

ASYA KATILIM BANKASI'NDA BANKACILIK İŞLEMLERİ YAPILMASI (PARA YATIRILMASI) TERÖR ÖRGÜTÜ YÖNETİCİLİĞİ/ÜYELİĞİ VE ÖRGÜTE YARDIM SUÇLARINI OLUŞTURUR MU?

a) Giriş;

1- İddianamede müvekkilin Asya Katılım Bankasında mevduat hesabının bulunması ve bu hesaba para yatırılmış olmasının Terör Örgütü Yöneticiliği/ Üyeliği suçunun kanıtını oluşturacağı ileri sürülmüştür. İddianamede belirtilen husus hukuki dayanaktan tamamen yoksundur.

2- Ülkemizde bankalar 5441 Sayılı Bankacılık Yasası ve diğer ilgili mevzuat çerçevesinde faaliyetler yürütmektedirler. 5441 Sayılı Yasanın 2. Maddesinde "Türkiye'de kurulu mevduat bankaları, katılım bankaları, Türkiye Bankalar Birliği, Türkiye Katılım Bankaları Birliği, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve bunların faaliyetleri bu Kanun hükümlerine tâbidir." Hükmüne yer verilmiştir. Aynı yasanın 6. Maddesinde "Türkiye'de bir bankanın kurulmasına ... bu Kanunda öngörülen şartların yerine getirilmesi kaydıyla Kurulun (BDDK) en az beş üyesinin aynı yöndeki oyuyla alınacak kararlar izin verilir." Hükmü getirilmiştir. Bankaların kuruluşu, faaliyet izinlerinin nasıl verileceği, faaliyet ve görevleri, nasıl denetlenecekleri yasada ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bankalar ve katılım bankaları yasal olarak kurulurlar. BDDK ve TMSF denetim ve gözetiminde faaliyetlerini yürütürler. BDDK ve TMSF' ni kuruluşu, oluşumu ve faaliyetleri yasal olarak belirlenmiş olmakla birlikte bu kurumlar üzerinde yürütme erkinin bir takım tasarrufu bulunmaktadır. Bu husus da doğaldır. Özetle, yasal olarak kurulmuş katılım bankalarının faaliyet ve çalışmaları tamamen Devletin denetim ve gözetimi altındadır.

3- Müvekkilin Asya Katılım Bankasında mevduat hesabının bulunduğu dönemde söz konusu Bankanın faaliyetleri yasal çerçevede devam etmektedir. Yasal olarak kurulmuş ve Devletin yetkili kurumlarının denetim ve gözetimi altında faaliyet yürüten söz konusu bankada bankacılık işlemi yapılmasının "Silahlı Terör Örgütü Yöneticiliği/ Üyeliği" suçuna kanıt olarak ileri sürülmesi mümkün değildir. Hukuk devletlerinde meşru bir hakkın kullanılmasının konusu suç tanımı içinde değerlendirilemez. Bu iddianın ileri sürülmesi bile başlı başına, Anayasada ve AIHS ile teminat altına alınan "mülkiyet hakkı" ve "özel hayatın gizliliği ilkesine" açık bir müdahale anlamı taşıyacaktır.

4- Asya Katılım Bankası A.Ş ile ilgili süreci özetlemek gerekir ise; Asya Katılım Bankası A.Ş 24.10.1996 tarihinde dönemin önemli yürütme organı temsilcilerinin ve Devlet görevlilerinin açılış törenine katılımı ile bankacılık faaliyetine başlamıştır. Müvekkil Bankanın açıldığı tarihte henüz çocuk denebilecek yaşlardadır. Müvekkilin Asya Katılım Bankası ile olarak burada belirtilen süreçle ilgili olarak herhangi bir ilgisi olmadığı gibi o tarihlerde bilgisi dahi bulunmamaktadır. Banka uzun yıllar faaliyetini devam ettirdikten sonra 2014 yılı başlarında bazı hükümet temsilcilerinin açıklamaları ile kamuoyunun gündemine gelmiştir. Bir kısım özel şirketler ile bazı kamu kurum ve kuruluşlarının Banka hesaplarında bulunan paralarını çektikleri medyada haber olarak yer almıştır.

5- 06.06.2014 tarihinde Başbakan Yardımcısı Ali BABACAN "Ziraat Bankası' nın Bank Asya'yı satın alabileceğini" açıklamıştır. 11.08.2014 tarihinde Bank Asya' nin ilk yarı net karı 51 milyon TL olduğu açıklanmıştır. 18.08.2014 tarihinde Borsa İstanbul Bank Asya hisselerinin işlemlerini durdurmuştur. 28.08.2014 tarihinde Bank Asya' nın, sermaye yeterliliği standart oranı en yüksek 2. Banka olduğu açıklanmıştır. 04.02.2015 tarihinde Bank Asya Yönetimi TMSF' ye geçmiştir. 05.02.2015 tarihinde Gümrük ve Ticaret Bakanı Nurettin CANİKLİ, "Bankaya el koyma durumu söz konusu değildir. Şu anda sadece imtiyazlı paya sahip ortaklarla ilgilidir. Bu bir el koyma, fona devretme, iflas hali falan kesinlikle değildir" açıklamasını yapmıştır.

6- 03.02.2015 tarihli TMSF açıklamasında "TMSF' nin sadece yönetime el koyduğu", "Bank Asya' nın rutin bankacılık faaliyetlerine devam etmekte olduğu" belirtilmiştir. 29.05.2015 tarihinde Bank Asya' nın tamamının TMSF'ye devredildiği açıklanmıştır. 17.07.2016 tarihinde de Asya Katılım Bankası A.Ş' nin kapatılmasına karar verildiği medyada haber olarak yer almıştır. 22.07.2016 tarihli BDDK kararı ile "5411 sayılı Bankacılık Kanununun 107'inci

maddesinin son fıkrası çerçevesinde, Bank Asya' nın faaliyet izninin kaldırılmasına karar verildiği" açıklanmıştır. 16.11.2017 tarihinde İstanbul 1. Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından Asya Katılım Bankası A.Ş hakkında iflas kararı verilmiştir. 03.01.2018 tarihinde medyada çıkan haberlere göre, Asya Katılım Bankası A.Ş' nin 68 hissedarı hakkında ceza soruşturması sırasında gözaltı ve yakalama kararları verilerek operasyon başlatılmıştır.

b) Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi

7- "Kanunsuz suç ve ceza olmaz" (nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege) veya kısaca "yasallık ilkesi" ya da "kanunilik ilkesi" denilen ilke, çağdaş ceza hukukunun önemli ilkelerinden biridir. (Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 2005, 3.bası, sh. 46) Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, aynı zamanda 10 Aralık 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanname (m. 11, f. 2) ve 4 Kasım 1950 tarihli İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesinde (m. 7, f. 2) de kabul edilmiştir. 1982 Anayasasının "suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlıklı 38. maddesinde, suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile ceza hukuku kurallarının zaman bakımından uygulanması konusundaki ilkeler birlikte düzenlenmiştir.

8- Suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile ceza hukuku uygulamasında devletin bireye karşı keyfi muamelede bulunmasının önlenmesi amaçlanmıştır. (ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2007, 2. Bası, sh.103 vd.) Hukuk devleti ilkesi, hukukun bireylere sağladığı güvenceyi belirtir. Bireylerin özgürlük alanına en derin müdahalelerde bulunan ceza hukukun kötüye kullanılmasını önleyici önlemleri yine hukuk düzeni tarafından konulması, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, belirlilik ilkesi, kıyas yasağı, geçmişe uygulama yasağı, hukuk devleti ilkesinin gerekleridir. (ÖZGENÇ, a.g.e, sh 65)

9- Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince, kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez. Keza, kanunun açıkça cezayı arttırıcı bir neden olarak öngörmediği bir husustan dolayı da kimsenin cezası arttırılmaz. Cezada kanunilik ilkesi gereğince, hiç kimse belli bir suçla ilgili olarak kanunda öngörülmemiş bir ceza ile ya da kanunda öngörülen cezadan daha ağır bir ceza ile de cezalandırılmaz. Suç, toplumsal düzenin devamı açısından korunması gereken hukuki değerlerin açık ve bilinçli bir ihlali veya en azından bu değerleri korumaya matuf kurallara özensizlik niteliği taşıyan insan davranışlarıdır. Böylece, ancak esasen haksızlık teşkil eden insan davranışları, kanunlarda suç olarak tanımlanabilir. Esas itibarıyla hukuka aykırılık vasfı taşımayan, toplumsal hayat açısından vazgeçilmez değerlerin ihlali niteliği taşımayan insan davranışları, kanunlarda suç olarak tanımlanamazlar. Köklerini siyasî liberalizm ve demokraside bulan bu ilke sayesinde, bir toplumda yaşayan insanlar neyin yasak (suç) neyin serbest olduğunu önceden öğrenebilmekte ve iradeleriyle yasağı veya serbest olanı seçebilmekte ve bunun sonuçlarına da baştan razı olmaktadır.

10- Bugün suçta ve cezada kanunilik ilkesinin içeriği ve sonuçları şöylece belirtilmektedir: a) Suç teşkil eden eylemleri ve cezalarını ancak yasama organı kanunlarla saptayabilir. b) Suçları saptayan kanun hükümlerinin tanımları belirli olmalı, yani açık ve seçik nitelik göstermelidir (nullum crimen sine lege certa); Farklı anlamlara gelen kaypak ve çok kapsamlı terimler kullanılmamalıdır; c) Hakimin örneksime (kıyas) yolu ile suç yaratmasına izin verilmemelidir (nullum crimen sine lege stricta); d) Kanunun açıkça izin verdiği ve cezasını da gösterdiği durumlar dışında yürütme organının suç yaratma yetkisi olmamalıdır; e) Ceza kanunları failin zararına olarak geçmişteki olaylara uygulanmamalıdır (nuHum crimen sine lege praeial; f) Gelenek ve göreneklere (örf ve adet) dayanarak bir eylem cezalandırılmamalıdır (nuHum crimen sine lege scripta). Karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde suçta ve cezada kanunilik ilkesinin gittikçe daha yoğun ve yaygın bir şekilde kabul edildiği görülür. (İÇEL Kayıhan/DONAY Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, 4. Bası, sh. 77)

11- Önemle vurgulamak gerekir ki; suç teşkil eden fiilin bütün unsurlarının kanunla tanımlanmış olması gerekmektedir. Hangi fiillerin suç oluşturduğunun kanunda açıkça gösterilmiş olması gerekmektedir. (ÖZGENÇ, a.g.e, sh 105) Hangi insan davranışlarının suç teşkil ettiğini belirleyen kanun metinlerinin çok açık ve herkes tarafından anlaşılabilir bir şekilde ifade edilmesi lazımdır. Suç teşkil eden fiiller açıkça tanımlanmamış ise bu tür hükümlere, "beyaz hüküm" (TOROSLU, Ceza Hukuku, sh. 11) vd) veya "çerçeve kanun" (ÖNDER, Genel Hükümler I, sh. 12 I.) denilmektedir. (ÖZGENÇ, a.g.e, sh 106) Aslında, bu şekildeki düzenlemeler ve uygulamalar ile suçta kanunilik ilkesi dolanılmaktadır. Bu düzenlemeler, suçta kanunilik ilkesinin ve dolayısıyla, Anayasanın 38. Maddesi hükmünün ihlali mahiyeti taşımaktadırlar. (ÖZGENÇ, a.g.e, sh.107)

12- Suçta ve cezada kanunilik ilkesi sadece yürütme organının düzenleyici işlem ile suç ihdasına münhasır kılınmaz. Ceza kanunlarında yer alan, suç olarak tanımlanmış

ancak suçun "fiil" unsuru muğlak bırakılmış durumlarda da ceza normunun uygulanması "suçta ve cezada kanunilik ilkesi" bağlamında yorumlanarak, buna göre uygulama yapılması gereklidir. Belirlilik ilkesi bunu gerektirir.

13- Hukuk devletinin en önemli önceliklerinden birisi ve olmazsa olmazı, fertlerin "hukuki güvenliklerinin" sağlanmasıdır. Fertlerin hukuki güvenliklerinin sağlanabilmesi ancak "öngörülebilirlik ilkesi" nin uygulanması ile mümkün olabilir. Zor kullanma yetkisini de içeren her türlü kamu gücünü elinde bulunduran güçlü "devlete" karşı, zayıf konumdaki "ferdin" haklarının korunabilmesi ve keyfilik önlenmesi için özgürlüklerin sınırlandırılmasına ait kuralların önceden "bilenebilir olması" zorunluluktur. Fertlerin "hukuki güvenliklerinin" sağlanabilmesi için "öngörülebilirlik" ilkesinin ceza hukukundaki yansımaları "Suçta ve cezada kanunilik ilkesi" oluşturur. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, fertlerin Devlet tarafından "keyfi" olarak cezalandırılmalarının önüne geçilmesi ve "ayrımcılığın" önlenmesi için getirilmiş en önemli ilkedir.

14- Hukukla sınırlandırılmayan devlet gücü, kolaylıkla organize suçluluk enstrümanı haline dönüşebilir. Günümüzde yaşanan olaylar, bu tespitin açık kanıtıdır. (ÖZGENÇ, Suç Örgütleri, 10. Bası, Sh. 14)

15- Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin mevzuattaki yansımaları oluşturan TCK'nın 2/1 Maddesine göre "Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez." İfadeden de anlaşılacağı üzere cezalandırılan eylem fiildir. Fiilin cezalandırılabilmesi için kanunda açıkça "cezalandırılacak olan fiilin" suç olarak belirtilmesi gerekmektedir.

16- Fiil, kişinin iradesiyle hâkim olduğu, belli bir neticeyi gerçekleştirmeye matuf ve hariç dünyada cereyan eden bir davranıştır. Kanundaki suç tanımında mutlaka bir fiile unsur olarak yer verilmektedir. Hiçbir suç tanımı yoktur ki, kapsamında bir insan fiiline yer verilmiş olmasın. Bu fiil, herhangi bir insan davranışı olmayıp, bizzat haksızlık teşkil eden bir insan davranışıdır. Bu itibarla, suç teorisinde söz konusu edilen fiil, bir suçun tarifinde yer alan ve esas itibarıyla haksızlık teşkil eden bir fiildir. (ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2007, 2. Bası, sh. 169)

17- Fiil, suçun maddi unsurunu oluşturmaktadır. Fiilin olmadığı bir suç ve ceza tanımının yapılması mümkün değildir. Bunun aksinin kabulü düşünceyi cezalandırmak olacaktır. Ceza hukukunda objektif sorumluluk ilkesi geçerli değildir. Kusura dayalı sorumluluk ilkesi benimsenmiştir. (TCK 23 m.) (18) Fiilin olmadığı yerde kusurdan söz edilemeyeceği için fiilsiz suç ve ceza da olmayacaktır.

c)Terör Örgütü Yöneticiliği/Üyeliği Suçları ve Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi

18- Suç Örgütleri ve Silahlı Terör Örgütlerinin işlemeyi düşündükleri "amaç" suçların işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla "araç olarak" kurulduğu düşüncesinden hareket eden yasa koyucu, bu suçları somut tehlike suçu olarak kabul ederek cezai yaptırım altına almıştır. Amaç suçların işlenmesi yolunda ilerleyen suç örgütü yapısına bilerek dahil olunması, işlenen veya işlenecek diğer suçlardan farklı olarak, yasa koyucu tarafından ayrıca cezalandırılmaktadır.

19- Bu bağlamda Suç Örgütü veya Silahlı Terör örgütü Yöneticiliği ve Üyeliği suçları "fiil unsuru" açısından diğer suçlara kıyasla daha genel ve ucu açık bir düzenleme niteliğinde bulunmaktadır. Bunun nedeni, işlenen suçun değil, işlenmesi amaçlanan suçlar için hazırlık hareketi olarak "kurulan örgüte dâhil olunması fiilinin" cezalandırılmasıdır. Ani hareketli suçların fiil unsuru daha kolay belirlenebilirken, mütemadi suç olarak kabul edilen Suç Örgütü Üyeliği suçlarında "fiil unsuru" belirlenmesinde zorluklar yaşanabilmektedir.

20- Suç Örgütü veya silahlı Terör Örgütü Yöneticiliği ve Üyeliği suçundan bir failin cezalandırılabilmesi için suçun maddi unsurunu oluşturan "fiil ögesi"; Suç Örgütünün veya Silahlı Terör Örgütünün kuruluş amaçlarını, faaliyet ve eylemlerini benimseyerek, işlediği veya

işlemeyi düşündüğü suçları bilerek, gönüllü olarak örgüt hiyerarşisine dâhil olmayı tercih etmek suretiyle işlenmektedir. Özetle fiil ögesi, "Örgüt Hiyerarşisine" dâhil olmak eylemidir. Örgüt üyeliği, daha önce kurulmuş olan bir örgüte iltihak, katılma şeklinde gerçekleşebilir. Örgüte üye olmak, fiilî bir katılmayı ifade eder. (ÖZGENÇ, Suç Örgütleri, sh.24) Örtünün kuruluş amacının ve örgütün işlemeyi düşündüğü suçların failce bilinmesi gerekliliği daha çok suçun manevi unsurunu oluşturmaktadır.

21- Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince "örgüte dâhil olma" fiili TCK' nın 220 ve 314. Maddeleri gereğince cezalandırılmaktadır. Yasa gereği cezalandırılması gerekli olan "Örgüte dâhil olma fiili" nin cezalandırılabilmesi için, failin "başka fiilleri ile", "örgüte dâhil olma fiili" arasında nedensellik bağının kurulması gerekir. Bu bağın bulunup bulunmadığı araştırılırken suçun manevi unsurunun oluşup oluşmadığı da her somut olaya göre hâkim tarafından belirlenmelidir. Hem maddi unsur hem de manevi unsur açısından bu yorum ve belirlemeler yapılırken ışık tutacak en önemli ilke "suçta ve cezada kanunilik ilkesi" olmaktadır.

22- Bir başka deyiş ile Yasa koyucunun kamu düzenine aykırı gördüğü ve cezalandırmak istediği fiil; "suç örgütü yapısına bilerek dâhil olmak" fiilidir. Failin doğrudan doğruya "suç örgütü yapısına dâhil olduğunu gösteren fiiller" bulunuyor ise bu durumda yorum yapmak daha kolay olacaktır. Yargıtay uygulamalarına göre; örneğin, Suç Örgütüne Özgeçmiş Raporu vermek doğruya örgütsel yapıya dâhil olduğunu gösteren bir fiil olarak kabul edilmiştir. Bu durumda ikincil nitelikteki fiillere artık bakmaya gerek yoktur. Ancak bu derece açık ve doğrudan doğruya "suç örgütü yapısına dâhil olmak" fiili bulunmuyor ise bu durumda failin ikinci derecedeki fiillerinin yorumlanması gerekmektedir. Failin ikinci derecedeki bu fiilleri yorumlanırken "suçta ve cezada kanunilik ilkesine" aykırı hareket edilmemesi çağdaş ceza hukukunun getirdiği bir zorunluluktur. İkinci derecedeki fiiller, **geniş değil dar yorumlanmalı, ucu açık ve belirlilik ilkesine** aykırı uygulamalara yer verilmemelidir. Aksi yönde uygulamalar ceza hukukunun temel ilkelerine ve kişi hak ve özgürlüklerine aykırı olacaktır.

23- Suç örgütü veya silahlı terör örgütü yasal zeminde faaliyet yürütür iken daha sonra belirli bir tarihte, "amaç" suçları işlemeye karar vermiş ve başlamış ise, örgütün yasal zeminde bulunduğu aşamada failin bizatihi suç teşkil etmeyen fiillerinden sorumlu tutulması "suçta ve cezada kanunilik ilkesine" aykırılık teşkil edecektir. Bu durumun sadece kusurluluk ve hata (TCK m.30) açısından değerlendirilmesi eksik olacaktır.

24- Yargıtay 16. Ceza Dairesi, bu tarihi belirlemekten ısrarla kaçınsa dahi, FETÖ/PYD olarak isimlendirilen yapının yasal zeminde faaliyette bulunduğu, Devlet tarafından her türlü faaliyetinin meşru sayıldığı ve hatta desteklediği bir dönemde kabul edildiği aşikârdır. Yasal zeminde bulunduğu kabul edilen bu dönemde, bir kısım sanıklara doğrudan doğruya yapıya dâhil olduğunu gösteren fiiller isnat edilmese dahi yasal olarak kurulmuş olan bir kısım kurum ve kuruluşlar ile irtibatlarının bulunması Silahlı Terör Örgütü Üyeliği suçunun "fiilini" oluşturacağı ileri sürülmektedir. Somut olarak belirtmek gerekir ise yapıya ait olduğu ileri sürülen Asya Katılım Bankası A.Ş. üzerinden "bankacılık işlemlerinin yürütülmesi fiilleri" (bankaya para yatırılması, para çekilmesi, kredi kullanılması vs) gibi ikincil nitelikteki "fiiller" "Silahlı Terör örgütü yapısına bilerek dâhil olma fiili" olarak kabul edilmektedir. Sanığın işlediği fiil farklı olsa da sanığın cezalandırıldığı fiil apayrı bir fiil kabul edilerek sanıklar cezalandırılmaktadır. Bir başka deyiş ile yargı organları, "yasal olarak kurulmuş ve faaliyet yürüten bir Banka üzerinden bankacılık işlemi yürütme fiilini" alıp bu eylem sanki "bilerek örgüt yapısına dâhil olma fiili" gibi kabul edilmek sureti ile sanıklar cezalandırılmaktadır. Bu düşüncenin hukuken haklı ve geçerli bir tarafı bulunmamaktadır. Sanığın gerçekleştirdiği Bankacılık işlemi yapma fiilinde her hangi bir "hukuka aykırılık", "haksızlık" ve "kamu düzenine aykırılık" bulunmasa dahi sadece sanığın bu fiilinden dolayı sanık hakkında "Silahlı Terör Örgütü yapısına dâhil olma fiili" işlediğinden bahisle sanığın terör suçundan cezalandırılması yoluna gidilmesi evrensel ceza hukukunun en önemli ilkelerinden olan "suçta ve cezada kanunilik ilkesine" aykırılık teşkil eder. Sanığın gerçekleştirdiği fiil farklı olduğu halde sanık için yargı organının kabul ettiği fiilin farklı olması, kabul edilebilir bir durum değildir. Sanığın önceki fiilinden dolayı geçmişe dönük olarak cezalandırılması TCK' nın 2. Ve 7. Maddelerine aykırılık teşkil eder. Aksinin kabulü toplumda yaşayan hiçbir ferdin hukuki güvenliğinin olmadığını sonucuna doğuracaktır. Sanığın haksızlık ve hukuka aykırılık içermeyen fiilinden dolayı ağır bir şekilde cezalandırılması, hukuk devleti ilkesine açıkça aykırıdır.

25- Ceza yargılamasında, sanığın gerçekleştirmiş olduğu "fiil" (bankaya para yatırmak) farklı olduğu halde, kişi hak ve özgürlüklerine aykırı yorum yolu ile sanığın "fiilinin başka olduğu" (terör örgütünün hiyerarşik yapısına dahil olmak) kabul edilerek, sanığın "başka kabul edilen bu fiilinden" dolayı cezalandırılması yoluna gidilmesi açıkça hukuka aykırıdır. Bu durumun hukuk devleti ilkesinin sonucu olan "suçta ve cezada kanunilik ilkesi", "belirlilik ilkesi", "kıyas yasağı", "geçmişe uygulama yasağı ilkesi" ile açıklanması mümkün değildir. Çağdaş ceza hukuku uygulaması içinde söz konusu uygulamaların yerinin olduğu söylenemez. Bu durum ancak totaliter bir anlayışının ürünü olan düşünman ceza hukuku yaklaşımı ile açıklanabilir. Bunun da hukuki bir yaklaşım olduğu söylenemez.

26- TCK 314. maddede örgüte yardım suçu özel olarak düzenlenmemiştir. Aynı maddenin 3. fıkrası uyarınca suç işleme amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümler, bu suç açısından da aynen uygulanır. Bu nedenle TCK 220/7. maddesinde belirtilen örgüte yardım suçu, 314. Maddedeki silahlı örgüte yardım suçu olarak cezalandırılması gereken bir eylem tipini teşkil etmektedir: M. 220 : (7) "Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi, örgüt üyesi olarak cezalandırılır."

27- TCK 220/7. maddede, örgüte yardım edenin 'örgüt üyesi olarak' cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Fakat, aynı cümle içerisinde örgüt üyeliğinin, örgüt içerisinde hiyerarşik yapıya dahil olmayı zorunlu kıldığı belirtilmiştir. Örgüt üyesi, örgütün amaçları içerisindeki suçları işlemek için sürekli birliktelik iradesiyle örgüt disiplini ve hiyerarşisine katılmaktadır. Buna karşın, sürekli birliktelik ve hiyerarşik yapıya dahil olma iradesi bulunmadığı halde, örgütün kimi faaliyet veya eylemlerine iştirak eden kimse, suça iştirak etmekte olup, özel bir iştirak kuralı olarak düzenlenmiş bulunan 'örgüte yardım etme' suçunu işlemesi nedeniyle ceza sorumluluğuna tabi kılınmış, fakat cezalandırma yönünden örgüt üyesi gibi kabul edilmiştir.

28- Silahlı Terör Örgütün faaliyetlerine yardım edilmesi, onun faaliyetlerinin kolaylaştırılması amacıyla yönelik olarak birtakım davranışlarda bulunulması örgüte yardım olarak kabul edilmiştir. Suç örgütüne yardım fiilinin oluşması için, örgütün amacı ve kolektif faaliyetleri bilinerek ve istenerek yardım edilmesi zorunludur. Bu husus suçun manevî unsurudur. Fail, eylemini gerçekleştirdiği tarihte Örgütün Silahlı Terör Örgütü olduğunun kesin olarak yargı kararına bağlı olarak belirlenmiş olması gerekir. Sonradan Silahlı Terör Örgütü olarak kabulü halinde ise failin eyleminin niteliği de değerlendirilerek yasalarla korunan meşru bir eylem olması halinde örgüte yardım kastı ile hareket etmediği kabul edilmektedir.

29- Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 20.12.2017 tarih, 2017/1862 Esas ve 2017/5796 Kararında; "bir Devlet okulunda öğretmen olarak görev yapan, örgütle irtibatlı olduğu için kapatılmasına karar verilen sendikaya üye olan, örgütün kriptolu iletişim ağı olan ByLock iletişim sistemini kullanmayan ancak 25.09.2014 ve 13.10.2014 tarihlerinde örgüt liderinin talimatı doğrultusunda anılan örgütle irtibatlı **Bank Asya'ya eşi adına para yatıran** sanığın faaliyetlerinin, silahlı terör örgütünün hiyerarşik yapısına dahil olduğunu gösterir biçimde çeşitlilik, devamlılık ve yoğunluk içermemesi karşısında örgüt üyesi olarak kabul edilmesine yasal olanak bulunmadığından, konusu suç oluşturmayan ancak örgüt liderinin talimatı doğrultusunda amaca hizmet eden faaliyetlerin yardım suçunu oluşturacağı gözetilmeden, suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması" bozma nedeni yapılmıştır.

e) AİHM' nin İmret v. Türkiye Kararı

30- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İmret-Türkiye davasında 10 Temmuz 2018 tarihinde vermiş olduğu karar ile; Türkiye'de Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 220. maddesinin 7. fıkrası altında "örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım etmek" iddiasıyla yargılanan ve hapis cezasına mahkum edilen kişiler ile ilgili olarak; TCK'nin 220. maddesinin 7. fıkrasının **lafzının** ve yerel mahkemeler ve Yargıtay tarafından **yorumlanıp uygulanış biçiminin çok geniş olduğuna**, bu nedenle **öngörülebilir** olmadığına ve **kanunilik ilkesinin ihlal edildiğine** hükmetmiştir.

31- AİHM kararının gerekçesinde "TCK'nin 314. maddesinden (örgüt üyesi olma suçu) ceza vermek için eylemin/suçun süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk içerip içermediğinin ve belli bir hiyerarşik yapı altında olup olmadığının denetlenmesi gerekirken, bu maddenin 220/7'yle bağlantılı olarak uygulanması durumunda Mahkemeler bu kriterleri denetlemek zorunda kalmadan, bu kriterleri aşırı geniş yorumlayarak ceza vermektedir. Madde lafzının bu derece geniş şekilde yazılması ve yorumlanması ve mahkemelerin de bu derece geniş şekilde uygulaması, kişilerin kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerine karşı korunmasına karşı yeterli korumayı içermemektedir. Daha da önemlisi, Sözleşme'nin 10. ve 11. maddesinin kapsamına giren bir eylemden ötürü hapis cezası verilirken, bir siyasetçi ve barışçıl bir gösterici olan başvuru ile Terör Örgütü bünyesinde suç işleyen bir kişi arasında ayırım yapılmamıştır. Mahkeme'ye göre, terörle mücadelenin zorluklarını göz ardı etmemekle birlikte, yasal bir düzenlemenin bu kadar geniş bir şekilde uygulanması, örgüt üyeliğine dair hiçbir somut delilin olmadığı durumlarda temel bir hak ve özgürlüğün kullanımının örgüt üyeliği ile eşdeğer tutulmasına yol açacak bir etkiye sahip olduğunda meşru kabul edilemez." Görüşlerine yer verilmiştir. Yine Mahkeme kararında "kişilere sadece eyleme katıldıkları iddiasıyla 6 yıl 3 ay hapis cezası verilmesi, daha sonra bu ceza 5 yıl 2 ay 15 güne indirilmiş dahi olsa, çok ağır ve orantısız bir yaptırımdır ve sadece ceza alan kişi üzerinde değil, aynı zamanda barışçıl bir şekilde politik tartışmalara ve eylemlere katılmak isteyen kişiler üzerinde de ifade ile toplantı ve

32- Sonuç olarak AİHM, müdahalenin kanun tarafından öngörülemez olduğuna, müdahalenin meşru bir amaç taşıyıp taşımadığını ve demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını dahi inceleme gereği duymadan sözleşmenin 11. Maddesinden dolayı ihlal kararı vermiştir. AİHM yakın zamanda vermiş olduğu Bakir ve Diğerleri v. Türkiye davasında da aynı ilkelere yer vererek sözleşme hükümlerinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

f) Birleşmiş Milletler Keyfi Gözaltı Çalışma Grubu Çalışkan v. Türkiye Kararı

33- Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi Keyfi Gözaltı Çalışma Grubunun 11.10.2018 tarih ve 43/2018 sayılı Çalışkan v. Türkiye kararına konu dava da başvurucu hakkında Terör örgütünün hiyerarşisi içinde bulunmakla suçlanmış ve suç eylemi olarak ta hakkında Hizmet Hareketine bağlı bir liseye gitmek, Hizmet hareketine bağlı bir üniversitede çalışmak, yurt dışına doktoraya gitmek gibi birtakım iddiaların yanında Bank Asya’da hesabı bulunmak iddiası da ileri sürülmüştür. Çalışma Grubu kararında Hükümet, gerekli imkana sahip olmasına rağmen, bir suç örgütünün taraftarı olduğunu ileri sürdüğü Çalışkan’ın gerçekleştirmiş olduğu herhangi bir yasadışı eylem gösteremediğini, 15 yaşında bir liseye gitmesi, yurtdışına doktora eğitimi için gitmesi, üniversitede çalışması ve bir banka hesabına sahip olmasının günlük hayatın içinde yürütülen sıradan faaliyetler kapsamında olduğunu ve (Türkiye’nin onayladığı) Medeni ve Siyasal Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşmesinin 26’ncı maddesi uygun olan bu faaliyetlerde bulunduğunu belirtmiştir. Çalışma Grubu, bu nedenle, başvurucu hakkında gözaltına alınmasının ve tutuklanmasının Sözleşme’nin 26’ncı maddelerinde güvence altına alınan bu haklardan yararlanmasından kaynaklandığından keyfi bir tutuklama olarak nitelendirmiştir.

g) Uluslararası Kararlar ile Yargıtay Uygulamasının Karşılaştırılması

34- Asya Katılım Bankasına “para yatırmış olma” eyleminin Yargıtay 16. Ceza Dairesi tarafından Silahlı Terör Örgütüne Yardım suçu olarak kabul edilmesi hukuka aykırıdır. Yargıtay tarafından TCK’nın 220/7 Maddesi yollaması ile TCK’nın 314/2 Maddesini geniş yorumlayarak sanıklar aleyhine uygulama yapılmasının “öngörülebilir olma ilkesi” ile “suçta ve cezada kanunilik ilkesine” uygun olduğu söylenemez. TCK’nın 314/2 Maddesinde düzenlenen Terör Örgütü üyeliğinden dolayı mahkumiyet kararı verilebilmesi için gerekli olan; eylemlerin süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluğu kriterleri ile sanığın belli bir hiyerarşik yapı altına bilerek dahil olup olmadığı denetlenmesi gerekirken bundan sarfı nazar edilerek ve bu kriterler aranmaksızın, genişletici yorum yapılarak TCK’nın 220/7 Maddesi yollaması ile 314/2 Maddesi gereğince yardım suçunda mahkumiyet hükmü kurulması, kişilerin hukuki güvenliğini ihlal etmektedir. Maddenin lafzının muğlak olmaması ve uygulamanın geniş yoruma tabi tutulmamasının gerekliliği AİHM kararında da açıkça vurgulanmıştır. Nitekim Birleşmiş Milletler Keyfi Gözaltı Grubunun kararında da iddiaya konu eylemlerin yasa dışı olmadığı ve hayatın içinde yürütülen olağan davranışlar olduğu ve banka müşterisi olmanın temel medeni ve siyasal hakların kullanılması olarak nitelemiştir.

35- Asya Katılım Bankasının Devletin denetim ve gözetimi altında yasal olarak faaliyet yürüttüğü, Terör Örgütü bankası olduğuna ilişkin bir kararın da bulunmadığı dönemde söz konusu bankaya para yatırılması eyleminin Terör örgütüne yardım suçu olarak kabulü, öngörülebilirlik ve suç ve cezada kanunilik ilkelerine aykırıdır. Devlete karşı zayıf konumda “ferdin” haklarının korunabilmesi ve keyfiliklerin önlenmesi için özgürlüklerin sınırlandırılmasına ait kuralların önceden “bilinbilir olması” zorunluluktur. Fertlerin “hukuki güvenliklerinin” sağlanabilmesi için “öngörülebilirlik” ilkesinin ceza hukukundaki yansımaları “Suçta ve cezada kanunilik ilkesi” oluşturur. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, fertlerin Devlet tarafından “keyfi” olarak cezalandırılmalarının önüne geçilmesi ve “ayrımcılığın” önlenmesi için getirilmiş en önemli ilkedir. Yargıtay uygulamaları ile öngörülebilirlik ve kanunilik ilkelerin ihlal edildiği, AİHM’nin yukarıda açıklanan, içtihat haline gelen ihlal kararları ile açıkça ortaya konulmuştur. Yargı organlarının benzer kararların verilmeye devam edilmesi halinde, AİHM tarafından, sözleşme hükümlerinin ihlaline karar verileceği ve Türkiye’nin tazminata mahkûm edileceği bilinmelidir.

h) Sonuç Olarak

36- Devletin ve yetkili kurullarının denetim ve gözetimi altında, yasal olarak kurulup faaliyet yürüten dönemde Asya Katılım Bankasında bir kişinin “mevduat hesabının bulunması”, “mevduat hesabı açtırılması”, “mevduat hesabına para yatırılması/para çekilmesi”, “kredi kullanılması” vs gibi “bankacılık işlemlerinin yapılması” hukuk düzeni içinde meşru kabul

edilen, edilmesi gereken fiillerdir. Hukuk düzeni tarafından mesru bir amaç için, meşru olarak gerçekleştirilen fiiller herhangi bir suç tanımı içinde değerlendirilemeyeceği gibi "Silahlı Terör Örgütü Üyeliği" suçunun kanıtı olarak da kabul edilemez. Nitekim Birleşmiş Milletler Keyfi Gözaltı Çalışma Grubu Çalışkan v. Türkiye kararı da bunu teyit etmektedir. Silahlı Terör Örgütüne üye olma suçlarında cezalandırılan eylem örgütün amacını bilerek "örgüte dâhil olma" eylemidir. TCK'nın 314. Maddesi gereğince "Örgüte dâhil olma fiili" nin cezalandırılabilmesi için, failin "başka fiilleri ile", "örgüte dâhil olma fiili" arasında nedensellik bağının kurulması zorunludur. Bu bağın bulunup bulunmadığı araştırılırken suçun manevi unsurunun oluşup oluşmadığı da ayrıca değerlendirilmelidir. Hem maddi unsur hem de manevi unsur açısından bu yorum ve belirlemeler yapılırken ışık tutacak en önemli ilkeler ise "öngörülebilirlik" ve "suçta ve cezada kanunilik ilkeleri" olmaktadır. Bu ilkelere göre ise muğlak, "beyaz hüküm" veya "çerçeve kanun" niteliğindeki düzenlemelere göre ve bu düzenlemeler geniş yorumlanmak sureti ile uygulama yapılması kişi hak ve özgürlüklerinin ihlali sonucunu doğuracaktır. Bunun da hukuka aykırı olduğu izahından varestedir.

37- Yine aynı şekilde, söz konusu Banka ile ilgili olarak herhangi bir bankacılık işlemi yapılması eyleminin, "örgütü yardım" suçu olarak kabulü de öngörülebilirlik ve suç ve cezada kanunilik ilkelerine aykırılık teşkil edecektir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İmret-Türkiye davasında 10 Temmuz 2018 tarihinde vermiş olduğu karar tam olarak bu konuya ilişkindir. AİHM tarafından, TCK'nın 220/7. maddesinin lafzının ve uygulanış biçiminin çok geniş olduğu tespiti yapılmıştır. Buna dayalı olarak uygulamaların öngörülebilir olmadığına ve kanunilik ilkesinin ihlal edildiğine hükmedilerek Türkiye tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir.

38- Bu bağlamda somut olayla ilgili olarak; Müvekkilin herhangi bir Silahlı Terör Örgütünün amacını (işlediği ve işlemeyi düşündüğü suçları) en başından beri bilerek ve isteyerek ve sürekli birliktelik iradesiyle "örgütün hiyerarşik yapısı içerisine dahil olma" gibi bir eylemi söz konusu değildir. Müvekkilin böyle bir amacı da hiçbir zaman olmamıştır. Müvekkilin iddia olunan FETÖ/PYD Silahlı Terör Örgütü ile herhangi bir organik bağı bulunmamaktadır. Bu örgüt ile ilgili olarak herhangi bir eylemi bulunmadığı gibi bunun doğal sonucu olarak eylemlerinin sürekliği, çeşitliliği ve yoğunluğundan da bahsedilemez.

39- Müvekkile isnat edilen eylem, Asya Katılım Bankasında mevduat hesabı açtırması, bankaya para yatırması gibi eylemlerdir. Müvekkilin söz konusu bankadaki mevduat hesabı Bankanın yasal olarak faaliyet yürüttüğü döneme aittir. Söz konusu mevduat hesabında müvekkil tarafından sadece rutin bankacılık işlemleri yapılmıştır. Herhangi bir kişinin veya örgüt liderinin talimatları ile söz konusu hesaba para yatırılması durumu söz konusu değildir. Hesapta şüpheli bir para hareketi de bulunmamaktadır. Söz konusu mevduat hesabı Bank Asya ile ilgili olarak BDDK ve TMSF tarafından işlem başlatıldığı dönemin öncesine aittir. Müvekkil söz konusu bankadaki hesabını çalıştığı kurumdan almış olduğu maaşın bu hesaba yatırılması nedeni ile maaş hesabı olarak kullanmıştır. Müvekkilin hesabındaki para hareketleri iş ve sosyal yaşantıya uygun, hayatın olağan akışına aykırı olmayan hareketlerdir. Müvekkil hesap hareketlerini huzurda ayrıntılı olarak kanıtları ile açıklamaya da hazırdır.

40- Müvekkil Silahlı Terör Örgütünün belli amaçlarını silahlı olarak gerçekleştirme gayesini (özel kastı) bilerek ve isteyerek örgüte girme iradesi bulunmadığı gibi söz konusu Bankaya bu irade ile para yatırması, örgüte yardım etmesi durumu da söz konusu değildir. Müvekkilin hiçbir şekilde suç işleme iradesi bulunmamaktadır. Müvekkil, herkes tarafından o dönemde yapıldığı için ve herkes tarafından yapıldığı için de meşru bir eylem olduğuna inanarak söz konusu bankada bir kısım bankacılık işlemleri yapmıştır. Müvekkilin, ne zor durumda olan bankayı yardım ederek kurtarmak ne de Terör Örgütünün amaçlarına hizmet etmek gibi bir iradesi söz konusu değildir. Müvekkilin bankayı kurtaracak bir ekonomik gücü veya maddi varlığı da bulunmamaktadır. Müvekkilin yapmış olduğu meşru nitelikteki eylemi nedeni ile Terör örgütü Yöneticiliği/Üyeliği veya Örgütü Yardım suçu ile suçlanması izah edilebilir bir durum değildir. Hukuk devletlerinde meşru bir hakkın kullanılmasının konusu suç teşkil etmez.

41- Açıklanan tüm nedenlerden dolayı; Silahlı Terör Örgütü Yöneticiliği/Üyeliği ve Örgüte Yardım suçunun maddi ve manevi unsurları oluşmamıştır. Müvekkil tek eylemi, herkes tarafından yapıldığı için meşru ve yasal hakkı olduğunu düşündüğü, Devletin denetim ve gözetiminde faaliyet gösteren bankada bankacılık işlemi yapmaktır. Bu eylemin de meşru bir eylem olması nedeni "suç ve cezada kanunilik ilkesi" gereğince suç oluşturmayacağı nazara alınarak müvekkilin isnat edilen suçlardan beraatine karar verilmesi müvekkil adına saygı ile arz ve talep olunur.

