddesinde yaklaşık maliyetin parasal ölçüye bağlı olarak tespit edileceği belirtildiğinden,

- 8 ve 13 üncü maddelerinde, eşik değerler ve ilan kuralları parasal tutarlara bağlandığından,

- 33 ve 43 üncü maddelerinde geçici ve kesin teminat tutarlarının fiyat teklifine ve sözleşme bedeline oranlandığından,

- 40 inci maddesinde ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde fiyat tekliflerinin değerlendirileceği belirtildiğinden,

bütçe gideri oluşturan ve harcama gerektiren iş ve işlemlerin Kamu İhale Kanununun konusunu oluşturduğu açıktır. Bu durum karşısında; Hazineye ait taşınmaz malların kamu harcaması yapılmasını gerektirmeyen ve bütçeden ödenek kullanımı söz konusu olmayan kat ve/veya arsa karşılığı inşaat yapım işleri 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yer almamaktadır. (Kamu İhale Kurulunun 10.04.2003 tarih ve 2003/DK.D-115 sayılı kararı)”

ifadesine yer verilmiştir. Aynı şekilde Kurulun 2004 Yılı Kamu İhale Genel Tebliğinde de; kamuya ait taşınmaz malların kat ve/veya arsa karşılığı inşaat yapım işlerinin, kamu harcaması yapılmasını gerektirmediği ve bütçeden ödenek kullanımı söz konusu olmadığı, bu nedenle de 4734 sayılı Kanun kapsamında yer almadığı belirtilmiştir.

Bu görüşten hareketle Kamu İhale Kurulu; belediyeye ait taşınmaz üzerine akaryakıt istasyonu ve alışveriş merkezi yapılması için gerekli uygulama projesi, inşaatın yapımı, 10 yıl süre ile işletilmesi ve bu süre için sözleşme gereği, ilgili idareye peşin olarak 10 yıllık kullanım bedeli ödenmesi şeklinde gerçekleştirilen, bununla birlikte bir kiraya verme işi olan ihalede herhangi bir kamu kaynağı kullanılması gerekmediği ve dolayısıyla herhangi bir ödenek kullanımı söz konusu olmadığı, ayrıca belediyeye ait taşınmaz üzerinde yapılacak tesisin mülkiyetinde herhangi bir değişiklik olmadığını belirterek yukarıda yer alan tebliğ gereğince, başvuruya konu ihalenin Kanun kapsamında olmadığına karar vermiş,<sup>2</sup> aynı şekilde, Kanun kapsamındaki bir vakfa ait gayri menkulün üzerine sağlık tesisi inşaatının yapılması, sözleşmede belirtilen kira bedelinin ödenmesi ve 25 yıl süreyle

<sup>2</sup> Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 02.03.2004 Karar No : 2004/UK.Z-268.

kullanıldıktan sonra işletilir halde idareye teslimini öngören yapım işinin, Borçlar Kanunu hükümlerine göre, kendine özgü bir niteliği olan kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile kira sözleşmesinden oluşan atipik bir sözleşmeyle gayrimenkul üzerinde 25 yıl süreyle mülkiyetin gayri hak tesisi şeklinde gerçekleştirildiği, adı geçen ihalenin kamu harcaması gerektirmediği, vakfın bütçesinden bu iş için her hangi bir kaynak transferinin gerekmediği, 2003/5 no'lu Tebliğde de, bu tür ihalelerin Kanun kapsamında olmadığına açıkça belirtildiğinden bahisle şikayet konusu ihalenin Kanuna tabi olmadığına hükmetmiştir.<sup>3</sup>

Şu halde Kamu İhale Kurulunun yaklaşımı da dikkate alındığında, idarelerin mal ve hizmet alımlarıyla yapım işlerinde 4734 sayılı Kanun uygulanacak, bunun dışında idarelerin satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri aynı hak tesisi işleri kamuya gelir sağlanmasına yönelik olduğundan 2886 sayılı Kanuna tabi olarak yürütülecektir.<sup>4</sup> Nitekim Kamu İhale Kurulu, itirazın şikayet konusu yapılan; taksi durağı ihalesinin<sup>5</sup>, hastanesi kantin işletmeciliği ihalesinin<sup>6</sup>, havalimanı büfe işletmesi ihalesinin<sup>7</sup>, meyvecilik üretme istasyonu tesis ve arazisinin kiralama işi ihalesinin<sup>8</sup>, TEİAŞ' a ait idari bina çay ocağı ile misafirhane binasındaki lokalin işletilmesi ihalesinin<sup>9</sup>, belediye tarafından yapılan turistik kahvehane ve şelale parkının kiraya verilmesi ihalesinin<sup>10</sup>, Büyükşehir Belediye Başkanlığı tarafından yapılan şehir içi toplu taşımacılıkta kullanılan otobüslere ilan alma ihalesinin<sup>11</sup>, Çevre ve Orman Müdürlüğüne yapılan mesire yeri kır gazinosu ve büfe işletmeciliği ihalesinin<sup>12</sup>, kömür satışı için bayilik verilmesi

<sup>3</sup> Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 09.03.2004 Karar No : 2004/UK.Z-287.

<sup>4</sup> Ahmet BAŞSOY, "Kamu İhale Kanunu", Dünya Gazetesi, 21/01/2003, İbrahim ŞENCAN, s.33-34.

<sup>5</sup> Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 18.03.2004 Karar No : 2004/UK.Z-362.

<sup>6</sup> Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 18.03.2004 Karar No : 2004/UK.Z-365.

<sup>7</sup> Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 08.04.2004 Karar No : 2004/UK.Z-443.

<sup>8</sup> Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 15.04.2004 Karar No : 2004/UK.Z-479.

<sup>9</sup> Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 18.05.2004 Karar No : 2004/UK.Z-621.

<sup>10</sup> Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 25.05.2004 Karar No : 2004/UK.Z-650.

<sup>11</sup> Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 02.08.2004 Karar No : 2004/UK.Z-942.

<sup>12</sup> Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 23.08.2004 Karar No : 2004/UK.Z-1059; Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 25.05.2004 Karar No : 2004/UK.Z-651.



işi ihalesinin<sup>13</sup>, TKİ tarafından üretilen, trampa yoluyla alınan, ithal edilen veya satın alınan kömürlerin, belirlenen şartlarda ve belirlenen illerde bayilik sistemi ile satışını içeren ihalenin<sup>14</sup>, Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğüne bağlı bir yurdun kantin işletme ihalesinin<sup>15</sup>, Türkiye Selüloz ve Kağıt Fabrikaları A.Ş. (SEKA) İzmit İşletme Müdürlüğü'nün kağıt makinesi yedek parça ve teçhizatının açık artırma usulüyle satış ihalesinin<sup>16</sup>, TASIŞ Genel Müdürlüğü tarafından yapılan tehlikeli atık kapsamındaki atık röntgen film solüsyonlarının ve atıl röntgen filmlerinin satışı ihalesinin<sup>17</sup> ve Belediyenin yaptığı taşınmaz satışına ilişkin ihalenin<sup>18</sup> kamu harcamasını gerektirmeyen, 4734 sayılı Kanun kapsamı dışında, gelir temin etmeye yönelik ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve ilgili yönetmelik hükümlerine tabi olduğunu belirterek şikayet başvurularını görev yönünden reddetmiştir.

## **II. GELİR/HASILAT PAYLAŞIMI UYGULAMASI ve “İDDAA” ÖRNEĞİ**

Çalışmanın bu bölümünde gelir/hasılat paylaşımı esasına dayalı olarak gerçekleştirilen ihalelerin 4734 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusu üzerinde durulacak olup, bu bağlamda Spor Toto Teşkilat Başkanlığı tarafından gerçekleştirilen “Sabit İhtimalli Bahis Oyunlarının Oynatılması İçin Risk Yönetim Merkezi Kurulması ve İşletmeciliği Başbayiliği Verilmesi İşi” ihalesi özel olarak ele alınacaktır.

### **A. Genel Olarak Şans Oyunları Düzenleme Yetkisi**

Ülkemizde, karşılığı nakit olmak üzere şans oyunları tertip etme yetkisi çeşitli kanunlarla üç ayrı kurum ve kuruluşa verilmiş bulunmaktadır. Bunlar; Tarım ve Köyişleri Bakanlığı, Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'dür. İlgili mevzuat hükümleri çerçevesinde, Tarım ve Köyişleri Bakanlığı at yarışları yapma ve bu yarışlar üzerine memleketin neresinde olursa olsun müşterek bahisler tertip etme hak ve salahiyyetini Türkiye Jokey Kulübüne, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü ise futbol müsabakalarında müşterek bahisler tertibi ve yürütülmesi hak ve yetkisini Spor Toto Teşkilat Müdürlüğü'ne devretmişlerdir.

<sup>13</sup> Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 01.09.2004 Karar No : 2004/UK.Z-1104.

<sup>14</sup> Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 23.09.2004 Karar No : 2004/UM.Z-1251.

<sup>15</sup> Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 01.10.2004 Karar No : 2004/UH.Z-1287.

<sup>16</sup> Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 14.10.2004 Karar No : 2004/UM.Z-1353.

<sup>17</sup> Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 22.10.2004 Karar No : 2004/UM.Z-1426.

<sup>18</sup> Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 28.10.2004 Karar No : 2004/UH.Z-1436.

Aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacak olan 5583 sayılı Kanun öncesinde, 3289 sayılı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ve 7258 sayılı Futbol Müsabakalarında Müşterek Bahisler Tertibi Hakkında Kanun hükümleri uyarınca ülkemizde sadece futbol müsabakaları üzerine bahis oyunları oynatılabilmekte, futbol dışındaki spor müsabakaları (basketbol, voleybol, motor-sporları vb.) üzerine ise oynatılmamaktaydı. Bu dönemde, tertibi ve yürütülmesi hak ve yetkileri Beden Terbiyesi Genel Müdürlüğüne verilmiş olan futbol müsabakalarına ait müşterek bahislerde uygulanmak üzere “Futbol Müsabakalarında Müşterek Bahisler Tüzüğü” çıkartılmış,<sup>19</sup> söz konusu Tüzükte “müşterek bahis”; tertiplenecek futbol müsabakalarından, bu Tüzük hükümleri dahilinde, Teşkilatça tesbit edilecek adette müsabaka sonuçlarının önceden tahmin edilmesi ve tahmindeki isabet derecesine göre dağıtılacak ikramiyelerden faydalanılması olarak tanımlanmıştır.

7258 sayılı Kanununun 2. maddesi ile, Genel Müdürlüğün müşterek bahisler düzenlenmesi ve yürütülmesi işini denetimi altında, ancak umumi, hususi, mülhak bütçeli veya döner sermaye, iktisadi devlet teşekkülleri mahiyetinde kurulmuş ve kurulacak kuruma verebileceği hükme bağlanmış, bu çerçevede Tüzüğün müşterek bahis tertibi ve yürütülmesi işinin devrini düzenleyen onuncu bölümünde ise; müşterek bahis tertibi ve yürütülmesi işinin Genel Müdürlük tarafından, müşterek bahis işini gereği gibi yürütebilecek mali imkanları haiz bulunması gözönünde tutularak 7258 sayılı Kanununun 2. maddesinde mahiyetleri yazılı kurumlardan birine verilebileceği belirtilmiş, ayrıca devir işleminin Genel Müdürlük ile akdedilecek bir sözleşme ile yapılacağı (m. 48), devir sözleşmesinde, bunun ne kadar süre için akdedildiği, hasıllardan Genel Müdürlüğe verilecek hissenin miktarı, bu Tüzük ve sözleşme hükümlerine uyulmadığı takdirde sözleşmenin Genel Müdürlükçe yapılacak bir ihbar ile her zaman feshedilebileceği, bu Tüzük ve sözleşme hükümlerinin ihlali halinde Genel Müdürlüğün uğrayacağı zarara karşılık olarak kurumdan alınacak teminat miktarı ve bunların hangi hallerde ve ne suretle irat kaydedileceği hakkında hükümler ile işin düzgün şekilde tertibini ve yürütülmesini sağlayacak diğer hükümlerin yer alacağı, sözleşme süresinin, imtiyaz ve inhisara müncer olmayacak şekilde tesbit edileceği hükme bağlanmıştır.

## **B. Risk Yönetim Merkezi Kurdurulması ve İşletmeciliği Başbayiliği Verilmesi İşi İhalesine İlişkin İdari-Yargısal Süreç ve İlgili Mevzuat Değişikliği**

### **1. İdari Süreç**

Pozitif düzenlemenin yukarıda belirtilen şekilde olduğu söz konusu dönemde, Spor Toto Teşkilat Müdürlüğü tarafından 26.06.2003 tarihinde

<sup>19</sup> Söz konusu Tüzük 26.02.1965 tarih ve 11939 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

yapılması kararlaştırılan ancak daha sonra idare tarafından iptal edilerek 25.09.2003 tarihinde gerçekleştirilen Sabit İhtimalli Bahis Oyunlarının Oynatılması İçin Risk Yönetim Merkezi Kurdurulması ve İşletmeciliği Başbayılığı Verilmesi İşi ihalesinin bir firma üzerinde bırakılması sonrasında, ihale dokümanlarını satın alan ve ihaleye katılan firmalar tarafından ihale hakkında ayrı ayrı şikayet süreci işletilmiştir.

İhale dokümanında 3289 sayılı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, 7258 sayılı Futbol Müsabakalarında Müşterek Bahisler Tertibi Hakkında Kanun, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve ilgili diğer mevzuat hükümlerine açıkça aykırı hususların yer aldığı, bu nedenle ihale işlem ve sürecinin durdurulması, ihale şartnamesinin ve sözleşme tasarısının tekrar düzenlenmesi, talebiyle Kamu İhale Kurumuna yapılan başvuru üzerine konuyu ele alan Kamu İhale Kurulu;

*“7258 sayılı Futbol Müsabakalarında Müşterek Bahisler Tertibi Hakkında Kanun’un 1. maddesinde; futbol müsabakalarında “müşterek bahisler tertibi ve yürütülmesi hak ve yetkisi”nin Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğüne ait olduğu belirtilmiş; 2.maddesinde ise Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğüne bu hak ve yetkisini ancak denetimi altında ve “umumi, hususi, mühlhak bütçeli veya mütedavil sermaye veya İktisadi Devlet Teşekkülleri mahiyetinde kurulmuş veya kurulacak” bir kuruma verebileceği hüküm altına alınmıştır.*

*7258 sayılı Kanunun aktarılan hükümleriyle münhasıran Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğüne verilen futbol müsabakalarına ait müşterek bahislere ilişkin usul ve esaslar ile Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğüne müşterek bahis işlerini yürütmek üzere kurulacak teşkilat; 26.02.1965 tarih ve 11939 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “Futbol Müsabakalarında Müşterek Bahisler Tüzüğü”nde düzenlenmiştir.*

*Öte yandan, Başbakanlığa bağlı, merkezde katma bütçeli ve tüzel kişiliği haiz olarak yapılandırılan Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğüne Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki 3289 sayılı Kanunun 2. maddesinde “Futbol müsabakalarında müşterek bahis (Spor-Toto ve Spor-Loto) düzenlemek, yönetmek” Genel Müdürlüğün görevleri arasında sayıldığı gibi, 14. maddesinde de “Spor-Toto ve Spor-Loto’dan alınacak hisseler” Genel Müdürlüğün gelirleri arasında gösterilmiş, aynı Kanunun 4. maddesinde ise Spor-Toto Teşkilat Müdürlüğü, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğüne bağlı birimi olarak gösterilmiştir.*

*Başvuruya konu ihaleyle yaptırılacak işin konusu, Spor Toto Teşkilat Müdürlüğü tarafından hazırlanan “Sabit İhtimalli Bahis Oyunlarının Oynatılması İçin Risk Yönetimi Merkezi Kurulması ve İşletmeciliği Başbayiliği Verilmesine İlişkin Şartnamenin “İhale Konusu İşe İlişkin Bilgiler” başlıklı 2. maddesinde; “Sanal Ortam Bayileri” ve Sabit Bayiler” aracılığı ile Spor Toto Teşkilat Müdürlüğü tarafından futbola dayalı sabit ihtimalli bahis oyunlarının çoklu erişimli elektronik ortamlar ve terminaller üzerinden oynatılması için oluşturulan, merkezi sisteme bağlı olarak çalışacak risk yönetim merkezinin kurulması ve işletmeciliği baş bayiliği verilmesi olarak tanımlanmıştır.*

*Sabit İhtimalli Bahis Oyunlarının Oynatılması İçin Risk Yönetimi Merkezi Kurulması ve İşletmeciliği Başbayiliği Verilmesine İlişkin Şartnamenin anılan 2. maddesi uyarınca, ihale üzerinde kalan yüklenici; “1.Sabit ihtimalli bahis oyunlarının Türkiye pazarının ihtiyaçlarına göre uyarlanması, ortaya çıkacak oyunların kurallarının Spor Toto Teşkilat Müdürlüğü ile birlikte düzenlenmesi, 2.Oyunlarda kullanılacak ihtimal oranlarının tespit edilmesi, 3.Pazarlama desteğinin (oyunların tanıtımı ve hasılatı arttırıcı önlemlerin alınması ile ilgili her türlü reklam ve benzeri faaliyetlerin yapılması da dahil olmak üzere) verilmesi ve tüm pazarlama giderlerinin karşılanması,. 4.Oyunlarla ilgili her türlü eğitim desteğinin verilmesi,(Teşkilat personeline, bayilere, iştirakçilere) 5. Spor Toto merkezi sistemine bağlı olarak çalışacak Sabit İhtimalli Bahis Risk Yönetimi Merkezi'nin, Teşkilatının onaylayacağı bir merkezde kurulması ve yönetimi, 6.En az 3000 yeni bayi terminalinin yüklenici firmanın mülkiyetinde kalma ve bayilere satılmama şartıyla temini, 7. Bayi terminallerinin alt yapısının kurulumu, bakım, tamir ve yedek parça masraflarının üstlenilmesi, 8. Tüm alt yapı iletişim masraflarının üstlenilmesi 9. Teşkilatın oynattığı tüm oyunlarla ilgili kupon, rulo dahil her türlü sarfiyat malzemelerinin temini ve dağıtımı, 10. Sabit ihtimalli bahis oyunlarında Teşkilat tarafından dağıtılacak ikramiye miktarının KDV dahil ÖİV,EKP, çıkabilecek sair yasal vergiler hariç toplam hasılatın %50 'sine tekabül eden bedelin üzerinde olması halinde ikramiyenin tamamlanması, 11. Bayilik ağının kurulması ve yönetimi: Bayiliklerin tespit edilmesi(Baş bayi tarafından tespit edilecek bayilere, Teşkilat Müdürlüğü'nce verilecektir.) Bayilerle kurulacak tüm işlerde, hasılatın tahsili de dahil olmak üzere baş bayi sorumludur, 12. Teşkilat Müdürlüğünce oynatılan tüm oyunların maç ve ikramiye sonuçları ile buna benzer bütün duyuruların yazılı ve görsel basından yapılması 13. En az 30(otuz) ilde şubesi olan bir veya birden fazla bankanın en az 100(yüz) şubesinde ikramiye ödeme noktaları oluşturulması, 14. Spor Toto*

*Teşkilatı merkezi sisteminde oynatılan sanal ve sabit terminallere yüklenilmesini” sağlayacak ve yukarıda belirtilen tüm faaliyetlerin karşılığında sabit ihtimalli bahis oyunları hasılatından pay alacaktır.*

*Başvuruya konu ihaleyle yaptırılacak işin tanımı ve kapsamı göz önünde bulundurulduğunda, ihalenin konusunun; 7258 sayılı Kanunla münhasıran Gençlik ve Spor ve Spor Genel Müdürlüğüne verilen ve 7258 sayılı Kanunun 2. maddesiyle tanınan yetki çerçevesinde Genel Müdürlük bünyesinde ve Genel Müdürlüğe bağlı birim olarak kurulan Spor-Toto Teşkilat Müdürlüğüne yürütülen “futbol müsabakalarında müşterek bahis düzenlenmesi ve yürütülmesi” faaliyetlerinin özel kişilere gördürülmesi olduğu anlaşılmaktadır. Katma bütçeli idarelerin hizmet üretim birimleri ve varlıkları 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine Dair Kanun kapsamında olup, Kanunun 15. maddesi uyarınca katma bütçeli idarelerin mal ve hizmet üretim birimleri ve varlıklarının işletme haklarının verilmesi veya kiralanması ve mülkiyetin devri dışındaki benzeri diğer yöntemlerle özelleştirilmesi bu Kanun hükümleri çerçevesinde yapılır. Aynı maddeye göre, katma bütçeli idarelerin tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetleri imtiyaz addolunur ve imtiyaz sayılan faaliyetlerle ilgili olarak yapılacak anlaşma ve sözleşmeler imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri niteliğinde olup, diğer kanunların bu hususları düzenleyen özel hükümleri saklıdır. Özelleştirme uygulamaları sonucu rekabetin korunması konusu ise 4046 sayılı Kanunun 16. maddesinde ve ilgili mevzuatında ayrıca düzenlenmiştir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun “Kapsam” başlıklı 2. maddesine göre; maddede gösterilen idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri bu Kanun hükümlerine göre yürütülecektir. Kanunun 53. maddesinde de Kamu İhale Kurumunun görevleri, bu Kanuna göre yapılacak ihaleler ile ilgili olarak ve bu çerçevede belirlenmiştir.*

*Aktarılan mevzuat karşısında; 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunmayan ve 4046 sayılı Kanunla özel olarak düzenlenen katma bütçeli idare statüsündeki Gençlik ve Spor ve Spor Genel Müdürlüğüne bağlı hizmet üretim birimi olan Spor-Toto Teşkilat Müdürlüğüne yürütüldüğü “futbol müsabakalarında müşterek bahis düzenlenmesi ve yürütülmesi” faaliyetinin özel kişilere gördürülmesine ilişkin ihaleye yönelik şikayetin incelenmesi ve sonuçlandırılması, 4734 sayılı Kanunla şikayet ve inceleme istemli idari başvurular için öngörülen sistem içerisinde idarelerin ve Kurumumuzun görevleri arasında bulunma(dığını)”*

belirterek başvuru hakkında “karar verilmesine yer olmadığı” yönünde karar vermiştir.

## 2. Yargısal Sürec

Kamu İhale Kurulunun söz konusu kararı üzerine şikâyetçi firma tarafında Ankara İdare Mahkemesine ihale şartnamesinin, ihale ilanının, ihalenin bir başka şirkete verilmesi, onaylanması ve sonucun ilanına ilişkin işlemler ile bu ihaleye karşı yapılan itirazın şikâyet başvurusu hakkında Kamu İhale Kurulunca incelenmeksizin ret kararının iptali istemiyle dava açılmış, davayı ele alan Ankara 4. İdare Mahkemesi, Kamu İhale Kurulunun incelenmeksizin ret işlemini iptal ederken, ihale sürecine ilişkin işlemler yönünden ise incelenmeksizin ret kararı vermiştir.

Bunun üzerine davalı idareler Kamu İhale Kurumu ile Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü İdare Mahkemesi kararının iptale ilişkin kısmını, davacı şirket ise incelenmeksizin redde ilişkin hüküm fıkrası ile ihalenin, ihale şartnamesinin, ihale ilanının, ihalenin bir başka şirkete verilmesi, onaylanması ve sonucun ilanına ilişkin bölümlerini temyiz ederek, öncelikle yürütmenin durdurulmasını istemişler ve Danıştay’ın konuyu ele alan 10. ve 13. Dairesinin oluşturduğu ortak heyet, dava konusu ihale şartnamesi, ihale ilanı ve yapılan ihale işleminin yürütmesini oy birliği ile durdurmuştur.

Danıştay’ın söz konusu kararında; “...*(B)ahis oyunları düzenlenmesi ve yürütülmesi görevinin Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğüne ait olduğu, bu görevi ancak genel, özel, katma bütçeli veya döner sermaye veya iktisadi devlet teşekkülleri mahiyetinde kurulmuş veya kurulacak bir kuruma verebileceği, kamu tüzel kişileri tarafından yürütülmesi gereken bu hizmetin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılmasına yasal olanak bulunmadığı, bu hizmetin gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilmesinin ancak yasayla düzenlenmesine bağlı olduğu anlaşılmaktadır.*” ifadesine yer verilerek sabit ihtimalli bahis oyunlarının risk yönetim merkezi kurdurulması ve işletmeciliği başbayiliği verilmesine ilişkin ihale şartnamesi, ihale ilanı ve yapılan ihale işleminin yasal dayanaktan yoksun olduğuna karar verilmiştir.

## 3. İlgili Mevzuat Değişikliği Süreci

Danıştay’ın bahse konu yürütmeyi durdurma kararı üzerine acil olarak bir tasarı hazırlanıp TBMM’ye sunulmuş, ilgili Komisyonlarda ve Genel Kurulda süratle görüşülerek kanunlaştırılmış ve Cumhurbaşkanı tarafından da imzalanarak yürürlüğe girmiştir.<sup>20</sup> Söz konusu 5583 sayılı Futbol Müsabakalarında Müşterek Bahisler Tertibi Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile, 7258 sayılı Futbol Müsabakalarında Müşterek Bahisler Tertibi Hakkında Kanunun adı “Futbol ve Diğer Spor

<sup>20</sup> 5583 sayılı Futbol Müsabakalarında Müşterek Bahisler Tertibi Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun” şeklinde değiştirilmiş, ayrıca, Türkiye’de düzenlenecek futbol ve diğer spor müsabakaları üzerine sabit ihtimalli ve müşterek bahisler ile şans oyunlarını düzenleme hak ve yetkisinin Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğüne ait olduğu belirtilmiş, ancak bu hak ve yetkisini *kendisine bağlı, özel hukuk hükümlerine göre sevk ve idare edilen ve özel bütçeli Spor Toto Teşkilat Başkanlığı* eliyle kullanacağı ve yürüteceği esası getirilmiştir. Yine 5583 sayılı Kanunda, Teşkilat Başkanlığının söz konusu yetkisini bizzat kullanabileceği gibi kısmen veya tamamen özel hukuk tüzel kişilerine devredebileceği ve gerektiğinde hizmet satın alma yoluna da başvurabileceği belirtilmiştir.

Öte yandan, 5583 sayılı Kanunun 9. maddesi ile; 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 3. maddesinin birinci fıkrasına bir bent eklenmiş ve Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü ile özerk spor federasyonlarının ulusal ve uluslararası sportif faaliyetlerine ilişkin mal ve hizmet alımlarının Kamu İhale Kanununa tabi olmadığı hükmüne bağlanmıştır. Böylece istisnalarla uygulama alanı oldukça daraltılan Kamu İhale Kanunu’na yeni bir istisna daha getirilmiştir. Aslında tasarının ilk halinde Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün sportif faaliyetleri ile özerk spor federasyonlarının her türlü faaliyetleri ve yapım, bakım ve onarım ihaleleri hariç olmak üzere Spor Toto Teşkilat Başkanlığınca gerçekleştirilecek mal ve hizmet alımlarının 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi olmadığı düzenlenmiş ve bu hükmeye ilişkin esas ve usullerin Maliye Bakanlığı ve Kamu İhale Kurumunun görüşleri alınarak Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği öngörülmüştü. Ancak Meclis Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında verilen değişiklik önergesi<sup>21</sup> ile söz konusu düzenleme, “*Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü ile özerk spor federasyonlarının ulusal ve uluslararası sportif faaliyetlerine ilişkin mal ve hizmet alımları*” şeklinde değiştirilmiştir. Böylece istisnanın kapsamı biraz daraltılmış görünmektedir.

Ayrıca Meclis Genel Kurul görüşmeleri sırasında Kanuna geçici madde ihdas edilmesine ilişkin verilen önerge<sup>22</sup> ile de; 1/3/2008 tarihine kadar,

<sup>21</sup> Önergeye ilişkin gerekçede, “Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü ile özerk spor federasyonlarının ulusal ve uluslararası sportif faaliyetlerine ilişkin mal ve hizmet alımları ihalelerinin kendine özgü özellikleri dikkate alındığında, Kamu İhale Kanununda öngörülen süre ve prosedürler içinde gerçekleştirilmesi mümkün görülmediğinden işbu değişiklik önergesi” verildiği belirtilmiştir.

<sup>22</sup> Önerge gerekçesi: “Spor Toto Teşkilatı şans oyunlarını 1998’den 2004 yılına kadar GTECH aracılığıyla düzenliyordu. Teşkilat, futbola dayalı pazarı da kapsamak ve şans oyunlarından daha fazla pay almak için 2003 Haziran’ında ihale açtı. GTECH, şartların Inteltek’e göre belirlendiği gerekçesiyle ihaleye girmedi. İhaleye katılan beş firmadan üçü elenirken kalan iki firmadan Reklam Departmanı verdiği bazı belgelerde tahrifat yapıldığı gerekçesiyle elendi. İhaleyi kazanan Inteltek ile Temmuz 2003 tarihinde sözleşme imzalandı. Bu ihaleye karşı yaptığı itirazın şikâyet başvurusu, Kamu İhale Kurulunca incelenmeksizin ret edilmesi üzerine GTECH Avrasya Teknik Hizmetler ve Müşavirlik

uzmanlık ve yüksek teknoloji gerektiren ve ihalesi de ivedi olarak yapılması zorunlu bulunan “Sabit İhtimalli Bahis Oyunlarının Risk Yönetim Merkezi Kurulması ve İşletmeciliği Başbayiliği Verilmesi İşi”nin kısmen veya tamamen devri ve bu işe ilişkin mal ve hizmet alımının, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü tarafından doğrudan temin usûlü dairesinde özel hukuk tüzel kişilerine gelir/hasılat paylaşımı esasına göre en fazla bir yıl süreli sözleşme ile yaptırılabilmesi, buna göre yapılacak ihaleden sonra gerçekleştirilecek ihalenin de gelir/hasılat esasına göre yapılacağı ve ihale konusu işin sözleşme tarihinden itibaren en geç altı ay içinde başlatılmasının zorunlu olduğu hükmü Kanuna ilave edilmiştir.

### **III. İHALENİN TABİ OLACAĞI HUKUKSAL REJİME İLİŞKİN TESPİT ve DEĞERLENDİRMELER**

Buraya kadar yapılan açıklamaların ardından, “Sabit İhtimalli Bahis Oyunlarının Risk Yönetim Merkezi Kurulması ve İşletmeciliği Başbayiliği Verilmesi İşi” ihalesine ilişkin olarak Kamu İhale Kurulu ve Danıştay kararı ile sonrasında yürürlüğe giren 5583 sayılı Kanunun getirdiği hukuksal rejimin özel olarak ele alınması gerektiği kanısındayız. Zira idarenin hukuka aykırı olarak gerçekleştirdiği bir işlemin yargı kararıyla yürütmesinin durdurulması ile ortaya çıkan durumun, yasama organı tarafından telafisi yoluna gidilmesi, yani mahkeme kararının etkisizleştirilmesi anlamına gelebilecek bir yaklaşım ortaya konulmuştur ki, bunun hem nedenleri hem de sonuçları bakımından incelenmesi gerekiyor. Bu çerçevede öncelikle pozitif düzenlemeler ışığında Kamu İhale Kurulu kararı ve sonrasında verilen yargı kararı üzerinde durulacaktır.

#### **A. Kamu İhale Kurulunun Konuya İlişkin Yaklaşımı Üzerine**

##### **1. Genel Olarak**

Yukarıda da değinildiği üzere, konuyla ilgili olarak verdiği kararlarında<sup>23</sup> Kamu İhale Kurulu;

---

A.Ş. tarafından, açılan davayı temyizden inceleyen Danıştay 13. Dairesince; bahis oyunları düzenlenmesi ve yürütülmesi görevinin Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğüne ait olduğu, bu görevin ancak genel, özel, katma bütçeli veya döner sermaye veya iktisadi devlet teşekkülleri mahiyetinde kurulmuş veya kurulacak bir kuruma verilebileceği, kamu tüzel kişileri tarafından yürütülmesi gereken bu hizmetin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılmasına yasal olanak bulunmadığı, bu hizmetin gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilmesinin, ancak yasa ile düzenlenmesine bağlı olması nedeniyle yapılan ihale işleminin yasal dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle yürütmenin durdurulmasına karar verilmiştir. Basit İhtimalli Bahis Oyunlarının Risk Yönetim Merkezi Kurulması ve İşletmeciliği Başbayiliği Verilmesi İşinin, spor kulüplerimize yaptığı kamusal katkı ile bu işin görülmesinin uzmanlık ve ileri teknoloji gerektirmesi gözetilmiş, yargı kararında da yasal düzenleme zorunluluğunun vurgulanması dikkate alınarak söz konusu işin kesintisiz devam ettirilmesi için işbu değişiklik önergesi verilmiştir.”

<sup>23</sup> Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 12.06.2003 Karar No : 2003/UK.Z-137; Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 03.07.2003 Karar No :



- 4734 sayılı Kanunun 2. maddesiyle belirlenen kapsamda yer alan idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin ihalelerin bu Kanun hükümlerine göre yürütüleceğinin belirtildiği,
- “Her türlü kaynak” ibaresinin, Kanun kapsamında bulunan kurum ve kuruluşların tasarrufunda bulunan ve kamu harcaması yapılmasını gerektiren kaynakları ifade ettiği,
- Şikayet konusu ihaleye ait İdari Şartnamenin 2. maddesinde işin yüklenici tarafından yapılacak hizmetler karşılığında sabit ihtimalli bahis oyunları hasılatından pay verilmesi olduğunun belirtildiği, hasılatın pay verilmesi karşılığı iş yaptırılmasının kamu harcaması yapılmasını gerektirmediği,
- 2003/5 sayılı Kamu İhale Tebliğinde bütçe gideri oluşturan ve harcama gerektiren iş ve işlemlerin Kamu İhale Kanununun konusunu oluşturduğunun, Kamu harcaması yapılmasını gerektirmeyen ve bütçeden ödenek kullanımı söz konusu olmayan işlerin 4734 sayılı Kanun kapsamında yer almadığının açıklandığı,
- Spor Toto Teşkilat Müdürlüğü tarafından imzalanan sözleşmenin tescil edilebilmesi için “*Spor Toto Teşkilat Müdürlüğü bütçesinden her hangi bir ödenek ayırmayı gerektirmeyen ve gelire yönelik bir iş kapsamında olan ... ihalemiz sonuçlanmış olup*” ifadesine yer verilen 03.10.2003 tarih ve 1663 sayılı yazı ekinde Sayıştay Başkanlığına gönderildiği; Sayıştay Başkanlığının Spor Toto Teşkilat Müdürlüğüne hitaben yazılmış 03.10.2003 tarih ve Söz.Tes.ve Kay.Grb.03/5533 sayılı yazısı ile tescili istenen sözleşme ile yapılacak işin gelir getirici nitelikte olduğu, 832 sayılı Sayıştay Kanununun 30 uncu maddesi gereğince Sayıştay’ın tescil görevini harcamaya ilişkin olarak akdedilmiş bağıt ve sözleşmeler üzerinden yapmakta olduğu, bu nedenle de yapılacak bir işlem bulunmadığının bildirildiği,
- Kamu İhale Kurumu Hukuk Müşavirliğinin mütalaasında ise “*futbol müsabakalarında müşterek bahis (Spor-Toto ve Spor-Loto) düzenlenmesi ve yönetilmesi hususunda tekel hakkına sahip olan Beden Terbiyesi Spor Genel Müdürlüğü, bu işlevini bağlı birimi olan Spor Toto Teşkilat Müdürlüğü kanalıyla yerine getirmekte, Spor Toto Teşkilat Müdürlüğü ise; kamu hizmeti alanında toplumsal ihtiyaçları karşılayacak bu hizmetin üretimini sözleşme ile özel kişilere gördürme yetkisine sahip bulunmaktadır. Bu nedenle; konusu, “Sanal Ortam Bayileri ve “Sabit Bayiler” aracılığı ile Spor*

*Toto Teşkilat Müdürlüğü tarafından futbola dayalı sabit ihtimalli bahis oyunlarının çoklu erişimli elektronik ortamlar ve terminaller üzerinden oynatılması için oluşturulan Teşkilata ait merkezi sisteme bağlı olarak çalışacak risk yönetim merkezinin kurdurulması ve işletmeciliği başbayiliği verilmesi olarak tanımlanan iş, 4046 sayılı Kanunla özel olarak düzenlenen katma bütçeli idare statüsündeki Beden Terbiyesi ve Spor Genel Müdürlüğüne bağlı hizmet üretim birimi olan Spor Toto Teşkilat Müdürlüğüne “futbol müsabakalarında müşterek bahis düzenlenmesi ve yürütülmesi” faaliyetinin özel kişilere gördürülmesi ile ilgili bir ihale olup, bu ihaleye ilişkin şikayetin incelenmesi ve sonuçlandırılmasının, 4734 sayılı Kanunla getirilen şikayet ve inceleme istemli idari başvurular için öngörülen sistem içerisinde, idarelerin ve Kurumumuzun görevleri arasında bulunmadığı düşünülmektedir” ifadesine yer verildiğinden*

bahisle, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamında bulunmayan ihaleye karşı yapılan başvuru hakkında karar verilmesine yer olmadığını belirtmiştir. Aynı ihaleye ilişkin başka bir kararında<sup>24</sup> da Kurul;

- İhale konusu işin kamu harcaması gerektirmediği,
- İhale onay belgesinde ödenek satırının boş bırakıldığı,
- Yaklaşık maliyetin teklif edilecek bedelin yüzde 12 si gibi değişken bir tutar olarak belirlendiği,
- Şartnamenin teklif ve sözleşme türü ile ilgili bölümüne, isteklilerin kurulacak sistemin işletme süresi boyunca hasılat üzerinden talep edecekleri yüzde oran ibaresine yer verildiği,
- İhale üzerinde bırakılan firma ile imzalanan sözleşmenin sözleşme türü ve bedeli ile ödeme yeri ve şartları ilgili maddelerine “...genel hasılatan...yasal vergiler çıktıktan sonra kalan meblağ üzerinden firmaya ödenecek (yüzde oniki) pay yüzdesidir” ifadesinin konulduğu
- Yapılan bu düzenlemelerin 4734 sayılı Kamu ihale Kanununun ilgili maddelerine ve bu Kanunla getirilen sistemin temel ilkelerine açıkça aykırı olduğu,
- Diğer taraftan, ihale edilen işin, esas itibarıyla bir tedarik faaliyeti olmayıp, Spor Toto Teşkilatı Müdürlüğü’nce yürütülen bazı görevlerin özel kişilere gördürülmesi olduğunu,

<sup>24</sup> Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 06.11.2003 Karar No : 2003/UK.Z-658.

belirttikten sonra, 4734 sayılı Kanunla öngörülen sistem içerisinde söz konusu ihaleye yönelik şikayetin incelenmesi ve sonuçlandırılmasının Kurumun görevleri arasında bulunmadığına karar vermiştir.

Görüldüğü üzere Kurul kararında, bir taraftan ihalenin 4734 sayılı Kanun kapsamında olmadığına kamu kaynağı kullanılmaması gerekçe gösterilmiş, diğer taraftan da ihale konusu işin Spor Toto Teşkilat Müdürlüğü'nce yürütülen bazı görevlerin özel kişilere gördürülmesi olduğu, bu nedenle 4046 sayılı Kanun kapsamında ele alınmasının zorunlu bulunduğu belirtilmiştir. Kurulun bu yönde karar vermesine gerekçe olarak belirttiği hususlara ilişkin yapılacak bazı hukuki değerlendirmelerin konuya açıklık kazandırma bakımından faydalı olacağı kanısındayız.

## **2. İhalenin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamında Olup Olmadığı Sorunu**

Kurulun yukarıda değinilen birinci gerekçesinden hareketle bir değerlendirme yapılacak olursa, aslında, söz konusu ihalenin Kamu İhale Kanunu kapsamında değerlendirilmesi ve bu Kanuna uygun bir şekilde gerçekleştirilmesinin mümkün olduğu kanısındayız. Söz konusu karara ilişkin karşı oy gerekçesinde de belirtildiği üzere, idarenin hazırladığı ihale dokümanının temel unsurlarından biri olan ve yüklenicinin üstleneceği yükümlülükler olarak tanımlanan işlerin, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda yer alan hükümlere uygun olarak yapılabilmesi mümkündür. Yani idare, gereken ödenek tahsisini yapıp, söz konusu işlerin yaklaşık maliyetini yürürlükteki kamu ihale mevzuatına uygun olarak tespit edip, sözleşme türü ve sözleşme bedelinin ne olacağı ile ödeme yeri ve şartlarını mevzuata uygun olarak net bir şekilde belirleyip ihaleye çıkabilir ve hiçbir sorun olmaksızın bu esaslara göre çıktığı ihaleyi, yine mevzuata uygun olarak sonuçlandırabilir ve böyle bir ihale sonrasında yüklenici firmaya yapılacak ödemelerin de idarenin bütçesinden yapıldığı ve kamu harcaması niteliğinde olduğunda tereddüt kalmazdı. İşin tamamlanmasından sonra ise karara konu ihalenin diğer unsuru olan kurulacak sistemin işletmeciliği ve başbayiliği ise 4734 ve 4735 sayılı Kanunlarla ilişkilendirilmeksizin; idarenin kendi mevzuatından kaynaklanan yetkisi bulunuyor ise ayrı bir ihale konusu yapılarak hasılatın belli bir pay verilmesi karşılığında üçüncü şahıslara gördürülebilir, böyle bir yetkisi bulunmuyor ise, kendisine imtiyaz olarak verilen bu işlerin üçüncü şahıslara gördürülebilmesi, 4046 sayılı Kanuna göre belirlenecek birimler tarafından, bu Kanunun öngördüğü usul ve esaslara göre gerçekleştirilebilirdi. Ancak idare; bazı mal ve hizmetleri satın alma ve hasılatın belli bir pay verilmesi karşılığında işletmeciliğe ilişkin başbayilik verme işlemlerini birlikte içeren bir ihale yapmak istemiş, bu kapsamda bir ihalenin 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar kapsamında yapılabilirliğini ve bu konuda yetkisi olup olmadığını sorgulamamıştır. Bunun yerine ihale dokümanı ve ihale işlemlerini 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa

dayandırmış, ancak gerek ihale dokümanını, gerekse diğer ihale işlemlerini bu Kanuna aykırı bir şekilde hazırlamış ve gerçekleştirmiştir. Bu durumda, Kurul tarafından söz konusu ihalenin ele alınarak iptal edilmesi gerekirdi.

Kaldı ki; hasılatın pay verilmesi ile, hasılatın tamamen idarenin bütçesine girmesi ve yükleniciye idare tarafından ayrılan ödenekten ödeme yapılmasının, kamu maliyesindeki adem-i tahsis ilkesine ilişkin değerlendirmeler dışında özü itibarıyla aynı olduğu kanısındayız.<sup>25</sup> Dolayısıyla; idarenin bütçesinden ödenek ayrılarak ihalenin yapılması ile son tahlilde aynı anlama gelen hasılatın pay verilmesi uygulamasının da 4734 sayılı Kanuna tabi olarak değerlendirilmesi, hem söz konusu Kanundaki esas ve usuller izlenerek temel ilkelere uygun bir ihale gerçekleştirilmesini sağlayacak, hem de bu esas usul ve ilkelere aykırı bir uygulama halinde, şikayet süreci sonrasında Kamu İhale Kurulu tarafından ihalenin iptal edilmesini mümkün kılacağı için hukuken daha kabul edilebilir görünmektedir. Nitekim İdare Mahkemesi, Kamu İhale Kurulunun söz konusu ihaleye ilişkin başvuru hakkında karar verilmesine yer olmadığı yönündeki kararını iptal etmiş, buna ilişkin temyiz başvurusu da Danıştay tarafından reddedilmiştir. Elbette mahkemenin bu kararı, hasılat paylaşımı yönteminin 4734 sayılı Kanun kapsamında olduğu sonucuna bizi kesin olarak götürmez. Ancak hasılat paylaşımı esasına dayalı olarak gerçekleştirilen ihalenin 4734 sayılı Kanun kapsamında olmadığı yönündeki görüşlerin de mutlak doğruyu yansıtmadığı sonucuna bizi götürebilir. Kaldı ki, 5583 sayılı Kanunla Kamu İhale Kanununa istisna getirilmiş olması da bunu doğrular niteliktedir. Eğer söz konusu ihale 4734 sayılı Kanun kapsamında olmasaydı bu yönde bir istisna hükmünün 4734 sayılı Kanuna ilave edilmesine ihtiyaç duyulmazdı. Kanun koyucunun bu yöndeki uygulaması da söz konusu ihalenin normalde 4734 sayılı Kanun kapsamında olması gerektiğini açıkça göstermektedir.

### **3. İhalenin 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun Bakımından Değerlendirilmesi**

Kamu İhale Kurulu diğer taraftan, söz konusu ihalenin 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanununa tabi olduğunu belirtmiştir. Buna ilişkin olarak Kamu İhale Kurumu Hukuk Müşavirliğinin mütalaasında;

*“futbol müsabakalarında müşterek bahis (Spor-Toto ve Spor-Loto) düzenlenmesi ve yönetilmesi hususunda tekel hakkına sahip olan Beden Terbiyesi Spor Genel Müdürlüğü, bu işlevini bağlı birimi olan Spor Toto Teşkilat Müdürlüğü kanalıyla yerine getirmekte, Spor Toto Teşkilat Müdürlüğü ise; kamu hizmeti alanında toplumsal ihtiyaçları karşılayacak bu hizmetin üretimini*

<sup>25</sup> Ayrıntı için bkz. Abdullah UZ, Kamu İhale Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 141-142.

*sözleşme ile özel kişilere gördürme yetkisine sahip bulunmaktadır. Bu nedenle; konusu, “Sanal Ortam Bayileri ve “Sabit Bayiler” aracılığı ile Spor Toto Teşkilat Müdürlüğü tarafından futbola dayalı sabit ihtimalli bahis oyunlarının çoklu erişimli elektronik ortamlar ve terminaller üzerinden oynatılması için oluşturulan Teşkilata ait merkezi sisteme bağlı olarak çalışacak risk yönetim merkezinin kurdurulması ve işletmeciliği başbayiliği verilmesi olarak tanımlanan iş, 4046 sayılı Kanunla özel olarak düzenlenen katma bütçeli idare statüsündeki Beden Terbiyesi ve Spor Genel Müdürlüğüne bağlı hizmet üretim birimi olan Spor Toto Teşkilat Müdürlüğüne “futbol müsabakalarında müşterek bahis düzenlenmesi ve yürütülmesi” faaliyetinin özel kişilere gördürülmesi ile ilgili bir ihale olup, bu ihaleye ilişkin şikayetin incelenmesi ve sonuçlandırılmasının, 4734 sayılı Kanunla getirilen şikayet ve inceleme istemli idari başvurular için öngörülen sistem içerisinde, idarelerin ve Kurumumuzun görevleri arasında bulunmadığı düşünülmektedir”*

ifadesine yer verilmiştir.

Acaba söz konusu ihale 4046 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebilir mi? Eğer bu soruya olumlu cevap verilebilir ise, ihale bu Kanuna uygun olarak mı gerçekleştirilmiştir? Bu konuda sağlıklı bir sonuca varmak için ilgili düzenlemelerin incelenmesi gerekir.

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanununun 1. maddesinin son fıkrasında “Genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların mal ve hizmet üretim birimleri ve varlıklarının (baraj, gölet, otoyol, yataklı tedavi kurumları, limanlar ve benzeri diğer mal ve hizmet üretim birimleri) işletme haklarının verilmesi veya kiralınması ile kamu iktisadi teşebbüsleri arasında yer alan ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede tanımlanmış bulunan "kamu iktisadi kuruluşları"nın ve bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme, işletme birimleri ve varlıklarının, *mülkiyetin devri dışında kalan yöntemler ile özelleştirilmesi bu Kanun hükümlerine tabidir.* Ancak, bu kuruluşların mülkiyetinin devrine ilişkin hususlar, kuruluşların gördükleri kamu hizmetinin esaslarına ve özelliklerine göre ayrı kanunlarla düzenlenir.” hükmüne yer verilmiş, “Kamu Hizmetlerinin Gördürülmesinin Özelleştirilmesi” başlıklı 15. maddesinde ise, genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların mal ve hizmet üretim birimleri ve varlıklarının (baraj, gölet, otoyol, yataklı tedavi kurumları, limanlar ve benzeri diğer mal ve hizmet üretim birimleri), işletme haklarının verilmesi veya kiralınması ve mülkiyetin devri dışındaki benzeri diğer yöntemlerle özelleştirilmesinin bu Kanun hükümleri çerçevesinde yapılacağı belirtildikten sonra *genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların sadece tekel niteliğindeki mal ve hizmet*

*üretim faaliyetleri(nin) imtiyaz kabul edileceği, bu madde gereğince imtiyaz sayılan faaliyetlerle ilgili olarak yapılacak anlaşma ve sözleşmelerin imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri niteliğinde olduğu, diğer kanunların bu hususları düzenleyen özel hükümlerinin saklı kalacağı hükmüne yer verilmiştir.*

Öte yandan “Özelleştirme Uygulamalarına İlişkin Hükümler” başlıklı 17. maddesinde de, “*Genel ve katma bütçeli idarelerle, bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların 15 inci maddenin (a) bendinde belirtilen mal ve hizmet üretim birimleri ve varlıkları ile kamu iktisadi kuruluşlarının ve bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimleri ile varlıklarının özelleştirme programına alınmalarına Kurulca karar verilir. Bunların, mülkiyetin devri dışındaki yöntemlerle yapılacak özelleştirme işlemleri idare tarafından yürütülür. Ancak, bunların mülkiyetinin bağlı buldukları kurum ve/veya kuruluşlara aidiyeti ve statüleri aynen devam eder.*” hükmü yer almaktadır.

Buna göre; 1050 sayılı Kanun döneminde katma bütçeli, 5018 sayılı Kanun ile birlikte özel bütçeli idareler arasında yer alan Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü’nün 4046 sayılı Kanun kapsamında olduğu söylenebilir. Ancak, öncelikle Özelleştirme Yüksek Kurulu tarafından programa alınması gerekir. Diğer taraftan ilgili mevzuatta futbol ve diğer spor müsabakaları üzerine sabit ihtimalli ve müşterek bahisler ile şans oyunlarını düzenleme yetkisinin Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğüne ait olduğu belirtildiğine göre, 4046 sayılı Kanun uyarınca söz konusu tekel niteliğindeki hizmet üretim faaliyeti imtiyaz kabul edilecektir. Dolayısıyla imtiyaz sayılan faaliyetlerle ilgili olarak yapılacak anlaşma ve sözleşmeler de imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri niteliğindedir. Dolayısıyla, futbol ve diğer spor müsabakaları üzerine sabit ihtimalli ve müşterek bahisler ile şans oyunları düzenleme işinin özel kişilere gördürülebilmesi için öncelikle bu konunun Özelleştirme Yüksek Kurulu tarafından programa alınması ve *yapılacak sözleşme imtiyaz sözleşmesi olacağı için*-imtiyaz sözleşmelerine ilişkin Anayasal kurallara uygun olarak sürecin işletilmesi gerekir. Ele almış olduğumuz hasılat paylaşımına dayalı ihale ve sonrasında imzalanan sözleşme bakımından bu koşulların yerine getirilmediği açıkça görülmektedir. Dolayısıyla “Sabit İhtimalli Bahis Oyunlarının Risk Yönetim Merkezi Kurulması ve İşletmeciliği Başbayiliği Verilmesi İşi” ihalesi, bu yönüyle 4046 sayılı Kanuna aykırı bir şekilde gerçekleştirilmiştir.

Öte yandan 4046 sayılı Kanunun “Özelleştirme Yöntemleri, Değer Tespiti, İhale Yöntemleri” başlıklı 18. maddesinde özelleştirme yöntemleri sayılmış,<sup>26</sup> bunlar arasında gelir ortaklığı modeline de yer verilmiştir. Söz

<sup>26</sup> Özelleştirme programına alınan kuruluşlar aşağıda belirtilen yöntemlerden birinin veya birkaçının birlikte uygulanması suretiyle özelleştirilir.

konusu düzenlemeye göre; gelir ortaklığı modeli ve işin gereğine uygun sair hukuki tasarruflar; *kuruluşların özellikleri ve yapıları da dikkate alınarak yukarıda belirtilen özelleştirme yöntemleri dışında kalan ve genel hükümler ile özel kanunlarda belirtilen diğer yöntemleri ifade edecek şekilde tanımlanmıştır.* Maddede ayrıca işin gereğine göre söz konusu özelleştirme yöntemlerinden hangilerinin uygulanacağına Kurulca karar verileceği belirtilmiş ancak *satış yönetimi dışındaki yöntemlerle yapılan özelleştirme uygulamalarına ilişkin ihalelerde, özelleştirilecek kuruluşa ait varlığın niteliği, gördüğü hizmetin özelliği, yapısı, hukuki durumu ile değer tespit sonuçları dikkate alınarak pazarlık veya açık artırma usullerinden idarece belirlenecek usulün uygulanacağı* hükme bağlanmıştır. Halbuki “Sabit İhtimalli Bahis Oyunlarının Risk Yönetim Merkezi Kurulması ve İşletmeciliği Başbayılığı Verilmesi İşi” ihalesi açık ihale usulü ile gerçekleştirilmiştir. Dolayısıyla ihale usulü bakımından da 4046 sayılı Kanuna aykırılık söz konusudur.

Ancak yapılan ihalenin konusunun bir hizmet satın alınması olduğu düşünüldüğünde-ki tasarının ele alındığı Millî Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonunda ilgili Devlet Bakanının, tasarımı sunuş konuşmasında<sup>27</sup>

a) *Satış*; Kuruluşların aktiflerindeki mal ve hizmet üretim birimleriyle varlıklarının mülkiyetinin kısmen veya tamamen bedel karşılığı devredilmesi ya da bu kuruluşların hisselerinin tamamının veya bir kısmının kuruluşların içinde buldukları şartlar da dikkate alınarak yurt içi ve yurt dışında, halka arz, gerçek ve/veya tüzelkişilere blok satış, gecikmeli halka arzı içeren blok satış, çalışanlara satış, borsada normal ve/veya özel emir ile satış, menkul kıymetler yatırım fonları ve/veya menkul kıymetler yatırım ortaklarına satış veya bunların birlikte uygulanması yoluyla bedel karşılığı devredilmesidir.

b) *Kiralama*; kuruluşların aktiflerindeki varlıklarının kısmen veya tamamen bedel karşılığında ve belli bir süre ile kullanma hakkının verilmesidir.

c) *İşletme hakkının verilmesi*; Kuruluşların bir bütün olarak veya aktiflerindeki mal ve hizmet üretim birimlerinin mülkiyet hakkı saklı kalmak kaydıyla bedel karşılığında belli süre ve şartlarla işletilmesi hakkının verilmesidir.

d) *Mülkiyetin gayri aynı hakların tesis*; Kuruluşların aktiflerindeki mal ve hizmet üretim birimleri ile varlıklarının, mülkiyeti ilgili kuruluşa ait olmak kaydıyla, Türk Medeni Kanununda öngörülen şekil ve şartlar dahilinde, malike ait kullanma hakkına ilişkin bazı tasarruflara rıza gösterilmesine veya malikin mülkiyete bağlı haklarını kullanmasından vazgeçmesi sonucunu doğurmasına ilişkin hakların tesisidir.

e) *Gelir Ortaklığı modeli ve işin gereğine uygun sair hukuki tasarruflar*; Kuruluşların özellikleri ve yapıları da dikkate alınarak yukarıda belirtilen özelleştirme yöntemleri dışında kalan ve genel hükümler ile özel kanunlarda belirtilen diğer yöntemlerdir.

İşin gereğine göre yukarıda belirtilen özelleştirme yöntemlerinden hangilerinin uygulanacağına Kurulca karar verilir.

<sup>27</sup> Bakanın sunuş konuşmasında, “*Tasarıyla Teşkilat Başkanlığının yetkisini özel hukuk tüzel kişilerine devredebileceği gibi mal ve hizmet satın alabileceği de öngörülmektedir. Bu mevcut halde de böyledir. İddaa oyunuyla ilgili hizmet satın alınmıştır. Farklı bir teknolojidir ve satın alınması zorunlu olmuştur. Tasarıyla hizmet satın alma yolunun açılması, İddaa ile ilgili Danıştay’ın verdiği yürütmeyi durdurma kararı karşısında yaşanan sorunun çözümlenmesini sağlayacaktır. Bu kanundan sonra yeniden ihale yapılacaktır. Bayiliklerin dağı-*

da İddaa ile ilgili olarak bir hizmet satın alındığı açıkça belirtilmiştir- söz konusu ihalenin 4046 sayılı Kanun ile ilişkilendirilmesi de mümkün görünmemektedir.

Böyle bir tablo karşısında, pozitif düzenlemelere açıkça aykırı bir şekilde yapılan söz konusu ihale hakkında Danıştay tarafından yürütmeyi durdurma kararı verilmiştir. Gerekçesi tarafımızca bilinmeyen yürütmeyi durdurma kararında, hasılat paylaşımı esasına dayalı bir ihalenin, 4734 sayılı Kanun kapsamında olması gerektiğine ilişkin bir tespite de yer verilmiş olmayabilir. Nitekim; basına yansıdığı kadarıyla Danıştay, söz konusu ihale işlemini, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğüne ait bir kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi konusunda açık bir yasal düzenleme olmadığı gerekçesi ile durdurmuştur. Ancak; bu karar sonrasında 5583 sayılı Kanun ile getirilen yeni düzenlemelere bakıldığında, özellikle Kamu İhale Kanununa getirilen istisna hükmü dikkate alındığında, Danıştay'ın söz konusu ihaleyi 4734 sayılı Kanun kapsamında değerlendirdiği söylenebilir.

#### **IV. İLGİLİ MEVZUAT DEĞİŞİKLİĞİ ve İDARE HUKUKU BAKIMINDAN ORTAYA ÇIKARDIĞI SONUÇLAR**

##### **A. İdari Teşkilatlanma Bakımından Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü ve Spor Toto Teşkilat Başkanlığının Durumu**

5583 sayılı Kanunla getirilen yeni düzenlemelere gelecek olursak, tasarı ile her ne kadar son derece dağınık bir mevzuatı bulunan Spor- Toto-Loto Teşkilat Müdürlüğünün hukuki statüsünün, Teşkilat Başkanlığı olarak yeniden yapılandırıldığı; futbol ve diğer spor müsabakaları üzerine bahis oyunlarının yanı sıra spora dayalı şans oyunları düzenleme imkanı getirilerek Teşkilat Başkanlığının görev ve yetkilerinin genişletildiği belirtilmiş ise de tasarı ile asıl hedeflenen husus, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün sportif faaliyetleri ile özerk spor federasyonlarının her türlü faaliyetleri ve yapım, bakım ve onarım ihaleleri hariç olmak üzere Spor Toto Teşkilat Başkanlığınca gerçekleştirilecek mal ve hizmet alımlarının 4734 sayılı Kamu İhale Kanun kapsamı dışına çıkartılması ve böylece Danıştay kararı ile ortaya çıkan hukuki durumun da yasal düzenleme ile aşılmasıdır. Dolayısıyla 5583 sayılı Kanun bakımından üzerinde durulması gereken en önemli husus, 4734 sayılı Kanuna getirilmiş olan istisnadır. Ancak bu konuyu ele almaya başlamadan önce, Kanunun diğer düzenlemeleri ile 5018 sayılı Kanun ve 3046 sayılı Kanun hükümleri bakımından bazı tespit ve değerlendirmelerin yapılması gerekmektedir.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun bütçe türlerini düzenleyen 12. maddesine göre; “özel bütçe”, *bir bakanlığa bağlı veya ilgili*

---

*tımında kura yoluna gidilerek İddaa ile ilgili şaibelerin önüne geçilmesini hedefliyoruz.” ifadelerine yer verilmiştir.*



*olarak belirli bir kamu hizmetini yürütmek üzere kurulan, gelir tahsis edilen, bu gelirlerden harcama yapma yetkisi verilen, kuruluş ve çalışma esasları özel kanunla düzenlenen ve 5018 sayılı Kanuna ekli (II) sayılı cetvelde yer alan her bir kamu idaresinin bütçesi olarak tanımlanmıştır.* 5018 sayılı Kanunun ilk halinde, söz konusu Kanuna ekli (II) sayılı Cetvelin 17. sırasında Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü, 49. sırasında ise Spor-Toto Genel Müdürlüğü'ne<sup>28</sup> yer verilerek her iki idare de özel bütçeli kamu idareleri arasında sayılmıştı. Ancak 5018 sayılı Kanunda, 5436 sayılı Kanunun 12. maddesi ile yapılan değişiklik ile özel bütçeli kamu idarelerinin listesi yeniden düzenlenmiş ve bu çerçevede 5018 sayılı Kanunun ifadesi ile Spor-Toto Genel Müdürlüğü özel bütçeli idareler listesinden çıkartılmıştır. Bununla birlikte 5583 sayılı Kanuna ilişkin Tasarının 2. maddesinde Spor Toto Teşkilat Başkanlığı; Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğüne bağlı, **özel hukuk hükümlerine göre sevk ve idare edilen ve özel bütçeli bir idare** olarak belirlenmiş ve madde gerekçesinde de bu açıkça belirtilmiştir. Aynı şekilde 4734 sayılı Kanuna istisna getiren madde gerekçesinde de, Teşkilat Başkanlığının, **Devlet bütçesinden hiçbir pay almadan her türlü giderini kendi gelirlerinden karşılayarak faaliyetini sürdüren özel bütçeli bir kuruluş olduğu** belirtilmiştir.

Dolayısıyla 5018 sayılı Kanunun (II) sayılı Cetvelinden çıkartılmış olsa bile, Spor Toto Teşkilat Başkanlığı, 5583 sayılı Kanun uyarınca özel bütçeli bir idaredir. Özel bütçeli idare olmasının doğurduğu hukuki sonuçlara gelince, bu konuda bize 5018 sayılı Kanunun yukarıda değinilen 12. maddesi yol gösterici olacaktır. Söz konusu maddeye göre, özel bütçeli idarelerin, *bir bakanlığa bağlı veya ilgili olarak belirli bir kamu hizmetini yürütmek üzere kurulmuş* olması gerekiyor. Yani özel bütçeli idareler doğrudan bir bakanlığa bağlı veya ilgili olmalıdır. Diğer taraftan özel bütçeli idareler, *belirli bir kamu hizmetini yürütmek üzere kurulan, gelir tahsis edilen, bu gelirlerden harcama yapma yetkisi verilen, kuruluş ve çalışma esasları özel kanunla düzenlenen kuruluşlar* olduğuna göre, söz konusu idarelerin bağlı veya ilgili olduğu Bakanlıktan, yani merkezi idareden ayrı bir tüzel kişiliğinin olması gerekir. Nitekim 5018 sayılı Kanunun (II) sayılı Cetvelinde yer verilen özel bütçeli idarelerin hepsi ayrı bir kamu tüzel kişiliğini haizdir. Gerçekten; Devlet tüzel kişiliği içinde yer alan kuruluşlar, 5018 sayılı Kanunun (I) sayılı Cetvelinde belirtilen Genel Bütçeli Kamu İdareleridir.

Şu halde; madem ki 5018 sayılı Kanun, 12. maddesi ile kamu idarelerinin maddede belirtilenler dışında herhangi bir ad altında bütçe

<sup>28</sup> Bu düzenlemede de açıkça görüleceği üzere, 5018 sayılı Kanun, Spor Toto Teşkilat Müdürlüğü yerine Spor Toto Genel Müdürlüğü nitelendirmesini yapmıştır. Yani, bir bağlı kuruluş olan Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünden ayrı olarak **Spor Toto Genel Müdürlüğü'nden** söz edilmiştir. Dolayısıyla 5018 sayılı Kanunda Spor Toto Teşkilat Müdürlüğü, bağlı kuruluş statüsündeki Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nün bir birimi olarak değil ayrı bir tüzel kişiliği haiz Genel Müdürlük olarak düzenlenmiştir.

oluşturmasını açıkça yasaklamış, 81. maddesinde de diğer kanunların 5018 sayılı Kanuna aykırı hükümlerinin yürürlükten kaldırıldığı belirtilmiş, o halde “özel bütçe”yi bu Kanundaki düzenleniş şekliyle anlamak zorundayız. Dolayısıyla özel bütçeli bir kamu kurumu olan Spor Toto Teşkilat Başkanlığı, yine özel bütçeli bir kamu kurumu olan Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü’ne bağlı olamaz. *Zira, 5018 sayılı Kanununun 12. maddesinin açık düzenlemesi uyarınca; özel bütçeli idareler, doğrudan bir bakanlığa bağlı veya ilgili olmak zorundadır.* O nedenle 3289 sayılı Kanunun 4. maddesinde “Spor Toto Teşkilat Başkanlığı”na “Bağlı Birimler” altında yer verilmesi, hukuki durumu değiştirmeyecektir.

Öte yandan Spor Toto Teşkilat Başkanlığına ait hak ve yetkilerin de, aşağıda ele alınacağı üzere yetki devri olasılığı hariç tutulduğunda, ayrı bir tüzel kişiliğin varlığını gerekli kıldığı kanısındayız. Nitekim; 5583 sayılı Kanunla Spor Toto Teşkilat Başkanlığına:

*a) Yurt içinde ve yurt dışında yapılan her türlü spor müsabakası üzerine yurt içinde ve yurt dışında spora dayalı bahis ve şans oyunları düzenlemek, denetim ve gözetimi altında düzenlemek, bunlara ilişkin her türlü izni vermek ve sözleşmeyi yapmak.*

*b) Spora dayalı bahis ve şans oyunlarına yönelik mevzuata aykırı iş ve eylemlerin önlenmesi için gerekli denetimleri yapmak, faaliyetlerde bulunmak ve tedbirleri almak.*

*c) Fikrî ve sınâî mülkiyet konusu her türlü eser ve hakkı edinmek, satın almak, satmak, kiraya vermek, kiralamak, kullanmak, paylaşmak ve bunlara ilişkin her türlü sözleşmeyi yapmak.*

*d) Spora dayalı bahis ve şans oyunlarının kamu yararına ve sosyal amaçlara uygun olarak düzenlenmesi ve gelişmesini sağlayacak politikalar belirlemek ve uygulamak.*

*e) Spora dayalı bahis ve şans oyunları düzenlenmesine ilişkin uluslararası gelişmeleri takip etmek, ilgili kuruluşlara üye olmak, katkı ve katılım payları ödemek ve bu kuruluşlarla işbirliği yapmak.*

*f) İzinsiz olarak spora dayalı bahis ve şans oyunları düzenleyen, başbayilik veya bayilik faaliyetinde bulunan veya kurallara aykırı hareket eden gerçek ve tüzel kişilere uygulanacak yaptırımlara ilişkin esasları belirlemek ve bunlar hakkında gerekli yasal işlemleri yapmak.*

*g) Spor kulübü kurmak ve mevcut spor kulüplerini satın veya devralmak.*

*h) Spora dayalı bahis ve şans oyunları düzenleme faaliyetinin gelişmesini sağlayacak tedbirleri almak ve bu konuda yapılması gerekli düzenlemeleri Genel Müdürlüğe önermek.*

görevleri verilmiş olup, söz konusu hukuki işlemlerin yapılabilmesi ayrı bir tüzel kişiliğin varlığını gerekli kılmaktadır.<sup>29</sup> Gerçekten; hukukta sadece hak ve borçlara sahip olabilen varlıklar kişi olarak nitelendirilmektedir<sup>30</sup> ki bu hak ehliyetine sahip olabilmeyi ifade eder. Doktrinde idare hukuku bakımından da sadece tüzel kişilerin hak sahibi olabileceği belirtilmektedir.<sup>31</sup> Hukukta kişi olmanın, irade açıklayabilme, hukuki işlem yapabilme gibi bir kısım sonuçları vardır.<sup>32</sup> Dolayısıyla; sözleşme yapmak<sup>33</sup>, fikri ve sınai mülkiyet konusu her türlü eser ve hakkı satın almak, satmak, kiralamak veya kiraya vermek, idari yaptırım uygulamak, spor kulübü satın almak gibi faaliyetler, hukuki sonuç doğurmak amacıyla yapılan birer irade açıklaması olup, irade açıklamasında bulunabilmek için ortada bir tüzel kişiliğin bulunması gerekir.<sup>34</sup> Şu halde; Spor Toto Teşkilat Başkanlığının, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'ne bağlı bir birim değil ayrı bir tüzel kişilik olarak kabulü, hukuki bakımdan daha yerinde bir değerlendirme olacaktır.

Diğer taraftan 3046<sup>35</sup> sayılı Kanun hükümleri de bizi böyle bir sonuca götürmektedir. Bir bağlı kuruluş olan Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü

<sup>29</sup> Söz konusu yetkiler kamu tüzel kişiliğinin varlığını göstermektedir. Nitekim öğretide; bir tüzel kişinin devlet/kamu yetkileriyle donatılmış olması ve/veya faaliyetlerinin/etkinliğinin kendisine kanuni bir tekel biçiminde özgülenmesi ve/veya mallarının ve gelirlerinin özel bir koruma düzeni altında bulunması/devlet mallarıyla ve gelirleriyle aynı hukuki himaye rejimine tabi kılınması ve/veya personelinin Türk Ceza Kanunu uygulamasında devlet memuru sayılması gibi kıstasların söz konusu tüzel kişinin bir kamu tüzel kişisi olduğu anlamına gelebileceği kabul edilmektedir. Bkz. Mukbil Özyörük, İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1972-1973, s. 83.

<sup>30</sup> Ergun Özsunay, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1983; Aydın Zevkliler v.d., Medeni Hukuk, Savaş Yayınları, Ankara 1995, s. 199; Turgut Akıntürk, Medeni Hukuk, Savaş Yayınları, Ankara 1994, s. 79.

<sup>31</sup> Lütfi Duran, İdare Hukuku, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1982, s. 88.

<sup>32</sup> Akıntürk, s. 142; Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2006, s. 91-92.

<sup>33</sup> Bu bağlamda örneğin Spor Toto Teşkilat Müdürlüğü İhale, Satınalma, Ayniyat ve Demirbaş Yönetmeliğinin 3.maddesinde sözleşme tanımına yer verilmiş olup, buna göre **Teşkilat ile müteahhit veya müşteri arasında yapılan** ve asgari olarak şartnamedeki hükümleri taşıyan yazılı anlaşma sözleşme olarak nitelendirilmiştir. Görüldüğü üzere Spor Toto Teşkilat Müdürlüğü Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünden ayrı olarak bizzat sözleşmenin tarafı olabilmektedir. Sözleşmeye tara olabilmek ayrı bir tüzel kişiliğin varlığını zorunlu kılmaktadır.

<sup>34</sup> Sıdık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. II, 3. Baskı, İstanbul, 1966, s. 1006

<sup>35</sup> Bakanlıkların Kuruluş Ve Görev Esasları Hakkında 174 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname İle 13/12/1983 Gün Ve 174 Sayılı Bakanlıkların Kuruluş Ve Görev Esasları Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Kaldırılması Ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında 202 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun.

bakımından-her ne kadar Başbakanlığa bağlı olduğu için 3056 sayılı Kanuna<sup>36</sup> tabi olduğu söylenebilirse de, söz konusu Kanunda, *Başbakanlık Teşkilatının merkez teşkilatı ile bağlı ve ilgili kuruluşlardan meydana geldiği* (m. 3) ifadesi dışında bağlı ve ilgili kuruluşlara yönelik herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği dikkate alındığında- 3046 sayılı Kanunun ilgili düzenlemelerinin geçerli olduğu kanısındayız.<sup>37</sup> Bu tespitten hareketle, bir bağlı kuruluş olan Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nün, 3046 sayılı Kanunun 10. maddesine göre, merkez teşkilatı ile ihtiyaca göre kurulan taşra teşkilatından meydana gelecek şekilde düzenlenmesi gerekir. Yine 3046 sayılı Kanunda, bağlı kuruluşlarının hiyerarşik kademelerinin, hizmetin özelliklerinden kaynaklanan farklılıklar dikkate alınmak kaydıyla, *Genel Müdürlük-Daire Başkanlığı-Şube Müdürlüğü-Şeflik-Memurluk* şeklinde oluşturulabileceği belirtilmiş (15/1-b), Bakanlık merkez teşkilatı ile bakanlık bağlı kuruluşlarının düzenlenmesinde uyulacak esas ve usulleri düzenleyen 16. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde de, *bağlı kuruluşların merkez teşkilatında, Genel Müdürlük-Daire Başkanlığı-Şube Müdürlüğü-Şeflik-Memurluk dışında hiyerarşik kademe teşkil edilemeyeceği* hükme bağlanmıştır. Bu durumda, bir bağlı kuruluş olan Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü bünyesinde, önceki haliyle Spor Toto Teşkilat Müdürlüğü, yeni haliyle de Spor Toto Teşkilat Başkanlığı adı altında bir birim ve hiyerarşi kademesi oluşturulması, 3046 sayılı Kanunla bağdaşmamaktadır. Kaldı ki; Teşkilat Başkanlığı olarak yapılandırılması da 3046 sayılı Kanuna aykırıdır. Zira söz konusu Kanun, sadece Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının bağlı kuruluşlarının görev, yetki ve sorumlulukları dikkate alınarak *başkanlık şeklinde teşkilâtlandırılabilirliğini* belirtmiştir(m. 16). Dolayısıyla; Spor Toto Teşkilat Başkanlığı olarak düzenlenmiş olması, bu yönüyle de 3046 sayılı Kanuna uygun düşmemektedir.

Öte yandan, 3289 sayılı Kanunda yer alan Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nün teşkilat yapısına ilişkin düzenleme biçimi de, 3046 sayılı Kanundaki düzenlemelerle çelişir görünmektedir. Gerçekten, 3046 sayılı Kanuna bakıldığında, gerek Bakanlık merkez teşkilatında, gerekse bağlı kuruluşların merkez teşkilatında, *“ana hizmet birimleri, danışma ve denetim birimleri ile yardımcı birimler”* dışında *“bağlı birim”*e yer verilmediği

<sup>36</sup> Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun.

<sup>37</sup> Nitekim 5018 sayılı Kanunda Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü özel bütçeli kuruluş olarak gösterilmiş olup, söz konusu Kanun özel bütçeli kuruluşları, *bir bakanlığa bağlı veya ilgili* olarak belirli bir kamu hizmetini yürütmek üzere kurulan, gelir tahsis edilen, bu gelirlerden harcama yapma yetkisi verilen, kuruluş ve çalışma esasları özel kanunla düzenlenen ve bu Kanuna ekli (II) sayılı cetvelde yer alan her bir kamu idaresi olarak tanımlamıştır. Kaldı ki doktrinde de Başbakanlığın, bağlı kuruluşlar bakımından bir tür hizmet bakanlığı haline getirildiği, başbakanın da bu kuruluşlar üzerinde, bir bakanın yetkilerine sahip hale geldiği ifade edilmiştir. Bu konuda bkz. Gözler, s. 128; Gözübüyük-Tan, İdare Hukuku C. I, 4. Bası Ankara 2006, s. 180-181.

görülmektedir. Dolayısıyla; Spor Toto Teşkilat Başkanlığının, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü bağlı birimi olarak öngörülmüş olması, 3046 sayılı Kanunun sistematığına uymamaktadır. Kaldı ki, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Teşkilatı, 3289 sayılı Kanuna EK-1 sayılı cetvelde gösterilmiş olup, burada Spor Toto Teşkilat Başkanlığından hiç bahsedilmemiştir. Görüldüğü gibi, Spor Toto Teşkilat Başkanlığı, 3046 sayılı Kanunda belirtilen bağlı kuruluşların teşkilat yapılanması ve hiyerarşi kademesi ile de uyumlu değildir.

Bu tespitlerden hareketle Spor Toto Teşkilat Başkanlığının, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün bağlı birimi olmadığı, ayrı bir tüzel kişiliğe sahip *bağlı kuruluş* statüsünde olduğu söylenebilir.

Aslında; KİT'ler ve TRT'de olduğu gibi, Spor Toto Teşkilat Başkanlığı'nın merkez teşkilatı içinde Yönetim Kuruluna yer verilmiş olması karşısında, Spor Toto Teşkilat Başkanlığının bağlı kuruluştan daha ziyade *ilgili kuruluş* teşkilatlanmasına daha yakın olduğu görülmektedir. Gerçekten Teşkilat Başkanlığının merkez teşkilatının; Teşkilat Başkanı, Başkan Yardımcısı, Teşkilat Müdürü, *Yönetim Kurulu* ile ana hizmet, danışma ve yardımcı hizmet birimlerinden oluştuğu belirtilmiştir. Yönetim Kuruluna;

- *Personel kadrolarının adet ve nitelikleri ile bunlardan Yönetim Kurulu kararı ile atanacakları tespit etmek*
- *Açıktan atama, fesih ve görevden alma kararlarını almak*
- *Uygun görülecek yerlerde temsilcilikler kurulmasına ve gerektiğinde kapatılmasına karar vermek*
- *Yıllık bütçeyi ve kesin hesapları incelemek ve onaylamak, gerektiği hallerde bütçenin bölümleri arasında aktarma yapmak veya ödenek eklemek*<sup>38</sup>

gibi görev ve yetkiler verilmiş olup, Yönetim Kurulunun varlığı ve söz konusu görev ve yetkiler, ayrı bir tüzel kişiliğin varlığını gerekli kıldığı gibi, Türk İdare Teşkilatı içerisinde nereye yerleştirileceği tam olarak belli olmayan *atipik* bir yapılanma ile karşı karşıya olduğumuzu göstermektedir.<sup>39</sup>

<sup>38</sup> Söz konusu yetki, TRT Yönetim Kurulunun görev ve yetkilerinin hükme bağlandığı 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanununun 12. maddesinde yer verilen, Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunun bütçesini, bilançosunu, kadrosunu karara bağlama yetkisi ile karşılaştırılabilir.

<sup>39</sup> Burada, saygıdeğer hocam Cüneyt Özansoy gibi İdare Teşkilatına yeni bir parantez açmayı düşünmemekle birlikte, "*sui generis*" ya da "*türü kendine özgü bir kuruluş*" nitelendirmelerine ihtiyatla yaklaşılması yönündeki değerlendirmelerinin gözardı edilmemesi gerektiği kanısındayım. Ayrıntı için bkz. Cüneyt Özansoy, Türkiye İdare Sisteminde Bir Parantez: GAP Olgusu, in *Günüşiğında Yönetim*, s. 213 v.d.

Sonuç olarak; Spor Toto Teşkilat Başkanlığı, yukarıda incelendiği üzere pozitif düzenlemeler bakımından çeşitli problemleri içinde barındırsa da, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünden ayrı bir tüzel kişiliğe sahiptir. Diğer bir ifade ile, Kanunla kurulmuş olma ve kamu gücü ayrıcalıklarına sahip bulunma koşullarını karşıladığı için Spor Toto Teşkilat Başkanlığı, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünden ayrı bir kamu tüzel kişisi, yani bir kamu kurumudur ve dolayısıyla kamu kurumlarının hukuksal rejimine tabidir.<sup>40</sup> Kanunda bağlı birim olduğu ifade edilse de teşkilat yapısı ve sahip olduğu yetkiler bizi böyle bir sonuca götürmektedir. Aksi takdirde İdare Hukuku kural ve kurumları bakımından tutarlı bir değerlendirme yapmak oldukça güç görünmektedir. Bu tespit, beraberinde başka sorunları/sonuçları da getirmekte olup, bunlar arasında en önemlisi ve konumuzla doğrudan ilgili olanı, spora dayalı bahis ve şans oyunları düzenleme ve düzenleme yetkisine ilişkindir. Çalışmanın bundan sonraki bölümünde, bu sorunlar ve özellikle de 5583 sayılı Kanunla getirilen istisna hükmü ve doğuracağı hukuki sonuçlar üzerinde durulacaktır.

## **B. 5583 sayılı Kanunla Getirilen İstisna Hükmü ve Doğuracağı Hukuki Sonuçlar**

### **1. Spora Dayalı Bahis ve Şans Oyunlarının Düzenlenmesi veya Düzenlenmesi Bakımından Yetki Sorunu**

Bilindiği gibi idari işlemin unsurları, İYUK'un 2. maddesinde düzenlendiği biçimiyle, yetki, şekil, sebep, konu ve maksat olarak incelenmektedir. Bu çerçevede; futbol ve diğer spor müsabakaları üzerine sabit ihtimalli ve müşterek bahisler ile şans oyunlarını düzenleme veya özel kişilere düzenleme işleminin yetki ve şekil unsuru üzerinde ayrıntılı olarak durulması gerekir. Ancak şekil-usul unsuruna yukarıda değinildiği için burada sadece yetki unsuru bakımından bir değerlendirme yapılacaktır.

İdare Hukukunda yetkiler Anayasa ve kanunlardan kaynaklanır. Anayasanın 6. maddesine göre, kaynağını Anayasadan almayan bir yetki kullanılamaz. Dolayısıyla yetkilerin, açık ve şüpheye yer bırakmayacak bir biçimde Kanunda düzenlenmesi gerekir.<sup>41</sup> Bununla birlikte 5583 sayılı Kanunun, İdare Hukukundaki yetki kurallarına uygun bir şekilde kaleme alınmadığı gözlenmektedir. Nitekim; 5583 sayılı Kanunun 1. maddesinde, *“futbol ve diğer spor müsabakaları üzerine sabit ihtimalli ve müşterek bahisler ile şans oyunlarını düzenleme hak ve yetkisinin Gençlik ve Spor Ge-*

<sup>40</sup> Pozitif düzenlemeye bakıldığında kamu tüzel kişiliğinin tanımının yapılmadığı sadece nasıl kurulabileceğinin hüküm altına alındığı görülmektedir. En basit tanımlamayla kamu tüzel kişileri; “*idareye özgü bir kuruluş (teşkilat) yapısına sahip olan ve bundan ötürü kuruluşları idare hukukunca düzenlenen tüzel kişiler*”dir. Bu konuda bkz. Tahsin Bekir Balta, *İdare Hukuku I, Genel Konular*, Ankara, 1970/72, s. 197 v.d. Kamu tüzel kişiliği ve hukuksal rejimi konusunda ayrıntı için bkz. Gözler, s. 78 v.d.

<sup>41</sup> Gözler, s. 291-292.

*nel Müdürlüğüne ait olduğu* belirtilmiş, 7. maddesinde de Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nün, *futbol ve diğer spor müsabakaları üzerine sabit ihtimalli ve müşterek bahisler ile şans oyunlarını düzenleme, düzenleme ve yönetme yetkisi olduğundan* söz edilmiştir. Ancak Kanunun 2. maddesi ile 7258 sayılı Kanunun 2. maddesinde yapılan değişiklikle, Genel Müdürlüğün bu yetkisini, **kendisine bağlı**, Spor Toto Teşkilat Başkanlığı eliyle kullanacağı ve yürüteceği, Teşkilat Başkanlığının söz konusu yetkisini bizzat kullanabileceği gibi kısmen veya tamamen özel hukuk tüzel kişilerine devredileceği veya mal ve hizmet satın alma yoluna gidebileceği hükme bağlanmıştır. Yine aynı maddede Teşkilat Başkanlığının görev ve yetkileri sayılmış olup bunlar arasında, *her türlü spor müsabakası üzerine yurt içinde ve yurt dışında spora dayalı bahis ve şans oyunları düzenleme, denetim ve gözetimi altında düzenleme, bunlara ilişkin her türlü izni verme ve sözleşmeyi yapma yetkisi* de bulunmaktadır.

Diğer taraftan; yine 2. maddede, Teşkilat Başkanlığının spora dayalı bahis ve şans oyunlarının düzenlenmesi ve düzenlenmesinde tek yetkili olduğu belirtilmiştir. Ancak devamında, Spor Toto Teşkilat Başkanlığının, Genel Müdürlüğün **izin veya onayıyla** spora dayalı bahis ve şans oyunlarının düzenlenmesi, denetim ve gözetimi altında düzenlenmesi, oynatılması, gerekli altyapı ve organizasyonun sağlanması ve yürütülmesi hususunda gerçek ve tüzel kişilerle sözleşme yapabileceği hükme bağlanmıştır.

Görüldüğü gibi, spora dayalı bahis ve şans oyunlarının düzenlenmesi veya düzenlenmesi konusunda 5583 sayılı Kanunda açık bir yetki karmaşası söz konusudur. Zira, Kanun bir yandan bu konuda yetkinin Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğüne ait olduğunu belirtmiş, diğer yandan da Teşkilat Başkanlığının spora dayalı bahis ve şans oyunlarının düzenlenmesi ve düzenlenmesinde tek yetkili olduğu hükmüne yer vermiştir. Maddenin başında, bu alanda yetkili idarenin Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü olduğu ve bu yetkisini Spor Toto Teşkilat Başkanlığı eliyle kullanacağı hükme bağlandıktan sonra, aynı maddenin devamında Teşkilat Başkanlığının spora dayalı bahis ve şans oyunlarının düzenlenmesi ve düzenlenmesinde **tek yetkili** olduğunun belirtilmesi, lafzî yorum yönteminin kullanılması halinde bile çeşitli problemleri beraberinde getirebilecek niteliktedir. Gerçekten spora dayalı bahis ve şans oyunlarının düzenlenmesi veya düzenlenmesi konusunda yetki Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünde ise, Teşkilat Başkanlığının spora dayalı bahis ve şans oyunlarının düzenlenmesi ve düzenlenmesinde tek yetkili olduğunun maddede ayrıca belirtilmesi hem gereksiz hem de yanıltıcıdır.

Bir an için Kanunda belirtildiği şekliyle, Spor Toto Teşkilat Başkanlığının, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nün bağlı birimi olduğu kabul edildiğinde, spora dayalı bahis ve şans oyunlarının düzenlenmesi ve düzenlenmesinde yetkinin Genel Müdürlüğe ait olduğu ve söz konusu yetkisini idari iş bölümü esasına göre Teşkilat Başkanlığı eliyle

kullanılabileceği söylenebilir. Ancak bu varsayımda da Teşkilat Başkanlığının spora dayalı bahis ve şans oyunlarının düzenlenmesi ve düzenlenmesinde tek yetkili olduğu ve bu yetkisini Genel Müdürlüğün izin ve onayı ile kullanabileceği hükmünün İdare Hukuku bakımından özel olarak irdelenmesi gerekmektedir.

Bu bağlamda yetki devri (delegation de competence/pouvoir)<sup>42</sup> ve idari vesayet (tutelle administrative) bakımından bir değerlendirme yapılabilir. Acaba burada bir yetki devrinin varlığından söz edilebilir mi? Başka bir ifade ile Kanun, Genel Müdürlüğün yetkisinin Teşkilat Başkanlığına devrini öngörmüş olabilir mi? Diğer taraftan, Genel Müdürlüğe verilen izin ve onay yetkisi, bir idari vesayet yetkisi olarak görülebilir mi?

Bilindiği üzere, kamu hukuku ilkelerine göre yetki, bir kamu düzenine ilişkin olup, kanun koyucu tarafından kime verilmiş ise, ancak onun tarafından kullanılabilir ve yine kanunun açık hükmü olmadıkça yetkili makam veya merci yetkisini devredemez.<sup>43</sup> Hiyerarşi konusu içerisinde ele alınabilecek yetki devri, aynı tüzel kişilik içerisinde söz konusu olabilir.<sup>44</sup> Bu çerçevede, Spor Toto Teşkilat Başkanlığının Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün bağlı birimi olduğu varsayımı üzerinden hareketle yetki devrinin varlığı üzerinde durulabilir. Ancak bu olasılıkta da kanun koyucunun ortaya koyduğu düzenlemenin amaca hizmet etme yerine karışıklığa yol açacak nitelikte olduğu söylenebilecektir. Gerçekten yetki devrinde, imza devrinden farklı olarak karar alma yetkisi, yetkiyi devreden makamdan ayrılmakta ve kendisine yetki devredilen makama geçmektedir. Yani yetkiyi devreden makam, yetki devrini kaldırmadıkça, o yetkiyi bir daha kullanamaz.<sup>45</sup> Halbuki 5583 sayılı Kanunda, bir taraftan futbol ve diğer spor müsabakalarına dayalı olarak sabit ihtimalli ve müşterek bahisler ile şans oyunlarını düzenleme hak ve yetkisinin Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğüne ait olduğu belirtildikten sonra bu hak ve yetkisini, kendisine bağlı Spor Toto Teşkilat Başkanlığı eliyle kullanacağı ve yürüteceği hükmüne yer verilmiş, devamında da Teşkilat Başkanlığının söz konusu yetkisini bizzat kullanabileceği gibi kısmen veya tamamen özel hukuk tüzel kişilerine devredebileceği veya mal ve hizmet satın alma yoluna gidebileceği ifade edilmiş, diğer taraftan da 5583 sayılı Kanunun Geçici 1. maddesinde, "Sabit İhtimalli Bahis Oyunlarının Risk Yönetim Merkezi Kurulması ve İşletmeciliği Başbayiliği Verilmesi İşinin" kısmen veya tamamen devri ve bu işe ilişkin mal ve hizmet alımının, *Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü*

<sup>42</sup> Kavram bakımından bir değerlendirme için bkz. Gözler, s. 296 (d.n. 198).

<sup>43</sup> Metin Günay, *İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık*, Ankara 2002, s. 129 v.d.; İl Han Özay, *Günüşünde Yönetim*, Alfa Yayınları, İstanbul 1996, s. 386 v.d.

<sup>44</sup> Özay, s. 156-158. Yetki devri konusunda ayrıntılı bir çalışma için bkz Nihat, Aytürk, "Yönetimde Yetki Devri ve İmza Yetkileri", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 33, Sayı 1, Mart 2000, s. 79 v.d.

<sup>45</sup> Günay, s. 129-130.



*tarafından* doğrudan temin usûlü dairesinde özel hukuk tüzel kişilerine gelir/hasılat paylaşımı esasına göre sözleşme ile *yaptırılabilceği* hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü üzere söz konusu düzenlemeler, idare hukukunda yetki ve yetki devrinin hukuki sonuçları bakımından oldukça sorunludur.

Ancak, yukarıda da ayrıntılı olarak ortaya konulduğu üzere, Spor Toto Teşkilat Başkanlığı, gerek teşkilatlanması gerekse sahip olduğu hak ve yetkiler bakımından ayrı bir tüzel kişilik, dahası kanunla kurulma ve kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olma koşullarını da taşıdığı için kamu tüzel kişisi olduğuna göre, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğüne ait olduğu belirtilen bir yetkinin başka bir kamu tüzel kişisi eliyle kullanılması idare hukuku bakımından izahı zor bir durumdur. Zira hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları için uzmanlık-specialite ilkesi geçerli olup,<sup>46</sup> bunlar belli bir hizmetin yürütülmesi için ayrı bir tüzel kişilik şeklinde yapılandırılmışlardır. Gerçekten; belli bir kamu hizmeti görmesi ve tüzel kişiliği haiz olması, kamu kurumlarının en temel özelliğini oluşturur.<sup>47</sup> Burada kamu hizmetlerinin kamu tüzel kişileri tarafından işletilme usulleri arasında yer alan “*kamu kurumu usulü*”, yani kamu hizmetinin bir kamu kurumu tarafından işletilmesinden söz edilebilir. Bu çerçevede, eğer spora dayalı bahis ve şans oyunları düzenleme ve düzenleme yetkisi Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğüne verilmişse, bu yetkinin bizzat söz konusu kamu tüzel kişisi tarafından kullanılması ya da ilgili kamu hizmetini yakın gözetim ve denetimi altında özel kişilere gördürmesi gerekir. Yani aynı konuda iki ayrı kamu kurumunun yetkili olması idarenin kuruluş ve görevlerine ilişkin temel ilkelerle bağdaşmaz. Bununla birlikte, eğer bu yetkinin asıl olarak Spor Toto Teşkilat Başkanlığına ait olduğu kabul edilecekse- ki Kanun, açıkça Teşkilat Başkanlığının spora dayalı bahis ve şans oyunlarının düzenlenmesi ve düzenlenmesinde tek yetkili olduğunu belirtmiştir- bu durumda ayrı bir kamu tüzel kişiliğini haiz olan Teşkilat Başkanlığının bu yetkisini kullanırken Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün izin ve onayına tabi olması hususu üzerinde durulabilir. Acaba burada bir tür vesayet ilişkisinden söz edilebilir mi?

Bilindiği gibi, “(ö)nceleri merkezi idarenin yerinden yönetim kuruluşları üzerindeki denetimi olarak ortaya çıkan idari vesayet, zamanla bir kamu tüzelkişisinin bir başka kamu tüzel kişisi üzerindeki denetim yetkilerini de kapsayacak biçimde anlaşılmaya başlanmıştır”<sup>48</sup> Bu bağlamda, iki ayrı kamu tüzel kişisinden biri merkez olarak kabul edilmekte ve bu kamu tüzel kişisine öteki kamu tüzel kişisi üzerinde denetim yetkisi tanınmaktadır. Türkiye Barolar Birliği ile Barolar, Büyükşehir Belediyesi ile İlçe Belediyeleri arasında bu tür bir vesayet ilişkisinin varlığından söz

<sup>46</sup> Günday, s. 453; Özay, s. 137; Gözler, s. 91; Duran, s. 191.

<sup>47</sup> İsmet Giritli, Pertev Bilgen ve Tayfun Akgüner, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2006, s. 286.

<sup>48</sup> Günday, s. 75.

edilmektedir.<sup>49</sup> Özay, bu ilişki için özel bir tür idari vesayet nitelemesi yapmış ve bu bağlamda “dış idari denetim” kavramını kullanmayı yeğlemiştir.<sup>50</sup> Konumuz bakımından bir değerlendirme yapmak gerekirse, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün merkez kabul edilerek Spor Toto Teşkilat Başkanlığı üzerinde bir tür vesayet yetkisinin varlığından söz edilemeyeceği kanısındayız. Zira ilgili düzenlemelerde yer alan yetki kuralları, bizi böyle bir sonuca götürmekten uzaktır. Gerçekten, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün, Teşkilat Başkanlığı üzerinde vesayet yetkisine sahip olduğu varsayımında, vesayet makamının sahip olduğu bazı yetkilerin vesayet denetimine tabi kuruluş eliyle kullanılmasının idare hukuku bakımından izahı oldukça güçtür.

Şu halde yukarıda değinilen hususlar birlikte değerlendirildiğinde, Kanunun düzenleme biçimine rağmen ortada iki ayrı tüzel kişiliğin olduğu görülmektedir. Bu tespit, beraberinde spora dayalı bahis ve şans oyunlarının düzenlenmesi ve düzenlenmesinde yetkinin kime ait olduğu sorusunu getirmektedir ki, Kanun koyucu asıl yetkili olarak Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünü göstermiş olsa da esasında yetkinin Spor Toto Teşkilat Başkanlığına ait olduğu kanısındayız.

## **2. 4734 sayılı Kanuna Getirilen İstisna ve Ortaya Çıkardığı Hukuki Sonuçlar**

Diğer taraftan, Spor toto Teşkilat Başkanlığının ayrı bir kamu tüzel kişisi olduğu tespiti, 4734 sayılı Kanuna getirilen istisna hükmü bakımından da bizi Kanun Koyucunun hiç arzu etmeyeceği sonuçlara götürmektedir. Zira kanun koyucu, Kamu İhale Kanununa bir istisna hükmü getirmekle spora dayalı bahis ve şans oyunlarının düzenlenmesi ve düzenlenmesi konusunda 4734 sayılı Kanunun ilke, usul ve kurallarına uyulması zorunluluğunu ortadan kaldırmak istemiştir. Gerçekten; 5583 sayılı Kanunun 9. maddesinde, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü ile özerk spor federasyonlarının ulusal ve uluslararası sportif faaliyetlerine ilişkin mal ve hizmet alımlarının 4734 sayılı Kanuna tabi olmayacağı belirtilmiştir.<sup>51</sup> Ancak söz konusu istisna hükmünün yukarıdaki tespit ve değerlendirmeler ışığında ne anlama geldiğinin irdelenmesi gerekir. Bu bağlamda tasarı metninde yer alan istisna hükmü bize yol gösterici niteliktedir.

---

<sup>49</sup> Ibid.

<sup>50</sup> Özay, s. 170-172. Yazar, Barolar Birliği ile Adalet Bakanlığı arasındaki idari vesayet olduğunda hiç kuşku olmadığını ancak, baro ile Birlik arasındaki ilişkinin ne hiyerarşi ne de alışılmış türde bir idari vesayet olduğunu belirtmiştir.

<sup>51</sup> Türk Spor Kurumu Kanunu Tasarısı Taslağında da (m. 28), Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü yerine kurulacak olan Türk Spor Kurumunun sportif faaliyetleri ile ilgili her türlü gelir getirici işlemleri ile mal ve hizmet alımlarının; 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümlerine tabi olmayacağı hükmüne yer verilmiştir.

Öncelikle söz konusu düzenlemeye neden ihtiyaç duyulduğu oldukça uzun sayılabilecek bir gerekçe ile ortaya konulmaya çalışılmıştır. Diğer maddelerin gerekçeleri bir veya iki satırlık cümlelerden oluşurken bu maddenin gerekçesinin bir sayfayı aşacak şekilde kaleme alınması, yapılan düzenlemeyi meşrulaştırma çabasının bir göstergesi olarak nitelendirilebilir. Söz konusu gerekçede şu ifadelere yer verilmiştir:

*“Genel Müdürlüğün sportif faaliyetleri ile özerk federasyonların faaliyetleri uluslararası federasyonların mevzuatına uygun olarak ifa edildiğinden dolayı 4734 sayılı Kanunun getirdiği usul ve esaslara uyulması halinde, öngörülemeyecek şekilde ortaya çıkan ihtiyaçların temininde güçlüklerle karşılaşmakta, bazen mevzuat dışı alımlar yapılmak suretiyle bu tür organizasyonlar gerçekleştirilebilmektedir. Mevzuat dışı yapılan alımların bedelleri ise çoğu defa federasyon başkanı, yönetim kurulu üyeleri veya federasyon çalışanları tarafından karşılanmak suretiyle uluslararası düzeyde ülke itibarının zedelenmesinin önüne geçilebilmektedir. Yapılan düzenleme ile Genel Müdürlüğün veya federasyonların düzenlediği uluslararası organizasyonların sevk ve idaresinde 4734 sayılı Kanunun getirdiği ağır bürokratik engellerle karşılaşılmaksızın ülke itibarına yakışır şekilde faaliyetlerin düzenlenmesi ve mal ve hizmet alımlarının yapılması sağlanmıştır.*

*Futbol müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli bahis oyunlarının (İddaa) oynatılması, ülkemizde yasadışı olarak internet üzerinden bahis oynatan şirketler ile bahis oranlarının söz konusu şirketler tarafından belirlenen oranlarla eşit veya çok yakın bir oranda belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Az ancak sık kazandırma özelliği ile kısa sürede içersinde tüm dünyadaki iştirakçiler tarafından en çok tercih edilen oyun haline gelen sabit ihtimalli bahis oyunlarının (İddaa) ana unsuru kazanılacak ikramiyeyi belirleyen bahis oranlarıdır. İnternet üzerinde illegal şekilde faaliyet gösteren ve hasılatı üzerinde vergi dahil hiçbir kesintisi bulunmayan yasadışı organizasyonların en cazip tarafı bahis oranlarının yüksek tutulması suretiyle iştirakçilere verilen yüksek ikramiyedir.*

*İddaa oyununun oynatılabilmesi dağıtılan ikramiye miktarı ile doğrudan ilişkilidir. Zira söz konusu oyunda dağıtılacak ikramiye miktarının önceden bilinmesi fiilen mümkün olmayıp, iştirakçiler bahislerini oyunu düzenleyen kuruma karşı oynamaktadır. Bu nedenle, tüm dünyada illegal olarak faaliyet gösteren bahis şirketleri ile rekabet edilebilmesi bahis oranlarının söz konusu şirketlerce belirlenen oranlara eşit veya çok yakın olmasıyla mümkündür. Kurum dünya üzerinde oynatılan sabit ihtimalli bahis oyunları için uygulanan taban oran olan hasılatın en az % 50'sini ikramiye olarak ayırmak zorundadır. Ancak, anılan oranın üzerindeki ikramiye riskinin Devletin işle-*

**yişi ve yapısı dikkate alındığında karşılanması mümkün olmadığından % 50'nin üzerindeki ikramiye riskinin özel sektöre verilmesi zorunludur.**

*Yukarıda anlatılan model ise ancak gelir-hasılat paylaşımı şeklindeki bir ihale ve sözleşme ile mümkündür. Ancak, gelir-hasılat paylaşımı şeklindeki bir ihale modeli 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda öngörülmediğinden söz konusu modelin 4734 sayılı Kanunun esas ve usullerine göre yapılması hukuken ve fiilen mümkün değildir.*

*Teşkilat Başkanlığınca gerçekleştirilecek yapım, bakım ve onarım işleri dışındaki sportif iş ve işlemlerin, kendine has özellikleri dikkate alındığında, bu işlemlerin çok kısa süre içerisinde gerçekleştirilmesi zorunludur. Bu bağlamda örneğin, herhangi bir müsabaka, turnuva veya organizasyonda takım veya sporcunun alacağı sonuç ve derecenin önceden bilinmesinin mümkün olmaması, hangi müsabakanın nerede gerçekleştirileceğinin bazen önceden bilinmemesi, bu iş ve işlemler için yapılması gereken reklam, ilan, ödül, malzeme ve yer temininin kısa süre içerisinde yapılmasının zorunlu olması ve benzeri sebeplerden dolayı bu işlemlerin Kamu İhale Kanununa tabi olmaksızın yapılması zorunlu hale gelmektedir.*

**Ayrıca, Teşkilat Başkanlığı, Devlet bütçesinden hiçbir pay almadan her türlü giderini kendi gelirlerinden karşılayarak faaliyetini sürdüren özel bütçeli bir kuruluştur.** Kurumun işletme giderleri dışında kalan gelirleri, kuruluş amacı doğrultusunda Türk sporu ve ekonomisine aktarılmaktadır. Teşkilat Başkanlığı tarafından oynatılan oyunların hasılatının artırılması, kamuoyuna zamanında yapılacak duyuru mahiyetindeki reklamlara bağlıdır. Oynatılan müşterek bahis oyunlarında önceden tahmin edilmesi mümkün olmayan değişikliklerin örneğin, büyük ikramiyeyi bilen çıkmaması nedeniyle biriken ikramiyenin bir sonraki haftaya devretmesi veya tek maç üzerinden oyun oynatılmasına imkân tanıyan maçların ilan edilmesi gibi kamuoyuna en kısa sürede duyurulması ve basın-yayın organları tarafından düzenlenen spora yönelik yayınlarda Teşkilat reklamının yapılması halinde oyun hasılatında dolayısıyla kamu gelirlerinde artış meydana gelmektedir.

*Belirtilen nedenlerle günlük veya haftalık zaman dilimleri içerisinde uygulanması zorunlu olan reklam çalışmalarının 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında gerçekleştirilmesi ihale ilan süreleri ve prosedürü göz önüne alındığında imkansız hale gelmektedir. Ülkemizde bulunan yazılı ve görsel yayın kuruluşları tarafından belirlenen tarifelere göre bu ihtiyacın doğrudan temin usulü ile karşılanması da mümkün olmamaktadır.*

***Yukarıda belirtilen nedenlerle, yapım, onarım ve bakım ihaleleri hariç olmak üzere Spor Toto Teşkilat Başkanlığınca gerçekleştirilecek mal ve hizmet alımı ile diğer ihalelerin de 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi olmaksızın gerçekleştirileceği düzenlenmiştir.***<sup>52</sup>

Görüldüğü gibi, tasarı metnindeki istisnanın kapsamı ile Kanundaki istisna hükmünün kapsamı aynı değildir. Tasarı metninde, *Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün sportif faaliyetleri ile özerk spor federasyonlarının her türlü faaliyetleri ve yapım, bakım ve onarım ihaleleri hariç olmak üzere Spor Toto Teşkilat Başkanlığınca gerçekleştirilecek mal ve hizmet alımlarının* 4734 sayılı Kanundan istisna olduğu belirtilmişti. Ancak Genel Kurulda verilen değişiklik önergesi sonucunda sadece *Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü ile özerk spor federasyonlarının ulusal ve uluslararası sportif faaliyetlerine ilişkin mal ve hizmet alımlarının* 4734 sayılı Kanundan istisna tutulması hükme bağlanmış oldu. Bu tespitten hareketle aşağıdaki değerlendirmeler yapılabilir.

Öncelikle, tasarıda Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün sportif faaliyetlerinin yanı sıra ayrıca Spor Toto Teşkilat Başkanlığının mal ve hizmet alımlarına değinilmiş olması da göstermektedir ki, Spor Toto Teşkilat Başkanlığı, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünden ayrı bir kişilik olarak değerlendirilmekte ve Teşkilat Başkanlığının spora dayalı bahis ve şans oyunları düzenleme ve düzenleme yetkisi bağlamında hizmet satın alması, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün *sportif faaliyetleri* kapsamında görülmemektedir. Eğer spora dayalı bahis ve şans oyunlarının düzenlenmesi ve düzenlenmesi de sportif faaliyet olarak değerlendirilmiş olsaydı, bunun ayrıca istisna olarak belirtilmesine gerek duyulmazdı. Dolayısıyla, Kanunun gerekçesinden hareketle, Spor Toto Teşkilat Başkanlığının mal ve hizmet alımı ile Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün sportif faaliyetlerini birbirinden ayrı düşünmek gerekir.<sup>53</sup>

Kaldı ki, yukarıda incelendiği üzere, Spor Toto Teşkilat Başkanlığının ayrı bir kamu tüzel kişiliğini haiz kamu kurumu olduğu tespiti ve spora dayalı bahis ve şans oyunları düzenleme ve düzenleme yetkisinin de bu kuruma ait olması gerektiği değerlendirmesinden hareketle, Spor Toto Teşkilat Başkanlığının mal ve hizmet alımlarının 4734 sayılı Kanun kapsamında olduğunun kabulü gerekir. Diğer bir ifade ile, tasarıda yer aldığı halde Kanun metninden çıkartılan Spor Toto Teşkilat Başkanlığının mal ve hizmet alımları, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün sportif faaliyetleri kapsamında kesinlikle değerlendirilemez. Zira ortada iki ayrı kamu tüzel

<sup>52</sup> Metindeki vurgulamalar yazara aittir.

<sup>53</sup> Bu bağlamda “sportif faaliyet” ifadesinden neyin anlaşılması gerektiği üzerinde de durulabilir. Yani, spora dayalı bahis ve şans oyunları düzenlemek veya düzenlemek bir sportif faaliyet olarak değerlendirilebilir mi?

kişiliği ve bunlara ait ayrı yetkiler söz konusudur. Tasarıda yer alan ilgili düzenlemede hem Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'ne hem de Spor Toto Teşkilat Başkanlığına yer verilmiş olması da aslında iki ayrı tüzel kişiliğin varlığına işaret eder niteliktedir.

Diğer taraftan 4734 sayılı Kanuna getirilen istisna bakımından da, istisnalara ilişkin açıkça kanunda belirtilme ve dar yoruma tabi tutulma temel ilkelerinin geçerli olması gerekir. Buradan hareketle, Spor Toto Teşkilat Başkanlığının mal ve hizmet alımlarının, 4734 sayılı Kanundan istisna olduğu Kanunda açıkça düzenlenmediğine göre, hizmet alımı yoluyla spora dayalı bahis ve şans oyunları düzenleme, Kamu İhale Kanunu kapsamında değerlendirilmelidir. Yani, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün sportif faaliyetleri bakımından getirilen bir istisna hükmüne, ayrı bir tüzel kişiliğin yetkisinde olması gereken ve sportif faaliyet olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda da kesin bir sonuca ulaşılması zor görünen spora dayalı bahis ve şans oyunları düzenleme/düzenleme faaliyetinin de dahil olması sonucunu doğuracak şekilde genişletici bir yoruma tabi tutulması doğru değildir.

Şu halde; 5583 sayılı Kanunla, sadece Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü ile özerk spor federasyonlarının ulusal ve uluslararası sportif faaliyetlerine ilişkin mal ve hizmet alımları bakımından 4734 sayılı Kanuna bir istisna getirildiğine göre, Spor Toto Teşkilat Başkanlığının spora dayalı bahis ve şans oyunları da dahil her konudaki mal ve hizmet alımının 4734 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanısındayız.

### **Sonuç ve Değerlendirme**

Kamu alımlarında rekabeti, saydamlığı, etkinlik ve verimliliği, hesap verilebilirliği sağlama iddiasıyla çıkartılmış ve bunu gerçekleştirmek amacıyla şikayet ve itirazın şikayet gibi denetim mekanizmaları öngörmüş olan 4734 sayılı Kanunun, aşırı bürokrasi, hantallık ve zaman kaybına neden olduğu gibi gerekçelerle uygulama alanının sürekli daraltıldığına üzülmektedir. Halbuki 4734 sayılı Kanunun kapsamının, istisnalarla daraltılmak yerine, hem hukuka uygunluk hem kamu kaynaklarının verimli kullanılması bakımından olabildiğince genişletilmesi gerekir. Bu bağlamda; gelir/hasılat paylaşımı esasının da 4734 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebileceği kanısındayız. Nitekim; Kanun koyucu da, 5583 sayılı Kanunla 4734 sayılı Kanuna getirdiği istisna hükmü gerekçesinde gelir-hasılat paylaşımı şeklindeki bir ihale modelinin 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda öngörülmediğini, söz konusu modelin 4734 sayılı Kanunun esas ve usullerine göre yapılmasının hukuken ve fiilen mümkün olmadığını belirttiği halde, bu konuyu 4734 sayılı Kanunun istisnaları arasında düzenlemekle, hem büyük bir çelişkiye düşmüş hem de bizim kanaatimizi haklı çıkartmış görünmektedir. Her ne kadar Spor Toto Teşkilat Başkanlığının teşkilat yapısını yeniden düzenlemek ve bu konudaki dağınıklığı gidermek amacıyla

hazırlandığı belirtilmiş olsa da, asıl amacının Danıştay'ın yürütmeyi durdurma kararı üzerine ortaya çıkan hukuki sorunu çözmek ve Danıştay kararını etkisiz hale getirmek olduğu açıkça görülen 5583 sayılı Kanun, gerek Kanun yapma tekniği bakımından gerekse kaleme alınış biçimiyle hazırlayıcılarının amacına hizmet etmek bir yana başka sorunları da içinde barındırmaktadır. Yukarıda da görüldüğü üzere, getirilen istisna hükmü ve sonradan eklenen geçici 1. maddenin, Sabit İhtimalli Bahis Oyunlarının Oynatılması İçin Risk Yönetim Merkezi Kurulması ve İşletmeciliği Başbayiliği Verilmesi İşini ihalesini 4734 sayılı Kanun kapsamı dışına çıkartmadığı kanısındayız.

**KAYNAKÇA**

- Akıntürk, Turgut:** Medeni Hukuk, Savaş Yayınları, Ankara 1994.
- Aytürk, Nihat:** "Yönetimde Yetki Devri ve İmza Yetkileri", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 33, Sayı 1, Mart 2000, s.79-110.
- Balta, Tahsin Bekir:** İdare Hukuku I, Genel Konular, Ankara, 1970/72.
- Duran, Lütfi:** İdare Hukuku, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1982.
- Giritli, İsmet, Perteve Bilgen ve Tayfun Akgüner:** İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2006.
- Gözler, Kemal:** İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2006.
- Günday, Metin:** İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara 2002.
- Onar, Sıdkı Sami:** İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. II, 3. Baskı, İstanbul 1966.
- Ozansoy, Cüneyt:** Türkiye İdare Sisteminde Bir Parantez: GAP Olgusu, in *Günışığında Yönetim*, Alfa Yayınları, İstanbul 1996, s. 213 v.d.
- Özay, İl Han:** *Günışığında Yönetim*, Alfa Yayınları, İstanbul 1996.
- Özsunay, Ergun:** Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1983.
- Özyörük, Mukbil:** İdare Hukuku Dersleri, (çoğaltma) Ankara 1972-1973.
- Uz, Abdullah:** Kamu İhale Hukuku, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2005.
- Zevkliler, Aydın:** Medeni Hukuk, Savaş Yayınları, Ankara 1995.

**Kararlar**

- Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi: 22.12.2003 Karar No: 2003/UK.Z-873.
- Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 02.03.2004 Karar No : 2004/UK.Z-268.
- Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 09.03.2004 Karar No : 2004/UK.Z-287.
- Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 18.03.2004 Karar No : 2004/UK.Z-362.



- Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 18.03.2004 Karar No : 2004/UK.Z-365.
- Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 08.04.2004 Karar No : 2004/UK.Z-443.
- Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 15.04.2004 Karar No : 2004/UK.Z-479.
- Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 18.05.2004 Karar No : 2004/UK.Z-621.
- Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 25.05.2004 Karar No : 2004/UK.Z-650.
- Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 02.08.2004 Karar No : 2004/UK.Z-942.
- Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 23.08.2004 Karar No : 2004/UK.Z-1059.
- Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 25.05.2004 Karar No : 2004/UK.Z-651.
- Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 01.09.2004 Karar No : 2004/UK.Z-1104.
- Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 23.09.2004 Karar No : 2004/UM.Z-1251.
- Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 01.10.2004 Karar No : 2004/UH.Z-1287.
- Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 14.10.2004 Karar No : 2004/UM.Z-1353.
- Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 22.10.2004 Karar No : 2004/UM.Z-1426.
- Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 28.10.2004 Karar No : 2004/UH.Z-1436.
- Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 12.06.2003 Karar No : 2003/UK.Z-137.
- Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 03.07.2003 Karar No : 2003/UK.Z-201.
- Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 06.11.2003 Karar No : 2003/UK.Z-657.
- Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi : 06.11.2003 Karar No : 2003/UK.Z-658.

