

.....AĞIR CEZA MAHKEMESİ'NE

.....

ESAS NO :
DURUŞMA GÜNÜ :
SANIK :
MÜDAFİİ :
SUÇ : Rüşvet almak- İhaleye fesat karıştırmak
KONU : Savunmalarımız

İddia: C.Başsavcılığının tarih ve soruşturma, esas, iddianame sayılı iddianamesiyle, müvekkilim hakkında, rüşvet almak, ihaleye fesat karıştırmak suçlarından dolayı 5237 sayılı TCK'nun 252/1, 43, 53 ve 235/1, 43, 53 maddeleri gereğince cezalandırılması istemi ile kamu davası açılmıştır.

AÇIKLAMALAR

1-Müvekkil Belediyesinde görevli olup, **görevi gereği “doğrudan temin yöntemi”** ile kuruluşlarına ait işlerin yürütülmesi bağlamında **görevli birim amirlerine verilen direktif doğrultusunda piyasa araştırması yapmak suretiyle ihale işlemlerine katılmıştır.**

2-Müvekkil verilen iş bağlamında **ihale fiyat tekliflerini görev verilen diğer arkadaşı ile birlikte analiz etmiş, fiyat teklif formlarını hazırlayarak birim amirlerine sunmuştur.**

3-Müvekkil kendine verilen **görevleri usul, yasa ve yönetmelik çerçevesinde yapmışlardır.**

4-Belge ve kanıtlar birlikte değerlendirildiğinde müvekkilin İhaleye fesat karıştırma suçunun unsurlarını oluşturacak şekilde bir eylem ve davranış içinde bulunduğuna ilişkin bir kanıtın bulunmadığını düşünmekteyiz.

5- Yapılan işler Belediyenin ortaya çıkan acil ihtiyaçları çerçevesinde; normal kamu ihale kanununa göre değil, **“doğrudan temin yöntemiyle” yapılan işler söz konusudur.**

Bu bağlamda;

Makamınızca değerlendirilmek üzere **“doğrudan temin”** yöntemine ilişkin olarak ilgili yönetmeliğin 22. Maddesine ilişkin açıklamalar ile bu işlemlerin hangi usul ve çerçevede yapılacağına ilişkin **“Kamu İhale Genel Tebliği”** sunulmuştur.

Bu açıklamanın ışığı altında;

Madde 22- Doğrudan temine ilişkin açıklamalar

22.1.Genel olarak

4734 sayılı Kanunun 22 nci maddesinde;

Aşağıda belirtilen hallerde ihtiyaçların ilân yapılmaksızın ve teminat alınmaksızın doğrudan temini usulüne başvurulabilir.

a)İhtiyacın sadece gerçek veya tüzel tek kişi tarafından karşılanabileceğinin tespit edilmesi.

b)Sadece gerçek veya tüzel tek kişinin ihtiyaç ile ilgili özel bir hakka sahip olması.

c)Mevcut mal, ekipman, teknoloji veya hizmetlerle uyumun ve standardizasyonun sağlanması için zorunlu olan mal ve hizmetlerin, asıl sözleşmeye dayalı olarak düzenlenecek ve toplam süreleri üç yılı geçmeyecek sözleşmelerle ilk alım yapılan gerek veya tüzel kişiden alınması.

d)Büyükşehir belediyesi sınırları dahilinde bulunan idarelerin onbeş milyar (otuzüçbin yetmişaltı Türk Lirası), diğer idarelerin beşmilyar Türk Lirasını (onbirbin yirmibir Türk Lirasını) aşamayan ihtiyaçları ile temsil ağırlama faaliyetleri kapsamında yapılacak konaklama, seyahat ve işeyle ilişkin alımlar.

e)İdarelerin ihtiyacına uygun taşınmaz mal alımı veya kiralınması.

f)Özelliğinden ve belli süre içinde kullanılma zorunluluğundan dolayı stoklanması ekonomik olmayan veya acil durumlarda kullanılacak olan ilaç, aşı, serum, anti-serum, kan ve kan ürünleri ile ortez, protez gibi uygulama esnasında hastaya göre belirlenebilen ve hastaya özgü tıbbi sarf malzemeleri, test ve tetkik sarf malzemeleri alımları.

g)Milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülen uyuşmazlıklarla ilgili davalarda, Kanun kapsamındaki idareleri temsil ve savunmak üzere Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan ya da avukatlık ortaklıklarından yapılacak hizmet alımları.

h)8.01.1943 tarihli ve 4353 sayılı Kanunun 22 ve 36 ncı maddeleri uyarınca Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan hizmet alımları ile fikri ve sınai mülkiyet haklarının ulusal ve uluslararası kuruluşlar nezdinde tescilini sağlamak için gerçekleştirilen hizmet alımları.

ı)Türkiye İş Kurumunun, 25.06.2003 tarihli ve 4904 sayılı Kanunun 3. Üncü maddesinin (b) ve (c) bentlerinde sayılan görevlerine ilişkin hizmet alımları ile 25.08.1999 tarihli ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun 48 inci maddesinin yedinci fıkrasında sayılan görevlerine ilişkin hizmet alımları,

i)Seçim dönemi bitmeden önce seçimlerin yenilenmesine veya ara seçime ya da Anayasa değişikliğinin halkoyuna sunulmasına karar verilen hallerde, Yüksek Seçim Kurulu tarafından yapılacak filigranlı oy pusulası kağıdı ve filigranlı oy zarfı alımı ile oy pusulası basım hizmeti alımı, mahalli seçimlerde ise İl Seçim Kurulu Başkanlıkları tarafından alınacak oy pusulası basım hizmeti alımı.

Bu maddeye göre yapılacak alımlarda; ihale komisyonu kurma ve 10 uncu maddede sayılan yeterlik kurallarını arama zorunluluğu bulunmaksızın, ihale yetkilisince görevlendirilecek kişi veya kişiler tarafından piyasaya fiyat araştırması yapılarak ihtiyaçlar temin edilir hükmü yer almaktadır.

Aynı şekilde, “**Kamu İhale Genel Tebliği**” nin ön gördüğü esaslar çerçevesinde doğrudan temin yöntemiyle yapılan ihalelerdeki usul ve prensiplere ilişkin açıklamaları da ek olarak sunuyoruz.

22.5.4734 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin (d) bendi gereğince ihtiyaçların temini

22.5.1.4734 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin (d) bendinde belirtilen ve Kurum tarafından güncellenen tutarı aşmayan mal ve hizmet alımları ve yapım işleri ile temsil ağırlama faaliyetleri kapsamında yapılacak konaklama, seyahat ve iaşeye ilişkin mal ve hizmetlerin idarelere temin edilmesi mümkün bulunmaktadır. İşin niteliğine göre idareler bu bende göre yapacakları günlük ve küçük ölçekli alımlar için genel bir onay belgesi düzenleyebilecekleri gibi, her bir alım için de onay belgesi düzenleyebilirler. Ayrıca ilgili mevzuatı çerçevesinde düzenlenmesi gerekli olan harcamaya belgeleri onay belgesine eklenir. Ancak bu bent kapsamında gerçekleştirilecek yapım işlerinde fiyat araştırmasının, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde belirlenen yaklaşık maliyetin hesaplanmasına ilişkin esas ve usullere göre yapılması zorunludur.

22.5.1.1.Bu bentte belirlenen parasal limitlere bağlı olarak yapılacak ihtiyaç teminlerinde, piyasada yapılan fiyat araştırması sonucunda öngörülen parasal limitin aşılabacağına tespit edilmesi halinde, ihtiyacın Kanunun ilgili hükümlerine göre ihale yoluyla temin edilmesi gerekmektedir.

22.5.1.2.Ayrıca 4734 sayılı Kanunun 19 uncu maddesine göre açık ihale usulü ile temini gereken ihtiyacın, Kanunun 22 nci maddesinin (d) bendi için öngörülen parasal sınırların altında kalacak şekilde, adet bazında veya aynı ihale konusu içinde yer alabilecek nitelikteki mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin, kalemlere veya gruplara bölünmek suretiyle aynı kanunun 22 nci maddesinin (d) bendine göre temini 4734 sayılı Kanunun temel ilkelerine aykırılık teşkil ettiğinden, bu yönde uygulamaların sorumluluk doğuracağı hususuna dikkat edilmesi gereklidir.

22.5.1.3. İdarelerin bu bent kapsamında temin edeceği ihtiyaçların, anılan bentteki parasal limitlerden hangisini esas almak suretiyle karşılayabileceğinin, ihtiyacı karşılayacak idarenin büyükşehir belediyesi mücavir alan sınırları içerisinde bulunup bulunmadığına göre belirlenmesi gerekmektedir.

•

Ancak, C.Başsavcılığınca Mahkemenize açılan davanın TCK'nun 235. Maddesinde düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçunu işlediğinden bahisle müvekkilim hakkında kamu davası açılmış olmakla, TCK'nun 235. Maddesinin 1 yollamasıyla 2. Fıkrafta belirtilen hallerin oluşup oluşmayacağı bağlamındaki düşüncelerimizi de Sayın Mahkemenizin takdir ve değerlendirmesine arz ediyoruz.

Bu bağlamda; **235 maddesinin 2 fıkrasında (a) bendindeki “hileli davranışlar”** fiillerin karşılığını bulacak ve suç oluşturacak şekilde müvekkilim’ın bir eylem ve **davranışı söz konusu değildir**. 1. Bentteki kişilerin ihale süreçlerine girişlerinin **engelleme eylemlerinin de fiziki unsurları bulunmamaktadır**. Müvekkilim’ın dahil olduğu ihaledeki tüm işlemler **kamu ihale kanununa göre değil doğrudan temin yöntemine göre yapılmış işlemlerdir**.

Müvekkilim geçmişten gelen deneyimi ve tecrübesi olan bir kişidir. Bu yeterliliğe haiz olan bir kişinin de, kişilerin ihaleye **katılmalarını engelleyecek şekilde bir davranış biçimi içerisine girmesi de kişilik yapısı ve deneyimi itibariyle hayatın olağan akışına aykırı olduğunu düşünmekteyiz**.

İfade ettiğimiz üzere tüm işlemler doğrudan temin yöntemine göre yapılmış, piyasa araştırması yapılmış, en uygun teklif kendisi tarafından saptanıp görev alan diğer arkadaşı ile bu değerlendirme paylaşıldıktan sonra üst kurul birim amirine rapor halinde yansıtılmıştır. Dosya içinde görüleceği üzere haklarında takipsizlik kararı verilen tüm kişilerin yaptıkları işlemlerin aynısını yapmıştır.

Söz konusu doğrudan temin yöntemine göre yapılan tüm ihalelerde önceden **belirlenmiş bir şartname bulunmamaktadır**. Adından da anlaşılacağı üzere yapılan tüm işlemler **“DOĞRUDAN TEMİN YÖNTEMİNE”** göre yapılmıştır. **Önceden tayin edilmiş tayin edilmiş bir şartname bulunmamaktadır**. Kaldı ki Kamu İhale Tebliğine göre yani doğrudan temin yöntemine ilişkin olarak söz konusu yönetmeliğin **22. Maddesinde belirlenen işlemlerin hangi usul ve çerçevede yapılacağı saptanmıştır**.

Yine TCK’nun **235. maddenin (b)** bendinde belirlenen ve suçun unsurlarını oluşturacak şekilde **unsurların oluşmadığını düşünmekteyiz**. Bu bendin uygulanabilirlik koşulları olanaklı değildir. **Çünkü, burada yapılan işlemler önceden şartnamesi belirlenmiş, usul ve yasaya göre ilan edilmiş, teklif mektupları, belli gün ve saatte önceden sunulan ve bu bağlamda, ihale komisyonunca değerlendirilmesi gereken bir husus söz konusu olmadığından 235. Maddenin (b) bendindeki fiillerle ilişkilendirilecek bir hususta bulunmamaktadır**.

Dolayısıyla bu fiille ilişkilendirilebilmesi için **gizlilikten bahsedilemeyeceğini** de düşünmekteyiz. İfade ettiğimiz üzere **işlemler tamamen aleni ve doğrudan temin yöntemine göre yapılmıştır**. Pazarlık payı da olmak koşulu ile yani Kamu Kuruluşuna en kaliteli ve en ucuz maliyetle ne şekilde hizmet verileceği tespit edildikten sonra alınan **fiyat teklifi aleni bir şekilde üst birime bildirilmektedir**. **Gizlilik unsuru söz konusu değildir**. Sonuç olarak müvekkilimin yapmış olduğu işlemler **TCK’nun 235. Maddesinin (b) bendinde belirtilen unsurlarının da bulunmadığını düşünmekteyiz**.

Kendi düzenlemesi ve kendi mevzuatı farklı olan kamu ihale genel tebliğinin emrettiği şekilde ve doğrudan temin yöntemine ilişkin düzenlemeler çerçevesinde yapılan idari işlemler söz konusudur.

Aynı şekilde müvekkilimin ilgili maddenin (c) bendindeki fiili oluşturacak şekilde **hiçbir eylem ve davranışı bulunmadığı açıktır**. Bunun yanında TCK'nun 235. Maddesinin (d) bendi açısından olaya bakıldığında **müvekkilim'ın yasal sorumluluğundan bahis edilmesi için çok sayıda yerlerden fiyat teklifleri alınması, bunun gizlilik içinde yapılması, özellikle taraf tuttuğu ya da kayırdığı kişi var ise el altından verilen fiyatları piyasa sızdırması, buna göre bir teklif mektubu verilmesini sağlaması yolunda bir eylem ve davranış biçimi içerisine girmesi söz konusu olması gerekir** ki bu hususta da müvekkilimin bu maddenin ilgili bendindeki suçun unsurlarını oluşturacak şekilde bir eylem ve davranışının bulunmadığı da açıktır.

Açılan kamu davasına ilişkin olarak müşteki olan şahsın müvekkilimin rüşvet aldığı iddiası ile ilgili olarak diğer şüpheli'ın ayı içerisinde müvekkilim ile bir telefon konuşması yaptığı yine iddiaya göre Devlet Hastanesinde müvekkilimin bulunduğunu söylediği, yapılan anlaşma çerçevesinde kendisine 5.000,00 TL para getirmesine ilişkin söylemleri ile ilgili olarak;

Müvekkilim dosyaya ibraz edilen belgelerden de anlaşılacağı üzere, geçmişe dönük olarak kendisi tarihinde geceleyin Devlet Hastanesi Acil Polikliniğine geçirmiş olduğu miyalji ve kalp krizi geçirme şüphesi ile müracaat etmiş, yine babasının geçirmiş olduğu akciğer rahatsızlığı nedeniyle kendisinin de genetik olarak aynı rahatsızlığının bulunup bulunmadığı bağlamında 26.09.2008 tarihinde müracaatı olmuştur. Diğer sanık'ın yılında bulunduğu iddiası söz konusu belgelerden anlaşılacağı üzere **karşılığını bulmamış bir iddiadır**. Müşteki (ihbarda bulunan) akli melekeleri yönünden askerlikte muafiyet görmüş, (haricen duymumuza göre askerlik hizmetini tamamlayamadan sakata ayrılmış) yine diğer şüpheli'ın işyerinde çalışırken akli zaafiyeti olan veya sakat olan kişilerin indirimden yararlanmak için digitürk'e müracaat etmiş ve digitürk'den bu olanağı sağlayarak indirimden yararlanmıştır. Bu itibarla kendisinde var olan akli zaafiyeti nedeniyle beyanlarına nedenli itibar edilip edilmeyeceği hususu da önemlidir.

Tüm bu açıklamalarımızın ötesinde doğrudan temin yöntemine uygun olarak yapılan işlerde bu işlerde görevlendirilen kamu görevlisi piyasadan almış olduğu tekliflere nazaran çalıştığı **kurumun yararını gözeterek, teklifte bulunanlarla sözlü istişareye girebilmesine doğrudan temin yöntemi olanak tanımaktadır. Teklifleri aldıktan sonra aynı kişilere görevi üstlenen kişi ikinci teklifte dahi bulunabilir**. Kamu İhale Kanununun 21/f bendinin espirisi budur.

Müvekkil 15 yıla yakın süreden beri kendisinde var olan rahatsızlıklar nedeniyle alkol kullanmadığı gibi tıbbende kendisine yasaklanmıştır. Müştekinin buna yönelik iddialarının soyut, **dayanağı olmayan ve hiçbir kanıtla desteklenmeyen** bir beyan olduğunu düşünmekteyiz.

Mahkemenizce bilindiği üzere, müvekkilimin üzerlerine atfı mümkün şahsi sorumluluklarını gerektirecek nitelikte bir kanıtında bulunmadığını düşünmekteyiz.

Bu düşüncelerle;

"5237 sayılı TCK'nun 20. maddesinin 1. fıkrasında, Anayasamızın 38/7. madde ve fıkrasında öngörülen **"ceza sorumluluğu şahsidir"** kuralı yani **failden başka kişilerin bir suç sebebiyle**

cezalandırılmayacağı ve herkesin kendi kusurlu eyleminden sorumlu tutulması ilke olarak kabul edilmiş, böylece Anayasamızın açıkça benimsenmiş olduğu bu ilke yeni TCK'da kendisine somut bir yer bulmuştur.

Bu bağlamda, ceza sorumluluğunun şahsiliği, bireyin ancak iradi davranışı ile gerçekleştirdiği, kusurunun bulunduğu ve yasanın açıkça suç saydığı fiillerden sorumlu olmasını zorunlu kılar, kişi başkası tarafından gerçekleştirilen ve kusurlu bir davranışının bulunmadığı davranışlardan sorumlu tutulamaz. ...

Nitekim 5237 sayılı TCK'nun getirdiği yeniliklerde benimsediği suç siyasetinin ana ilkeleri, kusur ilkesi, hukuk devleti ilkesi ve hümanizm ilkesi olarak belirlenmiş ve "kusur ilkesi", "ceza yaptırımının, ancak işlediği fiilden dolayı kişinin kınanabilmesi durumunda uygulanabilmesini ifade eder. **Bu ilke, bir yandan işlediği fiili dolayısıyla kusurlu olmayan bir kimseye ceza verilemeyeceğini ifade ettiği gibi; diğer yandan faile kusurundan daha ağır bir cezanın uygulanmasını yasaklar.** Getirilen bu yeni düzenlemeler, Anayasada öngörülen kusur ilkesinin zorunlu bir sonucu ve çağdaş ceza hukuku anlayışının da bir gereğidir." (Açıklamalı Gerekçeli 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun Getirdiği Yenilikler Bağlamında, Kast ve Taksir, Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, sh. 314-315, Kazancı Yayınevi, İstanbul 2005)

•

Aynı şekilde makamınızca bilindiği üzere; Ceza Adaletinin Amacı maddi gerçekliğin araştırılmasıdır. **Bu itibarla; müvekkilim Ercüment Can'ın elde edilen tüm kanıtlar birlikte değerlendirildiğinde müvekkilim hakkında bir vicdan kanısı oluşturacak nitelikte maddi, kesin, tutarlı, birbiri ile çelişmeyen bir kanıt bulunmadığını düşünmekteyiz.**

Yine Makamınızca bilindiği üzere, "**Bir an için bir şüphenin varlığından bahis edilse dahi; maddi kanıtlardan yola çıkarak faile ulaşıldığında tüm delillerin vicdan kanısı oluşturacak nitelikte, kesin ve inandırıcı olması gerekir.**" Bunun yanında, failin kastının hiçbir şüpheye yer verilmeyecek derecede saptanamaması durumunda, '**şüpheden sanık yararlanır**' evrensel kuralını uygulamak gerekir.

Sonuç ve İstem;

Açıklanan nedenlerle müvekkilimin üzerine atılı suçları işlediği sabit olmadığından beraatine karar verilmesini arz ederim.

Saygılarımla, 02.05.2011

Sanık Vekili