

**ANKARA YEMİNLİ MALİ MÜŞAVİRLER ODASI**  
**Mevzuat İzleme ve Değerlendirme Komisyonu Kararı**

**Karar Tarihi** : 26.01.2017  
**Karar Sayısı** : 2017 / 195 - 01

**Anahtar Kelimeler :**

Tefecilik, Ödünç Para Verme, Emsallere Uygunluk İlkesi, Tüketim Ödücü, Gabin, Müsadere, Haksız Kazanç.

**İlgili Kanun Maddeleri:** 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nun 52.Maddesi; 6802 sayılı Gider Vergileri Kanunu'nun 28.Maddesi; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 241, 242, 20, 60 ve 7.Maddeleri; 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 13. Maddesi; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 202, 358, 395. Maddeleri, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 26, 386, 687. Maddeleri; 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun, Anayasa'nın 48. Maddesi, 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında KHK Md.2

**Özet:** 13.12.2012 tarihinde 28496 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 6361 sayılı "**Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu**" ile 90 sayılı KHK yürürlükten kaldırılmış ve finansman işlemlerinin bu tarihten itibaren sadece bu kanun hükümlerine göre düzenlenmesi hükme bağlanmıştır.

90 sayılı KHK'da tüzel kişilerin ilişkili kişilerine borç para verme işlemlerinin tefecilik suçu sayılmayacağına dair düzenleme varken, bu KHK'yi mülga eden 6361 sayılı Kanunda bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemesi nedeniyle holdinglerin bağlı ortaklıklarına, şirketlerin ortaklarına faiz karşılığı olsun yada olmasın borç para vermesi tefecilik suçu oluşturabileceği, şeklinde bir algı oluşmaya başlamıştır.

Mevcut bu yasal çerçeve içerisinde, tüzel kişilerin ilişkili kişilerine borç verme işlemlerinde tefecilik suçunun oluşup, oluşmayacağı hakkında Komisyonumuzdan görüş istenmesi üzerine Komisyonumuz tarafından gerekli değerlendirmeler yapılmıştır.

**1-İNCELEMENİN KONUSU:**

Holding şirketlerin bağlı ortaklıklarına, şirketlerin ortaklarına borç verme işlemleri de dahil olmak üzere her türlü finansman işlemleri 13.12.2012 tarihine kadar 6009 sayılı Kanun'un 1.maddesiyle değiştirilen ve 01.08.2010 tarihinden itibaren yürürlüğe giren 6802 sayılı Gider Vergileri Kanunu'nun 28.maddesinin üçüncü fıkrası gereği **90 sayılı Kanun Hükmünde Kararname** hükümlerine göre düzenlenmekte idi.

13.12.2012 tarihinde 28496 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 6361 sayılı "**Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu**" ile 90 sayılı KHK yürürlükten kaldırılmış ve finansman işlemlerinin bu tarihten itibaren sadece bu kanun hükümlerine göre düzenlenmesi hükme bağlanmıştır.

90 sayılı KHK'da tüzel kişilerin ilişkili kişilerine borç para verme işlemlerinin tefecilik suçu sayılmayacağına dair düzenleme varken, bu KHK'yi mülga eden 6361 sayılı Kanunda bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiş ve buna bağlı olarak da bu tarihten itibaren tefecilik suçu sadece Türk Ceza Kanunu'ndaki hükümlere göre değerlendirilmek durumunda kalmıştır.

Bunun sonucunda da, holdinglerin bağlı ortaklıklarına, şirketlerin ortaklarına faiz karşılığı olsun yada olmasın borç para vermesinin tefecilik suçu oluşturabileceği, şeklinde bir algı oluşmaya başlamıştır. Oluşan bu yasal çerçeve içerisinde, tefecilik suçunun oluşup, oluşmayacağı konusunun değerlendirilmesi istenilmekte olup, Komisyonumuzca gerçekleştirilen çalışma ve incelemeler ile değerlendirme sonucunda oluşturulan görüş ve önerilere aşağıda ilgili bölümde yer verilmiştir.

## **2-YAPILAN ÇALIŞMA VE İNCELEMELER:**

Konuya ilişkin incelemeler ilgili mevzuat, özelgeler ve yargı kararları çerçevesinde yürütülmüştür.

### **2.1. İLGİLİ MEVZUAT:**

Mevzuat kapsamında 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nun, 6802 sayılı Gider Vergileri Kanunu'nun , 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun, 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanunun ilgili maddeleri ile Anayasa'nın 48. Maddesi ile 90 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun gereği yayınlanan 32 Sayılı Karar'ın ilgili maddeleri, Maliye Bakanlığı'nın Özelgelerine, Yargıtay'ın konu ile ilgili bazı kararlarına yer verilmiştir.

#### **2.1.1. İLGİLİ KANUN HÜKÜMLERİ**

13.12.2012 tarih ve 28496 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 6361 sayılı "**Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu**"nun 52.maddesi aşağıdaki gibidir.

**MADDE 52 – (1)** 10/6/1985 tarihli ve 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu ile 30/9/1983 tarihli ve 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ek ve değişiklikleri ile birlikte yürürlükten kaldırılmıştır.

(2) Diğer kanunlarda, 3226 sayılı Kanun ile 90 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye yapılan atıflar, bu Kanunun ilgili maddelerine yapılmış sayılır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun konuya ilişkin 241, 242, 20, 60 ve 7. Maddelerinin ilgili hükümleri aşağıdaki gibidir.

*“Tefecilik*

**Madde 241-** (1) Kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.”

*“Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması*

**Madde 242-** (1) Bu bölümde yer alan suçların işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.”

*Ceza sorumluluğunun şahsiliği*

**Madde 20-** (1) Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz. (2) Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırım uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.

*Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri*

**Madde 60-** (1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir. (2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.

*Zaman bakımından uygulama*

**Madde 7-** (2) Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.

## **2.1.2. 6361 SAYILI KANUN İLE YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILAN 90 SAYILI KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMEDE YER ALAN HÜKÜMLER:**

90 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin konuyla ilgili maddelerinden 2. Maddesi aşağıdaki gibidir.

*“İkrazatçılar, finansman şirketleri ve faktöring şirketleri bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine tabidir.*

*Bankalar, sigorta şirketleri ve özel kanunlarına göre ödünç para vermeye yetkili kılınan kuruluşlar ile tüzel kişilerin doğrudan veya ortak veya iştirakleri vasıtasıyla dolaylı olarak ortaklık ilişkisi içinde bulundukları diğer tüzel kişilere ödünç para vermeleri ve Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri çerçevesinde yetkili kurum ve kuruluşlarca yapılan işlemler hakkında bu Kanun Hükmünde Kararname hükümleri uygulanmaz.”*

Kararnamenin 9. Maddesi aşağıdaki gibidir.

*“Bu Kanun Hükmünde Kararname uyarınca ikrazatçılık yapmak üzere izin alınmadan, faiz veya her ne ad altında olursa olsun, bir ivaz karşılığı veya ipotek almak suretiyle, ödünç para verme işlemlerinin yapılması veya bu işlerin meslek ittihaz edilmesi ve Kanun Hükmünde Kararname uyarınca alınan ikrazatçılık izni iptal edildiği halde ödünç para verme işlerine devam edilmesi, tefecilik sayılır.”*

### 3. KONUNUN TARTIŞILMASI VE DEĞERLENDİRİLMESİ:

İlgili mevzuat ve yargı kararları dikkate alınarak aşağıdaki değerlendirme yapılmış ve önerilerde bulunulmuştur.

#### 3.1.KOMİSYONUMUZUN DEĞERLENDİRMESİ:

Holding şirketlerin bağlı ortaklıklarına, şirketlerin ortaklarına borç verme işlemleri de dahil olmak üzere her türlü finansman işlemleri 13.12.2012 tarihine kadar 6009 sayılı Kanun'un 1.maddesiyle değiştirilen ve 01.08.2010 tarihinden itibaren yürürlüğe giren 6802 sayılı Gider Vergileri Kanunu'nun 28.maddesinin üçüncü fıkrası gereği **90 sayılı Kanun Hükmünde Kararname** hükümlerine göre düzenlenmekte idi.

90 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 2. Maddesinde ;

*“ İkrizatçılar, finansman şirketleri ve faktöring şirketleri bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine tabidir.*

*Bankalar, sigorta şirketleri ve özel kanunlarına göre ödünç para vermeye yetkili kılınan kuruluşlar ile tüzel kişilerin doğrudan veya ortak veya iştirakleri vasıtasıyla dolaylı olarak ortaklık ilişkisi içinde bulundukları diğer tüzel kişilere ödünç para vermeleri ve Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri çerçevesinde yetkili kurum ve kuruluşlarca yapılan işlemler hakkında bu Kanun Hükmünde Kararname hükümleri uygulanmaz.”*

Denilerek, **Tüzel Kişilerin** doğrudan veya ortak veya iştirakleri vasıtasıyla dolaylı olarak ortaklık ilişkisi içinde bulundukları diğer tüzel kişilere **ödünç para vermeleri** kararname kapsamı dışına çıkarılmış idi. Dolayısıyla, holding şirketlerin bağlı ortaklıklarına, şirketlerin ortaklarına, iştiraklerine veya doğrudan veya dolaylı olarak ortaklık ilişkisi olduğu şirketlere kazanç (faiz, komisyon..v.b.) karşılığında borç vermeleri mümkündü.

Ayrıca, aynı kararnamenin 9. Maddesinde ;

*Bu Kanun Hükmünde Kararname uyarınca ikrazatçılık yapmak üzere izin alınmadan, faiz veya her ne ad altında olursa olsun, bir ivaz karşılığı veya ipotek almak suretiyle, ödünç para verme işlemlerinin yapılması veya bu işlerin meslek ittihaz edilmesi ve Kanun Hükmünde Kararname uyarınca alınan ikrazatçılık izni iptal edildiği halde ödünç para verme işlerine devam edilmesi, tefecilik sayılır.*

Denilerek, ödünç para verme işlerinin **meslek olarak yani devamlı yapılması halinde tefecilik suçunu oluşturacağı,** dolayısıyla, tüzel kişilerin arızı olarak yaptığı borç verme işlerinin tefecilik sayılamayacağı hükme bağlandığından, yapılan borç verme işlemleri ile ilgili olarak herhangi bir sıkıntı yaşanmamıştır.

Ancak, 13.12.2012 tarih ve 28496 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 6361 sayılı **"Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu"**nun 52.maddesi gereğince faizden para kazanmak için ödünç para verme işleriyle uğraşan gerçek ve tüzel kişilerin (ikrazatçıların) faaliyetlerinin düzenlenmesi ve denetlenmesi amacıyla 06.10.1983 tarih ve 18183 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 90 sayılı KHK yürürlükten kaldırılmış ve

bu tarihten itibaren ise **Tüzel Kişilerin** doğrudan veya ortak veya iştirakleri vasıtasıyla dolaylı olarak ortaklık ilişkisi içinde bulundukları diğer tüzel kişilere **ödünç para vermeleri** ile verdiği borçlara faiz uygulayıp, uygulayamayacağına bu kanuna göre karar verilmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır.

Bu kanun değişikliğinden sonra, **5411 sayılı Bankacılık Kanunu** ve **6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu** gereğince, kazanç elde etme amacıyla ödünç para verebilecek olanlar; bankaların yanı sıra, finansal kiralama, faktoring ve finansman şirketleri olarak tanımlanmış, ikrazatçılık ise tamamen kaldırılmıştır. Dolayısıyla, 2012 yılından itibaren, bu kanun gereği, kazanç elde etme amacıyla ödünç para verebilecek olanlar; bankaların yanı sıra, finansal kiralama, faktoring ve finansman şirketleri olarak sınırlanmıştır.

Ayrıca, bu kanunda grup içi borçlanmalara ivaz veren **90 sayılı KHK'** nin yukarıda detaylarını verdiğimiz 2. ve 9. maddelerinin yerini tutacak hükümlerin de yer almaması ve şu ana kadar iptal edilen düzenlemenin yerine geçen yeni bir yasal düzenleme de yapılmaması nedeniyle, tüzel kişilerin hissedarlara ödünç para kullandırılması işlemlerinin tefecilik sayılıp sayılmayacağı hususunda bir belirsizlik gündeme gelmiştir.

6361 sayılı Kanunda 90 sayılı KHK' nin aksine tefecilikle ilgili herhangi bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, tefecilik suçunun unsurları ve oluşum şartları için Türk Ceza Kanunu'na bakılması gerekecektir. Ancak, Türk Ceza Kanunu'ndan önce, tüzel kişilerin borç verebilmelerine imkan veren diğer kanunlarda yer alan düzenlemelere bakılması gereklidir.

#### **Kurumlar Vergisi Kanunu' nda Yer Alan Hükümler :**

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 13. Maddesine göre, kurumlar, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunursa, kazanç tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılır. Alım, satım, imalat ve inşaat işlemleri, kiralama ve kiraya verme işlemleri, **ödünç para alınması ve verilmesi**, ikramiye, ücret ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemler her hal ve şartta mal veya hizmet alım ya da satımı olarak değerlendirilir.

Madde ile ödünç para alınması ve verilmesi ile ilgili açıklama yapılarak, bir anlamda firmalar açısından grup firmalarıyla **emsallere uygunluk ilkesine** dikkat edilmesi şartıyla, ödünç para alıp verme işleminde bulunulmasının olağan ticari hayatta karşılaşılabilecek, hukuken kabul edilmiş bir işlem olarak dikkate alındığı vurgulanmaktadır.

Maliye Bakanlığı, grup şirketlerinin birbirine ödünç para verme işlemlerini 90 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname yürürlükten kaldırıldıktan sonra dahi bir çeşit finansman hizmeti olarak tanımlamayı ve değerlendirmeyi sürdürmüştür. Konu ile ilgili yakın dönemde Maliye Bakanlığı tarafından verilen görüşlerden bazı örnekler aşağıdaki gibidir:

**T.C. Maliye Bakanlığı, Gelir İdaresi Başkanlığı, 20.06.2013 tarih ve 70280967-105[323-2012/12]-111 sayılı özelgesi**

*“.....Bu çerçevede, şirketinizin tahvil ihraç etmek suretiyle temin ettiği borcun bir kısmının grup şirketlerine aktarılması işlemi, ilişkili kişiye sunulan bir finansman hizmeti olup kredi ile ilgili her türlü masraf ve faizi doğrudan doğruya grup şirketlerinin üstlenmesi, şirketiniz tarafından herhangi bir masrafa katlanılmaması veya finansman hizmetinin şirketiniz faaliyet konuları arasında bulunmaması yapılan işlemin mahiyetini değiştirmemektedir. Söz konusu finansman hizmetinin ilişkisiz bir gerçek kişi veya kuruma verilmesi durumunda verilen hizmet karşılığı ilişkisiz kişiden bir bedel talep edileceğinden, bu hizmetin ilişkili kişiye verilmesi durumunda da verilen hizmet karşılığı bir bedelin talep edileceği tabiidir.*

*Dolayısıyla, şirketiniz tarafından tahvil ihraç etmek suretiyle temin edilen borcun bir kısmının grup şirketlerine kullanılması durumunda, finansman hizmetine ilişkin bedelin, Kurumlar Vergisi Kanununun 13 üncü madde hükmü ile 1 seri no.lu Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğde yapılan açıklamalara göre belirlenmesi gerekmektedir.”*

**T.C. Maliye Bakanlığı, Gelir İdaresi Başkanlığı, 06.08.2013 tarih ve 38418978-125[12-12/1]-862 sayılı özelgesi**

*“.....Bu çerçevede, şirketinizin ortaklarından olan alacaklarına emsallere uygun bir faiz uygulanması ve aylık dönemler itibariyle ortaklara fatura edilen bu faiz tutarlarının tahakkuk esası gereği kurum kazancına dahil edilerek vergilendirilmesi gerekmektedir.”*

**T.C. Maliye Bakanlığı, Gelir İdaresi Başkanlığı, 06.09.2013 tarih ve 39044742-KDV.24-1447 sayılı özelgesi**

*“.....ana ortak veya ilişkili firmalar arasındaki borç verme işlemleri, KDV Kanununun 1/1 inci maddesine göre finansman hizmeti olarak değerlendirilmekte ve bu işlemler nedeniyle hesaplanacak faiz tutarları KDV ye tabi bulunmaktadır.”*

Konu ile ilgili yukarıda özetlenen özelgelerden de anlaşılacağı üzere, Maliye Bakanlığı, grup şirketleri arasında gerçekleştirilen ödünç para verme işlemlerini finansman temini olarak değerlendirmeye ve söz konusu işlemlere emsallere uygunluk ilkesi çerçevesinde faiz uygulanarak fatura edilmesi gereğine dikkat çekmeye devam etmektedir. Bu anlamda vergi kanunlarının grup firmaları arası borç alıp verme işlemlerini yasal bir işlem olarak gördüğü ortadadır.

**6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Yer Alan Hükümler :**

6102 Sayılı Ticaret Kanunu’nun 358. maddesinde “Pay sahipleri, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek

akçelerle birlikte karı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça şirkete borçlanamaz” hükmü ile kurumun kendi ortaklarıyla belli şartları sağlayarak, borç alışverişinde bulunabileceği belirtilmiştir.

202. madde de ise, hakimiyetin kullanılması ile ilgili hükümlere yer verilmiş ve ;

*“Hakim şirket, hakimiyetini bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde kullanamaz. Özellikle bağlı şirketi, iş, varlık, fon, personel, alacak ve borç devri gibi hukuki işlemler yapmaya; karını azaltmaya ya da aktarmaya; malvarlığını aynı veya kişisel nitelikte haklarla sınırlandırmaya; kefalet, garanti ve aval vermek gibi sorumluluklar yüklenmeye; ödemelerde bulunmaya; haklı bir sebep olmaksızın tesislerini yenilememek, yatırımlarını kısıtlamak, durdurmak gibi verimliliğini ya da faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler almaya yahut gelişmesini sağlayacak önlemleri almaktan kaçınmaya yönelmez...”*

denildikten sonra, 395. maddenin 3.fıkrasında yer alan **“202 nci madde hükmü saklı kalmak şartıyla, şirketler topluluğuna dahil şirketler birbirlerine kefil olabilir ve garanti verebilirler”** hükmü ile 202. Madde deki hükümlere dikkat edilerek, Ticaret Kanunu’nun pek çok maddesinde grup firmalarıyla borç alıp verme, garanti, kefalet gibi işlemlerin yapılabilir, muteber birer hukuki işlem şeklinde örtülü olarak kabul edildiği görülmektedir.

#### **Borçlar Kanunu’nda Yer Alan Hükümler :**

Borçlar Kanunu’nun beşinci bölümünde yer alan 379-392’nci maddeleri ödünç sözleşmeleri ile ilgilidir. Kanunun 386 ve izleyen maddelerinde Tüketim Öduncü konusu düzenlenmiştir. 387. maddenin ikinci cümlesinde **“ticari tüketim öduncü sözleşmesinde taraflarca karşılaştırılmamış olsa bile faiz istenebilir”** denilerek, borçlanmaya imkan sağlanmaktadır.

#### **Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında Kanun’da Yer Alan Hükümler :**

Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun hükümleri uyarınca, yayınlanan 32 sayılı karara ilişkin 2008/32-34 sayılı Tebliğ’in 11. maddesinin 12. fıkrasında; **“Türkiye’de yerleşik kişilerce yurt dışında pay sahibi olduğu ortaklıklara, yurt dışındaki ana şirkete ve grup şirketlerine döviz veya Türk Lirası kredi açılabilir.”** denilerek, Türkiye’de yerleşik kişilerin yurt dışında pay sahibi olduğu ortaklıklara, yurt dışındaki ana şirkete ve grup şirketlerine döviz veya Türk Lirası kredi açılabilmesi hükme bağlanmıştır. Bu hükümle, Türkiye’de mukim bulunan şirketlerin yurt dışındaki ortak, ana şirket ve grup şirketleri ile ödünç işlemleri yapmasına kambiyo mevzuatı kapsamında izin verilmiştir.

6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu ile 90 Sayılı KHK yürürlükten kaldırılmış olsa da, yukarıda sayılan kanunlar mevcut uygulamanın devamına imkan vermektedir.

Kanun koyucu, yukarıdaki kanuni düzenlemeler ile şirketlere ilişkili kişilerine borç para verebileceğine dair düzenlemeler yapıp, hatta daha da ileri gidip, bu borç para verme

işlemlerinde faizin nasıl hesaplanacağına, nasıl vergilendirileceğine dair düzenlemeler yaparken; diğer taraftan başka bir kanuni düzenleme ile bu borç para verme işlemini tefecilik suçu olarak değerlendirmesi ciddi bir tezattır ve adaletli bir davranış değildir.

Her ne kadar söz konusu 6361 sayılı kanun metinleri sadece lafzi olarak değil, günlük ve ticari hayatın olağan akışı ve düzenlemelerin ruhu açısından değerlendirildiğinde, şirketlerin ilişkili kişilerine verdiği borçlar için emsaline uygun şekilde hesaplayacağı faizler açısından sorun bulunmadığı sonucuna varılsa da, 90 sayılı K.H.K.’nin yürürlükten kaldırılması nedeniyle tefecilik işlemlerinin tanımlandığı tek kanunun olarak Türk Ceza Kanununun kalması tereddütler yaratmaktadır.

90 sayılı K.H.K.’nin yürürlükten kaldırılmasından sonra, 6361 sayılı Kanunda tefecilik suçuna dair herhangi bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, tefecilik suçunun unsurları ve oluşum şartları için Türk Ceza Kanunu’na bakılması gerekecektir.

### **TÜRK CEZA KANUNU AÇISINDAN TEFEÇİLİK İŞLEMLERİ**

12.10.2004 tarih ve 25611 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 241. Maddesinde **“Tefecilik”** suçu düzenlenmiş olup, madde metni aşağıdaki gibidir.

*“Tefecilik*

**Madde 241-** (1) *Kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.”*

Kanunun 242.maddesi ise aşağıdaki gibidir.

*“Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması*

**Madde 242-** (1) *Bu bölümde yer alan suçların işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.”*

241. ve 242. Maddenin birlikte incelenmesi halinde görüleceği üzere ;

- 90 sayılı KHK’da ödünç para verme işi izinsiz, devamlı suretle ve mutad meslek halinde yapılması hali tefecilik olarak tanımlanmışken, yeni ceza kanununda **bir kere dahi olsa kazanç elde etmek amacıyla ödünç para verilmesi** işlemi tefecilik olarak kabul edilmiştir.

- Söz konusu madde gerçek kişiler için uygulanabildiği gibi tüzel kişiler içinde uygulanabilecektir.

Yine Kanunun 20/2. Maddesinde, *“Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla Kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.”* Denilmekte, 60.Maddesin de ise, tüzel kişiler için uygulanacak güvenlik tedbirleri ;

*“(1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması*



suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir.

(2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.

(3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hakim bu tedbirlere hükmetmeyebilir.

(4) Bu madde hükümleri Kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır.”

Şeklinde sıralanmıştır.

Yukarıdaki kanun maddelerinin beraber incelenmesi halinde anlaşılabileceği üzere; Bir tüzel kişi yararına olarak tefecilik suçunun işlenmesi halinde T.C.K. Madde 242’de yer alan özel hüküm sebebiyle tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirleri uygulanabilecektir. Buna göre tefecilik suçunu işleyen şirketin ;

- Lisans alarak faaliyette bulunuyor ise lisansı iptal edilebilir.
- TCK 60/2. Madde uyarınca, *müsadere (el koyma)* hükümleri uygulanabilir.

Tefecilik suçuna ilişkin olarak müsadere hükümlerinin uygulanmasında paranın tamamının mı yoksa sadece alacak faizi teşkil eden kısmının mı güvenlik tedbiri kapsamına gireceği belirsizdir.

Ayrıca tüzel kişi hakkında ceza yaptırımını uygulanamayacağından dolayı, 241. Maddedeki cezai yaptırım, tüzel kişiyi fiilen yöneten veya imzası ile tüzel kişiyi temsil eden kişiler ile suç teşkil eden işlemi gerçekleştiren çalışanlar hakkında uygulanabilecektir. Bunun sonucunda da, tüzel kişi adına suç işlenmesi halinde, şirket yönetim kurulu üyelerinin yanı sıra, şirketin borç para verme işleri ile ilgilenen finansman müdürü, muhasebe müdürü v.b. sanık olabilecektir.

## **TÜRK CEZA KANUNUNUN TEFEÇİLİKLE İLGİLİ 241.MADDESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

### **TEFEÇİLİK SUÇUNUN MAHİYETİ**

1.Türk Ceza Kanunu,<sup>1</sup> tefecilik suçu ve bu suça ilişkin uygulanacak cezayı, “İkinci Kitabın” “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmının dokuzuncu bölümünde “Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar” kapsamında düzenlenmiştir.<sup>2</sup> Madde başlığı “tefecilik” olan söz konusu Kanun hükmü, aynen “Kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.” şeklindedir.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> 26.09.2004 tarih ve 5327 sayılı Kanun.

<sup>2</sup> Bu bağlamda, “ihaleye fesat karıştırma (md. 235)”, “edimin ifasına fesat karıştırma (md. 236)”, “fiyatları etkileme (md. 237)”, “kamuya gerekli olan şeylerin yokluğuna neden olma (md. 238)”, “ticari sır bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeleri açıklama ve bu sırların açıklanmasını zorlama (md. 239)”, “mal ve hizmet satmaktan kaçınma (md. 240)” ve “tefecilik (md. 241)” suçlarına yer verilmiş ve ayrıca bu suçlara ilişkin “ortak bir hüküm (md. 242)” vazedilmiştir.

<sup>3</sup> TCK md 241.

1.1.Hükme göre tefecilik suçunun maddi unsuru,<sup>4</sup> “kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para vermektir”. Kanuna göre suçun maddi unsurunun tekemmül edebilmesi için,

-Başkasına ödünç para verilmiş olmalı,

-Ödünç para verme eylemi, kazanç elde etme amacına hizmet etmelidir.

Buna göre kazanç elde etme amacına hizmet etmeyen “başkasına ödünç para verme” eylemi, tefecilik suçunu oluşturmaz. Öngörülen bu hükümle tefecilik suçu, “toplumda ekonomik, sınaî ve ticari hayatın güven içinde, serbest rekabet esaslarına uygun şekilde çalışmasını” engelleyebilecek nitelikte görülmüştür.

1.1.1.Hükmün madde başlığı “tefecilik” olmasına rağmen, hükümde tefecilik kavramı geçmemekte, suçun maddi unsuru “kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para verme” biçiminde tanımlandığından, tefecilik eylemi de de suçun maddi unsuru şeklinde tanımlanmış olmaktadır.<sup>5</sup> Bu yaklaşım 6361 sayılı Kanunun 52. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış olan “Ödünç Para Verme İşleri Hakkındaki KHK” hükmünde de mevcuttur.<sup>6</sup> Ancak 6361 sayılı Kanun, sadece finansal kiralama, faktoring ve finansman şirketlerini düzenlemiş olduğundan tefeciliğin yasalarca yapılmış bir tanımı da kalmamıştır.<sup>7</sup> Bununla beraber tefeciliğin yasal anlamı, hukuk düzenimizdeki yerini aldığından, bu tarihten sonra işlenen fiiller açısından da geçerli olduğunu ileri sürenler de vardır.<sup>8</sup>

1.1.2.Tefecilik suçunda tipik fiil, “maddî kazanç elde edilmek amacıyla belli bir vadeye bağlı olarak bir miktar paranın verilmesidir.” Bu kazanç elde etme eylemi doktrinde tek bir eylem olarak değerlendirilmemekte, cezalandırılmak istenen fiilin “salt ödünç para verme” eylemi olmadığı, aksine “tefecilik yapmak” olduğu ileri sürülmektedir. Bu itibarla tefecilik suçu bir süreklilik gerektiren “meslek suçu” olarak nitelendirilmektedir. Ancak Yargıtay, konuya hükmün lafzına bağlı kalarak yaklaşmakta, doktrinin aksi yönünde kararlar vermektedir.<sup>9</sup>

<sup>4</sup> Cezayı gerektiren Suçun maddi unsuru, kişilerin kanuna aykırı davranışları olarak tanımlanır.

<sup>5</sup> TDK Tefecilik, “tefecinin işi, faizcilik, murabaha, murabahacılık” ve “Aracı kurumların dışındaki kişiler tarafından yasal faiz oranının çok üzerinde bir faiz oranında borç verme.” olarak tanımlanmıştır.

<sup>6</sup> 30.09.1983 tarih ve 90 sayılı KHK md 9 hükmünde “Bu Kanun Hükmünde Kararname uyarınca ikrazatçılık yapmak üzere izin alınmadan, faiz veya her ne ad altında olursa olsun, bir ivaz karşılığı veya ipotek almak suretiyle, ödünç para verme işlemlerinin yapılması veya bu işlerin meslek itti haz edilmesi ve Kanun Hükmünde Kararname uyarınca alınan ikrazatçılık izni iptal edildiği halde ödünç para verme işlerine devam edilmesi, tefecilik sayılır.” şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>7</sup> “Bu Kanunun amacı; finansal kuruluş olarak faaliyet gösteren finansal kiralama, faktoring ve finansman şirketlerinin kuruluş ve çalışma esasları ile finansal kiralama, faktoring ve finansman sözleşmelerine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.” (21.11.2012 tarih ve 6361 sayılı “Finansal Kiralama, Faktöring ve Finansman Şirketleri Kanunu)

<sup>8</sup> Çetin ARSLAN, “Tefecilik Suçu” Ankara Barosu Dergisi, 2014/1 sayfa 33.

<sup>9</sup> 5237 sayılı TCK’nin 241. maddesinde düzenlenen tefecilik suçu ise faiz karşılığı bir başkasına bir defa ödünç para verilmesi halinde tamamlanmaktadır. Suçun oluşması için, tefecilik faaliyetinin süreklilik arz etmesine, bunun meslek olarak yapılmasına gerek bulunmamaktadır...” (Yargıtay 5. CD, 26.06.2013 2012/11969, 2013/7253); “...01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK’nin 241. maddesinde tefecilik suçunun; ‘Kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi...’ biçiminde tanımlandığı, bu düzenlemeye göre suçun oluşması için sanığın yalnızca bir kişiye ödünç para vermesi yeterli olup, bu işi meslek haline dönüştürüp dönüştürmemesinin öneminin bulunmadığı, bu nedenle suçun temadi ettiğinden ve birden fazla kişiye ödünç para verilmesinin tek suç oluşturduğundan bahsedilemeyeceği...” (Yargıtay 5. CD, 18.09.2013, 2012/7448, 2013/8846)

1.1.3.Kanun, “tefecilik” başlığı altında tefecilik suçunu “kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para verme” eylemi olarak tanımlamıştır. Aslında madde başlığında yer alan tefecilik kavramı, ödünç para verme işinde bir sürekliliği içeren bir anlama sahip olmakla beraber madde hükmündeki suç tanımında “fiilde süreklilik” ya da “eylemde çokluk” aranmamıştır. Ceza hukuku ilkelerine göre cezayı hak eden suç ancak Kanunla tanımlanır.<sup>10</sup> Bu itibarla Yargıtay, salt TCK hükmündeki “tefecilik suçu” tanımını dikkate alarak suçun oluştuğu ya da oluşmadığı yönünde hükmünü vermekte, bu tanımda lafzen bir unsur olarak yer almayan “bu yolla kazanç elde etme eyleminin meslek haline dönüşmesi”, “fiilde süreklilik ya da çokluk”, “fahiş tutarda kazanç elde etme” gibi unsurları suçun belirlenmesinde haklı olarak dikkate almamaktadır. Zira esas olanın, suçun ancak kanunla tanımlanabileceğidir.

1.1.4.Suçun manevi unsuru, failin kusurlu iradesini tanımlar. Tefecilik suçu, bu anlamda “kasten” işlenebilen bir suçtur. Ancak suçun oluşması için eylemin kazanç elde etme amacıyla işlenmesi gerekir. Dolayısıyla ödünç para verme eyleminde kazanç elde etme saiki yoksa, suç da yoktur.

1.2.1.Suç, genel anlamda yasalara aykırı davranmaktır.<sup>11</sup> Hukukumuzda ödünç sözleşmesi düzenlemek yasak değildir; bilakis Türk Borçlar Kanunu’nda “isimli sözleşme” olarak düzenlenmiştir.<sup>12</sup>Bu sözleşmelerden tüketim ödünç sözleşmesi, “ödünç verenin, bir miktar parayı ya da tüketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir.” şeklinde tanımlanmıştır.<sup>13</sup> Buna göre, ticari tüketim ödünç sözleşmesinde, taraflarca kararlaştırılmamış olsa bile faiz talep edilebilirken , ticari olmayan tüketim ödünç sözleşmesinde, ancak taraflarca kararlaştırıldığı takdirde faiz istenebilir.<sup>14</sup> Tüketim ödünç sözleşmesinde faiz oranı belirlenmemişse, kural olarak ödünç alma zamanında ve yerinde o tür ödünçlerde geçerli olan faiz oranı uygulanır.<sup>15</sup> Sonuçta faiz karşılığında olsun ya da olmasın başkasına ödünç para vermek Kanunla tanınmış meşru bir eylemdir.

1.2.2.Sosyal hayatta olduğu gibi ticari hayatta da ödünç para alınıp verilmesi olağandır. Kanuna göre “ticari işlerde faiz oranı serbestçe belirlenir.”<sup>16</sup> “Üç aydan aşağı olmamak üzere, faizin anaparaya eklenerek birlikte tekrar faiz yürütülmesi şartı, yalnız cari hesaplarla her iki taraf bakımından da ticari iş niteliğinde olan ödünç sözleşmelerinde geçerlidir. Şu şartla ki, bu fıkra, sözleşenleri tacir olmayanlara uygulanmaz.”<sup>17</sup> “Ticari işlerde; kanuni, anapara ile temerrüt faizi hakkında, ilgili mevzuat hükümleri uygulanır.”<sup>18</sup> “Aksine sözleşme yoksa, ticari bir borcun faizi, vadenin bitiminden ve belli bir vade yoksa ihtar

<sup>10</sup>“Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz.” (TCK md 2/1.)

<sup>11</sup> Suç, 1. “Bir toplumda haksız sayılıp, yazılı-yazısız kurallarla yasaklanan ve yaptırımlara bağlanan davranış ve eylem” 2.”Devletçe yasalarla tanımlanıp yaptırıma bağlanmış olan kurallara aykırı davranış” (TDK, *Medeni Hukuk Terimleri Sözlüğü* )

[http://tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.58873a33e13dd2.09686480](http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.58873a33e13dd2.09686480). 24.01.2017 tarihli alıntıdır.

<sup>12</sup> 6098 sayılı TBK md 379-392

<sup>13</sup> 6098 sayılı TBK md 386/1.

<sup>14</sup> 6098 sayılı TBK md 387/1-2.

<sup>15</sup> 6098 sayılı TBK md 388/1.

<sup>16</sup> 6102 sayılı TTK md 8/1.

<sup>17</sup> 6102 sayılı TTK md 8/1.

<sup>18</sup> 6102 sayılı TTK md 9/1.

gününden itibaren işlemeye başlar.”<sup>19</sup> Kanun hükümlerinden de anlaşılacağı üzere, ticari işlerde borç para alışı-verişi serbest olduğu gibi, tacirler borç para kullanımında uygulayacakları faiz oranını da serbestçe belirleyebilmektedirler.

1.2.3.Başkasına ödünç para verme eyleminin 6361 sayılı Kanun içeriği ile doğrudan ya da dolaylı olarak pek bir ilgisi bulunmamaktadır. 6361 sayılı Kanun sadece finansal kiralama, faktöring ve finansman şirketlerinin faaliyetlerini düzenleyen nitelikte olup, gerçek ve tüzel kişilerin icra ettikleri ödünç para verme işi ya da işleri bu kapsamda değerlendirilemez. Bu anlamda bir ilişki kurulacaksa ödünç para verme işi banka kredileri bakımından ancak bankacılık faaliyeti kapsamında kurulabilir. İster finansal kiralama, faktöring ve finansman şirketlerinin faaliyetleri, isterse bankacılık faaliyetleri olsun, yapılması devletin iznine tabi olan faaliyetlerdir. İzinsiz yapılan bu faaliyetlerin özel kanunlarında yaptırımları zaten düzenlenmiştir.<sup>20</sup>

1.2.4.Sözleşme özgürlüğünün esas olduğu bir hukuk sisteminde, kural olarak her türlü iktisadi ve ticari faaliyet serbesttir. Bu ilkenin bireysel tüketim ödünç sözleşmesinde yada ticari faaliyetlere ilişkin sözleşmelerde geçerli olması doğal olup gerek yasama, gerek yürütme ve gerekse yargı organları tarafından da sınırlanamaz.<sup>21</sup> Dolayısıyla hukukun sosyal ve ticari hayatta meşru saydığı bir eylemin, başka bir düzenlemeyle suç olarak karşımıza çıkması ve faillerinin yargı mercilerince verilen kararlar uyarınca hapis ve adli para cezasına muhatap olmaları ne yaman çelişkidir ki bu nitelikteki yaptırımların hukuk devleti ile bağdaşan bir tarafı olamaz. Açıktır ki TCK md 241. hükmü, Anayasanın 2. 11. ve 48. maddelerine açıkça aykırıdır.<sup>22</sup>

2.Kanunla düzenlenmiş olan anlamda “tefecilik suçu”, gerçekte sosyal ve ticari hayatta hukuken suç mahiyetinde bir eylem değildir. Faizi karşılığında olsun olmasın, ödünç para almak ve ya vermek özel hukukta yasalarla belirlenmiş sözleşme hürriyeti çerçevesinde yapılan işlemler niteliğindedir. Bu işlemlerin TCK md 241. kapsamında adli-idari yaptırımlarla donatılmış olması, içeriği itibarıyla onun mutlaka bir hukuki değeri koruduğu anlamına gelmez. Diğer bir ifadeyle faiz karşılığı ödünç para verme fiili “toplumda ekonomik, sınaî ve ticari hayatın güven içinde, serbest rekabet esaslarına uygun şekilde çalışmasını” engelleyen bir mahiyette olmadığı gibi yapılan bu işlemle kişilerin veya kurumların var olan kaynak

<sup>19</sup> 6102 sayılı TTK md 10/1.

<sup>20</sup> “Bu Kanuna göre alınması gereken izinleri almaksızın finansal kiralama, faktoring ve finansman faaliyetlerinde bulunan kişiler, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suçun yararına olarak işlendiği tüzel kişi hakkında tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. Ayrıca, bu suçun bir iş yeri bünyesinde işlenmesi hâlinde bu iş yerlerinin bir aydan bir yıla kadar, tekerrür hâlinde ise sürekli olarak kapatılmasına karar verilebilir.”(6361 sayılı Kanun md 46/1.) “Bu Kanuna göre alınması gereken izinleri almaksızın banka gibi faaliyet gösteren ya da mevduat kabul eden yahut katılım fonu toplayan gerçek kişiler ile tüzel kişilerin görevlileri, üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ayrıca, bu suçun bir işyeri bünyesinde işlenmesi hâlinde bu işyerlerinin bir aydan bir yıla kadar, tekerrür hâlinde ise sürekli olarak kapatılmasına karar verilebilir.” (5411 sayılı Bankacılık Kanunu md 150/1.)

<sup>21</sup>“Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.” (Anayasa md 48.) “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz” (Anayasa md 11.)

<sup>22</sup> “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir” (Anayasa md 2)

ihtiyacı giderildiğinden ekonomik gelişmeye ve refaha da hizmet eder. Aksine bu tür düzenlemelerin varlığı, sosyal ve ticari hayatın doğal akışına pranga vurmak anlamına gelir ki bu ekonomik gelişmeyi de engeller.

### **Maddenin Lafzi Yorumdan Hareketle Değerlendirilmesi :**

Kanun koyucu, Madde 241'de “ **Kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.**” ifadesiyle, hangi eylemlerin tefecilik sayıldığına dair detaylı bir düzenleme yapma yerine, genel bir ifadeyle suç ihdas etme yoluna gitmiştir. Bunun sebebi, teknolojik gelişim sonucu ortaya çıkan kredi kartı, kontör satımı gibi yeni tefecilik yöntemlerini de madde kapsamına almak niyeti olabilir. Yada, aksi durumda her yeni suç ortaya çıktığında yeni yasal düzenleme yapmak zorunlu hale geleceğinden, bunun güçlüğüne dikkate alınması olabilir.

Genel bir suç tanımlaması yapılmasının doğru bir yaklaşım olduğunu savunanlar olmakla beraber, kötü uygulayıcıların elinde genel suç tanımına nelerin dahil edilebileceğini kestirmek mümkün değildir. Dolayısıyla, bu yöntemin iyi bir kanun yapma yolu olmadığı açıktır.

Ödünç para verme imtiyazı Devlet tarafından 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ve 6361 sayılı Kanunda sayılan kurumlara verilmiş, 90 sayılı KHK' nin aksine herhangi bir istisna olmaksızın bu kanunlarda sayılanlar dışında kalan tüm gerçek ve tüzel kişilerin borç vermesi tefecilik olarak değerlendirilmiştir. Buna göre tefecilik eylemi; faaliyet izni bulunmayan gerçek veya tüzel kişinin bir ivaz karşılığı ödünç olarak verdiği paranın mülkiyetinin borç alana geçmesiyle oluşmaktadır.

Yine, 6361 sayılı Kanunda 90 sayılı KHK'nin aksine **sürekli olmaksızın bir defa bile** ödünç para verilmesinin tefecilik eylemi için yeterli görülmektedir. Nitekim, Yargıtay da **4.Ceza Dairesi** 11.12.2012 Esas 4762 – Karar 29860, 14.03.2012 – Esas 20476 – Karar 5992), 22.06.2011 – Esas 15750 – Karar 8829 sayılı kararlarında, maddenin lafzi yorumundan hareketle, kazanç sağlamak amacıyla bir defa dahi ödünç para vermekle tefecilik suçunun oluşabileceğine hüküm vermiştir.

Türk Ceza Kanunu 241'inci madde hükmüne göre tefecilik suçunda, fail ve maddi unsurun birlikteliği ile ilgili iki husus önemlidir. İlk olarak “**kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi**” tanımı yapılırken, arasında illiyet bağı bulunan **kazanç elde etme** ve **ödünç para verme** eylemlerinin, aynı kişi üzerinde toplanması esas olmalıdır. Yani ödünç para veren ile bu eyleminden kazanç elde eden kişi aynı kişi olmalıdır. İkinci olarak ödünç para vermek suretiyle kazanç elde eden kişi, **faaliyet izni olmaksızın ödünç para verme işiyle** iştigal etmelidir.

Lafzi yorumdan hareketle, tefecilik suçunun oluşması için öncelikli şart olarak “**haksız kazanç**” elde etme niyeti araştırılmalı ve tespit edilmelidir. Eğer ortada bir “**haksız kazanç**” varsa, bu durumda ödünç para verme işleminin sadece bir kez dahi yapılması tefecilik suçunu

kapsamında değerlendirilecek, yasa da süreklilik ya da meslek haline getirme şartı aranmadığından, ödünç paranın verildiği kişi sayısı kadar suç oluşacaktır.

### **Maddenin Olayın Mahiyetine Göre Yorumlanması Gerekliliğinden Hareketle Değerlendirilmesi :**

Türk Ceza Kanun Madde 241' de yer alan *“ödünç para vermek” kavramı* açık değildir. Ancak ödünç verilenin *“para”* olması nedeniyle burada *“tüketme öduncü”* söz konusu olabilir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 386 uyarınca; *“Tüketim öduncü sözleşmesi, ödünç verenin bir miktar para ya da tüketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktardaki şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir.”*

Aynı kanunda, bu sözleşme *“ticari olan”* ve *“ticari olmayan”* şeklinde ayrılmış olup, ticari tüketim öduncünde taraflarca sözleşmede kararlaştırılmamış olsa bile faiz istenebilir, oysa ticari olmayan tüketim öduncü sözleşmesinde taraflarca kararlaştırılmış olmadıkça faiz istenemez.

**Türk Borçlar Kanununun bu ilgili maddelerinde geçen “faiz” ibaresinin tefecilik suçunda söz konusu edilen “haksız kazanç elde etmek” ile karıştırılmaması gerekir.** Özel hukukta ödünç sözleşmesi yapmak serbesttir, ama kamu hukukunda yani tefecilik suçunu düzenlemesi ile bu tür sözleşme yapma serbestliğine istisna ve kısıtlama getirilmiştir.

Başka bir deyişle faiz ya da bir başka nam ile haksız kazanç elde etme amacıyla izin almadan başkasına ödünç para verilmesi tefecilik suçunu oluşturmaktadır. Tefecilik ödünç para verme faaliyetinin belli bir kısmını ifade etmektedir. Bu yönüyle TCK Madde 241'de yer alan düzenlemenin çok da doğru olmadığı söylenmelidir. Zira bu düzenleme tefecilik ile ödünç para verme faaliyetini özdeş hale getirmiş olup, kazanç elde etmek amacıyla ödünç para vermek eylemini bütünüyle suç olarak kabul etmektedir.

Kazanç, gelir elde etmek ve mesleki amacı olmaksızın, süreklilik arz etmeden arızı olarak ödünç olarak verilen para nedeniyle, yoksun kalınan kârın ya da paranın değer kaybının tazmini niteliğini taşıyan bir fazlalığın tefecilik suçunu oluşturacağı iddia edilemez. Çünkü aksi durumda, bir kimsenin bir taraftan insani duygularla ihtiyacı olan eşine-dostuna yardımcı olmak, bir taraftan da elindeki kısıtlı parasını değer kaybına karşı korumak amacıyla bir miktar fazlalıkla geri almak şartıyla borç para verme eylemi, kazanç sağlama amaçlı olmamakla birlikte, bir kez olmasına karşılık tefecilik suçunu oluşturabilecektir.

Oysa bu durumda ödünç para verme işlemi kazanç sağlama amaçlı gerçekleşmemiştir. Ödünç alan ve veren arasında herhangi bir ihtilaf, veren kimsenin tefecilikle suçlanması sonucunu doğurabilecektir ki, bu hal, yaşamın olağan akışına aykırı olup, toplum düzeni açısından olumsuz sonuçlar verecektir. Dolayısıyla ödünç para vermenin süreklilik arz etmemesi ya da meslek edinilmemesi halinde suç oluşturduğundan da söz edilmemelidir. Kazanç elde etme amacı olmayan ödünç vermeler ve yine kazanç elde etme kastı olmaksızın paranın geri ödenmesine kadar geçen sürede muhtemel değer kaybı tutarı ile sınırlı olan ilave ödeme talebinin tefecilik suçu kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.

TCK Madde 241 kapsamında yazılı “*kazanç elde etmek amacıyla*” ibaresinin “*haksız kazanç elde etmek amacıyla*” şeklinde anlamak gerekir. Amaç, haklı ve meşru kazanç sağlamak ise suç oluşmaz.

Ödünç verilen paranın normal piyasa koşullarındaki değer kayıplarını karşılayan fazlalığın kazanç kapsamında değerlendirilmemesi gerekir. Yani, tefecilik suçunun oluşması için failin elde ettiği fazla değer (faiz) piyasa koşullarının üstünde bir değer olması veya başka bir deyişle, ödünç vermiş olduğu paranın piyasa şartlarında uğradığı değer kaybından daha fazla miktarda olması gerekmektedir.

**Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 22.06.2011 Esas 15750 – Karar 8829 sayılı kararında** “*sanığın soruşturma evresinde haksız kazanç elde edecek biçimde ödünç para verdiğini kabul etmesi karşısındaki*” ifadedden tefecilik suçunda haksız kazanç elde edecek biçimde ödünç para vermenin gerekliliğine yer verilmiştir.

Tefecilik suçundaki “*haksız kazanç elde etme amacı*”, Borçlar Hukukunda “*iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşılıklı edimler (ivazlar) arasında, taraflardan birinin müzayaka (darda kalma) halinden, tecrübesizliğinden yada düşüncesizliğinden (hiffetinden) istifade edilerek oluşturulan açık oransızlık*” şeklinde tanımlanan “*gabin*” kurumundaki “*sömürme kastı*” ile benzeşmektedir.

Tefecilikte, parayı veren (Aşırı Yararlanan), parayı alan (Zarar Gören)’ in zor durumda olduğunu bilerek, bu durumdan yararlanmak, karşı tarafı sömürmek kastıyla hareket etmektedir. Dolayısıyla, haksız kazanç amacını taşımayan ödünç ya da borç para verilmesi eylemi tefecilik sayılmaz. Ancak, **aralarında akrabalık veya iş ilişkisi bulunmayanlara ödünç para verilmesinin yaşamın olağan akışına aykırı olduğu ve suçun olduğu Yargıtay kararlarında da (Yargıtay 7.Ceza Dairesi 11.04.2007 – Esas 17311 – Karar 2525 sayılı karar ) vurgulanmıştır.**

Yargıtay 7. Ceza Dairesi’nin lafzi yorum bölümünde yer verdiğimiz , “**sürekli olmaksızın bir defa bile** ödünç para verilmesinin tefecilik eylemi için yeterli görüldüğü” kararlarının yanı sıra; verdiği pek çok kararında, olayın durumuna göre, kişinin somut olayda “*başka şahıslara faiz karşılığı ödünç para*” verip vermediğinin, faiz karşılığı ödünç para vererek *çıkartıp sağlayıp sağlamadığının*, ödünç para verme fiilinin “*sistemli bir şekilde*” işlenip işlenmediğinin, “*süreklilik*” taşıyıp taşımadığının, *bu işi meslek haline*, uğraş haline getirip getirmediğinin araştırılması gerektiğine de işaret etmektedir.”

Yasa koyucu, daha önce de belirttiğimiz gibi hangi eylemlerin tefecilik sayıldığına dair detaylı bir düzenleme yapma yerine, genel bir ifadeyle suç ihdas etme yoluna gitmiştir.

Bunun nedeni, mevcut sistem içerisinde tabi oldukları hukuki ve yasal mevzuat çerçevesinde yasal izinlerini alarak, zorunlu bir miktarda giderlere katlanıp, vergi ödeyerek, piyasa koşullarına uygun faiz oranı karşılığında finansman hizmeti sağlayan yasal kuruluşları; daha az giderle belki de sıfır maliyetle, devlete vergi de ödemediği piyasa koşullarının üzerinde, alıcıyı mağdur edecek şekilde finansman sağlayan tefecilere karşı korumak niyeti,

yani, yasal çerçevede çalışanları yasadışı çalışanların yaratacağı haksız rekabet ortamından kurtarmak, olabilir.

İlaveten, yasa maddesi bu şekilde tanımlanarak, bir taraftan kamu kaynakları korunurken, diğer taraftan tecrübesizlik, basiretsizlik, bilinçsizlik veya içinde bulunduğu olumsuz koşullar nedeniyle tefeciden ağır koşullarda borç alarak ekonomik yıkımla yüz yüze gelen kişilerin mağdur olması önlenmek istenmiş olabilir.

Ancak, bunları yaparken diğer taraftan, masum kişi ve kurumların zarar görmesine de engel olmak gereklidir. Vergisini ödeyerek, katma değer yaratıp, istihdam sağlayarak, yasal çerçevede ticari faaliyetini yapan gerçek ve tüzel kişiler herhangi bir menfaat sağlamaksızın, insani değerler ya da ticari teamüller gereği verdikleri borç paranın değer kaybını önlemek için aldıkları fazlalık nedeniyle, tefeci olarak değerlendirilmemelidir.

Bu anlamda, Türk Ceza Kanunu Madde 241' de tanımlanan **“Tefecilik”** suçu birçok yönüyle yetersiz bir düzenlemedir. Öncelikle, hukukta *“asal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin ve yorumcuların keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi zorunluluğunu”* ifade eden **“Belirlilik İlkesi”** ne uygun değildir. Tefecilik tanımı, **“Belirlilik İlkesi”** nin aksine muğlak olduğu için, kötü niyetli uygulayıcıların elinde iyiniyetli kişi ya da kurumlara zarar verecek şekilde kullanılabilir.

Ayrıca, önceki bölümlerde ifade edildiği üzere **“Tefecilik”** maddesi lafzı itibariyle yetersiz bir maddedir. Bu yetersizlik nedeniyle, ticari ve günlük hayatın olağan akışı içinde, herkes tarafından kabul gören makul (emsaline uygun) bir faiz oranı üzerinden, ticari teamüller gereği (**holding şirketin bağlı ortaklığına kredi aktarması gibi**) yapılan ödünç para verme işlemleri dahi, istenmesi halinde tefecilik suçu olarak değerlendirilebilecektir.

Diğer taraftan bu tanım izlenen suç politikasını da tam olarak yansıtmamaktadır. Zira bu suç tipi ile korunmak istenen hukuki değer, sadece ödünç para verilmesiyle ilgili iş ve işlemlerin denetim altına alınması ve belli bir çerçevede yürümesini sağlamaktır. Bu durumun ise uygulamada birçok sorunun yaşanmasına neden olması muhtemeldir.

Halbuki; izlenen suç politikası, aynı zamanda borç alan kişi ya da kurumun içinde bulunduğu olumsuz koşullar veya kişisel yetersizlikler (tecrübesizlik, çaresizlik, bilgisizlik vs.) kullanılarak, ekonomik açıdan sömürülmesinin engellenmesi ve malvarlığı değerlerinin korunmasıdır. Bugüne kadar toplumda oluşmuş teamüllere göre, tefecilik denince aklı gelen;

- Kişi yada kurumların zor durumlardan istifade ederek onları piyasa faizinin çok üzerindeki faizler ile sömüren,
- Zor durumlarından faydalanarak **haksız kazanç** elde eden, **kayıt dışı** Vergisiz kazanç sağlayan,
- Çoğunlukla **mafya** diye tabir edilen kanun dışı kişiler tarafından gerçekleştirilen **“mafya”** türü işlemlerdir.



Oluşmuş bu teamüllere istinaden, tefeciliğin terim olarak anlamı, bugüne kadar bu suçla ilgili oluşmuş toplumsal örf, adet kuralları ile Yargı kararları çerçevesinde; Tefecilik suçunun değerlendirmesi yapılırken; **Piyasa koşullarına uygun olmayan (fahiş) oranda bir faizle, Alıcıyı ekonomik olarak zor durumda bırakacak şekilde, Sistematik şekilde borç vermek,** unsurları da dikkate alınmalıdır.

Suçun yorumlanması ve uygulanmasında bu unsurlar gözetilmediği takdirde, ticari olsun olmasın günlük yaşamda iki kişi arasındaki olağan bir para alışverişi dahi suç kapsamında kalabilir. Bu yöndeki bir uygulama ise, başta anayasal bir hak olan;

**\*\* Anayasa Madde 48 Sözleşme özgürlüğü** (Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.)

Türk Borçlar Kanunu Madde 26 **Sözleşme özgürlüğü** (Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.),

Türk Borçlar Kanunu Madde 386 **Tüketim Ödücü** (Tüketim ödücü sözleşmesi, ödünç verenin, bir miktar parayı ya da tüketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir.),

Maddelerine açıkça aykırı olur.

Komisyon kararımızın önceki bölümlerinde açıkladığımız gibi, 6361 sayılı "**Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu**" yürürlüğe girdiği 2012 yılından itibaren tüzel kişilere borçlanma yasağı getirirken, **Kurumlar Vergisi Kanunu, Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu ve Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında Kanun**'da belli koşullarla tüzel kişilerin borç verebilmelerine halen imkan tanınmaktadır.

Aleyhinde bir kanun, lehinde dört kanun olan bir eylemin suç oluşturmayacağına ilişkin mevcut hukuki sistemimize göre biri yasa maddesi, diğeri yerleşmiş hukuki ilke olmak üzere iki kuvvetli dayanak vardır.

Birinci dayanak, Türk Ceza Kanunu' nun 7. Maddesinin 2. Fıkrasında yer alan "***Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.***" Hükmüdür. Bu hükme göre, suçun oluşmayacağı gayet açıktır.

İkinci dayanak ise, bugün için hukuki öğretide ve uygulamada tartışmasız kabul edilmiş ve yerleşmiş olan "***Şüpheden sanık yararlanır***" ilkesidir.

Bu ilkeye göre; ***bir suç işlediği iddiasıyla yargılanan kimse hakkında mahkûmiyet kararının verilebilmesi için, o kimsenin o suçu işlediğinin yüzde 100 oranında kesin olması, ispatlanmış bulunması gerekir. Bu noktadaki yüzde 1'lik şüphe dahi, sanığın beraat***

**etmesine yol açar. Yapılan ceza muhakemesinin sonunda belliliğe, örneğin fiilin sanık tarafından işlendiğinin veya işlenmediğinin sabit olduğu sonucuna varılmaması durumunda sanık mahkûm edilemeyecektir.**

Aleyhinde bir kanun hükmü olması nedeniyle suç oluşturabileceği iddia edilecek bir eylemin, lehinde dört kanun olması, suç oluşturmada noktasında ciddi şüpheler yaratacağı muhakkaktır. Şüphenin oluşmasından sonra ise **“Şüpheden sanık yararlanır”** ilkesi gereği suçun oluşmayacağı açıktır.

#### **4. SONUÇ VE ÖNERİLER**

Türk Ceza Kanunu’ nun tefecilikle ilgili kanun metinleri sadece lafzi olarak değil, günlük ve ticari hayatın olağan akışı ve düzenlemelerin ruhu açısından değerlendirildiğinde, şirketlerin ilişkili kişilerine verdiği borçlar için emsaline uygun şekilde hesaplayacağı faizler açısından sorun bulunmamaktadır.

Dolayısıyla, grup şirketlerine, ortaklarına ve diğer ilişkili kişilerine elindeki nakit kaynaklarını emsal faizle uygun bir şekilde kullanarak, elde ettiği faizi vergiye tabi kazancına dahil edip, ilaveten elde ettiği faiz üzerinden katma değer vergisi hesaplayarak beyan eden bir şirketi, TCK Madde 241’deki **“ Tefecilik”** tanımına sokmak, adaletli bir davranış olmayacağından, **yasal faiz oranlarını aşmayan makul kabul edilebilecek kazançlar bu suç kapsamında değerlendirilmeyecektir.**

Ancak, katma değer yaratan, istihdam sağlayan, vergi ödeyerek yasal çerçevede ticaret yapan gerçek ve tüzel kişiler üzerinde hem baskı yaratarak girişimciliklerinin engellenmemesi, hem de bu kişilerin devlete vergi ödemeksizin, piyasa koşullarının üzerinde, alıcıyı mağdur edecek şekilde, yasadışı finansman sağlayan tefecilerle aynı kategoride değerlendirilmemesi için, bu konudaki belirsizliğin bir an önce giderilebilmesi gereklidir.

Belirsizliğin giderilmesi için kısa sürede yapılabilecek pratik bir çözüm olarak ;

- 6361 sayılı **" Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu"** ile mülga olan 90 sayılı KHK’ nın 2. Maddesinin 2. Fıkrasında yer alan **“tüzel kişilerin doğrudan veya ortak veya iştirakleri vasıtasıyla dolaylı olarak ortaklık ilişkisi içinde bulundukları diğer tüzel kişilere ödünç para vermeleri işlemleri hakkında bu Kanun hükümleri uygulanmaz”** ifadesinin **“tüzel kişilerin doğrudan veya ortak veya iştirakleri vasıtasıyla dolaylı olarak ortaklık ilişkisi içinde bulundukları diğer tüzel kişilere ödünç para vermeleri işlemleri hakkında bu Kanun hükümleri uygulanmaz ve bu işler tefecilik sayılmaz”** şeklinde yada bu ibarenin yerini tutacak şekilde benzer bir ibarenin, 6361 sayılı kanuna eklenmesi;

Mevcut ve olası tüm tereddütleri ortadan kaldıracak ve haksız uygulamalarla karşılaşılması için yararlı olacaktır.