İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İstanbul Hukuk Mecmuası, 81 (1), 133-163

DOI: 10.26650/mecmua.2023.81.1.0002
https://dergipark.org.tr/pub/ihm
http://mecmua.istanbul.edu.tr/tr/_

İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 11.02.2022
Revizyon Talebi: 16.07.2022
Son Revizyon Tarihi: 23.07.2022
Kabul: 14.03.2023

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

İzinsiz Sistem İşleticisi, Ödeme Kuruluşu veya Elektronik Para Kuruluşu Gibi Faaliyette Bulunma Suçu

Özge Ceren Yavuz Kılıç*

Öz

Ödeme ve menkul kıymet mutabakat sistemleri, ödeme hizmetleri ve elektronik para kuruluşları alanlarındaki hukuki boşluğu doldurmak ve ilgili alanlarda Avrupa Birliği müktesebatına uyum sağlamak amaçlarıyla hazırlanmış olan 6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun, 20 Haziran 2013 tarihinde kabul edilmiş ve 27 Haziran 2013 tarihli 28690 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bahsi geçen Kanun'da, ana kavramların tanımlanmasının yanı sıra hak ve yükümlülükler ile yaptırımlar da belirlenmiştir. Bu kapsamda, 6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinde izinsiz sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyette bulunmak ile izinsiz sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyet gösterdiği izlenimini yaratmak da yaptırım altına alınmıştır. Zira gerekli izinler alınmaksızın sistem işleticisi, ödeme kuruluşu ve elektronik para kuruluşu gibi faaliyette bulunulması, finansal sistemin istikrarı ve güvenliği açısından önemli bir tehdit arz edebilir ve dolayısıyla finansal düzeni tehlikeye sokabilir. Bu durum, toplumu oluşturan herkesin mağdur olması sonucunu doğurur. Dolayısıyla izinsiz sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyette bulunma ile izinsiz sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyet gösterdiği izlenimini yaratma suçlarının incelenmesi ve Kanun'da düzenleniş şekillerinin değerlendirilmesi önem arz eder. Bu gerekçelerle, çalışmanın konusu 6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinde düzenlenen suçların bilimsel şekilde incelenerek değerlendirilmesi olarak belirlenmiştir. Bu bağlamda, çalışmada öncelikle söz konusu 28'inci maddede düzenlenen suç tipleri hakkında genel bilgilere yer verilmiş ve daha sonra korunan hukuki değer ile suçların unsurları açıklanmıştır. Devamında bahsi geçen suçlar çerçevesinde kusurluluk, teşebbüs, iştirak ve içtima ile ilgili değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler

Sistem İşleticisi, Ödeme Kuruluşu, Elektronik Para Kuruluşu, İzinsiz Faaliyette Bulunma, Yaptırım

The Offense of Unauthorized Engagement in Activities such as System Operator, Payment Institution, or Electronic Money Institution

Abstract

Türkiye's Law on Payment and Securities Settlement Systems, Payment Services, and Electronic Money Institutions No. 6493 was prepared to fill the legal gap in the fields of payment and security settlement systems, payment services, and electronic money institutions and suit the competence of the European Union in the relevant field and enacted on June 27, 2013 upon being published in the Official Gazette No. 28690. Law No. 6493 defines the main concepts and states the rights, obligations, and sanctions regarding the relevant topics. Also, engaging in activities such as being an unauthorized system operator, payment institution, or electronic money institution and leaving the impression of being a system operator, payment institution, or electronic money institution without proper authorization are punishable offenses according to Article 28 of this law. As such, these acts may pose a significant threat in terms of safety and

* **Sorumlu Yazar:** Özge Ceren Yavuz Kılıç (Arş. Gör.), Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Konya, Türkiye. E-posta: ocyavuz@erbakan.edu.tr ORCID ID: 0000-0002-0139-3999

Atıf: Yavuz Kilic OC, "İzinsiz Sistem İşleticisi, Ödeme Kuruluşu veya Elektronik Para Kuruluşu Gibi Faaliyette Bulunma Suçu" (2023) 81(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 133. https://doi.org/10.26650/mecmua.2023.81.1.0002

This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

stability of the financial system, thus endangering financial coordination. Such a scenario could lead to the victimization of everyone who forms society. Therefore, research on these offenses is quite important. Based on these expressed preambles, the topic of the study has been determined as the academic examination and evaluation of the crimes specified under Article 28 of Law No. 6493. In this context, the study will first state collective information about these crime types, then explain the legal value that is preserved by punishing relevant crimes and the elements of these crimes and evaluate the terms of faultiness, attempt, complicity, and concurrence in the context of relevant crimes.

Keywords
System Operator, Payment Institution, Electronic Money Institution, Unauthorized Engagement in an Activity, Sanction

Extended Summary

Article 28 of the Law on Payment and Securities Settlement Systems, Payment Services, and Electronic Money Institutions (Law No. 6493, 2013) penalizes engagement in such activities as being an unauthorized system operator, payment institution, or electronic money institution, as well as leaving the impression of being a system operator, payment institution, or electronic money institution without proper authorization. The legal value that is preserved by punishing these crimes is the stability and security of the financial system. Anyone who commits the act described in the law can be judged a perpetrator of these crimes, with the victim being every member of society. The crime regulated in Paragraph 1 of Article 28 involves the act of engaging in activities such as being a system operator, payment institution or electronic money institution without obtaining the required permissions in accordance with Law No. 6493. The crime regulated in Paragraph 2 of Article 28 involves the act of using words and/or phrases that leave the impression that they are engaged in activity as a system operator, payment institution, or electronic money institution in relation to trade names, any type of documentation, announcement, and/or advertisement, or public statement without having obtained the required permissions in accordance with Law No. 6493. The crimes regulated in Paragraphs 1 and 2 of Article 28 can only be committed with direct intent, because particular emphasis about illegality is placed on the legal definition with the expression "without obtaining the necessary permissions in accordance with Law No. 6493," with crimes committed by negligence not being regulated by Law No. 6493. Additionally, the permission clause mentioned in the definition of the crimes involve the principle of typicality. For this reason, the intention of the perpetrator must also involve the issue of permission, which also pertains to the principle of typicality. Therefore, any misuse regarding the obligation to obtain permission should be considered an elemental error. Therefore, such a situation should be stated as eliminating the intent of the perpetrator. In addition, a perpetrator cannot be punished should they have not taken the necessary attention and care and thus made an elemental error. This is due to Law No. 6493 not regulating crimes that are committed by negligence.

The offense of engaging in activities such as being a system operator, payment institution, or electronic money institution without proper authorization as regulated in Paragraph 1 of Article 28 of Law No. 6493 is an uninterrupted crime. For this reason, the provisions regarding an attempt at this crime may be applied up until the completion of the crime. Meanwhile, attempting to leave the impression of being an unauthorized system operator, payment institution, or electronic money institution can be considered an offense if the act can be divided into parts. An implied primary-auxiliary norm relationship exists between the two crimes regulated in Paragraphs 1 and 2 of Article 28 of Law No. 6493. Therefore, perpetrators who have committed the two crimes regulated in these paragraphs should only be punished for the crime in Paragraph 1. Otherwise, if the act constitutes one of the crimes regulated in the Turkish Penal Code as well as one of the crimes regulated in Law No. 6493, the provisions of Law No. 6493 as the special case law must be applied when the same legal value has been violated. Therefore, this situation also applies to Article 28 of Law No. 6493. In addition, the crimes regulated in Article 28 of Law No. 6493 are optional crimes. As a result, committing only one of the optional acts of these crimes will be sufficient for the completion of that crime. The offense of engaging in activities such as being a system operator, payment institution, or electronic money institution without the required authorization as regulated in Paragraph 1 of Article 28 in Law No. 6493 calls for imprisonment from one year to three years and a judicial fine of up to 5,000 days, while the offence of leaving the impression of being a system operator, payment institution, or electronic money institution without the required authorization as regulated in Paragraph 2 of Article 28 in Law No. 6493 calls for imprisonment from one year to three years and a judicial fine of up to 5,000 days. If either of these two crimes are committed within a workplace, the decision may be made to close this workplace for two to six months or, in the case of recurrence, to be shut down permanently.

Giriş

Nakit dışı ödeme yöntemleri ve özellikle elektronik para cinsinden ödeme araçları her geçen gün yaygınlaşmaktadır. Bu alandaki sakıncaları gidermek ve önlemek adına, mesela ödeme sistemlerine ilişkin uluslararası alanda standartlarla uygulamalar geliştirilmesinde olduğu gibi, ulusal alanda da birtakım çareler aranmaktadır. Kuşkusuz bu anlamda en etkili yol, gerekli hukuki altyapıyı tesis etmekten ve etkili bir gözetleme ve denetleme mekanizması işletmekten geçer. Sürekli değişen teknolojik bir ortamda bu yönde bir hukuki altyapı tesis etmek karmaşık zorluklar içermektedir, ayrıca bir yandan tüketicilerin ve varlıklarının korunması gerekirken diğer yandan ise yeni iş fikirlerinin baltalanmamasına dikkat edilmelidir[1]. Ülkemizde de 20.06.2013 tarihinde bu saikle kabul edilen 6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun, 27.06.2013 tarihli 28690 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış ve yürürlüğe girmiştir. Kapsam alanı ile ilgili olarak daha eski bir hukuki düzenleme bulunmadığı için önemli bir boşluğu dolduran 6493 sayılı Kanun, ödeme sistemlerinin ve menkul kıymet mutabakat sistemlerinin, ödeme kuruluşlarının ve elektronik para kuruluşlarının kurulmasına, işleyişine ve uymaları gereken esaslara dair hükümler içermektedir.

6493 sayılı Kanun'un iki ana hareket noktasından yola çıkılarak hazırlandığı anlaşılmaktadır[2]. İlk olarak, *AB müktesebatına uyum sağlanması* hedefiyle yola çıkıldığını ifade etmek gerekir. Zira 10.11.2008 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından, "Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı" ile "Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Karar"ın kabul edilmesi kararlaştırılmıştır[3]. Bu Karar ile kabul edilen 2008 yılı Türkiye Ulusal Programı'nın[4] "Üyelik Yükümlülüklerini Üstlenebilme Yeteneği" bölümünde yer alan "Sermayenin Serbest Dolaşımı"[5] ve "Mali Hizmetler"[6] ile ilgili fasıllarında, ödeme sistemleri ve menkul kıymet mutabakat sistemleri alanında, ödeme hizmetleri ile elektronik para kuruluşları konularında gerekli kanuni düzenlemelerin AB müktesebatına uyum sağlamak maksadıyla gerçekleştirilmesi öngörülmüştür. Bu kapsamda Kanun'un hazırlanmasında 2007/64/AT sayılı Direktif (Avrupa Birliği Ödeme Hizmetleri

---

1 Peter Lutz, 'Regulatorische Herausforderung von Bezahlsystemen: PayPal & Co' (2017) *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* 177, 188.

2 TBMM, Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun Tasarısı ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/780), Sıra Sayısı: 473, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 3, 6. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss473.pdf> Erişim tarihi 5 Ocak 2022.

3 31.12.2008 tarihli 27097 (5. Mükerrer) sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2008/14481 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı.

4 <https://www.ab.gov.tr/_42260.html> Erişim tarihi 5 Ocak 2022.

5 <https://www.ab.gov.tr/files/UlusalProgram/UlusalProgram_2008/Tr/pdf/iv_04_sermayeninserbestdolasimi.pdf> Erişim tarihi 5 Ocak 2022.

6 <https://www.ab.gov.tr/files/UlusalProgram/UlusalProgram_2008/Tr/pdf/iv_09_malihizmetler.pdf> Erişim tarihi 5 Ocak 2022.

Direktifi), 2009/44/AT sayılı Direktif ile değişik 1998/26/AT sayılı Direktif (Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemlerinde Mutabakatın Nihailiği Direktifi) ve 2009/110/AT sayılı Direktif (Elektronik Para Kuruluşlarının Kurulması, Faaliyetlerinin Sürdürülmesi, Denetimi Direktifi) dikkate alınan ana mevzuatlardandır.

İkinci olarak *ödeme ve menkul kıymet mutabakat sistemleri, ödeme hizmetleri ve elektronik para kuruluşları alanlarındaki mevcut hukuki boşluğun doldurulması ile bu alanlarda sağlıklı olarak gelişim sağlanması, temel kavramların tanımının yapılması, haklar ile yükümlülüklerin belirlenmesi ve yaptırımların hüküm altına alınmasının* amaçlandığını belirtmek gerekir. Bu amaçlarla hazırlanan ve toplamda sekiz bölümden oluşan 6493 sayılı Kanun'un "Yaptırımlar, Soruşturma ve Kovuşturma Usulü" başlıklı, 27 ila 41'inci maddeleri kapsayan Yedinci Bölümünde idari ve cezai yaptırımlar ile soruşturma ve kovuşturma usulüne ilişkin hükümlere yer verildiği görülmektedir. Çalışmanın konusunu, bu bölümde yer alan "İzinsiz faaliyette bulunma" başlıklı 28'inci maddede düzenlenen suç tipleri oluşturmaktadır. İlgili madde kapsamında her ne kadar "izinsiz sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyette bulunma" ile "izinsiz sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyet gösterdiği izlenimini yaratma" olmak üzere iki suç tipi düzenlenmiş olsa da çalışmanın başlığı, madde başlığına uygun düşecek şekilde "İzinsiz Sistem İşleticisi, Ödeme Kuruluşu veya Elektronik Para Kuruluşu Gibi Faaliyette Bulunma Suçu" olarak belirlenmiştir. Ayrıca çalışmada söz konusu maddede düzenlenen suç tipleri incelendiğinden, konu kapsamında ceza hukuku ile sınırlı açıklamalar yapıldığını da ifade etmek gerekir.

I. Suç Tipi Hakkında Genel Bilgiler

6493 sayılı Kanun sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu faaliyetinde bulunmak için izin usulü öngörmüştür. Buna göre gerek sistem işleticisinin sistem işletebilmesi için (6493 sayılı Kanun m 5/1) gerek ödeme kuruluşunun ödeme hizmetleri alanında faaliyette bulunabilmesi için (6493 sayılı Kanun m 14/1) ve gerek elektronik para kuruluşunun elektronik para ihraç edebilmesi için (6493 sayılı Kanun m 18/1) Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Anonim Şirketinden (Merkez Bankası), faaliyet izni alması şarttır. Görüldüğü üzere, Merkez Bankası gerekli faaliyet izinlerini vermeye yetkili merciidir. Böylece finansal sistemin istikrarı ve güvenliği göz önünde bulundurularak ilgili faaliyetlerde bulunulabilmesi için hangi niteliklere sahip olunması gerektiği Kanun'da ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve izin mekanizması öngörülmek suretiyle de faaliyet gösterenlerin etkili bir şekilde gözetim ve denetim altında tutulabilmesi amaçlanmıştır. Kanun'un öngördüğü usule uymadan faaliyet göstermek ise 28'inci maddede ceza yaptırımı altına alınmıştır. Çünkü ilgili faaliyetlerin izinsiz olarak gerçekleştirilmesi, Merkez Bankasının gözetim ve denetim mekanizmasını devre dışı bırakmak anlamına geldiğinden, finansal sistemin

istikrarını ve güvenliğini tehdit edebilecek sonuçlara neden olarak toplumu oluşturan herkesin mağduriyet yaşamasına yol açabilir.

Öte yandan, bahsi geçen kuruluşların denetlenmesi, kara para aklama ve terörizmin finansmanı ile mücadelede de önem taşımaktadır. Nitekim Kanun'un hazırlanmasında esas alınan Avrupa Birliği Ödeme Hizmetleri Direktifi'ne[7],[8] (2007/64/AT sayılı Direktif, Payment Services Directive 2007/64/EC, PSD-1) göre ödeme kuruluşları, kara para aklama ve terörizmin finansmanı ile mücadele gerekliliklerine tabi tutulmalıdır. Ayrıca Birleşmiş Milletler Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme'nin[9] 18'inci maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendine göre taraf devletler, bu Sözleşme'nin 2'nci maddesinde tanımlanan suçların işlenmesini önlemek amacıyla, kuruluş izinleri de dahil olmak üzere bütün para transferi kurumlarının denetlenmesini sağlamak için gerekli tedbirleri almakla yükümlü kılınmıştır. Dolayısıyla hem finansal sisteminin istikrarının ve güvenliğinin korunması hem finansal düzenin tehlikeye düşmemesi hem de kara para aklama ve terörizmin finansmanı gibi suçlarla mücadele edilebilmesi için, anılan kuruluşların faaliyette bulunmalarının izin usulüne bağlı olması ve etkin bir gözetim ve denetim mekanizmasına tabi tutulması şarttır. İşte bu bağlamda Merkez Bankası, 6493 sayılı Kanun'da ilgili faaliyetleri gösteren kuruluşların düzenlenmesinden, faaliyet izni verilmesinden ve denetlenmesinden sorumlu otorite olarak karşımıza çıkmaktadır. Faaliyet izni alınmaksızın sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyette bulunmak ile bu kuruluşlar gibi faaliyet gösterdiği izlenimini yaratmak, 6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinde suç olarak düzenlenmiştir.

6493 sayılı Kanun'un dört fıkradan oluşan 28'inci maddesi şu şekildedir:

"İzinsiz faaliyette bulunmak

MADDE 28 – (1) Bu Kanuna göre alınması gereken izinleri almaksızın sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyet gösteren gerçek kişiler ile tüzel kişilerin görevlileri bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

---

7 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32007L0064> Erişim tarihi 5 Ocak 2022.

8 Daha sonra 25.11.2015'te, Avrupa Birliği Ödeme Hizmetleri Direktifi-2 (Payment services Directive (EU) 2015/2366, PSD-2) kabul edilmiştir. 6493 sayılı Kanun'da da 7192 sayılı Kanun ile yeni Direktif'le uyumlu birtakım düzenlemeler yapılmıştır. Mesela, bahsi geçen Kanun'un 12'nci maddesine yeni ödeme hizmetleri dahil edilmiştir. Avrupa Birliği Ödeme Hizmetleri Direktifi-2 için bkz <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32015L2366> Erişim tarihi 10 Şubat 2022.
Şunu da eklemek gerekir ki, 7192 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle, birçok açıdan Merkez Bankası tek yetkili hâline getirilmiştir. 6493 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği ilk şeklinde ise ödeme sistemleri ve menkul kıymet mutabakat sistemleri bakımından Merkez Bankası; ödeme hizmeti sağlayıcıları, ödeme kuruluşları ve elektronik para kuruluşları bakımından da Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu yetkilendirilmişti. Değişikliklerle Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun yetkileri büyük ölçüde Merkez Bankasına verilmiştir. İlgili alanlarda ise Merkez Bankası ve Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu arasında iş birliği yapılması gerektiğine hükmedilmiştir.

9 09.12.1999 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nca kabul edilen, 10.01.2000'de Birleşmiş Milletler tarafından imzaya açılan ve 27.09.2001 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti adına New York'ta imzalanan "Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme", 10.01.2002 tarihli 4738 sayılı Kanun'la uygun bulunmuştur.

(2) Bu Kanuna göre alınması gereken izinleri almaksızın ticaret unvanlarında, her türlü belgelerde, ilan ve reklamlarda veya kamuoyuna yaptıkları açıklamalarda sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyet gösterdiği izlenimini yaratacak söz ve deyimleri kullanan gerçek kişiler ile tüzel kişilerin görevlileri bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(3) Birinci ve ikinci fıkra kapsamında tanımlanan suçların bir iş yeri bünyesinde işlenmesi hâlinde bu işyerinin iki aydan altı aya kadar, tekerrür hâlinde sürekli olarak kapatılmasına karar verilebilir.

(4) Bu Kanun kapsamında verilmiş olan faaliyet izni iptal edilen sistem işleticisinin, ödeme kuruluşunun veya elektronik para kuruluşunun faaliyetine devam etmesi durumunda da bu madde hükümleri uygulanır."

Görüldüğü üzere, birinci ve ikinci fıkralarda esasen iki ayrı suç tipi düzenlenmiştir. Birinci fıkrada "izinsiz sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyet göstermek" cezalandırılırken ikinci fıkrada ise "izinsiz sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu faaliyeti gösterdiği izlenimini yaratmak" yaptırım altına alınmıştır[10]. Üçüncü fıkrada ise birinci ve ikinci fıkrada düzenlenen suçların işyeri bünyesinde işlenmesi hâlinde işyeri kapatma tedbirine ve özel bir tekerrür düzenlemesine yer verilmiştir. Dördüncü fıkrada da suçun özel bir işleniş şekli düzenlenmiştir.

6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesi, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun "İzinsiz faaliyette bulunmak" başlıklı 150'nci maddesi ile kısmen paralellik göstermektedir. Bankacılık Kanunu'nun 150'nci maddesinde "izinsiz bankacılık faaliyeti" söz konusu iken 6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinde ise "izinsiz sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu faaliyetinde bulunma" söz konusudur. Buna karşın maddelerde yer alan bazı ifadeler ve ceza miktarları kısmen benzerlik göstermektedir. Nitekim Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu'nda da 6493 sayılı Kanun'da öngörülen cezai yaptırımların 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na ve 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'na paralel düzenlemeler içerdiğine işaret edilmiştir[11].

Ayrıca benzer bir düzenleme de Alman Ödeme Hizmetleri Denetimi Kanunu'nda (Gesetz über die Beaufsichtigung von Zahlungsdiensten/ Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz-ZAG)[12] yer almaktadır. Bahsi geçen Kanun kapsamındaki bir kurum olarak Almanya'da faaliyet gösterilebilmesi için gerekli

[10] Kanun koyucunun burada birden fazla suç tipini aynı maddeyle düzenlemeye yönelik tutumunun, bir "suç enflasyonu" yaşandığı izlenimini engelleme ihtiyacından ileri geldiğini savunan görüş için bkz Çiğdem Güven, '6493 Sayılı Kanunda İdari ve Cezai Sorumluluk' (2014) 3 *Ankara Barosu Dergisi* 451, 455.
Kanaatimizce, mevcut hukuki düzenlemede bu yönden bir isabetsizlik bulunmayıp bilakis iki ayrı suç tipi arasındaki ilişkiden dolayı aynı maddede düzenlenmeleri isabetli olmuştur.

[11] TBMM, Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun Tasarısı ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/780), Sıra Sayısı: 473, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 3, 21. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss473.pdf> Erişim tarihi 5 Ocak 2022.

[12] Kanun metni için bkz <http://www.gesetze-im-internet.de/zag_2018/> Erişim tarihi 10 Şubat 2022.

izinlerin alınması ve Alman Federal Mali Denetleme Kurumu (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsich-BaFin) tarafından tescil işlemi gerçekleştirilmesi gerekir[13]. Aksi hâlde cezai yaptırım uygulanması söz konusu olur. Zira ilgili Alman Kanunu'ndaki cezai düzenlemeler (ZAG §63) arasında, bu Kanun'a göre (ZAG §10 Abs 1) izni olmaksızın veya bu Kanun'a göre (ZAG §34 Abs 1) kaydı olmaksızın ödeme hizmeti sağlayanların ve bu Kanun'a göre (ZAG §11 Abs 1) izni olmaksızın elektronik para işi işletenlerin beş yıla kadar hapis cezasıyla ya da para cezasıyla cezalandırılacağına hükmedilmiştir.

II. Korunan Hukuki Değer

Hukuki değerler, toplumsal hayat için önem arz eden ve ceza hukuku ile korunan yaşamsal değerler olarak tanımlanmaktadır ve tüm suçlar bir veya daha fazla hukuki değeri korumaktadır[14]. Suçun işlenmesiyle, suçla korunan hukuki değer ihlal edilmektedir[15].

6493 sayılı Kanun'un bir ve ikinci fıkralarında düzenlenen suçlarla korunan hukuki değer, finansal sistemin istikrarı ve güvenliğidir. Nitekim ilgili 28'inci maddenin gerekçesinde, gerekli izinler alınmaksızın bahsi geçen maddede anılan kuruluşlar gibi faaliyette bulunmak, sistemin güvenliği açısından önemli olarak görülen bir tehdit unsuru olarak değerlendirilirken de bu husus vurgulanmıştır[16]. Burada gerek finansal istikrar gerek ekonomi açısından bu kuruluşların önemine dikkat çekilmiştir.

Gerçekten, ödeme ve menkul kıymet mutabakat sistemlerinin işletilmesinde, ödeme hizmetlerinin sağlanmasında ve elektronik para kuruluşu faaliyetlerinin icra edilmesinde finansal sistemin güvenliği için belirli kurallara riayet edilmesi önem arz eder. Ayrıca yine finansal sistemin istikrarı ve güvenliği için, bu faaliyetleri sadece belirli nitelikleri haiz kuruluşların gerçekleştirmesine izin verilebileceğine hükmedilmiştir. Bu sebeple 6493 sayılı Kanun kapsamındaki ilgili faaliyetleri gerçekleştirme yetkisi ancak belirlenmiş şartları taşıyan ve gerekli izinleri almış olan kuruluşlara hasredilmiştir. 6493 sayılı Kanun'a göre alınması gereken faaliyet izinlerinden, sistem işleticisi faaliyet izni için 5'inci maddenin ikinci fıkrasında, ödeme kuruluşu faaliyet izni 14'üncü maddenin ikinci fıkrasında ve elektronik para kuruluşu faaliyet izni için de 18'inci maddenin üçüncü fıkrasında sayılan nitelikleri haiz olmak gerekir. Bu şekilde finansal piyasaya girecek aktörler sınırlandırılarak finansal düzeni tehlikeye düşürebilecek olanlarının piyasaya girmesi engellenmek

[13] Anika Feger, 'CB-Beitrag: Compliance-Management für Zahlungsinstitute und E-Geld-Institute' (2020) *Compliance Berater* 405, 405.

[14] Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, '*Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler'* (13. Baskı, Seçkin 2020) 116-117.

[15] İzzet Özgenç, *'Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler'* (17. Bası, Seçkin 2021) 220.

[16] TBMM, Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun Tasarısı ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/780), Sıra Sayısı: 473, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 3, 17. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss473.pdf> Erişim tarihi 5 Ocak 2022.

istenmiştir. Nitekim ancak bu şekilde etkili bir gözetim ve denetim mekanizmasının işletilebilmesi mümkün olacaktır. Sonuç itibarıyla böylece, bahsi geçen kuruluşlar gibi izinsiz faaliyette bulunmak ile izinsiz faaliyet gösterdiği izlenimini yaratmak yaptırım altına alınarak finansal sistemin istikrarı ve güvenliği korunmaktadır.

III. Suçun Unsurları

A. Maddi Unsurlar

1. Fail

Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 37'nci maddesine göre, suçun kanuni tarifinde düzenlenmiş olan fiili gerçekleştiren kişi faildir. 6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin bir ve ikinci fıkralarında düzenlenen suçların faili de kanuni tarifte yer alan fiili gerçekleştiren herkes olabilir. Dolayısıyla 28'inci maddede düzenlenen suçlar, herkes tarafından işlenebilen suçlar olup faili bakımından özellik arz etmez.

Tüzel kişiler hareket yeteneğine sahip olmadıkları için sadece gerçek kişiler suç faili olabilirler[17]. Dolayısıyla söz konusu 28'inci madde kapsamında suç teşkil eden bir fiilin, tüzel kişi faaliyeti kapsamında gerçekleştirilmesi ihtimalinde ilgili tüzel kişinin yetkilileri fail olacaktır. Nitekim anılan maddede de bu anlayışın benimsendiği "gerçek kişiler ve tüzel kişilerin görevlileri" ifadesinden anlaşılmaktadır.

Bu açıklamalardan sonra, ilgili 28'inci maddenin birinci fıkrasında düzenlenen suçun failinin, gerekli izinler alınmaksızın maddede anılan kuruluşlar gibi faaliyette bulunan gerçek kişiler veya tüzel kişilerin görevlileri olduğunu ifade etmek gerekir. Ayrıca ikinci fıkrada düzenlenen suçun faili ise gerekli izinler alınmaksızın anılan kuruluşlar gibi gibi faaliyette bulunduğu izlenimini yaratan sözleri ve deyimleri kullanan gerçek kişiler veya tüzel kişilerin görevlileridir.

Suçun özel bir işleniş şeklinin düzenlendiği 28'inci maddenin dördüncü fıkrasında ise fail, 6493 sayılı Kanun kapsamında önceden verilen faaliyet izni daha sonra iptal edilmiş olan ve buna rağmen ilgili alandaki faaliyetini sürdürmeye devam eden gerçek kişiler ile tüzel kişilerin görevlileridir. Dolayısıyla suçun bu fıkradaki özel şeklinin işlenmesi hâlinde fail olarak, kanuni tarifte belirtilen fiili işleyen ve "6493 sayılı Kanun kapsamında önceden verilen faaliyet izni daha sonra iptal edilmiş" gerçek kişiler veya tüzel kişilerin görevlileri söz konusudur. Sadece "6493 sayılı Kanun kapsamında önceden verilen faaliyet izni daha sonra iptal edilmiş" olan bir failden bahsedildiği için, burada fail açısından özellik arz eden bir

[17] Özgenç, Genel Hükümler (n 15) 213; Koca ve Üzülmez (n 14) 112-113; M. Emin Artuk, Ahmet Gökcen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Adalet 2019) 373; Özen M, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler* (3. Baskı, Adalet 2019) 372.

durum mevcuttur. Zaten bu fıkranın amacı da birinci fıkrada düzenlenen suçun, daha önce hukuken verilmiş faaliyet izninin sonradan iptal edildiği durumlarda faaliyete devam etmekle de işlenebileceğine ayrıca dikkat çekmek olduğu için, faile ilişkin bu niteliğe hususiyetle vurgu yapılmıştır. Ayrıca, söz konusu dördüncü fıkrada faaliyet izni kendiliğinden sona eren kuruluşlara değinilmemiş olsa da daha önce hukuken verilmiş faaliyet izni 6493 sayılı Kanun uyarınca kendiliğinden sona eren ve buna rağmen hâlâ 28'inci maddede anılan kuruluşlar gibi faaliyette bulunmaya devam eden gerçek kişilerin ve tüzel kişilerin görevlilerinin de ilgili 28'inci maddenin birinci fıkrasında düzenlenen suçun faili olabileceğini ifade etmek gerekir. Benzer şekilde, faaliyet izni iptal edilmesine veya kendiliğinden sona ermesine rağmen hâlâ bahsi geçen alanda faaliyet gösterdiği izlenimini yaratan söz ve deyimleri kullanmaya devam eden ilgililerin de yine 28'inci maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen suçun faili olarak sorumlu tutulmaları gerektiğini belirtmekte fayda vardır. Bu konu ile ilgili daha ayrıntılı açıklamalara, suçun fiil unsuru bahsinde yer verilecektir.

2. Suçun Konusu

Suç oluşturan hareketin yöneldiği kişi veya şey suçun konusu olduğundan[18], 6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin bir ve ikinci fıkralarında düzenlenen suçların konusu, finansal sistemin düzenidir.

Suçlar, icra edilen hareketin suçun konusu üzerindeki etkisi dikkate alınarak, zarar ve tehlike suçları olmak üzere ikili tasnife tabi tutulurlar; zarar suçlarında hareketin gerçekleştirilmesiyle suçun konusu üzerinde bir zarar ortaya çıkmakta iken tehlike suçlarında ise gerçekleştirilen hareketin suçun konusunu zarara uğratabilme tehlikesi söz konusudur[19]. Tehlike suçları da kendi içinde, kanuni tarifteki fiilin işlenmesinin yanında fiilin suçun konusu açısından gerçekten bir tehlikeye neden olup olmadığının ayrıca araştırılmasının gerektiği somut tehlike suçları ve kanuni tarifteki fiilin gerçekleştirilmesinin o suçun oluşması için yeterli olduğu soyut tehlike suçları olmak üzere ikiye ayrılır[20]. 6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin bir ve ikinci fıkralarında düzenlenen suçlar, izinsiz sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyette bulunmak veya bu kuruluşlar gibi faaliyet gösterdiği izlenimini yaratmak fillerinin gerçekleştirilmesiyle tamamlanır. Dolayısıyla bu suçlar, soyut tehlike suçudur. Söz konusu suçların işlenmesi için, finansal düzenin gerçekten zarar görmüş olması veya gerçekten somut şekilde zarara uğrama tehlikesine maruz kalmış olması gerekmez.

---

18 Artuk, Gökcen, Alşahin ve Çakır (n 17) 377; Hakan Hakeri, *'Ceza Hukuku Genel* Hükümler' (22. Baskı, Adalet 2019) 140.

19 Özgenç, Genel Hükümler (n 15) 221; Özen (n 17) 396-397.

20 Koca ve Üzülmez (n 14) 119; Özen (n 17) 398.

3. Mağdur

Suç konusunun ait olduğu kişi, suçun mağdurudur[21]. Suçun konusu şayet belirli bir kişiye veya belirli kişilere aitse mağdur, bu kişi veya kişiler iken suçun konusu toplumu oluşturan bireylerin hepsine aitse mağdur, toplumu oluşturan herkestir[22]. 6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinde düzenlenen suçların mağduru da toplumu oluşturan herkestir. Finansal düzen, belirli bir kişiye veya kişilere ait değildir. Ayrıca finansal sistemin istikrarına ve güvenliğine yönelik menfaatin toplumu oluşturan herkese ait olması neticesinde, finansal düzenin zarara uğraması veya zarara uğrama tehlikesine maruz kalması toplumu oluşturan herkesi mağdur edecektir. Devlet, bir suçun mağduru kabul edilemeyeceği için[23] bu suçun işlenmesi dolayısıyla da mağdur olamaz. Ancak suçun işlenmesiyle belirli kişi veya kişiler ya da kurumlar da zarar görmüş olabilirler. Bunlar "suçtan zarar gören" olarak nitelendirilmelidirler.

4. Fiil

6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin bir ve ikinci fıkralarında iki ayrı suç tipi düzenlendiğine işaret etmiştik. Buna göre, birinci fıkrada düzenlenen suç "6493 sayılı Kanun'a göre alınması gereken izinleri almaksızın sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyet göstermek" fiili ile işlenirken ikinci fıkrada düzenlenen suç ise "6493 sayılı Kanun'a göre alınması gereken izinleri almaksızın ticaret unvanlarında, her türlü belgelerde, ilan ve reklamlarda veya kamuoyuna yaptıkları açıklamalarda sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyet gösterdiği izlenimini yaratacak söz ve deyimleri kullanmak" fiili ile işlenebilir. Bu sebeple fıkralarda düzenlenen suç teşkil eden fiillerin ayrı ayrı incelenmesi ve değerlendirilmesi gerekir.

a. İzinsiz sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyet gösterme (6493 sayılı Kanun m 28/1)

Öncelikle, bahsi geçen 28'inci maddenin birinci fıkrasında düzenlenen suçun bir sırf hareket suçu olduğunu ifade etmek gerekir. Zira suçun kanuni tanımında neticeye yer verilmemiştir. Bu suç, "6493 sayılı Kanun'a göre alınması gereken izinleri almaksızın sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyet göstermek" fiili ile işlenir. Dolayısıyla izinsiz "sistem işleticisi gibi", "ödeme kuruluşu gibi" veya "elektronik para kuruluşu gibi" faaliyet göstermek hareketlerinden birinin gerçekleştirilmesi ile suç tamamlanmış olur. Bu nedenle bahsi geçen suç, seçimlik hareketli bir suçtur ve "izinsiz sistem işleticisi gibi faaliyet

[21] Özgenç, Genel Hükümler (n 15) 223; Hakeri (n 18) 138; Artuk, Gökcen, Alşahin ve Çakır (n 17) 374.

[22] Koca ve Üzülmez (n 14) 115; Artuk, Gökcen, Alşahin ve Çakır (n 17) 376.

[23] Bu konuda bkz Özgenç, Genel Hükümler (n 15) 225ff; Artuk, Gökcen, Alşahin ve Çakır (n 17) 375.

göstermek", "izinsiz ödeme kuruluşu gibi faaliyet göstermek" ve "izinsiz elektronik para kuruluşu gibi faaliyet göstermek" bu suçun seçimlik hareketleridir.

İlgili 28'inci maddenin birinci fıkrasında düzenlenen suçun işlenmesi için "*bir faaliyetin mevcut olması", "faaliyetin sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu faaliyetlerinden olması"* ve ayrıca "*faaliyetin izinsiz olması"* gerekir.

İlk olarak, *bir faaliyetin mevcut olması* gerekliliğine değinmekte fayda vardır. Faaliyet kelime anlamı itibarıyla "canlılık, hareket, çalışma, işler durumda olma, etkinlik" anlamlarına gelir[24]. Bu anlamda bir faaliyetin gerçekleştirilmesi, icraî bir harekettir. Nitekim 28'inci maddenin birinci fıkrasında yasaklanan hareketin gerçekleştirilmesi ile söz konusu norm ihlal edilmiş olacağından, bu suç icraî hareketle işlenebilen bir suçtur.

İkinci olarak, *faaliyetin sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu faaliyetlerinden olması* gerekliliğini açıklamakta fayda vardır. Bu faaliyetlerin neler olduğundan bahsetmek gerekirse, öncelikle anılan kuruluşlardan anlaşılması gerekenin ne olduğu ile gerçekleştirdikleri faaliyetlerin neler olduğuna kısaca değinmek yerinde olacaktır.

Genel olarak ifade etmek gerekirse "sistem işleticisi", ödeme sisteminin ve menkul kıymet mutabakat sisteminin günlük işleyişinden mesul olup sistemin işletilmesi için elzem faaliyet iznine sahip olan tüzel kişiyi ifade eder (6493 sayılı Kanun m 3/1-z, aa). Bu kapsamda sistem işleticisi faaliyetinde bulunmaktan anlaşılması gereken ise ödeme sistemini ve menkul kıymet mutabakat sistemini işleterek, kaynağını sayısı en az üç olan katılımcıların arasında gerçekleşen transfer emirlerinden alan, fon veya menkul kıymet nakillerinin yerine getirilmesini temin etmek maksadıyla yapılan mutabakat ve takas muameleleri için ihtiyaç duyulan altyapı sunmaktır (6493 sayılı Kanun m 3/1-j, v). 6493 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesin birinci fıkrasında, sistem işleticisi olarak faaliyet gösterme yetkisi Merkez Bankasına[25] ve bu Kanun'un 5'inci maddesine göre faaliyet izni alan tüzel kişilere hasredilmiştir. Bahsi geçen 5'inci maddeye göre faaliyet izni alıp sistem işleticisi olarak halihazırda faaliyet gösteren altı kuruluş mevcuttur[26].

"Ödeme kuruluşu" 6493 sayılı Kanun çerçevesinde ödeme hizmeti sağlamak ve gerçekleştirmek üzere yetkilendirilmiş olan tüzel kişiyi (6493 sayılı Kanun m 3/1-ü) ifade eder. 6493 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesinin ikinci fıkrasında, ödeme hizmeti sunma yetkisi Merkez Bankasına ve ödeme hizmeti sağlayıcılarına

[24] <https://sozluk.gov.tr/> Erişim tarihi 5 Ocak 2022.

[25] <https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Temel+Faaliyetler/Odeme+Sistemleri/Turkiyedeki+Odeme+Sistemleri/> Erişim tarihi 5 Ocak 2022.

[26] <https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Temel+Faaliyetler/Odeme+Sistemleri/Turkiyedeki+Odeme+Sistemleri/> Erişim tarihi 5 Ocak 2022.

hasredilmiştir. Ödeme hizmeti sağlayıcıları ise aynı maddenin birinci fıkrasına göre, 5411 sayılı Kanun kapsamında bankalardan, elektronik para kuruluşlarından, ödeme kuruluşlarından ve Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketinden ibarettir. Dolayısıyla ödeme kuruluşları, ödeme hizmeti sağlayıcısı olarak nitelendirilen kuruluşlardan bir tanesidir. Halihazırda aktif şekilde ödeme kuruluşu olarak faaliyet gösteren otuz kuruluş vardır[27].

Ayrıca, ödeme kuruluşu faaliyetinde bulunmak, ödeme hizmeti sağlamak ve gerçekleştirmek olduğuna göre, nelerin "ödeme hizmeti" kapsamına girdiğine de değinmek gerekir. Bu husus, 6493 sayılı Kanun'un 12'nci maddesinin birinci fıkrasında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bahsi geçen fıkrada sayılanlar arasından birkaç örnek vermek gerekirse para havalesi, fatura ödeme konusunda aracılık edilmesine ilişkin hizmetler, ödeme aracının ihracı veya kabulü, ödeme hesabına para yatırılmasına ve paranın bu hesaptan çekilmesine olanak sağlayan hizmetler de dâhil olacak şekilde bu hesabın işletimi bakımından lazım olan bütün işlemler "ödeme hizmeti" olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla 6493 sayılı Kanun'un 12'nci maddesinin birinci fıkrasında sıralanan bu faaliyetlerden birini veya birkaçını devamlı olarak gerçekleştirenler ödeme kuruluşu gibi faaliyette bulunmuş olurlar. Ancak bahsi geçen fıkranın (ğ) bendinde, "*Ödemeler alanında toplam büyüklük veya etki alanı açısından Bankaca* (Merkez Bankası) *belirlenecek seviyeye ulaşan diğer işlem ve hizmetler"* sayılmıştır. Kanaatimizce, söz konusu (ğ) bendi suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından tartışmaya açıktır. Zira TCK'nın, suçta ve cezada kanunilik ilkesine dair 2'nci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına göre, kanunun açık şekilde suç olarak kabul etmediği bir fiil nedeniyle kişiye ceza verilmesi ile güvenlik tedbiri uygulanması yasaktır. Buna ek olarak, kanunda yazılı olan cezalar dışında herhangi bir ceza verilemeyeceği ve yine kanunda yazılı olan güvenlik tedbirleri dışında bir güvenlik tedbiri uygulanamayacağı da hüküm altına alınmıştır. Ayrıca idarenin yapacağı düzenleyici işlemlerle suç ve ceza konulması da yasaklanmıştır. Keza Anayasa'nın 38'inci maddesine göre de gerçekleştirildiği anda yürürlükte olan yasaya göre suç teşkil etmeyen bir fiil dolayısıyla kimse cezalandırılamaz. Dolayısıyla suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği, yasanın suç olarak tanımladığı fiilin açık bir şekilde gösterilmiş olması gerekir. Çünkü ceza normunun doğrudan kaynağının kanun olması, bu ilkenin zorunlu sonucudur[28]. Oysa ilgili 28'inci maddenin birinci fıkrasında suç teşkil eden fiil cezalandırılırken, suçun fiil unsurunun tespit edilmesi için başvurulan 12'nci maddede ise bir ödeme kuruluşu faaliyeti olarak ödeme hizmetlerinin nelerden ibaret olduğu bağlamında *"ödemeler alanında toplam büyüklük veya etki alanı açısından Bankaca belirlenecek seviyeye ulaşan diğer işlem ve hizmetler"*in sayılması, suçun fiil unsurunun kapsamının

[27] <https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Temel+Faaliyetler/Odeme+Hizmetleri/Odeme+Kuruluslari> Erişim tarihi 5 Ocak 2022.

[28] Ezgi Aygün Eşitli, 'Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi' (2013) 104 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 225, 232.

belirlenmesi açısından Merkez Bankasının etkili olduğu anlamına gelir ve dolayısıyla suçta ve cezada kanunilik ilkesi açısından kanaatimizce sorun teşkil eder. Zira bu şekilde idareye düzenleyici işlemle suçun fiil unsurunun kapsamını belirleme ve değiştirme yetkisi tanınmış olmaktadır.

Bu kapsamda şunu da eklemek gerekir ki, bahsi geçen 12'nci maddenin ikinci fıkrasında, 6493 sayılı Kanun kapsamında ödeme hizmeti olarak değerlendirilmeyecek işlemler sıralanırken (l) bendinde *"Merkez Bankasınca belirlenecek diğer işlem ve hizmetler"* sayılmıştır. Bu anlamda yine Merkez Bankasına düzenleyici bir işlemle suçun kapsamına müdahale edebilme yetkisi tanınmıştır. Benzer şekilde 14'üncü maddenin beşinci fıkrasında, Merkez Bankası ödeme kuruluşları tarafından yapılamayacak faaliyetleri belirlemeye yetkili kılınmıştır. Yine 12'nci maddenin beşinci fıkrasında ise Merkez Bankasının, ikinci fıkranın (b) bendinde ve (h) bendinde düzenlenmiş olan işlemlerin toplam büyüklükleri ve etki alanları bakımından Merkez Bankasınca tespit edilecek seviyeye erişmesi hâlinde 6493 sayılı Kanun bağlamında ödeme hizmeti olarak telakki edilmesine karar verebileceğine hükmedilmiştir. Böylece Kanun'da esasen ödeme hizmeti olarak zikredilmeyen ve değerlendirilmeyen bir işlem, Merkez Bankasının yapacağı düzenleyici bir işlemle ödeme hizmeti kapsamına dahil edilebilecektir. Kanaatimizce bu hususlarda yine suçta ve cezada kanunilik ilkesi açısından sorun arz eden bir durum söz konusudur. Her ne kadar söz konusu yetkiler Merkez Bankasına kanunla verilmiş olsa dahi suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince, önceki paragrafta da işaret ettiğimiz üzere, suç teşkil eden fiilin tüm unsurlarının bizzat kanunda açıkça gösterilmiş olması gerekir.

"Elektronik para kuruluşu" ise kendisine elektronik para ihraç etme yetkisi yine 6493 sayılı Kanun kapsamında verilmiş olan tüzel kişiyi (6493 sayılı Kanun m 3/1-d) ifade etmektedir. 6493 sayılı Kanun'un 18'inci maddesi uyarınca, elektronik para ihracı faaliyetinde bulunma yetkisi 5411 sayılı Kanun'a göre faaliyette bulunan bankalara, Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketine ve 6493 sayılı Kanun uyarınca kendisine elektronik para çıkarma iznine sahip elektronik para kuruluşlarına hasredilmiştir. Dolayısıyla elektronik para kuruluşları, elektronik para ihraç etme yetkisine sahip kuruluşlardan biridir. Halihazırda aktif şekilde elektronik para kuruluşu olarak faaliyet gösteren yirmi altı kuruluş mevcuttur[29].

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi açısından kanaatimizce sakıncalı bir düzenleme de elektronik para kuruluşları açısından 6493 sayılı Kanun'un 18'inci maddesinin beşinci fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, elektronik parayı ihraç eden kuruluşun sadece belli mal veya hizmet grubunun satın alımında, sadece kendi mağaza ağında veya yapılmış olan bir sözleşme neticesinde sadece belli bir hizmet ağında kullanılmaya elverişli ön ödemeli araçları 6493 sayılı Kanun'un kapsamına dahil değildir. Ancak

[29] <https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Temel+Faaliyetler/Odeme+Hizmetleri/Elektronik+Para+Kuruluslari> Erişim tarihi 5 Ocak 2022.

Merkez Bankası, burada bahsi geçen ödeme araçlarıyla gerçekleştirilen işlemlerin toplam büyüklükleri ve etki alanları bakımından tespit edeceği seviyeye erişmesi hâlinde, 6493 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesine karar verme yetkisini haizdir. Kanaatimizce, 6493 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilecek olan işlemlerin neler olduğunun açıkça Kanun'da belirlenmesi ve bu anlamda Merkez Bankası'na yetki verilmemesi suçta ve cezada kanunilik ilkesi açısından daha isabetli olacaktır.

Ayrıca hemen ifade etmek gerekir ki, 6493 sayılı Kanun kapsamında kullanılan "elektronik para" ifadesinden günümüzde yine kullanımı gittikçe yaygınlaşan kripto varlıklar anlaşılmamalıdır[30]. Elektronik para kullanım amacına, parasal değerin saklandığı ortama, ödeme sırasında kullanılan teknik cihaza ve parasal değerin sistem içindeki akışına göre tasniflere tabi tutulur[31]. 6493 sayılı Kanun kapsamında elektronik para, bu Kanun'da düzenlenen ödeme işlemlerinin gerçekleştirilmesinde kullanılıp elektronik para kuruluşu dışında diğer kişilerce de ödeme aracı olduğu telakki edilen ve elektronik para kuruluşunca kabul edilen fon karşılığında ihraç edilip elektronik şekilde muhafaza edilen parasal değeri ifade eder (6493 sayılı Kanun m 3/1-ç)[32],[33]. Kripto varlıklar ise Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik'te[34] dağıtık defter teknolojisi ve benzeri bir teknoloji kullanılmak suretiyle sanal şekilde meydana getirilip dijital ağlar vasıtasıyla dağıtılması gerçekleştirilen ve fakat ödeme aracı, itibari para, elektronik para, kaydi para, menkul kıymet ya da başka bir sermaye piyasası aracı olarak vasıflandırılamayan gayrimaddi varlıklar, şeklinde tanımlanmaktadır (Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik m 3/1). Tanımlardan da anlaşılacağı üzere "elektronik para" ile "kripto varlık" kavramları birbirinden farklı olup elektronik para, kripto varlıklardan değildir. Nitekim ilgili Yönetmelik'le sağlayıcıların ödeme hizmeti sunmasında ve elektronik para ihraç etmesinde kripto varlıkları doğrudan veya dolaylı olarak kullandığı iş modelleri geliştirmesi ve bu neviden modelleri içeren hizmet sunması yasaklanmış, ödeme kuruluşlarının ve elektronik para kuruluşlarının kripto varlıklara dair ihraç, alım ve satım, transfer veya saklama hizmeti sunan platformlara ya da bu platformlardan yapılan fon nakillerine aracılık edemeyeceği hüküm altına alınmıştır (Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik m4/1, 2). Bu

---

30 Benzer şekilde, Alman Ödeme Hizmetleri Denetimi Kanunu ve Japon Ödeme Hizmetleri Kanunu bağlamında da kripto varlık elektronik para olarak kabul edilmemektedir. Bkz Christopher Danwerth, 'The Regulation of Bitcoin and Other Virtual Currencies under Japanese Law in Comparative Perspective' (2018) *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* 117, 140.
Blok zinciri tabanlı ödeme araçları da elektronik para olarak telakki edilmemektedir. Sebastian Omlor, 'Kryptowährungen im Geldrecht' (2019) *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht* 294, 344.

31 Semra Taşpunar Altuntaş, 'E Harfi ile Başlaya Finansal Kavramlar' iç Aysel Gündoğdu (ed), *Finansın Temel Kavramları* (Gazi 2018) 158.

32 Ayrıntılı bilgi için bkz Mehmet Sıddık Yurtçiçek, *'Hukuki Açıdan Elektronik Para'* (2. Baskı, Seçkin 2015) 125ff

33 Elektronik paranın Alman Ödeme Hizmetleri Denetimi Kanunu'nda da benzer şekilde tanımlandığı görülmektedir (ZAG § 1 Abs 2). Ayrıca bkz Feger (n 13) 405.

34 16 Nisan 2021 tarihli ve 31456 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

şekilde kripto varlıkların kullanım alanı ile elektronik para kuruluşlarının ve ödeme kuruluşlarının faaliyet alanları arasında, uygulamadaki duraksamaları gidermek adına mutlak surette ayrım yapılmıştır.

Faaliyetin sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu faaliyetlerinden olması gerekliliğiyle ilgili, son olarak şunu da eklemek gerekir ki, 28'inci maddenin birinci fıkrasında düzenlenen suç kesintisiz bir suçtur. Çünkü Kanun gereği bu kuruluşların faaliyetlerinin süreklilik arz etmesi esastır. Nitekim bu husus 6493 sayılı Kanun'un çeşitli hükümlerinden anlaşılmaktadır. Kanun'da, Merkez Bankası ödeme ve menkul kıymet mutabakat sistemlerinin sorunsuz ve "kesintisiz işlemesini" sağlamak üzere gerekli düzenlemeleri yapmaya ve kurulmuş ya da kurulacak olan ödeme ve menkul kıymet mutabakat sistemlerinin "kesintisiz işletimini" sağlamak üzere gözetimini gerçekleştirmeye yetkili kılınmıştır (6493 sayılı Kanun m 4/3; m 8/1). Keza sistem işleticisinin faaliyet izninin, faaliyete başlamasının ardından bir yıllık zaman dilimi içerisinde altı aydan daha uzun bir süre faaliyet göstermemiş olması hâlinde altı aylık sürenin dolduğu tarihte kendiliğinden sona ereceği öngörülmüştür (6493 sayılı Kanun m 7/1-c). Görüldüğü üzere ödeme ve menkul kıymet mutabakat sistemlerinin kesintisiz şekilde faaliyet göstermesi esastır. Benzer düzenlemeler, 6493 sayılı Kanun'da ödeme kuruluşları hakkında da mevcuttur. Ödeme kuruluşlarının 6493 sayılı Kanun kapsamında yürütecekleri faaliyetlerin "sürekliliğine ilişkin" gerekli tedbirleri alması şart koşulmuştur (6493 sayılı Kanun m 14/2-f). Ayrıca Merkez Bankasına, ödeme kuruluşunun faaliyet izni almasından itibaren bu yetkiyi kullanmaya bir yıl içinde başlamadığı takdirde ödeme kuruluşunun faaliyet iznini iptal edebilme yetkisi verilmiştir (6493 sayılı Kanun m 16/1-a). Bunun yanı sıra, ödeme kuruluşunun faaliyete başlamasının ardından bir yıllık zaman dilimi içerisinde altı aydan daha uzun bir süre faaliyet göstermediği hâllerde altı aylık sürenin dolduğu tarihte ödeme kuruluşunun faaliyet izninin kendiliğinden sona ereceğine hükmedilmiştir (6493 sayılı Kanun m 17/1-c). Dolayısıyla 6493 sayılı Kanun'da çeşitli hükümlerde ödeme kuruluşlarının da faaliyetlerinin sürekliliğine ilişkin vurgular yapılmış ve aksi hâllerde buna bağlanacak sonuçlar öngörülmüştür. Benzer durum elektronik para kuruluşları için de söz konusudur. Elektronik para kuruluşlarının yürütecekleri faaliyetlerin "sürekliliğine ilişkin" gerekli tedbirleri alması şart koşulmuştur (6493 sayılı Kanun m 18/3-e). Yine elektronik para kuruluşlarının da tıpkı ödeme kuruluşlarında olduğu gibi, faaliyet izni almasından itibaren bu yetkiyi kullanmaya bir yıl içinde başlamadığı takdirde Merkez Bankası tarafından faaliyet izninin iptal edilebilmesi ve faaliyete başlamasının ardından bir yıllık zaman dilimi içerisinde altı aydan uzun süreyle faaliyet göstermediği hâllerde altı aylık sürenin dolduğu tarihte faaliyet izninin kendiliğinden sona ermesi söz konusudur (6493 sayılı Kanun m 19).

Bu açıklamalardan sonra ifade etmek gerekir ki, bahsi geçen 28'inci maddenin birinci fıkra hükmünde düzenlenen suçun işlenebilmesi için, anılan kuruluşlar "gibi"

faaliyet göstermek gerektiğine ve bu kuruluşların faaliyetlerinin de süreklilik arz etmesinin esas olduğuna göre, devamlılık arz eden işlemler gerekir. Dolayısıyla suçun işlenebilmesi anılan kuruluşlar gibi sürekli şekilde faaliyet göstermekle olur. Bu sebepledir ki 28'inci maddenin birinci fıkra hükmünde düzenlenen suç, kesintisiz bir suçtur.

Suç teşkil eden faaliyetlerin süreklilik arz edip etmediği hususu somut olaylar bazında mahkemelerce incelenip değerlendirilmesi gereken bir husustur. Ancak en azından şunu ifade etmek gerekir ki, izinsiz faaliyette bulunma kapsamında sadece tek bir işlem gerçekleştirilmiş ve bunun devamı getirilmeyerek tek bir işlem ile sınırlı kalınmış ise faaliyetlerin devamlılığı söz konusu olmadığından 6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen suçun unsurları oluşmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, 'süreklilik olmaksızın' sadece bir kere ancak bu kuruluşlardan birinin icra edebileceği bir faaliyeti izinsiz gerçekleştirmekle bu suç işlenmiş olmaz. Öte yandan, 'sürekliliğin mevcut olması şartının da gerçekleştirilmesi kaydıyla' ancak bu kuruluşlardan birinin icra edebileceği bir faaliyeti izinsiz gerçekleştirmekle suç tamamlanır ve faaliyet gerçekleştirilmeye devam edildiği müddetçe suçun icrası devam eder.

Ayrıca eklemek gerekir ki, suçun işlenmesi için burada aranan süreklilik, yukarıda da işaret ettiğimiz, 6493 sayılı Kanun'un çeşitli hükümlerinde faaliyet izninin devamı ve benzeri konularda aranan süreler kadar katı şekilde aranmamalıdır. Mesela bahsi geçen Kanun'da elektronik para kuruluşunun faaliyete başlamasının ardından bir yıllık zaman dilimi içerisinde altı aydan uzun süreyle faaliyet göstermediği hâllerde altı aylık sürenin dolduğu tarihte faaliyet izninin kendiliğinden sona ereceğine hükmedildiğine işaret etmiştik. Sözgelimi bir kuruluşun izinsiz şekilde müteaddit defa elektronik para kuruluşu gibi faaliyette bulunduğu bir olayda, bu kuruluş eğer izinsiz faaliyeti bir yıllık zaman dilimi içerisinde altı aydan daha uzun bir süre devam ettirmemişse, mesela sadece dört ay devam ettirebilmişse, sırf en azından altı ay faaliyette bulunulmadığı gerekçesiyle incelenen suçun teşekkül etmesi bakımından elektronik para kuruluşu gibi faaliyette bulunulmadığından bahsedilmemelidir; dört aylık izinsiz faaliyet burada süreklilik için yeterli kabul edilmelidir. Sonuç olarak şunu belirtmek gerekir ki, 6493 sayılı Kanun'un çeşitli hükümlerinde söz konusu kuruluşların faaliyetlerinin kesintisizliğine veya sürekliliğine vurgu yapılmış olması 28'inci maddenin birinci fıkrasında düzenlenen suç açısından bu suçun sadece kesintisiz bir suç olduğu çıkarımının yapılmasına neden olur. Yoksa kanaatimizce suçun oluşup oluşmadığının incelenmesi aşamasında sürekliliğin tespiti bakımından, bu kuruluşların faaliyet izinlerinin devamı gibi hususlar açısından öngörülen birtakım sürelerin aranması gerekmez ve sürekliliğin gerçekleşip gerçekleşmediği her somut olayın özelliği dikkate alınarak takdir edilmelidir.

Üçüncü olarak, *faaliyetin izinsiz olması* gerekliliğinden bahsetmek gerekirse, bu hususun suçun düzenlendiği 28'inci maddenin birinci fıkrasında "*Bu Kanuna göre alınması gereken izinleri almaksızın"* ifadesinden anlaşıldığı belirtilmelidir. Dolayısıyla 6493 sayılı Kanun'a göre alınması gereken faaliyet izinlerinin alınmamış olması tipikliğe dahil bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten 6493 sayılı Kanun'da sistem işleticisinin izin almak şartıyla bu Kanun kapsamında sistem işletebileceğine, ödeme kuruluşunun izin almak şartıyla bu Kanun kapsamında ödeme hizmetleri sahasında faaliyet gösterebileceğine ve elektronik para kuruluşlarının izin almak şartıyla bu Kanun kapsamında elektronik para ihracı gerçekleştirebileceğine hükmedilmiştir. Gerek sistem işleticisi gerek ödeme kuruluşu gerek de elektronik para kuruluşu olarak faaliyet izni alınması hususunda izin vermeye yetkili merciin ise Merkez Bankası olduğuna işaret etmiştik.

6493 sayılı Kanun'a göre alınması gereken faaliyet izinlerinden, sistem işleticisi faaliyet izni 5'inci maddede, ödeme kuruluşu faaliyet izni 14'üncü maddede, elektronik para kuruluşu faaliyet izni ise 18'inci maddede düzenlenmiştir. Gerekli olan bu izinler alınmadan ilgili alanda faaliyet gösterilmesi, diğer unsurların da gerçekleşmiş olması hâlinde, ilgili 28'inci maddenin birinci fıkrasında düzenlenen suçun oluşmasına neden olur. Ayrıca faaliyet izni sonradan iptal edilmiş veya kendiliğinden sona ermiş olan kuruluşların da tekrar bu alanda faaliyette bulunabilmesi için yeniden faaliyet izni almaları gerekir. Aksi takdirde yine ilgili 28'inci maddenin birinci fıkrasında düzenlenen suç oluşacaktır. Nitekim 28'inci maddenin dördüncü fıkrasında da faaliyet izni iptal edilmiş olan sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşunun faaliyetini sürdürmesi hâlinde 28'inci madde hükmünün uygulanacağına açıkça işaret edilmiştir.

6493 sayılı Kanun'da, faaliyet izninin iptal edilmesine ilişkin hükümlere 9'uncu ve 16'ncı maddelerde yer verilmiştir. Merkez Bankası, sistem işleticisi ile ilgili olarak 9'uncu maddenin birinci fıkrasında yer verilen durumları saptaması hâlinde sistemin işlemesine dair uygun tedbirleri almakla yükümlü kılınmıştır. Ayrıca aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, bu hâllerin tespit edilmesi durumunda Merkez Bankası ihlalin ağırlığını dikkate alarak sistem işleticisinin faaliyet iznini iptal etme yetkisine sahiptir. Keza 16'ncı maddenin birinci fıkrasında sıralanan durumların gerçekleşmesi hâlinde ise Merkez Bankası, ödeme veya elektronik para kuruluşunun faaliyet iznini iptal etme yetkisini haizdir.

Hemen şunu eklemek gerekir ki, kanun koyucu 28'inci maddenin dördüncü fıkrasında 6493 sayılı Kanun bağlamında daha önce verilmiş faaliyet izni sonradan iptal edilmiş olan anılan kuruluşların ilgili alanda faaliyet göstermeye devam etmesi hâlinde de bu madde hükümlerinin uygulanacağına hükmetmekle, birinci fıkrada düzenlenen suçun sadece alınması gereken faaliyet izni alınmadan anılan

kuruluşlar gibi faaliyet göstermek suretiyle değil, daha önce alınan faaliyet izninin iptal edilmesine rağmen faaliyete devam etmek suretiyle de işlenebileceğine özellikle dikkat çekmiştir. Kanaatimizce, kanun koyucu ilgili 28'inci maddenin birinci fıkrasında kullanılan "*Bu Kanuna göre alınması gereken izinleri almaksızın*" ifadesinin uygulamada bir duraksamaya neden olmasının önüne geçmek amacıyla dördüncü fıkra hükmünü öngörerek konuya ayrıca dikkat çekmek istemiştir. Zira dördüncü fıkrada yer verilen ihtimalde, sonradan iptal edilmiş olsa da önceden hukuken alınmış bir faaliyet izni mevcuttur.

Ne var ki faaliyet izninin iptal edildiği durumlara ayrıca dikkat çekilmişse de faaliyet izninin sona erdiği veya geçici olarak durdurulduğu durumlarla ilgili özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Gerçekten 6493 sayılı Kanun'da, anılan kuruluşların faaliyet izninin iptal edilmesine yönelik hükümlerin yanı sıra, bir de faaliyet izninin geçici olarak durdurulmasına (6493 sayılı Kanun m 9/2-ç, 21/8) ve kendiliğinden sona ermesine (6493 sayılı Kanun m 7, 17) ilişkin hükümlerin yer aldığı görülmektedir. Böylece faaliyet izninin geçici olarak durdurulduğu veya kendiliğinden sona erdiği hâllerde sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyet gösterilmeye devam edildiği durumlarda 28'inci maddede düzenlenen suçun oluşup oluşmayacağı sorunu gündeme gelmektedir. Zira dördüncü fıkra hükmü ile faaliyet izni iptal edilen ilgili kuruluşların faaliyetine devam ettiği hâllerde 28'inci madde hükmünün uygulanacağına açıkça işaret edilmesine rağmen faaliyet izninin geçici olarak durdurulduğu veya kendiliğinden sona erdiği hâllere ayrıca değinilmemiş olması bu sorunu akla getirmektedir.

Kanaatimizce, 28'inci maddenin mevcut şeklinde, suçun dördüncü fıkradaki özel işleniş şeklini içeren hükmüne ayrıca yer verilmemiş olsaydı bile, faaliyet izni iptal edilmiş olan ilgili kuruluşların faaliyetlerini izinsiz şekilde sürdürmesi durumunda ilgililerin ceza sorumluluğunun yine de söz konusu olması gerekirdi. Çünkü faaliyet izni sonradan iptal eden kuruluşların statüsü, iptal işlemi ile birlikte, hiç faaliyet izni almamış kuruluşların statüsü ile artık aynıdır ve ikisinin de 6493 sayılı Kanun kapsamında faaliyette bulunması için izin alması gerekir. Nitekim benzer bir suç tipinin düzenlendiği 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 150'nci maddesinde, buradaki dördüncü fıkra hükmüne benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Buna rağmen Bankacılık Kanunu'nun 150'nci maddesinde düzenlenen suçlarla ilgili olarak, izni sonradan iptal edilen kuruluşların yetkililerinin de bu madde kapsamında fail olacağı savunulmaktadır[35]. Yine benzer şekilde, faaliyet izni kendiliğinden sona eren kuruluşların statüsünün de sona ermeyle birlikte hiç faaliyet izni almamış kuruluşların statüsü ile aynı olacağı ve her ikisinin de 6493 sayılı Kanun kapsamında

[35] Selman Dursun, '*Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar*'(1. Baskı, Seçkin 2006) 202; Hakan Karakehya, 'İzinsiz Bankacılık Faaliyetinde Bulunma Suçu' (2008) 66 (1) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 63, 76; Burcu Ertem, 'İzinsiz Bankacılık Faaliyetinde Bulunma Suçu' (2019) 4 (2) *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 363, 379.

faaliyette bulunmak için izin alması gerektiği gerekçesiyle, faaliyet izni kendiliğinden sona eren kuruluşların ilgili alanda faaliyet göstermeye devam etmesi hâlinde bu kuruluşların yetkililerinin de 28'inci maddenin birinci fıkrasında düzenlenen suçtan sorumlu olması gerektiğini ifade etmekte fayda vardır. Ancak diğer yandan, faaliyet izninin geçici olarak durdurulmasına karar verilen kuruluşların hâlâ faaliyette bulunmaya devam etmesi hâlinde, 28'inci maddenin birinci fırkasında düzenlenen suçun oluşmayacağı kanaatindeyiz. Zira bu ihtimalde sınırlandırılmış da olsa 6493 sayılı Kanun'a göre alınmış bir faaliyet izni mevcuttur. Dolayısıyla izinsiz faaliyette bulunma söz konusu değildir. Faaliyetleri geçici olarak sınırlandırılan bahsi geçen kuruluşlar zaten halihazırda sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu statüsündedirler. Faaliyet izni sınırlandırılan bu kuruluşların yetkililerinin, sınırlamaya aykırı şekilde faaliyet göstermeye devam etmesinin cezalandırılması için buna Kanun'da ayrıca verilmesi gerekir. Aksi hâlde, bu yönde bir düzenleme olmadan faaliyetleri geçici olarak sınırlandırılan kuruluşların yetkililerinin 28'inci maddenin birinci fıkrasında düzenlenen suçtan sorumlu tutulmaları suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle çelişecek, kıyas yasağına aykırı olacaktır. TCK'nın 2'nci maddesinin üçüncü fıkrasında yasaların suç ve ceza ihtiva eden hükümleri uygulanırken kıyas yapılması yasaklanmıştır. Ayrıca suç ve ceza ihtiva eden hükümlerin, kıyasa sebep olacak şekilde geniş yorumlanamayacağı da belirtilmiştir. Sonuç olarak, 6493 sayılı Kanun'a göre gerekli izinleri almaksızın bahsi geçen alanda faaliyet gösteren veya faaliyet izni iptal edilmesine rağmen faaliyetine devam eden kuruluşların yetkilerinin cezalandırıldığından bahisle, faaliyetleri geçici olarak sınırlandırılan sistem işleticilerinin, ödeme kuruluşlarının veya elektronik para kuruluşlarının bu sınırlamaya riayet etmemesi durumunda da yetkililerinin 28'inci maddeden sorumlu tutulması kıyas yasağına aykırı olacağından bu şekilde bir uygulama kabul edilmemelidir.

Kanaatimizce birinci ve ikinci fıkrada yer verilen "*Bu Kanuna göre alınması gereken izinleri almaksızın*" ifadesi yerine "*Bu Kanun'a göre alınmış, geçerli ve sınırlandırılmamış faaliyet izni bulunmaksızın"* ifadesi kullanılmış olsaydı faaliyet izninin hem iptal edilmesi hem sona ermesi hem geçici olarak durdurulması ihtimalleri tek başına karşılanmış olacaktı. Kanun tekniği itibarıyla bu önerimizdeki şekli daha isabetli bulduğumuzu ifade etmemiz gerekir. Böylece faaliyet izni kendiliğinden sona eren kuruluşların ilgili alandaki faaliyetlerine devam etmesi hâlinde ne olacağı tartışması gündeme gelmeden çözümlenmiş olacaktır. Ayrıca faaliyet izinleri geçici olarak sınırlandırılan kuruluşların da sınırlamaya aykırı davranması hâlinde yetkililerinin cezai olarak sorumlu tutulması gündeme gelebilecek ve bu alanda bir boşluk olmayacaktır. Şayet kanun koyucu tarafından, faaliyet izinleri geçici olarak sınırlandırılan kuruluşların sınırlamaya aykırı davranması hâlinde yetkililerinin ceza hukuku anlamında sorumluluğunun benimsenmesi yoluna gidilmesi tercih edilmezse o hâlde, "*Bu Kanun'a göre alınmış geçerli faaliyet izni bulunmaksızın"*

ifadesinin kullanılması yerinde olacaktır. Ancak kanaatimizce, faaliyet izninin geçici olarak sınırlandırıldığı hâllerde sınırlamaya aykırı davranılması açısından ilgililerin ceza hukuku anlamında sorumluluğunun benimsenmesi tercih edilmeyecekse bile, önlemenin sağlanması açısından bu eylemin en azından bir kabahat olarak düzenlenmesinde fayda vardır.

b. İzinsiz sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyet gösterdiği izlenimini yaratma (6493 sayılı Kanun m 28/2)

6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen suç da kanuni tanımında neticeye yer verilmediğinden bir sırf hareket suçudur. Bahsi geçen suç, "6493 sayılı Kanun'a göre alınması gereken izinleri almaksızın ticaret unvanlarında, her türlü belgelerde, ilan ve reklamlarda veya kamuoyuna yaptıkları açıklamalarda sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyet gösterdiği izlenimini yaratacak söz ve deyimleri kullanmak" fiili ile işlenir. Yasaklanan hareketin gerçekleştirilmesiyle işlendiğinden, bu suç da icraî hareketle işlenebilen bir suçtur.

Bahsi geçen 28'inci maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen suç ayrıca, seçimlik hareketli bir suçtur. Ticaret unvanlarında, her türlü belgelerde, ilan ve reklamlarda veya kamuoyuna yaptıkları açıklamalarda; "sistem işleticisi gibi faaliyet gösterdiği izlenimini yaratacak söz ve deyimleri kullanmak", "ödeme kuruluşu gibi faaliyet gösterdiği izlenimini yaratacak söz ve deyimleri kullanmak" veya "elektronik para kuruluşu gibi faaliyet gösterdiği izlenimini yaratacak söz ve deyimleri kullanmak" bu suçun seçimlik hareketleridir.

Söz konusu suç, aynı maddenin birinci fıkrasında düzenlenen suçun aksine, kesintisiz bir suç değildir. Gereken izinler alınmaksızın ilgili ikinci fıkrada bahsedildiği şekilde izlenim yaratacak sözleri ve deyimleri bir kere kullanmak ile bu suç işlenmiş olur. Burada süreklilik aranmaz, çünkü burada önemli olan husus bahsi geçen kuruluşlar gibi sürekli bir şekilde faaliyet göstermek değildir. Önemli olan, suç tanımında belirtilen şekilde, bahsi geçen kuruluşlar gibi faaliyet gösterdiği izlenimini yaratmaktır.

Son olarak şunu da ifade etmek gerekir ki, daha önce aldığı faaliyet izni sonradan iptal edilmiş olan sistem işleticisinin, ödeme kuruluşunun veya elektronik para kuruluşunun hâlâ faaliyet gösterdiği izlenimini yaratacak söz ve deyimleri kullanmaya devam etmesi ihtimali için, ilgili 28'inci maddede dördüncü fıkrada öngörülen düzenleme benzeri bir hükme ayrıca yer verme yoluna gidilmediği göze çarpmaktadır. Oysa ikinci fıkrada düzenlenen suç da sadece gerekli izinleri almaksızın anılan kuruluşlar gibi faaliyette bulunduğu izlenimini yaratan sözleri ve deyimleri kullanmak suretiyle değil, daha önce alınan faaliyet izninin iptal edilmesine ve hatta kendiliğinden sona

ermesine rağmen hâlâ anılan kuruluşlar gibi faaliyette bulunduğu izlenimini yaratan sözleri ve deyimleri kullanmaya devam etmek suretiyle de işlenebilir. Kanaatimizce suçun bu işleniş şekline kanunda ayrıca yer verilmemiş olması bir eksiklik olarak değerlendirilmemelidir. Zira faaliyet izni iptal edilmiş olan veya kendiliğinden sona ermiş olan ilgili kuruluşların 6493 sayılı Kanun kapsamında faaliyet gösterebilmesi için, tıpkı daha önce hiç faaliyet izni bulunmamış kuruluşlar gibi izin alması gerekir. Dolayısıyla faaliyet izinleri bulunmadan ticaret unvanlarında, her türlü belgelerde, ilan ve reklamlarda veya kamuoyuna yaptıkları açıklamalarda hâlâ sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyette bulundukları izlenimini yaratan sözler ve deyimler kullanmaları da ilgili 28'inci maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen suçu oluşturacaktır.

B. Manevi Unsur

6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinde düzenlenen suçlar sadece kasten işlenebilirler[36]. Suçların taksirle işlenmesi 6493 sayılı Kanun'da hüküm altına alınmamıştır. Alman Ödeme Hizmetleri Denetimi Kanunu'nda[37] (ZAG §63 Abs 3) ise suçun taksirle işleniş şekline de yer verildiği görülmektedir. Bu kapsamda, ilgili Alman Kanunu'na göre (ZAG §10 Abs 1) izni olmaksızın veya bu Kanun'a göre (ZAG §34 Abs 1) kaydı olmaksızın ödeme hizmeti sağlayanlar ve bu Kanun'a göre (ZAG §11 Abs 1) izni olmaksızın elektronik para işi işletenler de dahil olacak şekilde 63'üncü maddenin birinci fıkrasında sayılan suçları taksirle işleyenler üç yıla kadar hapis veya para cezası cezalandırılır.

C. Hukuka Aykırılık

6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinde düzenlenen suçların hukuka aykırılık unsuru, kanuni tarifteki hareketin gerçekleştirilmesiyle, bir hukuka uygunluk nedeni de bulunmadığı müddetçe, gerçekleşmiş olacaktır. Gerçekten, fiilin kanuni tarifteki tanıma uyması o fiilin hukuka aykırı olduğu konusunda karine teşkil eder[38]. Ancak hukuka uygunluk nedenlerinin gerçekleşmesi ile bu karine ortadan kaldırılabilir.

Hukuka uygunluk nedenlerinden hakkın kullanılması, 28'inci maddede yer alan suçlar açısından bazı hâllerde geçerli olabilir. Nitekim, 6493 sayılı Kanun kapsamında gerekli izinleri alarak faaliyet gösteren sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşundan başka hangi kuruluşların bu Kanun kapsamında faaliyet gösterebileceği açıkça düzenlenmiştir. Bu kapsamda 5'inci madde ile Merkez Bankasına sistem işleticisi olarak faaliyet gösterme yetkisi;

[36] İzinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçunun manevi unsuru ile karşılaştırmak için bkz Dursun (n 35) 208; Ertem (n 35) 385; Karakehya (n 35) 80.

[37] Kanun metni için bkz <http://www.gesetze-im-internet.de/zag_2018/> Erişim tarihi 10 Şubat 2022.

[38] Koca ve Üzülmez (n 14) 105.

13'üncü madde ile 5411 sayılı Kanun kapsamındaki bankalara, elektronik para kuruluşlarına ve Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi ödeme hizmeti sunma yetkisi; 18'inci madde ile 5411 sayılı Kanun'a göre faaliyet gösteren bankalara, Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketine elektronik para ihracı faaliyetinde bulunma yetkisi verilmiştir. Dolayısıyla, sözgelimi faaliyet izni almadan 6493 sayılı Kanun bağlamında elektronik para ihracı gerçekleştiren bir tüzel kişinin görevlilerinin, şayet bu kuruluş 5411 sayılı Kanun'a göre faaliyet gösteren bir bankaysa hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninden yararlandırılması gerekir. Benzer şekilde, gerekli izinleri almadan 6493 sayılı Kanun kapsamında ödeme hizmeti sunan bir kuruluş şayet 6493 sayılı Kanun'a göre faaliyet gösteren bir elektronik para kuruluşuysa yine ilgili kişilerin hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninden yararlandırılması gerekir. Çünkü TCK'nın 26'ncı ve 24'üncü maddelerinin birinci fıkralarında, hakkını kullanmış veya kanunun hükmünü yerine getirmiş olan kimseye ceza verilmeyeceğine hükmedilmiştir. Herhangi bir konuda, bir kişiye kanun hükmüyle bir hak tanınmışsa veya bir yetki verilmişse bunun kanuna uygun şekilde gerçekleştirilmesinde hukuka aykırılık söz konusu olmaz[39].

Bu kapsamda ayrıca şuna da değinmek gerekir, 6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin bir ve ikinci fıkralarında "*Bu Kanuna göre alınması gereken izinleri almaksızın*" ifadesi kullanılmıştır. Burada sözü edilen izin hususu, maddede düzenlenen suçlar açısından bir hukuka uygunluk nedeni olarak anlaşılmamalıdır. Zira bir suçun kanuni tanımında yetkili merciin izninin bulunmamasına yer verildiği hâllerde, eğer suç teşkil eden fiil yetkili merciin izni dikkate alınmaksızın tek başına cezalandırılmaya değer bir haksızlık muhtevasına sahipse yetkili merciden alınmış olan izin bu ihtimal açısından bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmelidir; fakat suç teşkil eden fiilin haksızlık muhtevası ancak münhasıran gerekli iznin yokluğuna bağlı şekilde cezalandırılmaya değerse izin tipikliğe dahildir[40]. İznin tipikliğe dahil olduğu durumlarda buradaki davranışın haksızlığı, yetkili merciin ilgili alanda faaliyette bulunan kişilerin izlenebilmesi çabalarının akim bırakılmasından veya zorlaştırılmasından kaynaklanmaktadır[41]. 6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesi kapsamındaki suçların oluşmasına bu Kanun'da işaret edilen gerekli izinler alınmaksızın faaliyet gösterilmesi neden olur. Gerekli izinleri vermeye yetkili merci ise Merkez Bankasıdır. Söz konusu 28'inci maddede düzenlenen suçlardaki davranışların haksızlığı, anılan faaliyetlerin izinsiz olarak ve dolayısıyla Merkez Bankasının izleme ve denetleme mekanizmasının devre dışı bırakılarak gerçekleştirilmesinden kaynaklanır. Gerçekten, suç tanımlarındaki hareketlerin izinli şekilde gerçekleştirildiği hâller 28'inci madde kapsamında değildir. Şayet 6493 sayılı

[39] Özgenç, Genel Hükümler (n 15) 320.

[40] Neslihan Göktürk, 'Suçun Yasal Tanımında Yer Alan "Hukuka Aykırılık" İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon' (2016) 7 (1) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 407, 445.

[41] ibid 445-446.

Kanun'a göre verilmiş geçerli bir izin mevcutsa, tipiklik bulunmadığından, 28'inci maddede düzenlenmiş suçlar oluşmayacaktır. Sonuç olarak, görüldüğü üzere sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyette bulunmak ya da bu kuruluşlar gibi faaliyet gösterdiği izlenimini yaratan söz ve deyimleri kullanmak tek başına suç teşkil etmezken, gerekli izinler alınmaksızın bu hareketlerin gerçekleştirilmesi finansal sistemin istikrarının ve güvenliğinin korunması gayesiyle kanun koyucu tarafından suç olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla 28'inci maddenin gerek birinci fıkrasındaki suç tanımında gerekse ikinci fıkrasındaki suç tanımında, izin meselesinin tipikliğe dahil bir husus olarak yer aldığı görülmektedir[42].

IV. Kusurluluk

Kusur, bir kimsenin gerçekleştirdiği haksızlık dolayısıyla hakkında bulunulan kınama yargısını ifade eder[43]. Kişinin işlediği fiil dolayısıyla kınanabilmesi için suça neden olan hareketi gerçekleştirdiği esnada kusur kabiliyetini haiz olması gerekir[44]. Genel olarak, kusurluluğu etkileyen hâller 6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin bir ve ikinci fıkralarında düzenlenen suçlar açısından geçerli olsa da bu kapsamda özellikle yanılgı konusu üzerinde durulmalıdır. Zira faaliyet izni alma yükümlüğüne ilişkin hataların kusurluluğu etkileyen hata hâllerinden haksızlık yanılgısına mı neden olacağı yoksa kastı kaldıran hata hâllerinden unsur yanılgısına mı neden olacağı konusunun açıklığa kavuşturulması gerekir.

Bahsi geçen 28'inci maddede düzenlenen suçlar açısından faaliyetin izinsiz olmasının tipikliğe dahil bir husus olduğuna, suçun unsurları bahsinde işaret edilmişti. Dolayısıyla, failin kastının tipikliğe dahil olan bu hususu da kapsaması gerekir. Zira yetkili merciin izninin yokluğunun, tipikliğin unsurlarından birini nitelediği hâllerde iznin bulunmaması unsura ilişkin bir vasıf olduğu için, tipiklik kapsamındadır; dolayısıyla failin bu konuya ilişkin hatası unsur yanılgısı olup kastı bertaraf edecektir[45]. Unsur yanılgısına dair, TCK'nın 30'uncu maddesinin birinci fıkrasına göre fiili gerçekleştirdiği esnada suçun yasal tarifinde yer verilen maddi unsurlarını bilmeyen kişi, kasıtlı olarak hareket etmiş sayılmaz. Ancak kişinin bu yanılgısından dolayı taksirli sorumluluk hâli saklıdır. Buna göre, suçun maddi unsurlarındaki hatası sonucunda failin kastı ortadan kalkar. Ancak failin bu hatası taksirinden ileri geliyorsa, fiilin taksirle işleniş şeklinin de kanunda suç olarak yer alması şartıyla, taksirle işlenmiş haksızlıktan sorumlu tutulması gerekir[46]. Dolayısıyla, 28'inci madde kapsamında suç teşkil eden hareket gerçekleştiren kişilerin ceza sorumluluğu yoluna

[42] Benzer şekilde, izinsiz bankacılık suçunda izne ilişkin hususun tipikliğe dahil olduğu yönünde bkz Selman Dursun, 'Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar' iç Celal Ülgen ve Coşkun Ongun (edr), *Banka ve Finans Hukuku* (İstanbul Barosu 2009) 268; Ertem (n 35) 387.

[43] Özgenç, Genel Hükümler (n 15) 444; Koca ve Üzülmez (n 14) 312.

[44] Koca ve Üzülmez (n 14) 314; Artuk, Gökcen, Alşahin ve Çakır (n 17) 572.

[45] Göktürk (n 40) 446.

[46] Koca ve Üzülmez (n 14) 261.

gidilebilmesi için 6493 sayılı Kanun kapsamında izin alınması gerektiğini bilmeleri ve buna rağmen maddede anılan kuruluşlar gibi faaliyette bulunmaları gerekir. İzin alma yükümlülüğüne ilişkin bir hata hâlinde ise unsur yanılgısı söz konusu olur ve failin kastı ortadan kalkar. Şayet gerekli dikkat ve özen gösterilmediği için unsur yanılgısına düşülmüşse o zaman, 6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin bir ve ikinci fıkralarında düzenlenen suçların taksirle işleniş şekline Kanun'da ayrıca yer verilmediği için ilgililerin cezalandırılmayacaklarını ifade etmek gerekir. Kanaatimizce böyle bir sakıncanın önüne geçmek adına, Alman Ödeme Hizmetleri Denetimi Kanunu'nda (ZAG §63 Abs 3) olduğu gibi, 6493 sayılı Kanun'da da bahsi geçen suçların taksirle işleniş şekline yer verilmesi isabetli olacaktır.

V. Teşebbüs

İşlenmesine kastedilmiş bir suç, icrası elverişli hareketlerle doğrudan doğruya başlamasına karşın kişinin elinde olmayan bir takım nedenlerden dolayı tamamlanamamışsa, failinin TCK'nın 35'inci maddesi uyarınca ilgili suça teşebbüsten sorumlu tutulması gerekir. 6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen suç, kesintisiz bir suç olduğu için, suçun tamamlanma anına kadar suça teşebbüse ilişkin hükümlerin uygulanması mümkündür[47]. Öte yandan, kanaatimizce her ne kadar ikinci fıkrada düzenlenen suç birinci fıkrada düzenlenen suçun teşebbüs aşamasında kalmış şeklinden ibaret olmasa bile, birinci fıkradaki suça teşebbüs niteliği taşıyan eylemin gerçekleştirildiği bir olayda, bu eylem aynı zamanda ikinci fıkrada düzenlenen normu da ihlal ediyorsa o hâlde failin, sadece bu eylemin müstakil şekilde cezalandırıldığı 28'inci maddenin ikinci fıkrasından cezalandırılması gerekir. Çünkü teşebbüse ilişkin genel hükümler yardımcı ve tamamlayıcı bir nitelik taşır[48]. Zira bu hükümler ancak bir suçun tamamlanamadığı hâllerde suça ilişkin hükmün yanında uygulanma kabiliyetini haizdir[49]. Buna karşın, söz konusu 28'inci maddenin birinci fıkrasındaki suça teşebbüs niteliğindeki her hareketin de ilgili maddenin ikinci fıkrasındaki suça neden olmayacağını ifade etmek gerekir. Bu gerekçeyle, birinci fıkrada düzenlenen suça teşebbüs niteliğindeki eylemin ikinci fıkrada düzenlenen suçun tanımına uymadığı durumlarda, sorumluların birinci fıkrada düzenlenen suça teşebbüsten cezalandırılmaları gerekir.

6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen suça teşebbüs ise eğer hareket kısımlara ayrılabiliyorsa mümkündür. Sözgelimi vermek istediği bir ilan veya reklamda söz konusu maddede anılan kuruluşlar gibi faaliyet gösterdiği izlenimini yaratan ifadeler kullanılan tüzel kişinin görevlilerinin, eğer bu ilan veya reklam yayıma kabul edilmezse ilgili 28'inci maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen suça teşebbüsten sorumlu tutulmaları gerekir.

---

47 Bu konuda bkz Özgenç, Genel Hükümler (n 15) 190.

48 Kayıhan İçel, *'Suçların İçtimaı (Genel Bilgiler-Fikri İçtima-Müteselsil Suçlar-Görünüşte İçtima)'* (1. Baskı, Sermet Matbaası 1972) 213ff

49 Özgenç, Genel Hükümler (n 15) 545.

VI. İştirak

Kanunda tanımlanan haksızlığı gerçekleştirenler fail olarak sorumlu tutulurken suçun işlenişine katılmakla beraber bulundukları katkı kanuni suç tanımına uymayan suç ortakları şerik (azmettiren ve yardım eden) olarak sorumlu tutulurlar[50]. 6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin bir ve ikinci fıkralarında düzenlenen suçların iştirak hâlinde işlenmesi mümkündür.

6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen suç kesintisiz suç niteliğinde olduğu için, işlenmeye devam edildiği müddetçe bu suça iştirak edilebileceğini özellikle belirtmek gerekir. Ayrıca ilgili 28'inci maddede düzenlenen suçların bir tüzel kişilik bünyesinde işlenmesi hâlinde, suç teşkil eden eylemin gerçekleşmesine neden olanların, yaptıkları katkı göz önünde bulundurularak sorumluluk statülerinin belirlenmesi gerekir. Böylece tüzel kişinin tüm çalışanları fail olarak sorumlu tutulmayabilir. Çalışanların bir kısmının fail olarak bir kısmının şerik olarak sorumlu tutulması mümkün olduğu gibi bir kısım çalışanların hiç sorumlu tutulmaması da somut olayın şartlarına göre söz konusu olabilir. Burada önemli olan husus, tüzel kişinin görevlilerinin suçun işlenmesine bulundukları katkının tespit edilmesidir.

VII. İçtima

6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin bir ve ikinci fıkralarında düzenlenen suçlar arasındaki ilişkinin tespit edilmesi, ilgililerin ceza sorumluluğunun belirlenmesi açısından önem arz eder. Zira aynı kuruluş bünyesinde her iki fıkrada düzenlenen suçların birden işlenmesi söz konusu olabilir. Mesela ticaret unvanında izinsiz olarak elektronik para kuruluşu gibi faaliyet gösterdiği izlenimini yaratan bir ifade kullanan kuruluş aynı zamanda izinsiz elektronik para kuruluşu gibi faaliyet göstermiş de olabilir. Böyle durumlarda ilgililerin ceza sorumluluğu bahsi geçen 28'inci maddenin bir ve ikinci fıkrasında düzenlenen suçlar arasındaki ilişkiden yola çıkılarak belirlenecektir. Kanaatimizce, bu iki suç tipine ilişkin düzenlemeler arasında görünüşte içtimaın bir çeşidi olan "zımni nitelikte asal-yardımcı norm"[51] ilişkisi mevcut olduğunu kabul etmek gerekir[52]. Dolayısıyla, eğer bir kuruluş bünyesinde 28'inci maddenin hem birinci ve hem de ikinci fıkrasında düzenlenen suçlar işlenmiş ise faillerin, sadece birinci fıkrada asal norm olarak düzenlenen suçtan cezalandırılmaları gerekir. Faillerin yardımcı norm olarak ikinci fıkrada düzenlenen suçtan ayrıca cezalandırılmaları gerekmez. Dolayısıyla izinsiz sistem

[50] İzzet Özgenç, *'Suça İştirakin Hukukî Esası ve Faillik'* (1. Baskı, İstanbul Büyük Şehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği, 1996) 315-316; Artuk, Gökcen, Alşahin ve Çakır (n 17) 727; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *'Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler'* (11. Baskı, Seçkin 2020) 511; Koca ve Üzülmez (n 14) 450.

[51] Bu konuda bkz İçel, Suçların İçtiması (n 48) 213- 214.

[52] İzinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçu hakkında benzer tartışmayla karşılaştırmak için bkz Dursun (n 35) 212. 6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan suçun, birinci fıkrada düzenlenmiş olan suçun teşebbüs aşamasında kalmış şekli olduğu yönündeki görüş için bkz Güven (n 10) 458.

işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyet gösterme suçunun işlendiği durumlarda, aynı zamanda izinsiz sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyet gösterdiği izlenimi de yaratılmışsa buna neden olan eylemler, cezalandırılmayan önceki fiil olarak nitelendirilmelidirler.

6493 sayılı Kanun'da düzenlenen suçlardan biri ile TCK'da düzenlenen suçlardan birinin birlikte işlenebilmesi mümkündür. Bu bağlamda özellikle dolandırıcılık suçunun işlenmesi gündeme gelebilir. Sözgelimi izinsiz elektronik para ihraç etmek suretiyle dolandırıcılık suçu işlenmiş olabilir. 6493 sayılı Kanun'da, Bankacılık Kanunu'nun 161'inci maddesine benzer bir hüküm mevcut değildir[53]. 6493 sayılı Kanun'un tasarısıyla ilgili Plan ve Bütçe Komisyonu raporunda bu konuda, şartlarının gerçekleşmesi durumunda fikri içtima ilkesi gereğince, daha ağır cezaların bulunduğu TCK hükümlerinin tatbik edilmesinde bir engel bulunmadığı ifade edilmiştir[54]. Kanaatimizce, 6493 sayılı Kanun'da, Bankacılık Kanunu'nun 161'inci maddesine benzer bir hükme yer verilmesi daha isabetli olurdu.

6493 sayılı Kanun'un bu şekliyle, bu Kanun'da düzenlenen suçlardan birinin TCK'da düzenlenen suçlardan biriyle birlikte işlenmesi hâlinde, aynı hukuki değer ihlal edilmişse özel kanun olan 6493 sayılı Kanun'un hükümlerinin uygulanması gerekir. Çünkü bu hâlde özel norm-genel norm ilişkisi bakımından görünüşte içtima gündeme gelir. Ancak özel norm-genel norm ilişkisi için, her iki normla korunan hukuki değerin aynı olması gerekir[55]. Dolayısıyla görüldüğü üzere, bu durumda 6493 sayılı Kanun'da düzenlenen suçlardan biri ile TCK'da düzenlenen suçlardan birinin birlikte işlenmesi hâlinde şayet korunan hukuki değerler aynı ise daha hafif cezayı gerektirse dahi 6493 sayılı Kanun'da öngörülen ceza tatbik olunacaktır. Ancak işlenen suçlarla korunan hukuki değerler birbirinden farklıysa o hâlde gerçek içtima uygulanarak faile iki ayrı suçtan ceza verilmesi gerekir.

6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin bir ve ikinci fıkralarında düzenlenen suçların her ikisinin de seçimlik hareketli suçlar olduğuna işaret etmiştik. Bu suçların seçimlik hareketli suç niteliğinde olmasının sonucunda, bu suçlardan her birinin seçimlik hareketlerinden sadece bir tanesinin gerçekleştirilmesi o suçun işlenmesi için yeterli olacaktır. Çünkü seçimlik hareketli suçların özelliği, kanuni tarifte yer alan hareketlerden biriyle suçun işlenmesidir[56]. Dolayısıyla 6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinde düzenlenen suçlar bakımından da aynı husus geçerlidir. Seçimlik

---

53 *"Madde 161 — Bu Kanuna göre suç teşkil eden hareket ve fiiller başka kanunlara göre de cezayı gerektirdiği takdirde, failleri hakkında en ağır cezayı gerektiren kanun maddesi uygulanır. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun sorumluluğu gerektiren hükümleri saklıdır."*

54 TBMM, Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun Tasarısı ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/780), Sıra Sayısı: 473, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 3, 24. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss473.pdf> Erişim tarihi 5 Ocak 2022.

55 İçel, Suçların İçtimaı (n 48) 185; Özgenç, Genel Hükümler (n 15) 110.

56 Kayıhan İçel, 'Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu' (2008) 7 (14) *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 35, 44.

hareketli suçlarda fail tek bir hareketle yetinmeyerek birden çok harekette bulunduğu takdirde, gerçekte norm bir defa ihlal edildiğinden ve dolayısıyla ortada bir suç olduğundan, tek ceza verilir[57]. Çünkü böyle hâllerde aynı normun birden çok defa ihlal edilmesiyle ihlal sayısı kadar suç oluşması sadece görünüştedir (görünüşte içtima), oysa gerçekte norm sadece bir defa ihlal edilmiştir ve burada tüketen-tüketilen norm ilişkisi yönünden görünüşte içtima mevcuttur[58]. Buna karşılık, suçlardan birinin aynı seçimlik hareketinin birden fazla defa gerçekleştirilmesi hâlinde ise somut olayda diğer şartların da oluşması durumunda zincirleme suç söz konusu olabilir.

VIII. Yaptırım ve Kovuşturma Usulü

6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen suç açısından bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası öngörülmüştür. Bahsi geçen maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen suç açısından ise bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası öngörülmüştür. Görüldüğü üzere, suçların yaptırımı olarak hapis cezasıyla birlikte adli para cezası da hüküm altına alınmıştır.

Ayrıca söz konusu maddenin üçüncü fıkrasıyla, bir ve ikinci fıkralarda düzenlenen suçların bir iş yeri bünyesinde gerçekleştirilmesi durumunda ilgili işyerinin iki aydan altı aya kadar, tekerrür durumunda ise sürekli şekilde kapatılmasına dair karar verilebileceğine hükmedilmiştir. Dolayısıyla 28'inci maddede tanımlanan suçları işleyenler için ceza yaptırımının yanı sıra bir güvenlik tedbiri olarak iş yeri kapatma yaptırımı da öngörülmüştür. Ancak üçüncü fıkra hükmünün lafzından anlaşılacağı üzere, bu güvenlik tedbirinin uygulanması kanun koyucu tarafından hâkimin takdirine bırakılmıştır. Buna göre hâkim, somut olayın şartlarına göre iş yeri kapatma tedbirinin uygulanmasına karar verebilecektir. Burada şunu da eklemek gerekir ki, iş yeri kapatma tedbiri, sadece tüzel kişilere özgü güvenlik tedbiri olarak anlaşılmamalıdır. Tüzel kişilere bu tedbirin uygulanması mümkün olsa da tüzel kişiliği haiz olmayan kuruluşlar bünyesinde de 28'inci maddede anılan kuruluşlar gibi izinsiz faaliyet gösterilmiş veya faaliyet gösterildiği izlenimi yaratılmış olabilir. Bu durumda da ilgili faaliyeti gösteren işyerlerinin kapatılması gerekir.

6493 sayılı Kanun'un 37'nci maddesinin birinci fıkrasında, 28'inci maddede düzenlenen suçlara dair soruşturma ve kovuşturma gerçekleştirilmesinin Merkez Bankasının Cumhuriyet başsavcılığına yapacağı yazılı başvuru ile mümkün olduğuna hükmedilmiş ve ayrıca buradaki başvurunun niteliğinin muhakeme şartı olduğu belirtilmiştir. Gerçekten burada, Merkez Bankası tarafından yapılan yazılı başvurunun bir soruşturma ve kovuşturma şartı olarak düzenlendiği görülmektedir. 6493 sayılı Kanun kapsamındaki kuruluşların bu şekilde özel bir usule tabi tutulmasıyla hem

[57] ibid 44.

[58] İçel, Suçların İçtiması (n 48) 195, 198, 201.

denetim mekanizmasının etkinliğinin artırıldığı hem de yargının iş yükünün artmasının önüne geçildiği ifade edilmektedir[59]. Merkez Bankasının müracaatı üzerine yapılan soruşturmada, eğer bahsi geçen 28'inci maddede düzenlenen suçlardan birinin işlendiği konusunda yeterli delile ulaşılırsa iddianame düzenlenir ve mahkeme de iddianameyi kabul edilebilirlik bakımından serbestçe değerlendirebilir.

Sonuç

6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin birinci fıkrasında izinsiz sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyet gösterme suçu, ikinci fıkrasında ise izinsiz sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu faaliyeti gösterdiği izlenimini yaratma suçu düzenlenmiştir. Suçlarla korunan hukuki değer, finansal sistemin istikrarı ve güvenliğidir. Kanuni tarifte yer alan fiili gerçekleştiren herkes bu suçların faili olabilirken suçların mağduru ise toplumu oluşturan herkestir. İlgili 28'inci maddenin birinci fıkrasında düzenlenen suç, "6493 sayılı Kanun'a göre alınması gereken izinleri almaksızın sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyet göstermek" fiili ile işlenirken ikinci fıkrada düzenlenen suç ise "6493 sayılı Kanun'a göre alınması gereken izinleri almaksızın ticaret unvanlarında, her türlü belgelerde, ilan ve reklamlarda veya kamuoyuna yaptıkları açıklamalarda sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyet gösterdiği izlenimini yaratacak söz ve deyimleri kullanmak" fiili işlenebilir. Ödeme ve elektronik para kuruluşu faaliyetlerinin belirlenmesi açısından bazı konularda 6493 sayılı Kanun ile Merkez Bankasına yetki verilmiş olması kanaatimizce suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile çelişmektedir. İlgili 28'inci maddede düzenlenen suçlar, Kanun'da düzenleniş şekilleri itibarıyla sadece doğrudan kastla işlenebilirler. Suçların taksirle işleniş şekline 6493 sayılı Kanun'da yer verilmemiştir. Ancak özellikle, izin alma yükümlülüğüne ilişkin hatanın mevcut olduğu hâllerde, gerekli dikkat ve özeni göstermediği için yanılgıya düşen kişilerin de cezalandırılabilmesi adına, Alman Ödeme Hizmetleri Denetimi Kanunu'nda (ZAG §63 Abs 3) olduğu gibi, suçların taksirle işleniş şekillerine de 6493 sayılı Kanun'da yer verilmesi isabetli olacaktır. Çünkü bahsi geçen izinsizlik hususu, tipikliğe dahil olduğu için, failin kastının tipikliğe dahil olan bu unsuru da kapsaması gerekir. Dolayısıyla izin alma yükümlülüğüne ilişkin bir hata, unsur yanılgısı olarak değerlendirilir. Bu sebeple böyle bir durumda failin kastı bertaraf olur.

6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen suç kesintisiz bir suç olduğu için, suçun tamamlanma anına kadar suça teşebbüse ilişkin hükümlerin uygulanması mümkündür. Bahsi geçen maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen suça teşebbüs ise eğer hareket kısımlara ayrılabiliyorsa mümkündür. Bu suçların iştirak hâlinde işlenmesi de mümkündür. 6493 sayılı Kanun'un 28'inci

[59] Ersan Şen, *'Yorumluyorum-XII'* (1. Baskı, Seçkin 2016) 220.

maddesinin bir ve ikinci fıkralarında düzenlenen iki suç tipi arasında zımni nitelikte asal-yardımcı norm ilişkisi vardır. Bu sebeple eğer 28'inci maddenin hem birinci ve hem de ikinci fıkrasında düzenlenen suç işlenmiş ise ilgililerin, sadece birinci fıkrada yer alan suçtan cezalandırılmaları gerekir. Ayrıca gerçekleştirilen hareketin 6493 sayılı Kanun'da düzenlenen suçlardan biriyle birlikte TCK'da düzenlenen suçlardan birini teşkil etmesi hâlinde, aynı hukuki değerin ihlal edilmesi şartıyla, özel kanun olan 6493 sayılı Kanun'un hükümlerinin uygulanması gerekir. Bu durum bahsi geçen 28'inci madde için de geçerlidir. Buna ek olarak, ilgili 28'inci maddede düzenlenen suçlar seçimlik hareketli suçtur ve dolayısıyla, bu suçlardan her birinin seçimlik hareketlerinden sadece bir tanesinin gerçekleştirilmesi o suçun işlenmesi için yeterli olacaktır. Bahsi geçen 28'inci maddede düzenlenen suçlara dair soruşturma ve kovuşturma gerçekleştirilmesi Merkez Bankasının Cumhuriyet başsavcılığına yapacağı yazılı başvuru ile mümkündür. Buradaki başvuru niteliği itibarıyla bir muhakeme şartıdır. 28'inci maddenin birinci fıkrasında düzenlenen suç açısından bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası, ikinci fıkrasında düzenlenen suç açısından ise bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası öngörülmüştür.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.
Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.
Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.
Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.
Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

Artuk ME, Gökcen A, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Adalet 2019).

Aygün Eşitli E, 'Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi' (2013) 104 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 225-246.

Danwerth C, 'The Regulation of Bitcoin and Other Virtual Currencies under Japanese Law in Comparative Perspective' (2018) *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* 117-155.

Dursun S, *'Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar'* (1. Baskı, Seçkin 2006).

Dursun S, 'Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar' iç Celal Ülgen ve Coşkun Ongun (edr), *Banka ve Finans Hukuku* (İstanbul Barosu 2009).

Ertem B, 'İzinsiz Bankacılık Faaliyetinde Bulunma Suçu' (2019) 4 (2) *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 363-397.

Feger A, 'CB-Beitrag: Compliance-Management für Zahlungsinstitute und E-Geld-Institute' (2020) *Compliance Berater* 405-411.

Gesetz über die Beaufsichtigung von Zahlungsdiensten (Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz-ZAG) <http://www.gesetze-im-internet.de/zag_2018/> Erişim tarihi 10 Şubat 2022.

Göktürk N, 'Suçun Yasal Tanımında Yer Alan "Hukuka Aykırılık" İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon' (2016) 7 (1) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 407-450.

Güncel Türkçe Sözlük <https://sozluk.gov.tr/> Erişim tarihi 5 Ocak 2022.

Güven Ç, '6493 Sayılı Kanunda İdari ve Cezai Sorumluluk' (2014) 3 *Ankara Barosu Dergisi* 451-461.

Hakeri H, *'Ceza Hukuku Genel Hükümler'* (22. Baskı, Adalet 2019).

İçel K, *'Suçların İçtimaı (Genel Bilgiler-Fikri İçtima-Müteselsil Suçlar-Görünüşte İçtima)'* (1. Baskı, Sermet Matbaası 1972).

İçel K, 'Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu' (2008) 7 (14) *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 35-49.

Karakehya H, 'İzinsiz Bankacılık Faaliyetinde Bulunma Suçu' (2008) 66 (1) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 63-86.

Koca M ve Üzülmez İ, *'Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler'* (13. Baskı, Seçkin 2020).

Lutz P, 'Regulatorische Herausforderung von Bezahlsystemen: PayPal & Co' (2017) *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* 177-188.

Omlor S, 'Kryptowährungen im Geldrecht' (2019) 183 *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht* 294-345.

Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *'Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler'* (11. Baskı, Seçkin 2020).

Özen M, '*Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler'* (3. Baskı, Adalet 2019).

Özgenç İ, '*Suça İştirakin Hukukî Esası ve Faillik'* (1. Baskı, İstanbul Büyük Şehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği, 1996).

Özgenç İ, *'Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler'* (17. Bası, Seçkin 2021).

Payment Services Directive 2007/64/EC, PSD-1 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32007L0064> Erişim tarihi 5 Ocak 2022.

Payment services Directive (EU) 2015/2366, PSD-2 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32015L2366> Erişim tarihi 10 Şubat 2022.

Şen E, '*Yorumluyorum-XII'* (1. Baskı, Seçkin 2016).

TBMM, Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun Tasarısı ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/780), Sıra Sayısı: 473, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 3 <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss473.pdf> Erişim tarihi 10 Şubat 2022.

Taşpunar Altuntaş S, 'E Harfi ile Başlaya Finansal Kavramlar' iç Aysel Gündoğdu (ed), *Finansın Temel Kavramları* (Gazi 2018).

Yurtçiçek MS, *'Hukuki Açıdan Elektronik Para'* (2. Baskı, Seçkin 2015).

2008 Yılı Ulusal Programı <https://www.ab.gov.tr/_42260.html> Erişim tarihi 5 Ocak 2022.