

# “TEFECİLİK” SUÇU (TCK m.241) AÇISINDAN GRUP İÇİ ÖDÜNÇ İŞLEMLERİ<sup>(\*)(\*\*)</sup>

## INTRA-GROUP LOAN TRANSACTIONS FROM THE POINT OF VIEW OF THE “USURY OFFENCE” (TPC Art.241)

Dr. Öğr. Üyesi Funda ÖZDİN<sup>(\*\*\*)</sup>

### Öz

Tüzel kişilerin, doğrudan ya da ortak veya iştirakleri vasıtasıyla dolaylı olarak ortaklık ilişkisi içinde buldukları diğer tüzel kişilere ödünç para verme işlemlerini, açık bir düzenleme (m.2) ile *tefecilik suçu dışında bırakan* 90 sayılı KHK, 13.12.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu ile tamamıyla yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak 6361 sayılı Kanun’da, tüzel kişilerin söz konusu ödünç işlemlerini açıkça tefecilik suçu kapsamı dışında bırakan (90 sayılı KHK m.2 benzeri) herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olması, grup içi ödünç işlemlerinin TCK m.241 hükmü anlamında “tefecilik suçu” kapsamına girip girmeyeceği hususunda bir belirsizliğe yol açmıştır. Şöyle ki, TCK m.241’de tefecilik suçunu meydana getiren fiilin “*kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para vermek*” olarak tasvir edilmiş olması dolayısıyla, *faiz karşılığı* gerçekleşen her bir grup içi ödünç işlemi, tefecilik suçu

kapsamına girme riski ile karşı karşıyadır. Oysa ki, Türk özel hukuk sisteminde şirketlerin para ödünç sözleşmesi yapmalarına hukuki bir engel bulunmadığı gibi; çeşitli kanuni düzenlemeler gereği şirketler, verdikleri ödünç karşılığında -emsallerine uygun oranda- faiz talep etme yükümlülüğü altındadırlar. Nitekim grup şirketleri, grup içi ödünç işlemlerinde faiz alınmaması halinde bu yükümlülüklerine aykırılık nedeniyle yaptırıma uğrama; faiz alınması halinde ise TCK m.241 uyarınca tefecilik suçu kapsamında yargılanma tehlikesiyle karşı karşıyadırlar. Bu çalışmada ise, emsallerine uygun faiz karşılığı gerçekleşen grup içi ödünç işlemlerinin, birçok açıdan TCK m.241’de düzenlenen tefecilik suçu kapsamında değerlendirilemeyeceği, ayrıntılı bir şekilde gerekçelendirilmek suretiyle açıklanmaya çalışılmıştır.

### Anahtar Kelimeler

Tefecilik Suçu, Kazanç, Faiz, Grup İçi Ödünç İşlemleri, Cash Pooling.

<sup>(\*)</sup> (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 11.04.2022 / Kabul Tarihi: 04.08.2022).

<sup>(\*\*)</sup> Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi ve Ticaret ve Fikrî Mülkiyet Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi tarafından 26.10.2021 tarihinde düzenlenen IV. Ticaret ve Fikrî Mülkiyet Hukuku Uluslararası Sempozyumu’nda sunulan tebliğin genişletilmiş makale hâlidir.

<sup>(\*\*\*)</sup> Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, (funda.ozdin@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4071-1814).

Atıf/Citation: Özdin, Funda (2022) “Tefecilik’ Suçu (TCK m.241) Açısından Grup İçi Ödünç İşlemleri”, TFM, C: 8, S: 2, s. 491-510.

### Abstract

Decree-Law No. 90, which excludes credit transactions by legal persons with other legal persons with whom they have a direct or indirect partnership relationship from the usury offence, was completely repealed by Law No. 6361 on Financial Leasing, Factoring and Financing Companies, which entered into force on 13.12.2012. However, Law No. 6361 contains neither a positive nor a negative provision on whether the aforementioned loan transactions fall under the offence of usury. This has led to uncertainty as to whether intra-group loan transactions will fall under the “crime of usury” as defined by the Turkish Penal Code Art.241. According to Article 241, the crime of usury is lending money to another person for profit. Therefore, there is a risk that intra-group credit transactions with interest fall within the scope of usury

offences as defined in TCK m.241. However, according to the general provisions of Turkish law, it is allowed to give loans with interest. Due to various legal provisions, companies are obliged to charge market interest rates for the loans they grant. Group companies therefore run the risk of being sanctioned under these regulations if interest is not charged on intra-group lending transactions. If, on the other hand, interest is charged, group companies are at risk of prosecution under the usury provisions of TCK m.241. The study attempted to show in detail that intra-group loan transactions realized against market interest rates in many respects do not fall under the offence of usury regulated in TCK m.241.

### Keywords

Usury Crime, Profit, Interest, Intra-Group Loan Transactions, Cash Pooling.

## I. GİRİŞ

Cumhuriyet tarihinde tefecilik eylemine ilişkin ilk düzenleme, 08.06.1933 tarihli 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Kanunu ile yapılmıştır.<sup>1</sup> 2279 sayılı Kanun 06.10.1983 tarih ve 90 sayılı KHK'nın kabul edilmesi ile birlikte yürürlükten kaldırılmıştır.<sup>2</sup> 90 sayılı KHK'da tefecilik eylemi “Tefecilik Sayılan İşlemler” başlığını taşıyan 9'uncu maddede ayrıntılı bir şekilde tanımlanmış ve cezai yaptırıma tabi kılınmıştır.<sup>3</sup> Ancak Kararnamenin 2. maddesinde *tüzel kişilerin doğrudan veya ortak veya iştirakleri vasıtasıyla dolaylı olarak ortaklık ilişkisi içinde buldukları diğer tüzel kişilere ödünç para vermeleri* halinin, söz konusu KHK hükümlerinin uygulama alanına girmediği açık bir şekilde belirtilmek suretiyle, adı geçen ödünç işlemleri açıkça tefecilik suçu kapsamı dışında tutulmuştur. Bu istisnai düzenleme sayesinde, ortaklık ilişkisi içinde bulunan ticaret şirketleri

arasında gerçekleşen para ödünç işlemleri uzun yıllar tefecilik suçu kapsamına girme riski olmaksızın sorunsuz bir şekilde gerçekleşmiştir. Ne var ki, 90 sayılı KHK'nın 13.12.2012 tarihinde 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu<sup>4</sup> (m.52) ile yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte, ortaklık ilişkisi içinde bulunan ticaret şirketleri arasında gerçekleşen para ödünçlerini tefecilik suçu dışında tutan istisnai düzenleme de ortadan kalkmıştır. Bu durum, grup şirketleri arasında gerçekleşen ödünç ilişkilerinin TCK. m.241 hükmü anlamında “tefecilik” suçu kapsamına girip girmeyeceği sorusunu gündeme getirmiştir.

Şirketler açısından uzun zamandır süregelen bu belirsizliğin ortadan kaldırılması amacıyla, 30.11.2018 tarihli 2/1369 esas numaralı Kanun Teklifi'nin<sup>5</sup> 63. maddesinde, 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'na aşağıdaki maddenin eklenmesi teklif edilmiştir:

### “Ödünç Para Verme

*Ek madde 1) 6102 sayılı Kanununun 195'inci maddesi hükümleri çerçevesinde şirketler topluluğunu oluşturan şirketler, birbirlerine uygulanacak faiz ile ilgili mevzuat hükümlerine uygun olarak ödünç para verebilirler.”*

<sup>1</sup> İlgili düzenlemeye ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. İnci, Z. Özen (2017) Tefecilik Suçu, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 82 vd.

<sup>2</sup> 90 sayılı KHK 6.10.1983 tarih ve 18183 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olup, KHK'nın 16. maddesi ile 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Kanununu yürürlükten kaldırmıştır.

<sup>3</sup> Bu suça, esasen 90 sayılı KHK'nın 16. maddesiyle yürürlükten kaldırılan 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Kanununun (ÖP-VİK) 17. maddesindeki ceza hükmü uygulanmaktaydı. Her ne kadar ÖP-VİK'in diğer tüm hükümleri 90 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılmış olsa da, ceza hükmüne ilişkin 17. maddenin, Kararname'nin kanunlaşmasına kadar yürürlükte kalacağı belirtilmişti. Anılan 90 sayılı KHK'nın kanunlaşmaması dolayısıyla, söz konusu ÖP-VİK m.17 uzun yıllar uygulama alanı bulmuştur.

<sup>4</sup> 13.12.2012 tarih ve 28486 sayılı Resmi Gazete.

<sup>5</sup> <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss37.pdf>, (E.T. 01.03.2022).

İlgili madde gerekçesi ise şu şekilde kaleme alınmıştır: “Madde ile, 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanununa ek madde eklemek suretiyle *tacir tüzel kişilerin doğrudan veya ortak veya iştirakleri vasıtasıyla dolaylı olarak ortaklık ilişkisi içinde buldukları diğer tüzel kişilere ödünç para vermesi halinde suç isnadı ile karşılaşmasının önüne geçilmesi ve bu mahiyetteki ödünç para verme işlerinin yapılabilmesi amaçlanmaktadır...*”<sup>6</sup>

Görüldüğü üzere, söz konusu düzenleme ile 90 sayılı KHK’nın 2. maddesine benzer bir istisnai düzenlemenin 6361 sayılı Kanun’a eklenmesi ve böylece grup içi ödünç işlemlerinin açık bir düzenleme ile tefecilik suçu dışında bırakılması amaçlanmıştır. Ne var ki, Teklif’in bu maddesi “*madde ile öngörülen düzenlemenin yeniden değerlendirilmesi amacıyla*” Plan ve Bütçe Komisyonu tarafından Teklif metninden çıkarılmıştır.<sup>7</sup> Dolayısıyla grup içi ödünç işlemlerinin TCK m.241 uyarınca tefecilik suçu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusu, hala güncelliğini korumaktadır.

Çalışmanın başlığında yer alan *grup içi ödünç işlemleri* ile ifade edilmek istenen, grup üyesi şirketler arasında münferit olarak gerçekleşen ya da merkezi bir sistem üzerinden vuku bulan ödünç para verme işlemleridir. Zira grup içi ödünç işlemleri, doğrudan grup şirketleri arasında veya hakim şirket ile bir grup şirketi arasında münferit bir para ödünç sözleşmesi temelinde gerçekleşebileceği gibi; grup hakiminin yönetimi altında kurulan bir merkezi nakit denkleştirme (“cash pooling”) sistemi kapsamında da vuku bulabilir. İlkinde bir grup şirketinin ya da hakim şirketin, münferit bir ödünç sözleşmesi temelinde diğer bir grup şirketine ödünç para vermesi; ikincisinde ise ödünç işlemlerinin grup hakiminin doğrudan veya dolaylı olarak yönetimi altında yürütülen özel bir hesap (havuz hesabı) üzerinden merkezi olarak gerçekleşmesi durumu söz konusudur. Çalışmada esas itibarıyla belirtilen bu haller temel alınmış ve buna yönelik açıklamalar yapılmıştır.

<sup>6</sup> <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss37.pdf>, (s. 15), (E.T. 01.03.2022).

<sup>7</sup> Plan ve Bütçe Komisyonu’nun söz konusu (olumsuz) görüşü için bkz.: <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss37.pdf>, (s. 28), (E.T. 01.03.2022).

## II. TEFECİLİK SUÇU (TCK m.241)

### A. GENEL OLARAK

Tefecilik eylemi, 2005 tarihli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile ilk kez ceza kanunu kapsamında bir suç tipi olarak düzenlenmiştir.<sup>8</sup> TCK m.241/1’de tefecilik suçu “*kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para verme*” eylemi olarak nitelendirilmiş ve eylemi yapan kişi için *iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası* öngörülmüştür. 90 sayılı KHK’da ise tefecilik eylemi, “*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 itihaz edilmesi ve Kanun Hükmünde Kararname uyarınca alınan ikrazatçılık izni iptal edildiği halde ödünç para verme işlerine devam edilmesi*” olarak tanımlanmıştır(r). Dikkat edilecek olursa, 90 sayılı KHK uyarınca tefecilikten bahsedilebilmesi için, eylemin *süreklilik* taşıması ve *meslek olarak icra edilmesi* şartları aranmaktayken; TCK m.241 düzenlemesinde bu niteliklere yer verilmemiş ve yalnızca *kazanç elde etmek amacıyla ödünç para verilmesi* tefecilik suçunun oluşması açısından yeterli görülmüştür.

Bu farklılık, 90 sayılı KHK ile 5237 sayılı TCK’nın aynı zamanda yürürlükte buldukları süre zarfında, TCK m.241 anlamında tefecilik suçunun oluşması açısından 90 sayılı KHK’da eyleme ilişkin ifade edilen süreklilik ve meslek edinmiş olma şartlarının dikkate alınıp alınmayacağı hususunda tartışmalara ve görüş ayrılıklarına neden olmuştur.<sup>9</sup> Nitekim 90 sayılı KHK’nın 13.12.2012 tarihinde 6361 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmasıyla beraber, bu tartışmanın hukuki bir önemi kalmamış; tefecilik eylemi artık buna ilişkin tek düzenleme olan TCK m.241 kapsamında ele alınmaya başlanmıştır. Çalışmanın konusunu oluşturan grup içi ödünç işlemlerine ilişkin inceleme de, TCK m.241 düzenlemesi temelinde ele alınacaktır.

Tefecilik suçu gerçek kişiler tarafından işlenebileceği gibi, suçun bir tüzel kişi bünyesinde işlenmesi de mümkündür.<sup>10</sup> TCK m.20/2’de açık olarak belirtilen-

<sup>8</sup> İnci, s. 101.

<sup>9</sup> Bu süre zarfında yapılan tartışmalara ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz.: İnci, s. 146 vd.

<sup>10</sup> İnci, s. 129 vd.

diği üzere, tüzel kişilerin cezai sorumluluğu bulunmamakta; ancak kanunda öngörülmüş olması halinde bunlar hakkında güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar uygulanabilmektedir. Nitekim kanun koyucu, TCK'nın 242. maddesinde tefecilik suçunu da kapsayacak şekilde, söz konusu bölümde yer alan suçların işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında, bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağını açık bir şekilde ifade etmiştir. Dolayısıyla, bir tüzel kişi bünyesinde TCK m.241 anlamında tefecilik suçunun işlenmiş olması halinde, TCK m.242 uyarınca söz konusu tüzel kişi hakkında TCK m.60'ta düzenlenmiş olan güvenlik tedbirleri uygulanacaktır. Buna göre, tefecilik suçunun bir ticaret şirketi bünyesinde işlenmiş olması durumunda, ilgili şirket hakkında TCK m.60 uyarınca *iznin iptali ve müsadere* yaptırımları gündeme gelecektir.

## B. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Tefecilik suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı üçüncü kısmının "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar" başlıklı dokuzuncu bölümünde düzenlenmiştir. Nitekim gerek Yargıtay kararlarında gerekse Türk ceza öğretisinde çoğunlukla suçun kanundaki düzenleme yerinden hareket edilerek, tefecilik suçunun genel olarak *topluma ve kamuya ait değerleri* korumayı hedeflediği belirtilmekte ve bu bağlamda suçun ihdası ile korunan hukuki değer *serbest rekabet mekanizması ve ekonomik yaşamın güvenilirliğinin* sağlanması suretiyle *kamu güvenliğinin korunması* olduğu ileri sürülmektedir.<sup>11</sup> Diğer yandan tefecilik

suçuyla toplumsal değerlerin yanı sıra, bireysel menfaatlerin de korunma altına alındığını, dolayısıyla tefecilik suçunun birden çok hukukî değeri koruyan *karma* bir niteliğe sahip olduğunu ileri sürülen görüş taraftarları da bulunmaktadır. Bu görüş uyarınca, bir yandan hukuka aykırı çeşitli davranışlarla serbest piyasa ekonomisi ve ekonomik yaşamın güvenilirliğinin bozulması engellenerek kamu kaynakları korunmak istenmiş; diğer taraftan ise tecrübesizlik, basiretsizlik, bilinçsizlik veya içinde bulunduğu zor durum nedeniyle tefeciden ağır koşullarda borç alarak ekonomik yıkımla yüz yüze gelen kişilerin malvarlığı gibi bireysel menfaatler korunmak istenmiştir.<sup>12</sup> Diğer yandan, tefecilik suçuyla korunan hukuksal değer *sözleşme serbestisi/özgürlüğü* olduğu, zira burada kişilerin acil kredi bulma gereksinimlerinden kaynaklanan mağduriyetlerinin kötüye kullanılması sonucu serbest iradeyle sözleşme yapma özgürlüklerinin zedelendiği de ileri sürülen görüşler arasındadır.<sup>13</sup>

## C. SUÇUN UNSURLARI

### 1. Suçun Maddi Unsuru

TCK m.241'de tefecilik suçunun eylem unsuru *kazanç elde etmek amacıyla ödünç para vermek* olarak tanımlanmıştır. Daha önce ifade dildiği üzere, 90 sayılı KHK'nın 9'uncu maddesi uyarınca tefecilikten bahsedilebilmesi için ise, eylemin *süreklilik* taşıması ve *meslek* olarak icra edilmesi şartları aranmaktaydı. Dolayısıyla, suçun oluşumu bakımından ödünç para verme eyleminin süreklilik arz etmesi gerekmektedir, tek bir ödünç para verme eylemi tefecilik olarak kabul edilmemektedir.<sup>14</sup> TCK m.241 düzenlemesinde ise suçun meydana getiren eyleme ilişkin 90 sayılı

<sup>11</sup> Bu yönde bkz.: **Özbek**, Veli Özer (2010), 'Tefecilik Suçu (TCK m.241)', CHD, S. 14, s. 31; **Bardakçı**, Ahmet Haşim (2020) Tefecilik Suçu, TAAD, Yıl. 11, S. 41 (Ocak), s. 625; **İnci**, s. 117 **Köken**, Enes (2016), 'Tefecilik Suçu', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 123, s. 79 vd.; **Arslan**, Çetin & **Azizağaoğlu**, Bahattin (2004), Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, Asil Yayın ve Dağıtım, s. 1003; **Parlar**, Ali & **Hatipoğlu**, Muzaffer (2008), Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt. 4, Ankara, Seçkin, s. 3463; **Parlar**, Ali (2011), Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, Ankara, s. 17; **Bilge**, Burak (2017), Faizin Tefecilik Suçu Bakımından Değerlendirilmesi, Adalet, s. 72. "Tefecilik suçuyla korunan hukuki yarar, ekonomik kuralların ve serbest rekabet mekanizmasının işleyişinin bozulması ve kamu güvenliğinin korunmasıdır..." YCGK, T: 26.04.2016, E: 2014/118, K: 2016/208; YCGK, T: 12.05.2015, E: 2014/655, K: 2015/152; YCGK, T: 24.11.2020, E: 2018/31, K: 2020/477; YCGK, T: 3.10.2017, E: 2016/781, K: 2017/373, (Kaynak: "HukukTürk" online veri tabanı).

<sup>12</sup> **Özbek**, Veli Özer & **Doğan**, Koray & **Bacaksız**, Pınar (2021), Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 939; **Özbek**, Tefecilik, s. 31; **Arslan**, Çetin (2014) Tefecilik Suçu, Ankara Barosu Dergisi, Sayı. 1, s. 30; **Parlar** & **Hatipoğlu**, s. 3463; **Parlar**, s. 17. Görüşün eleştirisi için bkz.: **İnci**, s. 116.

<sup>13</sup> **Meran**, Necati (2013), Tefecilik, Ekonomi Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 20; **Günay**, Erhan (2014), Tefecilik Suçu, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 26.

<sup>14</sup> Bu dönemde Yüksek mahkeme de tefeciliğin, sürekli ve sistemli bir şekilde faiz (çıkar) karşılığı ödünç para verme eylemi olduğuna dikkat çeken kararlar vermiştir. Yargıtay'a göre suçun oluşması için, failin birden fazla kişiye sürekli ve sistematik olarak faiz karşılığı ödünç para vermesi ve suçun meslek ittihaiz olması gerekmektedir. İlgili Yargıtay kararları ve ayrıntılı açıklama için bkz.: **İnci**, s. 146, dn. 389 ve 390'daki kararlar.

KHK’da belirtilen bu özellikler terkedilmiş, yalnızca -kazanç elde etmek amacıyla- *ödünç para verilmesi* tefecilik suçunun oluşması açısından yeterli görülmüştür. Dolayısıyla TCK m 241 düzenlemesi uyarınca başkasına *bir kez* dahi olsa ödünç para vermek, tefecilik suçunun eylem unsurunun gerçekleşmesi bakımından yeterli olacaktır.

Kanun koyucu tefecilik suçu açısından ayrıca failin amacına da önem atfetmiş ve suçun ancak *kazanç elde etmek amacıyla* işlenebileceğini ifade etmiştir. Buna göre tefecilik suçunda failin amacı, ödünç para verme eyleminden *bir kazanç, bir menfaat elde etmeye yönelik* olmalıdır.<sup>15</sup> Dolayısıyla tefecilik suçunun oluşabilmesi için ödünç para verme eylemi tek başına yeterli olmamakta; ayrıca eylemin kazanç elde etme amacıyla yapılmış olması gerekmektedir. Başka bir ifade ile, ödünç para verme eylemi gerçekleşse dahi, kazanç sağlama amacı olmadığı sürece tefecilik suçunun oluştuğundan bahsedilemeyecektir.<sup>16</sup>

## 2. Suçun Manevi Unsuru

Tefecilik suçu *kasten* işlenebilen bir suçtur.<sup>17</sup> Ancak özellikle belirtmek gerekir ki, suçun oluşması açısından öngörülen kazanç elde etme amacı, ceza hukuku doktrininde tefecilik suçunun *özel kast* ile işlenebilecek bir suç olup olmadığı tartışmasını ortaya çıkarmıştır. Bu bağlamda “*kazanç elde etme amacı*” ibaresinden yola çıkan bazı yazarlar, tefecilik suçunun *özel kastla* işlenebileceğini savunmaktadırlar.<sup>18</sup> Diğer bazı yazarlar ise suç için genel kastın yeterli olacağını,<sup>19</sup> kazanç elde etme amacının ilgili suçun temel şekline ilişkin bir manevi unsur olarak düzen-

lendiğini,<sup>20</sup> dolayısıyla da tefecilik suçunun bir *amaç suçu* olduğunu<sup>21</sup> ileri sürmüşlerdir.

## 3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Genel olarak hukuka aykırılık, yapılan eylemin hukuk düzeni tarafından uygun görülmemesi, ilgili fiile izin verilmemiş olması anlamına gelmektedir.<sup>22</sup> Bir eylemin hukuka aykırılığının belirlenmesinde hukuk sisteminin bütünü, yani tüm hukuk kaideleri göz önünde bulundurularak karar verilmektedir.<sup>23</sup> Bu nedenle, bir davranışın kanunda belirtilen suç tipine bire bir uyması, suçun oluşması için tek başına yeterli kabul edilmemekte; buna ek olarak söz konusu davranışı hukuka uygun hale getiren bir sebebin var olup olmadığı da ayrıca araştırılmaktadır.<sup>24</sup> Zira söz konusu fiil her ne kadar suça ilişkin bütün unsurları içerse de, somut olayda bir hukuka uygunluk halinin var olması, hukuka aykırılığı ortadan kaldırmakta ve eylemin suç olarak nitelendirilmesine engel olmaktadır.<sup>25</sup> Dolayısıyla tefecilik suçunun oluşup oluşmadığının belirlenmesinde de, somut olay koşullarında ödünç para verme eylemini hukuka uygun hale getiren bir sebebin olup olmadığı ayrıca göz önünde bulundurulmaktadır.

Hukuka uygunluk nedenleri, Türk Ceza Kanunu’nun 24 ilâ 26. maddeleri arasında; kanunun hükmünün yerine getirilmesi (TCK n. 24/1), görevin ifası (TCK n. 24/2), meşru savunma (TCK m.25), ilgilinin rızası (TCK m.26/2) ve hakkın kullanılması (TCK m.26/1) olmak üzere ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bu sayılanlar arasında tefecilik suçu bakımından ortaya çıkabilecek olan hukuka uygunluk sebebi genel olarak, “hakkın kullanılması”dır. Nitekim ceza hukuku doktrininde, faiz karşılığı ödünç para verme konusunda özel düzenlemeler ile yetkilendirilmiş olan kurum ve kuruluşların ilgili mevzuatlarına uygun bir şekilde gerçekleştirdikleri ödünç işlemlerinin,

<sup>15</sup> Arslan, s. 38; Bilge, s. 112 vd.; Meran, Necati (2010), ‘Türk Ceza Kanununda Tefecilik Suçu ve 90 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin Uygulanması’, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 5, S. 51, s. 111; Bilge, s. 23.

<sup>16</sup> Meran, Ekonomik Suçlar, s. 33; Meran, Tefecilik, s. 111; Parlar & Hatipoğlu, s. 3464; Birtek, Fatih (2009), ‘Tefecilik Suçu (T.C.K. m.241)’, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 53-54, s. 37; İnci, s. 169 vd.; Bardakçı, s. 653.

<sup>17</sup> Arslan, s. 38; İnci, s. 169; Bardakçı, s. 653; Birtek, s. 37.

<sup>18</sup> Özbek, Veli Özer (2021), Ekonomi Ceza Hukuku, İkinci Kitap: Özel Hükümler, Seçkin, s. 928 vd.; Özbek, Tefecilik, s. 37; Parlar & Hatipoğlu, s. 3464; Meran, Tefecilik, s. 111; Meran, Ekonomik Suçlar, s. 33; Günay, Erhan, s. 47; Parlar, s. 23; Bardakçı, s. 653; İnci, s. 169 vd. ile dn. 451’de sayılan yazarlar.

<sup>19</sup> Birtek, s. 37 vd.; Bilge, s. 115.

<sup>20</sup> Özgenc, İzzet (2010), ‘Tefecilik Suçu’, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, s. 553; Bilge, s. 115.

<sup>21</sup> Özgenc, Tefecilik, s. 553.

<sup>22</sup> Özgenc, İzzet (2021), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Seçkin, s. 303; Koca Mahmut & Üzülmöz İlhan (2021), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 264.

<sup>23</sup> Özgenc, Genel Hükümler, 2021, s. 303; Koca & Üzülmöz, s. 264.

<sup>24</sup> Koca & Üzülmöz, s. 266.

<sup>25</sup> Özgenc, Genel Hükümler, s. 311.

TCK m.26 anlamında hakkın kullanılması kapsamında değerlendirilmesi ve dolayısıyla tefecilik suçu kapsamı dışında tutulması gerektiği kabul edilmektedir.<sup>26</sup> Bu bağlamda 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamında faaliyet gösteren kuruluşlar tarafından belirli bir bedel (ivaz) karşılığında kredi verilmesi, hukuk düzeni tarafından kabul gören ekonomik bir faaliyet olarak kabul edilmekte ve bu işlemlerin TCK'nın 241. maddesinde yer alan tefecilik suçunu oluşturmayacağı ifade edilmektedir.<sup>27</sup>

Aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olmakla beraber, bu aşamada kısaca belirtelim ki, ödünç verme eyleminin Türk özel hukuk mevzuatında bir sözleşme türü olarak düzenlenmiş olması dolayısıyla (TBK m.386-392); söz konusu düzenlemeler kapsamında gerçekleştirilen ödünç işlemlerinin de hukuka uygun olduğu kabul edilmelidir.<sup>28</sup>

### III. "AMAÇ" UNSURU AÇISINDAN FAİZ KARŞILIĞI GRUP İÇİ ÖDÜNÇ İŞLEMLERİ

#### A. GENEL OLARAK: "KAZANÇ ELDE ETME" AMACI

Daha önce de belirtildiği üzere, TCK m.241 hükmü anlamında bir tefecilik suçunun varlığından bahsedilebilmesi için, ödünç para verme eyleminin *kazanç elde etme* amacıyla gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir.<sup>29</sup> Görüldüğü üzere Türk hukukunda tefecilik suçunun oluşması bakımından failin *amacına* önem atfedilmiş ve kazanç elde etmek amacıyla yapılmamış olan ödünç para verme eylemleri suç kapsamı dışında tutulmuştur. Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere, kanun koyucu başlı başına ödünç para verme eylemini değil, yalnızca ödünç para verme eyleminin bir menfaat sağlama, kanunun deyimiyile bir kazanç elde etme güdüsüyle gerçekleştirilmiş olması halini cezalandırmıştır. Dolayısıyla hükmün uygulanma alanının belirlenmesi

açısından, hangi hallerde failin bu yönde bir amacının olduğu; daha somut bir ifadeyle, hangi kriterlerin gerçekleşmiş olması halinde ödünç para verme eyleminin kazanç elde etme amacına yönelik olduğu hususunun belirlenmesi son derece önemlidir.

Kanaatimce suçun oluşumu açısından kazanç elde etme amacının var olup olmadığı hususu, failin subjektif koşulları değil, **objektif ölçüler** dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bir başka ifadeyle, kazanç elde etme amacının olup olmadığı hususunda ödünç para veren kişinin içinde bulunduğu koşullar ve buna bağlı olarak (muhtemel) duyguları değil, hangi olguların madde düzenlemesi, yani tefecilik suçu açısından "kazanç" olarak nitelendirilmesini gerektiren ölçüde/ağırlıkta olduğu hususu üzerinde yoğunlaşılmalıdır. Zira failin amacını tespit etmek her zaman çok kolay olmayacaktır. Nitekim somut olay koşullarında failin amacı, yardım etmeye yönelik olabileceği gibi, yardım etmenin yanı sıra ayrıca kazanç elde etme amacına yönelik de olabilecektir. Dolayısıyla, her ne kadar madde metninde yalnızca borç para verenin amacına ve bu bağlamda subjektif olarak kazanç elde etmeyi amaçlayıp amaçlamadığına yönelik -yani failin psikolojik durumunu işaret eden- bir ifade kullanılmış olsa da; hükmün, tefecilik eyleminin bir suç tipi olarak düzenlenmesinin altında yatan asıl gaye dikkate alınarak, objektif kriterler ortaya konulacak şekilde yorumlanması amaca daha uygun olacaktır.<sup>30</sup> Bu ise hiç kuşkusuz, hükümde yer alan *kazanç* ifadesinden ne anlaşılması gerektiği hususunun açıklanmasını gerektirmektedir.

Madde metnine bakılacak olduğunda, kazanç kavramına ilişkin olarak *niteliksel* ya da *niceliksel* herhangi bir açıklama yapılmadığı görülmektedir. Kelime anlamı itibariyle ele alındığında kazanç; yarar, çıkar, kâr olarak tanımlanmaktadır.<sup>31</sup> Caza hukuku doktrininde, tefecilik suçunun TCK'da düzenleniş yeri ve bu itibarla suç ile korunan hukuksal değer

<sup>26</sup> Özgenc, Tefecilik, s. 553; İnci, s. 163; Baytaç, Abdullah Batuhan (2020), 'Tefecilik Suçu', YBHD, Yıl. 5, Sayı. 2, s. 166; Birtek, s. 40; Arslan & Azizağaoğlu, s. 1004; Arslan, s. 39 vd.; "... İzin alınarak faiz karşılığında ödünç para verilmesi eylemi suç olmayacaktır..." YCGK, T: 12.05.2015, E: 2014/655; K: 2015/152.

<sup>27</sup> Özgenc, Tefecilik, s. 553; Birtek, s. 40; Arslan, s. 40; Yenidünya, Caner (2013), 'Tefecilik Suçu (TCK m.241)' Banka ve Finans Hukuku Dergisi, C. 2, S. 6, s. 15. Baytaç, s. 166.

<sup>28</sup> Ayrıntılı açıklama için bkz.: III., A.

<sup>29</sup> Bkz.: II., C., 1 ve 2.

<sup>30</sup> Karş. İnci, s. 179. Yazar, mevcut düzenlemede suçun manevi unsuru bakımından özel kastın aranmasının yerinde olmadığını, zira kazanç elde etmek şeklindeki özel kastı belirlenmenin ve ceza hukukunun failin amacı ile meşgul olmasının her zaman doğru ve adaletli sonuçlar vermeyeceğini ileri sürerek; olması gereken hukuk açısından failin elde ettiği veya elde etmeyi amaçladığı kazancın *açıkça oransız* olmasına ilişkin bir koşulun madde metnine suçun maddi unsuru olarak dahil edilmesi gerektiğini belirtmektedir.

<sup>31</sup> <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 01.12.2021).

ekonomik nitelikli olduğu göz önünde bulundurularak, maddede ifade edilen kazancın *ekonomik nitelikli çıkarları* kapsadığı ifade edilmektedir.<sup>32</sup> Nitekim kavramsal açıdan bakıldığında, verilen ödünç para karşılığında talep edilen **faizin** (ya da faiz olarak adlandırılmamakla beraber ek bir ödemenin) kişiye ekonomik nitelikli bir çıkar sağlayacağı ve dolayısıyla faizin genel olarak *kazanç* kavramı içinde değerlendirilebileceği açıktır.

Ancak tefecilik suçu özelinde üzerinde durulması gereken asıl husus, ödünç karşılığı talep edilen **faiz oranının** ve dolayısıyla elde edilen **miktarın**, tefecilik suçunda aranan “kazanç” olgusunun meydana gelmesi açısından herhangi bir öneminin bulunup bulunmadığıdır. Acaba ödünç karşılığı talep edilen faiz oranı/miktarı, elde edilen değer TCK m.241 anlamında bir “kazanç” olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği hususunun belirlenmesinde herhangi bir rol oynayacak mıdır? Yukarıda da değinildiği üzere, TCK m.241 metninde buna ilişkin herhangi bir açıklama yapılmamış olmakla beraber, ceza hukuku doktrininde genel olarak kabul edilen görüş, paranın geri ödenmesine kadar geçen süredeki muhtemel değer kaybının giderilmesine yönelik olarak -faiz ya da başka bir ad altında- ek ödeme talep edilmesinin, tefecilik suçu anlamında “kazanç” ve dolayısıyla “kazanç elde etme amacı” olarak değerlendirilemeyeceği yönündedir.<sup>33</sup> Zira bu görüş uyarınca **faizin piyasa koşullarına uygun olması** halinde, amaç kazanç elde etmek değil, paranın değerinin korunmasıdır. Dolayısıyla kişinin, verdiği paranın enflasyon karşısında değer kaybetmemesi amacıyla enflasyonla orantılı faiz istemesi durumunda, kazanç elde etmek amacıyla hareket etmediği kabul edilmelidir.<sup>34</sup> Düzenlemenin lafzından yola çıkan

aksi görüş taraftarlarına göre ise, madde metninde kazancın miktarına ilişkin herhangi bir belirlemede bulunulmamış olması dolayısıyla, kazanç miktarının çok düşük ya da yüksek olması suçun (amaç unsurunun) oluşumu açısından bir önem taşımamaktadır.<sup>35</sup> Bu görüş uyarınca, verilen ödünç karşılığında faiz alınması halinde -faiz oranı çok düşük olsa dahi- kazanç elde etme amacı ve dolayısıyla tefecilik suçu gerçekleşmiş olacaktır.

Gerçekten de hükümde, ödünç karşılığı elde edilen menfaate ilişkin herhangi bir niceliksel belirleme ve sınırlama yapılmaksızın yalnızca *kazanç* ifadesinin kullanılmış olması, ilk etapta ödünç karşılığı elde edilen en ufak bir ekonomik karşılığın dahi (örn. 1 TL), kazanç olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşünü destekler niteliktedir. Ancak, ödünç para verme ve karşılığında belirli oranlarda faiz talep etme fiilinin, Türk özel hukuk sisteminde geçerli bir sözleşme ilişkisi olarak kabul edilmiş olduğu göz önünde bulundurulacak olduğunda; hükmün lafzına dayalı böyle bir yorumun, aynı hukuk sistemi içinde çatışan düzenlemelerin varlığına sebebiyet vereceği açıktır. Şöyle ki, ödünç para verme fiili/işlemi, Türk özel hukuk sisteminde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 386 ile 392’nci maddeleri arasında, “Tüketim Ödünç Sözleşmesi” yan başlığı altında bir sözleşme türü olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla ödünç para verme fiili, Türk özel hukuk sistemi kapsamında tarafların özgür iradesine tabi kılınmış olan, fiilin meşruluğunun kanuni düzenlemeler ile açıkça teyit edildiği, kişilerin diledikleri takdirde gerçekleştirebilecekleri hukuka uygun bir eylemdir. Dahası, Türk kanun koyucusu ödünç para veren tarafa, faiz isteme hakkı dahi tanımıştır (TBK m.387). Bu bağlamda TBK m.387’de

<sup>32</sup> İnci, s. 172.

<sup>33</sup> Arslan, s. 36; Özbek, Ekonomi Ceza Hukuku, s. 925; Özbek & Doğan & Bacaksız, s. 947; Özbek, Tefecilik, s. 37, Parlar & Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt 2, (2007), sh. 1692; Parlar, s. 20; Bardakçı, 653; Baytaz, s. 166.

<sup>34</sup> Yargıtay’ın, suçun oluşup oluşmayacağına belirlenmesinde verilen borç para karşılığında talep edilen “karşılığın miktarına göre değerlendirilme yapılması gerektiği” şeklinde anlaşılması mümkün bir karar için bkz.: Y. 5.CD., 11.07.2018, E. 2016/2533, K. 2018/5275 (Lexpera): “... mağdurlardan ...’ın sanıktan borç para aldığını karşılığında fındık verdiğini, ...’ın sanıktan 1,5 ton fındık aldığını karşılığında 5.000 TL. meblağlı senet verdiğini beyan etmesi karşısında; adı geçen mağdurların sanıktan borç para aldıkları tarihte aldıkları para miktarı ile kaç kilo fındık alabildikleri ve sanı-

ğa verdikleri fındık bedelleri de tespit edilip vade tarihi de dikkate alınarak **ödedikleri fark yüzdesine göre tefecilik suçunun oluşup oluşmayacağı tartışılıp, ... değerlendirilmesinden sonra sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken ...”**

<sup>35</sup> Yenidünya, Caner (2013), ‘Tefecilik Suçu (TCK m.241)’ Banka ve Finans Hukuku Dergisi, C. 2, S. 6, s. 20: “... ödünç verilen paraya karşılık talep edilen yahut alınan “faiz”, hangi gerekçe ile olursa olsun ve hangi oranda bulunursa bulunsun (örneğin, enflasyonun altında) kazanç elde etme amacını ortaya koyan bir davranıştır.” Ayrıca bu yönde İnci, s. 176, ancak yazar aynı zamanda mevcut düzenlemeyi eleştirmekte ve madde metninin yalnızca açıkça oransız, yani aşırı kazancın suç kapsamına dahil edilecek şekilde değiştirilmesi gerektiğini savunmakta ve buna ilişkin olarak madde metninin değiştirilmesine yönelik önerilerde bulunmaktadır. bkz. 177 vd.

ödünç sözleşmesi “ticari olan” ve “ticari olmayan” şeklinde ikiye ayrılmış, ticari para ödünçünde taraflarca sözleşmede kararlaştırılmamış olsa bile faiz istenebileceği (f.1); ticari olmayan para ödünçü sözleşmesinde ise ancak taraflarca kararlaştırıldığı takdirde *faiz* istenebileceği (f.2) açık bir şekilde belirtilmiştir. Dolayısıyla, yalnızca bir kimseye ödünç para verme eylemi değil, aynı zamanda karşılığında faiz talep edilmesi fiili de geçerliliği Türk özel hukuk sisteminde açık bir şekilde kabul edilen, genel hükümler kapsamında her türlü tartışmayı ortadan kaldıracak şekilde kanuni temele kavuşturulmuş olan (TBK m.386, 387), kişilerin diledikleri zaman gerçekleştirebilecekleri hukuka uygun eylemlerdir. Ancak özellikle belirtmek gerekir ki, özel hukuk sistemimizde para ödünçü karşılığında istenebilecek olan faiz oranı tarafların serbest iradelerine bırakılmamış, buna ilişkin sınırlandırıcı bir düzenleme getirilmiştir. Bu bağlamda TBK m.88’in ilk fıkrasında, faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranının, sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirleneceği; hükmün ikinci fıkrasında ise sözleşmesel faiz oranının birinci fıkraya uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamayacağı açık bir şekilde ifade edilmiş. Buna göre sözleşmede belirlenecek olan faiz oranı, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun ile belirlenen üst sınırı aşamayacaktır. 3095 s. Kanun m.1/1 uyarınca kanuni faiz oranı, 19/12/2005 tarihli ve 2005/9831 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile (01.01.2006 tarihinden geçerli olmak üzere) yıllık %9 olarak belirlenmiştir. TBK m.88/2 uyarınca, yıllık faiz oranı yürürlükteki mevzuat hükümlerine, yani 3095 s. Kanun’a göre belirlenecek olan yıllık faiz oranının %50 fazlasını aşamayacağına göre, istenebilecek olan faiz oranına ilişkin kanuni üst sınır %13.5’tir.

Belirtilen bu düzenlemeler göstermektedir ki, gerek ödünç para verme gerekse ödünç karşılığında -kanunda belirtilen oranları aşmamak kaydıyla- faiz talebi, Türk özel hukuk sisteminde tarafların özgür iradesine tabi kılınmış, geçerli bir sözleşmesel ilişki teşkil etmektedir. Dolayısıyla bir kişinin -mevzuata uygun oranda- faiz karşılığında ödünç para vermesi, kişinin, hukuk düzenince kendisine tanınmış olan bir hakkı kullanması anlamında gelmektedir.<sup>36</sup> Bu

hak, sözleşme özgürlüğü prensibinin bir görünümü olup (TBK m.26), Anayasa ile koruma altına alınmıştır (AY m.48). Nitekim bir fiile/işleme (“ödünç para verme”) aynı hukuk sistemi içinde bir yandan izin verme, diğer yandan cezalandırma şeklinde birbirine zıt iki farklı hukuki sonuç bağlanamayacağına göre, TCK m.241 hükmü anlamında “kazanç” kavramının belirlenmesinde, mantık kuralları gereği ödünç para verme eylemine ilişkin genel hükümler göz önünde bulundurulmalıdır.<sup>37</sup> Bu kapsamda, faiz talebine ilişkin belirlenen **üst sınır** (şu an için %13.5) objektif bir kriter olarak ele alınmalı ve üst sınırı geçen oranda faiz talebinin varlığı halinde, TCK m.241 hükmü anlamında “kazanç elde etme amacının” gerçekleşmiş olduğu kabul edilmelidir.<sup>38</sup> Aksi takdirde, aynı hukuk sistemi içinde bir yandan verilen ödünç karşılığında belirli sınırlar dahilinde faiz ve dolayısıyla -kelime anlamı itibarıyla- kazanç elde edilmesine müsaade edilmesi, diğer yandan ise aynı eylemin tefecilik suçu kapsamında cezalandırılması gibi paradoksal bir durum ortaya çıkar ki; bunun, kaotik bir uygulamaya ve hukuk sisteminin bütünlüğünün bozulmasına neden olacağı açıktır. Nitekim Türk kanun koyucusunun da bu durumun/tehlikenin bilincinde olduğu fikrinden yola çıkılacak olduğunda, her ne kadar madde lafzına gereği gibi yansıtıl(a)mamış olsa da, TCK m.241’deki “**kazanç**” ifadesi ile kanun koyucunun, faiz oranına ilişkin **kanuni üst sınırı aşan oranda elde edilen ekonomik menfaati** kastettiği sonucuna varılabilecektir. Nitekim bu denklem uyarınca, TCK m.241’de yer alan “kazanç” ifadesi, ödünç karşılığı elde edilen -istisnasız- her maddi değeri kapsar şekilde geniş anlamı itibarıyla dikkate alınamayacağı gibi; failin kazanç elde etme amacının olup olmadığı da, failin somut olay koşullarında sahip olduğu duygusal ve düşünsel (sübjektif) durumu baz alınarak belirlenemeyecektir. Burada objektif bir kriter olarak talep edilen faiz oranı (ya da talep edilen ek ödeme miktarı) dikkate alınmalı ve bu bağlamda talep edilen faizin **kanuni üst sınırı aşması** halinde, TCK m.241 düzenlemesi anlamında bir **kazanç** elde etme amacının bulunduğu kabul edilmelidir.

<sup>36</sup> Buna ilişkin olarak ayrıca bkz.: IV., A.

<sup>37</sup> Bu yönde ayrıca bkz.: Arslan, s. 36, 40; Bilge, s. 119 vd.

<sup>38</sup> Bu yönde ayrıca bkz.: Bilge, s. 119 vd.



Ancak bu noktada **ticari ödünç sözleşmeleri** özel olarak ele alınmalıdır. Zira, TTK m.8/1’de, ticari işlerde **faiz oranının serbestçe** belirlenebileceği düzenlenmiştir. Buna göre ticari olan ödünç sözleşmelerinde TBK m.88 hükmü ile getirilen sınırlama uygulanmaksızın, verilen ödünç karşılığında talep edilen faiz oranı kural olarak ticari taraflarca serbestçe belirlenebilecektir.<sup>39</sup> Dolayısıyla, faiz oranına ilişkin belirlenmiş olan üst sınır yalnızca ticari olmayan ödünç ilişkilerinde uygulama alanı bulacak, ticari ödünç sözleşmelerinde ise kazanç sağlama amacının olup olmadığının belirlenmesinde bir kriter olarak kabul edilemeyecektir. Peki bu durumda, ticari ödünç sözleşmelerinde kazanç sağlama amacının bulunup bulunmadığı hangi kritere göre belirlenecektir? Farklı bir ifadeyle, acaba ticari ödünç işlemlerinin -TTK m.8/1 uyarınca- faiz oranına ilişkin kanuni sınırlamadan muaf olması, ticari ödünç işlemlerinin faiz oranına bakılmaksızın otomatik olarak TCK m.241 uygulaması dışında kalmasını mı sağlayacaktır? Tefecilik eyleminin bir suç tipi olarak düzenlenmesinin altında yatan gaye ve suçun bir ticaret şirketi bünyesinde de işlenebilecek olması göz önünde bulundurulduğunda, bu soruya olumlu ce-

vap verilmesi mümkün değildir. Kanaatimce ticari ödünç sözleşmeleri açısından da objektif bir kriter uygulanmalı ve ödünç karşılığı talep edilen faizin/miktarın **emsallerine kıyasla aşırı** ya da **orantısız** olup olmadığına göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu bağlamda piyasa koşulları dikkate alınmalı ve mutad faiz oranını aşan miktarlarda faiz taleplerinin, kazanç sağlama amacına yönelik olduğu kabul edilmelidir. Belirtildiği üzere bu yorum tarzı, tefecilik eyleminin bir suç tipi olarak düzenlenmesinin altında yatan gaye ile de uyum içindedir. Zira hüküm ile cezalandırılmak istenen ödünç karşılığında herhangi bir karşılık talep edilmiş olması değil; talep edilen karşılığın -ticari olmayan ödünç işlemlerinde- kanuni sınırın üstünde olması ve dolayısıyla *hukuka aykırı bir gelir* elde edilmiş olmasıdır. Ticari ödünçlerde ise her ne kadar talep edilebilecek faiz oranına ilişkin kanuni bir sınırlama bulunmasa da, tefecilik eyleminin bir suç tipi olarak düzenlenme sebebi göz önünde bulundurulacak olduğunda, ticari ödünç sözleşmeleri açısından da kural olarak **“emsallerine uygunluk”** kriteri aranmalı ve emsallerine oranla aşırı faiz talepleri, TCK m.241 anlamında kazanç olarak nitelendirilmelidir. Ancak özellikle belirtilmelidir ki, somut olay koşullarında verilen ödünç karşılığında emsallerinin üzerinde faiz talep edilmesini haklı kılan özel hallerin bulunması durumunda, faizin/elde edilen miktarın emsallerinin üzerinde olması, TCK m.241’in uygulanmasını gerektiren bir kazanç olarak değerlendirilmemelidir.<sup>40</sup>

## B. GRUP İÇİ ÖDÜNÇ İŞLEMLERİNİN AMACI: “FİNANSAL DESTEK SAĞLAMA”

“Şirketler grubu” ya da “şirketler topluluğu” gibi ifadelerle adlandırılan yapılar, çeşitli hakimiyet araçlarının fiilen uygulanması neticesinde veya sözleşmesel temelde meydana gelen hukuki oluşumlardır. Grup şirketleri hukuki açıdan bakıldığında her ne kadar birbirinden bağımsız birer şirket olarak varlıklarını sürdürseler de, gruba dahil olmak suretiyle ekonomik bir birliğin parçası haline gelirler. Zira birden fazla şirketin grup çatısı altında bir araya gelmesi ve bir bakıma grup hakimi tarafından belirlenen ortak politikalara tabi olmaları neticesinde, ekonomik bir sinerji açığa çıkar. İşte bu durum, grup şirketlerini her

<sup>39</sup> Doktrinde TBK m.88 (ve m.120)’de öngörülen faiz oranına ilişkin kanuni sınırlamaların, ticari işlerde de uygulanabilir nitelikte emredici düzenlemeler olduğu yönünde aksi görüşler bulunmakla beraber; ağırlıklı olarak savunulan görüş, TTK m.8/1 düzenlemesinin özel hüküm olduğu, dolayısıyla ticari işlerde faiz oranına ilişkin söz konusu sınırlamaların uygulanmayacağı yönündedir. Bu yönde özellikle bkz.: **Göktürk**, Kürşat (2015), ‘Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi’, GÜHFD, C. XIX, S. 2, s. 39, 43; **Yücesoy Yılmaz**, Yasemin (2019), ‘Ticari İşlerde Faiz ve Yargıtay Uygulaması’, TBB Dergisi (140), s. 318 vd.; **Ülgen**, Hüseyin & **Helvacı**, Mehmet & **Kaya**, Arslan & **Nomer Ertan**, N. Füsun (2019), Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 98 vd.; **Orbay Ortaç**, Nurdan (2014), ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz’, ABD, S. 2, s. 126; **Yağcı**, Kürşad (2013), ‘Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK m.88 ve TBK m.120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m.8 ve TTK m.9) Bakımından Uygulanabilirliği’, İÜHFİM, C. LXXI, S. 2, s. 432 vd. ve ayrıca s. 431 dn. 31’de belirtilen yazarlar. **Aksi görüş** için bkz.: **Aydoğdu**, Murat (2011), ‘6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Faiz ile İlgili Düzenlemeler’, DEÜHFD, C. 12, S. 1, Y. 2010, s. 95 vd. **Yargıtay** kararlarında ise yeknesak bir uygulama olmayıp, her iki görüş yönünde de verilmiş kararlar bulunmaktadır. Yargıtay’ın ticari işlerde faizin oranını belirlemede TBK m.88 ve 120 hükümlerinin uygulanması yönünde verdiği kararlara örnek olarak bkz.: Y.13.HD, T: 13.1.2014, E: 2013/21286, K: 2014/182 (www.lexpera.com.tr). Ticari işlerde TBK m.88 ve 120 hükümlerinin uygulanmayacağı yönünde ise bkz.: YHGK, T: 15.5.2015, E: 2013/6-2249, K: 2015/1362. Söz konusu karar ve buna benzer diğer Yargıtay kararları için bkz.: **Yücesoy Yılmaz**, s. 316 vd., dn. 51.

<sup>40</sup> Grup içi ödünç işlemlerinde karşılaşılabilecek bu gibi istisnai durumlar için bkz.: III., B.

şeyden önce finansmana ulaşma imkanı açısından herhangi bir gruba ait olmayan (grup dışı) şirketlere kıyasla daha avantajlı bir konuma getirir. Şöyle ki, klasik şirket yapılanmalarında (grup dışı şirketlerde), ihtiyaç duyulan sermayeye ulaşılabilmesi açısından *iç kaynaklar* ya da *dış kaynaklar* olmak üzere yalnızca iki imkan söz konusudur. Grup üyesi şirketlerde ise, bu imkanların yanı sıra *grup içi (dış) kaynak* olarak adlandırabilecek olan üçüncü bir finansman kaynağı gündeme gelir. Grup yapılanmalarına özgü bu finansman kaynağı, yukarıda belirtildiği üzere grup üyelerinin bir araya gelmek suretiyle oluşturdukları ekonomik birlikten ve sinerjiden doğar. Grup hakimi, grup içi oluşan ekonomik potansiyeli/sinerjiyi hem grubun bütünü hem de her bir grup şirketi açısından optimal şekilde yönlendirmeyi/yönetmeyi amaçlar. Buna yönelik olarak da bir yandan grup içi nakit birikiminin en kârlı şekilde değerlendirilmesine, diğer yandan ise finansmana ihtiyaç duyan grup şirketlerinin bu ihtiyacının kredi kuruluşlarından sağlanması yerine, doğrudan grup içi kaynaklardan en az maliyetle giderilmesine yönelik politikalar benimser.

Grup içi nakit birikim ve ihtiyaçlarının en iyi şekilde yönetilmesi ve koordine edilmesi, şirket gruplarında çoğunlukla *cash management* (nakit yönetimi) adı verilen bir sistem kapsamında gerçekleştirilir. En basit tanımıyla cash management, işletme ekonomisi kapsamında geliştirilmiş olan, şirket topluluklarının kısa süreli finans yönetiminde rol oynayan ve bu anlamda topluluk kasasının yönetiminde uygulanacak önlemleri de kapsayan bir nakit yönetim sistemidir.<sup>41</sup> Söz konusu sistem kapsamında bir yandan grubun bütününe diğer yandan ise her bir grup üyesinin menfaatleri göz önünde bulundurulmak suretiyle, grup içi (kısa vadeli) finansman birikim ve ihtiyaçlarının en iyi şekilde organize edilmesine ve grup içi kaynakların maksimum fayda sağlayacak şekilde yönetilmesine ilişkin politikalar belirlenir. İşte, grup şirketlerinde bu bağlamda en çok karşılaşılan yöntem, finansmana ihtiyaç duyan grup şirketlerinin

grup içi oluşan nakit birikiminin kullanılması suretiyle, grup içi kaynaklardan giderilmesidir.

Grup içi nakit birikiminin bir grup içi finansman kaynağı olarak kullanılması, bir yandan grup içi (kısa vadeli) likidite birikiminin en kârlı şekilde değerlendirilmesini, diğer yandan ise finansmana ihtiyaç duyan grup şirketlerinin grup içi kaynaklardan en az maliyetle fonlanmasını sağlar. İşletme ekonomisi açısından bakıldığında, işin mantığı şu şekilde özetlenebilir: Belirli zamanlarda bazı grup şirketleri nakit fazlalığına sahipken, bazıları ise tam aksine nakit açlığı çekebilir. Bu gibi durumlarda nakde ihtiyaç duyan grup şirketleri yüksek faiz oranları karşılığında kredi kurumlarından kredi temin etmek zorunda kalırken; nakit fazlası olan grup şirketleri ise bunu genellikle önemli bir getirisi olmayan, düşük faizler karşılığında kredi kuruluşlarında değerlendirmek zorunda kalırlar. Nakit fazlası olan grup şirketlerinin nakde ihtiyaç duyan grup şirketlerine ödünç vermesi halinde ise, bu şirketlerin bankalardan yüksek faiz karşılığında kredi almalarına gerek kalmaz ve böylece nakde ihtiyaç duyan şirket, bu ihtiyacını dışarıdan (kredi kurumlarından) karşılaması halinde ödeyeceği -yüksek- faiz miktarı ile grup içi temin ettiği borç para miktarı için ödeyeceği faiz arasındaki fark kadar kâra geçer.<sup>42</sup> Böylece finansmana ihtiyaç duyan grup şirketi, dahil olduğu ekonomik birliğin nakit yönetim sistemi ve bu bağlamda özellikle grup içi ödünç politikası sayesinde, kredi kuruluşlarına oranla *daha avantajlı koşullarda* sermayeye ulaşabilir. Dolayısıyla grup şirketleri, finansmana ulaşma imkanı ve koşulları açısından herhangi bir gruba ait olmayan (grup dışı) şirketlere kıyasla çok daha avantajlı bir konuma sahiptirler.

Grup içi ödünç işlemleri, doğrudan grup şirketleri arasında münferit para ödünç sözleşmeleri temelinde gerçekleştirilebileceği gibi, grup hakimi yönetimi altında kurulan bir merkezi sistem kapsamında da gerçekleştirilebilir. İlk durumda bir grup şirketinin, münferit bir ödünç sözleşmesi temelinde bir diğer grup şirketine ödünç para vermesi durumu söz konusudur. İkinci durumda ise, ödünç işlemlerinin grup hakiminin yönetimi (ve/veya denetimi) altında işletilmekte olan bir merkezi hesap üzerin-

<sup>41</sup> Ayrıntılı açıklama için bkz.: Özdin, Funda (2018), Cash Pooling im deutschen und türkischen Konzernrecht unter den Aspekten von Kapitalerhaltung und -aufbringung, Berlin, Duncker & Humblodt, s. 40 vd.; Özdin, Funda (2012), "Cash Pooling (Nakit Havuzu) ve Alman Hukukunda Sermayenin Korunmasına İlişkin Maddelerde Cash Pooling Lehine Yapılan Değişiklik (§57/II/c.3 AktG, §30/II/c.2 GmbHG)", <http://www.arslanlibilimsivi.com/yazar-detay/Funda%20%C3%96zdin>, s. 2 vd.

<sup>42</sup> Özdin, Cash Pooling im deutschen und türkischen Konzernrecht, s. 57 vd.; Özdin, Cash Pooling ve Alman Hukuku, s. 7.

den gerçekleşmesi hali söz konusudur. *Cash pooling* olarak adlandırılan bu uygulama, gelişmiş ülkelerde grup şirketlerinin vazgeçilmez nakit yönetim enstrümanlarından birisi halinde gelmiş olan, bir grup içi finansman yöntemidir. En basit haliyle özetlemek gerekirse, cash pooling grup şirketlerinin nakit fazlalığının merkezi bir hesaba havale edildiği; nakde ihtiyaç duyan grup şirketlerine ise bu merkezi hesaptan otomatik olarak aktarım yapıldığı bir grup içi nakit denkleştirme işlemidir.<sup>43</sup> Cash pooling sisteminin amacı, grup şirketlerinin ihtiyaç duydukları nakdin yine grup içi kaynaklardan *düşük maliyetlerle* temin edilmesi ve böylelikle grubun sahip olduğu toplam likiditenin maksimum fayda sağlayacak şekilde kullanılması suretiyle, grup şirketlerinin *finansman maliyetinin minimum düzeye indirilmesidir*. Söz konusu sistemin işleyişi kısaca şu şekildedir: Grubun anlaşmalı olduğu bir kredi kuruluşunda, grup hakiminin yönetim ve kontrolünde “havuz hesabı” da denebilecek olan bir merkezi hesap oluşturulur. Söz konusu bu havuz hesabı ile sisteme dahil olan grup şirketlerinin banka hesapları arasında -genellikle her iş günü sonunda- denkleştirme yapılmak suretiyle grup şirketlerinin hesapları sıfırlanır. Söyle ki, günün sonunda hesabı artıda bulunan grup şirketlerinin sahip oldukları nakit havuz hesabına aktarılırken, hesabı ekside bulunan grup şirketlerine ise havuz hesabından nakit aktarımı yapılır ve netice itibarıyla günün sonunda tüm grup şirketlerinin hesapları sıfırlanır. Böylece havuz hesabına nakit aktarım yapan grup şirketleri grup hakimine ödünç para verirken, hesabına nakit aktarımı yapılan grup şirketleri ise havuz hesabından, yani grup hakiminden ödünç para almış olurlar. Kısacası, söz konusu sistem kapsamında ödünç alışverişi, merkezi hesap/havuz hesabı üzerinden grup hakimi ve grup şirketleri arasında karşılıklı ve otomatik olarak gerçekleşir.

Ödünç para verme işlemi ister münferit olarak grup şirketleri arasında, isterse merkezi olarak cash pooling uygulaması kapsamında gerçekleştirilmiş olsun; her iki ihtimalde de ödünç verilirken kazanç elde etme gayesiyle değil, nakde ihtiyaç duyan grup şirketine *finansal destek verme* ve sonuç olarak nakde ih-

tiyaç duyan grup şirketleri açısından *finansman maliyetlerinin düşürülmesi* amacıyla hareket edilir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, grup hakimi, grup içi oluşan ekonomik birikim ve sinerjiyi hem grubun bütünü hem de her bir grup şirketi açısından optimal şekilde yönetmeyi amaçlar. Bu doğrultuda grup hakimi, nakit fazlalığı olan grup şirketlerinden nakde ihtiyacı olan grup şirketlerine bankalara oranla daha düşük kredi oranları karşılığında ödünç verilmesini temin eder. Kredi koşulları, borcun münferit ödünç sözleşmeleri temelinde doğrudan bir grup şirketi tarafından ya da merkezi olarak cash pooling uygulaması kapsamında verilmiş olması fark etmeksizin, topluluğun genel politikası kapsamında grup hakimi tarafından belirlenir ve bu koşullar -yukarıda belirtildiği üzere- kredi kurumlarına kıyasla gerek faiz oranı gerekse maliyetler açısından çok daha düşük olmaktadır. Daha önce de belirtildiği üzere burada amaç, grup içi nakit birikiminin, nakde ihtiyaç duyan grup şirketlerinin finansman ihtiyacının en az maliyetle giderilmesini sağlayacak şekilde değerlendirilmesidir. Dolayısıyla grup içi ödünç işlemlerinde, esasen ödünç para verenin değil, *ödünç para alan tarafın kazanç elde etmesi gayesiyle* hareket edilmektedir. Çünkü verilen para ödünç karşılığında talep edilen faiz oranı başta olmak üzere, grup içi borçlanma koşulları neredeyse her zaman kredi kuruluşları tarafından talep edilen faiz ve diğer koşullara oranla çok daha elverişli olmaktadır. Hatta uygulamada hakim şirket ya da kredibilitesi yüksek olan bir grup şirketi, (cash pooling uygulaması kapsamında ya da ondan tamamen bağımsız olarak) kredi kuruluşlarından kredi temin edip, bunu aynı şartlarla (ve bazen komisyon) karşılığında diğer grup şirketlerine ödünç olarak da verebilmektedir. Bu uygulamada da amaç yine nakde ihtiyaç duyan grup şirketlerinin, piyasaya oranla daha az maliyetlerle ihtiyaç duydukları nakde ulaşmalarının sağlanmasıdır. Zira, hakim şirket ya da kredibilitesi yüksek olan bir grup şirketi, sahip olduğu yüksek pazarlık yapma gücü sayesinde nakde ihtiyacı olan grup şirketine oranla çok daha düşük faiz oranı ve maliyetler karşılığında kredi temin edebilecektir. Nitekim bu avantajlı durum, nakde ihtiyaç duyan grubun şirketinin ödemek zorunda kalacağı faiz oranına olumlu yansıtacak; krediyi kendisinin almış olması haline kıyasla katlanacağı masraflar azalacaktır. Sonuç olarak, gerek cash pooling sistemi üzerinden merkezi olarak gerek-

<sup>43</sup> Cash pooling sistemine ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz.: **Özdin**, Cash Pooling im deutschen und türkischen Konzernrecht, s. 45 vd. Türkçe açıklamalar için bkz.: **Özdin**, Cash Pooling ve Alman Hukuku, s. 4 vd.

se münferit bir ödünç sözleşmesi temelinde herhangi bir grup şirketinden faiz karşılığı borç alan grup şirketi, kredinin bir bankadan alınmış olması ihtimaline kıyasla çok daha kazançlı bir ödünç ilişkisi içine girmiş olacaktır.

Bu aşamada ayrıca belirtmek gerekir ki, borç veren şirket mutlaka *emsallerine uygun oranda bir faiz talep etmek zorundadır*. Bir sonraki başlık altında ayrıntılı olarak ifade edileceği üzere, ödünç işlemlerinde faiz talebi, muhtelif kanuni düzenlemeler ile şirketlere getirilmiş olan hukuki bir zorunluluktur.<sup>44</sup> Dolayısıyla grup içi borçlanmalarda faiz talebi kazanç elde etme amacından değil, emsallere uygun faiz alınması yönündeki mevcut kanuni düzenlemelerden, başka bir ifadeyle kanuni zorunluluktan kaynaklanmaktadır. Ancak bu noktada özellikle değinilmesi gereken husus, *emsallerine kıyasla daha yüksek oranda faiz talep edilmesi* halinde, TCK m.241 anlamında bir kazanç elde etme amacından bahsedilip bahsedilemeyecek olduğudur. Bir önceki başlık altında da belirtildiği üzere, her ne kadar ticari ödünçlerde talep edilebilecek faiz oranına ilişkin kanuni bir sınırlama bulunmasa da, tefecilik eyleminin bir suç tipi olarak düzenlenme sebebi göz önünde bulundurulacak olduğunda, ticari ödünç sözleşmeleri açısından da kural olarak “*emsallerine uygunluk*” kriteri aranmalı ve emsallerine oranla aşırı faiz talepleri, TCK m.241’in uygulanmasını gerektirecek bir kazanç olarak nitelendirilebilmelidir. Özet olarak, ticari ödünç sözleşmeleri açısından ödünç karşılığı talep edilen karşılığın/faizin emsallerine kıyasla *aşırı* ya da *orantısız* olup olmadığına göre bir değerlendirme yapılmalı; bu bağlamda kural olarak piyasa koşulları dikkate alınmalı ve mutlak faiz oranını aşan miktarlarda faiz taleplerinin, kazanç sağlama amacıyla yönelik olduğu kabul edilmelidir.

Ancak bu noktada özellikle belirtilmelidir ki, grup içi ödünç işlemlerinde ve özellikle de cash pooling sistemi üzerinden gerçekleşen ödünç işlemlerinde, emsalleri aşan oranda faiz talebini haklı kılan bazı istisnai durumlar ortaya çıkabilir. Grup içi likiditenin cash pooling sistemi kapsamında merkezi şekilde yönetimi, grup şirketlerine genellikle piyasa koşullarına kıyasla daha az maliyetle nakde ulaşma imkanı sağlasa da, söz konusu sistem aynı zamanda

grup şirketleri açısından duruma bağlı olarak bazı ek maliyetlerin doğmasına da sebep olabilir. Zira her şeyden önce cash pooling sisteminin kuruluşu ve yönetimi için özel yazılım (software) gibi bazı teknik ekipmanlar gerekebilir. Bunun yanı sıra, piyasaları ve ilgili finansal piyasa ürünlerini iyi tanıyan ve grubun büyüklüğüne bağlı olarak sınır ötesi finansal piyasalar hakkında bilgi sahibi, yüksek nitelikli, uzman personelden oluşan profesyonel bir finansal yönetim ekibine de ihtiyaç duyulabilir. Nitekim sistemin kuruluşu ve yönetimi için gerekli olan tüm bu ihtiyaçlar, yüksek bir maliyeti de beraberinde getirebilir.<sup>45</sup> Dolayısıyla bazı münferit hallerde, cash pooling sistemi kapsamında verilen ödünçlerde faiz oranının emsallerinin üzerine çıkabilmesi mümkündür. Ancak buradaki fark kazanç elde etme amacından değil, cash pooling sisteminin işleyişine bağlı olarak gündeme gelen bazı ek masraflardan kaynaklanmakta olup; bu gibi hallerde faiz oranının emsallerini aşmış olması, TCK m.241’in uygulanmasını gerektirecek bir durum olarak değerlendirilemez. Yine somut olay koşullarında, mali durumu sebebiyle kredi kuruluşlarından kredi alma imkanı olmayan ya da aşırı yüksek maliyetler karşılığında kredi alabilecek olan bir grup şirketine, hakim şirket ya da bir diğer grup şirketi tarafından veya cash pooling sistemi kapsamında emsallerine kıyasla yüksek oranda borç verilmesi halinde de, borç veren şirketin kazanç sağlama amacından bahsedilemeyecektir. Zira burada faiz oranının emsallerine oranla yüksek olmasının sebebi, mali çöküş içinde bulunan söz konusu grup şirketine finansal destek sağlanması neticesinde üstlenilen riskin yüksek olmasıdır. Sonuç olarak, grup içi ödünç işlemlerinde talep edilen faiz oranının emsallerine kıyasla yüksek olması, ancak somut olay koşullarında bunu haklı kılan sebeplerin yokluğu halinde, TCK m.241’in uygulanmasını gerektirebilecek bir kazanç olarak nitelendirilebilir.

<sup>45</sup> Cash pooling sistemi, her ne kadar grup şirketleri açısından büyük avantajlar sağlasa da, bazı riskleri ve olumsuz sonuçları da beraberinde getirmektedir. Buna ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz.: **Özdin**, Cash Pooling im deutschen und türkischen Konzernrecht, s. 64 vd.

<sup>44</sup> Bkz.: IV., B., 2.

#### IV. “HUKUKA AYKIRILIK” UNSURU AÇISINDAN GRUP İÇİ ÖDÜNÇ İŞLEMLERİ

##### A. GENEL OLARAK

Daha önce ilgili başlık altında da belirtildiği üzere, tefecilik suçu bakımından ortaya çıkabilecek olan hukuka uygunluk sebebi genel olarak “hakkın kullanılması”dır. Nitekim faiz karşılığı ödünç para verme konusunda özel düzenlemeler ile yetkilendirilmiş olan kurum ve kuruluşların, ilgili mevzuatlarına uygun bir şekilde gerçekleştirdikleri ödünç işlemleri bu kapsamda değerlendirilmekte ve tefecilik suçu kapsamı dışında tutulmaktadır.<sup>46</sup> Ancak kanaatimce bunun yanı sıra, tefecilik suçu bakımından hakkın kullanılması niteliğinde olan ve dolayısıyla hukuka uygunluk hali olarak değerlendirilmesi gereken bir diğer durum ise, ödünç verme fiiline ilişkin düzenlemelere uyulmak suretiyle gerçekleştirilmiş olan ödünç işlemleridir.<sup>47</sup> Bir başka ifadeyle, Türk hukuk sisteminin kabul etmiş ve belirlemiş olduğu şartlar kapsamında taraflar arasında kurulmuş olan bir ödünç ilişkisi, hukuk düzenince bu konuda kişilere tanınmış olan ödünç verme hak ve yetkisinin kullanılması, yani TCK m.26/1 anlamında “hakkın kullanılması” olarak nitelendirilmeli ve tefecilik suçu kapsamı dışında tutulmalıdır. Zira daha önce de belirtildiği üzere, ceza hukukunda bir eylemin *hukuka aykırılığının* ya da *uygunluğunun* belirlenmesinde sadece ilgili hukuk disiplini değil, hukuk sisteminin bütünü, yani hukuk sistemi içindeki tüm düzenlemeler göz önünde bulundurulur hareket edilmelidir.<sup>48</sup> Buna göre, örneğin bir eylemin ceza hukuku disiplini açısından hukuka aykırı, medeni hukuk disiplini bakımından ise hukuka uygun olarak kabul edilmesi mümkün değildir.<sup>49</sup> Bu nedenle, bir davranışın kanunda belirtilen suç tipine bire bir uyması, suçun oluşması için tek başına yeterli kabul edilmemekte; buna ek olarak söz konusu davranışı hukuka uygun hale getiren bir sebebin var olup olmadığı da ayrıca araştırılmaktadır.<sup>50</sup>

<sup>46</sup> **Özgenç**, Tefecilik, s. 553; **İnci**, s. 163; **Baytaç**, s. 166; **Birtek**, s. 40; **Arslan & Azizağaoğlu**, s. 1004; **Arslan**, s. 39 vd.; “... İzin alınarak faiz karşılığında ödünç para verilmesi eylemi suç olmayacaktır...” YCGK, Tarih: 12.05.2015, Esas No: 2014/655; Karar No: 2015/152.

<sup>47</sup> Bu yönde ayrıca bkz.: **Arslan**, s. 39 vd.; **Bilge**, s. 118 vd.

<sup>48</sup> **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 303; **Koca & Üzülmmez**, s. 264.

<sup>49</sup> **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 303.

<sup>50</sup> **Koca & Üzülmmez**, s. 266.

Nitekim Türk hukuk sisteminde ödünç para verme fiili, gerek genel düzenlemeler gerekse şirketlere özgü birçok münferit kanuni düzenleme kapsamında geçerli ve hukuka uygun bir sözleşmesel ilişki olarak kabul edilmiştir. Bu bağlamda yalnızca ödünç para verme eylemi değil, aynı zamanda karşılığında faiz talep edilmesi de yine ilgili kanuni düzenlemeler kapsamında ödünç verene tanınan bir *hak* ve hatta bazen ödünç veren açısından bir *yükümlülük* olarak öngörülmüştür. Dolayısıyla aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olduğu üzere, ilgili mevzuata uyulmak suretiyle gerçekleştirilen grup içi faiz karşılığı ödünç işlemleri, kanaatimce hem TCK m.26/1 hem de TCK m.24/1 uyarınca TCK m.241’in uygulanmasına engel teşkil eden “hukuka uygun” işlemlerdir.

#### B. GRUP İÇİ ÖDÜNÇ İŞLEMLERİNDE “HUKUKA UYGUNLUK SEBEBİ” OLUŞTURAN KANUNİ DÜZENLEMELER

##### 1. Genel Hükümler (TBK m.386 vd.)

Ödünç para verme eylemi, Türk Borçlar Kanunu’nda bir sözleşme tipi olarak düzenlenmiş olup (TBK m.386-392), tarafların özgür iradesine tabi hukuka uygun bir eylem teşkil etmektedir.<sup>51</sup> Hatta Türk kanun koyucusu, ödünç para veren tarafa karşılığında -belirli bir oranı aşmayacak şekilde (TBK m.88, 3095 sayılı Kanun)- faiz isteme hakkı dahi tanımıştır (TBK m.387). Dolayısıyla bir kişinin bir başka kişiye -mevzuata uygun faiz oranları karşılığında- ödünç para vermesi halinde, kanun tarafından sözleşme özgürlüğü kapsamında tanınmış olan bir *hakkın kullanılması* (TCK m.26/1) durumu söz konusu olmaktadır; bu da tefecilik suçunun oluşabilmesi açısından bulunması gereken hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırmaktadır. Zira aksinin kabulü halinde, faiz karşılığı ödünç para verme eylemi, TBK m.386 vd. hükümleri anlamında *hukuka uygun* bir fiil teşkil ederken; TCK m.241 düzenlemesi anlamında tefecilik suçu kapsamında değerlendirilmesi gereken *hukuka aykırı* bir eylem olarak karşımıza çıkabilecektir. Bu ise hiç kuşkusuz, hukuk sisteminin mantıksal bütünlüğünü bozan bir çelişki meydana getirecektir.

Bu itibarla, bir kişinin -mevzuata uygun oranda- faiz karşılığında ödünç para vermesi, hukuk düzeninin kişiye bu konuda tanıdığı hakkın kulla-

<sup>51</sup> Bkz.: III., A.

nılması olarak nitelendirilmeli ve ancak kanun tarafından belirlenmiş olan üst sınırı aşan miktarlardaki faiz taleplerinde hukuka aykırılık unsurunun bulunduğu kabul edilmelidir.<sup>52</sup> Ticari ödünç niteliğini haiz grup içi ödünç işlemlerinde ise, emsallerine uygun faiz oranları karşılığında yapılan grup içi ödünç işlemleri hakkında kullanılması olarak değerlendirilmeli; emsallerine kıyasla aşırı faiz taleplerinde ise - somut olayda bu talebi haklı kılacak bir sebep olmadığı sürece- hukuka aykırılık unsurunun bulunduğu kabul edilmelidir.<sup>53</sup>

## 2. Şirketlere Özgü Düzenlemeler (TTK m.358, 202; SerPK m.21; KVK m.13)

Bir önceki başlık altında ifade edilen genel hükümler dışında, faiz karşılığı grup içi ödünç işlemleri açısından *hukuka aykırılığı ortadan kaldıran* ve tefecilik suçunun uygulanmasına engel olan şirketlere özgü düzenlemeler de bulunmaktadır. Farklı kanunlar kapsamında ihdas edilmiş olan bu düzenlemeler ile, bir yandan şirketlerin ödünç para verme hakkı vurgulamakta (TTK m.358), diğer yandan ise şirketlere açık bir şekilde ödünç karşılığında faiz talep etme *yükümlülüğü* getirilmektedir (TTK m.202, SPK m.21, KVK m.13). Faiz talep etme yükümlülüğü, şirketler hukuku açısından bakıldığında *malvarlığının korunması ilkesinden*; vergi hukuku açısından ise *vergi kaybının önlenmesi ihtiyacından* kaynaklanmaktadır. Nitekim -aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olduğu üzere- söz konusu düzenlemeler, emsallerine uygun grup içi ödünç işlemleri açısından hem TCK m.26/1 (*hakkın kullanımı*) hem de TCK m.24/1 (kanun hükmünün yerine getirilmesi) anlamında hukuka uygunluk sebebi oluşturmaktadırlar.

(i) Bu bağlamda ele alınması gereken düzenlemelerden ilki, anonim ve (TTK m.644/b uyarınca) limited şirketlerin ortaklarına ödünç para verme koşullarının düzenlendiği **TTK m.358** hükmüdür. Söz konusu hükümde, pay sahiplerinin sermaye taahhüdünden doğan *vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe* ve *şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça* şirkete borçlanama-

yacakları dile getirilmiştir. Söz konusu hüküm, anonim ve limited şirketlerin pay sahiplerine ödünç para verebilme şartlarını düzenlemenin yanı sıra, konumuz açısından bakıldığında aynı zamanda şirketlerin ödünç para verme hak ve yetkisinin teyit edildiği şirketler hukukuna özgü bir düzenlemedir. Şöyle ki, ilk kez 6102 sayılı TTK ile mevzuata dahil olan TTK m.358, kanunlaşma sürecinde önemli bir değişikliğe uğratılmış ve tasarıdaki ilk hali terkedilerek bugünkü halini almıştır. TTK m.358'in değiştirilmemiş olan ilk metninde, şirketin pay sahiplerine para ödünç vermesi adeta yasaklanmıştı. Ancak sonradan madde metni 6335 sayılı Kanun ile değiştirilmiş ve şirketin pay sahiplerine ödünç para vermesinin önünde -prensip olarak- bir engel bulunmadığı açık bir şekilde hüküm altına alınmıştır.<sup>54</sup> Dolayısıyla madde- nin ilk haline yapılan bu müdahale, kanun koyucunun şirketin ortaklarına borç para verme hakkını özel olarak vurgulaması ve işlemin yapılabilişliğini şirketler hukuku bağlamında özel olarak teyit etmesi olarak yorumlanmalıdır.

Ayrıca belirtilmelidir ki, TTK'da ticaret şirketlerinin genel olarak ödünç para vermelerini yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla genel hükümler (TBK m.386 vd.), -faiz oranına ilişkin kanuni sınırlama hariç (TTK m.8/1)- tüm ticaret şirketleri açısından da uygulama alanı bulacaktır. TTK m.358 hükmü ise, şirketlerin ödünç para verme hakkını zımni olarak teyit eden ve bu anlamda grup içi ödünç işlemlerinin -genel hükümlere ek olarak- şirketler hukukuna özgü hukuki dayanağını ve bu itibarla tefecilik suçu açısından TCK m.26/1 anlamında hukuka uygunluk sebebi oluşturan bir kanuni düzenlemedir.

(ii) Grup içi ödünç işlemleri açısından öncelikli olarak uygulama alanı bulacak olan ve bu aşamada özellikle dile getirilmesi gereken bir diğer düzen-

<sup>52</sup> Bu yönde ayrıca bkz.: **Arslan**, s. 36, 40; **Bilge**, s. 119 vd.

<sup>53</sup> Emsallerini aşan oranda faiz taleplerini haklı kılacak nedenlere ilişkin olarak bkz.: III., B.

<sup>54</sup> TTK m.358'in ilk hali ve 6335 sayılı Kanun sonrasındaki hali arasındaki farklara ilişkin ayrıntılı açıklama ve hükmün yeniden düzenlenmesi bağlamında *de lege ferenda* bir öneri için bkz.: **Öz- din**, Funda (2021), 'Sermayenin İadesi Yasağının (TTK m.480/3) Örtülü Malvarlığı Aktarımının Önlenmesi Açısından Geniş Yorumlanması Zorunluluğu-Alman ve İsviçre Hukukları ile Karşılaştırmalı Olarak', MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Tüzel Kişilik Pencerelerinden Anonim Ortaklık Sempozyumu, 20-22 Temmuz 2020, İstanbul, Onikilevha, s. 105 vd.

leme ise TTK m.202 hükmüdür. Şirketler topluluğu hukukunda sorumluluk meselesinin ele alındığı TTK m.202’de, hakim şirketin bağlı şirketler üzerinde sahip olduğu hakimiyeti, bağlı şirketleri **kayba** uğratmamak ya da bir kayıp meydana gelmesi halinde söz konusu kaybın kanunda belirtildiği şekilde giderilmesi şartıyla uygulamasına müsaade edilmiştir (TTK 202/1-a). Dolayısıyla TTK 202/1-a uyarınca, grup içi gerçekleşen ödünç işlemlerinde ödünç veren şirketin kayba uğramaması ya da uğradığı kaybın kanunda belirtildiği şekilde giderilmesi gerekmektedir.

TTK m.202/f.1 anlamında *kayıp* kavramı, yalnızca somut olarak gerçekleşmiş olan malvarlığı azalması olarak değil, malvarlığında meydana gelecek olan artmanın veya kârın engellenmesinin de kapsama dahil edildiği geniş bir alanı kapsamaktadır.<sup>55</sup> Bu açıdan bakıldığında grup içi ödünç işlemlerinde, faizsiz ya da emsallerine oranla düşük faiz karşılığı ödünç para verilmesi durumunda, bir yandan bağlı şirket malvarlığı enflasyon oranı kadar değer kaybına uğrayacak, diğer yandan malvarlığının paranın bir kredi kuruluşunda değerlendirilmesi halinde alınacak olan ücret kadar artması önlenmiş olacak ve neticede bağlı şirket hakim şirkete verdiği meblağ karşılığında, kredi kuruluşundan alacak olduğu toplam faiz ücreti kadar bir kayba uğrayacaktır.<sup>56</sup> Ayrıca bu durumda bağlı şirketin söz konusu meblağı bir bankada değerlendirseydi elde edeceği faiz miktarının, yani kârının tamamının (olması gerekenden daha az bir faiz alınması durumunda ise bir kısmının) sermayenin korunması ilkesine aykırı bir şekilde hakim şirkete aktarılması hali de gündeme gelecektir. Neticede grup şirketlerinin faizsiz ya da düşük faizle para ödünç vermesi durumunda, (emsalleriyle kıyaslandığında) yoksun kalınan meblağ kadar bir kayıp ortaya çıkacaktır.<sup>57</sup> Dolayısıyla grup içi ödünç işlemlerinde, borç veren şirketin kayba uğramaması açısından, ödünç veren grup şirketinin **emsallerine uygun bir faiz** talebinde bulunması gerekmektedir.

Bu, TTK m.202/f.1 düzenlemesi ile öngörülen kanuni bir zorunluluk olup; faiz talebi açısından TCK m.24 (*kanun hükmünün yerine getirilmesi*) hükmü uyarınca tefecilik suçunun uygulanmasına engel olan bir hukuka uygunluk sebebi meydana getirmektedir.

(iii) Burada değinilmesi gereken bir diğer düzenleme, halka açık ortaklıklarda malvarlığının ilişkili kişilere aktarılmasının engellenmesi amacıyla hizmet eden **SerPK m.21**’dir (“Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı”).<sup>58</sup> Söz konusu hükümde ana hatlarıyla, halka açık ortaklıklar (ve kolektif yatırım kuruluşları) ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının çeşitli işlemler vasıtasıyla ilişkili kişilere kazanç aktarmaları yasaklanmış ve yaptırıma tabi kılınmıştır. Hükümde kazanç aktarımının emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı şartlar içeren iş ve işlemler vasıtasıyla gerçekleştirilebileceği belirtilerek; bunun, kârın veya malvarlığının azalması yahut kârın veya malvarlığının artmasının engellenmesi şeklinde aktif ya da pasif davranışlarla ortaya çıkabileceği açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla grup içi gerçekleşen ödünç işlemlerinin SerPK m.21 uyarınca örtülü kazanç aktarımı olarak değerlendirilmemesi açısından, ödünç karşılığında **emsallerine uygun oranda bir faiz** talep edilmesi gerekmektedir.<sup>59</sup> Faizsiz ya da emsallerine oranla düşük faiz karşılığı ödünç para verilmesi durumunda ise, TTK m.202’ye ilişkin açıklamalar kapsamında ifade edildiği üzere, örtülü şekilde bir kazanç aktarımı yapılmış olacaktır. Buna bağlı olarak da ödünç veren şirket açısından, örtülü kazanç aktarımına bağlanan hukuki, cezai ve idari yaptırımlar gündeme gelecektir (SerPK m.21/4, 94, 110). Dolayısıyla, grup içi ödünç işlemlerinde emsal-

<sup>55</sup> Özdin, Funda (2020), ‘Cash Pooling (Nakit Havuzu) Uygulamasında Bağlı Şirket Yönetim Kurulunun Sermayenin Korunması İlkesi Bağlamındaki Yükümlülükleri ve Sorumluluğu’ Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu (Tebliğler - Tartışmalar) 19 Haziran 2019, İstanbul, Onikilevha, s. 70 vd. ve ayrıca s. 70 dn. 39’da belirtilen diğer yazarlar.

<sup>56</sup> Özdin, Cash Pooling ve Bağlı Şirket Yönetim Kurulu, s. 71.

<sup>57</sup> Özdin, Cash Pooling ve Bağlı Şirket Yönetim Kurulu, s. 71.

<sup>58</sup> SerPK m.21 düzenlemesi uyarınca örtülü kazanç aktarımı yasağına ilişkin ayrıntılı açıklama için özellikle bkz.: **Kaya**, Arslan (2014), Halka Açık Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK m.21), İÜHF, C. LXXI, S. 2, s. 193 vd.; **Günay**, Ece Deniz (2018), Sermaye Piyasası Hukuku’nda Örtülü Kazanç Aktarımı ve Türk Ticaret Kanunu Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul, Onikilevha, s. 5 vd.; **Duran**, Arif (2021), Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK m.21), İstanbul, Onikilevha, s. 157 vd.

<sup>59</sup> Gerek Sermaye Piyasası Kurulu gerekse Yargıtay kararlarında, *emsallerine göre düşük faiz oranı* ile hakim şirkete veya grup şirketlerine ödünç verilmesi işlemi, anılan hüküm kapsamında örtülü kazanç aktarımı olarak değerlendirilmektedir. Bu yönde kararlar için bkz.: **Duran**, s. 255 vd.

lerine uygun faiz talebi, sermaye piyasası hukuku yönünden de ödünç veren şirketin uymakla yükümlü olduğu bir kanuni zorunluluk olup; TCK m.24 anlamında bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmektedir.

- (iv) Grup içi ödünç işlemlerinde emsallerine uygun oranda faiz talebi, vergi hukuku açısından da bir zorunluluktur. Zira **5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun (KVK) 13. maddesi** uyarınca, kurumların ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri faiz oranı üzerinden borç vermeleri halinde, kazancın transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtıldığı kabul edilmektedir. Nitekim verilen ödünç karşılığında emsallerine kıyasla düşük oranda faiz alınması ya da hiç faiz alınmaması suretiyle (transfer fiyatlandırması yoluyla) örtülü olarak dağıtılan kazanç tutarı, dağıtılmış kâr olarak kabul edilmekte ve vergiye tabi kılmaktadır (KVK m.13/6). Dolayısıyla yukarıda ifade edilen düzenlemelerin yanı sıra, vergi hukuku açısından da grup içi ödünç işlemlerinde faiz talep edilmesi ve ayrıca talep edilen faiz **emsallerine uygun olması** gerekmektedir.

#### V. "KORUNAN HUKUKİ DEĞER" AÇISINDAN GRUP İÇİ ÖDÜNÇ İŞLEMLERİ

Türk ceza hukuku doktrininde, TCK m.241 düzenlemesi ile korunan hukuki değer ne olduğu hususunda farklı görüşlerin bulunduğu; ancak gerek Yargıtay gerekse çoğunluk tarafından suçun ihdası ile serbest piyasa ekonomisinin ve ekonomik yaşamın güvenilirliğinin bozulmasının engellenerek, kamu kaynaklarının korunmasının amaçlandığının kabul edildiği ifade edilmişti.<sup>60</sup> Gerçekten de gerek tefecilik suçunun Türk Ceza Kanunu'nda düzenlendiği yer gerekse suçun düzenleniş şekli ve dolayısıyla unsurları dikkate alındığında, TCK m.241 düzenlemesi ile korunan hukuksal değer, bireysel menfaatlardan ziyade genel olarak ekonomik hayatın güvenli bir şekilde işlemesi ve bu bağlamda hem kamu otoritesinin hem de kamu güvenliğinin sağlanması olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira dikkat edilecek olursa, madde metninde tecrübesizlik, basiretsizlik veya içinde bulunulan zor durum nedeniyle tefeciden ağır ko-

şullarda borç almak zorunda kalan kişilerin bireysel menfaatlerinin zedelendiğine ya da sözleşme özgürlüklerinin kısıtlandığına dikkat çeken ve bu menfaatlere korunduğunu gösteren bir ifade yer almamaktadır. Bu bağlamda daha çok faiz karşılığı ödünç verme işlerinin izin verilen kişi veya kurumlarca yapılmasının sağlanması suretiyle *kayıt dışı ekonominin önlenmesi* ve böylece özellikle *devletin vergi kaybına uğramasının önüne geçilmesi* ve sonuç olarak *kamu otoritesinin tesis edilmesinin amaçlandığı* görülmektedir. Nitekim bu açıdan değerlendirilecek olduğunda, grup içi ödünç işlemlerinde, tefecilik eyleminin bir suç olarak düzenlenmiş olması ile korunmak istenen söz konusu menfaatleri zedeleyen herhangi bir aykırılığın varlığından bahsetmek son derece zordur. Zira grup içi ödünç işlemleri, şirketler muhasebesinin kuralları gereğince kayıt altına alınmakta ve elde edilen faiz şirketin vergiye tabi kazancına dahil edilmektedir. Bu sebeple burada devletin gözetimi ve denetimi olmaksızın, yani kayıt dışı gerçekleşen bir ödünç işleminin varlığından söz edilemeyecektir. Bu açıdan ele alındığında, grup içi ödünç işlemlerinde devletin vergi kaybına uğraması ve kamu otoritesinin sarsılması gibi bir durum söz konusu değildir.

Diğer yandan, doktrinde çeşitli yazarlarca savunulduğu üzere, suçun ihdası ile basiretsizlik veya içinde bulunulan zor durum nedeniyle tefeciden ağır koşullarda borç alarak ekonomik yıkımla yüz yüze gelen kişilerin bireysel menfaatlerinin korunduğu düşünülse dahi; grup içi ödünç işlemlerinde ödünç alan taraf bir ticaret şirketi olacağı için, söz konusu ödünç işlemlerinde korunmaya muhtaç böyle bir menfaatin varlığından bahsedilemez. Zira ticaret şirketleri, basiretli bir iş adamı gibi hareket etmekle yükümlü olup (TTK m.18/2); tecrübesizlik, basiretsizlik veya aşırı yararlanma (TBK m.28) gibi sebeplere dayanamazlar.

Sonuç olarak, grup içi ödünç işlemlerinde TCK m.241 düzenlemesi ile korunmak istenen hukuki değer zedelenmesi ve dolayısıyla hükmün uygulanmasını gerektiren bir hukuki menfaat ihlali söz konusu değildir.

#### VI. SONUÇ

Yapılan açıklamalar göstermektedir ki, emsallerine uygun faiz oranları karşılığında gerçekleştirilen grup içi ödünç işlemleri, *de lege lata* TCK m.241

<sup>60</sup> Bkz.: II., B.



hükmü kapsamında değerlendirilemez. Özetle belirtmek gerekirse:

- (i) Her şeyden önce, grup içi ödünç işlemlerinde tefecilik suçunun uygulanabilmesi için gerekli olan amaç unsuru, yani **kazanç elde etme amacı gerçekleştirilmemektedir**. Zira, grup içi ödünç işlemlerinde amaç TCK m.241 anlamında kazanç elde etmek değil, nakde ihtiyacı olan grup şirketlerine *finansal destek* sağlamaktır. Ödünç karşılığında faiz talep edilmiş olması da yine kazanç sağlama amacından değil, çeşitli kanuni düzenlemelerle şirketlere getirilmiş olan *emsallerine uygun oranda faiz talep etme yükümlülüğünden* kaynaklanmaktadır. Ancak talep edilen faizin (piyasa koşullarına göre belirlenecek olan) emsallerine kıyasla *aşırı* ya da *orantısız* olması halinde, TCK m.241 anlamında kazanç sağlama amacının gerçekleştiği söylenebilecektir. Kural bu olmakla beraber, somut olay koşullarında verilen ödünç karşılığında emsallerinin üzerinde faiz talep edilmesini haklı kılan hallerin bulunması durumunda ise, bu talebin TCK m.241 anlamında kazanç sağlama amacına yönelik olmadığı; burada TCK m.26/1 anlamında bir hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu kabul edilmelidir.
- (ii) Diğer yandan, ödünç para verme ve karşılığında mevzuata uygun oranlarda faiz talebi, gerek genel hükümler gerekse şirketlere özgü münferit düzenlemeler kapsamında, geçerli ve hukuka uygun bir sözleşmesel ilişki teşkil etmektedir. Dahası şirketler ve vergi hukukuna özgü bazı münferit düzenlemeler, ticaret şirketlerini verdikleri ödünçler karşılığında emsallerine uygun oranda faiz talep etmeyle *yükümlü* kılmaktadır. Dolayısıyla ilgili mevzuata uyulmak suretiyle gerçekleştirilen grup içi faiz karşılığı ödünç işlemleri, genel olarak TCK m.26/1 anlamında **hakın kullanılması**, emsallerine uygun faiz talebi açısından ise TCK m.24/1 anlamında **kanun hükmünün yerine getirilmesi** olarak değerlendirilmesi gereken eylemlerdir. Bu itibarla emsallerine uygun faiz karşılığı gerçekleştirilen grup içi ödünç işlemlerinde, tefecilik suçunun uygulanması için gerekli olan hukuka aykırılık unsurunun bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.

- (iii) Son olarak, grup içi ödünç işlemlerinde TCK m.241 düzenlemesi ile **korunan hukuki menfaatin zedelenmesi gibi bir durum söz konusu değildir**. TCK m.241 düzenlemesi ile esas itibariyle *kayıt dışı ekonominin önlenmesi* ve böylece özellikle *devletin vergi kaybına uğramasının önüne geçilmesi* ve sonuç olarak *kamu otoritesinin tesis edilmesi* amaçlanmaktadır. Grup içi ödünç işlemleri ise şirket muhasebesi kuralları çerçevesinde kayıt altına alınmakta ve her şeyden önce elde edilen faiz, şirketin vergiye tabi kazancına dahil edilmektedir. Bu sebeple burada devletin gözetimi ve denetimi olmaksızın gerçekleşen (kayıt dışı) bir nakit akışı bulunmamaktadır. Dolayısıyla grup içi ödünç işlemlerinde devletin vergi kaybına uğraması ve kamu otoritesinin sarsılması gibi bir durum söz konusu değildir.

Ancak, her ne kadar belirtilen sebeplerden ötürü emsallerine uygun faiz oranları karşılığında gerçekleştirilen grup içi ödünç işlemlerinin, *de lege lata* TCK m.241 hükmü kapsamında değerlendirilmeyeceği görüşü savunulsa da; bu konudaki belirsizliğin bütünüyle ortadan kaldırılması ve grup içi ödünç işlemlerinin tefecilik suçu kapsamına girme riski olmaksızın gerçekleştirilebilmesi açısından, ortaklık ilişkisi içinde bulunan şirketler arası ödünç işlemlerini açık bir şekilde tefecilik suçu dışında bırakan özel bir düzenleme yapılması **de lege ferenda** önerilmektedir. Özellikle kredi kuruluşlarından nakit temin etmenin gittikçe ağır şartlara bağlandığı ve zorlaştığı şu günlerde, grup içi nakit birikiminin grup şirketleri açısından alternatif bir finansman kaynağı olarak kullanımının engellenmesi, Türk ticari hayatı açısından olumsuz bir durumdur. Nakde ihtiyaç duyan grup şirketlerinin, grup içi ekonomik sinerjiden/birikimden düşük maliyetler karşılığı faydalanabilecek olmalarına rağmen, kredi kuruluşlarından yüksek maliyetler karşılığında nakit temin etmek zorunda bırakılmaları, işletme ekonomisi açısından anlaşılabilir bir durum değildir. Doğrudan ya da dolaylı olarak ortaklık ilişkisi içinde bulunan şirketler arası gerçekleşen mevzuata uygun ödünç ilişkileri, esasen tıpkı aile bireyleri arasında gerçekleşen ödünç ilişkilerinde olduğu gibi, finansal destek sağlama amacına hizmet etmektedir. Ortaklık ilişkisi içinde bulunan şirketlerin hukuka uygun şekilde birbirlerini finansal açıdan desteklemelerine engel olmak, uzun vade-

de Türk şirketlerinin rekabet etme gücünü düşüreceği gibi, makro boyutta Türk ekonomisi açısından da olumsuz sonuçlar doğuracaktır. Ayrıca dışarıdan kredi temin edemeyecek derecede mali çöküş içinde bulunan bir (ilişkili) şirkete borç vermek suretiyle, söz konusu şirketi tekrar ekonomiye kazandırmak için destekte bulunmak isteyen bir şirketi tefecilik suçu riskiyle karşı karşıya bırakmanın, mantıklı bir açıklaması olamaz. Dolayısıyla, ilişkili şirketler arası ödünç işlemlerinin tefecilik suçu kapsamı dışında tutulmasına yönelik özel bir düzenleme yapma gereği ortadadır. Ancak yapılan düzenleme, yalnızca TTK m.195 anlamında şirketler topluluğu oluşturan şirketler arası ödünç ilişkilerini değil, doğrudan ya da dolaylı olarak ortaklık ilişkisi içinde bulunan tüm ticaret şirketleri arasında gerçekleşen ödünç işlemlerini kapsayacak genişlikte kaleme alınmalıdır. 30.11.2018 tarihli 2/1369 esas numaralı Kanun Teklifi'nin 63. maddesi ile 6361 sayılı Kanun'a eklenmek istenen madde metnine bakıldığında, burada yalnızca bir şirketler topluluğu çatısı altında bulunan şirketler arası gerçekleşen ödünç işlemlerinin konu alındığı görülmektedir.<sup>61</sup> Ancak kanaatimce, olması gereken hukuk açısından 6361 sayılı Kanun'a eklenmesi gereken madde metni, yalnızca bir şirketler topluluğuna/gruba dahil şirketler arası gerçekleşen ödünç işlemlerini değil, aynı zamanda bir şirketler topluluğuna/gruba dahil olmayan, ancak doğrudan ya da dolaylı olarak ortaklık ilişkisi içinde bulunan şirketler arası gerçekleşen ödünç işlemlerini de kapsar genişlikte kaleme alınmalıdır. Buna uygun olarak da, söz konusu madde metninin şu şekilde ifade edilmesi *de lege ferenda* önerilmektedir:

**“Tacir tüzel kişiler, doğrudan ya da ortak veya iştirakleri vasıtasıyla dolaylı olarak ortaklık ilişkisi içinde buldukları diğer tüzel kişilere, faiz ile ilgili mevzuat hükümlerine uygun olarak ödünç para verebilirler.”**

<sup>61</sup> “Ödünç Para Verme: Ek madde 1) 6102 sayılı Kanunun **195’inci maddesi** hükümleri çerçevesinde **şirketler topluluğunu oluşturan şirketler**, birbirlerine uygulanacak faiz ile ilgili mevzuat hükümlerine uygun olarak ödünç para verebilirler.” Ayrıca bkz.: I (Giriş).

## KAYNAKÇA

- Arslan, Çetin** (2014), ‘Tefecilik Suçu’, Ankara Barosu Dergisi, S. 1, s. 25-47.
- Arslan, Çetin & Azizağaoğlu, Bahattin** (2004), Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, Asil Yayın ve Dağıtım.
- Aydoğdu Murat** (2011), ‘6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Faiz ile İlgili Düzenlemeler’, DEÜHFD, C. 12, S. 1, Y. 2010, s. 85-136.
- Bardakçı, Ahmet Haşim** (2020), ‘Tefecilik Suçu’, TAAD, Yıl. 11, S. 41, s. 623-682.
- Baytaz, Abdullah Batuhan** (2020), ‘Tefecilik Suçu’, YBHD, Yıl. 5, S. 2, s. 139-174.
- Bilge, Burak** (2017), Faizin Tefecilik Suçu Bakımından Değerlendirilmesi, Adalet Yayınevi.
- Birtek, Fatih** (2009), ‘Tefecilik Suçu (T.C.K. m.241)’, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, s. 25-42.
- Duran, Arif** (2021), Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK m.21), İstanbul, Onikilevha.
- Göktürk, Kürşat** (2015), ‘Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi’, GÜHFD, C. XIX, S. 2, s. 3-44.
- Günay, Ece Deniz** (2018), Sermaye Piyasası Hukuku’nda Örtülü Kazanç Aktarımı ve Türk Ticaret Kanunu Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul, Onikilevha.
- Günay, Erhan** (2014), Tefecilik Suçu, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.
- İnci, Z. Özen** (2017), Tefecilik Suçu, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Kaya, Arslan** (2014), Halka Açık Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK m.21), İÜHFM, C. LXXI, S. 2, s. 193-204.
- Koca, Mahmut & Üzülmöz, İlhan** (2021), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Köken, Enes** (2016), ‘Tefecilik Suçu’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 123, s. 77-102.
- Meran, Necati** (2010), ‘Türk Ceza Kanununda Tefecilik Suçu ve 90 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulanması’, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 5, S. 51, s. 103-113, (Atf: ‘Tefecilik’).
- Meran, Necati** (2013), Tefecilik, Ekonomi Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, (Atf: ‘Ekonomik Suçlar’).
- Orbay Ortaç, Nurdan** (2014), ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz’, ABD, S. 2, s. 117-134.
- Özbek, Veli Özer** (2010), ‘Tefecilik Suçu (TCK m.241)’, CHD, S. 14, s. 29-39, (Atf: ‘Tefecilik’).
- Özbek, Veli Özer** (2021), Ekonomi Ceza Hukuku, İkinci Kitap: Özel Hükümler, Seçkin, (Atf: ‘Ekonomi Ceza Hukuku’).
- Özbek, Veli Özer & Doğan, Koray & Bacaksız, Pınar** (2021), Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Özdin, Funda** (2012), ‘Cash Pooling (Nakit Havuzu) ve Alman Hukukunda Sermayenin Korunmasına İlişkin Maddelerde Cash Pooling Lehine Yapılan Değişiklik (§57/I/c.3 AktG, §30/I/c.2 GmbHG)’, <http://www.arslanlibilimarsivi.com/yazar-detay/Funda%20%C3%96z-din>, (Atf: ‘Cash Pooling ve Alman Hukuku’).
- Özdin, Funda** (2018), Cash Pooling im deutschen und türkischen Konzernrecht unter den Aspekten von Kapitalerhaltung und -aufbringung, Berlin, Duncker & Humblodt, (Atf: ‘Cash Pooling im deutschen und türkischen Konzernrecht’).
- Özdin, Funda** (2020), ‘Cash Pooling (Nakit Havuzu) Uygulamasında Bağlı Şirket Yönetim Kurulunun Sermayenin Korunması İlkesi Bağlamındaki Yükümlülükleri ve Sorumluluğu’, Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu (Tebliğler - Tartışmalar) 19 Haziran 2019, İstanbul, On İki Levha, s. 51-118, (Atf: ‘Cash Pooling ve Bağlı Şirket Yönetim Kurulu’).
- Özdin, Funda** (2021), ‘Sermayenin İadesi Yasağının (TTK m.480/3) Örtülü Malvarlığı Aktarımının Önlenmesi Açısından Geniş Yorumlanması Zorunluluğu-Alman ve İsviçre Hukukları ile Karşılaştırmalı Olarak’, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu, 20-22 Temmuz 2020, İstanbul, On İki Levha, s. 85-121.
- Özgenç, İzzet** (2010), ‘Tefecilik Suçu’, Gazi Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi, C. XIV, s. 543-553, (Atf: ‘Tefecilik’).
- Özgenç, İzzet** (2021), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Seçkin, (Atf: ‘Genel Hükümler’).
- Parlar, Ali** (2011), Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, Ankara, Bilge.
- Parlar, Ali & Hatipoğlu, Muzaffer** (2008), Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt. 4, Ankara, Seçkin.
- Ülgen, Hüseyin & Helvacı, Mehmet & Kaya, Arslan & Nomer Ertan, N. Füsün** (2019), Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Yağcı, Kürşad** (2013), ‘Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK m.88 ve TBK m.120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m.8 ve TTK m.9) Bakımından Uygulanabilirliği’, İÜHFM, C. LXXI, S. 2, s. 421-437.
- Yenidünya, Caner** (2013), ‘Tefecilik Suçu (TCK m.241)’, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, C. 2, S. 6, s. 3-27.
- Yücesoy Yılmaz, Yasemin** (2019), ‘Ticari İşlerde Faiz ve Yargıtay Uygulaması’, TBB Dergisi (140), s. 303-330.

**Etik Beyanı:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarına aittir.

**Katkı Oranı Beyanı:** Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarın katkı oranı %100'dür.

**Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı:** Yoktur.

**Çatışma Beyanı:** Yoktur.

**Ethics Statement:** *The author declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the author of the study.*

**Contributions Statement:** *Author has contributed %100 into preparing and writing this study.*

**Statement for Support and Appreciation If Any:** *None.*

**Statement for Conflict of Interest:** *None.*