

İÇİNDEKİLER

Giriş	7
I- Davanın Yüce Divana Geliş Biçimi	7
II- Sanığa Yüklenen Suç	8
A- İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun “ <i>Hile</i> ” Unsuru Olarak İleri Sürülen Savlar	9
B- İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun “ <i>Haksız Menfaat</i> ” Unsuru Olarak İleri Sürülen Savlar	9
III- Suçlamaya İlişkin Maddi Olgular	10
A- Soruşturma Önergisi	10
B- Meclis Soruşturma Komisyonu Raporu	11
IV- Yargılamanın Aşamaları	27
A- Sanığın Sorgusu	27
B- Kanıtlar	30
1- Yazılı kanıtlar	30
2- Tanıklar	33
C- Davaya Katılan ve Savları	35
D- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının Esas Hakkındaki Görüşü	36
E- Savunma	54
1- Sanığın esas hakkındaki savunması	54
2- Müdafilerin esas hakkındaki savunmaları	56
V- Usul Sorunları	74
A- TBMM'nin Yüce Divana Sevk Kararına Yönelik İtirazlar ve Kararlar	76
1- Kesin hüküm itirazı	81
2- Komisyonun çalışmasını ve raporunu yasal sürede tamamlamadığı itirazı	82
3- Komisyonun eksik üye ile çalışmalarını tamamladığı itirazı	82

E. 2004/5, K. 2006/2 (Yüce Divan)

4- Son sözün verilmemesi nedeniyle Anayasanın 100. ve İçtüzüğün 112. maddelerine uyulmadığı itirazı.....	83
B- Tanık Dinlenmesine Yönelik İtiraz	84
C- Bilirkişi İncelemesi Yapıtırılmasına İlişkin İstem	86
VI- Esasa İlişkin Tespit ve Değerlendirmeler	89
A- Karayolları Genel Müdürlüğünün Statüsü ve Bakanın Sorumluluğu	89
B- Dava Konusu İhalelerin Aşamaları.....	91
C- Sanığa Yöneltilen Suçlamalarla İlgili Değerlendirme ve Kabul.....	93
VII- Kabul ve Varılan Sonuç.	131
A- Sanığın Eylemleri ve Hukuki Değerlendirme	131
B- Zamanaşımı Sorunu	139
1- Milletvekillerinin işledikleri suçlarda dava zamanaşımı	140
2- Bakanların işledikleri suçlarda dava zamanaşımı.....	141
C- 4616 Sayılı Kanun Bakımından Değerlendirme	149
VIII- Hüküm.....	150
Karşıoy Gerekçesi	151

**TÜRK MİLLETİ ADINA
YÜCE DİVAN KARARI**

Esas Sayısı : 2004/5 (Yüce Divan)

Karar Sayısı : 2006/2

Karar Günü : 26.5.2006

Başkan: Tülay TUĞCU
Başkan Vekili: Haşim KILIÇ
Üye: Sacit ADALI
Üye: Fulya KANTARCIOĞLU
Üye: Ahmet AKYALÇIN
Üye: Mehmet ERTEN
Üye: A. Necmi ÖZLER
Üye: Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye: Şevket APALAK
Üye: Serruh KALELİ
Üye: Osman Alifeyyaz PAKSÜT

**Yargıtay Cumhuriyet
Başsavcısı:**

Nuri OK

**Yargıtay Cumhuriyet
Başsavcı Vekili:**

Abdurrahman YALÇINKAYA

**Yargıtay Cumhuriyet
Savcısı:**

Abdullah Aydın KUYUCU

**Anayasa Mahkemesi
Raportörleri:**

Mustafa ÇAĞATAY
Zekeriya AYDIN
Selim ERDEM

E. 2004/5, K. 2006/2 (Yüce Divan)

Tutanak Yazmanları:	Cengiz TANRIVERDİ Alaaddin AYTEN Numan GÜNAY
Davacı:	Kamu Hakları
Katılan:	Karayolları Genel Müdürlüğü
Katılan Vekilleri:	Av. Muammer SEMİZ Av. Gülşen KÖSE Av. Üstüner ERDOĞAN
Sanık:	Yaşar TOPCU: Ali Mahir ve Raviye oğlu, 10.1.1941 doğumlu, Sinop İli Boyabat İlçesi Yanıkmescit Mahallesi nüfusuna kayıtlı, Ankara Turan Güneş Bulvarı TRT Karşısı Örme Sitesi No: 16 adresinde oturur, evli, sabıkasız, eski Bayındırlık ve İskan Bakanı
Müdafilere:	Av. Ömer Asım LİVANELİOĞLU Av. Akın BALCI
Suç:	İhaleye Fesat Karıştırma
Suç Tarihi:	25.8.1997-19.9.1997
Uygulanması İstenen Kanun Maddesi:	765 Sayılı Türk Ceza Kanununun 205. mad- desi

GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 148. maddesinde, Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu üyelerini, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkan ve üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcivekilini, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılamak görevi Anayasa Mahkemesine verilmiştir. 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 35. maddesinde de “*Anayasa Mahkemesi, Yüce Divan sıfatıyla çalışırken yürürlükteki kanunlara göre duruşma yapar ve hüküm verir*” denilmektedir.

Dava dosyası, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı Genel Sekreterliği tarafından 11.11.2004 günü Yüce Divan Başkanlığına gönderilmiştir. 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümlerine göre görülmeye başlanan dava, 1412 sayılı Kanununun 31.3.2005 günlü, 5328 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılması nedeniyle, 1.6.2005 gününden itibaren yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre görülmüştür.

I- DAVANIN YÜCE DİVANA GELİŞ BİÇİMİ

TBMM Başkanlığı Genel Sekreterliğinin 11.11.2004 gün ve KAN. KAR. MD. A.01.0.GNS.0.10.00.02-8141 sayılı yazısıyla eski Bayındırlık ve İskan Bakanı Yaşar TOPÇU'nun Anayasasının 100. maddesi uyarınca Yüce Divana sevkine karar verildiği bildirilmiş ve buna ilişkin Meclis soruşturma dosyası (1 adet dosya), dizi pusulasına bağlanan ekler (91 adet klasör) ile Meclis soruşturma komisyonu Raporu Yüce Divan sıfatıyla yargılama yapacak Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmiştir.

TBMM'nin, 12.11.2004 gün ve 25641 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan kararı şöyledir:

“Karar No: 828

Karar Tarihi: 10.11.2004

Türkiye Büyük Millet Meclisininin 6.1.2004 tarihli ve 793 numaralı Kararı ile kurulan (9/9) Esas Numaralı Meclis Soruşturması Komisyonununun 27.10.2004 tarihli ve Esas No: A.01.1.GEÇ:9/9-175, Karar: 10 sayılı raporu Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulununun 9.11.2004 tarihli 15 inci Birleşiminde görüşülerek Bayındırlık ve İskan eski Bakanı Yaşar TOPÇU'nun;

İhale usul ve esaslarının 7 aşamada 7 ayrı düzenlemeyle belirlenmesi ile ihale usul ve esaslarında belirtilen kriterlere uygun çok sayıda (otuzu aşkın) firma var iken 15 firmanın belirlenerek davet edilmesi suretiyle ihalelerde rekabeti engellediği,

Üç proje halindeki işleri altı parçaya bölerek ve birbirleri ile ilişkilendirerek, ihaleye katılımı sınırlandırdığı, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin verilmesini engellediği,

Davet edilen firmaların gizli tutulması gerekirken gizli tutulmak bir yana ihalelerde bu firmaların birbirleriyle ortak girişimler oluşturmasını teşvik edecek mahiyette usul ve esaslar belirlediği,

Müteahhitlerin ihale öncesinde anlaştıklarını gösteren bir çok bulgu olmasına rağmen bu bulguların dikkate alınmadan ihalelerin sonuçlandırılmasına göz yumduğu,

Yine şartnameler gereği ihalelerde kabul edilmemesi gereken teklif mektuplarının ihale komisyonu tarafından geçerli sayılmasına göz yumduğu,

Bu hususların "İhaleye Fesat Karıştırma" suçunun hile unsurunu teşkil ettiği,

İhale şartnamesinin, müteahhitlerin ihaleye davetinden sonra hazırlanması, zeyilname ile fiyatlarda değişiklikler yapılması, projelerin tamam olmadan işlerin ihaleye çıkarılması, sağlıksız keşifler hazırlanması suretiyle %142'lere varan keşif artışlarına sebep olması, yüksek taşıma katsayıları ve köprü inşaat zamları uygulanmak suretiyle daha sonra yapılan benzer ihalelerde olduğu gibi taşıma katsayısı A=1 ve köprü zamsız olması durumunda nakliye fiyatı olarak ödenecek miktarın toplam 147,1 Milyon \$ daha az olacağı ve bu tutarda fazla ödeme yapılmasına neden olduğu,

Soruşturma konusu ihalelerin %30 üzeri keşif artışı ihale indirim oranlarının %32 olarak belirlendiği gözönüne alındığında soruşturma konusu ihalelerde gerçekleştirilen %16,80 ile %20,30 arasında değişen ihale indirim oranları ile yukarıda belirtilen indirim oranları arasındaki fark kadar fazla ödemelere sebep olduğu,

Bu fazla ödemelerin haksız menfaat unsurunu teşkil ettiği ve bu eylemlerine uyan Türk Ceza Kanununun 205 inci maddesine göre muhakeme edilmek üzere, Anayasanın 100 üncü maddesi uyarınca Yüce Divana 5 çekimser ve 10 red oyuna karşılık 391 kabul oyuyla karar verilmiştir."

II- SANIĞA YÜKLENEN SUÇ

TBMM'nin 828 sayılı kararına esas alınan Meclis Soruşturma Komisyonunun 27.10.2004 günlü, E. 9/9, K. 10 sayılı raporunda sanığa isnat edilen suç, Karadeniz sahil yolu ihalelerine fesat karıştırma suçudur.

Soruşturma komisyonu raporunda yedi (alt ayrımları ile oniki) madde halinde sayılan nedenler, ihaleye fesat karıştırma suçunun gerekçeleri ola-

Yaşar Topcu Kararı

rak gösterilmiştir. Söz konusu gerekçelerin bir kısmının ihaleye fesat karıştırma suçunun "hile" unsurunu, bir kısmının ise ihaleye fesat karıştırma suçunun "haksız menfaat" unsurunu oluşturduğu iddia edilmiştir.

A- İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN "HİLE" UNSURU OLARAK İLERİ SÜRÜLEN SAVLAR

- İhale usul ve esaslarının yedi aşamada yedi ayrı düzenlemeyle belirlenmesi ile ihale usul ve esaslarında belirtilen kriterlere uygun çok sayıda (otuzu aşkın) firma var iken onbeş firmanın belirlenerek davet edilmesi suretiyle ihalelerde rekabetin engellendiği,

- Üç proje halindeki işlerin altı parçaya bölünerek ve birbirleri ile ilişkilendirilerek ihaleye katılımın sınırlandırıldığı ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin verilmesinin engellendiği,

- Davet edilen firmaların gizli tutulması gerekirken gizli tutulmak bir yana ihalelerde bu firmaların birbirleriyle ortak girişimler oluşturmasını teşvik edecek mahiyette usul ve esasların belirlendiği,

- Müteahhitlerin ihale öncesinde anlaştıklarını gösteren bir çok bulgu olmasına rağmen bu bulgular dikkate alınmadan ihalelerin sonuçlandırılmasına göz yumulduğu,

- Şartnameler gereği ihalelerde kabul edilmemesi gereken teklif mektuplarının ihale komisyonu tarafından geçerli sayılmasına göz yumulduğu, ileri sürülmüştür.

B- İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN "HAKSIZ MENFAAT" UNSURU OLARAK İLERİ SÜRÜLEN SAVLAR

- İhale şartnamesinin müteahhitlerin ihaleye davetinden sonra hazırlanması, zeyilname ile fiyatlarda değişiklikler yapılması, projelerin tamam olmadan işlerin ihaleye çıkarılması ve sağlıksız keşifler hazırlanması suretiyle %142'lere varan keşif artışlarına ve yüksek taşıma katsayıları ve köprü inşaat zamları uygulanarak (daha sonra yapılan benzer ihalelerde olduğu gibi taşıma katsayısı (A=1) ve köprü zamsız olması durumunda) toplam 147,1 milyon Amerikan Doları tutarında fazla ödeme yapılmasına neden olunduğu,

- Soruşturma konusu ihalelerin %30 üzeri olan keşif artışlarındaki ihale indirim oranlarının %32 olarak belirlendiği göz önüne alındığında, soruşturma konusu ihalelerde gerçekleştirilen %16,80 ile %20,30 arasında değişen ihale indirim oranları ile yukarıda belirtilen indirim oranları arasındaki fark kadar fazla ödemelere sebep olunduğu,

ileri sürülmüştür.

III- SUÇLAMAYA İLİŞKİN MADDİ OLGULAR

A- SORUŞTURMA ÖNERGESİ

Suçlamalara ilişkin önerge şöyledir:

“Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına

Yolsuzlukların Sebeplerinin, Sosyal ve Ekonomik Boyutlarının Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla kurulan Meclis Araştırması Komisyonu (10/9) Raporunda açıklandığı üzere;

Karadeniz sahil yolunun devamı olan yolların ihalesinde, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 89’uncu maddesine başvurulurken, Bakanlar Kurulu Kararı ile Kanun kapsamından çıkarılmıştır. Kapalı Teklif usulü ile ihale yapılırsa idi, yüzlerce firmanın başvuracağı bu ihalelere davetiye usulü ile ihale yapılarak önce sadece 11 daha sonra 5 ilave ile 16 firma davet edilmiştir. Davet edilen firmaların benzer iş deneyimlerinin olduğu konusunda Karayolları Genel Müdürlüğü yetkililerinin açıklamalarına itibar edilmiş, geçmiş yıllarda Karayolları Genel Müdürlüğü bünyesinde ve yurt dışında benzer işleri yapan firmaların sayısı ve varlığı konusunda bir araştırma yapılmamıştır.

Firmaların kendi aralarında anlaşığı, hangi ihalenin kimin tarafından alınacağıнын noter kanalıyla tespit edilmiş olmasına rağmen bu tespitlere itibar edilmemiştir. İhaleye davet edilen on beş firma ikili üçlü konsorsiyum oluşturarak altı adet işi almışlardır. Beşinci ve altıncı işlerin ihalesinde (bir iş alan firma ikinci işi alamaz şartname hükmü gereği) rekabet ortamı tamamen ortadan kaldırılmıştır. Çünkü, son iki işte iş alamayan iki konsorsiyumun bu işleri alacakları ihaleden önce görülmektedir. Bu nedenle ihalelerde indirim oranları birbirine yakın olarak çok düşük kalmış olup, rekabet koşulları oluşturulmamıştır.

Bu işlerin ihalelerinde müteahhit firmalar arasında anlaşma yoluyla alındığının başka bir göstergesinin de, bir ihaleyi alan herhangi bir firmanın bir sonraki ihaleye teklif vermeyip, teşekkür mektubunu vermiş olmasıdır. Ayrıca, ortaklıkları bir önceki ihalede görülen iki firmanın bir sonraki ihaleye katılarak ihaleye fesat karıştırmış olmalarıdır. Buna rağmen herhangi bir araştırma yapılmamıştır.

Söz konusu ihaleler kapalı teklif usulü ile rekabete açık bir ortamda yapılırsa idi ihale indirimleri 20-30 puan daha yüksek seviyelerde olabilecektir. Aradaki fark müteahhit firmaların haksız kazancı ve devletin zararındır.

Dış kredili bu işlerde Hazine garantisinin sağlanması işlemleri tamamlanmadan ihaleler yapılarak müteahhit firmalara bir nevi garanti sağlanmıştır. Dış kredi bulunmasındaki esas amacın işlerin kısıtlı Hazine imkanları ile kısa sürede bitirilememesi olduğu halde, söz konusu işler yüksek oranlardaki keşif artışlarına rağmen bugüne kadar sonuçlandırılmamıştır. Bugün itibariyle işlerin çoğuna % 400'lere

Yaşar Topcu Kararı

varan oranlarda keşif artışı verilmiştir. Keşif artışı verilmesi işlerin projelerinin sağlıklı hazırlanmadığının bir göstergesidir.

Şartname ve sözleşme hükümleri müteahhit firmaların lehine hazırlanmış, ikincil işler sözleşme ile ihale indirimine tabi tutulmamıştır.

İhaleleri kimin alacağını noterde tespit edilmesine ve bu konuda düzenlenen müfettiş raporlarına rağmen ihaleler iptal edilmemiştir

Karadeniz Sahil Yolu işlerinin ihalesinde müteahhit firmaların önceden anlaş-tıklarının bilinmesine rağmen, fiyatları ayarlamak ve rekabete meydan vermeyerek devleti büyük ölçüde zarara uğratarak firmalara menfaat sağladığı gerekçesiyle Türk Ceza Kanununun 205. maddesine uyan fiili nedeniyle Bayındırlık ve İskan eski Bakanı Yaşar Topçu hakkında Anayasanın 100. ve İçtüzüğü'nün 107. maddesi gereğince Meclis Soruşturması açılmasını arz ve teklif ederiz."

B- MECLİS SORUŞTURMA KOMİSYONU RAPORU

TBMM Genel Kurulunun 6.1.2004 gün ve 793 sayılı kararıyla kurulan (9/9) Esas Numaralı Meclis Soruşturma Komisyonu, 13.4.2004 gününden itibaren başladığı çalışmasını 27.10.2004 gününde tamamlayarak, raporunu da aynı gün TBMM Başkanlığına sunmuştur.

Meclis soruşturma komisyonu, dava konusu ihalelerde izlenen yöntem, projelerin durumları ve keşiflerin tespiti prosedürü, dış krediler, ihalelerin yapımı ve sonuçlandırılması konuları üzerinde incelemelerde bulunmuştur.

Soruşturma komisyonu ayrıca, sanığın malvarlığı üzerinde araştırma yapmış, resmi ve özel kurumlarla yazışmalarda bulunmuş, tanık olarak kırkdört kişinin ifadesine başvurmuş ve sanığın savunmasını almıştır.

Suçlamalarla ilgili maddi olgulara yer veren Meclis soruşturma komisyonunun 27.10.2004 günlü, (9/9) esas sayılı raporunun hukuki değerlendirme, genel değerlendirme ve sonuç bölümleri şöyledir:

"B- HUKUKİ DEĞERLENDİRME

(9/9) Esas No'lu Meclis Soruşturma Komisyonu Anayasa, TBMM İçtüzüğü ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'ndaki hükümler çerçevesinde çalışmalarını yürütmüştür.

Komisyonumuzun görev alanına giren konularda 20. ve 21. dönemlerde soruşturma önermeleri verilmiştir. 20. dönemde kurulan 9/19 sayılı soruşturma komisyonu görev süresi içerisinde erken seçim kararı alınması nedeniyle çalışmalarını tamamlayamamıştır. 21. dönemde yeniden kurulan 9/19 sayılı Soruşturma Komisyonu'nun çalışmaları sonucunda yüce divana sevk mütalaası ile gönderilen Rapor'u

E. 2004/5, K. 2006/2 (Yüce Divan)

TBMM Genel Kurulunda oylanarak Bayındırlık ve İskan eski Bakanı Yaşar Topçu'nun Yüce Divana sevk talebi reddedilmiştir. Bu ret kararı kesin hüküm teşkil etmez.

Meclis soruşturması Ceza Muhakemesi Hukukundaki hazırlık soruşturmasına, Bakanın Yüce Divana sevk de son soruşturmanın açılmasına benzetilmektedir. Dolayısıyla TBMM Genel Kurulunda Bayındırlık ve İskan eski Bakanı Yaşar Topçu hakkında 29.06.2000 tarihinde yapılan oylama sonucu yüce divana sevkine gerek olmadığına dair verilen kararı takipsizlik (son soruşturmanın açılmaması) kararına benzetmek mümkündür

Cumhuriyet savcısının, takipsizlik kararını kendiliğinden geri alarak hazırlık soruşturmasını sürdürmesi mümkündür. Savcının kovuşturamama (takipsizlik) kararını geri alabilmesi ve kovuşturmaya başlayabilmesinin nedeni bu kararın idari nitelikte olduğundandır.

Askeri Yargıtay'ın bir kararında da "Savcılıkça yapılan kovuşturma üzerine verilen takipsizlik kararlarının kesin hüküm kuvveti yoktur" şeklinde belirtilmiştir.

Kesin hüküm ilkesi uyarınca sanık hakkında bu konuda yargı makamları (Anayasa Mahkemesi) tarafından verilmiş bir hüküm bulunmamaktadır.

Ayrıca, CMUK'un 167/2 maddesi uyarınca yeni olaylarla ve yeni delillerle karşılaştığında yeni soruşturma yapılması mümkündür.

Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 22.11.1985. E 1985/5817, K 1985/5411 sayılı kararında "son soruşturmanın açılmaması kararı yeni delil ya da olayın varlığı halinde, yeni bir soruşturma sonucu ortadan kalkabilir" ifade edilmektedir.

Bu nedenle önceden verilmiş kesin hüküm niteliğinde bir karar bulunmadığından Bayındırlık ve İskan eski Bakanı Yaşar Topçu hakkında soruşturma komisyonu kurulmasında ve soruşturma yapılmasında kanuni bir engel bulunmamaktadır.

C-GENEL DEĞERLENDİRME

1- Karadeniz Sahil Yolu İhalesinin Bakanlar Kurulu Kararı İle 2886 Sayılı Kanun Kapsamı Dışına Çıkarılması

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 89. maddesinde, Türk Silahlı Kuvvetleri ve Emniyet Genel Müdürlüğü dışındaki idarelerle ilgili olarak Kanun hükümleri dışında kalınmasına karar verilmesinin koşulu açık ve bağlayıcı bir biçimde belirlenmiştir. Bu koşul "Bu Kanun hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmayacağı haller"dir.

"Özelliği bulunan işler" şeklindeki madde başlığını da başka türlü yorumlama olanağı yoktur. Burada işin özelliğinin "Bu Kanun hükümlerinin uygulanmasının

Yaşar Topcu Kararı

mümkün olmayacağı haller" içinde değerlendirilebilmesiyle sınırlı olduğunun kabulü gerekmektedir.

2886 sayılı Kanun'un 89. maddesinin değiştirilmesine ilişkin 2990 sayılı Kanunla ilgili olarak Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na sunulan Kanun Tasarısının Genel Gerekçesinde, 2886 sayılı Kanun'un 89. maddesinin yürürlükte olan şekliyle, D.S.İ , Karayolları Genel Müdürlüğü gibi büyük ve özellik taşıyan iş yapan kuruluşlar için ihtiyaca cevap vermediği, 2886 sayılı Kanundan önce ihalelerini 2490 sayılı İhale Kanunu dışında kendi özel kanunları ile yapmakta olan bu kuruluşların, 2886 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile ihalelerde önemli sıkıntıya girdikleri belirtildikten sonra, yeni düzenlemeyle her proje için ihalede uygulanacak usul ve esaslar hususunda izin almak yerine sadece istisna tutulmak istenilen ihaleler için izin alınacağı ve gerekli usul ve esasların ilgili idarece tespit ve Bakan tarafından onaylanarak yürürlüğe konulacağı, bu şekilde bir uygulamanın özelliği olan yatırımların gerçekleştirilmesinde kolaylık ve hız kazandıracağı vurgulanmıştır.

Gerekçe dikkatle incelendiğinde belirtilen kuruluşların daha önce ihalelerini kendi özel kanunları ile yapmakta iken 2886 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle sıkıntıya girdikleri tespitine karşın, bu kuruluşların lüzum görülen her işin kanun hükümleri dışında kalmasını önermediği, esas amaçlananın da her proje için usul ve esaslar hususunda izin almak yerine istisna tutulmak istenilen ihaleler için izin alınması ve idarece tespit edilen usul ve esasların Bakanca onaylanarak yürürlüğe girmesi olduğu görülmektedir.

Esasen Kanun'un lafzından kanun koyucunun amacı ve iradesi duraksamaya yol açmayacak kadar açık olduğundan, Kanun koyucunun iradesinden önce Kanun Tasarısı ile sunulan gerekçesinin tartışılmasına da gerek bulunmamaktadır.

Özetle 2886 sayılı Kanun'un 89. maddesi uyarınca, Kanun hükümleri dışında kalınmasına karar verilebilmesi için gerekli olan mutlak ve açık koşul "Bu Kanun hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmayacağı haller"dir.

Bu nedenle de 2886 sayılı Kanun'un 89. maddesi uyarınca kanun hükümleri dışında kalınmasına karar verilebilmesi için, işin özelliğinin ortaya konularak hangi nedenlerle Kanun hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığını açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

Zaten 2886 sayılı Yasa'nın 89. maddesinde öngörülen "Bu kanun hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı haller" dışında özelliği olan işler "belli istekliler arasında kapalı teklif usulü"ne ilişkin 44. maddede, "pazarlık usulüyle yapılacak işler"e ilişkin 51. maddede, "emanet suretiyle yapılacak işler"i düzenleyen 81. maddede gösterilmiş olup, bu işler Kanun kapsamında olmakla birlikte ayrı usuller öngörülmüş bulunmaktadır.

Soruşturma konusu olayda Millî Bütçeden Karayolları Genel Müdürlüğüne ayrılan kaynakların yetersizliği nedeniyle kredi kullanılmasının düşünüldüğü belirtilerek, bu kanun hükümleri dışında ihale edilebilmesi için Bakan tarafından teklifte bulunulduğu, bu teklif üzerine 01.08.1997 tarih ve 97/9698 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının alındığı, kredi kullanımı dışında başka bir gerekçe gösterilmediği anlaşılmaktadır.

2- İhalenin Usul ve Esaslarını Belirlemede İdareye Ait Takdir Hakkının Sınırları

2886 sayılı Kanun'un 89. maddesi uyarınca bu kanun hükümleri dışında kalınması zorunluluğunu doğuran "bu kanun hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmayacağı haller" olduğuna göre, Kanun hükümleri dışında kalınmasına karar verilen ihalenin, uygulanması mümkün olmayan hal ve hükümler dışındaki diğer Kanun hükümlerine uygun yapılması gerekmektedir.

Bu kanun hükümlerinin mümkün olmadığı hallerde, uygulanmayacak hükümlerin boşluğunu dolduracak, ihale hukukunun saydamlık, rekabet, gizlilik, kamu yararı gibi ilkelerini esas alacak ve yansıtacak usul ve esaslar içeren düzenlemeler yapılması gerekmektedir.

Bu konuda işin özelliği ve 2886 sayılı yasa hükümlerinin uygulanmaması nedeniyle idareye usul ve esasların açısından çeşitli çözüm yollarından birilerini seçme veya yeni çözüm yolları üretme konusunda takdir yetkisi verildiği söylenebilirse de bu takdir yetkisinin hizmet gerekleri ve kamu yararıyla sınırlı olduğu gibi, idarenin ihale hukukunun genel ilkelerine uyması ve kamu yararına işlem tesis etmesi anlamında bir yetki ve sorumluluk içinde olduğunu belirtmek gerekmektedir.

3- İhale Usul ve Esaslarının İhalenin Hukuki Sıhhatine Etkileri

a-İhale Usul ve Esaslarının Belirlenmesindeki hukuka Aykırılıklar

2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 89 uncu maddesi gereğince, bu kanun kapsamı dışında ihale edilecek işler için "bu ihalelerde uygulanacak usul ve esaslar idarelerince hazırlanarak, ilgili bakanın onayı ile belirlenir" hükmü geçerli olmasına rağmen yapılan incelemelerde;

Raporumuzun B-YAPILAN İNCELEMELER Bölümünün 1/c-maddesinde;

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 89 uncu maddesi gereğince ihale usul ve esaslarının belirlenmesinde detay olarak belirtildiği gibi;

25.08.1997 tarih ve 3099 Sayılı Bakan Olur'u,

26.08.1997 tarihli 6246 Sayılı Bakan Olur'u,

26.08.1997 tarihli 3110 Sayılı Karayolları Genel Müdürü Yaman KÖK İmzalı

Yaşar Topcu Kararı

Firmalara Gönderilen Davet Mektupları,

29.08.1997 tarihli 3140 Sayılı Karayolları Genel Müdürü Yaman KÖK İmzalı Firmalara Gönderilen Yazı,

08.09.1997 tarihli 6599 sayılı Bakan Olur'u,

19.09.1997 Tarih ve 3364 Sayılı Bakan Olur'u,

19.09.1997 Tarihli 3367 Sayılı Karayolları Genel Müdürü Yaman KÖK İmzalı "Davet Mektubu Gönderilen Firmalar" Dağıtımli Yazı Eki ZEYİLNAME,

Olmak üzere, yedi aşamada yedi ayrı düzenleme ile ihale usul ve esasları belirlenmiştir.

Görüldüğü üzere bu düzenlemelerin bir kısmı bakan oluru bir kısmı genel müdür imzası ile yapılmış, genel müdür imzasıyla yapılan düzenlemelerin bir kısmı sonradan bakan oluruna bağlanmıştır. İhale hukuku ilkeleri ve idarede istikrar prensibi gereği usul ve esasların bir defada belirlenmesi yerine yedi aşamada yedi ayrı düzenleme ile belirlenmesi, belirlenen usul ve esasların sonradan değiştirilmesi ve bu usul ve esasların içeriklerinin farklı yorumlara açık olması, idarenin güvenilirliğini, istikrarını, idari kararların kesinliği ilkesini zedelemiştir.

b- İhalelerde Rekabet Koşullarının Oluşturulmaması

26.08.1997 tarih 6246 sayılı Bayındırlık ve İskan Bakanı'nın Olur'u ile;

"Devlet Yolları Yapım ve Onarım Çalışmaları" bölümünde yer alan 97.E.04.0210 DPT ve 07-2038 KGM Proje No'lu "Bolaman-Perşembe", 83.E04.0260 DPT ve 10-2015 KGM Proje No'lu "Doğu Karadeniz Sahil Yolu (Araklı-Hopa)" ile 96.E04.0170 DPT ve 10-2033 KGM Proje No'lu "Piraziz-Espiye (Giresun geçişi hariç)" yollarına ait 3 projenin;

Bolaman-Perşembe	Km 0+000 – 27+000
Piraziz-Giresun (Giresun geçişi hariç)	Km 0+000 – 20+430
Giresun-Espiye (Giresun geçişi hariç)	Km 0+000 – 24+576
Araklı-İyidere,	Km 80+220 – 107+135
İyidere-Çayeli,	Km 107+135 – 140+150
Çayeli-Ardeşen-Hopa,	Km 140+150 –217+200

Olmak üzere 6 kısım halinde belli istekliler arasında ihaleye çıkarılmasına....." karar verilmiştir.

Anılan Olurun devamında;

"Teknik yeterlikleri idarelerince kabul edilmiş olanlardan; otoyol yapımlarını gerçekleştirmiş ve kredi bulabileceklerini ispatlamış firmalar ile ihale tarihinde Kara-

deniz Sahil yollarında çalışan ve ödenekleri üzerinde filen harcama yapan ve kredi bulabileceklerini ifade ettikleri" belirtilen;

- 1- Enka İnşaat ve Sanayi A.Ş.
- 2- Doğu İnşaat ve Ticaret A.Ş.
- 3- Tekfen İnşaat ve Tesisat A.Ş.
- 4- Nuro İnşaat ve Ticaret A.Ş.
- 5- Bayındır İnşaat Ticaret A.Ş.
- 6- Kutlutaş İnşaat ve Ticaret Ltd.Şti.
- 7- Entes Endüstri Tesisat İmalat ve Montaj Taahhüt A.Ş.
- 8- Özışık İnşaat ve Taahhüt A.Ş.
- 9- Yüksel İnşaat A.Ş.
- 10- Polat Yol Yapım Sanayi ve Ticaret A.Ş.
- 11- Cengiz İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş.

firmaları ve bu firmalar pilotluğunda yerli ve yabancı firmalarla oluşturulacak ortak girişimler arasında davet mektubu ile kapalı teklif istenmesi suretiyle ihale edilmesi" kararlaştırılmıştır.

Bayındırlık ve İskan Bakanı Yaşar Topçu imzasıyla DPT Müsteşarlığı ve Hazine Müsteşarlığı'na gönderilen 04.09.1997 tarihli 710/3181 sayılı dağıtım yazısıyla, anılan Müsteşarlıkların izni beklenmeksizin, söz konusu projelerin Başbakanlığın talimatı gereği ihaleye çıkarıldığını ve ihale tarihlerini bildirmiş,

08.09.1997 tarihli 710A-6599 sayılı yeni bir Bakan Olur'u alınarak, 11 firmaya ilaveten, "ihalede rekabetin yaygınlaştırılmasını sağlamak amacıyla", yine teknik güçleri ve yeterlilikleri idarece bilinen ve kredi temin edebileceklerini ifade eden;

- 1- Güriş ve Metiş Ortak Girişimi
- 2- Mapa İnşaat ve Ticaret A.Ş.
- 3- Limak İnşaat Sanayi ve Ticaret Ltd.Şti.
- 4- Makyol İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş.

Firmalarının da davet edilmesine ve bu şekilde işlerin 15 firma ve bu firmaların pilotluğunda yerli ve yabancı firmalarla oluşturulacak ortak girişimler arasında davet mektubu ile kapalı teklif istenmesi ve firmaların işlerden birisinin kendisinde kalması halinde ikinci işe ancak, ortak girişim oluşturmuş olmaları ve önceden idarenin uygun görüşünü almış olmaları şartı ile teklif verebilmeleri suretiyle ihale edilmesi kararlaştırılmıştır.

Her ne kadar yukarıdaki Bakanlık Olurunda "ihalede rekabetin yaygınlaştırılmasını sağlamak amacıyla" böyle bir usul ve esas getirildiği söylenilse de bu ilave dört firmasının belirlenmesinde, ihalelere katılma taleplerinin bu firmalardan gelmiş olduğu ya da bu firmalarla görüşülmüş olduğu, "kredi bulabileceklerini ifade eden" sözcüklerinden

Yaşar Topcu Kararı

anlaşılmaktadır. Zamanın Karayolları Genel Müdürü Yaman KÖK de ifadesinde, "Bakan bu isimleri bize verdi biz de bu firmaları davet ettik." demiştir.

Raporun ilgili bölümlerinde ifadeleri açıklanan ve ihale konusu işlerden daha yüksek standartta ve keşif bedelli ve dış kredi sağlanma koşuluyla ihale edilen pek çok otoyol ihaleleri ile soruşturma konusu ihalelerden (3)'ünü kapsayan, aşağıda detayı belirtilen 1996 yılında yapılan ihale başvurusu önseçimleri için (aynı idare tarafından) yeterli bulunmuş olan firmaların (özel ve tüzel kişilerin) ihalelere davet edilmemesi hususunun "ihalede rekabetin yaygınlaştırılmasını sağlamak amacıyla" nasıl ve ne derecede bağdaştığını izah etmek mümkün değildir.

Soruşturma konusu işlerden, Araklı-İyidere, İyidere-Çayeli ve Çayeli-Ardeşen – Hopa yollarının;

Araklı-Rize-Çayeli ve Çayeli-Ardeşen-Hopa yolları yapım işi olarak 1996 yılında ihalesinin gündeme geldiği ve 21.06.1996 tarihli Resmi Gazetede duyurulan ön seçim ilanı için başvuran firmalardan Araklı-Rize-Çayeli yol yapım işi için 33, Çayeli-Ardeşen-Hopa yol yapım işi için 32 firmanın ön seçimi kazandıkları;

Ancak, bunlardan Tubin, Gülsan, Hasko, Enerji-Su Ata O.G., STFA Özlük O.G., C.Özgür, Göçay, Z.Çarmıklı, Hasancanpoyraz, Özdemir, Öz, Eko, Beğen, Aska, Eksen Güntekin O.G., Aydınmer, Mön, T.Hazinedaroğlu Öztaş, Öngün, Duygu, Günsayıl, firmaları ihaleye davet edilmemiş olup,

Metiş+Güriş O.G, Polat, Makyol, Mapa, Limak, Bayındır, Doğuş, Tekfen, Kolin, Entes, Nurool, Cengiz ve Yüksel İnşaat firmalarının 1997 yılında yapılan ihaleye davet edildikleri, bunlar arasında bulunan Güriş İnş. ve Müh. A.Ş ile Metiş İnş. ve Tic. A.Ş'nin iki farklı tüzel kişi olmaları nedeniyle belli bir iş için (Araklı-Rize-Çayeli) ihaleye Ortak Girişim olarak katılma istemlerinin, aradan 1 yılı aşkın bir süre geçmiş ve farklı proje no'ları ile ihaleye çıkarılan işler için geçerli kabul edilerek "Güriş+Metiş Ortak Girişimi" denilerek ihalelere davet edilecek firmalar arasına alınmasının, Yüksel İnş. A.Ş'nin ise bu ön seçim başvurusunda yeterli bulunmamasına rağmen davet edilmesini, bu arada ön seçimi kazanmış olan diğer firmaların davet edilmemesinin "ihalede rekabetin yaygınlaştırılmasını sağlamak amacıyla" örtüşmediği aşikardır, ihalede açıklık ve rekabet unsuru oluşturulmadığının göstergesidir.

Ayrıca, soruşturma konusu ihalelerden bir yıl sonra 1998 yılında yapılan gerek keşif bedelleri olarak gerekse teknik standartlar olarak soruşturma konusu işlerden çok daha büyük ve kapsamlı ihalelerden birisi olan Aydın-Denizli Otoyolu ihalesi Aydın-Yenipazar kesimi ihalesi yine dış kredili bir ihale olup ilanlı olarak yapılmış, bu ihaleye müracaat eden 38 firmadan 32 firma yeterlilik alarak ihaleye girmeye hak kazanmıştır. Komisyonumuza çağrılarak dinlediğimiz bu firmaların bir yıl önce de (soruşturma konusu ihalelerin yapıldığı tarihte de) bu işleri yapmaya yeterli teknik ve mali güce sahip oldukları, yabancı kredi bulabilme gücüne sahip oldukları ve

E. 2004/5, K. 2006/2 (Yüce Divan)

KGM'ce bilinen, tanınan ve KGM'ne iş yapmış olan firmalar oldukları halde (yani ihale usul ve esaslarında firma tespitlerinde belirtilmiş kriterlere uygun oldukları halde) bu ihalelere davet edilmemiş olmaları ihalelerde rekabetin oluşturulmadığının açık delilidir.

Benzer bir uygulama (ihale) hakkındaki yargı kararı şöyledir;

K.K.T.C. karayolu ağının iyileştirilmesi ve geliştirilmesi kapsamında olan Dört-yol-Geçitkale-Girne ayrımı Büyükkonak-Çayırova yolunun yapımı ile ilgili olarak 22.12.2000 tarihinde 2886 Sayılı Kanun'un 44. maddesine göre "belli istekliler arasında kapalı teklif usulü" ile yapılan ihalenin davacı firmanın davet edilmeden gerçekleştirilmesi üzerine açılan davada Ankara 8.İdare Mahkemesinin 11.12.2001 tarih ve E:2001/221, K:2001/1605 sayılı kararıyla, her idari işlemin amacının kamu yararı olduğu, teknik yeterliliği ve mali gücü idarece kabul edilen firmaların bir bölümünün ihaleye davet edilmemesinin kamu yararına aykırı olduğu, davacı firmanın daha önce karayolu yapım ihalesi üstlendiğinin anlaşıldığı, taahhüdünü yerine getiremediğine ilişkin bir belirleme de bulunmadığı gerekçesiyle ihalenin iptaline karar verilmiş, mahkeme kararı Danıştay Onuncu Dairesi'nin 26.03.2003 tarih ve E:2002/431, K:2003/1125 sayılı kararıyla onanmıştır."

c- Üç proje halindeki işin altı parçaya bölünerek ihale edilmesi

Üç proje halindeki işin altı parçaya bölünerek ihale edilmesinde usul ve esasları belirleyen ilk bakan olurunda "İhalenin, teknik yeterlilikleri ve güçleri idarece kabul edilmiş ve Bakanlık Makamı Olur'u ile tespit edilen firmalar veya bu firmalar pilotluğunda yerli ve/veya yabancı firmalarla oluşturulacak ortak girişimler arasında yapılması", usul ve esasa rağmen, müteahhitlere gönderilen davet yazısında not olarak belirtilen " firmalar işlerden birinin kendisinde kalması halinde diğer işlere teklif veremeyecektir" ifadesinin daha sonra "firmalar işlerden birinin kendisinde kalması halinde ikinci işe ancak, ortak girişim oluşturmuş olmaları ve önceden idarenin uygun görüşünü almış olmaları şartıyla teklif verebilirler" şeklindeki düzenleme ile ihaleler birbiriyle ilişkilendirilmiş ve ihalelerin birbirinden bağımsız ihaleler olarak değerlendirilmesi imkanı ortadan kaldırılmıştır. İdare bu tasarrufu ile ayrı ayrı davet ettiği firmaları ortak girişim oluşturmaları yönünde teşvik ederken "önceden idarenin uygun görüşünü almış olmaları" şartının getirilmesi ile kim kiminle ortak girişim yapacağına da kendisinin (idarenin) izin vereceği izlenimini oluşturmuştur. Yukarıda belirtilen, ihaleye ortak girişim olarak girecek olanların idareden onay alıp almamaları hususlarında yöneticiler arasında bile farklı yorumlamalar oluşmuştur. Şöyle ki;

Karayolları genel müdürü Yaman Kök, "Davet edilen firmaların ortaklık kurmaları için bizden onay almalarına lüzum yok biz zaten onlar için bir onay vermedik. Sadece davet edilmeyen bir firma olduğu taktirde ki burada Kolin vardır Kolin Güriş-Metiş'le beraber girmiştir. Onun için onay alınmıştır. Davet edilmiş esasen

Yaşar Topcu Kararı

yalnız başına ihaleye girme hakkı kazanmış bir firmanın yine ihaleye girmiş bir firmayla ortaklık kurması için bizden onay almasına lüzum yok. Öyle bir onay vermedik. Dışarıdan davet etmediğimiz bir tek Kolin firmasının Metiş-Güriş firmasıyla girmesi için onay verdik” demiş,

Yapım Dairesi Başkanı ve ihale komisyonu başkanı Ahmet Ustaoglu ise; böyle bir şartın getirilmesini firmalardan birinin bir işi alması ve ikinci işe de ortak olarak girmesi halinde idarenin firmanın yeterliliğini gözden geçirme lüzumunu hissetmesinden kaynaklandığını, ortak girişim yapan firmaların tekliflerini vermeden önce idarenin iznini almaları gerektiğini, işi alan kişi eğer ikinci bir ortak girişime girmesi halinde zaaf yaratacağı düşüncesiyle idarenin ona izin vermeyeceğini, bunun için idarenin önceden izin alma şartı koyduğunu, söylemiştir.

Bu hususa açıklık getirmek için KGM tarafından hazırlanarak, ihaleye davet edilen firmalara 19.09.1997 tarihli 3367 sayılı yazı ekinde gönderilen ZEYİLNAME-1’in açıklamalar başlıklı soru cevap bölümünün 6.maddesinde de;

“Davet mektubu alan firmalar kendi aralarında veya ortak girişim olarak 6 ihaleye de teklif verebilirler. Ancak, davet alan firmalar tek başlarına (1), pilotluklarındaki idareye uygun görülen ortak veya ortaklıklarla oluşturacakları ortak girişim olarak da en fazla (2) ihaleyi üstlenebilirler.”

Açıklamaları ise çok farklı yorumlamalar yapılabilecek ifadeler içermektedir. Müteahhit firmalar, bu konuda sürekli idareyle görüşmek mecburiyetinde bırakılmışlardır.

İlk getirilen kural “bir işi alan firmanın diğer işlere teklif veremeyeceği” geçerli olsaydı (ki bu da idare hukuku açısından doğru değildir) davet edilen 15 firmadan 6 tanesi iş alabilecek, diğerleri ihalelere rakip olarak katılabileceklerdi.

Aslında, idare ihalelere davet edilen firmaları, gizli tutması gerekirken (dönemin APK Dairesi Başkanı Gönül Balkır ile İhale Komisyonu ve Yapım Dairesi Başkanı Ahmet Ustaoglu’nun ifadelerinde belirtildiği gibi) bu firmaların birbiriyle buluşması, görüşmesi ve ortak girişimler oluşturması, ortak girişimler oluştururken idareyle temas kurmaları, üç gün içerisinde sabah ve öğleden sonra yapılan bu altı ihalede, firmalar sabahleyin ortak, öğleden sonra rakip veya sabahleyin rakip, öğleden sonra ortak veya sabahleyin bir firmayla öğleden sonra başka bir firmayla ortak olma durumunda bulunmuşlardır.

Bütün bunlar söz konusu ihalelerdeki gizlilik ilkesinin ortadan kaldırıldığı, rekabet ilkesinin ise görüntüden öte geçemediğinin göstergesidir.

Bu hususların, benzer bir uygulama ile ilgili olarak vermiş olduğu, Kamu İhale Kurulunun 27.10.2003 gün ve 2003/UKZ-595 sayılı kararında da belirtildiği üzere, ihaleye katılımı sınırlandırdığı ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesini engelleyerek kamu yararına aykırı sonuçlar doğurduğunu göstermektedir.

d- Müteahhitlerin İhale Öncesinde Anlaştıklarını Gösteren Bulgular

Raporun Yapılan İncelemeler bölümünün 4-a.3 "Karadeniz Sahil Yolları İhalelerine Katılan Firmalar ve Tenzilat Oranları" bölümünde yer alan 6 Nolu Tablo ve b.İhale Sonuçları bölümündeki 7 Nolu tablo incelendiğinde;

d1-) Altı ihalenin de sadece ortak girişimler tarafından üstlenildiği, bu ortak girişimlerin tamamının ihalenin ilk günü olan 30.09.1997 tarihinden önce oluşmuş olduğu, bununla birlikte firmaların çok sayıda münferit zarflar (teklifler) vermesine rağmen hiç bir ihalenin tek bir firmada kalmadığı, ihalelerin tamamının ortak girişimler tarafından üstlenildiği,

d2-) Ortak girişim halinde yüksek tenzilatlı teklifte bulunan firmaların münferit bütün tekliflerinin çok daha düşük oranlarda olduğu,

d3-) Davet edilen 15 firmadan bir firmanın (Kutlutaş) ihalelere katılmadığı, katılmayacağını önceden idareye bildirdiği, bir firmanın da (Enka) ilk ihalelerde kazanabilecek tenzilat oranlarının belli olmasına rağmen, ihalelerin tamamına kazanması mümkün olmayan oranlarda düşük indirim tekliflerinde bulunduğu, hiç bir ortak girişim halinde teklifte bulunmadığı, geri kalan 13 firmanın ikişerli, üçerli ortak girişimler halinde ihaleleri üstlendiği,

d4-) Son ihaleleri kazanan firmaların, ilk ihalelerde kazanacak indirim oranları belli olmasına rağmen, son ihaleye kadar bir işi üstlenebilecek tekliflerde bulunmadığı, düşük tekliflerde bulunduğu,

d5-) Bir firmanın (Özışık) ortak girişim halinde üstlendiği ihaleye kadar yapılan üç ihalede teşekkür ettiği ve teklif vermediği, ihaleyi üstlendikten sonraki ilk ihalede ise işi üstlenme ihtimali olmayan en düşük teklifi (%11) verdiği, son ihaleye de teşekkür ederek katılmadığı yani üstlenmek için hiç bir gayret göstermediği, keza diğer firmalarında benzer davranışlarda bulunduğu,

d6-) Raporun Yapılan İncelemeler bölümünün 4/d maddesinde de görüldüğü gibi;

Karadeniz sahil yollarında müteahhitlerin bu ihalelerden önce üstlendikleri, ihalelerin:

Yüksel İnşaat firmasının 20.12.1993 tarihinde Ünye Bolaman yolu,

Özışık İnşaat firmasının 15.02.1992 tarihinde Espiye-Çarşıbaşı yolu,

Polat İnşaat firmasının 09.12.1987 tarihinde Çarşıbaşı- Trabzon-Araklı yolu,

Cengiz İnşaat firmasının 03.09.1991 tarihinde Hopa Kemalpaşa-Sarp yolu,

Olduğu, bu ihalelerde ise;

Yüksel İnşaatın içinde bulunduğu ortak girişimin Bolaman-Perşembe işini,

Yaşar Topcu Kararı

Özışık firmasının içinde bulunduğu ortak girişim Giresun-Espiye işini,

Polat İnşaatın içinde bulunduğu ortak girişimin Araklı-İyidere işini,

Cengiz İnşaatın içinde bulunduğu ortak girişimin Çayeli-Ardeşen-Hopa işini

Üstlendiği, firmaların yeni üstlendikleri işlerin eski üstlendikleri işlerin bitişiğinde olması dikkat çekici olup tesadüfle yada arzu etmekle izahı mümkün olmayan bir husus olduğu,

görülmüştür.

Delayısıyla bütün bu hususlar firmaların önceden anlaştıklarını, ancak, bu durumun firmaların ortak girişim oluşturmaları hususunda "önceden idarenin uygun görüşünü almış olmaları" şartının getirilmesi göz önüne alındığında - her ne kadar idare yazılı bir ortak girişim izni vermemiş ise de- bu olumsuz durumun müsebbibinin bu ihale usul ve esaslarını belirleyen idare olduğu ortadadır.

e-İhale Usul ve Esasların Dışına Çıkılması

Raporumuzun yapılan İncelemeler bölümünün 1/c1 maddesinde detaylı olarak belirtilen 25.08.1997 tarih ve 3099 sayılı bakan Olurunun 10/a maddesinde aynen "Bütün kredilerin hükümet kredileri dahil krediyi veren kuruluşca kredinin şartlarını belirten resmi bir mektupla teyid edilmesi ve bu mektubun teklifin bir parçası olması"

10/c maddesinde, "teyid edilmiş kredi teklifi şartlarının T.C.Hazine Müsteşarlığınca kabul edilebilir nitelikte olması"

İhale şartnamesinin ekinde gösterilen teklif mektubu örneği eki olarak "kredi teklif formu" belirtilmiş kredi teklif formu örneği altındaki notta da "firmalar bu forma ek olarak bütün kredilerin koşullarını ve bunların Resmi Makamlarca teyid edilmiş belgelerini ekleyeceklerdir." usul ve esası getirilmiş olmasına rağmen yapılan ihalelerde;

e1-)Yapılan ihalelerde İhale Komisyonu Teklif mektubunun bir parçası olarak değerlendirilmesi gereken kredi niyet mektuplarının fiziken varlığını yeterli görmüş, içeriğini (Hazineye getireceği yükü) değerlendirmemiştir.

e2-)Bu kredi niyet mektuplarının Resmi Makamlarca teyid edilmemiş oldukları halde geçerli kabul edilmiştir.

e3-)Bu kredi niyet mektuplarının Hazine Müsteşarlığınca kabul edilebilirliği konusunda;

-Komisyon başkanı Ahmet Ustaoglu ifadesinde; Hazine Müsteşarlığı ile yaptıkları temaslarda bu konuda resmi bir cevap almalarının mümkün olmadığını, şifai olarak bilgi verdiklerini,

E. 2004/5, K. 2006/2 (Yüce Divan)

-Komisyon üyesi Hüseyin Doğanay ifadesinde; şartnameye uymayan kredi niyet mektuplarının olduğunu, bunun için Hazine'den onay alınması gerektiğini, ancak, teyidlerin Hazine'den sözlü olarak alındığını, firmalarca getirilen kredi şartları ile tekliflerin birlikte değerlendirilmesi gerektiğini ve söz konusu değerlendirmeyi yapmış olmaları gerektiğini, ancak, ihale kararı gösterildiğinde de bu konuda böyle bir bilginin bulunmadığını,

-Komisyon üyesi Sadık G. Demircan ifadesinde; bu hususun kredi mevzuatı için hazırlanan prosedürden ibaret olduğunu, kredi niyet mektuplarının teyidinin alınmış olması gerektiğini, ancak, nasıl alınmış olduğunu hatırlamadığını,

ifade etmişlerdir.

Görülüyor ki ihale şartnamesinin 10.maddesinin 2. fıkrasında belirtilen "şartnamelerde yazılı belgeleri ile teminatı usulüne uygun ve tam olmayan isteklilerin teklif mektubunu taşıyan iç zarfları açılmayarak başkaca işleme konulmadan diğer belgelerle birlikte kendilerine veya vekillerine iade olur bunlar ihaleye katılamazlar." Hükmünü icra etmek yerine ihale komisyonu konuyu şifai görüşmelerle geçiştirmiştir.

Raporun İncelemeler bölümünün 3/b Krediyeye İlişkin Tespitler bölümünde yer alan 5 Nolu Tablo incelendiğinde;

Kredi teklif formu ve kredi niyet mektubunun şartname eki teklif mektubuna uygun olarak dosyasında bulunmuş olanlar, (x) işareti ile,

Kredi teklif formu ve kredi niyet mektubunun teklif mektubu ekinde olduğunun belirtilmiş olmasına rağmen dosyasında bulunmayanlar, (xx) işareti ile,

İhale teklif mektuplarının şartname eki "Teklif Mektubu Örneği" ne uygun olmadığı ve teklif mektubu ekinde "Kredi Teklif Formu" ile "kredi niyet mektubu" bulunmamakta ve taşımamakta olanlar, (xxx) işareti ile,

İhale teklif mektubunun şartname eki "teklif mektubu örneği"ne uygun olmadığı ve teklif mektubu ekinde "kredi teklif formu" ile "kredi niyet mektubu" olduğu gösterilmemiş, ancak, söz konusu belgelerin dosyasında olduğu görülenler, (xxxx) işareti ile detay olarak gösterilmiş olup, hangi tekliflerin ne derecede şartnamelere uyduğu gözler önündedir.

Yine incelemeler bölümünün 3/a.8-9 maddesinde belirtildiği gibi, getirilen bu kredi niyet mektuplarının hiç birisi sonuçlandırılmamış Hazine Credit Suisse First Boston tarafından 8.06.1998 tarihinde sağlanan 146 milyon ABD Doları tutarındaki kredi 15.06.1998 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe girmiştir.

f- Kamu Yararına Aykırılıklar

f1) İhale Şartnamesinin Geç Hazırlanması

Yaşar Topcu Kararı

2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 89.maddesi gereği, kanun kapsamı dışına çıkılan işlerin ihalesinde Kanun'un verdiği görev olan "Bu ihalelerde uygulanacak usul ve esaslar idarelerince hazırlanarak ilgili Bakanın onayı ile belirlenir." hükmü gereği öncelikle bu ihalelerde uygulanacak usul ve esasların belirlenmesi, buna paralel olarak ihale işlem dosyasının düzenlenmesi, bu dosyada; onay belgesi, tahmin edilen bedele ilişkin hesap tutanağı, şartname ve ekleri, gerekli projeler, sözleşme tasarısı bulundurulması gerekirken söz konusu ihalelerin yapımında daha önce de belirtildiği gibi usul ve esaslar muhtelif tarihlerde 7 aşamada 7 ayrı düzenleme ile belirlenmiş, bunlar içerisinde ihale şartnameleri (yapılacak işlerin genel, özel, teknik ve idari esas ve usullerini gösteren belge veya belgeleri) ihale usul ve esasını belirleyen 25.08.1997 tarihli ilk Bakan Olur'undan, firmalara gönderilen 26.08.1997 tarihli davet mektuplarından, daha sonra 19.09.1997 tarih ve 3364 sayılı Bakan Olur'u ile yürürlüğe konulmuştur. Bu durum davet edilen firmaların tespiti ve davetinden sonra düzenlenen şartnamenin içeriğine, davet edilen firmaların etki edip etmediği kuşkusunu oluşturmaktadır.

f2-) Zeyilname İle Fiyatlarda Değişiklikler Yapılması

Yine firmalar belirlenip davet yazıları gönderildikten sonra 19.09.1997 tarih ve 3367 sayılı KGM Genel Müdürü Yaman KÖK imzalı, davet gönderilen firmalar dağıtımli yazı eki zeyilnamede; tünel uzunluk zamlarında, tünel keşiflerinde, bazı pozlarda, köprü inşaat zamlarında, değişiklikler yapıldığı, bu hususların firmaların tespiti ve davetinden sonra yapılmasının düşündürücü ve şüphe uyandıran hususlar olduğu, görülmektedir.

f3-) Projelerin Tamam Olmaması

Söz konusu işlere ait etüt-proje çalışmaları sürmekte iken, projeler hazırmış gibi ihalelere çıktığı, Rapor'un B-Yapılan İncelemeler Bölümünün 2.maddesinde detay olarak görüldüğü gibi oysa projelerin ihalelerden 12 ila 26 ay sonra onaylandığı, bu arada proje firmalarınca yapılmış olması gereken projelerin bir bölümünün ve çok sayıda proje değişikliğinin yapım müteahhitlerine yeniden yaptırıldığı ve ayrıca proje bedelleri ödenmesine yol açıldığı gibi, yapılan bu ilave projeler ve proje değişiklikleri (istikamet değişiklikleri) ile büyük oranda keşif artışlarına yol açıldığı, görülmüştür.

f4-) Keşiflerin Sağlıksız Hazırlanması

Keşiflerin metraja dayalı olduğu söylenilmekte ise de, projeleri hazır olmayan işlerin metrajlarının da bulunmadığı, Komisyonumuza metraj adı altında sunulan belgelerin geçmiş tarihlerde hazırlanmış, yapılmakta olan yol (bölünmüş yol) ile ilgisi olmayan, ciddi miktar ve tutarlar içermeyen bazı çalışmalardan ibaret olduğu, dolayısıyla, keşiflerin sağlıklı olarak hazırlanmayan keşifler olduğu görülmekte ve bunun sonucunda söz konusu işlerde keşif artışlarının (şu an için) % 30 - %142 arasındaki oranlarda artışlarına neden olduğu görülmektedir.

E. 2004/5, K. 2006/2 (Yüce Divan)

f5-)Taşıma Katsayıları ve Köprü İnşaat Zamlarının Devlet'e Getirdiği İlave Yükler

Rapor'un B-Yapılan İncelemeler bölümünün 2.maddesinin b/b8, taşıma katsayıları ve köprü zamlarının maliyetlere etkisi başlıklı alt bölümünde görüldüğü gibi;

Karadeniz Sahil Yolu kapsamındaki soruşturma konusu ihalelerden önce aynı bölgede gerçekleştirilmiş olan;

Hopa-Kemalpaşa-Sarp projesinde imalatların tümü değil, bazı taşımalar için $A=1.50$ ile 2.00 değerinin,

Hopa şehiriçi (Sundura) köprüsü inşaatında Köprü inşaat zammı için %50 değerinin,

Samsun-Ünye projesinde, bazı taşımalar için $A=1.25$, $1,875$ $2,50$ değerinin,

Çarşıbaşı-Trabzon-Araklı, Trabzon-Maçka ve Trabzon Şehir Geçici projelerinde, $A=1.50$ değerinin,

Piraziz-Espiye-Çarşıbaşı projesinde $A=1.25$, 1.875 , 2.50 değerlerinin,

Kabul edildiği,

Soruşturma konusu ihalelerden sonra KGM'nce merkez ve taşra teşkilatlarına gönderilen 15.01.1998 tarihli 710-0171 sayılı (1998/5) "İç Genelge" ile;

"a) Taşıma formüllerinde yer alan (A) taşıma katsayısı $A=1$ olarak alınacak,

b) 3992 Poz No.lu "Köprü İnşaat Zammı" uygulanmayacaktır."

Şeklinde getirilen hükümlerin bundan sonraki ihalelerde uygulandığı

Taşıma katsayılarının ve köprü zamlarının anılan oranlarda belirlenmesi sonucu ödemelerde meydana gelen artışlar ve oranları 2 No'lu Tablo incelendiğinde sonradan yayınlanan bu genelgenin bu ihalelerde de dikkate alınmış olması ihtimalinde (yani $A=1$ olması ve Köprü zamsız olması durumunda) toplam olarak 355,8 Milyon ABD Doları ödeme yerine 208,7 Milyon ABD Doları nakliye ödenecek 147,1 Milyon ABD Doları fark ödenmemiş olacaktı. Bu farkın hakediş tutarına oranı % 21.7 olduğu görülmektedir.

Elbette ki ihaleden önce belirlenen A katsayıları ve köprü zamları müteahhillerin teklif edecekleri ihale indirim oranlarına etki edecek en önemli unsurlardır. Ancak,;

Yukarıda belirtilen genelge gereği A katsayısı=1 köprü zamsız olarak aynı mahiyette aynı bölgede yapılan ihalelerin;

-14.10.1998 tarihinde yapılan Ünye-Piraziz (Bolaman Varyantı Hariç) yolunun ihalesi %18,15 indirim ile,

Yaşar Topcu Kararı

-15.10.1998 tarihinde yapılan Yakakent-Gerze (Gerze geçişi hariç) yolunun ihalesi %25,88 indirim ile,

-16.10.1998 tarihinde yapılan Samsun-Azot Ayr.-Ünye yolunun ihalesinde %18,02 indirim ile,

-19.11.1998 tarihinde yapılan Gerze-Sinop (Sinop geçişi hariç) yolunun ihalesinde %26,86 indirim ile,

-12.10.1998 tarihinde yapılan Espiye-Çarşıbaşı(Giresun Geçiş Hariç) yolunun ihalesinde % 18,35 indirim ile

ihale edildikleri görüldüğünde, soruşturma konusu ihalelerdeki indirim oranlarının da üzerinde indirimler olduğu ortadadır. Bu husus söz konusu ihalelerin ucuz mu, yoksa pahalıya mı gittiğinin açık bir göstergesidir.

f6-)%30 Üzeri Keşif Artışı İhale İndirim Oranlarının Yeniden Belirlenmesi

Rapor'un III/B-4/f bölümünde belirtildiği gibi;

Araklı-İyidere yolu 28.08.2002 tarihli Bakanlık "Olur'u ile kabul edilen %30 üzeri %46 keşif artışının müteahhit firma Doğuş İnş ve Tic. A.Ş.+Polat Yol Yapı San. Ve Tic. A.Ş. Ortak Girişiminin, %30 üzeri Bakanlık Olur'una tekabül eden işleri İkinci işler hariç %32 tenzilatlı yapmayı 24.09.2004 tarihli Bakan "Olur"u ile kabul ettiği,

Ayrıca;

Piraziz-Giresun (Giresun Geçiş Hariç) yolunda, Kolin Turizm San. Ve Tic. A.Ş.nin 28.02.2002 tarihli Bakanlık makam Olur'u ile %30 üstü %67, 66 keşif artışı alınan İşleri %27.5 tenzilatla yapmayı kabul ve taahhüt ettiğini 03.08.2004 tarih ve YK-DY/1581 sayılı yazısıyla,

Çayeli-Ardeşen-Hopa yolunda Cengiz İnş. San.ve Tic. A.Ş. + Mapa İnş. San.ve Tic. A.Ş.+ Makyol İnş. San ve Tic. A.Ş. Ortak Girişiminin, 23.10.2002 tarihli Bakanlık makamı olur'u ile kabul edilen %30 üzeri %104.06 artışı alınan işlerden %32 tenzilatla yapmayı kabul ettiğini 02.04.2004 tarihli yazısıyla,

İyidere-Çayeli yolunda Limak İnş.San. ve Tic. A.Ş. nin 28.08.2002 tarihli Bakanlık Oluru ile kabul edilen %30 üzeri %112.20 keşif artışı alınan işlerden %32 tenzilatla yapmayı 06.04.2004 gün ve 04/M-1628 sayılı yazısıyla,

Karayolları Genel Müdürlüğüne bildirdikleri,

Anlaşılmıştır.

Soruşturma konusu ihalelerde gerçekleşen % 16,80 ile % 20,30 arasında değişen ihale indirim oranları ile yukarıda belirtilen indirim oranları arasındaki farklar dikkat çekici mahiyettedir.

SONUÇ OLARAK KOMİSYONUMUZ;

İhale usul ve esaslarının 7 aşamada 7 ayrı düzenlemeyle belirlenmesi ile ihale usul ve esaslarında belirtilen kriterlere uygun çok sayıda (otuzu aşkın) firma var iken 15 firmanın belirlenerek davet edilmesi suretiyle ihalelerde rekabeti engellediği,

Üç proje halindeki işleri altı parçaya bölerek ve birbirleri ile ilişkilendirerek, ihaleye katılımı sınırlandırdığı, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin verilmesini engellediği,

Davet edilen firmaların gizli tutulması gerekirken gizli tutulmak bir yana ihalelerde bu firmaların birbirleriyle ortak girişimler oluşturmasını teşvik edecek mahiyette usul ve esaslar belirlediği,

Müteahhitlerin ihale öncesinde anlaştıklarını gösteren bir çok bulgu olmasına rağmen bu bulguların dikkate alınmadan ihalelerin sonuçlandırılmasına göz yumduğu,

Yine şartnameler gereği ihalelerde kabul edilmemesi gereken teklif mektuplarının ihale komisyonu tarafından geçerli sayılmasına göz yumduğu,

Bu hususların "İhaleye Fesat Karıştırma" suçunun hile unsurunu teşkil ettiği,

İhale şartnamesinin, müteahhitlerin ihaleye davetinden sonra hazırlanması, zeyilname ile fiyatlarda değişiklikler yapılması, projelerin tamam olmadan işlerin ihaleye çıkarılması, sağlıksız keşifler hazırlanması suretiyle %142'lere varan keşif artışlarına sebep olması, yüksek taşıma katsayıları ve köprü inşaat zamları uygulanmak suretiyle daha sonra yapılan benzer ihalelerde taşıma katsayısı A=1 ve köprü zamsız olması durumunda nakliye fiyatı olarak ödenecek miktarın toplam 147,1 Milyon \$ tutarında fazla ödeme yapılmasına neden olduğu,

Soruşturma konusu ihalelerin %30 üzeri keşif artışı ihale indirim oranlarının %32 olarak belirlendiği gözönüne alındığında soruşturma konusu ihalelerde gerçekleştirilen %16,80 ile %20,30 arasında değişen ihale indirim oranları ile yukarıda belirtilen indirim oranları arasındaki fark kadar fazla ödemelere sebep olduğu,

Bu fazla ödemelerin haksız menfaat unsurunu teşkil ettiği,

Yukarıda sıralanan söz konusu işlemlerin Bayındırlık ve İskan Eski Bakanı Yaşar TOPÇU tarafından bilerek yapıldığı ve böylece Türk Ceza Kanunu'nun 205 inci maddesinin bütün unsurlarını oluşturduğu,

Kanaatine varılmıştır.

VI- SONUÇ VE KARAR

Komisyonun, 19.10.2004 tarihli **karar** (14 üncü) toplantısında;

Yaşar Topcu Kararı

1- Bayındırlık ve İskan eski Bakanı Yaşar Topçu'nun fil ve davranışlarının, Türk Ceza Kanunu'nun 205 inci maddesinde belirtilen, ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturduğu savıyla, yargılanmak üzere **Yüce Divana sevk edilmesine** 1 ret oy'una karşı 10 kabul oy'u ile,

2- Bu ihalelerin hazırlanmasında, ve icra edilmesinde karar alma aşamalarına katılan dönemin bürokratları hakkında, ilgili bakanlık nezdinde tahkikat yapılmasına ilişkin **suç duyurusunda** bulunulmasına oybirliğiyle,

3- Karayolları Genel Müdürlüğü'nde kamu görevlisi olarak çalışıp da, herhangi bir sebeple görevlerinden ayrılan bazı bürokratların, 3 yıllık yasaklı süre dolmadan, Karayolları Genel Müdürlüğü'nün görev alanında faaliyet gösteren firmalarda görevli olarak çalıştıkları, Komisyonun çalışmaları sırasında tespit edilmiştir. Bu kişiler hakkında da 2531 Sayılı Kamu Görevlerinden Ayrılanların Yapamayacakları İşler Hakkındaki Kanun'un 2 nci maddesine muhalif durumları olduğundan bahisle, ilgili bakanlık nezdinde, inceleme ve soruşturma yapılması için **suç duyurusunda bulunulmasına** 1 ret oy'una karşı 9 kabul oy'u ile,

Karar verilmiştir."

IV- YARGILAMANIN AŞAMALARI

A- SANIĞIN SORGUSU

Sanık, Yüce Divanın 28.3.2005 günlü oturumunda yapılan sorgusunda özetle;

- Karadeniz sahil yolunun, Türkiye'de yol olarak birinci derecede önceliği olan yollardan birisi ve hatta birincisi olduğunu,

- Dava konusu yolun 1996 yılında kurulmuş olan ANAYOL Hükümeti zamanında finansmanı bütçeden karşılanmak üzere yapılmasına karar verildiğini, ilan verilir firma seçimi yapılmış olmasına karşın, ödenek bulunmadığı için devam edilemediğini,

- Söz konusu yolun, bütçe imkanlarının yetersizliği nedeniyle bölünmüş yol olarak ve dış kredi kullanılarak yapılmasının zorunlu olduğunu, bu amaçla 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 89. maddesi gereğince Bakanlar Kurulu Kararı alınarak ihalenin Devlet İhale Kanunu hükümleri dışında yapılmasına karar verildiğini,

- Yapılan ihalenin Türkiye'deki kendi şartları itibarıyla ilk ihale olduğunu, daha önce yapılmış olan dış kredili ihalelerin tamamının teklif alınarak, bu ihalenin ise Bayındırlık ve İskan Bakanlığı birim fiyatlarından indirim almak suretiyle yapıldığını, sonraki bütün ihalelerde de aynı metotun uygulandığını ve devletin bundan kazandığını,

- İlk soruşturma dosyasında yaptırılan bilirkişi raporunda da bu ihale- nin devletin kârına olduğunun belirtildiğini,

- Başlangıçta saptanan onbir firmanın Karayolları Genel Müdürlüğü ta- rafından belirlendiğini, firma isimlerinin belirlenmesinde bir rolünün bu- lunmadığını ve çağrılan firmaların hiç birisini tanımadığını,

- Kendisinin, daha önceki bakanlığı döneminden edindiği tecrübeler ve ihale ile ilgili olarak kulağına gelen bir takım duyumlardan ötürü, rekabeti artırmak amacıyla sonradan dört firmayı daha davet ettirdiğini,

- Davet edilecek firmalar ile ihaleye katılıp katılmayacakları ve dış kredi bulup bulamayacakları konularında konuşulduğunu,

- Davet edilecek firmaların sayısı hakkında herkesin bir şeyler söyleye- bileceğini, bunun bir standardının olmadığını, örneğin otuz firma çağrıldı- ğında niye kırk firma çağrılmadığının sorulabileceğini, ayrıca çok firma çağ- rılması halinde, ihaleyi davetiyeli yapmanın bir anlamının kalmayacağını, Karadeniz sahil yolunun özelliği nedeniyle bu ihalelere seçkin firmaların davet edilmesinin normal olduğunu,

- İhalelere çok sayıda firma çağrılmamasının nedenlerinden birinin de Hazine Müsteşarı ile telefonla yaptığı konuşmadan, bunun Hazineye ek yük getireceği kanaatine varması olduğunu,

- Üç proje halindeki işlerin altıya bölünmesinin kendi talimatı ile yapıldığını ve bundaki amacın işlerin daha hızlı yürütülmesini sağlamak oldu- ğunu,

- İhale olurunda yer alan, bir işi alan firmanın diğer bir işi pilot firma olarak alamayacağına ilişkin kuralın amacının, işin daha kısa sürede bitiril- mesi ve bir firmanın bütün ihaleleri almasına engel olmak olduğunu,

- (9/19) Esas Numaralı Meclis Soruşturma Komisyonunun üç kişilik bilirkişi heyeti kurduğunu ve bu heyetin projelerin var olduğuna dair rapor sunduğu- nu ve projelerin bulunduğunu, bu hususun Karayolları Genel Müdürlüğü ta- rafından soruşturma komisyonuna gönderilen yazılarla da sabit olduğunu,

- Hiçbir keşif artışına imza atmadığını, kendisinden sonra verilen keşif artışlarının nedeninin büyük çoğunluğunun proje ile ilgili olmadığını, Arak- lı'dan başlayıp Der pazarı'na kadar olan yolun mevcut Başbakanın talima- tıyla sahile alındığını, bazı yerlerdeki keşif artışlarının ise güzergah değişik- liğinden kaynaklandığını, "yüzde 30 oranından fazla artış temel, tünel ve benzeri işler ile tabii afetler gibi nedenlerden ileri gelmişse, idarenin isteği, müteahhidin kabulü ve ilgili bakanın onayıyla, süre hariç, aynı sözleşme ve şartname hükümleri içinde yüzde 30'u geçen işler de aynı müteahhide yaptırılabilir." hükmünün Dev-

Yaşar Topcu Kararı

let İhale Kanununda yer aldığını, dolayısıyla şartnamedeki hükmün kanundan alınarak tekrarlandığını,

- Katsayıları kendisinin belirlemediğini, bir Bakanın taşıma katsayısı ya da köprü zammı tayin etmeyeceğini, sonradan ihale edilen otoyollarda (A) katsayısının 1'den farklı olmaması gerektiğini, söz konusu otoyolları da kendisinin ihale ettiğini, onların şehir dışında yapıldığını, (A) taşıma katsayısının tespitinde belli metotlar bulunup, bunlardan bir tanesinin (K) kamyon katsayısı olduğunu, orada müteahhidin kendi arabasını kullanabildiğini, müteahhidin arabasının seksen tonluk olduğunu, Karadeniz'de on tonluk arabaların gidip gelebildiğini, taşıma katsayısının ulufe dağıtır gibi "al sana bunu verdim, ben sana bunu verdim" şeklinde değil, yolun eğimi, trafiği, hava şartları ve diğer etkenler dikkate alınarak belirlendiğini, örneğin, kendisinden sonra ihale edilen Bafra-Samsun yolundaki taşıma katsayısının iki olarak uygulandığını,

- Ankara-Sivrihisar yolunun kendi döneminde bitirildiğini, bu yolun kilometre maliyetinin 1.700.000 dolar olduğunu, Karadeniz sahil yolunun coğrafi nedenlerden kaynaklanan çok farklı ve ağır şartlar altında yapıldığını, yaptığı hesaplama sonucu Karadeniz'deki yolun kilometre maliyetinin 985.000 dolara geldiğini,

- Karadeniz sahil yollarının yapımının kendisinden sonraki dönemde müteahhit firmaların dış kredi bulma yükümlülüğü yerine bütçe içine alınarak ve bütçe ödeneği karşılığı ile sürdürüldüğünü, müteahhit firmaların ihale tarihinde temin ettikleri dış kredi için ödedikleri libor artı %18'lere varan faizlerden ve maliyet yüklerinden kurtulduklarını, bu durum dikkate alınmadan komisyon üyeleri ve milletvekilleri önünde ihalenin ucuza gitmiş olduğu izlenimi ve kanaati yaratıldığını,

- Kendisinden sonraki dönemdeki tenzilatların müteahhitler zorlanarak yaptırıldığını, bunun nedeninin kredi şartlarının değişmesi olduğunu, dış krediyle yapılmış olan ihalenin kredisinin, bizzat mevcut Başbakanın girişimleri sonucunda üç bankadan (Akbank, Garanti Bankası ve İş Bankası) temin edildiğini ve böylece müteahhide %10 ve daha yukarı bir avantaj sağlandığını, bu işi alan firmalardan birisinin patronunun kendisine firmalarının %32 oranında tenzilat yapmaya zorlandığını ifade ettiğini,

- Keşif artışlarındaki tenzilat oranlarının firmalara yedi yıl sonra hükümet tarafından sağlanan kredi desteğinden kaynaklandığını, sonradan yapılan bu indirim nedeniyle kendisine sorumluluk yüklenemeyeceğini,

- Dönemin Doğru Yol Partisi Genel Başkan Yardımcısı olan Hasan Ekinçi tarafından yaptırılan noter tespitinin doğrudan kendisine ulaştırılmadığını, buna karşın kendisinin yapılan noter tespitini buldurarak Ankara Cum-

huriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunduğunu ve söz konusu savcılık tarafından verilen takipsizlik kararında da belirtildiği üzere noter tespiti tahminden öte bir anlamının bulunmadığını,

- 17.11.2004 günlü dilekçesinde belirttiği hususları da aynen tekrarladığını, beyan etmiştir.

Sanık, 6.1.2004 gününde soruşturma önergesinin TBMM Genel Kurulunda görüşülmesi sırasında yaptığı konuşmasında, sorgusunda değindiği hususlara benzer açıklamalarda bulunmuş, (9/9) Esas Numaralı Meclis Soruşturma Komisyonunda 8.7.2004 gününde verdiği ifadesinde ise aynı konuda daha önce verilen soruşturma önergesine rağmen, ikinci kez hakkında Meclis soruşturması açılmayacağını, bu nedenle yeniden savunma yapmayacağını ve soruları cevaplandırmayacağını beyan etmiştir.

B- KANITLAR

1- Yazılı kanıtlar

- Karadeniz sahil yolu işlerinin Devlet İhale Kanununun 89. maddesine göre ihale edilmesine ilişkin Bayındırlık ve İskan Bakanlığının 31.7.1997 günlü, 2584 sayılı teklif yazısı,

- Karadeniz sahil yolu işlerinin Devlet İhale Kanununun 89. maddesine göre ihale edilmesine ilişkin 1.8.1997 günlü, 97/9698 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı,

- Kredili olarak ihale edilecek karayolu projelerine ilişkin Karayolları Genel Müdürlüğünün Hazine Müsteşarlığına yazdığı 15.8.1997 günlü, 3006 sayılı yazı,

- Devlet İhale Kanununun 89. maddesine göre ihale edilecek Karadeniz sahil yolu işlerinin ihale usul ve esaslarını belirleyen 25.8.1997 günlü, 3099 sayılı Bakan oluru,

- Karadeniz sahil yolu işlerinin altı kısım halinde ve onbir firma davet edilerek ihale edilmesine ilişkin 26.8.1997 günlü, 6246 sayılı Bakan oluru,

- Karadeniz sahil yolu işlerine ilişkin ihale onay belgeleri (6 Adet),

- Karayolları Genel Müdürü Yaman Kök imzalı 26.8.1997 günlü, 3110 sayılı firmalara gönderilen davet yazısı,

- Karayolları Genel Müdürü Yaman Kök imzalı 26.8.1997 günlü, 3140 sayılı firmalara gönderilen teklif verme şartlarını değiştiren yazı,

Yaşar Topcu Kararı

- Karadeniz sahil yolu işlerinin altı kısımda ihale edilmesine ve onbir firmaya ilave olarak dört firmanın daha davet edilmesine dair 8.9.1997 günlü, 6599 sayılı Bakan oluru,
- Sonradan davet edilen dört firmaya gönderilen 8.9.1997 günlü, 3209 sayılı davet yazısı,
- İhale şartnamesi ve sözleşme tasarılarının yürürlüğe konulması ile %30 oranından fazla artışın ihale şartnamesi ve sözleşme hükümleri çerçevesinde yapılmasına ilişkin 19.9.1997 günlü, 3364 sayılı Bakan oluru,
- Karayolları Genel Müdürü Yaman Kök imzalı 19.9.1997 günlü, 3367 sayılı zeyilname ve açıklamalar,
- Köprü İnşaat zamlarının %50 zamlı olarak değerlendirileceğine dair Ahmet Ustaoglu (Yapım Daire Başkanı) imzalı 11.9.1997 günlü, 6681 sayılı yazı,
- A=1 ve köprü inşaat zammı uygulanmayacağına dair Karayolları Genel Müdürü Yaman Kök imzalı 15.1.1998 günlü, 171 sayılı yazı,
- Hazine Müsteşarlığının kredili ihalelerle ilgili 2.10.1997 günlü, 1971 sayılı yazısı,
- DPT tarafından ihalelerin dış kredi ile yapılmasının uygun olduğuna ilişkin Karayolları Genel Müdürlüğüne yazılan 6.10.1997 günlü, 3835 sayılı yazı,
- DPT'nin proje revizyonuna ilişkin 18.12.1997 günlü, 5158 sayılı yazısı,
- Karadeniz sahil yolu projesinin revize edilmesine dair 30.10.1997 günlü, 97/118 sayılı Yüksek Planlama Kurulu Kararı,
- Ankara 8. İdare Mahkemesinin 11.12.2001 günlü, E:2001/221, K:2001/1605 sayılı kararı,
- Danıştay 10. Dairesinin 26.3.2003 günlü, E:2002/431, K: 2003: 1125 sayılı kararı,
- Ankara 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 19.7.2004 günlü, E:2003/281, K: 2004/223 sayılı kararı ile bu karara esas alınan bilirkişi raporu,
- Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 16.3.1998 günlü, H:1997/89049, K:1998/6230 sayılı takipsizlik kararı ile bu karara esas alınan bilirkişi raporu,
- (9/19) Esas Numaralı Meclis Soruşturma Komisyonuna sunulan 15.12.1998 günlü bilirkişi raporu,
- Hasan Ekinci tarafından yaptırılan 29.9.1997 günlü noter tespiti,

E. 2004/5, K. 2006/2 (Yüce Divan)

- Karadeniz sahil yolu ihalelerinin hazırlık, icra ve karar alma aşamasına katılan dönemin bürokratları hakkında tahkikat açılmamasına ilişkin teftiş kurulu raporunu da içeren Bayındırlık ve İskan Bakanlığının 3.5.2005 günlü, 4934 sayılı yazısı,

- Karayolları Genel Müdürlüğünün otoyol yapan firmalar ile Karadeniz sahil yolu bilgilerini içeren 18.5.2005 günlü, 5991 ve 19.8.2005 günlü, 8048 sayılı yazıları,

- Karayolları Genel Müdürlüğünün firmaların ortak girişim kurmaları ile ilgili olarak idarenden izin alıp almadıklarına ilişkin 23.11.2005 günlü, 4280 sayılı yazısı,

- Projelerin idareye teslim tarihini belirten Karayolları Genel Müdürlüğünün 5.12.2005 günlü, 17602 sayılı yazısı,

- Karayolları Genel Müdürlüğünün dava konusu yolların projelerine ilişkin olarak Meclis soruşturma komisyonuna yazdığı yazılar,

- Karadenizde çalışan ve ödeneği üzerinde harcama yapan firmalarla ilgili Karayolları Genel Müdürlüğünün 15.7.2005 günlü, 6227; 10.8.2005 günlü, 7734; 1.11.2005 günlü, 10505 ve 20.1.2005 günlü, 336 sayılı yazıları,

- Karayolları Genel Müdürlüğünün Ümraniye-Altunizade, Ümraniye-Şile, Bolu Dağı geçişi ve Kavacık Anadoluhisarı yolları hakkında bilgi veren 14.10.2005 günlü, 2809 sayılı yazısı,

-Hazine Müsteşarlığının kredilerle ilgili açıklamaları ile firmaların kredi tekliflerinde yer alan şartları ve 146 milyon Amerikan Doları tutarındaki kredi teklifinin şartlarını içeren 1.12.2005 günlü, 2654 sayılı yazısı,

- %30 üzeri keşif artış onaylarını gösteren tablo,

- 831 milyon Amerikan Doları tutarındaki kredi anlaşmasını gösteren liste,

- Maliye Bakanlığının 14.11.1997 günlü, 24355 sayılı Karadeniz sahil yolu ihalelerinin vizesine ilişkin yazısı,

- Sanık Yaşar Topcu'nun 30.6.1997-11.1.1999 tarihleri arasında Bayındırlık ve İskan Bakanlığı görevinde bulunduğunu bildirir Başbakanlığın 9.2.2005 günlü, 1666 sayılı yazısı,

- Sanığın adli sicil ve nüfus kayıtları,

- Sanığın savunma dilekçeleri ekinde verdiği çeşitli belge fotokopileri.

Yaşar Topcu Kararı

2- Tanıklar

Yargılama sırasında dinlenen tanıklara ilişkin bilgiler, aşağıdaki tabloda gösterilmiştir:

Sıra No	Adı Soyadı	Ünvanı	Dinlendiği Oturum	Ne Şekilde Dinlendiği
1	Hasan Ekinci	Eski Orman Bakanı	21.4.2005	Resen
2	Eyüp Aşık	Eski Devlet Bakanı	21.4.2005	"
3	Yaman Kök	Dönemin Karayolları Genel Müdürü	21.4.2005	"
4	Gönül Balkır	Dönemin KGM APK Daire Başkanı	21.4.2005	"
5	Ahmet Tuncer Ertan	Eksen A.Ş. temsilcisi	21.4.2005	"
6	Mustafa Aktürk	Özdemir İnş. Şir. temsilcisi	21.4.2005	"
7	Ahmet Ustaoglu	Dönemin İhale Komisyonu Başkanı	21.4.2005	"
8	Hüseyin Doğanay	Dönemin İhale Komisyonu Üyesi	21.4.2005	"
9	Sadık Gürsan Demircan	İDönemin hale Komisyonu Üyesi	21.4.2005	"
10	Vacip Mert	Dönemin İhale Komisyonu Üyesi	21.4.2005	"
11	Mahmut Yıldız	Şanlıurfa Milletvekili	26.5.2005	"
12	Mehmet Aydın Karaöz	Dönemin Haz. Müs. Dış Ekonomik İlişkiler Genel Müdürü	26.5.2005	"
13	Vedit Arıç	Kiska İnş. Şirketi temsilcisi	26.5.2005	"
14	Akın Kılınc	Beğen İnş. Şir. temsilcisi	26.5.2005	"
15	Cemil Özgür	Özgür Tic. ve San. Şirketi sahibi	26.5.2005	"
16	Ahmet Kemal Akıncı	Ceylan İnş. Şir. temsilcisi	26.5.2005	"
17	Dinçer Yiğit	Eski Karayolları Genel Müdürü	26.5.2005	"
18	İbrahim Nursel Yaykiran	Eko İnş. Şirketi Ortağı	26.5.2005	"

E. 2004/5, K. 2006/2 (Yüce Divan)

19	Cuma Gülser	Emek İnş. Şir. temsilcisi	26.5.2005	"
20	Ahmet Murat Binark	Garanti Koza İnş. Şirketi temsilcisi	26.5.2005	"
21	Sultan Belma Çelikoğlu	Hasancan Poyraz Müt. temsilcisi	26.5.2005	"
22	Hüseyin Deliismail	Hasko İnş. Şir. temsilcisi	26.5.2005	"
23	Mürsel Genç	Murtazaoğlu İnş. A.Ş. Yönetim Kurulu Üyesi	26.5.2005	"
24	Yener Dinçmen	Eski Hazine Müsteşarı	21.6.2005	Sav. tanığı
25	Cenk Tangil	Makimsan A.Ş. Yönetim Kurulu Üyesi	21.6.2005	Resen
26	Mehmet Emin Erdoğan	Öz İnş. A.Ş. Yönetim Kurulu Başkanı	21.6.2005	"
27	İbrahim Özen	STFA İnş. A.Ş. temsilcisi	21.6.2005	"
28	Turan Büyükşahin	Tubin A.Ş. temsilcisi	21.6.2005	"
29	Ali Özcan	Yapı Üretim A.Ş. temsilcisi	21.6.2005	"
30	Ali Cihan Çarmıklı	Ziya Çarmıklı Şirketi temsilcisi	21.6.2005	"
31	Deniz Şölen	Enka A.Ş. temsilcisi	21.6.2005	"
32	Mustafa Karamullaoglu	Kutlutaş İnş. Şir. temsilcisi	21.6.2005	"
33	Ünsal Akıncı	Kutlutaş İnş.Şir. Gen.Müd.	21.6.2005	"
34	Sezai Bacaksız	Limak İnş. Şir. temsilcisi	21.6.2005	"
35	Abdullah Çoban	Bayındır A.Ş. temsilcisi	21.6.2005	"
36	Güven Balkan	Mapa İnş. A.Ş. temsilcisi	21.7.2005	"
37	Mustafa Asım Özdemir	Güriş-Metiş ortak girişim temsilcisi	21.7.2005	"

Yaşar Topcu Kararı

38	Celal Koloğlu	Kolin İnş. A.Ş. temsilcisi	21.7.2005	“
39	Tuna Aksel	Yüksel İnş. A.Ş. temsilcisi	21.7.2005	“
40	Mehmet Ali Çebi	Makyol İnş. A.Ş. temsilcisi	20.9.2005	“
41	Mahfi Eğilmez	Eski Hazine Müsteşarı	20.9.2005	Sav. tanığı
42	İlhan Adiloğlu	Özışık Şirketi Gen. Müd. Yard.	6.12.2005	Resen
43	Cevdet Özbalçık	Gürsan İnş. Şir. temsilcisi	6.12.2005	“
44	Nazım Bal	Bal-İş İnş. A.Ş. sahibi	6.12.2005	“
45	İbrahim Polat	Polat A.Ş. temsilcisi	6.12.2005	“
46	Ekrem Cengiz	Cengiz İnş. A.Ş. temsilcisi	6.12.2005	“
47	Remzi Tekin	Gökdelen İnş. Şirketi temsilcisi	31.1.2006	“

C- DAVAYA KATILAN VE SAVLARI

Karayolları Genel Müdürlüğü vekili Av. Muammer Semiz, 21.11.2005 günlü dilekçesiyle, idare zararı doğmuş olabileceğinden, özel hukuka ilişkin hakları saklı tutulmak koşuluyla davaya katılma talebinde bulunmuş; bu talep, 6.12.2005 günlü oturumda kabul edilmiştir.

Karayolları Genel Müdürlüğü vekilleri Av. Muammer Semiz, Av. Üstüner Erdoğan ve Av. Gülşen Köse, davanın esasına ilişkin iddialarını içeren 28.2.2006 günlü dilekçelerinde, Yüce Divana sevk kararında ileri sürülen iddiaların tümünün sabit olduğunu ve eylemin 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257. maddesinde öngörülen görevi kötüye kullanmak suçuna uyduğunu ileri sürerek, sanığın söz konusu madde uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesini istemişlerdir.

Katılan idare vekilleri 11.4.2006 günlü dilekçelerinde ise bakanlara, işledikleri suçlar bakımından, milletvekillerinin tabi olduğu prosedürün uygulanması gerektiğini, Anayasanın 82. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları gereğince üyelik süresince dava zaman aşımının işlemeyeceğini ve bu nedenle somut olayda dava zaman aşımının gerçekleşmediğini ileri sürmüşlerdir.

D- YARGITAY CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞININ ESAS HAKKINDAKİ GÖRÜŞÜ

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının, 2.3.2006 günlü oturumda sözlü olarak da açıkladığı esas hakkındaki görüşünün kanıtların değerlendirilmesi, eylemlerin hukuki niteliği, zamanaşımı ve sonuç bölümleri şöyledir:

“D- KANITLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ:

5539 Sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun’un 1. maddesi ile 180 Sayılı Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 26. maddesine göre, Karayolları Genel Müdürlüğü, Bayındırlık ve İskan Bakanlığına bağlı, tüzel kişiliğe haiz, katma bütçeli bir kuruluştur.

Karayolları Genel Müdürlüğünün ihale işlemleri, Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabidir.

2886 Sayılı Devlet İhale Kanun’unun “Özelliği Bulunan İşler” başlıklı 89. maddesinde, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasının mümkün olamayacağı haller ile Türk Silahlı Kuvvetlerinin ve Emniyet Genel Müdürlüğünün bazı ihtiyaçları için temin edilecek mal ve hizmetlerin ihalesinde; ilgili bakanlığın teklif edeceği ihaleler için bu Kanun hükümleri dışında kalınmasına Bakanlar Kurulunca karar verilebileceği, bu ihalelerde uygulanacak usul ve esasların idarelerince hazırlanarak ilgili bakanın onayı ile belirleneceği hükme bağlanmıştır.

Kanun’un, “Belli İstekliler Arasında Yapılacak İhaleler” başlığını taşıyan 44. maddesine göre, karayolları, tüneller ve köprülerin yapım işleri ile bunların etüt ve proje işlerinin ihalesinin, diğer ihale usulleri yerine, teknik yeterlikleri ve güçleri idarece kabul edilmiş en az üç istekli arasında kapalı teklif usulü ile yaptırılması mümkündür. Ancak,, bu madde hükümlerine göre yapılacak ihalelerde, ihaleye katılacak isteklilerin isimleri belirtilmek suretiyle ilgili veya bağlı bulunulan bakanın onayının alınması zorunludur.

5539 Sayılı Kanun’un 28. maddesinde, Karayolları Genel Müdürlüğünce ek-siltmeye konulan işlere girecek isteklilerde aranacak mali ve teknik yeterlik ve sair şart ve niteliklerin esaslarının Bayındırlık Bakanlığınca belirleneceği öngörülmüştür.

Yaşar Topcu, 30.6.1997 ila 11.1.1999 tarihlerinde Bayındırlık ve İskan Bakanı olarak görev yapmıştır.

3046 Sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanun’un 21.ve 180 Sayılı KHK.’nin 5. maddelerine göre; Bakanlar, bakanlık kuruluşunun en üst amiridir ve bakanlık hizmetlerini mevzuata uygun olarak yürütmekle görevlidir.

Yaşar Topcu Kararı

Bakanlar; ayrıca, emri altındakilerin faaliyet ve işlemlerinden sorumlu olup, bakanlık teşkilatı ile bağlı ve ilgili kuruluşların faaliyetlerini, işlemlerini ve hesaplarını denetlemekle görevli ve yetkilidir.

Bakanların cezai sorumluluklarının, hukuki ve siyasi sorumluluklarından ayrı olarak ceza hukukunun genel ve özel hükümlerine göre değerlendirilmesi gerekmektedir.

Karayolları Genel Müdürlüğü'nün 1997 yılı yatırım programında bulunan "Bolaman-Perşembe", "Doğu Karadeniz Sahil Yolu (Araklı-Hopa)" ile "Piraziz-Espiye (Giresun Geçişi Hariç)" yollarının yapımı işlerinin Milli Bütçeden kuruluşa ayrılan kaynakların yetersizliği nedeniyle kredi kullanılması düşünüldüğü belirtilerek 2886 Sayılı Kanun'un 89. maddesi uyarınca ihalelerin bu Kanun kapsamı dışına çıkarılması teklifinde bulunulması üzerine, Bakanlar Kurulu 1.8.1997 tarih ve 9698 sayı ile teklif kapsamı içindeki işlerde bu Kanun hükümlerinin uygulanmamasına karar vermiştir.

Olayda, idarece hazırlanan ihale usul ve esasları Genel Müdürün teklifi üzerine sanığın 25.8.1997 gün ve 3099 sayılı oluru ile belirlenmiştir. Bu onayda, işlerin tamamının ve bir kısım kamulaştırmasının müteahhit firmalar tarafından temin edilen kredilerle finanse edilmesi koşuluyla ihalenin teknik yeterlikleri ve güçleri idarece kabul edilmiş ve Bakanlık Makamı oluru ile tespit edilen firmalar veya bu firmalar pilotluğunda yerli ve/veya yabancı firmalarla oluşturulacak ortak girişimler arasında kapalı teklif usulü ile dövize endekli Bakanlık birim fiyatları üzerinden indirim vermek suretiyle yapılması usul ve esası kabul edilmiştir.

Bakanın imzasını taşıyan 26.8.1997 tarih ve 6246 sayılı onay ile üç projenin altı kısım halinde ihaleye çıkarılmasına ve teknik yeterlikleri ve güçleri idarece kabul edilmiş olanlardan; otoyol yapımlarını gerçekleştirmiş ve kredi bulabileceklerini ispatlamış yedi firma ile Karadeniz Sahil Yollarında çalışmakta olan ve ödenekleri üzerinde fiilen harcama yapan ve kredi bulabileceklerini ifade eden dört firma olmak üzere toplam onbir firmanın ihaleye davet edilmesine oluru verilmiştir.

Olurlarda, firmaların yapılacak ihalelere katılmasını sınırlayan bir hükme yer verilmemiş iken, Karayolları Eski Genel Müdürü Yaman Kök tarafından firmalara gönderilen 26.8.1997 tarihli ihaleye davet yazısında, şartnamenin şube müdürlüğünden temin edilebileceği, firmaların işlerden birinin kendisinde kalması halinde diğer işlere teklif veremeyecekleri, 29.8.1997 tarihli yazıda ise firmaların işlerden birinin kendisinde kalması halinde, ikinci işe ancak, ortak girişim oluşturmaları ve önceden idarenin uygun görüşünü almış olmaları şartıyla teklif verebilecekleri belirtilmiştir.

8.9.1997 tarihli Bakan onayı ile, ihalede rekabetin yaygınlaştırılmasının sağlanması gerekçesiyle teknik güçleri ve yeterlikleri idarece bilindiğinden bahisle dört

firma daha ihalelere çağrılmış, 29.8.1997 tarihli yazıda belirtilen ihale usulü olura bağlanmıştır.

Sanığın imzasını taşıyan 19.9.1997 tarihli onay ile 25.8.1997 tarihli olurun keşif artışlarına ilişkin 8. maddesine, “ % 30 oranından fazla artış, proje kapsamında kalmak üzere işin tamamlanabilmesi için gerekli görülüyorsa idarenin isteği, müteahhidin kabulü ve Bakanın onayı ile süre hariç, aynı sözleşme ve şartname hükümleri içinde aynı müteahhide yaptırılabilir.” hükmü eklenmiş ve ihale şartnamesi yürürlüğe konulmuştur.

Firmaların düştükleri tereddüdün giderilmesi gerekçesiyle Genel Müdür Ya-man Kök imzalı 19.9.1997 gün ve 3367 sayılı zeyilnamede, 8.9.1997 gün ve 6599 sayılı olurdaki firmaların ihalelere teklif vermelerine ilişkin hüküm ile ilgili olarak açıklama yapılmış, davet mektubu alan firmaların kendi adlarına veya ortak girişim olarak altı ihaleye de teklif verebilecekleri, ancak, davet edilen firmaların tek başlarına (bir), pilotluklarındaki idarece uygun görülen ortak veya ortaklıklarla oluşturmaları ortak girişim olarak da en fazla (iki) ihaleyi üstlenebilecekleri belirtilmiştir.

İhalelerin Karayolları Genel Müdürlüğü'nün oluru ile oluşturulan ihale komisyonunca 30.9.1997, 1.10.1997 ve 2.10.1997 tarihlerinde belli istekliler arasında kapalı teklif usulü ile gerçekleştirildiği, ihale kararlarının ita amiri olan Karayolları Genel Müdürü tarafından 9.10.1997 tarihinde onaylandığı, uluslararası kredili ihale izninin Hazine Müsteşarlığı'na 2.10.1997 tarihinde verildiği belirlenmiştir.

Yüce Divana sevk kararında sanığa yüklenen eylemlerden; ihale usul ve esaslarının yedi aşamada yedi ayrı düzenlemeyle belirlenmesi ile ihale usul ve esaslarında belirtilen kriterlere uygun çok sayıda (otuzu aşkın) firma var iken onbeş firmanın belirlenerek davet edilmesi suretiyle ihalelerde rekabetin engellendiği, üç proje halindeki işlerin altı parçaya bölünerek ve birbirleri ile ilişkilendirilerek, ihaleye katılımın sınırlandırıldığı, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin verilmesinin engellendiği, davet edilen firmaların gizli tutulması gerekirken gizli tutulmak bir yana ihalelerde bu firmaların birbirleriyle ortak girişimler oluşturmasını teşvik edecek mahiyette usul ve esaslar belirlendiği iddialarının irdelenmesinde:

Birbirleriyle bağlantılı olması nedeniyle bu iddiaların birlikte değerlendirilmesinin uygun olacağı düşünülmüştür.

Devlet İhale Kanunu'nun temel felsefesi, Devletin ihtiyaçlarının en iyi şekilde, uygun şartlarda ve zamanında karşılanması, ihalelerde rekabet ve açıklığın sağlanmasıdır.

İhalede açıklık ilkesi; ihalelerde yolsuzluk iddialarının ve şüphelerin önüne geçilmesi için getirilmiş olup, ihalenin bütün isteklilere açık olması, idarenin tutumu ve ihalenin seyri ile ilgili isteklilerde şüphe uyandıracak noktaların bulunmaması, ihalenin katılanlar huzurunda başlayıp sonuçlandırılması anlamını taşımaktadır.

Yaşar Topcu Kararı

Rekabet ilkesiyle işin ve hizmetin arzu edilen kalitede ve en uygun bedelle yapılması amaçlanmaktadır. İhalede rekabet ortamının oluşması için temel unsur ise ihaleye katılımın olabildiğince sağlanmasıdır.

İhale yöntemleri, ilan ve uygun bedel gibi uygulamalar; ihalede açıklık ve rekabetin oluşmasını sağlayacak araçlardır. Kanun, ihalede açıklık ve rekabet ilkelerinin her alanda gerçekleşmesi için çeşitli hükümler getirmiş, ihalelerde kapalı teklif usulünün esas olduğunu kabul etmiştir.

2886 Sayılı Kanun kapsamı dışına çıkarılan ihalelerde de, bu ilkeler geçerliliğini korumaktadır. Her hâl ve koşulda bu ilkelerin dikkatle takibi ve yaşama geçirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, idare, kamu yararı ile açıklık ve rekabet ilkelerini esas alan ve yansıtan usul ve esaslar belirlemeli, bu yönde işlem tesis etmeli, rekabeti engelleyici davranış ve usullerden kaçınmalıdır. İhaleye katılma koşulları önceden nesnel bir biçimde saptanmalıdır. İhale usul ve esaslarında yapılan ve yapılacak değişiklikler, rekabet ortamının gerçekleştirilmesi ve geliştirilmesine hizmet etmeli, bu amaca yönelik olmalıdır. Bu Kanun hükümlerinin uygulanamaması nedeniyle idareye usul ve esaslar açısından çeşitli çözüm yollarından birini seçme ve yeni çözüm yolları üretme konusunda verilen takdir yetkisi, mutlak ve sınırsız değildir. Takdir yetkisinin, az önce belirttiğimiz ihale hukukunun genel ilkelerine uygun bir biçimde, kamu yararına kullanılması gerekmektedir.

Suçta konu olayda, 2886 Sayılı Kanun'un 89. maddesi uyarınca ihale usul ve esasları sanığın onayı ile belirlenmiş, ancak, ilk olurdaki usul ve esaslar daha sonra değiştirilmiş, üç proje altı kısma bölünmüş, dört firma daha ihalelere davet edilmiştir.

26.8.1997 tarihli olur ile toplam onbir firma ihalelere davet edilmiştir. İhalelere davet edilen firmalar, otoyol yapan ve kredi bulabileceklerini ispatlamış yedi firma ile Karadeniz Sahil Yollarında çalışan, ödenekleri üzerinde fiilen harcama yaptığı belirtilen ve kredi bulabileceğini ifade eden dört firmadır.

Otoyol yapımını gerçekleştirmiş firmalardan STFA firmasının, ekonomik zorluklar içinde olması ve aynı zamanda büyük projelerin ihaleleri dolayısıyla idare ile arasında sürmekte olan davaları bulunması nedeniyle ihalelere davet edilmediği belirlenmiştir.

Olur ile Karadeniz Sahil Yollarında çalışmakta olan firmalardan; Polat, Yüksel, Cengiz ve Özışık firmaları ihalelere davet edilmiş, ancak, Atacan Aksoy, Gökdelen, Tubin, Öz, Balış firmaları ile Özışık firmasıyla beraber Espiye-Çarşıbaşı karayolunu yapmakta olan Gürsan firması çağrılmamıştır.

Gökdelen firmasının Samsun Çevre Yolu işini 1995 yılında Aydın firmasından devir alan taşeron firma olduğu, Espiye-Çarşıbaşı karayolu yapım işinde Özışık firmasının pilot firma konumunda bulunduğu, Gürsan firmasının hisse oranının %

20 olduğu, teknik ve mali yeterliklere sahip bulunmadığı, Atacan Aksoy' un dış kredi bulabilecek yetenekte firma olmadığı, dosyadaki beyan ve belgelerle sabittir.

Bal-İş firmasının, 30.12.1993 tarihinde üstlendiği Ünye-Piraziz Üçüncü Kısım, Tubin firmasının 21.12.1992 tarihinde kazandığı Samsun (Azot Ayrımı) – Ünye, Öz İnşaat firmasının ise 13.12.1993 tarihinde üstlendiği Trabzon Şehir Geçişi yapımı işini 26.8.1997 tarihi itibarıyla sürdürmekte oldukları, Bal-İş ve Tubin firmasının kazandığı ihalelerin Dünya Bankası ihale prosedürüne göre yapıldığı, adı geçen üç firmaya 1996 ve 1997 yıllarında tahsis edilen sene başı ödenekleri harcamaları nedeniyle yıl içerisinde ek ödenek verildiği, 1996 yılı içerisinde Bayındırlık Bakanlığınca Başbakanlıktan (Ünye-Piraziz Birinci Kısım ile Üçüncü Kısım kapsayan) Ünye-Piraziz, Samsun (Azot Ayrımı) – Ünye yollarının yapımında hızlı bir çalışma gerçekleştirildiğinden dolayı ek ödenek talebinde bulunulması üzerine dış kredi kısmına ilave yapıldığı, Tubin firmasının 1996 yılı sonunda düşülen ödeneklerin yıl sonuna doğru verilen ek ödeneklerin kullanılmamasından kaynaklandığı, Öz İnşaat firmasının Karadeniz Sahil Yolunun yapımı en zor olan kısımda çalıştığı, Bal-İş, Tubin ve Öz İnşaat firmalarının çalışma ve ödenek üstü harcama açısından Karadeniz Sahil Yollarında çalışmakta olmaları nedeniyle ihalelere çağrılan firmalardan ayrı tutulmasını gerektirecek bir neden bulunmadığı, KGM' nün cevabi yazıları ile dosya içerisinde mevcut diğer belgelerden ve tanıklar Nazım Bal, Turan Büyüksahin, Mehmet Emin Erdoğan'ın beyanlarından anlaşılmaktadır.

Ayrıca, Tubin Anonim Şirketinin 1996 yılında Araklı-Hopa yolunun iki kısım halinde ihalesi için yapılan ön seçimi kazandığı, 1998 yılında kredili olarak gerçekleştirilen birçok karayolu yapım ihalesine yeterlik olarak katıldığı ve bunlardan 12.6.1998 tarihinde yapılan Gaziantep-Şanlıurfa Otoyolunun Gaziantep-Birecik Kesiminin ihalesi ile 16.10.1998 tarihinde yapılan Samsun – Ünye Yolu ikmal inşaatının ihalesini üstlendiği, Öz İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş' nin ise 1996 yılında Araklı-Hopa yolunun iki kısım halinde ihalesi için yapılan ön seçimi kazandığı, 1998 yılında kredili olarak gerçekleştirilen bir çok karayolu yapım ihalesine yeterlik olarak katıldığı belirlenmiştir.

Yine, tek yol olarak projelendirilerek Tubin firmasına ihale edilen Samsun (Azot Ayrımı) – Ünye yolunun sonradan bölünmüş yola dönüştürülmesi, projede olmayan yapım aşamasında ortaya çıkan yapılması zorunlu işlerin % 30 keşif artışı ile bitmeyeceğinin anlaşılması nedeniyle yolun bir kısmının % 30 keşif artışı ile yapılması, geriye kalan kesiminin ise yeniden ihalesinin yapılmasının kararlaştırılması üzerine 1998 yılında Samsun – Ünye Yolu İkmal ihalesinin yapıldığı, Tanık Turan Büyüksahin' in beyanı ve Ankara 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 2003/281 esas sayılı dava dosyasına sunulan 25.5.2004 tarihli bilirkişi raporu ile saptanmıştır.

Karayolları Genel Müdürlüğü'nün cevabi yazısı ve eklerinden; Öz İnşaat firmasının yapımını gerçekleştirdiği Trabzon Şehir Geçişi ile Gökdelen firmasının yapı-

Yaşar Topcu Kararı

mini sürdürdüğü Samsun Şehir Geçişi Yollarının Karadeniz Sahil Yolu kapsamında bulunduğu anlaşılmıştır.

Öngörülen koşullara sahip oldukları anlaşılan Bal-İş, Tubin ve Öz İnşaat firmalarının, belirlenen ihale usul ve esaslarına aykırı olarak ihalelere davet edilmemelerinde geçerli neden bulunmamaktadır.

Öz İnşaat firması temsilcisi Tanık Mehmet Emin Erdoğan, Trabzon'da şantiyesi olan bir firma olarak ihaleye davet edilmediklerinden dolayı burukluk duyduğunu, Tubin firması temsilcisi Tanık Turan Büyüksahin, ihaleye davet edilmemeyi Türkiye'nin şartlarına bağladığını, hiçbir parti, üst kademe veya makam ile ilişkisinin olmadığını, Bal-İş firması temsilcisi Tanık Nazım Bal, hakkaniyetli davranılmadığını, Tubin, Bal-İş ve Öz İnşaat firmalarının mağdur edildiğini, Tanık Ali Özcan ise kriterlerin liyakate göre, eşit ve adil uygulanmadığını, keyfi uygulandığını ifade etmişlerdir.

Yapılan açıklamalar karşısında; Tanık Yaman Kök'ün 9/19 Esas Sayılı Soruşturma Komisyonu'na verdiği, BAL-İş firmasının yeterince makine parkının olmaması nedeniyle işleri istenilen hızda yürütememesinden dolayı ufak tefek sorunları bulunması nedeniyle ihaleye davet edilmediğine ilişkin 23.3.2000 tarihli beyanı ile Trabzon ve Samsun Şehir Geçişi Yollarının Karadeniz Sahil Yolunun bir parçası olmadığı, adı geçen firmaların teknik ve mali yeterliklere, ödenekleri zamanında harcama gücüne sahip bulunmadıkları, işlerini yürütemedikleri, bu nedenlerle ihaleye davet edilmedikleri yönündeki savunmayı geçerli saymak mümkün değildir.

Otoyol yapımını gerçekleştirmiş firmalardan STFA firmasının, ekonomik zorluklar içinde olması ve aynı zamanda büyük projelerin ihaleleri dolayısıyla idare ile arasında sürmekte olan davaları bulunması nedeniyle ihalelere davet edilmediği belirlenmiştir.

Yaşar Topcu, 9/19 Esas Numaralı Soruşturma Komisyonu'na verdiği 19.11.1998 tarihli ifadesinde, Türkiye'de otoyol yapmış, dışarıdan birinci sınıf bankalardan kredi bulmuş firmaların isimlerinin tespit edilip getirilmesini istediğini, idarenin sekiz firma ismi getirdiğini, belirtmiş, talimatı üzerine ihalelere özellikle çağrılan firmaların hangileri olduğu sorusuna da, " ...Benim talimatımla özellikle çağrılan firmalar onbeş tanedir. Tümünü ben seçiyorum. Yani, birisi benim talimatımla çağrılmıştır, öbürü benim talimatımla çağrılmamıştır değil...belki teklif vermeyen olur diye ilave firmalar verilmiştir..." şeklinde cevap vermiştir.

8.9.1997 günlü olur ile ihalelere katılma koşulları değiştirilerek davet yapılan dört firmadan birisi olan Mapa firmasının temsilcisi Tanık Güven Balkan, ihalelere davet edilmediklerini öğrendikten sonra kredi temini yönünde belli bir deneyim ve güçleri olduğunu bildiren bir müracaatta bulduklarını belirtmiştir.

Tanık Nazım Bal, bütün Karadeniz'in Bal-İş firmasının uzun yıllardır orada iş yaptığını bildiğini, sanığın firmasını bilmemesine imkan bulunmadığını, firmasının

ihaleye çağrılmadığını öğrenen Başbakan Mesut Yılmaz' ın kendisine " ...Yaşar Bey'e söyleyeceğim ve sizi de yazdıracağım..." diye söylemesine rağmen kendisinin bunu istemediğini, Başbakan'a ihaleye katılmak istediğini belirtmiş olsaydı ihaleye davet edileceğini ifade etmiştir.

Kabul edilen ihale usul ve esasları arasında yer almamasına karşın, KGM görevlileri ile ihalelere davet edilen bazı firma temsilcilerinin aksi yönde anlatımları bulunsa da, 26.8.1997 ve 8.9.1997 günlü olur yazıları ile **Tanık Güven Balkan'ın ifadesi ve sanığın savunmasının** birlikte değerlendirilmesinden; ihalelere çağrılan firma temsilcileri ile ihalelere davetten önce görüşmeler yapıldığı duraksamaya yer vermeyecek bir biçimde anlaşılmaktadır.

Tüm bu deliller; ihaleye davet edilen firmaların idarece belirlendiği, kendisinin sadece önüne gelen listeyi onayladığı yönündeki savunmanın geçersizliğini ortaya koymaktadır. İhaleye katılacak firmaların saptanmasında sanığın doğrudan etkisinin bulunduğu, son dört firmanın isimlerini vermesi üzerine ihalelere katılma koşullarının bu firmaların ihalelere davet edilmeleri için değiştirildiği açıkça ortadadır.

İhaleye davet edilen firmalardan bazılarının bu ihalelere döviz endeksli birim fiyatı üzerinden indirim esasına göre yapılması nedeniyle teklif vermeyeceklerini beyan ettiklerinin kendisine bildirilmesi üzerine, bu riski ortadan kaldırmak ve direnci kırmak için ilave firma çağrıldığına ilişkin savunma ise tanıklar tarafından doğrulanmamıştır.

İhalede rekabetin yaygınlaştırılmasını sağlamak için dört firmanın daha ihaleye davet edildiğine ilişkin savunma da inandırıcı bulunmamıştır. 1996 yılında Araklı-Rize-Çayeli ve Çayeli-Ardeşen-Hopa yollarının yapım işi için yapılan ön seçim başvurusu üzerine yeterli görülen otuzu aşkın firma bulunduğu, keza 1998 yılında 2886 Sayılı Kanun'un 89. maddesi uyarınca dış kredili olarak ihaleleri yapılan Bursa Çevre Yolu, Gaziantep-Şanlıurfa, Ankara-Pozantı, Aydın-Denizli otoyollarının ihalelerine yirmi ila otuziki arasında firma katıldığı ve bu ihalelerin tümünün ilan yapılmak suretiyle gerçekleştirildiği göz önüne alındığında; amacın, rekabetin yaygınlaştırılması düşüncesinden ziyade, bu firmaların ihalelerden pay almalarını sağlamak olduğu anlaşılmaktadır.

Rekabeti sağlamak kanunların yüklediği bir görevdir. Dört firmanın daha ihalelere davet edilmesi, mutlaka rekabeti arttıracaktır. Ancak,, diğer yeterli firmaların çağrılmayıp, ihale usul ve esaslarında değişiklik yapılarak yalnızca dört firmanın ihalelere davet edilmesi, bu firmaların kayrıldığını ve korunduğunu ortaya koymaktadır. Nitekim, bu firmaların tümü ihaleler sonucunda konsorsiyum halinde ihale kazanmışlardır.

İhalede rekabetin en yüksek seviyede gerçekleştirilmesi, kuşku oluşmasının önüne geçilmesi ve açıklığın sağlanması; teknik yeterliği ve mali gücü idarece kabul

Yaşar Topcu Kararı

edilen firmaların bir bölümü yerine, tümünün ihaleye davet edilmesini gerektirmektedir.

Nitekim, yargı kararlarında da bunlara vurgu yapılmış, benzer bir olayda, Danıştay Onuncu Dairesinin 26.3.2003 gün ve 2002/431-2003/1125 sayılı kararıyla onanan Ankara Sekizinci İdare Mahkemesinin 11.12.2001 gün ve 2001/221-1605 sayılı kararında, ihalenin idare lehine en elverişli koşullarla sonuçlandırılabilmesi için en yüksek seviyede rekabetin gerçekleşmesinin sağlanmasının gerektiği, bu nedenle belli istekliler arasında kapalı teklif usulü ile yapılacak ihalelerde de teknik yeterlikleri ve güçleri idarelerce kabul edilen tüm isteklilerin yapılan ihaleye davet edilmesi icap ettiği, 2886 Sayılı Kanun'un 44. maddesinde en az üç istekliden söz edilmiş olmasının, istenirse ihalenin üç istekliyi çağırarak suretiyle ihalenin sonuçlandırılabilmesi anlamına gelmediği, idarece teknik yeterliği ve mali gücü kabul edilen istekli sayısı üçten az ise ihalenin bu usulle yapılamayacağı, her idari işlemin amacının ilgili mevzuatta belirtilmese dahi kamu yararını sağlamak olduğu, teknik ve mali gücü idarece kabul edilen firmaların bir bölümünün ihaleye davet edilmemesinde kamu yararı bulunmadığı belirtilmiş, idarece teknik ve mali gücünün yetersizliği nedeniyle taahhüdünü yerine getirememesi gibi bir durumu olmayan bir firmanın ihaleye davet edilmemesi kamu yararına aykırı bulunarak işlemin iptaline karar verilmiştir.

Dolayısıyla, teknik ve mali gücü yeterli çok sayıda firmanın bulunduğu dikkate alındığında; 2886 Sayılı Kanun'un 44. maddesinin üç kişi veya firmanın çağırılması suretiyle ihale yapılmasına izin verdiğine ilişkin savunma yerinde değildir.

İhalenin 2886 Sayılı Kanun kapsamı dışına çıkarıldığı ve bu nedenle sanığın geniş takdir yetkisi bulunduğu kabul edilebilirse de; bu yetki, takdirin kamu yararına, rekabet ve açıklık ilkelerine aykırı bir biçimde kullanılmasına izin vermez. Belirlenen usul ve esaslar ile yapılan ihalelerin sonuçları, ihalelere onbeş firmanın çağırılmasının ihalede rekabet ortamının tam anlamıyla gerçekleştirilmesini sağlama için yeterli olmadığını ortaya koymuştur.

Sanık savunmasında, az sayıda firma çağırılmasının nedenlerinden biri olarak, Hazine Müsteşarı'nın kendisine ihaleye mümkün mertebe az firma çağırmasını, çok sayıda firma çağırıldığında Hazinesinin kredi maliyetinin arttığını söylediğini beyan etmiştir. Ancak,, bunu dönemin Hazine Müsteşarı Mahfi Eğilmez doğrulamadığı gibi, belirli bir projenin ihalesine katılan firma sayısı ile Hazinesinin kredi maliyeti arasında bir bağlantı bulunmadığı, Hazine aleyhine faiz artırımına neden olacak hususun projenin sayısı olduğu, tanıklar Mehmet Aydın Karaöz, Yener Dinçmen ve Mahfi Eğilmez' in anlatımları ile sabittir.

2886 Sayılı Kanun, kural olarak ihale konusu işlerin kısımlara bölünemeyeceğini hükme bağlamıştır. Karadeniz Sahil Yollarının ihalesi 2886 Sayılı Kanun kap-

E. 2004/5, K. 2006/2 (Yüce Divan)

samı dışına çıkarılmış ise de, projelerin kısımlara bölünmesinin Devlet aleyhine sonuç doğurmaması asıldır.

İlk olurdan bir gün sonra, firmaların ihalelere davetiyle birlikte "Bolaman-Perşembe" projesi aynen tutulup, Piraziz-Espiye (Giresun Geçişi hariç) projesi ikiye, Araklı-Hopa projesi ise üçe bölünmüş ve toplam altı kısım olarak ihaleye çıkmıştır.

25.8.1997 ve 26.8.1997 tarihli olurlarda, firmaların katılacakları ihale sayısı yönünden herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. İhaleye davet edilen onbir firma, idarece yeterli görülerek ihalelere davet edilmişlerdir. Bu nedenle, firmaların katılacakları ihale sayısı bakımından bir sınır getirilmemesi, ihalede rekabetin en yüksek seviyede sağlanmasına elverişli bulunmaktadır.

Ancak,, Karayolları Eski Genel Müdürü Yaman Kök tarafından firmalara gönderilen 26.8.1997 tarihli davet yazısında, firmaların işlerden birinin kendisinde kalması halinde diğer işlere teklif veremeyecekleri belirtilmiş, 29.8.1997 tarihli yazı ve Bakanın imzasını taşıyan 8.9.1997 tarihli olurda, firmaların işlerden birinin kendilerinde kalması halinde ikinci işe ancak, ortak girişim oluşturmaları ve önceden idarenin uygun görüşünü almaları şartıyla teklif verebilecekleri kabul edilmiştir. Söz konusu olur ile, ihaleler birbirleriyle ilişkilendirilmiş, firmaların katılacakları ihalelerin sayısı açısından sınır getirilmiş, firmaların ortak girişim oluşturmaları teşvik edilmiş, anlaşmalarına ve ihaleleri kendi aralarında pay etmelerine zemin oluşturulmuştur.

Kısımlara bölme ve ihale usul ve esaslarında değişiklik yapılmak suretiyle ihalelerde rekabetin en yüksek düzeyde gerçekleştirilmesinin ve en avantajlı teklif yapılmasının önüne geçilmiş, bunun sonucunda tüm ihaleleri konsorsiyumlar kazanmıştır.

Toplanan deliller karşısında, projelerin bölünmesi ile ihale usul ve esaslarının değiştirilmesindeki amacın, yolların çok kısa sürede bitirilmesi olduğu yönündeki savunma inandırıcılıktan yoksundur.

Savunmada, sadece ihale oluru verdiğini, KGM görevlileri de ihale usul ve esaslarının kendileri tarafından hazırlandığını belirtmiş iseler de; Bakanın talimatı üzerine projelerin bölündüğü, önerisi üzerine Bakanlığın dövize endekli birim fiyatları üzerinden indirim esasına göre ihaleye çıktığı, ismini verdiği dört firmanın daha ihalelere davet edilmesi için ihaleye katılma koşullarının değiştirildiği, dolayısıyla ihale usul ve esaslarının doğrudan sanığın iradesi doğrultusunda belirlendiği ve yürürlüğe konulduğu tüm açıklığıyla ortadadır.

Nitekim, 2886 Sayılı Kanun'un 89. maddesi de, ihaleye ilişkin usul ve esasların bakan onayı ile belirleneceğine, onayın usul ve esasların geçerliliği ve yürürlüğü için ön koşul olduğuna, bakanın iradesinin belirleyici olduğuna ilişkin hüküm içermektedir.

Yaşar Topcu Kararı

Baştan itibaren yaptığımız ve naklettiğimiz değerlendirmeler, sanığın bu iddialar konusundaki savunmalarının tamamını geçersiz kılmaktadır.

- Şartnameler gereği ihalelerde kabul edilmemesi gereken teklif mektuplarının ihale komisyonu tarafından geçerli sayılmasına göz yumulduğu iddiasının irdelenmesinde:

İhale usul ve esaslarının belirlenmesine ilişkin 25.8.1997 tarihli olurun 10. maddesi ile ihale şartnamesinin 2. maddesinde; kredi tekliflerinin resmi bir mektup ile teyit edilmesi ve bu mektubun teklifin bir parçası olması, kredi şartlarının Hazine Müsteşarlığınca kabul edilebilir nitelikte bulunması koşulları getirilmiş, şartnamede yazılı belgeleri usulüne uygun ve tam olmayan isteklilerin ihaleye katılmayacakları öngörülmüştür. Hazine Müsteşarlığına ihaleden sonra yalnızca kazanan firmanın ticari teklifi ile kredi teklifi mektubunun iletilmesi ve bunu takiben kredi şartlarının değerlendirilmesi gerektiği, ihaleden önce kredi niyet mektuplarının gönderilmesinin ve teyidinin gerekmediği, firmaların kredi tekliflerinin mahiyeti ve güvenilirliği konusunda herhangi bir kuşku duyulmadığı, Hazine Müsteşarlığı yetkilisi Tanık Mehmet Aydın Karagöz' ün aşamalardaki beyanı ile Hazine Müsteşarlığının 4.6.2004 tarihli cevabi yazısından anlaşılmıştır. Bu nedenle, ihale komisyonunun kredi niyet mektuplarının varlığını araştırma yetkisi mevcut, fakat Hazine'ye getireceği yükün değerlendirmesini yapma ve kabul etmeme yetkisi bulunmamaktadır. Nitekim, ihale sürecinin tamamlanmasından sonra kazanan firmaların ticari ve kredi teklif mektupları Hazine Müsteşarlığına gönderilmiş, Hazine Müsteşarlığı tarafından kredi teklif mektupları değerlendirilmiş, kredi müzakereleri sonucunda daha uygun koşullar ile başka bir Banka ile kredi anlaşması yapılmıştır.

Piraziz-Giresun (Giresun Geçişi Hariç) yolu ihalesine katılan Mak-Yol firmasının, kredi teklif mektubunun bu ihale yerine Piraziz-Perşembe (Giresun Geçişi Hariç) yolu adına düzenlenmiş olması nedeniyle şartname hükmü uyarınca ihaleye alınmadığı belgelerin incelenmesinden anlaşılmıştır.

- İhale şartnamesinin müteahhitlerin ihaleye davetinden sonra hazırlanması, zeyilname ile fiyatlarda değişiklikler yapılması, projelerin tamam olmadan işlerin ihaleye çıkarılması, sağlıksız keşifler hazırlanması suretiyle %142'lere varan keşif artışlarına ve yüksek taşıma katsayıları ile köprü inşaat zamları uygulanmak suretiyle fazla ödeme yapılmasına neden olduğu iddialarına gelince:

2886 Sayılı Kanun'un 2. maddesinin 5. fıkrasına göre; karayolu yapımı işlerinde, avan projeleri ve bunlara dayalı keşifler ile ihaleye çıkılabilir, uygulama projelerinin bulunması gerekmez. İhaleler, Kanun kapsamı dışında tutulsa da, Devlet zararına neden olmadan yapılması için mutlaka avan projelerinin ve bunlara dayanan keşiflerin bulunması gerekmektedir.

9/19 Esas Sayılı Meclis Soruşturma Komisyonu çalışmaları sırasında verilen 15.12.1998 tarihli bilirkişi raporu ile sanığın bakanlık görevinden ayrılmasından sonra yapılan keşif artışlarının usulsüz olduğu iddiasıyla Karayolları Genel Müdürlüğü yetkilileri hakkında görevi kötüye kullanmak suçundan açılan Ankara 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 2003/281 esas sayılı dava dosyasındaki 25.5.2004 tarihli bilirkişi raporundan; yolların (Bolaman-Perşembe yolu dışındaki) avan projelerinin ve buna dayalı keşiflerin bulunduğu belirlenmiştir. 15.12.1998 tarihli bilirkişi raporunda, Bolaman-Perşembe yoluna dair projelerin olup olmadığı hususunda bir açıklama bulunmamasıyla birlikte, Karayolları Genel Müdürlüğü'nün cevabi yazılarında, bu yolun, bölünmüş yol olarak yapılması kararından sonra etüt geçki planının, güzergahın 25.6.1997 tarihinde onaylandığı ve metraja dayalı keşif üzerinden ihaleye çıkıldığı bildirilmiştir. Bunlar, yolların avan projelerinin olduğu yönündeki savunmayı doğrulamaktadır.

Avan proje; ön tasarı, projenin ilk biçimi olup, kesin ebatlar içermemektedir. Bilirkişi raporlarında, avan projelerin kesin ebatları içermemesi nedeniyle karayolu projelerinde doğal olarak sürekli değişikliklerin yapılmasının gerektiği ve bunun da keşif artışlarını zorunlu kıldığı belirtilmiştir.

Dava konusu ihalelerden önce aynı bölgede gerçekleştirilen Piraziz-Çarşıbaşı-Espiye ve Samsun-Ünye projelerinde bu ihalelerdeki taşıma katsayılarına yakın değerlerin kabul edildiği, Hopa Şehirçi (Sundura) Köprüsü inşaatında ise bu ihalelerdeki köprü inşaat zammı oranının uygulandığı belirlenmiştir. Karayolları Genel Müdürlüğü'nün 15.1.1998 tarih ve 1998/5 sayılı genelgesinde, yaptırılacak tüm işlerde, (A) taşıma katsayısının A=1 olarak alınacağı, köprü inşaat zammı uygulanmayacağı, ancak, özel durumlarda farklı (A) katsayıları veya köprü inşaat zammı uygulama zarureti doğarsa teknik gerekçeleri ile Genel Müdürlük Makamından onay almak suretiyle uygulama yapılabileceği belirtilmiştir. Genelge gereği, aynı bölgede 1998 yılında yapılan ihalelerde (A) taşıma katsayısı = 1 olarak uygulanmış, köprü inşaat zammı verilmemiştir. Yüksek taşıma katsayıları ve köprü inşaat zammı oranları uygulandığı iddiası gerçek olsa bile, bunun sanığın bilgisi ve talimatı çerçevesinde gerçekleştiği hususunda delil elde edilememiş, cezai sorumluluğuna gidilmesi mümkün görülmemiştir.

Soruşturma Komisyonu Raporunda şüphe duyulduğu belirtilen ihale şartnamesinin müteahhitlerin ihaleye davetinden sonra hazırlanması ve zeyilname ile fiyatlarda değişiklik yapılması hususlarında ise yargılama sırasında şüpheyi kaldıran, somut delillere ulaşamamıştır.

E- YÜKLENEN SUÇUN VE FİİLLERİN HUKUKİ NİTELENDİRİLMESİ:

Yaşar Topcu Kararı

Yüce Divana sevk kararında, sanığın ihaleye fesat karıştırmak suçundan dolayı 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 205. maddesi uyarınca cezalandırılması istenmiştir.

Bilindiği üzere, ihaleye fesat karıştırmak suçu, görevi kötüye kullanma suçunun özel bir şeklidir. Eylemin, ihaleye fesat karıştırmak suçunu oluşturmadığı durumlarda genel, tamamlayıcı ve tali bir hüküm niteliğinde olan görevi kötüye kullanma suçunu oluşturması mümkün bulunmaktadır.

Davaya konu olayda, sanığın sabit kabul edilen fiillerinin öncelikle işlendikleri tarihte yürürlükte bulunan 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suç sayılıp sayılmadığı, sayılmakta ise sonradan yürürlüğe giren 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda herhangi bir suç tanımı içinde yer alıp almadığının belirlenmesi gerekmektedir.

Bu nedenlerle, öncelikle mülga 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu açısından ihaleye fesat karıştırmak suçunun değerlendirilmesi zorunludur.

I. 765 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NUN 205. MADDESİNDE DÜZENLENEN DEVLET ALIM SATIM VE YAPIMINA FESAT KARIŞTIRMAK SUÇU:

Suçun maddi unsuru, memur veya memur sayılan kişinin Devlet hesabına olarak almaya veya satmaya yahut yapmaya memur olduğu her nevi eşyanın alım veya satımında veya pahasında veya miktarında veya yapmasında "fesat karıştırmak, her ne suretle olursa olsun irtikap etmesi"dir. Dolayısıyla suçun oluşması için öncelikle Türkiye Devleti hesabına bir alım, satım veya yapım işinin mevcut olması gerekir. Ancak, alım, satım veya yapım için ihale yapılması şart değildir. Suçun, ihalesiz yapılan alım, satım ve yapımlarda da oluşması mümkündür.

Maddede, her nevi eşyanın alım veya satımında veya pahasında veya miktarında veya yapmasında fesat karıştırılmasından bahsedilmiş, ancak, fesat karıştırmak ne anlama geldiği açıklanmamıştır.

"Fesat" kelime olarak, "bozukluk, çürüklük, yolsuzluk, karışıklık, nifak", "hile", "sakatlık, dolan, yapılan bir hukuksal işlemin istenilen hukuksal sonucu doğurmayacak bir sakatlığı içermesi durumu" anlamlarına gelmektedir. Maddedeki anlamıyla "fesat"; devlet alım, satım veya yapımının gerçekleştirilmesinde hileli bir hareketi veya cebir yahut tehdidi de kapsayacak şekilde ve ancak, bunlarla sınırlı olmaksızın genel olarak, "failinin görevlerini yerine getirirken, kamu idaresinin menfaati yerine kendisine veya başkasına çıkar elde etmeye elverişli her türlü fiili" ifade eder.

Görüldüğü üzere, maddede yer alan "fesat" kavramı, gerçekleştirilmesi zorunlu olan belli fiiller olarak sınırlanmamış, fesadı takdirde sınırlayıcı hükümler ve çerçeve öngörülmemiştir. Bu nedenle, suç "serbest hareketli" bir suçtur.

“İrtikap” kelime olarak “kötü bir iş yapma, kötülük etme”, “yiyicilik, rüşvet alma”, “yalan söyleme, hile yapma” anlamına gelmektedir. Maddede geçen, “irtikap” deyimini ile “irtikap suçu” kastedilmemektedir. Buradaki irtikaptan maksat, Devlet adına yapılan alım, satım veya yapıma hile, şiddet, tehdit veya herhangi bir şekilde “fesat karıştırmak” suretiyle “haksız bir menfaat” sağlanmasıdır. Ancak,, bu menfaat failin yararına olabileceği gibi, başkasının yararına da olabilir.

Bu suç, bir “zarar” suçudur. Bu itibarla, maddi bir menfaatin fail veya üçüncü şahıs tarafından sağlanmasıyla birlikte suç tamamlanır. Yargıtay’ın istikrar kazanan içtihatlarında da, bu suçun maddi unsurunun failin kendisinin veya üçüncü şahısların lehine haksız çıkar (irtikap) sağlamak olduğu, bu hareket ögesinin gerçekleşmemesi halinde salt alım satımın uygulama usul ve şekillerine aykırı davranılması bir başka suçu oluşturabilirse de, alım satıma fesat karıştırmaya suçuna vücut vermeyeceği, sanıklara veya üçüncü kişilere haksız çıkar sağlanıp sağlanmadığının saptanması gerektiği belirtilmiş, alımdan dolayı idarenin ne miktar zarar gördüğü, yapılan ihale işlemlerinde mevzuat ve uygulamaya aykırılık bulunup bulunmadığı hususlarında ayrıntılı rapor alınması gerektiği, belediye zararına yönelik bir hilede bulunulmadığı ve böyle bir iddia da ileri sürülmediği için TCK’ nun 205. maddesinin uygulanamayacağı, eylemin TCK’ nun 240. maddesinde yazılı görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu kabul edilmiştir.

Maddede, her ne kadar “bir kimse...” ibaresi kullanılmakta ise de; bu suçun faili, ancak, bir “memur” veya “memur sayılan” bir kişi olabilir. Zira, suçun Kanun’un “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler” başlıklı üçüncü babının, birinci faslında düzenlenmesi ve 219. maddenin 4. fıkrasında faile “memuriyetten müebbeten men cezası” verileceğinin belirtilmesi karşısında, suçun failinin 279. madde anlamında memur olabileceği sonucuna varılmalıdır. Ayrıca, failin memur olması yeterli olmayıp, Devlet hesabına alım, satım veya yapım işlerinde görevli olması gereklidir.

Suçun manevi unsuru, genel kasttır. Fail, bilerek ve isteyerek eylemini gerçekleştirmelidir.

II- 765 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU’NUN 240. MADDESİNDE DÜZENLENEN GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU:

Görevin; Anayasa, yasa, tüzük ve yönetmeliklerle belirlenen kurallara ve yerleşik ilkelere göre, kamu ve birey yararı dengesi sağlanarak, amaçlanan sonucun malul sürede elde edilmesi biçiminde yapılması gerekir.

Görevi kötüye kullanma, görevin hangi nedenle olursa olsun, yasa ve kuralların gösterdiği usul ve esaslara aykırı bir biçimde yapılması veya yerine getirilmesidir. Yasal yetkinin aşılması, yasal yöntem ve biçime, ön koşullara uyulmaması, takdir yetkisinin hukukun öngördüğü amacın dışında kullanılması suretiyle işlenen fiiller, 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 240. maddesinde yazılı görevi kötüye kullanma

Yaşar Topcu Kararı

suçunu oluşturur. Bu maddedeki suçun oluşumu için zararın meydana gelmesi gerekmez.

Madde, genel, tamamlayıcı ve tali hüküm niteliğindedir. Bu nedenle, memurun görevi kötüye kullanma olarak kabul edilen eylemleri başka bir suç oluşturmadığı takdirde bu madde hükmü uygulanır.

Suç, memur veya memur sayılan kişiler tarafından işlenebilir.

Suçun işlenmesi için genel kasıt yeterli olup, özel kasıt aranmaz.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesinde ise "Görevi kötüye kullanma suçu", 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun görevi kötüye kullanma (md.240), görevi ihmal (md.230), keyfi muamele (md.228/1) ve basit rüşvet alma (md.212/1) suçlarını kapsamına alacak şekilde yeniden düzenlenmiştir. Anılan maddenin birinci fıkrasında, 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 228/1 ve 240. maddelerine karşılık gelecek şekilde, "kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında", görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisinin cezalandırılması öngörülmüştür. Görüldüğü üzere, eski düzenlemeden farklı olarak suçun gerçekleşmesi için, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesinden dolayı "kişilerin mağduriyeti" veya "kamunun zarar görmesi" ya da "kişilere haksız bir kazanç sağlanması" sonuçlarının meydana gelmesi zorunlu hale getirilmiştir. Ancak,, suç önceden olduğu gibi genel, tamamlayıcı ve tali hüküm olma özelliğini sürdürmektedir.

Mağduriyet, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere sadece ekonomik bakımdan uğranılan zararı ifade etmez. Bu kavram, zarar kavramından daha geniş olup, bireysel hakların ihlali sonucunu doğuran her türlü davranışı ifade eder. Maddi anlamda ekonomik bakımdan uğranılan zararı içinde barındırdığı gibi, ekonomik bir sonuç doğmadan da (Örneğin, imar planı uygulamasında, sahibine duyulan husumet nedeniyle bir parselin plan tekniğine aykırı olarak yeşil alan olarak gösterilmesi gibi) mağduriyetin doğması mümkündür.

Zarar kavramı ise hem hukuksal ve hem de ekonomik anlam ifade etmektedir. Zarar kavramının, sadece ekonomik anlamda bir zararı ifade ettiğinin kabulü, maddenin lafzına ve ruhuna uygun bulunmamaktadır. Ayrıca, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 18.10.2005 gün ve 2005/96-118 sayılı kararında da belirtildiği üzere, uğranılan kamu zararının miktarının kesin bir biçimde saptanması gerekmemekte, miktarı saptanamasa dahi, işin veya hizmetin niteliği nazara alınarak rayiç bedelden daha yüksek bir bedelle alım veya yapımın gerçekleştirildiğinin anlaşılması halinde de kamu zararının varlığı kabul edilmektedir.

Maddede geçen haksız kazanç kavramı, öncelikle ekonomik anlam içermekle birlikte, yalnızca fiilin işlendiği anda sağlanan bir kazancı ifade etmemektedir. Kişiler

yönünden gelecekte elde edilecek kazanç veya hak edilmeyen yetkilerin elde edilmesi ve bir statünün kazanılması da kazanç kapsamındadır.

Suçun faili, 5237 Sayılı Kanun'un 6. maddenin (c) bendi uyarınca, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir suretle sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kamu görevlisidir.

Yeni düzenlemede de, suçun işlenmesi için genel kasıt yeterli görülmüştür.

Sanığın yukarıda sabit gördüğümüz eylemlerinin bu açıklamalar ışığında değerlendirilmesinde:

Dava konusu yapım ihalelerinin, 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 205. maddesi kapsamında bulunduğu hususunda bir tereddüt yoktur.

Bakanlar, 765 Sayılı TCK'nun 279. maddesine göre Ceza Yasasının uygulanması açısından "memur", 5237 Sayılı TCK'nun 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi göre ise "kamu görevlisi" sayılmaktadır.

Daha önce açıkladığımız 3046 Sayılı Kanun'un 21, 5539 Sayılı Kanun'un 28, 2886 Sayılı Kanun'un 44 ve 89. maddelerine göre, bakanlık hizmetlerinin mevzuata uygun olarak yürütülmesi, yapılacak ihalelerde isteklilerde aranacak mali ve teknik yeterlik ve sair şart ve niteliklerin esasları ile ihale usul ve esaslarının belirlenmesi ve yürürlüğe konulması, ihaleye davet edilecek isteklilerin isimleri için onay verilmesi Bakanın görevleri içinde bulunmaktadır.

Yaptığımız açıklamalardan, sanığın, ihale usul ve esasları ile ihaleye çağrılan firmaların belirlenmesinde doğrudan etkili olduğu, bu işlemlerin onayı ile gerçekleştirildiği tartışmasız bir biçimde ortaya çıkmaktadır.

Toplanan delillerden; Milli Bütçeden Karayolları Genel Müdürlüğüne ayrılan kaynakların yetersizliği nedeniyle kredi kullanılması gerektiği için 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri dışında ihale edilmesine Bakanlar Kurulu tarafından karar verilen "Bolaman-Perşembe", "Doğu Karadeniz Sahil Yolu (Araklı-Hopa)" ile "Piraziz-Espiye (Giresun Geçişi Hariç)" Yollarının ihalelerinde:

Devlet için ihalelerin en elverişli koşullarda sonuçlandırılmasını sağlamak amacıyla ihale usul ve esasları ile isteklilerde aranacak yeterlik koşullarının nesnel bir biçimde saptanmadığı, ihalelere davet edilen firmaların temsilcileri ile ihalelere davet öncesinde görüşmeler yapıldığı, 26.8.1997 gün ve 6246 sayılı olur ile teknik yeterlikleri ve güçleri idarece kabul edilmiş olanlardan daha önce otoyol yapımlarını gerçekleştirmiş ve kredi bulabileceklerini ispatlamış (yedi) firma ile Karadeniz Sahil Yollarında çalışan ve ödenekleri üzerinde fiilen harcama yapan ve kredi bulabileceklerini ifade eden dört firma olmak üzere toplam onbir firmanın ihalelere davet edildiği, ancak, o tarihlerde Karadeniz Sahil Yollarında çalışmakta olan teknik yeterlikleri ve güçleri olara uygun bulunan Bal-İş, Tubin ve Öz İnşaat firmalarının haklı

Yaşar Topcu Kararı

bir neden olmaksızın ihalelere çağrılmadığı, daha sonra dört firmanın 8.9.1997 günlü 6599 sayılı olurla otoyol yapımını gerçekleştirme ve Karadeniz Sahil Yollarında çalışmakta olma koşulları kaldırılarak ihaleye davet edildikleri, değiştirilen ihale usul ve esaslarındaki ölçütlere sahip çok sayıda firmanın ise ihalelere çağrılmadığı, 26.8.1997 günlü olurla ihaleye davet edilen firmaların belirlenmesiyle birlikte üç proje halindeki işlerin altı kısma bölündüğü, önceki olurlarda firmaların tek başlarına veya ortak girişim olarak katılacakları ihalelerin sayısı açısından bir sınır bulunmadığı halde 8.9.1997 günlü olurla ilave firmalar ihalelere davet edilmekle beraber firmaların işlerden birinin kendisinde kalması halinde ikinci işe ancak, ortak girişim oluşturma ve önceden idarenin uygun görüşünü alma şartıyla teklif vereceklerinin kabul edildiği, böylece ihalelerin birbirleriyle ilişkilendirildiği, firmaların ortak girişim oluşturmalarının teşvik edildiği, ihaleleri katılan firmalardan biri hariç diğer firmaların oluşturdıkları ortak girişimlerin kazandığı anlaşılmıştır.

Yüce Divana sevk kararı ve dayanağı olan Meclis Soruşturma Raporunda; ihale şartnamesinin müteahhitlerin ihalelere davetinden sonra hazırlanması, zeyilname ile fiyatlarda değişiklik yapılması, projelerin tamam olmadan işlerin ihaleye çıkarılması, sağlıksız keşifler hazırlanması suretiyle keşif artışlarına sebebiyet verildiği, yüksek taşıma katsayıları ve köprü inşaat zamları uygulanmasının fazla ödeme yapılmasına neden olduğu, söz konusu ihalelerde 2002 yılında Bakan oluru ile kabul edilen % 30 oranı üzeri keşif artışlarına tekabül eden işleri firmaların 2004 yılında % 32 oranında indirimle yapmayı kabul etmeleri göz önüne alınarak bu oranlar ile ihalelerde gerçekleşen indirim oranları arasındaki fark kadar fazla ödemelere sebep olduğu belirtilerek bu fazla ödemelerin ihaleye fesat karıştırma suçunun zarar unsuru oluşturduğu belirtilmiş ise de;

Kanıtların değerlendirilmesi bölümünde açıkladığımız üzere, ihale şartnamesinin müteahhitlerin ihalelere davetinden sonra hazırlanması, zeyilname ile idare aleyhine fiyatlarda değişiklik yapılması, projelerin tamam olmadan işlerin ihaleye çıkarılması ve sağlıksız keşifler hazırlanmak suretiyle keşif artışlarına sebebiyet verildiği sübuta ermemiştir.

Dava konusu ihalelerden önce aynı bölgede gerçekleştirilen Piraziz-Çarşıbaşı-Espiye ve Samsun-Ünye projelerinde bu ihalelerdeki taşıma katsayılarına yakın değerlerin kabul edildiği, Hopa Şehiriçi (Sundura) Köprüsü inşaatında ise bu ihalelerdeki köprü inşaat zammı oranının uygulandığı anlaşılmaktadır.

İhalelerdeki indirim oranları, ihalelere katılan firmaların sayısı ve durumu, ihale usul ve esasları, taşıma katsayısı, yolların yapılacağı güzergahın coğrafi yapısı, güzergah üzerinde yerleşim yerlerinin varlığı ile sayısı ve sair bir çok ölçüte göre değişmektedir. Nitekim, indirim oranları iddia konusu ihalelerde % 16.80 ila % 20.30, Soruşturma Komisyonu Raporunda örnek gösterilen ihalelerde ise % 18.02 ila % 26.86 olarak gerçekleşmiştir.

Dolayısıyla, Soruşturma Raporunda, örnek olarak gösterilen ihalelerdeki taşıma katsayısı ve köprü inşaat zammı oranları ile indirim oranlarından ve müteahhitlerin keşif artışlarına konu işleri indirimle yapmayı taahhüt etmelerinden hareketle Devletin zarara uğratıldığı sonucuna ulaşıldığı yargısının varsayım ötesinde kesinlikle doğru olduğuna dair deliller elde edilememiştir.

Bu nedenlerle, Devletin zarara uğratıldığı kesin bir biçimde saptanamadığından ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmamıştır.

Bu sonuç ve esasen fiillerin temas ettiği 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinin 1. ve 2. alt bentlerinde zorunlu ortak unsur olan hileli davranış olarak nitelenebilecek eylemlere dair delil elde edilememesi karşısında, bu maddedeki suç yönünden irdeleme yapılmasına gerek duyulmamış, sanığın eylemlerinin 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 240. ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesinde tanımlanan genel nitelikteki görevi kötüye kullanma suçu açısından değerlendirilmesi ile yetinilmiştir.

Dava konusu olayda; Devletin ihtiyaçlarının en iyi şekilde ve uygun şartlarda karşılanması esasına, rekabet ve açıklık ilkelerine aykırı olarak, ihale usul ve esasları ile ihalelere katılacak olanlarda aranacak yeterlik koşullarının nesnel bir biçimde saptanmadığı, ihalelere katılma şartlarını taşıyan Bal-İş, Tubin ve Öz İnşaat firmaları ihalelere davet edilmediği halde, bazı firmaların ihaleye katılmasını sağlamak için ihalelere katılma koşullarının değiştirildiği, değiştirilen ihale usul ve esaslarında belirtilen kriterlere uygun çok sayıda firma var iken, onbeş firmanın ihalelere çağrıldığı, ihalelere davet edilen firmaların belirlenmesiyle birlikte üç proje halindeki işlerin kısımlara bölüldüğü ve ilave firmaların ihalelere çağrılmasıyla beraber ihale usul ve esaslarının ihaleleri birbirleriyle ilişkilendirecek, firmaların ortak girişimler oluşturmasını teşvik edecek, tek başlarına ve ortak girişim olarak ihaleye katılmalarını sınırlandıracak bir biçimde değiştirildiği, sanığın takdir yetkisini amacı dışında ve keyfi bir biçimde kullandığı, görevinin gereklerine aykırı davrandığı hususlarının sübuta erdiği daha önce açıklanmıştır.

Sübuta eren bu eylemler sonucunda, ihalelere katılma koşullarına sahip olduğu halde davet edilmeyen firmaların mağduriyetine yol açıldığı açıkça ortadadır.

Daha önce de değindiğimiz üzere, 8.9.1997 günlü olur ile ihalelere katılma koşulları değiştirilerek dört firmanın ihalelere çağrılmasının, rekabeti arttırıcı yönü olmasına rağmen kayırma ve keyfiliği de beraberinde getirdiğinde kuşku yoktur. Ancak,, üç projenin altı kısma ayrıldığı gerçeği ile konsorsiyum oluşturma zorunluluğu ve bir firmanın ikinci işi alamaması kuralı birlikte değerlendirildiğinde, ihalelere katılan her firmaya ihalelerden pay verme fikrinin yaşama geçirildiği ve bu bakımdan ihalelere katılan firmalara avantaj sağlandığı kesinlikle kabulü gereken bir olgudur.

Yaşar Topcu Kararı

Yüce Divana sevk kararına konu olan ve ayrıntıları ile açıkladığımız kimi eylemlerde, 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 240. ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 257/1. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun tüm unsurlarının olduğu, suçun kanuni tipe uyduğu, suç tarihinin 19.9.1997 olduğu anlaşılmıştır.

F- SANIĞIN SÜBUT BULAN FİİLLERİNİN ZAMANAŞIMI SÜRESİ AÇISINDAN İRDELENMESİ:

Bazı suçlar açısından benimsenmiş özel düzenlemeler bir tarafa bırakıldığında, zamanaşımı 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102 ila 118, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ise 66 ila 72. maddelerinde düzenlenmiştir.

Hukukumuzda zamanaşımı maddi ceza hukuku kurumu olarak kabul edilmiştir. Uygulama da bu yöndedir. Buna göre, zamanaşımı uygulamasında sonradan yapılan aleyhe düzenlemeler dikkate alınmayacak ve kıyas veya kıyasa yol açacak biçimde geniş yorum yapılamayacaktır (5237 sayılı TCK md. 2).

Görevi kötüye kullanma suçunun asli dava zamanaşımı, 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin 4. bendine göre beş yıl, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 66. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendine göre ise sekiz yıldır. Bu durumda, sanık hakkında uygulama yeteneği olan yasa lehine hüküm içeren 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu' dur.

Zamanaşımı, işlemeye başladıktan sonra sonucunu doğuruncaya kadar devam etmesi kural, engelleri ise istisnadır. Bu sebeple zamanaşımı engelleri kanunlarımızda sınırlı olarak gösterilmiştir. Kanunlarda yazılı olmayan bir sebep zamanaşımının işlenmesine engel olmaz.

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda zamanaşımının kesilmesi 104, durması ise 107. maddede düzenlenmiştir. 104. maddeye göre, Meclis soruşturması sırasında sanığın ifadesinin alınması zamanaşımını kesici bir işlem değildir.

Kamu davasının açılması izin (mezuniyet) veya karar alınmasına ya da diğer bir mercide çözülmesi gereken bir meselenin sonucuna bağlı bulunduğu takdirde, zamanaşımı 107. madde uyarınca izin veya kararın alınmasına yahut meselenin çözümüne kadar duracaktır.

Anayasa'nın "yasama dokunulmazlığı" başlıklı 83. maddesi zamanaşımı konusunda milletvekillerine özgü hüküm içermektedir. Bu maddenin 3. fıkrasına göre, "Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında, seçiminden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılacak, üyelik süresince zamanaşımı işlemeyecektir". Bu madde, 107. maddeyle birlikte değerlendirildiğinde, suç işlediği iddia edilen bir milletvekilinin yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına karar verilirse, kararın alınması için yapılan başvuru

tarihinden kararın verilmesi tarihine kadar geçen süre içinde zamanaşımı durmuş olacak ve TBMM' nin kaldırma kararı verdiği gündün itibaren yeniden işlemeye devam edecektir. Yasama dokunulmazlığının kaldırılmaması durumunda ise zamanaşımı Anayasamızın 83. maddesine göre durmuş olacaktır.

Milletvekili sıfatına sahip olsun olmasın bir bakanın görevinden kaynaklanmayan bir suç işlemesi halinde, milletvekilleri için açıkladığımız bu prosedür uygulanacak, ancak, görev suçlarında uygulanma imkanı olmayacaktır. Zira Anayasamızın "Meclis Soruşturması" başlıklı 100. maddesinde, başbakan ve bakanlar hakkında görev suçları sebebiyle soruşturma açılması, sürdürülmesi ve sonuçlandırılması konusunda özel usul benimsenmiş, zamanaşımına ilişkin bir düzenlemeye yer verilerek meskut bırakılmıştır. Maddede, başbakan ve bakanlar hakkında, milletvekilleri için Anayasa'nın 83. maddesinde öngörülen başvuru imkanı tanınmamış, suç ihbar ve şikayetlerini kabul edecek bir makam, yani muhatap da gösterilmemiştir. Bu nedenle, milletvekilleriyle ilgili durma hükmünün burada uygulama yeri olmayacaktır. Böylece, suç işlendiği tarihten itibaren zamanaşımı işlemeye başlayacak, ancak, bu özel usulün uygulanmasındaki zorluk nazara alındığında; suç, Meclis'e intikal etmeden dahi zamanaşımına uğramış olacaktır.

Meclis soruşturmasının, suç işlenmesinden hemen sonra delil toplanamaması zaafiyetinin yanında, değindiğimiz bu boşluk ve sakıncalarının, genel ceza muhakemesi ilkelerine, eşitlik, kamu vicdanı ve ceza adaletine uygunluğunun değerlendirilmesinde zorunluluk bulunmaktadır.

Bu açıklamalar ışığında dava dosyasına baktığımızda, 19.9.1997 olan suç tarihinden sanığın Yüce Divana sevk edildiği 10.11.2004 tarihine kadar geçen süre içinde kesici herhangi bir işlem yapılmadan 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda öngörülen beş yıllık asli dava zamanaşımının gerçekleştiği anlaşılmaktadır.

G- SONUÇ VE İSTEM:

Bu nedenlerle, davanın 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102/4. ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223/8. maddeleri gereğince DÜŞÜRÜLMESİNE karar verilmesi kamu adına talep ve mütalaa olunur."

E- SAVUNMA

1- Sanığın esas hakkındaki savunması

Sanık 28.4.2006 günlü oturumda yaptığı esasa ilişkin savunmasında, sorgusunda belirttiği hususlara ek olarak özetle;

- Müdafileri tarafından verilen 20.3.2006 ve 28.4.2006 günlü dilekçelerde ileri sürülen hususları aynen yinelediğini,

Yaşar Topcu Kararı

- İdarenin kendi içerisinde birden çok yazışma ve zeyilnameler ile şartnamelerde değişiklikler yapmasının olağan bir durum olup önemli olan hususun bu işlemlerin ihaleye çağrılan tüm firmalara teklif vermelerine yetecek bir süre içerisinde ulaştırılması olduğunu, dava konusu ihalelerde ise değişikliklerin tüm firmalara zamanında ulaştırıldığını,

- İhale usul ve esaslarının birden çok düzenleme ile belirlenmesinin Devlet İhale Kanununun 44. maddesinin son fıkrasına aykırı olmadığını,

- Davet edilen onbir firmanın durumlarının 26.8.1997 günlü, 6246 sayılı Bakan olurluğu yer alan kriterlere uyduğunu,

- Bu firmalardan yedi tanesinin otoyol ve dış kredi ile iş yaptığını, diğer dört tanesinin ise Karadeniz’de çalışan firmalar olduğunu,

- 1996 ve 1998 tarihlerinde ön seçim sonucunda yeterlilik alan bazı firmaların dava konusu ihalelere çağrılmaması iddiasının gerçekçi olmadığını, rekabetin çok firma çağırarak sağlanamayacağını, ön seçim kriterlerinin süreklilik arz etmeyip değişken olduğunu, 1996 yılında yeterlilik alan firmanın 1997 yılında bunu kaybedebileceğini, bütçeden finanse edilen bir işle dış kredi ile finanse edilen bir işin karşılaştırılmayacağını, 1998 yılında dış kredili işlerde müteahhit sayısının artmasının kendisi tarafından çıkarılan uygun bedel tebliğinde yapılan değişiklikten kaynaklandığını,

- İhale tarihinden önce Türkiye’de otoyol yapımını gerçekleştirmiş toplam sekiz firma olduğunu ve bunlardan STFA firması hariç diğerlerinin tamamının ihaleye davet edildiğini, STFA firmasının ise mali durumunun bozuk ve Karayolları Genel Müdürlüğü ile davalı olması nedeniyle ihaleye davet edilmediğini,

- İhale tarihinden önce Karadeniz sahil yolunda çalıştığı halde ihaleye davet edilmeyen Bal-İş, Tubin ve Gökdelen firmalarının kendilerine ayrılan ödenekleri dahi kullanamadıkları ve işlerini zamanında yapamadıkları için çağrılmadıklarını, ayrıca, Gökdelen ve Öz inşaat firmalarının yaptıkları işin “Karadeniz sahil yolu” kapsamında bulunmadığını,

- Firma davet kriterinde yer alan “ödenekleri üstünde harcama” tabirinin, işini düzgün yapan ve işi bitirmek için gayret sarf eden firmalar anlamına geldiğini,

- İhaleye çağrılan herkesin iş aldığı iddiasının doğru olmadığını, davet edilen iki büyük firmanın ihale alamadığını,

- Dava konusu ihalelerde olduğu gibi işlerin parçalara bölünmesinin Karayolları Genel Müdürlüğü tarafından sürekli yapıldığını, örneğin aynı bölgedeki Ünye-Piraziz yolunun tek proje olmasına karşın, üç kısım halinde bölünerek yapımının gerçekleştirildiğini,

- DPT yatırım programlarında da söz konusu yolların proje isimleri ve ödeneklerinin altı parça olarak gösterildiğini,

- İhaleye katılanların ihaleden önce veya sonra ortak girişim oluşturmalarının normal bir durum olduğunu, her iki halde de ortaklık kurmanın ihalelerde anlaşma olarak kabul edilemeyeceğini, nitekim daha önce ihalesi yapılan Bolu Dağı geçişi ihalesinde, ihaleye ayrı ayrı teklif veren Giriş-Metiş ortaklığı ile Limak firmasının ihaleden sonra ortaklık kurduklarını,

- Firmaların ortak girişim kurması ve davet edilen firmaların gizli tutulması gerektiği yönünde bir düzenlemenin bulunmadığını, ihaleye girecek firmaların kimler olduğunu yayınlayan kuruluşlar olduğunu, gizliliğin pu-anlama ve verilen tekliflere ilişkin olabileceğini,

- Her ihaleye bir ortak girişimin katılıp diğerlerinin münferit kaldığı sayının ciddi olmadığını, her ihaleye birden fazla ortak girişimin teklif verdiğini, ortak girişimlerin yüksek tenzilat vermiş olmasının firmaların anlaştığı anlamına gelmeyeceğini, bazı firmaların şantiyelerinin bitişindeki ihaleleri almasının normal olduğunu, bu durumun anlaşma veya fesat karıştırma ile bir ilgisinin bulunmadığını,

- Şartname ve zeyilnamelerle yapılan değişikliklerin Karayolları Genel Müdürlüğü tarafından hazırlandığını, zeyilnameler ile değişiklik yapılmasının kanunda öngörüldüğünü,

- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının, kendisine isnat edilen eylemin 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 240. maddesine uyduğu ve bu suçun da zamanaşımına uğradığı yönündeki esas hakkındaki görüşüne katılmadığını, TBMM'nin Yüce Divana sevk kararının 205. madde uyarınca verildiğini, bir başka ifade ile hakkında 240. maddeye göre açılmış bir dava bulunmadığını ve olmayan bir davanın da zamanaşımı nedeniyle düşürülemeyeceğini,

- Aynı gerekçelerle 366. maddenin de hakkında uygulanamayacağını, bu maddenin sadece ihale esnasında işlenebilen bir suç olduğunu,

- Kendisine isnat edilen 205. maddedeki suçun unsuru olan "hile"nin, bir kimsenin kendi hareket tarzıyla diğer bir şahsı bir irade beyanında bulunmaya veya bir mukavele yapmaya sevk etmek için yanlış bir fikrin doğumuna veya teyidine veyahut idamesine kasten sebebiyet vermesi anlamına geldiğini ve bu manada Yüce Divana sevk kararında hile unsuru olarak gösterilen hususların hiç birisinin hile olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını, kanunun verdiği yetkiye dayanılarak ve herkes için yapılmış olan bir düzenlemenin hile olamayacağını,

- 205. maddedeki suçun unsurunun ihaleyi yapan kişinin gizli bir anlaşmayla kendisine haksız çıkar sağlamak olduğunu, oysa kendisine böyle bir

Yaşar Topcu Kararı

ithamın yapılmadığını, "bir ihale şartlarını düzenlemeyi onayladı, bu onaydan da müteahhitler para kazandı" diye 205'le itham edilen ilk Bakanın kendisi olduğunu,

- Meclis soruşturma komisyonunun kendisinin ve yakın akrabalarının malvarlığını araştırdığını ve her hangi bir artışın bulunmadığını saptadığını, buna rağmen kendisinin 205. madde uyarınca Yüce Divana sevk edildiğini,

beyan etmiştir.

Sanık, 4.5.2006 günlü dilekçesinde de 28.4.2006 günlü oturumda yaptığı savunmasını yinelemiştir.

2- Müdafilerin esas hakkındaki savunmaları

Sanık müdafileri Av. Ömer Asım Livanelioğlu ve Av. Akın Balcı'nın 20.3.2006 günlü savunmaları şöyledir:

"I- ESAS HAKKINDA SAVUNMAMIZ:

A- USUL YÖNÜNDEN:

TBMM'nin 10 Kasım 2004 tarihinde müvekkilimiz hakkında aldığı "Yüce Divana sevk" kararı, ceza hukukunun evrensel bir ilkesi olan "Ne bis in idem/yargı bulunmaması şartı" kuralına aykırıdır.

Karadeniz sahil yolu ihalesi ile ilgili olarak, müvekkilimiz hakkında ilk defa 1998 yılında Meclis soruşturması açılmış, ancak, erken seçime gidilmesi sebebiyle sonuçlanmamıştır.

Bir sonraki dönemde (1999 seçimlerinden sonra) bu soruşturma için yeniden komisyon kurulmuş, komisyon raporu TBMM Genel Kurulunun 29 Haziran 2000 tarihli oturumunda görüşülmüş ve müvekkilimizin Yüce Divana sevkine yer olmadığına karar verilmiştir.

Bir sonraki dönemde (2003 seçimlerinden sonra) aynı iddia ile ilgili olarak tekrar (ikinci kez) Meclis soruşturması açılmış ve TBMM Genel Kurulu bu defa önceki kararının tam tersine bir sonuca vararak huzurdaki davaya konu olan Yüce Divana sevk kararını vermiştir.

Anayasa'nın 100. maddesinde düzenlenmiş olan Meclis soruşturması, tüm unsurlarıyla ve sonuçlarıyla bir ceza önsorusuşturmasıdır. Gerçekten, Meclis soruşturması Anayasa'nın 100. maddesine göre yapılan ve TBMM'nin istisnai faaliyetlerinden olan adli/yargısal bir faaliyettir.

Kendine özgü (sui generis) bir adli nitelik taşıyan Meclis Soruşturma Komisyonu'nun kurulmasında ve oluşturulmasında TC Anayasası ve TBMM İçtüzüğü'nün; bu adli/yargısal faaliyetin yürütülmesinde/işleyişinde ise Meclis teamülleri

yanında faaliyetin "cezai" niteliği gereği Ceza Muhakemesi Kanunu ile birlikte ceza usul hukuku ilkeleri uygulanacaktır.

Bu özel düzenlemeler gereği, Başbakan ve bakanların görev suçuyla ilgili "önsoruşturma" niteliğindeki ceza soruşturmasını TBMM yapmaktadır. TBMM'nin Anayasa'nın 100. maddesine göre yaptığı faaliyet, bir "iddiada bulunma" faaliyeti-
dir.

Yani, Savcılıkta olduğu gibi "önsoruşturma" yapmak ve bunun sonucunda ortaya çıkan hukuksal sonuca göre kamu davası açmak veya açmamaktır. Gerçekten, genel ceza soruşturması olan hazırlık soruşturması sonunda suç şüpheleri kuvvetlenir, yeterli şüphe haline gelirse kamu davası açılır. (CMK 170, mülga CMUK 163) Aksi taktirde, kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilir. (CMK 172, mülga CMUK 164)

Adli/yargısal faaliyette bulunan Meclis soruşturma komisyonu da, yaptığı ceza soruşturması sonucunda Başbakan veya bakanın Yüce Divana sevk edilmesine veya sevk edilmemesine, diğer bir ifadeyle kamu davasının açılmasına veya açılmamasına karar verir. Bu kararlar, TBMM Genel Kurulu tarafından kabul veya reddedilmekle tekemmül eder, tamamlanmış olur.

Bu demektir ki, Meclis Soruşturma Komisyonu'nun TBMM Genel Kurulu tarafından kabul edilen "Yüce Divana sevk yer olmadığı" kararı, "kovuşturmayaya yer olmadığı", kısaca bir "takipsizlik" kararı hükmündedir. CMK (ve mülga CMUK), keyfiliği önlemek için takipsizlik kararının denetlenmesini öngörmüş; bunun için itiraz yolunu kabul etmiştir. Kuşkusuz, özel soruşturma niteliği gereği, CMK'da öngörülen itiraz yolunun Meclis soruşturmasında uygulanması sözkonusu olamaz. Çünkü, Türk Milletinin en yüce temsil organı olan TBMM'nin verdiği takipsizlik kararının, kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince, idare ya da adli yargı mercilerine denetletilmesi imkansızdır.

Takipsizlik kararı, insan haklarını yakından ilgilendiren adli/yargısal bir karardır. Onun adli/yargısal niteliği, bu işlemi yapanları ve taraf olanları bağlayan bir nitelik ve özellik taşır. Bu nedenle, Anayasa ve TBMM İçtüzüğünde başkaca bir denetim yolu da öngörülmemiş olduğundan, Yüce Divana sevk yer olmadığı kararları, TBMM Genel Kurulu tarafından kabul edilmekle kesinleşir ve CMK'nun 172/2 maddesi (mülga CMUK 167/2) kıyasen uygulanmak suretiyle, tıpkı takipsizlik kararının yargısal denetimi sonunda verilen karar gibi "kesin hüküm" teşkil eder. Bu nedenle, kesin hüküm teşkil eden "Yüce Divana sevk kararı" nasıl geri alınmaz ise "Yüce Divana sevketmeme kararı" da aynı şekilde geri alınmaz.

Nitekim, 1982 Anayasasını hazırlamakla görevli olan Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanı Prof. Dr. Orhan Aldıkaçtı tarafından da, Meclis soruşturma komisyonu tarafından verilen ve Meclis Genel Kurulunca onaylanan "Yüce Divana

Yaşar Topcu Kararı

sevke mahal olmadığı" kararının kesin olduğu altı çizilerek ifade edilmiştir. (Danışma Meclisi tutanakları, B. 150, 13.91982, 0. 4)

Müvekkilimiz hakkında verilen ikinci soruşturma önergesi, önce de verilmiş olan ve takipsizlik kararı niteliğinde ve kesin hüküm sonucunu doğuran Yüce Divana sevk etmeme kararına bağlanan ilk soruşturma önergesi ile aynı vakialara, aynı eylemlere dayalıdır ve aynı konudur. Yeni bir delil veya yeni bir vaka yoktur. Gerçekten, her iki önergede de, esas itibarıyla Karadeniz sahil yolu ihalesinde yol-suzluk yapıldığı iddia edilmiştir. Sadece ilk önergede TCK'nun 240. maddesine dayandırılan iddialar, bu defa TCK'nun 205. maddesine dayalı hale getirilmiş, yani isnat edilen fiillerin tavsifi değiştirilmiştir. Böyle olunca, ikinci kez verilen soruşturma önergesi ile ortaya atılan iddialar, vakialar, eylemler, konular, ilk soruşturma önergesi ile uyumsuzluk konusu edilenlerin aynen tekrarlanmasından ibarettir.

İlk soruşturma önergesinin kabulü ile başlatılan Meclis soruşturması sonucunda verilen Yüce Divana sevk etmeme kararının "kesin hüküm" niteliğine bağlanan "otoritenin" bir sonucu olarak, eski iddiaların tekrarından ibaret olan ikinci soruşturma önergesinin, özellikle "Ne bis in idem/yargı bulunmaması şartı" gereğince incelenilmesi olanağı yoktur. Gerçekten, cezai bir uyumsuzluğu doğrudan doğruya sona erdiren kararlar/yargılar arasında, otorite bakımından geçici ve daimi diye bir fark gözetilemez. Çünkü, bütün kararlardaki/yargılardaki otorite "daimi" niteliktedir.

"Yargının değerlilik otoritesinin bir çeşidi olarak "Ne bis in idem" diye Latince ifade edilen bu kural muhakeme hukukunun ana ilkelerindedir. Kanunlarda açıkça yazılı olmadan da Yaşayan Hukuk normu olarak uygulanan ve doktrinde de kabul olunan bu ilke 1973'te kanunumuza girmiştir. 253. madde bunu "aynı konuda aynı sanık için evvelce verilmiş bir hüküm varsa" diye ifade etmiş ve bu durumda son soruşturmada davanın reddi kararı verileceğini belirtmiştir. (CMK'nun 223/7. maddesi de aynı yoldadır. A.L.) Genel kural da davanın kabul edilmemesini ve edilmişse reddolunmasını gerektirmektedir." (KUNTER, Nurullah: Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası, İstanbul, 1998, s. 106)

Bir davada kesin hükmün etkisi iki şekilde olabilir. Kesin hüküm ya "dava engeli" olur ya da "kesin kanıt" oluşturur. Kesin hükmün dava engeli olması durumunda, dava açılmaz, açılmış bir dava varsa düşürülür. Buna karşılık, kesin hükmün kesin kanıt olması halinde, dava açılır, ancak, kesin hüküm kanıt olarak getirildiğinde, açılmış olan dava başka bir kanıt aranmaksızın, sadece kesin kanıt alınarak bitirilir.

Kesin hüküm ilkesi, ister "dava engeli" olarak algılsın, isterse "kesin kanıt" olarak algılsın, görülmekte olan bir davada asla gözardı edilemez.

Bu sebeple, TBMM'nin geri alınamaz nitelikteki "Yüce Divana sevk etmeme" kararı kaldırılarak "Yüce Divana sevk" kararı verilmesi, kesin hüküm ilkesinin ihlali

niteliğinde olduğundan ve dolayısıyla dava şartı gerçekleşmediğinden, CMK'nun 223/8. maddesine göre davanın düşmesine karar verilmesi gerekir.

TBMM'nin geri alınamaz nitelikteki "Yüce Divana sevketmeme" kararının "kesin kanıt" olarak kabulü halinde ise başka bir kanıt aranmaksızın müvekkilimizin müsnet suçtan beraatine karar verilmesi gerekir.

B- ESAS YÖNÜNDEN:

1- Müvekkilimize isnat edilen 765 sayılı TCK'nun 205. maddesindeki suç, 5237 sayılı TCK'da aynı unsurlarla yer almamıştır. Başka bir ifadeyle, 5237 sayılı TCK'da, eski 205. maddedeki suç tam olarak (tüm unsurlarıyla) karşılayan bir suç tanımı mevcut değildir.

765 sayılı TCK'nun "Devlet alım satımlarında menfaat sağlama" başlığı altındaki 205. maddesi, devlet alım ve satımlarının fiyat ve miktarlarına veya yapımlarına fesat karıştırarak haksız menfaat sağlamayı cezalandırmıştır.

5237 sayılı TCK'nun "İhaleye fesat karıştırma" başlığı altındaki 235. maddesinde de ihaleye fesat karıştırma suçu tanımlanmıştır. Ancak, 235. madde, haksız menfaat sağlamayı, bu maddede tanımlanan suçun unsuru saymamış, ihaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat sağlanması halini ayrı bir suç olarak kabul etmiştir. (235/4) 235. madde bu nedenle, haksız menfaat sağlamayı (İrtikap etmeyi) suçun unsuru sayan eski 205. maddedeki suçun karşılığı değildir.

5237 sayılı TCK'nun "Edimin ifasına fesat karıştırma" başlığı altındaki 236. maddesi ise maddi unsur bakımından 205. maddedeki suça uymakla birlikte, bir önceki maddede (235) olduğu gibi haksız menfaat sağlama unsurunu aramamıştır. (236/3) Bu nedenle, 236. maddede tanımlanan suç da, 205. maddedeki suç tam olarak karşılamamaktadır.

Dolayısıyla, 5237 sayılı TCK'da, 765 sayılı TCK'nun 205. maddesindeki suç tanımına uygun bir suç tanımı mevcut değildir.

Bu nedenle, müvekkilimiz halen yürürlükten kalkmış bir suçtan dolayı yargılanmaktadır.

2- Müvekkilimiz hiç bir suç işlememiştir. İsnat tümüyle temelsizdir.

a- Bir suçun sözkonusu olması için, fail tarafından kanundaki tanıma uygun bir fiilin işlenmesi gerekir.

Müvekkilimiz hakkındaki isnat, TCK'nun 205. maddesinde tanımlanan "Devlet alım satımlarında menfaat sağlama" suçunu işlediği yolundadır. 205. maddedeki suçun maddi unsuru, alım ve satımların fiyat ve miktarlarına veya yapımlarına fesat karıştırarak haksız menfaat sağlamaktır.

Yaşar Topcu Kararı

Müvekkilimiz hakkında bu yönde somut bir fiil ve somut bir haksız menfaat iddiası ortaya konmamıştır. İddialar tümüyle varsayıma (hipoteze) dayalıdır.

Gerçekten de, iddia konusu ihaleleri yapan ve yürüten Karayolları Genel Müdürlüğü'dür. Müvekkilimiz Bakan olarak sadece iki işleme onay vermiştir. Bunlardan birincisi, idarece hazırlanan ihale usul ve şartlarını onaylamak, ikincisi de ihaleye davet edilecek olan müteahhit firmaların listesini onaylamaktır. Müvekkilimizin bunların dışında katıldığı bir işlem yoktur.

Tanık olarak dinlenen Karayolları Genel Müdürlüğü yetkilileri de, müvekkilimizin bu ihalelerle ilgili olarak kendilerine usulsüz bir şekilde emir, talimat veya tavsiye ve ima yoluyla dahi müdahalede bulunmadığını açıkça belirtmişlerdir.

Müvekkilimizin imzaladığı iki onayla 205. maddedeki suçu nasıl işlediği ve ne şekilde haksız menfaat sağladığı da somut şekilde ortaya konmamıştır, belli değildir.

b- Ceza hukuku suç teorisinde hukuka aykırılık unsuru, işlenen ve kanundaki tanıma uygun bulunan fiilin, hukuk düzenince tecvöz edilmemesi, mubah sayılması, yalnızca ceza hukuku ile değil, bütün hukuk düzeni ile çatışma halinde olması demektir. (DÖNMEZER, Sulhi - ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C II, B 9, İstanbul, 1986, s. 2.)

İddia konusu ihale bir bütün olarak mevzuata aykırı olmadığı gibi, müvekkilimizin Bakan olarak onayladığı iki işlemin de mevzuatın herhangi bir hükmüne aykırı tarafı yoktur.

Şimdi Yüce Divana sevk kararındaki soyut nitelikteki iddiaları ele alarak müvekkilimize atfedilen eylemlerin hukuka aykırı olup olmadığına tek tek bakalım.

- Karadeniz sahil yolu işlerinin ihalesinde, ihale usul ve esaslarında belirtilen kriterlere uygun çok sayıda firma var iken, 15 firmanın davet edilmesi suretiyle ihalelerde rekabeti engellediği iddiası:

Dava konusu ihale, 2886 sayılı yasanın 89. maddesi gereğince Bakanlar Kurulu kararı ile bu yasa kuralları dışına çıkılarak dış kredi ile ve davet usulüyle yapılmıştır.

Buna göre, ihale usul ve şartları Bakan onayı ile belirlenmiş ve ihalenin davet usulü ile yapılmasına karar verilmiştir. Davet usulünde asgari üç firmanın çağrılması gerekir, azami bir sayı ise konmamıştır. Nitekim, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun "Belli istekliler arasında yapılacak ihaleler" başlıklı 44. maddesinde "teknik yeterlilikleri ve güçleri idarece kabul edilmiş en az üç İstekliden kapalı teklif alınması" öngörülmüştür.

Başka bir ifadeyle, davet usulü ile yapılan bir ihalede, kriterlere uyan bütün firmaların davet edileceğine dair bir hüküm yoktur. Zaten aksi tercih edilseydi, ihale davet usulüyle yapılmaz, ilana çıkılarak yapılırdı.

O halde, burada ihaleye davet edilecek firmaların nitelik ve sayısını belirlemek idarenin takdir yetkisi içindedir. Karayolları Genel Müdürlüğü de, elindeki firma portföyüne bakarak geçmiş bilgi ve deneyimlerine göre bir değerlendirme yapmış ve belirlenen kriterlere uyan firmaları ihaleye davet etmiştir.

Davet edilen firmalardan 7'si daha önce dış kredi ile otoyol yapmış olan firmalardır. Bunlar; Bayındır, Doğuş, Tekfen, Intes, Nuro, Enka ve Kutlutaş firmalarıdır. Geçmişte dış kredi ile otoyol yapmış firmalardan olan STFA ise gerek Karayolları Genel Müdürlüğü ile ihtilaflı olması ve gerekse o tarihte mali problem içinde bulunması sebebiyle ihaleye davet edilmemiştir. Bu durumu firma yetkilisi de duruşmada açıkça ifade etmiştir. Dış kredi ile otoyol yapmış olan başka bir firma yoktur.

Bakanlık onayı gereği, Karadeniz sahil yolunda halen çalışmakta olup, ödenekleri üzerinde harcama yaptığı ve dış kredi getirebilecek güçte olduğu bilinen 4 firma da ihaleye davet edilmiştir. Bunlar; Özışık, Yüksel, Polat ve Cengiz firmalarıdır.

Bilahare bir tedbir olarak, dış kredi getirebilecek güçte olduğu bilinen 4 büyük firma daha bunlara ilave edilmiştir. Bunlar da; Güriş, Limak, Mapa ve Makyol firmalarıdır.

Bu firmalardan Intes, Kolin ile ve Güriş de Metis ile ihaleye ortak olarak katılmak istediklerini bildirdikleri ve bu firmalar da uygun bulunduğu için ihaleye böylece 17 firma katılmıştır.

İhaleye katılan bu 17 firma da ihale usul ve esaslarında belirtilen kriterlere uygundur. Bu işe uygun olmadığı halde yanlış çağrılan tek bir firma yoktur. Aksi yönde bir iddia da bugüne kadar ortaya konulamamıştır.

İddianın aksine, belirlenen kriterleri sağlayan çok sayıda firma da yoktur. Nitekim, bu durum ihaleye çağrılmayan firma temsilcilerinin tanık olarak dinlenmesiyle açıkça ortaya çıkmış, dış kredi sağlama, otoyol yapma ve Karadeniz sahil yolunda halen çalışıp ödenekleri üzerinde fiilen harcama yapma kriterlerine uygun olmadıkları bizzat kendi açık ya da çelişkili beyanlarıyla açıklığa kavuşmuştur.

Nitekim, belgeleri tarafımızdan dosyaya ibraz edildiği üzere, mevcut Hükümetin talimatı ile Akbank, T. İş Bankası ve Garanti Bankası korsorsiyumundan bu yol için sağlanan 831 milyon dolarlık kredinin kullanma işlemleri henüz tamamlanmamış olmasına rağmen, dava konusu ihaleleri kazanmış olan müteahhitler bir yıla yakın zamandır tek kuruluş ödenek almadan yol yapımını sürdürmüş ve bu yollar gelecek sene bitecek hale gelmiştir. Bu durum, ihaleye güçlü müteahhitlerin davet edildiğinin ve doğru seçim yapıldığının açık bir göstergesidir.

Diğer taraftan, ihalelerin yapıldığı tarihten, 2004 yılında sözkonusu iç kredi bulununcaya kadar getirilen dış krediler libor + 8-12 puan üzerindedir. O tarihlerde libor da % 6'nın üzerinde idi. Böylece kredi maliyeti dolar üzerinden % 18'lere

Yaşar Topcu Kararı

kadar çıkıyordu. Ayrıca, yüklenici bu krediyi getirirken bu yüksek faizi bankaya peşin ödüyor, krediyi kullanıp, işi yapıp, istihkakını aldıktan sonra libor + 1,5'unu geri alabiliyordu. 2004 yılında Hükümet Başkanının talimatı ile iç bankalardan % 4 faizle temin edilen kredinin libor ölçüsü % 2,5 olup, % 1,5 olan Hazine ilavesi % 1,75'e çıkarılarak ve bankaya ödenecek olan % 4 kredi faizi de peşin ödenmeden müteahhide yapılacak istihkak ödemesinden kesilmek suretiyle karşılanacaktır. Böylece bu uygulama ile müteahhitlere % 10'un üzerinde bir dolar kredi faizinden kurtulma imkanı sağlanmıştır.

İşte bu nedenle, müteahhitlerden keşif artışlarındaki tenzilatların yükseltilmesini isteyebilmişlerdir. Kısaca, bu keşif artışlarındaki tenzilat yükseltilmesi, 1997 ihale şartlarındaki tenzilatların yükseltilmesi olmayıp, müvekkilimizin böyle bir örneklemeyle suçlanması kabul edilemez.

Yüce Mahkeme, Bayındırlık ve İskan Bakanlığından dış kredi ile otoyol yapmış olan ve Karadeniz sahil yolunda çalışıp ödenekleri üzerinde harcama yapmış olan firmaların listesini istemiştir.

Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Karayolları Genel Müdürlüğü, bu yazıya verdiği cevapta hiç ayırım yapmaksızın, otoyol yapmış ve otoyollarda şu veya bu şekilde çalışmış firmaların tamamı ile keza hiç ayırım yapmaksızın Karadeniz sahil bölgesinde ihale tarihinde çalışan firmaların tamamının listesini bildirmiş ve ödenek üzerinde harcama yapmak konusunda ise bir kayıt bulunmadığı yolunda cevap vermiştir.

Yüce Mahkeme ödenek üstü harcama yapan firmaların bildirilmesi için yeniden bir yazı yazınca, Karayolları Genel Müdürlüğü birbirinin peşi sıra üç ayrı cevap vermiştir.

Bu cevaplardan birincisinde, daha önce listesini verdiği Karadeniz'de çalışan firmaların 26 Ağustos 1997 tarihi itibarıyla çalışmakta olduklarını ve biri hariç ödenek üstü harcama yapmadıklarını, ödenek üstü harcama yapan bir firmanın 1997 yılı sonu itibarıyla bu küçük harcamasının tutanağa bağlanarak bir sonraki yıl (1998) ödeneğinden ödendiğini bildirmiş, bilahare bu konuda yazdığı ikinci yazıda (10.08.2005) Yüksek Planlama Kurulu kararları ile yılı ödeneklerine yapılan ilave ödeneklerin listesini ve bunların harcandığını belirttikten sonra bu konuda unuttuğu iki firma için ek bir yazı yazarak onları da ödenek üstü harcamaya dahil etmiştir.

Bu üç yazı ayrı ayrı incelendiğinde, ihale tarihinde kastedilen ödenek üstü harcama konusunda Yüce Mahkemenin edinmek istediği bilgi bakımından yanıtıcı olabilecek nitelikte bulunduğundan, konunun etraflıca açıklanmasını yararlı bulmaktayız.

İhalede bir ölçü olarak kullanılan ödenek üstü harcamada aranan, müteahhidin iş yapma azmi ve bunu yapacak güce sahip olmasıdır. Bazı müteahhitler aldıkları işleri küçük hesaplarla sürüncemede bırakarak enflasyon farklarından, yıldan yıla değişen birim fiyat farklarından ve bunlara bağlı eskalasyon denen yeniden değer-

lendirme usullerinden yararlanmak için aldıkları işi bitirmede ve ödenekleri harcamada istekli görünmezler. Aksine, bazı büyük ve ciddi müteahhitler aldıkları işi bir an önce bitirip yenilerini almaya çalışırlar, yani iş yaparlar.

Bazıları da göründükleri kadar güçlü olmadığı için ödeneklerini harcamakta zorluk çekerler. (Örneğin, bir iş için yılı ödeneği olarak koyduğunuz 500 milyar lira ödeneği, firmanın yeterli finansman, makine ve eleman gücü yoksa, bir yıl içine yayarak harcar. Aynı ödeneği bir güçlü büyük firmaya vererseniz, bir ayda harcar. Onun için de yeniden ödenek almaya çalışır. Anlatmak istediğimiz budur.)

Ödenek üstü harcamada sene sonu itibariyle ödeneğin bir miktar geçilmiş olması da bir ölçü değildir. Çünkü, sene sonuna doğru istihaklara konan kalemlerde birim değerleri yüksek kalemler bulunabilir ve ödenek bir miktar aşılabilir. Bu tutanağa bağlanarak bir sonraki yıl ödeneğinden ödendiği için bu defa da bir sonraki yıl ödeneği azaltılmış olur. Yani, bir sonraki yıldaki programından geride kalır.

Bu bilgileri sunduktan sonra, Bayındırlık ve İskan Bakanlığı'nın 10.08.2005 tarihli yazısında yeralan hususlara ilişkin beyanlarımızı aşağıda sırasıyla arz ediyoruz.

Samsun şehir geçişi yolu yapım işinde çalışan firma Gökdelen firmasıdır. Bu firmanın yaptığı iş, Karadeniz sahil yolunun parçası değildir. Firma yetkilisi, bu yolu ihaleyi önceden kazanan firmadan devraldıklarını ve ilk defa bir karayolu işi yapmakta olduklarını Yüce Divanda ifade etmiştir. Bu Firma, dış kredi ile büyük işler yapacak güçte bir firma konumunda değildir. Herne kadar, 1997 yılında Yüksek Planlama Kurulu kararıyla bu iş için firmaya 98,8 milyar lira ilave ödenek verildiği anlaşılmakta ise de, bu ödeneğin verilenin tamamı olup olmadığı veya verileden geriye iade olup olmadığına dair kayıtlar tarafımızdan aranmışsa da bulunamamıştır.

Samsun (Azot ayrımı) - Ünye yolu yapım işinde çalışan firma Tubin firması olup, bu firmanın 1996 yılında YPK kararı ile verilen ilave ödeneğin bir miktarını kullanabildiği, bir miktarının da kullanılmadan iade edildiği, yani ödenekten düşüldüğüne dair belge tarafımızdan temin edilmiş ve dosyaya sunulmuştur. Bu belge incelendiğinde, takriben 180 milyar lira ödeneğin iade edildiği görülecektir. Bu durum, bu firmanın istikrarlı ve ödeneklerini zamanında harcama irade ve gücüne sahip olmadığını göstermektedir.

Bu yazının 3. sırasında Ünye - Piraziz 3. kısım yolu yapım işi yer almaktadır. Bu kısmı yapan firma Baliş firmasıdır. Ancak,, Ünye - Piraziz 3. kısım ifadesinden, bu bölümün 1. ve 2. kısımlarının da olduğu anlaşılmaktadır. Gerçek de budur. Bakanlık bilahare yazdığı yazıda eksikliği gidererek, bu bölümün 1. kısım yolu yapım işini Yüksel firmasının yürüttüğünü ve 15.12.1999 tarihi itibariyle geçici kabulünün yapıldığını bildirmiştir.

Yaşar Topcu Kararı

Kısacası bu bölümde iki firma çalışmaktadır. Bunlardan biri Baliş, diğeri Yüksel firmasıdır. Bu yoldaki ödenek yazı ve kayıtları Yüce Mahkemeyi yanıltmaya müsaittir. Çünkü, yolun bu kısmı yatırım programlarında 1. kısım, 2. kısım, 3. kısım olarak geçmemekte, "Ünye -Piraziz bölümü" olarak geçmekte, dolayısıyla bu iki firmanın işine bir ödenek tahsis edilip bu ödenekler paylaşılırılmaktadır.

Yolun bu bölümü için 1996 ve 1997 yıllarında YPK'ca yapılan ilave ödenek aktarmalarını Yüksel firması kullanmış, ancak, diğer firma yapılan bu aktarmaları tam kullanamadığı için 1997 yılında verilen ödenek yılı ödeneğinden düşülmüştür. Buna dair belge de tarafımızdan temin edilmiş ve dosyaya sunulmuştur. Ayrıca, Bal-İş firması sahibi Nazım BAL, Yüce Divanda uzun süren ifadesinde; "Bu ilave ödenekleri Yüksel İnşaat ben çıkarttım diyerek hepsini kullandı, bize vermedi." yolunda beyanda bulunmuş, ödeneklerdeki payını kullanmamayı Yüksel İnşaatın tavrına bağlamıştır. Bir firmanın ödeneğinin başka bir firmanın insafına bağlı olmayacağı gerçeği karşısında, bu beyanlar bu firmanın ödenekleri harcamadaki isteksizliğini ve işi sürüncemede bırakma iradesini açıkça göstermektedir.

Oysa, Bakanlığın 10.08.2005 tarihli ve sonraki düzeltme yazıları incelendiğinde, her iki firma da Ünye - Piraziz bölümündeki kendilerine ait kısım için verilmiş ek ödenekleri kullanmış görünmektedir. Bunun nedeni, verilen ek ödeneğin tamamının yazıda gösterilmemiş olmasıdır. Yazılar, verilen ek ödeneğin tamamını göstermiş olsaydı, önemli bir bölümünün (702 milyar lira) iade edilmiş olduğu da kendiliğinden anlaşılacaktı. Bu iadenin Yüksel firmasına mı, yoksa Baliş firmasına mı ait olduğu kolayca saptanabilir.

Yüksel firması bu yolun aldığı parçasını tamamlayıp 1999 yılında geçici kabul ile teslim ettiğine, aradan geçen 6 seneye rağmen diğer firma Baliş'in hala teslim edememiş olmasına bakılırsa görülecektir ki, işi sürüncemede bırakan, ödenekleri harcamayan Bal-İş firmasıdır. İşte bu sebeple, o gün görevli bulunan Karayolları yetkilileri, yakından izledikleri bu firmalardan Yüksel firmasını dava konusu ihaleye çağırılmış, diğerini çağırılmamıştır.

10.08.2005 tarihli yazının 4. sırasında yer alan iş Trabzon şehir geçişi yolu yapım işi olup, bu işin firması Öz İnşaat firmasıdır. Ancak,, bu iş Karadeniz sahil yolunun süregelen bir parçası olmayıp, sonradan yolun Trabzon sahil kesiminde trafik akışını sağlamak için denize en yakın şeritten Trabzon şehir merkezine yapılan takriben 2 - 2.5 km civarında "tanjant" tabir edilen bir üst geçit köprü işidir.

Dolayısıyla, ihale usul ve esaslarında belirtilen kriterlere uygun olup da ihaleye davet edilmeyen bir firma mevcut değildir.

DİĞER TARAFTAN, DAVA KONUSU İHALE, BAYINDIRLIK BAKANLIĞI BİRİM FİYATLARI İLE YAPILAN İLK DIŞ KREDİLİ İHALE UYGULAMASIDIR. İhalenin davet usulüyle yapılmasının başlıca nedeni budur.

İhale usul ve esasları belirlenirken, zaten gecikmiş olan Karadeniz sahil yolunun bir an önce hizmete sokulmasını teminen, gerekli finansmanın bulunmasını ve yolun süratli ve sağlam bir şekilde yapımını sağlayacak en uygun ihale yöntemi tercih edilmeye çalışılmıştır.

Esasen, önceki dilekçelerimizde de arzettiğimiz üzere, çok sayıda firma çağrılacaksa davet usulüne gerek yoktur. Aksi tercih edilseydi, ihale davet usulüyle yapılmaz, ilana çıkılarak yapılırdı.

İdare hukukunda, takdir yetkisi kullanımının, kamu yararına ve hizmet gereklerine uygun olup olmadığı yönünden idari yargının denetimine tabi olduğu kabul edilmektedir.

İhale sonunda imzalanan sözleşmeler Maliye Bakanlığının ve Sayıştay'ın denetiminden geçmiş, vize ve tescil edilmiştir. Takdir yetkisinin kamu yararına ve hizmet gereklerine uygun kullanılmadığı konusunda idare aleyhine bir dava da açılmamış, dolayısıyla idari yargı tarafından böyle bir karar da verilmemiştir.

Ortada böyle bir karar olmayınca, takdir yetkisinin hukuka aykırı kullanıldığını kabul etmek mümkün değildir. Tamamen varsayıma dayalı olan aksi yöndeki iddia bu yönden de temelsizdir.

Kaldı ki, takdir yetkisinin hatalı kullanılması hali bile, Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre tazminat sorumluluğunu (ve evleviyetle cezai sorumluluğu) gerektirmemektedir. Nitekim, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin ilişkide sunulan 17.3.1977 tarih ve E. 1976/6589, K. 1977/3151 sayılı kararında aynen şöyle denilmiştir; "4 Nisan 1973 günlü Resmi Gazetede yayınlanan 1972/6 Esas, 1973/2 Karar numaralı ve 27.1.1973 günlü Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul kararının gerekçe kısmında da belirtildiği veçhile, Türk Borçlar Yasasına alınmamış olan ve memurların görevlerini ifa sırasında sebebiyet verdikleri zararlardan dolayı sorumluluklarına ait İsviçre Borçlar Yasasının 61. maddesine göre; memurun kendisine tanınmış olan takdir veya yorum hakkını kullanırken hataya düşmesinin, uygulanması gereken kamu (idare) hukuku kurallarınca kusur olarak telakkisi mümkün değildir. Medeni Yasamızın 1. maddesi gereğince İsviçre Borçlar Yasasının anılan maddesinin hukukumuzda uygulanması mümkün ve gereklidir."

Olayımızda da Karayolları Genel Müdürlüğüne ihaleye katılacak müteahhit firmaların nitelik ve sayısını belirlemek konusunda takdir yetkisi verilmiş olduğundan, vevaki bir an için bu takdir yetkisinin hatalı kullanıldığı kabul edilse bile, yukarıda arzedilen ve kanun gücünde bağlayıcı olan içtihadı birleştirme kararına göre, Karayolları Genel Müdürlüğü yetkililerini ve onların işlemini onaylayan Bakanı bundan dolayı sorumlu tutmak mümkün değildir.

Yaşar Topcu Kararı

- Müteahhit firmaların kendi aralarında anlaşmalarının ve hangi ihalenin kimin tarafından alınacağına noter kanalıyla tespit edilmiş olmasına rağmen bu tespitlere itibar edilmeyerek ihalelerin sonuçlandırılmasına gözyumduğu iddiası:

Hasan Ekinci tarafından yaptırılan noter tespitinde, Çayeli-Ardeşen-Hopa yolunun Cengiz İnşaatı verileceği yazılmış ve ihale sonunda bu iş Cengiz İnşaatın da içinde bulunduğu ortak girişim grubuna verilmiştir. Artvin Milletvekili olan Hasan Ekinci, Cengiz İnşaatın o sırada Hopa-Sarp yolunu yaptığını ve bu yolun devamını da almak için en uygun teklifi vermeye çalışacağını» bilmekte veya tahmin etmektedir. Ancak,, gayet normal olan bu durumu siyasi istismar malzemesi yapmıştır.

Hasan Ekinci'nin noterde düzenlediği kağıt, hiç bir şekilde müteahhitlerin kendi aralarında anlaşmasını gösteren bir belge değildir. Devletin en önemli projelerinden birinin, sadece tahmine ve kuşkuya dayanan, başkaca hiç bir delille desteklenmeyen bir iddia yüzünden durdurulması ve ertelenmesi düşünülemez. Karadeniz sahil yolu zaten gecikmiş bir projedir ve bu gecikmeden kaynaklanan büyük ekonomik kayıplar bir yana, her yıl binlerce vatandaşımız bu yolda hayatını kaybetmektedir.

Esasen, iddia konusu ihaleler, müvekkilimizin talebi ile, TCK'nun 366. maddesinde yer alan ihaleye fesat karıştırma suçu kapsamında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından incelenmiş ve hiç bir suç unsuru görülmemeyerek Karayolları Genel Müdürlüğü yetkilileri hakkında takipsizlik kararı verilmiştir. Bu takipsizlik karar dosyada mevcuttur. Yani, yapılan işlemlerin hukuka aykırı olmadığı kesinleşen bu adli/yargısal kararlar da teyid edilmiş durumdadır.

Diğer taraftan, ihalelerde dikkat edilmesi gereken şey, firmaların kendi aralarında işbirliği yapması değil, rekabeti önlemek için anlaşmasıdır. Kanunun yasakladığı durum budur. Yoksa, firmaların ihale öncesinde veya sonrasında güçlerini birleştirerek ortak girişim gurubu (konsorsiyum) oluşturmaları her zaman yapılan bir şeydir.

Kaldı ki, rekabet, ihaleye davet edilen firmaların sayısı ile ve ihalede gerçekleşen tezellatların miktarı ile ölçülmez. İhalede verilen tekliflerin aynı kişi tarafından tayin edilmiş olması halinde rekabet engellenmiş olur. Katılan firmaların kendi iradeleri ile teklif vermeleri, yeterli rekabetin varlığının karinesidir.

İddia konusu ihalelerde rekabetin önlenildiğini gösterecek tek bir kanıt dahi mevcut değildir. Nitekim, ihalelere davet edilen ve edilmeyen firma temsilcileri tanık olarak dinlenmiş ve hiç biri katılan firmalar arasında rekabeti önleyecek şekilde anlaşma yapıldığı iddiasını doğrulamamıştır.

Ayrıca, 2886 sayılı Kanun, bizi teyid eder şekilde, "Uygun bedel: Arttırmalarda, tahmin edilen bedelden aşağı olmamak üzere teklif edilen bedellerin en yükseğini; eksiltmelerde, tahmin edilen bedeli geçmemek üzere teklif edilen bedellerin TERCİHE LAYIK GÖRÜLENİNİ ifade eder." demek suretiyle, arttırmada idareye vermediği takdir yetkisini, eksiltmede vermiştir.

E. 2004/5, K. 2006/2 (Yüce Divan)

Eksiltmede yapılan indirimin miktarı da ihalenin rekabet göstergesi değildir. Burada idarenin elinde yapılan tenzilatı az bulması halinde eski ifadesiyle (haddi layık bulmamak) gibi önemli bir yetki vardır. O nedenle, Meclis Soruşturma Komisyonu'nun "ihaleye katılımı sınırlayarak veya firmaların ortak girişim yapmasına izin vererek en avantajlı teklifin verilmesini engellemek" suçlamasının haklı bir temeli yoktur.

- Projelerin tamam olmadan ihaleye çıkılması nedeniyle yüksek keşif artışlarına neden olduğu ve böylece devleti zarara uğratarak firmalara menfaat sağladığı iddiası:

Öncelikle, iddia konusu ihalelerin tümünün projeleri mevcuttur. Karayolları Genel Müdürlüğü bu hususu Meclis Komisyonuna iki defa yazılı olarak bildirmiş ve yetkilileri de Komisyonunda ifade etmişlerdir.

İkincisi, müvekkilimiz hiç bir keşif artışı vermemiştir. Buradaki keşif artışlarının % 80'inden fazlası müvekkilimizden sonraki dönemlerde yapılan güzergah değişikliğinden kaynaklanmıştır. Bunların proje hatasıyla ilgisi yoktur.

Kaldı ki, projeleri yaptıran müvekkilim değildir. Proje ihaleleri müvekkilimden önceki dönemlerde gerçekleşmiştir. Bu tamamen teknik bir konudur. Türk ceza sistemi içerisinde yanlış proje yaptırmak diye bir suç da yoktur.

Diğer taraftan, müvekkilimizden sonraki dönemlerde verilen keşif artışlarında da mevzuata aykırı ve TCK'nun 240. maddesine göre suç teşkil eden hiç bir husus bulunmadığı, Ankara 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin Karayolları Genel Müdürlüğü yetkilileri hakkında verdiği 19.07.2004 tarih ve E.2003/281, K.2004/223 sayılı beraat kararı ile sabit olmuştur.

Söz konusu ihaleleri başından sonuna yürüten Karayolları Genel Müdürlüğü yetkilileri suç işlemediklerine göre, sadece bu ihalelerle ilgili iki onayı Bakan olarak imzalayan müvekkilimizin eyleminin suç oluşturmadığı evleviyetle kabul edilmelidir.

c- 205. maddedeki suçun manevi unsuru, failin görevini kişisel çıkar sağlamaya alet ettiğini bilmesi ve istemesidir. Müvekkilimizin asla böyle bir kastı olamaz.

Tam tersine, bütün hayatı boyunca (belki de gereğinden fazla) devlet çıkarları üzerine titizliğiyle tanınan ve bilinen bir kimsedir. Burada memnuniyetle ifade edelim ki, Türk kamuoyu müvekkilimizin bugüne kadar yürüttüğü hiç bir Bakanlık hizmetinde kendisi, ailesi, çevresi ve yakınları ya da hiç kimse için tek kuruluşluk menfaat sağlamayacağına tam bir inanç içindedir.

Müvekkilimiz, Karayolları Genel Müdürlüğünce hazırlanan iki onayı sadece hukuka ve idarenin yararına uygun bulduğu için imzalamıştır.

Yaşar Topcu Kararı

Kaldı ki, müvekkilimizin olayda kişisel çıkar sağladığına dair ne somut bir iddia ve ne de bir kanıt vardır. Kendisinin ve yakınlarının bütün malvarlığı incelenmiş, malvarlığında artış değil azalma tespit edilmiştir.

O halde, müvekkilimizin suç işlemek kastıyla hareket ettiğinden sözetmek de mümkün değildir.

Bütün bunlar, müvekkilimiz hakkındaki iddianın siyasi malzeme yapılmak ve iddia sahiplerine siyasi avantaj sağlamak amacıyla ortaya atıldığını, tamamen hak-sız ve temelsiz olduğunu, tümüyle varsayma (hipoteze) dayandığını, olayda 205. maddedeki suçun hiç bir unsurunun mevcut olmadığını açıkça ortaya koymaktadır.

İddia konusu ihaleler, Devletin parasal imkansızlığı ve Karadeniz sahil yolunun bir an önce hizmete sokulması mecburiyeti gözönüne alınarak dış kredili olarak yap-tırılmış ve en az maliyetle, en seri şekilde bitirilmesine çalışılmıştır.

Maliyetlerin düşük olması için, müteahhitlerden teklif alınması usulü benim-senmemiş, Bayındırlık Bakanlığı birim fiyatlarından indirim usulü tercih edilmiştir. Sağlanan indirimlere, dış kredi maliyetleri eklendiğinde, o gün için en uygun teklif-lerin alındığı açıkça görülmektedir. Neticede, yapılan ihalelerle büyük bir kamu yararı sağlanmıştır. Aksi yöndeki zarar iddiası ise tamamen farazi ve temelsizdir.

II- BAŞSAVCILIĞIN ESAS HAKKINDA MÜTALAASINA KARŞI BEYANLARIMIZ:

Başsavcılık, Yüce Divana sevk kararında yeralan bazı iddiaların sübuta erdiği, bazılarının ise sübuta ermediği yolunda mütalaada bulunmuştur.

Başsavcılık, sabit olduğunu iddia ettiği fiillerin, devletin zarara uğratıldığı ke-sin biçimde saptanamadığından ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmadığını, ancak, bu fiillerin 765 sayılı TCK'nun 240. ve 5237 sayılı TCK'nun 257. maddelerindeki görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğunu iddia etmiştir.

Bu itibarla, burada sadece Başsavcılığın sabit olduğunu iddia ettiği hususlarla ilgili mütalaalarına karşı beyanda bulunacağız.

Ayrıca, müvekkilimizin suç işlemesi asla sözkonusu olmadığından, Başsavcılı-ğın zamanaşımına ilişkin değerlendirmeleri hakkında beyanda bulunmayı gereksiz addediyoruz.

Şimdi Başsavcılığın sabit olduğunu ve 765 sayılı TCK'nun 240. ve 5237 sayılı TCK'nun 257. maddelerindeki görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğunu iddia ettiği hususları tek tek irdeleyelim.

1- Devlet için ihalelerin en elverişli koşullarda sonuçlandırılmasını sağlamak amacıyla ihale usul ve esasları ile isteklilerde aranacak yeterlik koşullarının nesnel bir biçimde saptanmadığı iddiası;

Karayolları Genel Müdürlüğü, bugüne kadar yüzlerce yol ihalesi yapmış uzman bir kuruluştur. Karadeniz sahil yolu yapım işinin taşıdığı özellikler sebebiyle Bakanlar Kurulu bu projenin 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 89. maddesi uyarınca bu kanun kapsamı dışına çıkarılmasına karar vermiştir. Karayolları Genel Müdürlüğü de, uzman bir kuruluş olarak bilgi ve deneyimlerinin ışığında ihale usul ve esaslarını tespit ederek o tarihte Bakan olan müvekkilimizin onayına sunmuştur.

Başsavcılık, yol yapımı konusunda Karayolları Genel Müdürlüğünden daha çok uzmanlığa sahip bir kurum değildir. Karadeniz sahil yolunun taşıdığı özellikleri bilecek ve takdir edecek bir birikime de sahip değildir. Buna rağmen, Başsavcılık, ihale usul ve esaslarının doğru ve işin özelliğine uygun şekilde saptanmadığını iddia edecek cesareti kendinde bulabilmiştir.

Diğer taraftan, Başsavcılığın bu konuda yerindelik denetimi yapmak gibi bir yetkisi de yoktur. Böyle bir yetki, idarenin eylem ve işlemlerini denetlemekle görevli olan idari yargı organlarına dahi verilmemiş, hatta İYUK'nun 2/2. maddesinde açıkça yasaklanmıştır.

Ancak,, Başsavcılık, ihale usul ve esaslarının doğru ve işin özelliğine uygun şekilde saptanmadığını iddia ederek, kendisini yerindelik denetimi yapmaya yetkili görebilmiştir.

Bir idari işlemin hukuka aykırı olması için, mevzuatın herhangi bir hükmünün ihlal edilmiş olması gerekir. Başsavcılık, önce dava konusu ihalelerin Bakanlar Kurulu kararı ile 2886 sayılı kanun kapsamı dışına çıkartıldığını belirtmekte, sonra da bu kanun hükümlerinin ihlal edildiğinden bahsetmektedir. Böyle bir mantığı ve yorumu kabul etmek mümkün değildir.

Başsavcılık, ihale usul ve esaslarının müvekkilimizin iradesi doğrultusunda belirlendiğini ve yürürlüğe konulduğunu iddia etmektedir. Karayolları Genel Müdürlüğü yetkililerinin tamamı bu konuda tanık olarak dinlenmiş ve içlerinden biri dahi müvekkilimizin ihalelerin başından sonuna kadar kendilerine en küçük bir müdahalesinin dahi olmadığını açıkça ifade etmişlerdir. Aksini gösteren başka bir tanık beyanı veya kanıt da yoktur. Buna rağmen, Başsavcılık, kendisini delillerle bağlı saymadan, sadece akıl yürütme ve varsayım yoluyla aksi yönde iddiada bulunabilmiştir.

2- İhalelere davet edilen firma temsilcileri ile ihale öncesinde görüşmeler yapıldığı iddiası:

Dosyada Başsavcılığın bu iddiasını doğrulayan tek bir kanıt dahi yoktur. Dinlenen tanıklardan hiç biri de bu iddiayı doğrulayacak bir beyanda bulunmamıştır.

Yaşar Topcu Kararı

Ancak, Başsavcılık, yine kendisini delillerle bağlı saymadan, sadece akıl yürütme ve varsayım yoluyla aksini iddia edebilmiştir.

3- O tarihlerde karadeniz sahil yollarında çalışmakta olan, teknik yeterlikleri ve güçleri olura uygun bulunan Bal-İş, Tubin ve Öz İnşaat firmalarının haklı bir neden olmadan ihalelere çağrılmadığı iddiası:

Başsavcılık, ismini verdiği 3 firmanın teknik yeterlikleri ve güçleri konusunda yine kendisini Karayolları Genel Müdürlüğünden daha bilgili ve yetkili görmüştür. Ancak,, bu 3 firmanın teknik yeterlikleri ve güçlerinin ne olduğu konusunda somut bir bilgi de vermemiştir.

Bu 3 firmadan birisi karadeniz sahil yolu projesinde çalışan firmalardan değildir. Diğer ikisi de, yukarıda arzedilen haklı sebeplerle ihaleye davet edilmemiştir. Başsavcılık, sadece bu üç firma temsilcisinin beyanlarına dayanarak ve bu beyanları doğru kabul ederek müvekkilimize suçlama yöneltmiştir.

Daha önce de arzettiğimiz gibi, tanık, maddi sorunu oluşturan olay veya olaylar hakkında duyu organları aracılığıyla edinilmiş bilgisi bulunduğu varsayılan kişidir.

Meclis Komisyonu, ihaleden 7 sene sonra, "ihaleye çağrılmayan firmalar" adı altında bir tanık kategorisi yaratmış ve bu firmalara yazı yazarak firmalarını temsilen bir üst düzey yetkiliyi çağırıp dinlemiştir. Komisyon bu suretle, ihaleye davet edilmemekten dolayı Bakan olarak müvekkilimize muğber olduklarını tahmin ettiği firma temsilcilerini tanık sıfatıyla dinleyerek aleyhte delil toplama çabasına girmiştir.

Yüce Divan da, tüm itirazlarımıza rağmen, tanık karakteri taşımayan aynı kişileri tekrar dinlemiştir. Oysa, ihaleye katılmayan bir firmanın, o ihale hakkında 5 duyu organı aracılığıyla edindiği bir bilgisinin olamayacağı aşikardır. Ayrıca, çağrılmamış olan firmalardan idareye ya da müvekkilime muğber olmuş olanların çıkması tabiidir. Kısaca, bu firmalar çağırılıp dinlendiği zaman bunların sıfatı olsa olsa müşteki olur. Bu kimselerin tanık olarak dinlenmesi delillerin hukukiliği ilkesine aykırıdır.

Bu firma temsilcileri çağırılıp tanık olarak dinlenmek suretiyle ihaleye çağrılmayan çok sayıda firma olup olmadığının tespitini yapmak doğru bir yöntem değildir. Böyle olabilseydi, 2886 sayılı Yasanın 44. maddesi "yeterlikleri idarece bilinen" deyimini yerine "kendilerini yeterli sayan üç firma idarece çağrılarak ihale yapılır" hükmünü taşırdı.

Buna rağmen Başsavcılık, ihaleye çağrılmayan bu 3 firmanın temsilcilerini tanık vasfında kabul etmiş ve onların beyanlarını doğru/gerçek gibi benimsemiştir.

Bu 3 firmanın neden ihaleye davet edilmediğini, yukarıda savunmamızın ilgili bölümünde açıkladığımızdan burada tekrar etmeye gerek görmüyoruz.

Ancak,, şu hususu tekrar belirtelim ki, ödenek üstü harcama yapma kriteri konusunda Karayolları Genel Müdürlüğü bugüne kadar birbiriyle taban tabana çelişen açıklamalarda bulunmuştur. Üstelik, Karayolları Genel Müdürlüğü, davaya müdahale etmiş ve taraf konumuna girmiştir. Açıklama ve yorumları, her iki sebeple de delil vasfında kabul edilemez.

4- İhale usul ve esaslarındaki otoyol yapımını gerçekleştirme ve Karadeniz sahil yolunda çalışma koşulları daha sonra kaldırılarak 4 firmanın daha ihaleye davet edildiği, bu ölçütlere sahip çok sayıda firmanın ise ihalelere çağrılmadığı iddiası:

Savunmamızın ilgili bölümünde açıklandığı üzere, ihale usul ve esaslarında yeralan kriterlere uygun 11 firma belirlendikten sonra, bir tedbir olarak, dış kredi getirebilecek güçte olduğu bilinen 4 büyük firma daha bunlara ilave edilmiştir. Bunlar, Güriş, Limak, Mapa ve Makyol firmalarıdır.

Burada amaç, kuşkusuz ki rekabeti artırmaktır. Başsavcılık, bu firmalarla aynı güçte daha çok sayıda firma bulunduğunu iddia etmesine rağmen, bu konuda örnek olarak tek bir firma ismi dahi vermemiştir. O halde, bu firmalar hangileridir, belli değildir.

Başsavcılığın 9/19 esas numaralı Soruşturma Komisyonu'nda müvekkilimizin 09.11.1998 tarihli ifadesini ikrar gibi göstermesi ifadenin çarpıtılmasıdır. Müvekkilimizin 9/19 esas sayılı Soruşturma Komisyonu'nda ifadesine başvurulduğunda sorulan sorulardan birisi şudur; "Bakan olarak yetkinizi kullanmak suretiyle davet edin dediğiniz firmalar hangileridir?" Görülüyor ki, soru maksatlı sorulmuştur. Müvekkilimiz de, siyasi hasımları tarafından haksız şekilde töhmet altında bırakılmaya çalışılan dürüst ve cesur bir siyasetçiden beklenecek bir tavırla, kendi bakanlığı döneminde yapılan ihaleye sahip çıkmış ve ihaleye davet edilen firmaların tümünü kendisinin seçtiğini söylemiştir. Bu ifadenin, maksatlı soruya tepki anlamında olduğu müvekkilimizin o komisyonda verdiği ifadenin tümünden anlaşılmaktadır. Nitekim, aynı ifadenin 23. sayfasında, müvekkilimiz; "Karayollarına bugüne kadar Türkiye'de otoyol yapmış, dışarıdan birinci sınıf bankalardan kredi bulmuş firmalardan kim varsa bunları tespit edin gelin dedim. Getirdiler." ifadesini, soruyu soranlar gibi sanki bu maksatlı soruya katılıyormuşcasına Başsavcılığın da görmezlikten gelmesini yadırgamamak mümkün değildir. Aynı şekilde, Yüce Divan 'da tanık sıfatıyla ifade veren dönemin Karayolları Genel Müdürü, bu firmaları kendilerinin tespit ederek bakan onayına sunduklarını, bakan olan müvekkilimizin sonradan ilave edilen 4 firma için; "Şunlara bakın, sizin şartlarınıza, ölçülerinize uygunsa veya başkaları da varsa çağırın" dediğini açıkça beyan etmiş, soru üzerine de, "Çağırın demedi, uygunsu bakın dedi" şeklinde ifadesini üstelemiştir. Müvekkilimizin, Yüce Divandaki ifadesinde "Ben bakan olduğum zaman bu ihaleye davet edilen firmalardan iki tanesini patronları ile olan merhabam yüzünden tanıyordum, diğerlerini tanıımıyordum" şeklindeki beyanları da, 9/19 esas sayılı Soruşturma Komis-

Yaşar Topcu Kararı

yonu'ndaki "Hepsini ben seçtim" sözünün maksatlı soruya gösterilen bir tepki olduğunun açık ifadesidir.

5- Üç proje halindeki işlerin altı kısma bölüldüğü, önceki olurlarda firmaların tek başlarına veya ortak girişim olarak katılacakları ihalelerin sayısı açısından bir sınır bulunmadığı halde, 08.09.1997 tarihli olur ile, firmaların işlerden birinin kendisinde kalması halinde ikinci işe ancak, ortak girişim oluşturma ve önceden idarenin uygun görüşünü alma şartıyla teklif vereceklerinin kabul edildiği, böylece ihalelerin birbiriyle ilişkilendirildiği, firmaların ortak girişim oluşturmalarının teşvik edildiği, ihaleleri katılan firmalardan biri hariç diğer firmaların oluşturdukları ortak girişimlerin kazandığı iddiası:

Başsavcılığın iddia ettiği bu hususlar, Karadeniz sahil yolunun çeşitli etaplarının bir an önce bitirilip hizmete sokulmasına yöneliktir. Alınan kararların tek amacı budur.

Esasen bu uygulama ilk defa yapılmış değildir. Başsavcılığın ifadesine sığındığı Bal-İş'in programda tek bir iş olarak görünen Ünye-Piraziz yolunun müvekkilimizden önceki dönemde 3'e bölünerek verilmiş olması dahi, bu uygulamanın önceden beri yapılageldiğini göstermektedir.

Başsavcılık, hiç bir şekilde yetkili olmadığı halde, burada da yerindelik denetimi yapmaya kalkışmaktadır. Üstelik, bu işleri uzman kuruluş olan Karayolları Genel Müdürlüğü kadar bilecek durumda da değildir.

Başsavcılık, 2886 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmaması nedeniyle idareye usul ve esaslar açısından çeşitli çözüm yollarından birini seçme ve yeni çözüm yolları üretme konusunda takdir yetkisi verildiğini, ancak, bu yetkinin mutlak ve sınırsız olmayıp kamu yararına kullanılması gerektiğini mütalaasında belirtmiş, daha sonra idareye tanınan takdir yetkisinin kamu yararına kullanılmadığını iddia etmiştir.

Başsavcılık bir idari yargı organı olmayıp, idari işlemlerde kamu yararı olup olmadığına karar verme yetkisi bulunmamaktadır. Yukarıda da arz edildiği üzere, Karadeniz sahil yolu ihaleleri hakkında idari yargıda hiç bir dava açılmamış ve dolayısıyla kamu yararı olup olmadığına ilişkin bir karar da verilmemiştir. O halde, Başsavcılık olayda takdir yetkisinin kamu yararına kullanılmadığını iddia ederken, sadece kendi akıl yürütme ve varsayımlarına dayanmıştır.

Diğer taraftan, Başsavcılığın iddiasının aksine, ihaleleri ortak girişimlerin (konsorsiyumların) kazanmış olması kötü ve olumsuz bir durum olmayıp, dünyadaki bütün büyük projelerin yapımında firmaların güçlerini birleştirerek ortak girişim olarak yer aldıkları bilinen bir husustur.

Yukarıda da arzedildiği üzere, ihalelerde dikkat edilmesi gereken şey, firmaların kendi aralarında işbirliği yapması değil, rekabeti önlemek için anlaşmasıdır. Kanu-

nun yasakladığı durum budur. Yoksa, firmaların ihale öncesinde veya sonrasında güçlerini birleştirerek ortak girişim (konsorsiyum) oluşturmaları her zaman yapılan bir şeydir.

SONUÇ VE TALEP:

Yukarıda arzedilen sebeplerle, TBMM'nin geri alınamaz nitelikteki "Yüce Divana sevk etmeme" kararı kaldırılarak "Yüce Divana sevk" kararı verilmesi, kesin hüküm ilkesinin ihlali niteliğinde olduğundan ve dolayısıyla dava şartı gerçekleşmediğinden davanın düşmesine, aksi taktirde, müvekkilimize isnat edilen suç vaki ve varid olmadığından, müsnet suçtan BERAATİNE karar verilmesini saygı ile bilvekele arz ve talep ederiz."

Sanık müdafii Av. Ömer Asım Livanelioğlu, 28.4.2006 günlü dilekçesinde ek savunma hakkına ilişkin beyanda bulunmuştur. Dilekçede özetle;

- Yüce Divanın, TBMM'nin sevk kararında belirtilen suç niteliğinde Ceza Muhakemesi Kanununun 226. maddesine göre bir değişiklik yapamayacağını,

- Yüce Divanın yukarıdaki görüşün aksine bir uygulama yapması durumunda dahi sanığa yüklenen görevi kötüye kullanmak ve ihaleye fesat karıştırma suçlarının eski ve yeni ceza kanunlarına göre sabit olmadığını,

ileri sürmüştür.

V- USUL SORUNLARI

Bu bölümde yargılama sırasında sanık, sanık müdafileri, katılan idare vekilleri ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından ileri sürülen usule ilişkin sorunlar incelenmiş ve bu sorunları çözümlen ara kararlarının gerekçelerine yer verilmiştir.

A- TBMM'NİN YÜCE DİVANA SEVK KARARINA YÖNELİK İTİRAZLAR VE KARARLAR

Sanık Yaşar Topcu 17.11.2004 günlü dilekçesi ve 2.3.2005 günlü oturumdaki beyanlarında özetle;

- TBMM Genel Kurulunca 29.6.2000 gününde verilen "Yüce Divana sevk mahal olmadığına" dair kararın varlığını sürdürdüğünü ve kesin hüküm niteliğinde bulunduğunu, bu kararın kesin hüküm niteliğinde olmasa bile ancak, yeni delil veya yeni olayların varlığı halinde değiştirilebileceğini, keyfi olarak ikinci kez aynı konuda Meclis soruşturması açılmayacağını,

Yaşar Topcu Kararı

sonraki raporda kendisine isnat olunan “projelerin yanlışlığı” ve “keşif artışına sebep olma” eylemlerinin kendisi ile ilgili olamayacağını, projelerin kendisinden önceki bakanlar tarafından yaptırıldığını, keşif artışlarının ise kendisinden sonra gerçekleştiğini, bu durumun Anayasanın 100. maddesine aykırı olduğunu,

-Meclis soruşturmasının Anayasanın 100. maddesinin ikinci fıkrasına aykırı biçimde sürdürüldüğünü, bu maddeye göre soruşturma komisyonlarının en çok dört ay içinde çalışmalarını tamamlayıp raporlarını Meclis Başkanlığına vermek zorunda olduklarını, soruşturma komisyonunun 13.4.2004 tarihinde kurulduğunu ve 27.10.2004 tarihinde raporunu teslim ettiğini ve bunun da altı aydan fazla bir süreyi kapsadığını, soruşturma komisyonlarının TBMM İçtüzüğünde sayılan komisyonlardan olmadığını, Anayasanın 100. maddesinde kuruluşu, çalışma süresi ayrıca düzenlenmiş olmakla farklı bir statüde bulunduğunu, İçtüzükte de çalışmasının diğer komisyonlardan ayrı bir düzenleme ile gösterildiğini, bir suçun soruşturulmasının aralıksız sürdürülmesi gerektiğini, soruşturma komisyonlarının sınırlı süreli komisyonlardan olduğu ve yasama dönemi süresince kurulması zorunlu olan sürekli komisyonlar gibi tatile girerek ya da ara vererek çalışamayacaklarını ve sürelerini aşamayacaklarını,

-Meclis soruşturma komisyonunun iki üyesinin 1.10.2004 tarihinde toplanan TBMM'nin Başkanlık Divanına seçildiğini ve İçtüzüğün 21. maddesinin son fıkrasına göre bu iki üyenin komisyon üyeliklerinin sona erdiğini, bu nedenle komisyonun Anayasa ve İçtüzüğe aykırı olarak çalışmalarını onüç kişi ile tamamladığını,

- Başkent Üniversitesi Hastanesinin, 8.11.2004 tarihinden itibaren bir haftalık istirahat öngören raporunu, (9/9) Esas Numaralı Meclis Soruşturma Komisyonu Raporunun görüşüleceği 9.11.2004 gününden bir gün önce Meclis Başkanlığına sunduğunu ancak, Başkanlıkça verilen cevapta görüşmenin başka bir güne ertelenemeyeceğinin bildirildiğini, bu uygulamanın İçtüzüğün 112. maddesinin ikinci fıkrasına mutlak aykırılık teşkil ettiğini ve böylece savunma hakkı tanınmaksızın alınan kararın hukuka aykırı olduğunu,

ileri sürerek hakkındaki Yüce Divana sevk kararının kabul edilmemesini ve dosyanın iadesini istemiştir.

Sanık müdafileri Av. Ömer Asım Livanelioğlu ve Akın Balcı ise özetle, TBMM tarafından verilen “Yüce Divana sevk etmeme” kararının kesin hüküm niteliğinde olduğunu, sanık hakkında aynı konuda ve aynı eylemlere dayalı ikinci soruşturma önergesi verilemeyeceğini, bu nedenle açılan davanın 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 223. maddesi gereğince düşürülmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı yukarıda belirtilen savlara ilişkin görüşünde özetle;

-Soruşturma organlarının kararlarının kesinliğinin mutlak olmadığını, bu kararların kesinliğinin kendileri için değil taraflar yönünden söz konusu olduğunu, kaldı ki TBMM Genel Kurulunun sanığın "Yüce Divana sevk edilmemesi" yönündeki kararı, hakkında soruşturma yapılan Başbakan veya Bakanın Yüce Divanda yargılanmaması / kamu davası açılmaması sonucunu doğurduğundan içeriği itibarıyla 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 164. maddesi gereğince Cumhuriyet savcısının verdiği "takibata yer olmadığına dair karara / takipsizlik kararına" benzetilebilirse de niteliği itibarıyla bir parlamento kararı olduğunu ve hiçbir denetime de tabi bulunmadığını, bu nedenle de söz konusu kararı, tam yargısal nitelikli bir işlem olarak kabul edip kesin hükme benzetmenin veya kesin hüküm sonuçları atfetmenin yasal temelinin mevcut olmadığını, zira, gerek öğretide ve gerekse uygulamadaki kararlarda açıklandığı üzere "kesin hükmün" / maddi anlamda varlığı ile aynı sanık hakkında aynı fiilden dolayı tekrar yargılama yapılamaması sonucunu doğuran olumsuz / önleyici etkisinden bahsedebilmenin temel unsurunun "yargılama makamları" tarafından verilmiş bir hükmün varlığına bağlı olduğunu,

Bu nedenlerle, TBMM'nin yeniden Meclis soruşturması prosedürünü uygulayarak aynı kişi hakkında aynı fiilden dolayı yeni delil veya olguya dayanarak veya hata yaptığını düşünerek ya da önceki kararın herhangi bir nedenle kusurla sakatlanmış olduğunu kabul ederek "Yüce Divana sevk kararı" vermesinin mümkün olduğunu,

-İçtüzüğün 5., 6., 25. ve 183. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, TBMM'nin aldığı tatil veya ara verme kararlarına, aksine bir karar alınmadıkça Meclis soruşturma komisyonlarının da uyması zorunlu olduğundan, tatil veya ara vermede geçen sürelerin Meclis soruşturması için belirlenen kesin sürelerle dahil olduğunun söylenemeyeceğini, kaldı ki, gerek Anayasanın 100. ve gerekse TBMM İçtüzüğü'nün 110. maddesinde öngörülen sürelerin "hak düşürücü" nitelikte olmadığını, Meclis soruşturmasının uzun ve belirsiz bir zamana yayılarak ilgilinin siyasi baskı altında tutulmasını engellemeye ve çalışmalarını hızlandırmaya yönelik "düzenleyici" bir süre olduğunu ve uyulmaması halinde yapılan işlemlerin geçersiz hale gelmeyeceğini,

- Komisyonun çalışmalarını onüç üye ile sürdürüp tamamlamasının, Anayasa ve İçtüzüğe göre, yaptığı işlemleri ve aldığı kararları geçersiz hale getirmeyeceğini, İçtüzüğü'nün 22. maddesine göre yeni üye seçilinceye kadar komisyonun yetkisinin aynen devam ettiğini, komisyonun üye sayısının

Yaşar Topcu Kararı

toplantı yeter sayısının üzerinde bulunduğundan toplantı ve karar yeter sayısına ulaşılması kaydıyla noksan üye ile çalışmaların sürdürülebileceğini ve soruşturmanın sonuçlandırılabilceğini, soruşturma komisyonunun İçtüzüğü'nün 110. maddesine uygun bir biçimde çalışmalarını sürdürdüğünü, Yüce Divana sevk yönündeki kararını toplantı ve karar yeter sayısına ulaşarak verdiğini,

- Anayasanın 100. ve İçtüzüğü'nün 112. maddelerinde, hakkında soruşturma açılan ilgilinin soruşturma komisyonu raporunun TBMM Genel Kurulunda görüşülmesi sırasında hazır bulunmasını zorunlu kılan bir hükmün yer almadığını, soruşturma komisyonu raporunun görüşülmesi sırasında ilgilinin hazır bulunması ve son sözlerinin alınması zorunluluğu kabul edilse dahi sanığın rahatsızlığı nedeniyle görüşme gününün ertelenmesi isteğinin sürenin düzenleyici nitelikte olduğu dikkate alınmadan reddedilmesi ve soruşturma komisyonu raporunun görüşülmesi sırasında TBMM Genel Kurulunda hazır bulunmadığından söz hakkını kullanamamasının, savunma hakkının özünü ihlal eden ve Yüce Divana sevk kararını geçersiz kılacak nitelikte bir usulsüzlük olmadığını, zira kısıtlandığı düşünülen savunma hakkının yargılama aşamasında tam olarak kullanılmasının mümkün olduğunu,

ileri sürerek sanığın istemlerinin reddine karar verilmesini istemiştir.

1- Kesin hüküm itirazı

Sanık hakkında daha önce verilmiş olan (9/19) esas numaralı Yüce Divana sevkine mahal olmadığına yönelik kararın kesin olduğuna ilişkin itirazın incelenmesinde;

TBMM'nin 20. yasama döneminde Çanakkale Milletvekili Nevfel Şahin ve 56 arkadaşı tarafından verilen Karadeniz sahil yolunun devamı olan yolların ihalesinde usulsüzlük yaparak Devleti zarara uğrattığı ve bu eyleminin Türk Ceza Kanununun 240. maddesine uyduğu iddiasıyla eski Bayındırlık ve İskan Bakanı Yaşar Topçu hakkında verilen önerge üzerine, (9/19) Esas Numaralı Meclis Soruşturma Komisyonu kurulduğu, soruşturma bu dönem içerisinde bitirilemediği için 21. döneme intikal ettiği, 21. dönemde yeniden oluşturulan komisyon tarafından 8 kabul, 5 ret oyla alınan Yüce Divana sevk yönünde kararı içeren komisyon raporunun genel kurula sunulduğu, söz konusu raporun genel kurulun 29.6.2000 tarihli 122. birleşiminde görüşüldüğü ve 177 ret, 174 kabul, 9 çekimser oyla Yüce Divana sevk yönündeki komisyon raporunun reddedildiği TBMM tutanaklarından anlaşılmıştır.

Gerek doktrin ve gerekse uygulamada, TBMM'nin Yüce Divana sevk kararına kadar geçen süreç hazırlık soruşturmasına, Yüce Divana sevk kararı da iddianameye benzetilmektedir. Bu durumda TBMM'nin Yüce Divana

sevk etmeme yönünde vereceği karar da Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 164. maddesinde düzenlenen kovuşturmayaya yer olmadığı (takipsizlik) kararına benzemektedir .

Olay tarihinde yürürlükte olan “*Takibata yer olmadığına dair karar*” başlıklı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 164. maddesinde; “*Yapılan hazırlık tahkikatı sonunda, kamu davasının açılması için yeterli delil bulunmaması veya keyfiyetin takibe değer görülmemesi halinde Cumhuriyet Savcısı takibata yer olmadığına karar verir. Bu karar, evvelce sorguya çekilmiş veya tutuklama müzekkeresi verilmiş sanığa, suçtan zarar gören şikayetçiye ve dava açılması talebi ile dilekçe verene bildirilir.*” denilmiş, 253. maddesinde de sanığın beraatine veya mahkumiyetine, davanın reddine veya düşmesine veya muhakemenin durmasına dair kararların hüküm niteliğinde olduğu açıkça belirtilmiştir. Takipsizlik kararı ise bunlar arasında sayılmamıştır.

Cumhuriyet savcısının daha önceden açtığı davayı geri çekerek takipsizlik kararı verme yetkisi yoktur. Takipsizlik kararı hüküm niteliğinde olmadığından Cumhuriyet savcısının yeni kanıtlar ortaya çıkması durumunda ya da yeni değerlendirme yaparak aynı konuda dava açması olanaklıdır. Başka bir anlatımla, itiraz üzerine kesinleşmemiş kovuşturmayaya yer olmadığı kararları Cumhuriyet savcısını bağlamaz. Sanık açısından bu durum kazanılmış hak oluşturmadığı gibi itiraz edilmemiş bulunması kesinleşme sonucunu doğurmaz.

Öte yandan, Anayasanın 7. maddesinde yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı açıklanmıştır. Bu yetkinin açılan davayı sonuçlandırarak verdiği hükümlerle uyumsuzluğu sona erdiren mahkemeye ait olduğu şüphesizdir. Suçluları arama Cumhuriyet savcıları ile adli zabıtaya ait görevlerden olması soruşturmanın Cumhuriyet savcısı ve bazı hallerde şahsi davacı tarafından veya Anayasanın 100. ve İçtüzüğü'nün 110. maddeleri uyarınca TBMM tarafından Meclis soruşturması yöntemiyle yapılması Anayasa ve usul kanunları gereğindedir. Fakat bu işleri yapan ve kararları veren makam ve mercilere Anayasanın öngördüğü anlamda yargı mercii denilemeyeceği gibi bu iş ve işlemler sonucunda verilen kararları da yargı kararı niteliğinde görmek ve kesin hüküm olarak kabul etmek mümkün değildir.

TBMM'nin bu konuda gerek görmesi halinde, daha önce Yüce Divana sevk etmediği Bakan ya da Başbakan hakkında Meclis soruşturması açıp Yüce Divana sevk kararı vermesi mümkündür.

Öte yandan aksi düşüncenin kabulü, TBMM'de çoğunluğu ele geçiren siyasi partilerin Bakan veya Başbakan olarak görev yapan kendi mensuplarını aklamalarına ve sorumluluktan kurtulmalarına olanak sağlayacaktır.

Yaşar Topcu Kararı

Bu nedenle sanık hakkında soruşturma komisyonu raporunda belirtilen ve Yüce Divana sevke dayanak yapılan iddiaların daha önceki dönemde de Meclis soruşturması açılmasına konu olduğu, ancak TBMM Genel Kurulunda istemin reddedildiği belirtilerek bunun kesin hüküm oluşturduğu ve aynı konuda yeni vakıa ve deliller ortaya çıkmadıkça yeniden soruşturma açılmayacağı ve Yüce Divana sevk kararı verilemeyeceğine yönelik itirazın, 2.3.2005 gününde, Başkan Mustafa BUMİN, Başkanvekili Haşim KILIÇ, Üyeler Sacit ADALI, Ahmet AKYALÇIN, Mustafa YILDIRIM, Cafer ŞAT ve Serdar ÖZGÜLDÜR'ün oyları, Üyeler Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER ve Ali GÜZEL'in karşı oyları ve OYÇOKLUĞU ile REDDİNE karar verilmiştir.

Karşı oy kullanan üyelerin gerekçeleri şöyledir:

“Başbakan ve Bakanlar hakkındaki ceza soruşturması, Anayasada özel olarak düzenlenmiş ve bu düzenleme TBMM İktüzüğünde somutlaştırılmıştır. Bu prosedür Meclis soruşturması önergesi ile başlamakta ve soruşturma açılmasına karar verilmesi halinde soruşturma komisyonunun kurulması, bu komisyonun belli bir süre içinde çalışmalarını tamamlaması ve raporunu TBMM'ye sunması, raporun Mecliste görüşülmesi aşamalarından geçerek TBMM üye tam sayısının salt çoğunluğu ile ilgilinin Yüce Divana sevkine ya da ilgilinin Yüce Divana sevkinin reddine karar verilmesiyle sonuçlanmaktadır.

Bu prosedür, araya herhangi bir adli makamı koymaksızın doğrudan doğruya Yüce Divan ile başlayacak olan yargılamaya geçişi sağlamaktadır. Öyle ki bu yargılamada Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının görevi de ancak, dosyalar Yüce Divana intikal ettikten ve Yüce Divan tarafından Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderildikten sonra başlamaktadır.

Bu hukuksal prosedürün açık anlamı, Yüce Divanın görevli olduğu suçlarda ceza yargılaması sürecinin Yüce Divana sevk ya da sevk etmeme kararına kadar olan bölümünün TBMM'nin yetki alanı içinde kalmasıdır. Bir başka deyişle Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre son tahkikatın görevli mahkemede başlamasına kadar geçen aşamalar Anayasa ve İktüzük hükümlerinin yetkili kıldığı TBMM organlarınca yerine getirilmektedir. Buna göre, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre Cumhuriyet Başsavcılığınca verilecek takipsizlik kararı ve buna yapılacak itirazın yetkili yargı merciince reddi hangi sonucu doğuracaksa, TBMM'nin Yüce Divana sevk etmeme kararı da aynı sonucu doğuracak ve TBMM ancak, yeni bir delilin varlığı halinde, yeni bir Meclis soruşturması başlatarak Yüce Divana sevk kararı alabilecektir. Bu noktada Üye Ali Güzel şu farklı ve ek gerekçeyi benimsemiştir:

“Meclis soruşturması organik açıdan yasama ve politika işlemi olmakla birlikte; içeriği, işlevi ve sonuçları bakımından yargısal işlemdir. Süreci başlatan soruşturma önergesi savcının sorgu hakimine verdiği ilk tahkikat taleplerine benzemekte ve tıpkı onun gibi soruşturma ve davanın konusunu, kapsamını, sınırlarını belirlemektedir. Soruşturma açılmasına ilişkin TBMM’ce verilen karar, talepname üzerine sorgu hakiminin ilk tahkikat açılıp yapılmasına dair kararına benzemekte ve nihayet TBMM’nin Yüce Divana sevk etmeme kararı, sorgu hakiminin muhakemenin men’i kararı mahiyetini taşımaktadır. Sorgu hakimliği ve ilk tahkikat, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’ndan çıkarılmış olmakla birlikte, hukuk literatüründe ve doktrinde varlığını koruması nedeniyle, karşılaştırma yapmakta ve benzerlik aramada bir yanlışlık yoktur. Öte yandan 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu’nun 82., 89., 90., 91., 92., 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 58., 59., 60., 1512 sayılı Noterlik Kanunu’nun 154., 155. maddelerinde de benzer prosedürler bulunmaktadır. Özetle Meclis soruşturması, mahiyeti itibarıyla yasama işlemi olmadığı gibi savcı işlemi de olmayıp, hakim tarafından yapılan yargısal işlem benzeridir. Nitekim, TBMM İktüzüğü’nün 109. maddesinin üçüncü fıkrası, soruşturma önergesi verenlerin diğer ifade ile iddiayı ileri sürenlerin, konu ile ilgili görüş açıklayanların ve nihayet hakimlerin davaya bakmaktan yasaklı oldukları durumlarda bulunanların, soruşturma komisyonunda görev yapamayacakları kuralını koymakla, hakimlerinkine benzer bir tarafsızlık sağlamaya çalışmıştır. Bu nedenlerle Yüce Divana sevk etmeme kararı yargı kararı niteliğindedir ve yeni delil ortaya çıkmadıkça kesin karar otoritesini haizdir. Herhangi bir merciin onayına bağlı olmaması veya herhangi bir kanun yoluna tabi bulunmaması, bu niteliğini etkilemez.”

Bu durumda TBMM’nin Yüce Divana sevk etmeme kararına karşı bir yargı yerinde itiraz yolu bulunmadığı, ancak, böyle bir yargı yerinin varlığı ve ona yapılacak itirazın reddi halinde TBMM kararının kesinlik kazanabileceği şeklindeki gerekçe, Anayasadaki özel düzenlemenin amaç ve işlevini gözardı eden bir anlayışı yansıtmaktadır. Meclis soruşturmasının birincil amacı, icraatını beğenmediği ya da hatalı bulduğu Bakanı cezalandırmak değil, Bakanların görevlerini siyasal cezalandırma tehlikesi ya da tehdidine maruz kalmadan yapabilmelerini sağlamaktır. Oysa yukarıda anılan gerekçe, Bakanı sade vatandaştan daha az güvenceli bir duruma düşürmekle Meclis soruşturması kurumunun birincil amacıyla çalışmaktadır. Ayrıca bu anlayış, TBMM’de belli bir dönemde çoğunlukta olanlara önceki dönemde iktidarda olan siyasal rakipleri üzerinde baskı kurma ve onları siyaseten yıpratma olanağını tanımış olmaktadır. Böyle bir yaklaşım, Meclis soruşturmasının amaç ve işleviyle bağdaşmaz. Çünkü Yüce Divanda aklanma güvencesi bile yargılanma süreci içinde yaşanacak olanların telafisini sağlayamaz.

Öte yandan Meclis soruşturması süreci içinde tüm deliller değerlendirildikten sonra ilgili Bakanın Yüce Divana sevkine gerek görmeyen Meclis

Yaşar Topcu Kararı

iradesine, sonradan aynı delillere göre sevk kararını veren meclis iradesinin üstün tutulmasını haklı kılabilecek bir neden gösterilemez. Sonraki iradenin öncekine üstünlüğü ancak yasama sürecinde söz konusu olabilir. Yargısal bir işlem olan Yüce Divana sevk iradesi bakımından böyle bir üstünlük ancak yeni delillerin varlığı halinde haklı görülebilir.

Partilerin anlaşarak birbirlerini aklamaları olasılığı gerekçe gösterilerek sonraki Meclis iradesine yeni bir delil olmaksızın üstünlük tanımak, TBMM'ye güvensizlik ifade etmesi bir yana suçsuzluk karinesine de aykırı düşer. TBMM'de belli bir dönem çoğunlukta olan partileri potansiyel suçlu saymak bir yargı organının yaklaşımı olamaz.

Partilerin anlaşarak birbirlerini aklamaları olasılığının önlenmesi, Anayasa ve İçtüzükte buna yönelik düzenlemeler yapılarak sağlanır. Böyle bir olasılığa göre karar oluşturmak Yüce Divanın görevi değildir.

Açıklanan nedenlerle, sanığın Yüce Divana sevkini gerektirecek yeni delillerin var olup olmadığı araştırılarak buna göre bir karar verilmesi gerekirken, böyle bir incelemeden bağımsız olarak, daha önceki dönemde aynı fiillerle ilgili olarak kurulan Meclis soruşturma komisyonu raporu uyarınca TBMM Genel Kurulu tarafından verilen Yüce Divana sevk etmeme kararının yargılamaya engel teşkil etmeyeceği yolundaki çoğunluk kararına katılmıyoruz.”

Sanık ve müdafilerinin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının esas hakkındaki görüşünden sonra da yineledikleri bu itirazları, Yüce Divanın 26.5.2006 günlü oturumunda aynı konuda daha önce karar verildiği gerekçesiyle oybirliğiyle reddedilmiştir.

2- Komisyonun çalışmasını ve raporunu yasal sürede tamamlamadığı itirazı

Meclis soruşturma komisyonunun görevini ve raporunu Anayasanın 100. ve TBMM İçtüzüğü'nün 110. maddelerinde belirtilen hak düşürücü süre içinde tamamlamadığına ilişkin itirazın incelenmesinde;

Anayasanın 100. maddesinin ikinci fıkrasında, “Komisyon, soruşturma sonucunu belirten raporunu iki ay içinde Meclise sunar. Soruşturmanın bu sürede bitirilememesi halinde, Komisyona iki aylık yeni ve kesin bir süre verilir. Bu süre içinde raporun Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına teslimi zorunludur.” TBMM İçtüzüğü'nün 110. maddesinin son fıkrasında da “Soruşturma komisyonu, raporunu Anayasa'nın 100 üncü maddesine göre kuruluşundan itibaren iki ay içinde verir. Soruşturmanın bitirilememesi halinde, komisyona iki aylık yeni ve kesin bir süre verilir. Komisyonun bu konudaki istem yazısı Genel Kurulun bilgisi-

ne sunulur. Bu süre içinde raporun Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına teslimi zorunludur." denilmektedir.

Meclis soruşturma komisyonunun görev süresi Anayasada açıkça belirtilmiştir. Bu durumda soruşturma komisyonu çalışmalarını en fazla dört ay içinde tamamlamak zorundadır.

Tatil ve ara verme TBMM İçtüzüğü'nün 5. ve 6. maddelerinde tanımlanmıştır. Buna göre, *Tatil, Türkiye Büyük Millet Meclisinin çalışmalarının belli bir süre ertelenmesidir. Danışma Kurulunun önerisi üzerine Genel Kurulca başka bir karar alınmadıkça Türkiye Büyük Millet Meclisi 1 Temmuz günü tatile girer. Bir yasama yılı içinde üç aydan fazla tatil yapılamaz". "Ara verme, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onbeş günü geçmemek üzere çalışmalarını ertelemesidir. Türkiye Büyük Millet Meclisinin ara verme kararı alması, Danışma Kurulunun bu konudaki görüşü alındıktan sonra teklifin Genel kurulca oylanması suretiyle olur.*

TBMM İçtüzüğü'nün 183. maddesinde, *"Bu içtüzükte gösterilen süreler, aksi, Anayasa, Yasa veya İçtüzükte belirtilmedikçe, tatil sırasında işlemez"* denilmektedir. Kural olarak komisyonlar Meclisin çalışma dönemi içinde faaliyet gösterirler. Komisyonların tatil sırasında çalışmalarına devam edebilmeleri için Meclise başvurarak bu konuda karar istemeleri gerekmektedir. Bu durumda Meclis tarafından karar verilmediği takdirde, tatil veya ara verme süresince komisyonun görev süresi işlemeyecektir.

Somut olayda, (9/9) Esas Numaralı Meclis Soruşturma Komisyonu 13.4.2004 gününde çalışmalarına başlamış, Anayasanın 100. maddesinin ikinci fıkrasına göre, iki aylık çalışma süresi 13.6.2004 gününde sona ermiş, komisyon bu süre içinde çalışmalarını tamamlayamadığından ek süre talep etmiş, TBMM Genel Kurulu komisyona 13.6.2004 gününden başlamak üzere iki aylık ek süre vermiştir. Meclis 16.7.2004 gününden itibaren tatile girmiş ve 1.10.2004 tarihinde -olağanüstü toplantılar hariç- açılmıştır. Ek süredeki bir aylık süre, 13.7.2004 gününde sona ermiştir. Meclis 16.7.2004 gününde tatile girdiğinden, komisyonun geriye yirmiyedi günlük bir çalışma süresi kalmaktadır. Meclisin 1.10.2004 gününde açıldığı dikkate alındığında, raporun en geç 27.10.2004 günü mesai saati sonuna kadar Meclis Başkanlığına sunulması gerektiği anlaşılmaktadır. Rapor, Meclis Başkanlığına 27.10.2004 gününde teslim edildiğinden, bu yönden bir aykırılığın söz konusu olmadığı görülmektedir.

Belirtilen nedenlerle, Başkan Mustafa BUMİN, Başkanvekili Haşim KILIÇ, Üyeler Sacit ADALI, Fülya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Cafer ŞAT, A. Necmi ÖZLER, Ali GÜZEL ve Serdar ÖZGÜLDÜR'den oluşan Yüce Divan, 2.3.2005 günlü oturumda, Anayasanın 100. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen sürelerle

Yaşar Topcu Kararı

riayet edilmemesi nedeniyle Yüce Divana sevk kararının kabul edilmemesi ve TBMM'ye iadesi yolundaki istemin REDDİNE, OYBİRLİĞİ ile karar vermiştir.

3- Komisyonun eksik üye ile çalışmalarını tamamladığı itirazı

Meclis soruşturma komisyonunun iki üyesinin TBMM Başkanlık Divanına seçilmeleri nedeniyle komisyonun Anayasa ve İçtüzüğe aykırı olarak çalışmalarını eksik üye (onüç kişi) ile tamamladığına ilişkin itirazın incelenmesinde;

Konya Milletvekili Ahmet Işık ve Adıyaman Milletvekili Mehmet Özyol'un komisyon üyeliklerinden istifası üzerine boşalan üyeliklere genel kurulun 15.4.2004 günlü 74. birleşiminde Samsun Milletvekili Mehmet Kurt ve Kayseri Milletvekili Niyazi Özcan seçilmiştir. 12.10.2004 gününde yapılan Meclis Başkanlık Divanı seçimlerinde, (9/9) Esas Numaralı Meclis Soruşturması Komisyonu üyesi bulunan Burdur Milletvekili Bayram Özçelik ile Kırklareli Milletvekili Ahmet Gökhan Sarıçam katip üye olarak seçildiklerinden TBMM İçtüzüğü'nün 21. maddesinin son fıkrasına göre soruşturma komisyonu üyelikleri düşmüştür. Komisyonun 19.10.2004 günlü toplantısında, boşalan katip üyeliğe, Kastamonu Milletvekili Mehmet Yıldırım seçilmiştir.

TBMM İçtüzüğü'nün 109. maddesi "*Soruşturma açılmasına karar verilmesi halinde, soruşturmanın yürütülmesi görevi, Anayasa'nın 100. maddesi hükümlerine göre, Başkanlıkça Genel Kurulda yapılacak ad çekme suretiyle kurulacak onbeş kişilik bir komisyona verilir.*" hükmüne yer vermek suretiyle, soruşturma komisyonunun üye sayısını onbeş kişi olarak belirlemiştir.

TBMM İçtüzüğü'nün "*Meclis soruşturması komisyonunun çalışma usulü ve süresi*" başlıklı 110. maddesinde ise "*Soruşturma Komisyonu üye tamsayısının salt çoğunluğu ile toplanır ve toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir.*" hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü üzere, komisyonun çalışmalarını onbeş kişinin tamamının katılımı ile yürüteceğine dair bir hüküm bulunmamakta, aksine komisyonun "*salt çoğunluk*"la toplanabileceği belirtilmektedir.

Komisyonun onüç kişi ile çalışmalarını sürdürdüğü ve 19.10.2004 günlü toplantısında onbir üyenin katılımı ile kararını verdiği (10 kabul, 1 ret oyu) dikkate alındığında, İçtüzüğü'nün aradığı "*salt çoğunlukla toplanma*" ve "*toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verme*" şartlarının gerçekleştiği anlaşılmıştır.

Belirtilen nedenlerle, Başkan Mustafa BUMİN, Başkanvekili Haşim KILIÇ, Üyeler Sacit ADALI, Fülya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN,

Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Cafer ŞAT, A. Necmi ÖZLER, Ali GÜZEL ve Serdar ÖZGÜLDÜR'den oluşan Yüce Divan, 2.3.2005 günlü oturumda, Meclis soruşturma komisyonunun Anayasa ve İçtüzüğe aykırı olarak çalışmalarını eksik üye ile tamamlaması nedeniyle Yüce Divana sevk kararının kabul edilmemesi ve TBMM'ye iadesi yolundaki istemin REDDİNE, OYBİRLİĞİ ile karar vermiştir.

4- Son sözün verilmemesi nedeniyle Anayasanın 100. ve İçtüzüğün 112. maddelerine uyulmadığı itirazı

Soruşturma komisyonu raporunun TBMM Genel Kurulunda görüşülmesi sırasında kendisine son sözün verilmemesi ve savunma hakkı tanınmaması nedeniyle İçtüzüğün 112. maddesinin ikinci fıkrasına mutlak aykırılıkta bulunduğuna ilişkin itirazın incelenmesinde;

Anayasanın 100. maddesi ve TBMM İçtüzüğü'nün 112. maddesinin birinci fıkrasında Meclis soruşturma komisyonu raporunun üyelere dağıtımından itibaren on gün içinde görüşüleceği hükmüne yer verilmiştir. İçtüzüğün 112. maddesinin ikinci fıkrasında ise *"Bu görüşmede...hakkında soruşturma açılması istenen Başbakan veya bakana söz verilir. Son söz, hakkında soruşturma açılan Başbakan veya bakana aittir ve süresi sınırlandırılmaz."* hükmü yer almaktadır.

Komisyon raporunun milletvekillerine 4.11.2004 gününde dağıtıldığı ve bu durumda raporun en geç 14.11.2004 gününe kadar görüşülmesi gerektiği, Meclis Başkanlığının da esasen bu süreyi göz önünde bulundurarak görüşme gününü 9.11.2004 olarak belirlediği, sanık Bakanın ibraz ettiği raporun bitim tarihinin ise 14.11.2004 gününden sonraya rastladığı dikkate alındığında, TBMM Genel Kurulunda hakkındaki soruşturma komisyonu raporunun görüşülmesine sağlık mazereti nedeniyle katılmayan sanık Bakana, İçtüzüğün 112. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca söz verilmediği anlaşılmakta ise de yargılama aşamasından önceki aşamalarda yapılan usule aykırılıkların yargılama aşamasında her zaman giderilmesinin mümkün olması nedeniyle bu konudaki itirazın reddi gerekmiştir.

Belirtilen nedenlerle, Başkan Mustafa BUMİN, Başkanvekili Haşim KILIÇ, Üyeler Sacit ADALI, Fülya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Cafer ŞAT, A. Necmi ÖZLER, Ali GÜZEL ve Serdar ÖZGÜLDÜR'den oluşan Yüce Divan, 2.3.2005 günlü oturumda, son sözün verilmemesinden dolayı Anayasanın 100. ve İçtüzüğün 112. maddelerine aykırılıkta bulunulması nedeniyle Yüce Divana sevk kararının kabul edilmemesi ve TBMM'ye iadesi yolundaki istemin REDDİNE, OYBİRLİĞİ ile karar vermiştir.

Yaşar Topcu Kararı

Öte yandan, Yüce Divanın 12.4.1995 günlü, E: 1993/1, K: 1995 sayılı kararında da belirtildiği üzere, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 35. maddesinde, Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan sıfatıyla çalışırken, yürürlükteki yasalara göre duruşma yapacağı ve hüküm vereceği kuralı getirilmiştir. Bu hüküm uyarınca gönderme yapılan ve davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda "iddianamenin reddi" prosedürü öngörülmemiştir. TBMM'nin Yüce Divana sevk kararı iddianame niteliğinde olup bu kararın reddi olanaksız bulunduğundan, Yüce Divana sevk kararına yönelik itirazların, yukarıda belirtilen 2., 3. ve 4. bölümlerde yer alan gerekçelere ek olarak bu gerekçe ile de reddi gerekmiştir. Ancak, Üye Ali Güzel "Kesin hüküm itirazı" başlıklı bölümde açıkladığı farklı görüşünün sonucu olarak, TBMM'nin Yüce Divana sevk kararının iddianame niteliğinde olmayıp son tahkikat açılmasına dair hakim tarafından verilen karar benzeri olduğu düşüncesini saklı tutmuştur.

B- TANIK DİNLENMESİNE YÖNELİK İTİRAZ

Sanık Yaşar Topcu özetle;

- Hasan Ekinci ve Mahmut Yıldız'ın müşteki konumunda olması nedeniyle Yüce Divanda tanık sıfatıyla dinlenemeyeceklerini, bu kişilerden Mahmut Yıldız'ın kendisi hakkında önerge verenler arasında bulunduğunu, Hasan Ekinci'nin ise olayı iddia olarak ilk ortaya atan kişi olduğunu, kendisi ve Bakanlık bürokratları hakkında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına şikayetçi olarak başvurduğunu, ayrıca önceki dönemde verilen soruşturma önergesinde de imzasının bulunduğunu,

- Ahmet Tuncer Ertan ve Mustafa Aktürk'ün ise komisyonda Karadeniz sahil yolu ihalelerine idarece davet edilmeyen şirket temsilcisi sıfatıyla hukuka aykırı olarak dinlendiğini, bu kişilerin dava konusu olayla ilgili bilgi ve görgülerinin bulunmadığını,

ileri sürerek bu kişilerin tanık olarak dinlenmelerine itirazda bulunmuştur.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı yukarıda belirtilen itirazlara ilişkin görüşünde;

- TBMM tarafından, Meclis soruşturma komisyonundaki rapor esas alınarak Yüce Divana sevk kararı verildiğini, bu kararın iddianame (dava açan belge) niteliğinde bulunduğunu, Yargıtay Başsavcılığının da sadece o iddianameyi ve içindeki delilleri yürütmek zorunda olduğunu, fiillerin değiştirilmesi ve tanıkların dinlenmemesinin mümkün olmadığını,

- Usul hukukuna göre, Hasan Ekinci ve Mahmut Yıldız'ın müşteki sıfatlarının bulunduğu kabul edilse dahi Yüce Divanın her zaman bu kişileri davanın aydınlatılması için tanık olarak dinleyebileceğini, farklılığın sadece çağırma usullerinde söz konusu olabileceğini,

- Müteahhit tanıklar Ahmet Tuncer Ertan ve Mustafa Aktürk'ün de davaya ilişkin bilgi ve görgülerinin olduğunu, Yüce Divanın da adı geçenleri bu nedenle davetiyeyle celp ettiğini,

ileri sürerek sanığın itirazının reddine karar verilmesini istemiştir.

İtirazın yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda, müşteki sıfatını taşıyan kişilerin tanık olarak dinlenemeyeceğine ilişkin her hangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bir olayın müştekisi aynı zamanda o olayın tanığı konumunda da bulunabilir. Ceza mahkemesi bu durumda, bu kişiyi tanık olarak dinleyebilecektir. Bu nedenle, sanığın Hasan Ekinci ve Mahmut Yıldız'ın tanık olarak dinlenemeyeceği yönündeki itirazı yerinde değildir.

Tanık olarak çağrılan Ahmet Tuncer Ertan ve Mustafa Aktürk'ün ise dava konusu ihaleye fesat karıştırma suçunun araştırılması kapsamında dinlenmelerinin gerekli olduğu kanaatine varılmıştır. Esasen 1412 sayılı Kanunun 214. maddesinde, mahkemenin re'sen tanık ve bilirkişi celbine ve başkaca sübut sebeplerinin toplanmasına karar verebileceği, 254. maddesinde ise mahkemenin irat ve ikame edilen delilleri duruşmadan ve tahkikattan edineceği kanaate göre takdir edeceği hükmüne yer verilmiştir. Bir başka ifade ile mahkeme, ortaya konulan bir delilin delil olarak kabul edilip edilemeyeceğini ve hükme esas alınıp alınamayacağını serbestçe takdir etme yetkisini haizdir.

Bu nedenlerle, Başkan Mustafa BUMİN, Başkanvekili Haşim KILIÇ, Üyeler Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Cafer ŞAT, A. Necmi ÖZLER ve Serdar ÖZGÜLDÜR'den oluşan Yüce Divan, 21.4.2005 günlü oturumda, bazı kişilerin tanık olarak dinlenemeyeceğine ilişkin itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİ ile karar vermiştir.

C- BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ YAPTIRILMASINA İLİŞKİN İSTEM

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Vekilinin 28.3.2005 günlü oturumda, bilirkişi incelemesi yaptırılmasına ilişkin istemi aynen şöyledir:

Yaşar Topcu Kararı

"Deliller toplandıktan sonra, sırasıyla, üç proje halindeki Bolaman-Perşembe, Piraziz-Espiye (Giresun geçişi hariç) ve Doğu Karadeniz Sahil Yolu; yani, Araklı-Hopa yollarının 26.8.1997 tarih, 6246 sayılı Bakan "olur"uyla;

Bolaman-Perşembe, Piraziz-Giresun (Giresun geçişi hariç), Giresun-Espiye (Giresun geçişi hariç), Araklı-İyidere, İyidere-Çayeli, Çayeli-Ardeşen-Hopa olmak üzere altı kısma bölünerek ihaleye çıkarılmasını;

Daha çok sayıda firma yerine 15 firmanın davet edilerek ihale edilmesinin 8.9.1997 gün ve 6599 sayılı Bakan "olur"uyla saptanan firmaların işlerden birinin kendisinde kalması halinde ikinci işe ancak, ortak girişimi oluşturmuş olmaları ve önceden idarenin uygun görüşünü almış olmaları şartıyla teklif verebilmeleri suretiyle ihale edilmesi;

Karayolları Genel Müdürü Yaman Kök imzasıyla ihaleye davet edilen firmalara 19.9.1997 tarih ve 3367 sayılı yazı ekinde gönderilen 1 numaralı zeyilnamenin "açıklamalar" kısmında yer alan "davet mektubu alan firmalar kendi adlarına veya ortak girişim olarak 6 ihaleye de teklif verebilirler; ancak,, davet alan firmalar tek başlarına bir pilotluklarındaki idarece uygun görülen ortak veya ortaklıklarla oluşturacakları ortak girişim olarak da en fazla iki ihaleyi üstlenebilirler" şeklindeki ihale usul ve esaslarının ihalelerdeki indirim oranlarının yetersizliğine neden olup olmadığı;

Yine, ihalelerin gerçekleştirilmesi aşamasında, söz konusu yollara ilişkin etüt ve projelerin tamamlanmış olup olmadığı, avan projeleri ve metraj cetvellerinin bulunup bulunmadığı, keşiflerin sağlıklı yapılıp yapılmadığı;

Ayrıca, projeleri tamamlanmadan ihaleye çıkılması veya keşiflerin sağlıklı olması nedeniyle yapılan keşif artışları bulunup bulunmadığı;

Bu nedenlerden dolayı devlet zararı meydana gelip gelmediği;

Ve yine, söz konusu ihalelerdeki taşıma katsayısı, köprü inşaat zammı oranı ile tenzilat oranlarının, aynı bölgede, 1997 yılında, önce ihaleleri yapılan, sırasıyla, Hopa-Kemalpaşa-Sarp, Samsun-Ünye, Çarşıbaşı-Trabzon-Araklı, Trabzon-Maçka, Trabzon şehir geçişi, Piraziz-Espiye-Çarşıbaşı, Ünye-Bolaman yolları ile 1998 yılında ihaleleri gerçekleştirilen Ünye-Piraziz (Bolaman varyantı hariç), Yakakent-Gerze (Gerze geçişi hariç), Samsun-Azot ayırımı-Ünye, Gerze-Sinop (Sinop geçişi hariç), Espiye-Çarşıbaşı (Giresun geçişi hariç), Sinop-Boyabat ve 2000 yılında ihalesi yapılan Çarşıbaşı-Trabzon-Araklı köprülülük kavşaklar ve tünel ikilemesi yollarına ilişkin projelerdeki taşıma katsayısı, köprü inşaat zammı oranları ve indirim oranlarıyla karşılaştırması yapılarak;

İddiaya konu ihalelerdeki taşıma katsayısı ve köprü inşaat zammı oranlarının yüksek belirlenip belirlenmediği, indirim oranlarının düşük kalıp kalmadığı, devletin zarara uğrayıp uğramadığı;

Ve yine, Karayolları Genel Müdürü Yaman Kök tarafından ihalelere davet edilen firmalara gönderilen 10.9.1997 gün, 336 sayılı yazı eki 1 numaralı zeyilname ile tünel uzunluk zamlarında, tünel keşiflerinde, bazı pozlarda, köprü inşaat zamlarında, birim fiyatlarında yapılan düzeltme ve değişikliklerin niteliği, bu düzeltme ve değişiklikler nedeniyle devletin zarara uğrayıp uğramadığı hususlarında görüşlerini rapor halinde sunmaları için Yüksek Heyetçe oluşturulacak bir bilirkişi incelemesi yaptırılması kamu adına talep ve mütalaa olunur."

Katılan Karayolları Genel Müdürlüğü vekilleri tarafından verilen 28.2.2006 günlü dilekçede de idarenin zararının belirlenmesi için bilirkişi incelemesi yaptırılması istenmiştir.

Gerek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının ve gerekse katılan Karayolları Genel Müdürlüğü vekillerinin davada bilirkişi incelemesi yaptırılması istemlerinin temelini, sanığa yüklenen ve 205. maddede düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçunun yasal unsurları içerisinde yer alan ihaleden dolayı firmalara haksız kazanç sağlanıp sağlanmadığı, bir başka ifade ile devlet zararının bulunup bulunmadığının saptanması hususu oluşturmaktadır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 63. maddesinin birinci fıkrasında "*Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re'sen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcinin istemi üzerine karar verilebilir. Ancak, hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözülmesi olanaklı konularda bilirkişi dinlenemez.*" hükmüne yer verilmiştir.

Bu yasal düzenleme karşısında bilirkişi incelemesi yaptırılması istenilen;

- Üç proje halindeki işin altı kısma bölünmesi,

- Daha çok sayıda firma yerine onbeş firmanın davet edilerek ihale edilmesi,

- 8.9.1997 günlü, 6599 sayılı Bakan oluruyla saptanan firmaların işlerden birinin kendisinde kalması halinde ikinci işe ancak ortak girişim oluşturmuş olmaları ve önceden idarenin uygun görüşünü almış olmaları şartıyla teklif verebilmeleri suretiyle ihale edilmesi,

- Karayolları Genel Müdürü Yaman Kök imzasıyla ihaleye davet edilen firmalara 19.9.1997 günlü, 3367 sayılı yazı ekinde gönderilen 1 numaralı zeyilnamenin "açıklamalar" kısmında yer alan "*davet mektubu alan firmalar kendi adlarına veya ortak girişim olarak 6 ihaleye de teklif verebilirler; ancak, davet alan firmalar tek başlarına bir pilotluklarındaki idarece uygun görülen ortak veya ortaklıklarla oluşturacakları ortak girişim olarak da en fazla iki ihaleyi üstlenebilirler*" şeklindeki ihale usul ve esasları belirlenmesi,

Yaşar Topcu Kararı

hususlarının ihalelerde indirim oranlarının yetersizliğine neden olup olmadığının hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi olanaklıdır.

Yine, bilirkişi incelemesi yaptırılması istenilen;

- İhalelerin gerçekleştirilmesi aşamasında söz konusu yollara ilişkin etüt ve projelerin tamamlanmış olup olmadığı, avan projeleri ve metraj cetvellerinin bulunup bulunmadığı, keşiflerin sağlıklı yapılıp yapılmadığı,

- Projeler tamamlanmadan ihaleye çıkılması veya keşiflerin sağlıklı olması nedeniyle yapılan keşif artışları bulunup bulunmadığı,

- İddiaya konu ihalelerdeki taşıma katsayısı ve köprü inşaat zammı oranlarının yüksek belirlenip belirlenmediği, daha önce ihalesi yapılan işlerle karşılaştırmasının yapılarak indirim oranlarının düşük kalıp kalmadığı,

- İhalelere davet edilen firmalara gönderilen 10.9.1997 günlü, 336 sayılı yazı eki 1 numaralı zeyilname ile tünel uzunluk zamlarında, tünel keşiflerinde, bazı pozlarda, köprü inşaat zamlarında ve birim fiyatlarda yapılan düzeltme ve değişikliklerin niteliği,

ile bu işlemler nedeniyle devletin zarara uğrayıp uğramadığı hususlarının da bilirkişi aracılığıyla saptanmasına yönelik istem yerinde görülmemiştir. Zira yapılan yargılama sonucunda; keşif, taşıma katsayısı, köprü inşaat zammı ve zeyilname gibi tamamen teknik nitelikteki düzenlemelerin Karayolları Genel Müdürlüğü yetkililerince yapıldığı anlaşılmıştır. Bu konuda, sanığın yetkililere talimat verdiği veya yönlendirdiği şeklinde bir delil de bulunmamaktadır. Projelerin bulunup bulunmadığı ise dava dosyasındaki bilgilere göre çözümlenebilecek bir konudur.

Diğer taraftan dava konusu ihalelerde uygulanan taşıma katsayısı ve köprü inşaat zamları; iklim, trafik, yolun yapısı gibi bir çok etmene bağlı olarak farklı belirlenebildiğinden, diğer ihalelerle karşılaştırılarak sağlıklı bir sonuca varılması da olanaklı değildir.

Bu nedenlerle, 31.1.2006 ve 2.3.2006 günlü oturumlarda, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının ve katılan idare vekillerinin bu konuya ilişkin istemlerinin reddine oybirliğiyle karar verilmiştir.

VI- ESASA İLİŞKİN TESPİT VE DEĞERLENDİRMELER

A- KARAYOLARI GENEL MÜDÜRLÜĞÜNÜN STATÜSÜ VE BAKANIN SORUMLULUĞU

5539 Sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun 1. maddesi ile 180 Sayılı Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 26. maddesine göre, Karayolları Genel Müdürlüğü Bayındırlık ve İskan Bakanlığına bağlı, tüzel kişiliği haiz, katma bütçeli bir kuruluştur. Karayolları Genel Müdürlüğünün ihale işlemleri Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabidir ve kurumun ita amiri de genel müdürdür.

Anayasanın “Görev ve Siyasi Sorumluluk” başlıklı 112. maddesinde “Her bakan, Başbakana karşı sorumlu olup ayrıca kendi yetkisi içindeki işlerden ve emri altındakilerin eylem ve işlemlerinden de sorumludur.” hükmü yer almaktadır.

Bakanların görev, yetki ve sorumluluklarını düzenleyen 3046 sayılı “Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanun”un 21. maddesi şöyledir:

“Bakan, bakanlık kuruluşunun en üst amiridir.

Bakanlar, bakanlık hizmetlerini mevzuata, hükümetin genel siyasetine, milli güvenlik siyasetine, kalkınma planlarına ve yıllık programlara uygun olarak yürütmekle ve bakanlığın faaliyet alanına giren konularda diğer bakanlıklarla işbirliği ve koordinasyon sağlamakla görevli ve Başbakana karşı sorumludur.

Her bakan, ayrıca emri altındakilerin faaliyet ve işlemlerinden de sorumlu olup, bakanlık merkez, taşra ve yurt dışı teşkilatı ile bağlı ve ilgili kuruluşların faaliyetlerini, işlemlerini ve hesaplarını denetlemekle görevli ve yetkilidir.”

Bayındırlık ve İskan Bakanının görev, yetki ve sorumluluğunu düzenleyen “180 sayılı Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”nin 5. maddesi şöyledir:

“Bakan, bakanlık kuruluşunun en üst amiridir ve bakanlık hizmetlerini mevzuata, hükümetin genel siyasetine, milli güvenlik siyasetine, kalkınma planlarına ve yıllık programlara uygun olarak yürütmekle ve bakanlığın faaliyet alanına giren konularda diğer bakanlıklarla işbirliği ve koordinasyon sağlamakla görevli ve Başbakana karşı sorumludur.

Bakan, emri altındakilerin faaliyet ve işlemlerinden de sorumlu olup, bakanlık merkez ve taşra teşkilatı ile bağlı kuruluşunun faaliyetlerini, işlemlerini ve hesaplarını denetlemekle görevli ve yetkilidir.”

2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 89. maddesinde ise Bakanlar Kurulu Kararı ile bu Kanun hükümleri dışında yapılacak ihalelerde, ihale usul ve esaslarının idarece hazırlanarak ilgili Bakanın onayı ile belirleneceği hükmüne yer verilmiştir. Kanunun 89. maddesi şöyledir:

Yaşar Topcu Kararı

“Bu Kanun hükümlerinin uygulanmasının mümkün olamayacağı haller ile, Türk Silahlı Kuvvetlerinin ve Emniyet Genel Müdürlüğünün yeniden teşkilatlanması, silah, araç ve gereçlerinin modern teknik gelişmelere uygun şekilde yenileştirilmesi ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin Stratejik Hedef Planının gerçekleşmesi için temin edilecek mal ve hizmetlerin ihalesinde; ilgili bakanlığın teklif edeceği ihaleler için bu Kanun hükümleri dışında kalınmasına Bakanlar Kurulunca karar verilebilir. Bu ihalelerde uygulanacak usul ve esaslar idarelerince hazırlanarak ilgili bakanın onayı ile belirlenir.”

Sanık Yaşar Topcu, 30.6.1997 ila 11.1.1999 tarihlerinde Bayındırlık ve İskan Bakanı olarak görev yapmıştır.

Bakanların siyasi, cezai ve hukuki olmak üzere üç tür sorumluluğu bulunmaktadır. Bu sorumluluk türlerinin her birinin yaptırımları farklıdır.

Siyasi sorumluluk Anayasanın 112. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Siyasi sorumluluğun yaptırımı yine siyasi niteliktedir ve sorumlu bulunan Bakanın TBMM tarafından görevden düşürülmesi şeklinde ortaya çıkar.

Cezai sorumluluk Bakanın göreviyle ilgili herhangi bir suç işlemiş olup olmadığının TBMM’ce soruşturulması ve soruşturma sonunda Yüce Divana sevk kararı verilmesi halinde, yargılamanın Yüce Divan tarafından sonuçlandırılması sürecini ifade eder.

Hukuki sorumluluk ise *“bakanların görevleriyle ilgili olarak devlete verdikleri zararın, kendilerine tazminat davası yoluyla ödettirilmesidir”* şeklinde tanımlanabilir.

5539 sayılı Kanununun 28. maddesinde, Karayolları Genel Müdürlüğünce eksiltmeye konulan işlere girecek isteklilerde aranacak mali ve teknik yeterlik ve sair şart ve niteliklerin esaslarının Bayındırlık Bakanlığınca belirleneceği hükmü yer almaktadır. Söz konusu 28. madde şöyledir:

“Karayolları Genel Müdürlüğünce eksiltmeye konulan işlere girecek isteklilerden, bu işlere girmek için aranacak mali ve teknik yeterlik ve sair şart ve niteliklerin esasları Bayındırlık Bakanlığınca belirtilir.”

Bayındırlık ve İskan Bakanı, Karayolları Genel Müdürlüğünün ihale işlemlerinden doğrudan sorumlu olmamakla birlikte; yukarıda belirtilen düzenlemelere göre Bakan, bakanlığının bağlı kuruluşu olan Karayolları Genel Müdürlüğünün faaliyetlerini, işlemlerini ve hesaplarını denetlemekle görevli ve yetkilidir.

Devlet İhale Kanununun 89. maddesine göre, dava konusu Karadeniz sahil yolu ihaleleri için bu Kanun hükümleri dışında kalınmasına Bakanlar Kurulunca karar verildiği ve bu ihalelerde uygulanacak usul ve esasların idarelerince hazırlanarak ilgili Bakanın onayı ile belirlendiği hususu göz

önünde bulundurulduğunda, onaylamış olduğu ihale usul ve esaslarından dolayı Bakan doğrudan sorumludur.

B- DAVA KONUSU İHALELERİN AŞAMALARI

Bayındırlık ve İskan Bakanı Yaşar Topcu imzası ile Başbakanlığa sunulan 31.7.1997 günlü, 2584 sayılı yazıda, üç proje adı altındaki Karadeniz sahil yolu işlerinde, milli bütçeden Karayolları Genel Müdürlüğüne ayrılan kaynakların yetersizliği nedeniyle kredi kullanılmasının düşünüldüğü, bu nedenle söz konusu ihalelerin 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri dahilinde yapılması mümkün olamayacağından, bu Kanun hükümleri dışında ihale edilebilmeleri için 2886 sayılı Kanunun 89. maddesi gereğince Bakanlar Kurulundan karar alınması gerektiği ifade edilmiştir.

Bakanlar Kurulunun 1.8.1997 günlü, 97/9698 sayılı kararıyla, 2886 sayılı Kanunun 89. maddesine göre, söz konusu işlerde 2886 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmaması kararlaştırılmıştır.

Söz konusu işlerin kredili yapılmasına karar verilmesi nedeniyle, görüş almak üzere Hazine Müsteşarlığına Bakan imzası ile 15.8.1997 günlü, 3006 sayılı yazı yazılmıştır.

İhale usul ve esaslarını belirleyen 25.8.1997 günlü, 3099 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü yazısına Bakan tarafından aynı gün olur verilmiştir. Bu olurda ihalelerin, teknik yeterlilikleri ve güçleri idarece kabul edilmiş ve Bakanlık Makamı oluru ile tespit edilen firmalar veya bu firmalar pilotluğunda yerli ve/veya yabancı firmalarla oluşturulacak ortak girişimler arasında yapılacağı, sözleşmenin uygulanması sırasında keşif ve sözleşmede öngörülme yen iş artışı veya eksilişi zorunlu hale gelirse, keşif bedelinin %30 oranına kadar olan değişikliğin süre hariç aynı şartlarla genel müdür oluru ile yaptırılacağı, avans ödenmeyeceği ve temin edilecek kredi konuları ile ilgili hükümlere yer verilmiştir.

26.8.1997 günlü, 6246 sayılı Bakan oluru ile üç proje altına bölünmüş, davet edilecek firmalar için *“teknik güçleri ve yeterlilikleri idareimizce kabul edilmiş olanlardan; otoyol yapımlarını gerçekleştirmiş ve kredi bulabileceklerini ispatlamış firmalar ile şu anda Karadeniz sahil yollarında çalışan ve ödenekleri üzerinde fiilen harcama yapan ve kredi bulabileceklerini ifade eden”* kriteri getirilmiş ve onbir adet firmanın davet edilmesi kararlaştırılmıştır.

26.8.1997 günlü, ihaleye esas projelerin nevi, nitelik, bedel gibi unsurlarını belirleyen 3104, 3105, 3106, 3107, 3108, 3109 numaralı ihale onay belgeleri Karayolları Genel Müdürü Yaman Kök tarafından imza altına alınmıştır.

Karayolları Genel Müdürü Yaman Kök tarafından imzalanan 26.8.1997 günlü, 3110 sayılı davet yazısı firmalara gönderilmiştir. Bu davet yazısı ile,

Yaşar Topcu Kararı

“firmalar işlerden birinin kendisinde kalması halinde diğer işlere teklif veremeyecektir” esası getirilmiş ise de bu esas 29.8.1997 günlü, 3140 sayılı Karayolları Genel Müdürü Yaman Kök tarafından firmalara gönderilen yazı ile *“Firmalar işlerden birinin kendisinde kalması halinde, ikinci işe ancak, ortak girişim oluşturmuş olmaları ve önceden idarenin uygun görüşünü almış olmaları şartıyla teklif verebilirler.”* şeklinde değiştirilmiştir.

8.9.1997 günlü, 6599 sayılı Bakan oluru ile de davet edilecek firma kriteri, *“ihalede rekabetin yaygınlaştırılmasını sağlamak amacıyla teknik güçleri ve yeterlilikleri idarece bilinen ve kredi temin edebileceklerini ifade eden”* şeklinde değiştirilmiş ve ilave olarak dört firmanın daha davet edilmesi kararlaştırılmıştır. Ayrıca, bu oluru ile genel müdür imzalı 3140 sayılı yazı ile ihale usul ve esaslarında yapılan değişiklik Bakan tarafından da onaylanmıştır.

Karayolları Genel Müdürü Yaman Kök tarafından imzalanan 8.9.1997 günlü, 3209 sayılı davet yazısı sonradan davet edilen dört firmaya gönderilmiştir.

19.9.1997 günlü, 3364 sayılı Bakan oluru ile *“ihale şartnamesi”* ve *“sözleşme”* tasarımları yürürlüğe konulmuş ve %30 oranından fazla keşif artışı verilebileceği hususu ihale usul ve esaslarına eklenmiştir.

19.9.1997 günlü, 3367 sayılı Karayolları Genel Müdürü Yaman Kök tarafından imzalanan ve ekinde Zeyilname de bulunan yazı davet edilen firmalara gönderilmiştir. Gönderilen ZEYİLNAME-1'in açıklamalar başlıklı soru cevap bölümünün 6. maddesinde; *“Davet mektubu alan firmalar kendi adlarına veya ortak girişim olarak 6 ihaleye de teklif verebilirler. Ancak, davet alan firmalar tek başlarına (1), pilotluklarındaki idarece uygun görülen ortak veya ortaklıklarla oluşturacakları ortak girişim olarak da en fazla (2) ihaleyi üstlenebilirler.”* açıklaması yapılmıştır.

2.10.1997 günlü, 1971 sayılı yazı ile Hazine Müsteşarlığınca, söz konusu işlerin uluslararası kredili ihale ile gerçekleştirilmesinin uygun bulunduğu hususu Karayolları Genel Müdürlüğüne bildirilmiştir.

6.10.1997 günlü, 3835 sayılı yazı ile DPT'ce, söz konusu işlerin uluslararası kredili ihale ile gerçekleştirilmesinin uygun bulunduğu hususu Karayolları Genel Müdürlüğüne bildirilmiştir.

30.9.1997 günü saat 10.00'da Çayeli-Ardeşen-Hopa yolu ihalesi yapılmış, ihaleye 11 firma katılmış ve ihaleyi Cengiz+Mapa+Makyol ortak girişimi kazanmıştır.

30.9.1997 günü saat 15.00'de İyidere-Çayeli yolu ihalesi yapılmış, ihaleye 13 firma katılmış ve ihaleyi Bayındır+Limak ortak girişimi kazanmıştır.

1.10.1997 günü saat 10.00'da Araklı-İyidere yolu ihalesi yapılmış, ihaleye 12 firma katılmış ve ihaleyi Polat+Doğuş ortak girişimi kazanmıştır.

1.10.1997 günü saat 15.00'de Giresun-Espiye yolu ihalesi yapılmış, ihaleye 12 firma katılmış ve ihaleyi Güriş+Metiş+Özışık ortak girişimi kazanmıştır.

2.10.1997 günü saat 10.00'da Piraziz-Giresun yolu ihalesi yapılmış, ihaleye 12 firma katılmış ve ihaleyi Entes+Kolin ortak girişimi kazanmıştır.

2.10.1997 günü saat 15.00'de Bolaman-Perşembe yolu ihalesi yapılmış ihaleye 12 firma katılmış ve ihaleyi Nurol+Yüksel+Tekfen ortak girişimi kazanmıştır.

İhale komisyonu kararları ita amiri olan Karayolları Genel Müdürü tarafından 9.10.1997 tarihinde onaylanmıştır.

11.12.1997 gününde idare ile yükleniciler arasında sözleşmeler imzalanmıştır.

15.6.1998 günlü, 11276 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile söz konusu işler için sağlanan 146 milyon Amerikan Doları tutarındaki kredi yürürlüğe girmiştir.

15.6.1998-30.7.1998 tarihleri arasında iş yeri teslimatları yapılmış ve işe başlanmıştır.

Özetle, Bakanlar Kurulu Kararı ile 2886 sayılı Kanun hükümleri dışında ihale edilmesi kararlaştırılan dava konusu ihalelerde, 2886 sayılı Kanunun 89., 5539 sayılı Kanununun 28. maddesi ve bunlara dayalı olarak verilen Bakan olurları çerçevesi içerisinde belirlenen ihale usul ve esaslarının uygulandığı anlaşılmıştır.

C- SANIĞA YÖNELTİLEN SUÇLAMALARLA İLGİLİ DEĞERLENDİRME VE KABUL

Soruşturma komisyonu raporu ve Yüce Divana sevk kararında, ihaleye fesat karıştırma suçunun "hile" ve "haksız menfaat" unsuru olarak ileri sürülen savlar ayrı ayrı değerlendirilmiştir.

1- İhaleye fesat karıştırma suçunun "hile" unsuru olarak ileri sürülen savlar

a- İhale usul ve esaslarının yedi aşamada yedi ayrı düzenlemeyle belirlenmesi ile ihale usul ve esaslarında belirtilen kriterlere uygun çok sayıda (otuzu aşkın) firma var iken onbeş firmanın belirlenerek davet edilmesi suretiyle ihalelerde rekabetin engellenmesi

aa- İhale usul ve esaslarının yedi aşamada yedi ayrı düzenlemeyle belirlenmesi

Meclis soruşturma komisyonu raporunda, düzenlemelerin bir kısmının Bakan oluru bir kısmının genel müdür imzası ile yapıldığı, genel müdür imzasıyla yapılan düzenlemelerin bir kısmının sonradan Bakan oluruna bağlandığı, ihale hukuku ilkeleri ve idarede istikrar prensibi gereği usul ve esasların bir defada belirlenmesi yerine yedi aşamada yedi ayrı düzenleme ile belirlenmesinin ve bunların sonradan değiştirilmesinin ve bu usul ve esasların içeriklerinin farklı yorumlara açık olmasının, idarenin güvenilirliğini, istikrarını ve idari kararların kesinliği ilkesini zedelediği ileri sürülmüştür.

Bu iddiaya ilişkin olarak ileri sürülen 25.8.1997-19.9.1997 tarihleri arasında ihale usul ve esaslarını belirleyen yedi adet Bakan olurları ile genel müdür onayları şunlardır:

- 25.8.1997 günlü, 3099 sayılı Bakan oluru

Bu olur ile ihale usul ve esasları belirlenmiştir. Bu olurda ihalenin, teknik yeterlilikleri ve güçleri idarece kabul edilmiş ve Bakanlık oluru ile tespit edilen firmalar veya bu firmalar pilotluğunda yerli ve/veya yabancı firmalarla oluşturulacak ortak girişimler arasında yapılacağı, sözleşmenin uygulanması sırasında keşif ve sözleşmede öngörülmeleyen iş artışı veya eksilişi zorunlu hale gelirse, keşif bedelinin %30 oranına kadar olan değişikliğin süre hariç aynı şartlarla genel müdür oluru ile yaptırılabilceği, avans ödenmeyeceği ve temin edilecek kredi ile ilgili hükümlere yer verilmiştir.

- 26.8.1997 günlü, 6246 sayılı Bakan oluru

Belirlenen usul ve esasların 1. maddesi, 26.8.1997 günlü, 6246 sayılı Bakan Yaşar TOPCU imzalı olurla, ihaleye davet edilen firmalar için;

"Teknik güçleri ve yeterlilikleri idareimizce kabul edilmiş olanlardan; otoyol yapımını gerçekleştirmiş ve kredi bulabileceklerini ispatlamış firmalar ile şu anda Karadeniz sahil yollarında çalışan ve ödenekleri üzerinde fiilen harcama yapan ve kredi bulabileceklerini ifade eden....."

şeklinde değiştirilmiştir.

- Karayolları Genel Müdürü Yaman KÖK imzası ile firmalara gönderilen 26.8.1997 günlü, 3110 sayılı davet mektupları

Söz konusu davet mektuplarında;

".....

Bu işlerle ilgili bilgiler Keşif ve Şartname Şubesi Müdürlüğünden temin edilebilir.

Bu ihalede uygun teklif en yüksek indirimli haiz olan teklif olacaktır.

İhaleler aşağıda belirtilen gün ve saatte yapılacağından, şartnamesindeki esaslar dahilinde hazırlanacak teklif zarflarının en geç belirtilen gün ve saate kadar Ankara'da Genel Müdürlüğümüz sitesindeki Yapım Dairesi Başkanlığı'na teslim edilmesini rica ederim."

denilmiş ve aynı yazının dipnotunda aynen;

"Firmalar işlerden birinin kendisinde kalması halinde diğer işlere teklif veremeyecektir."

usul ve esasları getirilmiştir.

- Karayolları Genel Müdürü Yaman KÖK imzası ile firmalara gönderilen 29.8.1997 günlü, 3140 sayılı yazı

Bu yazıyla;

"İlgi yazı Davet Mektubunda "Firmalar işlerden birinin kendisinde kalması halinde, diğer işlere teklif veremeyecektir."

ibaresi,

"Firmalar işlerden birinin kendisinde kalması halinde, ikinci işe ancak, ortak girişim oluşturmuş olmaları ve önceden idarenin uygun görüşünü almış olmaları şartıyla teklif verebilirler."

şeklinde değiştirilmiş ve söz konusu değişiklik davet edilen tüm firmalara bildirilmiştir.

- 8.9.1997 günlü, 6599 sayılı Bakan oluru

Bu oluru ile davet edilecek firma kriteri *"ihalede rekabetin yaygınlaştırılmasını sağlamak amacıyla teknik güçleri ve yeterlilikleri idarece bilinen ve kredi temin edebileceklerini ifade eden"* şeklinde değiştirilmiş ve ilave olarak dört firmanın daha davet edilmesi kararlaştırılmış, Karayolları Genel Müdürü Yaman KÖK imzası ile firmalara gönderilen 29.8.1997 günlü, 3140 sayılı yazı ile yapılan,

Yaşar Topcu Kararı

"...Firmaları ve bu firmaların pilotluğunda yerli ve yabancı firmalarla oluşturulacak ortak girişimler arasında davet mektubu ile kapalı teklif istenmesi ve firmaların işlerden birinin kendisinde kalması halinde ikinci işe ancak, ortak girişim oluşturmuş olmaları ve önceden idarenin uygun görüşünü almış olmaları şartıyla teklif verebilmeleri suretiyle ihale edilmesi"

şeklindeki değişiklik Bakan oluruna bağlanmıştır.

- 19.9.1997 günlü, 3364 sayılı Bakan oluru

Bu olur ile "ihale şartnamesi" ve "sözleşme" tasarıları yürürlüğe konulmuş ve %30 oranından fazla keşif artışı verilebileceği hususu ihale usul ve esaslarına eklenmiştir.

Söz konusu olurda;

"...Bakanlık Makamı "OLUR"u ile tespit edilen usullerin 8. maddesine 2. paragraf olarak "%30 oranından fazla artış, proje kapsamı içinde kalmak üzere işin tamamlanabilmesi için gerekli görülüyorsa idarenin isteği, müteahhidin kabulü ve Bayındırlık ve İskan Bakanının onayı ile süre hariç, aynı sözleşme ve şartname hükümleri içinde aynı müteahhide yaptırılabilir."

hükmünün ilave edilmesi hususu ile,

"İlgi Bakanlık Makamı "OLUR"u ile tespit edilen usul ve esaslar çerçevesinde ihale edilebilmesi için hazırlanan ekteki "İhale Şartnamesi" ve "Sözleşme" tasarılarının yukarıda belirtilen hükmün eklenmesi suretiyle uygulanmaya konulması"

husususu usul ve esas haline getirilmiştir.

- 19.9.1997 günlü, 3367 sayılı Karayolları Genel Müdürü Yaman KÖK imzası ile davet mektubu gönderilen firmalara gönderilen yazı eki zeyilname

Karayolları Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanarak ihaleye davet edilen firmalara gönderilen 19.9.1997 günlü, 3367 sayılı yazı ekindeki ZEYİLNAME-1'in açıklamalar başlıklı soru cevap bölümünün 6. maddesinde;

"Davet mektubu alan firmalar kendi adlarına veya ortak girişim olarak 6 ihaleye de teklif verebilirler. Ancak, davet alan firmalar tek başlarına (1), pilotluklarındaki idarece uygun görülen ortak veya ortaklıklarla oluşturacakları ortak girişim olarak da en fazla (2) ihaleyi üstlenebilirler."

açıklaması yapılmıştır.

Yukarıda belirtilen işlemler değerlendirildiğinde, ihale usul ve esasları 25.8.1997 gününde Bakan oluru ile belirlendiği halde, sonradan önemli değişiklikler yapıldığı anlaşılmaktadır.

2886 sayılı Kanununun 89. maddesi gereğince kanun kapsamı dışına çıkarılan ihalelerde Bakanın ihale usul ve esaslarını değişik aşamalarda düzenleyebilmesi olanaklı ise de bu düzenleme yapılırken özel kasıtle hareket edilmemesi, kamu yararı ve gereksinimlerin gözetilmesi gerektiği kuşkusuzdur. Öte yandan Devlet İhale Kanununun 89. maddesinde ihale usul ve esaslarının nasıl belirleneceği konusunda bir açıklık veya sınırlama öngörülmemiştir. Bu nedenle, ihale usul ve esaslarının birden fazla aşamada düzenlenmiş olması başlı başına cezai sorumluluk oluşturmaz.

Bu savda belirtilen ihale usul ve esasları ile getirilen düzenlemelerin somut olayda meydana getirdiği sonuçlar, ileriki bölümlerde, ihalede rekabetin sağlanması ve kamu yararı açısından ayrıca irdelenecektir.

bb- İhale usul ve esaslarında belirtilen kriterlere uygun çok sayıda (otuzu aşkın) firma var iken onbeş firmanın belirlenerek davet edilmesi suretiyle ihalelerde rekabetin engellenmesi

Meclis soruşturma komisyonu raporunda;

“...ihale konusu işlerden daha yüksek standartta ve keşif bedelli ve dış kredi sağlanma koşuluyla ihale edilen pek çok otoyol ihaleleri ile soruşturma konusu ihalelerden (3)’ünü kapsayan (Araklı-İyidere, İyidere-Çayeli ve Çayeli-Ardeşen –Hopa yolları) ve 1996 yılında yapılan ihale başvurusu önseçimleri için (aynı idare tarafından) yeterli bulunmuş olan Tubin, Gürsan, Hasko, Enerji-Su Ata O.G., STFA Özışık O.G., C.Özgür, Göçay, Z.Çarmıklı, Hasancanpoyraz, Özdemir, Öz, Eko, Beğen, Aska, Eksen Güntekin O.G., Aydınmer, Mön, T.Hazinedaroğlu Öztas, Öngün, Duygu ve Günsayıl firmaları ile soruşturma konusu ihalelerden bir yıl sonra 1998 yılında yapılan gerek keşif bedelleri olarak gerekse teknik standartlar olarak soruşturma konusu işlerden çok daha büyük ve kapsamlı ihalelerden birisi olan Aydın-Denizli Otoyolu ihalesi Aydın-Yenipazar kesimi ihalesine (dış kredili bir ihale olup ilanlı olarak yapılmış) müracaat edip yeterlilik alan otuz iki firmanın davet edilmediği; buna karşılık 1996 yılında yeterlilik alamayan bir firmanın (Yüksel İnşaat) ihalelere davet edildiği...”

gerekçe gösterilerek ihalelerde rekabet koşullarının oluşturulmadığı iddia edilmiştir.

Bu savla ilgili olarak, davet edilen firmaların ihale usul ve esaslarında belirtilen kriterlere sahip olup olmadığı, davet kriterine sahip olduğu halde ihaleye davet edilmeyen firmaların bulunup bulunmadığı ve belirlenen usul ve esasların devlet ihalelerinde uygulanması gereken temel ilkelerle bağdaşıp bağdaşmadığı hususlarının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Yaşar Topcu Kararı

İhaleye davet edilen firmalar Bakanlar Kurulunun 1.8.1997 günlü, 97/9698 sayılı kararına bağlı olarak 26.8.1997 günlü, 6246 sayılı ve 8.9.1997 günlü, 6599 sayılı Bakan olurları ile belirlenmiştir.

Bayındırlık ve İskan Bakanı Yaşar Topcu imzalı 26.8.1997 günlü, 6246 sayılı olurda davet edilecek firmalarda aranan kriterler:

- İdarece teknik güç ve yeterlilikleri kabul edilmiş olanlardan, otoyol yapımlarını gerçekleştirmiş ve kredi bulabileceklerini ispatlamış firmalar ile,

- 26.8.1997 günü itibarıyla Karadeniz sahil yollarında çalışan ve ödenekleri üzerinde fiilen harcama yapan ve kredi bulabileceklerini ifade eden firmalar, olarak belirlenmiştir.

Söz konusu kriterler uyarınca davet edilen onbir firma şunlardır;

- 1- Enka İnş. ve San. A.Ş.
- 2- Doğu İnş. ve Tic. A.Ş.
- 3- Tekfen İnş. ve Tic. A.Ş.
- 4- Nurool İnş ve Tic. A.Ş.
- 5- Bayındır İnş ve Tic. Ltd. Şti.
- 6- Kutlutaş İnş. ve Tic. Ltd. Şti.
- 7- Entes End. Tes. İml. ve Montaj Taah. A.Ş.
- 8- Özışık İnş. ve Tah. A.Ş.
- 9- Yüksel İnş. A.Ş.
- 10- Polat Yol Yapım San. Ve Tic. A.Ş.
- 11- Cengiz İnş. San. ve Tic. A.Ş.

Yukarıda belirtilen Enka, Doğu, Tekfen, Nurool, Bayındır, Kutlutaş ve Entes olmak üzere yedi firmanın otoyol yapımı gerçekleştiren ve kredi getiren firmalar olduğu, dolayısıyla davet şartlarını taşıdığı Bayındırlık ve İskan Bakanlığının 18.5.2005 günlü, 5991 sayılı yazısından anlaşılmaktadır.

Geriye kalan Özışık, Yüksel, Polat ve Cengiz inşaat firmalarının ise ihale olurunda yer alan *“Karadeniz sahil yollarında çalışan ve ödenekleri üzerinde fiilen harcama yapan ve kredi bulabileceklerini ifade eden firmalar”* kriterine göre davet edildikleri anlaşılmaktadır.

Bayındırlık ve İskan Bakanlığının 18.5.2005 günlü, 5991 sayılı yazısı ekinde gönderilen Karadeniz sahil yolunda çalışan firmalar listesi içerisinde Yüksel İnşaat firmasının adı yer almamakta ise de aynı Bakanlığın Yüce Di-

van Başkanlığına gönderdiği 19.8.2005 günlü, 8048 sayılı yazısında Yüksel İnşaat firmasının 26.8.1997 tarihi itibarıyla, Ünye-Piraziz I. Kısım yolunu yaptığı bildirilmiştir. Bu durumda, yukarıda belirtilen son dört firmanın tamamının 26.8.1997 tarihinden önce Karadeniz sahil yolunda çalıştıkları konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

Burada yanıtlanması gereken husus, Karadeniz sahil yolunda çalışan söz konusu dört firmanın ihale olurunda yer alan “ödenekleri üzerinde fiilen harcama yapan firma” kriterine sahip olup olmadıklarıdır.

Sanık, 21.6.2005 günlü oturumda tanık olarak dinlenen ve Karadeniz sahil yolunda çalıştığı halde ihalelere davet edilmeyen Öz İnşaat firmasının temsilcisi Mehmet Emin Erdoğan’a ödeneği üzerinde harcama yapıp yapmadığını sormuş ve tanığın ödenek harcaması yaptığını beyan etmesi üzerine, davet kriterinde “ödenek üstü harcama kriteri”nin olduğunu ifade etmiştir. Sanığın, 21.6.2005 günlü oturumdaki beyanı aynen şöyledir:

“SANIK YAŞAR TOPCU – Ödeneği dışında kendileri bir para harcama imkânları oldu mu, harcadılar mı, ödeneği dışında yüksek düzeyde, işin bir an evvel bitirilmesi için, yoksa, hep ödenek harcaması mı yaptılar?”

TANIK MEHMET EMİN ERDOĞAN – Ödenek harcaması yaptık.

SANIK YAŞAR TOPCU – Bizim ihale şartnamemizde, biliyorsunuz, ödenek üstü harcama vardı. Bir de, otoyol yaptım dedi efendim, o zaman dış kredi getirmiş olması lazım, o tarihe kadar dış kredi getirmiş mi efendim?” (21.6.2005 günlü tutanak, s. 168).

Sanık, 31.1.2006 günlü oturumdaki beyanında ise firma davet kriterinde yer alan “ödenekleri üstünde harcama” tabirinin, işini düzgün yapan ve işi bitirmek için gayret sarf eden firmalar anlamına geldiğini ifade etmiştir. Sanığın, 31.1.2006 günlü oturumdaki beyanı aynen şöyledir:

“...Ödenek üstü harcamadan kasıt, bu yolu yapacak olan firmaların, beklemesizin, oyalamaksızın, büyük bir istek ve arzuyla, bütün makinesini, parasını, pulunu, imkânlarını seferber ederek çalışmak isteyen bir firma mıdır, yoksa, işte, bir ödenek aldı, onu bir sene içerisinde kullanıp, iyi kötü sonuç alacak firma mıdır; ölçü budur, onun için o ölçü konmuştur. Yani, firmaların çalışmada ve gittikleri yolda izledikleri şeydir. Yoksa 150 milyar liralık şey! Bir tane şey gösteriyor. Yani, biz, o günkü şartlarda sadece bir firmanın ödenek üstü –Karayollarına göre söylüyorum– harcama yaptığı bir işte onu ölçüye koymuşuz, ölçü koymuşuz, böyle ölçü olur mu efendim?” (31.1.2006 günlü tutanak, s. 315).

Görüldüğü üzere, firma davet kriterinde yer alan “ödenekleri üstünde harcama” tabirinin ne anlama geldiği konusunda sanığın 21.6.2005 günlü

Yaşar Topcu Kararı

oturumdaki ifadesi ile 31.1.2006 günlü oturumdaki ifadesi arasında çelişki mevcuttur.

Karayolları Genel Müdürlüğünün 15.7.2005 günlü, 6227 sayılı ilk yazısında, 26.8.1997 tarihi itibarıyla Karadeniz sahil yolunda çalışmakta olan firmalardan Espiye-Çarşıbaşı yolunu yapmakta olan firma (Özışık-Gürsan ortak girişimi) haricinde, diğer firmaların ödenekleri üzerinde fiilen harcama yapmadıkları, 10.8.2005 günlü, 7734 sayılı ikinci yazısında ise 26.8.1997 tarihi itibarıyla Karadeniz sahil yolunda çalışmakta olan tüm firmaların fiilen çalıştıkları ve ödenekleri üzerinde harcama yaptıkları bildirilmiştir.

Bu iki yazı arasındaki çelişki Karayolları Genel Müdürlüğünün 20.1.2006 günlü, 336 sayılı yazısı ile giderilmiş ve söz konusu yazıda, sadece Özışık-Gürsan firmaları taahhüdündeki Espiye-Çarşıbaşı yolunda 1997 yılında sağlanan ödeneğin üzerinde fiilen 150 milyar liralık harcama yapıldığı ve sözleşme gereği 1998 yılında 1997 yılı fiyatlarıyla ödendiği, diğer işlerde ise o yıl sağlanan toplam ödenekler dışında fiili harcama yapılmadığı belirtilmiştir.

Gönderilen son yazıda, müteahhit firmaların üstlendikleri yol yapım işlerinde, aynı yıl içinde (Örneğin 1997 yılı) sene başında sağlanan ödenek ile yıl içinde arttırılan/düşürülen ek ödenekler dahil o yıl içinde yıl sonuna kadar sağlanan ödeneğin tamamının kullanılmasından sonra ödenek üzerinde çalışma yapılması ve bu çalışmanın bedelinin ertesi yıl (1998) sözleşme gereği çalışma yapıldığı yılın (1997) fiyatlarıyla ödenmesi durumunda firmanın (1997 yılında) ödenek üstü fiilen harcama yaptığının kurum tarafından kabul edildiği ifade edilmiş ve çelişkili olduğu belirtilen yazılar bu kabul çerçevesinde değerlendirildiğinde, her iki yazıda da sadece Özışık-Gürsan firmaları taahhüdündeki Espiye-Çarşıbaşı yolunda 1997 yılında sağlanan ödeneğin üzerinde fiilen 150 milyar liralık harcama yapıldığı ve sözleşme gereği 1998 yılında 1997 yılı fiyatlarıyla ödendiği, diğer işlerde ise o yıl sağlanan toplam ödenekler dışında fiili harcama yapılmadığı belirtilmiştir.

Ancak, 26.8.1997 günlü, 6246 sayılı Bakan olurunda "*...şu anda Karadeniz sahil yollarında çalışan ve ödenekleri üzerinde fiilen harcama yapan...*" ifadesi geçtiğinden, 1998 yılına gelmeden 1997 yılına ilişkin değerlendirme yapılamayacağından, 26.8.1997 tarihi itibarıyla bu firmanın da ödeneği üzerinde harcama yapıp yapmadığını saptamak olanaksızdır.

Nitekim, ihalelere davet edilen Yüksel İnş. A.Ş.'nin temsilcisi Tuna Aksel, 21.7.2005 günlü oturumdaki beyanında ödenek üstü harcama yapmadıklarını beyan etmiştir.

İhale usul ve esaslarında 26.8.1997 tarihi itibarıyla çalışma şartı arandığına göre, 1997 yılı sona ermediğinden (26.8.1997 tarihinden 31.12.1997 tarihine kadar ödenek gelmesi söz konusu olacağından), firmaların ödeneğin

E. 2004/5, K. 2006/2 (Yüce Divan)

üstünde harcama yapıp yapmadığını belirleyebilmek amacıyla 1996 yılı ödenek ve hakediş durumunun incelenmesi gerekecektir.

Karayolları Genel Müdürlüğüne Yüce Divan Başkanlığına gönderilen 1.11.2005 günlü, 10505 sayılı yazı ekindeki belgelerin incelenmesi sonucunda, 26.8.1997 tarihi itibarıyla Karadenizde çalışan, ihaleye davet edilen ve ihale kazanan firmaların 1996 yılındaki ödenek ve hakediş bilgileri aşağıdaki tabloda belirtilmiştir:

Firma Adı	Yaptığı İş	1996 yılı ödenek toplamı	1996 yılı hakediş toplamı	Sonuç
Yüksel İnşaat	Ünye-Piraziz I. Kısım	598.651.000.000	588.962.318.000	Ödenek hakediştten fazla (ödenek üstü harcama yok)
Özışık+Gürsan	Piraziz-Espiye-Çarşıbaşı	952.758.000.000	940.566.055.000	Ödenek hakediştten fazla (ödenek üstü harcama yok)
Polat İnşaat	Çarşıbaşı-Trabzon-Araklı	403.500.000.000	397.499.686.000	Ödenek hakediştten fazla (ödenek üstü harcama yok)
Cengiz İnşaat	Hopa-Kemalpaşa-Sarp	1.176.000.000.000	1.176.046.114.923	Hakediş ödenekten fazla (ödenek üstü harcama var)

Yukarıdaki tabloda Hopa-Kemalpaşa-Sarp yolu işinde 1 trilyon 176 milyar lira ödenek var iken, bu ödenek miktarından 46 milyon lira daha fazla hakediş düzenlendiği görülmekte ise de hem ödenek miktarını hem de imatları birebir denkleştirmenin zorluğu nedeniyle hakediş miktarı ya ödeneğin altında ya da az üstünde olabileceğinden bir trilyon liralık ödenekte 46 milyon liralık hakediş fazlalığı ödenek üstü harcama olarak kabul edilemez. Nitekim, sanık müdafilerinin, esasa ilişkin 20.3.2006 günlü savunmalarında belirttikleri;

“Ödenek üstü harcamada sene sonu itibariyle ödeneğin bir miktar geçilmiş olması da bir ölçü değildir. Çünkü, sene sonuna doğru istihaklara konan kalemlerde birim değerleri yüksek kalemler bulunabilir ve ödenek bir miktar aşılabilir. Bu tutanağa bağlanarak bir sonraki yıl ödeneğinden ödendiği için bu defa da bir sonraki yıl ödeneği azaltılmış olur.”

Yaşar Topcu Kararı

şeklindeki ifadeleri ile Karayolları Genel Müdürlüğü'nün 20.1.2006 günlü, 336 sayılı yazısında ödenek üstü harcama konusunda yapılan açıklamalar da bu hususu doğrulamaktadır.

Diğer taraftan, 26.8.1997 tarihi itibarıyla Karadenizde çalışıp da ihaleye davet edilmeyen firmaların ödenek üstü harcama durumları ise aşağıdaki tablodaki gibidir:

Firma Adı	Yaptığı İş	1996 yılı ödenek toplamı	1996 yılı hakediş toplamı	Sonuç
Bal-İş İnş.	Ünye-Piraziz III. Kısm	454.234.000.000	444.546.479.000	Ödenek hakedişten fazla (ödenek üstü harcama yok)
Öz İnş.	Trabzon Şehir Geçişi	200.000.000.000	199.999.990.000	Ödenek hakedişten fazla (ödenek üstü harcama yok)
Tubin İnş.	Samsun-Ünye Yolu	520.405.000.000	453.048.345.000	Ödenek hakedişten fazla (ödenek üstü harcama yok)
Gök-delen İnş.	Samsun Şehir Geçişi	197.000.000.000	196.476.464.000	Ödenek hakedişten fazla (ödenek üstü harcama yok)

Bilindiği üzere tüm ihale sözleşmelerinde taraflarca kabul edilen tutar kadar yılı imalatların karşılığı ödeneği tahsis etmeye işveren sıfatıyla idareler yetkilidir. Müteahhit ise yine sözleşme hükmü gereği tahsis edilen ödenek tutarını karşılayacak kadar imalat yapmakla yükümlüdür. Sözleşmede belirlenen yükümlülük, tahsis edilen ödenek kadar imalat yapmak olduğuna göre, idarenin tahsis ettiği ödeneğin üzerinde imalat yapmış olmayı kriter olarak saptamak ve ihalede uygulamak gerçekçi olmadığı gibi belirlenen kritere uyulmadığı da açıktır.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, yukarıdaki tablolardaki veriler ile sanığın bu konudaki çelişkili açıklamalarından ve tanık beyanlarından "Karadeniz sahil yolunda çalışan ve ödenekleri üzerinde fiilen harcama yapan" kriteri açı-

sından, ihaleye davet edilen ile davet edilmeyen firmalar arasında fark bulunmadığı anlaşılmıştır.

8.9.1997 günlü, 6599 sayılı Bakan Yaşar Topcu imzalı olurla, yukarıda belirtilen on bir adet firmaya ilave olarak *“İhalede rekabetin yaygınlaştırılmasını sağlamak amacıyla”* çağrılan yine teknik güçleri ve yeterlilikleri idarece bilinen ve kredi temin edebileceklerini ifade eden dört firmanın durumlarının da irdelenmesi gerekmektedir. İhalelere sonradan davet edilen dört firma şunlardır;

- 1- Giriş ve Metiş Ortak Girişimi
- 2- Mapa İnş. ve Tic. A.Ş
- 3- Limak İnş. San ve Tic. Ltd. Şti.
- 4- Makyol İnş. San. ve Tic. A.Ş

Söz konusu Bakan oluru ile, 26.8.1997 günlü Bakan olurunda belirtilen ihalelere davet kriterleri değiştirilmiştir. Böylece, ilk olurda yer alan *“Teknik güçleri ve yeterlilikleri idareimizce kabul edilmiş olanlardan; otoyol yapımını gerçekleştirmiş ve kredi bulabileceklerini ispatlamış firmalar ile Karadeniz Sahil Yollarında çalışan ve ödenekleri üzerinde fiilen harcama yapan ve kredi bulabileceklerini ifade eden firmalar”* kriteri kaldırılmış; yerine, *“teknik güçleri ve yeterlilikleri idarece bilinen ve kredi temin edebileceklerini ifade eden”* kriteri getirilmiştir.

İhale kriterleri değiştirilerek davet edilen ve 26.8.1997 tarihi itibarıyla Karadenizde çalışması bulunmayan bu dört firmadan Giriş-Metiş ortak girişiminin Özışık İnşaatla, Mapa ve Makyol Şirketlerinin Cengiz İnşaatla, Limak Şirketinin ise Bayındır İnşaatla ortak girişim kurmak suretiyle ihaleye katıldıkları ve ihale kazandıkları anlaşılmıştır.

Sanık Bakan 28.3.2005 günlü oturumda yapılan sorgusunda, ihalelere firmaların teklif vermeyecekleri kuşkusu olduğunu, ihalede rekabetin sağlanması amacıyla dört-beş firmanın daha çağrılmasını istediğini söylemiştir.

İhalelerin yapıldığı tarihte Karayolları Genel Müdürü olan Yaman KÖK, 21.4.2005 günlü oturumda *“...sayın Bakan “başlangıçta seçilen 11 firmaya ilave olarak -ona herhalde kendisi cevap verecektir- şu dört firmanın daha ilave edilmesi, yani, şu dört firmayı daha inceleyin, bunların ihaleye iştiraklerinde bir sakınca olup olmadığını söyleyin” dediler. Söylediği dört firmalar da, idarece bilinen, maddî güçleri olan firmalardı.”* şeklinde beyanda bulunarak, söz konusu dört firmanın sanık Bakanın talimatıyla sonradan çağrıldığını ifade etmiştir.

Nitekim, sanık Yaşar Topcu 21.4.2005 günlü oturumda tanık Yaman Kök'e sorduğu *“Sayın Genel Müdür buyurdu ki, 4 tane isim, bunlara da bakın demişim, bunun öncesinde, Yaman Bey, teklif gelmemesi gibi bir kuşum var, bunları çoğaltabilir miyiz, şu 4 tane firmayla da yani sizin şartlarınıza uygun mu, ba-*

Yaşar Topcu Kararı

kabilir misiniz şeklinde mi oldu, yoksa, onu teyit etti; ama, bu, önceki beyanı, yani, teklif vermeme gibi bir durumla karşılaşılabiriz, böyle bir kuşku var, bu sayıları çoğaltalım gibi beyanı da hatırlıyor mu?" şeklindeki sorusunda da sonradan çağrılan dört firmanın isim verilerek kendisi tarafından çağrıldığını açıkça ifade etmiştir.

İhale komisyonu başkanı Ahmet Ustaoglu da 21.4.2005 günlü oturumda verdiği ifadesinde, "*...daha sonra Sayın Bakanımız bu sayının daha da artırılmasını istediler, onlar da incelenerek, hepsi, artık, rekabet artırılması yönünde bir öneri olduğu için, onlar da uygun görülerek, bu belli istekli listesi oluşturuldu...*" şeklinde beyanda bulunarak söz konusu firmaların davet edilme şeklini teyit etmiştir.

Sanık ve tanık beyanlarına göre, sonradan davet edilen bu firmaların tamamının sanık Bakan tarafından ve firma ismi verilerek çağrıldığı anlaşılmaktadır.

Söz konusu firma temsilcisi olan tanıklar beyanlarında, ihale tarihine kadar dış kredili iş, otoyol ve Karadenizde iş yapmadıklarını ifade etmişlerdir.

Sanık Bakan Yaşar Topcu, Karadeniz sahil yolu ihalelerine davet edilmeyen firma temsilcilerine ihale tarihine kadar kredi getirip getirmediğini yani dış kredili iş yapıp yapmadığını sormuştur. Ancak, ihalelere davet edilen ve yukarıda belirtilen firma temsilcileri de ihale tarihine kadar dış kredi getirmediğini (dış kredili iş yapmadıklarını) belirtmişlerdir.

Bu durumda, başlangıçta belirlenen ihale usul ve esasları değiştirilerek ve bizzat sanık Bakanın isim vererek ihaleye davet ettirdiği dört firmanın tamamının ortak girişim kurarak ihalelere katılmaları ve bu firmalarla aynı koşullara sahip diğer firmaların ise ihalelere çağrılmamaları birlikte değerlendirildiğinde, söz konusu uygulama ile bazı firmaların ihaleye katılmaları sağlanarak avantajlı duruma getirildiği ve ihalede rekabet ortamının oluşturulmadığı anlaşılmaktadır.

Davet edilen firmaların ihale usul ve esaslarında öngörülen kriterler açısından değerlendirilmesinin yapılmasından sonra, Karadeniz sahil yolunda çalışan ve otoyol yapıp da ihalelere davet edilmeyen firmaların durumlarının irdelenmesi gerekecektir.

26.8.1997 günlü Bakan olurunda ihalelere davet edilecek firmalar için iki farklı kriter öngörülmektedir.

Birinci kriter, 26.8.1997 tarihi itibarıyla otoyol yapmış ve kredi getireceklerini ispatlamış firmalar olmasıdır. Bayındırlık ve İskan Bakanlığından gönderilen 18.5.2005 günlü, 5991 sayılı yazıda bu kriterlere uyan toplam sekiz adet firmanın olduğu bildirilmiştir. Bu sekiz firmadan, STFA firması

haricindeki tüm firmalar ihalelere davet edilmiştir. Tanık Yaman Kök ve sanık, söz konusu firmanın ihale tarihinde ekonomik zorluk içerisinde bulunması ve Karayolları Genel Müdürlüğü ile davalı olmasından ötürü ihalelere davet edilmediğini ifade etmişler, firma temsilcisi olan tanık İbrahim Özen de bu durumu teyit etmiştir.

İkinci kriter, 26.8.1997 tarihi itibarıyla Karadeniz sahil yolunda çalışan ve ödenekleri üzerinde fiilen harcama yapan firmalar olmasıdır. Bayındırlık ve İskan Bakanlığında gönderilen 18.5.2005 günlü, 5991 sayılı yazıdan bu kriterleri haiz oldukları halde ihalelere davet edilmeyen firmaların; Gökdelen, Tubin, Bal-İş, Gürsan ve Öz İnşaat firmaları olduğu anlaşılmaktadır.

Karayolları Genel Müdürlüğünün 19.8.2005 günlü, 8048 sayılı yazısında, Araklı-Gündoğdu yolu Km: 103+585-136+491 kesiminde yaptırılan "Deniz tahkimatları işi"nde 26.8.1997 günü itibarıyla Atacan Aksoy isimli firmanın çalışma yaptığı bildirilmiş ise de bu firma ve yapılan iş, ilgili genel müdürlüğün 18.5.2005 gününde Yüce Divan Başkanlığına gönderilen Karadeniz sahil yolunda 26.8.1997 tarihi itibarıyla çalışan firmaları gösteren liste içinde yer almamaktadır.

Gökdelen firması, 7.12.1993 gününde ihalesi yapılan Samsun Çevre Yolu ihalesini kazanan Aydın firmasından 6.11.1995 gününde işi devir alan firmadır. Sanık, Gökdelen inşaat firmasının yaptığı işin "Karadeniz sahil yolu" kapsamında bulunmadığını ve bu nedenle ihaleye davet edilmediğini ifade etmiştir.

Öz İnşaat firması, 13.12.1993 gününde ihalesi yapılan Trabzon Şehir Geçişi ihalesini kazanan firmadır. Sanık, bu firmanın da yaptığı işin "Karadeniz sahil yolu" kapsamında bulunmadığını ve bu nedenle ihalelere davet edilmediğini beyan etmiştir.

Bal-İş firması, 30.12.1993 gününde ihalesi yapılan Ünye-Piraziz III. Kısım Yolu ihalesini kazanan firmadır. Sanık, bu firmanın ödeneklerini kullanmadığı ve işini düzgün yapmadığı için çağrılmadığını ifade etmiştir.

Tubin firması, 21.12.1992 gününde ihale edilen Samsun-Ünye Yolu ihalesini kazanan firmadır. Sanık, bu firmanın da ihale olurunda yer alan ödenek üstü harcama kriterini haiz olmadığı için çağrılmadığını beyan etmiştir.

Gürsan firması, 15.2.1994 gününde ihalesi yapılan Espiye-Çarşıbaşı Yolu ihalesini Özışık firması ile ortaklaşa kazanan firmadır. Dosyadaki bilgi ve beyanlardan bu ortaklıkta Özışık firmasının %80, Gürsan firmasının ise %20 oranında pay sahibi olduğu anlaşılmıştır. Sanığın, bu firmanın çağrılmama nedenine ilişkin bir açıklaması olmamıştır.

Yaşar Topcu Kararı

İhale tarihinden önce "Karadeniz sahil yolunda" çalışan Gürsan firması temsilcisi olan tanık Cevdet Özbalçık, ihalelere davet kriterlerinde öngörülen teknik ve mali güce sahip olmadıklarını ifade etmiştir.

Aynı konumda bulunan Gökdelen firması temsilcisi tanık Remzi Tekin ise ihalelere davet edilmemelerinin idarenin takdiri olduğunu beyan etmiştir.

Otoyol yapan firmalardan STFA firmasının temsilcisi İbrahim Özen de mali zorluk içerisinde olmaları ve Karayolları Genel Müdürlüğü ile davalık olma nedenlerinden dolayı davet edilmemelerini yadırgamadığını ifade etmiştir.

İhale tarihinden önce Karadeniz sahil yolunda çalışan Öz İnşaat firması temsilcisi tanık Mehmet Emin Erdoğan, Tubin firması temsilcisi Turan Büyükaşahin ve Bal-İş firması temsilcisi Nazım Bal beyanlarında, ihale olurlarında yer alan "Karadenizde çalışan ve ödenekleri üzerinde harcama yapan" kriterini haiz oldukları halde ihalelere davet edilmediklerini ifade etmişlerdir.

İhale tarihinden önce otoyol yapmış firmalar içerisinde bulunan STFA firması ile Karadenizde çalışmakta olan Gürsan ve Atacan Aksoy firmalarının ihaleye çağrılmamaları fiili ile ilgili olarak dosyadaki belgeler ve firma temsilcileri olan tanık beyanları karşısında bu firmaların ihaleye davet edilmemeleri nedeniyle sanığa cezai sorumluluk yüklenemeyeceği kanaatine varılmıştır.

Buna karşılık, Karayolları Genel Müdürlüğü tarafından Yüce Divana gönderilen yazıda Karadeniz sahil yolunda çalışan firmalar arasında gösterilen ve ihale kriterlerine sahip olduğu anlaşılan Gökdelen, Öz, Bal-İş ve Tubin inşaat firmalarının ise ihaleye davet edilmemelerinde haklı bir neden bulunmadığı anlaşılmıştır.

Sanık savunmalarında, tanık olarak dinlenen bir kısım firma temsilcilerinin Karadeniz'de yaptıkları çalışmaların, Karadeniz sahil yolu projesi kapsamında değerlendirilemeyeceğini, özellikle Samsun şehir geçişi işini yapan Gökdelen ve Trabzon şehir geçişi (tanjant yolu) işini yapan Öz inşaat firmalarının yaptıkları işlerin Karadeniz sahil yolu projesi kapsamında bulunmadığını ileri sürmüş ise de firmaların davet kriterinde "Karadeniz sahil yolu" ibaresinin yer aldığı, "proje" ibaresinin bulunmadığı ve Karayolları Genel Müdürlüğü tarafından Yüce Divana gönderilen yazıda da Karadeniz sahil yolunda çalışan firma isimleri arasında bu iki firmanın da bulunduğu dikkate alındığında, sanığın savunmasında ileri sürdüğü bu hususların doğru olmadığı kanaatine varılmıştır.

Bal-İş ve Tubin firmalarının ödeneklerini dahi kullanamadıkları ve yaptıkları işi sürüncemede bıraktıkları gerekçesiyle ihaleye davet edilmedikleri yönündeki sanık savunması, yukarıdaki bölümde açıklandığı üzere ödenek

üstü çalışma kriteri açısından bu firmalar ile ihaleye çağrılan firmalar arasında bir fark bulunmadığının açıklığa kavuşması nedeniyle yerinde görülmemiştir.

Her ne kadar sanık 4.5.2006 günlü dilekçesinin ekinde, bu iki firmanın yaptıkları işleri sürüncemede bıraktıklarına ilişkin, Karayolları Bölge Müdürlüklerinin yazılarını ibraz etmiş ise de bu yazılardan Tubin firmasıyla ilgili bulunanların 2004 yılındaki çalışmalara ilişkin olması, Bal-İş firmasıyla ilgili olan yazılarda ise ödeneğin kullanılmadığı yönünde kesin bilgilerin bulunmaması nedeniyle bu yazılara itibar edilmemiştir.

Sanığın ihalelere davet edilen firmalarla kredi bulup bulamayacakları konusunda, ihale öncesinde görüşme yapıp yapılmadığına ilişkin çelişkili beyanlarda bulunduğu anlaşılmıştır (28.3.2005 günlü tutanak, s. 42; 26.5.2005 günlü tutanak, s. 122; 20.9.2005 günlü tutanak, s. 254).

Sanık, ihalelere çok sayıda firma çağrılmamasının nedenlerinden birinin de bu durumun Hazineye ek yük getirmesi olasılığının olduğunu, bu konuda dönemin Hazine Müsteşarı ile telefonda bu yönde bir konuşma yaptığını ifade etmiş ise de sanığın bu konudaki savunması tanık olarak dinlenen Mahfi Eğilmez tarafından doğrulanmamıştır. Tanıklar Mahfi Eğilmez, Yener Dinçmen ve Aydın Karaöz beyanlarında, ayrıca, firma sayısı ile kredi maliyetleri arasında bir ilişki bulunmadığını da beyan etmişlerdir.

Diğer taraftan, Hazine Müsteşarlığının 1.12.2005 günlü, 2654 sayılı yazısında "...KGM projeleri için borçlanma ihtiyacının önemli boyutlarda olması ve kredi teklifinin işi yüklenen firmalar tarafından getirilmesi zorunluluğu yüklenici firmaların aynı anda aynı finans kaynaklarına başvurmaları sonucunu doğurmuştur. Bu durumda, finans kaynaklarının aşırı talep karşısında daha yüksek kredi maliyetini kabul eden firmaya kredi tekliflerini vermeyi tercih etmeleri nedeniyle Türkiye'nin dış kredi maliyetinin yükselmekte olduğu ve diğer dış borçlanmalarımızın da bundan olumsuz yönde etkilendiği.." bildirilmiştir. Söz konusu yazı, ihale sonrası dış kredi görüşmelerinin ihale kazanan firmalar yerine Hazine Müsteşarlığınca yapılmasının gerekçesine ilişkindir. Bu nedenle, ihale öncesi davet edilecek firmalarla kredi maliyetleri arasında bir ilişki olmadığı yönündeki tanık beyanları ile bu yazı arasında çelişkili bir durumun bulunmadığı anlaşıldığından sanığın aksi yöndeki savunmasına itibar edilmemiştir.

Sanık, 1996 ve 1998 yıllarında ön seçim sonucunda yeterlilik alan bazı firmaların dava konusu ihalelere çağrılmaması iddiasına ilişkin olarak, reketin çok firma çağırarak sağlanamayacağını, ön seçim kriterlerinin süreklilik arz etmeyip değişken olduğunu, 1996 yılında yeterlilik alan firmanın 1997 yılında bunu kaybedebileceğini, bütçeden finanse edilen bir işle, dış kredi ile finanse edilen bir işin karşılaştırılmayacağını ileri sürmüş ise de

Yaşar Topcu Kararı

1996 yılında Araklı-Rize-Çayeli ve Çayeli-Ardeşen-Hopa yollarının yapım işi için yapılan ön seçim başvurusu üzerine yeterli görülen otuzu aşkın firma bulunduğu, yine 1998 yılında dış kredili olarak ihaleleri yapılan Bursa Çevre Yolu, Gaziantep-Şanlıurfa, Ankara-Pozantı, Aydın-Denizli otoyollarının ihalelerine yirmi ila otuziki arasında firma katıldığı ve bu ihalelerin tümünün ilan yapılmak suretiyle gerçekleştirildiği ve bu firmaların ihaleye davet edilmemelerine karşın özellikle, ihale kriterleri değiştirilerek sonradan dört firmanın ihaleye çağrıldıkları dikkate alındığında, amacın rekabetin yaygınlaştırılması düşüncesinden ziyade belli firmaların ihalelere katılımını sağlamak olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

Kamu kurum ve idareleri, 2886 sayılı Kanun hükümleri dışında yaptıkları ihalelerde de ihtiyaçları en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılamak, ihalede açıklık ve rekabeti sağlamak, saydamlık, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi ve kaynakların verimli kullanılması gibi temel ilkeleri gözetmek zorundadırlar. Aksi uygulama, takdir hakkının keyfi uygulanması anlamına gelecektir.

Sonuç olarak, sanığın Karadenizde çalışan ve ihale kriterlerine sahip Samsun Çevre Yolu işini yapan Gökdelen, Samsun-Ünye yolunu yapan Tubin, Ünye-Piraziz III. Kısım yolunu yapan Bal-İş ve Trabzon Şehir Geçişi işini yapan Öz inşaat firmalarını ihalelere çağırmadığı, başlangıçta belirlenen ihale kriterlerini Giriş ve Metiş Ortak Girişimi, Mapa, Limak ve Makyol inşaat firmalarının ihalelere katılmalarını sağlamak için değiştirdiği, bu eylemiyle kendisine tanınan takdir hakkını amacı dışında kullandığı böylece ihalede rekabet ortamı oluşturulamadığı gibi, belli firmalara avantaj sağlandığı anlaşılmıştır.

b- Üç proje halindeki işlerin altı parçaya bölünerek ve birbirleri ile ilişkilendirilerek ihaleye katılımın sınırlandırılması ekonomik açıdan en avantajlı teklifin verilmesinin engellenmesi

Soruşturma komisyonu raporunda, üç proje halindeki işin altı parçaya bölünerek ve birbirleri ile ilişkilendirilerek ihaleye katılımın sınırlandırıldığı, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin verilmesinin engellendiği iddia edilmiştir.

Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca Başbakanlığa gönderilen 31.7.1997 günlü, 2584 sayılı yazı ile Karayolları Genel Müdürlüğünün 1997 yılı yatırım programının "Devlet Yolları Yapım ve Onarım çalışmaları" bölümünde yer alan 97 E 04 0210 DPT ve 07-2038 KGM proje nolu "Bolaman-Perşembe", 83 E04 0260 DPT ve 10-2015 KGM proje nolu "Doğu Karadeniz Sahil Yolu (Araklı-Hopa)" ile 96 E04 0170 DPT ve 10-2033 KGM proje nolu "Piraziz-Espiye(Giresun Geçiş Hariç)" Karadeniz sahil yolu işlerinde, milli bütçeden

Karayolları Genel Müdürlüğüne ayrılan kaynakların yetersizliği nedeniyle kredi kullanılmasının düşünüldüğü, bu nedenle söz konusu ihalenin 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri dahilinde yapılması mümkün olamayacağından, bu Kanun hükümleri dışında ihale edilebilmeleri için 2886 sayılı Kanunun 89. maddesi gereğince Bakanlar Kurulundan karar alınması gerektiği ifade edilmiştir.

Bakanlığın istemine uygun olarak, Karadeniz sahil yolu ihalelerinin Devlet İhale Kanunu hükümleri dışında ve üç proje halinde ihale edilmesine Bakanlar Kurulunca 1.8.1997 gün ve 97/9698 sayı ile karar verilmiştir. Bu kararda ihale edilecek işler "Bolaman-Perşembe", "Piraziz-Espiye (Giresun Geçişi Hariç)", "Doğu Karadeniz Sahil Yolu (Araklı-Hopa)" olarak ve üç kısım halinde belirtilmesine karşın 26.8.1997 günlü, 6246 sayılı Bakan oluruyla, ihalenin "Bolaman-Perşembe", "Araklı-İyidere", "İyidere-Çayeli", "Çayeli-Ardeşen-Hopa", "Piraziz-Giresun" ve "Giresun-Espiye" olarak altı kısım halinde belli istekliler arasında yapılmasına karar verilmiştir.

25.8.1997 ve 26.8.1997 günlü Bakan olurlarında, davet edilen firmaların ihalelere teklif vermelerini sınırlayan bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Ancak, Karayolları Genel Müdürü Yaman KÖK imzası ile firmalara gönderilen 26.8.1997 günlü, 3110 sayılı davet mektuplarının dip notunda "Firmalar işlerden birinin kendisinde kalması halinde diğer işlere teklif veremeyecektir." şeklindeki düzenleme ile ihaleler birbirleriyle ilişkilendirilmiş ve ihaleye katılım sınırlandırılmıştır.

Her ne kadar sınırlama getiren bu hüküm, Karayolları Genel Müdürü Yaman KÖK imzası ile firmalara gönderilen 29.8.1997 günlü, 3140 sayılı yazı ve 8.9.1997 günlü, 6599 sayılı Bakan oluru ile getirilen "Firmalar işlerden birinin kendisinde kalması halinde, ikinci işe ancak, ortak girişim oluşturmuş olmaları ve önceden idarenin uygun görüşünü almış olmaları şartıyla teklif verebilirler." şeklinde değiştirilmiş ise de bu düzenlemenin de ihaleleri birbirleriyle ilişkilendirdiği ve ihaleye katılımı sınırlandırdığı açıktır.

Üç proje halindeki işin altı kısma bölünmesinin sanık Bakanın talimatı ile gerçekleştiği sanığın beyanı ve tüm dosya kapsamı ile sabit olmuştur.

2886 sayılı Kanun hükümleri dışında ihale edilen yolun, Bakanlar Kurulunca üç proje halinde yapılmasına karar verilmiş olmasına rağmen Bakanlar Kurulundan yeni bir karar alınmaksızın Bakanın yetkisini aşarak "Bolaman-Perşembe" yolu dışındaki diğer işlerin parçalara bölünmesi, ihale usul ve esaslarında sonradan yapılan ve Bakan oluruna bağlanan değişikliklerle ihalelerin birbirleriyle ilişkilendirilmesi ve katılımın sınırlandırılması sonucunda, ihalelere katılan firmaların tamamının ihale kazanmasının yolu açılmış ve rekabetin en üst seviyede gerçekleştirilmesi engellenmiştir.

c- Davet edilen firmaların gizli tutulması gerektiği halde ihalelerde firmaların birbirleriyle ortak girişimler oluşturmasını teşvik edecek mahiyette usul ve esasların belirlenmesi

Meclis soruşturma komisyonu raporunda, ihale usul ve esaslarında yer alan *“firmalar işlerden birinin kendisinde kalması halinde ikinci işe ancak, ortak girişim oluşturmuş olmaları ve önceden idarenin uygun görüşünü almış olmaları şartıyla teklif verebilirler”* şeklindeki düzenleme ile idarenin ayrı ayrı davet ettiği firmaları ortak girişim oluşturmaları yönünde teşvik ettiği, *“önceden idarenin uygun görüşünü almış olmaları”* şartının getirilmesi ile de kimin kiminle ortak girişim yapacağına da idarenin izin vereceği izleniminin oluşturulduğu, böylece ihalelerdeki gizlilik ilkesinin ihlal edildiği iddia edilmiştir.

Sanık, konuya ilişkin yaptığı savunmalarında, ihaleye katılanların ihaleden önce veya sonra ortak girişim yapmalarının normal bir durum olduğunu, her iki halde de ortaklık kurmanın ihalelerde anlaşma olarak kabul edilemeyeceğini, nitekim daha önce yapılan Bolu Dağı geçişi ihalesinde ayrı ayrı teklif veren Güriş-Metiş ortaklığı ile Limak firmasının sonradan ortaklık kurduklarını, ihalelerden birisini alan firmanın diğer ihalede pilot firma olamayacağına ilişkin getirilen düzenlemenin, bir firmanın bütün ihaleleri almasına engel olmak olduğunu, firmaların ortak girişim kurmasını ve davet edilen firmaların gizli tutulması gerektiği yönünde bir düzenlemenin bulunmadığını, ihaleye girecek firmaların kimler olduğunu yayınlayan kuruluşların bulunduğunu ifade etmiştir.

İhaleye davet edilen firma temsilcisi tanıklar beyanlarında, ihaleden önce katılacakların kimler olduğu konusunda idare ile bir görüşmelerinin olmadığını, katılacak firmaları bu konuda yayın yapan dergilerden veya kişisel ilişkileri yoluyla öğrendiklerini, Karadenizde iş yapmanın zorluğu nedeniyle burada iş yapan firmaların deneyiminden yararlanmak ve finansal kaynak bulmak amacıyla ortak girişim oluşturduklarını ifade etmişlerdir.

Bir ihale hangi usul ve esas ile yapılırsa yapılsın ihalede rekabet ve açıklığın sağlanması temel ilkedir. İhalelerde firmaların ortak girişim kurması olağan bir durum ise de bunun ihaledeki rekabet ve açıklığı engellememesi gerekir.

Davet usulü ile yapılan ihalelerde ise davet edilen bir firmanın ihaleye davet edilmeyen bir firmayla ortak girişim kurması rekabeti engellemez. Nitekim, ihalenin yapıldığı tarihte Karayolları Genel Müdürü olan Yaman KÖK de 21.4.2005 günlü duruşmadaki *“... dışarıda da kalmış firmalar olabilir, bunlar da belge almış firmalarla bir firma davet ettiğimiz firmaların bir tanesi almadığı takdirde ortaklık kurarak, yani, dışarıdaki büyük firmalarla ortaklık kurarak*

iş almalarını sağlamak, rekabeti artırma gayesiyle biz bunu aldık.” şeklindeki ifadeyle bu durumu teyit etmektedir. Tanık, soruşturma komisyonuna verdiği ifadesinde de davet edilen firmaların idareden onay almalarına gerek olmadığını ve esasen söz konusu firmalara bu yönde bir onay da vermediklerini beyan ederek, getirilen düzenlemelerin davet edilen firmalar ile davet edilmeyen firmalar arasında ortaklık kurulması durumuna ilişkin olduğunu yinelemiştir.

Bu bağlamda, ihaleye sonradan çağrılan Metiş-Güriş ortaklığının davet öncesinde ortak girişim oluşturmaları ihaledeki rekabeti engellemektedir. Yine, ihaleye davet edilen Entes firması ile ihaleye davet edilmeyen Kolin firmasının ortak girişim kurması da ihaledeki rekabeti arttıran bir durumdur. Ancak, davet edilen diğer firmaların birbirleriyle ortak girişim kurmasına yönelik usul ve esaslar belirlenerek idarenin buna izin vermesi durumunda rekabetin sağlandığı söylenemez.

Bu açıklamalar ışığında olaya baktığımızda, 8.9.1997 günlü, 6599 sayılı Bakan oluru ile getirilen “...*firmaların işlerden birinin kendisinde kalması halinde ikinci işe ancak, ortak girişim oluşturmuş olmaları ve önceden idarenin uygun görüşünü almış olmaları şartıyla teklif verebilmeleri suretiyle ihale edilmesi...*” şeklindeki düzenleme ile davet edilen firmaların ihale öncesinde ortak girişim oluşturmalarının yolu açılmış ve firmaların ikinci işe ancak ortaklık kurmak suretiyle katılmalarına olanak sağlanarak rekabet ortamı sınırlandırılmıştır. Nitekim, bütün ihalelerin ortak girişim oluşturan firmalar tarafından kazanılmış olması da bu durumu teyit etmiştir.

İhalelerde gizlilik sadece, ihalenin yapılış aşamasında ve verilen tekliflere ilişkin olup bunun dışında ihalelerde asıl olan, açıklık ve şeffaflık olduğundan, ihalede gizliliğin ihlal edildiği konusunda değerlendirme yapılmasına gerek görülmemiştir.

d- Müteahhitlerin ihale öncesinde anlaştıklarını gösteren bir çok bulgu olmasına rağmen bu bulguların dikkate alınmadan ihalelerin sonuçlandırılmasına göz yumulması

Meclis soruşturma komisyonu raporunun, “*Hukuki Değerlendirme*” ana başlığı altındaki “*Müteahhitlerin ihale öncesinde anlaştıklarını gösteren bulgular*” alt başlığı altında yapılan değerlendirmede;

- *Firmalar çok sayıda münferit teklifler vermiş olmalarına rağmen, hiçbir ihalenin tek bir firmada kalmadığı, ihale üstlenen firmaların ihale tarihinden önce ortak girişim oluşturdukları ve ihalelerin bu ortak girişimler tarafından üstlenildiği,*

- *Ortak girişim halinde yüksek tenzilatta bulunan firmaların, münferit olarak çok daha düşük tenzilatta bulunduğu,*

Yaşar Topcu Kararı

- Davet edilen onbeş firmanın; bir tanesinin ihalelere katılmayacağını önceden idareye bildirdiği ve katılmadığı, bir tanesinin de hiçbir ortak girişimde bulunmadan münferit olarak ihalelerin tamamına düşük oranlarda teklifte bulunduğu, geri kalan onüç firmanın ise ikişerli-üçerli ortak girişimler halinde ihaleleri üstlendiği,

- Son ihaleleri kazanan firmaların, ilk ihalelerde kazanabilecek indirim oranları belli olmasına rağmen, aldıkları ihaleye kadar iş alabilecek tekliflerde bulunmadığı, düşük tekliflerde bulunduğu,

- İhale kazanan bir firmanın (Özışık) ortak girişim halinde üstlendiği ihale dışında kalan beş ihaleden dördüne teklif vermediği ve bir tanesine de en düşük teklifi verdiği yani üstlenmek için hiçbir gayrette bulunmadığı ve diğer firmaların da benzer davranışlarda bulunduğu,

- İhale kazanan dört firmanın (Yüksel, Özışık, Polat, Cengiz), bu ihalelerden önce de Karadeniz sahil yollarında iş üstlendikleri, yeni üstlendikleri işlerin eski işlerinin bitişiğinde olduğu ve bu durumun da dikkat çekici olup tesadüfle ya da arzu etmekle izahının mümkün olmadığı,

hususlarının firmaların önceden anlaştıklarını gösterdiği, bu durumun müsebbibinin ise usul ve esaslara ortak girişim oluşturmaları konusunda firmaların önceden idarenin uygun görüşünü almış olmaları şartının konulduğu (idare yazılı bir ortak girişim izni vermemiş ise de) göz önüne alındığında, ihale usul ve esaslarını belirleyen idarenin olduğu ve bu durumun ihaleye fesat karıştırma suçunun hile unsurunu oluşturduğu ileri sürülmüştür.

Sanık konuya ilişkin savunmasında özetle, her ihaleye bir ortak girişimin katılıp diğerlerinin münferit kaldığı savının ciddi olmadığını, her ihaleye birden fazla ortak girişimin teklif verdiğini, ortak girişimlerin yüksek tenzilat vermiş olmasının firmaların anlaştığı anlamına gelmeyeceğini, bazı firmaların şantiyelerinin bitişiğindeki ihaleleri almasının normal olduğunu, bu durumun anlaşma veya fesat karıştırma ile bir ilgisinin bulunmadığını beyan etmiştir.

Karadeniz sahil yolunda müteahhitlerin bu ihalelerden önce üstlendikleri ihaleler şunlardır:

Yüksel İnşaat Ünye Bolaman yolu,
Özışık İnşaat Espiye-Çarşıbaşı yolu,
Polat İnşaat Çarşıbaşı- Trabzon-Araklı yolu,
Cengiz İnşaat Hopa Kemalpaşa-Sarp yolu.

Firmaların kazandıkları ihaleler ise şöyledir:

Yüksel İnşaatın içinde bulunduğu ortak girişim Bolaman-Perşembe yolu,

E. 2004/5, K. 2006/2 (Yüce Divan)

Özışık firmasının içinde bulunduğu ortak girişim Giresun-Espiye yolu,
Polat İnşaatın içinde bulunduğu ortak girişim Araklı-İyidere yolu,
Cengiz İnşaatın içinde bulunduğu ortak girişim Çayeli-Ardeşen-Hopa yolu.

İhalelere katılan firmalar ve verdikleri teklifler aşağıdaki tabloda gösterilmiştir:

Firmalar	30.09.1997		01.10.1997		02.10.1997			
	Saat 10.00	Saat 15.00	Saat 10.00	Saat 15.00	Saat 10.00	Saat 15.00		
	Çayeli-Ardeşen-Hopa	İyidere-Çayeli	Araklı-İyidere	Giresun-Espiye	Piraziz-Giresun	Bolaman-Perşembe		
Cengiz	20,30	15,17	15,55	Teşekkür	Teşekkür	Teşekkür		
Mapa		16,48	13,13	16,40	15,95	16,50		
Makyol		15,75	13,52	13,72	Değ.alınmadı	14,92		
Bayındır	16,15	17,55	17,56	12,82	12,78	13,17		
Limak			12,88	16,52	13,66	16,78		
Polat	15,70	15,88	18,50	Teşekkür	Teşekkür	Teşekkür		
Doğuş	14,17	15,68		14,20	13,60	15,05		
Tekfen	11,50	11,80	13,72	16,22	14,83	15,16		
Yüksel	12,12	12,50	16,22				14,83	15,16
Nurol	13,48	16,51					15,76	16,11
Güriş + Metiş O.G	14,25	16,53	16,00	16,91	Teşekkür	Teşekkür		
Özışık	Teşekkür	Teşekkür	Teşekkür		11,00	Teşekkür		
Entes+ Kolin	Teşekkür	13,78	14,68	Teşekkür	16,80	Teşekkür		

Yaşar Topcu Kararı

Enka	14,00	13,25	13,85	13,68	13,20	12,52
Kutlutaş	Katılmadı	Katılmadı	Katılmadı	Katılmadı	Katılmadı	Katılmadı

Sanık ile ihaleye katılan ve teklif veren firma temsilcisi olan müteahhitler ihale öncesinde anlaşmadıklarını söylerken, tanık Hasan Ekinci ve Mahmut Yıldız firmalar arasında bir anlaşma olduğunu söylemiştir.

Tanık olarak dinlenen ihale kazanan firma temsilcileri beyanlarında, ihale edilen yolların bitişiğinde devam etmekte olan işlerinin bulunması, şantiyelerinin kurulu olması ve bu durumun kendilerine maliyet açısından bir avantaj sağlaması nedeniyle yaptıkları işin bitişiğindeki işin ihalesine daha yüksek tenzilat verdiklerini ifade etmişlerdir.

Yukarıdaki tablo ve verilerde belirtildiği üzere, ihaleye davet edilen ve katılan firmalardan bir tanesi hariç tamamının ihale kazandığı, firmaların daha önce yaptıkları işin bitişiğindeki ihalelere daha fazla tenzilat vererek bu ihaleleri kazandığı anlaşılmıştır. Ancak, firmalarla sanık Bakan arasında ortak hareket etme olgusu saptanamadığı sürece, bundan dolayı sanığa bir sorumluluk yüklemek mümkün değildir. Esasen ceza hukukunda kuşku ve varsayımlara dayalı olarak hüküm kurulamaz. Aksine, kuşkudan sanık yararlanır ilkesi temel bir ilkedir.

Soruşturma komisyonu raporunun "Araştırma ve Tespitler" başlıklı bölümünde ayrıca, dava konusu ihaleye fesat karıştırıldığına ilişkin eski Orman Bakanı Hasan Ekinci tarafından noterde yaptırılan tespitten de söz edilmiştir.

Hasan Ekinci, kendisine gelen bir müteahhidin yapmış olduğu ihbarı yazılı hale getirip Ankara 7. Noterine 29.9.1997 gün ve 20849 yevmiye numarası ile tespit ettirmiştir.

Hasan Ekinci, 30.9.1997 tarihinde ihalesi yapılan Çayeli-Hopa işinin tespit ettirildiği şekilde Cengiz İnşaatı verilmesinden bir gün sonra kamu oyunu bilgilendirmek amacıyla bir basın duyurusu yapmıştır.

21.11.1997 tarihinde Doğru Yol Partisi milletvekillerinin bir kısmı tarafından, Karadeniz sahil yolu ihalelerinde ihaleden önce anlaşma olduğu ve ihaleye fesat karıştırıldığı iddiasıyla Yaşar Topcu hakkında gensoru açılması için TBMM Başkanlığına bir dilekçe verilmiştir.

Yaşar Topcu bu gelişmeler üzerine 26.11.1997 tarihinde Hasan Ekinci'nin bilgi ve ifadesine başvurularak ihaleyle ilgili iddialar hakkında soruşturma açılması için Cumhuriyet Başsavcılığına başvurmuş, bu başvuru hakkında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca 8.1.1998 tarihinde sanığa (Hasan

Ekinci) isnat edilen eylemin Türk Ceza Kanununun 366., 367. ve 368. maddelerinde yazılı suçları oluşturmadığı gibi Türk Ceza Kanunu ve özel ceza kanunlarında belirtilen suçlardan herhangi birini de oluşturmadığından sanık hakkında takibata yer olmadığına karar verilmiştir.

Hasan Ekinci söz konusu ihalelere fesat karıştırıldığını belirterek 5.12.1997 gününde ihalelerle ilgisi olan kişiler hakkında Cumhuriyet Başsavcılığına suç ihbarında bulunmuş, bu ihbar hakkında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, yapılan incelemelerde ihaleye fesat karıştırıldığına dair delil ve emare elde edilemediğinden ihale komisyonu üyeleri ve ihaleyi onaylayan genel müdür hakkında kovuşturmaya yer olmadığına, Bakan hakkında ise Bakanların soruşturmasının TBMM Başkanlığına ait olduğu belirtilerek takibata yer olmadığına 16.3.1998 gününde karar vermiştir.

Yaşar Topcu bu konuyla ilgili olarak, Hasan Ekinci'nin bir basın toplantısı yaptığını, bu ihalede anlaşma ve yolsuzluk olduğunu, ihaleye fesat karıştığını söylediğini, belgesinin bulunduğunu ve notere vererek resmileştirdiğini söylediğini, kendisine herhangi bir belge, ihbar ve şikayetin gelmediğini, söz konusu belgeyi noterden temin ettiğini, bu sırada kendisi hakkında gensoru verildiğini, gensoru önergesini ve Hasan Ekinci'nin basın toplantısında dile getirilen hususları savcılığa ihbar ettiğini, savcılığın da takipsizlik kararı verdiğini, noterden temin ettiği belgede ciddi sayılamayacak derecede tahminlerin olduğunu, belgede falanca yeri falanca inşaat alacak dendiğini o yeri o şirketin aldığını fakat ortakların tespit belgesinde olmadığını, Hasan Ekinci'nin bir pazarlıktan haberdar olması halinde, bunu ortaklarıyla birlikte yazması gerektiğini, tespiti yapılan yolların ihalesinin bulunmadığını söylemiştir.

Dönemin Karayolları Genel Müdürü Yaman Kök, söz konusu ihalelerde verilen teklifler ve firmaların girişimleri hususunda kendisinin de şüphelinin olduğunu kabul ettiğini ancak, ita amiri olarak şüphyle iş yapma durumunun olmadığını, herhangi bir işlemde bulunması için somut delillere sahip olması gerektiğini söylemiştir.

Karadeniz sahil yolu ihalelerini yapan ihale komisyonu başkanı ve üyeleri Yüce Divanda tanık sıfatıyla vermiş oldukları ifadelerinde, ihalelere davet edilen firmaların önceden aralarında anlaştıklarına dair ihale komisyonuna herhangi bir ihbar ve yazının gelmediğini, bu konuyu ihaleden sonra basından duyduklarını, basında yapılan bir açıklamayı esas alarak bir işlem yapamayacaklarını ve ihale mevzuatı çerçevesinde ihaleleri yapmaya devam ettiklerini belirtmişlerdir.

Söz konusu noter tespit tutanağında Çayeli-Hopa işinin Cengiz İnşaata verileceği belirtilmiş, ancak, ihaleyi tespitte belirtildiği şekilde Cengiz İnşaat

Yaşar Topcu Kararı

tek başına almamış Mapa ve Makyol firmaları ile ortak girişim halinde üstlenmiştir. Yine söz konusu tespitte Polat ve Özışık firmalarının da ihale alacakları belirtilmiş fakat hangi ihaleleri alacakları gösterilmemiştir. İhale sonucunda bu firmaların da başka firmalarla kurdukları ortak girişimlerle ihaleleri üstlendikleri tespit edilmiştir.

Soruşturma komisyonunun, ihalelerin hazırlanmasında ve icra edilmesinde karar aşamalarına katılan dönemin bürokratları hakkında ilgili bakanlık nezdinde tahkikat yapılması için yaptığı suç duyurusu üzerine, Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığınca TBMM Başkanlığına hitaben yazılan 27.4.2005 günlü yazıda, daha önce aynı kişiler hakkında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiği, 4483 sayılı Kanununun 5. maddesinin ikinci fıkrası gereğince daha önceki ön incelemenin neticesini etkileyecek yeni bilgi ve belgenin sunulmaması nedeniyle suç duyurusunun işleme konulmadığı bildirilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, Hasan Ekinci tarafından yaptırılan noter tespitinin gerçekleşen ihale sonucu ile tam olarak uyuşmadığı anlaşılmıştır. Ayrıca, Hasan Ekinci'nin yaptığı suç duyurusu üzerine Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca ihaleye fesat karıştırıldığına dair delil ve emare elde edilemediğinden ihale komisyonu üyeleri ve ihaleyi onaylayan genel müdür hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiştir. Bayındırlık ve İskan Bakanlığı da soruşturma komisyonunun yaptığı suç duyurusunu, bu takipsizlik kararını baz alarak dikkate almamıştır. İhaleyi iptal yetkisinin Karayolları Genel Müdüğüne ait olması dikkate alındığında, bundan dolayı sanık Bakana bir sorumluluk yüklenemeyeceği açıktır.

Bu nedenlerle sav yerinde görülmemiştir.

e- Şartnameler gereği ihalelerde kabul edilmemesi gereken teklif mektuplarının ihale komisyonu tarafından geçerli sayılmasına göz yumulması

Meclis soruşturma komisyonu raporunda;

- Karadeniz sahil yolu ihalelerinde, ihale komisyonunca ihale usul ve esasları ile ihale şartnamesine uyulmadığı,

- Teklif mektubunun bir parçası olarak değerlendirilmesi gereken kredi niyet mektuplarının fiziken yeterli görüldüğü, hazineye getireceği yükün değerlendirilmediği, kredi niyet mektuplarının resmi makamlarca teyit edilmemiş oldukları halde geçerli kabul edildiği,

- İhale komisyonunca ihalelerin yapılmasında kredi niyet mektuplarının Hazine Müsteşarlığınca kabul edilebilir nitelikte olup olmadığına ilişkin bir teyidin aranmadığı ve ihale kararlarında da bu konuda bir bilginin bulunmadı-

ğı, ihale dosyalarında sadece ihaleyi kazanan firmaların finansman tekliflerinin bulunduğu ve sonuç olarak hazine tarafından firmaların getirdikleri kredi niyet mektuplarının hiç birisinin sonuçlandırılmadığı,

ileri sürülmüştür.

Sanık bu konuya ilişkin savunmasında, işin sözleşme ve uygulama safhasındaki bu tür belgelerden kendisine suç yüklenemeyeceğini ifade etmiştir.

İhale usul ve esaslarında, bütün kredilerin, hükümet kredileri dahil, krediyi veren kuruluşça kredinin şartlarını belirten resmî bir mektupla teyit edilmesi ve bu mektubun teklifin bir parçası olması, teyit edilmiş kredi teklifi şartlarının Hazine Müsteşarlığınca kabul edilebilir nitelikte olması gerektiği belirtilmiştir.

İhale şartnamesinde de şartnamelerde yazılı belgeler ile teminatı usulüne uygun ve tam olmayan isteklilerin teklif mektubunu taşıyan iç zarflarının açılmayacağı, başkaca işleme konulmadan diğer belgelerle birlikte kendilerine veya vekillerine iade olunacağı ve bunların ihaleye katılamayacakları, sözleşmenin ancak, bu projenin finansmanı ile ilgili kredi anlaşmasının yürürlüğe girmesi ile geçerli olacağı ve yürürlüğe gireceği, firmaların kredi teklif formuna ek olarak bütün kredilerin koşullarını ve bunların krediyi vermiş olan kurumlarca resmi olarak teyit edilmiş belgelerini ekleyecekleri hususu yer almıştır.

Bu konuda Hazine Müsteşarlığı temsilcileri ihaleden önce kredi tekliflerinin onaylanması gibi bir durumun söz konusu olmadığını, Müsteşarlığın dış kredili işlerde öncelikle işin kredili yapılması hususunda izin verdiğini, teklifler değerlendirilip, kazanan firma belli olduktan sonra onun kredi teklifinin aktarıldığını ve Hazine Müsteşarlığının da kendisine uygun krediyi onayladığını belirtmişlerdir (Dava konusu ihalelerde de hazine, firmaların getirdiklerinin dışında bir kuruluştan sağlanan krediyi onaylamıştır.).

Tanık olarak dinlenen ihale komisyonu başkan ve üyeleri ise ihale aşamasında böyle bir bilgi ve belgenin olmadığını, ancak, şifahi olarak onayın alınmış olması, aksi halde ihalelerin sonuçlanmamasının gerektiğini ve o dönemde komisyon olarak hep birlikte karar verdiklerini belirtmişlerdir.

Genel Müdür Yaman Kök ise bu ihalenin geçerli olabilmesi için kredi şartlarının Hazine Müsteşarlığınca onaylanması gerektiğini, Müsteşarlığın kredi şartlarını kabul etmediği sürece ihalenin geçerli olamayacağını belirtmiştir.

Hazine Müsteşarlığı temsilcilerinin ve dinlenen tüm tanıkların beyanlarından, ihale öncesinde, ihaleye katılacak firmaların kredi teklif mektupla-

Yaşar Topcu Kararı

rının Hazine Müsteşarlığı tarafından onaylanması gibi bir durumun söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır.

Öncelikle, “*şartnameler gereği ihalelerde kabul edilmemesi gereken teklif mektuplarının ihale komisyonu tarafından geçerli sayılmasına göz yumulduğu iddiası*”nın muhatabı sanık Bakan değildir. Zira, sanık ihale usul ve esaslarını belirleyen kişidir. Belirlenen ihale usul ve esaslarına uygun olarak ihaleyi yapmak ihale komisyonunun görevidir. Dolayısıyla, ihalelere verilen kredi teklif mektuplarının öngörülen şartları taşıyıp taşımadığının belirlenmesi görev ve sorumluluğu ihaleyi yapan komisyona aittir. Sanık ise ihale komisyonunda görev almadığı gibi ihaleyi onaylayan (ita amiri) konumunda da değildir.

Bu nedenlerle, sanığa yüklenen şartnameler gereği ihalelerde kabul edilmemesi gereken teklif mektuplarının ihale komisyonu tarafından geçerli sayılmasına göz yumduğu savı yerinde görülmemiştir.

2- İhaleye fesat karıştırma suçunun “haksız menfaat” unsuru olarak ileri sürülen savlar

a- İhale şartnamesinin, müteahhitlerin ihaleye davetinden sonra hazırlanması, zeyilname ile fiyatlarda değişiklikler yapılması, projeler tamam olmadan işlerin ihaleye çıkarılması, sağlıksız keşifler hazırlanması suretiyle %142'lere varan keşif artışlarına sebep olunması, yüksek taşıma katsayıları ve köprü inşaat zamları uygulanmak suretiyle daha sonra yapılan benzer ihalelerde taşıma katsayısı A=1 ve köprü zamsız olması durumunda nakliye fiyatı olarak ödenecek miktarın toplam 147,1 milyon Amerikan Doları tutarında fazla ödeme yapılmasına neden olunması

Bu iddia, beş alt iddiayı içermektedir:

- İhale şartnamesinin müteahhitlerin ihaleye davetinden sonra hazırlanması,
- Zeyilname ile fiyatlarda değişiklikler yapılması,
- Projelerin tamam olmadan işlerin ihaleye çıkarılması,
- Sağlıksız keşifler hazırlanması suretiyle %142'lere varan keşif artışlarına sebep olunması,
- Yüksek taşıma katsayıları ve köprü inşaat zamları uygulanmak suretiyle daha sonra yapılan benzer ihalelerde taşıma katsayısı A=1 ve köprü zamsız olması durumunda nakliye fiyatı olarak ödenecek miktarın toplam 147,1 milyon Amerikan Doları tutarında fazla ödeme yapılmasına neden olunması.

aa- İhale şartnamesinin müteahhitlerin ihaleye davetinden sonra hazırlanması

Meclis soruşturma komisyonu raporunda, ihale şartnamesinin ihale usul ve esasını belirleyen 25.8.1997 günlü ilk Bakan oluru ile firmalara gönderilen 26.8.1997 günlü davet mektuplarından daha sonra, 19.9.1997 günlü, 3364 sayılı Bakan oluru ile yürürlüğe konulduğu ve davet edilen firmaların tespiti ve davetinden sonra düzenlenen şartnamenin içeriğine davet edilen firmaların etki edip etmediği kuşkusunu oluşturduğu iddia edilmiştir.

Sanık savunmasında, şartnamenin Karayolları Genel Müdürlüğü tarafından hazırlandığını ve Karayolları Genel Müdürlüğü elemanlarını bu şekilde suçlayan bir ithamı kabul etmediğini beyan etmiştir.

İhale usul ve esasları ilk olarak 25.8.1997 günlü, 3099 sayılı Bakan oluru ile belirlenmiş, 26.8.1997 günlü, 6246 sayılı Bakan oluru ile işlerin altı kısım halinde ve onbir firma davet edilerek kapalı teklif istenilmesi suretiyle ihale edilmesine karar verilmiş, 26.8.1997 gününde her iş için Karayolları Genel Müdürü Yaman Kök imzasıyla onay belgeleri düzenlenmiş, 8.9.1997 günlü, 6599 sayılı Bakan oluru ile onbir firmaya ilaveten dört firmanın daha davet edilmesine karar verilmiş ve 19.9.1997 günlü, 3364 sayılı Bakan oluru ile ihale şartnamesi ve sözleşme tasarısı firmalara davetiye gönderildikten sonra yürürlüğe konulmuş ise de şartnamelerde öngörülen hangi hususların firmaların etkisiyle dahil edildiği konusunda somut bir iddia ortaya konulmadığı gibi çağrılan firmalar lehine idarece düzenlemeler yapılması konusunda sanığın sorumlu tutulmasını gerektiren bir kanıtta da rastlanılmamıştır.

Açıklanan nedenlerle, sanık hakkında bu konuda ileri sürülen sav yerinde görülmemiştir.

bb- Zeyilname ile fiyatlarda değişiklikler yapılması

Meclis soruşturma komisyonu raporunda, firmalar belirlenip davet yazıları gönderildikten sonra, 19.9.1997 günlü, 3367 sayılı Karayolları Genel Müdürü Yaman KÖK imzalı *davet gönderilen firmalar dağıtım* yazı eki zeyilnamede; tünel uzunluk zamlarında, tünel keşiflerinde, bazı pozlarda, köprü inşaat zamlarında değişiklikler yapıldığı, bu hususların firmaların tespiti ve davetinden sonra yapılmasının düşündürücü ve şüphe uyandıran hususlar olduğu iddia edilmiştir.

Sanık konuya ilişkin savunmasında, zeyilnamelerle yapılan değişikliklerin Karayolları Genel Müdürlüğü elemanlarınca gerçekleştirildiğini ve bu ithamın ciddiyetten uzak olduğunu ifade etmiştir.

İhale usul ve esasları ilk olarak 25.8.1997 günlü, 3099 sayılı Bakan oluru ile belirlenmiştir. 26.8.1997 günlü, 6246 sayılı Bakan oluru ile işler altı kısım

Yaşar Topcu Kararı

halinde belli istekliler arasında ihaleye çıkarılmış ve ihaleye onbir firma davet edilmiştir. 8.9.1997 günlü, 6599 sayılı Bakan oluru ile davet edilen onbir firmaya ilaveten dört firma daha davet edilmiş, daha sonra 19.9.1997 günlü, 3367 sayılı Karayolları Genel Müdürü Yaman Kök imzalı zeyilname ile "Kapalı Teklif Usulü İhale Şartnamesi" nin bazı maddelerinde değişiklik ve düzeltmeler yapıldığı anlaşılmıştır.

Tanık beyanlarından ve dosyadaki diğer delillerden, zeyilnamelerin Karayolları Genel Müdürlüğü görevlilerince düzenlendiği ve bu değişikliklerde sanık Bakanın bir etkisinin bulunmadığı anlaşıldığından bu konuda sanığa bir sorumluluk yüklenemeyeceği sonucuna varılmıştır.

cc- Projeler tamam olmadan işlerin ihaleye çıkarılması

Meclis soruşturma komisyonu raporunda, söz konusu işlere ait etüt-proje çalışmaları sürmekte iken projeler hazırmış gibi ihalelere çıkıldığı, projelerin ihalelerden oniki ila yirmialtı ay sonra onaylandığı, proje firmalarının yapılmış olması gereken projelerin bir bölümünün ve çok sayıda proje değişikliğinin yapım müteahhitlerine yeniden yaptırıldığı ve ayrıca proje bedellerinin ödenmesine yol açıldığı gibi, yapılan bu ilave projeler ve proje değişiklikleri ile büyük oranda keşif artışlarına yol açıldığı iddia edilmiştir.

Sanık savunmasında özetle, (9/19) Esas Numaralı Meclis Soruşturma Komisyonunun üç kişilik bilirkişi heyeti kurduğunu ve bu heyetin projelerin var olduğuna dair rapor sunduğunu, yine bu hususun Karayolları Genel Müdürlüğü tarafından soruşturma komisyonuna gönderilen yazılarla da sabit olduğunu belirterek, projelerin var olduğunu ifade etmiştir.

Gerek sanık ve gerekse tanıklar ifadelerinde, dava konusu yolların avan (ön) projelerinin ihale öncesi hazır olduğunu beyan etmiş iseler de bu hususun açıklığa kavuşturulmasında öncelikle dosyadaki yazılı bilgi ve belgelerin dikkate alınması gerekmektedir.

Söz konusu projelerin kısımlara ayrıldıktan sonraki durumları, ihale tarihi itibarıyla, aşağıdaki tabloda gösterilmiştir:

YOLUN ADI	ETÜD-PROJE İHALE TARİHİ	ETÜD-PROJEYİ YAPAN	GÜZERGAH ONAYI	PROJE ONAY TARİHİ	İHALE TARİHİNDE Kİ PROJE DURUMU
Bolaman-Perşembe (Bölünmüş yol)	15.1.1997	Temelsu A.Ş.	-	05.03.1999	Devam Ediyor

Piraziz-Giresun (Giresun geç. Hariç)	Emanet	Karayolları 10.BL.MD.	-	06.12.1995	Projesi Var
(Bölünmüş yol)	Yapım İhalesi Bünyesinde	Entes-Kolin Ortak Girişimi		16.11.1998	-
Giresun – Espiye (Giresun geç. Hariç)	Emanet	Karayolları 10.BL.MD.	-	20.02.1997	Projesi Var
(Bölünmüş yol)	Yapım İhalesi Bünyesinde	Güriş-Metiş-Özışık Ortak Girişimi		09.12.1999	-
Araklı-İyidere (Bölünmüş Yol)	11.12.1995	Y.Domaniç Ltd. Şti.	14.02.1997	29.09.1998	Devam Ediyor
İyidere-Çayeli (Bölünmüş Yol)	11.12.1995	Y.Domaniç Ltd. Şti.	14.02.1997	29.09.1998	Devam Ediyor
Çayeli-Ardeşen-Hopa (Bölünmüş Yol)	18.12.1995	Temat A.Ş.	-	30.11.1998	Devam Ediyor

Yukarıdaki tabloya göre; Bolaman-Perşembe, Araklı-İyidere, İyidere-Çayeli ve Çayeli-Ardeşen-Hopa yollarına ait projelerin ihale tarihinde olmadığı iddia edilmektedir.

Bir önceki dönemde kurulan (9/19) Esas Numaralı Meclis Soruşturma Komisyonu Raporunun 48. sayfasında, Araklı-İyidere yolunun proje ihalesinin 18.12.1995, yüklenici firmanın Yüksel Domaniç Müh. Ltd. Şti. ve etüt onay tarihinin 14.2.1997; İyidere-Çayeli yolunun proje ihalesinin 18.12.1995, yüklenici firmanın Yüksel Domaniç Müh. Ltd. Şti. ve etüt onay tarihinin 14.2.1997; Çayeli-Ardeşen-Hopa yolunun proje ihalesinin 11.12.1995, yüklenici firmanın Temat A.Ş. ve güzergah onay tarihinin 15.5.1997 olduğu, proje firmalarının

Yaşar Topcu Kararı

sorumluluğunda yürütülen projelerde arazi çalışmalarının tamamlandığı, güzergah ve kırmızı hat onaylandıktan ve esas enkesitler hazırlandıktan sonra yapım ihalesine esas metrajların ilgili firmalara hazırlattırıldığı, söz konusu ihalelerde bu keşiflerin proje firmalarınca düzenlenen metrajlar ile güzergahlar ve araştırma raporlarına göre yapıldığı belirtilmiştir.

(9/19) Esas Numaralı Meclis Soruşturma Komisyonuna bilgi vermek üzere oluşturulan üç kişilik bilirkişi heyetince verilen raporda;

“...ihale edilen yolların otoyol kalitesinde olduğu, yolların güzergah, enine kesitler, sanat yapılarının yerlerini ve ölçülerini, köprü, tünel, yer ve ölçülerini, tahkimat yer ve ölçülerini gösteren projelerin olduğunu, ihale zarfında bulunması gereken keşif özetinin bunlara göre yapıldığı, yol inşaatlarında ihale öncesi projelerin gerektiğçe revize edilmesinin olağan olduğu...” belirtilmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının esas hakkındaki görüşünde beyan ettiği Ankara 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 2003/281 esas sayılı dava dosyasındaki 25.5.2004 günlü bilirkişi raporunda da dolaylı olarak, dava konusu olan İyidere-Çayeli, Piraziz-Giresun ve Çayeli-Ardeşen-Hopa yollarının avan projelerinin bulunduğu ve ihalelere bu şekilde çıktığı belirtilmiştir (Bilirkişi raporu, s. 36, s. 162).

Diğer taraftan, dosyada bulunan ve Karayolları Genel Müdürlüğü tarafından Meclis soruşturma komisyonuna iletilmek üzere “Araştırma Planlama ve Koordinasyon Dairesi Başkanlığı”na yazılan 10.6.2004 günlü, 258/5058 sayılı yazıda ise Araklı-İyidere, İyidere-Çayeli ve Çayeli-Ardeşen-Hopa yollarının 14.2.1997 gününde sürekli plan olarak onaylı projesine göre ihalesine çıktığı belirtilmiştir. Aynı yazıda, Bolaman-Perşembe yolunun ise 25.6.1997 gününde onaylanan etüt geçki planına göre yapılan metraj ve keşif üzerine ihalesinin yapıldığı bildirilmiştir.

Tanık Yaman Kök 21.4.2005 günlü oturumdaki beyanında, daha önce proje ihalesini yaptıklarını, yapım işleri ihalesinden önce de projeyi yapan üç firmadan projelerin keşfe esas olacak şekilde hazır olduğuna dair yazı aldıklarını ifade etmiştir.

Karayolları Genel Müdürlüğünün 5.12.2005 günlü, 17602 sayılı yazısı içeriğinde, idareye teslim edilen projelerin avan ya da uygulama projesi olup olmadığı konusunda bir bilgi yer almamaktadır.

Bu durumda dava konusu yolların ihalelerinin, sürekli plan olarak onaylı projesine veya etüt geçki planına dayalı olarak yapıldığı anlaşıldığından bu konudaki sav yerinde görülmemiştir.

dd- Sağlıksız keşifler hazırlanması suretiyle %142'lere varan keşif artışlarına sebep olunması

Meclis soruşturma komisyonu raporunda, projeleri hazır olmayan işlerin metrajlarının da bulunmadığı, komisyona metraj adı altında sunulan belgelerin geçmiş tarihlerde hazırlandığı, yapılmakta olan bölünmüş yol ile ilgisi olmayan ciddi miktar ve tutarlar içermeyen bazı çalışmalardan ibaret olduğu, dolayısıyla keşiflerin sağlıklı hazırlanmadığı ve bunun sonucunda söz konusu işlerde keşif artışlarının %30 ila %142 oranları arasında olduğu iddia edilmiştir.

Sanık savunmasında, bilirkişi raporlarıyla dava konusu yolların proje ve keşiflerinin varlığının tespit edildiğini, kendisinin hiçbir keşif artışına imza atmadığını, kendisinden sonra verilen keşif artışlarının nedeninin büyük çoğunluğunun proje ile ilgili olmadığını, Araklı'dan başlayıp Derepazarı'na kadar olan yolun mevcut Başbakanın talimatıyla sahile alındığını, bazı yerlerdeki keşif artışlarının ise güzergah değişikliğinden kaynaklandığını, Bakan olurunda yer alan *"yüzde 30 oranından fazla artış temel, tünel ve benzeri işler ile tabii afetler gibi nedenlerden ileri gelmişse, idarenin isteği, müteahhidin kabulü ve ilgili bakanın onayıyla, süre hariç, aynı sözleşme ve şartname hükümleri içinde yüzde 30'u geçen işler de aynı müteahhide yaptırılabilir."* hükmünün 2886 sayılı Kanunda yer aldığını, dolayısıyla şartnamedeki hükmün kanundan alınarak tekrarlandığını ifade etmiştir.

Sanık müdafileri de konuya ilişkin savunmalarında, sanığın hiç bir keşif artışı vermediğini, keşif artışlarının %80'inden fazlasının sanığın bakanlık görevinin sona ermesinden sonra yapılan güzergah değişikliğinden kaynaklandığını, bunların proje hatasıyla ilgisi bulunmadığını ileri sürmüşlerdir.

Tanık Yaman Kök 21.4.2005 günlü oturumda, kendi projelerinin mevcut yola oturduğunu, bu projeye kendi zamanlarında keşif artışı verilmediğini, daha sonra, bu projenin denize kaydırıldığını ifade etmiştir.

Tanık Mustafa Asım Özdemir 21.7.2005 günlü oturumda, keşif artışını Zeki Ergezen'in imzaladığını, bu artışın güzergah değişikliğinden olmayıp tünel ve heyelandan kaynaklandığını ifade etmiştir

Tanık Tuna Aksel 21.7.2005 günlü oturumda, keşif artışının projenin ek-sik olmasından kaynaklanmadığını, Karadeniz'in doğal zorlukları nedeniyle kati proje yapılmış olsa bile mutlaka bu keşif artışlarının olacağını ifade etmiştir.

Karadeniz sahil yolu işi 2886 sayılı Kanununun 89. maddesi gereğince kapsam dışına çıkarılmıştır. Kanun kapsamı dışına çıkarılan bu işte uygulanacak usul ve esaslar 2886 sayılı Kanun hükümleri değil Bakan onayı ile belir-

Yaşar Topcu Kararı

lenen usul ve esaslardır. Dolayısıyla, 2886 sayılı Kanununun 63. maddesinde yer alan;

“Yapım işlerine ait bir sözleşmenin uygulanması sırasında keşif ve sözleşmede öngörülmeyen iş artışı veya eksilişi zorunlu hale gelirse, müteahhit, keşif bedelinin %30 oranına kadar olan değişikliği, süre hariç, sözleşme ve şartnamesindeki hükümler dairesinde yapmakla yükümlüdür.

Keşif bedeli artışının %30’u geçmesi halinde sözleşme feshedilir. Ancak, bu durumda müteahhit için keşif bedeli ve %30 keşif artışının karşılığı işleri sözleşme ve şartnamesindeki hükümler çerçevesinde yapmaya zorunludur. Taahhüdün %30 keşif artışı ile bitmemesi ve tasfiye edilmesi halinde müteahhit, idareden hiçbir masraf ve tazminat isteyemez.

%30 oranından fazla artış; temel, tünel ve benzeri işler ile tabii afetler gibi nedenlerden ileri gelmiş ise; idarenin isteği, müteahhidin kabulü ve ilgili bakanın onayı ile süre hariç, aynı sözleşme ve şartname hükümleri içinde % 30’u geçen işler de aynı müteahhide yaptırılabilir..”

hükümünün dava konusu ihalede uygulanması söz konusu değildir.

2886 sayılı Kanununun 63. maddesinde %30 oranından fazla artış temel, tünel ve benzeri işler ile tabii afetler gibi nedenlere bağlanmışken, söz konusu işlerde uygulanacak olan 19.9.1997 günlü, 3364 sayılı Yaşar Topcu imzalı Bakan olurunda yer alan *“%30 oranından fazla artış, proje kapsamı içinde kalmak üzere işin tamamlanabilmesi için gerekli görülüyorsa idarenin isteği, müteahhidin kabulü ve Bayındırlık ve İskan Bakanının onayı ile süre hariç, aynı sözleşme ve şartname hükümleri içinde aynı müteahhide yaptırılabilir.”* hükmünde ise %30 oranından fazla artış için herhangi bir sebep belirtilmemiştir. Bir başka ifade ile 2886 sayılı Kanununun 63. maddesinde belirtilen %30 oranından fazla artışa ilişkin düzenleme ile Bakan olurunda belirtilen düzenleme birbirinden tamamen farklıdır.

Sanık müdafileri, dava konusu yollara sonradan verilen %30 üzeri keşif artışları nedeniyle Karayolları Genel Müdürlüğü görevlileri hakkında görevi kötüye kullanmak suçundan açılan ve Ankara 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 2003/281 esas sayısına kayıtlı davada, sanıklar hakkında beraat kararı verildiğini ve böylece verilen keşif artışlarında hukuka aykırı bir durumun bulunmadığının mahkeme kararıyla teyit edildiğini ileri sürmüşlerdir.

Ankara 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 2003/281 esas sayılı dava dosyasında bulunan bilirkişi raporunda, dava konusu yolların Bakanlar Kurulu Kararı ile 2886 sayılı Kanun hükümleri dışında ihale edilmesi nedeniyle keşif artışlarının sözleşme ve şartname hükümlerine göre değerlendirilmesi gerektiği, her üç olayda da verilen %30 üzeri keşif artışlarının sözleşmenin 23.

ve 33. maddeleri ile sözleşme eki genel şartnamenin 19/3. maddesine uygun olduğu belirtilmiştir.

Davaya bakmakta olan Ankara 2. Ağır Ceza Mahkemesi, dosyada bulunan bilirkişi raporuna dayanarak tüm sanıklar hakkında beraat kararı vermiştir.

Temyiz incelemesi henüz sonuçlanmayan Ankara 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 19.7.2004 gün ve 2003/281 esas, 2004/223 karar sayılı dava dosyasına konu olan keşif artışlarına ilişkin dava sonucu ile (Karayolları Genel Müdürlüğü bürokratları sözleşme ve eki şartnameye göre keşif artışı vermişlerdir.) Yüce Divanda görülmekte olan bu davadaki "sağlıksız keşifler hazırlanması suretiyle %142'lere varan keşif artışlarına sebep olunması" iddiası arasında sanık Yaşar Topçu'ya isnat edilen eylem bakımından illiyet bağı bulunmadığı anlaşıldığından değerlendirmeye alınmamıştır.

Sanık savunmasında, kendisi tarafından hiç keşif artışı verilmediğini belirtmiştir. %30 üzeri keşif artışları 3.11.2002 tarihinden önce iş başında bulunan hükümet dönemindeki Bayındırlık ve İskan Bakanı tarafından verilmiş ve tenzilatlar %20'ye yükseltilmiştir. Sanığın 24.3.2005 günlü dilekçesinin ekinde sunduğu, Karadeniz sahil yollarındaki %30 üzeri keşif artışlarını gösteren bilgiler aşağıdaki tabloda gösterilmiştir:

İşin Adı	Müteahhidi	Tenzilat (%)	% 30 üzeri keşif artışı olur tarihi	%30 üzeri keşif artış. sonra uygulanacak tenzilat (%)	Revize edilen %30 keşif artışı olur tarihi	Revize edilen %30 keşif artışından sonra uygulanacak tenzilat (%)
Piraziz-Giresun	Kolin	16,80	28.08.2002	20	11.11.2004	27,50
Araklı-İyidere	Doğuş+Polat	18,50	28.08.2002	20	24.09.2004	32
İyidere-Çayeli	Limak	17,55	28.08.2002	20	11.11.2004	32
Çayeli-Hopa	Cengiz+Mapa + Makyol	20,30	23.10.2002	20,30	11.11.2004	32

Yaşar Topcu Kararı

Sanık Bakanın keşif artışı verdiğine dair bir iddia bulunmamaktadır. Bakanın yönelik iddia, sağlıklı keşifler hazırlanması suretiyle %142'lere varan keşif artışlarına sebep olunmasıdır. Keşif artışlarının nedenleri olarak sağlıklı keşifler hazırlanması ve 19.9.1997 günlü, 3364 sayılı Bakan oluruyla “%30 oranından fazla artış, proje kapsamı içinde kalmak üzere işin tamamlanabilmesi için gerekli görülmüyorsa idarenin isteği, müteahhidin kabulü ve Bayındırlık ve İskan Bakanının onayı ile süre hariç, aynı sözleşme ve şartname hükümleri içinde aynı müteahhide yaptırılabilir.” hükmü ile yapılan düzenleme gösterilmiştir.

Aynı hüküm, %30 üzeri keşif artışları konusunu düzenleyen Sözleşmenin 23.1. maddesinin (3). paragrafında da yer almaktadır.

Sözleşmenin 43.2. maddesinde ise sözleşme ile diğer şartnameler arasında farklılık var ise sözleşmenin geçerli olacağı hükmüne yer verilmiştir.

Yukarıda belirtilen Bakan oluru ve bu oluru istinaden düzenlenen Kredili İşler Sözleşmesi hükümlerine göre, %30 üzeri keşif artışının;

- İşin tamamlanması için gerekli görülmesi,

- İdarenin isteği,

- Müteahhidin kabulü,

- Bayındırlık ve İskan Bakanının onayı,

ile aynı müteahhide, süre hariç, aynı koşullarda yaptırılabilmesine olanak tanınmıştır.

Dinlenen tanıklar da %30 üzeri keşif artışının projeden kaynaklanmadığı yönündeki sanık savunmasını doğrulamışlardır.

Diğer taraftan, firmaların davetinden sonra, 19.9.1997 tarihinde %30'dan sonraki keşif artışlarına yönelik düzenleme yapılmıştır. Verilen keşif artışları bu maddeye istinaden olmuştur. Maliye Bakanlığınca Karayolları Genel Müdürlüğüne yazılan Maliye Bakanı Zekeriya Temizel imzalı 14.11.1997 günlü, 24355 sayılı yazıda da belirtildiği üzere, ihale oluru ve sözleşmedeki bu düzenleme ile üst sınırı ve herhangi bir kriteri olmayan keşif artışlarına izin verildiği anlaşılmış ise de keşif artışlarının verilmesi sırasında idarenin “gerekli görmesi” koşulunun bulunması ve idarenin keşif artışı verip vermemesi konusunda takdir hakkına sahip olması nedeniyle, sonradan ve başka Bakanlar tarafından verilen keşif artışlarından ötürü sanık Bakanın sorumlu tutulamayacağı kanaatine varıldığından, sanık Bakana yönelik bu sav yerinde görülmemiştir.

ee- Yüksek taşıma katsayıları ve köprü inşaat zamları uygulanmak suretiyle daha sonra yapılan benzer ihalelerde olduğu gibi taşıma katsayısı A=1 ve köprü zamsız olması durumunda nakliye fiyatı olarak ödenecek miktarın toplam 147,1 milyon Amerikan Doları

tutarında daha az olacağı ve bu tutarda fazla ödeme yapılmasına neden olunması

Meclis soruşturma komisyonu raporunda;

Karadeniz sahil yolu kapsamındaki soruşturma konusu ihalelerden önce aynı bölgede gerçekleştirilmiş olan bazı taşımalar için (A) katsayısının 1,50 ile 2,50 arasında değişen değerlerin kabul edildiği, soruşturma konusu ihalelerden sonra Karayolları Genel Müdürlüğüne merkez ve taşra teşkilatlarına gönderilen 15.1.1998 günlü 171 sayılı (1998/5) "İç Genelge" ile; taşıma formüllerinde katsayının (A=1) olarak alınacağını, 3992 Poz No.lu "Köprü İnşaat Zammı" uygulanmayacağını ve getirilen hükümlerin bundan sonraki ihalelerde uygulandığını, sonradan yayımlanan bu genelgenin bu ihalelerde de A=1 ve köprü zamsız olarak uygulanması durumunda toplam 355,8 milyon USD ödeme yerine, 208,7 milyon USD nakliye ödeneceği, 147,1 milyon USD farkın ödenmemiş olacağı, bu farkın hakediş tutarına oranının %21,7 olduğu, ihaleden önce belirlenen (A) katsayıları ve köprü zamlarının müteahhitlerin teklif edecekleri ihale indirim oranlarına etki edecek en önemli unsurlardan olduğu, ancak, yukarıda belirtilen genelge gereği (A katsayısı=1) köprü zamsız olarak aynı mahiyette aynı bölgede yapılan ihalelerden 14.10.1998 tarihinde ihalesi yapılan Ünye-Piraziz (Bolaman Varyantı Hariç) yolunun %18,15 indirimle, 15.10.1998 tarihinde ihalesi yapılan Yakakent-Gerze (Gerze geçişi hariç) yolunun %25,88 indirimle, 16.10.1998 tarihinde ihalesi yapılan Samsun-Azot Ayrımı-Ünye yolunun %18,02 indirimle, 19.11.1998 tarihinde ihalesi yapılan Gerze-Sinop (Sinop geçişi hariç) yolunun %26,86 indirimle, 12.10.1998 tarihinde ihalesi yapılan Espiye-Çarşamba (Giresun Geçişi Hariç) yolunun %18,35 indirimle ihale edildikleri görüldüğünde, soruşturma konusu ihalelerdeki oranların da üzerinde indirimler olduğu, bu hususun söz konusu ihalelerin ucuza mı, yoksa pahalıya mı gittiğinin açık bir göstergesi olduğu,

iddia edilmiştir.

Sanık konuya ilişkin savunmasında özetle;

- Bakanlığa geldiğinde (A) katsayısının ne anlama geldiğinden haberi olmadığını, bu katsayıları kendisinin belirlemediğini, sonradan kendisi tarafından ihale edilen otoyolların şehir dışında yapılması nedeniyle taşıma katsayısının (A=1) olması gerektiğini, (A) taşıma katsayısının tespitinde belli metotların olduğunu, bunlardan bir tanesinin (K) kamyon katsayısı olduğunu, orada müteahhidin kendi arabasını kullanabildiğini, müteahhidin arabasının seksen tonluk olduğunu, Karadeniz'de on tonluk arabaların gidip gelebildiğini, taşıma katsayısının ulufe dağıtır gibi "al sana bunu verdim, ben sana bunu verdim" şeklinde değil, yolun eğimi, trafiği, hava şartları ve diğer etkenler dikkate alınarak belirlendiğini,

Yaşar Topcu Kararı

- Ankara-Sivrihisar yolunun kendisi tarafından bitirildiğini, bu yolun kilometre maliyetinin 1.700.000 dolar olduğunu, Karadeniz sahil yolunun coğrafi nedenlerden kaynaklanan çok farklı ve ağır şartlar altında yapılan bir yol olduğunu, kendi yaptığı hesaplama sonucu Karadeniz'deki yolun kilometre maliyetinin 985.000 dolara geldiğini,

ifade etmiştir.

Sanık 4.5.2006 günlü dilekçesinde de bir Bakanın taşıma katsayısı ya da köprü zammı tayin etmeyeceğini belirtmiştir.

Tanık Yaman Kök, katsayıların tespit edilmesinden genel müdürün bile haberinin olmadığını, alt kademedeki personelin yol durumuna göre hareket ederek katsayıyı belirlediğini, Bakanlığın katsayıların belirlenmesinde herhangi bir etkisinin olmadığını, genel müdür olduğu dönemde bol miktarda ihale olduğunu, bölgelerden çok sayıda katsayı artırımına ilişkin talepler gelince, bir genelge yayınladıklarını ifade etmiştir.

Tanık Dinçer Yiğit, (A) katsayısını belirleyen belli parametreler olduğunu, müteahhidin teklifini verirken ona göre davranacağını, katsayıların sabit bir şey olmadığını, işin güçlüğüne göre değişeceğini ifade etmiştir.

Sözleşme eki Yollar Fenni Şartnamesinin (Ek: 2004/5, 2/25 nolu klasör) 15. ve 16. kısmına göre, malzemelerin taşınmasında idare tarafından belirlenen brükner eğrisinden yararlanılacaktır. Karayolları birim fiyat listelerinde (A) katsayısının idarenin en yetkili makamınca tespit edilip onaylanacağı, bununda 1-3 arasında bir değer olduğu belirtilmiştir. (A) katsayısının idare tarafından belirleneceği tartışmasızdır. İdareden anlaşılması gerekenin ise ihaleyi yapan Karayolları Genel Müdürlüğü olduğu açıktır.

İhale kararlarını onaylayan Karayolları Genel Müdürüdür. Nitekim, dava konusu ihalelerde, (A) katsayısı ile köprü inşaat zammı, ihale yetkilisi olan ve ihaleyi onaylayan Karayolları Genel Müdürü Yaman Kök tarafından 26.8.1997 günlü onay belgesi ile belirlenmiştir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, sanık Bakanın (A) katsayısı ve köprü inşaat zamlarını belirleyen kişi konumunda bulunmadığı gibi bunları belirleyen Karayolları Genel Müdürlüğü görevlilerine herhangi bir emir veya talimat verdiği yönünde delil de elde edilemediği anlaşıldığından bu konuda ileri sürülen sav yerinde görülmemiştir.

b- Soruşturma konusu ihalelerin %30 üzeri keşif artışı ihale indirim oranlarının %32 olarak belirlendiği göz önüne alındığında, soruşturma konusu ihalelerde gerçekleştirilen %16,80 ile %20,30 arasında değişen ihale indirim oranları ile yukarıda belirtilen indirim oranları arasındaki fark kadar fazla ödemelere sebep olunması

Meclis soruşturma komisyonu raporunda;

- Araklı-İyidere yolunun 28.8.2002 tarihli Bakanlık oluru ile kabul edilen %30 üzeri %46 keşif artışının müteahhit firma Doğu İnş ve Tic. A.Ş.+Polat Yol Yapı San. ve Tic. A.Ş. Ortak Girişiminin %32 tenzilatla,

- Piraziz-Giresun (Giresun Geçişi Hariç) yolunda, Kolin Turizm San. ve Tic. A.Ş.'nin 28.2.2002 tarihli Bakanlık oluru ile %30 üzeri %67,66 keşif artışı alınan işleri %27,5 tenzilatla,

- Çayeli-Ardeşen-Hopa yolunda Cengiz İnş. San. ve Tic. A.Ş.+Mapa İnş. San. ve Tic. A.Ş.+Makyol İnş. San ve Tic. A.Ş._Ortak Girişiminin, 23.10.2002 tarihli Bakanlık oluru ile kabul edilen %30 üzeri %104,06 artışı alınan işleri %32 tenzilatla,

- İyidere-Çayeli yolunda Limak İnş.San. ve Tic. A.Ş.'nin 28.8.2002 tarihli Bakanlık oluru ile kabul edilen %30 üzeri %112,20 keşif artışı alınan işleri %32 tenzilatla,

yapmayı Karayolları Genel Müdürlüğüne bildirdikleri ve soruşturma konusu ihalelerde gerçekleşen %16,80 ile %20,30 arasında değişen ihale indirim oranları ile yukarıda belirtilen indirim oranları arasındaki farkların dikkat çekici mahiyette olduğu gerekçe gösterilerek, indirim oranları arasındaki fark kadar firmalara fazla ödemelerde bulunduğu,

iddia edilmiştir.

Sanık konuya ilişkin savunmasında özetle;

- Karadeniz sahil yollarının kendisinden sonraki dönemde, müteahhit firmaların temin ettiği dış kredi yükümlülüğü yerine, bütçe içine alınarak ve bütçe ödeneği karşılığı ile sürdürüldüğünü, müteahhit firmaların ihale tarihinde temin ettikleri dış kredi için ödedikleri libor dışı %18'lere varan faizlerden ve maliyet yüklerinden kurtulmuş olduklarını, bu durumun dikkate alınmadan komisyon üyeleri ve milletvekilleri önünde ihalenin ucuza gitmiş olduğu izlenimi ve kanaati yaratıldığını,

- Bu tenzilatların müteahhitler zorlanarak yapıldığını, bunun nedeninin kredi şartlarının değişmesi olduğunu, dış krediyle yapılmış olan ihalenin kredisinin, bizzat mevcut Başbakanın girişimleri sonucunda üç bankadan (Akbank, Garanti Bankası ve İş Bankası) temin edildiğini ve böylece müte-

Yaşar Topcu Kararı

ahhide %10 ve daha yukarı bir avantaj sağlandığını, bu işi alan firmalardan birisinin patronunun kendisine firmalarının %32 oranında tenzilat yapmaya zorlandığını ifade ettiğini,

beyan etmiştir.

Sanık 4.5.2006 günlü dilekçesinde, keşif artışlarındaki tenzilat oranlarının yüksekliğinin, firmalara yedi yıl sonra hükümet tarafından sağlanan kredi desteğinden kaynaklandığını, sonradan yapılan bu indirim nedeniyle kendisine sorumluluk yüklenemeyeceğini ifade etmiştir.

Tanık Mustafa Asım Özdemir, firmalarına keşif artışına ilişkin Bakan oluru verilebilmesi için onaltı küsurluk iskontolarının %32'ye çekilmesinin istendiğini ve Bakan oluru alma sürecinin 8,5 ay sürdüğünü, pazarlık sonucu %30'la nihai olarak taahhütname imzaladıklarını, ellerinde yedi sekiz tane karayolu işi olması nedeniyle idareyi karşılarına almak istemediklerinden ötürü söz konusu tenzilatı kabul ettiklerini ifade etmiştir.

Her ihale kendi şartları içinde değerlendirilmelidir. Firmalar günün şartlarına göre kendileri açısından en uygun teklifi vererek ihaleye katılırlar. İhale komisyonu verilen teklifleri değerlendirerek ihale sonucunu karara bağlar. Bir işte keşif artışının nasıl verileceği işin şartname ve sözleşmesinde açıkça belirtilir. Keşif artışı verilirken buradaki hükümler dikkate alınmalıdır.

Karadeniz sahil yolu işlerine ait sözleşmenin 23. maddesi;

“Sözleşmenin uygulanması sırasında keşif ve sözleşmede öngörülmemiş iş artışı veya eksilişi zorunlu hale gelirse, müteahhit, keşif bedelinin % 30 oranına kadar olan değişikliği, süre hariç, sözleşme ve şartnamesindeki hükümler dahilinde yapmakla yükümlüdür.

Keşif bedeli artışının %30'u geçmesi halinde sözleşme feshedilir. Ancak,, bu durumda müteahhit işin keşif bedeli ve %30 keşif artışının karşılığı işleri sözleşme ve şartnamesindeki hükümler çerçevesinde yapmaya zorunludur. Taahhüdün %30 keşif artışı ile bitmemesi ve tasfiye edilmesi halinde müteahhit, idareden hiçbir masraf ve tazminat isteyemez.

%30 oranından fazla artış, proje kapsamı içinde kalmak üzere işin tamamlanabilmesi için gerekli görülüyorsa idarenin isteği, müteahhidin kabulü ve Bayındırlık ve İskan Bakanı'nun onayı ile süre hariç, aynı sözleşme ve şartname hükümleri içinde aynı müteahhide yaptırılabilir.”

şeklinde düzenlenmiştir.

İhale usul ve esaslarını belirleyen 25.8.1997 günlü, 3099 sayılı Bakan olurunun 8. maddesinde;

“Sözleşmenin uygulanması sırasında keşif ve sözleşmede öngörülme yen iş artışı veya eksilişi zorunlu hale gelirse, keşif bedelinin %30 oranına kadar olan değışikliğin, süre hariç, aynı şartlarla Genel Müdür oluru ile yaptırılması”

hükmüne yer verilmiştir.

19.9.1997 günlü, 3364 sayılı Bakan olurunun 2. paragrafında ise;

“%30 oranından fazla artış, proje kapsamı içinde kalmak üzere işin tamamlanabilmesi için gerekli görülüyorsa idarenin isteği, müteahhidin kabulü ve Bayındırlık ve İskan Bakanı'nın onayı ile süre hariç, aynı sözleşme ve şartname hükümleri içinde aynı müteahhide yaptırılabilir”

hükmü yer almıştır.

Yukarıda belirtilen düzenlemelere göre, keşif artışlarındaki indirim oranları ihaledeki indirim oranları ile aynı olabileceği gibi çeşitli nedenlerle idare lehine daha yüksek tenzilat oranları verilmesi de mümkündür. Olayda da ihale katılımcılarının, asıl ihalede şart olan dış kredi maliyet yükünü dikkate alarak verdikleri ihale indirim oranlarını, keşif artışlarına ilişkin işlerde, ihale kredisinin iç kaynağa dönüşmesi ve maliyet yükünün azalması karşısında ihale indirim oranlarını arttırdıkları gerek sanık savunması ve gerekse bunu doğrulayan tanık beyanları ile tespit edilmiştir. Bu nedenle, soruşturma konusu ihalelerin %30 üzeri keşif artışlarına ilişkin ihale indirim oranlarının %32 olarak belirlendiği ileri sürülerek ve ilk ihalede yapılan indirim oranlarıyla karşılaştırma yapılarak hazine zararı doğduğu sonucuna varılamaz. Dolayısıyla, sadece buna dayanılarak ihaledeki indirim oranları (%16,80-%20,30) ile %30 üzeri keşif artışı ihale indirim oranları (%32) arasındaki fark kadar fazla ödemeye sebebiyet verildiği savı yerinde değildir.

VII- KABUL VE VARILAN SONUÇ

A- SANIĞIN EYLEMLERİ VE HUKUKİ DEĞERLENDİRME

Yukarıda açıklandığı üzere, dosyada bulunan tüm delillerden, Bakanlar Kurulu Kararı ile 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 89. maddesi uyarınca bu kanun hükümleri dışında ihale edilmesi kararlaştırılan ve usul ve esasları Bakan oluru ile belirlenen dava konusu ihalelerde:

Sanık Bakan tarafından;

- Bakanlar Kurulu Kararı ile üç proje halinde yapılması kararlaştırılan Karadeniz sahil yolunun bu karara aykırı olarak altı kısma bölündüğu,

- İhale kriterlerine sahip Gökdelen, Tubin, Öz ve Bal-İş firmalarının ihaleye çağrılmadığı, Güriş ve Metiş Ortak Girişimi, Mapa, Limak ve Makyol

Yaşar Topcu Kararı

firmalarını çağırabilmek için başlangıçta belirlenen ihale kriterlerinin değiştirildiği, sonradan çağrılan firmaların tamamının ihale kazandığı,

- İhale usul ve esaslarında sonradan yapılan ve Bakan olurlarına bağlanan değişikliklerle, ihalelerin birbirleriyle ilişkilendirilerek ihaleye katılımın sınırlandırıldığı ve ihalelere katılan firmaların tamamının ihale kazanması yolunun açıldığı,

- Tüm bu uygulamalar sonucunda belli firmalara avantaj sağlanırken, ihale kriterlerine sahip firmaların mağdur edildiği,

anlaşılmıştır.

Yüce Divana sevk kararı ile sanığın ihaleye fesat karıştırma suçundan dolayı 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 205. maddesi gereğince cezalandırılması istemiyle kamu davası açılmıştır.

Sanığın sabit kabul edilen eylemlerinin suçun işlendiği tarihte yürürlükte bulunan 765 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan hangi suç tipine uyduğunun saptanması, bu saptama yapıldıktan sonra, eylemin 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda karşılığı bulunup bulunmadığı ve karşılığının bulunması halinde ise sanık lehine olan kanunun tespit edilmesi gerekmektedir.

765 sayılı Türk Ceza Kanununun 205. maddesindeki “Devlet alım satım ve yapımına fesat karıştırma” suçunun maddi unsuru, Devlet hesabına olarak yapılan herhangi bir eşyanın alım veya satımında, pahasında, miktarında veyahut yapımında, fesat karıştırarak, kendine veya başkasına her ne şekilde olursa olsun haksız menfaat sağlanmasıdır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında somut olaya baktığımızda, sanığın sabit kabul edilen eylemlerinde 205. maddede düzenlenen suçun unsuru olan fesat (hile) ögesi gerçekleşmemiş, kendisi veya üçüncü kişiler lehine haksız menfaat temin ederek Devletin zarara uğratıldığı da saptanamamıştır. Bu nedenlerle, sanığa yüklenen 205. maddedeki suçun oluşmadığı sonucuna varılmıştır.

Öte yandan 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 366. maddesinde düzenlenen “Hükümet hesabına yapılan artırma veya eksiltmeye fesat karıştırma” suçunun yasal unsurlarının da oluşmadığı anlaşılmıştır.

Her ne kadar 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 7. maddesinin ikinci fıkrasında, “Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanun hükümleri farklı ise fail lehine olan kanun uygulanır” denilmekte ise de sanığa atılı eylemlerin işlendiği tarihte yürürlükte bulunan 765 sayılı Kanunun 205. maddesinde aranan suçun unsurlarının oluşmaması

karşısında 5237 sayılı Kanunun 235. maddesi ile karşılaştırma yapılmasına gerek kalmamıştır.

Bu durum karşısında, sanığın eylemlerinin genel nitelikte görevi kötüye kullanma suçunu oluşturup oluşturmadığı yönünden irdelenmesi gerekmiştir.

Sanık müdafilerinin, yargılamada TBMM'nin Yüce Divana sevk kararında belirtilen madde dışında uygulama yapılamayacağı yönündeki itirazı, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 225. maddesinde öngörülen, mahkemenin, ancak iddianamede unsurları gösterilen fiil ile bağlı olduğu, buna karşılık fiilin hukuki nitelendirilmesinde iddia ve savunmalarla bağlı olmadığı yönündeki kural dikkate alınarak yerinde görülmemiştir.

Sanığın sabit kabul edilen eylemlerinin, görevde yetki sınırlarının aşılması ve takdir yetkisinin amacı dışında kullanılması suretiyle gerçekleştirildiğinden görevi kötüye kullanma suçuna uyduğu sonucuna varılmıştır.

765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki görevi kötüye kullanma suçu

765 sayılı Türk Ceza Kanununun 240. madde metni aynen şöyledir:

“Yasada yazılı hallerden başka hangi nedenle olursa olsun görevini kötüye kullanan memur derecesine göre bir yıldan üç yıla kadar hapsedilir. Cezayı hafifletici nedenlerin bulunması halinde altı aydan bir yıla kadar hapis ve her iki halde oniki bin liradan altmış bin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır. Ayrıca memuriyetten süreli veya temelli olarak yoksun kılınır.”

Maddenin birinci cümlesinde suçun öğeleri açıklanmakta, ikinci cümlesinde cezayı hafifleten nedenlerin bulunması halinde faile daha az bir ceza verileceği bildirilmekte, üçüncü ve son cümlesinde de süreli ya da temelli olarak memurluktan yoksunluk cezası öngörülmektedir.

Türk Ceza Kanununun 240. maddesindeki suçun unsurları şöylece sıralanabilir:

- Suçun faili

Diğer memur suçlarında olduğu gibi, bu suçu da ceza yargılamasında memur olanlarla, tabi oldukları özel yasalarında memur sayılacağı ya da yasada gösterilen eylemleri nedeniyle memurlar gibi cezalandırılacağı bildirilen kişiler işleyebilir. Bu suçta da “memur sıfatı” suçun önkoşulu olduğundan idare hukuku anlamında memur oldukları halde ceza hukukunda memur sayılmayanlarla, özel yasalarındaki hükümlere göre memur gibi

Yaşar Topcu Kararı

cezalandırılmalarına olanak bulunmayan kuruluşlarda çalışanlar bu suçun faili olamazlar.

- Suçun maddi unsuru

240. madde, 765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki tamamlayıcı (genel) hükümlerdendir. Bu nedenle, memurun görevde sahip olduğu yetkiyi kötüye kullanma eylemi yasada yazılı başka bir suçu oluşturuyorsa o hükmün uygulanması, tersi durumda 240. maddenin düşünülmesi gerekir.

Görevin kötüye kullanılması demek, görev sırasında sahip olunan yetkinin kötüye kullanılması demektir.

240. maddedeki suçun maddi unsuru, *“memurun, yetkisine giren hizmette görevini, her ne suretle olursa olsun kötüye kullanılmasıdır.”*

240. maddedeki *“görevi kötüye kullanma”* ifadesi, memurluk görevinin kanun ve nizamın gösterdiği usul ve esaslardan başka suretle yapılmış olmasıdır. Buna göre memurun;

- a) Herhangi bir biçimde yasal yetkisini aşması,
 - b) Yasanın koyduğu usul ve şekle uymaması,
 - c) Takdir yetkisini gayesi dışında kullanması,
 - d) Hareketinin yasa ve nizama uyduğu hallerde, bu hareketin gerektirdiği ön koşullara aykırı hareket etmesi,
 - e) Yargı kararlarına uymaması,
- birer görevi kötüye kullanma tarzı olarak belirtilebilir.

Memurluk görevi ile memurluk sıfatının karıştırılmaması gerekir. Görevde sahip olunan yetkinin kötüye kullanılması demek, memurun yasa ve diğer hukuksal düzenlemelerle kendisine verilen görevleri yasanın gösterdiği usul ve esaslara aykırı biçimde yapması demektir. Memurluk sıfatının kötüye kullanılması ise, memurun yasal görevine giren işler dışında memurluk nüfuzunun, memurluk unvan ve sıfatının kötüye kullanılması demektir. Memurluk sıfat ve nüfuzunun kötüye kullanılması durumunda 240. maddedeki yazılı suç oluşmaz.

- Suçun manevi unsuru

240. maddede amaç gözetilmediğinden bu suçun oluşumu için sanığın genel suç kastı ile davranması yeterlidir. Ayrıca özel kasta gerek bulunmamaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunundaki görevi kötüye kullanma suçu

26.9.2004 gün ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257. maddesindeki "görevi kötüye kullanma" kenar başlığını taşıyan düzenleme aynen şöyledir.

"Madde 257: (1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmaktan ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) İrtikap suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır."

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257. maddesinin kenar başlığı "görevi kötüye kullanma" şeklinde ise de maddenin yalnızca (1) numaralı fıkrasında dar anlamda görevi kötüye kullanma suçu düzenlenmiştir. (2) numaralı fıkrada "görevi ihmal", (3) numaralı fıkrada ise kamu görevlisinin, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlamasının, bazı hallerde görevi kötüye kullanma suçunu oluşturması hükmüne bağlanmıştır.

Bu yaklaşımı itibarıyla, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257. maddesinde, "görevi ihmal- görevi kötüye kullanma" ayrımı kaldırılmış, (2) numaralı fıkradaki suç, görevi kötüye kullanmanın bir türü olarak görülmüştür. Nitekim, 257. maddenin gerekçesinde bu konuda şu açıklamalara yer verilmiştir; "Görevin gereklerine aykırı davranış sonucunda, bir insan ölmüş veya yaralanmış olabilir. Bu durumda; kamu görevlisinin görevinin gereği olan belli bir icrai davranışta bulunmak yönündeki yükümlülüğünü yerine getirmemesi dolayısıyla, görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğunda şüphe yoktur. Ancak, bu durumda aynı zamanda ihmali davranışla öldürme veya yaralama suçu oluşmaktadır."

Maddedeki fiillerin suç olarak nitelendirilmesiyle korunan hukuki menfaat, kamu görevinin ifasında disiplini tesis etmek, bu görevin hiç veya zamanında yerine getirilmemesi sebebiyle bundan umulan ve beklenen genel yararın sekteye uğramadan elde olunmasını ayrıca, kamu görevinde disiplinin geçerli olmasını sağlamak ve bu suretle kamu idaresinin zarar görmesini önlemektir.

- Suçun faili

Maddede belirtilen suçların faili bir kamu görevlisi (m.6) olabilir.

- Suçun maddi unsuru

257. maddenin kenar başlığı da “görevi kötüye kullanma” şeklindedir. Ancak, 257. maddede suçun unsuru olarak, “görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan” şeklinde bir ifadeye de yer verilmiştir.

Görülüyor ki, 257. maddenin birinci fıkrasındaki görevi kötüye kullanma suçunun maddi unsurunda;

1- Görevin gereklerine aykırı hareket etmek ve

2- Bu fiil nedeniyle;

a) Kişilerin mağduriyetine neden olmak veya

b) Kamunun zararına neden olmak ya da

c) Kişilere haksız bir kazanç sağlamak

gerekmektedir.

257. maddenin birinci fıkrasındaki suçun oluşabilmesi için, yukarıda sayılan (1) ve (2) numaralı unsurların birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Ancak, (2) numaralı unsurda üç ayrı durumdan birinin gerçekleşmesi gerekli ve yeterlidir.

- Görevin gereklerine aykırı hareket etmek

Madde gerekçesinde belirtildiği üzere, bir kamu göreviyle görevlendirilen kişi, bu kamu faaliyetinin yürütülmesi sırasında görevin gerekli kıldığı yükümlülüklerle uygun hareket etmek zorundadır. Öyle ki, kamu faaliyetlerinin gerek eşitlik, gerek liyakatlilik açısından adalet ilkelerine uygun yürütüldüğü hususunda toplumda hakim olan güvenin, inancın sarsılmaması gerekir. Bu yükümlülükle bağdaşmayan davranışlar, belli koşullar altında suç olarak tanımlanmıştır.

Görevi kötüye kullanma suçu genel, tali ve tamamlayıcı bir suç tipidir. Bu nedenle, görevin gereklerine aykırı davranışın başka bir suç oluşturmadığı hallerde, kamu görevlisini bu suçu düzenleyen kurala göre cezalandırmak gerekir.

Görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için, gerçekleştirilen fiilin, kamu görevlisinin görevi alanına giren bir hususla ilgili olması gerekir. Kamu görevinin gereklerine aykırı olan her fiili cezai yaptırım altına almak suç ve ceza siyasetinin esaslarıyla bağdaşmamaktadır. Bu nedenle, görevin gereklerine aykırı davranışın belli koşulları taşıması halinde görevi kötüye kullanma suçunu oluşturabileceği kabul edilmiştir. Buna göre, kamu görevinin gereklerine aykırı davranışın, kişilerin mağduriyetine veya kamunun ekonomik bakımdan zarara uğramasına neden olması ya da kişilere haksız

bir kazanç sağlanmasına neden olması halinde görevi kötüye kullanma suçu oluşabilecektir.

Haklı olan işin görülmesinden sonra kişilerden yarar sağlanması da görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur. Çünkü, bu yarar, kamu görevlisi sıfatını taşıması ve işi görmüş olması dolayısıyla kişiye sağlanmaktadır. Bu gibi durumlarda, kişiler hakkının teslim edilmesi konusunda en azından bir kaygıyla hareket etmektedirler. Kamu görevlisine yarar sağlanması görüşünde rızaya dayalı olsa bile, kamusal görevlerin eşitlik ve liyakat esasına göre yürütüldüğü hususunda taşınan kaygı dolayısıyla, burada da bir mağduriyetin varlığını kabul etmek gerekir.

- Kişilerin mağduriyetine neden olmak

Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, görevin gereklerine aykırı davranışın kişinin mağduriyetine neden olması gerekir. Bu mağduriyet, sadece ekonomik bakımdan uğranılan zararı ifade etmez. Mağduriyet kavramı zarar kavramından daha geniş bir anlama sahiptir. Örneğin, kişi tabi tutulduğu sınavda başarılı olmasına rağmen başarısız gösterilmiş olabilir. Bir imar planı uygulamasında, belli bir parsel sahibine duyulan husumet dolayısıyla, plan tekniğine aykırı olarak, yeşil alan gösterilmiş olabilir. Kişinin, kamusal bir finans kaynağından yararlanması için gerekli şartları taşıdığı halde yararlanması engellenmiş olabilir. Kişinin, belli bir sınai veya ticari faaliyetle ilgili olarak gerekli koşulları taşıdığı halde bu faaliyeti engellenmiş olabilir.

- Kamunun zararına neden olmak

Madde gerekçesinde, *“görevin gereklerine aykırı davranış dolayısıyla, kamu açısından bir zarar meydana gelmiş olabilir. Örneğin orman alanında veya kamu arazisinin işgaliyle yapılan işyeri veya konutlara elektrik, su, gaz, telefon ve yol gibi alt yapı hizmetleri götürülmekte, görevin gereklerine aykırı davranılmış olabilir”* denilmiştir.

Burada belirtilen konular yalnızca birkaç örnektir. Kamunun zararına neden olmak konusu, uygulamada mahkemece her somut olayda takdir edilip değerlendirilecektir.

- Kişilere haksız bir kazanç sağlamak

Madde gerekçesinde belirtildiği üzere, görevin gereklerine aykırı davranmak suretiyle kişilere haksız bir kazanç sağlanmış olabilir. Örneğin kişi,

Yaşar Topcu Kararı

kamusal bir finans kaynağından yararlanması için gerekli şartları taşımadığı halde yararlandırılmış olabilir. Kişiyi, belli bir sınai veya ticari faaliyetle ilgili olarak gerekli izin koşullarını taşımadığı halde bu faaliyetin icrasına yönelik olarak izin verilmiş olabilir. Bir imar planı uygulamasında, belli bir parsel üzerinde plan tekniğine veya imar planına aykırı olarak yapılaşmaya imkan sağlanmış olabilir.

- Manevi unsur

Bu suçların manevi unsuru "kast" olup, saik önemsizdir. Taksirle işlenemez.

765 ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunlarındaki görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen kuralların karşılaştırılması

5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununun 9. maddesinin üçüncü fıkrasındaki "Lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması sonucu belirlenir" şeklindeki kurala göre, lehe kanun kurallarının belirlenmesinde, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 240. maddesinin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257. maddesinin birinci fıkrasıyla karşılaştırılması gerekmektedir.

240. maddedeki "Yasada yazılı hallerden başka hangi nedenle olursa olsun", 257. maddedeki "Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında" ibareleri karşısında, her iki maddede de genel nitelikte görevin kötüye kullanılması fiilinin yaptırım altına alındığı görülmektedir. Sanığın fiili, başka bir kuralla özel nitelikte bir fiil olarak cezalandırılmadığı takdirde, görevi kötüye kullanma suçundan uygulama yapılabilecektir. Bu nedenle, her iki madde de "genel", "tali" ve bu itibarla da "tamamlayıcı" hüküm niteliğine sahiptir.

240. maddede, "görevini kötüye kullanan memur" ibaresinin karşılığı olarak 257. maddede, "görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle,...kamu görevlisi" ifadesi yer almaktadır.

765 sayılı Türk Ceza Kanununun uygulamasında kimlerin memur olduğu veya sayıldığı, bu Kanunun 279. maddesinde belirtilmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 6. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde ise "Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi, anlaşılır" tanımı bulunmaktadır.

Tanımları bakımından, 257. maddedeki "kamu görevlisi" kavramı, 240. maddedeki "memur" kavramıyla paralellik taşımaktadır.

765 sayılı Türk Ceza Kanununun 240. maddesi ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257. maddesi arasında suçun maddi unsuru ile ilgili yukarıda belirtilen türden farklılık bulunmaktadır.

Genel olarak lehe kanunun belirlenmesinde, karşılaştırılan kanun maddelerinde fiil için öngörülen yaptırımlara (cezalara) bakılmaktadır. 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 240. maddesinde "bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ve ağır para cezası" öngörülmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257. maddesinde ise özgürlüğü bağlayıcı ceza "bir yıldan üç yıla kadar hapis" cezası ile aynı olup, ağır para cezası bulunmamaktadır. Ayrıca, 765 sayılı Türk Ceza Kanununda feri ceza niteliğinde olan memuriyetten yoksunluk yaptırımı da öngörülmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53. maddesinde güvenlik tedbirine yer verilmiş ise de burada belirtilen hak yoksunluğu süresiz değildir ve söz konusu hak yoksunlukları cezanın infazı tamamlanuncaya kadar devam edecektir. Oysa, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 240. maddesinde belirtilen memuriyetten yoksun kılınma cezası temelli verilebilir.

Ağır para cezasını içermemesi ve güvenlik tedbiri süresinin kısa olması hususları değerlendirildiğinde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257. maddesinin 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 240. maddesine göre daha lehe olduğu anlaşılmaktadır.

Ancak, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 240. maddesinin ikinci cümlesindeki cezayı hafifletici hüküm, yeni Kanunda düzenlenmediğinden dolayı 240. maddenin ikinci fıkrasındaki hüküm daha lehe bir kural içermektedir.

Nitekim, Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 3.6.2005 günlü, E:2003/15292 ve K:2005/3164 sayılı kararında da "...765 sayılı Türk Ceza Kanununun 240/2. maddesi ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257/1 maddesinde öngörülen cezalar karşılaştırıldığında, 765 sayılı Yasanın 240. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca yapılan uygulamanın sanıkların lehine olduğu.." belirtilmiştir.

Belirtilen gerekçeler dikkate alındığında, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 240. maddesinin 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257. maddesine göre daha lehe olduğu sonucuna varılmaktadır.

Yapılan değerlendirme sonucunda, sanığın üç proje halindeki yolu Bakanlar Kurulu Kararına aykırı olarak altı kısma böldürdüğü, ihale usul ve esaslarında sonradan yapılan ve Bakan olurlarına bağlanan değişikliklerle ihaleleri birbirleriyle ilişkilendirerek ihaleye katılımı sınırlandırdığı ve ihalelere katılan firmaların tamamının ihale kazanmasının yolunu açtığı, ihale kriterlerine sahip Gökdelen, Tubin, Öz ve Bal-İş firmalarını ihaleye çağırarak bu firmaların "mağduriyetine" sebep olduğu, ayrıca, belli firmaları çağırabilmek için başlangıçta belirlenen ihale kriterlerini değiştirerek sonradan çağırıldığı Güriş ve Metiş Ortak Girişimi, Mapa, Limak ve Makyol inşaat

Yaşar Topcu Kararı

firmalarının ihalelere katılımını sağladığı ve bu firmaların tamamının da ihale kazandıkları, bu suretle söz konusu firmaların, koşullara sahip olup da ihalelere katılmayan firmalara göre avantaj sağladığından sanığın eylemlerinin 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 240. maddesine uyduğu ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257. madde uyarınca da suç olmaktan çıkarılmadığı sonucuna varılmıştır.

Üyeler Fulya KANTARCIOĞLU ve Mehmet ERTEN, "Sanığa atılı eylemlerin kişilerin mağduriyeti, kamunun zararı ve haksız kazanç sağlandığının saptanamaması nedeniyle 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257. maddesine göre suç olmaktan çıktığı" ve "beraat kararı verilmesi gerektiği" düşüncesiyle bu değerlendirmeye katılmamışlardır.

B- ZAMANAŞIMI SORUNU

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı esas hakkındaki görüşünde, yargılamada sanığa yüklenen fiillerin "görevi kötüye kullanma suçu" olarak ortaya çıktığı ve değişen bu niteliği itibarıyla suç tarihi olan 19.9.1997 gününden, sanığın Yüce Divana sevk edildiği 10.11.2004 tarihine kadar geçen süre içinde kesici herhangi bir işlem yapılmadan 765 sayılı Türk Ceza Kanununda öngörülen beş yıllık asli dava zamanaşımının gerçekleştiği gerekçesiyle sanık hakkında açılan "davanın 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 102/4. maddesi ve Ceza Muhakemesi Kanununun 223/8. maddesi gereğince düşürülmesine" karar verilmesini talep etmesi karşısında zamanaşımı sorununun öncelikle ele alınıp değerlendirilmesi gerekmektedir.

Zamanaşımı, hem 765 sayılı Türk Ceza Kanununda hem de 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda genel hükümler arasında yer almaktadır. (765 sayılı TCK m. 102 ila 118; 5237 sayılı TCK m. 66 ila 72).

765 sayılı Türk Ceza Kanununun 117. maddesinde "Gerek dava ve gerek ceza mürruru zamanı re'sen tatbik olunur ve bundan ne maznun ve ne de mahkum vazgeçemezler" denilmiş, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 72. maddesinin ikinci fıkrasında da benzer bir ifade ile "Dava ve ceza zamanaşımı re'sen uygulanır ve bundan şüpheli sanık ve hükümlü vazgeçemezler" şeklinde bir kurala yer verilmiştir.

Zamanaşımı, devletin yargılama hakkının sona ermesi gibi bir sonuç doğurması nedeniyle soruşturma, kovuşturma, istinaf ve temyiz aşamalarının tümünde re'sen nazara alınır. Verilen bir karar kesinleşip hüküm halini almaya kadar dava zamanaşımı işlemeye devam eder.

Sanık hakkında 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 205. maddesinin uygulanması istemiyle kamu davası açılmış ise de yapılan yargılama sonucu eylemlerin aynı Kanunun 240. maddesine uyduğu, bu eylemler için geçerli

zamanaşımı süresinin 102. maddede belirtildiği gibi beş yıl olduğu görülmektedir. Ancak, bu sürenin işleyiş tarihlerini belirlemek için, öncelikle Bakan olan sanığın bu sıfatının milletvekilleri gibi değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, Anayasa koyucunun Başbakan veya Bakanların sorumluluğunda zamanaşımı yönünden farklı bir uygulama öngörmek isteyip istemediği, bu konuda nasıl bir çözüm getirilebileceği konusunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

1- Milletvekillerinin işledikleri suçlarda dava zamanaşımı

Milletvekilleri hakkında zamanaşımı konusu, Anayasanın “Yasama dokunulmazlığı” başlıklı 83. maddesinin üçüncü fıkrasında;

“Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında, seçiminden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır; üyelik süresince zamanaşımı işlemez.” biçiminde düzenlenmiştir.

Doktrinde, 83. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen zamanaşımının “ceza zamanaşımı” olduğu konusunda bir ihtilaf bulunmamaktadır. Ancak, hakim olan görüş, 83. maddenin üçüncü fıkrasının, aynı zamanda, “dava zamanaşımı”nı da kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiği yönündedir.

Anayasanın 83. maddesinin üçüncü fıkrası ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 107. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, milletvekilliği süresince zamanaşımının işlemeyeceğine ilişkin kuralda kanun koyucunun iradesinin hem ceza hem de dava zamanaşımını kapsadığı ve milletvekilliği süresince dava zamanaşımının işlemeyeceği sonucuna varılmaktadır. Bir başka ifade ile suç işleyen milletvekilleri hakkında, herhangi bir karara gerek olmaksızın, milletvekilliği süresince dava ve ceza zamanaşımı süreleri işlemeyecektir.

Yasama dokunulmazlığı kurumunun ortaya çıkmasındaki neden, iktidara karşı görünen temsilcilerin iktidar tarafından keyfi, temelsiz ve zamansız kovuşturmalara uğratılarak yasama çalışmalarından alıkonulmalarını düşüncesidir. Dokunulmazlığın amacı milletvekillerini görevleri ile ilgili olmayan eylemlerden dolayı suçsuz saymak olmadığından suç olduğu konusunda duraksama olmayacak bir eylemin failini bu ayrıcalıktan yararlandırmak kurumun amacına ters düşer. Dokunulmazlık Meclisin kararı ile kaldırılabilirliği için mutlak bir nitelik taşımaz. Dokunulmazlık, sorumsuzluk gibi sürekli değildir. Milletvekilliği sıfatının devamı süresince sonuç doğurur, bu sıfatın ortadan kalkmasıyla son bulur. Üyelik sıfatı sona erdikten sonra meclis üyesi hakkında ceza kovuşturması yapılabilir. Bu nedenle de 83. maddenin üçüncü fıkrasında üyelik süresince zamanaşımının işlemeyeceği kabul edilmiştir.

Yaşar Topcu Kararı

Milletvekilinin dokunulmazlığının sona ermesinden sonra takibat yapılabilir. Yasama dokunulmazlığı da üyelik süresinin bitmesi ve Meclis üyesinin yeniden seçilmemesi veya Anayasanın 84. maddesi gereğince üyelik sıfatının düşme sebeplerinden biri ile sona ermesi ya da yasama dokunulmazlığının Meclis tarafından kaldırılması ile sona erer.

2- Bakanların işledikleri suçlarda dava zamanaşımı

Bakanların işlediği suçları, görevleriyle ilgili işledikleri suçlar ve görevleriyle ilgisi olmayan suçlar olarak ikiye ayırmak mümkündür.

Bakanların görevleriyle ilgili olmayan suçları bakımından, milletvekillerinin tabi olduğu kayıt ve şartların aynen geçerli olduğu konusunda, doktrinde ve uygulamada her hangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Bir başka ifade ile, TBMM üyesi olan bakanlar ile TBMM üyesi olmayan bakanlar arasında hiçbir fark bulunmamaktadır. Zira, Anayasanın 112. maddesine göre, milletvekili olmayan bakanlar da bu sıfatları sona erene kadar, milletvekillerinin tabi olduğu hak ve yükümlülüklerle sahiptirler. Dolayısıyla, zamanaşımı konusunda, milletvekilleri için geçerli olan durum, burada aynen geçerlidir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının konuya ilişkin mütalaasında;

“Anayasa’nın “yasama dokunulmazlığı” başlıklı 83. maddesi zamanaşımı konusunda milletvekillerine özgü hüküm içermektedir. Bu maddenin 3. fıkrasına göre, “Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında, seçiminden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılacak, üyelik süresince zamanaşımı işlemeyecektir”. Bu madde, 107. maddeyle birlikte değerlendirildiğinde, suç işlediği iddia edilen bir milletvekilinin yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına karar verilirse, kararın alınması için yapılan başvuru tarihinden kararın verilmesi tarihine kadar geçen süre içinde zamanaşımı durmuş olacak ve TBMM’ nin kaldırma kararı verdiği günden itibaren yeniden işlemeye devam edecektir. Yasama dokunulmazlığının kaldırılmaması durumunda ise zamanaşımı Anayasamızın 83. maddesine göre durmuş olacaktır.

Milletvekili sıfatına sahip olsun olmasın bir bakanın görevinden kaynaklanmayan bir suç işlemesi halinde, milletvekilleri için açıkladığımız bu prosedür uygulanacak, ancak, görev suçlarında uygulanma imkanı olmayacaktır. Zira Anayasamızın “Meclis Soruşturması” başlıklı 100. maddesinde, başbakan ve bakanlar hakkında görev suçları sebebiyle soruşturma açılması, sürdürülmesi ve sonuçlandırılması konusunda özel usul benimsenmiş, zamanaşımına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmeyerek meskut bırakılmıştır. Maddede, başbakan ve bakanlar hakkında, milletvekilleri için Anayasa’nın 83. maddesinde öngörülen başvuru imkanı tanınmamış, suç ihbar ve şikayetlerini kabul edecek bir makam, yani muhatap da gösterilmemiştir. Bu nedenle, milletve-

killeriyle ilgili durma hükmünün burada uygulama yeri olmayacaktır. Böylece, suç işlendiği tarihten itibaren zamanaşımı işlemeye başlayacak, ancak, bu özel usulün uygulanmasındaki zorluk nazara alındığında; suç, Meclis'e intikal etmeden dahi zamanaşımına uğramış olacaktır.

Meclis soruşturmasının, suç işlenmesinden hemen sonra delil toplanamaması zaafiyetinin yanında, değindiğimiz bu boşluk ve sakıncalarının, genel ceza muhakemesi ilkelerine, eşitlik, kamu vicdanı ve ceza adaletine uygunluğunun değerlendirilmesinde zorunluluk bulunmaktadır.

Bu açıklamalar ışığında dava dosyasına baktığımızda, 19.9.1997 olan suç tarihinden sanığın Yüce Divana sevk edildiği 10.11.2004 tarihine kadar geçen süre içinde kesici herhangi bir işlem yapılmadan 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda öngörülen beş yıllık asli dava zamanaşımının gerçekleştiği anlaşılmaktadır."

denilmektedir.

Bakanların görevleriyle ilgili suçlarla ilgili değerlendirmeye gelince;

Başbakan ve bakanlar aynı zamanda milletvekili olmaları nedeniyle Anayasanın 83. maddesindeki yasama sorumsuzluğu ve dokunulmazlığından yararlanmaktadırlar. Bakanlık sıfatı milletvekilliği sıfatını ortadan kaldırmamaktadır. Başbakan ve bakanlar hakkındaki Meclis soruşturma yöntemini düzenleyen Anayasanın 100. maddesinde, bu kişilerin görevleriyle ilgili suçları yönünden zamanaşımının düzenlenmemiş olması, bu kişilerle ilgili eylemler bakımından genel zamanaşımı kurallarının uygulanması gerektiği anlamına gelmemelidir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının esas hakkında görüşünde de ileri sürülen, Anayasanın 100. maddesinde bakanlar için zamanaşımına ilişkin düzenlemelere yer verilmemesi nedeniyle, bakanların görevleriyle ilgili işledikleri suçlarda 83. maddenin uygulanamayacağına ilişkin görüşe itibar edilmemiştir. Çünkü, Anayasada milletvekili olmayan bakanların dahi, bakan sıfatını taşıdıkları sürece, milletvekillerinin tabi olduğu kayıt ve şartlara uyacakları ve yasama dokunulmazlıklarına sahip oldukları (md. 112/4) belirtilmişken; milletvekili olan bakanların bu hükümden (yasama dokunulmazlığı) muaf olduklarını ileri sürmek mümkün değildir.

Bu bağlamda, zamanaşımı konusunda Anayasanın 83. maddesinin kıyas yoluyla bakanlar hakkında uygulanamayacağı düşüncesi de yerinde değildir. Çünkü, ortada bir kıyas durumu yoktur. "Kıyas" sözcüğü kelime olarak "bir tutma", "denk sayma" ve "benzetme yolu" anlamlarına gelmektedir. Hukuksal anlamda kıyas ise "Muayyen bir hadise için isdar edilen kanuni bir hükmün işbu hadiseden yalnız cüzi bir tarzda inhiraf ederek içtimai bünyesi itibarıyla aynı olan veya hukuki mahiyeti itibarıyla benzeyen bir hadiseye teşmili"dir. Görüldüğü üzere kı-

Yaşar Topcu Kararı

yas, benzer durumlarda olan kişi, kurum veya olaylar arasında söz konusu olabilir. Oysa, milletvekili ile milletvekili olan bakan benzer durumda değil; aynı durumdadır. Dolayısıyla, bakan olan milletvekili, aynı zamanda milletvekili olduğundan, milletvekillerinin sahip olduğu hak ve yükümlülüklere bizatihi sahiptir. Bu nedenle, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının bu yöndeki görüşüne katılmak mümkün görülmemektedir.

Bir başka ifade ile Anayasada bakanlar ve milletvekilleri için geçerli olan tek bir dokunulmazlık vardır. O da Anayasanın 83. maddesinde düzenlenen yasama dokunulmazlığıdır. Milletvekilleriyle bakanların dokunulmazlıkları konusundaki farklılık, dokunulmazlıkların kaldırılması usul ve şartları bakımındandır. Bu konunun, milletvekilleri ile bakanların görev suçları açısından Anayasada farklı düzenlenmesi, dokunulmazlığın esası bakımından bir farklılık bulunduğu anlamında yorumlanamaz. Bu nedenle milletvekilleri, Başbakan ve bakanlar aynı dokunulmazlığa sahiptirler ve bu dokunulmazlık nedeniyle TBMM üyelikleri süresince haklarında zamanaşımı da işlemez.

Anayasanın 100. maddesindeki farklı düzenleme yalnızca dokunulmazlığın kaldırılması bakımından getirilen bir farklılıktır. Diğer hükümler yönünden milletvekili olmaları nedeniyle Başbakan ve bakanlar da milletvekillerinin tabi olduğu kurallara tabi tutulmalıdır. Zamanaşımının bu şekilde uygulanmaması, haklı ve mantıklı bir izahı olmaksızın suç ve suçlular arasında ayrımlar yapılması gibi sonuçlara neden olacaktır.

TBMM üyeleri arasından seçilen Başbakan ve bakanların dışında, Anayasanın 100. maddesinin sağladığı olanakla TBMM dışındaki milletvekili seçilme yeterliği olanlar arasından seçilen bakanların da yasama dokunulmazlığına sahip olduklarının Anayasanın 112. maddesinin dördüncü fıkrasında ayrıca belirtilmesi bu görüşün açık kanıtıdır.

Başbakan ve bakanlar hakkında suç tarihinden itibaren zamanaşımının işlemesi durumunda, Başbakanlığı veya bakanlığı sırasında ve sonrasında iktidar partisi mensubu olanlar hakkında zamanaşımı süresinin dolması kaçınılmaz olacaktır.

Tüm bu nedenlerle, Anayasanın 83. maddesinin üçüncü fıkrası ile 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 107. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, kanun koyucunun iradesinin hem ceza hem de dava zamanaşımını kapsadığı, milletvekilleri hakkında milletvekillikleri süresince dava zamanaşımının işlemeyeceği sonucuna varılmaktadır.

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde, sanığın suç tarihi olan 19.9.1997 ile 17.4.1999 tarihleri arasında 20. dönem milletvekilliği, 18.4.1999 ile 3.11.2002 tarihleri arasında 21. dönem milletvekilliği görevinde bulun-

duğu dikkate alındığında, milletvekili olduğu 19.9.1997 ila 3.11.2002 tarihleri arasında dava zamanaşımı süresi işlemeyecektir.

Buna göre, eylemin 240. madde kapsamında düşünülmesi durumunda, sanığın milletvekilliği görevinin sona erdiği 3.11.2002 tarihinden itibaren işleyen 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 102. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü bendinde öngörülen beş yıllık asli dava zamanaşımı süresi, Yüce Divana sevk kararının verildiği 10.11.2004 gününde kesintiye uğramıştır. Bu durumda, sanığın milletvekilliği görevinin sona erdiği gün ile Yüce Divana sevk kararının verildiği gün arasında, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 102. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü bendinde öngörülen beş yıllık asli dava zamanaşımı süresi dolmamıştır.

Belirtilen gerekçelerle davada zamanaşımı olmadığına, 26.5.2006 gününde, Başkanvekili Haşim KILIÇ, Üyeler Sacit ADALI, Ahmet AKYALÇIN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün oyları, Başkan Tülay TUĞCU, Üyeler Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER ve Şevket APALAK'ın karşı oyları ve OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

Karşı oy kullanan üyelerin gerekçeleri şöyledir:

"Yapılan delil değerlendirmesine göre, eylemin ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmadığı, unsurlarının oluşması halinde görevi kötüye kullanmak suçunu düzenleyen Türk Ceza Kanununun 240. ve yeni Türk Ceza Kanununun 257. maddelerine uyabileceği sonucuna varıldıktan sonra suçun işleniş tarihi dikkate alındığında dava zamanaşımı süresinin dolmuş olduğu anlaşılmaktadır. Bu husustaki gerekçe, dava zamanaşımı konusu genel nitelikte iki başlık altında irdelendikten sonra üçüncü başlıkta somut davaya ilişkin olarak açıklanacaktır.

A) Bakanların Görev Suçu Dışındaki Suçları İle Milletvekillerinin Suçları Açısından

Anayasanın "Yasama Dokunulmazlığı" başlıklı 83. maddesinde,

"Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanı'nın teklifi üzerine Meclisce başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar.

Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak

Yaşar Topcu Kararı

kaydıyla Anayasa'nın 14 üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır. Ancak,, bu halde yetkili makam durumu hemen ve doğrudan doğruya TBMM' ne bildirmek zorundadır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında seçimden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır; üyelik süresince zamanaşımı işlemez.

Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır.

Türkiye Büyük Millet Meclisindeki siyasi parti gruplarınca,yasama dokunulmazlığı ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınamaz."

denilmiş, 112. maddesinin son fıkrasında da "Bakanlar Kurulu üyelerinden milletvekili olmayanlar; 81 inci maddede yazılı şekilde Millet Meclisi önünde andiçerler ve bakan sıfatını taşıdıkları sürece milletvekillerinin tabi oldukları kayıt ve şartlara uyarlar ve yasama dokunulmazlığına sahip bulunurlar..." hükümlerine yer verilmiştir.

Anılan maddelere göre yasama dokunulmazlığı çerçevesinde milletvekilleri ile milletvekili olmayan bakanlara tanınan güvencelerin;

1- Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisçe başka bir karar alınmadıkça, bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulmamaları,

2- Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14. maddesindeki durumlar hariç olmak üzere; seçimden önce veya sonra bir suç işledikleri ileri sürüldüğünde Meclisin kararı olmadıkça tutulamayacakları, sorguya çekilemeyecekleri, tutuklanamayacakları ve yargılanamayacakları,

3- Seçimlerinden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesinin üyelik sıfatının sona ermesine bırakılacağı,

olduğu anlaşılmaktadır.

Bu güvencelerden birincisinin zamanaşımı ile ilgisi yoktur. İkinci güvence, ceza soruşturması ve kovuşturması aşamalarında tanınan güvencelerdir. Ancak, ilgili hakkında dava açılmasına yetecek deliller elde edilmişse iddianame tanzim edilmesine de engel bulunmamaktadır. Bu fıkrada zamanaşımı ile ilgili bir kurala yer verilmemiştir. Üçüncü güvence ise kesinleşmiş ceza hükümlerinin yerine getirilmesine ilişkindir. İnfazın, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılması halinde, üyelik süresince zamanaşımının işleme-yeceği hükme bağlanmıştır.

Bu duruma göre, Anayasanın 83. maddesinin üçüncü fıkrasındaki zamanlaşımının ceza zamanlaşımı olduğu hususunda duraksama olmamakla beraber, bunun aynı zamanda dava zamanlaşımını da kapsayıp kapsamadığının tartışılması gerekmektedir.

Anayasanın 83. maddesinin gerekçesinde, dava zamanlaşımı ile ilgili bir açıklamaya yer verilmemiş, yasama dokunulmazlığı konusunda 1961 Anayasasının 79. maddesinin aynen benimsendiği ifade edilmiştir.

1961 Anayasasının 79. maddesinin üçüncü fıkrasında "Bir Meclis üyesi hakkında seçiminden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır. Üyelik süresince zamanlaşımı işlemez." hükmü yer almıştır. Bunun 1982 Anayasasının 83. maddesinin üçüncü fıkrasından farkı, "Üyelik süresince zamanlaşımı işlemez." kuralının fıkranın sonunda ayrı bir cümle olarak yer almasıdır. Bu maddenin gerekçesinde de dava zamanlaşımı ile ilgili bir açıklık bulunmamaktadır.

1961 Anayasasının 79. maddesinin üçüncü fıkrasındaki zamanlaşımı kuralı, ayrı bir cümle olsa da ceza hükmünün infazının ertelenmesini düzenleyen fıkrada bulunduğundan, bu kuralın da dava zamanlaşımını kapsamadığının kabulü gerekir. 1982 Anayasasının 83. maddesinin üçüncü fıkrasında ise ceza hükmünün ertelenmesinin düzenlenmesi yanında "üyelik süresince zamanlaşımı işlemez." kuralı, tek cümle içinde yer aldığından bu husustaki bütün duraksamalar giderilmiştir. Bu nedenle, madde metni çok açık olduğundan kuralın dava zamanlaşımını da kapsayacak şekilde geniş yorumlanması olanaksızdır. Kuralın kıyas yoluyla dava zamanlaşımına da uygulanmasına ise zamanlaşımının maddi ceza hukukuna ait bir kavram olması ve kanunilik ilkesine tabi bulunması engel oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Anayasanın 83. maddesinde dava zamanlaşımının düzenlenmediği ve bu konuda ceza hukuku genel kurallarının uygulanmasının benimsendiği sonucuna varılmıştır. Bu durumda, ceza kanunlarının dava zamanlaşımının başlamasına, durmasına ve kesilmesine ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Nitekim, Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun 8.6.2000 tarih ve 2000/114-114 Esas-Karar sayılı kararı da bu doğrultudadır.

B) Bakanların Görev Suçları Açısından

Anayasanın 148. maddesinde, Anayasa Mahkemesinin Bakanlar Kurulu üyelerini Yüce Divan sıfatıyla yargılayacağı öngörülmüş ve 100. maddesinde de Başbakan ve bakanlar hakkında görev suçları nedeniyle soruşturma açılması, sürdürülmesi ve sonuçlandırılması hususunda özel usul benimsenmiştir. Maddede zamanlaşımı ile ilgili bir kural bulunmamaktadır. TBMM İçtüzüğünde de Meclis soruşturmasının ayrıntıları düzenlenmiştir.

Yaşar Topcu Kararı

Bu hükümlerden de anlaşılacağı gibi, Bakanlar Kurulu üyelerinin görev suçları söz konusu olduğunda, suç ihbarı adli makama yapılamamakta, Anayasanın 100. maddesinde belirtilen şartları taşıyan bir önerge ile soruşturma açılması Meclisten istenilmektedir. Meclisin soruşturma açılmasını kabul etmesi halinde soruşturmayı Melis soruşturma komisyonu yapmaktadır. İlgilinin Yüce Divana sevk edilip edilmemesine de Meclis Genel Kurulu karar vermektedir. Bu suretle, Bakanlar Kurulu üyelerinin görev suçlarında, suç ihbarından Yüce Divana sevke kadar bütün işlemler (soruşturma aşaması) Meclis tarafından yürütülmekte olup, bu konuda yetkili ve görevli başka bir adli makam da bulunmadığından, Meclis soruşturması ve Yüce Divana sevk kararı ile TBMM adli bir fonksiyon ifa etmektedir.

Meclis soruşturması, Anayasada TBMM'nin denetim yollarından biri olarak düzenlenmiş ise de bu müessesenin birincil amacı, göreve ilişkin suç ihbar ve şikayetleri ile bunların soruşturulması ve karara bağlanması konusunda Bakanlar Kurulu üyelerine güvence sağlamaktır. Bu nedenle, Başbakan ve bakanlara görev suçlarında yasama dokunulmazlığından farklı böyle bir güvence sağlandığı için Anayasanın 83. maddesinde yer alan yasama dokunulmazlığına ilişkin hükümlerin uygulanması olanaksızdır.

Bir görev suçu isnadı ile karşı karşıya olan Bakanlar Kurulu üyelerinin, bu husus bir sonuca ulaştırılmadan görevlerini sürdürmeleri hukuken ve siyaseten uygun ve doğru olmayacağından, Anayasada, isnadın bir an önce sonuçlandırılmasının amaçlandığı ve bunu sağlamaya yönelik düzenlemelere yer verildiği, genel hükümler dışında zamanaşımı ile ilgili ayrı bir kural konulmasına da gerek görülmediği anlaşılmaktadır.

Bu duruma göre; Bakanlar Kurulu üyelerinin görev suçlarına ilişkin davalarda TCK'nin 104. ve YTCK'nin 67. maddelerinde belirtilen hallerin vukuunda, örneğin Yüce Divana sevk kararı verilerek haklarında dava açıldığında ve Yüce Divanda sorgusu yapıldığında zamanaşımı kesilmiş olacak, buna mukabil TCK'nin 107. ve YTCK'nin 67. maddelerinde düzenlenen zamanaşımının durmasına ilişkin nedenler gerçekleşmeyeceğinden zamanaşımının durması söz konusu olmayacaktır. Yüce Divanın 12.4.1995 tarih ve E.1993/1-K.1995/1 sayılı kararında da sanıklardan S.G. hakkındaki dava zamanaşımının dolması nedeniyle davanın ortadan kaldırılması istemi, sanığın Bakan olması nedeniyle zamanaşımının işlemeyeceği gerekçesiyle değil, yargılama konusu suçun müteselsil suç olması ve teselsülün bittiği gün itibarıyla dava zamanaşımının dolmadığı gerekçesiyle reddedilerek, bu düşüncenin kabul edildiği görülmektedir.

C) Somut Davada Zamanaşımı

Sanığa isnad olunan suçun tamamlandığı tarihin 19.9.1997 olduğu, dava konusu eylemleri nedeniyle 17.4.1998 tarihinde hakkında görevi kötüye kullanmak suçundan soruşturma önergesi verildiği, önergenin TBMM tarafından 12.5.1998 tarihinde kabul edildiği, Meclis soruşturma komisyonu raporunun (9/19) TBMM’ce 26.6.2000 tarihinde görüşülüp oyladığı ve adı geçenin Yüce Divana sevk edilmemesine karar verildiği, 3.11.2002 tarihinde milletvekilliğinin sona erdiği, 3.12.2003 tarihinde aynı eylemler nedeniyle ihaleye fesat karıştırma suçundan soruşturma önergesi verildiği, önergenin TBMM tarafından 6.1.2004 tarihinde kabul edildiği, Meclis soruşturma komisyonu raporunun (9/9) TBMM’ce 10.11.2004 tarihinde görüşülüp oyladığı ve sanığın Yüce Divana sevkine karar verildiği, davanın açıldığı tarihe kadar zamanaşımını kesen bir sebebin gerçekleşmediği, dosya kapsamından anlaşılmaktadır.

Yukarıda açıklandığı gibi dava zamanaşımının durması söz konusu olmadığından ve suç tarihi olan 19.9.1997 tarihinden sanığın Yüce Divana sevk tarihine kadar TCK’nin 240. maddesindeki görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin beş yıllık dava zamanaşımı süresi içerisinde zamanaşımını kesen bir sebebin de gerçekleşmemesi nedeniyle bu davadaki zamanaşımı süresi 19.9.2002 tarihinde, yani sanığın Yüce Divana sevk tarihinden önce dolmuş olmaktadır. Bu nedenle, sanık hakkındaki davanın düşmesine karar verilmesi gerektiği görüş ve düşüncesinde olduğumuz için aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmadık.”

C- 4616 SAYILI KANUN BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Yapılan tüm değerlendirmelerden sonra sanığın sabit görülen eylemleri, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 240. maddesinde olduğu gibi 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257. maddesi yönünden de suç oluşturduğundan, eylem tarihlerine göre 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 240. maddesinde öngörülen suçun 4616 sayılı “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun” kapsamında kaldığı sonucuna varılmıştır.

4616 sayılı “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun” bu tarihe kadar işlenen suçlar yönünden erteleme olanağı tanınmış bulunmaktadır. Her ne kadar 4616 sayılı, “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun”un 21.5.2002 günlü, 4758 sayılı Kanunla değişik dördüncü bendi, Anayasa Mahkemesinin, 15.10.2003 günlü, E:2003/84 ve K:2003/89 sayılı kararı ile “...haklarında...son soruşturma aşamasına geçilmiş olmakla beraber henüz hüküm verilmemiş...”ler yönünden iptal edilmiş ise de suç tarihlerine

Yaşar Topcu Kararı

göre lehe olan Kanun uygulaması da dikkate alındığında, bu Kanuna göre sanık hakkındaki kamu davasının hükme bağlanmasının ertelenmesine karar verilmesine bir engel bulunmamaktadır.

765 sayılı Türk Ceza Kanununun 240. maddesinin, 21.12.2000 günlü, 4616 sayılı "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun"un 1. maddesinin beşinci bendinde sayılan kapsam dışı suçlar arasında yer almaması nedeniyle, 4616 sayılı Kanunun 1. maddesine 4758 sayılı Kanun ile eklenen dördüncü bent uyarınca, sanık hakkında açılan kamu davasının kesin hükme bağlanmasının ertelenmesine karar verilmesi gerekir.

Nihai oylamada, Üyeler Fulya KANTARCIOĞLU ve Mehmet ERTEN "derhal beraat kararı verilmesi", Başkan Tülay TUĞCU ile Üyeler A. Necmi ÖZLER ve Şevket APALAK "davanın zamanaşımı nedeniyle 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 102. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü bendi ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 223. maddeleri uyarınca düşürülmesi" gerektiği yönünde; Başkanvekili Haşim KILIÇ ve Üyeler Sacit ADALI, Ahmet AKYALÇIN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT ise sanık hakkında 4616 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde oy kullanmışlardır.

VIII- HÜKÜM

Ayrıntıları ve dayanakları yukarıda açıkça gösterildiği üzere;

Sanık Yaşar TOPCU hakkında ihaleye fesat karıştırma suçundan dolayı 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 205. maddesi gereğince cezalandırılması istemiyle Yüce Divana sevk kararı ile kamu davası açılmış ise de tüm delillerin değerlendirilmesi sonucu, sanığın eyleminin aynı Yasanın 240. maddesine uymasına ve 23 Nisan 1999 tarihinden önce gerçekleştirilmiş olmasına, görevi kötüye kullanmak suçunun 21.12.2000 günlü, 4616 sayılı Yasanın 1. maddesinin beşinci bendinde sayılan kapsam dışı suçlar arasında yer almamasına göre, Başkan Tülay TUĞCU ile Üyeler A. Necmi ÖZLER ve Şevket APALAK'ın "Davanın zamanlaşımı nedeniyle 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 102/4. ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 223. maddeleri uyarınca düşürülmesi gerektiği"; üyeler Fulya KANTARCIOĞLU ve Mehmet ERTEN'in ise "Sanığa atılı eylemin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesine göre suç olmaktan çıkarıldığı" yönündeki karşıoylarıyla, 4616 sayılı Yasa'nın 1. maddesine 4758 sayılı Yasa ile eklenen dördüncü bendi uyarınca, DAVANIN KESİN HÜKME BAĞLANMASININ ERTELENMESİNE, OYÇOKLUĞUYLA,

Suçla ilgili dosya ve delillerin, dava zamanlaşımı süresi sonuna kadar muhafaza edilmesine ve yargılama giderinin kamu üzerinde bırakılmasına, OYBİRLİĞİYLE,

26 Mayıs 2006 gününde isteme aykırı ve kesin olarak karar verildi. Verilen hüküm, sanık Yaşar TOPCU ve müdafileri ile katılan idare vekilinin yüzlerine karşı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Vekili ve Savcısı hazır bulunduğu halde açıkça okundu, anlatıldı. 26.5.2006

Başkan Tülay TUĞCU	Başkanvekili Haşim KILIÇ	Üye Sacit ADALI
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN
Üye A. Necmi ÖZLER	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Şevket APALAK
Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	

KARŞIOY GEREKÇESİ

Sanık Yaşar Topcu hakkında açılan kamu davasının yapılan yargılaması sonunda, sabit sayılan bir kısım eylemlerinin cezai sorumluluk getirdiğine, diğer eylemlerinin ise getirmediğine, cezai sorumluluk getiren eylemlerinin ise 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 205. maddesindeki ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmayıp, aynı Kanunun 240. maddesindeki görevi kötüye kullanma suçunu oluşturabileceğine ilişkin karara katılıyoruz.

Ancak, değişen suç vasfı sonucu oluşabileceği kabul edilen Türk Ceza Kanununun 240. maddesindeki görevi kötüye kullanma suçunda, lehe sonuç doğurma ve öncelikle uygulama bakımından sanık hakkındaki kamu davasının, 21.12.2000 günlü, 4616 sayılı Yasa uyarınca ertelenmesine mi, dava zamanaşımı nedeniyle düşürülmesine mi ya da 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu çerçevesinde suç olmadığına tespiti halinde söz konusu davada derhal beraata mı karar verileceği hususunun tartışılması gerekir. 4616 sayılı Yasa uyarınca verilecek erteleme kararında kamu davasının belli bir süre daha etkisini sürdüreceği, dava zamanaşımı uygulanmasında ise kamu davasının bütün neticeleriyle düşeceği gözetildiğinde, dava zamanaşımının daha lehe olduğu ve 4616 sayılı Yasadan önce uygulanmasının gerektiği düşünülebilir. Ayrıntıları kararın "Zamanaşımı Sorunu" başlıklı bölümünün bizim de katıldığımız muhalefet gerekçesinde belirtildiği üzere, Bakan olan sanık hakkındaki kamu davasında, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 102. maddesinin dördüncü fıkrasında öngörülen dava zamanaşımı gerçekleşmiş olmakla birlikte, sözü edilen dava zamanaşımının uygulanarak kamu davanın düşürülmesine karar verilebilmesi için, oluşabileceği kabul edilen bu suçun sonradan yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun görevi kötüye kullanma suçunun düzenlendiği, 257. maddesi uyarınca da suç olması gerekir. Suç olmadığına saptanması durumunda ise gerek erteleme ve gerekse zamanaşımı nedeniyle verilecek düşme kararından daha lehe olduğu tartışmasız olan ve dayanağını Ceza Muhakemesi Kanununun 223. maddesinin (9) numaralı fıkrasındaki "*Derhal beraat kararı verilebilecek hallerde durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez*" kuralından alan beraat kararının, diğerlerinden önce uygulanmasının gerektiğinde ve adil yargılamanın da böyle bir uygulama ile sağlanabileceğinde kuşku bulunmamaktadır. Bu nedenle 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 2. ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 7. maddeleri uyarınca, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 240. maddesi uyarınca cezai sorumluluk getirebileceği kabul edilen görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin eylemlerin, sonradan yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257. maddesi yönünden de suç olup olmadığına tespitinde zaruret vardır.

765 sayılı Türk Ceza Kanununun 240. maddesindeki “Yasada yazılı hallerden başka hangi nedenle olursa olsun görevini kötüye kullanan memur derecesine göre bir yıldan üç yıla kadar hapsedilir. Cezayı hafifletici nedenlerin bulunması halinde altı aydan bir yıla kadar hapis ve her iki halde ikibin liradan onbin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Ayrıca memuriyetten süreli veya temelli olarak yoksun kılınır” biçimindeki “görevi kötüye kullanma” suçu ile suç tarihinden sonra kabul edilen ve karar tarihinde yürürlükte olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan “Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” şeklindeki “görevin gereklerine aykırı hareket etmek” suçu karşılaştırıldığında, “görevi kötüye kullanma” sözcükleri ile “görevin gereklerine aykırı hareket etmek” sözcüklerinin eş anlamlı olmalarına karşın, 240. maddedeki “görevi kötüye kullanma” suçunda memurun herhangi bir biçimde yasal yetkisini aşması, yasanın koyduğu usul ve şekle uymaması, takdir yetkisini gayesi dışında kullanması gibi hususlar suçun oluşumunda aranan maddi unsur için tek başına yeterli sayılmışken, 257. maddenin (1) numaralı fıkrasında memurun görevin gereklerine aykırı hareket etmesi yanında, bu fiil nedeniyle kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunması ya da kişilere haksız kazanç sağlanması hallerinden her hangi birinin gerçekleşmesine de yer verilmek suretiyle suçun oluşumu için aranan maddi unsur yönünden aralarında önemli bir fark yaratılmıştır. Buna göre, suçun oluşumu için, “görev gereklerine aykırı hareket etmek” yeterli olmamakta; ayrıca “kişilerin mağduriyeti” veya “kamunun zararı” ya da “kişilere haksız bir kazanç sağlanması” hallerinden her hangi birinin gerçekleşmiş olması da gerekmektedir.

Sanığın, kararda;

- İhale usul ve esaslarında belirtilen kriterlere uygun çok sayıda firma var iken onbeş firma belirlenip davet edilmesi suretiyle ihalelerde rekabetin önüne geçilmesi,

- Üç proje halindeki işleri altı parçaya bölerek ve birbirleri ile ilişkilendirilerek, ihaleye katılımın sınırlandırılması ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin verilmesine engel olunması,

- Davet edilen firmaların gizli tutulması gerekirken, gizli tutulmak bir yana, ihalelerde bu firmaların birbirleriyle ortak girişimler oluşturmasını teşvik edecek mahiyette usul ve esaslar belirlenmesi,

başlıkları altında incelenen ve ayrıntıları yer verilerek sabit kabul edilen eylemleri ile yasal yetkisini aştığı, takdir yetkisini gayesi dışında kullandığı

Yaşar Topcu Kararı

ve bu nedenle 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 240. maddesindeki görevi kötüye kullanma suçunun gerçekleştiği kabul edilebilir ise de yargılama sonucu elde edilen delillerden sanığın, görev gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle kişilerin mağduriyetine veya kamunun somut biçimde zarara uğramasına neden olduğu, varsayımdan uzak kesin ve inandırıcı delillerle ispat edilemediği gibi kişilere haksız bir kazanç sağladığı da saptanamamıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257. maddesinin (1) numaralı fıkrasında aranan “kişilerin mağduriyeti” veya “kamunun zararı” ya da “kişilere haksız bir kazanç sağlanması” hallerinden her hangi birinin gerçekleştiği kesin olarak saptanamayan olayda, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun unsurlarının oluştuğu kabul edilemez. Sonradan kabul edilen ve karar tarihinde yürürlükte olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun getirdiği bu unsurlardan her hangi birinin olayda saptanamaması nedeniyle suç olmaktan çıkan eylemlerden dolayı Ceza Muhakemesi Kanununun 223. maddesinin (2) numaralı fıkrasının a) bendi ile (9) numaralı fıkrasındaki düzenlemeler gözetilerek sanık hakkında derhal beraat kararı verilmesi gerekir.

Bu nedenlerle karara muhalifiz.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

Üye
Mehmet ERTEN