

TEFECİLİK SUÇU

Araş. Gör. Elif Bekar*

GİRİŞ

Kanun koyucu gelişen teknoloji ve ekonomik alandaki ilişkilerin karmaşıklaşması nedeniyle bu alanı düzenlemek ve kontrol altında tutmak adına ilgili mevzuatta bir takım değişiklikler öngörmüş, yeni suç tipleri düzenlemiştir. Bu bağlamda ekonomik sıkıntıya düşen insanların başvurduğu faizle para alma, kredi çekme şeklindeki uygulamalar bazı hallerde kendisini tefecilik suçu olarak göstermektedir. Bu nedenle, faiz alımı, ödünç para verme işlemlerini 5237 sayılı TCK m.241'de tefecilik suçuna yer verilmiştir. Bu suç, TCK'nın özel hükümler isimli ikinci kitabının "*topluma karşı suçlar*" adlı üçüncü kısmının "*ekonomi, sanayi ve ticaret alanına ilişkin suçlar*" başlıklı dokuzuncu bölümünde düzenlenmiştir.

Çalışmada ilk olarak tefecilik suçu ile ilgili kavramlar açıklanmış, bu bağlamda tefeci, tefecilik, ikrazat, ikrazatçılık kavramlarının ne anlama geldikleri izah edildikten sonra tefecilik suçunun önceki döneme ilişkin 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Kanunu ve 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında KHK dönemine ilişkin uygulamalarına değinilmiştir. Son olarak, 5237 sayılı TCK'da mevcut olan tefecilik suçu unsurlarıyla birlikte yargı kararları ışığında değerlendirilmiş, bu suçla ilgili özellikle mağdurun kim olduğu, para dışındaki değerlerin suçun konusunu oluşturup oluşturmayacağı, müsadere gibi sorunlu hususların altının çizilmesine gayret edilmiştir.

Uygulamada tefecilik suçunun işlenme oranı, toplumda suç faillerinin ortaya çıkarılması ve cezalandırılmalarının sağlanması konusundaki çekingencilik nedeniyle açığa çıkarılamamış ve siyah sayılar olarak ifade edilmiştir. Bu suç tipine ilişkin düzenlemeye duyulan ihtiyacın açık olmasına rağmen ETCK'da ve hatta yeni TCK'ya ilişkin Hükümet Tasarısında tefecilik suçuna ilişkin herhangi bir düzenleme öngörülmemiş olmasına rağmen, söz konusu suça ilişkin madde, TBMM Adalet Alt Komisyonun çalışmaları sırasında Tasarıya eklenmiş (m.243) ve Alt Komisyonunda kabul edilen şekliyle 241. madde olarak kanunlaşmıştır.

Böylece kamu otoritesinin kontrolü dışında faiz karşılığında ödünç para verme işlemleri yapanlar cezalandırılacaklardır. Bu düzenlemenin ekonomik alanda düzenin ve kontrolün sağlanmasına büyük bir katkı sağladığı kanaatindeyiz.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

I. Genel Olarak Tefecilik Suçu İle İlgili Kavramlar

Tefecilik suçunun ödünç ilişkileri, borç, karz, para, faiz, ikrazat, ikrazatçı kavramları ile yakından ilgili olmasından ötürü, öncelikle bu kavramları ve bunlarla birlikte tefecilik kavramını açıklamaya çalışacağız.

A. Borç, Karz, Para, Faiz Kavramları

Borç ilişkisi iki taraf arasında mevcut olup, bir şeyin verilmesi, yapılması veya yapılmamasını öngören hukuki bağıdır. Sözleşme, haksız fiil gibi borç ilişkisinin çeşitli kaynakları olabilir. Bu kapsamda borç, geri verilmek üzere alınan veya ödenmesi gerekli para veya başka bir şey olarak ifade edilmektedir¹. Karz kelimesi ise, Arapça kökenli bir kelime olup, ödünç verme, ödünç alma, ödüne verilen veya alınan şey, borç anlamındadır². İkraz olarak da adlandırılan karz kelimesinin çoğulu ikrazat kavramı olup, borçlar anlamına gelmektedir³. İkrazat kavramının kullanımının ETCK döneminde tercih edildiğini görmekteyiz.

Para; nakit servet, alışverişte mübadele aracı, malların ve hizmetlerin değerlerin ölçmekte kullanılan soyut hesap birimidir. Para, insanlar arasında ekonomik ilişkilerin çeşitlenmesi ve takas yoluyla başlayan ürün mübadelesinin kolay yerine getirilmesi için kullanılan bir araçtır. Böylelikle para, kıymet ölçüsü, mübadele vasıtası, piyasaya arz ve talep edilen, tüketilmeden, son bulmadan tekrar kullanılmak üzere kalan ve dolaşan hesap aracı, iktisadi hayat aktörüdür⁴.

Faiz ise, belli bir paranın iade şartı ile alınarak bir süre kullanılması karşılığında verilen kira, paranın kullanım bedelidir. Bu kapsamda kişilere verilen para miktarı ve geri verilmesi için öngörülen süre faizin belirlenmesinde etkin bir yere sahiptir. Faiz türleri; kanuni faiz, temerrüt faizi, iç faiz, dış faiz, peşin faiz vb. şeklinde oldukça çeşitlidir. Faiz, banka ve sermaye kuruluşlarının önemli bir gelir kaynağını oluşturur. Gelir Vergisi Kanunu'nun 75. maddesine göre, faiz menkul sermaye iradidir. Sahibinin ticari, zirai veya mesleki faaliyeti dışında nakdi sermaye veya para ile temsil edilen değerlerden müttesekkil sermaye dolayısıyla elde ettiği kar payı, faiz, kira ve benzeri iratlar, menkul sermaye iradidir. Bu maddede görülmektedir ki, menkul sermaye iradı olan gelirler tek tek sayılmıştır. Alacak faizleri de menkul sermaye iradı olmakla birlikte, her türlü alacağın vadesinde ödenmemesinden dolayı ortaya çıkmaktadır. Ancak alacak faizleri ile ilgili olarak, sürekli olarak ödünç para verme işi veya belli bir ticari organizasyon çerçevesinde ortaya çıkan bir alacağın vadesinde ödenmemesinden kaynaklanan faiz gelirlerinin menkul sermaye iradı olarak değil, ticari kazanç olarak değerlendirilmesi gerekir⁵. Bu bağlamda tefecilik suçunda

¹ Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, (Çevrimiçi) <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, Erişim: 02.01.2012.

² Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, Hukuk Sözlüğü, (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim: 02.01.2012.

³ Hüsamettin Uğur, "Tefecilik Suçunun Pozitif Dayanakları ve Uygulama İlkeleri", Terazi Hukuk Dergisi, Y.2, S.8, Nisan 2007, s.61.

⁴ Uğur, a.g.m., s.62.

⁵ Veysi Seviğ, "Tefecilik Suçu", Referans Gazetesi, 11.11.2008, (Çevrimiçi) http://www.referansgazetesi.com/haber.aspx?YZR_KOD=157&HBR_KOD=110202,

söz konusu olan gelirin hukuka uygun elde edilmesi halinde, faiz kazancı ticari kazanç olarak ele alınacaktır.

B. İkrazatçı, İkrazatçılık, Tefeci, Tefecilik Kavramları

Arapça kökenli bir sözcük olan ikrazatçılık, yeni Kanun'da, bu kanundaki Türkçeleştirme eğiliminin etkisi ile kullanılmamıştır. Terimin tanımı, 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 21. 06. 1994 tarihli Kanun Hükmünde Kararnamenin 545/3 maddesi ile değişik tanımlar başlıklı üçüncü maddesinde yer almaktadır. Bu maddeye göre; ikrazatçı, devamlı ve mutad meslek halinde, faiz veya her ne ad altında olursa olsun bir ivaz karşılığı veya ipotek almak suretiyle, ödünç para verme işleriyle uğraşan veya ödünç para verme işlerine aracılık eden ve kendisine faaliyet izni verilen gerçek kişidir.

Bu işi meslek haline getiren kişilerin yapmış olduğu faaliyete ise, ikrazatçılık denir. İkrazatçılık yapan kişiler tanımda da belirtildiği üzere gerçek kişilerdir. Tüzel kişiler ise, ikrazatçı olamaz.

Ayrıca ikrazatçılık faaliyetleri ile ilgili 21. 12. 1994 tarihli resmi gazetede yayınlanan 22148 sayılı "İkrazatçılık Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik" çıkarılmıştır. Söz konusu yönetmelikte ikrazatçı olarak faaliyette bulunmak için aranan koşullar, istenen belgeler düzenlenmiştir. Bu yönetmeliğe göre ikrazatçılık yapmak isteyen gerçek kişilerin, 35 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile ek ve değişiklikleri uyarınca haklarında tasfiye kararı alınmamış olması, müflis veya konkordato talep etmiş olmamaları, vadesi dolduğu halde ödenmemiş ihtilafsız vergi borçlarının bulunmaması, ağır hapis veya 5 yıldan fazla hapis yahut zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlardan mahkûmiyetlerinin bulunmaması ve vergi kaçakçılığı veya vergi kaçakçılığına teşebbüs suçlarından dolayı hüküm giymemiş olmaları, belirli bir miktar nakdi sermaye bulundurmaları gerekir. Bu koşulları taşımayan kişiler faaliyet izni alamayacak ve ikrazatçılık yapamayacaklardır.

İkrazatçılık koşullarına uymadan bu faaliyetleri yapan kişiler hukuka aykırı işlem yapmış olurlar. Kanun'un 14. maddesi uyarınca, Kanun'un birinci maddesine göre izin almaya mecbur olan gerçek veya tüzel kişilerden bu mecburiyete riayet etmeyenlere veya Kanun'un dokuzuncu maddesi hükümlerine göre Bakanlar Kurulu'nca alınacak kararlara aykırı hareket edenlere ve beyannamelerindeki koşullarım ve faiz miktarlarım hile ile gizleyenlere tefeci denir⁶. Bu tanıma göre izin almak zorunda olup izin almayan, Bakanlar Kurulu'nca piyasanın düzen ve denetimi için alınan kararlara uymayan, faaliyete başlarken vermiş oldukları beyannamelerinde belirttikleri koşul ve faiz miktarlarımı hileli bir şekilde gizleme durumunda tefecilik oluşacaktır.

Erişim: 02.01.2012.

⁶ Tefeci kavramı dil bilgisi bakımından el altından yüksek faizle para veren kimse, tefecilik ise tefecinin işi, faizcilik, murabaha, murabahacılık anlamlarına gelmektedir. Ali Parlar, Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, Ankara, Bilge Yay., 2011, s.20.

Diğer yandan 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin dokuzuncu maddesinde tefecilik sayılan işlemler sayılmıştır. Bu maddeye göre; 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında 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 sayılmaktadır. Madde hükümleri dikkate alındığında öncelikli olarak yapılan faaliyetin izinsiz olması gerekmektedir. 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 5. maddesi uyarınca müsteşarlıktan izin alınmadan ya da yedinci madde uyarınca faaliyet izni iptal edildiği halde bu yönde gerçekleştirilen faaliyet izinsiz olmaktadır. İkinci olarak yapılan işlemlerin faiz ya da benzeri bir ivaz karşılığı yapılmasıdır. İvaz alınmaması durumunda tefecilik oluşmayacaktır. Üçüncü olarak yapılan işlemler ödünç para verme işi olmalı ve bu işlerin sürekli olacak şekilde meslek olarak yapılması gerekmektedir.

İvaz karşılığında ödünç para verilmesi işleminin kanunda öngörülen şekilde yetkilendirilmeden, yetkili merciden izin alınmadan hukuka aykırı şekilde yapılması tefecilik suçunun oluşmasına neden olacaktır⁷. Bu nedenle tefecilik, kısaca izin alınmadan yapılan ikrazatçılık olarak da ifade edilmektedir⁸. Gerekli izinler alınmadan yapılan veya izin süresi bittikten sonra devam edilen ödünç para verme veya sair kazanç getirici işlemler tefecilik suçu kapsamında değerlendirilecektir⁹.

II. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Öncesindeki Uygulama

A. 2279 Sayılı Ödünç Para Verme İşleri Kanunu Düzenlemesi

2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Kanunu 18. 06. 1933 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun'un cezaya ilişkin 17. maddesi dışındaki hükümleri, 90 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu Kanun'un birinci maddesine göre, Bankalar Kanunu'na tabi kuruluşlar ile özel kanunlar ile yetkilendirilen kuruluşlar dışında ödünç para verme işleri ile uğraşan ve menkul satışına aracılık eden gerçek ve tüzel kişilerin faaliyetlerine ilişkin düzenlemeleri ve ruhsat alma esasları ile aykırılık durumunda uygulanacak hükümleri düzenlemektedir.

Bu Kanun'un 14. maddesinde kimlerin tefeci olarak kabul edilebileceğine yer verilmiş olup, buna ilişkin koşullar düzenlenmiştir. Bu Kanun'a göre, tefecilik suçu üç farklı şekilde işlenebilmektedir. İlk olarak kanun hükümleri uyarınca izin almaya mecbur olan, faizden para kazanmak için ödünç para verme işleriyle uğraşan ve menkul kıymetlerin satışına aracılık eden gerçek ve tüzel kişiler izin almaması durumunda tefeci olarak kabul edileceklerdir. İkinci olarak Kanun'un dokuzuncu maddesi uyarınca izni olduğu halde, bu izne ve Bakanlar

⁷ Fatih Birtek, "Tefecilik Suçu (T.C.K. m.241)", Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S.53-54, Ocak- Şubat 2009, (Çevrimiçi) http://www.turkhukuksitesi.com/makale_988.htm, Erişim: 15.12.2011.

⁸ Uğur, a.g.m., s.66.

⁹ Birtek, a.g.m.

Kurulu kararlarına aykırı hareket edilmesi durumunda tefecilik oluşacaktır. Kanun'un dokuzuncu maddesine göre, ödünç para verme işlerinde ve mevduat kabulünde alınacak ve verilecek azami faiz nispetleri ile temin edilecek sair menfaatlerin ve tahsil edilecek masrafların mahiyet ve azami hadlerini tayine ve bunların geçerlilik zamanlarını tespiti Bakanlar Kurulu yetkilidir. Bakanlar Kurulunun almış olduğu tüm bu kararlara aykırı davranılması, söz konusu suç oluşturacaktır.

Son olarak kanunun ikinci maddesine göre ödünç para verme işleri ile uğraşanların her yıl mayıs ayında vermek zorunda oldukları beyannamelerdeki koşulları ve faiz hadlerini muvazaa ile gizlemeleri durumunda tefecilik suç oluşturacaktır. Beyannamelerinde borçlulardan alınan en yüksek faiz hadleri ve borç verme koşullarını gizleyen gerçek ve tüzel kişiler tefecilik yapmış olacaktır.

Maddenin düzenleniş şekli ve lafzına bakıldığında yukarıda sayılan eylemlerden birinin yapılması durumunda tefecilik oluşacaktır. Bu hareketlerin her birinin tamamlanmasına gerek bulunmamakta, sadece bir tanesinin yapılması ile suç oluşmaktadır.

2279 Sayılı Kanun'un 14. 07. 1960 tarih ve 18 sayılı Kanun 1. maddesi ile değişik 17. maddesine göre, tefecilik yapanlara uygulanacak yaptırım, 6 aydan 2 seneye kadar hapis cezası ile birlikte, temin edilen menfaatin 5 misli ağır para cezası olarak öngörülmüştür. Ayrıca bu suçta tekerrür halinde cezalar 3 misline çıkarılacak olup, tefecilik suçundan bir kez mahkum olanlar cezanın infazından başlayarak 3 yıl geçmeden ikrazatçılık iznine müracaat edemeyecektir. Tefecilik suçunu ikinci kez işleyenlere ise, ikrazatçılık izni verilmeyecektir.

2279 Sayılı Kanun'a göre tefecilik olarak kabul edilen eylemlerden mahkum olanlara verilen cezalara ilişkin m. 18/son'da "Bu cezalar tecil edilmez." hükmüne yer verilerek cezaların ertelenemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

30. 09. 1983 tarih ve 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında KHK'nın 16. maddesi ile 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak daha önce de ifade ettiğimiz gibi KHK'nin yürürlük maddesi olan 17. maddeye göre, KHK'nin ceza içeren 15. maddesi hükümleri, kararname kanunlaştığında yürürlüğe gireceğinden ve kararnamede kanunlaşmadığından, yine kararnamenin 17. maddesi uyarınca 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Kanunu'nun ceza içeren hükümleri uygulanmaya devam edilmekteydi.

B. 90 Sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname Uygulaması

Bu kanun hükmünde kararnamenin amacı, birinci maddeye göre ödünç para verme işleri ile uğraşan gerçek ve tüzel kişilerin faaliyetlerinin düzenlenmesi ve denetlenmesidir. Bankalar, Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi kurumlar gibi kurumlar ikinci madde ile bu KHK bakımından istisna kapsamında tutulmuştur. Kararnamede ikrazatçı ve diğer ödünç para verme işi ile uğraşan tüzel kişiler ile ilgili tanımlar yapılmıştır.

Tefeciliğin ne olduğu ile ilgili hüküm kararnamenin dokuzuncu maddesinde yer almaktadır. Bu maddeye göre yapılan işlemlerin tefecilik suçunu oluşturması için; 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 ya da bu işlerin meslek ittihaz edilmesi ve Kanun Hükmünde Kararname uyarınca alınan ikrazatçılık izni iptal edildiği halde ödünç para verme işlerine devam edilmesi gerekmektedir.

Bu iki hareketten birinin gerçekleştirilmesi suçun oluşumu açısından yeterlidir. Dolayısıyla suç, seçimlik hareketli bir suçtur. Madde de belirtildiği gibi eylemin suç teşkil etmesi için yapılan izinsiz ödünç verme işinin meslek edinilmesi gerekmektedir. Tefecilik suçunun oluşması için gereken, birden fazla kişiye sürekli ve sistemli bir biçimde faiz karşılığı ödünç para verilmesidir.

Bu KHK'ya (m. 15) göre, tefecilik suçuna uygulanacak yaptırım, "6 aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla birlikte 50 bin liradan az olmamak kaydıyla, sağladıkları menfaatin 5 katı ağır para cezası" olarak öngörülmüştür. Ayrıca tefecilik suçuna tekerrür halinde, cezaların 3 katına çıkarılacağı hüküm altına alınmıştır. KHK'nın ilgili düzenlemesi gereği, cezalar, gerçek kişi ikrazatçıların kendilerine, tüzel kişi ikrazatçıların ortaklarına, gerçek ve tüzel kişi ikrazatçıların işlerini fiilen idare etme ve imzalarıyla o teşekkülü bağlayıcı işlem yapmaya yetkili müdür veya memurlarından cezayı gerektiren fiili işlemiş veya buna iştirak etmiş veya buna emir vermiş olanlara uygulanacaktır¹⁰.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, KHK'nın 16. maddesi ile 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak söz konusu KHK, 12 yıl yasalasmadan yürürlükte kalmıştır. Bu nedenle 2279 sayılı Kanun'un 17. maddesinin uygulanmasına devam edilmiştir. Bir olağan dönem KHK'sı olan 90 sayılı KHK ile kişi özgürlüğü ve güvenliğini sınırlayan, temel haklara müdahale eden bir yaptırım olarak hürriyeti bağlayıcı cezanın öngörülmesi kanunilik ilkesine ve bu bağlamda AY m. 38, m. 91'e aykırılığı nedeniyle eleştirilmiştir. Dolayısıyla söz konusu suç bakımından bu dönemde 90 sayılı KHK'nın yasalasamaması ve 2279 sayılı Kanun'un ceza hükümlerinin uygulanması isabetli görülmüştür¹¹.

Bu konu hakkında Anayasa Mahkemesi, "Yaptırım içeren itiraz konusu 17. madde, 2279 sayılı Yasa'da düzenlendiğine ve 90 sayılı KHK'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında, "15. madde yürürlüğe girinceye kadar 2279 sayılı Kanunun suç saydığı fiiller hakkında, bu Kanunun 17. maddesinde yazılı hükümlerin uygulanmasına devam olunur" denildiğinden "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesine aykırılıktan söz edilemez" denilerek anılan KHK'nın Anayasa'nın, 2,38,10. maddelerine ve bu sebeple de Anayasa'ya aykırı olmadığına" karar vermiştir¹².

¹⁰ Birtek, a.g.m.

¹¹ Birtek, a.g.m.

¹² Bkz. AYM, 21.06.1995, E.1995/14, K.1995/15. http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1198&content= İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, "2279 sayılı Yasa'nın 17. maddesinin Anayasa'nın 2., 8., 10., 38. ve 91. maddelerine aykırı" olduğu savında bulunmuştur. AYM, "Anayasa'nın incelenen maddelerine aykırılığı saptanamayan itiraz konusu kuralın, 2. maddedeki hukuk devleti ilkesi ile çelişir bir yönünün bulunmadığı açıktır. Bu durumda istemin, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı yönü yoktur. 8.6.1933 günlü, 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Kanunu'nun 17. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın reddine, oyçokluğuyla," 21.6.1995 gününde karar vermiştir.

III. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Tefecilik Suçu

5237 sayılı TCK m.241'in "Kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır." hükmüne yer vermesi suretiyle tefecilik suç olarak düzenlenmiş ve iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile yaptırım altına alınmıştır.

TCK'da düzenlenen bu hüküm ile birlikte 90 sayılı KHK'nın 15. maddesi ve 2279 sayılı Kanun'un 17. maddesi ilga edilmiş olup, artık TCK m.241 esas alınarak hüküm tesis edilecektir.

Dolayısıyla 90 sayılı KHK ve 2279 sayılı Kanun hakkında yukarıda yer verdiğimiz açıklamalardan sonra şimdi TCK m.241'de yer alan tefecilik suçunun unsurlarını suç sistematığına uygun şekilde değerlendirmeye çalışacağız.

A. Suçla Korunan Hukuki Değer

Düzenlendiği bölüm göz önüne alındığında bu suç ile kamusal değerlerin korunduğu görülmektedir. Bu korunan kamusal değerlerden en başta geleni AY m.48 ile düzenleme altına alınan serbestçe sözleşme yapma özgürlüğüdür¹³. Serbest rekabet mekanizmasının işleyişinin bozulması önlenerek, kamu güveninin korunması amaçlanmaktadır. Çünkü izinsiz olarak, fahiş bedellerle tefecilik yapılması¹⁴, borçlu ve ekonomik sıkıntı içinde olan şahsın iktisadi olarak yıkımına neden olmaktadır.

Tefecilik suçunun düzenlenmesi, kamu otoritesinin kontrolü dışında faiz karşılığında ödünç para verilmesinin kontrol altına alınması ve ekonomide is-

¹³ Necati Meran, Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik, Malvarlığı, Bilişim Suçları ile Ekonomi

ve Ticaret Alanında Suçlar, Ankara, Seçkin Yay., 2005, s.354.

¹⁴ "Fahiş" bedel ya da miktar, birçok Yargıtay kararında vurgulanan bir kavram olup, ödünç verilen para ve bunun karşılığında ödünç alandan istenen değer arasındaki farkın büyüklüğüne işaret eder. "...tebliğnamade dosya kapsamına göre, sanığın kendisinden borç para alan müşterinin borcuna karşılık fahiş miktarda faiz işlettiği, borç para için muhtelif çekler ve teminat senetleri aldığıının anlaşılması karşısında, ibraz edilen delillerin 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Kanunu 17. Maddesi uyarınca yargılama yapılması için kamu davasının açılmasını gerektirir nitelikte bulunduğu gibi bu delillerin mahkemesince takdir ve değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeksizin, itirazın kabulü ile kamu davasının açılmasına karar verilmesi yerine, yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir..." Yargıtay 4. CD, 13.10.2010, 18152/16612, Parlar, a.g.m., s.27, 28; "Dosya kapsamına göre, sanığın kendisinden borç para alan müşterinin borcuna karşılık fahiş miktarda faiz işlettiği, borç para için muhtelif çekler ve teminat senetleri aldığıının anlaşılması karşısında, ibraz edilen delillerin 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Kanunu 17. Maddesi uyarınca yargılama yapılması için kamu davasının açılmasını gerektirir nitelikte bulunduğu gibi bu delillerin mahkemesince takdir ve değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeksizin, itirazın kabulü ile kamu davasının açılmasına karar verilmesi yerine, yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiş ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 309. Maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu kanun yararına bozmaya atfen ihbar olunmuş bulunmakla..." Yargıtay, 7. CD, 26.05.2010, 5375/7433, Meran, a.g.e., s.77.

tikrarın sağlanması amacına hizmet etmektedir¹⁵. Bu bağlamda tefecilik suçu ile korunan hukuki yararın ekonomik kurallar ve serbest rekabet mekanizmasının işleyişi ve kamu güvenliğinin korunması olduğu söylenebilecektir¹⁶.

Belirttiğimiz üzere bu suçla ekonomik yaşamda önemli bir yere sahip serbest rekabet mekanizmasının işleyişi ve ekonomik yaşamın güvenilirliği korunmaktadır. Bu bağlamda bu suçla toplumsal değerler korunurken aynı zamanda bireysel değerlerin de korunmakta olduğu ileri sürülmüştür. Bu kapsamda ödünç para alan kişinin daha fazlasını ödemek zorunda kalması dolayısıyla ekonomik yönden sıkıntıda olan kişilerin daha çok sıkıntı yaşamaları engellenmeye çalışılmaktadır. Bu suçun Kanun'da düzenlendiği yer de dikkate alındığında toplumsal bir yarara hizmet etmek amacıyla ihdas edildiği açıktır. Bu yaklaşımla söz konusu suç ile hem bireysel hem de toplumsal değerler korunduğu ifade edilmiştir. Bu nedenle de suçla korunan hukuki yararın karma niteliğe sahip olduğu söylenmektedir¹⁷.

B. Suçun Maddi Unsurları

1. Suçun Konusu

Tefecilik suçunun konusunu para oluşturur. Para dışındaki diğer misli şeylerin ödünç olarak verilmesi halinde, karşılığında bir kazanç elde edilse bile, Kanun'daki tanımı itibarıyla tefecilik suçu oluşmaz¹⁸. Bununla birlikte misli eşyadan sayılan altının da bu suçun konusunu oluşturacağı ileri sürülmüştür¹⁹. Fakat Kanun'daki mevcut suç tanımı itibarıyla bu görüşün ceza hukukundaki kıyas yasağı ile çeliştiği ileri sürülmektedir²⁰.

Uygulamada genellikle çek, senet, ipotek, hacizli satış gibi belgeler mevzuata uygun şekilde düzenlenerek ödünç para verme işlemi yasal zemine oturtulmaktadır. Senet kırdırma yöntemi ya da kredi kartıyla tefecilikte bono, çek ya da kredi kartı önceden doğmuş olan alacak-borç ilişkisine dayanmadan tefecilikte kullanılmaktadır²¹. Yine de kıymetli evrakın bu hüküm kapsamında değerlendirilmesi kanunilik ilkesinin ihlali sonucunu doğuracaktır. Çünkü ceza hukukunda kanunilik ilkesinin sonuçlarından bir tanesi de kıyas yasağıdır. Bu kapsamda, Kanun'un 2. maddesinde suç ve ceza içeren hükümlerin kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamayacağı açıkça hüküm altına alınmıştır²².

¹⁵ İzzet Özgenç, "Tefecilik Suçu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIV, S.1, 2010, s.544.

¹⁶ Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Ankara, Adalet Yay., 2010, s.6713; Çetin Arslan/Bahattin Azizağaoğlu, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, Asil Yay., 2004, s.1003, 1004.

¹⁷ Veli Özer Özbek, "Tefecilik Suçu (TCK m.241)", CHD, S.14, Aralık 2010, s.31.

¹⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.6714.

¹⁹ Ödün olarak altın verilip, fazlasıyla altın alınmasının da bu suçun konusunu oluşturacağına ilişkin görüş hakkında bkz.: Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.6715.

²⁰ Veli Özer Özbek/Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Seçkin Yay., 2010, s.887; Özgenç, a.g.m., s.546.

²¹ Parlar, a.g.e., s.18.

²² Özbek, a.g.m., s.31.

Örneğin, bir ton fındık verilip bir süre sonra daha fazla fındık alınması, eski model bir araç verilip daha yeni bir araç alınması, birkaç hayvan verilip daha fazla geri alınması veya bunların karşılığında piyasa değerinin çok üzerinde paranın alınması bu hükme göre suç teşkil etmeyecektir. Dolayısıyla bir eşyanın, malın ya da ürünün ödünç verilmesi karşılığında daha fazla miktarda eşya, mal ya da ürün alınması tefecilik suçunu oluşturmayacaktır²³. Fakat ödünç verilen para karşılığı, verilen paranın değerini aşan eşya, mal ya da ürün alınması tefecilik suçunu oluşturacaktır²⁴. Öte yandan ödünç verilen paranın karşılığında para, hizmet veya mal alınmasının suçun oluşumuna etkisi olmadığı ifade edilmektedir²⁵.

Yargıtay içtihatlarında da ödünç para verilip karşılığında piyasa koşullarını aşan ve faiz veya başkaca bir maddi değer talep etmek tefecilik suçunu kapsamında değerlendirilmiştir²⁶.

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi söz konusu suçun konusu, para dışındaki bir değer olamaz. Ancak bize göre, suçun konusu sadece para ile sınırlı tutulmamalıdır. Keza para dışındaki değerler de tefecilik suçuna konu olabilmelidir. Kaldı ki, uygulamada bu yasağın başkaca değerlerle kolayca aşılması mümkündür. Nitekim yukarıda da değindiğimiz üzere bu gibi durumlar Yargıtay kararlarına dahi konu olmuştur.

Bu kapsamda tefecilik suçunun kıymetli evrak veya kredi kartı ile işlenmesi hallerinin nitelikli hal olarak düzenlenmesinin isabetli olacağı da ileri sürülmüştür²⁷. Nitelikli hal olarak düzenlenmesi dahi para dışındaki değerler konu edilerek tefecilik suçunun işlenebileceğine ilişkin bir hükmün ihdasına acil ihtiyaç olduğu kanaatindeyiz.

²³ Uğur, a.g.m., s.66.

²⁴ Meran, a.g.m., s.109.

²⁵ Örneğin, tefecilik yapan şahsın ödünç verdiği paranın karşılığında, ödünç verdiği miktardaki para ile birlikte kendisine bir de ev ya da araba alınmasını istemesi ve bu koşulla ödünç para vermesi durumunda tefecilik suçu gerçekleşmiş olacaktır. Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.6715.

²⁶ Yargıtay 7. CD, 15.12.2005, E.2003/14352, K.2005/21394; "...müşteki ve mağdurlara fındık sezonlarından önce döviz ya da Türk parası veren, fındık sezonu geldiğinde senetlere fahiş bedeller yazıp nakit ya da fındık ürünü olarak ilgililerinden icra yolu da dahil tahsil etmeye çalışan ve önemli miktarlarda tahsilatlar da yapan, bu suretle izin almadan ivaz karşılığı borç para verme işini meslek haline getiren sanığın bu eylemlerinin kül halinde tefecilik suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesis..." Uğur, a.g.m., s.67.

Yargıtay 7. CD, 11.04.2007, E.2007/3341, K.2007/2563; "Tanıkların borç para aldıkları tarihte para miktarı ile kaç kilo fındık alabildikleri ve sanığa verdikleri fındık bedelleri de tespit edilip vade tarihi de dikkate alınarak ödedikleri fark yüzdesine göre tefecilik suçunun oluşup oluşmadığı tartışılıp sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken eksik soruşturma ile yazılı şekilde beraat kararı verilmesi..." Meran, a.g.e., s.82.

²⁷ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s.885.

2. Fiil

Tefecilik suçunu oluşturan fiil, başkasına ivaz karşılığı ödünç para verilmesidir. Bu itibarla, ilgili kamu otoritesinden gerekli izinler alınmadan ve ilgili mevzuatta belirlenen esaslara aykırı olarak ivazlı ödünç para verme işlemlerinin yapılması ile suç oluşacaktır.

TCK m. 241 düzenlemesiyle, faiz karşılığı bir başkasına bir defa ödünç para verilmesi halinde, tefecilik suçu tamamlanmaktadır. Suçun oluşması için, tefecilik faaliyetinin süreklilik arz etmesine, bunun meslek edinilmesine gerek bulunmamaktadır.

Tefecilik suçu, ivaz karşılığı ödünç olarak verilen paranın mülkiyetinin borç alana geçtiği anda tamamlanmış olmaktadır. Suçun tamamlanması için ivazın temin edilmiş olması şart değildir. Hatta ödünç olarak alınan paranın vadesinde geri ödemesinin yapılmamış olmasının veya ödünç verilen paranın türünün suçun oluşması üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır²⁸.

Ancak uygulamada 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği tarihten önceki zamanda işlenen fiiller bakımından aranan koşulların, sonraki içtihatlarda da takip edildiğini görmekteyiz. Bu bağlamda tefeciliğin "süreklilik" arz etmesi gerektiğine, "sistemli" bir şekilde işlenip işlenmediğinin ve meslek haline getirilip getirilmediğinin tespit edilmesi gerekliliğine işaret edilmektedir²⁹.

²⁸ Ali İhsan Erdağ, Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar ve Bilişim Alanında Suçlar, (Çevrimiçi)

<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/100.doc>, Erişim: 25.12.2011.

²⁹ YCGK, 25.09.2007, E.2007/7-213, K.2007/191, "Tefecilik suçunun oluşabilmesi için birden fazla kişiye sistemli ve sürekli bir biçimde faiz karşılığı ödünç para verilmesi gerekmekte olup, sanığın birçok kişiye faiz karşılığı ödünç para vererek çıkar sağlayıp sağlamadığı ve bu işi meslek haline getirip getirmediğinin tespiti bakımından..."; Yargıtay 7. CD, 13.04.2010, E.2007/9329, K.2010/6025, "Tanıklar hazırlık ifadelerinde sanıkların tefecilik yaptığını söylediklerine göre mahkemece de dinlenip ayrıca tefecilik suçunu oluşabilmesi için birden fazla kişiye sistemli ve sürekli bir biçimde faiz karşılığı ödünç para verilmesi gerekmekte olup, sanıkların birçok kişiye faiz karşılığı ödünç para vererek çıkar sağlayıp sağlamadıkları, bu işi meslek haline getirip getirmediğinin tespiti açısından sanıkların tefecilik yapıp yapmadıklarına dair zabta araştırması yaptırıldıktan sonra sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının değerlendirilmesi..."; Yargıtay 7. CD, 10.02.2010, E.2006/10687, K.2010/1639; "...tefecilik suçundan dava açıldığı da dikkate alınarak başka şahıslara faiz karşılığı ödünç para verip vermediği eyleminin sistemli bir şekilde süreklilik taşıyıp taşımadığı hususlarının araştırıldıktan sonra sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde hüküm tesisi..."; Yargıtay 7. CD, 15.12.2009, E.2007/16450, K.2009/15131, "...suçun yasal unsuru olan faiz karşılığı ödünç para verme işinin meslek haline getirilip getirilmediği süreklilik arzedip arzetmediği açıklığa kavuşturulduktan sonra karar verilmesi gerekirken eksik araştırmaya dayalı olarak yazılı şekilde beraat kararı verilmesi..."; Yargıtay 7. CD, 16.11.2009, E.2007/14128, K.2009/14003, "...tefecilik suçunun oluşabilmesi için birden fazla kişiye sistemli ve sürekli biçimde faiz karşılığı ödünç para verilmesi gerektiği hususu da gözetilerek..."; Yargıtay 7. CD, 13.07.2009, E.2006/1137, K.2009/8423, "...sanığın birden fazla kişiye sürekli olarak faiz karşılığında borç vererek tefecilik yaptığı..."; Yargıtay 7. CD, 21.02.2007, 20506/1022, "...tefecilik suçunun oluşabilmesi için birden fazla kişiye sistemli ve sürekli bir biçimde faiz karşılığı ödünç para verilmesi gerekmekte olduğu..."; Yargıtay 4. CD, 30.05.2006, E.2004/7692, K.2006/11622,

Bu hususun kabulünün bir sonucu olarak, suçun tamamlanma tarihinin “en son ödünç para verilen tarih” olduğu kabul edilmektedir. Yargıtay içtihatlarında, tefecilik suçunun “temadi eden bir suç” (mütemadi suç, kesintisiz suç) olduğu kabul edilmektedir³⁰. Suçun tamamlanma anının zamanlaşımı bakımından oldukça önem arz etmesinden ötürü bu husus, aşağıda yaptırım usulü kısmında ayrıca ele alınacaktır.

90 s. KHK, tefecilik fiilinin suç oluşturabilmesi için, bu faaliyetin temadi olması ve meslek olarak icra edilmesi gerektiği yönünde hükümler içermektedir. Sonradan yürürlüğe giren TCK'daki bir suç tanımına ilişkin hükümlerin yorumunda bu KHK hükümleri dikkate alınmaz³¹.

İlgili kamu otoritesinden gerekli izinler alınmadan ve ilgili mevzuatta belirlenen esaslara aykırı olarak ivazlı ödünç para verme işlemleri yapılması ile suç oluşacaktır. İzinsiz mevduat toplamak yani ivazlı veya ivazsız ödünç para toplamak, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 150. maddesinde tanımlanan suç³² oluşturmaktadır. Buna karşılık, izinsiz olarak ivazlı ödünç para verilmesi, TCK'nın 241. maddesindeki “tefecilik suçu”nu oluşturacaktır³³.

“...izinsiz olarak sistematik ve sürekli bir biçimde faizle borç para vermek suretiyle tefecilik suçunu işledikleri...”; Yargıtay 7. CD, 11.04.2007, 17311/2525 “...sürekli ve sistemli bir biçimde çıkar karşı ödünç para verme eylemini gerçekleştirdiği gözetilerek...”; Yargıtay 7. CD, 12.04.2004, E.2003/5871, K.2004/5049, “...sanıkların mercinden izin almaksızın, muhtelif tarihlerde müştekiler ve bir kısım tanıklara faizle ödünç para vererek bu işi meslek edindikleri...”. Meran, a.g.e., s.68-85.

Ayrıca aynı konuya ilişkin diğer bazı Yargıtay kararları hakkında bkz.: Yargıtay 7.CD, 21.06.2006, 2004/36039, 2006/12651; Yargıtay 7.CD, 22.05.2009, 2006/17545, 2009/5064; Yargıtay 7.CD, 13.05.2003, 2002/21487, 2003/2670; Yargıtay 7.CD, 28.06.2004, 2003/9395, 2004/9069; Yargıtay 7.CD, 09.06.2004, 2003/6742, 2004/7957; Yargıtay 7.CD, 17.06.2003, 2003/642, 2003/4953; Özgenç, a.g.m., s.548.

³⁰ Yargıtay 7.CD, 09.06.2004, 2003/6742, 2004/7957; Yargıtay 7. CD, 09.11.2009, E.2007/3343, K.2009/12679, “...tefecilik suçunun oluşabilmesi için birden fazla kişiye sürekli ve sistemli bir biçimde faiz karşılığı ödünç para verilmesi gerekmekte olduğu...”; Özgenç, a.g.e., s.548.

³¹ Özgenç, a.g.m., s.548; Aksi yönde bkz. Necati Meran, “Türk Ceza Kanununda Tefecilik Suçu ve 90 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulanması”, Terazi Hukuk Dergisi, Y.5, S.51, Kasım 2010, s.103 vd.

³² “İzinsiz faaliyette bulunmak” başlıklı Bnk. K. m.150'ye göre; “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 beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ayrıca, bu suçun bir işyeri bünyesinde işlenmesi hâlinde bu işyerlerinin bir aydan bir yıla kadar, tekerür hâlinde ise sürekli olarak kapatılmasına karar verilebilir.

Bu Kanuna göre alınması gereken izinleri almaksızın ticaret unvanlarında, her türlü belge, ilân ve reklamlarında veya kamuoyuna yaptıkları açıklamalarda banka adını ya da banka gibi faaliyet gösterdikleri ya da banka gibi mevduat veya katılım fonu topladıkları izlenimini uyandıracak söz ve deyimleri kullanan gerçek kişiler ile tüzel kişilerin görevlileri, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ayrıca, bu işyerlerinin bir aydan bir yıla kadar, tekerrür hâlinde ise sürekli olarak kapatılmasına karar verilebilir.

Yukarıdaki fıkralara aykırılık hâlinde Kurumun ilgili Cumhuriyet başsavcılığını muhatap talebi üzerine sulh ceza hâkimince, dava açılması hâlinde davaya bakan

Tefecilik suçu iktisadi hayatımızda “senet kırdırma” olarak ifade edilen şekilde de işlenmektedir. Örneğin henüz vadesi gelmemiş bir bononun vadesinden önce başkasına verilerek karşılığında bono üzerinde yazılı olan meblağdan daha az bir paranın alınması durumunda tefecilik suçu oluşacaktır. Bononun el değiştirmesi, kişiler arasında doğmuş olan bir alacak borç ilişkisine dayanmaktadır. İşte bu durumlarda ödeme aracı olan bono veya çekin kendisi satılmakta ve satın alınmaktadır³⁴.

Buna karşın, Danıştay’ın 30.11.1999 tarihli bir kararında³⁵, “...Uyuşmazlık, 1992 yılında davacının ikrazatçılık faaliyetinde bulunduğu hususunun vergi inceleme raporu ile saptandığından bahisle, davacı adına kaçakçılık cezalı banka ve sigorta muameleleri vergisi tarhiyatı yapılmasına ilişkin olup tarhiyatın terkinini istemiyle açılan davanın reddi yönünde verilen mahkeme kararının temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir...”, “...Dosyanın incelenmesinden, plastik ve inşaat malzemeleri ticaretiyle uğraşan davacının hakkındaki telefon ihbarı üzerine iş yerinde yapılan aramada ele geçirilen belgelerde ismi yer alan kişilerin ifadesine göre, gazete ilanı ile davacıya ulaşan kişilerin ellerinde bulunan vadesi gelmemiş çekleri %10-%15 iskonto ile bozdurdıkları, karşılığında para aldıkları ve çeki davacıya bıraktıkları hususlarının tespit edildiği ve bu durum üzerine inceleme elemanınca iş yerinde bulunan listelerde yer alan komisyon miktarları esas alınarak kaçakçılık cezalı tarhiyat yapıldığı anlaşılmaktadır...”, “...olayda arama sonucu ele geçen listelerden, çek kırmak suretiyle faiz elde edildiğinin anlaşıldığından bahisle, tespit edilen bu tutarlar vergilendirilmiştir. Dolayısıyla, davacı şirketin çek kırma faaliyeti, yukarıda bahsi geçen kararname hükümleri karşısında ikrazatçılık ya da tefecilik olarak adlandırılmayacağından, elde edilen gelirin banka ve sigorta muameleleri vergisine tabi olduğunun kabulü mümkün görülmemiştir...” şeklinde ifadelerle yer vermek suretiyle çek kırma faaliyetinin ikrazatçılık ya da tefecilik olarak adlandırılmayacağı ve banka ve sigorta muamelelerinin vergisine tabi tutulamayacağı belirtilmektedir.

mahkemece işyerlerinin faaliyetleri ve reklamlar geçici olarak durdurulur, ilanları toplatılır. Bu tedbirler, hâkim kararıyla kaldırılıncaya kadar devam eder. Bu kararlara karşı itiraz yolu açıktır”.

³³ Özgenç, a.g.m., s.547.

³⁴ Bkz.: Madde gerekçesi. Ayrıca Danıştay Vergi Dava Daireleri’nin 15.2.2002, E.2002/75, K.2001/502 sayılı kararında bu hususa ilişkin, “...vadeli senetler için uygulanabilir nitelikte olan; senette yazılı tutarın “alacağın temlik-cirosu suretiyle ve belli bir iskontoyla üçüncü kişiden vadesinden önce tahsil edilmesi -“kıрма”- işleminin Türk Ticaret Kanunu’nun 707’nci maddesinde belirtilen kurallar karşısında çekler içinde uygulanmasının mümkün olmadığı, tüm bu hususlar dikkate alındığında ivaz karşılığı borç verilmesinin ikrazatçılık faaliyeti olduğu ve çek miktarı ile ödenen miktar arasındaki farkın davacının iktisaden elde ettiği miktar olduğu” belirtilmiştir. Meran, a.g.e., s.25, 26; Danıştay 7. Dairesi kararlarında, “...davacı şirketin çek kırma faaliyeti, ...bahsi geçen kararname hükümleri karşısında ikrazatçılık ya da tefecilik olarak adlandırılmayacağından, elde edilen gelirin banka ve sigorta muameleleri vergisine tabi olduğunun kabulü mümkün görülmediği” ifade edilmiş olsa dahi Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu’nun kararına göre çek kırma faaliyeti tefecilik olarak kabul edilmektedir. Meran, a.g.m., s.69.

³⁵ Danıştay 7. Daire, 30.11.1999, E.1998/3614, K.1999/3953, Meran, a.g.e., s.105-110.

Söz konusu kararın karşı oyunda ise, "...davacının "çek kırma" yönetimi ile kredi-borç verdiği sabittir. Yani şirket ikrazatçılık faaliyetinde bulunduğu halde, bu faaliyetini gizlemek amacıyla, "kanuna karşı hile" olarak, söz konusu yönetime başvurmuştur. Elde edilen faizin, vade farkı olarak nitelendirilmesi de durumda bir değişiklik yapmamaktadır..." ifadelerine yer verilerek elde edilen gelirin banka ve sigorta muamelelerin tabi olduğu vergiye tabi olması gerektiği belirtilmiştir.

Sonuç olarak bize göre, kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişilerin, ekonomik sıkıntıları nedeniyle acil kredi bulma ihtiyacı olan kişilere vergiden muaf şekilde hukuka aykırı olarak verdikleri paranın ve elde ettikleri kazancın, çek kırma adı altında yapılması duruma etki etmeyecek olup, suç tamamlanmış olacaktır.

Diğer yandan kredi kartı kullanılmak suretiyle yapılan tefecilik, çek ve senet kırdırma yoluyla yapılan tefeciliğe benzetilmektedir. Bu şekilde işlenen tefecilik suçunda, gerçekte bir alışveriş olmadığı halde alışveriş yapılmış gibi gösterilmektedir³⁶.

Burada özellik arz eden husus, tefecilik yapan kişinin, mal satımı gerçekleştirmediği halde, kredi kartı ile alışveriş yapan bir alıcı olarak gösterilen kişiye alışverişe konu malın bedeli olarak gösterilen tutardan daha düşük bir tutarı nakit olarak vermesidir. Muvazaa halinin var olduğunun söylenebileceği bu tip işlemlerin kuyumculuk faaliyetinin yürütüldüğü ticari işletmelerde sık rastlandığı ifade edilmiştir³⁷.

Diğer yandan Alman Ceza Kanunu'nun tefecilik suçuna yer verdiği ilgili düzenleme (Alm. CK § 291)³⁸ "*Bir kişinin mecburiyetini, tecrübesizliğini, temyiz kudretinin eksikliğini ya da önemli ölçüdeki irade zayıflığını, kendisine ya da üçüncü bir kişiye; bir yeri kiralamak, bir kredi elde etmek, diğer bir edim ya da söz konusu edimlere aracılık için kendi edimi ya da arabuluculuğu ile açıkça oransız bir şekilde maddi menfaat vaat ettirmek ya da temin ettirmek suretiyle sömüren kişi 3 yıla kadar hapis ya da para cezası ile cezalandırılır. Birden çok kişi ifa eden, aracı ya da diğer bir şekilde etki etmiş ve bu suretle maddi menfaat ve karşı ifa arasında açık bir oransızlık meydana geldi ise yukarıdaki cümle, bir diğerinin mecburiyet hali ya da diğer zayıflıklarını kendisi ya da üçüncü bir kişi için ölçüsüz bir maddi menfaat elde etmek için yararlanan herkes için geçerlidir.*

Ağır hallerde ceza 6 aydan 10 yıla kadar hapis cezasıdır. Şayet fail;

1. *Fül suretiyle diğerini ekonomik olarak zor durumda bırakıyorsa,*
2. *Fül profesyonelce işlenmiş ise,*
3. *Kıymetli evrak vasıtasıyla fahiş maddi menfaat sözü verdirmiş ise, ağır hal mevcuttur.*" şeklindedir.

Bu düzenlemede yer alan bir kişinin zor durumundan, tecrübesizliğinden, temyiz kudretinin eksikliğinden, irade zayıflığından faydalanılması sure-

³⁶ Örneğin kartla alışveriş yapılmış gibi pos makinesinden kart çekilerek kart hamiline düşük bir tutar peşin olarak ödenmektedir. Kart sahibi böylece 1000 TL alışveriş yapmış gibi kartına 5 taksitle ödeme yapacak olup, satıcı olarak görünen kişiden 500 TL nakit alacaktır. Uğur, a.g.m., s.71; Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.6716.

³⁷ Özgenç, a.g.m., s.551, 552.

³⁸ Alm. CK § 291 hükmü için bkz.: Parlar, a.g.e., s.16; Özbek, a.g.m., s.30, dn.1.

tiyle suçun işlenmesi hallerine bizim mevzuatımızda da yer verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir³⁹.

Ayrıca bu bağlamda tefecilik suçunun Borçlar Kanunu'ndaki "gabin"⁴⁰ hususuna benzediği, edimler arasındaki açık orantısızlığın da tıpkı Alm. CK'da olduğu gibi bizim mevzuatımızda da dikkate alınması belirtilmiştir⁴¹. Bu husus, yukarıda da belirttiğimiz üzere bizim hukukumuzda yargı kararlarında "fahiş miktar" olarak ifade edilmekle birlikte, bize göre TCK'nın tefecilikle ilgili düzenlenmesi yeniden değerlendirilerek bu konudaki eleştiriler de dikkate alınmalıdır.

3. Fail

Tefecilik suçu, bir karşılaşma suçu⁴² şeklinde çok failli bir suçtur⁴³. Bu suçta ödünç para veren ve ödünç para alan olarak iki kişi mevcuttur. İvaz karşılığında ödünç para veren, tefeci olarak adlandırılan kişi ile birlikte ivaz karşılığında ödünç para alan kişi de tefecilik suçunun failidir⁴⁴.

Ancak, izlenen suç siyaseti gereği sadece ivaz karşılığı ödünç para veren kişi yani tefeci cezalandırılmaktadır⁴⁵.

³⁹ Parlar, a.g.e., s.16.

⁴⁰ 818 sayılı BK m.21; "Bir akitte ivazlar arasında açık bir nispetsizlik bulunduğu takdirde, eğer mutazarrırın müzayaka halinde bulunmasından veya hiffetinden yahut tecrübesizliğinden istifade suretiyle vukua getirilmiş ise, mutazarrır bir sene zarfında akdi feshettiğini beyan ederek verdiği şeyi geri alabilir."

⁴¹ Özbek, a.g.m., s.30.

⁴² Karşılaşma suçlarında suçun işlenişine zorunlu olarak katılan kişiler aynı amaçta birleşmek üzere farklı yönlerde hareket etmektedirler. Örneğin, rüşvet suçunda (TCK m.252) rüşvet veren veya başılayan ile rüşvet alan olmak üzere en az iki kişinin varlığı gerekmektedir. Aynı durum, uyuşturucu ve uyarıcı madde ticareti suçunda (TCK m.188/3), suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunda (TCK m.165), yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama suçunda (TCK m.255), kürtaj suçunda (TCK m.100/2) görülmektedir. Kayıhan İçel/Füsün Sokullu Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih S. Mahmutoğlu/Yener Ünver, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, 2. bs., İstanbul, Beta Yay., 2000, s.368, 369; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7.bs., Ankara, Seçkin Yay., s.455; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenedünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2011, s.666,667; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku, 6. bs., Ankara, Seçkin Yay., s.443; Kayıhan İçel/A. Hakan Evik, İçel-Ceza Hukuku Genel Hükümler II, 2. Kitap, 4. bs., İstanbul, Beta Yay., 2007, s.262, 263; Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. bs., Ankara, Seçkin, 2011, s.357.

⁴³ Özgenç, a.g.m., s.552.

⁴⁴ Özgenç, a.g.m., s.552.

⁴⁵ Bkz.: madde gerekçesi. Benzer durum, "fuhuş" suçu içinde geçerlidir. Bu düzenleme gereği, fuhşa teşvik eden kişi, maddede belirtilen miktardaki ceza uyarınca cezalandırılır iken, fuhşa sürüklenen kişi, suç politikası gereği cezalandırılmamaktadır. Bu suçun düzenlendiği TCK m.227 ise şu şekildedir: "(1) Çocuğu fuhşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran, bu maksatla tedarik eden veya barındıran ya da çocuğun fuhşuna aracılık eden kişi, dört yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suçun işlenişine yönelik hazırlık hareketleri de tamamlanmış suç gibi cezalandırılır. (2) Bir kimseyi fuhşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran ya da fuhuş için aracılık eden veya yer temin eden kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Fuhşa sürüklenen kişinin kazan-

TCK m.241 gereği, tefecilik suçunun faili gerçek kişidir. Suçun faili hakkında Kanun'da özellik arz eden herhangi bir hususa yer verilmemiştir. Dolayısıyla tefecilik suçunun özgü bir suç olmadığını ve failin herkes olabileceğini söylemek mümkündür. Kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren herkes bu suçun failidir⁴⁶.

Tefecilik suçunun işlenmesi suretiyle tüzel kişiler yararına haksız menfaat sağlanması halinde tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükümlenacaktır (TCK m.242). Tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri ise, TCK m.60'da belirtildiği üzere iznin iptali ve müsadere⁴⁷.

Diğer yandan 90 Sayılı KHK m.3'te finansman şirketleri, devamlı ve mutad iştiğal konusu olarak her türlü mal ve hizmet alımını kredilendirmek üzere ödünç para veren tüketici kredi şirketleri, faktöring şirketleri ise, mal ve hizmet satışlarından doğmuş veya doğacak alacakları temellük ederek tahsilini üstlenen, bu alacaklara karşı ödemelerde bulunarak finansman sağlayan şirketler olarak tanımlanmıştır. Ayrıca KHK'da finansman şirketinin veya faktöring şirketinin faaliyet esaslarında tefecilik suçuna ilişkin herhangi bir düzenleme olmaması nedeniyle finansman ve faktöring şirketlerinin bu suçun faili olamayacağı ifadelerine yer verilmektedir⁴⁸.

4. Mağdur

İzlenen suç politikası gereği, ivaz karşılığında ödünç para alan kişi cezalandırılmamaktadır. Her ne kadar bu kişi zaten zor durumda olduğu gözetilerek cezalandırılmamak suretiyle korunmak istenmiş olsa da, onun, tefecilik suçunun mağduru olduğunu söyleyemeyiz.

Ekonomik düzende gerek nakit para, senet veya altın ile gerekse kredi kartı ile işlenen tefecilik suçunun düzen bozucu olduğu açıktır. Yasal olmayan

cından yararlanılarak kısmen veya tamamen geçimin sağlanması, fuhşa teşvik sayılır. (3) (Mülga: 6/12/2006 – 5560/45 md.) (4) Cebir veya tehdit kullanarak, hile ile ya da çaresizliğinden yararlanarak bir kimseyi fuhşa sevk eden veya fuhuş yapmasını sağlayan kişi hakkında yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısından iki katına kadar artırılır. (5) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların eş, üstsoy, kayın üstsoy, kardeş, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da kamu görevi veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. (6) Bu suçların, suç işlemek amacıyla teşkil edilmiş örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. (7) Bu suçlardan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükümlenir. (8) Fuhşa sürüklenen kişi, tedaviye veya psikolojik terapiye tâbi tutulabilir.”

⁴⁶ Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.6713.

⁴⁷ TCK m.60; “Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri (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. (3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarılabileceği durumlarda, hakim bu tedbirlere hükmetmeyebilir. (4) Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır.”

⁴⁸ Meran, a.g.m., s.107.

şekilde gerçekleştirilen bu ivaz karşılığı ödünç para verme durumundan ekonomik düzenin ve bu bağlamda da aslında piyasa ekonomisinin bozulmadan sürdürülmesinde yararı olan herkesin yani tüm toplumun etkilendiğini kabul etmek gerekir⁴⁹.

Kaldı ki TCK'da "Topluma Karşı Suçlar" arasında düzenlenen "tefecilik" suçu işlenerek ödünç para verme ile ilgili mevzuata aykırılık yapılmasından dolayı tüm toplumun çıkarları ihlal edilmektedir⁵⁰. Dolayısıyla tefecilik suçunun mağdurunun toplumda yer alan tüm bireyler yani kamu olduğunu söyleyebiliriz.

Bununla birlikte aksi görüş, bu suçun mağdurunu, banka ve diğer kredi veya finans kurumlarından acil ekonomik ihtiyacını karşılayamayan ve bu nedenle ekonomik bir kaynağa ihtiyaç duyan kusur yeteneğine sahip herkes olarak ifade etmektedir⁵¹. Bu görüşe göre, ivaz karşılığında ödünç para alan kişi, ödünç para verme işlemi nedeniyle mağdur edilmektedir⁵².

Tefecilik suçunda ödünç para alanın davaya katılma talebinin reddedildiğini görmekteyiz. Yargıtay kararlarında ödünç para alana davaya katılma veya hükmü temyiz etme imkanı tanınmamaktadır⁵³. Ancak bazı Yargıtay kararlarında bu kişilerin ödünç para aldıkları kişilerin tefecilik yaptığı iddiasıyla açılan davada tanık⁵⁴ veya müşteki⁵⁵ olmaları kabul görmüştür. Diğer yandan yargı kararlarında ancak maliye hazinesinin davaya katılabileceği ifade edilmiş olup⁵⁶, suçtan zarar gören olarak devletin kabul edilebileceği ve devletin maliye hazinesinin de müdahil olabileceğini söylemek mümkündür.

İzlenen suç siyaseti gereği ödünç para alanın cezalandırılmaması durumunun mevcut olmaması halinde bu suç tipinde mağduru ödünç para alan olarak kabul eden görüşlerin de ödünç para alan kişinin fail olduğunu kabul

⁴⁹ Tefecilik suçunun mağdurunun "toplumu oluşturan ve istikrarlı makro ekonomide yararı bulunan herkes" olduğu görüşü hakkında bkz. Özgenç, a.g.m., s.553.

⁵⁰ Parlar, a.g.e., s.19.

⁵¹ Birtek, a.g.m.

⁵² Meran, a.g.m., s.107. Ayrıca faizle ödünç para alan kişinin mağdur olarak kabul edildiği karar hakkında bkz. Yargıtay 7.CD, 08.02.2002, 2002/1341, 2002/1276. Özgenç, a.g.m., s.552.

⁵³ Yargıtay 7. CD., 26.01.2010, E. 2010/15270, K. 2010/568, Parlar, a.g.e., s.19.

⁵⁴ Faiz karşılığı ödünç para alanın tanık olarak kabul edildiği dava hakkında bkz. "Müştekinin iddiasıyla birlikte yeminli olarak dinlenen üç tanık da sanığın tefecilik yaptığını ve kendilerine de faiz karşılığı borç para verdiğini belirttikleri gözetilerek..." Yargıtay 7. CD, 17.06.2003, 2002/23458, 2003/4982. Meran, a.g.e., s.87; Yargıtay 7. CD, 07.10.2009, E. 2007/5900, K. 2009/10180; Yargıtay 7. CD, 26.02.2007, E. 2004/7960, K. 2007/1134; 17.06.2003, E. 2002/23458, K. 2003/4982, Özgenç, a.g.m., s.552.

⁵⁵ Özgenç, a.g.m., s.552, Yargıtay 7. CD, 01.07.2004, E.2003/7623, K.2004/9059, "...tefecilik suçunun oluşabilmesi için birden fazla kişiye sistemli ve sürekli bir biçimde faiz karşılığı ödünç para verilmesi gerekmekte olup...".

⁵⁶ "...ödünç para vermek suçundan kamu davası açılmış olup bu eylemden gerçek ya da tüzel kişilerin zarara uğradıklarının söylenemeyeceği ancak, bu tür faaliyetlerin devletin denetim ve gözetimi altında ve izin belgesi alınmak suretiyle yapılması gerektiğinden bu suçlarda maliye hazinesinin katılan sıfatını kazanabileceği..." 7. CD, 08.02.2002, 2002/1341, 2002/1276, Meran, a.g.e., s.87-89.

etmemek için hiçbir dayanakları kalmayacaktır. Prensipite rüşvet suçu ile farklılık arz etmeyen bu suç tipinde de ödünç para alanın da fail olduğunu kabul etmek isabetlidir. Aksi takdirde kanun koyucu tarafından ceza yaptırımını öngörülen kişinin fail olarak kabulü gerekecektir. Ancak failin statüsü kanun koyucunun fazla ya da az ceza takdir etmesi veya suç teşkil eden bu fiil karşılığında ceza öngörüp öngörmemesi ile ilgili değildir. Fail, suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren kişidir. Dolayısıyla fail belirlenirken fiilin işlenişinden hareket etmek gerekecektir.

Öte yandan ödünç para alan kişinin mağdur olması, onun acil ve zorunlu olarak paraya ihtiyaç duyması, yasal kurumlardan kredi temin edememesi hali bu suçtan doğan bir mağduriyet değildir. Bu kapsamda ödünç para alan kişinin ekonomik bakımından düştüğü sıkıntı nedeniyle mağdur olması ile bu suçun mağduru olması durumu birbirinden farklıdır.

Kanımızca bir karşılaşma suçu olarak ifade ettiğimiz tefecilik suçunda da sadece ivaz karşılığı ödünç para veren kişinin değil, ivaz karşılığında ödünç para alan kişinin de cezalandırılması gereklidir. Çünkü zor durumda olan kişi, böyle bir borç ilişkisinin altına girerken işlediği fiil nedeniyle cezalandırılacağını bilse bu suçu işlemeyebilecek iken, ivaz karşılığı ödünç para alarak daha da zor duruma düşmektedir. Böylece bu şekilde ödünç para alan kişinin de cezalandırılmasının caydırıcı olacağı kanaatindeyiz. Ancak, ivaz karşılığı ödünç para alan kişinin yaşadığı ekonomik sıkıntı da göz önünde bulundurulduğunda, ivaz karşılığı ödünç para verilmesi fiilinin daha az cezayı gerektiren bir nitelikli hali olarak düzenlenmesi de isabetli görülmektedir.

C. Suçun Manevi Unsurları

Tefecilik suçuna ilişkin mevcut düzenlemeye baktığımızda bu suçun kasten işlenebilen bir suç olduğunu görmekteyiz. Bununla birlikte kanun koyucu suçun oluşumu için kazanç elde etme amacını aramaktadır. Dolayısıyla tefecilik suçu, aynı zamanda bir amaç suçudur⁵⁷. Bu nedenle kazanç elde etme amacı olmadan ödünç para verilmesi, kazanç elde etme amacı olmadan paranın geri ödenmesine kadar geçen sürede olabilecek değer kaybı kadar bir tutarın ek olarak ödenmesinin istenmesi tefecilik olarak değerlendirilmeyecektir⁵⁸.

Yürürlükte bulunan TCK ile özel kast ve genel kast şeklinde yapılan ayırım kaldırılmıştır. Bu nedenle eski terminolojiye bağlı kalarak bu suçun genel kastla işlenemeyeceği, ancak özel kastla işlenebileceği şeklindeki ifadeleri⁵⁹ doğru bulmamaktayız.

Failde aranan, sadece kazanç elde etme amacı olduğundan, kazancın elde edilmiş olmaması halinde de bu suç işlenmiş sayılacaktır. Kazanç elde etme amacı taşımayan yakın akrabalık veya kişisel ilişkiler nedeniyle ödünç para verilmesi işlemi bu suç kapsamında değerlendirilmeyeceği için bu suçla ilgili yapılan yargılamalarda, kişilerin ilk olarak bu tip gerekçeler ileri sürerek

⁵⁷ Özgenç, a.g.m., s.553.

⁵⁸ Birtek, a.g.m.

⁵⁹ Bu suçun “özel kastla” işlenebileceği hakkında bkz. Parlar, a.g.e., s.23; Meran, a.g.m., s.111; Meran, a.g.e., s.29.

savunma yaptıkları belirtilmiştir⁶⁰. Konuya ilişkin bir Danıştay kararı da, aralarında yakın akrabalık veya iş ilişkisi bulunmayan kişiler arasında bu nitelikteki ödünç para verme faaliyetinin ticari faaliyet, kazancın da ticari kazanç kapsamında değerlendirildiğine vurgu yapmaktadır⁶¹. Eski tarihli bu karar dışında Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına baktığımızda, yakın akrabalık ve iş ilişkisi bulunmayan kişiler arasında önemli bir miktardaki paranın karşılıksız olarak alınıp verileceği günümüz ekonomik koşulları gözetilerek kabul görmemektedir⁶².

Kişinin sadece bir kereye mahsus bir yakınına geri verilmesi gereken zamanda verildiği tarihten bu zamana kadar serbest piyasa ekonomisi koşulları gereği değişen değerleri aşan ve kazanç olarak değerlendirilebilecek faiz ya da başka bir maddi değer isteyerek ödünç para vermesi halinde, söz konusu suç işlenmiş olacaktır⁶³.

Failde aranan kazanç maksadı; mağdur ile arasında ödünç parayı temin maksadıyla sözleşme veya bono imzalamış olması ile mağdurdan borç tutarının üstünde bir menkul veya gayrimenkul teminat alması veya kıymetli evrak alması, failin yedinde farklı kişilere ait olan ve hukuki ilişki ile alındıkları açıklanamayan çok sayıda kıymetli evrak bulunması gibi olaylarla ortaya konabilecektir. Kredi kartı ile işlenen tefecilikte, failin kredi kartı ile satış yapılmış gibi gösterdiği malın gerçekte hala failin elinde bulunması durumunda ya da kişisel ve ailevi bir yakınlık mevcut olmadan ödünç para verilmesi durumunda kazanç elde etme ve tefecilik kastının bulunduğu sonucuna ulaşılabilecektir⁶⁴.

Bununla birlikte failin kazanç elde etmek amacı şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispat edilememiş ise, mevcut olan şüphe sanığın lehine yorumlanmalıdır. Dolayısıyla şüpheden sanık yararlanır ilkesinin suçun manevi unsuru bakımından da uygulanması ve buna uygun karar verilmesi gerekmektedir⁶⁵.

D. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

İvaz karşılığı ödünç para vermeye yetkili kılınan hallerde, usulüne uygun şekilde ivaz karşılığı olarak ödünç para verilebilir. Kazanç elde etmek amacıyla ödünç para verilmesi haline belli durumlarda imkan tanınmıştır. Örneğin izin almak suretiyle böyle bir faaliyetin yapılması ikrazatçılık olarak adlandırılmaktadır. Banka ve finans kurumları Sermeye Piyasası Kanunu ve kendi mevzuatlarına göre faaliyet gösterdikleri için bu kurumların yapmış oldukları faiz karşılığı ödünç para verme işlemleri bakımından bir hukuka uygunluk nedeninin mevcut olduğu söylenmektedir⁶⁶.

⁶⁰ Birtek, a.g.m.

⁶¹ Danıştay Vergi Dava Daireleri, 13.03.1998, E. 1998/68, K. 1996/242. Meran, a.g.e., s.115-119.

⁶² Danıştay Vergi Dava Daireleri, 17.11.2000, E. 2000/368, K. 2000/186. Meran, a.g.e., s.114-115.

⁶³ Uğur, a.g.m., s.71.

⁶⁴ Birtek, a.g.m.

⁶⁵ Birtek, a.g.m.

⁶⁶ Birtek, a.g.m.

Ancak bu gibi durumlarda izin alınarak söz konusu faaliyetin gerçekleşmesi halinde tipikliğin gerçekleşip gerçekleşmediği de düşünülmelidir. Çünkü tipik hareket, herhangi bir izne dayanmadan gerçekleştirilen ivaz karşılığı ödünç para verilmesidir.

Diğer yandan söz konusu suç, şikayete tabi bir suç da olmadığı için ilginin rızası hukuka uygunluk sebebinin uygulanamayacağı kabul edilmektedir⁶⁷.

E. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Teşebbüs

Suçta teşebbüs, TCK m.35 hükmü ile “kişi işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur” şeklinde ifade edilmiştir.

Tefecilik suçuna teşebbüs hususu tartışmalı olmakla birlikte bu suçta teşebbüsün elverişli olduğu görüşü yaygındır. Bu görüşe göre; tefecilik suçuna teşebbüs, icra hareketlerinin parçalara bölünebildiği hallerde mümkündür. Örneğin ivaz karşılığı ödünç para alınması konusunda anlaşma sağlanmış olmakla birlikte ödünç paranın henüz tesliminin gerçekleşmesinden önce hareketin kesintiye uğraması halinde teşebbüs söz konusu olacaktır⁶⁸.

Buna paralel anlayışı daha ayrıntılı bir biçimde ortaya koyan diğer görüşe göre de, suç neticesi harekete bitişik, diğer bir deyişle sırf hareket suçlu olup, tipte ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi aranmamaktadır. Dolayısıyla bu suçta teşebbüs kural olarak mümkün değildir. Ancak belli durumlarda bu suçta teşebbüsün mümkün olduğu kabul edilmektedir⁶⁹. Örneğin, fail ile ivaz karşılığı ödünç para alan kişinin anlaşması halinde, paranın postayla ya da kuryeyle gönderilmesi durumunda daha para teslim edilmeden kişinin yakalanması halinde bu suçta teşebbüsten sorumluluk gündeme gelecektir⁷⁰.

Söz konusu suç, ivaz karşılığında ödünç paranın borç alana verilmesiyle tamamlanmış olmaktadır⁷¹. Suç konusu paranın ödünç olarak verilmeden, fahiş bononun imzalanması aşamasında kalınmış olması veya kredi kartından gerçekte bir satım sözleşmesi olmadan çekim yapılması fakat fail tarafından bedelin henüz kredi kartı sahibine ödenmemiş olması, bononun bedelinden çok aşağı bir tutar için vadesi gelmeden satın alınması, bononun alınıp da söz konusu bedelin bono sahibine ödenmemiş olması gibi durumlarda teşebbüsten söz edilebilir.

Ancak teşebbüs söz konusu olan durumlarda kazanç elde etmek saikinin ve dolayısıyla tefecilik suçunun oluştuğunun ispatı bakımından zorluk söz konusudur. Örneğin ödünç verilen paranın postada iken yakalanması durumunda olduğu gibi suçta teşebbüsün mümkün olduğu kabul edildiğinde de söz konusu suçun tespiti bile zor iken, teşebbüsün söz konusu olup olmadığının

⁶⁷ Özbek, a.g.m., s.37.

⁶⁸ Özbek, a.g.m., s.38.

⁶⁹ Meran, a.g.m., s.111.

⁷⁰ Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.6717.

⁷¹ Uğur, a.g.m., s.61-71.

belirlenmesinin, paranın kazanç karşılığı verildiğinin kanıtlanmasının oldukça zor olduğu açıktır.

2. İştirak

Tefecilik suçu iştirak bakımından her hangi bir özellik arz etmez. Dolaylı faillik ve şeriklik olmak üzere suça iştirak mümkündür. TCK'nın 37-40 maddeleri uyarınca iştirak statüsü tespit edilecektir. Belirli bir miktar paranın ortaya konularak bu para ile tefecilik, bono kırma vs. işlemler yapmak suretiyle beraber işleme, kredi kartı çekim cihazı bulunmayan bir tefeciye kendi pos cihazını kullandırmak veya paraya ihtiyacı olan kimseler ile tefeci arasında bağlantı kurmak gibi hallerde de yardım etme söz konusudur⁷².

Yargıtay da kararlarında tefecilik suçuna iştirakin mümkün olduğunu belirtmektedir. Örneğin 4. Ceza Dairesinin verdiği bir karar şu şekildedir: *"...sanıkların yanında çalıştıkları Çavuşoğlu Finans Factoring adlı işyerinin sahibi Melih Burhan hakkında yürütülen 2006/80577 soruşturma dosyası ile, aynı yerde çalışırken kendisine ait finans şirketini açan Mehmet Girgin hakkında 2006/75920 soruşturma nolu tefecilik davalarının sonuçları araştırılarak ve aralarında bağlantı varsa bu dosyalar birleştirilerek sanıkların tefecilik eylemlerini TCY'nin 37. Maddesinde öngörüldüğü şekilde aynı irade birliği içinde işleyip işlemedikleri ya da sanık Melih Burhan ile Mehmet Girgin'in çek kırdırmak suretiyle tefecilik eylemine, "suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak" suretiyle katılıp katılmadıkları araştırılıp sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının belirlenmesi gerektiği gözetilmeden eksik araştırma ile hükümler kurulması..."*⁷³.

3. İçtima

Tefecilik suçunun kanuni tanımına uyan eylemler dışında başkaca suçlar da işlenir ise, failin bu suçtan da sorumluluğu söz konusu olacaktır. Örneğin vadesi gelmemiş bononun değerinin çok altında satın alınması olayında, fail verdiği parayı teminat altına almak için mağdura zorla senet imzalatır ise, bu durumda TCK m. 148/2 uyarınca senedin yağması suçunu da işlemiş olacak ve gerçek içtima kuralları uyarınca her iki suçtan da ayrı ayrı sorumlu tutulacaktır.

Tefecilik suçu kapsamında gerçeğe aykırı bir biçimde kıymetli evrak düzenlenmesi halinde de TCK m. 210 uyarınca kıymetli evrak resmi evrak olarak kabul edildiğinden, TCK m. 204'te düzenlenen resmi evrakta sahtecilik suçundan gerçek içtima kuralları uyarınca ayrıca sorumluluk söz konusu olacaktır. Fail ile mağdur arasında düzenlenmiş olan ispat vasıtası sözleşme üzerinde failin mağdurun rızasına aykırı biçimde yapacağı değişiklikler, eklemeler bakımından ise, özel belgede sahtecilik (TCK m. 207) suçundan ayrıca sorumluluk doğacaktır.

TCK'daki tefecilik düzenlemesine göre, suçun zincirleme suç şeklinde işlenemeyeceği, her eylemin ayrı suç teşkil edeceği ileri sürülmüştür. Genel yaklaşım ise, bu suçta içtima konusunda da genel hükümlerin geçerli olduğu, do-

⁷² Birttek, a.g.m.

⁷³ Yargıtay 4. CD, 02.11.2010, 20015-18056. Karar için bkz.: Parlar, a.g.e., s.27.

layısıyla zincirleme suçun mümkün olabileceği yönündedir. Suçun oluşumu için sürekli ve sistemli bir şekilde işlenmesi zorunluluğu kabul edildiği zaman, zincirleme suçun tespiti zor olacaktır. Çünkü suçun oluşumu zaten sürekli ve birden fazla kişiye karşı olmasına bağlıdır. Ancak daha önce de ifade ettiğimiz üzere, TCK'da suçun oluşumu için sürekli ve sistemli işlenmesi şeklinde bir zorunluluk yoktur.

F. Yaptırım Usulü

Suçun soruşturulması ve kovuşturulması genel hükümlere göre re'sen yapılacaktır. Bu suç, şikayete tabi suç değildir. Ancak Yargıtay kararlarında, suçun ihbarını sağlamak için harekete geçen kişilerin şikayetçi olmalarının⁷⁴ mümkün olduğu kabul edilmiştir. Vergi denetim elemanları veya kamu görevi ifa edenler bakımından ise, görevleri ile bağlantılı olarak tefecilik suçunu öğrenmiş olmaları durumunda bu durumu Cumhuriyet Savcılığı'na bildirmeleri gerekmektedir⁷⁵.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. maddesi uyarınca kanunda 5 yıla kadar hapis cezası öngörüldüğü için görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.

TCK m. 241'de tefecilik suçunun yaptırımı olarak iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası⁷⁶ öngörülmüştür. Nitekim TCK'da, ekonomik çıkar amacıyla işlenen suçlar bakımından hapis cezası ile birlikte adli para cezasına hükmedildiğine rastlamaktayız⁷⁷.

⁷⁴ “Şikayetçinin müdahil sıfatını kazanmasının mümkün olmadığı ve kanuna aykırı olarak müdahillğine karar verilmiş olması hükmü temyize hak vermeyeceği” hakkında karar için bkz. Yargıtay 7. CD, 25.12.2006, E.2006/16988, K. 2006/19550; Yargıtay 7. CD, 22.01.2007, 2005/18128, 2007/49, Meran, a.g.e., s.83, 84.

⁷⁵ TCK m.278 “Suçu Bildirmeme Suçu” kapsamında bildirim yükümlülüğü doğmakta olsa dahi Vergi Dairesi Müdürlüğünün de kamu davasına katılma ve hükmü temyiz etme hakkı bulunmadığı yönündeki karar için bkz. Yargıtay 7. CD, 05.05.2009, E. 2006/902, K.2009/5543. Meran, a.g.e., s.81.

⁷⁶ Bu cezanın hesaplanmasında TCK m. 52 dikkate alınacaktır. Buna göre; (1) Adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yediyüzotuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir. (2) En az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak takdir edilir. (3) Kararda, adli para cezasının belirlenmesinde esas alınan tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ayrı ayrı gösterilir. (4) Hakim, ekonomik ve şahsi hallerini göz önünde bulundurarak, kişiye adli para cezasını ödemesi için hükmün kesinleşme tarihinden itibaren bir yıldan fazla olmamak üzere mehil verebileceği gibi, bu cezanın belirli taksitler halinde ödenmesine de karar verebilir. Taksit süresi iki yılı geçemez ve taksit miktarı dörtten az olamaz. Kararda, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi halinde geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceği belirtilir.

⁷⁷ Tefecilik suçu dışında TCK'da yer alan bu tip suçlara örnek olarak; göçmen kaçakçılığı (m.79), insan ticareti (m.80), organ ve doku ticareti suçunun bir örgütün faaliyeti çevresinde işlenmesi (m.91/4), şantaj (m.107/1), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma su-

2279 sayılı Kanun'un aksine erteleme yasağı kanunda düzenlenmediği için hakim, verilen hapis cezasını 51. madde uyarınca erteleyebilecektir. Ancak para cezası ertelenemeyecektir.

Yine aynı şekilde mağdurların zararı giderilirse, diğer koşulların da mevcut olması durumunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması da mümkündür. Ancak bu durum, yani mağdurun zararının giderilmesi, mağduru ödünç para alan kişi olarak kabul eden görüşler bakımından geçerlidir⁷⁸.

Diğer yandan, 1 yıldan az hapis cezasının verilmesi durumunda, TCK m.50'ye göre bu ceza, seçenek bir yaptırıma çevrilebilecektir. Eğer hükümdede fiilin yaptırımı olarak hapis cezası ve adli para cezası seçenek olarak öngörül-müş olsaydı ve hapis cezasına hükmedilseydi, bu durumda verilen ceza adli para cezasına çevrilemeyecekti⁷⁹.

Söz konusu suçun ilgili tüzel kişi yararına işlenmesi halinde ise, yukarıda ifade ettiğimiz üzere TCK m.242 gereği, tüzel kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanacaktır.

Zamanaşımı, TCK m.66/6 hükmü gereği, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun on sekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar. Bu kapsamda tefecilik suçu bakımından suç tarihinin borç para verme tarihi olarak kabul edildiğinden⁸⁰, zamanaşımı da bu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

çunda mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kayba sebep olunması halinde (m.109/4), hakkı olmayan yere tecavüz (m.154/1), güveni kötüye kullanma (m.155), güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hali (m.155/2), bedelsiz senedi kullanma (m.156), dolandırıcılık suçu (m.157), suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi (m.165) suçları gösterilebilir. T. Polat İsoğlu, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Adli Para Cezası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s.217, 218.

⁷⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.6718.

⁷⁹ Bkz. TCK m.50/2. Bu hükmün konuluş amacı, hakimın doğrudan adli para cezasına hükmetme imkanı varken bunu yapmamış olmasıdır. Bu nedenle m.50/1'de yer alan diğer seçenek yaptırımlardan birine çevrilmelidir. Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 11. bs., Ankara, Seçkin Yay., 2011, s.371.

⁸⁰ "...Tefecilik suçunda suç tarihinin borç verme tarihi olduğu gözetilerek sanığın müşteriler dışındaki kişilere hangi tarihlerde borç verdiğinin tereddüde yer vermeyecek şekilde belirleyip, zamanaşımı hususunun da buna göre değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde noksan soruşturma sonucu hüküm kurulması yasaya aykırın..." Yargıtay 7. CD, 29.06.2010, 2008/1743, 2010/10346.; "...ele geçirilen muhtelif senetlerin borçlularından bulunabilenlerin tespitiyle usulüne uygun olarak dinlenmeleri ve suç tarihinin borç para verme tarihi olduğu da gözetilerek buna göre her bir sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden eksik kovuşturma sonucu hüküm tesisi..." Yargıtay 7. CD, 14.07.2009, 2006/11343, 2009/8423. Ayrıca tefecilik yapan kişinin suçu birden fazla işlemesi halinde "...en son ödünç para verdiği tarihin suç tarihi olacağı..." belirtilmiştir. Yargıtay 7. CD, 09.06.2004, 2003/6742, 2004/7957. Kararlar hakkında bkz. Meran, a.g.e., s.77-87.

1.06.2005'te yeni TCK'nın yürürlüğe girmesi nedeniyle bu tarihten önce işlenen suçlar hakkında süreklilik ve bu işin meslek haline getirilmesi arandığı için suç tarihi son borç verme tarihi olarak belirlenmektedir. Dolayısıyla suç tarihinin belirlenmesinde paranın geri ödenmeye başlaması, borcun bitim tarihi ya da vade tarihi, suçun işlendiği tarih belirlenirken esas alınmamaktadır⁸¹.

Ayrıca tefecilik suçuna ilişkin müsadere hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı, daha doğrusu ne şekilde uygulanacağı hususu oldukça tartışmalıdır.

Bu suçun konusunu oluşturan paranın ve suçtan elde edilen kazancın TCK'da yer alan eşya müsaderesi⁸² ve kazanç müsaderesi⁸³ güvenlik tedbirleri bağlamında müsadere edilebileceği ifade edilmiştir⁸⁴.

Doktrinde ekonomik çıkar amacıyla işlenen suçlarda kazanç müsaderesine ilişkin hükmün işletilemediği hallerde suçtan elde edilen gelirin kişiler üzerinde kalmasını engellemek için hapis cezası ile birlikte adli para cezasına hükmedildiği belirtilmektedir⁸⁵. Bununla birlikte ekonomik çıkar amacıyla işlenen suçlarda, cezanın etkisini artırmak amacıyla hapis cezasının yanında adli para cezasına yer verilmesi isabetli görülmüştür⁸⁶. Diğer yandan bizim de katıldığımız görüşe göre, adli para cezası kazanç müsaderesinin alternatifi ola-

⁸¹ Uğur, a.g.m., s.71.

⁸² TCK m.54; "Eşya müsaderesi" (1) İyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine hükmolunur. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir. (2) Birinci fıkra kapsamına giren eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir surette imkansız kılınması halinde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verilir. (3) Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsaderesine hükmedilmeyebilir. (4) Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir. (5) Bir şeyin sadece bazı kısımlarının müsaderesi gerektiğinde, tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanaklı ise, sadece bu kısmın müsaderesine karar verilir. (6) Birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak, sadece suça iştirak eden kişinin payının müsaderesine hükmolunur.

⁸³ TCK m.55; "Kazanç müsaderesi" (1) Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsaderesine karar verilir. Bu fıkra hükmüne göre müsadere kararı verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir. (2) Müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere el konulmadığı veya bunların merciiine teslim edilmediği hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilir. (3) (Ek: 26/6/2009 - 5918/2 md.) Bu madde kapsamına giren eşyanın müsadere edilebilmesi için, eşyayı sonradan iktisap eden kişinin 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun iyi niyetin korunmasına ilişkin hükümlerinden yararlanamıyor olması gerekir.

⁸⁴ Özgenç, a.g.m., s.553.

⁸⁵ İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Ankara, Seçkin Yay., 2005, s.720, 721.

⁸⁶ İşoğlu, a.g.e., s.218.

rak düşünülmemelidir⁸⁷. Zira aksi kabul halinde suçtan elde edilen bir kazancın bulunmaması halinde müsadere hükümlerine müracaat edilemediğinden adli para cezasına hükmedilmesi gün para cezası sistemine ve yaptırımın amacına aykırı olacaktır⁸⁸.

Asıl mesele, bu suçla ilişkin müsadere hükümleri uygulanırken paranın tamamının mı yoksa alacak faizi teşkil eden tutarın mı müsadere edileceğidir. Bir görüşe göre sadece kazanç sayılan kısım müsadere edilebilecektir⁸⁹. Başkasına ödünç olarak verilen paradan kazanç elde etme amacının olmaması durumunda suç oluşmayacaktır. Bu nedenle aykırılık oluşturan kısmın yani alacak faizi teşkil eden tutarın müsadere edilebileceği görüşünün makul olduğu söylenebilir.

Diğer bir görüşe göre, sadece kazanç oluşturan tutar değil, paranın tamamının müsadere edilmesi mümkündür⁹⁰. Tefecilik suçunda suçun konusu, paradır. Ödünç verilen paranın tamamının suçun konusu olduğu kabul edildiği takdirde suçun işlenmesi ile sağlanan maddi menfaat dışında "...suçun konusunu oluşturan..." bu tutarında müsadere edilebileceğini söylemek mümkün olacaktır. Nitekim bu kapsamda failin bu suçu elindeki para olmadan işleyemeyeceği, suçu ancak paranın tamamı ile işlediği bu nedenle de sadece alacak faizi teşkil eden tutarın değil, tüm paranın tamamının müsadere edilmesi gerektiği belirtilmektedir⁹¹.

Ancak belirttiğimiz üzere başkasına ödünç olarak verilen paradan kazanç elde etme amacının olmadığı, ödünç olarak verilen tutar kadar geri ödenmenin istenmiş olduğu durumlarda bu suç oluşmayacaktır. Bu nedenle aykırılık oluşturan kısmın yani alacak faizi teşkil eden tutarın müsadere edilebileceği görüşünün makul olduğu söylenebilir. Kaldı ki, bu suçun yaptırımı olarak Kanun'da sadece hapis cezası değil, hapis cezası ile birlikte para cezasının da öngörülmüş olması da dikkate alındığında, güvenlik tedbiri olarak hükmedilecek kazanç müsaderesinin sadece aykırılık oluşturan tutar hakkında söz konusu olması gerektiği sonucuna ulaşmaktayız. Böylece tefecilik suçunun faili olan kişi hakkında ödünç para vermesi sonucu aykırılık oluşturan tutar, diğer bir ifade ile elde ettiği kazanç, kazanç müsaderesine konu olabilecek ve hüküm yaptırımı olarak öngörülen para cezası da, TCK m.61 hükmü çerçevesinde, bu husus göz önünde tutularak belirlenecektir.

Ödünç para alanın bu suçun mağduru olarak kabul edildiği durumda, TCK m.55 gereği müsadere kararı verilirken maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi koşulu aranmaktadır⁹². Ancak bizim de katıldığımız

⁸⁷ Ahmet Caner Yenidünya, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Şartla Salıverme, İstanbul, Legal Yay., 2002, s.146.

⁸⁸ İšoğlu, a.g.e., s.218.

⁸⁹ İsmail Malkoç, Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, 2. Cilt, Ankara, 2006, s.1565.

⁹⁰ İlhami Dündar, "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar", s.4, (Çevrimiçi) <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/183.doc>, Erişim: 05.01.2011.

⁹¹ Birtek, a.g.m.

⁹² Meran, a.g.e., s.36, 37; Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.6718; Benzer şekilde Parlar'a göre, müsadereye karar verilebilmesi için failin tefecilik suretiyle elde ettiği kazancın mağdura iade edilebileceği durumlarda bu karar verilemez. Fakat aynı yazar, bizim de

görüŖe göre, bu suçun mağduru ödünç para alan değil, ekonomik düzenin etkilenmesi nedeniyle tüm toplum yani kamudur. Bu nedenle suçtan elden edilen menfaat toplumun tüm bireyelerine iade edilemeyeceğinden, bu koşul aranmayacaktır.

Ayrıca mahkeme tarafından müsadere kararının verilmemiş olması halinde, eğer müsadere kararı verilmesini gerektiren bir durum söz konusu ise, CMK m.256 gereği, kamu davası açılmamış veya kamu davası açılmış olmakla beraber bir karar verilmemişse; karar verilmesi için Cumhuriyet savcısı veya katılan, davayı görmeye yetkili mahkemeye başvurabilecektir⁹³.

SONUÇ

Tefecilik suçunun maddi unsurunu, kazanç elde etme amacıyla ödünç para verme fiili oluşturmaktadır. Bu suçun bir kişinin zor durumundan, tecrübesizliğinden, temyiz kudretinin eksikliğinden, irade zayıflığından faydalanılması suretiyle işlenmesi halleri bizim mevzuatımızda açıkça yer almamaktadır. Yine tefecilik suçunda oldukça önem arz eden husus olan edimler arasındaki açık orantısızlığa bizim mevzuatımızda yer verilmemiştir. Bu durum, hukukumuzda yargı kararlarında “fahiş miktar” olarak ifade edilmekle birlikte, bize göre de TCK'nın tefecilikle ilgili düzenlemesi yeninden değerlendirilerek, bu konudaki eleştiriler dikkate alınmalıdır.

Tefecilik suçunun konusunu para oluşturur. Para dışındaki diğer misli şeylerin ödünç olarak verilmesi halinde, karşılığında bir kazanç elde edilse bile, Kanun'daki tanımı itibarıyla tefecilik suçu oluşmaz. Tefecilik suçunun kıymetli evrak veya kredi kartı ile işlenmesi hallerinin nitelikli hal olarak düzenlenmesinin isabetli olacağı da ileri sürülmüştür. Ancak biz nitelikli hal olarak düzenlenmesi dahi para dışındaki değerler konu edilerek de tefecilik suçunun işlenebileceğine ilişkin düzenlemeye acil ihtiyaç olduğu kanaatindeyiz.

Tefecilik suçu, bir karşılaşma suçu şeklinde çok failli bir suçtur. Bu suçta ödünç para veren ve ödünç para alan olarak iki kişi mevcuttur. İvaz karşılığında ödünç para veren, tefeci olarak adlandırılan kişi ile birlikte ivaz karşılığında ödünç para alan kişi de tefecilik suçunun failidir. İzlenen suç politikası gereği, ivaz karşılığında ödünç para alan kişi cezalandırılmamaktadır. Her ne kadar bu kişinin zaten zor durumda olduğu gözetilerek cezalandırılmamak suretiyle korunması amaçlanmış olsa da, tefecilik suçunun mağduru olduğunu söyleyemeyiz. Nitekim bize göre, bu suçun mağduru ödünç para alan değil, ekonomik düzenin etkilenmesi nedeniyle tüm toplum yani kamudur.

Kanımızca bir karşılaşma suçu olarak ifade ettiğimiz tefecilik suçunda da sadece ivaz karşılığı ödünç para veren kişinin değil, ivaz karşılığında ödünç para alan kişinin de cezalandırılması düşünölmelidir. Çünkü zor durumda olan kişi, böyle bir borç ilişkisinin altına girerken işlediği fiil nedeniyle cezalandırılacağını bilse bu suçu işlemeyebilecek iken, ivaz karşılığı ödünç para alarak daha

katıldığımız görüşü benimseyerek bu suçun mağdurunun toplum olduğunu ifade etmektedir. Parlar, a.g.e., s.24.

⁹³ Necati Meran, Zimmet-Rüşvet-İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Ankara, Seçkin Yay., 2008, s.271.

da zor duruma düşmektedir. Böylece bu şekilde ödünç para alan kişinin de cezalandırılmasının caydırıcı olabileceği kanaatindeyiz.

Bunun yanı sıra suçun oluşumu için söz konusu ödünç para verme işleminin sürekli ve sistemli bir şekilde yapılmasının aranıp aranmayacağı konusu uygulamada tartışmalıdır. TCK'nın 241. maddesinin düzenlemesiyle faiz karşılığı bir başkasına bir defa ödünç para verilmesi halinde de, tefecilik suçu tamamlanmaktadır. Dolayısıyla bu suçun oluşması için, tefecilik faaliyetinin süreklilik arz etmesine, bunun meslek olarak ittihaz edilmesine gerek bulunmamaktadır. Yargıtay, yeni TCK'nın yürürlüğe girdiği tarihinden önceki dönemde tefecilik suçunun oluşması bakımından, birden fazla kişiye faiz karşılığı olarak ödünç borç para verilmesini, bu faaliyetin sürekli ve sistemli bir şekilde icrasını, ölçüt olarak aramakta idi. Aynı şekilde yeni TCK'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonraki içtihatlarında da, tefecilik suçunun oluşması bakımından eski içtihatlarda kabul ettiği kriterleri esas almaya devam etmiştir.

Diğer yandan tefecilik suçuna ilişkin müsadere hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı daha doğrusu ne şekilde uygulanacağı hususu oldukça tartışmalıdır. Bu suça ilişkin müsadere hükümleri uygulanırken paranın tamamının mı yoksa alacak faizi teşkil eden tutarın mı müsadere edileceği hususunda tam bir birlik yoktur.

Sadece kazanç oluşturan tutar değil, paranın tamamının müsadere edilmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir. Bu kapsamda ödünç verilen paranın tamamının suçun konusu olduğu kabul edildiği takdirde, suçun işlenmesi ile sağlanan maddi menfaat dışında suçun konusunu oluşturan tutarın da müsadere edilebileceğini söylemenin mümkün olacağı ileri sürülmektedir. Nitekim failin bu suçu elindeki para olmadan işleyemeyeceği, ancak paranın tamamı ile işlediği bu nedenle de sadece alacak faizi teşkil eden tutarın değil, paranın tamamının müsadere edilmesi gerektiği belirtilmektedir.

Ancak başkasına ödünç olarak verilen paradan kazanç elde etme amacının olmadığı, ödünç olarak verilen tutar oranında geri ödemenin istenmiş olduğu durumlarda bu suç oluşmayacaktır. Bu nedenle aykırılık oluşturan kısmın yani alacak faizi teşkil eden tutarın müsadere edilebileceği görüşünün makul olduğu söylenebilir. Kaldı ki bu suçun yaptırımı olarak Kanun'da sadece hapis cezası değil, hapis cezası ile birlikte para cezasının da öngörülmüş olması da dikkate alındığında, güvenlik tedbiri olarak hükmedilecek kazanç müsadere sinin sadece aykırılık oluşturan tutar hakkında söz konusu olması gerektiği sonucuna ulaşılacaktır.

Uygulamada tefecilik suçunun işlenme oranı, toplumda suç faillerinin ortaya çıkarılması ve cezalandırılmalarının sağlanması konusundaki çekingenlik nedeniyle açığa çıkarılmamış ve siyah sayılar olarak ifade edilmiştir. Nitekim bu suça ilişkin kaynak ve içtihat sayısı azdır. Kaynak azlığı nedeniyle unsurları ile ilgili çok fazla açıklama ve farklı görüşler ortaya çıkmamış, diğer suçlara nazaran daha az incelenmiş bir alan olarak kalmıştır. Uygulamanın netleşmesi ise, 5237 sayılı TCK'ya uygun şekilde verilen mahkeme kararları ile ortaya çıkacaktır.

KAYNAKÇA

- Arslan Çetin/Bahattin Azizağaoğlu: **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Ankara, Asil Yay., 2004.
- Artuk, Mehmet Emin/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2011.
- Demirbaş, Timur: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7.bs., Ankara, Seçkin Yay., 2011.
- İçel,Kayıhan/Füsun Sokullu Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih S. Mahmutoğlu/Yener Ünver: **İçel Suç Teorisi**, 2. Kitap, 2. bs., İstanbul, Beta Yay., 2000.
- İçel, Kayıhan/A. Hakan Evik: **İçel-Ceza Hukuku Genel Hükümler II**, 2. Kitap, 4. bs., İstanbul, Beta Yay., 2007.
- İşoğlu, T. Polat: **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Adli Para Cezası**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008.
- Koca, Mahmut/İlhan Üzülmöz: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. bs., Ankara, Seçkin, 2011.
- Malkoç, İsmail: **Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu**, 2. Cilt, Ankara, 2006.
- Meran, Necati: **Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik, Malvarlığı, Bilgi İşim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar**, Ankara, Seçkin Yay., 2005.
- Meran, Necati: “Türk Ceza Kanununda Tefecilik Suçu ve 90 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulanması”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Y.5, S.51, Kasım 2010.
- Meran, Necati: **Tefecilik, Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar**, Ankara, Seçkin Yay., 2011.
- Meran, Necati: **Zimmet-Rüşvet-İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları**, Ankara, Seçkin Yay., 2008.
- Özbek, Veli Özer: “Tefecilik Suçu (TCK m.241)”, **CHD**, S.14, Aralık 2010.
- Özbek, Veli Özer/Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yay., 2010.
- Özgenç, İzzet: “Tefecilik Suçu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XIV, S.1, 2010.
- Özgenç, İzzet: **Türk Ceza Hukuku**, 6 bs., Ankara, Seçkin Yay., 2011.
- Özgenç, İzzet: **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara, Seçkin Yay., 2005.
- Öztürk, Bahri/Mustafa Ruhan Erdem: **Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 11. bs., Ankara, Seçkin Yay., 2011.
- Parlar, Ali: **Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, Ankara, Bilge Yay., 2011.
- Uğur, Hüsamettin:“Tefecilik Suçunun Pozitif Dayanakları ve Uygulama İlkeleri”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Y.2, S.8, Nisan 2007.
- Yaşar, Osman/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç: **Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C.V, Ankara, Adalet Yay., 2010.

Yenidünya, Ahmet Caner: **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Şartla Salıverme**, İstanbul, Legal Yay., 2002.

İnternet Kaynakları:

Birtek, Fatih: “Tefecilik Suçu (T.C.K. m.241)”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S.53-54, Ocak- Şubat 2009, (Çevrimiçi) http://www.turkhukuksitesi.com/makale_988.htm,

Dündar, İlhami: “Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar”, s.4, (Çevrimiçi) <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/183.doc>

Erdağ, Ali İhsan: Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar ve Bilişim Alanında Suçlar, (Çevrimiçi) <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/100.doc>

Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı: Hukuk Sözlüğü, (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>

Seviğ, Veysi: “Tefecilik Suçu”, Referans Gazetesi, 11.11.2008, (Çevrimiçi) http://www.referansgazetesi.com/haber.aspx?YZR_KOD=157&HBR_KOD=110202

Türk Dil Kurumu: Büyük Türkçe Sözlük, (Çevrimiçi) <http://tdkterim.gov.tr/bts/>