

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU PROGRAMI
DOKTORA TEZİ

TEFECİLİK SUÇU

Zekiye Özen İNCİ

Danışman
Prof.Dr.Veli Özer ÖZBEK

İZMİR-2013

**DOKTORA
TEZ ONAY SAYFASI**

2008800784

Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı ve Soyadı : Zekiye Özen İNCL
Tez Başlığı : Tefecilik Suçu

Savunma Tarihi : 19.02.2013
Danışmanı : Prof.Dr.Veli Özer ÖZBEK

JÜRİ ÜYELERİ

<u>Ünvanı, Adı, Soyadı</u>	<u>Üniversitesi</u>	<u>İmza</u>
Prof.Dr.Veli Özer ÖZBEK	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Doç.Dr.Oğuz ŞİMŞEK	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Yrd.Doç.Dr.Beşir ACABEY	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Yrd.Doç.Dr.Behiye EKER KAZANCI	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Yener ÜNVER	ÖZYEGİN ÜNİVERSİTESİ	

Oybirliği ()

Oy Çokluğu

Zekiye Özen İNCL tarafından hazırlanmış ve sunulmuş "Tefecilik Suçu" başlıklı tezi kabul edilmiştir.

Prof.Dr. Utku UTKULU
Enstitü Müdürü

YEMİN METNİ

Doktora Tezi olarak sunduğum ‘‘Tefecilik Suçu’’ adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

.../.../.....

Zekiye zen İNCİ

İmza

ÖZET
Doktora Tezi
Tefecilik Suçu
Zekiye Özen İNCİ

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Kamu Hukuku Programı

Tefecilik suçu ceza kanunumuza ilk defa 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile girmiştir. Gerçekten de 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda tefecilik suçuna yer verilmiş değildir. Bu dönemde tefecilik suçu 90 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de tanımlanmakta ve 2279 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde cezalandırılmakta idi. 90 sayılı Kanun Hükmünde Kararname tefecilik, ikrazatçılık yapmak üzere izin almadan faiz veya her ne ad altında olursa olsun bir ivaz karşılığı veya ipotek almak suretiyle ödünç para vermek idi. Bu dönemde gerek 90 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümleri ve gerekse Yargıtay içtihatları uyarınca tefecilikten bahsedilebilmesi için bu eylemlerin meslek edinilmiş olması ve süreklilik taşıması gerektiği kabul edilmişti. Başka bir deyişle, tek bir ödünç para verme işlemi tefecilik suçu olarak kabul edilmemişti.

Yine bu dönemde tefecilik teşkil eden eylemler 90 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede tanımlanırken, bu suçun cezası 2279 sayılı Kanun'da belirlenmişti. Buna göre tefecilik suçunun cezası altı aydan iki yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmüştü.

Tefecilik suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Toplum Karşı Suçlar başlıklı üçüncü kısmının Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar başlıklı dokuzuncu bölümünde 241'inci maddede düzenlenmiştir. Maddeye göre, kazanç sağlamak amacıyla başkasına ödünç vermek tefecilik suçunu oluşturmaktadır. Görüleceği üzere 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suçun meslek edinilmiş olmasından ve süreklilik taşıması gerektiğinden bahsedilmiş

değildir. Diğer bir deyişle artık, suçun diğer unsurlarının da varlığı halinde tek bir defa kazanç karşılığı ödünç para verilmesi tefecilik suçunun oluşması bakımından yeterlidir.

Tefecilik suçu için 5327 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 241'inci maddesinde öngörülen yaptırım ise iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıdır. Suçun bir tüzel kişinin bünyesinde işlenmesi halinde tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanması da mümkündür.

Anahtar Kelimeler: Tefecilik, İkrazaçılık, Finansman ve Faktoring Şirketi, Gabin, İzinsiz Bankacılık Faaliyeti, Karz, Sözleşme Özgürlüğü, Faiz, Kazanç, Ödünç Para; Tüketim Öduncü

ABSTRACT

Doctoral Thesis

Doctor of Philosophy (PhD)

The Crime of Usury

Zekiye Özen İNCİ

Dokuz Eylül University

Graduate School of Social Sciences

Department of Public Law

Public Law Program

Crime of usury was first inserted into our penal laws by virtue of the Law no.5237 namely the Turkish Penal Law which was come into effect on 1 June 2005. Indeed, the promulgated penal Law no.765 did not cover the crime of usury. In this period the crime of usury was defined by the decree no.90 and the sentencing was being carried out within the framework of the Law no.2279. Under the decree no.90, the usury means lending money as money lender without any prior authorization in exchange for interest or any return under any head or mortgage. At the material time in order to mention about a crime of usury pursuant to the provisions of the decree no.90 and also the precedents of the Cassation Court, the actions concerning money lending required to be continuous and be part of a profession. In other words one time money lending action was not considered a crime of usury.

Moreover, during this time, the actions concerning the crime of usury was defined by virtue of the decree no.90 though the sentencing was carried out pursuant to the Law no.2279. Under the provisions of the Law no.2279, the crime of usury requires imposition of imprisonment between 6 months to 2 years.

The crime of usury was regulated by Article 241 of the current Turkish penal code under 9th sub-chapter (namely the crimes concerning economy, industry and trade) of the third main chapter (namely crimes against society). According to the said provision, lending money with an aim of making earnings

constitutes crime of usury. As it is seen, under the Turkish Penal Law no.5237 in respect of the crime of usury, there is no reference to the elements of being continuous and be part of a profession which were actually referred as elements of the same crime under the previous regime. In other words, only one time money lending action in itself is enough to constitute the crime of usury if the other elements of the crime also exist.

Under Article 241 of the Turkish Penal Law no.5327, the sanction concerning the crime of usury is first imprisonment between 2 and 5 years, and legal fine corresponding to five thousand days. If the crime is committed within the structure of a legal entity, it is possible to apply to security measures designed for the legal entities.

Keywords: Usury, money lending, company of finance and factoring, fraudulent overcharge, banking activities without permission, contract of lending, freedom of contract, interest, earnings, borrowed money, consumption adventure

TEFECİLİK SUÇU

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xiv
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TEFECİLİK SUÇU HAKKINDA GENEL BİLGİLER

I. TANIM-KAVRAMLAR	5
A. Tefecilik Kavramı	5
B. Tefecilik Türleri	8
1.Genel Olarak	8
2.Para Tefeciliği	8
3.Kira Tefeciliği	10
4.Hizmet Tefeciliği	12
5.Sosyal Tefecilik	15
II. TEFECİLLİĞİN BENZER NİTELİKTEKİ FAALİYETLERLE KARŞILAŞTIRILMASI	16
A. İkrazaçılık	16
B. Finansman ve Faktoring Şirketleri Nezdinde Yürütülen Faaliyetler	21
III. TEFECİLİĞİN BENZER HUKUKİ DURUM VE SUÇLARLA KARŞILAŞTIRILMASI	22
A. Ödünç Para Verme Sözleşmesi: Tüketim Ödüncü Sözleşmesi (Karz Akdi) (TBK m.386-392)	22

B. Aşırı Yararlanma-Gabin (TBK m.28)	24
C. Dolandırıcılık Suçu (TCK m.157-159)	31
D. İzinsiz Bankacılık Faaliyetinde Bulunma Suçu (5411 sayılı Bankacılık Kanunu m.150)	34
IV. TEFECİLİK VE SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİ	39
A. Genel Olarak Sözleşme Özgürlüğü İlkesi	39
B. Sözleşme Özgürlüğü İlkesinin Sınırları	41
C. Tefeciliğin Suç Olarak Düzenlenmesinin Sözleşme Özgürlüğü İlkesine Aykırılığı Sorunu	46
V. TEFECİLİK SUÇUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ	51
A. Genel Olarak	51
B. Eski Toplumlarda ve Antik Yunan Hukukunda Tefecilik	52
C. Roma Hukukunda Tefecilik	54
D. Kilise Hukukunda Tefecilik	58
E. Eski Alman Hukukunda Tefecilik	60
F. Ortaçağ ve Yeniçağda Tefecilik	61
G. Liberal Ekonomi Devrinde Tefecilik	63
H. Türk Hukukunda Tefecilik	66
1. Cumhuriyet Öncesi Dönem	66
a. Genel Olarak (İslam Hukuku Öncesi Dönem)	66
b. Kuran-ı Kerim'deki Tefecilik Yasağı	68
c. Murabaha Nizamnamesi'nde Yer Alan Düzenleme	72
2. Cumhuriyet Dönemi	72
a. 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Kanunu	72
b. 90 sayılı Kanun Hükmünde Kararname	75
c. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu	78
VI. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA TEFECİLİK SUÇU	82
A. Çeşitli Sistemler Bazında Tefecilik Suçunun Düzenlenmesi	82
1. Tefeciliğin Suç Olarak Düzenlenmediği Sistem	82
2. Faizden Vergi Alma Prensibine Dayalı Sistem	82
3. Alışverişte Objektif Kandırma Prensibine Dayalı Sistem	83
4. Sömürü Prensibine Dayalı Sistem	83

5. Karma Sistem	84
B. Ceza Kanunlarında Tefeciliği Suç Olarak Düzenleyen Bazı Ülkelerdeki Durum	84
1. Almanya	84
2. Avusturya	86
3. İsviçre	87
4. İtalya	88
5. İsveç	89
6. Finlandiya	90
C. Karşılaştırmalı ve Türk Hukukunun Birlikte Değerlendirilmesi	92
1. Suçun Maddi Konusu Bakımından	92
2. Suçun Maddi Unsuru Bakımından	92
3. Suçun Yaptırımı Bakımından	93

İKİNCİ BÖLÜM

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA

TEFECİLİK SUÇU

I. GENEL OLARAK	95
II. SUÇLA KORUNAN HUKUKSAL DEĞER	98
A. Suçla Korunan Hukuksal Değer Konusunda Çeşitli Görüşler	98
1. Malvarlığı ve İrade Özgürlüğü	99
2. Sözleşme Özgürlüğü	102
3. Ekonomik ve Ticari Hayatın İşleyişi ve Güvenliği (Serbest Piyasa Ekonomisi)	104
4. Karma Görüş	105
B. Türk Ceza Kanunu'nda Tefecilik Suçuyla Korunan Hukuksal Değer	107
1. Öğretideki Görüşler	107
2. Yargıtay'ın Görüşü	109
3. Görüşümüz	111
III. SUÇUN MADDİ UNSURLARI	114
A. Suçun Maddi Konusu	114

1. Türk Ceza Kanunu'nda Suçun Maddi Konusu: Para	114
2. Para Dışındaki Bazı Maddi Değerlerin Suçun Maddi Konusu Olup Olamayacağı Sorunu	118
a. Kıymetli Madenler	118
b. Taşınmaz Mallar	119
c. Tarım Ürünleri	119
d. Canlı Hayvanlar	120
e. Ekonomik Değere Sahip Diğer Bazı Mallar	121
3. Suçun Maddi Konusu Hakkındaki Görüşümüz	122
B. Fail ve Mağdur	124
1. Tefecilik Suçunda Fail-Mağdur İlişkisi: Çok Failli Suç	124
2. Fail	127
a. Gerçek Kişiler	127
b. Tüzel Kişiler	128
3. Mağdur	131
a. Öğretideki Görüşler	131
b. Yargıtay'ın Görüşü	132
4. Görüşümüz	137
a. Mevcut Kanuni Düzenlemeye Eleştiri	137
b. Olması Gereken Kanuni Düzenleme Bakımından Önerimiz	138
C. Eylem: Ödünç Para Vermek	147
1. Eylemin Kapsamı	147
2. Eylemin Ortaya Koyduğu Özellikler: Süreklilik ve Meslek İttihaz Etmiş Olma Şartlarının Gerekip Gerekmediği Sorunu	148
a. Genel Olarak Sorunun Ortaya Konulması	148
b. Öğretideki Görüşler	150
c. Yargıtay'ın Görüşü	153
d. Görüşümüz	154
3. Tipikliğe Dahil Olmayan Ancak Madde Gerekçesi ve Yargı Kararları ile Kabul Edilen Eylemler	157
a. Suçun Senet Kırdırmak Suretiyle İşlenmesi	157
b. Kredi Kartı (POS) Tefeciliği	161

c. Görüşümüz	166
IV. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU	168
A. Genel Olarak	168
B. Tefecilik Eyleminin Hukuka Uygunluk Nedenleri: Yasal İzin	169
1. İkrazatçılık Faaliyeti	169
2. Finansman ve Faktoring Şirketlerinin Faaliyetleri	171
C. Tefecilik Suçunda Mağdurun Rızasının Hukuka Uygunluk Nedeni Olup Olamayacağı Sorunu	172
D. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata	173
V. SUÇUN MANEVİ UNSURU	176
A. Türk Ceza Kanunu Uyarınca Özel Kastın Varlığı: Kazanç Elde Etme Amacı	176
1. Genel Olarak Kazanç Kavramı	176
2. Kazancın Niteliği	179
a. Para	181
b. Kıymetli Maden	182
c. Ekonomik Değeri Haiz Her Türlü Malvarlığı	182
d. Kazancın Garantiye Alınma Yöntemleri	183
(1) İpotek	183
(2) Taşınır Rehni	184
(3) Kıymetli Evrak	184
3. Kazancın Niceliği	185
4. Mevcut Kanuni Düzenlemeye Yönelik Eleştiri	185
B. Önerimiz: Kazancın Açıkça Oransız Olması	189
1. Açık Oransızlık Kavramı	189
2. Açık Oransızlığı Belirlemede Kullanılacak Ölçütler	192
a. Adil Fiyat Teorisi (İustum pretium-gerechter Preis)	192
b. Piyasa Fiyatı Teorisi (Marktpreis)	193
3. Açık Oransızlığın Ortaya Çıkışı ve Tespit Edilmesi	194
4. Açık Oransızlık Kavramının TCK m.241 Bakımından Somutlaştırılması	198
VI. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ	200

A. Teşebbüs	200
B. İştirak	203
C. İçtima	209
VII. MUHAKEME	212
A. Soruşturma Evresi	213
1. Zabıta Araştırması Yapılması	213
2. Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Karara İtiraz	216
B. Kovuşturma Evresi	217
1. Görevli ve Yetkili Mahkeme	217
2. Davaya Katılma	218
3. Kanun Yoluna Başvurma Hakkı	218
4. Temyiz İncelemesini Yapacak Mercii	219
VIII. YAPTIRIM	220
A. Gerçek Kişiler Bakımından	220
1. Hapis Cezası	220
2. Adli Para Cezası	222
3. Yargılama Neticesinde Verilebilecek Diğer Kararlar	223
a. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması (CMK m. 231/5 vd)	223
b. Erteleme (TCK m. 51)	227
c. Adli Para Cezasına Çevirme	228
4. Müsadere	229
a. Genel Olarak	229
b. Kazancın Müsaderesi	229
c. Anaparanın Müsaderesi	232
B. Tüzel Kişiler Bakımından	234
IX. ZAMANAŞIMI	235
SONUÇ	238
KAYNAKÇA	255

KISALTMALAR

Abs.	Absatz (Paragraf)
Al.CK	Alman Ceza Kanunu
Al.ECK	Alman Ekonomik Ceza Kanunu
Al.MK	Alman Medeni Kanunu
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AuR	Arbeit und Recht
Av.CK	Avusturya Ceza Kanunu
AY	Anayasa
AYM	Anayasa Mahkemesi
BanK	Bankacılık Kanunu
BB	Betriebs- Berater
BDDK	Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof (Federal Yargıtay)
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Strafsachen
Bkz.	Bakınız
D.	Daire
CD	Ceza Dairesi
çev.	Çeviren
CGTİHK	Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
ÇKK	Çocuk Koruma Kanunu
Dan.	Danıştay
Dan.VDDGK	Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu
dpn.	Dipnot
E.	Esas
EWU	Europäische Wirtschafts- und Währungsunion (Avrupa Ekonomik ve Parasal Birliği)
Fin.CK	Finlandiya Ceza Kanunu
FSEK	Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu

HD	Hukuk Dairesi
İsv.CK	İsviçre Ceza Kanunu
K.	Karar
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
LG	Landgericht (asliye mahkemesi)
MASAK	Mali Suçları Araştırma Kurulu
MK	Medeni Kanun
MÖ	Milattan Önce
MS	Milattan Sonra
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OLG	Oberlandesgericht (Yüksek Eyalet Mahkemesi)
prg.	Paragraf
RG	Resmi Gazete
s.	Sayfa No
ss.	Devam Eden Sayfa
StGB	Strafgesetzbuch
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TCK	Türk Ceza Kanunu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
WiStG	Wirtschaftsstrafgesetz (Alman Ekonomik Ceza Kanunu)
VUK	Vergi Usul Kanunu
Yarg	Yargıtay
YCGK	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YBK	Yeni Borçlar Kanunu
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Özel mülkiyetin doğduğu, malların özel mülkiyete konu olduğu ve paranın bir ekonomik değer olarak insanlık hayatına girdiği çok eski zamanlardan bu yana tefecilik var olagelmıştır. Şüphesiz ki o zamanlarda tefecilik denildiğinde, bugün anladığımız ve ceza kanunlarında düzenlenen kapsamda bir eylemden ziyade daha çok faizcilik anlaşılmaktaydı. Gerçekten de tefeciliğe ilişkin olarak tarihe bakıldığında çoğu kez faizin tefeciliği karşılayacak üst bir kavram olarak kullanılageldiği görülmektedir.

Güçlü olanın ve sermayeyi elinde bulduranın, kendisinden daha güçsüz olanların içinde buldukları zor durumundan yararlanarak ölçsüz bir kazanç elde etmesi şeklinde gerçekleşen bu eylem (tefecilik ya da faizcilik) gerek geçmişte ve gerekse günümüzde toplumsal düzeni bozan bir eylem olarak karşımıza çıkmaktadır. Öyle ki, tefecilik teşkil eden eylemlerle kişiler bazı ihtiyaçlarını karşılayabilmek için asla karşılayamayacakları ya da karşıladıklarında eskisinden daha güç durumlar içerisinde kalacakları koşulları kabul etmek zorunda kalmaktadırlar. Bunun sonucunda da ekonomik olarak yıkıntıya uğramakta, bu ekonomik yıkımla beraber malvarlıklarını kaybetmekte, aileleri dağılmakta ve hatta tefecinin kıskacında borcunu ödeyemeyen kişiler hayatlarına son verme noktasına kadar gelmektedirler. Öte yandan tefecilik eylemleri nedeniyle ekonomik hayatın işleyişinde de ciddi sıkıntılar ortaya çıkmakta ve devlet kayıt dışı bu davranışlar nedeniyle önemli bir vergi kaybına uğramaktadır.

Kamu düzenini ve toplumsal hayatı böylesine derinden sarsan sonuçlar yaratması nedeniyle tefecilik eylemi çok eski dönemlerden bu yana gerek özel hukuk gerekse ceza hukuku enstrümanlarıyla yaptırım altına alınarak engellenmeye çalışılmıştır.

Türk hukukunda tefecilik suçu ilk defa 1983 yılında yasal bir zeminde tanımlanmıştır. Ancak bu tanımlama Ceza Kanununda değil, tefecilik eylemi niteliği itibariyle bir ödünç verme işlemi olarak kabul edildiği için 08.06.1983 tarihli 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir. Kanun'un 14'üncü maddesine tefeci; *"1'inci maddeye göre izin almaya mecbur olan hakiki veya hükmi şahıslardan bu mecburiyete riayet etmeyenler veya 9'uncu madde*

hükümlerine göre Bakanlar Kurulu'nca ittihaz edilecek kararlara aykırı hareket eyleyenler ve beyannamelerindeki şartları ve faiz hadlerini muvazaa ile gizleyen" dir.

Yine 2279 sayılı Kanun ile tefeciliğin suç olarak görülebilmesi için bu işin uğraşı haline getirilmiş olması şartı aranmıştır. Bu Kanun ile tefecilik eylemi ilk defa ceza hukuku anlamında yaptırım altına alınmış ve tefecilik suçunu işleyenler hakkında 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezası ve temin ettikleri menfaatin beş misli ağır para cezası öngörülmüştür.

Tefeciliğin bu ilk tanımından sonra 06.10.1983 tarihinde kabul edilen 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile tefecilik teşkil eden eylemler yeniden tanımlanmıştır.

Nitekim 90 sayılı KHK'nın 9'uncu maddesi uyarınca,

İkrazatçılık 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 olarak tanımlanmıştır.

Görüleceği üzere 90 sayılı KHK ile tefecilikten bahsedilebilmesi için tefecilik teşkil eden eylemlerin ikrazatçılık izni olmadan gerçekleştirilmesi, meslek ittihaz edilmiş olması veya iptal edilen ikrazatçılık iznine rağmen gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Madde metninde "işlemler" den söz edilmiş olması nedeniyle de uygulamada bu eylemlerin suç oluşturması için süreklilik taşıması gerektiği kabul edilmiştir. Bu dönemde Yargıtay kararları ile tefecilik suçunun varlığı için suçun meslek haline getirilmiş olması ve süreklilik taşıması gerektiği yönünde uygulama yerleşmiştir.

90 sayılı KHK 15'inci maddesiyle tefecilik suçuyla ilgili cezai yaptırım da öngörülmüş olmasına rağmen bu madde hiçbir zaman kanunlaşmadığı için tefecilik suçunun yaptırımı yine 2279 sayılı Kanun'a göre tespit edilmiştir. İşte 2005 öncesinde uygulamada suçun unsurlarının 90 sayılı KHK, ceza yaptırımının ise 2279 sayılı yasa gereğince tespit edilmesi şeklinde bir uygulama söz konusu olmuştur. Gerekece olarak da suçta ve cezada kanunilik ilkesi gösterilmiştir. Oysa kanunilik ilkesi sadece cezalar için değil suçlar için de kabul edilmiş bir ilkedir ve sadece cezanın değil, suç teşkil eden eylemlerin de kanun ile öngörülmesi gerekir.

Bu garipliği ve deyim yerindeyse iki başlı uygulamayı ortadan kaldıracak düzenleme, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile gerçekleşmiştir. Böylelikle suçta ve cezada kanunilik ilkesine uygunluk sağlanmıştır.

5237 sayılı TCK ile yeniden ve öncekilerden farklı bir şekilde kaleme alınan tefecilik suçunu düzenleyen 241'inci maddesinde ne meslek ittihaz etmiş olmaktan ne de süreklilikten bahsedilmiştir. Ancak, bu sefer de suçun unsurlarının ne olması gerektiği konusunda bir karmaşa yaşanmaya başlamıştır. İlk ve en büyük tartışma ise tefecilik suçunun oluşumu için hala meslek edinmiş olma ve süreklilik unsurlarının aranmasının gerekip gerekmediği noktasında olmuştur. Bu tartışmalar sırasında hem öğretide ve hem de uygulamada 5237 sayılı TCK döneminde işlenen tefecilik suçları bakımından da meslek edinmiş olma ve süreklilik koşullarının var olması gerektiğini ifade edenler olmuş ve uygulamada bu yönde kararlar verilmiştir. Böylece farklı yönde uygulamalar gelişmeye başlamıştır. Günümüz itibariyle Yargıtay maddeye ilişkin bazı karmaşaları önleyecek nitelikte içtihatlar oluşturmaya başlamış olsa da suçun unsurları konusunda Yargıtay'ın da henüz yerleşmiş bir içtihadı mevcut değildir.

Tefecilik suçunu inceleme amacımız da işte maddeye ilişkin bu öğreti ve uygulama eksikliği ve karmaşasından kaynaklanmıştır. Kanunun değişmiş olması, mahkemeler arasında bir uygulama birliğinin olmaması, öğretide dahi çok farklı görüşlerin bulunması bizim için bu konuyu incelemede itici bir güç olmuştur. Zira aslında tefecilik suçu günlük hayatta çok sık işlenen, işlenme usul ve yöntemleri gelişen teknolojiye bağlı olarak değişen bir suç tipidir. Öyle ki Mali Suçları Araştırma Kurulu'nun 2010 Yılı Faaliyet Raporu'na göre tefecilik, günümüzde ekonomik alanda en yoğun işlenen suçlardan biri haline gelmiştir. Bu haliyle de konu incelemeyi daha fazla hak eder bir hal almıştır.

Bu amaçla iki bölüm olarak hazırladığımız çalışmanın ilk bölümünde tefecilik suçu ile ilgili genel bilgi ve açıklamalara yer verdik. Tefeciliğin etimolojik kökenlerini sorgulayarak başladığımız bu bölümde, tefeciliğin tanımı ve karşılaştırmalı hukuktaki çeşitleri, benzer nitelikteki faaliyetlerle ve suçlarla karşılaştırması, tefecilik suçunun sözleşme özgürlüğü karşısındaki konumu, tarihsel gelişimi ve karşılaştırmalı hukukta suçun ne şekilde düzenlendiği üzerinde durduk. İkinci bölümde ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda tefecilik suçunun ne şekilde

düzenlendiği konusunu ele aldık. Bu bölümde suçla korunan hukuksal değeri, suçun maddi konusu, fail ve mağduru, suç oluşturan eylem, suçun manevi unsuru, hukuka aykırılık unsuru ve suçun özel görünüş biçimlerine yer vererek tefecilik suçunun yargılaması, yaptırım ve zamanaşımıyla çalışmamızı sonlandırdık.

Çalışmamız içerisinde çok sayıda Yargıtay kararına yer vermenin yanı sıra İzmir Adliyesi özelinde 2005 yılından bu yana tefecilik suçuyla ilgili yerel mahkemelerin gerekçeli kararlarına ulaşmak suretiyle en azından İzmir ili özelinde yerel mahkeme uygulamalarına da yeri geldikçe değinmeye gayret ettik. Mevcut düzenlemeye ve Yargıtay kararlarına yönelik eleştirilerimizi sunarak olan ve bizce olması gereken hukuki düzenleme ve uygulama konusunda çözüm önerileri sunmaya çalıştık.

Dileğimiz, çalışmanın öğretilere yeni bir tuğla daha koyabilmesi ve uygulayıcıya yol göstererek yararlı olmasıdır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TEFECİLİK SUÇU HAKKINDA GENEL BİLGİLER

I. TANIM- KAVRAMLAR

A. Tefecilik Kavramı

Etimolojik olarak *tefe*, (ciltlenmiş) altın varak destesi; *tefeci* ise altın varak destesi yapan kişi anlamına gelip¹ sözcük anlamı olarak el altından yüksek (aşırı) faizle ödünç para veren kimse anlamını taşımaktadır². “*Faizci*” ve Osmanlıca kökenli olan “*murabahacı*” kelimeleri de tefeci ile eş anlamlı olarak kullanılan kelimelerdir³.

Tefecilik sözcüğünün hukuki anlamı hakkında ise çeşitli kanuni metinlerde yer alan tanımlamalara bakmak gerekir. Öncelikle ifade edelim ki; tefecilik suçunun düzenlendiği 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) 241’inci maddesinde veya madde gerekçesinde tefeciliğin tanımı yapılmış değildir. Buna karşın, 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname⁴ ve mülga 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Kanunu’nda⁵ tefeciliğin hukuki tanımlarına ulaşmak mümkündür.

Mülga 2279 sayılı Kanun’un 14’üncü maddesinde tefecinin tanımı yapılmıştır. Buna göre; “*1’inci maddeye göre izin almaya mecbur olan hakiki veya hükmi şahıslardan bu mecburiyete riayet etmeyenlere veya 9’uncu madde hükümlerine göre Bakanlar Kurulunca ittihaz edilecek kararlara aykırı hareket eyleyenlere ve beyannamelerindeki şartları ve faiz hadlerini muvazaa ile gizleyenlere tefeci denir.*”

¹ Sevan Nişanyan, *Sözlerin Soyağacı: Çağdaş Türkçenin Etimolojik Sözlüğü*, 2. Baskı, İstanbul, 2003, s.447.

² Türk Dil Kurumu, “Büyük Türkçe Sözlük”, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, (04.05.2011). Ayrıca bkz. Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1985, s.708.

³ Türk Dil Kurumu, “Büyük Türkçe Sözlük”, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, (04.05.2011).

⁴ Bundan böyle 90 sayılı KHK olarak anılacaktır.

⁵ Bundan böyle mülga 2279 sayılı Kanun olarak anılacaktır.

Yine 90 sayılı KHK'nın, 545 sayılı KHK ile değişik 9'uncu maddesine göre;

Bu Kanun Hükümünde 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 Hükümünde Kararname uyarınca alınan ikrazatçılık izni iptal edildiği halde, ödünç para verme işlerine devam edilmesi, tefecilik sayılır.

Bu düzenlemeler ışığında tefeciliği; yasal bakımdan zorunlu olan izinleri almaksızın veya aldığı izin iptal edilmiş olmasına rağmen herhangi bir suretle kazanç sağlamak amacıyla ödünç para verme olarak tanımlayabiliriz⁶.

Çalışmamızda ilgili yerlerde özellikle Alman hukuku ile karşılaştırmalar yapılacak olmasından dolayı burada tefecilik için Alman Ceza Kanunu'nda (Al.CK-StGB) yer alan kavrama da kısaca değinmekte fayda görüyoruz. Tefecilik suçu Al.CK'nun 291'inci maddesinde "**Wucher**" başlığı altında düzenlenmiştir.

Wucher kelimesi kelime kökü olarak Orta Çağ'ın ilk zamanlarında (M.S. 750-1050) kullanılan "**wuochhar**" ve Orta Çağ'ın son zamanlarında (M.S. 1050-1350) kullanılan "**wuocher**" kelimelerine dayanmakta ve etimolojik olarak "**verim, meyve, kazanç**" anlamını taşımaktadır⁷. Şüphesiz ki o zamanlarda kelime, bugün olduğu gibi olumsuz bir manada kullanılmamaktaydı. Kelime, bugün sahip olduğu olumsuz anlamını Ortaçağ'ın sonları Yeniçağ'ın başlarındaki dönemde kazanmaya başlamıştır. Bu dönemde artık her türlü kazanç değil, sadece aşırı ve ölçüsüz olan kazançlar *wucher* kelimesiyle ifade edilmeye başlanmış özellikle *iustum pretium*

⁶ 90 sayılı KHK'da ödünç verme işleminin tefecilik sayılabilmesi için bu işin "*meslek ittihazedilmesi*" gerektiğinden bahsedilmiştir. Buna karşın TCK m.241'de tefecilik suçunun unsurları arasında ödünç verme işlerinin meslek haline getirilmiş olması aranmamıştır.

⁷ Max Neumann, **Geschichte des Wuchers in Deutschland bis zur Begründung der heutigen Zinsengesetze (1654)**, Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, Halle, 1865, s.53; Ernst H. Mahnke, **Der Wucherbegriff in seiner rechtlichen Fortbildung mit besonderer Berücksichtigung der jüngsten Vergangenheit**, Kahl&Domms Verlag, Altona, 1932, s.7; Hermann Hug, **Der Wucher im schweizerischen Strafrecht**, Aarau, 1937, s.1; Andreas Hohendorf, **Individualwucherstrafrecht nach dem ersten Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität von 1976**, Duncker&Humblot Verlag, Berlin, 1982, (Individualwucher), s.19; Roy Lämmel, **Zins und Wucher im Mittelalter**, (Studienarbeit), Universität Leipzig Historisches Seminar, WS 03/04, s.4; Gerhard Rösch, "Wucher in Deutschland 1200-1350 (Überlegungen zur Normdidaxe und Normrezeption)", **Historische Zeitschrift** 259 (1994), s. 599.

(*adil fiyat; adaletli fiyat*) düşüncesinin ve öğretisinin doğması ve gelişimiyle birlikte bu anlam pekişmiştir⁸.

Burada bir hususa daha dikkat çekmek isteriz ki; *wucher* kelimesi A1.CK m.291’de yer alan tefecilik suçunu tanımlamak için kullanılan bir kelime olmasının yanı sıra Alman Medeni Kanunu’nun (A1.MK-BGB) 138/2 maddesinde yer alan ve Türk hukukunda *gabin* olarak bilinen hukuki kurumu da ifade etmektedir. Bir diğer deyişle kelime olarak *wucher*, Alman hukukunda hem tefeciliği ve hem de gabini ifade eden geniş bir anlama sahiptir. Bunun temel sebebi de şüphesiz ki A1.CK’da düzenlenen tefecilik suçunun büyük ölçüde *gabin* hükümleriyle benzer mahiyette olmasıdır. Bu konu aşağıda yeri geldikçe irdeleneceğinden, burada sadece bu kısa açıklamayla yetiniyoruz.

⁸ Hohendorf, Individualwucher, s.19; Christoph **Becker**, **Die Lehre von der laesio enormis in der Sicht der heutigen Wucherproblematik- Ausgewogenheit als Vertragsinhalt und § 138 BGB**, Heymann Verlag, Köln, 1993, s.27 vd. Temellerini Aristoteles’te bulan *iustum pretium* (*gerechter Preis- adil fiyat*) teorisi, özellikle Ortaçağ iktisadi düşüncesinin temel meselelerinden biridir. Adil fiyat; üretim faktörleri ve mallara ilişkin bir alışverişte tarafların haksızlığa uğramadıklarını düşündüren fiyat düzeyidir. <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (10.01.2012). Dolayısıyla adil fiyat öğretisinin özünde, her malın fiyatını belirleyen etik normların varlığı olduğu düşüncesi yatar. Ayrıca bkz. Manfred **Wolf**, **Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich**, Mohr (Siebeck) Verlag, Tübingen, 1970, ss.32-33. *Iustum pretium* (adil fiyat) öğretisi hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Johannes Hermann, “Der Gedanke des *iustum pretium* in der Antike”, Erlanger Forschungen, Reihe A, Band:29, **Der ‘Gerechte Preis’ Beiträge zur Diskussion um das ‘iustum pretium’**, Erlangen, 1982, s.9 vd.; Werner Goetz, “Das Ringen ‘gerechten Preis’ in Spätmittelalter und Reformationszeit”, Erlanger Forschungen, Reihe A, Band:29, **Der ‘Gerechte Preis’ Beiträge zur Diskussion um das ‘iustum pretium’**, Erlangen, 1982, s.21 vd.; Helmut Winterstein, “Der gerechte Preis- heute noch Gegenstand der volkswirtschaftlichen Forschung?”, Erlanger Forschungen, Reihe A, Band:29, **Der ‘Gerechte Preis’ Beiträge zur Diskussion um das ‘iustum pretium’**, Erlangen, 1982, s.33 vd.; Wolfgang Blomeyer, “Der gerechte Preis im geltenden Recht”, Erlanger Forschungen, Reihe A, Band:29, **Der ‘Gerechte Preis’ Beiträge zur Diskussion um das ‘iustum pretium’**, Erlangen, 1982, s.39 vd.

B. Tefecilik Türleri

1. Genel Olarak

Türk hukukunda tefecilik suçunun farklı türlerinden ve bu yönde farklı kanuni düzenlemelerden bahsetmek mümkün değildir. Her ne kadar günümüzde özellikle teknolojik gelişmelerin de etkisiyle uygulamada kredi kartı tefeciliği veya POS tefeciliği olarak adlandırılan tefecilik yöntemleri ortaya çıkmış ise de, bunların aslen bir tefecilik türü değil sadece tefeciliğin gerçekleştirilme yöntemi olduğunu söylemeliyiz⁹. Bu konuya aşağıda çalışmamızın ikinci bölümünde suçun unsurları başlığı altında ayrıca ve ayrıntılı olarak ayrıca değineceğiz.

Karşılaştırmalı hukukta ise tefecilik kelimesine yüklenen geniş anlam sebebiyle, uygulamada çok farklı tefecilik türleri doğmuş ve bu türler gerek Aİ.CK'da ve gerekse ekonomik suçlarla ilgili diğer özel ceza kanunlarında düzenlenmişlerdir. Bunlardan bir kısmı Aİ.CK'da halen yer almakta, bazıları ise mevzuatta bulunmamaktadır. Örneğin kira tefeciliği, para tefeciliği ve hizmet (edim) tefeciliği günümüzde Aİ.CK m.291'de varlıklarını sürdürmeye devam etmektedirler.

Aşağıda Türk hukukunda bulunmayan fakat Alman hukukunda yer alan bazı tefecilik türlerine ilişkin açıklamalara yer verilecektir. Zira bu tefecilik türleri hakkında bilgi verilmesi çalışmamızın ilerisindeki konulara ve sonucumuza ışık tutması bakımından faydalı olacaktır.

2. Para Tefeciliği

Hemen ifade edelim ki öğretilerde bu türü “*faiz tefeciliği*”¹⁰ veya “*kredi tefeciliği*”¹¹ olarak adlandıran yazarlar da mevcuttur. Sözlük anlamı olarak *kredi*;

⁹ Benzer yönde bkz. Süleyman Aydın ve Yakup Yılmaz, **Yolsuzluk ve Mali Suçlar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.312.

¹⁰ Leopold Caro, **Der Wucher: Eine Socialpolitische Studie**, Dunker&Humblot Verlag, Leipzig, 1893, s.149; Kurt Peschke, **Was ist Zinswucher? Die Antwort des Reichgerichts**, F. Vahlen Verlag, Berlin, 1926, s.5 vd.

¹¹ Josef Stolz, **Schwerer Kreditwucher (§302b St.G.B.)**, Marten Verlag, Dortmund, 1933, s.3 vd.; Christian Müller Gugenberger ve Klaus Bieneck (Mitbearbeiter:Haas), **Wirtschaftsstrafrecht-**

güven, saygınlık, itibar demek olup¹² esasen güven esasına dayalı bir ilişkiyi ifade ederek kredi veren ve kredi alan olmak üzere ikili bir yapıyı ortaya koyar¹³.

Tefecilik suçunu düzenleyen Al.CK m. 291/1-2’de *kredi* kavramı kullanılmış; *kredi* deyiminden ise her türlü ödünç para anlaşılacağı açıkça belirtilmiştir (Al.CK m.265b/3-2). Buna göre kredi tefeciliği ile para tefeciliği ifadelerinin aynı anlama geldiğini söylemek yanlış olmayacaktır¹⁴.

Karşılaştırmalı hukukta para, faiz veya kredi tefeciliği olarak tanımlanan tefecilik türü aslen TCK m.241’de suç olarak düzenlenmiş tefeciliğe tekabül etmektedir. Zira TCK m.241’de “*kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para vermek*”ten bahsedilmiştir. Yani suçun maddi konusu *para* olarak ifade edilmiştir. Bu sebeple biz, Türk hukukuna uygunluğu bakımından faiz veya kredi tefeciliği yerine *para tefeciliği* kavramını kullanmayı uygun gördük. Belirtmek isteriz ki, tefeciliğin bu türünde tefeci fail tarafından ödünç (borç) ilişkisinin karşı tarafına ödünç (borç) para verilmekte, verilen bu para da belirli bir süre sonra faiziyle birlikte geri alınmaktadır. Başka bir deyişle, kazanç sağlamak amacıyla para satılmakta ve böylece faiz geliri elde etmek amaçlanmaktadır.

Adından da rahatlıkla anlaşılacağı üzere, para tefeciliğinde suçun maddi konusu paradır. Kazanç sağlamak amacıyla ödünç verilen şey mutlaka para olmalıdır. Suçun maddi konusunun değişmesi ve ödünç verilen şeyin para olmaması halinde artık tefecilik, para tefeciliği olmaktan çıkacak ve karşılaştırmalı hukukta eşya tefeciliği (*Sachwucher*) olarak adlandırılan türe dâhil olacaktır.

Handbuch des Wirtschaftsstraf und-Ordnungswidrigkeitenrechts, 5. Auflage, O.Schmidt Verlag, Köln, 2011, s.2073; Klaus Bernsmann, “Strafbarer Wucher”, **Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht**, 2. Auflage, Müller Verlag, Heidelberg-München-Landsberg-Berlin, 2008, (strafbarer Wucher) s.476; Hohendorf, Individualwucher, s.22.

¹² Türk Dil Kurumu, “Büyük Türkçe Sözlük”, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, (14.01.2013).

¹³ Fatih Selami Mahmutoğlu, **Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s.93 vd.

¹⁴Markus Sickenberger, **Wucher als Wirtschaftsstraftat- Eine dogmatisch-emprische Untersuchung**, Freiburg, 1985, (Wucher), s.74.

3. Kira Tefeciliği

Türk hukukunda veya TCK'da yer almayan *kira tefeciliği* (*Mietwucher*), Aİ.CK m.291/1-1'de düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, kişinin içinde bulunduğu zaruret hali, tecrübesizliği, karar verme yeteneksizliği veya iradesindeki önemli zayıflığı istismar edilerek bir meskenin¹⁵ kiraya verilmesi veya bununla ilgili yan bir hizmetin¹⁶ aşırı ölçüsüz bir bedel karşılığında sağlanması cezalandırılmıştır. Kısacası, kiracının içinde bulunduğu zaruret hali, tecrübesizliği, karar verme yeteneksizliği veya iradesindeki önemli zayıflığı gibi özel bir durumunun sömürülerek bir meskenin aşırı ölçüsüz bir bedel karşılığında kiralanması cezalandırılmaktadır. Görüleceği üzere Aİ.CK, suçun oluşabilmesi bakımından edim ve karşı edim arasında aşırı ölçüsüzlük koşulunu aramaktadır. Bir başka deyişle suça konu mesken, kişinin zor durumundan, tecrübesizliğinden veya iradesindeki önemli bir zayıflıktan yararlanılmak suretiyle aşırı yüksek bir bedelle kiraya verilmiş olmalıdır.

Aİ.CK'da hangi durumda aşırı ölçüsüzlüğün var olacağına ilişkin bir kriter ise gösterilmiş değildir. Acaba buradaki aşırı ölçüsüzlük kavramından ne anlaşılması gerekir? Bu soru yanıtlanırken Alman Ekonomik Ceza Kanunu'nun (Aİ.ECK-WiStG) 5'inci maddesini de mutlaka göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Söz konusu düzenlemede '*alışılmışın dışında*' ve '*uygun olmayan*' bedel kavramlarına yer verilmiştir. Gerçekten de maddenin birinci fıkrasına göre; mesken kiraya

¹⁵ Meskendeki anlaşılması gereken; oturmak, barınmak amacıyla kiralanılan yerdir. Mağdurun barınmak amacını taşıması yeterli olup, o yerin ayrıca barınmak amacıyla inşa edilmiş olmasına gerek yoktur. Buna karşın dükkânların kiralanması söz konusu olduğunda 291'inci maddenin üçüncü fıkrasının uygulanması gerekir. Adolf Schönke ve Horst Schröder (Mitbearbeiter: Stree/Heine), **Strafgesetzbuch-Kommentar**, 27. Auflage, Beck Verlag, München, 2006, ss.2464-2465; Gugenberger ve Bieneck (Haas), s.2071; Bernsmann, strafbarer Wucher, s.475.

¹⁶ Yan hizmetlerin içerisinde elektrik, su, ısınma, temizlik, garaj gibi hizmetler düşünülmelidir. Schönke ve Schröder (Stree/Heine), s.2464; Gugenberger ve Bieneck (Haas), s.2071; Urs Kindhäuser, Ulfried Neumann ve Hans Ulrich Paeffgen, (Bearbeiter: Urs Kindhäuser), **Strafgesetzbuch**, Band 2, 2. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2005, s.5205; Heinrich Wilhelm Laufhütte, Ruth Rissing-van Saan ve Klaus Tiedemann, (Mitbearbeiter: Hagen Wolff), **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, 10. Band, 12. Auflage, de Gruyter Verlag, Berlin, 2008, s.154.

verilmesi¹⁷ veya bununla ilgili yan bir hizmetin yerine getirilmesi karşılığında *alışılmışın dışında* ve *uygun olmayan* bir bedel alınması hukuka aykırı kabul edilmiştir. *Alışılmışın dışında* veya *uygun olmayan* kavramından anlaşılması gereken ise, aynı veya benzeri bir bölgede yine benzer şekil, nitelik, büyüklük, konumdaki diğer meskenlere göre ortalama bedelin %20'sinin üzerinde olmasıdır (Al.ECK-WiStG m.5/2).

Alman öğretisindeki baskın görüş ise, kira tefeciliğinin Al.CK m.291 kapsamına girebilmesi ve ceza hukuku anlamında cezalandırılabilmesi için bu ortalama bedelin en az %50 olarak anlaşılması gerektiği; zira ortalama bedelin %20 oranında aşılmış olmasının sadece genel bir düzene aykırılık hali olarak kabul edilebileceği yönündedir¹⁸. Zira kira bedelinin alışılmış ve mutad bedeli %50'den

¹⁷ Kiraya verme kavramı içerisine alt kira, otel odasının kiralınması da dâhildir. Schönke ve Schröder (Stree/Heine), s.2464.

¹⁸ Schönke ve Schröder (Stree/Heine), s.2466; Karl Lackner ve Kristian Kühn, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 26. Auflage, Beck Verlag, München, 2007, s.1302; Gugenberger ve Bieneck (Haas), s.2072; Thomas Fischer, **Strafgesetzbuch und Nebengesetze- Beck'sche Kurz Kommentar**, 56. Auflage, Beck Verlag, München, 2009, s.2144; Bernsmann, strafbarer Wucher, s.476; Wolfgang Joecks ve Klaus Miebach (Mitarbeiter: Panos Pananis), **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Band 4, Beck Verlag, München, 2006, s.926; Wolfgang Joecks, **Strafgesetzbuch-Studienkommentar**, 8. Auflage, Beck Verlag, München, 2009, s.713; Kindhäuser, Neumann ve Paeffgen (Kindhäuser), s.5211; Walter Vollmer, Walter, "Auswirkungen des neuen Mietrechtsauf die Vorschriften der Mietpreisüberhöhung und des Mietwuchers", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1983, s.556; Hugo Glaser, "Mietwucher", **Zeitschrift für Miet und Raumrecht**, 1966, s.98; Wolfgang Schmidt-Futterer, "Die neuen Vorschriften über den Mietwucher in straf- und zivilrechtlicher Sicht", **Juristische Rundschau**, 1972, (Mietwucher), s.134; Wolfgang Schmidt-Futterer, "Der Begriff der ortsüblichen Vergleichsmiete in zivil- und strafrechtlicher Sicht", **Juristische Rundschau**, 1974, (ortsüblichen Vergleichsmiete), s.276; Joachim Bohnert, "Ordnungswidrige Staffel- und Indexmiete", **Juristen Zeitung**, 1994, (Indexmiete), s.606. Bu oranın %100 olması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Günter Sasserath, "Die überhöhte ortsübliche Miete als Vergleichsmaßstab", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1972, (ortsübliche Miete), s.712; Sickenberger, Wucher, s.86.

daha fazla bir oranda aştığı hallerde bu durumda artık genel bir düzene aykırılık halinden değil, suçtan bahsedilebilir¹⁹.

Görüleceği üzere, kira tefeciliği denilen ve Aİ.CK'da da ayrıca düzenlenen tefecilik türünün aslında sosyal yaşantıyla da çok yakından ilgisi bulunmaktadır. Özellikle gayrimenkul piyasasında doğabilecek arz-talep dengesizliği hallerinde mağdurun zorunlu olarak bir meskene alışılmışın dışında ve uygun olmayan yükseklikte bir kira ödemesi söz konusu olabilecektir²⁰. İşte kanunda yazılı diğer unsurların da varlığı halinde bu durum Aİ.CK bakımından suç teşkil etmektedir. Fakat en başında da belirttiğimiz gibi, mevzuatımızda gerek hukuki ve gerekse cezai anlamda bu düzenlemenin karşılığını oluşturan bir düzenleme yer almamaktadır.

4. Hizmet Tefeciliği

Hizmet (edim) tefeciliği ((Leistungswucher), Aİ.CK m.291/1-3'te düzenlenmiştir. Maddeye göre, sair bir edimin veya bir hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak bir kimsenin içinde bulunduğu zaruret halinin, tecrübesizliğin, karar verme yeteneksizliğinin veya iradesindeki önemli zayıflığın istismar edilerek bir hizmetin veya edimin aşırı ölçüsüz bir bedel karşılığı temin edilmesi hizmet tefeciliğini oluşturmaktadır. Burada artık suçun maddi konusu bir hizmet veya edimdir.

Aİ.CK'da yer alan bu düzenlemenin kapsamı içerisinde yine Aİ.CK m.291/1-1'de yer alan kira tefeciliği ve m.291/1-2'de yer alan para (kredi) tefeciliği dışındaki her türlü hal anlaşılır²¹. Örneğin yukarıda bahsettiğimiz gibi, bir meskenin alışılmışın

¹⁹ Joachim Bohnert, **Ordnungswidrige Mietpreisüberhöhung**, 2. Auflage, Grundeigentum Verlag, Berlin, 1996, (Mietpreisüberhöhung), s.7; Wolfgang Schmidt Futterer, **Mietrecht**, 10. Auflage, Beck Verlag, München, 2011, (Mietrecht), nr. 91-93.

²⁰ Hohendorf, Individualwucher, s.21; Clemens Korff, "Die neue Mietwuchervorschrift", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1963, s.697 vd.

²¹ Schönke ve Schröder (Stree/Heine), s.2465; Lackner ve Kühl, s.1303; Hohendorf, Individualwucher, ss.22-23; Kindhäuser, Neumann ve Paeffgen, (Kindhäuser), s.5205; Fischer, s.2141; Joecks ve Miebach (Pananis), s.918; Laufhütte, Rissing van Saan ve Tiedemann (Hagen Wolff), s.156; Hans Joachim Rudolphi, Eckhard Horn, Erich Samson ve Hans Ludwig Günther (Mitbearbeiter: Hoyer), **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch**, München, 2009, s.39.

dışında ve uygun olmayan bir bedelle kiraya verilmesi kira tefeciliği içerisinde kabul edilirken, kiraya verilen bir dükkân veya sair başkaca bir eşya ise bu durumda artık hizmet (edim) tefeciliğinden bahsedilir²². Satış sözleşmesi, iş sözleşmesi²³, tedavi hizmetlerine ilişkin sözleşmeleri ve konusu para olmayan ödünç sözleşmeleri, sair hizmet veya edimlere örnek olarak gösterilebilir²⁴.

Öte yandan Al.CK'da kira tefeciliğinde olduğu gibi hizmet tefeciliğinde de aşırı ölçüsüzlüğün ne olduğu konusunda bir açıklama yer almamaktadır. Öğretideki baskın görüşe göre, aşırı ölçüsüz bedelin belirlenmesinde ortalama (mutad) piyasa değerinin esas alınması gerekmektedir²⁵. Buna göre, bir hizmetin veya malın piyasa

²² Schönke ve Schröder (Stree/Heine), s.2465; Kindhäuser, Neumann ve Paeffgen (Kindhäuser), s.5205; Fischer, s.2141; Joecks ve Miebach (Pananis), s.918; Laufhütte, Rissing van Saan ve Tiedemann (Hagen Wolff), s.156; Rudolphi, Horn, Samson ve Günther (Hoyer), s.39.

²³ Gerçekten iş sözleşmeleri de hizmet tefeciliğinin konusunu oluşturabilmektedir (*Lohnwucher*). Nitekim Alman Federal Mahkemesi 22.04.1997 tarihli bir kararında, işçinin zor durumunu sömürmek suretiyle onu tarifenin çok altında düşük bir ücret karşılığı çalıştıran işveren hakkında Al.CK m.291/1-3 hükmü uyarınca para cezası uygulamıştır. Karar konusu olayda işveren iki tane Çek uyruklu göçmeni duvar işçisi olarak çalıştırmış ve brüt saat ücreti olarak 12,70 Alman markı ödeme yapmıştır. Oysa aynı işveren, benzer nitelikte işi yapan diğer işçilerine brüt saat ücreti olarak 21 Alman markı ödemiştir. Kaldı ki, o dönemde bu iş için öngörülen tarife 19,05 Alman markıdır. Anılı karar için bkz. BGHSt 43, s.53; AuR 1997, s.453; NZA 1997, s.1167. Aslında bu karar öncesinde de iş sözleşmelerinin de tefecilik suçunun konusu olabileceği ifade edilmekte ve fakat böyle bir durumla pratik hayatta pek sık karşılaşılmamaktaydı. Dolayısıyla söz konusu karar, bu anlamda bir mihenk taşı olmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Stefan Nägele, "Wucher- ein arbeitsrechtliches Problem", **Betriebs-Berater**, 1997, s.2162; Alexandra Franke, **Lohnwucher- auch ein arbeitsrechtliches Problem**, Berlin, Dunker&Humblot Verlag, 2003, s.78 vd.; Frank Bayreuther, "Ist die Lohnwucherrechtsprechung international-privatrechtlich zwingend?", **Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht**, 2010, s. 1157 vd.; Stefan Braun, "Marktlohn oder § 291 StGB?", **Anwaltsblätter**, 2000, s.544 vd.; Hans Achenbach, "Aus der 1997/98 veröffentlichten Rechtsprechung zum Wirtschaftsstrafrecht", **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, 1998, s.563; Helga Spindler, "Lohnwucher- ein neues Rechtsproblem", **Arbeit und Recht**, 1999, s.296 vd.; Klaus Bernsmann, Anmerkung, zu BGH, **Juristen Zeitung**, 1998, s.627 vd.; Stefan Löw, "Lohnwucher-Unangemessene Entgeltvereinbarungen und ihre Folgen", **Monatsschrift für Deutsches Recht**, 2004, s.734.

²⁴ Hohendorf, Individualwucher, s.23; Kindhäuser, Neumann ve Paeffgen (Kindhäuser), s.5205; Lackner ve Kühl, s.1303; Fischer, s.2141; Joecks ve Miebach (Pananis), s.918; Laufhütte, Rissing van Saan ve Tiedemann (Hagen Wolff), s.156.

²⁵ Schönke ve Schröder (Street/Heine), s.2467; Fischer, s.2144; Joecks ve Miebach (Pananis), s.929.

değerinin en az %50 oranında aşılması halinde aşırı ölçsüzlük halinin söz konusu olacağı belirtilmektedir²⁶.

Türk ceza hukukunda hizmet tefeciliği olarak ayrı bir tefecilik türü düzenlenmemiştir. Buna karşın, TCK m.117/2’de yer alan *iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu* bu düzenleme ile benzer niteliktedir. Maddeye göre;

Çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağılılığını sömürmek suretiyle veya kişileri ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştıran veya bu durumda bulunan kişiyi, insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılan kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis veya yüz günden az olmamak üzere adli para cezası verilir.

TCK m. 90’da yer alan *insan ticareti suçu* da benzer nitelikli bir düzenleme olarak düşünülebilir. Madde uyarınca;

Zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tabi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri ülkeye sokan, ülke dışına çıkararak, tedarik eden, kaçıran, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden ya da barındıran kimseye sekiz yıldan oniki yıla kadar hapis veya onbin güne kadar adli para cezası verilir.

Borçlar hukukunda yer alan *gabin* müessesesi çerçevesinde düşünülebilecek olan hizmet (edim) tefeciliğinin aslında serbest piyasa ekonomisine ceza hukuku enstrümanlarıyla müdahale niteliği taşıdığı söylenebilir. Kaldı ki aynı tür hizmet veya eşyaların sağlandıkları veya satıldıkları yere göre farklı fiyatlara sahip olabileceği de gözden kaçırılmamalıdır. Örneğin, beş yıldızlı bir otelde bir şişe şarapla aynı şarabın marketteki fiyatı arasındaki farklılık gibi. Yine antika eşyalar veya sanat eserleri gibi belli bir piyasa değeri olmayan eşyalar veya hizmetler bakımından maddenin uygulanmasında sıkıntılar yaşanabileceği tartışmasızdır.

²⁶ Kindhäuser, Neumann ve Paeffgen (Kindhäuser), s.5212; Joecks ve Miebach (Panani), s.930; Laufhütte, Rissing van Saan ve Tiedemann (Hagen Wolff), s.171; Ralph Meyer im Hagen, **Die Deutsche Wuchergesetzgebung 1880-1976**, Kiel, 1991, s.11.

5. Sosyal Tefecilik

Yukarıda açıkladığımız tefecilik türlerinin yanı sıra öğretilerde *sosyal tefecilik* (*Sozialwucher*) olarak adlandırılan tefecilik türü de mevcuttur. Sosyal tefecilik denildiğinde, bir kişinin değil, toplumun genelinin içinde bulunduğu zor durumun sömürülmesi söz konusudur²⁷. Örneğin, kriz veya savaş dönemlerinde failin, toplumun içinde bulunduğu genel ekonomik kriz halini sömürmek suretiyle kendisi lehine aşırı ekonomik kazanç elde etmesi halinde sosyal tefecilikten bahsedilir.

²⁷ Werner Schwarz, **Der Wucher im geltenden Strafrecht und in den Entwürfen zu einem Deutschen und einem Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch**, Tübingen, 1931, s.6; Werner Preis, **Der Begriff des Wuchers in § 302e R.St.G.B.**, Würzburg, 1926, s.12; Robert Arnold Griesinger, **Der Wucher nach geltendem deutschen Strafrecht und in den Entwürfen zu einem Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch**, Tübingen Verlag, Tübingen, 1931, s.8; Mahnke, s.11; Klaus Rühle, **Das Wucherverbot- effektiver Schutz des Verbrauchers vor überhöhten Preisen?**, Duncker&Humblot Verlag, Berlin 1978, s.34; Herbert Tröndle ve Thomas Fischer, **Strafgesetzbuch und Nebengesetze**, 54. Auflage, Beck Verlag, München, 2007, s.2011; Laufhütte, Rissing van Saan ve Tiedemann(Hagen Wolff), s.151; Gugenberger ve Bieneck (Haas), s.2066; Günther Arzt ve Ulrich Weber (Bearbeiter: Ulrich Weber), **Strafrecht Besonderer Teil**, 2. Auflage, Bielefeld, 1989, s. 88, prg. 263; Fischer, s.2142; Volker Krey ve Uwe Hellmann, **Strafrecht Besonderer Teil-Studienbuch in systematisch-induktiver Darstellung, Band 2, Vermögensdelikte**, 15. Auflage, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 2008, s.310; Matthias Pohlkamp, **Die Entstehung des modernen Wucherrechts und die Wucherrechtsprechung des Reichsgericht zwischen 1880 und 1933**, Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2009, s.64 vd.; Renate Schauer, **Grenzen der Preisgestaltungsfreiheit im Strafrecht- Eine Untersuchung zum Verhältnis von Wucher und Betrug**, VVF Verlag, München, 1989, s.41; Rudolf Leinweber, **Verbraucherverschuldung als Rechtsproblem- unter besonderer Berücksichtigung von Rechtsbehelfen gegen den Kreditwucher**, Lang Verlag, Frankfurt am Main, 1995, s.42; Sickenberger, Wucher, s.55; Benedikt Sudbrock, **Der Schutz des Kreditnehmers vor wucherischen Kreditverträgen im spanischen Recht- Eine rechtsvergleichende Darstellung mit Überlegungen zu den subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen des Kreditwuchers**, Löw und Vorderwülbecke Verlag, Bielefeld, 1998, s.9; Cornelia Sauer, **Die geltungserhaltende Reduktion im Rahmen des Mietwuchers und des Darlehenswucher**, (Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Würde eines doctor iuris der Juristischen Fakultät der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg), Rottenburg, 2003, s.80 vd.; Paul Bockelmann, **Strafrecht Besonderer Teil/1-Vermögensdelikte**, 2. Auflage, Beck Verlag, München 1982, s.132.

Almanya’da 1954 tarihli Ekonomik Ceza Kanunu’nda düzenleme alanı bulan²⁸ ve özellikle savaş zamanlarında çok sık rastlanılan, o zamanki sosyal yaşantı bakımından büyük bir öneme sahip olan *savaş tefeciliğinin (vurgunculuğunun) (Kriegswucher)*²⁹ günümüzde uygulama alanı kalmamıştır.

Aynı mahiyette olmamakla birlikte benzer nitelikli bir düzenlemenin TCK m.238’de yer alan *kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçu* olduğunu söyleyebiliriz. Maddeye göre; “*Taahhüt ettiği işi yerine getirmeyerek, kamu kurum ve kuruluşları veya kamu hizmeti veya genel bir felaketin önlenmesi için zorunlu eşya veya besinlerin ortadan kalkmasına veya önemli ölçüde azalmasına neden olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası verilir.*”

II. TEFECİLİĞİN BENZER NİTELİKTEKİ FAALİYETLERLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. İkrizatçılık

Arapça bir kelime olan ve *ödünç, borç* anlamına gelen *karz* kelimesinden türetilen *ikrazat, ikraz*’ın çoğulu olup, kelime anlamıyla *borçlar, borç vermeler*

²⁸ Reinhardt Maurach, Friedrich-Christian Schröder ve Manfred Maiwald, **Strafrecht Besonderer Teil**, Band I, 7. Auflage, Müller Verlag, Heidelberg, 1988, s.484; Arzt ve Weber, s.88, prg.263; Sauer, s.80 vd.

²⁹ *Savaş tefeciliği* kavramı, savaş zamanında veya savaştan hemen sonraki süreçte toplumun temel ihtiyaçlarını oluşturan malların fiyatının speküle edilmesi ve aşırı yüksek fiyatlarla satılması anlamına gelmektedir. Bkz. Mahnke, s.20-21; Hohendorf, Individualwucher, s.25. Savaş tefeciliği kavramı ve ayrıntılı bilgi için bkz. Neukamp, “Das Kriegswucherstrafrecht”, **Juristische Wochenschrift**, 1918, s.74 vd.; Leopold Schäfer, “Das Kriegswucherstrafrecht und die Übergangszeit”, **Deutsche Juristen-Zeitung**, 1919, s.151 vd.; Max Alsberg, “Die Kodifikation des Kriegswucherstrafrechts”, **Deutsche Juristen-Zeitung**, 1918, s.369 vd.; Max Hachenburg, “Wucher bei Nahrungsmitteln und Kriegsbedarf”, **Deutsche Juristen-Zeitung**, 1915, s.852 vd.; Griesinger, s.8; Meyer im Hagen, s.12; Sauer, s.80 vd.; Martin H. Geyer, “Die Sprache des Rechts, die Sprache des Antisemitismus: ‘Wucher’ und soziale Ordnungsvorstellungen im Kaiserreich und der Weimarer Republik”, **Dipper, Christof/Klinkhammer, Lutz/Nützenadel, Alexander (Hrsg), Europaesiche Sozialgeschichte-Festschrift für Wolfgang Schieder zum 65. Geburtstag**, Berlin, 2000, s.413 vd.; Emil Zürcher, “Sozialwucher im Kriegs- und Friedensrecht”, **Festschrift für Georg Cohn**, s. 675 vd.

anlamına gelmektedir³⁰. *İkrazatçı*, faizden para kazanmak amacıyla ödünç para verme işleriyle uğraşan ve kendisine izin belgesi verilen gerçek kişidir³¹.

90 sayılı KHK’da ise *ikrazatçı*, devamlı ve mutad meslek halinde, faiz ve 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 kendilerine faaliyet izni verilen gerçek kişi olarak tanımlanmıştır (m.3/a)³². *İkrazatçılık* ise bu faaliyete verilen addır. Başka bir deyişle, tefecilik faaliyetinin yasal bir faaliyet izni çerçevesinde gerçekleştirilmesi halinde ikrazatçılıktan bahsedilir. Kısacası ikrazatçılık tefeciliğin yasal halidir. Buna göre, faaliyet izni almaksızın yahut faaliyet izni iptal edilmiş olmasına rağmen kazanç sağlamak amacıyla ödünç para vermek tefeciliktir³³.

İkrazatçılık faaliyetinde bulunacaklarda aranan koşullar, faaliyet izninin nasıl alınacağı ve kapsamı 90 sayılı KHK’da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir³⁴. Hemen belirtelim ki, 90 sayılı KHK uyarınca ancak gerçek kişiler ikrazatçı sıfatına haiz olabilir.

İkrazatçılığın doğuşu ve gelişimi 1980’li yıllarda özellikle 1983 yılında çıkarılan 90 sayılı KHK’nın ardından gerçekleşmiştir. 1990’lı yılların başına gelindiğinde Türkiye’de 85 civarında ikrazatçı faaliyet göstermekte iken, o tarihten günümüze değin ikrazatçı sayısı gitgide azalmıştır. Gerçekten de Türkiye’de 2004 yılında toplam 35, 2008 yılında 28 ve 2009 yılında 30 ikrazatçı faaliyet

³⁰ E. Yılmaz, s.323. Aynı yönde bkz. Hüsamettin Uğur, “Tefecilik Suçunun Pozitif Dayanakları, Unsurları ve Uygulama İlkeleri”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl:2, Sayı:8, Nisan 2007, s. 61.

³¹ Tanım için bkz. Serkan Kalaycı, **İkrazatçılık Tefecilik Faaliyetleri ve Vergilendirilmesi**, Vergi Denetmenleri Derneği Eğitim Yayınları Serisi:5, Ankara, 2002, s.9; E. Yılmaz, s.323.

³² Ayrıca KHK metninde ‘*devamlı*’ ve ‘*mutad*’ kelimeleri peş peşe kullanılmakla ikrazatçının, ikrazatçılık dışında başka hiçbir iş yapamayacağı ve bu işi asıl meslek olarak yürüteceği vurgulanmak istenmiştir. Bkz. Sabih Arkan, “Ödünç Para Verme İşlerine İlişkin Düzenlemede Yapılan Değişiklikler”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt: XVII, Sayı:4, Aralık 1994, s.6.

³³ Uğur, s.64; Kalaycı, s.9; Necati Meran, “Türk Ceza Kanununda Tefecilik Suçu ve 90 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulanması”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl:5, Sayı:51, Kasım 2010, (Tefecilik), s.103.

³⁴ 90 sayılı KHK m.7: Faaliyet İzninin İptali

Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin 4’üncü maddesindeki yasaklara aykırı hareket edenlerin faaliyet izinleri iptal edilir.

göstermiştir³⁵. Hazine Müsteşarlığı'nın 2010 yılı Faaliyet Raporu'na göre, 2010 yılı sonu itibariyle Türkiye'de (İstanbul'da 17, Ankara'da 4, İzmir'de 1, Antalya'da 1, Denizli'de 1 ve Yalova'da 1 olmak üzere) toplam 25 ikrazatçı faaliyet göstermektedir³⁶.

İkrazatçılara ilişkin sayısal veriler bu kadar sınırlı ve net iken aynı şeyi tefeciler bakımından söylemek mümkün değildir. Günümüzde Türkiye'de tefecilik yapanların sayısı kesin olarak saptanamamaktadır. Şu kadarını belirtelim ki; Mali Suçları Araştırma Kurulu'nun (MASAK) 2010 yılı Faaliyet Raporu'na göre tefecilik günümüzde ekonomik alanda en fazla işlenen suçlardan biri haline gelmiştir. Gerçekten de Rapor'a göre, 2010 yılında MASAK'a gelen toplam adli taleplerde, tefecilik suçu ikinci sırada yer almaktadır. Buna göre, 2010 yılında MASAK'a gelen adli talepler ile diğer bildirimlerin olay tiplerine göre dağılımında sıralama vergi kaçırma, tefecilik, gümrük mevzuatına aykırılık, karapara aklama, dolandırıcılık ve uyuşturucu madde ticareti şeklindedir³⁷. 2011 yılı Faaliyet Raporu'nda ise tefecilik

³⁵Parasal. Net, "İkrazatçılar", <http://www.parasal.net/ikrazatcilar508.html?s=4cfaa730c37216b46b2b680dc6d0aa90&t=508>, (25.05.2011) Aynı yönde bilgi için bkz. Uğur, s.64. Ayrıca bkz. Güngör Uras, "İkrazatçı Sayısı 28'e Düştü", Milliyet, 13.01.2010, <http://www.milliyet.com.tr/Yazar.aspx?aType=YazarDetay&ArticleID=1185296&AuthorID=54&Date=13.10.2009>, (06.06.2011).

³⁶ T.C.Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı, "Hazine Müsteşarlığı 2010 Yılı Faaliyet Raporu", http://www.hazine.gov.tr/irj/go/km/docs/documents/Hazine%20Web/Mustesarlik/Kurumsal%20Raporlar/Faaliyet%20Raporu/2010_FaaliyetRaporu.pdf, (18.08.2011). Yine aynı rapora göre, 25.11.1998 tarihli Müsteşarlık makamı onayıyla faaliyet izinlerinin durdurulduğu, 1998 yılına kadar 76 gerçek kişiye ödünç para verme işleriyle uğraşmak üzere ikrazatçılık faaliyet izni verilmiştir. Bunlardan 49'unun faaliyet izinleri çeşitli nedenlerle iptal edilmiştir.

³⁷ Rapora göre 2010 yılında yapılan toplam 540 adli bildirimden 127'sini vergi kaçırma, 82'sini tefecilik, 54'ünü gümrük mevzuatına aykırılıklar, 47'sini karapara aklama, 45'ini dolandırıcılık 22'sini uyuşturucu madde kaçakçılığı, 20'sini kaynağı belli olmayan kazançlar, 15'ini ihaleye fesat karıştırma, 10'unu sigorta işlemlerinde usulsüzlük, 10'unu terör, 10'unu yolsuzluk, 9'unu kamu görevlisini şikayet, 6'sını görevi kötüye kullanma, 6'sını gümrük kapısında yakalanan nakit para, 6'sını manipülasyon, 4'ünü akaryakıt kaçakçılığı, 4'ünü hırsızlık, 3'ünü devlet aleyhine örgüt kurma, 3'ünü fatura ödeme merkezi, 3'ünü insan ticareti, 3'ünü kumar oynatmak, 2'sini örgüt kurmak, 2'sini sahtecilik, 2'sini tehdit, 1'ini zimmet ve 44'ünü diğer olaylar oluşturmaktadır. Bkz. T.C. Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu, "Faaliyet Raporu 2010", http://www.masak.gov.tr/Kurulumuz/faaliyet_rapor/faalrap_2010.pdf, (25.05.2011). Ayrıca 2002

suçuna ilişkin sonuçlandırılan analiz ve değerlendirme dosyalarının başında tefecilik dosyaları yer almaktadır. Gerçekten de 2011 yılında toplam 24 dosya sonuçlandırılmış; bu kapsamda 965 kişi hakkında tefecilik suçundan istihbari çalışma yapılmış ve tefecilik eylemleri %30,26 oranla istihbari bilgilendirme konularından ikinci sırada yer almıştır³⁸.

Kısacası tefecilik günümüzde en fazla işlenen mali suçlar içerisinde başı çekmektedir. Ancak unutulmamalıdır ki; tefecilik suçu bakımından buzdağının bir de görünmeyen yüzü bulunmaktadır. Çeşitli sebeplerle tefecilik suçlarının tamamı ya da büyük bir kısmı adli makamlara yansımamaktadır³⁹. İşlenen tefecilik eylemlerinin

yılında yayımlanan bir makaleye göre 2002 yılı öncesindeki beş yıllık dönemde tefecilerden borç para alma oranı % 1 iken bu oran 2002 yılında %7'lere ulaşmıştır. Bkz. Birol Uzunay, “Tefecilik Hortladı”, **Aksiyon Dergisi**, 05.01.2002, <http://www.aksiyon.com.tr/aksiyon/haber-8369-26-tefecilik-hortladi.html> (25.05.2011).

³⁸ T.C. Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu, “Faaliyet Raporu 2011”, http://www.masak.gov.tr/media/portals/masak2/files/faalrap_2011.pdf (21.06.2012).

³⁹ Alman öğretisinde bu durum için “*gölgede kalma, karanlıkta kalma*” olarak tercüme edilebilecek ‘*Schattendasein*’ ifadesi kullanılmaktadır. Bkz. Günter Kohlmann, **Wirksame strafrechtliche Bekämpfung des Kreditwuchers- Zur notwendigen Reform des § 302a StGB**, Tübingen: Mohr Verlag, Köln, 1974, s.8; Bernsmann, *strafbarer Wucher*, s.460; Leinweber, s.50; D. Haberstroh, “Wucher im vermittelten Kreditgeschäft”, **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, 1982, s.265. Richard Sturm, “Die Neufassung des Wuchertatbestandes und die Grenzen des Strafrechts”, **Juristen Zeitung**, 1977, s.84. Almanya’da 2009 yılında 187, 2008 yılında ise 230 tefecilik olayı adli makamlara yansımıştır. Bkz. Gugenberger ve Bieneck (Haas), s.2066. 2004 yılında adli makamlara sadece 391 tefecilik olayı yansımıştır. Bkz. Joecks ve Miebach (Pananis), s.915; Geçmiş yıllardaki istatistikler de tefecilik suçundan dolayı verilen hükümlerin azlığını ortaya koymaktadır. Gerçekten de, 1957 ila 1975 yılları arasında tefecilik suçundan dolayı bir yılda verilen karar sayısı otuzu geçmemiştir. Bkz. Arzt ve Weber, s.91, prg. 269; Uwe Scheffler, “Zum Verständnis des Wuchers gem.§ 302a StGB”, **Goltdammer’s Archiv für Strafrecht**, 1992, s.1; Harro Otto, “Neue Tendenzen in der Interpretation der Tatbestandsmerkmale des Wuchers beim Kreditwucher”, **Neue Juristische Wochenschrift**, 1982, (Neue Tendenzen), s.2745; Martin Maria Laufen, **Der Wucher (§291 Abs. 1 Satz 1 StGB)-systematische Einordnung und dogmatische Struktur**, Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2004, s.155; Krey ve Hellmann, s.310, prg.535; Maurach, Schröder ve Maiwald, s.485; Tröndle ve Fischer, s.2009; Laufhütte, Rissing van Saan ve Tiedemann (Hagen Wolff), s.150; Winfried Hetger, **Sittenwidrigkeit von Ratenkrediten und Kreditwucher- Eine rechtsvergleichende Untersuchung mit Überlegungen de lege ferenda**, Lang Verlag, Frankfurt am Main, 1989, s.20; Rühle, s.17 vd. 1975 ila 1982 yılları arasındaki sayısal veriler ve istatistikler için bkz. Sickenberger, Wucher, s.3. vd.;

adli makamlara yansımamasında birçok etken rol oynamaktadır. Her şeyden önce tefecilik eylemine konu anlaşma, ödünç veren ve ödünç alan arasında bir nevi sözleşmesel iç ilişkidir. Ödünç para alan taraf, çoğu zaman tefecilik suçu işlendiğinin ve kendisinin de bu suçtan mağdur olduğunun farkında değildir. Hatta mağdur, faili kendisini zor durumdan kurtaran ve kendisine yardım eden kişi olarak görebilmektedir. Ayrıca mağdur, zaman zaman kendisinin de cezalandırılabileceği düşüncesiyle, işlenen suçu adli makamlara ihbardan kaçınabilmektedir⁴⁰. Bazı durumlarda ise ödünç para alan kişi bu eylemin suç olduğunu bilse bile ‘alan razı-satan razı’ olduğu için suç adli makamlara intikal etmemektedir. İşte bu gibi çeşitli sebeplerle suç teşkil eden bu iç ilişki çoğu zaman dışarıya yansımamakta ve böylece buzdağının büyük bir kısmı görünmemektedir.

Markus Sickenberger, “Wucher als Wirtschaftsstraftat”, **Anschluß- und Vertiefungsuntersuchungen zur Bundesweiten Erfassung von Wirtschaftsstraftaten nach einheitlichen Gesichtspunkten**, Band I Betrug, Untreue, Wucher, Vorteilsgewährung und Bestechung als Wirtschaftsstraftaten, herausgegeben vom Bundesministerium de Justiz, 1984, s.201 vd.; Christian Steinborn, **Ökonomische Analyse des Wuchers- eine fachübergreifend differenzierte Betrachtung der Tatbestandmerkmale des strafrechtlichen Wuchers im Hinblick auf eine zielgerichtete Auslegung für die Praxis der Rechtsbewährung**, Hamburg, 2002, s.72 vd.; Rolf Bender, “Probleme des Konsumentenkredits”, **Neue Juristische Wochenschrift**, 1980, s.1132; Schauer, s.68-69. Tüm bu istatistikî veriler karşısında Alman öğretisinde *“Tefeciler mahkum olmaktan, gezinti sırasında yıldırım çarpmasından daha az korkmalılar” (Wucherer ihre Verurteilung fast ebensowenig fürchten, wie bei der Promenade vom Blitz erschlagen zu werden)* denilmektedir. Bkz. Tröndle ve Fischer, s.2009; Heinz Bernd Wabnitz ve Thomas Janovsky, **Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts**, 3. Auflage, Beck Verlag, München, 2007, prg. 211; Harro Otto, “Die Tatbestände gegen Wirtschaftskriminalität im Strafgesetzbuch- Kriminalpolitische und damit verbundene rechtsdogmatische Probleme von Wirtschaftsdelikten”, **Jura**, 1989, Heft 1, (rechtsdogmatische Probleme), s.32; Harro Otto, “Strafrecht als Instrument der Wirtschaftspolitik”, **Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform**, 1980, (Wirtschaftspolitik), s.405; Gerd Dähn, “Das neugefaßte Wirtschaftsstrafgesetz”, **Juristen Zeitung**, 1975, s.619; Braun, s.544; Armin Nack, “§302 a StGB- ein Faraday’scher Käfig für Kredithaie?”, **Monatsschrift für Deutsches Recht**, 1981, s.621; Bockelmann, s.133; Detlev Heinsius, **Das Rechtsgut des Wuchers- Zur Auslegung des § 302 a StGB**, Frankfurt am Main, 1997, s.1 vd.

⁴⁰ Hohendorf, Individualwucher, s.29 vd.; Kohlmann, s.8 vd.; Arzt ve Weber, ss.91-92, prg.270; Schauer, s.69 vd.

B. Finansman ve Faktoring Şirketleri Nezdinde Yürütülen Faaliyetler

90 sayılı KHK ödünç para verme işleriyle uğraşabilecek tüzel kişileri, finansman ve faktoring şirketleri olarak belirlemiştir⁴¹.

Finansman şirketi, “Devamlı ve mutad iştiğal konusu olarak her türlü mal ve hizmet alımını kredilendirmek üzere ödünç para veren tüketici kredi şirketleri”dir (90 sayılı KHK m.3/b). Buna göre finansman şirketleri, tüketici kredisi vermeye yetkili kuruluşlardır⁴².

Faktoring şirketi, “Mal ve hizmet satışlarından doğmuş veya doğacak alacakları temellük ederek, tahsilini üstlenen, bu alacaklara karşılık ödemelerde bulunarak, finansman sağlayan şirketler”dir (90 sayılı KHK m.3/c).

Faktoring şirketleri büyük miktarda kredili satışlar yapan firmaların, bu satışlardan doğan alacak haklarının faktor veya faktoring şirketi olarak adlandırılan finansal kuruluşlar tarafından satın alınması esasına dayanan finansal bir faaliyettir. Hukuki anlamda faktor, mal satımı ve/veya hizmet arzı ile uğraşan firmaların bu satışları sonucu doğan veya doğacak alacaklarını devralarak tahsilini üstlenen, bu alacaklara karşı peşin ödemelerde bulunarak finansman sağlayan, aynı anda firmalara idari, ticari ve mali konularda verilen hizmetler karşılığı faiz, komisyon ve ücrete hak kazanan kişi veya kuruluş olarak tanımlanmaktadır⁴³.

Faktoring şirketleri tarafından yapılan işlem uygulamada *senet kırdırma* olarak tabir edilen işlemdir. Buna göre, örneğin henüz vadesi gelmemiş bir bono, üzerinde yazılı değerden daha düşük bir bedel karşılığında faktore satılır, vadesi geldiğinde ise aradaki fark da faktor tarafından tahsil edilir. Böylece faktor veya faktoring şirketi kazanç elde etmiş olur.

Tefecilik suçunda, fail tarafından mağdura borç para verilmekte ve karşılığında verilen borç paraya faiz işletilmekte ve verilenin daha üstünde bir para

⁴¹ Arkan, s.10.

⁴² Arkan, s.8.

⁴³ Necati Meran, **Tefecilik –Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, (Ekonomik Suçlar), s.21. Ayrıca bkz. M. Vefa Toroslu, **Hukuksal ve Finansal Açından Factoring Teorisi/Uygulaması/Muhasebesi**, 2. Baskı, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2005, s.7 vd. Ayrıca bkz. Mustafa Gönül, “Factoring Kavramı ve Hukuki Niteliği”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl:5, Sayı:43, Mart 2010, s.17 vd.

alınmaktadır. Faktoring işleminde ise faktor tarafından satıcıya yine bir miktar para verilmekte ve fakat buna karşılık verilen paradan daha yüksek bedelli bir senet alınmaktadır. Vadesi geldiğinde senet faktor tarafından tahsil edilmekte ve aradaki fark faktorün kazancı olmaktadır.

90 sayılı KHK'nın 9'uncu maddesinde tefecilik sayılan işlemler sayılmıştır. Maddeye göre, 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 işlerine devam edilmesi tefecilik faaliyeti olarak kabul edilmiş, buna karşılık finansman veya faktoring şirketi esaslarına aykırılık oluşturan eylemlerin tefecilik sayılıp sayılmayacağına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Konuya aşağıda suçun faili bölümünde tekrar geri dönüleceğinden şimdilik bu bilgiyle yetiniyoruz.

III. TEFECİLİĞİN BENZER HUKUKİ DURUM VE SUÇLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

A. Ödünç Para Verme Sözleşmesi: Tüketim Ödüncü Sözleşmesi (Karz Akdi) (TBK m. 386-392)

Ödünç para verme sözleşmesi, diğer bir ifadeyle *karz akdi*, 04.02.2011 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 6098 sayılı ve 11.01.2011 tarihli Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 386 ila 392'nci maddelerinde *tüketim ödüncü* adı altında düzenlenmiştir. 386'ncı maddeye göre, *tüketim ödüncü sözleşmesi, ödünç verenin bir miktar parayı ya da tüketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir.*

Maddeden de anlaşılacağı üzere tüketim ödüncü sözleşmesinde kural, ödünç alınan şeyin eşit miktar ve nitelikte bir benzerinin geri verilmesidir. Örneğin, 1000 TL ödünç alındıysa, 1000 TL veya 1 ton buğday alındıysa, yine 1 ton buğday geri verilmesi gibi. Kural bu olmakla birlikte, konusu para olan karz akitleri bakımından faiz işletilmesi konusunda bir yasak da söz konusu değildir. Gerçekten de TBK

m.387 ve 388'de faize ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Buna göre, ticari olmayan (adi) tüketim ödünçü sözleşmelerinde taraflarca kararlaştırılmış olmadıkça faiz istenemeyeceği hüküm altına alınmıştır (m.387/1). Bu hükmün mefhumu muhalifinden, ticari olmayan tüketim ödünçü sözleşmeleri bakımından taraflarca faiz kararlaştırılmış ise faiz istenebileceğini söylemek gerekir. Ticari tüketim ödünçü sözleşmeleri⁴⁴ bakımından ise sözleşmede faiz kararlaştırılmamış olsa bile faiz istenebileceği (m.387/2) düzenlenmiştir.

Acaba tüketim ödünçü sözleşmesinde taraflar faiz oranını diledikleri gibi kararlaştırabilirler mi? Başka bir ifadeyle acaba faiz oranları konusunda bir üst sınır var mıdır?

Bu sınır TBK m.88'de düzenlenmiştir. Maddeye göre;

Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz.

Bu genel bilgilerin ardından tüketim ödünçü sözleşmesini tefecilikle karşılaştırabiliriz. Görüleceği üzere, tüketim ödünçü sözleşmesi ile tefecilik arasında yakın bir benzerlik bulunmaktadır. Her şeyden önce tefecilik suçunun maddi konusu paradır. Tüketim ödünçü sözleşmesini konusu ise para veya misli şeyler, yani tüketilebilen şeylerdir⁴⁵. Öte yandan gerek tüketim ödünçü sözleşmesinde gerekse tefecilikte 'ödünç verme' ve 'geri verme' şeklinde karşılıklı edimler söz konusudur. Tefecilik bakımından ödünç para verenin mutlaka bundan faiz veya sair başkaca bir kazanç elde etmesi zorunludur. Tüketim ödünçü sözleşmesinin varlığı için faiz zorunlu bir unsur olmamakla birlikte⁴⁶ faiz kararlaştırılmasına bir engel de yoktur.

⁴⁴ Tüketim ödünçü sözleşmesinin (karz akdinin) bir taraf için ticari iş mahiyetinde olması, kural olarak onun ticari nitelikte sayılması için yeterlidir. Gerçekten de, Türk Ticaret Kanunu (TTK) m.21/2 uyarınca; "Taraflardan yalnız biri için ticari iş mahiyetinde olan mukaveleler, kanunda aksine hüküm olmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır."

⁴⁵ Fakat bir şeyin karz akdinin konusunu oluşturabilmesi için, mutlaka tüketilen şeylerden olması gerekmez. Örneğin bir testerenin, aynı firma tarafından üretilen ve tipi aynı olan bir benzerinin sağlanarak geri verilmesi koşuluyla bir başkasına kullanmak üzere verilmesi durumunda da bu şey tüketilebilir nitelikte olmamasına rağmen karz akdi söz konusudur. Bkz. Aydın Zevkliler, **Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri**, 4. Baskı, Ankara, 1994, s.156.

⁴⁶ Tandoğan, s.299.

Bu açıklamalar ışığında akla şu soru gelmektedir: Faiz karşılığı ödünç para veren kişiyi tüketim ödünç sözleşmesi yapmış olarak mı, tefecilik suçunu işlemiş olarak mı kabul edeceğiz? Bu ayırım nasıl yapılacaktır?

Nitekim tefecilik suçu TCK m.241’de kazanç sağlamak amacıyla ödünç para vermek olarak tanımlanmıştır. Buna göre faiz karşılığı ödünç para vermek hem tefecilik suçu hem de ivazlı tüketim ödünç sözleşmesi kapsamında düşünülebilir.

Ortada açık bir çelişki söz konusudur. Zira hukuk sistemimizin bir yandan izin verdiği ve bir sözleşme tipi olarak düzenlediği tüketim ödünç sözleşmesi, ceza hukuku kapsamında bir suç tipi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durum bizce TCK m.241’de yer alan tefecilik suçuna ilişkin maddenin eksik ve yetersiz bir düzenleme olmasından kaynaklanmaktadır. Yukarıda açıkladığımız gibi TBK m. 88, %50 fazlaya kadar faizi hukuka uygun kabul ediyor olmasına rağmen, TCK m.241’de kazancın miktarına ilişkin böyle bir belirleme dahi mevcut değildir. Kanaatimizce, tefecilik suçu bakımından ödünç para verme ve ödünç verilen paranın geri verilmesi şeklindeki edimler arasında aşırı bir oransızlığın varlığı aranmalıdır. Başka bir deyişle tefecilik suçunun varlığı, ödünç verilen paraya karşılık *aşırı faiz* işletilmesi, yani kazancın aşırı olması hallerine münhasır olarak kabul edilebilmeli ve kanunda bu yönde düzenleme yapılmalıdır. Yine, tüketim ödünç sözleşmesi ile tefecilik arasındaki farkın netleşebilmesi bakımından tefecilik suçunun ödünç alanın zor durumunun, tecrübesizliğinin veya iradesindeki zayıflığın kullanılmak suretiyle işlenebileceğine yönelik bir düzenlemeye TCK m.241’de yer verilmelidir⁴⁷. Nitekim Al. CK’nın ilgili maddesinde suçun oluşabilmesi karşılıklı edimler arasında “*aşırı bir oransızlık*” bulunması ve eylemin “*mağdurun zor durumundan, tecrübesizliğinden, iradesindeki zayıflıktan yararlanarak*” gerçekleştirilmiş olması aranmıştır.

B. Aşırı Yararlanma- Gabin (TBK m.28)

Arapça kökenli bir kelime olan *gabin*, dini bir kavram olan *riba*’nın daha genel anlamda kullanılmasıdır⁴⁸. Sözlük anlamı olarak karşı tarafa *aşırı yarar*

⁴⁷ Aynı yönde görüş için bkz. Veli Özer Özbek, “Tefecilik Suçu”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:5, Sayı:14, Aralık 2010, (Tefecilik), s.29.

⁴⁸ Eraslan Özkaya, **Gabin Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000, s.15.

sağlama, sömürme demek olan gabin hukuki bir terim olarak, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan birinin diğer tarafın müzayaka halinden (zor durumda, sıkıntı ve darlık halinde kalmasından), tecrübesizliğinden veya hiffetinden (düşüncesizlik ve uçarıklık) yararlanmak suretiyle aşırı bir menfaat elde etmesi, edimler arası bir dengesizlik yaratması demektir⁴⁹.

Gabin, TBK m.28’de ***aşırı yararlanma*** başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre;

Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek edimin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.

Aşırı yararlanmanın varlığı için biri objektif diğeri sübjektif olmak üzere iki unsurun varlığı aranmaktadır⁵⁰. *Objektif unsur*, edimler arasındaki açık oransızlığı ifade eder⁵¹. Şüphesiz ki ticari hayatta kâr gütmeye amacı vardır ve dolayısıyla edimler

⁴⁹ Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2010, s.113; Hüseyin Hatemi ve Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2011, s.98; Halûk N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış)**, 11. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012, s.72; Burcu Kalkan, **Türk Hukukunda Gabin**, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2004, s.51; Çiğdem Mine Aslan, **Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2006, s.24 vd.

⁵⁰ Halid Kemal Elbir, “Gabinin Unsurları”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: XXV, Sayı:4, s.194 vd.; Selâhattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s.459 vd.; Senai Olgaç, **Hukuk Davalarında Gabin- Hata- Hile- İkra- İzahlar İçtihatlar**, Orsel Matbaası, Ankara, 1975, s.5 vd.; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt:1, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998, s.388; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s.180 vd.; Kalkan, s.74 vd.; Aslan, s.63 vd.; Turgut Uygur, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Cilt:I, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s.326; Turgut Akıntürk, **Borçlar Hukuku**, 16. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s.60; Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, s.139.

⁵¹ Elbir, s.208; Oğuzman ve Öz, s.114; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s.459; Olgaç, s. 5; Eren, s.388; Kılıçoğlu, s.180 vd.; Derya Ateş, **Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlak Aykırılık**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s.169 vd.; Uygur, s.326; Beşir Acabey, “Aşırı Yararlanma (TBK

arasında nispetliliklerin olması ticari hayatın bir gereğidir. Ancak burada anlatılmak istenen her türlü nispetlilik değil, açık ve aşırı olanlardır⁵². Edimler arasındaki açık oransızlık belirlenirken sözleşmenin kurulması anındaki her bir edimin taşıdığı değer göz önünde bulundurulur⁵³. Burada önemli olan edimlerden birinin diğerinden daha değerli olup olmadığı değil, edimler arasında açık bir oransızlık olmasıdır⁵⁴. Örneğin, 300.000 TL değerindeki bir evin 50.000 TL'ye satılması gibi. Açık oransızlığın tayin ve takdiri hâkimin takdir yetkisinde olan bir konu olup, bu takdir yetkisi kullanılırken hâkimin bilirkişi incelemesinden yararlanması veya keşif yaptırması da söz konusu olabilir⁵⁵. Öte yandan hâkimin oransızlığı tayin ve takdir ederken uzun uzadıya hesap yapmasına da gerek yoktur. Hâkim, oransızlığı tayin ve takdir ederken aşırı farkın objektif ölçülere göre açık, aşikâr, ilk bakışta göze çarpan bir oranda bulunup

m.28)”, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011)**, Prof.Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul, 2011, s.113.

⁵² Özkaya, s.22; Aslan, s.69; Kılıçoğlu, s.183.

⁵³ Oğuzman ve Öz, s.114; Uygur, s.326; Akıntürk, 60; Acabey, s.113. Edimlerin kıymetinin takdir edilmişinde göz önüne alınabilecek kriterler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Elbir, s.209 vd.; Hasan Halis Sungur, **Gabin**, İstanbul, 1953, s.24; Kalkan, s.114 vd.; Aslan, s.74 vd.

⁵⁴ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s.459; Kılıçoğlu, s.183.

⁵⁵ Elbir, s.195; Eren, s.389; Kalkan, s.118; Aslan, s.81; Acabey, s.113. Buna karşın öğretilerde bazı yazarlar tarafından, açık oransızlığın ölçüsünün pratikte ve uygulamada tereddüde yer vermeyecek şekilde düzenlenmesi ve bunun için açık oransızlığı gösteren net bir taban ve tavanın kanunda belirlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bu yönde bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s.459 vd. Yarg. 1. HD, 27.12.1976 tarih ve 1976/10791 E., 1976/12751 K. sayılı ilamında; ivazlar arasındaki %50 oranındaki bir farkın açık nispetlilik sayılacağı ifade edilmiştir; olağan koşullar altında açık nispetlilikten söz edilebilmesi için ivazlar arasında en az %25 fark olması gerektiğine dikkat çekilmiştir. Yargıtay aynı kararında “Ülkemizde para her yıl ortalama olarak değerinin %20’sini kaybederken ödünç alınan para için bankalara %25’e yakın faiz ve masraf ödenirken, %30 karlı satışlar ucuz yapılan alışveriş olarak sayılırken, uyumsuzluk konusu olan %25 farklı satışın gabin nedeniyle illetli olduğu düşünülemez.” diyerek ekonomik yaşam koşulları değiştiğinde ölçünün yeniden saptanması gerektiğini ifade etmiştir. Karar için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası. Aksi yöndeki görüş için bkz. Özkaya, s.23. Yargıtay başka bir kararında da 1/3 oranındaki fiyat farkını açık oransızlık saymıştır. Gerçekten de Yarg. 11. HD’nin 31.05.2001 tarih, 2001/3322 E. ve 2001/4871 K. sayılı ilamına göre; “...Ani bir yangınla fabrikası yanan bir tacirin o koşullar içinde müzayakaya (zor duruma) uygun bir durum içinde olduğu kabul edilmelidir. Gerçek zarar ile – sigortacıya ödenen zarar- arasında 1/3 oranında fark bulunması gabinin (aşırı yararlanmanın) varlığı yönünden dikkate alınmalıdır...” Karar için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

bulunmadığına bakmalı, bilimsel esaslar ile bu yöndeki belirli ilkeleri, devamlılık arz eden uygulamaları hak ve nesafet kurallarını göz önünde tutmalıdır⁵⁶.

Aşırı yararlanmanın varlığı için aranan sübjektif unsur ise, taraflardan birinin diğerini sömürmesidir⁵⁷. Sömürme; gabine uğrayan tarafın müzayaka halinden, hiffetsizliğinden veya tecrübesizliğinden istifade etme şeklinde ortaya çıkar.

“*Darda kalma*”, “*zor durum*” anlamına gelen⁵⁸ müzayaka, kişinin veya yakınlarından birinin ciddi bir sıkıntı içinde olmasını ifade eder. Örneğin, ekonomik sıkıntı içerisinde bulunan kişinin aile yadigârı antika bir takıyı değerinin çok altında bir fiyata satmak zorunda kalması gibi. Buradaki mali sıkıntının mutlaka fakirlik olarak algılanmaması gerekir. Zengin bir işadama da ödemelerini yapmakta güçlük çekiyorsa müzayaka halinden bahsedilebilir⁵⁹.

Gabine uğrayandaki sıkıntı maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Nitekim Yargıtay’ın yerleşik içtihatları uyarınca özellikle yaşlılık ve yalnızlık hali manevi müzayakanın en sık rastlanan hali olarak kabul edilmektedir⁶⁰. Ancak şüphesiz ki manevi sıkıntı yaşlılık ve yalnızlık durumlarına özgü değildir. Örneğin, bir dağ köyünde doğum yapmak üzere olan karısını karların yolları kapatması sebebiyle hastaneye ulaştıramayan ve köydeki tek ebeye hastanede vereceğinin beş misli bir ücret karşılığında doğumu yaptırmak zorunda kalan kişinin ya da üniversite sınavına girmek üzere olan ancak kalemını evde unuttuğu için 100 TL karşılığında bir kurşunkalem satın almak zorunda kalan öğrencinin durumu da manevi sıkıntı olarak düşünülebilir. İşte bir tarafın içinde bulunduğu zor durumun, diğer bir deyişle müzayaka halinin sömürülerek açıkça orantısız edimler içeren bir sözleşme yapılması halinde gabinin varlığından bahsedilir.

⁵⁶ Elbir, s.195; Özkaya, s.26.

⁵⁷ Oğuzman ve Öz, s.114; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s.461.

⁵⁸ E. Yılmaz, s.504; Eren, s.390; Kılıçoğlu, s.181; Acabey, s.114.

⁵⁹ Elbir, s.204; Sungur, s.30; Özkaya, s.29; Kalkan, s.123; Aslan, s.91.

⁶⁰ Bu yönde Yarg. 1. HD, 28.02.1974 tarih ve 1973/1924 E, 1974/1255 K; 06.05.1980 tarih ve 1980/4135 E, 1980/6218 K; 30.01.1979 tarih ve 1978/13268 E, 1979/999 K; 22.03.1978 tarih ve 1978/2699 E, 1978/3106 K; 03.05.1979 tarih 1979/3824 E, 1979/5938 K. sayılı ilamları için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

“Hafiflik”, “düşüncesizlik” anlamına gelen⁶¹ hiffetsizlik hali ile anlatılmak istenen, bir kimsenin sözleşme yaparken kendi menfaatlerini iyi hesaplamadan, düşüncesiz ve aceleci olarak iradesini ortaya koymasındır⁶². Düşüncesizlik, temyiz kudretinden yoksunluk anlamına gelmez⁶³. Hafiflik, bir kişinin genel karakter olarak hafif düşünce ve yapıda olmasını değil, somut olayda yapılan sözleşme yönünden özen göstermeme ve düşüncesizlik halini ifade eder; bu itibarla zarar gören tarafın, belirli bir konuda eksik yetenekli olması veya uzağı görememesi yaptığı sözleşmenin sonuçlarını gereği gibi düşünmemesi, TBK m.28 anlamında hafifliktir⁶⁴. İşte bir tarafın hafifliğini veya düşüncesizliğini sömürerek açıkça orantısız edimler içeren bir sözleşme yapması halinde gabinin varlığından bahsedilir. Örneğin, babasından kalan mirası düşüncesiz bir şekilde harcayan, har vurup harman savuran birinin bu durumundan istifade edilerek, bir taşınmazının piyasa değerinin çok altında satın alınması gibi.

Tecrübesizlik ise genel hayat ve iş hayatını yeteri kadar bilmemek ve iktisadi kıymetler arasında karşılaştırma yapabilmek için gerekli bilgi seviyesine erişememiş olmak anlamına gelir⁶⁵. Tecrübesizlik ile hafiflik birbirinden farklıdır. Hafiflik, irade zayıflığı anlamına gelirken tecrübesizlik bilgi zayıflığı demektir⁶⁶. Örneğin, sahip olduğu bir eşyanın çok değerli bir antika eşya olduğunu bilmeyen birinin bu bilgisizliğinin sömürülerek söz konusu antika eşyanın hurda fiyatına satın alınması yahut tacir olan babasının ölümüyle işler kendisine kalan ancak ticaret hayatı konusunda tecrübesiz 20 yaşındaki gencin bu durumunun kullanılması gibi. İşte bir tarafın iş hayatındaki tecrübesizliğinin yahut ekonomik alandaki bilgi eksikliğinin sömürülerek açıkça orantısız edimler içeren bir sözleşme yapılması halinde gabinin varlığından bahsedilir.

Gerek hiffet, gerekse tecrübesizlik koşulunun bulunup bulunmadığı araştırılırken, tarafların kültürel, eğitim ve sosyal konumları dikkate alınmalıdır. Eğitimli ve bu konularda deneyimli bir kişinin sömürülmesi iddiası araştırılırken,

⁶¹ Yılmaz, s.286.

⁶² Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, ss.462-463; Kılıçoğlu, s.181; Kalkan, ss.125-126.

⁶³ Kalkan, s.126.

⁶⁴ Eren, s.390; Uygur, s.327; Acabey, s.114.

⁶⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s.463; Eren, s.391; Aslan, s.86.

⁶⁶ Elbir, s.206; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s.463; Eren, s.391; Özkaya, s.30; Olgaç, s.7.

eğitimsiz ve deneyimsiz kişilere nazaran daha sıkı davranmak gerekir⁶⁷. Ancak teknolojinin ve bilimin hızlı gelişimi karşısında normal zekâ düzeyinde ve hatta mesleğinde başarılı kişilerin bile bazı konularda deneyimsiz ve tecrübesiz kalabileceği unutulmamalı ve her somut olaya göre ayrı araştırma yapılmalıdır⁶⁸.

Görüldüğü üzere, tüm bu hallerde taraflardan birinin diğer tarafın zor durumunu, hafifliğini veya tecrübesizliğini sömürmesi, bir diğer söylemle onun bu durumundan faydalanması söz konusudur⁶⁹. Borçlar hukukunda gabine bağlanan hukuki sonuç ise sözleşmenin iptali ve edimlerin geri verilmesi yahut edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini istemek olarak karşımıza çıkar⁷⁰.

Aşırı yararlanmaya ilişkin bu kısa ve temel açıklamalardan sonra tefecilik suçunun esasında borçlar hukuku kurumu olan gabine benzediğini ifade etmek yanlış olmayacaktır⁷¹. Gerçekten de tefecilik suçunun temelinde tıpkı aşırı yararlanmada olduğu gibi, tarafların (ödünç borç para veren ve ödünç borç para alan) karşılıklı edimleri arasında açık bir nispetsizlik (oransızlık) vardır. Tefecilik suçunda da esasen ve mantık olarak kişinin içinde bulunduğu acil para bulma gereksinimi ve yasal yollardan kredi alamayıştından istifade edilmekte ve uygulamada yüksek faizler karşılığında kişilere borç para verilmektedir. Bu açıdan bakıldığında, her tefecilik eylemi *özünde* bir aşırı yararlanma demektir⁷². Buna karşın tefecilik suçunun düzenlendiği TCK m.241’de ödünç verilen borç para ile geri ödenen para arasında açık bir nispetsizliğin varlığı, bir diğer söylemle edimler arasındaki açık nispetsizlik (oransızlık) şartı aranmış değildir. Yani TCK m.241’de gabinin objektif unsuru aranmamıştır. Yine mağdurun zor durumundan, hafifliğinden veya tecrübesizliğinden istifade edilmesinden de bahsedilmiş değildir. Yani zor durumda bulunsun bulunmasın veyahut tecrübesizce veya düşüncesizce hareket etmiş olsun olmasın bir kimseye kazanç sağlamak amacıyla ödünç para verilmesi halinde tefecilik suçu

⁶⁷ Kılıçoğlu, s.182.

⁶⁸ Olgaç, s.8; Elbir, s.207; Eren, s.391; Kalkan, s.128; Uygur, s.327; Acabey, ss.114-115.

⁶⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s.463; Eren, s.391; Kılıçoğlu, s.183; Kalkan, s.129.

⁷⁰ 6098 sayılı TBK’da aşırı yararlanmaya “*Sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteme*” şeklinde seçimlik bir hukuki sonuç daha eklenmiştir.

⁷¹ Özbek, Tefecilik, s.29.

⁷² Ancak gerek TBK m.28 ve gerekse TCK m.241’de yer alan düzenleme karşısında her gabin halinin tefecilik suçunu oluşturacağı söylenemez.

oluşacaktır. Bu kazancın 1 TL dahi olması önemli değildir. Zira kanun koyucu aşırı veya oransız bir kazançtan da bahsetmiş değildir. O halde TCK m.241'in bu haliyle son derece yetersiz bir düzenleme olduğu açıkça ortadadır. Kısacası olması gereken hukuk bakımından, her tefeciliğin aslında bir aşırı yararlanma demek olması icap ederken, mevzuatımız bakımından tefecilik gabinden çok daha geniş olarak düzenlenmiştir.

Buna karşın, Al.CK'da durum oldukça farklıdır. Gerçekten de tefecilik suçunun düzenlendiği Al.CK m.291'de bu hususlar suçun unsurları olarak ele alınmış ve ayrıntılı bir şekilde kanunda düzenlenmiştir⁷³. Al.CK'da tefecilik suçunun oluşabilmesi için mağdurun zaruret halinin, tecrübesizliğinin, karar verme yeteneksizliğinin veya iradesindeki önemli zayıflığın istismar edilmesi gerekmektedir. Ayrıca suçun oluşabilmesi bakımından edimler arasında aşırı bir ölçüsüzlüğün varlığı da aranmıştır. Al.CK m.291'de yer alan tefecilik suçuna ilişkin

⁷³ Al.CK m.291 şu şekildedir:

“(1) Her kim, içinde bulunduğu zaruret halini, tecrübesizliğini, karar verme yeteneksizliğini veya iradesindeki önemli zayıflığı istismar ederek, diğer bir kişiye, kendisi veya üçüncü bir kişi lehine;

1. Oturmak için mekân kiraya verilmesi veya buna bağlı yan hizmetler için söz konusu olan sair giderler için,

2. Bir kredinin verilmesi için,

3. Sair bir edim için veya

4. Yukarıda tanımlanan edimlerin sağlanması için

Edim veya bunun için aracılık yapmak açısından belirgin bir şekilde ölçüsüz yükseklikte olan bir malvarlığı çıkarı vaat ettirir veya verdirirse, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır. Birden çok kişi, edim veren, aracılık yapan sıfatıyla veya sair bir şekilde katkıda bulunur ve bu şekilde, tüm malvarlığı çıkarları ile tüm karşı edimler arasında belirgin bir ölçüsüzlük ortaya çıkarsa, bu takdirde diğer kişinin içinde bulunduğu zor durumu veya sair zayıflığı, kendisi veya üçüncü bir şahıs lehine ölçüsüz derecede malvarlığı çıkarı elde etmekte kullanan her bir kişi hakkında 1'inci cümle uygulanır.

(2) Çok ağır hallerde ceza, altı aydan on yıla kadar hapis cezasıdır. Eğer fail,

1. Gerçekleştirdiği fiil ile bir başkasını ekonomik zaruret hali içine sokar,

2. Fiili meslek veya sanat haline getirerek işler,

3. Senet düzenlemek yoluyla aşırı şekilde malvarlığı çıkarı ödeme sözü verdirirse, kural olarak suçun ağır hali gerçekleşmiş sayılır.” Tercüme metni için bkz. Feridun Yenisey ve Gottfried Plagemann,

Alman Ceza Kanunu- Strafgesetzbuch, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, s.375.

düzenleme bu haliyle büyük ölçüde Al.MK m.138/2⁷⁴ ve TBK m.28'de yer alan aşırı yararlanma kurumuna benzemektedir. Öyle ki yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, Alman hukukunda gerek gabin müessesesi ve gerekse tefecilik suçu için aynı kelime (*Wucher*) kullanılmaktadır.

Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacak olmasına karşın burada yeri gelmişken özetle ifade etmek gerekir ki, TCK m.241 mevcut haliyle yetersiz bir düzenlemedir. Yapılacak bir değişiklikle edimler arasındaki açık nispetizliğe ve failin diğer tarafın zor durumundan, tecrübesizliğinden, temyiz kudretinin yeterince gelişmemiş olmasından ya da irade zayıflığından yararlanılması hususlarına vurgu yapılmalı ve bu hususların tipiklik unsuru çerçevesinde madde metninde yer alması sağlanmalıdır⁷⁵.

C. Dolandırıcılık Suçu (TCK m.157-159)

Dolandırıcılık suçu TCK'nın malvarlığına karşı suçlar başlığı altında 157 ile 159'uncu maddeleri arasında düzenlenmiştir. Suçun basit halinin düzenlendiği 157'nci maddeye göre; "*Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar para cezası verilir.*"

Buna göre dolandırıcılık suçunun maddi unsurunu oluşturan eylem, hileli davranışlarla bir kimseyi aldatmak ve mağdurun veya başkasının zararına olarak kendisine veya başkasına bir yarar sağlamaktır.

Hile, diğerinin düşüncesi üzerinde etki yaratan, hataya düşürücü her türlü davranıştır⁷⁶. Ancak hilenin dolandırıcılık suçunu oluşturabilmesi için belirli bir

⁷⁴ Al.MK m.138/2 şu şekildedir: "*Bilhassa, başkasının müzayaka, hiffet ve tecrübesizliğini istismar ederek, kendisi veya üçüncü bir şahıs lehine, bir edim karşılığı, bu edimin kıymetini, şartlar nazara alındığı takdirde, açık bir nispetizlik arz ederek aşan vaatler veya mal varlığı yararları sağlayan hukuki muamele batıldır.*" Tercüme metni için bkz. Kalkan, s.29.

⁷⁵ Özbek, Tefecilik, s.29.

⁷⁶ Veli Özer Özbek, **Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı**, Cilt:2,- TCK İzmir Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, (Şerh 2), s.1209; Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, (Özel Hükümler), s.647; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R.Murat Önok,

oranda ağır, yoğun ve ustaca olması, sergileniş, dokunuş, renklendiriliş açısından mağdurun denetim olanağını doğurduğu güven ortamıyla kullanmaktan alıkoyması gerekir. Aksi takdirde sözleşme ilişkisine gereksiz müdahalelere yol açabilir⁷⁷. Dolandırıcılık suçu bakımından hile, mağduru aldatacak, onun iradesi üzerinde etkili olarak, onu hataya düşürecek nitelikte olmalıdır⁷⁸.

Zira kanun koyucu hileli davranış ile mağdurun aldatılmasından bahsetmektedir⁷⁹. Dolayısıyla failin hileli davranışı ile mağdurun aldanması arasında nedensellik bağı bulunmalıdır⁸⁰.

Yine dolandırıcılık suçunun varlığından bahsedebilmek için hileli davranışlarla aldatma sonucu bir zarar meydana gelmiş olmalıdır. Zarar mağdura veya başkasına ait olabilir. Fail ise mağdura veya bir başkasına verdiği bu zarar neticesinde bir yarar elde etmiş olmalıdır. Dolandırıcılık suçuyla korunan hukuksal

Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s.595; Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Ankara, 2010, ss.417-418.

⁷⁷ Sami Selçuk, **Dolandırıcılık**, Öztürk Matbaası, İstanbul, 1982, s.110.

⁷⁸ Özbek, Şerh 2, s.1211.

⁷⁹ Yarg.11. CD.'nin 05.06.2006 tarih ve 2006/144 E., 2006/5115 K. sayılı ilamına göre, *"...Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için failin hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlaması gerekmektedir. Hile, nitelikli bir yalandır. Yalan belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun denetleme olanağını ortadan kaldırmalıdır. Kullanılan hile ile mağdur yanılgıya düşürülmeli ve bu yanıltma sonucu kandırıcı davranışlarla yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya bir başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır. Hilenin kandırıcı nitelikte olup olmadığı olaysal olarak değerlendirilmeli, olayın özelliği, mağdurun durumu, fiille olan ilişkisi, kullanılan hilenin şekli, kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen belgenin nitelikleri ayrı ayrı nazara alınmalıdır. O halde hileli davranışın aldatacak nitelikte olması gerekir. Basit bir yalan hileli hareket olarak kabul edilemez. Olaysal olarak değerlendirme, hileli hareketin ne olduğu, mağdur üzerindeki etkisi, kandırabilecek bir hareket olup olmadığı, mağdurun iyiniyeti ve güven duygularının suiistimal edilmediği araştırılmalıdır..."* Karar için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

⁸⁰ Selçuk, s.134; Özbek, Şerh 2, s.1211; Tezcan, Erdem ve Önok, s.602; Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, **Açıklamalı-Gerekçeli-Uygulamalı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar**, Ankara 2006, (Malvarlığına Karşı Suçlar), s.817.

değer malvarlığı olduğu için burada bahsi geçen zarar ve yararın da malvarlığına yönelik olması gerekmektedir⁸¹.

Bu açıklamalar ışığında gerek dolandırıcılık, gerekse tefecilik suçlarında fail lehine sağlanan ekonomik bir faydanın söz konusu olduğu söylenebilir. Dolandırıcılık suçunda bu fayda “*yarar*”, tefecilik suçunda ise “*kazanç*” olarak ifade edilmiştir⁸². Ayrıca tefecilik suçunda “*kazanç sağlamak*” suçun manevi unsuru kapsamında ele alınırken dolandırıcılık suçunda bahsi geçen “*yarar*” suçun neticesidir. Şüphesiz ki her iki suç bakımından da yarar ve kazanç haksız niteliklidir. Buna karşın dolandırıcılık suçunda failin mağduru aldatacak nitelikte hileli bir davranışla hareket etmesi gerekirken, tefecilik suçu bakımından failin hileli bir davranışla hareket etmesine gerek yoktur. Tabir yerindeyse, dolandırıcılık suçunda fail mağdurdaki irade sakatlığını kendisi yaratmakta; tefecilik suçunda ise karşı taraftaki mevcut bir irade sakatlığını kullanmakta ve onu sömürmektedir⁸³. Her ne kadar uygulamada yaşanan ve adli makamlara yansıyan tefecilik olaylarının tamamına yakınında failin ödünç alanın ekonomik çaresizliğini istismar ettiği ve bu durumu sömürdüğü ve böylece kendisi lehine aşırı bir ekonomik çıkar sağladığı söylenebilir ise de, bu yönde bir düzenleme kanunda yer almamaktadır. Gerçekten de TCK m.241’de ne ödünç borç para alanın zor durumunun, bilgisizliğinin ve tecrübesizliğinin istismar edilmesinden, ne de failin aşırı orantısız bir kazanç elde etmesinden bahsedilmiştir. Aşırı kazanç bir tarafa, suçun oluşumu bakımından failin kazancı elde etmesi bile gerekli olmayıp, failin sadece kazanç sağlamak maksadıyla hareket etmesi ve bu saikle borç para vermesi yeterlidir.

Bu açıklamalar çerçevesinde ifade edilebilir ki, birbirine benzer nitelikte olan dolandırıcılık ve tefecilik suçlarında dolandırıcılık suçunun haksızlık içeriği tefecilik

⁸¹ Özbek, Şerh 2, s.1212; Tezcan, Erdem ve Önok, ss.605-606; Parlar ve Hatipoğlu, Malvarlığına Karşı Suçlar, s.817.

⁸² Yarar, bir işten elde edilen iyi sonuç, fayda, avantaj; kazanç ise, satılan bir mal, yapılan bir iş veya harcanan bir emek karşılığında elde edilen para, getiri, temettü olup kazanç ve yararın eş anlamlı olarak kullanıldığı haller de mevcuttur. Bkz. Türk Dil Kurumu, “Büyük Türkçe Sözlük”, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, (21.06.2011).

⁸³ Herbert Pardo, **Das strafrechtliche Kriterium der Wucherlichkeit eines Darlehns**, Wettig Verlag, Hamburg, 1909, s.21; Rudolph, Horn, Samson ve Günther (Hoyer), s.31; Bernsmann, strafbarer Wucher, s.460; Laufen, s.31; Schauer, 76.

suçuna oranla çok daha yoğundur. Buna karşın kanunumuz tefeciliği dolandırıcılığa göre daha ağır cezalandırmaktadır. Gerçekten de TCK m.157’de dolandırıcılık suç bakımından öngörülen ceza, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ve beşbin güne kadar adli para cezasıyken; tefeciliğin cezası iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ve beşbin güne kadar adli para cezasıdır. Her iki suç bakımından öngörülen hapis cezalarının üst sınırı ve adli para cezası miktarı eşit olmasına karşın tefecilik suç bakımından hapis cezasının alt sınırı iki yıl olarak, yani dolandırıcılık suçuna göre bir kat olarak kabul edilmiştir. Bizce bu düzenleme oransızdır. Bir tarafta hileli yollarla karşı tarafı aldatıp zarara sokarak kendisi lehine haksız yarar sağlayan bir fail mevcuttur. Diğer tarafta ise karşı tarafa hileli bir davranışta bulunmayan ve sadece karşı tarafa ödünç borç para veren ve hatta belki de kazanç bile sağlamamış olan bir fail vardır. Ödünç para alan kandırılıyor, aldatılıyor değildir. Yine kanun koyucu ödünç para alanın zor durumda olması veya sömürülmesi şartını aramamaktadır. Bu durumda ‘tefeci faili’ ‘dolandırıcı faile’ göre bir kat bir hapis cezasıyla cezalandırmak TCK m.3’te yer alan, işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunacağı şeklindeki ilkeye aykırıdır (TCK m.3/1).

D. İzinsiz Bankacılık Faaliyetinde Bulunma Suçu (5411 sayılı Bankacılık Kanunu m.150)

İzinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçu 19.10.2005 tarih ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun (BanK.) 150’nci maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye 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 halinde bu işyerlerinin bir aydan bir yıla kadar, tekrür halinde ise sürekli olarak kapatılmasına karar verilebilir.

Bu Kanuna göre alınması gereken izinleri almaksızın ticaret unvanlarında, her türlü belge, ilan 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, tekrür halinde ise sürekli olarak kapatılmasına karar verilebilir.

Yukarıdaki fıkralara aykırılık halinde Kurumun ilgili Cumhuriyet başsavcılığını muhatap talebi üzerine sulh ceza hâkimince, dava açılması halinde davaya bakan mahkemece işyerlerinin faaliyetleri ve reklamlar geçici olarak durdurulur, ilanları toplatılır. Bu tedbirler, hâkim kararıyla kaldırılincaya kadar devam eder. Bu kararlara karşı itiraz yolu açıktır.

Buna göre, izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçu iki ayrı seçimlik hareketle işlenebilir. Bunlardan ilki **izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma, mevduat veya katılım fonu kabul etmek**, ikincisi ise **bankacılık izni olmaksızın banka ismini veya bankacılık faaliyeti gerçekleştirildiği izlenimini uyandıracak ifadeler kullanmaktır**⁸⁴.

Konumuz bakımından suçun ilk seçimlik hareketi olan izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma, mevduat veya katılım fonu toplamının değerlendirilmesi gerekir. Suçun ilk seçimlik hareketi olan izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma, mevduat veya katılım fonu kabul etmeden bahsedebilmek için her şeyden önce bu eylemlerin izinsiz olarak yapılması gerekir. Burada iki tür izinden söz etmek gerekir. Bunlar kuruluş izni ve faaliyet iznidir. Bankalara kuruluş izni vermeye yetkili makam Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumudur (BDDK)⁸⁵. Ancak banka

⁸⁴ İzinsiz mevduat ve katılım fonu toplamak da aslen bankacılık faaliyetleri kapsamındadır. Bu çerçevede suç tipinde ayrıca izinsiz mevduat ve katılım fonu toplama ifadesine yer verilmiş olması, bir dönem ülkemizde yaşanan banker krizinin toplumda yol açtığı mağduriyetle ilgili olduğu yönündeki görüş için bkz. Hakan Karakehya, “İzinsiz Bankacılık Faaliyetinde Bulunma Suçu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LXVI, Sayı:1, 2008, s.78. Bu ayrımı, bir taraftan mevduat kabul eden ve etmeyen banka ayrımının güçlendirilmesi, diğer yandan da ekonomi bilimi açısından *tasarruf* olarak kabul edilen mevduatın kabulü işlemini diğer banka işlemlerinden ayırmak ve böylece devletin tasarrufu koruma görevi çerçevesinde, farklı hükümlerle güven altına almak olduğu yönündeki görüş için bkz. Selman Dursun, **Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s.139, dpn.101.

⁸⁵ BanK. m.6’da kuruluş ve Türkiye’de şube açma izni düzenlenmiştir. Maddeye göre;
“Türkiye’de bir bankanın kurulmasına veya yurtdışında kurulmuş bir bankanın Türkiye’deki ilk şubesinin açılmasına, bu Kanunda öngörülen şartların yerine getirilmesi kaydıyla Kurulun en az beş üyesinin aynı yöndeki oyuyla alınacak kararlar izin verilir.

İzin yapılacak başvurulara ve iznin verilmesine ilişkin usul ve esaslar Kurulca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir. İzne ilişkin karar, başvurunun yapıldığı ya da başvuruda eksiklik bulunması

olarak faaliyet gösterebilmek için kuruluş izni yeterli olmayıp kuruluş izninin alınmasından sonra ayrıca faaliyet izni de alınması gerekir⁸⁶. Dolayısıyla, gerek

halinde, istenilen bilgi ve belgelerin tamamlandığı tarihten itibaren üç ay içinde ilgiliye bildirilir. Eksikliklerin altı ay içinde giderilmemesi halinde başvuru geçersiz hale gelir.

Türkiye’de münhasıran kıyı bankacılığı faaliyetinde bulunmak üzere banka kurulması veya yurt dışında kurulu bankalarca bu amaçla şube açılması, bunların faaliyet alanları ile finansal raporlama ve denetim usulleri ve faaliyetlerinin geçici veya sürekli olarak durdurulması hususları Kurul kararıyla belirlenir.

Yurtdışında kurulu bankalar, mevduat veya katılım fonu kabul etmemek ve Kurulca belirlenecek esaslara göre faaliyet göstermek kaydıyla, Kurulun izni ile Türkiye’de temsilcilik açabilirler.”

⁸⁶ BanK. m.10’da faaliyet izni düzenlenmiştir. Maddeye göre;

“Bu Kanununun 6 ncı maddesi çerçevesinde kuruluş veya Türkiye’de şube açma izni alan bankaların, Kuruldan ayrıca faaliyet izni alması şarttır. Bir beyanname ile yapılacak başvuru üzerine verilecek izin, Kurul tarafından aksi kararlaştırılmış olmadıkça, 4 üncü maddede belirtilen bütün faaliyetleri aynı maddenin son fıkrasındaki sınırlamalar çerçevesinde kapsar. Verilen faaliyet izinleri Resmi Gazetede yayımlanır. Kararın, ilk izin başvurusunun yapıldığı tarihten itibaren en geç üç ay içinde verilmesi gerekir.

Kurum, bu Kanun ve bu Kanuna dayanılarak yapılan düzenlemelerdeki şartları taşımayanlara gerekli düzeltmeleri yapmaları ve eksiklikleri tamamlamaları için altı ayı geçmemek üzere süre verir. Bu süre içinde yeniden başvuranlar hakkında yapılan inceleme sonucunda durumları uygun bulunmayanlara verilmiş olan kuruluş izni geçersiz olur ve sonuç yazılı olarak bildirilir. Kuruluş izni almış olan bankaların faaliyete geçebilmesi için;

- a) *Sermayesinin nakit olarak ödenmiş ve planlanan faaliyetleri gerçekleştirebilecek düzeyde olması,*
- b) *Kurucuları tarafından 7 nci maddede belirtilen asgari sermayenin yüzde onu tutarındaki sisteme giriş payının en az dörtte birinin Fon hesabına yatırıldığına dair belgenin ibraz edilmesi,*
- c) *Faaliyetlerinin kurumsal yönetim hükümlerine uygunluğunu sağlaması ve yeterli personel ve teknik donanıma sahip olması,*
- d) *Yöneticilerinin, kurumsal yönetim hükümlerinde belirtilen nitelikleri haiz olması,*
- e) *Kurulca faaliyet konularını yürütebilecek yeterliliğe sahip bulunduğu kanaatine varılması gerekir.*

Sisteme giriş payının ödenmeyen kısmının, faaliyete geçiş tarihinden itibaren Kurulca belirlenecek ödeme planı çerçevesinde Fon hesabına yatırılacağına ilişkin taahhütnamenin Kurma ibrazı zorunludur. Sisteme giriş payı bir defaya mahsus olmak üzere alınır. Banka hissedarları sisteme giriş payının ödenmesinden müteselsilen sorumludurlar.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Kurul yetkilidir.”

kuruluş izni almaksızın gerekse kuruluş izni alıp da faaliyet izni almaksızın bankacılık faaliyetinde bulunmak bu suçtu oluřturmaktadır⁸⁷.

BanK. m.150/1'de mevduat veya katılım fonu kabul etmenin yanı sıra izinsiz olarak yapılan bankacılık faaliyetleri de cezalandırılmıştır. Bankacılık faaliyeti denildiğinde çok çeşitli faaliyet alanları akla gelir⁸⁸. Temel olarak mevduat toplama ve faiz karşılığı kredi verme bankaların en karakteristik faaliyetleridir⁸⁹. İşte faiz

⁸⁷ Süheyl Donay, **Bankacılık Ceza Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007, s.59; Seza Reisoğlu, **Bankacılık Kanunu şerhi**, Cilt: II, Ankara, 2007, s. 1672; Servet Taşdelen, **Bankacılık Kanunu şerhi-Bankacılık Hukuku Alanında Uluslararası ve Ulusal Düzenlemeler, Denetim Hukukunun Tarihçesi, Diğer Yasalardaki Bankacılık Suçları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s.1258; Dursun, s.202; Uğur Yiğit, **Bankacılık Suçları**, Yaydağ Yayınları, İstanbul, 2006, s.155.

⁸⁸ Bankacılık faaliyetleri BanK. m.4'te sayılmıştır. Buna göre; a) Mevduat kabulü, b) Katılım fonu kabulü, c) Nakdi, gayrinakdi her cins ve surette kredi verme işlemleri, d) Nakdi ve kaydı ödeme ve fon transferi işlemleri, muhabir bankacılık veya çek hesaplarının kullanılması dâhil her türlü ödeme ve tahsilât işlemleri, e) Çek ve diğer kambiyo senetlerinin iştirası işlemleri, f) Saklama hizmetleri, g) Kredi kartları, banka kartları ve seyahat çekleri gibi ödeme vasıtalarının ihracı ve bunlarla ilgili faaliyetlerin yürütülmesi işlemleri, h) Efektif dahil kambiyo işlemleri; para piyasası araçlarının alım ve satımı; kıymetli maden ve taşların alımı, satımı veya bunların emanete alınması işlemleri, i) Ekonomik ve finansal göstergelere, sermaye piyasası araçlarına, mala kıymetli madenlere ve dövize dayalı; vadeli işlem sözleşmelerinin, opsiyon sözleşmelerinin, birden fazla türev aracı içeren basit veya karmaşık yapıdaki finansal araçların alımı, satımı ve aracılık işlemleri, j) Sermaye piyasası araçlarının alım ve satımı ile geri alım veya tekrar satım taahhüdü işlemleri, k) Sermaye piyasası araçlarının ihraç veya halka arz yoluyla satışına aracılık işlemleri, l) Daha önce ihraç edilmiş olan sermaye piyasası araçlarının aracılık maksadıyla alım satımının yürütülmesi işlemleri, m) Başkaları lehine teminat, garanti ve sair yükümlülüklerin üstlenilmesi işlemleri gibi garanti işleri, n) Yatırım danışmanlığı işlemleri, o) Portföy işletmeciliği ve yönetimi, p) Hazine Müsteşarlığı ve/veya Merkez Bankası ve kuruluş birlikleri nezdinde oluşturulan bir sözleşme kapsamında üstlenilen yükümlülükler çerçevesinde alım satım işlemlerine ilişkin piyasa yapıcılığı, r) Faktöring ve forfaiting işlemleri, s) Bankalararası piyasada para alım satımı işlemlerine aracılık, t) Finansal kiralama işlemleri, u) Sigorta acenteliği ve bireysel emeklilik aracılık hizmetleri. Ayrıca bankacılık alanındaki olası gelişmeler dikkate alınarak, listeye Kurul tarafından başkaca faaliyet konularının da eklenebileceği belirtilmiştir. Bkz. Dursun, ss.140-141.

⁸⁹ Oğuz İmregün, **Mevduatı Koruma Bakımından Bankalara Devlet Müdahalesi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1957, s.14. Ancak bankaların faaliyetleri mevduat toplama ve kredi verme ile sınırlı değildir. Günümüzde bankaların fon yönetimi danışmanlığı, mali istihbarat ve mali durum değerlendirmesi danışmanlığı, altın ve para ticareti, kasa kiralama gibi çok çeşitli faaliyetleri mevcuttur. Bkz. Mahmutoğlu, s.73.

karşılığı kredi vermek tefecilik suçunun maddi unsuruyla çok yakından benzeşmektedir. Gerçekten de, tefecilik suçunda da kazanç (faiz) elde etmek amacıyla ödünç para (kredi) verilmektedir. Ayrıca tıpkı izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçunda olduğu gibi, tefecilik suçunda da gerekli yasal izinler alınmadan eylem gerçekleştirilmektedir. Nitekim yasal izinler dâhilinde ödünç para verilmesi halinde yukarıda da bahsettiğimiz gibi tefecilikten değil, olsa olsa ikrazatçılıktan bahsedilebilir. Kısacası tefecilik suçunun maddi unsurunu oluşturan eylem, özünde izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçunun maddi unsurunu oluşturan eylemle aynı olabilir. Peki, burada eylemin tefecilik suçu kapsamına mı, yoksa izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçu kapsamına mı girdiği nasıl tespit edilecektir? Bir başka ifadeyle bu iki suç arasındaki fark nedir?

İzinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçu sadece bir veya birkaç bankacılık faaliyetinin yapılmasıyla söz konusu olmaz. Bu suçun oluşabilmesi için gerçekleştirilen bankacılık işlemleri sayı ve nitelik itibarıyla öyle bir boyuta ulaşmış olmalıdır ki, fail ya da failerin banka gibi faaliyet gösterdiğinden söz edilebilsin. Banka gibi faaliyet gösterildiğinin kabulü için hangi bankacılık işlemlerinin kaç defa gerçekleştirilmesi gerektiğinin net olarak tespiti mümkün değildir. Bankacılık işlemlerinin nitelik ve sayı itibarıyla banka gibi faaliyet gösterme boyutuna gelip gelmediğinin tespiti, her somut olay bakımından mahkemece takdir edilecektir⁹⁰. O halde, tefecilik suçu ile izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçu arasındaki fark eylemin sayı ve nitelik bakımından yoğunluğuyla ilgilidir. Faizle borç para verme eylemleri bankacılık faaliyetinde bulunma boyutuna ulaştıysa izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçu, aksi takdirde ise tefecilik suçu akla gelmelidir⁹¹.

Son olarak, izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçu ile kıyaslandığında tefecilik suçu için öngörülen yaptırımın açıkça ölçsüz olduğu anlaşılacaktır. Zira izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma, mevduat veya katılım fonu kabul etme bakımından öngörülen yaptırım üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ve beşbin güne kadar adli para cezasıdır (BanK. m.150/1). Tefecilik suçu için ise iki yıldan beş yıla hapis ve beşbin güne kadar adli hapis cezası öngörülmüştür (TCK m.241). Anlaşılacağı üzere, izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma ile tefecilik suçları

⁹⁰ Karakehya, ss.77-78.

⁹¹ Karakehya, ss.82-83.

bakımından öngörülen hapis cezasının üst sınırı ve adli para cezası aynıdır. Oysa yukarıda belirttiğimiz üzere izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçu eylem bakımından tefeciliğe göre çok daha yoğundur. Bu anlamda haksızlık içeriği büyük bir ihtimalle daha fazladır. Durum böyleyken, bu iki suçu neredeyse aynı yaptırıma bağlamak doğru bir kanun yapma tekniği değildir. Bu anlamda TCK m.241’de tefecilik için öngörülen ceza, TCK m.3’te yer alan adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesine açıkça aykırıdır.

IV. TEFECİLİK VE SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİ

A. Genel Olarak Sözleşme Özgürlüğü İlkesi

Kişilerin diledikleri sözleşmeyi geçerli olarak yapabilmek hususunda sahip oldukları özgürlük⁹²; sözleşmenin kurulması ve koşullarının belirlenmesinde kişilerin özgür iradeleriyle karar verebilme serbestisi⁹³ veya kişilerin hukuk düzeninin sınırları içerisinde olmak kaydıyla özel borç ilişkilerini özgürce düzenleme yetkisi⁹⁴ olarak tanımlanan sözleşme özgürlüğü (sözleşme hürriyeti- sözleşme serbestisi) gerek AY m.48’de ve gerekse TBK m.26’da hukukun temel bir ilkesi ve temel bir hak ve özgürlük olarak kaleme alınmıştır. Nitekim AY m.48’e göre; “*Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir.*” Yine TBK m.26 uyarınca; “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*”

Sözleşme özgürlüğü, esasında irade özgürlüğünün bir yansıması olup irade özgürlüğü ile sözleşme özgürlüğünün birbirinden ayrı düşünülmesi mümkün değildir. Zira sözleşme özgürlüğüyle esasen kişiye kendi iradesi doğrultusunda bir hukuki işlem yapma hürriyeti tanınmaktadır. Hatta irade özgürlüğü ile sözleşme özgürlüğü kavramları çoğu zaman eş anlamlı olarak kullanılırlar⁹⁵.

⁹² Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s.362.

⁹³ Kılıçoğlu, s.65.

⁹⁴ Eren, s.278.

⁹⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s.363; Ateş, s.36. *Eren*’e göre sözleşme özgürlüğü, temelinde liberalizmin ve bireyciliğin savunduğu irade özgürlüğü fikrine dayanır. Bu anlamda irade özgürlüğü, sözleşme özgürlüğünün ideolojik temelini oluşturur. Yazara göre irade özgürlüğü,

Sözleşme özgürlüğü geniş kapsamlı ve çok boyutlu bir kavramdır⁹⁶. Yargıtay da bir kararında sözleşme özgürlüğü ilkesinin bu geniş kapsamını ortaya koyan açıklamalarda bulunmuştur:

Genel olarak kişiler, özel hukuk alanında diğer kişilerle olan ilişkilerini, hukuk düzeni içinde kalmak şartıyla diledikleri gibi düzenler, diledikleri konuda diledikleri ile sözleşme yapabilirler. Bu olanak Borçlar Kanununda öngörülen sözleşme serbestliği ilkesinin bir sonucudur ve bu hak irade özerkliği (sözleşme hürriyeti) kavramı ile Anayasa tarafından teminat altına alınmıştır. O halde sözleşme serbestliği prensibine göre kişiler kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden ayrı karma veya nevi şahsına münhasır sözleşmeler yapmak ve bunların koşullarını diledikleri gibi tespit etmek hukuka (yani buyurucu ve yasak koyan hukuk kurallarına) ve ahlak ve adaba aykırı olmamak şartıyla kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşmelerin fizyonomisini (tipini) değiştirmek ve konusunu yasal sınırlar içinde serbestçe tayin etmek hakkını haizdir. Bu serbestisinin nedenini; devamlı olarak değişen ve gelişen toplumun, gerek sosyal ve gerekse ekonomik ihtiyaçlarının zorlamasında ve buna karşılık (kanunları yaparken kendisine gerekli malzemeyi genellikle geçmişteki tecrübe, ilmî ve kazaî içtihatlardan alan) yasa koyucunun bu nitelikteki hayati ihtiyaçları önceden derpiş edip, uzun bir geleceğin sosyal ve ekonomik ihtiyaçlarını düzenleyememesinde aramak lazımdır. Hiç kuşku yoktur ki bu kural, tek taraflı irade beyanlarında da geçerli olan bir kuraldır. Diğer bir söyleyişle, tek taraflı bir irade beyanı ile borç altına giren kişinin, bu irade beyanının geçerli olup olmayacağı yine bu kurallarla (BK m.19-20) çözümlenecektir⁹⁷.

Bu açıklamalar ışığında ifade edilmelidir ki; hiç kimse bir başkasıyla sözleşme yapmaya zorlanamaz. Bir başka deyişle kişi, sözleşme yapma veya yapmama hususunda serbesttir. Yine kişi, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğüne de sahiptir. Hiç kimse belirli bir kişiyle sözleşme yapmaya zorlanamaz. Yapılmak istenen sözleşme kişinin aleyhine sonuçlar doğuruyor olsa bile bireyin bu konuda karar verme özgürlüğüne müdahale edilemez. Öte yandan kişi, dilediği tipte

sözleşme özgürlüğü ilkesiyle genel olarak eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Bunun sebebi, kişilerin özel borç ilişkilerini düzenlerken, hukuki araç olarak daha ziyade borç sözleşmelerini kullanmalarındır. Eren, s.16, 275, 278. Erman'a göre ise irade özgürlüğü, sözleşme özgürlüğünü açıklamaya yarayan felsefî bir görüştür. Bkz. Hasan Erman, "Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1973, Cilt: XXXVIII, Sayı:1-4, s.602.

⁹⁶ Zevkliler, s.8; Özgür Başyigit, "Sözleşme Serbestisi ve Sınırlaması", http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/sozlesme_serbestisi_ve_siniri.htm, (02.02.2011), s.2.

⁹⁷ Yarg. 4. HD, 26.10.1978 tarih, 1977/13113 E. ve 1978/12134 K. sayılı ilamı için bkz. YKD 1979, S:5, s.634-635.

ve dilediği içerikte sözleşme yapma özgürlüğüne de sahiptir. Gerçekten TBK m.12’de de belirtildiği gibi, bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için belirli bir biçimde yapılması kural değildir. Yani taraflar, yasada açıkça şekil şartı aranan sözleşmeler hariç olmak üzere, bir sözleşmeyi diledikleri biçimde yapabilirler. Ayrıca sözleşmenin içeriğini tayin konusu da sözleşme özgürlüğü ilkesinin kapsamındadır. Buna göre taraflar yapmış oldukları sözleşmenin içeriğini diledikleri gibi belirleyebilirler. Son olarak, taraflar yapmış oldukları sözleşmeyi diledikleri zaman sona erdirme özgürlüğüne de sahiptirler. Şüphesiz ki bu özgürlük, her iki tarafın da karşılıklı olarak anlaşmasıyla mümkün olur. Aksi takdirde, yani taraflardan yalnızca birinin ortada haklı bir neden olmaksızın sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirmesi halinde, karşı tarafın uğradığı zararı ödemesi gerekecektir. Özetle, sözleşme özgürlüğü ilkesinin “sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü”, “sözleşmenin tarafını seçme özgürlüğü”, “sözleşmenin içeriğini ve biçimini belirleme özgürlüğü” ve “sözleşmeyi sona erdirme özgürlüğü” nü barındırdığını söyleyebiliriz⁹⁸.

B. Sözleşme Özgürlüğü İlkesinin Sınırları

XVIII. yüzyılda oldukça önem ihtiva eden sözleşme özgürlüğü, toplumcu görüşlerin güçlenmesi ve devletin düzenleyici ve koruyucu müdahalelerine duyulan ihtiyacın artmasıyla zaman içinde çeşitli sınırlamalara tabi olmaya başlamıştır⁹⁹. Zira toplum içinde yaşayan insanların özgürlüklerinin mutlak ve sınırsız olması düşünülemez. Nitekim en bilinen tabiriyle, birinin özgürlüğünün başladığı yerde diğerinin özgürlüğü sona erer. Mutlak ve sınırsız bir özgürlük anlayışının kabul edilmesi halinde diğer kişilerin ve dolayısıyla toplumun genelinin menfaati ihlal edilmiş olacaktır. Oysa bir toplum içinde yaşamını sürdüren her birey, diğerinin

⁹⁸ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s.362 vd.; H. Erman, s.602 vd.; Eren, s.279 vd.; Kılıçoğlu, s.66 vd.; Zevkliler, s.8 vd.; Ateş, s.40 vd.; Nezihe Binnur Sümer, **İşverenin Hizmet Sözleşmesi Yapma Serbestisinin Sınırları**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 1992, s.15 vd.; Başyigit, s.1 vd.

⁹⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s.361; Yeşim M. Atamer, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s.21 vd.; Ateş, s.46, dpn.130.

menfaatlerine saygı göstermekle yükümlüdür¹⁰⁰. O halde, tüm özgürlüklerde olduğu gibi, sözleşme özgürlüğü bakımından da belirli sınırlamaların getirilmesi gerekmektedir.

Belirtelim ki, temel özgürlüklere ilişkin bu sınırlamalar her ülkenin kendi pozitif hukuku tarafından belirlenmektedir.

Konumuz bakımından özellikle sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü yönüyle sözleşme serbestisinin sınırları üzerinde kısaca durmakta yarar vardır.

İç hukukumuzda kural, sözleşme özgürlüğü olmakla birlikte (AY m.48)¹⁰¹ bu temel hakkın bazı durumlarda sınırlandırılması söz konusu olabilir. AY m.13'te temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması konusu düzenlenmiştir. Buna göre, temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerle bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilirler. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Buna göre, temel hak ve özgürlüklerin hangi sebeplerle sınırlandırabileceği AY'da gösterilmiş olmalı¹⁰² (özel sınırlama sebepleri) ve bu sınırlamalar ayrıca kanunla yapılmış olmalıdır.

¹⁰⁰ Ateş, s.44.

¹⁰¹ "...Türk Hukuk Sisteminde sözleşme serbestliği ilkesi kabul edilmiş olduğu tartışmasızdır (BK m.19). Kural olarak kişiler özel hukuk alanında diğer kişilerle olan ilişkilerini hukuk düzeni içinde kalmak, özellikle emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak koşuluyla düzenleyebilirler ve sözleşme yapabilirler..." şeklindeki Yarg.14. HD. 30.5.1996 tarih, 1996/5075 E. ve 1996/5380 K. sayılı ilamı için bkz. YKD 1996, S:8, s.1261-1262. Aynı yönde Yarg. 11. HD, 12.2.2001 tarih, 2000/9995 E. ve 2001/1075 K; 6.5.1997 tarih, 1997/920 E. ve 1997/3276 K; Yarg. 13. HD, 2.7.2004 tarih, 2003/17247 E. ve 2004/10624 K. sayılı ilamları için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁰² Temelde bir Anayasa hukuku sorunu olmasına karşın burada yeri gelmişken değinmek gerekirse; AY'nın 13'üncü maddesi 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramıştır. Değişiklik öncesinde AY'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin maddesine göre, temel hak ve özgürlükler sadece AY'nın ilgili maddesinde gösterilen özel sebeplerle değil, kamu yararı, kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak, milli güvenlik gibi genel sebeplerle de sınırlandırılabilmekteydi. Değişiklik sonrasında ortaya çıkan sorun ise temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasıyla ilgili olarak AY'da özel bir sınırlama sebebi gösterilmemişse yine de AY m.13'te artık yer almayan genel sınırlama sebepleriyle sınırlandırılabilip sınırlandırılmayacağıdır. Nitekim, sözleşme özgürlüğünün düzenlendiği AY m.48'te özel sınırlama sebeplerine yer verilmemiştir. Bu durumda kamu yararı, kamu düzeni, genel ahlak gibi genel sebeplerle sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması mümkün müdür? Hemen belirtelim ki her ne kadar AY'nın sözünden artık sözleşme özgürlüğünün genel

AY'ın bu hükmü uyarınca TBK m. 26 ve 27'de sözleşme özgürlüğünün sınırları gösterilmiştir. Buna göre sözleşmenin içeriği *hukuka, kamu düzenine, genel ahlak kurallarına, kişilik haklarına aykırı veya imkânsız* olamaz. Bu kurallara aykırı

sınırlama nedenlerine bağlı olarak sınırlandırılmayacağı gibi bir sonuç çıkmakta ise de; Anayasa hukuku öğretisindeki genel eğilim aksi yönde olup böyle bir sonucun kabul edilemeyeceği, aksi takdirde örneğin; herkese dilediği alanda ve dilediği muhtevada sözleşme yapmak konusunda serbesti tanınması gibi akla ve mantığa uygun olmayan sonuçların doğacağı ileri sürülmektedir. Bu konudaki tartışmalar ve görüşler için bkz. Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 8. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2010, s. 124 vd.; Ateş, s.57 vd. Buna karşın *Sağlam*, Anayasa'da bazı hak ve özgürlükler bakımından hiçbir özel sınırlama nedeni olmayışının bu özgürlüklerin sınırsız olduğu şeklinde yorumlanamayacağını, zira günümüzde doğal hukuka dayalı sınırsız bir özgürlük anlayışının terk edildiğini, hak ve özgürlüklere hiçbir sınırlama getirilmese bile bunların niteliklerinden ve eşyanın tabiatından kaynaklanan doğal sınırlarının bulunduğunu ifade etmektedir. Bkz. Mehmet Sağlam, "Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu", **Anayasa Yargısı**, Cilt:19, s.254 vd. Sözleşme özgürlüğüne ilişkin maddede özel sınırlama nedenine yer verilmemiş olması bu hakkın sınırsız olarak kullanılabilmesi anlamına gelmez. Örneğin kişilik haklarına aykırı bir sözleşme içerikleri bakımından Anayasa'nın 12. maddesine ve sosyal devlet ilkesine aykırı olacaklardır. Bkz. Fazıl Sağlam, "2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları", **Anayasa Yargısı**, Cilt:19, s.293. *Yüzbaşıoğlu*'na göre, genel ahlâk, kamu düzeni ve kamu yararının korunması amacıyla sınırlanabilmesi sözleşme özgürlüğünün içeriğine ve niteliğine uygun sınırlama sebepleridir. Dolayısıyla bunlar, Anayasa'nın 48'inci maddesine konulabilir. Bkz. Necmi Yüzbaşıoğlu, "Türk Anayasasının Avrupa Anayasasına Uyum Sorunu Üzerine Bir Değerlendirme", **Anayasa Yargısı**, Cilt:22, s.346. *Özbudun*'a göre 2001 tarihli değişiklik sonrasında 13'üncü madde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uyumlu hale gelmiştir. Düzenleme bu bakımdan olumludur. Bkz. Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 8. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2004, s.102. *Aliefendioğlu*'na göre, bu değişiklik sonrasında madde, özgürlükleri genel nedenlerle sınırlayan bir madde olmak yerine, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında ilke belirleyen duruma gelmiştir. Böylece, sınırlama nedenleri ilgili maddelere yerleştirilerek özgürlüklerin özelliğine göre farklılaştırılmış sınırlama rejimine geçilmiştir. Bkz. Yılmaz Aliefendioğlu, "2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Getirdiği Yeni Boyut", **Anayasa Yargısı**, Cilt:19, s.154. *Tülen*'e göre, 13'üncü maddede yapılan bu değişiklik sonrasında madde artık genel sınırlama sebeplerinin öngörüldüğü bir madde olmaktan çıkıp genel bir koruma maddesi haline gelmiştir. Bkz. Hikmet Tülen, "3.10.2001 Tarihli ve 4709 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişiklikleri Üzerine Genel Bir Değerlendirme", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2001, Cilt: V, Sayı:1-4, s.201.

olarak tanzim edilen sözleşmeler sözleşme özgürlüğünün sınırları içinde kabul edilemez.

Hukuka aykırılık, sözleşme içeriğinin hukukun emredici bir normuyla çatışması demektir. Söz konusu emredici norm ceza hukukundan doğabileceği gibi, idare hukuku veya özel hukuk kaynaklı da olabilir¹⁰³. Genel bir ifadeyle, hukuka aykırılıktan maksat Türk pozitif hukuk kurallarına aykırılıktır¹⁰⁴. Mesela üçüncü kişinin vücut bütünlüğünü ihlal, mallarını tahrip veya hırsızlık gibi suç teşkil eden bir fiili işleme sözleşmesi, sahte para basmayı içeren bir istisna sözleşmesi, memurun kamu hizmetini yapmaması amacıyla yapılan sözleşmeler, ihtiva ettikleri edim itibarıyla hukuka (ceza hukukuna) aykırı oldukları için objektif hukukça yasaklanmıştır¹⁰⁵.

İnsanın sahip olduğu yaşam hakkı, vücut ve ruh bütünlüğü, şeref ve onuru, kişi özgürlüğü gibi temel kişilik haklarına aykırı sözleşme yapılması da sözleşme özgürlüğünün sınırlarını oluşturmaktadır. Kişilik hakları gerek ulusal mevzuatımızda, örneğin Türk Medeni Kanunu (MK m.23-24) ve Türk Ceza Kanunu'yla, gerekse uluslararası düzenlemelerle, örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) koruma altına alınarak kişilik haklarının korunmasıyla ilgili emredici kurallara yer verilmiştir. Dolayısıyla kişilik haklarına müdahale niteliği taşıyan, örneğin kişiye hakaret edilebileceğini veya özgürlüğünün sınırlandırılabilirliğini içeren bir sözleşme kişilik haklarına müdahale ve aynı zamanda hukuka aykırılık olacağından böyle bir sözleşmenin geçerli olması kabul edilemez¹⁰⁶.

Ahlâka aykırılık ise, bir toplumun belirli bir döneminde yaşayan ve ortalama zekâ seviyesine sahip makul bireylerin birçoğu tarafından kabul edilen genel değer

¹⁰³ Eren, s.295; Türkan Yalçın Sancar, **Çok Faili Suçlar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1998, s.129.

¹⁰⁴ Hüseyin Hatemi, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK. m.65 Kuralı)**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976, s.142.

¹⁰⁵ Eren, s.298-299.

¹⁰⁶ H. Erman, ss.612-613; Eren, ss.297-298; Başyigit, s.8. *Özsunay*'ın "boğazlama sözleşmeleri" olarak adlandırdığı, kişiyi her yönden sınımsız bağlayan ve ekonomik varlığını tehlikeye düşüren sözleşmeler hükümsüzdür. Bkz. Ergun Özsunay, **Borçlar Hukuku I**, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1983, s.56.

yargılarına, yani genel ahlâka aykırılıktır¹⁰⁷. Görüleceği üzere, ahlâka aykırılık nispi bir kavram olup toplumdan topluma, zamandan zamana ve hatta aynı toplumda, aynı zaman dilimi içerisinde kişiden kişiye göre bile değişebilir. Dolayısıyla genel ahlâka aykırılık halleri çoğu zaman kanunlarla yasaklanır ve yaptırıma bağlanır. Zaman zaman genel ahlâka aykırılık halleri suç olarak ceza yasalarında da düzenlenebilir. Örneğin, bir kamu görevlisinin görevi kapsamındaki bir işi yapmamak için menfaat temin etmesi esasen bir ahlâka aykırılık halidir. İşte bu ahlâka aykırılık, TCK’da rüşvet suçu olarak düzenlenmiştir. Şüphesiz ki ahlâka aykırılık halleri sadece kanunlarda suç olarak belirlenen eylemlerle sınırlı değildir. Örneğin, geçmişte suç olarak kabul edilen zina, MK’da bir boşanma sebebi olarak düzenlenmiştir. Yine sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın borçlunun iktisaden mahvolmasına sebebiyet verecek derecede ağır ve yüksek olması da bir suç olmamasına karşın Yargıtay tarafından ahlâka aykırı kabul edilmektedir¹⁰⁸.

Kamu düzeni, toplumun önemli ve doğrudan doğruya menfaatlerini koruyan hukuk kurallarını kapsar¹⁰⁹. İçeriği kamu düzenine aykırı olan sözleşmeler de aslında emredici bir hukuk kuralını ihlal etmekte oldukları için hukuka aykırıdır¹¹⁰. Kamu düzenini ilgilendiren konular genellikle Anayasa veya ceza kanunlarının suç saydığı fiiller olarak karşımıza çıkarlar¹¹¹. Gerçekten de TCK’nın “*Ceza Kanununun Amacı*”

¹⁰⁷ Eren, s.300. Diğer bir deyişle, sözleşmenin içeriğinin ahlâka aykırı olup olmadığı, hâkimin kendi ahlâk anlayışına göre değil, toplumun çoğunluğu tarafından kabul edilen genel değer yargılarına göre tayin edilecektir. Bkz. H. Erman, s.610.

¹⁰⁸ Yarg. 13. HD, 17.2.2003 tarih, 2002/14711 E. ve 2003/1355 K. sayılı ilamı için bkz. Kazancı Bilişim- İhtihat Bilgi Bankası.

¹⁰⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 402. *Başığit*’e göre kamu düzeni, belli bir ülkede, belli bir zaman diliminde, toplumun ve devletin çıkarlarını çok yakından ilgilendiren ve tüm hukuk kurallarının oluşturduğu düzeni ifade eder. Bkz. *Başığit*, s.7. *Özsunay*’a göre ise, uygulamalarında toplumun kesin çıkarlarının bulunduğu tüm hukuk kurallarından oluşan düzene kamu düzeni denir. *Özsunay*, s.56.

¹¹⁰ Eren, s.296.

¹¹¹ Buna karşın, özel hukuk düzenlemeleriyle de kamu düzenine ilişkin kurallar getirilebilir. Örneğin; ceza kanununda suç olarak düzenlenmeyen haksız bir fiilin işlenmesi taahhüdünü içeren bir sözleşme de bu anlamda sözleşme serbestisinin sınırları içinde olabilir. Bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s.403. Yargıtay da bir kararında TTK’nın faiz oranlarının aşılmasına ilişkin TTK’da yer alan düzenlemenin (m.1466) tamamen koruyucu amaç taşıyan ve kamu düzenini ilgilendiren hüküm

başlıklı 1'inci maddesinde de açıkça belirtildiği gibi, ceza kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, **kamu düzen** ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. O halde, suç teşkil eden eylemler ceza kanununda ve ceza hükmü içeren özel yasalarda suç olarak düzenlenir ve böylece kamu düzeni korunmaya çalışılır. Dolayısıyla, konusu suç teşkil eden bir sözleşme, sözleşme özgürlüğü ilkesine sınır teşkil eder ve böyle bir sözleşme hukuken geçerli değildir.

Son olarak sözleşmenin içeriğinin, yani içerdiği edimin yahut edimlerden birinin başlangıçtan itibaren objektif ve mutlak biçimde imkânsız olması halinde imkânsızlıktan bahsedilir. Örneğin satış sözleşmesine konu evin sözleşme yapılmadan önce yanmış olması gibi. Kısacası, imkânsızlık halleri de sözleşme özgürlüğünün sınırlarındandır.

C. Tefeciliğin Suç Olarak Düzenlenmesinin Sözleşme Özgürlüğü İlkesine Aykırılığı Sorunu

Bu başlık altında iki ayrı soruya cevap aramak gerekir. Bunlardan ilki, son çare (*ultima ratio*) ilkesinin geçerli olduğu bir hukuk sisteminde tefeciliğin suç olarak düzenlenmesinin gerekli olup olmadığı; ikincisi ise tefecilik suçuna ilişkin mevcut TCK m.241'in Anayasal bir hak olan sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırılık taşıyıp taşımadığıdır.

Ceza hukukunun son çare (*ultima ratio*) olarak devreye girdiği bir hukuk sisteminde tefecilik eyleminin, başka bir deyişle konusu tefecilik olan sözleşmelerin ceza kanunlarıyla suç sayılıp yasaklanması gerekir mi? Sorunun cezai değil ama özel hukuk hükümleriyle çözümlenmesi yeterli değil midir? Örneğin TBK'da aşırı yararlanma hükümleri varken ayrıca tefeciliğin bir de suç olarak kabul edilmesi gerekli midir?

Aşağıda da ayrıntılı olarak ele alacağımız üzere, tarihin en eski dönemlerinden bu yana tefecilik ve aşırı faiz varlığını sürdürmüştür. Tefecilik eylemleri ve aşırı faiz nedeniyle birçok toplumda ekonomik olarak güçsüz ve zayıf

olduğunu belirtmiştir. Bu yönde Yarg. 15. HD, 06.07.2004 tarih, 2003/6364 E. ve 2004/3764 K. sayılı ilamı için bkz. Kazancı Bilişim- İctihat Bilgi Bankası.

durumda olanlar ezilmiş; zengin ve fakir arasındaki ayırım belirginleşmiş, bu durum sosyal, ekonomik ve ailevi trajedilerin yaşanmasına sebep olmuştur. Tüm bu nedenlerden dolayı tarihin en eski dönemlerinde dahi devletler ve toplumlar tefecilikle ve aşırı faizle savaşmak için çeşitli yaptırımlar öngörmüşlerdir. Öyle ki din kitaplarında dahi aşırı faiz ve tefecilik yasaklanmıştır¹¹².

Günümüzde ise özellikle ekonominin ve bankacılığın az geliştiği ülkelerde yaşanan ekonomik krizler sonucu kişiler temel hayati ihtiyaçlarını karşılayabilmek ve içinde buldukları nakit sıkıntısını aşabilmek için aşırı faizle borç para veren kişilere, yani tefecilere başvurmakta, yüksek faizler karşılığı borç para almakta, geri ödeme günü geldiğinde ise işletilen yüksek faiz bir tarafa anaparayı dahi ödeyememekte, süreç içerisinde borç iyice büyümekte ve hiç ödenemez bir hal almaktadır.

Çoğu zaman alınan borç karşılığında taşınmazlar ipotek ettirilmekte ve kişiler ihtiyaçlarını karşılayabilmek için aldıkları yüksek faizli borç sebebiyle tüm malvarlıklarını kaybedebilmektedirler. Geri ödenemeyen borcun tahsili amacıyla zaman zaman kişiler üzerinde çeşitli şekillerde tehdit ve baskı kurulduğu ve birtakım suç örgütlerinin yardımına başvurulduğu da bilinen bir gerçektir. Dolayısıyla uygulamaya bakıldığında, tefecilik suçunun çoğu zaman örgütlü suçlulukla da bağlantısı olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

İstatistikî veriler ve özellikle 2010 yılı MASAK Faaliyet Raporu da incelendiğinde, Türkiye’de özellikle ekonomik krizlerin patlak verdiği dönemlerde tefecilik suçlarında büyük oranda artış olduğu ve son dönemlerde ekonomik alanda işlenen suçların büyük bir çoğunluğunu tefecilik suçlarının oluşturduğu görülmektedir. Diğer taraftan tefeciden faiz karşılığı ödünç para alanlar çoğu zaman ekonomik olarak zor bir durum içinde bulunmakta ve bu zor durum tefeci tarafından sömürülmektedir. Tefeci, ekonomik olarak darda bulunan kişinin zor durumundan faydalanarak aşırı ve haksız bir kazanç elde etmekte iken, tefeciden borç para alan kişinin içinde bulunduğu ekonomik sıkıntı daha da artmakta ve hatta bazen tüm malvarlığını kaybedebilmektedir. Bu durum da şüphesiz ki kamu düzenini, sosyal ve toplumsal barışı bozmaktadır.

¹¹² Bu konuya aşağıda *Tarihçe* bölümünde değinilecektir.

Bilindiği gibi, TCK'nın ilk maddesinde Ceza Kanunu'nun amacı düzenlenmiştir¹¹³. Buna göre, toplumsal düzeninin sağlanması ve vazgeçilmez nitelikteki yararların korunması bakımından bir eylemin suç haline getirilmesi mümkündür¹¹⁴. Şüphesiz ki kanun koyucu bir eylemi suç haline getirirken bir takım kriterleri esas alacaktır ki bunlar da Anayasa kuralları, ceza hukuku ilkeleri ve toplumsal yaşamın zorunluluk ve gereklilikleridir¹¹⁵. Bazen bir eylem ile toplumsal barış, kamu düzeni ve kişi hak ve özgürlükleri öylesine zedelenmektedir ki, bu eylemin özel hukuk hükümleri çerçevesinde yasaklanması ve yaptırım altına alınması yeterli gelmez ve bu eylem aynı zamanda suç olarak düzenlenerek ceza kanunlarıyla da yaptırım altına alınır¹¹⁶. Bu anlamda TBK'da yer alan aşırı yararlanma

¹¹³ TCK m.1- Ceza Kanununun amacı:

“Ceza Kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Kanunda, bu amacın gerçekleştirilmesi için ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri düzenlenmiştir.”

¹¹⁴ Veli Özer Özbek, **TCK İzmir Şerhi- Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı**, Cilt:1, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, (Şerh 1), s.41; Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.30; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s.26 vd. Veli Özer Özbek, M. Nihat Kanbur, Pınar Bacaksız, Koray Doğan ve İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, (Genel Hükümler), s.41.

¹¹⁵ AYM, 06.04.1971 tarih, 1971/2 E. ve 1971/36 K. sayılı; 11.12.1980 tarih, 1980/63 E. ve 1980/68 K. sayılı; 27.09.2006 tarih, 2004/63 E. ve 2006/94 K. sayılı; 05.03.2009 tarih, 2007/85 E. ve 2009/42 K. sayılı ilamları için bkz. T.C. Anayasa Mahkemesi, “Kararlar”, www.anayasa.gov.tr, (19.12.2011). Yargıtay'a göre de *“cezalandırma veya cezalandırmama yetkisi devlete ait olup, bu konuda kurallar koyma yetkisinin yasa koyucu tarafından kullanılacağı doğaldır. Fakat bu yetkinin kullanılmasında, ortada toplumdaki kaynaklanan bir gereksinim olmalı ve bu gereksinimin giderilmesinde insan haklarına saygılı hukuk devleti ilkesi ve bunun bir sonucu olarak da adalete uygunluk ölçüsü gözetilmelidir.”* şeklindeki YCGK, 27.03.2001 tarih, 2001/9-32 E. ve 2001/37 K. sayılı ilamı için bkz. Kazancı Bilişim- İçtihat Bilgi Bankası.

¹¹⁶ *“Sosyal normdan sapılmasından doğan zarar, toplumla beraber, özellikle ve daha çok kişiyi ilgilendirmekte ve zararın meydana gelmemesi, zarar meydana geldiğinde giderilmesi için kişilerin hürriyetlerini sınırlama veya önemli diğer bazı haklarını kısıma veya yok etme gibi ağır müeyyidelerin uygulanmasını gerektirmiyorsa, sadece hukuki müeyyidelerle yetinilmektedir. Günümüzün toplumlarında bunlar, medeni hukukun zarar ziyan, tazminat, eski hale getirme gibi müeyyidelerini oluşturmaktadırlar. Buna karşılık gerek meydana gelecek zararların ağır olması ve sosyal barış ve*

hükümlerinin yanı sıra tefecilik eylemi gerek 01.06.2005 öncesinde 2279 sayılı Kanun ve 90 sayılı KHK, gerekse 01.06.2005 sonrasında 5237 sayılı TCK ile suç olarak kabul edilmiştir. Ancak yine de her ülkede tefeciliğin suç olarak kabul edildiği söylenemez. Ülkelerin ekonomik verileri ve gereklilikleri, toplumsal hayatın zorunlulukları, yine eylemin toplumda yarattığı haksızlık ve kamu düzenini zedelediği ölçülerde devletler tefeciliği suç olarak düzenleyip düzenlememe tercihini

sükûnu esaslı surette ve sürekli biçimde bozabilmek eğilimini taşıması bakımından, gerek gelecekteki zararların mümkün olduğu ölçüde ortadan kaldırılması için kişilerin hayat, sıhhat, hürriyet ve haklarını esaslı şekilde ihlal eden, onları belirli yoksunluklara tabi kılan ve azap ve ızdırap verici nitelikte olan müeyyidelerin uygulanması gerektiğinde sosyal düzen ve disiplin 'ceza' adı verilen müeyyidelerle sağlanır." Bkz. Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku- Genel Kısım**, Cilt:1, 12. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997, (C:1), ss.3-4. Aynı yönde bkz. Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005, s.195 vd. *"...Günümüz ceza hukukunda yasakoyucuyu bir fiili suç haline getirmeye ya da suç olmaktan çıkarmaya iten husus SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER kavramıdır. Bu anlamda hukuki değer öyle önemli olmalıdır ki yasakoyucu onu korumak için ceza hukukundan yararlanabilsin. Bu çerçevede ceza kanunkoyucusu iki ölçüden hareket eder. 1- CEZALANDIRILABİLİR olma 2- CEZALANDIRMA GEREĞİ. Buradaki denge, hukuksal değerlerin ceza hukuku yoluyla korunma yani toplumsal yaşama ceza hukuku ile müdahale ve dinamik bir toplumsal yaşam arasında oluşturulmalıdır. Bu denge sürekli olarak toplumun gelişim düzeyi yakından izlenmek suretiyle takip edilmelidir. CEZA HUKUKU TOPLUMU DURAĞAN HALE GETİRMEMELİDİR. İşte yasakoyucuyu bir fiili suç haline getirip yaptırım tayin ederken kısıtlayacak husus budur. Bu çerçevede ultima ratio ticari suçlar bakımından da kaçınılmaz bir ilkedir. Buna göre bir fiilin ticari suç haline getirilip ceza yaptırımına bağlanması, bağlanmaması halinde ortaya çıkacak zarardan daha az bir zarar ortaya çıkarıyorsa kabul edilebilir. Aksi halde ceza hukuku dışındaki hukuk dallarına ve onun yaptırımlarına başvurulmalıdır..."* Bkz. Veli Özer Özbek, "Ticari Ceza Hukukuna Hakim Olan Ceza Hukuku İlkeleri ve Markalar Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Yapılan Değişikliklerin Söz Konusu İlkeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi", **Ceza Hukuku Dergisi**, Nisan 2009, Sayı:9, s.25. Örneğin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na (FSEK) göre, bir eserden iktibas serbestisinin sınırlarını aşmak veya usule aykırı bir şekilde iktibas yapılması hukuki koruma altına alınmış ve eser sahibine tazminat veya müdahalenin menî gibi hukuk davaları açma hakkı tanınmış olmasının yanı sıra, söz konusu eylem FSEK m.71 uyarınca bir suç olarak ihdas edilmiştir. Yine bir kimsenin malına kasten zarar verilmesi halinde bu eylem hem özel hukukla koruma altına alınmış ve mal sahibine tazminat davası açma hakkının yanı sıra söz konusu eylem TCK m.151'inci maddesinde mala zarar verme suçu olarak düzenlenmiştir. Yargıtay da bazı eylemlerin özel hukuk yanında ayrıca ceza hukukunun konusunu da oluşturabileceğine karar vermiştir. Bu yönde Yarg. 11. CD, 20.05.2002 tarih, 2002/4467 E. ve 2002/4434 K. sayılı ilamı için bkz. Kazancı Bilişim- İctihat Bilgi Bankası.

kullanılmaktadırlar. Fakat bugün en azından Kıta Avrupası ülkelerinin birçoğunda tefeciliğin suç olarak kabul edildiğini söyleyebiliriz. Açıkladığımız gerekçelerle, tefeciliğin suç olarak kabul edilmesinin gerek ceza hukukunun son çare olma özeliğine gerekse sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırılık teşkil ettiğini düşünmüyoruz.

Buna karşın TCK m.241’de yer alan düzenlemenin mevcut haliyle sözleşme özgürlüğü ilkesi bakımından sıkıntılı olduğunun da altını çizmek gerekir.

Şüphesiz ki kanun koyucu bir eylemi suç kabul edip bu eylem hakkında ceza öngörürken en başta kişi özgürlükleri olmak üzere diğer bazı hukuksal değerleri de mutlaka göz önünde bulundurmaya zorundadır. Bir eylemi suç haline getirerek korunmak istenen hukuksal değer ile onu koruma yöntemi arasında bir oran olması gerekir. Aksi takdirde bireylerin özgürlük alanı aşırı ve nedensiz bir biçimde daraltılmış olacaktır¹¹⁷.

TCK m.241’de neredeyse her türlü ödünç verme eylemi suç sayılmıştır. Böyle bir düzenlemenin son derece sakıncalı olduğu ortadadır. Sözleşme özgürlüğü temelinde, iradenin özgür olmasına yani irade özgürlüğüne dayanır. Oysa tefecilik mahiyetli sözleşmelerde borç para alanın tam bir irade özgürlüğü içinde olduğu söylenemez. Faizle borç para alan kişi ekonomik olarak zor bir durum içindedir yahut tecrübesizlik veya temyiz kudretindeki eksiklik gibi iradeyi sakatlayan bir sebeple bu sözleşmeyi yapmaktadır. Buna karşın TCK m.241’de kişinin içinde bulunduğu zor durumdan ve/veya zaruret halinden bahsedilmiş değildir.

Yine tefeciliğin temelinde tıpkı gabinde olduğu gibi borç para alanın içinde bulunduğu bu zaruret halinin veya zor durumun sömürülmesi ve böylelikle failin kendisine aşırı yüksek kazanç sağlaması yatmaktadır. Gerçekten de, taraflardan birine, diğeri aleyhine aşırı derecede menfaat sağlayan bir sözleşme de aslında ahlâka aykırı bir sözleşme sayılır. Özellikle tarafların aynı sözleşmeyle birbirlerine borçlandıkları edimler arasında önemli ölçüde bir nispetsizlik varsa, durum böyledir¹¹⁸. Başka bir deyişle, faili cezalandırmak istememizin bir diğeri sebebi onun karşı tarafı sömürmek suretiyle aşırı oransız bir menfaat elde etmiş olmasıdır. Oysa TCK m.241’de bu yönde de bir düzenleme bulunmamaktadır.

¹¹⁷ Yener Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s.1056.

¹¹⁸ Eren, s.303.

Kısacası TCK m.241’de ne kişinin içinde bulunduğu zor durum veya zaruret halinden ne de onun bu halinin sömürülmesi gerektiğinden ve failin aşırı oransız bir menfaat elde etmiş olmasından bahsedilmiştir. Oysa tefecilik eyleminin suç haline getirilmesinin altındaki asıl mantık gereği TCK m.241’de kişinin içinde bulunduğu “zor durum”, “sömürme” ve “edimler arasındaki aşırı oransızlığa” mutlaka yer verilmelidir.

TCK m.241’in mevcut haline göre cezalandırılan eylem “kazanç sağlamak amacıyla başkasına ödünç para vermek”ten ibarettir. Görüleceği üzere, burada asıl cezalandırılan, kazanç sağlamak amacıyla borç verme sözleşmesi yapmaktır. Başka bir deyişle tüketim ödünç sözleşmesi cezalandırılmaktadır. Oysa sözleşmeler kazanç sağlamak amacıyla yapılabilir ve bunun sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırı olduğu, dahası bir suç olabileceği de söylenemez. Nitekim satış sözleşmesi, kira sözleşmesi gibi sözleşmeler de kazanç sağlamak amacını taşır. Önemli olan taraflardan birinin içinde bulunduğu zaruret halinin veya iradesindeki zayıflığın sömürülmemesi ve böylelikle taraflardan birinin aşırı menfaat elde etmemesidir. Kısacası TCK m.241’de borç alanın zor durumuna, iradesindeki zayıflığa, sömürme şartına ve edimler arasındaki aşırı oransızlığa yer verilmeksizin bir tefecilik eylemi tanımlamak sözleşme özgürlüğü ile bağdaşır nitelikte değildir.

Kural olarak tefeciliğin suç olarak tayin edilmesi sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırı değildir. Ancak TCK m.241’de belirtilen şekildeki bir suç tanımı yetersiz, Anayasa m. 48’de yer alan sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırıdır. Bu esaslar çerçevesinde söz konusu düzenlemenin tekrar gözden geçirilmesi gerekmektedir.

V. TEFECİLİK SUÇUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ

A. Genel Olarak

İnsanlar arasında para ve mal alışverişinin başladığı, toplumlarda zengin ve fakir sınıfının doğduğu dönemlerden, yani tarihin çok eski dönemlerinden bu yana, ekonomik olarak güçlü durumda olanın bu statüsünü korumak ve hatta daha da güçlendirmek isteğinden kaynaklı olarak tefecilik eyleminin var olduğunu söylemek mümkündür. Şüphesiz ki, tarihin eski dönemlerinde var olan tefecilik suçu ve

tefecilik suçuna ilişkin yasaklar bugün anladığımız ve kanunlarımızda yer alan tefecilik suçu ve yaptırımıyla birebir örtüşmemektedir¹¹⁹. Tarihin eski çağlarında tefecilik, faizcilikle ve aşırı faiz ile iç içe geçmiş bir kavramdı.

İşte tefeciliğin var olduğu tarihin bu eski dönemlerde dahi tefeciliğin (aşırı faizin) önlenmesine ilişkin bazı kanuni düzenlemeler ve yasaklar var olagelmıştır. Bu sebeple aşağıda yapacağımız açıklamaların büyük bir kısmında tarihin eski dönemlerindeki faize ilişkin düzenlemelere de yeri geldikçe değineceğiz.

B. Eski Toplumlarda ve Antik Yunan Hukukunda Tefecilik

Bugün gerek ceza kanunumuzda ve gerekse karşılaştırmalı hukuk düzenlerinde yer alan tefecilik suçuna ilişkin düzenlemelerin temelinin tarihin eski dönemlerinde yaşayan toplumlardaki uygulamalara dayandığını ve bu anlamda tefecilik suçunun tarihin en eski suç tiplerinden birisi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim tefeciliğe ilişkin düzenlemelerin milattan önce XVI. yüzyıllara dayandığı ifade edilmektedir¹²⁰.

Esasen Musevilikte faiz ve tefecilik yasaklanmıştır. Söz konusu yasak, daha çok dini emirlere dayalı bir tefecilik ve faiz yasağıdır. Bu yasak önceleri zor durumda olan belli vatandaşlara karşı gerçekleştirilen tefecilik eylemleri bakımından geçerliydi. Örneğin, arkadaş, dul, öksüz ve yetimden faydalanmak ve onları sömürmek; fakir bir Yahudi vatandaşından faiz kazancı elde etmek yasaklanmıştı. Kısacası ekonomik olarak zor durumda olan kardeşe ve arkadaşına destek olunması emredilmiş, onlara faiz veya başkaca bir kazanç karşılığında para ve besin maddesi verilmesi yasaklanmıştı¹²¹.

Daha sonraları ise bu yasak genişletilmiş ve bir Yahudi'nin başka bir Yahudi'yi sömürmesi ve ona faiz veya başkaca bir kazanç karşılığında para ve besin maddesi vermesi yasaklanmıştı. Ancak bu yasak da sadece Yahudi vatandaşlar

¹¹⁹ Hohendorf, Individualwucher, s.34; Steinborn, s.12.

¹²⁰ Hug, s.3; Steinborn, s.12.

¹²¹ Neumann, s.2; Mahnke, s.12; Steinborn, 13.

arasında geçerli idi. Yani bir Yahudi'nin bir yabancından yahut Yahudi olmayan birinden faiz alması yasaklanmış değildi¹²².

Görüleceği üzere, Yahudiler arasında genel anlamıyla faiz yasağı kabul edilmiş olmakla birlikte bu yasağın bugünkü anlamda ve hukuki anlamda bir tefecilik yasağından çok dini anlamda ve dinin gereklerine dayalı bir yasaktı.

Antik Yunan'da ve Perslerde ise durum daha farklıydı. Zira Yahudilerden farklı olarak Perslerde ve Eski Yunanda canlı bir ticari yaşamdan ziyade tarım yaygındı. Yunanlar ve Persler çoğunlukla çiftçilikle uğraşmaktaydılar. Bu dönemde, yapılan bir sözleşmenin şekle uygun olarak yapılması onun hukuki olarak varlığının kabul edilmesi ve uygulanması için yeterliydi. Yani sözleşmenin içeriği değil, şekline önem verilmekteydi. Bu durum haliyle ekonomik olarak güçlü durumda bulunanın lehine işlemekteydi. Gerçekten de ekonomik olarak güçlü durumda bulunan taraf şekle uygun bir sözleşme yapmak suretiyle kendi ağır şartlarını güçsüz tarafa kabul ettirebiliyor ve uygulatabiliyordu¹²³.

Bu sistem Antik Yunan'da faizin serbest hale gelmesi ile sonuçlanmıştır. Yani Antik Yunan'da faiz serbestisi söz konusu idi¹²⁴. Bu durum Antik Yunan'da özellikle Eflatun ve onun öğrencisi olan Aristo tarafında eleştirilmiş ve faizin haksızlığı, uygunsuzluğu üzerinde durularak faizi hoş görmenin ve kabul etmenin

¹²² Hohendorf, Individualwucher, s.35. (Tevrat, Çıkış Bölümü, Bab:22, Ayet 25): “Eğer kavmine, yanında olan bir fakire ödünç para verirken, ona murabahacı olmayacaksın. Onun üzerine faiz koymayacaksın.”; (Tevrat, Levililer Bölümü, Bab:25, Ayet: 35, 36): “Ve eğer kardeşin fakir düşer ve senin yanında zayıf olursa, ona yardım edeceksin; senin yanında garip ve misafir gibi yaşayacak. Ondan faiz ve kar alma. Allah'tan kork, ta ki kardeşin senin yanında yaşasın.”; (Tevrat, Tesniye Bölümü, Bab:23, Ayet:19-20): “Para faizi olsun, zahire faizi olsun, yahut ödünç verilen bir şeyin faizi olsun, faizle kardeşine ödünç vermeyeceksin. Yabancıya ise faizle ödünç verebilirsin; fakat kardeşine faizle ödünç vermeyeceksin.” Bilgi için bkz. Sedef Pelin Gürlek, **Ticari İşlerde Faiz**, (Avukatlık Staj Bitirme Raporu), Ankara, 2006, ss.7-8. Ayrıca bkz. Kürşat Haldun Akalın, “Alman Reformistlerin Tefecilik Yorumu”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Cilt:12, Sayı:1, Yıl:2010, ss.9-10; Mahmut Tefik Evren, **Mevzuattaki Son Değişikliklerle Öğretide ve Uygulamada Faiz Hukuku**, Yetkin Yayınevi, İstanbul, 1987, s.23.

¹²³ Hohendorf, Individualwucher, s. 35 vd.

¹²⁴ Hug, s.3.

mümkün olmadığı ileri sürülmüştür¹²⁵. Bu konuda özellikle Aristo'nun "**Para parayı doğurmaz**" (*Unfruchtbarkeit des Geldes*) teorisinin zikredilmesi gerekir. Teoriye göre, para bir servet değildir. Servet mallardan yararlanabilmektir. Faiz, adalete aykırıdır ve doğal sayılmayan bir gelirdir. Aristo'ya göre faiz, paranın parayı doğurması demektir. Oysa para parayı doğurmaz¹²⁶. Ona göre faiz, kısır tavuktan yumurta almaya çalışmak gibi yanlış bir düşüncedir¹²⁷. Eski Yunanda mevcut yerleşik faiz serbestisi anlayışı karşısında Aristo'nun bu teorisinin oldukça dikkat çekici ve sıra dışı olduğunu kabul etmek gerekir.

C. Roma Hukukunda Tefecilik

Roma hukukunun ilk zamanlarındaki özel hukuk sözleşmelerinde mutlak bir serbesti söz konusu idi. Bu mutlak serbesti kapsamında karşı tarafı sömüren mahiyette sözleşmeler de yapılabiliyor ve buna müsaade ediliyordu¹²⁸. Dolayısıyla bu dönemde sözleşme özgürlüğü ilkesine dayanılarak toplumun ileri ve zengin

¹²⁵ Hohendorf, Individualwucher, s.36; Steinborn, s.13; Herrmann, s.10. Aristo, "Politika" adlı eserinde "...Faiz uygulamasından nefret edilir; bu, bütünüyle haklı bir nefrettir, çünkü faiz, paranın kendisinden elde edilen bir kazançtır, kendisi için para temin edinilen bir şeyden ortaya çıkan bir ürün değildir. Para bir değiş tokuş aracı olarak tasarlanmıştır, faiz paranın kendisindeki bir artışı ifade eder. Bir tarımsal ürün ya da bir hayvan yavrusundan konuşuyormuş gibi, faizden bir kazanç olarak bahsediyoruz; çünkü her hayvan benzerini doğurur, faiz ise paranın doğurduğu paradır. Bu yüzden bütün zenginliğe sahip olma yolları arasında, doğaya en aykırı olanı budur..." diyerek faizi eleştirmiştir. Bkz. Aristo, **Politika**, çev. Ersin Uysal, Dergah Yayınları, İstanbul, 2010, ss.30-31; Mehmet Helvacı, **Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000, s.13.

¹²⁶ Lämmel, s.10; Hüseyin Yılmaz, "İşletme Finansı Düşüncesinin Kökenleri", **Ulakbim**, <http://uvt.ulakbim.gov.tr>, (27.06.2011), s.183; Evren, s.22.

¹²⁷ Ali İhsan Er, "Faiz Meselesi", 31.05.2003, http://www.cevaplar.org/index.php?content_view=659&ctgr_id=44, (27.06.2011).

¹²⁸ Constantin Isopescu-Grecul, **Das Wucherstrafrecht v1: Der Kredit und Barwucher**, Hirschfeld Verlag, Leipzig, 1906, s.29; W. Schwarz, s.3; Preis, s.11; Jochen Dilcher, **Die Zins-Wucher-Gesetzgebung in Deutschland im 19. Jahrhundert- Eine entwicklungsgeschichtliche Betrachtung unter besonderer Berücksichtigung wirtschaftlicher und wirtschaftspolitischer Faktoren**, Frankfurt am Main, 2002, s.134; Hohendorf, Individualwucher, s.36; Steinborn, s.13.

kesimi (*patricius'lar*)¹²⁹ tarafından toplumun güçsüz olan kısmı (*plebs'ler*)¹³⁰ sömürülmüş ve adeta köleleştirilmiştir. Haliyle, bu dönemde tefecilik ve faiz (*usuare*)¹³¹ kelimelerine yüklenen anlam “ekonomik olarak güçlü olanla zayıf olanın savaşı” haline gelmişti¹³².

Roma hukukunda, ödünç verilmiş bir paranın getirdiği kâra, yani faize *usurae*¹³³; faiz karşılığında para ikraz eden kimseye ise *foenerator*¹³⁴; para ikraz eden kimse lehine işleyen faiz yüzdesine ise *foenus (fenus)*¹³⁵ denirdi.

Roma hukukunda faiz yasağına ilişkin ilk kanuni düzenlemelere ise MÖ. 451 yıllarında yapılan On İki Levha Kanunları'nda rastlanmaktadır. Gerçekten de On İki Levha Kanunları'yla azami bir faiz oranı getirilmiş ve bu oran “*fenus unciarium*”

¹²⁹ Roma'nın ilk cemiyetinde *gens*'lere dâhil bulunan kimseler: *Gentiles=patricii= patres* yani asilzadeler. Roma şehrini kurdukları söylenen bu kimseler, uzun asırlar Roma *populus*'unu tek sınıf olmuşlar, bilahare, *pleb*'lere Roma vatandaşlığı hakkı tanındıktan sonra da, uzun zaman, avamdan sayılan *pleb*'ler karşısında cemiyetin asilzadeleri olmuşlardı. İki sınıf arasında cereyan eden uzun bir mücadeleden sonra, cumhuriyetin son asırlarında eşitlikleri sağlanmıştır. Bkz. Ziya Umur, **Roma Hukuku Lüğatı**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1975, (Lügat), s.151.

¹³⁰ Menşei karanlık, umumiyetle çiftçi ve zanaat erbabı Roma nüfusunun kalabalık kütesini teşkil eden zümre. Krallık devrinde vatandaşlık hakları yoktu. Cumhuriyet devrinden itibaren asker olmuşlar, *patricius*'lara nispetle hakları mahdut kalmıştı. *Patricius*'lara eşit hale gelmek için uzun müddet mücadele ettikten sonra, yavaş yavaş bütün *magistralıklara* ve *senatus* azalığına nüfuz ederek, nihayet, cumhuriyet devrinin ortalarından sonra, aynı hakları elde etmişlerdi. Bkz. Umur, Lügat, s.156.

¹³¹ Türkan Rado, **Roma Hukuku Dersleri- Borçlar Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1978, s.66; Ziya Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1999, (Roma Hukuku), s.341.

¹³² Isopescul-Grecul, s.28; Hug, s.4; W. Schwarz, s.3; Hohendorf, Individualwucher, s.36; Leinweber, s.22; Bülent Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, Der Yayınevi, İstanbul 2009, s.155; Murat Topuz, “Fahiş Gabin'in (Laesio Enormis) Roma Sözleşmeler Hukukunda Uygulama Alanı ve Fahiş Gabin'e Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan, Yıl:2007, Sayı:1, s.475.

¹³³ Umur, Lügat, s.215.

¹³⁴ Umur, Lügat, s.74.

¹³⁵ Griesinger, s.10; Dilcher, s.135; Umur, Lügat, s.74; Salvatore Di Marzo, **Roma Hukuku**, çev. Ziya Umur, 2. Baskı, İstanbul, 1959, s.369; Erkan Ildız, **Eski Yunan ve Roma'da Bankerlik**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009, ss.205-206.

olarak adlandırılmıştır. On İki Levha Kanunları'nda yer alan bu düzenlemeyle yıllık faiz oranı azami %8,33 (8 1/3) olarak kabul edilmiştir¹³⁶. Bu faiz sınırlamasıyla faiz yasağının ve tefeciliğin temeline ilişkin ilk kurallar da böylece konulmuştur. Ancak belirlenen faiz haddinin aşılmasına ceza hukukuna değil, özel hukuka ilişkin yaptırım bağlanmıştır. Buna göre borçluya fazla miktarda ödediği faizin geri ödenmesini talep etme hakkı tanınmıştır. Ancak aynı dönemde tam olarak cezai olmasa da ceza hukuku benzeri yaptırımlar da uygulanmaya başlanmıştır. Şahsi dava (*actio poenalis, quadruplatio*) bunlardan birisidir. Kanunda yazılı miktardan daha fazla faiz ödeyen borçlu, şahsi dava açmak suretiyle fazla oranda ödediği faizi dört misliyle geri alabilmekteydi¹³⁷.

Ancak On İki Levha Kanunu'nun bu hükümlerinin pratikte fazlaca uygulanamadığı, zira ekonomik olarak güçlü durumda bulunanların zaten o dönemdeki yargı ve yargısal kararlar üzerinde de oldukça etkili oldukları söylenmektedir¹³⁸.

On İki Levha Kanunları'nı takiben MÖ. 347 yılında azami faiz haddi ortalama % 4,6 oranlarına düşürülmüş ve nihayet MÖ. 342 yılında zengin ve fakir sınıf arasındaki mücadelenin bir neticesi olarak çıkartılan Lex Genucia adlı Kanun'la Romalı vatandaşlar arasındaki her türlü faiz yasaklanmıştır¹³⁹.

İlerleyen zamanda Lex Genucia ile getirilen bu genel faiz yasağı yumuşamaya ve Roma hukukunun ilk dönemlerinde geçerli olan faiz serbestisine dönülmeye başlanmıştır. Gerçekten de, yukarıdaki kurallar çerçevesinde ödünç para

¹³⁶ Ancak bu oranın bir yılın 10 ay olarak kabul edilmesi halinde %10 olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Rühle, s.25. Ayrıca bkz. Mahnke, s.12; Griesinger, s.12; W. Schwarz, s.4; Dilcher, s.135; Steinborn, s.13; Reinhard Zimmermann, **Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?- Die rechtliche Behandlung anstößig-übermäßiger Verträge**, Duncker&Humblot Verlag, Berlin, 1979, s.123; Pohlkamp, s.30; Leinweber, s.22.

¹³⁷ Isopescul-Grecul, s.35; Griesinger, s.12; Hohendorf, Individualwucher, s.37; Pohlkamp, s.30.

¹³⁸ Isopescul-Grecul, s.41; Hug, s.5; Griesinger, s.12; Leinweber, s.22; Hohendorf, Individualwucher, s.37.

¹³⁹ Heinrich Lehmann, **Wucher und Wucherbekämpfung im Krieg und Frieden**, Deichert Verlag, Leipzig, 1917, s.8; Isopescul-Grecul, s.42; Hug, s.6; W. Schwarz, s.4; Dilcher, s.136; Hohendorf, Individualwucher, s.38; Pohlkamp, s.31; Zimmermann, s.123; Rado, s.67; Umur, Roma Hukuku, s.341; Tahiroğlu, s.155; Topuz, s.476; Evren, s.22.

vermek, öncelikle Roma hukukunda “*mutuum*” olarak adlandırılan¹⁴⁰ para veya misli eşya ödünçünün doğmasına ve zaman içerisinde de ödünç verme karşılığında alınan faizin bir para kazanma yöntemi olarak benimsenmesine, yani tefecilik faaliyetine yol açmıştır. Faize ilişkin kanunlarla faiz oranları sınırlandırılmamış ve kişilerin kararlaştırdıkları her türlü faiz geçerli hale gelmiştir. Böylelikle Roma hukukunda On İki Levha Kanunları öncesindeki döneme geri dönülmüş ve yeniden tam bir faiz serbestisi anlayışı egemen olmuştur¹⁴¹.

Faiz serbestinin toplumda doğurduğu sorunlar ve kötüye kullanmalar neticesinde Sezar döneminde (MÖ.51) yıllık faiz oranı %12 ile sınırlandırılmış ve bileşik faiz sistemi (*anatosizm*)¹⁴² yasaklanmıştır. Bu faiz oranının üzerinde bir faiz karşılığı borç para vermek tefecilik olarak adlandırılmış ve hukuki yaptırıma bağlanmıştır¹⁴³. Ayrıca bazı yazarlara göre Sezar döneminde tefecilik için cezai yaptırımlar da uygulanmıştır¹⁴⁴. Öte yandan Sezar döneminde sadece azami faiz oranları belirlenmekle kalmamış aynı zamanda tahıl ve hububat gibi temel yaşamsal ürünler bakımından da üst bir fiyat belirlenmiş ve bu ürünlerin belirlenen fiyatların üstünde satılması yasaklanmıştır¹⁴⁵.

İmparator Dioklotian (MS.284-305) ise kendi imparatorluğu döneminde tüm temel ihtiyaçlar ve ücretlerle ilgili olarak üst bir fiyat belirlenmesini ve bu kurala aykırı davranışların ölüm cezasıyla cezalandırılmasını öngörmüşse de girişimi başarısız kalmıştır¹⁴⁶.

Nihayet Roma hukukunda tefeciliğe ve aşırı faize ilişkin son kanuni düzenlemeler imparator Justinianus dönemine rastlamaktadır. Bu dönemde yine

¹⁴⁰ W. Schwarz, s.4; Umur, Lügat, s.138.

¹⁴¹ Isopescul-Grecul, s.44; Hug, s.6; Leinweber, s.23; Hohendorf, Individualwucher, s.38.

¹⁴² Roma hukukunda bileşik faize verilen ad olup, kökeni Latince “*anathocismus*” kelimesine dayanır. Bkz. Umur, Roma Hukuku, s.342.

¹⁴³ Isopescul-Grecul, s.52; Hug, s.7; Dilcher, s.136; Anreas B. Schwarz, “Türkiye-İsviçre Medeni Hukuku ve Roma Hukuku”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cemil Bilsel’e Armağan**, İstanbul, 1939, s. 421; Evren, s.22.

¹⁴⁴ Theodor Mommsen, **Römisches Strafrecht**, Duehrkohp und Radicke Verlag, Leipzig, 1899, s.850; Hug, s.8.

¹⁴⁵ Mommsen, s.851; Hohendorf, Individualwucher, ss.38-39.

¹⁴⁶ Isopescul-Grecul, s.65; Lehmann, s.9; Griesinger, s.14; Rühle, s.25; Leinweber, s.24; Steinborn, s.14.

azami bir faiz oranı belirlenmiş ve bunun üzerinde faiz alanlar hakkında özel hukuka ilişkin yaptırım öngörülmüştür. Ayrıca tefeciliğe ilişkin olarak mevcut ceza hukukuna ilişkin tüm yaptırımlar kesin olarak kaldırılmıştır¹⁴⁷.

Özetle belirtmek isteriz ki, tefeciliğe ve tefeciliğin bir unsuru olan aşırı faize ilişkin ilk kanuni düzenlemelere Roma hukukunda On İki Levha kanunları ile yer verilmiştir. On İki Levha Kanunlarının akabinde özellikle Sezar ve Justinianus tarafından faize ilişkin sınırlamalar öngören ve bu sınırlamalara uyulmaması halinde bunu da yaptırıma bağlayan çeşitli kanunlar yapılmıştır. Faiz oranlarına ilişkin bu düzenleme ve kısıtlamalar, her ne kadar günümüz hukuk sistemlerinde yer alan tefecilik suçunun temellerini oluşturuyorsa da; bugün bizim anladığımız manada tefecilik değildir. Kaldı ki yukarıda da açıkladığımız üzere, Roma hukukundaki genel eğilim, kanuni olarak belirlenen faiz oranlarının aşılması halinde ceza hukukuna değil özel hukuka özgü yaptırımlar uygulanması yönünde olmuştur.

D. Kilise Hukukunda Tefecilik

Kilise hukukunda faiz ve tefeciliğe ilişkin kabul edilen düzenlemeler çok uzun bir süre boyunca özellikle Almanya’da önemli bir rol oynamış ve bugünkü hukuk sistemini dahi etkilemiştir¹⁴⁸.

Faiz ve tefeciliğe ilişkin olarak İncil’de “*mutuum date nihil inde sperantes*” yani “*karşılık beklemeden ödünç ver*” denilmiş ve “*başkalarını sevme*” görevine işaret edilmiştir¹⁴⁹. İşte kilise hukukundaki faize ilişkin görüş ve gelişmeler İncil’in

¹⁴⁷ W. Schwarz, s.5; Dilcher, s.137; Hohendorf, Individualwucher, s.39; Griesinger, s.13; Steinborn, s.14; Lämmel, s.6; Preis, s.12; Leinweber, s.24. Justinianus, faiz oranını yarı yarıya, yani %6’ya indirmiştir. Bu dönemde ayrıca ticari işlerde yıllık faiz %4 olarak öngörülmüş ve yüksek mevki sahibi kişilerin ise %4’ten fazla faiz alamayacağı kabul edilmiştir. Bkz. Zimmermann, s.124; Di Marzo, s.370; Rado, s.67; Umur, Roma Hukuku, s.341.

¹⁴⁸ Hohendorf, Individualwucher, s.41. Kilise hukukunda tefecilik ve faize ilişkin geniş bilgi için bkz. Harald Siems, **Handel und Wucher im Spiegel frühmittelalterlicher Rechtsquellen**, Hahn Verlag, Hannover, 1992, s.500 vd.

¹⁴⁹ Isopescul-Grecul, s.66; Mahnke, s.12; Preis, s.15; W. Schwarz, s.6; Griesinger, s.14; Dilcher, s.137; Hohendorf, Individualwucher, s.41; Steinborn, s.14; Zimmermann, s.142; Pohlkamp, s.32; Laufen, s.7; Sudbrock, s.29. Ayrıca bkz. Jacques Le Goff, **Wucherzins und Höllenquellen-Ökonomie und Religion im Mittelalter**, Klett-Cotta Verlag, Stuttgart, 1988, s.15 vd.; Heinsius, s.4.

başkalarını sevme ve karşılık beklemeden ödünç ver anlayışı çerçevesinde şekillenmiştir.

Dönemin daha en başlarında din adamlarınca özellikle İncil'deki bu kural, Yahudi hukukundaki durum ve hatta Eflatun ve Aristo'nun faiz karşıtı düşünceleri de temel alınmak suretiyle faizin ahlâka aykırı olduğu sonucuna ulaşılmış ve bu düşünce topluma aşılarmaya çalışılmıştır¹⁵⁰. Kilise, faizin zamanla orantılı olarak talep edilen bir husus olduğunu ve zamanın Tanrı'ya ait olması nedeni ile faiz talebinin mümkün olmadığını, Tanrı'ya ait olan bir hususun insan tarafından talep edilmesinin ise büyük günah olduğunu belirtmiştir¹⁵¹.

Kilise hukukunun tefeciliğe ve faiz yasağına ilişkin bu öğretisi ünlü düşünür Akinalı Thomas tarafından yazılan "*Suma theologica*" ve "*De usuris*" adlı eserlerde de perçinlenmiştir. Ona göre, bir kimsenin diğer bir kimseden bir gelir elde etmesi adalete aykırıdır¹⁵².

Ne var ki, bazı din adamlarının faiz getiren işlerle uğraşmıyor olmaya devam etmeleri toplumda ters etki yaratmıştır. Bu sebeple, önce din adamlarının faiz almaları ve faiz kazancı elde etmeleri yasaklanmıştır¹⁵³. Daha sonra Papa Leo (MS.443) zamanında ruhban sınıfından olmayanların da faiz alması yasaklanmış ve tefecilik "*turpe lucrum*" yani "*utanılacak kazanç*" olarak ifade edilmiştir. Ancak belirtelim ki, bu faiz yasakları üzerinde kilise önceleri herhangi manevi veya dini bir yaptırım öngörmediğinden getirilen yasaklar etkilerini yeterince gösterememiştir¹⁵⁴.

Hıristiyanlığın yayılması ile birlikte özellikle Frank-Cermen kralı Büyük Karl zamanında bir sözleşmede yerine getirilen edimlerin aşırı oransız olması, adil fiyata (*iustum pretium*) aykırı davranılması ve bir malın adil olandan çok daha aşırı bir

¹⁵⁰ W. Schwarz, s.6; Hohendorf, Individualwucher, s.41; Rühle, s.32; Griesinger, s.14; Steinborn, s.15; Gürlek, s.8.

¹⁵¹ Hans-Jörg Gilomen, "Wucher und Wirtschaft im Mittelalter", **Historische Zeitschrift** 250 (1990), s.270 vd.; Rösch, s.293 vd.; Gürlek, ss.8-9. Ayrıca bkz. Ildız, ss.203-204.

¹⁵² Isopescul-Grecul, s.69,86; Heinsius, s.5; Steinborn, ss.15-16; Lämmel, s.11.

¹⁵³ Isopescul-Grecul, s.72; Hug, s.10; W. Schwarz, s.7; Dilcher, s.137; Sudbrock, s.30; Leinweber, s.25; Hohendorf, Individualwucher, s.41.

¹⁵⁴ Isopescul-Grecul, s.73; Griesinger, s.14; Hug, 12; Dilcher, s.137; Hohendorf, Individualwucher, ss.41-42; Laufen, s.7; Fabiana Rossaro, **Der Kreditwucher in Italien- Eine ökonomische Analyse der rechtlichen Handhabung**, Freiberg, 2002, s.34; Lämmel, s.4.

fiyata satılması yasaklanmış ve bu yasaklar toplumda etkili olmuştur. Nitekim söz konusu yasaklara uymayanlar ister din adamı olsun, ister olmasın cezalandırılmışlardır¹⁵⁵. Bu dönemde kilise tarafından faizcilere ve tefecilere verilen cezalar ise son derece ağır olmuştur. Gerçekten de sadece faiz alanların değil, aynı zamanda faiz ödeyenlerin de ruhi varlık ve bütünlüklerini kaybetme tehdidi altında olması, faiz geliri elde edenlerin aforoz edilmesi veya alçak sayılması, elde edilen faiz gelirinin borçluya geri verilmesi veya fakir halka dağıtılması gibi yaptırımlar bu dönemde kilisenin tefeciler ve faizciler hakkında uyguladığı yaptırımlar arasında sayılabilir. Tüm bu ağır yaptırımlara rağmen faiz geliri elde etmenin devam ettirilmesi halinde kişi kâfir, yani dinsiz kabul edilmekte ve öldüğünde dini usullere göre gömülmemekteydi¹⁵⁶. Hemen belirtelim ki, zaman içerisinde faiz yasağına bazı sınırlamalar getirilmeye başlanmıştır.

Örneğin, ticari ortaklıkların karşılıklı olarak kredi vermeleri neticesinde yapılan rehin sözleşmeleri faiz yasağı kuralının istisnası olarak kabul edilmiştir. Yine alacaklıya borçlunun belirli harcamaları veya yatırımlarını kontrol etme yetkisi tanınmıştır. Öte yandan kilise hukukuna dayalı bu katı faiz yasağının Yahudiler bakımından geçerli olmayışı da faiz yasağının bir diğer önemli istisnasıdır. Tüm bu istisnalar ve sınırlamalar neticesinde zaman içinde faiz yasağına ilişkin kurallar delinmiş ve bu cezalar da pratik olarak anlamsız hale gelmiştir¹⁵⁷.

E. Eski Alman Hukukunda Tefecilik

Tefecilik, faiz, kredi gibi kavramlar Eski Alman hukukuna yabancı kavramlar idi. Zira o zamanki toplum daha çok çiftçilikle ve hayvancılıkla uğraşan bir toplum olup, ticaret hayatına uzaktı¹⁵⁸. '*Ödünç vermek*'ten anlaşılan ise sadece acil bir ihtiyaç halinde bulunan kişilere karşı verilen tüketim ödünçleri idi. Kazanç sağlamak

¹⁵⁵ Isopescul-Grecul, s.70 vd.; Gilomen, s.270; Lehmann, s.10; Hug, s.13; Rühle, ss.25-26; Sudbrock, s.30; Hohendorf, Individualwucher, s.42.

¹⁵⁶ Bu cezalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Isopescul-Grecul, s.83; Neumann, s.23; Hug, s.13; Hohendorf, Individualwucher, s.42.

¹⁵⁷ Hohendorf, Individualwucher, s.43; Steinborn, s.16.

¹⁵⁸ Neumann, s.28; Hohendorf, Individualwucher, s.40.

amacıyla ödünç para vermek ise topluma yabancı ve ayrıca toplumun ahlâk ve adalet duygularına aykırıydı¹⁵⁹.

Hıristiyanlığın toplumda yayılmasıyla birlikte kilise hukukuna ilişkin yukarıda bahsettiğimiz kurallar Eski Alman hukukunu da etkilemiş ve kilise hukukundaki faize ve tefeciliğe ilişkin düşünceler Eski Alman hukukunu da etkisi altına almıştır. Gerçekten de imparator Büyük Karl, kâr bırakan bütün (hukuki) işlemlerin tefecilik olduğuna işaret etmiş¹⁶⁰, hatta bütün temel yaşamsal ürünlerle ilgili fiyatları belirleyerek bu ürünleri belirlenen fiyatların üstünde satanlar hakkında para cezası uygulamıştır¹⁶¹. İzleyen süreç içerisinde bu tür eylemlerde bulunanlar hakkında aforoz etmek gibi dini bazı cezalar da uygulanmaya başlanmıştır. Ayrıca imparator Lothar ve bu dönemin son hükümdarlarından II. Ludwig zamanında da o gün için tefecilik olarak adlandırılan bu faaliyetler hem hukuki, hem de dini olarak cezalandırılmıştır¹⁶². Kısacası tefeciliğin bu dönemde “*delicta mixti fori*” olarak adlandırılan ve hem geçerli olan hukuk düzenince, hem de dini kurallar gereğince yasaklanan ve cezalandırılan bir suç tipi olduğu ifade edilmektedir¹⁶³.

F. Ortaçağ ve Yeniçağda Tefecilik

Kilise hukukunun faize ve tefeciliğe ilişkin düzenleme ve kuralları Ortaçağ'da da etkilerini sürdürmüştür. Özellikle İtalya şehirleri herhangi bir reform yapmaksızın XIII. yüzyıldan itibaren kilise hukuku kurallarını büyük ölçüde uygulamaya devam etmişlerdir¹⁶⁴. Kısacası borcunu geç ödeyen borçludan belirli bir oranda gecikme faizi alınması gibi belirli bazı haller hariç olmak üzere, kural olarak kilise hukukunda var olan faiz yasağı bu dönemde de etkilerini sürdürmeye devam etmiştir.

¹⁵⁹ Hug, s.16; Hohendorf, Individualwucher, s.40.

¹⁶⁰ Neumann, s.60; Isopescul-Grecul, s.99; Hohendorf, Individualwucher, s.40.

¹⁶¹ Isopescul-Grecul, s.122; Hug, s.34; Hohendorf, Individualwucher, s.40.

¹⁶² Isopescul-Grecul, s.100; Neumann, ss.61-61; Hohendorf, Individualwucher, s.40.

¹⁶³ Isopescul-Grecul, s.83, 92, 118; Neumann, s.84; Hohendorf, Individualwucher, s.41; Maurach, Schröder ve Maiwald, s.483 prg.2; Steinborn, s.14

¹⁶⁴ Lehmann, s.11; Hohendorf, Individualwucher, s.44.

1530'lu yıllara gelindiğinde ise kilise hukukunun getirdiği katı anlamdaki faiz yasağının pratikte uygulanamaması da göz önünde bulundurularak Roma hukuku döneminde olduğu gibi belirli şartlarla faize izin veren kanuni düzenlemeler yapmak yoluna gidilmiştir¹⁶⁵. Kilise hukukunun katı faiz yasağını yumuşatan ilk kanuni düzenleme Alman İmparatorluğu tarafından 1530 yılında yapılmıştır. Bu düzenlemeyle hem Hıristiyanların, hem de Yahudilerin en fazla %5 olmak üzere faiz almalarına izin verilmiştir. 1577 yılında yapılan değişiklikle hem sözleşmesel faizin ve hem de gecikme faizinin en fazla %5 olabileceği kabul edilmiş ve bu oranı aşan yahudiler hakkında cezai yaptırım öngörülerek faizden vergi alma prensibi (*Zinstaxensystem*) benimsenmiştir¹⁶⁶. Tefecilik eylemini gerçekleştiren Yahudiler hakkında yurt dışına sürme veya seyahat özgürlüğünü kısıtlama gibi yaptırımlar uygulanırken yahudi olmayanlar hakkında ise yüksek oranlarda para cezaları öngörülmüştür¹⁶⁷.

Böylelikle Almanya'da yeni bir tefecilik kavramı oluşmaya ve izin verilen faiz oranının üzerinde bir faiz karşılığı ödünç vermek, tefecilik kavramının içini doldurmaya başlamıştır. Benzer yönde düzenlemelere aynı dönemde Avrupa'nın diğer ülkelerinde de yer verilmiştir. Nitekim Fransa ve İngiltere'de de kanuni faiz oranlarını aşan miktarda faiz alanlar, bizim bugün anladığımız manada tefeci olarak kabul edilmeye başlanmıştır¹⁶⁸.

1580 yılında sözleşmeye dayanan faiz, yasak olmaktan çıkarılmış; 1741'de Papa XIV. Benedikt, ödünç işlerinde faiz almanın kilise hukukuna uygun olduğunu söylemiş ve süreç içerisinde kazanç sağlayan her işlem tefecilik olmaktan çıkarılmış, sadece mağdurun içinde bulunduğu belirli bazı olumsuz durumları kullanarak ondan faiz almak tefecilik olarak kabul edilmeye ve cezalandırılmaya başlanmıştır¹⁶⁹.

Son olarak belirtelim ki; bu dönemde sadece belirli miktarın üzerinde faizle para vermek değil, aynı zamanda ticari hayatta belirli malların fiyatlarını kasıtlı bir

¹⁶⁵ Neumann, s.477; Hug, s.35; Hohendorf, Individualwucher, s.45.

¹⁶⁶ Neumann, s.540; Isopescul-Grecul, s.115 vd.; Preis, s.17; Griesinger, s.15; Hug, s.29; Hohendorf, Individualwucher, s.45; Maurach, Schröder ve Maiwald, s.483, Prg. 2.

¹⁶⁷ Hug, s.36; Hohendorf, Individualwucher, s.45.

¹⁶⁸ Hug, s.35; Hohendorf, Individualwucher, ss.45-46.

¹⁶⁹ Isopescul-Grecul, s.136, 153; Neumann, s.542; Griesinger, s.15; Hug, s.35, Hohendorf, Individualwucher, s.46; Steinborn, s.17.

şekilde yükselterek halka bu fiyattan satmak ya da belirli bir bölgedeki zanaatkârların kendi aralarında anlaşmak suretiyle belirli bir işin maliyetini pahalandırmaları da yasaklanmıştır. Bu yasaklara riayet etmeyenlerin mal varlıklarını müsadere etme, ya da bu yasaklara aykırı davrananların seyahat özgürlüklerini kısıtlandıran yaptırımlar veya sınır dışı etme cezası öngörülmüştür. Ayrıca bu yasaklara uymayanları ihbar edenlerin ise ödüllendirilecekleri kabul edilmiştir¹⁷⁰.

Görüleceği üzere, özellikle Ortaçağ'ın son dönemlerinde faiz yasağı yumuşamaya bugün anladığımız ceza hukuku anlamında tefecilik kavramının ve tabii ki tefecilik suçunun temelleri oluşmaya başlamıştır. Bu dönemi, kilise hukukunun katı faiz yasakları ve dini cezalarıyla, aşağıda göreceğimiz liberal ekonomi düzeninin yarattığı geniş özgürlüklere dayanan faiz serbestisi arasında yumuşak bir geçiş dönemi olarak isimlendirmek mümkündür.

G. Liberal Ekonomi Devrinde Tefecilik

Özellikle İngiltere'de John Stuart Mill, John Locke, Adam Smith, David Hume ve Fransa'da Turgot gibi düşünür ve ekonomistlerin öncülüğünde başlayan liberal düşünce akımına göre mal ve hizmetlerin fiyatlarının devletçe belirlenmesi ve hukuki işlemlerde faizi sınırlandırmak, ekonomik hayatın işleyiş ve gelişimine ayak bağı olmak demektir. Zira bu şekilde piyasaların reel bir şekilde işleyişinin sağlanması engellenecek ve hatta para ihtiyacı olanlar fırsat avcılarının ellerine düşeceklerdir. Gerçekten de Jeremy Bentham'ın 1787 tarihli ünlü "*Defence of Usury*" adlı eserinde ulusların belirttiği gibi; devlet, ekonomik hayatta sadece bireylerin lehine olan sınırlamalar yapabilir. Devletin bireylerin aleyhine olacak şekilde ekonomik hayatı sınırlandırması kabul edilemez¹⁷¹.

Ayrıca Adam Smith de "*Ulusların Zenginliği*" adlı eserinde "*görünmez el*" teorisini ileri sürmüştür:

¹⁷⁰ Isopescul-Grecul, s.120; Lehmann, s.11; Hohendorf, Individualwucher, s.46.

¹⁷¹ Isopescul-Grecul, s.142; Katrin Liebner, **Wucher und Staat- Die Theorie des Zinswuchers im Deutschland des 18. Und 19. Jahrhunderts**, Duncker&Humblot Verlag, Berlin, 2010, s.70 vd.; Preis, s.17; W. Schwarz, s.8 vd.; Dilcher, ss.210-211; Hohendorf, Individualwucher, s.47; Heinsius, s.8; Steinborn, s.18; Laufen, s.9.

Her birey kendi çıkarı peşinde koşarken, sıklıkla, katkıda bulunmaya niyetleneceğinden çok daha etkin olarak topluma katkıda bulunur. Buna göre, herkesin bencil olduğu bir toplumda da uyum, bilinçli bir müdahale olmasa da, kendiliğinden oluşacaktır. Bu kendiliğindenliği sağlayan görünmez el, piyasa ilişkileridir¹⁷².

Adam Smith, faizin yasaklanmasına da karşı çıkmıştır. Ona göre, hiçbir yerde parasız bir şey yapılamaz ve paranın kullanımı karşılığında bir şeyler ödenmek zorundadır. Ayrıca faizin yasaklandığı bazı ülkelerde tefeciliğin arttığı görülmektedir. Zira borçlu sadece paranın kullanımında ödeyeceği karşılığı (faizi) değil, aynı zamanda borç verenin göze aldığı cezalandırılma riskini de üstlenmektedir. Dolayısıyla faizi yasaklamamanın tefeciliği daha çok arttıracak bir gerçektir¹⁷³.

Bu düşünce akımıyla birlikte 1787’de Avusturya’da ve ardından 1791’de Fransa’da tefeciliği düzenleyen ve yaptırıma bağlayan tüm ceza yasaları yürürlükten kaldırılarak tefecilik yapmak ve faiz almak tamamen serbest hale getirilmiştir¹⁷⁴.

Ancak bu sınırsız serbesti, ekonominin gelişmesine katkıda bulunmak bir tarafa, tefecilik eylemlerinin ve toplumda bu suçun mağduru olanların sayısının artmasına sebep olmuştur. Liberal ekonomi düşüncesine dayalı faiz serbestisi kısa bir süre içerisinde tekrar kaldırılmış ve tefeciliğin kanunlarda yeniden suç olarak düzenlenmesi yoluna gidilmiştir. Nitekim Avusturya 1803 ve Fransa da 1807 yılında tefeciliği ceza kanunlarında ayrıntılı olarak düzenlemişler ve tefeciliğin yaptırımı olarak yüksek miktarda para cezaları öngörmüşlerdir¹⁷⁵. Bu düzenlemeler kısa zaman içinde Avrupa’nın diğer ülkelerinde de etkilerini göstermiş, tefecilik eylemlerini cezalandıran modern ceza kanunlarının yapılmasına yol açmıştır¹⁷⁶.

Buna karşın XIX. yüzyılın ortalarında liberal düşünce tekrar galip gelmiş ve neredeyse bütün Avrupa ülkelerinde faiz oranlarını düzenleyen kanunlar yürürlükten

¹⁷²Wikipedi, Özgür Ansiklopedi, “Adam Smith”, http://tr.wikipedia.org/wiki/Adam_Smith#G.C3.B6r.C3.BCnmez_El, (07.07.2011).

¹⁷³ Adam Smith, **Ulusların Zenginliği 1**, çev. Metin Saltoğlu, Palme Yayıncılık, Ankara, 2009, s.308.

¹⁷⁴ Caro, s.23; Preis, s.17; Griesinger, s.15; Hohendorf, Individualwucher, s.47; Steinborn, s.18; Laufen, s.9.

¹⁷⁵ Isopescul-Grecul, s.145; Hohendorf, Individualwucher, s.47; Steinborn, ss.18-19.

¹⁷⁶ Isopescul-Grecul, s.156; Caro, 51; Hohendorf, Individualwucher, s.47.

kaldırılarak mutlak bir faiz serbestisi yeniden kabul edilmiştir¹⁷⁷. Gerçekten de örneğin Almanya’da 15.05.1871 tarihli Ceza Kanunu’na bakıldığında tefecilikle ilgili suç ve cezanın yer almadığı görülür¹⁷⁸.

Ortalama yüz yıl öncesine kadar liberal ekonomi fikrinin etkisiyle başta İngiltere, Fransa ve Almanya olmak üzere birçok Avrupa ülkesinde herhangi bir faiz sınırlaması yokken ve tefecilik henüz suç sayılmazken, bugün örneğin Almanya’da tefecilik Al.CK m.291’de ayrıntılı olarak düzenlenmiş bir suçtur.

XIX. yüzyılın sonlarında Avrupa’da esen liberal ekonomi rüzgârları, faiz ve tefecilik serbestisi beraberinde çok sayıda kötüye kullanmalara yol açmış, ekonomik olarak güçsüz durumda bulunan çok sayıda insanın mağduriyetine sebep olmuştur¹⁷⁹. İşte bu sebeplerle, Almanya’da tefeciliğe ilişkin ceza normları çok sayıda değişikliğe uğrayarak günümüzdeki halini almıştır. Gerçekten de 15.05.1871 tarihli ceza kanununda tefecilik bir suç olarak düzenlenmemişken, 1880 yılında çıkarılan ek bir kanunla tefecilik suç haline getirilmiştir. 1893’te ise suçun konusu genişletilmiş ve tefecilik suçunun sadece para ile değil, başka eşyalarla da işlenebileceği (*Sachwucher*) kabul edilmiş ve günümüze kadar çok sayıda kanun değişikliği¹⁸⁰ yapılarak tefecilik suçu Almanya’da bugünkü (Al.CK m.291) halini almıştır¹⁸¹.

¹⁷⁷ Caro, s.33; Hug, s.50; Hohendorf, Individualwucher, s.48.

¹⁷⁸ Hohendorf, Individualwucher, s.48; Maurach, Schröder ve Maiwald, s.483, prg.3; Arzt ve Weber, s.90, prg. 267; Steinborn, s.19; Laufen, s.9; Heinsius, s.9.

¹⁷⁹ Steinborn, s.19.

¹⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hohendorf, Individualwucher, s.50 vd.; Steinborn, s.20 vd.; Heinsius, s.10 vd.; Liebner, s.301 vd.

¹⁸¹ Al.CK m.291’de düzenlenen tefecilik suçuna aşağıda “*Karşılaştırmalı Hukukta Tefecilik Suçu*” başlığı altında değineceğiz.

H. Türk Hukukunda Tefecilik

1. Cumhuriyet Öncesi Dönem

a. Genel Olarak (İslam Hukuku Öncesi Dönem)

Türk hukukunda ise durum oldukça farklıdır. Tefecilik suçunun düzenlendiği TCK'nın 241'inci maddesini incelemeyen önce faiz ve tefeciliğin Türk hukukundaki tarihi gelişim sürecini irdelemek bu farklılıkların ortaya konulabilmesi bakımından önem arz etmektedir.

Türk hukuk tarihinde tefecilik yasağı, kökenlerini aslen İslam hukukunda bulmaktadır. İslam hukukunda tefeciliği ve tefecilik faaliyetiyle elde edilen faizi anlatmak için “*riba*” kelimesi kullanılır¹⁸². *Riba*, gerek İslam hukukunu ve dolayısıyla Kuran'ı, gerekse ekonomik hayatı ilgilendiren en önemli kavramlarından birisidir¹⁸³.

Cumhuriyet öncesi dönemde geçerli olan İslam hukuku kurallarına göre faiz ve tefecilik yasaktır. Bu yasak aslen Kuran'dan kaynaklanan dini bir yasaktır.

¹⁸² Ali Rıza Gül, “Ribā (usury) Prohibition in the Qur’ān in Terms of its Historical Context”, **Journal of Religious Culture (Journal für Religionskultur)**, Ed. by/Hrsg.von Edmund Weber, in Association/ in Zusammenarbeit mit Matthias Benad, Institute of Religious Peace Research/ Institut für Wissenschaftliche Irenik, Goethe Universität Frankfurt am Main, 2008 (No.116), s.1; Rüdiger Lohker, **Das islamische Recht im Wandel- Ribā, Zins und Wucher in Vergangenheit und Gegenwart**, Waxmann Verlag, Münster, 1999, s.12. Benzer yönde tanım için bkz. S.M. İmamuddin, “İslam Hukukunun Prensipleri”, çev. Menderes Gürkan, **Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Sayı:15, Yıl:2003/2, s. 245.

¹⁸³ Riba kelimesi aynı zamanda *kâr* anlamına da gelmektedir. Ancak terimler arasındaki karışıklığı önlemek için ribanın *tefecilik* olarak anlaşılması gerekir. Modern Arapça'da aynı kelimenin iki anlamı vardır. Bunlardan biri riba, diğeri ise faida'dır. Riba dini bir kavram olup daha çok tefeciliği anlatmakta iken faida (fayda) çağdaş bir kelime olup kâr anlamını taşımaktadır. Bkz. Gül, s.1. Kavramın sözlük ve terimsel anlamıyla ilgili ayrıca bkz. Ziuaddin Ahmad, “Riba Teorisi”, çev. Ali Rıza Gül, **Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Cilt: XLIV, 2003, Sayı:1, s.454.

Gerçekten de riba, yani tefecilik yasağı İslamiyet'in en temel yasaklarından birisidir¹⁸⁴.

İslam hukukunda ribanın neden ısrarcı bir biçimde yasak edildiğini daha iyi anlayabilmek bakımından İslam öncesi Arabistan Yarımadası'na bir göz atmak faydalı olacaktır.

İslamiyet'e geçiş öncesinde Mekke, Medine ve Taif'i kapsayan Hicaz bölgesinde siyasi bir birlik veya ekonomik faaliyetleri organize eden bir otorite mevcut değildi. Bu dönemde bölgede kabile yaşantısı hâkimdi. Sosyal ve ekonomik faaliyetler de bu kabileler tarafından organize edilirdi. Kabileler arasında geçerli olan hukuk düzeninin ise bir standardı yoktu ve her kabile kendisine göre kuralları uygulamaktaydı. Fakirleri korumak, yardım etmek ve ihtiyacı olanlara karşılıksız borç vermek gibi düşünceler henüz gelişmemişti. Tam aksine insanlar daha çok kendi çıkarlarını düşünmekte ve bu çıkarları elde edebilmek uğruna ticari hilelere başvurmaktaydı. Tanrısal inancın ve dini yasakların olmayışı yahut yeterince gelişmemiş, ahiret fikrinin ve dolayısıyla bu dünyada yapılanların ölümden sonra bir karşılığının olacağı düşüncesinin henüz doğmamış ve tüm bunlara dayalı sorumluluk hislerinin gelişmemiş olması şüphesiz ki bu tip adaletsiz işlerin artmasına sebep olmuştur¹⁸⁵.

İşte bu ekonomik ve sosyal ortam içerisinde Mekke'nin özellikle düşük gelirli insanları zarar görmüştür. Gerçekten de bu insanlar alışverişlerini yapabilmek ve diğer ihtiyaçlarını karşılayabilmek için faiz karşılığı borç para alma yolunu seçmişler, böylece faiz ve faizcilik yaygın bir ekonomik faaliyet halini almıştır. Şüphesiz ki faizciliğin gelişmesi, beraberinde faiz karşılığı borç alanların sömürülmesini ve intiharlar, servetini bir anda kaybeden kişinin hem evinden hem de kabileden kovulması ve açlıkla ölüme terk edilmesi gibi birtakım trajedik olayların yaşanmasına da sebep olmuştur¹⁸⁶.

Bu zor durumu aşmak için çeşitli çareler aranmaya başlanmış ve Bizans İmparatorluğu ile anlaşma yapılarak *Kureyşli* tüccarlara Bizans topraklarında ticaret

¹⁸⁴ İslam hukukunda ribadan anlaşılan, sadece faizcilik değil aynı zamanda izin verilmeyen her türlü kazançtır. Bkz. Hetger, s.112.

¹⁸⁵ Gül, s.2 vd.

¹⁸⁶ Gül, s.4.

yapma hakkı tanınmıştır. Böylelikle ticaret gelişmiş ve önce Arabistan Yarımadası'nda, sonra da uluslararası anlamda ticaret yayılmaya başlamıştır. Netice olarak, Mekke'nin bir ticaret merkezi olarak cazibesi artmış ve önemli ölçüde göç almaya başlanmıştır. Süreç içerisinde Mekke'nin nüfusu artmış ve haliyle ihtiyaçlar da çoğalmıştır. Zamanla gelir gider dengesi bozulmuş ve giderler gelirlerden daha fazla olmuş ve kapital ihtiyacı doğmuştur. Bu ihtiyaçla birlikte ticaret cazibesini kaybetmeye başlamış ve Mekke'de ağır bir ekonomik kriz doğmuştur¹⁸⁷.

Söz konusu krizle tekrar ekonomik ve sosyal sorunlar yaşanmaya başlamıştır. Örneğin, küçük satıcılar, çiftçiler, esnaf ve işsizler masraflarını karşılayabilmek için mecburen faiz karşılığı ödünç para almışlar, ancak borçlarını zamanında geri ödeyemedikleri için alacaklıların kölesi olmak zorunda kalmışlar ve hürriyetlerini kaybetmişlerdir. Daha da vahimi, bu dönemde alacaklılar borcunu ödemeyen borçluların kızlarından veya kız kardeşlerinden cinsel olarak istifade etmişlerdir. Bu durumda olan borçluların da kızlarını ve kız kardeşlerini alacaklıların bu tip gayelerine kurban olmamaları için öldürdükleri bile görülmüştür¹⁸⁸. Ekonomik kriz ayrıca gelir dağılımını olumsuz yönde etkilemiş ve şehrin sosyal düzen ve güvenliğini bozmuştur. Zaman içinde ticari kervanların ve şehirlerin talan edilmesi, soygunculuk artış göstermiştir. Bu ağır ekonomik ve sosyal koşullar altında faizcilik uzun bir süre Mekke'de varlığını sürdürmüştür. Varlıklı kimseler, özellikle bazı tüccarlar bu dönemde faiz karşılığı borç vererek servet sahibi olmuşlardır¹⁸⁹.

İslamiyet öncesinde faiz ve tefeciliğe ilişkin Arabistan Yarımadası'nın görünümü bu şekildedir.

b. Kuran-ı Kerim'deki Tefecilik Yasağı

İslamiyet'in kabulü ile birlikte tefecilik bir anda yasaklanmış değildir. Bunun temel nedeni, tüm olumsuz sosyal sonuçlarına rağmen tefeciliğin artık topluma yerleşmiş olması ve birden bire kaldırılmasındaki zorluktur. Kaldı ki, toplumda birçok kişi faiz karşılığı aldığı borçlarla ihtiyaçlarını karşılamakta idi. Hal böyleyken,

¹⁸⁷ Gül, s.4.

¹⁸⁸ Gül, s.5.

¹⁸⁹ Gül, ss.5-6.

tefeciliği ve faizi bir anda yasak etmekle, günlük yaşantıda tefeciliğin ve faizin bir anda ortadan kalması beklenemezdi.

Öte yandan İslamiyet'in ilk kabul edildiği zamanlarda Müslümanlar hâkim sınıf değildi. Dolayısıyla, İslamiyet'in kabulüyle birlikte ani ve sert bir şekilde tefeciliğin ve faizin yasaklanması halinde bu yasaklamayı uygulayıp kontrol edebilecek siyasi, hukuksal, ekonomik bir sistem de mevcut değildi. İşte tüm bu gerekçelerle, İslamiyet'in kabulünden sonra tefeciliğin ve faizin yasaklanması iki aşamada gerçekleşmiştir. Bunlardan ilki “*tefeciliğin yasaklanmasına ilişkin hazırlık dönemi*”, ikincisi ise “*tefeciliğin yasaklanma dönemi*”dir¹⁹⁰.

Tefeciliğin yasaklanmasına ilişkin hazırlık dönemi öncelikle toplumun psikolojik olarak bu yasağa hazırlanmasıyla başlamıştır. Bu dönemde topluma İslamiyet öncesi devrin kötü alışkanlıkları anlatılmış, bu alışkanlıkların yerine insanlara karşı yardımsever, merhametli olmak gerektiği, başkalarını sömürmenin ve sadece kendini düşünerek servet düşkünü olmanın yanlışlığı aşılarmaya çalışılmıştır. Özellikle zenginlerin fakir ve düşkün durumda bulunanlara yardım etmeleri gerektiği, zengin müslümanların servetlerinde fakirlerin de hakkının olduğu, dolayısıyla zenginlerin bu varlıklarını kullanırken ihtiyaç içerisinde olanları da düşünmeleri ve zekât ve sadaka vermeleri öğütlenmiştir. Görüleceği üzere, İslamiyet'in kabulüyle birlikte toplum önce psikolojik olarak tefecilik ve faiz yasağına alıştırmaya çalışılmıştır. Kuşkusuz ki, söz konusu bu psikolojik hazırlık evresi iktisadi bir değişimi de beraberinde getirmiş ve fakir kişiler zenginlerin kendilerine zekât ve sadaka vermeleri suretiyle gelirden bir pay edinmeye başlamışlardır¹⁹¹.

Hazırlık dönemi içerisinde tefecilik yasağına ilişkin gelen ilk vahiy “*Artması için vermiş olduğun her kapital insanların mamalekinde kar ve yatırım olarak artabilir ancak Allah nezdinde bir artma olmaz fakat Allah rızası için verdiğin bütün zekâtlar verdiklerinin misliyle çoğalır.*” şeklindedir. Böylece tefeciliğin kötü ve hoş karşılanmayan bir faaliyet olduğuna, tefecilerin Allah nezdinde liyakate sahip olamayacaklarına ve tefecilik gelirlerinin bir irat olarak tanınmayacağına dikkat

¹⁹⁰ Gül, s.9.

¹⁹¹ Gül, s.10.

çekilmiştir. Bu ayet ile tefecilik tam anlamıyla yasaklanmış değildir. Ancak tefeciliğe dayalı ekonomik sisteme de açık bir şekilde itiraz edilmiştir¹⁹².

İlerleyen zamanda tefecilik hakkındaki ayetler gitgide sertleşmeye ve tefecilik kısmen de olsa yasaklanmaya başlamıştır. Öyle ki Al-i İmran Suresi, 130'da “*Ey iman edenler! Faizi kat kat artırarak yemeyin. Allah'a karşı gelmekten sakının ki kurtuluşa eresiniz.*” denilmiştir. Kuran'daki bu ayet ile tefeciliğin yasaklanma sürecinin başladığını ve Bakara Suresi'nin ilgili ayetleriyle de devam ettiğini ifade etmek yanlış olmayacaktır¹⁹³.

Bakara Suresi ile tefecilik ve faiz kesin ve sert bir şekilde yasaklanmıştır. Gerçekten de;

Bakara Suresi, 275'te;

Faiz yiyenler, ancak şeytanın çarptığı kimsenin kalktığı gibi kalkarlar. Bu, onların, 'Alışveriş de faiz gibidir' demelerinden dolayıdır. Oysa Allah alışverişi helal, faizi haram kılmıştır. Bundan böyle kime Rabbinden bir öğüt gelir de (o öğüte uyarak) faizden vazgeçerse, artık önceden aldığı onun olur. Durumu da Allah'a kalmıştır (Allah onu affeder). Kim tekrar (faize) dönerse, işte onlar cehennemliklerdir. Orada ebedi kalacaklardır.

denilerek İslam'da faiz ve tefecilik yasağı açık bir şekilde ortaya konulmuştur¹⁹⁴.

Devam eden ayetlerde de faizcilikle ve tefecilikle uğraşanların cezalandırılacağı söylenmektedir. Gerçekten de Bakara Suresi, 276; “*Allah, faiz malını mahveder, sadakaları ise artırır (bereketlendirir). Allah hiçbir günahkâr nankörü sevmez.*” ve Bakara Suresi, 277'de de; “*Şüphesiz iman edip salih ameller işleyen, namazı dosdoğru kılan ve zekâtı verenlerin mükâfatları Rableri katındadır. Onlara korku yoktur. Onlar mahzun da olmayacaklardır.*” denilerek Allah'ın

¹⁹² Gül, ss.11-12. Ayrıca Nisa Suresi, 160-161'de de; “*Yahudilerin yaptıkları zulüm ve birçok kimseyi Allah yolundan alıkoymaları, kendilerine yasaklanmış olduğu halde faiz almaları, insanların mallarını haksız yere yemeleri sebebiyle önceden kendilerine helal kılınmış temiz ve hoş şeyleri onlara haram kıldık. İçlerinden inkâr edenlere de acı bir azap hazırladık.*” denilerek yahudilerin faiz almalarının yasaklandığı ve ahrette cezalandırılacağı belirtilmiştir. Bkz. Diyanet İşleri Başkanlığı, “Riba”, <http://www.diyaret.gov.tr/kuran/result.asp?ayet=faiz>, (12.07.2011).

¹⁹³ Gül, s.12; Lohlker, s.25; Ahmad, s.455. Bkz. Diyanet İşleri Başkanlığı, “Riba”, <http://www.diyaret.gov.tr/kuran/result.asp?ayet=faiz>, (12.07.2011).

¹⁹⁴ İmamuddin, s.245; Lohlker, s.24.

tefecilikten vazgeçenleri bağışlayacağı ve tefecilikten vazgeçenlere elde edemedikleri gelirlerin Allah tarafından temin edileceği hatırlatılmıştır¹⁹⁵.

Yine “*Ey iman edenler! Allah’a karşı gelmekten sakının ve eğer gerçekten iman etmiş kimselerseniz, faizden geriye kalanı bırakın.*” (Bakara, 278) ve “*Eğer böyle yapmazsanız, Allah ve Rasûlüyle savaşa girdiğinizi bilin. Eğer tövbe edecek olursanız, anaparalarınız sizindir. Böylece siz ne başkalarına haksızlık etmiş olursunuz, ne de başkaları size haksızlık etmiş olur.*” (Bakara, 279) denilerek tefeciliğin yasaklanmasının hedefleri ve yöntemi belirtilmiştir¹⁹⁶.

Ayrıca “*Eğer borçlu darlık içindeyse ona eli genişleyinceye kadar mühlet verin. Eğer bilerseniz, (borcu) sadaka olarak bağışlamanız, sizin için daha hayırlıdır.*” (Bakara, 280) denilerek alacaklıların borçlulara borçlarını ödeyebilmeleri için zaman tanımaları tavsiye edilmiştir.

Son olarak Hz. Muhammed’in ölümünden kısa bir süre önce “*Öyle bir günden sakının ki, o gün hepiniz Allah’a döndürülüp götürüleceksiniz. Sonra herkese kazandığı amellerin karşılığı verilecek ve onlara asla haksızlık yapılmayacaktır.*” (Bakara, 281) şeklindeki ayet ile tefecilik yasağına ilişkin son ayet de gelmiş ve faizsiz (karşılıksız) borç vermenin ileride mükâfatlandırılacağı belirtilmiştir¹⁹⁷.

Özetle ifade edebiliriz ki, tefeciliğin Kuran’da yasaklanmasında şüphesiz ki İslamiyet öncesi dönemde Arap kabileleri arasında çok yaygın bir faaliyet olan faizcilik ve tefeciliğin yol açtığı sosyal, ekonomik düzensizlik ve trajedilerin rolü büyüktür. İşte bu sebeplerle tefecilik Kuran’da birdenbire olmasa da kademeli olarak yasaklanmış ve haram kabul edilmiştir. Bu bakımdan İslam hukukunda tefeciliğin ve faizciliğin kesin ve sert bir biçimde yasak olduğunu belirtmeliyiz.

¹⁹⁵ Gül, s.14; Lohlker, s.25. Ayrıca Rum Suresi, 39’da da; “*İnsanların malları içinde artsın diye faizle her ne verirseniz, Allah katında artmaz. Ama Allah’ın hoşnutluğunu isteyerek her ne zekât verirseniz; işte bunu yapanlar sevaplarını kat kat arttıranlardır.*” denilmiştir. Bkz. Diyanet İşleri Başkanlığı, “Riba”, <http://www.diyaret.gov.tr/kuran/result.asp?ayet=faiz>, (12.07.2011).

¹⁹⁶ Gül, s.15; Lohlker, s.25. Bkz. Diyanet İşleri Başkanlığı, “Riba”, <http://www.diyaret.gov.tr/kuran/result.asp?ayet=faiz>, (12.07.2011).

¹⁹⁷ Gül, s. 16; Lohlker, s.25. Bkz. Diyanet İşleri Başkanlığı, “Riba”, <http://www.diyaret.gov.tr/kuran/result.asp?ayet=faiz>, (12.07.2011).

c. Murabaha Nizamnamesi'nde Yer Alan Düzenleme

Yukarıda da ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere, İslam hukukunda tefecilik ve faizin yasaklanmış olması ve yine Osmanlı İmparatorluğu'nda ticari ve sanayi hayatının yeterince gelişmiş ve yaygın olmaması sebebiyle Türk hukuk tarihinde tefecilik ve ödünç para verme işlerine ilişkin yasal düzenlemelere çok eski dönemlerde rastlanılmamaktadır¹⁹⁸. Türk tarihinin eski dönemlerinde ödünç para verme işlerine ilişkin faaliyetler Ermeni ve Yahudi gibi azınlıklar tarafından sürdürülmüştür¹⁹⁹.

Ülkemizde ödünç para verme işlerine ilişkin ilk yasal düzenleme Osmanlı İmparatorluğu döneminde faiz oranlarını sınırlayan ve tefeciliği yasaklayan 22 Mart 1303 (1887) tarihli Murabaha Nizamnamesi'dir.

Murabaha Nizamnamesi'ne göre adi ve ticari işlerdeki azami faiz oranı yıllık %9'dur. Öngörülen bu azami faiz oranının üzerinde bir faiz oranı kararlaştırılmış ise faizin miktarı kanuni faiz oranına düşürülecektir. Toplam borcun vadesi ne kadar uzun olursa olsun, faiz anaparayı geçemez. Ayrıca Nizamname ile faize faiz yürütülmesi, yani bileşik faiz açıkça yasaklanmıştır²⁰⁰. Ancak bu dönemde tefecilik bir suç olarak düzelenmiş değildir.

Murabaha Nizamnamesi Cumhuriyet döneminde de 09.07.1956 tarih ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) yürürlüğe girinceye kadar uygulanmış ve nihayet TTK'nın kabulüyle 1956 yılında yürürlükten kaldırılmıştır.

2. Cumhuriyet Dönemi

a. 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Kanunu

Cumhuriyet döneminde ödünç para verme işleri ve tefecilik yasağının düzenlendiği ilk temel kanununun 08.06.1933 tarihli 2279 sayılı Ödünç Para Verme

¹⁹⁸ Kalaycı, ss.9-10.

¹⁹⁹ Kalaycı, s.10.

²⁰⁰ Kalaycı, s.10; Helvacı, s.16.

İşleri Kanunu olduğu söylenmelidir. Bu kanunla birlikte yasal zeminde ilk defa tefecinin tanımı yapılmıştır.

Gerçekten de 2279 sayılı Kanun'un 14'üncü maddesine göre tefeci; 1'inci maddeye göre²⁰¹ izin almaya mecbur olan hakiki veya hükmi şahıslardan bu mecburiyete riayet etmeyenler veya 9'uncu madde hükümlerine göre²⁰² Bakanlar Kurulunca ittihaz edilecek kararlara aykırı hareket eyleyenler ve beyannamelerindeki şartları ve faiz hadlerini muvazaa ile gizleyenlerdir.

O halde, 2279 sayılı Kanun'a göre izinsiz olarak ödünç para verme işleriyle uğraşanlar veya menkul kıymetlerin satışına aracılık edenler, yetkili makamlarca belirlenen azami faiz hadlerinin üzerinde faiz oranlarıyla ödünç para verenler, beyannamelerindeki şartları ve faiz hadlerini muvazaa ile gizleyenlerin söz konusu bu eylemlerinin tefecilik olduğunu söyleyebiliriz.

Yine Kanun'un 1 ve 7'nci maddelerindeki *"faizden para kazanmak için ödünç para verme işleriyle uğraşanlar"* ifadesinden suçun oluşması için ödünç para verme işinin uğraş haline getirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır²⁰³.

²⁰¹ 2279 sayılı Kanun m.1:

"Bankalar Kanununun tabi kuruluşlar ile özel kanunlarına göre yetkili kılınan kuruluşlar dışında, faizden para kazanmak için ödünç para verme işleriyle uğraşan ve menkul kıymetlerin satışına aracılık eden gerçek ve tüzel kişiler bu kanun hükümlerine göre Maliye Bakanlığından ruhsat almak mecburiyetindedirler.

Bunların faaliyet sahaları, sermayeleri ve çalışma usulleri ile uyacakları diğer şartlar Maliye Bakanlığınca tespit ve ruhsatlarda gösterilir.

Maliye Bakanlığı, bu gerçek veya tüzel kişilerin ödünç para verme işlerinde uygulayacakları faiz oranları ile alacakları sair menfaat ve masrafların nitelikleri ile azami ve asgari miktarlarını belirlemeye gerektiğinde bunları kısmen veya tamamen serbest bırakmaya yetkilidir."

²⁰² 2279 sayılı Kanun m.9:

"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 mer'iyet zamanlarını tespiti Bakanlar Kurulu yetkilidir.

Bu hususta, memleketin iktisadi faaliyetlerini devamlı surette takip, gereken tedbirlerin ittihazını temin, vade müddetlerinin ve buna göre verilecek faiz nispetlerinin tespit ve Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasınca mevduat karşılıkları mukabilinde verilecek faiz nispetlerinin tayini maksadıyla Banka Kredilerini Tanzim Komitesi, Bakanlar Kuruluna Maliye Bakanlığı yolu ile tekliflerde bulunmakla mükelleftir."

²⁰³ Uğur, s.62.

2279 sayılı Kanun ile tefecilik faaliyeti ilk defa ceza hukuku anlamında cezalandırılmış ve yaptırıma bağlanmıştır. Nitekim 17'nci maddede tefecilik faaliyetinin yaptırımı öngörülmüştür. Buna göre; tefecilik edenlerle, Bakanlar Kurulu tarafından tespit edilen nispetler üstünde menfaat teminine müncer olabilecek herhangi bir fiil ve harekette bulunanlar veya alınacak faiz nispeti hususunda hükümetçe ittihaz olunacak tedbir ve kararlara her ne suretle olursa olsun aykırı hareket edenler hakkında 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezası ve temin ettikleri menfaatin beş misli ağır para cezası²⁰⁴ kabul edilmiştir:

Kabul ettikleri mevduata 9'uncu madde gereğince tespit edilen nispetler üzerinde faiz verenlere mezkûr madde gereğince tayin olunan esaslar haricinde herhangi bir menfaat sağlayan veya menfaat taahhüdünde bulunanlar veyahut mevduata verilecek faiz hususunda Hükümetçe ittihaz olunan tedbir ve kararlara her ne suretle olursa olsun aykırı hareket edenler hakkında da yukarıda belirtilen cezalar tatbik olunur.

Tefecilik suçunun tekerrürü halinde söz konusu cezaların üç misline çıkarılarak uygulanacağı düzenlenmiştir. Ayrıca tefecilik suçundan mahkûm olanlar, cezanın infazından başlayarak üç yıl geçmeden ikrazatçılık izni için müracaat edemeyecek (m.19) ve tefecilik suçunu ikinci kez işleyenlere ise izin verilmeyecektir (m.19). Yine, tefecilik suçundan mahkûm olanların cezalarının ertelenmesi de mümkün değildi.

Kanun'da hem gerçek hem de tüzel kişiler bakımından cezai sorumluluk kabul edilmiştir. Gerçekten de, tefecilik suçunun bir tüzel kişi bünyesinde işlenmesi halinde para cezalarının tüzel kişiye, hapis cezasının ise yönetim kurulu başkan veya üyelerine yahut imzaya ve tüzel kişiyi temsile yetkili müdür veya memurlar ve bu kişilerin suçuna iştirak etmiş veya emir vermiş kişiler hakkında uygulanacağı düzenlenmiştir.

2279 sayılı Kanun 06.10.1983 tarih ve 90 sayılı KHK'nın kabulüyle birlikte yürürlükten kaldırılmıştır. 50 yıl gibi uzun bir süre zarfında yürürlükte bulunan 2279

²⁰⁴ 11.10.1981 tarih ve 2520 sayılı Kanunla 2279 sayılı Kanun'un yaptırımlara ilişkin 17'nci maddesi değiştirilmiş, 17'nci maddede yazılı olan hapis cezası aynen korunmuş buna karşılık 100 bin liradan 1 milyon liraya kadar ağır para cezası kabul edilmiş ve yargı yolu açık olmak üzere söz konusu işyerlerinin Maliye Bakanlığı'nın talebi ve valiliklerce verilecek karar üzerine 1 ay süreyle geçici olarak kapatılacağına ilişkin hüküm eklenmiştir. Bkz. Uğur, s.6; Fatih Birtek, "Tefecilik Suçu (TCK m.241)", **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Sayı:53-54, s.29.

sayılı Kanun, yürürlük süresi boyunca birçok değişikliğe uğramış, kanuni faiz oranı esasının kabulü sebebiyle gelişmelere ayak uyduramamış ve özellikle 1980’li yılların başında yaşanan ve toplumu derinden etkileyen banker krizlerini önleyecek yeterli mekanizmalara sahip olmaması nedeniyle eleştirilmiş ve yetersiz görülmüştür²⁰⁵.

b. 90 sayılı Kanun Hükmünde Kararname

06.10.1983 tarihinde kabul edilen 90 sayılı KHK²⁰⁶ ile tefecilik tekrar tanımlanmıştır. Gerçekten de, 90 sayılı KHK’nın “*tefecilik sayılan işlemler*” başlıklı 9’uncu maddesine göre; Bu Kanun Hükmünde Kararname uyarınca ikrazatçılık yapmak üzere izin alınmadan, faiz veya her ne ad altında olursa olsun, bir ivaz karşılığı veya ipotek almak suretiyle²⁰⁷, ödünç para verme işlemlerinin yapılması veya bu işlerin meslek ittihaz edilmesi ve Kanun Hükmünde Kararname uyarınca alınan ikrazatçılık izni iptal edildiği halde, ödünç para verme işlerine devam edilmesi, tefecilik sayılır.

90 sayılı KHK uyarınca tefecilik bir suç olarak kabul edilerek tefecilik suçunun yaptırımını KHK’nın 15’inci maddesinde kaleme alınmış ve tefecilik suçu için 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezası ile 50 bin liradan az olmamak üzere sağlanan menfaatin 5 katı tutarında ağır para cezası öngörülmüştür. Suçun tekerrürü halinde cezanın 3 misli olarak uygulanacağı kabul edilmiştir. Bu cezaların gerçek kişi ikrazatçıların kendilerine, tüzel kişi ikrazatçıların ortaklarına ve gerçek ve tüzel kişiliğe sahip 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 uygulanacağı

²⁰⁵ Kalaycı, s.11.

²⁰⁶ 90 sayılı KHK de 21.06.1994 tarihinde kabul edilen 545 sayılı KHK ile önemli ölçüde değiştirilmiştir. Anlatımlarımız, 90 sayılı KHK’nin 545 sayılı KHK ile değiştirilmiş hali esas alınarak yapılmaktadır.

²⁰⁷ *Arkan*’a göre, ödünç karşılığı ipotek alınması, teknik anlamda ivaz niteliğinde olmayıp teminat sağlamaya yöneliktir. İpotek, alacağa bağlı sınırlı bir ayni hak olup sadece alacak oranında teminat oluşturur. Alacaktan daha yüksek miktarda teminat alınmış olsa bile, ödünç veren gereğinde ipoteğin ancak alacağı oranında paraya çevrilmesini talep edebilir. Bu nedenle ipotek karşılığı ödünç para verilmesinin de KHK kapsamına alınmış olması isabetli olmamıştır. Bkz. *Arkan*, s.5.

düzenlenmiştir. Ayrıca Bakanlar Kurulu'na para cezalarına ilişkin miktarları 1983 yılı temel olmak üzere, Ticaret Bakanlığı'na yayımlanan toptan eşya fiyatları endeksinin gerektirdiği sınırları aşmamak kaydıyla artırma yetkisi de tanınmıştır.

Hemen belirtelim ki, 90 sayılı KHK'nın yürürlüğünü düzenleyen 17'nci maddesinde para ve hapis cezalarının düzenlendiği 15'inci maddenin kanunlaştığı tarihte, diğer maddelerin ise KHK'nın yayımı tarihinde yürürlüğe girmesi kabul edilmiştir. 15'inci madde yürürlüğe girinceye kadar ise 2279 sayılı Kanun'un suç saydığı fiiller hakkında, bu Kanun'un 17'nci maddesinde yazılı hükümlerin uygulanmasına devam olunur denilmiştir²⁰⁸.

Dolayısıyla tefecilik sayılan işlemlerin düzenlendiği yukarıda işaret ettiğimiz 9'uncu madde KHK'nın yayımlanmasıyla yürürlüğe girmiştir. Buna karşın hapis ve para cezalarını düzenleyen 15'inci madde bugüne kadar kanunlaşmadığı için yürürlüğe girememiştir. Hal böyleyken, uygulamada hangi eylemlerin tefecilik sayılacağı, başka bir deyişle tefecilik suçunun maddi unsuruna ilişkin tespitler 90 sayılı KHK'nın 9'uncu maddesi göz önünde bulundurularak belirlenirken, tefecilik suçu hakkında 2279 sayılı Kanun'un 17'nci maddesi uyarınca yaptırım uygulanmıştır²⁰⁹. Başka bir söylemle, tefecilik suçu bakımından ikili bir mevzuat takip edilmiş, tefecilik suçunun unsurlarının var olup olmadığı 90 sayılı KHK'ya göre tespit edilmiş, buna karşın tefecilik suçuna ilişkin yaptırım ise 2279 sayılı Kanun'un 17'inci maddesine göre belirlenmiştir.

Kanunilik ilkesinin bir gereği olarak, suç ve ceza ancak kanunla belirlenir. Gerçekten de, Anayasa'nın "*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur. (AY m.38/3)*" hükmü karşısında henüz kanunlaşmamış KHK'ya göre hüküm verilmesi kanunilik ilkesine aykırı olacaktır²¹⁰.

Hemen belirtelim ki, 90 sayılı KHK'nın ceza normu içeren 15'inci maddesi suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesine dayanılarak itiraz yolu

²⁰⁸ Bu yönde bkz. Yarg. 7. CD, 21.12.2009 tarih, 2007/451 E. ve 2009/15507 K; 21.12.2009 tarih, 2007/9583 E. ve 2009/15506 K; 21.12.2009 tarih, 2007/9582 E. ve 2009/15505 K. sayılı ilanı.

²⁰⁹ Bu yönde YCGK, 17.10.1988 tarih, 1988/7-239 E. ve 1988/370 K; Yarg. 7. CD, 13.05.2003 tarih, 2002/21487 E. ve 2003/2670 K. ve 10.02.2004 tarih, 2003/3873 E. ve 2004/1520 K. sayılı ilamları için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

²¹⁰ Aynı yönde bkz. Birtek, s.30.

ile Anayasa Mahkemesi (AYM) önüne gelmiştir. AYM, 21.06.1995 tarih, 1995/14 E. ve 1995/15 K. sayılı kararında,

Yaptırım içeren itiraz konusu 17. madde, 2279 sayılı Yasa'da düzenlendiğine ve 90 sayılı KHK'nin 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.

şeklindeki gerekçe ile düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığına hükmetmiştir²¹¹. Yargıtay ise yakın tarihli bir kararında, 90 sayılı KHK'nın 15'inci maddesine göre mahkûmiyet hükmü tesis etmenin kanunilik ilkesine aykırı olduğuna işaret etmiştir²¹². Böylelikle cezaların kanuniliği ilkesi bakımından sorun çözülmüş görünmektedir.

Ancak burada bizce üzerinde tartışılması gereken asıl önemli husus, **suçların** kanuniliğidir. Gerçekten de 2279 sayılı Kanun ve 90 sayılı KHK'nın birlikte uygulandığı bu dönemde 2279 sayılı Kanun'un yaptırımların düzenlendiği 17'nci maddesini uygulamak suretiyle cezaların kanuniliği ilkesi sağlanmıştır. Buna karşın, evrensel bir ceza hukuku ilkesi olan kanunilik ilkesi hem suçta, hem cezada ve hem de güvenlik tedbirlerinde kanunilik anlamına gelir. Başka bir söylemle, suç sayılan eylemlerin nelerden ibaret olduğuna ilişkin belirlemenin de mutlaka bir kanunla düzenlenmesi gerekir ki buna suçların kanuniliği (*nullum crimen sine lege*) denilmektedir²¹³. Buna göre, suç oluşturan hareketlerin nelerden ibaret olduğuna ilişkin tanımlamanın da kanunla yapılması gerekir. Kaldı ki AY m.38/1'de "*Kimse,*

²¹¹ İlgili AYM kararı için bkz. T.C. Anayasa Mahkemesi, "Kararlar", http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1198&content=07.08.2011).

²¹² "...90 sayılı KHK'nin hüküm tarihinde kanunlaşmadığı dikkate alınarak suçun sübutu halinde 2279 sayılı kanunun 15 Eylül 1985 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 2520 sayılı yasanın 3. maddesiyle değiştirilen uygulanması gerektiğinden ek savunma verilerek sonucuna göre hüküm tesisi yerine yazılı şekilde 90 sayılı KHK'nin 15. maddesi uyarınca karar verilmesi yasaya aykırıdır..." şeklindeki Yarg. 7. CD, 03.05.2006 tarih ve 2004/12760 E, 2006/6273 K. sayılı ilamı için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

²¹³ Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve Caner Yenidünya, **5237 Sayılı Yeni TCK'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s.132; İzzet Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, (Şerh), s.69.

işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.” denilerek suç sayılan fiillerin kanunla düzenlenmiş olması gerektiğinin altı açıkça çizilmiştir.

Oysa yukarıda da bahsettiğimiz gibi, 90 sayılı KHK'nın kabulü sonrasında tefecilik suçunun maddi unsuru 90 sayılı KHK'ya göre belirlenmiştir. Yani bu dönemde tefecilik suçunun cezası her ne kadar 2279 sayılı Kanun'a göre verilmişse de tefecilik sayılan eylemlerin nelerden ibaret olduğu 90 sayılı KHK hükümlerine göre belirlenmiştir. Bu durum suçta (ve cezada) kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Dolayısıyla bizce, 90 sayılı KHK'nın 15'inci maddesinin kanunlaşmamış olması sebebiyle 2279 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinin uygulanması kanunilik ilkesini sağlamak bakımından yeterli olmamıştır²¹⁴. Bir an için dahi böyle bir yöntemin ve bu yönde bir çözümün kanunilik ilkesine uygun olduğu kabul edilemez. Aksi takdirde (KHK çıkarmaya yetkili olan) yürütme organı '*gelişmelere ayak uyduramayan*' her kanun için bir KHK yapabilir, cezai hükümleri kanun metninde bırakabilir, yaptığı KHK ile suçun unsurlarını ve suç sayılan eylemlerin nelerden ibaret olduğunu tekrar tanımlayabilir ve böylelikle bazı eylemleri suç olmaktan çıkarabileceği gibi, bazı eylemleri suç haline getirebilir. Böylelikle, yürütme organının suç yaratmasına ve bazı eylemleri suç olmaktan çıkarmasına açık kapı bırakılmış olur. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin egemen olduğu bir hukuk devletinde bunun kabulü düşünülemez. Özetle biz, bu dönemdeki '*çift mevzuatlı*' bu uygulamanın (suçta) kanunilik ilkesine aykırı olduğunu düşünmekteyiz.

c. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu

01.06.2005 tarihli 5237 sayılı TCK'nın Dokuzuncu Bölümü'nün "*Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar*" Kısmı'nın 241'inci maddesinde tefecilik suçuna yer verilmiştir. Hemen ifade edelim ki, 5237 sayılı TCK öncesinde tefecilik suçu sadece yukarıda bahsettiğimiz gibi önce 2279 sayılı Kanun'da ve sonrasında da 90 sayılı KHK'da düzenlenmişti. Başka bir deyişle 765 sayılı mülga TCK'da tefecilik

²¹⁴ Aksi yönde bkz. Birtek, s.31.

suçuna yer verilmiş değildi. Hatta 5237 sayılı TCK'ya ilişkin Hükümet Tasarısı'nda da yer almayan tefecilik suçu, TBMM Adalet Alt Komisyonun çalışmalarında tasarıya eklenmiştir²¹⁵.

Maddeye göre, kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Yine 242'nci maddede, tefecilik suçunun tüzel kişinin bünyesinde işlenmesi halinde bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı belirtilmiştir. Bilindiği gibi, 5237 sayılı TCK'da tüzel kişilerin cezai sorumluluğu değil, güvenlik tedbiri sorumluluğu vardır. Oysa TCK öncesinde uygulanan 2279 sayılı Kanun'un 17/4 maddesinde tüzel kişilerin cezai sorumluluğu öngörülmüştü. Gerçekten de bu Kanun'a göre tefecilik suçunun bir tüzel kişinin bünyesinde işlenmesi halinde adli para cezası tüzel kişi aleyhine hükmolunmaktaydı.

Anlaşılabacağı üzere, 5237 sayılı TCK ile 2279 sayılı Kanun ve 90 sayılı KHK'dan farklı olarak tefecilik suçunun unsurları ve yaptırımı bakımından oldukça farklı düzenlemeler getirilmiştir. Gerçekten de tefecilik suçu için 2279 sayılı Kanun'da öngörülen 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezası 5237 sayılı TCK'da 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasına çıkarılmıştır. Yani, tefecilik suçu için öngörülen hapis cezasının gerek alt, gerekse üst sınırı iki katından fazla bir artışa tabi tutulmuştur. Öte yandan gün para cezası sistemine uygun olarak, tefecilik suçu için hapis cezasına ek olarak beşbin güne kadar adli para cezasına da yer verilmiştir.

Yine 5237 sayılı TCK ile tefecilik suçunun unsurlarında da ciddi değişiklikler yapılmıştır. Suçun unsurlarına ilişkin bu değişikliklere ilişkin açıklamalar çalışmamızın ikinci bölümünün konusu olduğundan burada üzerinde durmayacağız. Ancak şu kadarını ifade edelim ki, 5237 sayılı TCK m.241'de yer alan tefecilik suçuna ilişkin düzenleme yeni tarihli bir kanuni düzenlemedir. Bu sebeple 90 sayılı KHK ve 2279 sayılı Kanun'un tefeciliğe ilişkin düzenlemelerini ortadan kaldırmıştır. Zira TCK'nın 241'inci maddesinde suçun maddi unsurunu oluşturan eylem ve yine suçun manevi unsuru gösterilmiş olduğundan hangi eylemlerin tefecilik suçu kapsamında değerlendirileceğinin tespiti TCK m.241'e göre belirlenmelidir. Başka bir deyişle, 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle tefecilik suçunun maddi

²¹⁵ İzzet Özgenç, "Tefecilik Suçu", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XIV, Yıl:2010, Sayı:1, (Tefecilik), s.545.

unsuruna ilişkin tespitlerin 90 sayılı KHK'nın tefecilik sayılan işlemler başlıklı 9'uncu maddesine göre belirlenmesi olanağı ortadan kalkmıştır²¹⁶. Aksinin kabulü halinde, kanunda tanımlanan bir suçun maddi unsurunun KHK'ya göre tespit edilmesi gibi bir sonuç doğuracaktır. Kaldı ki yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, KHK ile suç tanımı yapılması suçta kanunilik ilkesine aykırıdır.

Kanun koyucunun suçun maddi unsurlarını değiştirmesinin ve özellikle tefecilik suçu için öngörülen yaptırımı büyük ölçüde arttırmasının açık sebebini 241'inci maddenin gerekçesinde görmek mümkün değildir²¹⁷. Ancak bu sorunun cevabı adli sicil istatistikleri incelenmek suretiyle bulunabilir. Gerçekten de 90 sayılı KHK'nın yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde bakıldığında bu KHK uyarınca açılan dava sayısı 1986 yılında 21, 1987 yılında 63, 1988 yılında 5, 1989 yılında 49, 1990 yılında 94, 1991 yılında 135, 1992 yılında 58, 1993 yılında 79, 1994 yılında 80, 1995 yılında 82, 1996 yılında 86, 1997 yılında 130 ve 1998 yılında 146'dır. 1999 yılına gelindiğinde ise tefecilik suçundan dolayı açılan dava sayısında ciddi bir artış gözlemlenmektedir. 1999 yılında tefecilik suçundan dolayı açılan dava sayısı

²¹⁶ Benzer yönde bkz. Özbek, Tefecilik, s. 29 vd.; Özgenç, Tefecilik, s.545; Yaşar, Gökcan ve Artuk, s.6713; Bayram Yüksekaya, "Para İlişkilerinde Kanserli Hücre: Tefecilik Suçu", <http://www.bayramyuksekkaya.av.tr/docs/004.pdf>. (10.06.2012). Aksi yönde görüş için bkz. Birtek, s.32. Gerçekten de *Birtek*'in 5237 sayılı TCK ile 2279 sayılı Kanun ve 90 sayılı KHK hükümlerinin zımnen ilga edildiğini ifade etmesine karşın tefecilik suçunun maddi unsurunun hala 90 sayılı KHK'ya göre belirlenmesi gerektiği şeklindeki çelişkili açıklamasına katılmamız mümkün görünmemektedir.

²¹⁷ Gerçekten de, 241'inci maddenin gerekçesi şu şekildedir: "*Madde metninde tefecilik fiili suç olarak tanımlanmıştır. Faiz veya başka bir namla da olsa kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para verilmesi, tefecilik suçunu oluşturur. Tefecilik suçu, iktisadi hayatımızda, 'senet kırdırma' denen usulle de işlenebilir. Örneğin henüz vadesi gelmemiş bir bononun vadesinden önce başkasına verilerek karşılığında bono üzerinde yazılı meblağdan daha az bir paranın alınması durumunda tefecilik suçu oluşur. Çünkü bu durumda bononun el değiştirmesi, kişiler arasında doğmuş olan bir alacak borç ilişkisine dayanmamaktadır. İfade yerinde ise, bu durumlarda, birer ödeme aracı olan bononun veya çekin kendisi satılmakta ve satın alınmaktadır. İzlenen suç politikası gereğince, kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi cezalandırılmaktadır. Buna karşılık, ödünç para alan kişi cezalandırılmamaktadır.*"

254'tür²¹⁸. Bu hızlı artışın sebebinin 1999 yılında gerçekleşen ve ekonomik hayatı da olumsuz yönde etkileyen 17 Ağustos Marmara Depremi olduğunu düşünebiliriz.

Günümüze doğru ilerlemeye devam ettiğimizde, tefecilik suçundan ötürü 2000 yılında 284 dava açıldığını, 2001 yılında bu sayının bir anda 455'e ve 2002 yılında 550'ye yükseldiğini söyleyebiliriz. Şüphesiz ki, bu sayının artışında 2001 ekonomik krizinin etkileri de büyüktür. 2003 yılında tefecilik suçundan açılan dava sayısı 360 iken bu sayı 2004 yılında 385, 2005 yılında 342, 2006 yılında 381 ve 2007 yılında 439'dur. 2008 yılına gelindiğinde ise tefecilik suçundan dolayı açılan dava sayısı 867'ye yükselmiştir. Bu yükselişin sebebi şüphesiz ki 2008 yılında patlak veren ekonomik krizdir²¹⁹.

Bu istatistikler de göstermektedir ki, özellikle toplumu ekonomik anlamda sarsan olayların veya krizlerin yaşandığı dönemlerde tefecilik suçlarında artış yaşanmaktadır. Zira ekonomik bunalım içinde olan ve nakit sıkıntısı çeken kişiler soluğu yüksek faizle ödünç para veren tefecilerde almaktadır. Dolayısıyla 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'da tefecilik suçunun yaptırımının arttırılmasında, 2001 ekonomik krizinde yaşanan ekonomik bunalımların ve bu dönemde zorda olan kişilerin tefeciler tarafından sömürülmesinin ve bir kesimin bu şekilde aşırı oranda ve haksız bir şekilde gelir elde etmesinin etkili olduğu düşünülebilir. Tefecilik suçu için öngörülen ceza miktarının yerindeliği meselesi ise ayrı bir tartışma konusudur ve aşağıda ayrıntılı olarak irdelenecektir. Burada şu kadarıyla yetinmek gerekirse; tefecilik suçunun cezasının arttırılması bu suçları engellemek bakımından yeterli olmamıştır. Gerçekten de, 2005 yılından sonra tefecilik suçu sebebiyle açılan davaların sayısı hızla artmaktadır. Hatta yukarıda da bahsettiğimiz gibi, MASAK'ın 2011 yılı Faaliyet Raporu'na göre tefecilik günümüzde ekonomik alanda en fazla işlenen suçlardan biri haline gelmiştir.

²¹⁸ İstatistikler için bkz. T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, "Adli İstatistik Yayın Arşivi", www.adlisicil.adalet.gov.tr (25.07.2011).

²¹⁹ İstatistikler için bkz. T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, "Adli İstatistik Yayın Arşivi", www.adlisicil.adalet.gov.tr (25.07.2011).

VI. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA TEFEÇİLİK SUÇU

Tefecilik suçu bazı hukuk sistemlerinde suç olarak düzenlenmişken, bazı hukuk sistemlerinde suç olarak düzenlenmemiş yahut faizden vergi alma gibi başkaca sistemler benimsenmiştir. Bu başlık altında öncelikle söz konusu bu sistemlere kısaca değinecek ve ardından tefeciliği ceza kanunlarında suç olarak düzenleyen bazı ülkelerin kanuni düzenlemelerinin ne şekilde olduğuna yer vereceğiz.

A. Çeşitli Sistemler Bazında Tefecilik Suçunun Düzenlenmesi

1. Tefeciliğin Suç Olarak Düzenlenmediği Sistem

Başta Romanya ve birkaç Güney Amerika ülkesinde olduğu gibi bazı ülkelerde tefecilik fiili ceza kanununda bir suç olarak kabul edilmemekte, olsa olsa bazılarında yan ceza kanunlarında veya ceza normu içeren kanunlarda tefeciliğin yaptırımı düzenlenmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu ülkeler azınlıktadır. Günümüzde birçok ülkede izlenen suç politikası çerçevesinde tefecilik bir suç olarak tanımlanmakta ve cezalandırılmaktadır²²⁰.

2. Faizden Vergi Alma Prensibine Dayalı Sistem

Kuzey Amerika ülkelerinin genelinde ve Orta ve Güney Amerika ülkelerinin büyük bir çoğunluğunda faizden vergi alma prensibine dayalı bir sistem geçerlidir. Buna göre, ödünç verme işlerinde uygulanabilecek azami bir faiz oranı kabul edilmekte ve bu faiz oranının aşılması hali cezalandırılmaktadır. Bu ülkelerden bir kısmı azami faiz oranını aşan her ödünç verme işini tefecilik kapsamında cezalandırmakta, bir kısmı ise karşı tarafın zayıflığını kullanmak veya sömürmek suretiyle azami faiz oranının aşılmasını cezalandırmaktadır²²¹.

²²⁰ Hohendorf, Individualwucher, s.64.

²²¹ Hohendorf, Individualwucher, s.65.

3. Alışverişte Objektif Kandırma Prensibine Dayalı Sistem

Başta Fransa ve İspanya'nın benimsediği alışverişte objektif kandırma sistemi uyarınca, belirlenmiş azami bir faiz oranı söz konusu değildir. Yine karşı tarafın ekonomik zaruret hali veya diğer zayıflıkları suçun varlığı için gerekli değildir. Bir başka deyişle karşı tarafın kullanılması veya sömürülmesi tipiklik içinde yer almamaktadır. Bu sistemde önemli olan ve yaptırıma bağlanan fiil ödünç verme işleminin objektif olarak haksız ve orantısız koşullar içermesidir²²².

4. Sömürü Prensibine Dayalı Sistem

Modern ceza hukukunda ve günümüz hukuk sistemlerinin büyük bir bölümünde tefecilik suçunun tipiklik unsuru içerisinde karşı tarafın, yani mağdurun özel zayıf durumunun kullanılması veya sömürülmesi aranmaktadır. Doğu ve Batı Avrupa ülkelerinin birçoğunda cezalandırılabilir tefecilik eylemi genellikle iki taraflı hukuki işlemlerde söz konusu olmaktadır. Örneğin, İtalya'da tefecilik suçunun konusunu sadece para ve taşınabilir bir eşya oluşturmaya karşın Avusturya ve Yunanistan'da konusu para olan tefecilik suçu her zaman cezalandırılabilir iken suçun konusunun taşınabilir bir eşya olması halinde bu eylemin cezalandırılabilir olması için failin tefeciliği meslek olarak yürütüyor olması gerekmektedir²²³.

Sömürü prensibine dayalı bu sistemin temelinde, iki taraf arasında gerçekleştirilen ödünç verme ilişkisinin bir taraf için açık bir mağduriyet teşkil ediyor olması yatmaktadır. Söz konusu bu açık mağduriyetin ne şekilde tespit edilmesi gerektiği konusunda ise iki farklı yaklaşımdan bahsedilebilir. Bir kısım ülkelerde mağdurun yerine getirdiği edim, örneğin aldığı ödünç para karşılığında ödediği faiz ve bunun malvarlığı değerindeki değişime etkisini değerlendirmek suretiyle mağduriyetin tespiti yapılmaktadır. Diğer bir kısım ülkelerde ise mağdurun malvarlığındaki değişime (eksilmeye) bakılmaksızın karşılıklı edimler arasında belirli bir oranın varlığı aranmakta ve bu edimler arası aşırı oransızlığın, yani ölçüsüzlüğün varlığı halinde açık bir mağduriyetin varlığı da kabul edilmektedir.

²²² Hohendorf, Individualwucher, s.65.

²²³ Hohendorf, Individualwucher, ss.65-66.

Yine karşılaştırmalı hukukta bazı ülkeler mevzuatında sömürden sadece ekonomik anlamdaki zor durumun sömürülmesini anlayan veya hem ekonomik anlamdaki zor durumun sömürülmesini ve hem de hafiflik, tecrübesizlik veya zayıflık gibi kişisel bazı zor durumların sömürülmesini anlayan ülkeler de mevcuttur²²⁴.

5. Karma Sistem

Bazı ülkelerde ise yukarıda bahsi geçen sistemlerin karma bir şekilde düzenlendiğini ve uygulandığını söylemek mümkündür. Örneğin, eski Sovyetler Birliği'nde durum böyledir. Gerçekten de, eski Sovyetler Birliği'nde tefecilik suçunun ceza kanunundaki düzenlenişi hem faizden vergi alma sistemine hem de bugünün modern ceza hukuku anlayışında kabul edilen sömürü prensibine dayalı sistemin bir karması olarak düzenlenmiştir. Yine Yunanistan ceza hukukunda da faizden vergi alma ve sömürü prensibine dayalı sistemin karma bir şekilde düzenlendiğini ifade etmek gerekir²²⁵.

B. Ceza Kanunlarında Tefeciliği Suç Olarak Düzenleyen Bazı Ülkelerdeki Durum

1. Almanya

Çalışmamızın genelinde Al.CK ile karşılaştırma ve kıyaslamalar yapacak olmamızdan dolayı tefecilik suçunun Alman ceza hukukunda ne şekilde düzenlendiğini ayrıca irdelemek yerinde olacaktır.

Tefecilik suçu "*Wucher*" başlığı altında ve Al.CK m.291'de düzenlenmiştir. Hemen belirtmek isteriz ki, Alman hukukunda *Wucher* kelimesi gabini de içine alan ve aynı zamanda *vurgunculuk* anlamı da taşıyan, bizim anladığımız manada tefecilikten çok daha geniş bir kullanıma sahiptir. Alman hukukunda tefecilik suçu kapsam olarak da Türk hukukundan daha geniştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki; Alman hukukunda tefecilik suçunun konusu parayla sınırlı değildir. Paranın yanında

²²⁴ Hohendorf, Individualwucher, s.66.

²²⁵ Hohendorf, Individualwucher, s.67.

kira (*Mietwucher*), hizmet (*Leistungswucher*) veya başkaca bir eşya (*Sachwucher*) tefecilik suçunun maddi konusunu oluşturabilir²²⁶.

Öte yandan Al.CK'un 291'inci maddesinde yer alan tefecilik suçu günümüzde sadece faiz karşılığı borç para vermekten veya kanuni faiz oranlarının aşılmasından ibaret bir suç tipi de değildir. Mağdurun “*özel durumu*” da suçun tipiklik unsuru içerisinde büyük bir önem kazanmıştır. Gerçekten de suçun oluşabilmesi bakımından failin mağdurun içinde bulunduğu zor durumu (zaruret halini), tecrübesizlik halini veya temyiz kudretindeki eksikliği istismar etmek, yani sömürmek suretiyle tefecilik suçunu işlemesi gerekmektedir. Şayet mağdur, yukarıda sayılan şekilde özel bir durum içerisinde değilse, fail mağdurun bu özel durumunu bilmiyorsa veya kastı mağdurun bu özel durumunu istismar etmeye yönelik değilse tefecilik suçundan bahsetmek mümkün değildir. Bu şekildeki bir düzenlemenin amacı şüphesiz ki mağdurun haklarının korunmasıdır²²⁷.

Yine Alman hukukunda tefecilik suçunun oluşumu bakımından edim ve karşı edim arasında aşırı bir oransızlığın varlığı aranır. Örneğin, ödünç alınan paranın aşırı oransız olacak şekilde fazlasıyla geri ödenmesi, bir hizmetin mutad piyasa değerinin çok üstünde bir ücret karşılığı yerine getirilmesi yahut bir meskenin mutad piyasa değerinin çok üstünde bir bedel karşılığı kiraya verilmesi gibi. Diğer bir ifadeyle, Alman hukukunda Türk hukukunun aksine sadece kazanç sağlamak amacıyla ödünç para vermek suç olarak düzenlenmiş değildir. Her şeyden önce, failin verdiği ödünç ile bu ödünç para karşılığında karşılaştırılan faiz arasında aşırı bir oransızlığın bulunması ve yine failin bu ölçüsüz anlaşmayı mağdurun içinde bulunduğu zor durumu, tecrübesizliği veya temyiz kudretindeki eksikliği istismar ederek yapmış olması gerekir.

Tefecilik suçu için Al.CK'da üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası öngörülmüştür. Suçun birden çok kişi tarafından edim veren, aracılık eden sıfatıyla veya sair bir şekilde katkıda bulunmak suretiyle işlenmesi halinde her bir kişi hakkında aynı yaptırım uygulanır.

²²⁶ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar yukarıda “*Tefecilik Türleri*” başlığı altında yapılmıştır. Bkz. s.8 vd.

²²⁷ Laufen, s.11.

Tefecilik suçu bakımından bazı haller ağırlaştırıcı sebep olarak öngörülmüştür. Buna göre, mağdurun ekonomik zaruret haline girmesi, failin tefecilik suçunu bir meslek veya sanat haline getirerek işlemesi veya senet düzenlemek suretiyle mağdura aşırı bir malvarlığı çıkarı ödeme sözü verdirmesi halleri kanunda düzenlenen ağırlaştırıcı sebeplerdir. Bu ağırlaştırıcı sebeplerden birinin varlığı halinde öngörülen ceza altı aydan on yıla kadar hapis cezasıdır.

2. Avusturya

Avusturya ceza hukukunda tefecilik suçu, Avusturya Ceza Kanunu'nun (Av.CK) 154'üncü maddesinde para tefeciliği (*Geldwucher*), 155'inci maddesinde ise eşya tefeciliği (*Sachwucher*) olmak üzere iki madde halinde düzenlenmiştir. Tefecilik, Av.CK'da malvarlığına karşı suçlar içerisinde yer almaktadır. Buna göre her kim, başkasının içinde bulunduğu zor durumu, düşüncesizliğini, tecrübesizliğini veya karar verme yeteneğindeki bir eksikliği; kendisi ya da bir başkasına, parasal bir ihtiyacın karşılanmasına hizmet eden edimler için, özellikle faizli bir ödünçün temini veya buna aracılık edilmesi için, kendi edimi ile değersel olarak, belirgin bir orantısızlığın bulunduğu bir malvarlığı çıkarına söz verdirtme ya da temin ettirme yoluyla kullanırsa, üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (Av.CK m.154/1). Ayrıca hapis cezasının yanında, 360 güne kadar adli para cezasına da hükümlenilir (Av.CK m.154/4)²²⁸.

Görüleceği üzere, Av.CK'daki düzenleme Al.CK'dakine oldukça benzemektedir. Av.CK'da da mağdurun zor durumunun, düşüncesizliğinin, tecrübesizliğinin veya karar verme yeteneğindeki eksikliğin sömürülmesi suçun bir unsuru olarak kabul edilmiştir. Yine edim ve karşı edim arasında aşırı (açık, belirgin) ölçüsüzlüğün varlığı da suçun oluşumu bakımından aranan bir diğer unsurdur.

Av.CK'da da, Al.CK'da olduğu gibi, para tefeciliği için öngörülen yaptırım üç yıla kadar hapis cezasıdır. Buna Av.CK'da Al.CK'dan farklı olarak adli para

²²⁸ Bkz. Johannes Wessels ve Thomas Hillenkamp, "Avusturya Ceza Kanunu'nda Başkasının Malvarlığına Karşı Suçlar", çev. Gülsün Ayhan Aygörmöz, **Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 9**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s.233.

cezası hapis cezasına seçimlik olarak değil, hapis cezasının yanında uygulanabilecek bir yaptırım olarak öngörülmüştür. Ayrıca tefecilik suçunu meslek haline getirerek işlemek suçun ağırlaştırıcı hali olarak düzenlenmiş ve bu halde altı aydan beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.

Av.CK m.155’de ise eşya tefeciliği (*Sachwucher*) düzenlenmiştir. Maddeye göre, her kim, 154’üncü maddedeki haller dışında, bir başkasının içinde bulunduğu zor durumu, düşüncesizliğini, tecrübesizliğini veya karar verme yeteneğindeki eksikliği; kendisi ya da bir başkası için, bir ürün veya başka bir edim için, kendi edimi için değersel olarak, belirgin bir orantısızlığın bulunduğu bir malvarlığı için, söz verdirtme ya da temin ettirme yoluyla kullanırsa, üç yıla kadar hapis; eğer fiili yoluyla birçok insana ağır zararlar verirse, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (Av.CK m.155/1). Tüm bu hallerde, hapis cezasının yanında 360 güne kadar adli ara cezası da öngörülebilir (Av.CK m.155/3)²²⁹.

Madde, suçun konusu bakımından 154’üncü maddeden ayrılmaktadır. Gerçekten de, Av.CK m.155/1’de suçun konusu para değil, bir eşya veya bir edimdir. 154’üncü maddeden farklı olarak suçun meslek haline getirilmesi halinde daha ağır bir yaptırım öngörülmemiş olup yine 155/1’de öngörülen yaptırımla cezalandırılacağı ifade edilmiştir (Av.CK m.155/2) Buna karşın, suçun işlenmesiyle birden çok insana ağır zarar verilmesi 155’inci madde bakımından ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmiş ve altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile yaptırım altına alınmıştır.

3. İsviçre

İsviçre ceza hukukunda tefecilik suçu, *İsviçre Ceza Kanunu*’nun (İsv.CK) 157’nci maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, her kim mağdurun içinde bulunduğu zor durumu, bağımlılık halini, tecrübesizliğini veya temyiz kudretindeki zayıflığı sömürerek ve kendi edimi ile karşılaştırıldığında belirgin bir biçimde orantısız olan bir malvarlığı çıkarımı kendisi veya üçüncü bir kişi lehine elde etme sözü verdirtir ya da temin ederse beş yıla kadar hapis veya adli para cezası ile

²²⁹ Wessels ve Hillenkamp, s.233.

cezalandırılır (İsv.CK m.157/1). Suçu meslek haline getirerek işleyen fail hakkında bir yıldan on yıla kadar hapis cezası uygulanır (İsv.CK m.157/2).

İsv.CK'da da tıpkı Al.CK ve Av.CK'da olduğu gibi mağdurun içinde bulunduğu zor durum, tecrübesizlik hali veya temyiz kudretindeki zayıflığın sömürülerek suçun işlenmesi suçun maddi unsurlarındandır. Yine fail tarafından yerine getirilen edim ile mağdur tarafından yerine getirilen karşı edim arasında aşırı (açık, belirgin) bir oransızlığın var olması aranmıştır. Buna karşın, Al.CK ve Av.CK'da olduğu gibi, suçun maddi konusu ile ilgili olarak farklı düzenlemelere gidilmemiştir. İsv.CK'da tefecilik suçu ile ilgili olarak seçimlik bir yaptırım öngörülmüştür. Buna göre, tefecilik suçu işleyen fail hakkında beş yıla kadar hapis cezası veya adli parasına hükmetmek mümkündür. Suçun meslek haline getirilerek işlenmesi de tıpkı Al.CK ve Av.CK'da olduğu gibi suçun ağırlaştırıcı sebebi olarak kabul edilmiş ve bu durumda da bir yıldan on yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.

4. İtalya

İtalya'nın ilk ceza kanunu olan 1889 tarihli Zanardelli Kanunu'nda döneme hâkim olan liberal ekonomi anlayışı çerçevesinde tefecilik eylemi bir suç olarak kabul edilmemiştir. Zaman içerisinde özellikle XIX. yy. sonunda patlak veren sosyo-ekonomik krizin de etkisiyle yavaş yavaş tefeciliğin bir suç tipi olarak düzenlenmesi ihtiyacı doğmuştur. Birkaç kanun denemesinden sonra 1930 yılında tefecilik İtalyan Ceza Kanunu'nun 644'üncü maddesinde bir suç tipi olarak düzenlenmiş ve 1992 yılına kadar üzerinde hiçbir değişiklik yapılmamıştır. Madde ile ilgili olarak yapılan en önemli değişiklik ise 7 Mart 1996 tarihli Reform Yasası ile gündeme gelmiş ve kanun bugünkü halini almıştır²³⁰. Günümüz İtalya Ceza Kanunu'nun 644'üncü maddesinde tefecilik bir suç olarak tanımlanmıştır.

Maddeye göre 643'üncü maddede gösterilen hallerin dışında her kim, kendisine veya başkasına para ya da başkaca yarar sağlayacak bir malın borç olarak verilmesi karşılığında herhangi bir şekilde faiz ya da faiz sayılabilir başkaca menfaat verilmesi veya bu hususta vaatle bulunulmasını temin edecek olursa 2 yıldan 10 yıla

²³⁰ Rossaro, s.10.

kadar hapis ve 5000 avrodan 30.000 avroya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır. Aynı ceza, tefecilik eylemine aracılık edenler hakkında da geçerlidir.

İtalyan Ceza Kanunu'nda para veya mal denildiği için taşınmazlar veya hizmetler suçun konusunu oluşturamaz. Ayrıca kanun koyucu, tefecilik faiziyle ilgili herhangi bir sınır öngörmemiştir²³¹.

İtalyan Ceza Kanunu'nda da bazı haller cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmiştir: 1-) Suçun hisse senedi veya bankacılık gibi profesyonel faaliyet gösteren bir kişi tarafından işlenmesi, 2-) Verilen paranın teminatı olarak şirket hissesi veya taşınmaz mal talebinde bulunulması, 3-) Suçun ihtiyaç halindeki bir kişinin zararına yol açması, 4-) Suçun zanaatle uğraşan ya da profesyonel olarak girişimci faaliyette bulunan bir kişinin zararına uğramasına yol açması, 5-) Suçun hakkında denetim tedbiri verilmiş bir kişi tarafından tedbir süresi sona ermeden veya sona erdikten sonraki 3 yıl içinde işlenmiş olması halinde verilecek ceza üçte birden yarıya kadar arttırılır (m.643).

5. İsveç

İsveç Ceza Kanunu'nun 2'nci Bölümü'nün "*Dolandırıcılık ve Diğer Sahtekârlıklar*" başlıklı 9'uncu Kısmı'nın 5'inci Fıslı'nda tefecilik suçuna yer verilmiştir²³². Buna göre, tefecilik suçu; failin sözleşmesel bir ilişki veya herhangi bir hukuki işlem içerisinde, başkasının zaruretinden, zayıflığından, dikkatsizliğinden veya bakımını üstlendiği kişiyle olan münasebetinden yararlanarak açıkça orantısız bir ivaz karşılığı veya ivazsız olarak kendisine menfaat temin etmesi olarak tanımlanmıştır. Yine bu tanımlamadan ayrı olarak faiz karşılığı ödünç para verme eyleminin de tefecilik sayılacağına ayrı bir fıkrada yer verilmiştir. Gerçekten, tefecilik suçuna ilişkin maddenin ikinci fıkrasına göre; büyük kapsamlı, adi veya ticari nitelikte olsun veya olmasın, herhangi bir ödünç para sözleşmesi ilişkisinde, karşı edime göre açıkça orantısız olarak kabul edilebilecek maddi bir menfaat elde

²³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Rossaro, s.10 vd.; Hetger, s.78 vd.

²³² İsveç Ceza Kanunu'nun ilgili hükümlerine ilişkin çeviriler Legislationline, "Criminal code of the Kingdom of Sweden (English version)", <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes> isimli internet sitesinden yapılmıştır. (19.07.2011).

eden veya faiz uygulayan kişinin eylemi de tefecilik sayılacaktır. Görüldüğü üzere, maddenin ilk fıkrasında suçun maddi konusu ile ilgili kesin bir belirleme yoktur. Suçun maddi konusu bir eşya veya bir hizmet de olabilir. Yine birinci fıkraya göre suçun oluşumu için failin sözleşmesel ilişkinin karşı tarafının içinde bulunduğu zaruret hali, zayıflığı, dikkatsizliği veya bakımını üstlendiği kişiyle olan münasebetinden yararlanarak kendisine aşırı ölçüsüz maddi bir menfaat elde etmesi gerekir.

İkinci fıkradaki düzenleme ise münhasıran ödünç para sözleşmesine ilişkindir. Yani burada suçun maddi konusu paradır. Bu haliyle düzenleme, bizim hukuk sistemimizdekine oldukça benzemektedir. Fakat bizdeki düzenlemenin aksine burada karşılıklı edimler arasında açık bir orantısızlık şartı aranmaktadır. Bir başka deyişle, faiz her halükarda cezalandırılmış değildir. Ödünç verilen borç para karşılığında geri ödenen paranın aşırı ölçüsüz olması, yani elde edilen faizin aşırı yüksek olması şartı aranmıştır.

İsveç Ceza Kanunu'nda tefecilik suçu hakkında öngörülen yaptırım para veya iki yıla kadar hapis cezasıdır. Hapis cezası bakımından bir alt sınıra yer verilmemiştir. Fiilin ağır olması durumunda suçun nitelikli hali söz konusudur. Bu durumda ceza ağırlaştırılmış olarak verilir. Söz konusu hal için öngörülen yaptırım ise, altı aydan dört yıla kadar hapis cezasıdır.

6. Finlandiya

Finlandiya Ceza Kanunu'nun (Fin.CK) "Dolandırıcılık ve Diğer Sahtekârlıklar" başlıklı 36'ncı Kısmı'nın 6'ncı Fıslı'nda tefecilik suçuna yer verilmiştir²³³. Tıpkı İsveç Ceza Kanunu'nda olduğu gibi Finlandiya'da da tefecilik suçu iki ayrı kategori halinde düzenlenmiştir. Fin.CK tefecilik suçuna ilişkin 6'ncı Fıslı'nın ilk fıkrasına göre; bir sözleşmesel ilişki veya herhangi bir hukuki işlem içerisinde, başkasının zaruretinden, herhangi bir bağımlılığından, temyiz kudreti eksikliğinden veya dikkatsizliğinden yararlanarak, açıkça orantısız bir ivaz karşılığı

²³³ Finlandiya Ceza Kanunu'nun ilgili hükümlerine ilişkin çeviriler Legislationline, "Criminal Code of the Republic of Finland (English version)", <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes> isimli internet sitesinden yapılmıştır. (19.07.2011).

kendisine veya başkasına maddi menfaat temin etmek tefecilik suçu olarak tanımlanmıştır. Yine bu tanımlamadan ayrı olarak faiz karşılığı ödünç para verme eyleminin de tefecilik sayılacağına ayrı bir fıkroda yer verilmiştir. Gerçekten, tefecilik suçuna ilişkin maddenin ikinci fıkrasına göre; bankacılık kurumlarınca kamusal idare kuruluşlarına bildirilip, fiilen uygulanmakta olan faiz oranlarını aşan bir oranda faiz ile ödünç para vererek, kendisine veya bir başkasına maddi menfaat sağlamak da tefecilik sayılır ve fail tefecilik suçundan cezalandırılır.

Görüldüğü üzere, maddenin ilk fıkrasında suçun maddi konusu ile ilgili kesin bir belirleme yoktur. Suçun maddi konusu bir eşya veya bir hizmet de olabilir. Yine birinci fıkraya göre suçun oluşumu için failin sözleşmesel ilişkisinin karşı tarafının içinde bulunduğu zaruret hali, bağımlılığı, temyiz kudretindeki eksikliği veya dikkatsizliğinden yararlanarak kendisine aşırı ölçüsüz maddi bir menfaat elde etmesi gerekir.

İkinci fıkradaki düzenleme ise münhasıran ödünç para sözleşmesine ilişkindir. Yani burada suçun maddi konusu paradır. Bu haliyle düzenleme bizim hukuk sistemimizdekine oldukça benzemektedir. Fakat bizdeki düzenlemenin aksine burada karşılıklı edimler arasında açık bir orantısızlık şartı aranmaktadır. Bir başka deyişle, faiz her halükarda cezalandırılmış değildir. Ödünç verilen borç para karşılığında işletilen faizin bankalarca kamu idarelerine bildirilen ve uygulanan faiz oranından fazla olması gerekir.

Fin. CK'da tefecilik suçu hakkında öngörülen yaptırım para veya iki yıla kadar hapis cezasıdır. Hapis cezası bakımından bir alt sınıra yer verilmemiştir. Fin CK.'da ayrıca tefecilik suçunun nitelikli hallerine de yer verilmiştir. Eğer tefecilik suçu, failin büyük miktarda maddi menfaat elde etmesi yahut mağdurun büyük miktarda maddi zarara uğraması sonucunu doğurduysa, fail karşı tarafın özel zayıflığından veya başkaca bir suiistimale açık bir yönünden ahlâksızca faydalanarak suç işlediyse, suç müteselsil olarak işlendiyse tefecilik suçu bakımından ağırlaştırıcı nedenlerin varlığı kabul edilmekte ve faile dört aydan dört yıla kadar hapis cezası verilmektedir.

Almanya, Avusturya ve İsviçre'den farklı olarak Baltık ülkelerinden İsveç ve Finlandiya'da para tefeciliği, yani faiz karşılığı ödünç para verme eylemi tefecilik suçuna ilişkin maddede ayrı bir paragrafta düzenlenmiştir. Her iki kanunda da

tefecilik suçuna ilişkin maddenin ilk fıkrasında bir nevi gabin durumunun cezalandırılması söz konusudur. Buna karşın ikinci fıkrada faiz karşılığı ödünç para vermek eylemi yani bizim hukukumuzdaki manada tefecilik suçu düzenlenmiştir. Gerek İsveç ve gerekse Finlandiya’da edimler arası açık oransızlık şartı aranmaktadır.

C. Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunun Birlikte Değerlendirilmesi

1. Suçun Maddi Konusu Bakımından

Yukarıda ceza kanunlarında tefeciliği suç tipi olarak düzenleyen ve yaptırım altına alan bazı ülkelerdeki düzenlemeleri ana hatlarıyla ortaya koymaya çalıştık. Bu açıklamalar ışığında söz konusu ülkelerdeki tefecilik suçuna ilişkin düzenlemelerin Türk hukukundan önemli ölçüde farklı olduğunu ifade etmek gerekir. Her şeyden önce tefeciliğe ceza kanunlarında bir suç tipi olarak yer veren bu ülkelerde tefecilik suçunun maddi konusu parayla sınırlı değildir. Gerçekten de, suçun maddi konusu paranın yanı sıra bir eşya, bir edim (hizmet) ve hatta kira bedeli bile olabilmektedir. Buna karşın, Türk kanun koyucusu “*kazanç sağlamak amacıyla başkasına ödünç para vermek*” diyerek tefecilik suçunun hukuki konusunu para ile sınırlandırmıştır.

2. Suçun Maddi Unsuru Bakımından

Yine yukarıda anlattığımız çerçevede, tefecilik suçuna ceza kanunlarında yer veren diğer ülkelerde suçun maddi unsuru içerisine, karşı tarafın özel bazı hallerinden faydalanmak, bu halleri sömürmek ve böylelikle aşırı ölçüsüz bir menfaat elde etmek unsuru da dâhildir. Nitekim karşı tarafın zor durumundan, zaruret halinden, tecrübesizliğinden, temyiz kudretindeki veya karar verme yeteneğindeki eksiklikten, herhangi bir bağımlılığın yahut dikkatsizliğinden yararlanarak veya bu haller sömürülmek suretiyle tefecilik suçunun işlenmesi gerekmektedir. Ayrıca, bu şekilde işlenen tefecilik suçuyla failin aşırı ölçüsüz bir menfaat sağlaması da gerekmektedir. Yani, edim ve karşı edimin birbiriyle orantısız olması aranmaktadır.

Buna göre, cezalandırılan eylem faiz karşılığı borç para vermek değil, belirlenen oranların üzerinde aşırı oranda faiz işletmek suretiyle faizle borç para vermektir. Oysa Türk hukukunda cezalandırılan kazanç sağlamak amacıyla borç para vermek eylemidir. Elde edilecek kazancın, yani faizin aşırı olması gibi bir şart aranmamaktadır. Böylelikle Türk hukukuna göre yetkili mercilerce yapılanlar hariç olmak üzere, kazanç sağlamak amacıyla ve kazancın miktarının ne olduğuna bakılmaksızın her türlü ödünç para verme eylemi tefecilik kapsamında değerlendirilebilecektir.

3. Suçun Yaptırımı Bakımından

Ceza kanunlarında tefeciliği suç tipi olarak düzenleyen ülkelerde bu suç için öngörülen yaptırımlar da Türk hukukuna göre daha hafiftir. Söz konusu ülkelerin bazılarında suçun basit hali için kabul edilen hapis cezası için sadece üst sınır öngörülmüştür. Bu üst sınırlar da Türk hukukuna göre daha düşüktür. Nitekim Almanya ve Avusturya'da tefecilik suçunun cezası üç, İsviçre'de beş, İsveç ve Finlandiya'da ise iki yıla kadar hapistir. Hatta İsveç ve Finlandiya'da tefecilik suçunun nitelikli hali için öngörülen hapis cezasının gerek alt gerekse üst sınırı da Türk hukukuna göre daha düşüktür. Gerçekten de örneğin, İsveç'de suçun nitelikli hali için 6 aydan 4 yıla, Finlandiya'da ise 4 aydan 4 yıla kadar hapis cezası öngörülmüşken; TCK m.241'de tefecilik suçu için iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ve ayrıca beş bin güne kadar adli para cezası kabul edilmiştir.

Tüm bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, Türk hukukunda tefecilik suçuna ilişkin 241'inci madde, gerek suçun maddi konusu ve maddi unsuru; gerekse bu suç için öngörülen yaptırım dikkate alındığında, modern ceza kanunlarındaki düzenlemelere nazaran önemli farklılıklar ihtiva etmektedir. Bu anlamda söz konusu düzenlemeler dikkate alındığında, Türk hukukunda tefecilik suçuna ilişkin maddenin suçun konusu bakımından sınırlı ve günümüz şartlarına göre ihtiyacı karşılamakta yetersizdir. Buna karşın suçun maddi unsuru bakımından birçok ödünç para verme eylemini suç haline getirecek ölçüde geniştir. Bu durumun kanunilik ilkesiyle bağdaşmadığı da açıkça ortadadır. Sonuçları bakımından ise tefecilik suçu birçok ülkeye nazaran çok daha ağır bir yaptırıma tabi tutulmuştur.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, suç genel teorisi çerçevesinde tefecilik suçu ele alınarak bahsettiğimiz farklılıklar ayrıntılı olarak incelenecek, eleştirilecek ve sorunlara ilişkin çözüm önerilerinde bulunulacaktır.

İKİNCİ BÖLÜM

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA TEFEÇİLİK SUÇU

I. GENEL OLARAK

Konumuzu teşkil eden tefecilik suçu, mülga 765 sayılı TCK'da düzenlenmiş değildi. Bu dönemde tefecilik 90 sayılı KHK ve 2279 sayılı Kanun kapsamında suç olarak kabul edilmekte ve cezalandırılmaktaydı. Nihayet 01.06.2005 tarih ve 5237 sayılı TCK ile tefecilik bir suç tipi olarak ceza kanununa girmiştir. 5237 sayılı TCK'nın üçüncü Kısmı'nın "*Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar*" isimli Dokuzuncu Bölümü'nün 241'inci maddesinde tefecilik suçuna yer verilmiştir. Maddeye göre; "*Kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.*"

Hemen ifade edelim ki, 90 sayılı KHK ve 2279 sayılı Kanun kapsamında düzenlenen tefecilik suçuyla 5237 sayılı TCK'da düzenlenen tefecilik suçu arasında gerek suçun unsurları gerekse öngörülen yaptırım yönünden oldukça önemli farklılıklar söz konusudur. İşte bu farklılıklar sebebiyle 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinin akabinde uygulamada duraksama yaşanmış, tefeciliğin tanımı ve suçun unsurlarının belirlenmesi noktasında karmaşa ortaya çıkmıştır. 90 sayılı KHK'nın ilgili hükümlerinin 2005 sonrasında tefecilik suçunun unsurlarının belirlenmesi konusunda dikkate alınıp alınamayacağı meselesi bu karmaşanın odağında yer almıştır. Biz, bu konuya ilişkin ilk bölümde gerekli açıklamaları yapmıştık.

Aşağıda ayrıntılarıyla irdelenecek olmakla birlikte burada TCK m.241'e kuşbakışı bir göz atıp maddenin genel görünümünü ve sıkıntılı noktalarını kısaca ortaya koyma arzusundayız.

Her şeyden önce TCK m.241 sıkıntılı olduğu ilk nokta, madde metninde tefeci ve tefecilik teşkil eden eylemlere yüklenmesi gereken anlam konusunda belirsizlik bulunmasıdır. 241'inci maddeye göre "*kazanç sağlamak amacıyla ödünç para verme*" eylemi tefecilik demektir. Kanun koyucu tefecilik teşkil eden eylemleri ödünç para verme ile sınırlandırmıştır. Oysa tefecilikten anlaşılan aslen sadece

ödünç para vermektan ibaret bir eylem değildir. Gerçekten yukarıda da bahsettiğimiz gibi tefecilik, kazanç sağlamak amacıyla ödünç para verme fiilini de içine alan ve fakat sadece bu eylemle sınırlı olmayan aslen gabin kurumuna benzeyen bir eylemdir²³⁴.

Mevcut düzenlemenin yetersizliği meselesi suçun maddi konusunda da karşımıza çıkmaktadır. 241'inci maddenin ödünç "para" vermektan bahsetmiş olması karşısında, para dışındaki bazı ekonomik değerlerin, örneğin kıymetli bir maden olan altının yahut kıymetli evrakın veya çok değerli antika bir eşyanın tefecilik suçunun maddi konusunu teşkil edip edemeyeceği meselesi tartişılmaya değer bir hal almıştır.

Yine 241'inci madde düzenlemesi karşısında, tefecilik suçunun mağduru konusunda da öğretilerde farklı görüşler belirmiştir. Kimi yazarlara göre bu suçun mağduru ödünç para alandır. Buna karşın, bazı yazarlar ise suçun mağdurunun toplumun geneli olduğunu ileri sürmektedir. Suçun mağduru konusundaki bu tartişma ve belirsizlikler beraberinde iştirak, içtima veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi konularda da çeşitli tartişmaların doğmasına sebebiyet vermektedir.

Mevcut düzenlemeye ilişkin bir diğer sorun ise suçun maddi unsurunu oluşturan eylemin kapsamı konusundadır. 241'inci maddede tefecilik suçunun maddi unsurunu oluşturan eylem, "ödünç para vermek"le sınırlı olarak düzenlenmiştir. Oysa günümüzde gelişen teknoloji sayesinde tefecilik eylemi çok değişik biçimlerde ve farklı teknolojik araçlar vasıtasıyla işlenmektedir. Deyim yerindeyse, suç dünyası da gelişen teknolojiye ayak uydurmakta, suçun işleniş biçim ve tekniklerini zekâ ve teknolojik imkânları kullanmak suretiyle geliştirmekte, hatta maddede gösterilen eylem unsurunun dışında kalan bazı eylem ve/veya yöntemlerle tefecilik suçuyla elde edilmek istenilen menfaate ulaşmaktadır. Nitekim madde gerekçesinde tefecilik suçunun "senet kırdırma" denilen yöntemle de işlenebileceği belirtilmiştir. Yani, madde gerekçesi ile adeta yeni bir eylem unsuru yaratılmıştır. Öte yandan uygulamada ortaya çıkan ve "POS tefeciliği" olarak isimlendirilen yöntem, kredi kartını vasıta kılmak suretiyle tefecilik suçunun işlenmesinde sıklıkla başvurulan bir yöntem haline gelmiştir. Uygulamada bu yöntemle işlenen eylemler de tefecilik suçu kapsamında soruşturulmakta ve kovuşturulmaktadır. Oysa söz

²³⁴ Özbek, Tefecilik, s.30.

konusu bu yöntemin 241'inci maddede yer alan '*ödünç para verme*' eylemiyle ne denli örtüştüğü ayrıca irdelenmesi gereken bir husustur. 241'inci maddede düzenlenmiş olan eylem unsuru karşısında bu tip diğer eylemlerin akıbetinin ne olacağı; daha açık bir deyişle, bu eylemlerin de tefecilik suçu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği meselesi etraflıca değerlendirilmesi gereken bir konu haline almıştır.

5237 sayılı TCK yürürlüğe girmeden önce gerek 90 sayılı KHK ve gerekse Yargıtay'ın yerleşik içtihatları uyarınca tefecilik suçunun "*meslek ittihaz edilmesi*" ve "*süreklilik arz etmesi*" gerektiği kabul edilmekte ve birden çok işlenen tefecilik suçuyla ilgili olarak tek bir cezaya hükmolunmakta idi. 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte tefecilik suçuna ilişkin en yoğun tartışmalardan birisi de kuşkusuz bu noktada olmuş, konuya ilişkin öğretilerde farklı görüşler ortaya çıkmış ve sorun bu yönüyle de ele alınmaya değer bir hal almıştır.

Suçun manevi unsuru da irdelenmesi gereken diğer önemli hususlardan biridir. Tefecilik suçunu düzenleyen 241'inci maddede '*kazanç sağlamak amacıyla*' denilerek suçun oluşumu özel kastın varlığına bağlanmıştır. Ancak aşağıda örneklerle de ortaya koyacağımız üzere, somut olayda failin eylemi gerçekleştirmekteki amacının tespit edilebilmesi her zaman o kadar da kolay olmayacaktır. Bazı hallerde failin amacı sadece kazanç elde etmeye yönelik olabileceği gibi, bazı durumlarda sadece yardım etmeye yönelik olabilir. Hatta bazen failde aynı anda hem kazanç elde etme amacı hem de yardım etme amacı bir arada bulunabilir. Böyle bir durum, yardım etme amacı taşıyan ve fakat aynı zamanda elindeki paranın değerini korumak isteyen kişilerin de cezalandırılması gibi hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasına yol açabilir. Kısacası, tefecilik suçunun manevi unsuru olarak özel kasta yer verilmesi de sorun teşkil etmektedir.

Çalışmamızın bu bölümünde; öncelikle suçla korunan hukuksal değer, suçun maddi konusu ve suçun faili ve mağduru hakkında açıklamalara yer verilecek; ardından suçun unsurları ile ilgili olarak yukarıda kuşbakışı tespit ettiğimiz tartışmalara ayrıntılarıyla değinilecek; mevcut eksikliklerin ve sorunların çözümlenmesi gayesi içerisinde cevaplar ve çözüm önerileri aranmaya çalışılacaktır. Son olarak da suçun özel görünüş biçimleri olan teşebbüs, iştirak ve içtima başlıkları altında değerlendirmeler yapılarak suçun yaptırımını ile ilgili tespitlere yer verilecektir.

II. SUÇLA KORUNAN HUKUKSAL DEĞER

A. Suçla Korunan Hukuksal Değer Konusunda Çeşitli Görüşler

Suçla korunan hukuksal değer denildiğinde, bir eylemi suç haline getirmekle korunması amaçlanan toplumsal ve/veya bireysel menfaatler anlaşılır²³⁵. Ceza hukukunun son çare (*ultima ratio*) olma özelliği gereği, eylem toplumda öyle bazı değerleri ihlal ediyor olmalıdır ki, bu eylemin suç haline getirilerek cezalandırılması haklı ve kabul edilebilir olsun.

Tefecilik suçuyla korunmak istenen hukuksal değer, özellikle 2005 yılı sonrasında, yani suçun 5237 sayılı TCK'da düzenlenmesiyle tartışılmaya değer bir hal almıştır. Bugüne kadar gerek öğretide ve gerekse içtihatlarda tefecilik suçuyla korunan hukuksal değer konusunda etraflı bir tartışma neredeyse yapılmış değildir²³⁶. Ancak karşılaştırmalı hukukta, örneğin Alman hukukunda bu konuyla ilgili hararetli tartışmalar yapılmış ve birbirinden farklı, çok sayıda görüş ileri sürülmüştür.

Bunlardan ilki, tefecilik suçuyla korunan hukuksal değer *malvarlığı* olduğu yönündeki görüştür ki bu, uzun bir süre Alman öğretisinde kabul gören hâkim görüş olmuştur²³⁷. Kuşkusuz ki Alman öğretisinde bu görüşün hakim olmasında, tefecilik suçunun Al.CK'nın malvarlığına karşı işlenen suçlar bölümünde düzenlenmiş olmasının önemi büyüktür. Bazı yazarlar ise tefecilik suçuyla korunan hukuksal değer *malvarlığı ve mağdurun irade özgürlüğü* olduğunu ileri sürmüşlerdir²³⁸. Bir diğer görüş ise, bu suçla korunan hukuksal değer *ticari hayatın işleyişi ve serbest piyasa ekonomisi* olduğu yönündedir²³⁹. Son olarak bir kısım yazarlar ise suçla

²³⁵ Suçla korunan hukuksal değer hakkında geniş bilgi için bkz. Ünver, s.58 vd.

²³⁶ Erem ve Altıok, 1967 tarihli bir çalışmalarında bu hususa değinmişlerdir. Bkz. Faruk Erem ve Akın Altıok, **Ödünç Para Verme İşleri Kanunu ve İlgili Kararlar**, Başnur Matbaası, Ankara, 1967, ss.15-16.

²³⁷ Joecks ve Miebach (Pananis), s.914; Laufen, ss.20-21.

²³⁸ Bu yönde bkz. Arzt ve Weber (Weber), s.89, prg.264; Günther Arzt, "Zwischen Nötigung und Wucher", **Wilfried et.al. (Hrsg) Festschrift für Karl Lackner**, de Gruyter Verlag, Berlin, 1987, s.641 vd.; Scheffler, s.1 vd.

²³⁹ Bu yönde bkz. Hans Joachim Rudolphi, Hans, Eckhard Horn ve Eric Samson (Bearbeiter: Eric Samson), **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band II**, 4. Auflage, Neuwied/Kriftel

korunan hukuksal değerin *sözleşme serbestisi ilkesi* olduğunu savunmuşlardır²⁴⁰. Şimdi öğretilerdeki bu görüşleri ve konuya ilişkin Türk hukukundaki durumu daha yakından inceleyelim.

1. Malvarlığı ve İrade Özgürlüğü

Alman hukukunda, tefecilik suçuyla korunmak istenen hukuksal değerin kişinin malvarlığı olduğu öteden beri kabul edilen hâkim görüştür²⁴¹.

Bazı yazarlar ise malvarlığına ek olarak kişinin irade özgürlüğünün de tefecilik suçuyla korunan hukuksal değerlerden biri olduğunu ileri sürmüşlerdir. Örneğin *Scheffler*'e göre; tefecilik suçunda fail, mağdurun özel zayıflık halini veya

1991, § 302a, prg. 1 vd.; Bohnert, Mietpreisüberhöhung, s.9 vd.; Otto, rechtsdogmatische Probleme, s.32; Harro Otto, "Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz)", **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, 1984, (Wirtschaftsstrafrecht), s.352. Ayrıca benzer yönde görüş için bkz. Günter Sasserath, **Das Verhältnis von § 302 f StGB zu § 2b WiStG- Zugleich ein Beitrag zur Reform dieser Vorschriften**, Köln, 1974, (Verhältnis), s.30; Wilfried Bottke, "Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland- Lösungen und Defizite", **Wistra**, 1991, s.8; Klaus Tiedemann, "Der Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, 1975, (Wirtschaftskriminalität), s.265; Klaus Tiedemann, **Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität Band 1-Allgemeiner Teil**, Rowohlt Verlag, Reinbek, 1976, (Wirtschaftsstrafrecht), ss.60-61.

²⁴⁰ Bu yönde bkz. Urs Kindhäuser, "Zur Struktur des Wuchertatbestands", **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, 1994, Heft 3, s.10 vd.; Heinsius, s.41 vd.; Pohlkamp, ss.109-110; Matthias Krüger, **Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff**, Duncker&Humblot Verlag, Berlin, 2000, s.39.

²⁴¹ A. Schütz, "Zum Tatbestand des Wuchers", **Kriminalistik**, 1958, s.335; Pardo, s.25; Peter Cramer, **Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht**, Bad Homburg Verlag, Berlin, 1968; s.70; Schauer, s.76; Schönke ve Schröder (Stree/Heine), s.2464; Lackner ve Kühl, s.1301; Krey ve Hellmann, s.310, prg.535; Rudolphi, Horn, Samson ve Günther (Hoyer), s.31; Fischer, .2138; Joecks, s.712; Bernsmann, strafbarer Wucher, s.460; Hohendorf, Individualwucher, s.164; Maurach, Schröder ve Maiwald, s.484, prg.7; Sickenberger, Wucher, s.56; Wolfgang Heinz, "Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität mit strafrechtlichen Mitteln- unter besonderer Berücksichtigung des 1. WIKG", **Goltdammer's Archiv**, 1977, s. 226; Hug, s.76; Joecks, s.712; Meyer im Hagen, s.11; Leinweber, s.44.

içinde bulunduğu zor durumu yani zaruret halini sömürmekte ve böylece kendisi yahut üçüncü bir kişi lehine ekonomik çıkar elde etmektedir. Gerçekten de tefecilik suçunun mağduru, içinde bulunduğu tecrübesizlik, temyiz kudretindeki eksiklik veya iradesindeki önemli zayıflık sebebiyle failin aşırı kazanç elde etme yönündeki taleplerine karşı koyamamaktadır. Deyim yerindeyse mağdur, faile 'hayır' diyememektedir. İşte mağdurun failin bu aşırı taleplerine 'hayır diyemeyişi' de suçla korunan hukuksal değerlerden biridir. Dolayısıyla, tefecilik suçunun mağduru her ne kadar iradi olarak hareket etmiş gibi görünse de, o iradenin aslında özgür bir irade olduğundan bahsedilemez. Zira mağdur, düşünmeden, ani olarak karar vermiş ve geri ödeyemeyeceğini bildiği halde sırf acil ekonomik ihtiyacını karşılamak endişesi ile hareket etmiştir. Kaldı ki, faille yaptığı bu anlaşma mağduru içinde bulunduğu ekonomik sıkıntıdan uzaklaştırmak bir tarafa, onu daha da derin bir ekonomik sıkıntıya sokacak niteliktedir. İşte tam da bu sebeplerle kanun koyucu tefeciliği bir suç olarak kabul etmiş ve böylece iradesi sakatlanan mağduru 'kendi kendisine karşı' da korumayı amaçlamıştır²⁴².

Stres altında hareket eden mağdurun iradesinin özgür olduğundan bahsedilemez. Dolayısıyla, irade özgürlüğü de tefecilik suçunda malvarlığına ek ve tamamlayıcı olarak korunan hukuksal değerlerden birisidir²⁴³.

Arzt da benzer yönde bir görüş ileri sürmüştü ve tefecilik suçuyla korunan hukuksal değerlerin malvarlığı ve kişinin irade özgürlüğü olduğunu ifade etmiştir. *Scheffler*'den farklı olarak *Arzt*, tefecilik suçunda irade özgürlüğünün **ek ve tamamlayıcı** değil, **zorunlu** olarak korunması gereken bir hukuksal değer olduğunu ileri sürmüştür²⁴⁴.

Öğretide daha önce *Frank* ve *Finger* tarafından ileri sürülmüş olan bu görüş, 1987 yılında *Arzt* ile birlikte tekrar gündeme gelmiştir²⁴⁵. Bu teoriye göre,

²⁴² Scheffler, s.14.

²⁴³ Scheffler, ss.9-10.

²⁴⁴ Bunun için kullanılan *oktroierter Freiheitschutz kavramı* için bkz. *Arzt*, s.653.

²⁴⁵ A. Finger, "Zum heutigen Stand des Wucherstrafrechts", *GS*, 90 (1924), s.297; Reinhard Frank, **Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz**, 18. Auflage, Keip Verlag, Tübingen, 1931, §302a'dan aktaran Martin Maria Laufen, **Der Wucher (§291 Abs. 1 Satz 1 StGB)- systematische Einordnung und dogmatische Struktur**, Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2004, s.22.

malvarlığına yapılmış bir saldırı aslında aynı zamanda zorunlu ve otomatik olarak irade özgürlüğüne de yapılmış bir saldırıdır. Nitekim tefecilik suçunda da mağdurun malvarlığının yanı sıra onun iradesindeki zayıflık da kullanılmakta ve karar verme özgürlüğü kısıtlanmakta ve engellenmektedir²⁴⁶. Tefeciliğin suç olarak kabul edilmesiyle amaçlanan, mağdurun kendi düşüncesiz hareketleriyle kendi kendine zarar vermesinin veya toplumda tefecilik suçunun potansiyel mağdurlarının ileride bu suçun mağduru olmalarının önlenmesidir. Tefecilik suçunda mağdurun rızasının eylemi hukuka uygun hale getirmiyor oluşu da bu düşünceyi desteklemektedir. Zira mağdur kendi kendisine karşı korunmalıdır. Nasıl ki, çocukların kendi rızalarıyla cinsel ilişkiye girmeleri halinde de bu eylem hukuka uygun kabul edilmiyor ve cezalandırılıyorsa tefecilik suçunda da benzer bir durum söz konusudur. Tefecilik suçunda da mağdurun iradesi buna benzemektedir. Nitekim tefecilik suçunun mağduru da içinde bulunduğu zor durum, zayıflık hali gibi sebeplerle özgür iradesiyle karar verememekte ve davranmamaktadır. O halde kişinin irade özgürlüğü tefecilik suçuyla zorunlu olarak korunması gereken hukuksal bir değerdir²⁴⁷.

Hemen belirtelim ki, bu görüşler öğretilerde eleştirilmiştir. Bu eleştirilerin temelinde, failin hiçbir zaman kandırmak, yanıltmak veya aldatmak suretiyle mağdurun irade özgürlüğüne tesir etme yönünde bir kastının bulunmadığı düşüncesi yatmaktadır. Yine suçun maddi unsuruna bakıldığında, mağdurun kanun tarafından korunan herhangi bir özgürlük alanına müdahale edildiği sonucuna da ulaşamaz. Fail, kendi istediği şartlar ve koşullar altında bir sözleşme yapmaya mağduru zorlamış veya bu yönde mağdur üzerinde bir baskı kurmuş değildir. Bilakis belki de mağdur, bu şartlar altında sözleşme yapmayı en başından beri istemekte ve kabul etmektedir. Dolayısıyla failin mağdurdan sağlamak istediği karşı edimin, örneğin borç verdiği para karşılığında kararlaştırdığı faizin mağdur bakımından ağır bir yük olduğunu ve bu durumun mağdurun özgürlüğünü kısıtladığını ileri sürmek doğru değildir. Her şeyden önce, bir kişi için ağır yük getirebilecek bir edim başka bir kişi için aynı ağırlıkta bir yük olarak algılanmayabilir. Kaldı ki, normal koşullar altında mağdurun ekonomik ihtiyacını başka şekilde karşılaması mümkün olamamıştır ve

²⁴⁶ Arzt, ss.650-651.

²⁴⁷ Arzt, ss.653-654.

belki de en önemlisi fail, mağduru kendi belirlediği şartlar altında bir sözleşme yapmak konusunda zorlamamış onun üzerinde baskı uygulamamıştır. Mağdur kendi özgür iradesiyle failin belirlediği şartları kabul etmiştir²⁴⁸. Aksi takdirde '*özgürlüğü kısıtlamak suretiyle özgürlüğü korumak*' gibi çelişkili bir durum ortaya çıkacaktır²⁴⁹.

Öte yandan, tefecilik suçunun mağdurunu çocuklara benzetmek de doğru bir yaklaşım değildir. Zira kendi isteğiyle cinsel ilişkiye giren bir çocuğun eyleminin suç kabul edilmesinde yatan düşünce, mağdurun irade özgürlüğünü korumaktan ziyade toplumun genel sağlığı gibi değerlerin korunmasıdır. Tefecilik suçunun mağduru ile bu suçların mağdurları aynı kefeye konulamaz. Zira tefecilik suçunun mağduru olan kişi kendi hayatını ve hukuki işlemlerini özgürce organize etme hak ve ehliyetine sahiptir²⁵⁰.

2. Sözleşme Özgürlüğü

Öğretide bazı yazarlar ise tefecilik suçuyla korunan hukuksal değerlerin sözleşme özgürlüğü ilkesi olduğunu savunmaktadırlar²⁵¹. Bu görüşe göre, tefecilik suçunu malvarlığına veya irade özgürlüğüne karşı işlenen suçlardan ayrı tutmak gerekir. Örneğin, malvarlığına karşı suçlardan birisi olan dolandırıcılık suçunda fail, mağdurun iradesini sakatlamakta, hile ve desise kullanarak mağduru yanılgıya düşürmekte ve böylelikle onu suça konu işlemi yapmaya sevk etmektedir. Yine örneğin, tehdit ve şantaj suçunda fail; mağdur üzerinde cebir, baskı ve şiddet kullanmak suretiyle onun iradesini sakatlamaktadır. Kısacası bu gibi suçlarda fail; mağdurun iradesini kendi hareketiyle bizzat sakatlamakta, onu yanılgıya sevk etmekte veya baskı altına almaktadır. Oysa tefecilik suçunda durum farklıdır. Fail mağdurda zaten hali hazırda var olan zor durumu kullanmakta ve mağdurun içinde bulunduğu bu zor durumu sömürerek, kendisi veya üçüncü bir kişi lehine ve fakat mağdur aleyhine bir sözleşme yapmaktadır. Aslen mağdur, burada zor durum içinde

²⁴⁸ Kindhäuser, s.106.

²⁴⁹ Heinsius, s.38.

²⁵⁰ Laufen, s.25.

²⁵¹ Bu yönde bkz. Heinsius, s.41 vd.; Kindhäuser, s.105 vd.; Steinborn, ss.184-185; Meran, Ekonomik Suçlar, s.19; Kindhäuser, Neumann ve Paeffgen, (Kindhäuser), s.5202; Pohlkamp, ss.109-110; Krüger, s.39.

olduğunun da farkındadır; ancak bu zor durumdan kurtulabilmek için gerçekte istemediği ve iradesine uygun olmayan şartlar altında, yani *'failin belirlediği şartlar altında'* bir sözleşme yapmak zorunda kalmaktadır. Bu durum, sözleşme serbestisi ilkesine açıkça aykırılık demektir. Zira ilke uyarınca kişi, sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin tarafını seçme ve/veya sözleşmenin içeriğini serbestçe belirleme hakkına sahiptir. Oysa konusu tefecilik olan bir sözleşmede mağdur sözleşmenin içeriğini belirleyememekte ve failin belirlediği şartlara uymak zorundadır. Dolayısıyla burada ihlal edilen hukuksal değer aslen malvarlığı veya özgürlük değil, sözleşme özgürlüğüdür²⁵². Bir başka deyişle, tefecilik suçunda mağdurun *karar verme özgürlüğü (Dispositionsfreiheit)* ve sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü korunan hukuksal değerdir²⁵³.

Alman ceza hukuku öğretisinde suçla korunan hukuksal değerın sözleşme özgürlüğü olduğunu savunan yazarlardan bir kısmı bu görüşlerinin temelini Al.CK'na dayandırmaktadırlar. Nitekim yukarıda da bahsettiğimiz gibi Al.CK'da failin, mağdurun içinde bulunduğu zaruret halini, tecrübesizliği, yeteneksizliği veya iradesindeki önemli zayıflığı sömürerek kendisi veya üçüncü bir kişi lehine açıkça orantısız bir malvarlığı çıkarı *sağlaması* veya *vaat ettirmesi* cezalandırılmaktadır. Yani suçun oluşması bakımından mağdur tarafından fail veya üçüncü bir kişi lehine malvarlığı çıkarı vaat edilmiş olması yeterli olup ayrıca bu çıkarın sağlanmış olması gerekmez. İşte tam da bu noktada, suçla korunan hukuksal değerın malvarlığı olarak kabul edilmesi halinde, kanun metninde yer alan *'vaat ettirmek'* kavramı açıklanamaz hale gelir. Kısacası suçla korunan hukuksal değerın sözleşme serbestisi olduğunu savunan bu yazarlar, teorilerini Al.CK'da yer alan *'vaat ettirmek'* ifadesiyle desteklemekte ve bunu bir argüman olarak kullanmaktadırlar²⁵⁴.

²⁵² Kindhäuser, s.106; Heinsius, s.50. Buna karşın *Maurach, Schröder ve Maiwald* aynı gerekçeye dayanarak kişi özgürlüğünün de bu suçla korunan hukuksal değerlerden olmadığını ileri sürmekte ve korunan hukuksal değeri sadece malvarlığı olduğunu kabul etmektedir. Bkz. *Maurach, Schröder ve Maiwald*, s.484, prg.7.

²⁵³ Kindhäuser, 106 vd.

²⁵⁴ Heinsius, s.27.

3. Ekonomik ve Ticari Hayatın İşleyişi ve Güvenliği (Serbest Piyasa Ekonomisi)

Öğretideki bir diğer görüşe göre, tefecilik suçuyla korunan hukuksal değer, *'ekonomik ve ticari hayatın güvenli bir şekilde işleyebilmesi'*dir²⁵⁵. Bu görüşe göre, malvarlığının yanı sıra ekonomik ve ticari hayattaki arz-talep dengesinin sağlıklı ve güvenli bir şekilde işleyebilmesi için tefecilik bir suç olarak kabul edilmiştir²⁵⁶.

Tefecilik suçunda mağdur zor durum veya özel bir zayıflık hali içindedir ve fail tarafından mağdurun içinde bulunduğu bu zor durum veya zayıflık hali sömürülmektedir. Şüphesiz ki kanun koyucu, mağduru içinde bulunduğu bu özel durumdan faydalanmak isteyenlere karşı korumak istemektedir. Ancak burada korunmak istenen sadece mağdurun içinde bulunduğu müşkül durum değildir. Tefecilik suçunda fail, mağdurun içinde bulunduğu zor durumu veya onun zayıflık halini kullanarak kendisi veya üçüncü bir kişi lehine açıkça oransız çıkar elde etmektedir. İşte suçla korunan hukuksal değer belirlenmesinde çıkış noktası bu *'açık oransızlık'* olmalıdır. Zira tefecilik suçuyla edimler arasında yaratılan bu açık oransızlık esasen piyasadaki arz-talep dengelerini sarsmakta ve böylece ekonomik ve

²⁵⁵ Bohnert, Mietpreisüberhöhung, s.9 vd.; Otto, rechtsdogmatische Probleme, s.32; Sasserath, Verhältnis, s.30; Bernsmann, strafbarer Wucher, s.460; Bottke, s.8; Özbek, Tefecilik, s.31; Kerim Tosun ve Mustafa Artuç, **Türk Hukukunda Suçlar ve Kabahatler ile Açıklamalı-İçtihatlı Tüm Özel Ceza Yasaları**, Cilt:2, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s.1922.

²⁵⁶ Bohnert, Mietpreisüberhöhung, s. 13; Otto, rechtsdogmatische Probleme, s.32. Ancak çalışmamızın birinci bölümünde de belirttiğimiz gibi, Alman hukukunda tefecilik Al.CK m.291'de düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra Al.ECK (WiStGB) m.5'te de kabahat niteliğinde genel bir düzene aykırılık hali olarak kira bedellerinin alışımlışın dışında ve uygun olmayan şekilde artırılmasına ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. İşte bahsi geçen yazarlar, ekonomik ve ticari hayatın sağlıklı bir şekilde işleyişinin ve güvenliğinin her iki kanun bakımından da korunan ortak hukuksal değer olduğunu ifade etmektedirler. Buna karşın, öğretilerdeki bazı görüşler ise aksi yönde olup ekonomik ve ticari hayatın sağlıklı bir şekilde işleyişinin ve güvenliğinin Al.CK (StGB) m.291'in değil, olsa olsa Al.ECK (WiStGB) m.5'in koruma alanına girebileceğini ifade etmektedirler. Bu yönde bkz. Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, ss.60-61; Sasserath, Verhältnis, s.30. *Laufen*'e göre ise, ekonomik ceza hukukunun temel ceza hukukundan ayrı bir kanunla düzenlenmiş olması, ekonomik ve ticari hayatın sadece ekonomi hukukuna ilişkin mevzuatla korunabileceği anlamına gelmez. Ekonomik ve ticari hayatın güvenliği ve sağlıklı işleyişi pekâlâ temel ceza kanunlarında yapılan düzenlemelerle de koruma altına alınabilir. Bkz. *Laufen*, s.29.

ticari hayatın sağlıklı ve güvenli bir şekilde işlenmesini örnelemektedir. İşte tefecilik suçunun haksızlık içeriği ve cezalandırılması gerekliliği de buradan kaynaklanmaktadır. Kısacası, tefecilik suçuyla korunan hukuksal değerlerin ekonomik ve ticari hayatın sağlıklı ve güvenli bir şekilde işleyebilmesinin sağlanması olduğu söylenmelidir²⁵⁷.

Hemen ifade edelim ki, bu görüş de çeşitli argümanlarla eleştirilmiştir. Eleştirilerin temel noktasında ise, ceza hukukunun piyasadaki arz-talep dengesini veya herhangi bir mal veya hizmetin değerini belirleme ve koruma gibi bir işlevi olmadığı düşüncesi yatmaktadır. Kaldı ki, tefecilik suçuyla korunan hukuksal değerlerin ekonomik ve ticari hayatın işleyişi ve güvenliği olduğu görüşü, tefecilik suçuyla ekonominin ve piyasanın ne şekilde zarar görebileceğini, arz-talep dengesinin neden sınırlı olan hukuki düzenlemelere uygun olması gerektiğine ilişkin açıklamalar konusunda yetersiz kalmaktadır²⁵⁸.

Öte yandan tefecilik suçuyla hem mağdurun malvarlığının ve hem de ekonomik ve ticari hayatın işleyiş ve güvenliğinin korunduğunu kabul etmek; inandırıcı ve mantıklı değildir. Zira suçla korunan hukuksal değer ekonomik ve ticari hayatın işleyişi ve güvenliği ise, mağdurun eşit olmayan şartlarda yaptığı sözleşmenin neden ceza hukuku bakımından ayrıca korunması gerektiği belirsizdir. Aksi takdirde yani korunan hukuksal değer mağdurun malvarlığı değerleri olarak kabul edilecekse bu sefer de suça konu eylemin ayrıca ekonomik hayata zarar vereceğini kabul etmek inandırıcı olmayacaktır²⁵⁹. İşte tefecilik suçuyla korunan hukuksal değerlerin malvarlığı ve ekonomik ve ticari hayatın işleyişi ve güvenliği olduğu yönündeki görüş, bu gibi gerekçelere dayalı olarak eleştiriye uğramıştır.

4. Karma Görüş

Bir kısım yazarlar ise, tefecilik suçuyla korunan hukuksal değerlerin karma bir niteliğe sahip olduğunu savunmaktadırlar. Buna göre, tefecilik suçu aslen mağdurun içerisinde bulunduğu zaruret halinin, tecrübesizliğinin, karar verme yeteneksizliğinin

²⁵⁷ Bohnert, Mietpreisüberhöhung, s.13.

²⁵⁸ Eleştiriler için bkz. Laufen, s.29.

²⁵⁹ Laufen, s.30.

veya iradesindeki önemli zayıflığın sömürülmesi suretiyle işlenen bir suç tipidir. Başka bir deyişle, mağdurun içinde bulunduğu bu hallerden biri veya birden fazlası sömürülerek bu suç işlenebilir. O halde, mağdurun sömürülen haline göre suçla korunan hukuksal değer de farklılık gösterir. Kısacası, tefecilik suçuyla korunan hukuksal değer konusunda genel ve kesin bir tespit yapılamaz. Mağdurun hangi özel hali sömürülmüşse suçla korunan hukuksal değer de buna göre farklılık gösterir²⁶⁰. Şöyle ki;

Örneğin tefecilik suçu mağdurun iradesindeki zayıflığın sömürülmesi suretiyle işleniyorsa burada dolandırıcılık suçuyla aynı olmasa da ona benzer bir durum vardır. Birinde mağdurun iradesi sakatlanarak suç işlenmekte (dolandırıcılık), diğerinde ise mağdurun iradesindeki mevcut sakatlık sömürülerek suç işlenmektedir (tefecilik). Kısacası her iki suçta da mağdurun sakat iradesi kullanılarak fail lehine ve mağdur aleyhine malvarlığı çıkarı elde edilmektedir. O halde, bu durumda suçla korunan hukuksal değer tıpkı dolandırıcılık suçunda olduğu gibi malvarlığıdır. Ancak bu, madalyonun bir yüzüdür²⁶¹.

Şayet tefecilik suçu mağdurun içinde bulunduğu zor durumun sömürülmesi suretiyle işleniyorsa, korunan hukuksal değer malvarlığı olduğundan artık bahsedilemez. Bu durumda korunan hukuksal değer ekonomik ve ticari hayatın işleyişi ve güvenliği ve aynı zamanda serbest piyasa ekonomisidir. Zira mağdur burada kendi özgür iradesiyle ve aklını kullanarak hareket etmiştir. İradesi sakatlanmış değildir. Dolayısıyla, bu durumda artık suçla korunan hukuksal değer malvarlığıyla veya özgürlüklerle açıklanması da mümkün olamayacaktır²⁶². Tam aksine zor durumda, yani zaruret hali içerisinde bulunan mağdurun sömürülmesi suretiyle tefecilik suçu işlenmesi halinde mağdur, piyasa fiyatının çok üstünde bir fiyatla o mal veya hizmeti almıştır. Yahut örneğin, failden aldığı ödünç para karşılığında açıkça oransız bir faiz ödemek zorunda kalmıştır. Suçun artmasıyla birlikte piyasanın arz-talep dengelerinde sarsılmalar yaşanır ve serbest piyasa ekonomisi zarar görmeye başlar. Gerekirse devlet, hukuksal yollarla da olsa piyasaya müdahale etmek zorunda kalır. İşte bu sebeplerle, mağdurun zor durumunun

²⁶⁰ Rudolphi, Horn ve Samson (Samson), § 302a, prg.1 vd.

²⁶¹ Rudolphi, Horn ve Samson (Samson), § 302a, prg. 2-3.

²⁶² Rudolphi, Horn ve Samson (Samson), § 302a, prg. 4.

sömürülmesi suretiyle işlenen tefecilik suçunda korunan hukuksal değer, ekonomik ve ticari hayatın işleyişi ve güvenliği ile serbest piyasa ekonomisine yapılacak müdahalelerin önlenmesidir²⁶³.

Ancak belirtelim ki, bu görüş de tefecilik suçuyla korunan hukuksal değer konusunda tam bir açıklık ve çözüm getirmediği gibi gerekçelerle eleştiriye maruz kalmıştır²⁶⁴.

B. Türk Ceza Kanunu'nda Tefecilik Suçuyla Korunan Hukuksal Değer

1. Öğretideki Görüşler

Tefecilik suçunun düzenlendiği TCK m.241'de AİCK'da olduğu gibi mağdurun zor durumu veya özel zayıflık hali gibi hususların varlığı aranmamış olmasına rağmen; Türk hukukunda da tefecilik suçuyla korunan hukuksal değer konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Gerçekten de, tefecilik suçuyla korunan hukuksal değer *malvarlığı ve/veya kişi özgürlüğü, serbest rekabet mekanizması ve ekonomik yaşamın güvenilirliği ya da sözleşme özgürlüğü* olduğu yönünde görüşler hukukumuz bakımından da mevcuttur. Bir kısım yazarlar ise bu suçla hem bireysel ve hem de toplumsal bazı değerlerin korunduğu yönünde karma bir görüş benimsemişlerdir. Öğretideki hâkim görüş ise, tefecilik suçuyla korunan hukuksal değer *serbest rekabet mekanizması ve ekonomik yaşamın güvenilirliği* olduğu yönündedir²⁶⁵.

Örneğin *Özbek*'e göre, tefecilik suçuyla hem toplumsal değerler ve hem de bireysel menfaatler korunmaktadır. Nitekim suçun *Topluma Karşı Suçlar* başlığı

²⁶³ Rudolphi, Horn ve Samson (Samson), § 302a, prg. 5-8.

²⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Laufen, ss.32-33; Steinborn, s.168.

²⁶⁵ Özbek, Tefecilik, s.31; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s.849; Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Cilt:4, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, (Cilt 4), s.3463; Ali Parlar, **Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2011, s.17; Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Cilt: V, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2010, s.6713; Çetin Arslan ve Bahattin Azizağaoğlu, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Asil Yayın ve Dağıtım, Ankara, 2004, s.1003.

altında düzenlenmesi, serbest piyasa ekonomisi ve ekonomik yaşamın güvenilirliğinin bu suçla korunan hukuksal değerlerden birisi olduğunu açıkça göstermektedir. Buna karşın, ödünç para alan kişinin zor durumunun sömürüldüğü ve failden aldığından daha fazlasını geri ödemek zorunda bırakıldığı da göz önünde bulundurulduğunda, bu suçla kişilerin malvarlığı gibi bireysel menfaatlerin korunduğunu da söylemek gerekir. Dolayısıyla tefecilik suçu bir yandan bireysel menfaatleri korumaya da hizmet etmektedir. Bu haliyle suçla korunan hukuksal değer karma bir niteliğe sahiptir²⁶⁶.

Benzer yönde düşünen *Parlar*'a göre de, tefecilik suçuyla korunan hukuksal değer karma bir niteliğe sahiptir. Şüphesiz ki, bu suçla serbest piyasa ekonomisi ve özellikle rekabet ve dürüstlük kuralları ve dolayısıyla kamu güveni korunmaktadır. Ancak toplumsal değerlerin yanında aynı zamanda bireysel menfaatler de koruma kapsamındadır. Zira kişinin içinde bulunduğu zaruret hali ve örneğin acil nakit ihtiyacı sömürülmekte ve böylece kişi, failden aldığından çok daha fazlasını geri ödemek zorunda kalmaktadır. Bu da onu ekonomik olarak yıkıma uğratmaktadır. Dolayısıyla, bu suçla malvarlığı gibi bireysel menfaatlerin de korunduğunu söylemek gerekir. Kısacası, tefecilik suçuyla korunan hukuksal değer karma bir niteliğe sahiptir²⁶⁷.

Özgenç'e göre ise tefecilik suçuyla korunan hukuksal değer, kamu otoritesi ve ekonomide istikrarın sağlanmasıdır. Zira ekonomik hayatta faiz oranları ne kadar düşük olursa ekonomi de o derece istikrarlı olur. Nitekim faiz, eşit şartlarda rekabet imkânını ortadan kaldırmaktadır. Bu sebeple, kamu otoritesinin ödünç para verme işlerini kontrol altında tutması istikrarlı bir ekonomi için gerekliliktir. Kamu otoritesinin kontrolü dışında faiz karşılığı ödünç para verilmesi halinde, kişilerin ekonomik müzayakaya düşmesi, ağır borç yükü altında ezilmeleri de söz konusu olabilecektir. Bu nedenle faiz karşılığı ödünç para verme işleri kamu otoritesinin kontrolü altında olmalıdır²⁶⁸.

²⁶⁶ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, *Özel Hükümler*, s.849; Özbek, *Tefecilik*, s.31; Birtok, s.26.

²⁶⁷ *Parlar ve Hatipoğlu*, Cilt 4, s.3463; *Parlar*, s.17.

²⁶⁸ *Özgenç*, *Tefecilik*, s.544. *Dündar*'a göre de tefecilik suçuyla kamusal değerlerin korunması amaçlanmaktadır. Bkz. İlhami Dündar, "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar", <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/183.doc.>, (29.11.2011), s.5.

Yine *Yaşar, Gökcan ve Artuk*'a göre de tefecilik suçuyla korunan hukuksal değer, ekonomik kuralların ve bunların başında gelen serbest rekabet mekanizmasının işleyişinin bozulmasının engellenmesi ve kamu güvenliğinin korunmasıdır²⁶⁹.

Bu görüşlere ek olarak tefecilik suçuyla korunan hukuksal değer *sözleşme serbestisi* olduğu da ileri sürülmüştür. Nitekim *Meran*'a göre, tefecilik suçuyla korunan hukuksal değer, kişilerin acil kredi bulma gereksinimlerinden kaynaklanan mağduriyetin kötüye kullanılması sonucu zedelenen ve esasen Anayasa'nın 48'inci maddesi ile güvence altına alınmış bulunan serbest iradeyle sözleşme yapma özgürlüğü yani sözleşme serbestisi ilkesidir²⁷⁰.

2. Yargıtay'ın Görüşü

Yargıtay, 90 sayılı KHK ve 2279 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu 2005 yılı öncesinde verdiği kararlarında, suçla korunan hukuksal değer tartışmalarından çok suçun mağduru, suçtan doğrudan doğruya zarar gören ve davaya katılma hakkı olan kavramları üzerinde durmuştur. İşte biz de bu kararlardan yola çıkarak Yargıtay'ın suçla korunan hukuksal değer konusundaki görüşünü tespit etmeye ve ortaya koymaya çalışacağız.

Yargıtay'ın bir kararına göre²⁷¹;

Sanık hakkındaki dava izin belgesi olmaksızın ödünç para vermek suçundan açılmıştır. Sanığın yüklenen bu eyleminden gerçek ya da tüzel kişilerin zarara uğradıkları söylenemez. Ancak bu tür faaliyetlerin Devletin denetim ve gözetimi altında ve izin belgesi alınmak suretiyle yapılması gerekir. O halde Maliye Hazinesi bu suçlarda katılan sıfatını kazanabilir. İzin alınmadan ödünç para vermek suretiyle faaliyette bulunduğu iddia edilen sanığın bu eyleminden mağdurun doğrudan doğruya zarara uğradığı söylenemez.

²⁶⁹ Yaşar, Gökcan ve Artuk, s.6713; Arslan ve Azizağaoğlu, s.1003.

²⁷⁰ Meran, Tefecilik, s.104 ve yine Meran, Ekonomik Suçlar, s.19.

²⁷¹ YCGK, 29.05.1989 tarih, 1989/7-147 E. ve 1989/209 K. sayılı ilamı için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

Yine davaya katılma konusunun tartışıldığı bir diğer kararında Yargıtay;

Sanıklar hakkında 90 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümleri uyarınca izin belgesi almaksızın 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 şeklinde görüş bildirmiştir²⁷².

Bu kararlar da göstermektedir ki Yargıtay; tefecilik suçlarında bireysel menfaatleri değil, toplumsal menfaatleri korunması gereken hukuksal değer olarak ele almaktadır. Zira Yüksek Mahkeme'ye göre tefecilik suçu neticesinde gerçek veya tüzel kişilerin zarara uğradıklarından bahsetmek mümkün değildir. Hemen ifade edelim ki, Yargıtay'ın bu görüşü 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğünden öncesine ilişkindir.

Yargıtay 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonraki kararlarında da yukarıda bahsi geçen kararlarına atıf yaparak benzer yöndeki görüşünü sürdürmüştür. Nitekim Yargıtay 2005 sonrası verdiği bir kararında;

Gerek Dairemizin istikrar kazanan kararlarına gerekse Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 29.05.1989 gün 7-147/209 sayılı kararına nazaran belgesi bulunmadığı halde ödünç para vermek suretiyle tefecilik yapmak suçundan şikâyetçinin müdahil sıfatını kazanması mümkün olmadığı, dolayısıyla hükmü temyize yetkisi bulunmadığı

şeklindeki açıklama ile bu hususa dikkat çekmiştir²⁷³.

Ayrıca bir başka kararında Yargıtay²⁷⁴, Defterdarlık Gelirler Müdürlüğü'nün tefecilik suçundan zarar görmesi olasılığına karşı davaya katılma hakkı olduğuna işaret ederek aslında suçla korunan hukuksal değerın devletin vergi kaybına

²⁷² Yarg. 7. CD, 08.02.2002 tarih, 2002/1341 E. ve 2002/126 K. sayılı ilam ve yine benzer yönde 7. CD, 05.05.2009 tarih, 2006/902 E. ve 2009/5543 K. sayılı ilamı için bkz. Kazancı Bilişim- İctihat Bilgi Bankası.

²⁷³ Yarg. 7. CD, 18.12.2006 tarih, 2004/21779 E. ve 2006/19087 K. sayılı ilamı için bkz. Uğur, s.72. Benzer yönde Yarg. 7. CD, 15.06.2010 tarih, 2010/868 E. ve 2010/9551 K; 10.03.2010 tarih, 2010/1125 E. ve 2010/4361 K; 10.02.2010 tarih, 2010/10687 E. ve 2010/1639 K; 26.01.2010 tarih, 2010/15270 E. ve 2010/568 K. sayılı ilamı için bkz. Parlar, s.30 vd.

²⁷⁴ Yarg. 4. CD, 25.11.2010 tarih, 2010/27129 E. ve 2010/19444 K. sayılı ilam için bkz. Parlar, ss.26-27.

uğramasının engellenmesi²⁷⁵, ekonomiye güven ve istikrarın sağlanması ve sonuç olarak kamu otoritesinin tesis edilmesi olduğunu tekrar ortaya koymuştur.

Kısacası Yargıtay bu kararlarında, faiz karşılığı ödünç verme işlerinin devletin belirlediği şartlar altında ve devlet tarafından izin verilen kişi veya kurumlarca yapılması, böylelikle devletin vergi kaybına uğramasının engellenmesi, ekonomiye güven ve istikrar sağlanması ve sonuç olarak kamu otoritesinin tesis edilmesinin amaçlandığını ortaya koymuştur.

3. Görüşümüz

Tefecilik suçu, 5237 sayılı TCK'nın *Topluma Karşı Suçlar* başlıklı Üçüncü Kısmı'nın *Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar* başlıklı Dokuz'uncu Bölümü'nde yer alan 241'inci maddesinde düzenlenmiştir. Öncelikle suçun kanunda düzenlendiği yerden yola çıkıldığında, kanun koyucu için toplumu ve ekonomik hayatı korumanın ağır bastığı söylenebilir. Nitekim tefecilik suçu, malvarlığına veya kişi hürriyetine karşı suçlar arasında değil, topluma karşı suçlar arasında sayılmıştır. Nitekim bu suç TCK'nın Üçüncü Kısmı'nda yer alan ihaleye ve edimin ifasına fesat karıştırma, fiyatları etkileme, kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma, ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması ve mal veya hizmet satımından kaçınma gibi ekonomik hayatın işleyişini korumaya yönelik suç tipleriyle birlikte düzenlenmiştir²⁷⁶. O halde, ekonomik ve ticari hayatın

²⁷⁵ Yarg. 4. CD, 23.11.2011 tarih, 2009/21672 E. ve 2011/22022 K. sayılı ilamı için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

²⁷⁶ Örneğin; ihaleye ve edimin ifasına fesat karıştırma suçlarında da korunan hukuksal değer, ekonomik hayatın işleyişi ve güvenliği ile serbest rekabet kurallarının işleyişinin hileli hareketlerle bozulmasını engellemek olduğu yönündeki görüş için bkz. Behiye Eker Kazancı, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s.114. Kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçuyla korunan hukuksal değer ise ekonomi, sanayi ve ticaret hayatının dürüstlük kuralları içinde sürdürülmesini sağlama olduğu yönündeki görüş için bkz. Özlem Yenerer Çakmut, "Türk Ceza Yasası'nda Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Neden Olma Suçu (TCK m.238)", **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:5, Sayı:14, Aralık 2010, s.44. Ayrıca yine fiyatları etkileme suçu ile korunan hukuksal değer, sağlıklı bir ekonomi ortamının ve istikrarlı bir piyasanın sağlanması olduğuna yönelik görüş için bkz. İlker Tepe, "Fiyatları Etkileme Suçu (TCK m.237)", **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:5, Sayı:14, Aralık 2010, s.94. Ticari sır, bankacılık sırrı veya

sağlıklı işleyişi ve güvenliğinin bu suçla korunan hukuksal bir değer olduğu konusunda şüphe yoktur.

Burada cevaplanması gereken soru; malvarlığı, kişi özgürlüğü veya sözleşme serbestisi gibi bireysel bazı menfaatlerin de tefecilik suçuyla korunan hukuksal değerlerden biri olarak kabul edilip edilemeyeceğidir. Yukarıda da açıkladığımız gibi, öğretide birçok yazar tarafından tefecilik suçuyla aynı zamanda bireysel menfaatlerin korunduğu kabul edilmektedir. Bakıldığında, bu görüşü savunan yazarların birçoğunun görüşlerini '*ödünç para alan kişinin içinde bulunduğu zor duruma ve/veya zaruret haline*' dayandırdıkları anlaşılmaktadır²⁷⁷. Şüphesiz ki, uygulamada tefecilik suçu çoğu zaman bu durumda bulunan kişilere karşı işlenmektedir. Ancak kanunilik ilkesi gereğince tefecilik suçunun olduğundan bahsetmek için ödünç para alan kişinin mutlaka zaruret hali veya özel bir zayıflık hali gibi zor bir durum içerisinde bulunması gerekmez. Zira Kanun'a göre tefecilik oluşturan eylem '*kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para vermek*'ten ibarettir. Yani kanun koyucu, ödünç para alan için özel bazı subjektif şartlar öngörmüş değildir. Haliyle herhangi bir zaruret hali içerisinde olmayan, temyiz gücü tam ve özgürce karar verebilen bir kişiye dahi kazanç sağlamak amacıyla ödünç para verilmesi tefecilik suçunun oluşumu bakımından yeterlidir. Dolayısıyla, bu suçla bireysel menfaatlerin de korunduğunu kabul eden görüş, bu gibi halleri açıklamada yetersizdir ve kanun koyucu aramamış olmasına rağmen ödünç alan kişinin zaruret hali içinde bulunduğuna yönelik peşin bir hükme sahiptir. Kısacası en azından kanun koyucunun iradesi bireysel menfaatleri korumak olmamıştır.

Yine, ödünç verenin ödünç alan üzerinde baskı kurması, onu tehdit etmesi veya onun karar verme özgürlüğünü sınırlandıracak herhangi bir eylemde bulunması da gerekmez. O halde özgürlüğün de suçla korunan hukuksal değerlerden birisi olabileceğini söylemek çok da isabetli değildir.

müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin açıklanması suçuyla korunan hukuksal değer de benzer şekilde serbest rekabet koşullarında ekonomik istikrarın, güven ilişkisinin ve bu suretle kamu düzeninin, yani toplumsal düzenin korunduğu yönündeki görüş için ise bkz. İlker Tepe, "Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu (TCK m.239/1-3)", **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:5, Sayı:14, Aralık 2010, s.106.

²⁷⁷ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, *Özel Hükümler*, s.849; Özbek, *Tefecilik*, s.31; Parlar ve Hatipoğlu, *Cilt 4*, s.3463; Parlar, s.17; Meran, *Tefecilik*, s.104 ve yine Meran, *Ekonomik Suçlar*, s.19.

Aynı gerekçelere dayalı olarak, tefecilik suçuna ilişkin mevcut düzenlemenin sözleşme özgürlüğü ilkesini korumaya çalıştığını da söylemek olanaklı görünmemektedir. Zira tefecilik suçuna konu anlaşma yapılırken her iki taraf da hangi şartlar altında bu anlaşmayı yaptıklarının farkındadırlar. Ayrıca kanunilik ilkesi gereği ödünç para alanın zaruret hali içinde olması, tecrübesizliği, karar verme yeteneksizliği veya temyiz gücünde bir eksilme olması da gerekmemektedir. Herhangi zor durum içerisinde olmayan akliselim tam ehliyetli bir kişiye de kazanç sağlamak amacıyla ödünç para verilmesi halinde bu suç oluşmuş olacaktır. Öte yandan dolandırıcılık suçunda olduğu gibi²⁷⁸ failin hileli davranışlarla ve kendi belirlediği şartlar altında karşı tarafı bir sözleşme yapmak zorunda bırakması gibi bir durum da söz konusu değildir.

O halde özetle, kanun koyucunun tefecilik suçuyla korumayı hedeflediği hukuksal değer bireysel olmaktan ziyade toplumsal olduğunu ifade etmek gerekir. Gerek tefecilik suçunun ceza kanununda düzenlendiği yer ve gerekse suçun düzenleniş biçimi dikkate alındığında suçla korunan hukuksal değer *ekonomik hayatın sağlıklı ve güvenli bir şekilde işlemesi* olduğu söylenmelidir. Buna karşın pratik hayattaki bazı gereksinimlerin de göz ardı edilmemesi gerekir. Zira uygulamada bireyler tefecilik suçundan büyük zararlar görmekte, maddi ve manevi olarak büyük kayıplar yaşamaktadırlar. Buna göre kanaatimizce tefecilik suçunu düzenleyen kanun maddesi kişilerin malvarlığı ve irade özgürlüğü gibi bireysel menfaatleri de korumaya yönelik olarak tekrar ele alınmalıdır.

²⁷⁸ TCK m.157/1'e göre, hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak dolandırıcılık suçunu oluşturmaktadır. Görüleceği üzere, dolandırıcılık suçunda failin öncelikle mağduru hileli davranışlarla aldatması ve daha sonra kendisi veya başkası lehine yarar sağlayan davranışta bulunması gerekmektedir. Bu sebeple dolandırıcılık suçlarında malvarlığının yanı sıra irade özgürlüğü yani sözleşme özgürlüğü de korunan hukuksal bir değer olarak kabul edilmektedir. Bkz. Somay Tümerkan, **Dolandırıcılık Suçu**, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1987, s.17; Selçuk, ss.75-76; İzzet Özgenç, **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s.16; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, Cilt:1, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007, (Kişilere Karşı Suçlar), s.449; Ayhan Önder, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1994, (Mala Karşı Cürümler) ss.364-365; Tezcan, Erdem ve Önok, s.590.

III. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

A. Suçun Maddi Konusu

1. Türk Ceza Kanunu'nda Suçun Maddi Konusu: Para

Tefecilik suçunu düzenleyen TCK m.241'de, başkasına ödünç *para* vermekten bahsedilmiştir. Buna göre, suçun maddi konusu '*para*'dır. Dolayısıyla, öncelikle '*para nedir?*' sorusunun cevabını aramak gerekir.

Sözlük anlamı olarak *para*, “Devletçe bastırılan, üzerinde değeri yazılı, kâğıt veya metalden ödeme aracı, nakit” demektir²⁷⁹.

İktisat biliminde ise *para*; “ortak bir *para ölçüsü* olarak mübadele ve ödemelere aracılık eden ve satın alma gücünün tasarrufuna imkân sağlayan toplum üzerindeki alacak hakkı”²⁸⁰; “bir ekonomide mal ve hizmetlerin alım-satımında kullanılan, herkes tarafından kabul gören mübadele aracı”²⁸¹ ya da “herkesin kabul ettiği ortak bir değer ölçüsü ve değişim aracı”²⁸² olarak tanımlanabilir. İktisat biliminde *para*, *asli para* ve *tali para* olmak üzere iki grup halinde incelenmektedir²⁸³.

Günlük hayatta ise *para* denildiğinde ilk olarak *banknotlar* ve *madeni paralar* akla gelmektedir. Şüphesiz ki banknotlar ve madeni paralar “*para nedir?*” sorusuna verilecek en klasik cevaptır. Bu anlamda banknot ve madeni paralar, suçun maddi konusu kapsamındadır. Öte yandan paranın Türk parası veya yabancı *para* olması

²⁷⁹ <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, (10.10.2011).

²⁸⁰ Sadık Acar, **Genel İktisat**, 3. Baskı, Adalet Matbaası, İzmir, 1998, s.164.

²⁸¹ Zeynel Dinler, **İktisada Giriş**, 8. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2002, s.381.

²⁸² Tefik Pekin, **Ekonomiye Giriş**, İzmir, 1995, s.23.

²⁸³ Asli *para*, bir ülkede kanunlar tarafından kendisine sınırsız tedavül ve ödeme gücü tanınan, standartları tespit edilmiş olan kâğıt *para* (banknot) ve madeni *para* (ufaklıklar) gibi *para* türleridir. Tali *para* ise, kanun ve gelenekler tarafından yaratılmış olmakla beraber, sınırsız bir ödeme gücüne sahip olmayan, kabulü ihtiyari olan ve cebri tedavülden mahrum olan, buna karşın kullanımı yaygın ve asli paraya çevrilmesi kolay olan, bu sebeplerle ödemelerde kabul edilen çek, altın ve mevduat sertifikaları gibi *para* türleridir. Bkz. Acar, ss.173-174.

suçun oluşması bakımından önem taşımaz. Gerek Türk parası ve gerekse yabancı para tefecilik suçunun maddi konusu olabilir²⁸⁴.

İktisadi anlamda para denildiğinde ise, banknot ve madeni paraları da kapsayan çok daha geniş bir yelpaze devreye girer. Gerçekten de çek, senet gibi kıymetli evraklar da iktisadi anlamda paradır.

Acaba TCK m.241’de yer alan ve para olarak ifade edilen suçun maddi unsuruna sadece banknot veya madeni paralar mı dâhildir? Yoksa madde metnindeki para ifadesinin içinde kıymetli evrakı da kapsayan iktisadi anlamda paralar da dâhil midir? Daha basit bir söylemle, acaba iktisadi anlamda para suçun maddi konusunu oluşturabilir mi? Örneğin; failin karşı tarafa nakit banknot veya madeni para değil de, bankada karşılığı bulunan ve bankaya gidildiğinde nakde çevrilebilecek olan bir çek vermesi halinde bu suçun oluştuğundan bahsedilebilecek midir?

Şüphesiz ki kıymetli evrak da para gibi bir ödeme aracıdır. Örneğin, aynı zamanda bir ödeme aracı olan kıymetli bir evrak olan çek²⁸⁵ sayesinde hesap sahibi (keşideci) bir diğer kişiye (muhataba), tevdi ettiği (karşılık) üzerinde doğrudan tasarruf etmesine olanak sağlar ve böylece bir üçüncü kişiye (lehtar) çeşitli ilişkilerden kaynaklanan bir para borcunu ifa etmesine yardımcı olur²⁸⁶. Çekin bu işlevi düşünüldüğünde, bir kimsenin karşı tarafa doğrudan para değil de çek vererek ve bunun karşılığında çekte yazılı miktarın çok üzerinde bir kazanç elde etmek konusunda anlaşarak da tefecilik suçuyla ulaşmak istenilen amaca ulaşabileceği ve suçla korunan hukuksal değeri ihlal edeceği söylenebilir. Buna karşın biz, maddenin dar yorumlanması gerektiğini ve kıymetli evrakın tefecilik suçunun maddi konusu olamayacağını düşünüyoruz.

Bu görüşümüzü açıklamak bakımından TCK m.197 ve m.198 yol gösterici olabilir. TCK m.197’de parada sahtecilik suçu düzenlenmiştir. 198’inci maddede ise

²⁸⁴ Benzer yönde bkz. Uğur, s.67; Birtek, s.33; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s.850; Özbek, Tefecilik, s.31; Parlar, s.20; Benzer yönde Yarg. 7. CD, 15.12.2005 tarih, 2003/14352 E. ve 2005/21394 K. sayılı ilamı için bkz. Uğur, s. 67; Yüksekaya, <http://www.bayramyuksekkaya.av.tr/docs/004.pdf>, (10.06.2012).

²⁸⁵ Oğuz İmregün, **Kıymetli Evrak Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 2003, s.119; Reha Poroy ve Ünal Tekinalp, **Kıymetli Evrak Hukuku Esasları- 5941 Sayılı Çek Kanununun Yorumu İle**, 19. Baskı, İstanbul, 2010, s.115.

²⁸⁶ Abuzer Kendigelen, **Çek Hukuku**, 3. Baskı, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2006, s.16.

'paraya eşit sayılan değerler' düzenlenmiştir. Buna göre; *"Devlet tarafından ihraç edilip de hamiline yazılı bonolar, hisse senetleri, tahviller ve kuponlar, yetkili kurumlar tarafından çıkarılmış olup da kanunen tedavül eden senetler, tahviller ve evrak ile milli ziynet altınları, para hükmündedir."* Yani, 197'inci maddede *para* ifadesi kullanılmış ve 198'inci maddede ise para yerine geçebilecek ve suçun maddi konusunu oluşturabilecek diğer değerler sayılarak kıymetli evrakın ve milli ziynet altınının para yerine geçeceği açıkça ifade edilmiştir.

Tefecilik suçu bakımından ise benzer yönde bir düzenlemeye yer verilmiş değildir. 198'inci maddenin tefecilik suçu bakımından da uygulanabileceği ise kabul edilemez. Zira kanun koyucu 198'inci maddeyi parada sahtecilik suçlarına özgü olarak kaleme almıştır. Başka bir deyişle, ancak parada sahtecilik suçu söz konusu olduğunda kıymetli evrak veya milli ziynet altınları da paraya eşit sayılan bir değer olarak sahtecilik suçunun konusunu oluşturabilecektir. Zira kanun koyucu bu değerlerin de parada sahtecilik suçunun maddi konusu olabileceğini açıkça öngörmüştür.

Şayet kanun koyucu *'Tanımlar'* başlıklı 6'ncı maddesinde para kavramını tanımlayarak *'paraya eşit sayılan değerler'* kavramına burada bir açıklama getirseydi ve tefecilik suçunun düzenlendiği 241'inci madde *'ödünç para veya paraya eşit değerler vermek'* deseydi o zaman kıymetli evrakın veya milli ziynet altınının yahut paraya eşit değer olarak tanımlanan ne varsa onun tefecilik suçunun maddi konusunu oluşturabileceğini söyleyebilirdik. Ancak kanun koyucu *'paraya eşit sayılan değerler'* in sadece parada sahtecilik suçu bakımından suçun maddi konusu olarak kabul edilebileceğini öngörmüştür. Özetle, kanun koyucunun iradesi tefecilik suçunu da kapsar şekilde oluşmuş değildir. Kaldı ki aksi yönde bir yorum, kıyas yapmak anlamına gelir. Oysa TCK m. 2/3 uyarınca ceza hukukunda kıyas ve hatta kıyasa yol açacak biçimde yorum yapmak dahi yasaktır. Nitekim kanun koyucu *"Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz."* diyerek bu yöndeki kesin ve net iradesini açıkça ortaya koymuştur²⁸⁷.

²⁸⁷ Benzer yönde bkz. Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, *Özel Hükümler*, s.850; Özbek, *Tefecilik*, s.31; Özgenç, *Tefecilik*, s.546, dpn.6. Aksi yönde bkz. Yaşar, Gökcan ve Artuk, s.6715.

Son olarak ifade edelim ki, verilen paranın ‘ödünç’ mahiyetli olması gerekir. *Ödünç* ise, ‘ileride geri verilmek veya alınmak şartıyla alınan veya verilen şey’ olarak tanımlanmaktadır²⁸⁸. Ödünçün kısa, orta veya uzun vadeli olarak verilmesi suçun oluşması bakımından önemli değildir. Buna karşın, fail tarafından verilen ödünç paranın ‘karşılıksız olmaması’ gerekir. Dolayısıyla, ödünç niteliğinde olmayan, karşılıksız olarak para vermek, örneğin bir miktar para bağışlamak tefecilik suçunu oluşturmaz²⁸⁹.

²⁸⁸ Türk Dil Kurumu, “Büyük Türkçe Sözlük”, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, (10.10.2011) Ayrıca benzer yönde tanım için bkz. Yaşar, Gökcan ve Artuk, s.6714; Meran, Ekonomik Suçlar, s.25; Parlar, s.17.

²⁸⁹ *Tosun ve Artuç*’a göre de, taraflar arasındaki ödünç para verme sözleşmesi dışındaki sözleşmeler nedeniyle yapılan işlemler bu suçu oluşturmaz. Bkz. Tosun ve Artuç, s.1922. Danıştay, aralarında yakın akrabalık veya iş ilişkisi bulunmayan kişilerin birbirlerine önemli miktarlarda ve karşılıksız olarak borç para vermelerinin günümüz ekonomik koşullarında mümkün olamayacağı yönünde karar vermiştir. Gerçekten de Dan. VDDGK’nun 17.11.2000 tarih, 2000/186 E. ve 2000/368 K. sayılı kararına göre; “...yakın akrabalık bağı veya iş ilişkisi bulunmayan kişiler arasında önemli miktarlardaki paraların günün ekonomik koşullarında karşılıksız olarak alınıp verilemeyeceği kabul edilmiştir...” İlgili karar için bkz. Kazancı Bilişim- İctihat Bilgi Bankası. Benzer yönde Yarg.7. CD, 11.04.2007 tarih, 2004/17311 E. ve 2007/2525 K. sayılı ilamı. Yine benzer yönde Dan. 7. D, 12.02.2001 tarih, 2000/1719 E. ve 2001/375 K. sayılı ilamı için bkz. Kalaycı, s.31. Dan. 4. D, 15.11.1967 tarih, 1964/4497 E. ve 1967/5395 K. sayılı ilamında ise, bir borcun verildiği saptanmakla birlikte, karşılığında faiz alınıp alınmadığının ya da ne kadar faiz alındığı bilinemediği haller ile ilgili olarak, büyük miktarlarda borç paranın menfaatsiz olarak verilemeyeceğini, faiz alınmadığı inanılır belgelerle ispat ve tevsik edilememesi halinde mükellefiyet tesisi ve ceza uygulamasının yerinde olduğu sonucuna varmıştır. Bkz. Kalaycı, s.47. Ayrıca İzmir Adliyesi özelinde tefecilik dosyaları üzerinde yapılan genel bir karar araştırmasına dayalı olarak, bazı yerel mahkeme kararlarında sanık ve müşteki arasında akrabalık bağı, iş ilişkisi bulunmaması, önceden tanışmıyor olmaları halinde ödünç para verme işinin karşılıksız olamayacağı yönünde kararlar verildiğini tespit etmiş bulunmaktayız. Örnek olarak bkz. İzmir 2* Asliye Ceza Mahkemesi’nin 2009/*87 E. ve 2010/*78 K.; İzmir 3* Asliye Ceza Mahkemesi’nin 2009/*78 E. ve 2010/*59 K.; İzmir 2* Asliye Ceza Mahkemesi’nin 2010/*52 E. ve 2011/*08 K.; İzmir 1* Asliye Ceza Mahkemesi’nin 2011/*7 E. ve 2012/*426 K.; İzmir 2* Asliye Ceza Mahkemesi’nin 2010/*96 E. ve 2011/*91 K. sayılı ilamı (Kişisel Arşiv). Hemen ifade edelim ki; söz konusu bu kararların, *şüpheden sanık yararlanır* şeklindeki evrensel ceza hukuku ilkesine açıkça aykırı olduğu düşüncesindeyiz. (Bahsi geçen yerel mahkeme kararlarına ilişkin künyeler, bu kararların henüz kesinleşmemiş olabileceği hususu da göz önünde bulundurularak * işareti kullanılmak üzere sınırlı olarak tanımlanmıştır.)

Burada yeri gelmişken para dışındaki bazı ekonomik değerlerin tefecilik suçü kapsamındaki hukuki pozisyonlarına kısaca değinmekte yarar görmekteyiz.

2. Para Dışındaki Bazı Maddi Değerlerin Suçun Maddi Konusu Olup Olamayacağı Sorunu

Yukarıda açık ve ayrıntılı olarak ele aldığımız üzere, TCK m.241'de suçun maddi konusu olarak sadece para kabul edilmiştir. Oysa başta A1.CK olmak üzere tefeciliğı ceza kanunlarında suç olarak düzenleyen bir çok ülkenin ceza kanunlarında suçun maddi konusu para ile sınırlandırılmamıştır. Karşılaştırmalı hukuk kapsamında para dışındaki hangi değerlerin tefecilik suçunun konusunu oluşturabildiğine kısaca bir göz atmak gerekirse;

a. Kıymetli Madenler

Tefecilik suçunda para yerine altın, gümüş, pırlanta, elmas gibi kıymetli madenler kullanılabilir mi? Örneğın, failin ödünç alan tarafa para değil de bunun yerine yüz adet Cumhuriyet altını vermesi ve bir ay sonra bu edimine karşılık olarak üçyüz Cumhuriyet altını alması veya almayı kararlaştırmış olması halinde tefecilik suçundan bahsedilmesi mümkün müdür?

Görüleceğı üzere, burada fail karşı tarafa para değil ve fakat altın vermektedir. Bunun karşılığında ise üç misli bir kazanç elde etmektedir. Burada tefecilik suçuyla amaçlanan kazanç elde edilmekte ve hatta bu eylem tefecilik suçuyla korunan hukuksal değeri ihlal etmektedir. Buna karşın, söz konusu olayda tefecilik suçundan bahsetmek mümkün değildir. Her ne kadar maddi bir değeri olsa ve geçmişte para olarak kullanılmış olsa da altın, gümüş vs. gibi değerli madenlerin mevcut kanuni düzenleme karşısında ve kanunilik ilkesi uyarınca tefecilik suçunun maddi konusunu oluşturma şansı yoktur²⁹⁰.

²⁹⁰ Parlar, s.17; Uğur, s.67. Yazara göre altın, günümüzde ülkelerin parasının değerini endeksledikleri bir değer rezervidir. Özbek, Tefecilik, s.31; Yüksekaya, <http://www.bayramyuksekkaya.av.tr/docs/004.pdf>, (10.06.2012). Buna karşın Yaşar, Gökcan ve Artuk, 'ödünç olarak altın verilip, fazlasıyla alınması durumu da tefecilik sayılmayacak' görüşünün

b. Taşınmaz Mallar

Bir taşınmazın veya taşınmaz ile ilgili bir akdin tefecilik suçunun konusunu oluşturması mümkün müdür? Örneğin, karşı tarafın acil ihtiyaç içinde olmasından ve zaruret halinden istifade eden ve sahibi olduğu bir taşınmazı olağan değerinin çok üstünde bir fiyata kiraya veren kişi tefecilik suçunun faili olabilecek midir?

Böyle bir olayda her ne kadar TBK'da yer alan aşırı yararlanma durumunun varlığı akla gelebilecek olsa da, tefecilik suçunun varlığından bahsetmek ve taşınmazın sahibini cezalandırabilmek olanaklı değildir. Zira TCK m.241'de tefecilik suçunun maddi konusu açık bir şekilde ortaya konulmuş ve burada taşınmazlarla ilgili olabilecek herhangi bir akdin bu suçun maddi konusunu oluşturabileceğine yer verilmemiştir. Buna karşın daha önce de ifade ettiğimiz gibi Aİ.CK'da kira tefeciliği düzenlenmiş ve bir yerin olağan değerinin çok üstünde bir bedel karşılığında kiraya verilmesi suçun kapsamı içerisinde ele alınmıştır²⁹¹.

c. Tarım Ürünleri

Çalışmamızın ilk bölümünde de bahsettiğimiz gibi, aslında tefecilik suçunun yabancı dillerdeki karşılığının kelime kökenleri dahi tarım ürünlerinin (hububat) semeresi anlamını taşımaktadır. Gerçekten de, eski çağlarda ve tefeciliğin tarihçesinde paradan ziyade özellikle bazı tarım ürünlerinin bu suçun konusunu oluşturduğu ve hatta bugün yabancı hukuklarda tefecilik için kullanılan kelimelerin köken olarak dahi tarımsal bazı ürünlerin semeresini anlattığını ifade etmiş idik. Bu da o zamanlar suçun konusuna tarım ürünlerinin dâhil olduğunu göstermektedir.

Acaba günümüzde ve mevcut kanuni düzenleme karşısında, tarım ürünlerinin tefecilik suçunun maddi konusunu oluşturabilmesi mümkün müdür? Örneğin, failin yağmur ve selden dolayı hasat yapamayan ve ekonomik olarak zor durumda olan bir

akabinde *'mağdura üç altın verip belli süre sonra dört altın alacağına ilişkin sözleşmeler de tefecilik kapsamında değerlendirilmelidir'* diyerek suçun konusu bakımından kendi içlerinde çelişki yaratmışlardır. Bkz. Yaşar, Gökcan ve Artuk, ss.6714- 6715.

²⁹¹ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için I.Bölüm'de *'Kira Tefeciliği'* başlığı altında yapılan açıklamalara bkz. s.10 vd.

çiftçiye ekonomik faaliyetlerini sürdürebilmesi bakımından bir ton buğday verip karşı edim olarak üç ton buğday veya buna karşılık gelen meblağda para almayı kararlaştırmış olması halinde tefecilik suçundan bahsedilebilir mi?

Görüleceği üzere, burada fail karşı tarafa para değil ve fakat ekonomik değere sahip tarım ürünü vermekte, bunun karşılığında ise üç misli bir kazanç elde etmektedir. Bu şekilde işlenen bir eylemle de tefecilik suçuyla amaçlanan kazancın elde edildiği ve hatta bu eylemin tefecilik suçuyla korunan hukuksal değeri ihlal ettiği söylenebilir. Ancak söz konusu örnekte de hukukumuz bakımından tefecilik suçunun oluştuğu söylenemez. Her ne kadar maddi bir değeri olsa ve geçmiş zamanlarda tefecilik teşkil eden eylemlerin konusunu oluşturmuş olsa da günümüz için tarım ürünlerinin kanunilik ilkesi uyarınca tefecilik suçunun maddi konusuna dâhil olması mümkün değildir²⁹².

d. Canlı Hayvanlar

Acaba canlı hayvanlar suçun maddi konusu kapsamında düşünülebilir mi? Örneğin, ağılda çıkan yangın sonucu süt veren tüm ineklerini kaybeden bir sütçüye ekonomik varlığını sürdürebilmesi için üç inek verilmesi ve karşılığında da belirli bir süre sonra, süt veren yedi ineğin veya buna karşılık gelen meblağda paranın geri verilmesi yönünde bir anlaşma yapılması veya böyle bir anlaşmanın ifa edilmesi halinde tefecilik suçunun varlığından bahsetmek mümkün müdür?

Şüphesiz ki burada da fail, karşı tarafın zor durumundan istifade etmekte ve ona ekonomik varlığını sürdürebilmesi, için üç inek vermekte ve buna karşılık büyük miktarlarda kazanç elde etmekte veya kazanç elde etmek üzere anlaşmaktadır. Söz

²⁹² Burada dikkat edilmesi gereken, fail tarafından ödünç verilenin para olması gerektiğidir. Ödünç para alan tarafından yerine getirilecek karşı edimin konusunun ise tarım ürünü olması suçun oluşumuna engel değildir. Yargıtay'ın benzer yöndeki ve “...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 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 tesisi...” şeklindeki Yarg.7.CD, 15.12.2005 tarih, 2003/14352 E. ve 2005/21394 K. sayılı ilamı için bkz. Uğur, s.67.

konusu eylem sayesinde failin, tefecilik suçuyla elde edilen kazancı sağladığı veya en azından bu amaçla hareket ettiği ve eylemin de tefecilik suçuyla korunan hukuksal değeri ihlal ettiği söylenebilir. Ancak söz konusu olayda da tefecilik suçundan bahsetmek mümkün değildir. Zira fail tarafından verilen ödünç para değil, canlı hayvandır. Oysa mevcut düzenleme karşısında tefecilik suçundan bahsedebilmek için kanunilik ilkesi gereği fail tarafından yerine getirilen edimin ‘*ödünç para verme*’ olması gerekir. Dolayısıyla, bu olay bakımından da tefecilik suçunun oluştuğundan söz edilemeyecektir.

e. Ekonomik Değere Sahip Diğer Bazı Mallar

Yukarıda saydığımız örnekleri çoğaltmak mümkündür. Zira ekonomik değere sahip başkaca malların verilmesi suretiyle de aşırı ve ölçsüz kazançlar elde edilmesi ve tefecilik suçuyla korunan hukuksal değer ihlal edilmesi mümkündür. Gerçekten de failin para yerine bir otomobil, değerli bir mücevher yahut antika bir tablo veya eşya vermesi ve bu edimine karşılık olarak (aşırı) kazanç elde etmesi mümkündür. Ancak bu malların da TCK m.241’de yer alan ‘*para*’ sözcüğü karşısında tefecilik suçunun maddi konusu olabilmeleri mümkün değildir.

Kısacası TCK m.241’de yer alan ‘*ödünç para*’ şeklindeki açık ve sınırlayıcı ifade karşısında tefecilik suçunun maddi konusunu sadece paranın oluşturabileceğini; bunun dışında örneğin iktisat biliminde tali para olarak adlandırılan çekin yahut özellikle günümüzde çok kıymetli bir maden olan altının ve yahut ekonomik değer teşkil eden diğer tüm iktisadi ürünlerin tefecilik suçunun konusunu oluşturabilmesinin mümkün olamayacağını ifade etmek gerekir. Zira TCK m.2/3’te yer alan *kıyas ve genişletici yorum yasağı* karşısında para dışındaki bu gibi maddi değerlerin tefecilik suçunun konusunu oluşturamayacakları da aslında her türlü izahtan varestedir²⁹³.

²⁹³ Uğur, s.66; Meran, Tefecilik, s.109; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s.850; Özbek, Tefecilik, s.31; Özgenç, Tefecilik, ss.545-546; Birtek, s.33. Yazara göre, özellikle taşra kesiminde ve tarım işiyle uğraşanlar arasında söz konusu olan menkul kıymetin (altın vs.) belirli bir süre kullanılmasına karşılık arazinin icar (kira bedeli) söz konusu olmaksızın kullanılması halinde de para söz konusu olmadığı için tefecilik suçu oluşmayacaktır. Parlar, s.17. *Yaşar, Gökcan ve Artuç* ise eserlerinin “*suçun konusu*” başlıklı bölümünde para dışındaki eşya ve malların bu suçun konusu

3. Suçun Maddi Konusu Hakkındaki Görüşümüz

Teknolojinin ve bilimin hızla geliştiği günümüzde, suçların işleniş biçim ve yöntemlerinde de değişimler ve farklılıklar belirmekte, kriminal dünya da suçları değişik teknikler geliştirerek veya farklı araçları vasıta kılarak işlemekte, kanunda yer alan boşluklardan da faydalanmak suretiyle adli makamlardan ve dolayısıyla muhtemel cezadan kaçmaya çalışmaktadır. Kıyas yasağının esas olduğu bir ceza hukukunda ise ‘*akıllı bir failin*’ kanunda yer alan boşluklardan yararlanması ve böylece eylemlerinin cezasız kalması her zaman ihtimal dâhilindedir.

Mevcut kanuni düzenleme karşısında, örneğin kazanç elde etmek amacıyla para değil de onun yerine çek gibi kıymetli bir evrak veya altın gibi kıymetli bir maden veyahut ekonomik değere sahip başkaca bir mal verilirse tefecilik suçunun oluştuğundan bahsedilmesi mümkün değildir. Oysa 10.000 TL verip de buna karşılık faiz işletmek ve söz gelimi 20.000 TL elde etmek ile 100 Cumhuriyet altını vermek ve karşılığında 200 Cumhuriyet altını elde etmek arasında bizce bir fark yoktur. Ancak TCK m. 241 uyarınca ikinci eylemin cezalandırılması mümkün değildir.

Benzer şekilde, failin kazanç elde etmek amacıyla para değil de kıymetli bir evrak olan çek vermesi halinde de buraya kadar açıkladığımız gerekçelere dayalı olarak tefecilik suçundan bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Görüleceği üzere, ekonomik hayatta para dışında başka ekonomik değerler vasıta kılınarak tefecilik suçuyla ulaşılmak istenen amaca ulaşılması ve korunmak istenen hukuksal değer ihlal edilmesi mümkündür. Oysa TCK m.2/3’te yer alan kıyas yasağı karşısında bu eylemler tefecilik suçu kapsamında düşünülemez. Nitekim suçun maddi konusunun kıyasla veya kıyasa varan bir yorumla genişletilmesi olanağı yoktur.

olamayacağını belirtmiş olmalarına karşın eserlerinin devamında “*hareket-somuç*” başlıklı bölümünde altının bu suçun maddi konusu olabileceğine ilişkin bir açıklama yaparak kendi içlerinde çelişkiye düşmüşlerdir. Bkz. Yaşar, Gökcan ve Artuç, ss.6714-6715.

Buna karşın, karşılaştırmalı hukukta durum farklıdır. Örneğin, Alman hukukunda sadece para değil, diğer ekonomik malvarlığı değerleri²⁹⁴ ve hatta örneğin kira sözleşmeleri (*Mietwucher*) dahi tefecilik suçunun konusu olabilmektedir.

Yine Al.CK m.291/I-2’de *kredi tefeciliği* (*Kreditwucher*) düzenlenmiştir. Al.CK m.265b/III-2’ye göre *kredi* deyiminden ‘her türlü ödünç para’ nın anlaşılması gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca Alman hukuku bakımından her türlü ödünç para tefecilik suçunun maddi konusunu oluşturabilmektedir²⁹⁵.

Öte yandan Al.CK m.291/I-3’te sair edimlerin de (*Leistungswucher*) tefecilik suçunun maddi konusunu oluşturabileceği düzenlenmiştir. Sair edimler kavramından ise, para dışındaki diğer ekonomik değerlerin anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu başlık altında örneğin tarım ürünleri, hayvanlar, antika eşyalar gibi ekonomik değerler sayılmaktadır²⁹⁶.

Tüm bu anlatımlar da göstermektedir ki TCK m.241, suçun maddi konusu bakımından yetersiz bir düzenleme olup kanunu dolanarak tefecilik suçuyla elde edilen kazancın elde edilmesine müsait ve ihtiyacı karşılamaktan uzak bir maddedir. Kanaatimizce, madde metninde değişiklik yapılarak suçun konusu genişletilmeli ve suçun maddi konusunu oluşturabilecek diğer bazı ekonomik değerler de madde kapsamına alınmalıdır²⁹⁷.

²⁹⁴ Alman hukukunda tefecilik suçunu konusu olabilecek edimin mutlaka ekonomik değeri haiz bir edim olması gerektiği hâkim olan görüştür. Bkz. Schönke ve Schröder (Stree/Heine), s.2465.

²⁹⁵ Rudolphi, Horn ve Samson (Samson), § 302a, prg.13; Rudolphi, Horn, Samson ve Günther (Hoyer), s.39; Bernsmann, strafbarer Wucher, s.477; Kindhäuser, Neumann ve Paeffgen (Kindhäuser), s.5205; Tröndle ve Fischer, ss.2009-2010; Laufhütte, Rissing van Saan ve Tiedemann (Hagen Wolff), s.155; Gugenberger ve Bieneck (Haas), s.2073; Joecks ve Miebach (Pananis), ss.917-918; Fischer, ss.2140-2141.

²⁹⁶ Schönke ve Schröder (Stree/Heine), s. 2465; Lackner ve Kühl, ss.1302-1303; Laufhütte, Rissing van Saan ve Tiedemann (Hagen Wolff), s.156; Kindhäuser, Neumann ve Paeffgen (Kindhäuser), s.5205; Tröndle ve Fischer, s.2010; Joecks ve Miebach (Pananis), s.918; Rudolphi, Horn, Samson ve Günther (Hoyer), s.39; Fischer, s.2141.

²⁹⁷ Benzer yönde düşünce için bkz. Özbek, Tefecilik, ss.31-32. Ayrıca bkz. Yüksekaya, <http://www.bayramyuksekkaya.av.tr/docs/004.pdf>, (10.06.2012).

B. Fail ve Mağdur

1. Tefecilik Suçunda Fail-Mağdur İlişkisi: Çok Failli Suç

Tefecilik suçunun fail ve mağdurunu incelemeye geçmeden önce, bu suç bakımından öne çıkan ve özel bir faillik tipi olan çok failli suçların kısaca incelenmesinde fayda vardır.

Kanuni tanım gereği, bir suçun işlenebilmesi için tek kişi yeterli değilse ve zorunlu olarak birden çok kişinin fail sıfatıyla suçun işlenmesine katılması gerekiyorsa *çok failli suçlardan* bahsedilir²⁹⁸. Çok failli suçlar öğretilerde *kolektif suç*, *zorunlu iştirak*, *gerçek olmayan iştirak*, *zorunlu olarak kolektif suç* ya da *zorunlu olarak çok failli suçlar* gibi değişik adlar altında incelenmektedir²⁹⁹.

Çok failli suçlar öğretilerde farklı yazarlar tarafından farklı tasniflere tabi tutulmuşlardır. En temel ayırım ise çok failli suçların *yapılarına ve hareketlerin hukuksal önemine* göre tasniflenmesidir³⁰⁰.

Yapısal olarak çok failli suçlar *Sancar*'a göre *iki taraflı çok failli suçlar (karşılaşma)* ve *tek taraflı çok failli suçlar* şeklinde tasnif edilmişken³⁰¹; *Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe*³⁰², *Demirbaş*³⁰³, *Özgenç*³⁰⁴, çok failli suçları, *yakınsama* ve *karşılaşma* suçu olarak incelemektedirler. *Öztürk ve Erdem*³⁰⁵ ve *Hakeri*³⁰⁶ ise yakınsama kavramı yerine *birleşme* kavramını kullanmışlardır. Biz de öğretilerdeki baskın görüşe uygun olarak, *yakınsama* (birleşme) ve *karşılaşma* kavramlarını kullanacağız.

²⁹⁸ Sancar, s.27; İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011, (Genel Hükümler), s.442; Öztürk ve Erdem, s.344; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s.503; Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s.445; Hakeri, s.449.

²⁹⁹ Bkz. Sancar, s.29 vd.; Özgenç, Genel Hükümler, s.441; Demirbaş, s.446; Hakeri, s.449.

³⁰⁰ Sancar, ss.110-111; Demirbaş, 446.

³⁰¹ Sancar, s.119 vd.

³⁰² Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, ss.503-504.

³⁰³ Demirbaş, s.447.

³⁰⁴ Özgenç, Genel Hükümler, ss.442-443.

³⁰⁵ Öztürk ve Erdem, s.344.

³⁰⁶ Hakeri, s.450.

Yakınsama (birleşme) suçlarında, suçun oluşması bakımından katılımı zorunlu olan birden çok failin hareketleri aynı yöndedir, yani birbiriyle zıt değildir ve aynı amacı gerçekleştirmeye yöneliktir³⁰⁷. Örneğin, suç işlemek amacıyla örgüt kurma veya hükümlü ve tutukluların ayaklanması suçlarında olduğu gibi. *Karşılaşma* suçlarında ise, suçun oluşması bakımından katılımı zorunlu olan birden çok fail iradeleri yine aynı amacı gerçekleştirmeye yöneliktir ve fakat hareketleri aynı yönde değil, karşılıklıdır³⁰⁸. Örneğin, rüşvet suçunda olduğu gibi.

Hareketlerin hukuksal önemine göre ise çok failli suçlar *dar anlamda çok failli suçlar* ve *geniş anlamda çok failli suçlar* başlığı altında ele alınmaktadır³⁰⁹. Dar anlamda çok failli suçlar söz konusu olduğunda, kanun koyucu tüm faillerin fiiline önem atfetmekte ve hepsini cezalandırmaktadır. Faillerin tümünün cezalandırılması dar anlamda çok faili suçların belirleyici özelliğidir. Geniş anlamda çok failli suçlarda ise kanun koyucu, tüm failleri cezalandırmak yoluna gitmez³¹⁰.

Bu anlatımlar ışığında ve mevcut kanuni düzenleme dikkate alındığında, tefecilik suçunun aslen çok failli bir suç tipi olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır. Gerçekten de tefecilik suçunun oluşumu bakımından esasen *ödünç para veren ve ödünç para alan* olmak üzere iki tarafın varlığı zorunludur³¹¹. Burada

³⁰⁷ Özgenç, Genel Hükümler, s.442; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s.503; Öztürk ve Erdem, s.345; Demirbaş, s.447; Hakeri, s.450.

³⁰⁸ Özgenç, Genel Hükümler, s.443; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s.504; Öztürk ve Erdem, s.345; Demirbaş, s.447; Hakeri, s.449.

³⁰⁹ *Sancar ve Demirbaş*, ayrıca bu tasnife bir de düzensiz çok failli suçlar ayrımını eklemektedir. Bkz. Sancar, s.113 vd.; Demirbaş, s.446; Soyaslan, s.496.

³¹⁰ Sancar, s.111 vd.; Demirbaş, ss.446-447; Soyaslan, s.496.

³¹¹ Özbek, Tefecilik, s.32; Özgenç, Tefecilik, s.552; Yüksekaya, <http://www.bayramyuksekkaya.av.tr/docs/004.pdf>. (10.06.2012); Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler-Topluma Karşı Suçlar*, USA Yayınevi, Ankara, 2012, s.435.

faillerin aynı amaca yönelik ve “*almak-vermek*”³¹² şeklinde karşılıklı hareketleri söz konusu olduğu için tefecilik suçu yapısal olarak karşılaşma suçudur³¹³.

Hareketlerin hukuksal önemi bakımından ele alındığında ise tefecilik suçunun *geniş anlamda çok failli suç* kapsamında olduğu söylenebilir³¹⁴. Zira geniş anlamda çok failli suçlarda kanun koyucu özel bir menfaati korumak istemekte ve bu sebeple faillerden birini cezalandırırken çeşitli sebeplerle diğer faili cezalandırmamaktadır. Nitekim 5237 sayılı TCK m.241 uyarınca da sadece ödünç para veren cezalandırılmış, ödünç para alanın cezalandırılması yoluna gidilmemiştir³¹⁵. Gerçekten madde gerekçesinde de *izlenen suç politikası* gereği sadece ödünç para verenin cezalandırıldığı, ödünç para alanın ise cezalandırılmadığına dikkat çekilmiştir. Bu açıklama da tefecilik suçunda aslında ödünç para alanın da suçun fail olduğunu, dolayısıyla tefecilik suçunun çok failli bir suç tipi olduğunu destekler mahiyettedir.

³¹² *Sancar*'a göre karşılaşma suçları homojen ve heterojen hareketli karşılaşma suçlarından oluşur. Heterojen hareketli karşılaşma suçlarında “*teslim etmek-teslim almak*”, “*vermek-kabul etmek*”, “*vermek- almak*” gibi hareketler söz konusudur. Bkz. *Sancar*, s.168. Ayrıca bkz. *Arzt ve Weber*, s.99, prg.287.

³¹³ *Arzt ve Weber*, s.99, prg.287; *Özgenç*, Tefecilik, 552.

³¹⁴ *Sulhi Dönmezer*, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003, s.256; *Sancar*, s.113; *Demirbaş*, s.447. Yine *Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe*'ye göre, tefecilik suçunda birden çok failin varlığı gerekli olmakla birlikte sadece tefecilik yapan cezalandırılır. Bkz. *Özbek, Kanbur, Doğa, Bacaksız ve Tepe*, Genel Hükümler, s.503. Benzer yönde *Nevzat Toroslu*, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2008, s.307; *Devrim Aydın*, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2009, s.254.

³¹⁵ *Yüksekkaya*'ya göre; olaya objektif bakıldığında talebi oluşturan taraf, kazanç karşılığı ödünç para alan (almayı talep eden) olmasına rağmen, arz olmadan talep bir anlam ifade etmeyeceğinden, kazanç karşılığı ödünç para verenin cezalandırılması yönündeki suç siyaseti yerindedir. Bkz. *Yüksekkaya*, <http://www.bayramyuksekkaya.av.tr/docs/004.pdf>, (10.06.2012); *Hafizoğulları ve Özen*, s.435.

2. Fail

a. Gerçek Kişiler

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, tefecilik suçunun maddi konusunu oluşturan eylem, aslen tam iki taraflı, ivazlı bir sözleşmedir. Bu sözleşmede biri ödünç para veren diğeri de ödünç para alan olmak üzere iki taraf bulunmaktadır. İşte kanun koyucu bu sözleşmenin *ödünç para veren* tarafını suçun faili olarak öngörmüş ve ödünç para veren tarafın eylemini suç olarak kabul etmiştir.

Kanun koyucu bu suçun faili olabilecek kimseler bakımından herhangi bir özellik aramamıştır. Başka bir deyişle tefecilik suçu, fail bakımından özgü bir suç değildir. Dolayısıyla herkes bu suçun faili olabilir³¹⁶.

TCK m.241 yürürlüğe girmeden önce, yani 2005 yılı öncesinde 90 sayılı KHK’de tefecilik teşkil eden eylemlerin *meslek ittihaz etmiş olması* cezalandırılmaktaydı. Nitekim Yargıtay da bu yönde kararlar vermekte hatta meslek ittihaz etmiş olmayı “*uğraşı*” kelimesiyle ifade etmekteydi³¹⁷. TCK m.241’de ise failin suçu meslek edinmesi gibi bir şart aranmamıştır.

TCK’da suçun sürekliliğini gösteren bir kavram olarak *itiyadi suç* ve *suçu meslek edinme* kavramlarına yer verilmiştir. Nitekim TCK’nın *Tanımlar* başlıklı 6’ncı maddesine göre *itiyadi suçlu*; “*Kasıtlı bir suçun temel şeklini ya da daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekillerini bir yıl içinde ve farklı zamanlarda ikiden fazla işleyen kişi*”dir. *Suçu meslek edinen kişi* ise; “*Kısmen de olsa geçimini suçtan elde ettiği kazançla sağlamaya almış kişi*”dir.

TCK’da suçun sürekliliğini gösteren bir kavram olarak *itiyadi suç* ve *suçu meslek edinme* kavramlarına yer verilmiştir. Nitekim TCK’nın *Tanımlar* başlıklı 6’ncı maddesine göre *itiyadi suçlu*; “*Kasıtlı bir suçun temel şeklini ya da daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekillerini bir yıl içinde ve farklı zamanlarda*

³¹⁶ Arslan ve Azizağaoğlu, s.1004; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s.850; Özbek, Tefecilik, s.32; Parlar ve Hatipoğlu, Cilt 4, s.3463; Parlar, s.19; Meran, Tefecilik, s.104; Yaşar, Gökcan ve Artuç, s.6713.

³¹⁷ Yarg. 7. CD, 17.06.2003 tarih ve 2003/642 E, 2003/4953 K; 18.02.2002 tarih ve 2002/1464 E, 2002/1816 K. sayılı ilamlarında “*sanığın bu işi uğraşı edinmesi*”nden bahsedilmektedir. Kararlar için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

ikiden fazla işleyen kişi”dir. Suçu meslek edinen kişi ise; “Kısmen de olsa geçimini suçtan elde ettiği kazançla sağlamaya almış kişi”dir.

İtiyadi suçlular, bir suçun basit veya nitelikli halini bir yılda ikiden çok işleyen kişiler oldukları için toplumda yarattıkları tehlikenin ve zararın yoğunluğu da çok daha fazladır. Suçu meslek edinme ise, itiyadi suçluluğu da aşan bir durumdur. Suçu meslek edinen kişi için gerçekleştirdiği eylem artık alışılmış, sıradan ve yaşamı devam ettirmek için sürdürülen bir geçim faaliyeti haline gelmiştir ve kişi bu konuda adeta uzmanlaşmaya başlamıştır³¹⁸.

Aşağıda eylem unsuru konusunda ayrıca ve ayrıntılı olarak değineceğimiz üzere, suçun meslek ittihaz edilmiş olması veya sürekli olarak yahut itiyaden işlenmesi tefeciliğin oluşumu bakımından önem arz etmez. Zira TCK m.241’de bu yönde bir hüküm yoktur. Buna karşın, örneğin Alman hukukunda tefecilik eyleminin meslek veya sanat haline getirilmesi suçun ağırlaştırıcı nedeni olarak kabul edilmiştir (Al.CK m.291/2-2). Benzer şekilde Av.CK m.154/3’te ve İsv.CK m.157/2’de de suçun meslek haline getirilmesine ağırlaştırıcı neden olarak yer verilmiştir. Hukukumuz bakımından da suçun sürekliliği, itiyaden işlenmesi veya meslek haline getirilmesine nitelikli hal olarak yer verilmesi düşünülebilir³¹⁹.

b. Tüzel Kişiler

Bu başlık altında tartışacağımız konu, tüzel kişilerin faaliyeti çerçevesinde tefecilik suçunun işlenip işlenemeyeceği ve bir tüzel kişi bünyesinde işlenen tefecilik suçundan ötürü tüzel kişinin cezai sorumluluk altında olup olamayacağıdır.

Günümüzde tefecilik suçunun bir tüzel kişi bünyesinde işlenmesi pekâlâ mümkündür. Hatta bu, uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Özellikle finansman ve faktoring şirketleri bakımından konu tartışılmaya değerdir. Örneğin kuruluş izni almış olmasına rağmen, henüz faaliyet izni almamış bir finansman

³¹⁸ Parlar ve Hatipoğlu, Cilt 1, s.118.

³¹⁹ Buna karşın *Özbek*’e göre, itiyadi suç ve suç meslek edinen kurumlarının kabulündeki amaç, bu kişilerin cezalandırılmasından çok toplum için tehlike oluşturdukları için bunlar hakkında güvenlik tedbiri uygulanmasını sağlamaktır. Bkz. *Özbek*, Şerh 1, s.180.

şirketinin faiz karşılığı ödünç para vermesi halinde tefecilik suçunun varlığından bahsedilebilir mi?

Meran önceki tarihli bir eserinde, 90 sayılı KHK’da finansman veya faktoring şirketlerinin faaliyet esaslarında tefecilik sayılabilecek hareketlere ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmediğinden dolayı, her iki şirket türünün sorumlularının da tefecilik suçunun faili olamayacağını ifade etmiştir³²⁰. Buna karşın yazar sonraki tarihli diğer bir eserinde, söz konusu şirket yetkililerinin faaliyet izni almadan yahut faaliyet izinleri iptal edilmiş olmasına rağmen ödünç para vererek faiz veya sair kazanç elde etmeleri halinde tefecilik suçunun faili olabileceklerini ifade etmiştir. Nitekim yazara göre suçun senet kırdırma şeklinde işlenebileceği TCK m.241’in gerekçesinde gösterilmiştir ve senet kırdırma yöntemi de özellikle faktoring şirketlerinin en temel faaliyetidir³²¹.

Arkan ise tefeciliğin sadece gerçek kişi ikrazatçılar bakımından ele alınarak tanımlandığını (90 sayılı KHK hükümlerini dikkate almak suretiyle), oysa şirketlerin de faaliyet izni almadan ödünç para verme işiyle uğraşmaya başlamalarının ya da faaliyet izninin iptalinden sonra bu işlere devam etmelerinin mümkün olduğunu bu itibarla tefecilikle ilgili hükmün sadece gerçek kişi ikrazatçıları değil, finansman ve faktoring şirketlerini de kapsayacak genel bir hüküm olarak formüle edilmesi gerektiğini vurgulamıştır³²².

Şüphesiz ki tefecilik teşkil eden eylemin finansman ve/veya faktoring şirketleri bünyesinde de gerçekleştirilmesi mümkündür. Örneğin, finansman şirketinin temel eylemi ödünç para vermektir. Şayet finansman şirketi gerekli izinleri almaksızın ve kanunda belirtilen şartlara uygun olmaksızın bu eylemi gerçekleştirirse bu eylem TCK m.241’de yer alan tipik eyleme uygun olacaktır. O halde, tefeciliğin eylem unsurunun bir tüzel kişi bünyesinde işlenmesi mümkündür.

Bu noktada üzerinde durulması gereken asıl konu, kazanç sağlama amacıyla ödünç para verme eyleminden dolayı tüzel kişinin cezai bir sorumluluğunun olup olmadığıdır. TCK m.20/2 uyarınca; “*Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri*

³²⁰ Meran, Tefecilik, s.107.

³²¹ Meran, Ekonomik Suçlar, s.23 vd.

³²² Arkan, s.22.

niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.” denilerek³²³ ceza kanunumuz bakımından tüzel kişilerin cezai değil ancak güvenlik tedbiri sorumluluğunun olduğu ifade edilmiştir.

Bu açık düzenleme karşısında faktoring şirketlerinin veya finansman şirketlerinin daha da geniş bir anlatımla tüzel kişilerin cezai sorumluluğundan bahsedilemez. Diğer bir deyişle, tüzel kişiler ister finansman isterse faktoring şirketi olsunlar tefecilik suçunun faili olamazlar. Zira TCK, tüzel kişiler bakımından cezai sorumluluk öngörmüş değildir. Böyle bir durumda ilgili tüzel kişilik hakkında ancak güvenlik tedbiri yaptırımı uygulanması mümkün olabilir. Nitekim tefecilik suçunun düzenlendiği TCK'nın Toplum Karşı Suçlar başlıklı 3'üncü kısmının Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar başlıklı 9'uncu bölümünde yer alan suçlara ilişkin olarak 242'nci maddede bu bölümde yer alan suçları işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceği belirtilmiştir. O halde, tefecilik olarak kabul edilen kazanç sağlamak amacıyla ödünç para verme eyleminin yasal ve geçerli bir izne bağlı olmaksızın herhangi bir tüzel kişilik bünyesinde işlenmesi halinde tüzel kişi hakkında güvenlik tedbiri sorumluluğu söz konusu olacaktır³²⁴.

Hemen belirtelim ki; 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden önceki dönemde tefecilik suçunun yaptırımını öngören 2279 sayılı Kanun'un 17/4 maddesinde;

Mezkur suçların, hükmi şahsiyeti haiz bir teşekkül tarafından işlenmesi halinde para cezaları bu teşekküle, diğer cezalar ise İdare Meclisi veya İdare Komitesi Reis ve Azalarından veya imzaları ile o müesseseyi ilzama yetkili müdür veya memurlarından cezayı müstelzim fiil işlemiş veya buna iştirak etmiş veya buna emir vermiş olanlara uygulanır.

denilmek suretiyle suçun tüzel kişilik bünyesinde işlenmesi halinde, para cezasının tüzel kişiliğe; diğer cezaların (hürriyeti bağlayıcı cezanın) tüzel kişinin idarecileri veya yetkili müdür veya memurlarına verileceği açıklanmış idi³²⁵. Günümüzde bu anlayış terk edilmiş olduğundan tüzel kişi aleyhine adli para cezasına hükmedilmesi de mümkün değildir.

³²³ Tüzel kişiler hakkındaki güvenlik tedbirlerine ise TCK m.60'ta yer verilmiştir.

³²⁴ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s.850; Özbek, Tefecilik, s.32; Parlar, s.19; Osman, Yaşar ve Gökcan, s.6713; Birtek, s.33.

³²⁵ Uğur, s.65.

3. Mağdur

a. Öğretideki Görüşler

Tefecilik suçunun mağduru konusunda öğretilerde farklı görüşler mevcuttur. Bu görüşler suçun mağdurunun ödünç para alan gerçek kişi mi yoksa toplumun geneli mi olduğu hususunda yoğunlaşmaktadır. Bu görüşleri kısaca incelemek gerekirse;

Örneğin *Birtek*'e göre, tefecilik suçunun mağduru, *ödünç para alan gerçek kişi*'dir. Yazara göre bu suç bakımından mağdur, genellikle acil ekonomik kaynağa ihtiyaç duyan ve banka ve diğer kredi kurumlarına müracaat edemeyen, müracaat etse de ekonomik ihtiyacını bu kurumlar vasıtasıyla karşılayamayan ekonomik açıdan zor durumda bulunan kişilerdir³²⁶.

Bir kısım yazarlar ise tefecilik suçunun mağdurunun toplumun geneli olduğunu savunmaktadırlar. Örneğin *Özgenç* bu suçun mağdurunun ödünç para alan kişi olamayacağını, zira bu suçun aslında çok failli suçlardan (karşılaşma suçu) olduğunu ve fakat izlenen suç politikası gereğince ödünç para alanın cezalandırılmadığını, ne var ki bunun o kişiyi mağdur kabul etmek anlamına da gelmeyeceğini ifade etmektedir. Yazara göre, tefecilik suçunun mağduru *toplumu oluşturan ve istikrarlı makro ekonomide yararı bulunan herkes*'tir³²⁷.

Benzer şekilde *Parlar* da tefecilik suçunun mağdurunun ödünç para alan ve bu nedenle ekonomik yönden sömürülen bireyler değil, ödünç para verme işleminin ilgili mevzuatta öngörülen kurallara aykırı olarak yapılmasından dolayı çıkarları ihlal edilen toplumun bütün bireyleri, yani *toplum* olduğunu ileri sürmektedir³²⁸. Yine *Yaşar, Gökcan ve Artuç*'a göre de tefecilik suçunun mağduru *belli kimselerden ve sayıdan oluşmayan topluluk*'tur. Kısacası bu suçta ödünç para alan değil, tüm toplum mağdurdur³²⁹.

³²⁶ Birtek, s.33.

³²⁷ Özgenç, Tefecilik, s.552-553. Benzer yönde bkz. Yüksekaya, <http://www.bayramyuksekkaya.av.tr/docs/004.pdf>, (10.06.2012); Hafizoğulları ve Özen, s.435.

³²⁸ Parlar, s.19.

³²⁹ Yaşar, Gökcan ve Artuç, ss.6713-6714.

Buna karşın bazı yazarlar, konuyu *mağdur- suçtan zarar gören* kavramları üzerinden ele almışlardır. Örneğin *Meran*'a göre; tefecilik suçunun mağduru, yüksek faiz karşılığı ödünç para almak zorunda kalan kişidir. Acil ekonomik ihtiyaçlarını bankalar veya kredi kurumları vasıtasıyla gideremeyen kişilerin tefeciye başvurarak ondan yüksek faiz karşılığı ödünç para alması ve mağdur olmaları olağandır. Ancak burada Devlet de vergi kaybına uğramakta ve toplum da dolaylı olarak bu suçtan zarar görmektedir³³⁰.

Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe'ye göre de suçun mağduru genellikle acil ekonomik ihtiyaca gereksinim duyan ve banka ve diğer kredi kurumlarına müracaat edemeyen veya müracaat etse de bu kurumlardan kredi alamayan ve dolayısıyla ekonomik açıdan zor durumda bulunan kişidir. Mağdur, suçun icra hareketlerinin üzerinde gerçekleştiği kişidir. O halde, ödünç para alan suçun mağdurudur. Buna karşın, haklı çıkarı bir şekilde zedelenen kişi ise suçtan zarar gören olduğuna göre kamu, yani toplumun bu suçta suçtan zarar gören olduğunu da kabul etmek gerekir³³¹.

b. Yargıtay'ın Görüşü

Öncelikle ifade edelim ki Yargıtay, tefecilik suçuna ilişkin olarak bugüne dek verdiği kararlarında ödünç para alan için çok farklı tanımlamalar yapmıştır. Gerçekten de Yargıtay ödünç para alan taraf için kimi kararlarında *mağdur*³³², kimi kararlarında *müşteki*³³³ ya da *şikâyetçi*³³⁴ ve kimi kararlarında ise *tanık*³³⁵ ifadesini

³³⁰ Meran, Tefecilik, s.107 ve Meran, Ekonomik Suçlar, ss.24-25. *Altıparmak* ise, suçun mağdurunun ödünç para alan kişi olduğunu, buna karşın ödünç para alan kişinin yaşadığı ödeme zorluğundan etkilenen ailesinin ise suçtan zarar gören olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Cüneyd Altıparmak, "Tefecilik Suçu", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan**, Cilt: II, s.1291.

³³¹ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, *Özel Hükümler*, s.851; Özbek, Tefecilik, s.32.

³³² Yarg. 7. CD, 8.02.2002 tarih, 2002/1341 E. ve 2002/1276 K. sayılı ilamı için bkz. Özgenç, Tefecilik, s.552, dpn.22. Yine benzer yönde Yarg. 7. CD, 09.11.2009, 2009/2243 E. ve 2009/12679 K; 22.04.2009 tarih, 2009/17545 E. ve 2009/5064 K. sayılı ilamları için bkz. Parlar, s.25 vd. Ayrıca bkz. Yarg. 8. CD, 16.02.2009 tarih, 2008/15390 E. ve 2009/2146 K. sayılı ilamı.

³³³ Yarg. 7. CD, 01.7.2004 tarih, 2003/7623 E. ve 2004/9059 K. sayılı ilamı için bkz. Özgenç, Tefecilik, s.552, dpn.22. Yine benzer yönde Yarg. 4. CD, 13.10.2010 tarih, 2010/18152 E. ve

kullanmaktadır. Hatta Yargıtay yakın tarihli bir kararında ödünç para alan için *müşteki, mağdur ve tanık*³³⁶ tanımlamalarını birlikte kullanmıştır. Oysa ceza ve ceza muhakemesi hukukuna ilişkin bu kavramlar yargılamanın farklı sùjelerini ifade etmektedir. Ceza hukuku bakımından *mağdur* denildiğinde, *hukuken suç olarak tanımlanmış bir fiilin işlenmesi veya fiili işleyene ceza verilmesi neticesinde, istenilmeyen ve beklenilmeyen olayla karşılaşan*³³⁷ anlaşılır. Daha basit bir deyişle mağdur, *suçun icra hareketleri üzerinde gerçekleşen*³³⁸, yani *o eylemden doğrudan doğruya zarara uğrayan, zarar gören*³³⁹ kişidir. *Müşteki*, yakının sızlanan şikâyet eden anlamına gelir³⁴⁰. Ancak ceza hukukunda şikâyet denildiğinde, aslen bir dava

2010/16612 K; Yarg. 7. CD, 29.06.2010 tarih, 2010/17420 E. ve 2010/10346 K; 10.02.2010 tarih, 2010/10687 E. ve 2010/1639 K; 19.11.2009 tarih, 2009/11258 E. ve 2009/14316 K; 13.07.2009 tarih, 2009/13180 E. ve 2009/8566 K; 12.05.2004 tarih, 2003/7513 E. ve 2004/6526 K. sayılı ilamları için bkz. Parlar, s.25 vd.

³³⁴ Yarg. 11. CD, 13.05.2002 tarih, 2002/3984 E. ve 2002/4106 K; 7. CD, 15.06.2010 tarih, 2010/868 E. ve 2010/9551 K. sayılı ilamı için bkz. Parlar, s.30 vd.

³³⁵ Yarg. 7. CD, 07.10.2009 tarih, 2007/5900 E. ve 2009/10180 K; 26.2.2007 tarih, 2004/7960 E. ve 2007/1134 K; 17.06.2003 tarih, 2002/23458 E. ve 2003/4982 K. sayılı ilamları için bkz. Özgenç, Tefecilik, s.552, dpn.21. Yine benzer yönde YCGK, 25.09.2007 tarih, 2007/7213 E. ve 2007/191 K; Yarg. 7. CD, 01.04.2007 tarih, 2007/12713 E. ve 2007/5639 K; 24.06.2008 tarih, 2008/15060 E. ve 2008/15850 K. sayılı ilamları için bkz. Parlar, s.25 vd. Yine Yarg. 7. CD, 24.06.2008 tarih, 2005/15060 E. ve 2008/15850 K. sayılı ilamı.

³³⁶ Yarg. 7.CD, 25.05.2010 tarih ve 2010/4749 E. ve 2010/7077 K. sayılı ilamında, “...*saniğin hangi mağdur ve müştekiye ne zaman borç para verdiği ...*” şeklinde bir ifade kullanarak borç para alanın mağdur ve müşteki olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Parlar, s.30, 39. Yine benzer yönde Yarg. 7. CD, 08.02.2007 tarih, 2007/17197 E. ve 2007/613 K. sayılı ilamı için bkz. Parlar ve Hatipoğlu, s.3465.

³³⁷ Süleyman Akdemir, **Ceza Hukukunda Mağdurun Korunması**, Akevler Akdeniz Bilimsel Araştırma Merkezi Yayınları No:4, İzmir, 1988, s.25.

³³⁸ Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin Saygılar, Esra Alan, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 223; Veli Özer Özbek, M. Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlke Tepe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s.241.

³³⁹ Muhammet Açıkgozöğlü, **Ceza Hukuku Açısından Teori ve Uygulamada Mağdur Kavramı**, Adil Yayınevi, Ankara, 2000, s.13. Benzer yönde bkz. Zekeriya Yılmaz, **Ceza Muhakemesinde Mağdur Hakları, Davaya Katılma, Yargılama Giderleri**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s.65.

³⁴⁰ Türk Dil Kurumu, “Büyük Türkçe Sözlük”, <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (28.10.2011).

şartı olan³⁴¹ ve TCK m.73'te düzenlenen kurum anlaşılmaktadır. *Şikâyetçi* denildiğinde ise, soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı olan suçlar bakımından TCK m.73'te düzenlenen hakka sahip olan kişi akla gelmektedir. Bu nedenle burada şikâyet ve şikâyetçi kavramının kullanılmasına dikkat edilmelidir. *Tanık* ise muhakeme konusu olay hakkında beş duyuları marifetiyle öğrendiklerini hâkim veya Cumhuriyet savcısına anlatan üçüncü kişilerdir³⁴². Tüm bu yargılama sùjeleri aslen birbirinden farklı kişileri ifade eder. Dolayısıyla, Yargıtay'ın yukarıda bahsi geçen kararlarla terminolojik bakımdan kargaşaya yol açtığını söylemek gerekir. Bu sebeple, öncelikle bir içtihat mahkemesi olan Yargıtay'ca yaratılan bu kavram kargaşasına son verilmesi ve terminolojik birlik sağlanması gerektiğini düşünüyoruz.

Terminolojiye ilişkin bu açıklamalardan sonra belirtelim ki; Yargıtay suçun mağduru hususunu, suçtan doğrudan doğruya zarar gören ve davaya katılma hakkı kavramları açısından ele almıştır.

Gerçekten de YCGK 29.05.1989 tarih ve 1989/7-147 E, 1989/209 K. sayılı ilamında,

Sanık hakkındaki dava izin belgesi olmaksızın ödünç para vermek suçundan açılmıştır. Sanığa yüklenen bu eylemden gerçek ya da tüzel kişilerin zarara uğradıkları söylenemez. Ancak, bu tür faaliyetlerin Devletin denetim ve gözetimi altında ve izin belgesi alınmak suretiyle yapılması gerekir. O halde Maliye Hazinesi bu suçlarda katılan sıfatını kazanabilir. İzin almadan ödünç para vermek suretiyle faaliyette bulunduğu iddia edilen sanığın bu eyleminden mağdurun doğrudan doğruya zarara uğradığı söylenemez.

diyerek ödünç para alan tarafı mağdur olarak isimlendirmiş ve fakat suçtan doğrudan doğruya zarar görmediğini suçtan doğrudan doğruya zarar görenin Hazine olduğundan bahisle ödünç para alan tarafın davaya katılma hakkının olmadığını ifade etmiştir³⁴³. Oysa zaten mağdurun tanımı, suçtan doğrudan doğruya zarar görendir.

³⁴¹ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar ve Alan, s.48 vd.; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Ceza Muhakemesi, s.126.

³⁴² Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar ve Alan, s. 270; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Ceza Muhakemesi, s.605.

³⁴³ Benzer yönde Yarg.4. CD, 23.11.2011 tarih, 2009/21672 E. ve 2011/22022 K; Yarg. 7. CD, 15.03.2011 tarih, 2011/2057 E. ve 2011/2513 K. sayılı ilamları için bkz. Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası.

Dolayısıyla, tefecilik suçunda ödünç para alanı mağdur olarak isimlendirip ve fakat onun bu suçtan doğrudan doğruya zarar görmediğini söylemek açık bir çelişkidir.

Ayrıca Yargıtay bir başka kararında ödünç para alan kişileri ancak tanık sıfatıyla dinlenilmesi gerektiğine karar vererek³⁴⁴ bu konuda karmaşa yaratmaya devam etmiştir.

Kısacası, Yargıtay'ın yerleşik içtihatları uyarınca, tefecilik suçunda ödünç para alan taraf suçtan doğrudan doğruya zarar gören değildir ve bu sebeple davaya katılma hakkı yoktur. Tefecilik suçunda suçtan doğrudan doğruya zarar gören Maliye Bakanlığı (Hazine) olup ancak Maliye Bakanlığı davaya müdahil olabilir³⁴⁵. Gelirler Genel Müdürlüğü, Gelirler Bölge Müdürlüğü, Vergi Dairesi Müdürlüğü'nün suçtan doğrudan doğruya zarar gören Maliye Bakanlığı'nı temsil yetkileri bulunmadığından, davaya katılma hakları da söz konusu değildir³⁴⁶. Yargıtay 5237 sayılı TCK

³⁴⁴ Yarg. 7.CD, 18.02.2002 tarih, 2002/1464 E. ve 2002/1816 K. sayılı ilamı için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

³⁴⁵ Yarg. 7. CD, 21.09.2011 tarih, 2009/1638 E. ve 2011/16064 K; 25.01.2011 tarih, 2009/216 E. ve 2011/783 K; 20.09.2011 tarih, 2009/8889 E. ve 2011/16025 K; 22.09.2011 tarih, 2009/9305 E. ve 2011/16259 K; 08.12.2011 tarih, 2009/4259 E. ve 2011/24192 K; 01.11.2011 tarih, 2009/6811 E. ve 2011/18494 K; 17.10.2011 tarih, 2009/10546 E. ve 2011/17483 K; 22.09.2011 tarih, 2009/11840 E. ve 2011/16267 K; 20.10.2011 tarih, 2009/12785 E. ve 2011/17653 K; 12.12.2011 tarih, 2009/17483 E. ve 2011/25314 K; 09.06.2009 tarih, 2008/1213 E. ve 2009/6903 K; 22.06.2009 tarih, 2009/8792 E. ve 2009/7385 K; 19.11.2009 tarih, 2007/13786 E. ve 2009/13417 K; 15.12.2009 tarih, 2007/15223 E. ve 2009/15093 K; 05.11.2009 tarih, 2007/3380 E. ve 2009/12731 K; 10.06.2009 tarih, 2006/10935 E. ve 2009/6977 K; 30.04.2009 tarih, 2006/11338 E. ve 2009/5334 K; 25.01.2008 tarih, 2006/7471 E. ve 2008/361 K; 09.07.2008 tarih, 2006/12791 E. ve 2008/16430 K; 29.05.2008 tarih, 2005/13834 E. ve 2008/14536 K; 21.10.2008 tarih, 2005/16051 E. ve 2008/19349 K; 13.07.2006 tarih, 2005/15113 E. ve 2006/14481 K; Yarg. 8.CD, 01.02.2011 tarih, 2008/7885 E. ve 2011/545 K. sayılı ilamları. Buna karşın Yargıtay'ın yakınan gerçek kişinin davaya katılma hakkı olduğu yönündeki aksi görüşü için bkz. Yarg. 4. CD, 21.10.2010 tarih, 2010/22638 E. ve 2010/17244 K. sayılı ilamı. Benzer yönde Yarg. 7. CD, 25.12.2006 tarih, 2005/16988 E. ve 2006/19950 K; 22.01.2007 tarih, 2005/18128 E. ve 2007/49 K; 26.01.2010 tarih, 2007/15270 E. ve 2010/568 K. sayılı ilamları için bkz. Özgenç, Tefecilik, s.552, dpn.20. Benzer yönde Yarg. 7. CD, 20.05.2008 tarih, 2005/13052 E. ve 2008/13754 K. sayılı ilamı için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası. (Söz konusu kararlarda suç tarihi 2005 öncesidir.)

³⁴⁶ Yarg. 7. CD, 09.06.2009 tarih, 2006/5342 E. ve 2009/6909 K; 06.05.2009 tarih, 2006/3124 E. ve 2009/5582 K; 01.06.2009 tarih, 2006/8059 E. ve 2009/6555 K; 30.04.2009 tarih, 2006/1244 E. ve 2009/5345 K; 06.07.2009 tarih, 2007/4466 E. ve 2009/8099 K. sayılı ilamları. Buna karşın Yargıtay

yürürlüğe girdikten sonra gerçekleştirilen eylemler bakımından, başka bir deyişle lehe kanun uygulamasının söz konusu olmadığı, 5237 sayılı TCK'nın uygulanacağı suçlar ile ilgili olarak da; suçun mağdurunun Hazine olduğunu, ödünç para alan tarafın suçtan doğrudan doğruya zarar gören olarak kabul edilemeyeceğini ve davaya katılma hakkının bulunmadığını; tefecilik suçunun mağdurunun Hazine olduğunu ve Hazine'nin davaya katılma hakkı bulunduğunu ifade etmektedir³⁴⁷.

başka bir kararında Defterdarlık Gelirler Müdürlüğü'nün suçtan zarar görme ihtimaline karşı katılma talebinin kabul edilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir. Bkz. Yarg. 4. CD, 25.12.2010 tarih, 2010/27129 E. ve 2010/19440 K. sayılı ilamı.

³⁴⁷ Yarg. 4. CD, 09.01.2012 tarih, 2011/56 E. ve 2012/3 K; 20.02.2012 tarih, 2010/2982 E. ve 2012/3276 K. sayılı ilamları. Ayrıca Yarg. 4. CD, 25.11.2010 tarih, 2010/27129 E. ve 2010/19444 K; 7. CD, 15.06.2010 tarih, 2010/868 E. ve 2010/9551 K; 10.3.2010 tarih, 2010/1125 E. ve 2010/4361 K. sayılı ilamları için bkz. Parlar, s.26 vd. Yarg. 4. CD, 23.11.2011 tarih, 2009/21672 E. ve 2011/22022 K. sayılı ilamı için bkz. Terazi Hukuk Dergisi, Yıl:7, Sayı:68, Nisan 2012, s.118. Hemen ifade edelim ki; İzmir Adliyesi özelinde tefecilik dosyaları üzerinde yapılan genel bir karar araştırmasına dayalı olarak, bazı yerel mahkeme kararlarında ödünç alanın katılan olarak nitelendirildiğini tespit etmiş bulunmaktayız. Örnek olarak bkz. İzmir 6. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2010/*27 E. ve 2012/*83 K.; İzmir 1* Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2010/*97 E. ve 2011/*16 K.; İzmir 1* Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2011/*68 E. ve 2012/*33 K.; İzmir 1* Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2011/*7 E. ve 2012/*426 K.; İzmir 2* Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2009/*42 E. ve 2009/*035 K.; İzmir 1* Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2009/*140 E. ve 2010/*94 K.; İzmir 4. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2008/*5 E. ve 2011/*140 K.; İzmir 1* Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2009/*65 E. ve 2009/*061 K.; İzmir *3 Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2009/*78 E. ve 2010/*59 K.; İzmir 2* Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2010/*43 E. ve 2011/*90 K.; İzmir 2* Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2010/*63 E. ve 2011/*2 K.; İzmir 4. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2009/*5 E. ve 2012/*06 K.; İzmir 2* Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2009/*78 E. ve 2010/*59 K.; İzmir 1* Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2010/*95 E. ve 2011/*5 K.; İzmir 6. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2010/*53 E. ve 2012/*9 K.; İzmir 7. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2010/*41 E. ve 2011/*87 K.; İzmir 7. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2012/*34 E. ve 2012/*36 K.; İzmir 1* Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2012/*3 E. ve 2012/*69 K.; İzmir *7 Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2012/*31 E. ve 2012/*668 K.; İzmir *9 Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2011/*06 E. ve 2011/*56 K.; İzmir 1* Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2011/*6 E. ve 2011/*18 K.; İzmir 1* Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2008/*72 E. ve 2010/*33 K.; İzmir 1* Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2008/*17 E. ve 2009/*51 K.; İzmir 2* Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2008/*70 E. ve 2010/*73 K. sayılı ilamı (Kişisel Arşiv). Aksi yönde İzmir 7. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2010/*1 E. ve 2011/*0 K.; İzmir 8. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2010/*20 E. ve 2011/*50 K.; İzmir 1* Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2008/*35 E. ve 2009/*26 K. sayılı ilamı (Kişisel Arşiv).

4. Görüşümüz

Fail ve mağdura ilişkin görüşlerimizi iki açıdan ortaya koymak istiyoruz. Bunlardan ilki mevcut kanuni düzenlemeye eleştiri; ikincisi ise, bizce olması gereken kanuni düzenleme karşısında fail ve mağdurun tespiti.

a. Mevcut Kanuni Düzenlemeye Eleştiri

Mevcut kanuni düzenleme karşısında tefecilik suçunun esasen çok failli bir suç tipi olduğunu yukarıda tespit etmiştik. Gerçekten de tefecilik suçu, çok failli suçlardan karşılaşma suçlarının örneğini oluşturmaktadır. Nitekim suçun, ödünç para alan ve ödünç para veren olmak üzere iki faili bulunmaktadır. Buna karşın kanun koyucu tefecilik suçunda her iki tarafı değil, sadece ödünç para veren tarafı cezalandırmaktadır. Bu da tefecilik suçunun hukuki önem bakımından geniş anlamda çok failli bir suç olduğunu göstermektedir.

Kanun koyucu tefecilik suçunu kaleme aldığı TCK m.241'in madde gerekçesinde “...izlenen suç politikası gereğince, kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren cezalandırılmaktadır. Buna karşılık, ödünç para alan kişi cezalandırılmamaktadır.” diyerek aslında ödünç para alanın da fail olduğunu ancak izlenen suç politikası uyarınca onun cezalandırılmadığını ortaya koymuştur.

Dolayısıyla mevcut kanuni düzenleme karşısında, tefecilik suçunda ödünç para alan tarafın da aslında fail olduğunu ve fakat izlenen suç politikası uyarınca cezalandırılmadığını, esasen fail olan kişinin aynı zamanda mağdur olarak kabul edilemeyeceğini belirtmek gerekir³⁴⁸.

Kaldı ki kanun koyucu burada bizce, esasen bireyi veya bireyin malvarlığını değil, toplumun genelini korumaya yönelik bir yaklaşım izlemiştir. Zira tefecilik suçunun malvarlığına karşı suçlar içerisinde değil, topluma karşı suçlar içerisinde düzenlenmiş olması bu yaklaşımın ürünüdür. Yargıtay da bugüne kadar verdiği kararlarında aynı yaklaşımı yansıtmıştır. Zira ödünç para alanın, bu suçtan doğrudan doğruya zarar görmediğini, davaya katılma ve hükmü temyiz etme hakkının

³⁴⁸ İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s.448.

olmadığını belirterek, bireyi değil, devleti koruyan bir anlayış sergilemiştir. Böylece ödünç alan tarafın korunmaya değer bir menfaatinin olmadığını, bu kişinin suçun aydınlatılması bakımından ancak bir tanık olarak dinlenebileceği benimsemiştir.

Oysa pratikte ve karşılaştırmalı hukukta durum çok daha farklı olup bizce mevcut düzenleme ihtiyacı karşılamaktan uzaktır.

b. Olması Gereken Kanuni Düzenleme Bakımından Önerimiz

Kanun koyucu, tefecilik suçunu kaleme aldığı TCK m.241'in gerekçesinde izlenen suç politikası uyarınca ödünç para alanın cezalandırılmadığını belirtmiştir. Burada öncelikle kanun koyucunun izlediği suç politikasının ne olduğu üzerinde durulmalıdır. Acaba kanun koyucu ödünç para alanı cezalandırmayarak onun suçu ihbar etmesini ve böylece tefecilik suçlarının daha rahat ve sağlıklı bir şekilde ortaya çıkmasını ve adli makamlarca takip edilebilmesini mi arzulamıştır? Yoksa tefecilik suçlarında ödünç para alanın zaten çoğu zaman zor bir durumda olduğunu, banka veya diğer kredi kurumlarından nakit ihtiyacını karşılayamadığını, mecburen tefeciye başvurduğunu, tefeci tarafından da sömürüldüğünü ve yeterince zarar gördüğünü, ona bir de ceza vermenin yersiz ve ölçsüz olacağını mı düşünmüştür?

Madde gerekçesinden bu sorulara herhangi bir cevap vermek mümkün görünmese de öğretilerde birçok yazar, tefecilik suçunda ödünç para alanın acil ekonomik ihtiyaç içinde olduğunu, banka ve diğer kredi kurumlarına başvuramadıklarını, başvursalar dahi ihtiyaçlarını karşılayamadıklarını ve içinde buldukları bu zor durumun tefeci fail tarafından kullanıldığını³⁴⁹ ve dolayısıyla ödünç para alanın tefecilik suçunun mağduru olduğunu ifade etmişlerdir. Görüleceği üzere, bu kriterler mağdurun tespitinde kullanılmıştır. Oysa bu kriterlerin mağdurun tespitinde kullanılması zaman zaman bizi yanlış sonuçlara sevk edebilir. Zira kanun koyucu ödünç para alan tarafın ekonomik bir zor durum yahut tecrübesizlik veya düşüncesizlik gibi bir hal içerisinde bulunmasını aramış değildir. Dolayısıyla, suçun oluşumu bakımından ödünç para alan tarafın bu gibi bir zaruret ve özel bir zayıflık hali içerisinde bulunması gerekmez. Ödünç para alan tarafın ekonomik zaruret hali

³⁴⁹ Bu yönde bkz. Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s.851; Özbek, Tefecilik, s.32; Meran, Ekonomik Suçlar, ss.24-25; Meran, Tefecilik, s.107; Birtek, s.33.

içerisinde bulunmasını *peşinen* kabul etmek, tipiklikte yer almayan bir unsur yaratmak demektir.

Her ne kadar uygulamada yaşanan olaylarda çoğu zaman ödünç para alanın ekonomik bir zaruret, tecrübesizlik veya düşüncesizlik hali içerisinde olduğu söylenebilirse de, ödünç para alanın *her olay bakımından* böyle bir hal içinde olduğunu mutlak olarak kabul etmek mümkün değildir. Söz gelimi kişi, zaruret hali içerisinde olduğundan değil de daha çok harcama yapmak istediğinden veya alışverişe düşkünlüğünden dolayı ödünç para aldıysa, artık o kişinin zaruret hali içerisinde olduğundan bahsedilemez³⁵⁰. Örneğin, ceza kanunlarını iyi tanıyan ve tefeciden ödünç para almanın cezalandırılmadığını bilen A, tefeci T'den yüksek faiz karşılığı ödünç para alır, borsada değerlendirir ve para kazanır yahut çok lüks bir yatla tatil yapar ve hatta akabinde tefeci T hakkında suç duyurusunda bulunursa bizce artık burada A'nın ekonomik bir zaruret hali içerisinde olduğundan bahsedilemez. Buna karşın, mevcut düzenleme uyarınca ödünç para vereni yine de cezalandırmak gerekir. Zira mevcut düzenleme karşısında ödünç para alanın zaruret hali veya özel bir zayıflık hali içinde bulunup bulunmaması suçun oluşumu bakımından önem taşımaz. Mevcut düzenlemeye göre tabiri caizse '*alan razı satan razı*'dır. Her iki taraf belirli bir sözleşme üzerinde hür iradeleriyle anlaşmışlardır. Haliyle bu sözleşmeye devlet tarafından müdahale edilmesi ve ödünç para verenin cezalandırılması sözleşme serbestisi ilkesi karşısında açıklanamaz bir hal alır.

Kısacası, tefecilik suçu çoğu kez ekonomik bir zaruret hali içerisinde bulunan, nakde ihtiyacı olan kişilerin bu halinden istifade edilerek çıkar sağlanması ve haksız menfaat elde edilmesi esasına dayanır. Nitekim ödünç alanın zaruret hali içerisinde veya özel bir zayıflık hali içerisinde olması ve bunun fail tarafından sömürülerek kazanç elde edilmesi halinde artık ne irade özgürlüğünden ne de sözleşme serbestisi ilkesinden bahsedilebilir. Tefeciliğin suç olarak kabul edilmesinin sebebi ve ihtiyacı da kanaatimizce buradan kaynaklanmaktadır. O halde tefecilik suçuyla, ödünç para alana ilişkin bazı bireysel değerlerin de korunması icap eder.

³⁵⁰ Bu noktada zaruret hali ile açgözlülüğü ve tüketim bağımlılığı gibi halleri birbirinden ayırmak gerekir. Bkz. Bernsmann, strafbarer Wucher, s.466.

Tüm bu anlatımlar çerçevesinde olması gereken kanuni düzenleme açısından bizce, ödünç alan kişinin içinde bulunduğu bazı sübjektif hallerin madde metnine eklenmesi gerekir. Nitekim Alman hukukundaki düzenleme bu yöndedir ve dikkate alınmaya değerdir. Gerçekten de, Al.CK m.291/1'de ödünç alan tarafın *zaruret halinin, tecrübesizliğinin, karar verme yeteneksizliğinin veya iradesindeki önemli zayıflığın* istismar edilmesi gerektiği açıkça düzenlenmiştir³⁵¹. Bu hallere kısaca değinmek gerekirse;

Zaruret halinin (Zwangslage) tefecilik suçu bakımından belki de en önemli yere sahip olduğunu söylemek gerekir³⁵². Uygulamada çoğu zaman fail, karşı tarafın içinde bulunduğu zaruret halini ve çaresizliğini sömürerek bu suçu işlemektedir. Zaruret; zorunluluk, zor durum ve sıkıntı hali anlamına gelmektedir³⁵³. Dolayısıyla zaruret hali, salt kişinin ekonomik durumundan memnuniyetsizliğine veya bir '*acil ekonomik ihtiyaç*'a indirgenmemelidir³⁵⁴. Burada zorunluluk yani sıkıntı halinin çeşidi ve yoğunluğu ile karşı tarafta yarattığı etki de mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim sıkıntı hali ağır bazı zararlara sebebiyet verebilecek ölçüde ciddi olmalıdır³⁵⁵. Zaruret hali, ekonomik bir sıkıntıdan yahut ekonomik nitelikte olmayan manevi veya mesleki yahut ailevi başkaca bir sıkıntıdan da

³⁵¹ Alman hukuku öğretisinde *kum yığınu teorisi (Sandhaufentheorem)* uyarınca karşılıklı edimler arasındaki oransızlık ne kadar açık ve göze çarpan nitelikte olursa olsun mağdurdaki bu sübjektif şartlardan birinin de mutlaka mevcut olması gerekir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Otto, *Neue Tendenzen*, s.2749 vd.; Scheffler, s.17.

³⁵² Hohendorf, *Individualwucher*, s.90.

³⁵³ Türk Dil Kurumu, "Büyük Türkçe Sözlük", www.tdk.org.tr, (01.11.2011).

³⁵⁴ Joecks ve Miebach (Pananis), s.920. Buna karşın malvarlığı olan ve fakat acil bir nakit ihtiyacı karşısında bu malvarlığını likide çeviremeyen kişinin zaruret hali içinde olduğu yönünde görüş için bkz. Bernsmann, *strafbarer Wucher*, s.466; Laufhütte, *Rissing van Saan ve Tiedemann (Hagen Wolff)*, s.160; Sickenberger, *Wucher*, ss.61-62.

³⁵⁵ Heinsius, s.150. Ayrıca bkz. Schönke ve Schröder (Stree/Heine), s.2469; Gerd Besenthal, **Mietwucher als Problem der Strafgesetzgebung**, Bad Essen 1971, s.110. Buna karşın, bazı yazarlarca burada sadece sıkıntının ağır zarara sebebiyet vermesi kriterini değil, sıkıntının ciddi olması kriterini benimsemek gerekir. Zira ağır zarar kriteri belirlenebilir olmaktan uzaktır. Bu yönde bkz. Hohendorf, *Individualwucher*, s.96.

kaynaklanabilir³⁵⁶. Hukukumuz bakımından suçun konusu para ile sınırlandırıldığı için zaruret hali denildiğinde sadece ekonomik sıkıntı hali ve acil nakit ihtiyacı anlaşılmalıdır. Oysa yukarıda suçun maddi konusunun sadece parayla sınırlı olmaması gerektiğini; bazı mal ve hizmetlerin de bu suçun maddi konusu içerisinde düşünülebileceğini ifade etmiştik. Böyle bir durumda suçun maddi konusu parayla sınırlı olmaktan çıkacağı için zaruret hali denildiğinde, tıpkı gabinde olduğu gibi, ekonomik nitelikli olmayan zaruret hali de akla gelecektir. Öte yandan mevcut zaruret hali öyle yoğun olmalıdır ki, kişi karar verme özgürlüğünü adeta yitirmiş ve tefeci failin öne sürdüğü koşullardaki işleme boyun eğmek zorunda kalmış olsun. Söz konusu bu zaruret halinin doğmasına kişinin kendisinin sebep olup olmadığı da

³⁵⁶ Önceleri AL.CK'da *Notlage* ifadesi yer almakta idi. Yapılan mevzuat değişikliği ile *Notlage* yerine *Zwangslage* ifadesine yer verilmiştir. Dilimize çevirisi bakımından her iki kelime de aslında zor durumu, zaruret halini ifade etmekte ise de, Alman öğretisindeki hâkim görüş *Notlage* ifadesinin sadece ekonomik zor durumu anlattığı, bu sebeple yetersiz bir kullanım olduğu, *Zwangslage* ifadesinin ise ekonomik zor durum ile sınırlı olmadığı, bu sebeple kanuni değişiklik sonrasında maddenin kapsamında sadece ekonomik zaruret halini değil, manevi ve hatta mesleki zor durumu da içerir bir hale geldiği ifade edilmektedir. Nitekim yargı kararlarında da *Notlage* ifadesine sadece ekonomik zaruret anlamı yüklendiğinden kanun koyucu *Notlage* ifadesi yerine hem maddi hem de manevi zaruret halini içinde barındıran *Zwangslage* ifadesini benimsemiştir. Erwin Rieger, **Ausbeutung und Wucher**, o.O. Verlag, Tübingen, 1949, s.46; Kohlmann, s.30 vd.; Heinsius, ss.146-147. Bu yönde bkz. Hug, s.120; Schönke ve Schröder (Stree/Heine), s.2469; Tröndle ve Fischer, ss.2010-2011; Arzt ve Weber, s.93, prg.272; Kindhäuser, Neumann ve Paeffgen, (Kindhäuser), s.5206; Laufhütte, Rissing van Saan ve Tiedemann (Hagen Wolff), s.158; Joecks ve Miebach (Pananis), s.920; Gugenberger ve Bieneck (Haas), s.2067; Hohendorf, Individualwucher, ss.91-92; Fischer, s.2141; Bernsmann, strafbarer Wucher, s.466; Sasserath, Verhältnis, s.122; Schauer, ss.51-52; Steinborn, 200; Sickenberger, Wucher, s.60; Besenthal, s.110; Sasserath, Verhältnis, s.30; Bernhard Pelke, **Die strafrechtliche Bedeutung der Merkmale "Übel" und "Vorteil"- Zur Abgrenzung der Nötigungsdelikte von den Bestechungsdelikten und dem Wucher**, VVF Verlag, München, 1990, s.168. Zaruret hali ifadesinden sadece ekonomik zaruret halinin anlaşılması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Rudolphi, Horn ve Samson (Samson), § 302a, prg.33; Stolz, s.11; Rühle, s.52; Wolfgang Enderlein, **Rechtspaternalismus und Vertragsrecht**, Beck Verlag, München, 1996, s.273; Leinweber, s.52; Adolf Müller Emert ve Bernhard Maier, "Das Erste Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1976, s.1664; Sturm, s.86; Dähn, ss.619-620; Hermann Blei, "Das Erste Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 20. Juli 1976 (BGBl. I 2034)", **JA**, 1976, s.813; U. Scheu, Anmerkung, **Juristische Rundschau**, 1982, s.474; Bockelmann, s.134.

önem arz etmez. Kişi kendi hareketleriyle bu zaruret halinin doğmasına sebep olmuş olabileceği gibi, bir başkasının davranışları da kişinin zaruret haline girmesine sebebiyet vermiş olabilir³⁵⁷. Kişinin tefeci failin istediği koşullara uymaktan başka çaresinin olmaması veya başka bir çare bilmiyor olması gerekir³⁵⁸. Örneğin, nakit ihtiyacını bankalardan veya yasal olarak ödünç vermeye yetkili kişi ve kurumlardan karşılayamayan kişinin tefeciye başvurması ve onun ortaya koyduğu koşullar altında ödünç para alması halinde çaresizlikten bahsedilebilir. Buna karşın, kişinin içinde bulunduğu zaruret halinden çıkmak için her türlü yolu denemiş olmasına da gerek yoktur. Örneğin, içinde bulunduğu nakit ihtiyacını bankalar veya yasal olarak ödünç vermeye yetkili diğer kişi ve kurumlardan karşılayamayan kişinin maddi durumu iyi olan babasından bu ihtiyacını karşılayabileceği, dolayısıyla çaresiz olmadığı, zaruret hali içinde bulunmadığı ileri sürülemeyecektir³⁵⁹.

Alman hukukunda tefecilik suçunun oluşumu bakımından mağdurda aranan bir diğer subjektif hal ise *tecrübesizlik (Unerfahrenheit)* halidir. *Tecrübesizlik*, iş hayatı, piyasa, genel hayat ve iktisadi kıymetlerin piyasa değerleri konusundaki bilgisizliği ifade eder³⁶⁰. Burada salt bir bilgisizlik değil, bahsi geçen konular

³⁵⁷ Stolz, s.12; Hohendorf, Individualwucher, ss.95-96; Gugenberger ve Bieneck (Haas), s.2067; Laufhütte, Rissing van Saan ve Tiedemann (Hagen Wolff), s.159; Joecks ve Miebach (Pananis), s.921; Sickenberger, Wucher, ss. 62-63. Buna karşın mağdurdaki zaruret hali fail tarafından yaratılmışsa bu durumda yerine göre tehdit, dolandırıcılık gibi suçlardan bahsedilebileceği yönünde bkz. Rudolphi, Horn, Samson ve Günther (Hoyer), §291, prg.13.

³⁵⁸ Heinsius, s.154; Laufen, s.96 vd.

³⁵⁹ Hug, ss.123-124; Stolz, s.12; Laufhütte, Rissing van Saan ve Tiedemann (Hagen Wolff), s.160. Buna karşın kişi, zaruret hali içerisinde olduğuna ilişkin bir yanılgısı içerisindeyse zaruret halinin varlığı kabul edilmelidir. Zira burada kişi, zaruret hali içerisinde olmasa bile kendisini zaruret hali içerisinde düşünmüş ve bu düşüncenin yarattığı etki ve baskı altında failin fahiş koşullarına uyarak onunla anlaşmıştır. Bu durumun zaruret hali olarak kabul edilmesi gerekir. Bu yönde görüş için bkz. Isopescul-Grecul, s.292; Schönke ve Schröder (Stree/Heine), s.2469; Hohendorf, Individualwucher, s.94; Bernsmann, strafbarer Wucher, s.466; Rudolphi, Horn, Samson ve Günther (Hoyer), § 291, prg.12; Tröndle ve Fischer, s.2011; Rudolphi, Horn ve Samson (Samson), § 302a, prg.4 ve prg.33; Schmidt-Futterer, Mietwucher, s.134; Wolfgang Schmidt-Futterer, “Die Wuchermiete für Wohnraum nach neuem Recht”, **Neue Juristische Wochenschrift**, 1972, (Wuchermiete), s.135; Heinsius, s.156; Laufen, ss.98-99.

³⁶⁰ Rieger, s.48 vd.; Jürg-Beat Ackermann, “Unerfahrenheit- Wucher als neuartiges Wirtschaftsdelikt”, **Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag**, Heymann Verlag,

hakkında ortalama zekâ seviyesine sahip (*Durchschnittsmensch*) bir insanın sahip olabileceği bilgiye sahip olmamak anlaşılmalıdır. Yine genel bir bilgisizlik ve tecrübesizlik halinden farklı olarak özellikle suça konu işlem hakkındaki tecrübesizlik ve bilgisizliğin var olması gerekir³⁶¹. Peki, tecrübesizlik hali tefecilik suçunda nasıl gündeme gelebilir? Örneğin, yabancı ülkeye yeni yerleşmiş bir göçmen o ülkenin piyasa koşulları hakkında henüz bilgisiz ve tecrübesizdir. İşte onun bu tecrübesizliğinden faydalanarak bir taşınmaz piyasa bedelinin çok üzerinde bir fiyata kendisine satılmışsa burada kişinin tecrübesizlik hali sömürülmüş demektir. Alman hukukunda da bu sübjektif halin daha çok kira tefeciliği (*Mietwucher*) konusunda gündeme geldiği görülmektedir. Özellikle göçmen işçiler bir mesken kiralamak istedikleri zaman, onların ülke ve ülkedeki piyasa koşulları hakkındaki bilgisizlik ve tecrübesizlikleri sömürülerek bir meskenin rayiç değerinin çok üstünde kiraya verildiği bilinmektedir³⁶². Uygulamada tecrübesizlik haline daha çok gençlerde, yaşlılarda, fiziksel hastalığı olanlarda rastlanmaktadır³⁶³.

München, 2008, s.1168; Maurach, Schröder ve Maiwald, s.487; Schönke ve Schröder (Stree/Heine), s.2469; Tröndle ve Fischer, s.2011; Lackner ve Köhl, s.1303; Arzt ve Weber, s.94, prg.275; Rudolphi, Horn, Samson ve Günther (Hoyer), § 291, prg.14; Joecks ve Miebach (Pananis), s.922; Kindhäuser, Neumann ve Paefgen, (Kindhäuser), s.5207; Hohendorf, Individualwucher, s.97; Bernsmann, strafbarer Wucher, s.466; Joecks, s.713; Fischer, s.2142; Rudolphi, Horn ve Samson (Samson), § 302a, prg.34; Steinborn, s.201; Besenthal, s.36; Glaser, ss.97-98; Leinweber, s.52; Bockelmann, s.134. Burada genel tecrübesizlikten değil sadece iş ve ticaret hayatındaki tecrübesizliğin anlaşılması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Gugenberger ve Bieneck (Haas), s.2067; Laufhütte, Rissing van Saan ve Tiedemann (Hagen Wolff), s.160; Köhl, s.1303; Schauer, s.52; Sickenberger, Wucher, s.63; Sturm, s.86; Scheu, s.474.

³⁶¹ Ackermann, s.1172; Schönke ve Schröder (Stree/Heine), s.2469; Lackner ve Köhl, s.1303; Rudolphi, Horn, Samson ve Günther (Hoyer), § 291, prg.15; Pelke, s.174. Ancak azınlıkta kalan bir diğer görüş ise, tecrübesizliğin belirlenmesinde ortalama zekâ seviyesinin temel alınmasını doğru bulmamaktadır. Bu görüşe göre, ortalama zekâ seviyesine sahip olan bir kişinin yıllık faiz oranlarını bilmesi ve hesaplaması beklenemez. Oysa ortalama zekâ seviyesine sahip olmakla kişinin bu konularda tecrübe ve bilgiye sahip olduğu kabul edilecektir ki bu doğru bir yaklaşım değildir. Bu yönde görüş için bkz. Maurach, Schröder ve Maiwald, s.487; Otto, Neue Tendenzen, 2749; Nack, s.624; Heinsius, s.161 vd.

³⁶² Besenthal, ss.36-37; Hohendorf, Individualwucher, s.97. Buna karşın sadece yabancı dil konusundaki yetersizliğin tecrübesizlik ve bilgisizlik olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir. Bu bilgisizliğin söz konusu tefecilik konusu eyleme maruz kalınması bakımından etkili olmuş olması

Karar verme yeteneksizliği (Mangel an Urteilsvermögen), Alman hukukunda tefecilik suçunun oluşumu bakımından mağdurda aranan seçimlik subjektif hallerden bir diğeridir. Aslında tecrübesizlik halinin bir ögesi olup onun içinde de değerlendirilebilecek olan karar verme yeteneksizliği, kişinin davranış ve kararlarını yönlendirirken makul ve akıllı gerekçelere dayalı olarak karar verme kabiliyetindeki eksikliği ifade eder³⁶⁴.

Alman hukukunda tefecilik suçunun oluşumu bakımından mağdurda aranan son seçimlik subjektif hal ise *iradedeki önemli zayıflıktır (erhebliche Willensschwäche)*. İradedeki zayıflık, mağdurun direnme gücünü azaltan her türlü kişisel haldir. Burada irade zayıflığı değil iradenin *önemli* ölçüdeki zayıflığı aranmaktadır³⁶⁵. İşte Alman hukukunda kişinin içinde bulunduğu önemli irade zayıflığını kullanarak aşırı yükseklikte kazanç elde eden kimsenin fiili tefecilik suçu olarak kabul edilmiştir. Örneğin, hastalık derecesinde ruhi bozukluklar, esaslı bilinç kayıpları veya akıl zayıflığı gibi hallerde iradenin önemli ölçüde zayıflığından

da gerekir. Schönke ve Schröder (Stree/Heine), s.2470; Joecks ve Miebach (Pananis), s.922; Bernsmann, strafbarer Wucher, s.467; Laufhütte, Rissing van Saan ve Tiedemann (Hagen Wolff), s.161; Fischer, s.2142; Sickenberger, Wucher, s.64; Laufen, s.117.

³⁶³ Bernsmann, strafbarer Wucher, s.467.

³⁶⁴ Rühle, s.53 vd.; Maurach, Schröder ve Maiwald, s.487; Schönke ve Schröder (Stree/Heine), s.2470; Tröndle ve Fischer, s.2011; Lackner ve Kühl, s.1303; Kindhäuser, Neumann ve Paeffgen (Kindhäuser), s.5207; Hohendorf, Individualwucher, s.98; Joecks ve Miebach (Pananis), s.922; Gugenberger ve Bieneck (Haas), s.2068; Bernsmann, strafbarer Wucher, s.467; Joecks, s.713; Kühl, s.1303; Fischer, s.2142; Schauer, s.53; Sickenberger, s.66; Heinsius, s.166; Otto, Neue Tendenzen, s.2749; Sturm, s.86. Bazı yazarlara göre karar verme yeteneksizliğini tecrübesizliğin bir unsuru olarak kabul etmek doğru değildir. Zira karar verme yeteneksizliği durumunda kişinin aslında tecrübesizliğinden bahsedilemez. Kişi, fail ile yaptığı işlem konusunda tecrübeye sahiptir; buna karşın kendi davranışlarını yönlendirme konusunda makul ve akıllı davranmamaktadır. Bu yönde görüş için bkz. Hohendorf, Individualwucher, s.99; Sickenberger, Wucher, s.66; Heinsius, s.167.

³⁶⁵ Maurach, Schröder ve Maiwald, s.487; Schönke ve Schröder (Stree/Heine), s.2470; Tröndle ve Fischer, s.2012; Lackner ve Kühl, s.1303; Arzt ve Weber, s.93, prg. 271; Kindhäuser, Neumann ve Paeffgen (Kindhäuser), s.5207; Hohendorf, Individualwucher, ss.99-100; Joecks ve Miebach (Pananis), s.923; Gugenberger ve Bieneck (Haas), s.2068; Bernsmann, strafbarer Wucher, s.468; Laufhütte, Rissing van Saan ve Tiedemann (Hagen Wolff), s.161; Rudolphi, Horn, Samson ve Günther (Hoyer), § 291, prg.17; Fischer, s.2142; Schauer, 54; Heinsius, s.168; Sturm, s.86.

bahsedilebilir³⁶⁶. Ayrıca alkol veya uyuşturucu bağımlılığı gibi fizyolojik bir iradi zayıflık olabileceği gibi kumar bağımlılığı gibi psikolojik bir iradi zayıflık da olabilir³⁶⁷. İradedeki zayıflığın önemli boyutta olması yeterli olup ayrıca hastalık derecesine ulaşmış olmasına gerek yoktur³⁶⁸.

Tüm bu anlatımlarımız sonucunda, hukukumuz bakımından da benzer yönde bir düzenleme yapılması; gerek TBK m.28'de düzenlenen gabin hükümlerine uygun olması bakımından, mağdurun içinde bulunduğu *zor durum (zaruret hali)*, *tecrübesizlik* ve *düşüncesizlik*³⁶⁹ hallerinin fail tarafından kullanılması ve bu durumlardan istifade edilmesi şartı eklenmelidir³⁷⁰. Aksi takdirde sağlam iradelerle

³⁶⁶ Bernsmann, strafbarer Wucher, s.468; Bazı yazarlarca da bu haller karar verme yeteneksizliği başlığı altında incelenmiştir. Laufhütte, Rissing van Saan ve Tiedemann (Hagen Wolff), s.161; Steinborn, s.202.

³⁶⁷ Maurach, Schröder ve Maiwald, s.487; Schönke ve Schröder (Stree/Heine), s.2470; Tröndle ve Fischer, s.2012; Lackner ve Kühl, s.1303; Arzt ve Weber, s.93, prg.271; Kindhäuser, Neumann ve Paeffgen (Kindhäuser), s.5207; Hohendorf, Individualwucher, ss.99-100; Joecks ve Miebach (Pananis), s.923; Gugenberger ve Bieneck (Haas), s.2068; Pelke, s.175; Bernsmann, strafbarer Wucher, s.468; Laufhütte, Rissing van Saan ve Tiedemann (Hagen Wolff), s.162; Rudolphi, Horn, Samson ve Günther (Hoyer), § 291, prg.17; Joecks, s.713; Kühl, ss.1303-1304; Fischer, s.2143; Rudolphi, Horn ve Samson (Samson), § 302a, prg.36; Schauer, s.54; Steinborn, s.203; Sickenberger, Wucher, s. 67; Heinsius, s.168; Laufen, s.121.

³⁶⁸ Heinsius, s.169; Laufen, s.121. Aksi yönde bkz. Steinborn, s.203. Burada kişinin lüks yaşama alışkanlığı olması, alışveriş ve tüketim düşkünü olması iradedeki önemli bir zayıflık olarak kabul edilmemelidir. Bkz. Bernsmann, strafbarer Wucher, ss.466-468.

³⁶⁹ Al.CK'da önceleri tefecilik suçuna ilişkin düzenlemede mağdurun *düşüncesizlik (hafiflik)* hali de sayılmışken daha sonra düşüncesizlik hali madde metninden çıkartılmıştır. Günümüz Al.CK'nın 291'inci maddesinde düşüncesizlik haline yer verilmemiştir. Zira düşüncesizlik hali tecrübesizlikten farklıdır. Nitekim kişi, biraz daha dikkatli ve özenli davranmak suretiyle bu zayıflık haline yol açmayacak ve düşüncesizliği fail tarafından kullanılmayacaktır. Oysa tecrübesizlik halinde kişinin fail tarafından yerine getirilen edim ile kendisi tarafından yerine getirilen karşı edimi kıyaslamak, bu edimlere değer biçmek için yeterli bilgi ve tecrübesi yoktur. Burada kişi zayıflık haline kendisi sebep olmamıştır. Hohendorf, Individualwucher, s.98; Laufhütte, Rissing van Saan ve Tiedemann (Hagen Wolff), s.157; Joecks ve Miebach (Pananis), s.923; Sickenberger, Wucher, s.66; ; Heinsius, s.167; Bernsmann, strafbarer Wucher, ss.467-468; Laufhütte, Rissing van Saan ve Tiedemann (Hagen Wolff), ss.162-163; Steinborn, ss.202-203; Sasserath, Verhältnis, s.34 vd.

³⁷⁰ Benzer yönde öneri için bkz. Özbek, Tefecilik, s.29.

yapılan bir sözleşmeye müdahale sonucu ortaya çıkar ki; bu da en temel haklardan birisi olan sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırılık teşkil eder³⁷¹.

Özetle, tefecilik suçunda ödünç para verme şeklindeki eylem unsuru, ödünç para alan kişi üzerinde gerçekleşmektedir. Mağdur da suçun icra hareketleri üzerinde gerçekleşen kişi olarak tanımlandığına göre, aslında bu suçta ödünç alanın mağdur olarak kabulü ve kabule uygun bir düzenleme yapılması doğru olacaktır³⁷². İşte yukarıda saydığımız, ödünç alanın içinde bulunduğu bazı sübjektif hallerin kanuna eklenmesiyle ödünç alanın mağdur sıfatı da pekiştirilmiş olacaktır. Böylelikle, ödünç alanın suçun mağduru ve toplumun ise suçtan zarar gören olarak kabulü konusundaki tereddütler giderilerek tefecilik suçuna ilişkin yapılan yargılamada hem mağdur sıfatıyla ödünç alan tarafın hem de zarar gören sıfatıyla Hazine'nin davaya katılması³⁷³ olanaklı hale gelecektir³⁷⁴. Tüm bunların yanı sıra tefecilik suçunun topluma karşı suçlar içerisinde değil, malvarlığına karşı suçlar içerisinde düzenlenmesi daha doğru olacaktır.

³⁷¹ Benzer yönde Kindhäuser, Neumann ve Paeffgen (Kindhäuser), s.5206.

³⁷² *Birtek*'e göre tefecilik suçunun mağduru kusur yeteneği haiz olan herkestir. Bkz. *Birtek*, s.33. Oysa kusur yeteneğinden bahsedebilmek için öncelikle hareket yeteneğinden bahsetmek gerekir. Tüzel kişilerin hareket yeteneği bulunmadığına göre, onların kusur yeteneğine sahip olduğu da söylenemez. Bkz. İzzet Özgenç, "Tüzel Kişinin Sorumluluk Ehliyeti: Anayasa Mahkemesi'nin Bir Kararı Üzerine Düşünceler", **Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan**, İstanbul, 1995, (Tüzel Kişi), s.327; Ayşe Nuhoglu, "Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu", **Ceza Hukuku Reformu**, Umut Vakfı Yayınları, İstanbul, 2001, s.506; Zeynel T. Kangal, **Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s.131. Dolayısıyla *Birtek*'in görüşüne göre tüzel kişilerin suçun mağduru olmaları mümkün görünmemektedir. Oysa kusur yeteneğine sahip olmasalar da tüzel kişiler tefecilik suçunun mağduru olabilirler. Tüzel kişilerin kusur yeteneğine sahip olmamaları onların mağdur değil, fail olmalarını engeller. Bu sebeple *Birtek*'in görüşüne katılmamız mümkün görünmemektedir. Bizce, suçun mağduru gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir.

³⁷³ Nitekim CMK m.237/1 uyarınca davaya katılma hakkı olanlar; mağdur, suçtan zarar gören gerçek veya tüzel kişiler ve malen sorumlu olanlardır.

³⁷⁴ Benzer yönde bkz. Özbek, Tefecilik, s.39.

C. Eylem: Ödünç Para Vermek

1. Eylemin Kapsamı

TCK m.241’de tefecilik suçunun eylem unsuru ‘*ödünç para vermek*’ olarak tanımlanmıştır. Yukarıda *suçun maddi konusu* başlığı altında ‘*para*’ kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin ayrıntılı açıklamalarda bulunmuş; paranın devletçe bastırılan, üzerinde değeri yazılı, kâğıt veya metalden ödeme aracı, nakit; ödünçün ise ileride geri verilmek veya alınmak şartıyla alınan veya verilen şey demek olduğunu belirtmiştik. Bu sebeple, burada daha çok (*ödünç*) *vermek* eyleminin üzerinde durmak istiyoruz.

Vermek sözcüğünün, “*üzerinde, elinde veya yakınında olan bir şeyi birisine eriştirmek*”, “*iletmek; sahip olmasını sağlamak*”; “*kazandırmak, katmak*” gibi çok sayıda anlamı bulunmaktadır³⁷⁵. *Vermek* şeklindeki eylem sayesinde fail, ödünç para alan tarafa bu para üzerinde tasarruf etme imkânı yaratmaktadır. Suça konu ödünç paranın kişinin eline verilmesi mümkün olabileceği gibi, bu paranın kişinin banka hesabına yatırılması halinde de artık kişinin bu para üzerinde fiili tasarruf imkânının doğduğunun kabulü gerekir.

Bu anlatımlardan da anlaşılacağı üzere, suçun gerçekleşmesi herhangi bir neticeye bağlı değildir. Ödünç paranın verilmesi, yani karşı tarafın fiili tasarruf alanına girmesiyle suç oluşacaktır. Suçun gerçekleşme anı ödünç paranın verildiği andır³⁷⁶. Dolayısıyla suç, ani hareketli bir suçtur³⁷⁷. O halde tefecilik suçu kural

³⁷⁵ Türk Dil Kurumu, “Büyük Türkçe Sözlük”, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, (21.11.2011).

³⁷⁶ Yarg. 7. CD, 14.07.2009 tarih ve 2006/11343 E, 2009/8634 K; 7. CD, 29.06.2010 tarih, 2010/17420 E. ve 2010/10346 K; 7.CD, 25.05.2010 tarih ve 2010/4749 E. ve 2010/7077 K. sayılı ilamları ve benzer yönde görüş için bkz. Özgenç, Tefecilik, s.545; 548, dpn.13 Yine benzer yönde Yarg. 4. CD, 09.01.2012 tarih, 2011/56 E. ve 2012/3 K; Yarg. 7. CD, 06.05.2009 tarih, 2006/1495 E. v 2009/5599 K. sayılı ilamı. Ayrıca bkz. Tosun ve Artuç, 1923; Yaşar, Gökcan ve Artuk, s.6717; Yüksekaya, <http://www.bayramyuksekkaya.av.tr/docs/004.pdf>, (10.06.2012). Buna karşın, Yarg. 4. CD, 14.12.2010 tarih, 2010/21581 E. ve 2010/20791 K. sayılı ilamında suç tarihinin para alışverişi yapıldığı tarih olduğunu ifade etmiştir. Ancak bu kullanım, ödünç alınan paranın geri verilmesini de kapsar şekilde geniş bir anlam ihtiva etmektedir. Oysa suç, ödünç para vermekle oluşur. Ödünç verilen paranın kazançla birlikte geri ödenmesine gerek yoktur.

³⁷⁷ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s.851; Özbek, Tefecilik, s.35.

olarak, neticesi harekete bitişik bir suç tipidir. Tipiklikte gösterilen eylemin gerçekleştirilmesiyle suç da tamamlanmış olmaktadır³⁷⁸. Kazancın elde edilip edilmediği ise suçun oluşumu bakımından önem taşımaz.

Taraflar arasında kazanç elde etmek amacıyla ödünç para vermeye ilişkin bir anlaşmanın yapılmış olması, yani deyim yerindeyse “*tefecilik anlaşması*” yapılmış olması suçun oluşumu bakımından yeterli değildir. Zira kanun koyucu *ödünç para anlaşmasının yapılması* veya *ödünç para vaat edilmesi* eylemini değil, sadece ödünç paranın verilmesini cezalandırmıştır. Yani, tefecilik mahiyetli bir anlaşması yapılması ve fakat ödünç para verme eyleminin gerçekleşmemesi halinde suçun oluştuğundan da bahsedilemeyecektir. Buna karşın, Al.CK’da ‘*vaat etmek*’ (*Sichversprechenlassen*) eylemi de suçun eylem unsuru olarak düzenlenmiştir.

2. Eylemin Ortaya Koyduğu Özellikler: Süreklilik ve Meslek İttihaz Etmiş Olma Şartlarının Gerekip Gerekmediği Sorunu

a. Genel Olarak Sorunun Ortaya Konulması

5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girmesinin öncesinde, tefeciliğin tanımlandığı 90 sayılı KHK’nın 9’uncu maddesi uyarınca tefecilikten bahsedilebilmesi için eylemin *süreklilik taşıması ve meslek ittihaz edilmiş olması* şartları aranmaktaydı. Madde uyarınca;

İkrazatçılık 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 olarak tanımlanmıştı.

Maddede meslek ittihaz etmiş olma şartı arandığı için tek bir ödünç para verme eylemi tefecilik olarak kabul edilmemekte, suçun oluşumu bakımından bu işin süreklilik arz etmesi aranmaktaydı³⁷⁹.

³⁷⁸ Özbek, Tefecilik, s.33; Özgenç, Tefecilik, s.547.

³⁷⁹ Hemen belirtelim ki; Al.CK’da tefeciliğin meslek edinilmiş olması; suçun unsuru olarak değil, cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Gerçekten de Al.CK m.291/2-2 uyarınca failin

Nitekim bu dönemde Yargıtay da benzer yönde içtihat geliştirmiştir. Gerçekten de Yargıtay yerleşik içtihatlarında, tefeciliğin sürekli ve sistemli bir şekilde faiz (çıkar karşılığı) ödünç para verme eylemi olduğuna dikkat çekmiştir. Yargıtay'a göre sanık hakkında tefecilik suçundan mahkûmiyet tesis edilebilmesi için birden fazla kişiye sürekli ve sistematik olarak faiz karşılığı ödünç para verilmesi³⁸⁰ ve suçun meslek ittihaz edilmiş olması gerekmektedir³⁸¹.

5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte en yoğun tartışmalar işte bu hususa ilişkin olarak yaşanmıştır. Tartışmaların odak noktasındaki soru; 2005 sonrasında da tefecilik suçunun oluşabilmesi için *süreklilik ve meslek ittihaz etme* şartlarının gerekip gerekmediğidir. Bir başka ifadeyle, 5237 sayılı TCK m.241 ile birlikte artık tek bir kişiye karşı kazanç elde etmek amacıyla ödünç para verilmesi halinde tefecilik suçundan bahsedilebilecek midir? Yoksa eski dönemde olduğu gibi, bu eylemlerin yine süreklilik arz etmesi ve meslek olarak yürütülmesi mi gerekmektedir? Aşağıda bu sorunun cevabı aranmaya çalışılacaktır.

suçu meslek ve sanat haline getirerek işlemesi ağırlaştırıcı bir neden olarak kabul edilmiş ve fail hakkında altı aydan on yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.

³⁸⁰ Bu yönde YCGK, 03.07.1995 tarih, 1995/207 E. ve 1995/236 K; Yarg. 7. CD, 08.02.2002 tarih, 2002/1341 E. ve 2002/1276 K; 29.04.2002 tarih, 2002/4930 E. ve 2002/5903 K; 13.05.2003 tarih, 2002/1487 E. ve 2003/2670 K; 10.06.2004 tarih, 2003/9395 E. ve 2004/9069 K. sayılı ilamları için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası. Yine benzer yönde Yarg. 7. CD, 11.04.2007 tarih, 2004/17311 E. ve 2007/2525 K; 16.11.2009 tarih, 2007/14128 E. ve 2009/14003 K; 17.12.2009 tarih, 2007/17199 E. ve 2009/15391 K; 15.12.2009 tarih, 2007/16450 E. ve 2009/15131 K; 02.11.2009 tarih, 2007/4317 E. ve 2009/12225 K; 09.11.2009 tarih, 2007/3343 E. ve 2009/12679 K; 07.10.2009 tarih, 2007/5900 E. ve 2009/10180 K; 13.07.2009 tarih, 2006/1137 E. ve 2009/8423 K. sayılı ilamları. Bu dönemde tefecilik suçunun temadi teşkil eden bir suç tipi olduğu ve dolayısıyla suç tarihinin de '*en son borç verme*' tarihi olduğu kabul edilmekteydi. Bkz. Yarg.7. CD, 07.11.2007 tarih, 2006/5161 E. ve 2007/8212 K. sayılı ilamı.

³⁸¹ Bu yönde bkz. Yarg. 7. CD, 17.06.2003 tarih, 2003/642 E. ve 2003/4953 K; 18.2.2002 tarih, 2002/1464 E. ve 2002/1816 K; 12.02.2004 tarih, 2003/3925 E. ve 2004/1723 K. sayılı ilamları için bkz. Kazancı Bilişim- İçtihat Bilgi Bankası. Yine benzer yönde Yarg. 7. CD, 16.11.2009 tarih, 2007/14128 E. ve 2009/14003 K; 19.11.2009 tarih, 2007/3838 E. ve 2009/13552 K; 15.12.2009 tarih, 2007/16450 E. ve 2009/15131 K. sayılı ilamları.

b. Öğretideki Görüşler

Öğretide bu soruya olumlu ve olumsuz olarak yanıt veren iki farklı görüş mevcuttur. Azınlıkta kalan bir görüşe göre, tefecilik suçundan bahsedebilmek için 5237 sayılı TCK'dan önce olduğu gibi faiz karşılığı ödünç para verme eyleminin birden çok kişiye sistematik ve sürekli olarak işlenmesi gerekir.

Bu görüşü savunanlardan *Parlar ve Hatipoğlu*;

YTCK'nın 241. maddesindeki suç tanımında bakıldığında, bir kez ödünç para verilmesi halinde dahi bu suçun oluşacağı şeklinde bir izlenim doğmakta ise de, gerek maddenin kenar başlığında suçun 'tefecilik' olarak adlandırılması ve gerekse madde gerekçesindeki açıklamalara ve 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Kanunundaki ikrazatçılıkla ilgili düzenlemelere göre, eski uygulamada olduğu gibi tefecilik suçunun oluşması için failin birçok kişiye faiz karşılığı ödünç para vererek çıkar sağlaması ve bu işi meslek haline getirmesi gerektiği kansındayız

şeklindeki açıklamasıyla 5237 sayılı TCK m.241'de yer alan tefecilik eyleminin oluşumu için birden çok kişiye sistematik ve sürekli bir biçimde çıkar karşılığı ödünç para verilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir³⁸².

Benzer yönde *Uğur*'a göre³⁸³ de;

Mahkûmiyet kararı verilebilmesi için sanığın sistemli ve sürekli bir şekilde tefecilik yaptığıının dosyaya yansımaları gerekir. Yoksa müştekinin iddiasının sübuta ermesi ile mahkûmiyet kararı verilmemelidir. Uygulamada en çok yapılan hata, sanıkların tefeciliği meslek edinip edinmediği, geçim vasıtası haline getirip getirmediğinin araştırılmamasıdır.

Aynı şekilde *Meran* da tefecilik suçunun oluşması için eylemin birden fazla kişiye karşı sistematik ve sürekli olarak işlenmesi gerektiğini düşünmektedir. Yazara göre³⁸⁴;

Kazanç ve gelir elde etmek amacıyla olmayan, meslek haline getirmeden ve süreklilik arz etmeden, ödünç olarak verilen para

³⁸² Parlar ve Hatipoğlu, Cilt 4, ss.3463-3464.

³⁸³ Uğur, s.68.

³⁸⁴ Meran, Ekonomik Suçlar, s.30. Buna karşın yazar önceki tarihli bir eserinde aksi yönde görüş beyan etmiş; kazanç karşılığı ödünç para verme eylemi bir kez dahi gerçekleşmiş olsa tefecilik suçunun oluşacağını ileri sürmüştür. Bu yönde bkz. Necati Meran, **Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik- Malvarlığı- Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s.356.

nedeniyle yoksun kalınan karın tazmini niteliği taşıyan faiz veya diğer bir fazlalığın tefecilik suçuna vücut vereceğinden söz edilemez. Çünkü bir kimsenin hem arkadaşına ihtiyacı nedeniyle yardımcı olmak hem de enflasyona karşı parasının değerini korumak amacıyla ödünç para verme eylemi, kazanç sağlama amaçlı olmamakla birlikte, bir kez olmasına karşılık tefecilik suçunu oluşturabilecektir. Oysa bu durumda ödünç para verme eylemi kazanç sağlama amaçlı gerçekleşmemiştir. Ödünç alan ve veren arasındaki herhangi bir ihtilaf, veren kimsenin tefecilikle suçlanması sonucunu doğurabilecektir ki, bu hal toplum düzeni açısından olumsuz sonuçlar doğuracaktır. Dolayısıyla ödünç para vermenin süreklilik arz etmemesi ya da meslek edinilmemesi halinde suç oluşturduğundan da söz edilemeyecektir.

Süreklilik unsurunun varlığını arayan yazarlar tarafından haliyle meslek ittihaz etme şartı da aranmaktadır³⁸⁵.

Buna karşın öğretilerdeki hâkim görüş, 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinin ardından tek bir defaya mahsus kazanç sağlama amaçlı ödünç para verme eyleminin de tefecilik suçunu oluşturmaya yeterli olduğu yönündedir.

Nitekim Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe'ye göre³⁸⁶;

Tefecilik suçunda ödünç para verildiği anda suç tamamlanmıştır. Tefeciliğin meslek edinilip edinilmediği ya da süreklilik arz edip etmediği önem taşımaz. Aksi bir kabul kanunun aramadığı bir unsurun varlığını kabul anlamına gelir ki kanunilik ilkesi ile bağdaşmaz. Kaldı ki 90 sayılı KHK'nin TCK m.241 bakımından uygulanabilmesi mümkün değildir. 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 90 sayılı KHK'yi bu yönüyle yürürlükten kaldırdığı söylenmelidir. Bu nedenle 90 sayılı KHK m.9'da tefeciliğin unsurları sayılan –izin almaksızın ödünç para verme işlemlerinin yapılması- ödünç para verme işinin meslek edinilmesi ya da –ikrazatçılık izni iptal edildiği halde ödünç para verme işine devam edilmesi hususlarının TCK m.241 bakımından bir anlamı bulunmamaktadır. Nihayet kıyas yasağına dikkat çekilmelidir.

Özgenç'e göre³⁸⁷ de;

TCK'nın 241. maddesinin düzenlemesiyle, faiz karşılığı bir başkasına bir defa ödünç para verilmesi halinde, tefecilik suçu tamamlanmaktadır. Suçun oluşması için, tefecilik faaliyetinin süreklilik arz etmesine, bunun meslek olarak ittihaz edilmesine gerek yoktur... Her ne kadar 90 sayılı KHK hükümleri sarih ve zımnî olarak dikkate alınmakta ise de; bu uygulamanın hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Zira 90 sayılı KHK, gerekli izinler alınmadan veya iznin iptaline rağmen ikrazatçılık

³⁸⁵ Uğur, s.65; Birtek, s.32; Meran, Tefecilik, ss.109-110. Bu yönde ayrıca bkz. Süheyl Donay, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007, s.348; Hafizoğulları ve Özen, s.435.

³⁸⁶ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s.854. Aynı yönde Özbek, Tefecilik, ss.35-36.

³⁸⁷ Özgenç, Tefecilik, ss.547-548.

faaliyetinde bulunulmasının tefecilik sayılacağına dair hüküm içermektedir (m.9). 90 sayılı KHK, tefecilik fiilinin suç oluşturabilmesi için, bu faaliyetin temadi etmesi ve meslek olarak icra edilmesi gerektiği yönünde hükümler içermemektedir. Kaldı ki, sonradan yürürlüğe giren TCK'daki bir suç tanımına ilişkin hükümlerin yorumunda bu KHK hükümleri dikkate alınamaz.

Yine Yaşar, Gökcan ve Artuk'un görüşüne göre³⁸⁸;

YTCK'nın 241. maddesinin başlığı tefecilik olarak konulup bu tefecilik eylemi de 90 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 9. maddesinde belirlenirken süreklilikten bahsedilmemesi, anılan maddede bu işin meslek itihaz edilmesinin alternatif şartlardan olması, bu hükümde tefeciliğin meslek itihaz edilmesinden bahsedilmiş olsa bile YTCK'nın 2/2. maddesine göre idarenin düzenleyici işlemleriyle ve dolayısıyla KHK ile suç ve ceza konulmasının mümkün olmaması, YTCK'nın 241. maddesinde madde metninde 'başkasına' ödünç para vermekten bahsedilip 'başkalarına' tabirinin kullanılmaması, sürekliliğin hem madde metninden hem de gerekçeden çıkarılmasının mümkün olmaması, hatta madde gerekçesinde 'başkasına ödünç para veren kişi' ve 'ödünç para alan kişi'den bahsedilmesi nedenleriyle, bir defa dahi faiz karşılığı ödünç para verme eyleminin bu suçu oluşturacağını düşünmekteyiz.

Benzer şekilde Gedikli ve Artuç³⁸⁹, Malkoç³⁹⁰, Erdağ³⁹¹ ve Parlar³⁹² Tosun ve Artuç³⁹³, Yüksekaya³⁹⁴,ya göre de; TCK m.241'e göre bir defa dahi faizle ödünç para vermek tefecilik sayılmaktadır.

³⁸⁸ Yaşar, Gökcan ve Artuk, s.6716; Benzer yönde görüş için ayrıca bkz. Birtek, ss.34-35; Dündar, s.5; Veysi Seviğ, "Tefecilik Suçu", 11.11.2008, <http://www.ubdt.com.tr/makaleoku.php?id=385>, (09.02.2009); Uğur Uğurlu, "Alacak Faizi Elde Eden 2 ile 5 Yıl Hapis Yatabilir", **E-Yaklaşım**, Sayı:58, Mayıs 2008.

³⁸⁹ Mustafa Artuç ve Cemil Gedikli, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında TCK-CMK-CGİK- Çocuk Koruma Kanunu ve 5560 Sayılı Kanunla Getirilen Yenilikler (Yeni Ceza Adalet Sistemi)**, 2.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s.261.

³⁹⁰ İsmail Malkoç, **Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu: Özel Hükümler (170-345)**, Cilt:2, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2006, s.1565.

³⁹¹ Ali İhsan Erdağ, "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar ve Bilişim Alanında Suçlar", <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/100.doc.>, (20.04.2011).

³⁹² Parlar, s.22.

³⁹³ Tosun ve Artuç, s.1922.

³⁹⁴ Yüksekaya, <http://www.bayramyuksekkaya.av.tr/docs/004.pdf>, (10.06.2012).

c. Yargıtay'ın Görüşü

90 sayılı KHK dönemine ilişkin olarak Yargıtay'ın süreklilik ve meslek edinmiş olma unsurunu aradığından ve bu yönde içtihat geliştirdiğinden yukarıda bahsetmiştik. Öğretide bazı yazarlara göre 2005 yılı sonrası bakımından da Yargıtay'ın görüşü aynı yönde devam etmektedir. 2005 yılı sonrasında verdiği kararlarda da Yargıtay, tefecilik suçunun oluşumu bakımından süreklilik ve sistematiklik şartlarını aramaktadır³⁹⁵. Bunu ileri süren görüşler Yargıtay'ın 2005 yılı sonrasında verdiği bazı kararlara dayandırılmaktadır.³⁹⁶ Ancak bu görüşü ileri süren yazarların gözden kaçırdıkları husus, görüşlerine dayanak yaptıkları Yargıtay kararları her ne kadar 2005 sonrasında verilmiş olsa da, suça konu eylem veya eylemlerin 2005 yılı öncesinde işlenmiş olduğu veya olabileceğidir. Örneğin, Yargıtay 21.06.2006 tarih, 2004/36039 E. ve 2006/12651 K. sayılı ilamında, tefecilik suçunun birden fazla kişiye sistemli ve sürekli bir biçimde faiz karşılığı ödünç para verilmesi şeklinde işlenebileceğine değinmiştir. Ancak bu karara konu eylemler 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği 01.06.2005 tarihinden öncesine ilişkindir³⁹⁷. Haliyle burada lehe kanun uygulaması gereği Yargıtay'ın sanık lehine olan süreklilik şartını araması doğaldır. Kaldı ki Yargıtay son dönemde “...suçun oluşması için birden fazla kişiye sürekli ve sistemli bir biçimde faiz karşılığı ödünç para verilmesinin söz konusu olmadığı...” yönünde içtihat geliştirmektedir³⁹⁸.

³⁹⁵ Özgenç, Tefecilik, s.547.

³⁹⁶ Yarg. 7 CD, 21.06.2006 tarih, 2004/36039 E. ve 2006/12651 K; 13.07.2009 tarih, 2006/1137 E. ve 2009/8423 K; 22.05.2009 tarih, 2006/17545 E. ve 2009/5064 K; 21.02.2007 tarih, 2004/20596 E. ve 2007/1022 K; 13.05.2003 tarih, 2002/21487 E. ve 2003/2670 K; 10.02.2010 tarih, 2007/1687 E. ve 2010/1639 K; 28.06.2004 tarih, 2003/9395 E. ve 2004/9069 K; 09.06.2004 tarih, 2003/6742 E, 2004/7957 K; 17.06.2003 tarih, 2003/642 E. ve 2003/4953 K. sayılı ilamları için bkz. Özgenç, Tefecilik, s.548, dpn.11-12.

³⁹⁷ Birtek, s.35. Benzer şekilde Yarg.7. CD, 11.04.2007 tarih, 2004/17311 E. ve 2007/2525 K. sayılı ilamında da tefecilik suçunun oluşumu bakımından süreklilik unsurunu aramıştır. Her ne kadar bu karar 2007 tarihli bir karar olsa da; karar metni incelendiğinde suça konu eylemlerin 2005 yılı öncesinde gerçekleştiği ve dolayısıyla sanık hakkında o zaman geçerli olan 90 sayılı KHK hükümlerinin uygulandığı anlaşılmaktadır. Karar için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

³⁹⁸ Bkz. Yarg. 4. CD, 20.02.2012 tarih, 2010/2982 E. ve 2012/3276 K. sayılı ilamı.

Öte yandan Yargıtay son dönemde vermiş olduğu bazı kararlarında faiz karşılığı ödünç para verme eyleminin birden çok defa işlenmesini tek suç saymamakta, ancak böyle bir durumda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğine dikkat çekmektedir³⁹⁹. Konuya aşağıda içtima başlığı altında ayrıntılı olarak değinileceğinden şimdilik bu kadar açıklama ile yetiniyoruz.

d. Görüşümüz

Bizce, TCK m.241'in yürürlüğe girmesiyle birlikte tefecilik suçu oluşturan ödünç para verme eylemi bakımından artık süreklilik ve meslek ittihaz etmiş olma şartlarının aranmasına gerek yoktur. Diğer bir söylemle, kazanç elde etmek amacıyla bir başkasına bir defa dahi olsa para vermek tefecilik suçunun eylem unsurunun gerçekleşmesi bakımından yeterlidir⁴⁰⁰. Zira TCK m.241'de eylemin sürekli olması ve/veya suçun meslek edinilmiş olması aranmış değildir.

TCK m.241'in yürürlüğe girmesiyle birlikte tefeciliğin düzenlendiği 90 sayılı KHK'nın 9'uncu maddesi zımnen yürürlükten kalkmıştır. Dolayısıyla, tefeciliğin eylem unsurunun oluşumu bakımından süreklilik veya meslek edinme şartlarını aramak demek, kanunda yer almayan bir unsurun kabulü anlamına gelir ki bu, TCK m.2'de yer alan kıyas yasağıyla ve kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesiyle bağdaşmaz. Tefeciliğin oluşumu bakımından süreklilik ve meslek edinme şartlarının sanığın

³⁹⁹ Bu yönde Yarg. 4. CD, 08.12.2010 tarih, 2010/20019 E ve 2010/20342 K. sayılı ilamı için bkz. Parlar, ss.25-26. Yine bkz. Benzer yönde Yarg. 4. CD, 01.12.2010 tarih, 2010/14912 ve 2010/19777 K; 09.01.2012 tarih, 2011/56 E. ve 2012/3 K. sayılı ilamı.

⁴⁰⁰ İzmir Adliyesi özelinde tefecilik dosyaları üzerinde yapılan genel bir karar araştırmasına dayalı olarak, bazı yerel mahkeme kararlarında suçun oluşumu bakımından sanığın eylemlerinin adeta bir meslek haline dönüşmüş olması ve sürekli olarak bu işle iştigal etmesi gerektiği yönünde kararlar verildiğini tespit etmiş bulunmaktayız. Örnek olarak bkz. İzmir 2* Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2010/*44 E. ve 2010/*48 K; İzmir 1* Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2008/*74 E. ve 2009/387 K; İzmir 1* Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2011/*6 E. ve 2011/*18 K; İzmir 2* Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2008/*70 E. ve 2010/*73 K; İzmir 9. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2008/*44 E. ve 2011/*42 K. sayılı ilamı. Buna karşın yukarıda da bahsettiğimiz üzere Yargıtay'ın tek bir defa ödünç para vermenin de tefecilik suçunun oluşumu bakımından yeterli olduğu yönündeki içtihadının akabinde son dönemde yerel mahkeme uygulamaları da bu yönde şekillenmeye başlamıştır. Bu yönde bkz. İzmir 1* Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2011/*7 E. ve 2012/*426 K. sayılı ilamı (Kişisel Arşiv).

lehine olacağı ve dolayısıyla lehe kıyasın yapılabileceği de söylenemez. Zira TCK hem lehe hem de aleyhe kıyası mutlak bir şekilde yasaklamıştır⁴⁰¹. Şayet kanun koyucu eylemin süreklilik taşımasını veya suçun meslek edinilmiş olmasını isteseydi, bu iradesini TCK m.241'e yansıtmış olurdu. Kaldı ki bizce, kanun koyucu madde metninde *başkasına* ödünç para vermek ifadesini kullanarak tek bir kişiye ödünç para verme eyleminin de tefecilik suçunu oluşturacağını zımnen de olsa ifade etmiştir. Aksi bir yorum ve uygulama, kanunilik ilkesine açıkça aykırılık teşkil edecektir.

Öte yandan yukarıda öğretiye ilişkin bahsettiğimiz görüşlerin bir kısmına da çeşitli sebeplerle iştirak etmiyoruz. Örneğin *Meran*, TCK m.241'de tefeciliğin tanımının yapılmadığını, yani suçun hangi koşullarda oluşabileceği, maddi ögesi vb. ayrıntılara değinilmediğini, bu sebeple tefecilik suçunu oluşturan unsurların belirlenmesinde 90 sayılı KHK'nın; cezanın tespitinde ise TCK m.241'in dikkate alınması gerektiğini bu durumun kanunilik ilkesine aykırı olmayacağını, hukuk düzenini bir bütün olarak düşünmek gerektiğini, hukuka uygunluk nedenleri saptanırken KHK'yı gözetip suçun oluşmasında KHK'nın gözetilmemesinin doğru olmayacağını ileri sürmüştür⁴⁰².

Bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Zira kanunilik ilkesi hem suçta hem de cezada kanuniliği kapsar. Sadece cezanın nitelik ve miktarı değil, aynı zamanda hangi eylemlerin suç teşkil ettiği de kanunla belirlenmelidir. Kaldı ki, hangi eylemlerin suç teşkil ettiğinin tespitini KHK'ya bırakmak aynı zamanda son derece tehlikelidir. Yürütme organının istediği zaman, istediği eylemi (eylemi KHK'da, cezayı ise kanunda öngörmek suretiyle) suç olarak ihdas etmesi anlamına gelen böyle bir kabul, şüphesiz ki yürütme organına suç yaratma yetkisi konusunda açık çek vermek anlamına gelir.

TCK m.241'de düzenlenen tefecilik suçunun yürürlüğe girmesiyle 2279 sayılı Kanun ve 90 sayılı KHK'nın tefeciliğe ilişkin düzenlemeleri zımnen yürürlükten kalkmıştır⁴⁰³.

⁴⁰¹ Öztürk ve Erdem, s.39; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s.70; Hakeri, s.22; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, ss.47-48.

⁴⁰² Meran, Ekonomik Suçlar, s.18.

⁴⁰³ Buna karşın, faktoring ve finansman şirketlerinin ve ikrazatçılık faaliyetinin kapsamı, niteliği ve sınırlarına ilişkin olarak 90 sayılı KHK varlığını sürdürmeye devam etmektedir. Örneğin, tefecilik

Kaldı ki, tefecilik suçunun hukuka uygunluk nedenlerinin saptanmasında KHK'nın gözetilmesi kanunilik ilkesine aykırı değildir. Zira hukuka uygunluk nedenleri hukuk düzeninin bütününden kaynaklanır. Daha başka bir söylemle, hukuka uygunluk nedenleri TCK'da düzenlenmemiş de olabilir. Önemli olan, suçun maddi unsuru sayılan eylem ve/veya eylemlerin ve bu eylem için öngörülen yaptırımın kanunla belirlenmesidir. Yani, tefecilik suçuna ilişkin hukuka uygunluk nedenleri bakımından 90 sayılı KHK'yı buna karşın suç teşkil eden eylemler ve ceza nitelik ve miktarı yönünden TCK m.241'i göz önünde bulundurmamak hukuk düzenini bir bütün olarak düşünmeye engel teşkil etmemektedir.

Öte yandan yazar yukarıda da belirttiğimiz gibi; zor durumda bulunan arkadaşına borç vermek isteyen ve fakat parasını enflasyona karşı korumak amaçlı olarak bir miktar faiz karşılığı borç veren kişinin kazanç sağlama amacı olmadığını ve fakat tek bir ödünç verme eyleminin yeterli görülmesi halinde fiilinin tefecilik sayılacağını ileri sürmüştür. Bizce burada yazarın tespit ettiği sorun süreklilik unsurundan değil, suçun manevi unsuru olan kazanç sağlamak amacından kaynaklanmaktadır. Aşağıda ayrıntılı olarak ele alacağımız üzere, kazancın miktarı konusunda hiçbir sınırlama getirmemek, salt kazanç sağlama amacının varlığını aramak uygulamada bu tür sorunların yaşanmasına sebebiyet verebilecektir⁴⁰⁴.

Özetle, 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinin ardından süreklilik ve meslek edinme şartlarının varlığı suçun oluşumu bakımından gerekli değildir. Tefecilik sayılan eylemlerin nelerden ibaret olduğuna ilişkin yorumun 90 sayılı KHK'ya göre yapılması kanunilik ilkesine açıkça aykırılık teşkil edecektir. Kaldı ki, TCK m.241'in yürürlüğe girmesiyle 90 sayılı KHK ve 2279 sayılı Kanun'un tefeciliğe ilişkin hükümleri zımnen yürürlükten kalkmıştır.

suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olan 90 sayılı KHK'nın ikrazatçılığa ilişkin düzenlemeleri halen yürürlüğünü korumaktadır.

⁴⁰⁴ Öte yandan 'suçun süreklilik niteliği taşıyıp taşımadığı ya da meslek edinilmiş olup olmadığı hususu sadece failin kastının ortaya çıkarılması ile ilintilidir ve manevi unsur başlığı altında incelenmelidir.' şeklindeki görüş için bkz. Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s.854; Özbek, Tefecilik, s.36.

3. Tipikliğe Dâhil Olmayan Ancak Madde Gerekçesi ve Yargı Kararları ile Kabul Edilen Eylemler

a. Suçun Senet Kırdırmak Suretiyle İşlenmesi

Yukarıda da açıkça belirttiğimiz gibi, tefecilik suçunun eylem unsuru “*ödünç para vermek*”tir. Buna karşın, madde gerekçesinde tefecilik suçunun senet kırdırma deneni usulle de işlenebileceği belirtilmiş ve senet kırdırmanın ne anlama geldiği bir örnekle açıklanmıştır. Buna göre senet kırdırma;

Örneğin henüz vadesi gelmemiş bir bononun vadesinden önce başkasına verilerek karşılığında bono üzerinde yazılı meblağdan daha az bir paranın alınması durumunda tefecilik suçu oluşur. Çünkü bu durumda bononun el değiştirmesi, kişiler arasında doğmuş olan bir alacak borç ilişkisine dayanmamaktadır. İfade yerinde ise, bu durumlarda, birer ödeme aracı olan bononun veya çekin kendisi satılmakta ve satın alınmaktadır.

Senet kırdırma usulüyle işlenen tefecilik şu şekilde gerçekleşmektedir: Alacağı senede (örneğin bono veya çeke) bağlanmış olan kişi, henüz senedin vadesi gelmediği ve fakat nakit paraya acil olarak ihtiyaç duyduğu için elindeki senedi üzerinde yazılı meblağın altında bir bedel karşılığı faile satmakta ve böylelikle nakit ihtiyacını gidermektedir. Fail ise vadesi geldiğinde bu senedi tahsil etmekte ve tahsil ettiği bedelle verdiği nakit arasındaki fark da -ki çoğu zaman bu fark fahiş olmaktadır-kendisine kazanç olarak kalmaktadır. Bir örnekle izah etmek gerekirse; acil nakit ihtiyacı bulunan ve fakat elinde henüz vadesi gelmemiş 20.000 TL bedelli çek bulunan A, bu çeki 10.000 TL karşılığında F’ye verirse, burada senet kırdırma suretiyle tefecilik suçunun varlığından bahsedilmektedir.

TCK m.241’in gerekçesinde de tarif edilen bu işlemin gerek borçlar hukuku ve gerekse tefecilik suçunun tipiklik unsuruna uygunluğu bakımından irdelenmesinde fayda vardır.

Bu işlem, borçlar hukuku kapsamında *alacağın temlik*’ni yansıtmaktadır. Gerçekten de deyim yerindeyse burada, bono veya çek gibi kıymetli evraka bağlanmış bir alacağın temlik edilmesi söz konusudur (TBK m.183)⁴⁰⁵. Bilindiği

⁴⁰⁵ Özgenç, Tefecilik, 549; Altıparmak, s.129; Yüksekaya, <http://www.bayramyuksekkaya.av.tr/docs/004.pdf>, (10.06.2012).

üzere *alacağın temlik*, mevcut bir alacağın alacaklısının değişmesi işlemidir⁴⁰⁶. Alacağın temlik sebebe bağlı (illi) bir işlemdir. Başka bir ifadeyle, kazandırıcı bir işlem olan alacağın temlik işlemi; hukuki bir sebebe, borçlandırıcı bir işleme dayanmalıdır. Oysa senet kırdırmak yoluyla tefecilikte aslında taraflar arasında o miktarda alacağın temlikini gerektirir hukuki bir sebep, borçlandırıcı bir işlem yoktur. Böyle bir yöntem izlenerek üçüncü kişilere karşı, taraflar arasında borçlandırıcı bir işlem varmış gibi gösterilmektedir. Kısacası burada muvazaalı bir alacağın temlik işlemi söz konusudur.

Konumuz bakımından asıl önemli olan ise; söz konusu eylemin TCK m.241’de yer alan eylem unsuruna uygunluğu sorunudur. Kanun koyucu TCK m.241’de tefecilik suçunun eylem unsurunu açık ve anlaşılır bir biçimde belirtmiş; yukarıda da belirttiğimiz gibi suçun eylem unsurunu ‘*ödünc para vermek*’ olarak belirlemiştir. Acaba senet kırdırmak suretiyle tefecilik denilen eylem, TCK m.241’in tipik eylemi ile örtüşmekte midir?

Hemen belirtelim ki; bu eylemin tefecilik suçunu oluşturup oluşturmayacağı meselesi ile ilgili olarak öğretilerde de tartışmalar yaşanmış ve iki farklı görüş ileri sürülmüştür. İlk görüşe göre, bu eylemler de tefecilik suçu içerisinde kabul edilmelidir. Zira bu ve bu gibi yöntemler, *ticari hayatta olağan olmayan hastalıklı ilişkilerin bir göstergesidir ve ticari hayatın sağladığı kolaylıklar kötüye kullanılarak işlenmektedir*⁴⁰⁷. Diğer bir görüş ise, bu eylemin suç olarak kabul edilebilmesi için tefecilik suçunun düzenlendiği madde metninde ayrıca ve açık bir şekilde düzenlenmiş olması gerektiğini, suçun işlenebileceği yöntemlerle tipiklik unsurunun genişletilemeyeceğini ifade etmiştir⁴⁰⁸.

⁴⁰⁶ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt:2, 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1999, (Cilt 2), s.1212.

⁴⁰⁷ Özgenç, Tefecilik, s.549. Benzer yönde bkz. Meran, Ekonomik Suçlar, s.22; Parlar ve Hatipoğlu, s.3463; Yaşar, Gökcan ve Artuç, s.6716; Parlar, s.20; Birtek, s.33; Erdağ, m.241; Yüksekaya, <http://www.bayramyuksekkaya.av.tr/docs/004.pdf>, (10.06.2012). Ayrıca bkz. Malkoç, s.1564.

⁴⁰⁸ Özbek, Tefecilik, s.37; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s.856. Kaldı ki Uğur’a göre; “... *madde gerekçelerinde somut örnek vererek açıklama getirilmesi yasa yapma tekniğine uygun değildir. Verilen örneğin doğruluğu tartışılmasa bile madde gerekçesinde somut örneklerle suçun tarif edilmesi hukukçunun yorum yapmasını, içtihat üretmesini engeller; böylece hukuk durağanlaşır. Kanun koyucu tarafından bir boşluk veya tereddüt görülüyorsa madde metni*

Senet kırdırmak suretiyle tefecilik denilen işlemin hukuki mahiyetinden yukarıda bahsetmiştik. İfade ettiğimiz gibi, senet kırdırmak suretiyle tefecilik denilen eylem aslında muvazaalı bir alacağın temlik işleminden ibarettir. Bu işlemle, senetteki alacak hakkı faile geçirilmekte, buna karşılık fail de senetteki bedelin çok altında bir nakit parayı karşı tarafa vermektedir. Böylelikle, üçüncü kişilere karşı hukuken sağlıklı ve geçerli bir işlem varmış görüntüsü yaratılmakta ve kanun dolanılarak suçun işlenme teknik ve yöntemleri geliştirilmektedir⁴⁰⁹.

Bakıldığında, senet kırdırmak suretiyle işlenen bu eylemle, ödünç para vermek suretiyle işlenen eylem arasında gerek failin elde ettiği haksız veya aşırı kazanç, gerek ortaya çıkan mağduriyet ve gerekse suçla korunan hukuksal değer bakımından bir fark olmadığı; yani senet kırdırmak suretiyle tefecilik denilen eylemle failin, elde etmek istediği haksız veya aşırı kazancı elde ettiği ve tefecilik

daha açık bir şekilde kaleme alınabilirdi...” Bkz. Uğur, s.70. Danıştay 7. Dairesi'nin kararlarında çek kırma faaliyetinin kararname hükümleri karşısında ikrazatçılık ya da tefecilik olarak adlandırılmayacağı yönünde karar verilmiş ve fakat Danıştay Vergi Daireleri Genel Kurulu'nun kararına göre çek kırma faaliyeti tefecilik faaliyeti kapsamında değerlendirilmiştir. Gerçekten de Danıştay Vergi Daireleri Genel Kurulu'nun 15.02.2002 tarih, 2001/502 E. ve 2002/75 K . sayılı ilamına göre; Danıştay Yedinci Dairesi kararıyla; dosyanın incelenmesinden akaryakıt alım satımı ile uğraşan davacı hakkındaki ihbar ve şikayetler üzerine yapılan inceleme sonucu davacının ... isimli şahsa ait müşteri çeklerini kırmak ve ... adlı şahsa faiz karşılığı borç para vermek suretiyle ikrazatçılık faaliyetinde bulunduğu görüşüyle tarhiyat yapıldığının anlaşıldığı, ... borç karşılığı elde edilen faiz yönünden bozulmasını sağlayacak durumda görülmediği, 6082 sayılı Gider Vergileri Kanunu'nun 28'inci ve 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname uyarınca, gerek ikrazatçılığın, gerekse tefeciliğin tanımında faizden para kazanmak amacıyla ödünç para verme işleriyle uğraşılması gerektiğinin vurgulandığı, bu hükümler karşısında çek kırmanın ikrazatçılık veya tefecilik olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle kararı elde edilen faiz geliri yönünden bozmuş, elde edilen faiz geliri yönünden temyiz istemini reddetmiştir. Bozma kararına uymayan Manisa Vergi Mahkemesi 90 sayılı KHK'nın 3'üncü maddesinin 545 sayılı KHK ile değiştiği, ikrazatçı deyiminin yeniden tanımlandığı, vadeli senetler için uygulanabilir nitelikte olan, senette yazılı tutarın 'alacağın temlik-cirosu suretiyle ve belli bir iskontoyla üçüncü kişiden vadesinden önce tahsil edilmesi 'kırma' işleminin TTK'nın 707'nci maddesinde belirtilen kurallar karşısında çekler için de 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 ifade edilmiştir. Bkz. Uğur, ss.69-70.

⁴⁰⁹ Özgenç, Tefecilik, s.549.

suçuyla korunan hukuksal değerin ihlal edildiği doğrudur. Bu eylemin veya bu usulün cezalandırılmak istenmesi de anlaşılabilir. Ancak bir eylemin cezalandırılması gerekmesi ile cezalandırılabilir olması ayrı konulardır.

Zira bizce senet kırdırmak suretiyle işlenen eylem TCK m.241 karşısında tefecilik suçunu oluşturmaz. Bu eylem, maddede yer alan tipik eyleme uygun değildir. Gerçekten de bu eylemde *ödünç para verme* yoktur. Fail tarafından para verildiği doğrudur, fakat bu para herhangi bir *ödünç* ilişkisi çerçevesinde değil, muvazaalı bir alacağın temlik işlemine dayalı olarak verilmektedir. Dikkat edilmelidir ki; kanun koyucu salt *para vermek*'ten değil, *ödünç para vermek*'ten bahsetmiş, ödünç ilişkisinin varlığını aramıştır. Dolayısıyla senet kırdırma suretiyle tefecilik denilen eylem TCK m.241'de yer alan tipik eyleme uygun değildir.

Öte yandan, söz konusu eylemin madde gerekçesinde tanımlandığı ve bu sebeple tefecilik suçu olarak kabul edilip cezalandırılabilmesi de ileri sürülemez. Zira gerekçe, metne dâhil değildir. Madde gerekçesi ile suç ihdas edilemez; edilirse bu kanunilik ilkesine açık aykırılık teşkil eder⁴¹⁰.

Senet kırdırmak suretiyle tefecilik suçunun işlenebileceğini kabul etmek hem tipiklik ve hem de kanunilik bakımından sorunlar yaratabileceği gibi, suçun işlendiği anın belirlenmesi bakımından da çeşitli sorunlara sebebiyet verebilecektir. Örneğin, bu tip eylemlerde suçun gerçekleşme anı ne olacaktır? Yukarıda ödünç para verme eylemine ilişkin açıklamalarımızda fail tarafından suça konu paranın ödünç verildiği anda suçun gerçekleşeceğini, failin ayrıca kazancı elde etmesini beklemeye gerek olmadığını söylemiştik. Bir an için tefecilik suçunun senet kırdırmak suretiyle

⁴¹⁰ Hemen belirtelim ki; öğretilerde bazı yazarlar aynı sonuca farklı bir gerekçeyle ulaşmakta; senet kırdırmak suretiyle işlenen tefecilik suçunun tipikliğe ve dolayısıyla kanunilik ilkesine aykırı olduğunu, zira maddede ödünç para vermektan bahsedildiği, maddenin kapsamına kıymetli evrakın dâhil edilemeyeceğini ifade etmektedirler. Bu yönde görüş için bkz. Özbek, Tefecilik, s.37. Aynı şekilde Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s.856. Kıymetli evrakın madde metnine dâhil olmadığına katılmakla beraber yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, senet kırdırmak suretiyle işlenen tefecilik suçunda fail tarafından verilen kıymetli evrak değil, paradır. Fakat bu eylemi tipikliğe aykırı kılan verilen bu paranın bir ödünç (karz) ilişkisine dayalı olarak değil, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi muvazaalı bir alacağın temlikine dayalı olmasından kaynaklanmaktadır. Daha basit bir anlatımla, burada fail tarafından verilen para ödünç verilmemekte bu para karşılığında senetteki alacak temlik edilmektedir. *Parlar* ise, tefecilik suçunun senet kırdırma yöntemiyle işlenmesini cezayı ağırlaştırıcı bir nitelikli hal olarak düzenlenmesini önermektedir. *Parlar*, s.19.

işlenebileceğini kabul ettiğimizde suçun gerçekleşme anı nasıl belirlenecektir? Suçun gerçekleşme anı hangisi olacaktır? Failin parayı verdiği an mı? Failin senedi aldığı an mı? Yoksa failin bu senetteki bedeli tahsil ettiği an mı? Ödünç para verme eylemine paralel olarak burada da senedin ciro edilmesi karşılığında fail tarafından ödeme yapıldığı anda suçun gerçekleşeceği ifade edilmiştir⁴¹¹. Bu durumda yine failin bu senedi kırdırması ve kazanç elde etmesi beklenmeyecektir. Buna karşılık failce önce senedin ciro edilmesi ve failin “*yarın gel paranı al*” demesi halinde tefecilik suçunun oluştuğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Zira fail tarafından henüz bir ödeme yapılmamıştır.

Şayet senet kırdırmak suretiyle gerçekleştirilen tefecilik eylemi de ceza hukuku kapsamında cezalandırılmak isteniyorsa, kanunilik ilkesi gereği bu eylemin de madde metninde açık ve belirli bir şekilde düzenlenmesi yahut madde metninin bu eylemi de içine alacak şekilde genişletilmesi gerekir.

Uygulamada ise bu eylemler de tefecilik olarak kabul edilmekte ve bu çerçevede soruşturma ve kovuşturma yürütülmektedir. Yargıtay da son dönemde vermiş olduğu kararlarında senet kırdırmak suretiyle işlenen bu yöntemi tefecilik suçu olarak kabul etmekte⁴¹² ve böylece kanunilik ilkesini açık bir şekilde görmezden gelmektedir.

b. Kredi Kartı (POS) Tefeciliği

Kredi kartı ya da POS (Point of Sale) tefeciliği olarak bilinen yöntem ise özellikle kredi kartı kullanımının artmasıyla birlikte sıklıkla başvurulan bir yöntem haline gelmiştir. Yöntemin nasıl işlediğini bir örnekle açıklamak gerekirse; A'nın bankaya 10.000 TL kredi kartı borcu olduğunu ve bunu ödeyemediğini ve dolayısıyla bankanın aylık %5 kart faizi işlettiğini düşünelim. Böylece kişinin anapara borcunu hiç ödememesi halinde bir yılsonunda bankaya olan borcu 17.000 TL olacaktır. Bunu istemeyen A, fail F'ye gider. F, örneğin, 12.000 TL değerinde herhangi bir mal satışı yapmış gibi A'nın kredi kartından bu bedeli çeker. Oysa F ve A arasında gerçekte herhangi bir satış olmamıştır. Buna karşılık F, A'ya 10.000 TL nakit para verir ve

⁴¹¹ Özgenç, Tefecilik, s.550.

⁴¹² Yarg. 4. CD, 02.11.2010 tarih, 2010/20015 E. ve 2010/18056 K. sayılı ilamı.

böylece A bankaya olan borcunu öder. Bilahare F, bankadan 12.000 TL'yi tahsil eder ve 2.000 TL F'nin kazancı olur.

Görüldüğü üzere, bu yöntemle fail gerçekte bir mal satışı yapmadığı halde, yapmış gibi göstermektedir. Buna uygun olarak, sözde sattığı malın fiyatını karşı tarafın kredi kartından tahsil etmiş ve buna karşılık çok daha az nakit parayı kredi kartı sahibine vermiştir⁴¹³.

Bu işlemin özel hukuk bakımından niteliği ve ceza hukuku bakımından bir suç olarak kabul edilebilip edilemeyeceği üzerinde ayrı ayrı durulması gerekir.

Bahsi geçen işlemin aslında *muvaazalı bir satış işlemi* olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır⁴¹⁴. *Muvazaa*, iki tarafın iradesiyle beyanları arasında istenerek meydana getirilen uygunsuzluk halidir. Burada taraflar, üçüncü kişileri aldatmak veya kanunu dolanmak amacıyla gerçek iradelerine uymayan ve aralarında herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmayacak bir sözleşmeyi yapmış gibi görünmektedirler⁴¹⁵. Kredi kartı tefeciliği denilen yöntemde de aynı durum söz konusudur. Taraflar arasında herhangi bir mal satışı varmış gibi görünmesine karşın ortada herhangi bir mal satışı değil, sadece faiz karşılığı borç para verme söz konusudur. Bahsi geçen işlemde muvazaanın tüm şartları mevcuttur. Gerçekten de burada taraflar, üçüncü kişileri aldatmak ve özellikle kanunu dolanmak amacıyla (*aldatma kastı*), aralarında hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacağı hususunda anlaşarak (*muvaazaa anlaşması*), bir satış sözleşmesi yapmış gibi görünmekte (*görünürdeki işlem*), buna karşın gerçek iradeleri faiz karşılığı ödünç sözleşmesini hedeflemektedir (*gizli işlem*). Dolayısıyla, (nisbi) muvazaanın tüm şartlarının burada mevcut olduğunu söyleyebiliriz.

Asıl önemli olan husus ise, aslen muvaazalı bir satış sözleşmesini ifade eden bu eylemin TCK m.241'de düzenlenen tipik eyleme uygun olup olmadığıdır.

Öğretide bazı yazarlar, kredi kartı (POS) tefeciliğini TCK m.241 anlamında cezalandırılabilir bir eylem olarak kabul etmekte⁴¹⁶, karşı görüşte olan diğer bir kısım

⁴¹³ Özgenç, Tefecilik, s.550.

⁴¹⁴ Benzer yönde bkz. Özgenç, Tefecilik, s.550; Yüksekaya, <http://www.bayramyuksekkaya.av.tr/docs/004.pdf>, (10.06.2012).

⁴¹⁵ Eren, Cilt 1, s.324 vd.

⁴¹⁶ Bu yönde bkz. Özgenç, Tefecilik, s.550; Meran, Ekonomik Suçlar, s.31; Yaşar, Gökcan ve Artuk, s.6716; Parlar, s.20; Birtek, s.33.

yazarlar ise bu eylemin suç olarak kabul edilip cezalandırılabilmesi için madde metninde eyleme açık bir şekilde yer verilmesi gerektiğini ifade etmektedirler⁴¹⁷.

Şüphesiz ki, kredi kartı tefeciliği denilen eylemle de suçla korunan hukuksal değer ihlal edildiği, keza failin kanunu dolanarak aynı amaca yine ulaşmış olduğu, dolayısıyla bu eylemin de cezalandırılması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak daha önce de ifade ettiğimiz gibi, bir eylemin cezalandırılmasının gerekmesi ile cezalandırılabilir olması ayrı konulardır.

Kredi kartı tefeciliği denilen yöntemde de herhangi bir ödünç ilişkisi söz konusu değildir. Fail tarafından para verildiği doğrudur. Ancak bu para ödünç ilişkisine değil, muvazaalı bir satım sözleşmesine dayalı olarak verilmektedir. Dikkat edilmelidir ki; kanun koyucu salt *para vermek*'ten değil, *ödünç para vermek*'ten bahsetmiş, ödünç ilişkisi aramıştır. Dolayısıyla, kredi kartı tefeciliği denilen eylem TCK m.241'de yer alan tipik eyleme uygun değildir.

Kanunilik ilkesinin bir unsuru olan belirlilik ilkesi uyarınca, suç ve cezaların kanunda tanımlanmış olmasının yanı sıra belirli, açık ve anlaşılır olması gerekir. Zira TCK m.2'de "*açıkça*" suç saymış olmaktan bahsedilmektedir. Yani, eylemin suç oluşturup oluşturmayacağı konusunda tereddüt olmamalıdır. Aksi takdirde keyfilik doğar⁴¹⁸.

⁴¹⁷ Özbek, Tefecilik, s.37; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s.856. *Parlar* ise suçun kredi kartı aracılığıyla işlenmesinin cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmesini önermektedir. Bkz. *Parlar*, s.19.

⁴¹⁸ Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt:1,Yaylacık Matbaası, İstanbul, 1989, (Genel Hükümler), s.114; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s.156; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006, (Ceza Hukuku), s.56; Toroslu, s.52 vd.; Öztürk ve Erdem, s.36; Özgenç, Şerh, s.79; **Parlar ve Hatipoğlu**, Cilt1, s.59; Ahmet Gökçen, "Yardım Toplama Kanunu'nun 29. Maddesinin Uygulanışı, Yargıtay'ın Konu ile İlgili Kararlarının Özellikle Kanunilik İlkesi ve İdarenin Düzenleyici İşlemlerle Suç İhdası Yönünden Değerlendirilmesi", **Hukuk Araştırmaları**, Cilt:9, Sayı:1-3, 1995, s. 184. Belirlilik ilkesiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Osman Can, "Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:IX, Sayı:1-2, 2005, s. 89 vd.

Anayasa Mahkemesi de bir kararında⁴¹⁹ belirlilik ilkesine dikkat çekmiştir.

Söz konusu karara göre;

Tüm bunlar suç ve cezaların yalnızca yasayla konulup kaldırılmasının yeterli olmadığı, konulan kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belirli olması gerektiği sonucunu doğurmaktadır. Yasayı bilmemenin özür sayılmayacağı bir ceza hukuku ilkesi olduğuna göre yasanın herkesçe anlaşılacak ölçüde açık olması da bunun doğal sonucudur. Nitekim Türk Ceza Yasası'nın 1. maddesinde 'Kanunun sarih olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilmez' denilerek bu husus vurgulanmıştır... Cezanın yasallığı ilkesi, bir suça uygulanacak yaptırım türlerinin, ölçülerinin, hangi sınırlar içinde uygulanacağını, nelerin ne ölçüde hafifletici veya ağırlaştırıcı neden olacağını yasa koyucu tarafından kurala bağlanmasını zorunlu kılmaktadır.

Hemen ifade edelim ki, kredi kartı (POS) tefeciliğini TCK m.241 anlamında cezalandırılabilir bir eylem olarak kabul eden bir görüş, benzer mahiyetteki başkaca faaliyetlerin ticari nitelikte olduğunu ve suç olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir. Buna göre örneğin, özellikle kuyumculuk faaliyetinin icra edildiği ticari işletmelerde kredi kartı kullanılarak altın satın alınması, satın alınan altının nakit para karşılığında yine aynı kuyumcuya satılması ve bu suretle kişinin nakit para ihtiyacını karşılaması halinde muvazaanın olmadığı, söz konusu mal satışının usulüne göre muhasebeleştirilmesi ve belgelenmesi halinde artık kredi kartı tefeciliğinden bahsedilemeyeceği ileri sürülmekte; her ne kadar burada da kazanç elde etme amacı bulunsa da ticarete kazanç amacının var olduğu burada tacir yani malı satan konumundaki kişinin niyetinin önemli olduğu ifade edilmektedir⁴²⁰.

Söz konusu örnekte iki ayrı satış işlemi söz konusudur. İlkinde kuyumcu tarafından alıcıya altın satılmakta ve altının bedeli alıcının kredi kartından tahsil edilmektedir. Burada alıcı satıcıya değil, bankaya borçlanmış olmaktadır. Akabinde alıcı bu sefer elindeki altınları kuyumcuya satmakta ve bu altınları paraya çevirerek nakit ihtiyacını karşılamış olmaktadır. Altının alım satımından doğan kur farkı ve komisyon ise kuyumcunun kazancı olmaktadır. Kuyumcu olan satıcının kazanç sağladığı açıktır. Hatta kazanç sağlama amacıyla söz konusu yöntemi kullanarak sürekli olarak zor durumda bulunan ve nakit para ihtiyacı olan kişilere para verdiğini

⁴¹⁹ AYM, 27.09.1994 gün, 1993/42 E. ve 1994/72 K. sayılı ilamı için bkz. T.C.Anayasa Mahkemesi, "Kararlar", <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1994/K1994-72.htm>, (19.12.2011).

⁴²⁰ Bu yönde görüş için bkz. Özgenç, Tefecilik, ss.551-552.

de düşünebiliriz. Ancak burada ödünç verilen bir para söz konusu değildir. Başka bir deyişle, alıcı parayı satıcı olan kuyumcudan almaktadır ancak bankaya karşı borçlanmaktadır. Kısacası burada, TCK m.241 kapsamında bir suçun söz konusu olmadığını düşünüyoruz. Bizce, bu eylemin suç olarak nitelendirilememesinin gerekçesi yukarıda belirtildiği gibi satıcının niyeti olamaz. Zira satıcı burada kazanç elde etmek kastıyla söz konusu işlemi hem de sürekli olarak yapıyor olabilir. Burada taraflar arasında bir 'ödünç' ilişkisinin olmayışı, söz konusu eylemin TCK m.241 kapsamında değerlendirilemeyeceğinin gerekçesi olarak gösterilebilir.

Kaldı ki, bahsi geçen eylemi ticari faaliyet olarak nitelendirip, kredi kartı (POS) tefeciliğini suç olarak kabul etmek de anlaşılabilir değildir. Zira her iki eylemde de taraflar arasında ödünç ilişkisi söz konusu değildir. Kaldı ki gelişen teknoloji ve yaratıcı zekâ suçun işleme yöntem ve tekniklerine de her geçen gün bir yenisini eklemektedir. Her bir eylemi ve yöntemi ayrı ayrı tanımlayıp, bunlardan bir kısmını tefecilik suçu kabul etmek bir kısmını ise suçun kapsamı dışında bırakmak kıyas ve genişletici yorumdan başka bir şey değildir ki ceza hukukunda kıyas açıkça yasaktır.

Kredi kartı tefeciliğine uygulamanın bakışı ise maalesef ki görüşümüzün aksi yönündedir. Uygulamada, kredi kartı (POS) tefeciliğinin TCK m.241 kapsamında değerlendirildiğini ve bu eylemler hakkında soruşturma ve kovuşturma işlemleri tatbik edildiğini söylemek gerekir. Oysa burada fail tarafından verilen para *ödünç* olarak verilmemektedir. Ortada muvazaalı bir satış işlemi söz konusudur. Hatta uygulamada çoğu zaman gerçekte olmayan bu satış işleminin ispatı amacıyla sahte fatura dahi tanzim edildiği bilinmektedir. Burada her ne kadar Vergi Usul Kanunu (VUK) hükümleri uyarınca sahte fatura tanzim etme suçu gündeme gelecek olsa da TCK m.241'de düzenlenen tefecilik suçundan bahsedilemeyecektir. Zira söz konusu eylem 241'inci maddede yer alan tipik eylem değildir. Burada tekrar ifade etmek gerekirse; bir eylemin cezalandırılmasının gerekmesi ile cezalandırılabilir olması ayrı konulardır. Şayet kredi kartı tefeciliği denilen usulle gerçekleştirilen eylem de TCK m.241 kapsamında cezalandırılmak isteniyorsa, kanunilik ilkesi gereği bu eyleme de madde metninde açık ve belirli bir şekilde yer verilmesi yahut madde metninin bu eylemi de içine alacak şekilde genişletilmesi gerekir.

c. Görüşümüz

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, TCK m.241'in eylem unsuru *ödünç para vermek* olarak düzenlenmiştir. Başka bir deyişle suç, *ödünç* ilişkisine dayalı olarak *para vermek* suretiyle işlenebilir. Suçun konusunu ancak para oluşturabilir. Suç konusu paranın da alanla veren arasındaki bir ödünç ilişkisine dayanması gerekir.

Bizce suçun konusunun parayla sınırlandırılması doğru olmadığı gibi para verme eyleminin ödünç ilişkisiyle sınırlandırılması da doğru değildir. Zira gelişen ve değişen teknolojik koşullar karşısında ödünç verme ilişkisini dolanarak farklı ve çok çeşitli eylemler yaratarak aynı amaca ulaşılması ve aynı hukuksal değer ihlal edilmesi mümkündür. Bugün için en sık başvurulmuş usuller, tefecilik suçunun senet kırdırmak ve veya kredi kartı kullanmak suretiyle işlenmesidir. Ancak hızla gelişen teknoloji ve bilim ve şüphesiz ki yaratıcı zekâ sayesinde çok farklı usuller ve eylemlerle de benzer menfaatlerin ihlal edilmesi mümkün olabilir. Ancak her yöntemi ve tipikliğe aykırı her eylemi suç olarak kabul etmek ve cezalandırmak kanunilik ilkesine aykırı olacaktır. Bu nedenle, kanun koyucunun korumak istediği menfaat ihlal edilmiş olmasına rağmen eylem cezasız kalacaktır.

Nitekim senet kırdırmak veya kredi kartı vasıta kılınmak suretiyle işlenen tefecilik eylemleri böyledir. Yukarıda da değindiğimiz gibi burada aslen taraflar arasında bir ödünç ilişkisi mevcut olmamasına karşın söz konusu eylemler uygulamada TCK m.241 anlamında tefecilik suçu olarak değerlendirilmekte ve soruşturma ve kovuşturma makamlarınca takip edilmekte ve cezalandırılmaktadır. Tipikliğe açıkça aykırı olan bu eylemlerin suç olarak kabul edilerek cezalandırılması kanunun madde gerekçesiyle ve hatta uygulama ile suçun eylem unsurunun genişletilmesi TCK m.2/3 maddesinde düzenlenen kıyas yasağı ile de çelişmektedir. Zaman içerisinde tefecilik suçunun faileri olan kişilerce, kanuni tipte yer alan eylem unsuruna aykırı ve fakat aynı amaca yönelik, kanunu dolanmaya yönelik eylemler geliştirilmesi mümkündür. TCK m.241'in eylem unsuruna ilişkin düzenleme yetersizdir. Dolayısıyla, maddenin eylem unsurunun da, hem kredi kartı tefeciliğini, hem senet kırdırmak suretiyle tefeciliği ve hem de aynı amaca yönelik benzer eylemleri de içine alacak biçimde yeniden kaleme alınması doğru olacaktır.

Öte yandan burada son bir hususa daha değinmekte fayda vardır. O da, fail tarafından ödünç alan tarafın *sömürülmesidir*. Her ne kadar TCK m.241 uyarınca ödünç para alan tarafın zaruret hali gibi herhangi zor durum, çaresizlik içinde olması gibi bir aranmamış olsa da, uygulamada tefecilik suçunun çoğunlukla bu durumda yer alan kişilerin zaruret halini sömürmek ve bu durumdan istifade etmek suretiyle işlendiği bilinmektedir. O halde tefecilik suçunun özünde esasen bir kimsenin içinde bulunduğu zor durumun sömürülmesi, kullanılması, yani bu durumdan istifade edilerek faydalanılması yatmaktadır.

Nitekim A1.CK'da bu hususa açıkça yer verilmiştir. Gerçekten de ilgili maddede “...her kim, içinde bulunduğu zaruret halini, tecrübesizliğini, karar verme yeteneksizliğini veya iradesindeki önemli zayıflığı **istismar ederek**...” denilmek suretiyle bu durum açıkça belirtilmiştir. Sömürmekten yani istifade etmekten (*Ausbeuten*) anlaşılması gereken; failin kendisine kazanç elde etmek amacıyla bir kimsenin içinde bulunduğu zor durumu veya özel zayıflık halini kötü niyetli bir şekilde kullanmasıdır⁴²¹. Sömürmek, kullanmakla aynı anlama gelmemektedir. Zira sömürme, kişinin ahlaksızca ve adeta bir parazit gibi kullanılması anlamına gelir. O halde sömürme kelimesi daha dar bir anlama sahiptir⁴²². Ancak kavramın dar yorumlanması, suçun eylem unsuruna ‘*ahlaksızca*’ kullanılma gibi bir zorunluluğu da beraberinde getireceğinden dolayı eleştirilmiş ve madde metninde yer alan sömürü ifadesine sadece açıklayıcı bir anlam yüklenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Nitekim buradaki sömürü kelimesiyle, kişinin zor durumu veya özel zayıflık haliyle

⁴²¹ Kindhäuser, Neumann ve Paeffgen (Kindhäuser), s.5207; Otto, Neue Tendenzen, s.2749; Schmidt-Futterer, Mietwucher, s.134; Preis, s.50; Caro, s.146; Isopescu-Grecul, s.296; Hug, s. 129; Gugenberger ve Bieneck (Haas), s.2068; Klaus Bernsmann, “Zur Problematik der Mißverhältnisklausel beim Sachwucher- eine Untersuchung zu einem ‘dogmatischen Dunkelfeld’”, **Goldammer’s Archiv**, 1981, (Dunkelfeld), s.165; Steinborn, s.204; Schauer, s.55. Alman hukuku öğretisinde “sömürü”, tefecilik suçunu cebir, tehdit ve dolandırıcılık suçlarından ayıran bir unsurdur. Bkz. Preis, s.50.

⁴²² Schönke ve Schröder (Stree/Heine), s.2470, prg.29; Tröndle ve Fischer, s.2012, prg.14; Sturm, s.86; Heinz, s.220; Scheu, s.475.

failin aşırı kazancı arasındaki nedensellik bağına açıklamaya yönelik olduğu ifade edilmiştir⁴²³.

Hukukumuz bakımından ise bu yönde bir tartışma yapmaya en azından mevcut düzenleme karşısında gerek olmadığı açıktır. Zira yukarıda da değindiğimiz gibi kanun koyucu failin karşı taraftan istifade etmesini, faydalanmasını veya onu sömürmesini aramış değildir. Bizce, maddede bu yönde bir düzenlemeye yer verilmesi de uygun olacaktır. Kullanılacak kavram olarak da 6098 sayılı TBK'ya da uygun olması bakımından '*yararlanma*' ifadesinin tercih edilmesi yerinde olacaktır.

IV. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

A. Genel Olarak

Tefecilik suçunun eylem unsurunun *ödünç para verme* olduğunu ve bu eylemin de *kazanç elde etmek amacıyla* yapılması gerektiğini ifade ettik. Ancak, kazanç elde etmek amacıyla yapılan her ödünç verme eyleminin hukuka aykırı olduğunu ve suç teşkil ettiğini söylemek mümkün değildir. Hukuk düzenimizin geneli bakımından kazanç elde etmek amacıyla ödünç para verme eyleminin bazı hallerde hukuka uygun olduğunu ve suç teşkil etmediğini söylemek gerekir. Nitekim yasal izin alınmak suretiyle yapılan bazı ödünç para verme eylemlerini tefecilik suçu kapsamında kabul etmek mümkün değildir. Yukarıda birinci bölümde de ele aldığımız üzere, tefecilikle benzer mahiyette olan faaliyetlerden 90 sayılı KHK'da düzenlenen ikrazatçılık ve finans ve faktoring şirketlerinin faaliyetlerinin yetkili makamlardan gerekli izinler alınarak ifa edilmeleri halinde her ne kadar kazanç elde etmek amacıyla ödünç para verme eylemi olsa da, bu eylemler hukuka uygundur. O halde, 90 sayılı KHK hükümleri uyarınca gerçekleştirilen ikrazatçılık ve/veya finans

⁴²³ Rudolphi, Horn, Samson ve Günther (Hoyer), s.35, prg.19; Kindhäuser, Neumann ve Paeffgen (Kindhäuser), s.5207; Maurach, Schröder ve Maiwald, ss.487-488, prg.21; Otto, Neue Tendenzen, s.2749; Hohendorf, Individualwucher, s.133 vd.; Heinsius, s.171; Laufen, s.154; Schauer, 55.

ve faktoring şirketlerinin faaliyetleri tefecilik oluşturan eylemi hukuka uygun hale getirerek suç olmaktan çıkarır⁴²⁴.

Öğretide bazı yazarlar tarafından 5411 sayılı Bankacılık Kanunu çerçevesinde yürütülen faaliyetlerin de tefecilik suçunda bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴²⁵. Bize göre, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu tefecilik suçu açısından değil, olsa olsa izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olarak düşünülebilir⁴²⁶.

B. Tefecilik Eyleminin Hukuka Uygunluk Nedenleri: Yasal İzin

1. İkrazatçılık Faaliyeti

90 sayılı KHK m.3/a'ya 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 kendilerine faaliyet izni verilen gerçek kişi”*dir.

İkrazatçılık teşkil eden faaliyetin tefecilik suçunu hukuka uygun hale getirebilmesi için bu faaliyetlerle uğraşacak kişilerin belirli özelliklere sahip olması ve yetkili mercilerden yasal izinlerin alınmış olması gerekir.

Hemen belirtelim ki, bazı kişilerin ikrazatçılık faaliyeti ile uğraşmaları yasaktır. Nitekim 90 sayılı KHK'nın 6'ncı maddesi uyarınca; 1) 35 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile ek ve değişiklikleri uyarınca haklarında tasfiye kararı alınanlar, 2) Müflisler ve konkordato talep edenler, 3) Vergi kaçakçılığı veya vergi kaçakçılığına teşebbüs suçlarından dolayı hüküm giyenler, 4) Ağır hapis veya 5 yıldan fazla hapis yahut zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık,

⁴²⁴ Özgenç, Tefecilik, s.553; Birtek, s.40; Dündar, s.4; Arslan ve Azizağaoğlu, s.1004; Yüksekaya, <http://www.bayramyuksekkaya.av.tr/docs/004.pdf>,(10.06.2012). Buna karşın Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe'ye göre suçta herhangi bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamaktadır. Bkz. Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s.853. Yine benzer yönde bkz. Özbek, Tefecilik, s.37.

⁴²⁵ Özgenç, Tefecilik, s.553; Birtek, s.40; Dündar, s.4.

⁴²⁶ Sahir Erman, **Bankacılık Suçları-Ticari Ceza Hukuku V**, İstanbul, 1985, s.247.

sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlardan mahkum olan gerçek kişiler ikrazatçılık yapamaz⁴²⁷.

Gerekli niteliği haiz gerçek kişilerin de yetkili mercilerden faaliyet izni alması gerekir. Gerçekten de, ikrazatçılıkla uğraşacak gerçek kişilerin bir beyanname ile Hazine Müsteşarlığı'na başvuruda bulunmaları ve faaliyet izni almaları gerekir. Daha sonra beyannamenin ve faaliyet izninin tasdikli bir örneği, izin tarihini izleyen 30 gün içinde ticaret sicilinde tescil ve ilan edilmelidir (90 sayılı KHK m.5). Bu prosedüre aykırı davranılması halinde yasal izne dayalı bir ikrazatçılık faaliyetinden bahsedilemeyeceği için eylem hukuka aykırı hale gelecektir.

İkrazatçılık faaliyetinin kapsamı da yine 90 sayılı KHK ile belirlenmiştir (90 sayılı KHK m.4). Buna göre;

İkrazatçılar, ikrazatçılık faaliyeti dışında hiçbir iş yapamayacakları gibi mevduat veya her ne ad altında olursa olsun tahvil ve benzeri borçlanmaya yönelik sermaye piyasası aracı ihraç edemezler; 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu çerçevesinde sermaye piyasası faaliyetinde bulunamazlar. İkrazatçıların faaliyetlerini sürdürmek amacıyla bankalar dâhil her türlü kaynaktan borçlanmaları ve bu fonları ödünç para verme işlerinde kullanmaları, bankaların da bu kişilere ödünç para verme işleri ile ilgili olarak kredi açmaları veya bunların borçlarını teminen teminat mektubu vermeleri yasaktır.

Bu faaliyet kapsamına aykırı davranan ikrazatçıların faaliyet izinleri iptal edilir ve bu kişilere bir daha faaliyet izni verilmez (90 sayılı KHK m.7). Şüphesiz ki, faaliyet izni iptal edilmiş olmasına karşın ödünç para verme işlerine devam edilmesi halinde artık yasal izne dayalı bir ikrazatçılık faaliyetinden bahsedilemeyeceği için tefecilik suçu bakımından herhangi bir hukuka uygunluk nedeninden söz etmek de mümkün olmayacaktır.

⁴²⁷ Arkan'a göre, konkordato dürüst borçluları korumak için kabul edilmiş bir kurumdur. Dolayısıyla dürüst borçlulara tanınan bu imkandan yararlanarak konkordato talep eden bir kişinin ikrazatçılık yapmasını yasaklamak doğru değildir. Öte yandan, ikrazatçılık izin belgesi verilmeyecek kişileri gösteren bu maddenin kapsamına tefecilik suçundan mahkûm olmuş kişilerin de alınması gerekir. Bkz. Arkan, s.7.

2. Finansman ve Faktoring Şirketlerinin Faaliyetleri

İkrazatçılık faaliyeti yürüten gerçek kişilerin yanı sıra finans ve faktoring şirketlerinin de kazanç elde etmek amacıyla ödünç para vermeleri mümkün olup bazı şartların varlığı halinde eylemi hukuka uygun hale getirmektedir. Nitekim örneğin, finansman şirketinin temel faaliyeti zaten tefecilik suçunun eylem unsurunu oluşturan ödünç para vermektir. Kaldı ki bir şirket söz konusu olduğu, yani ticari amaç mevzu bahis olduğu için ödünç para verme eyleminin kazanç elde etmek amacıyla yapıldığında da kuşku yoktur. Ancak finansman şirketinin bu eylemi 90 sayılı KHK'da belirlenen şartlara uygun hareket ettiği sürece hukuka uygun bir eylem olup suç teşkil etmeyecektir.

Finansman şirketi tarafından gerçekleştirilen ödünç para verme eyleminin hukuka uygunluğundan bahsedebilmek için ilgili şirketin mevzuata uygun bir biçimde kuruluş ve faaliyet izni almış olması gerekir. Finansman şirketleri (ve aynı zamanda faktoring şirketleri) BDDK'nın ön izni ile kurulurlar (90 sayılı KHK m.12).

Yine finansman veya faktoring şirketi kurabilmek için ilgili şirketin birtakım nitelikleri haiz olması gerekir. Buna göre ilgili şirketin; 1) Anonim şirket olması, 2) Sermayesinin BDDK'ca belirlenen miktardan az olmaması ve 3) Sermayesinin %10 ve daha fazlasına sahip ortakları ile yönetim kurulu üyeleri genel müdürleri, genel müdür yardımcıları ve birinci derece imza yetkililerininin 90 sayılı KHK'nın 6'ncı maddesi hükümlerine aykırılık taşımamaları gerekir (90 sayılı KHK m.12). Bu yetkilere sahip olmayan bir finansman şirketi nezdinde gerçekleştirilen ödünç para verme eyleminin hukuka uygun olacağı söylenemez.

Öte yandan, finansman şirketinin sadece kuruluş izni alması yeterli değildir. Kuruluş izninin akabinde faaliyete geçebilmek ve ödünç para verebilmek için ayrıca faaliyet izni de alması gerekir. Nitekim finansman şirketleri kuruluşlarının ticaret siciline tescili tarihinden itibaren en geç 180 gün içinde faaliyet izni almak için BDDK'ya başvururlar. Süresi içinde başvurmayanlara izin verilmez (90 sayılı KHK m.12/son). Bu başvuru, ödünç para verebilmek için yeterli değildir. Faaliyet izninin alınmış olması şarttır.

Finansman şirketlerine ilişkin olarak yukarıda belirttiğimiz tüm şartlar aslen faktoring şirketleri bakımından da geçerlidir. Buna karşın biz suçun eylem unsuru

başlığı altında açıkladığımız üzere, tefecilik suçunun senet kırdırmak suretiyle işlenmesinin aslında ödünç para vermek şeklindeki eylem unsuruna uygun olmadığını, başka bir deyişle bu yöntemin tipikliğe aykırı olduğunu düşündüğümüzden ve faktoring şirketlerinin temel faaliyeti de aslen senet kırmak olduğundan faktoring şirketlerinin eylemlerini hukuka uygunluk kapsamında değerlendirmeyi anlamsız buluyoruz. Buna karşın, daha önce de değindiğimiz üzere, uygulamada suçun senet kırdırmak suretiyle işlenmesi halinde tefecilik suçunun varlığı kabul edildiği için faktoring şirketleri nezdinde yürütülen faaliyetlerin bu suçta hukuka uygunluk nedeni kapsamında düşünülebileceğini söylemek de yanlış olmayacaktır.

C.Tefecilik Suçunda Mağdurun Rızasının Hukuka Uygunluk Nedeni Olup Olamayacağı Sorunu

Mağdurunun rızasının tefecilik eylemini hukuka uygun bir hale getirip getiremeyeceği konusundaki tartışmanın yapılabilmesi için suçun mağdurunun kim olduğunun tespiti gerekir. Biz daha önceki açıklamalarımızda, mevcut kanuni düzenleme bakımından tefecilik suçunun aslında çok failli bir suç tipi olduğunu, başka bir deyişle ödünç para alan tarafın da suçun faili olduğunu ve fakat izlenen suç politikası uyarınca cezalandırılmadığını ifade etmiştik. Dolayısıyla, mevcut düzenleme bakımından mağdurun rızasının tartışılması zaten bir anlam ifade etmemektedir.

Bir an için ödünç para alan tarafın tıpkı Alman ceza hukukunda olduğu gibi suçun mağduru olarak kabul edildiğini ve kanunumuzda bu yönde bir düzenleme yapıldığını kabul edecek olursak, bu durumda acaba mağdurun rızası tefecilik teşkil eden eylemi hukuka uygun hale getirecek midir? Bu sorunun yanıtı da olumsuzdur. Gerçekten de, ödünç para alanın suçun mağduru olarak kabul edilmesi halinde de onun rızası eylemi hukuka uygun hale getirmeyecektir. Zira tefecilik suçu aslen kişideki zor durum veya özel zayıflık halinin kullanılması, sömürülmesi, bu hallerden istifade edilmesi suretiyle işlenen bir suçtur. Bu durumda onun rızasının varlığının eylemi hukuka uygun hale getireceğinden de bahsedilemeyecektir. Her şeyden önce böyle bir durumda ödünç alan taraf yani mağdur, kendi sakatlanmış

iradesiyle konusu tefecilik teşkil eden bir anlaşmayı kabul etmiştir. Başka bir deyişle mağdur, faille yaptığı anlaşmanın şartlarını ve sonuçlarını en başından kabullenmiş, bu şart ve sonuçlara katlanacağına dair bir yükümlülük altına girmiştir (*volenti non fit iniuria*). Kaldı ki, tefecilik suçunun oluşabilmesi için onun buna rıza göstermiş olması da gerekir. Bu sebeple, ödünç para alan tarafın mağdur olarak kabulü halinde dahi mağdurun rızasının tefecilik suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olabileceğini söylemek mümkün değildir⁴²⁸.

Öte yandan, ceza kanunlarında yer alan bazı suçların varlığı için fiilin hukuksal değer sahibinin rızası ile gerçekleştirilmiş olması şartı aranır. Başka bir deyişle, fiilin kanundaki suç tarifine uygun olabilmesi için, rızanın bulunması zorunlu bir şarttır⁴²⁹. İşte, ödünç alan kişide zor durum veya özel zayıflık hallerinin arandığı ve onun mağdur sayıldığı bir düzenleme yapılması halinde de '*mağdurun rızası*' bu suç bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir.

D. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata

Tefecilik faaliyetinin yasal izinler çerçevesinde yürütülmesi halinde hukuka uygun kabul edileceğini, dolayısıyla yasal iznin tefecilik suçunun hukuka uygunluk nedeni olduğunu yukarıda izah etmiştik.

Bu noktadan hareketle, failin gerekli yasal izinlerin alındığı hususunda hataya düşebileceğinden ve bu durumda da hukuka uygunluk nedenlerinde hata hükümlerinin işletilebileceğinden bahsetmek mümkün müdür?

Bilindiği gibi, hukuka uygunluk nedenlerinde hata TCK m.30/3'te düzenlenmiştir. Maddeye göre; "*Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.*"

⁴²⁸ Stolz, s.26; Maurach, Schröder ve Maiwald, s.488; Hohendorf, Individualwucher, ss.138-139. Parlar, s.23; Meral Ekici Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2012, s.92; Erem ve Altıok, s.20.

⁴²⁹ Ekici Şahin, s.92. Örneğin, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu on beş yaşından büyük çocuğun rızası ile işlenir.

Hukuka uygunluk nedenlerinde hata halinde fail, aslında hukuka uygunluk nedeninin koşullarının oluştuğunu ve kendisinin de bu koşullar altında hareket ettiğini düşünür. Oysa ortada herhangi bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamakta, fail yanılmaktadır. Nitekim failin gerçekten düşündüğü durum söz konusu olsaydı hukuka uygunluk nedeni gerçekleşmiş olacaktı⁴³⁰.

Bu açıklamalar ışığında örneğin, failin çeşitli sebeplerle geçerli bir ikrazatçılık faaliyet izni aldığını düşünmesi veya ikrazatçılık faaliyet izni iptal edilmiş olmasına rağmen bunu bilmediği ve geçerli bir faaliyet izni varmış gibi eylemlerine devam etmesi halinde yasal iznin varlığı, yani hukuka uygunluk nedeninin koşullarına ilişkin hataya düştüğünden bahsedilebilir mi?⁴³¹

Hemen ifade edelim ki; failin böyle bir hata içinde olduğu kabul edilse dahi kanun koyucu bu hatanın *kaçınılmaz* olmasını aramaktadır⁴³².

Kaçınılmazlıktan anlaşılması gereken, *kusursuz* olmaktır. Yani fail hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hataya düşmek konusunda kusursuz davranmış olmalıdır. Gerçekten de fail şayet daha dikkatli ve özenli davranmış olsaydı aslında ortada hukuka uygunluk nedeni olmadığını fark edebilirdi denilebiliyorsa, o zaman failin hatasının kaçınılmaz olduğundan bahsetmek de mümkün olmayacaktır⁴³³. Başka bir deyişle, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarının oluştuğu konusundaki hata kaçınılabilir bir hataysa artık failin eyleminden sorumlu olacağını ifade etmek gerekir. Nitekim kanun koyucu failin sadece kaçınılmaz (yani kusursuz) bir hata içerisinde olması halinde cezalandırılmamasını öngörmüştür.

İkrazatçı gerçek kişiler bakımından uygulamada failin kaçınılmaz bir hata içinde olduğundan bahsetmek çoğu zaman imkânsız gibidir. Zira ikrazatçı gerçek kişiler ve şüphesiz ki faktoring şirketleri aslen ticaretle uğraşırlar ve çoğunlukla tacir sıfatına sahiptirler. Bu nedenle hayatın olağan akışı gereği, bu kişilerin ödünç para verme faaliyeti için yasal prosedürün ne olduğu, yasal izinlerin hangi makamlara

⁴³⁰ Veli Özer Özbek, “Türk Ceza Kanunu’nda Hata”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:3, Sayı:7, Ağustos 2008, (Hata), s.90.

⁴³¹ Benzer bir suç tipi olan izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçu bakımından izin verildiği konusunda hatanın eylemi hukuka uygun hale getireceği yönünde görüş için bkz. S. Erman, s.247.

⁴³² Kaçınılmazlık kavramı belirsiz bir kavram olduğu gerekçesiyle öğretide yoğun bir şekilde eleştirilmiştir. Bkz. Özbek, Hata, s.91.

⁴³³ Devrim Güngör, **Ceza Hukukunda Fail Üzerinde Hata**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2007, s.69.

başvurmak suretiyle ne şekilde alınacağı gibi konuları yakından bildikleri kabul edilerek bu konuda kaçınılmaz bir hataya düşmeyecekleri söylenebilir. Dolayısıyla, onların yasal ve geçerli faaliyet izinleri olmamasına rağmen varmış sanmaları ve bu düşünceyle eylemlerine devam etmeleri pek de makul ve kabul edilebilir değildir.

Aslında kuruluş ve faaliyet izni verilmemesi gerekirken yetkili merciler tarafından eksik inceleme yapılması veya başkaca sebeplerle yasal izinlerin verilmiş olması ve fail tarafından temelde geçersiz bu izinlere dayalı olarak ödünç para verme eyleminin gerçekleştirilmesi halinde artık bu eylemin hukuka aykırı olduğu söylenemez. Nitekim işi kuruluş ve faaliyet izni vermek olan ve bu nedenle de başvuru tacirden daha profesyonel davranması ve daha dikkatli olması beklenen yetkililer, bu dikkat ve özeni göstermeyerek hatalı bir kuruluş belgesi veya faaliyet izni vermişlerse failin bundan ötürü sorumlu tutulması mümkün değildir. Böyle bir durumda şartları mevcutsa izin vermeye yetkili kişi ve kurumların hukuki ve cezai sorumluluğu yoluna gidilebilir. Buna karşın, fail yasal izinleri almak amacıyla yetkili kişi ve kurumları sahte belgelerle aldatmışsa ve bu suretle yasal izinleri almış ise şüphesiz ki burada artık ne bir hukuka uygunluk sebebinden ve ne de hukuka uygunluk sebebinden hataya düşülmesinden bahsedilebilir. Failin tefecilik sebebiyle sorumluluğu doğacaktır. Ayrıca burada diğer şartları mevcutsa evrakta sahtecilik, resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan gibi suçlar da gündeme gelebilir.

Buna karşın, bazı istisnai hallerde de olsa failin hatasının kaçınılmaz olduğundan bahsedilebilir. Örneğin, mevzuata uygun bir şekilde faaliyet izni almış olan ve fakat daha sonra izninin iptalini gerektiren bir sebepten ötürü faaliyet izni iptal edilen gerçek kişi ikrazatçıya faaliyet izninin iptaline ilişkin bildirim ulaşmaması, gibi sebeplerle kısa bir süre de olsa faaliyetine devam etmesi halinde hukuka uygunluk nedeninde kaçınılmaz bir hatadan bahsedilmesi gündeme gelebilir. Ancak yine ifade edelim ki; bu ve bu gibi haller çok istisnaidir.

Peki ya fail kaçınılabılır bir hataya düşmüşse durum ne olacaktır? Başka bir söylemle fail hataya düşmekte kusurlu davranmışsa yine de bu hatasından faydalanacak mıdır? TCK m.30'un madde gerekçesinde;

Somut olayda söz konusu nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanabilecektir. Ancak, bunun için hatanın kaçınılmaz olması gerekir. Hatanın kaçınılabılır olması durumunda ise, kişi işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulacak ve

fakat bu hata, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır.

Buna göre failin hatası kaçınılabılır, yani kusurlu bir hata ise o zaman bu durum TCK m.61 uyarınca somut cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Dolayısıyla, bu hal sadece cezanın alt sınırdan belirlenmesi ya da takdiri hafifletici sebebin uygulanması bakımından önem taşıyabilir⁴³⁴. Yani yasal izni olduğunu düşünerek veya yasal izni iptal edilmiş olmasına rağmen bunu bilmeyerek kazanç karşılığı ödünç para veren fail, şayet biraz daha dikkatli ve özenli olsaydı, yasal izninin olmadığını ve/veya iptal edilmiş olduğunu bilebilirdi diyorsak burada artık fail hakkında ceza tayin edilecek, failin içinde bulunduğu bu durum olsa olsa TCK m.61 hükümleri uyarınca cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır.

V. SUÇUN MANEVİ UNSURU

A. Türk Ceza Kanunu Uyarınca Özel Kastın Varlığı: Kazanç Elde Etme Amacı

1. Genel Olarak Kazanç Kavramı

Tefecilik suçu ancak kasten işlenebilen bir suçtur. Suçun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir. Ancak kanun koyucu bu suç için failin amacına da önem atfetmiş ve suçun oluşabilmesi bakımından özel kastın varlığını aramıştır. Gerçekten de, kanun koyucu tefecilik suçunun ancak *kazanç elde etmek amacıyla*

⁴³⁴ Özbek, Hata, s.91. Buna karşın öğretildeki baskın görüş, hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin koşulların oluştuğu konusunda *kaçınılabılır* bir hataya düşülmüş olması halinde artık burada failin kastından söz edilemeyeceği için eylemin taksirli haline kanunda yer verilmiş olması şartıyla failin eylemin taksirli halinden sorumlu tutulmasıdır. Bu yönde bkz. Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler I**, Ankara, 2006, ss.712-713; Özgenç, Genel Hükümler, s.409; Hakeri, s.389; Güngör, ss.70-71; Muharrem Özen, “Ceza Hukukunda Bilmemek ve Hata”, **Uğur Alacakaptan’a Armağan**, Cilt I, İstanbul, 2008, ss.595-596; Özbek, Hata, s.91; Ahu Karakurt, “Türk Ceza Kanunu’nda Hata”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:4, Sayı:10, Ağustos 2009, s.131. Tefecilik suçunun taksirli haline Kanun’da yer verilmemiş olması karşısında fail kaçınılabılır bir hataya düşmüş olsa dahi ceza verilemeyecektir.

işlenebileceğini öngörmüştür. Dolayısıyla, tefecilik suçu ancak özel kastla işlenebilir⁴³⁵.

Özel kast, esasen doğrudan kastın bir şeklidir⁴³⁶. Saik ise, suç tipinde belirtilen neticeyi gerçekleştirmeye yönelik kişinin içsel âleminde oluşan ve hareketi yönlendiren, hareketle ilgili kararın alınmasındaki etken, kasttan önce gelen, kastı hazırlayan neticedir⁴³⁷. Kural olarak TCK, failin hangi saikle, yani hangi amaçla suç işlediğiyle ilgilenmez. Örneğin, dolandırıcılık suçunun hangi maksatla işlendiği kanun koyucu bakımından önemli değildir. Buna karşın kanun koyucu, tefecilikte olduğu gibi bazı suç tiplerinde failin bu suçu belirli bir amaç ve maksatla işlemesi gerektiğini kabul etmiştir. Kısacası, tefecilik suçu bakımından kanun koyucu failin saikini de önemseydiğinden tipik ödünç para verme eylemi kazanç elde etmek amacıyla yapılmamışsa tefecilik suçunun varlığından da bahsedilemeyecektir.

⁴³⁵ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s.856; Özbek, Tefecilik, s.37; Erdağ, m.241; Malkoç, s.1565; Parlar ve Hatipoğlu, Cilt 4, s.3464; Parlar, s.23; Meran, Tefecilik, s.111; Meran, Ekonomik Suçlar, s.32. Aksi yönde Yaşar, Gökcan ve Artuç, s.6717. *Birtek*'e göre ise; saik, yani kazanç elde etmek amacı suçun unsuru olarak düzenlenmiştir. Bkz. *Birtek*, s.38; Zekeriya Yılmaz, **Tüm Değişikliklerle Getirdiği Sistem ve Yeniliklerle Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s.28. Suç için genel kastın yeterli olduğu yönündeki görüş için bkz. Altıparmak, s.1292; Tosun ve Artuç, s.1923. *Özgenç*'e göre tefecilik suçu bir amaç suçtur. Bkz. *Özgenç*, Tefecilik, s.553; Hafızoğulları ve Özen, s.436.

⁴³⁶ Saikin suç unsuru halini aldığı hallerde ise kasta '*özel kast*' denir. Dönmezer, *Ceza Hukuku*, s.203; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, 248; Öztürk ve Erdem, s.261; Demirbaş, ss.353-354. Buna karşın *Özgenç*'e göre, 5237 sayılı TCK'nın sitesinde, amaç veya saik kastla özdeş veya kastın bir türü değildir. Dolayısıyla artık özel kast-genel kast ayrımı terk edilmelidir. Tefecilik suçu bakımından da özel kasttan değil, amaç veya saikin bu suçun temel şekline ilişkin bir manevi unsuru oluşturduğundan bahsedilebilir. *Özgenç*, Genel Hükümler, s.267. Benzer yönde Koca ve Üzülmüş, s.239. Yine *Hakeri*'ye göre de kast ve saik birbirinden farklıdır. Kast, suçu işleme iradesi; buna karşın saik, kişiyi somut suçu işlemeye sevk eden histir. *Hakeri*, s.208. Benzer yönde bkz. Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, (Dersler), ss.304-305.

⁴³⁷ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, 248; *Özgenç*, Genel Hükümler, s.267; Mehmet Cemil Ozansü, **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s.31.

Bu bağlamda kazanç sağlama amacı taşımayan para verme eylemleri bakımından tefecilik suçunun manevi unsurunun oluştuğundan da bahsedilemez⁴³⁸. Örneğin, darda bulunan bir arkadaşına veya akrabasına yardım amacıyla ve kazanç sağlama amacı olmaksızın ödünç para veren kişinin eyleminin tefecilik suçunu oluşturduğu söylenemeyecektir.

Öte yandan maddede kazancın sadece failin lehine mi olması gerektiği yoksa üçüncü kişiler lehine olan kazançların da bu kapsamda değerlendirilebilip değerlendirilemeyeceği konusunda bir açıklık getirilmemiştir. Örneğin, ödünç para veren fail F, verdiği bu paraya karşılık elde edeceği kazancın kendisine değil, üçüncü kişiye ödenmesini isterse ve taraflar bu konuda anlaşmışsa acaba burada F'nin tefecilik faaliyetini işlediğinden bahsedilebilecek midir? Bir başka deyişle, fail tarafından verilen ödünç para karşılığında üçüncü kişiler kazanç elde ediyorsa burada tefecilik suçunun varlığından bahsedilebilecek midir?

Bu soruya iki ayrı yorumla iki ayrı cevabın verilmesi mümkündür. İlk yoruma göre örneğin, hırsızlık veya dolandırıcılık suçlarında '*kendisi veya başkasına bir yarar sağlamak*' denilerek yararın üçüncü bir kişinin lehine sağlanabileceğinin açıkça belirtildiği, tefecilik suçunda ise bu ifadeye yer verilmemesinin bilinçli bir tercih olduğu, dolayısıyla üçüncü kişiler lehine sağlanan kazançların bu suç kapsamında değerlendirilemeyeceği, kazancın mutlaka fail lehine olması gerektiği, aksi takdirde bunun *genişletici yorum* veya *kıyas* demek olacağı söylenebilir.

Buna karşılık ikinci yoruma göre, bu yöntemle de failin her halükarda kazanç elde etmiş sayılacağı, zira failin kazancı üçüncü kişi lehine tesis etmesi yoluyla üçüncü kişi lehine olan herhangi bir borcundan kurtulabileceği ve böylelikle failin pasifinde bir azalma olacağı, kazanç olarak sadece aktifteki artışın değil, pasifteki azalmanın da kabul edilmesi gerektiği, söylenebilir. Yahut üçüncü kişiye aktarılan kazanç, failin pasifinde bir azalma meydana getirmiyor olmasına rağmen, failin suçun ortaya çıkmasını engellemek ya da cezadan kurtulmak amacıyla gerçekleştirdiği muvazaalı bir işlem olabilir. Yani kazanç görünürde üçüncü kişiye ait iken gerçekte fail tarafından elde edilmektedir. Bu durumda esasen failin kazanç

⁴³⁸ Uğur, s.67; Meran, Ekonomik Suçlar, s.32; Meran, Tefecilik, s.111; Parlar ve Hatipoğlu, s.3464; Birtek, s.37; Erdağ, m.241.

elde ettiği kabul edilmelidir. Aksi takdirde çok sayıda tefecilik suçunun bu suretle işleneceği ve cezasız kalacağı iddia edilebilir.

Kanaatimizce ikinci yorumun kabulü gerekir. Zira pasifteki azalma veya görünürde üçüncü kişi lehine olan kazancın madde kapsamında yer alan *kazanç* olarak değerlendirilmesi gerekir. TCK'nın madde metninde bu yönde bir açıklık yoktur. Bu durum uygulamada tereddütlere ve uyguladıkları farklı yöntemler sebebiyle bazı faillerin cezadan kurtulmasına yol açabilecektir. Bu nedenle, gerek kanunilik ilkesine aykırılık taşımaması gerekse kanunun diğer hükümleriyle uyumlu olması bakımından yapılacak bir düzenlemeyle kazancın fail veya üçüncü bir kişi lehine olabileceğine açıkça yer verilmeli ve böylelikle konu hakkında çıkabilecek tartışmaların da önüne geçilmelidir. Nitekim A1.CK'da da ekonomik çıkarın failin kendisi veya üçüncü bir kişi lehine olabileceğine açıkça yer verilmiştir. Hatta bu hal literatürde “*Dreieckwucher*” yani “*üç taraflı tefecilik*” olarak adlandırılmıştır⁴³⁹.

2. Kazancın Niteliği

Sözlük anlamı olarak *kazanç*; *yarar*, *çıkâr*, *kâr*, *gelir* gibi anlamlar taşımaktadır⁴⁴⁰. Burada öncelikle çözülmesi gereken sorun, *kazanç* kelimesiyle anlaşılması gerekenin ne tür kazançlar olduğudur. Her türlü kazancın veya çıkarın maddedeki kazanç kavramına dâhil edilmesi mümkün müdür? Madde kapsamında anlatılmak istenilen sadece maddi yani ekonomik nitelikli kazançlar mıdır? Yoksa manevi bazı çıkar ve kazançların madde kapsamında düşünülmesi mümkün müdür? Örneğin, ödünç para veren kişi faiz veya herhangi maddi bir kazanç değil de söz gelimi ödünç alan tarafla cinsel ilişkiye girmeyi kararlaştırmışsa burada da tefecilik suçundan bahsedilebilecek midir?

Maddede yer alan *kazanç* kelimesi, ekonomik nitelikli çıkar ve yararları ifade etmektedir. Daha önce de dile getirdiğimiz üzere tefecilik suçu, 5237 sayılı TCK'nın Toplum Karşı Suçlar başlıklı 3'üncü Kısmı'nın Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar başlıklı 9'uncu Bölümü'nde düzenlenmiştir. Bu bölümde aynı zamanda;

⁴³⁹ Rudolphi, Horn, Samson ve Günther (Hoyer), s.36; Joecks ve Miebach (Panais), s.924; Bernsmann, strafbarer Wucher, s.463.

⁴⁴⁰ Türk Dil Kurumu, “Büyük Türkçe Sözlük”, <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (02.01.2012).

ihaleye ve edimin ifasına fesat karıştırma, fiyatları etkileme, kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma, ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin açıklanması, mal veya hizmet satımından kaçınma gibi ekonomik hayata yönelik ve konusu maddi çıkarlara ilişkin suçlar yer almaktadır. Dolayısıyla, suçla korunan hukuksal değer ekonomik nitelikli değerler olduğuna göre kazancın da ekonomik nitelikli çıkarlar kapsamında ele alınması gerekir.

Kanun koyucu da kazanç kelimesinden ekonomik nitelikli çıkarların anlaşılması gerektiğini TCK'nın 257'inci maddesinde yaptığı değişikliğin gerekçesinde açıkça belirtmiştir. Görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen TCK m.257'de 08.12.2010 tarih ve 6086 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmıştır⁴⁴¹. Değişiklik öncesinde maddede yer alan **“haksız bir kazanç”** ibaresi değişiklikle **“haksız bir menfaat”**e çevrilmiştir. Yani kanun koyucu kazanç kelimesi yerine menfaat kelimesini tercih etmiştir. Madde gerekçesinde ise bu değişikliğini sebebi şu şekilde açıklanmıştır;

Ancak, maddenin birinci ve ikinci fıkralarında ‘kazanç’ ibaresi kullanılması, suçun oluşumu bakımından kişilere sağlananın sadece ‘ekonomik’ bir kazanç olarak algılanmasına sebebiyet vermiştir. Halbuki söz konusu suç, görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle kişilere ekonomik olarak ölçülemeyen bir menfaat da sağlanmış olabilir. Bu nedenle, söz konusu fıkralarda yer alan ‘kazanç’ ibaresi, ‘menfaat’ olarak değiştirilmiştir.

Bu gerekçe de göstermektedir ki; kanunkoyucu *kazanç* kelimesine ekonomik nitelikli menfaatleri dahil etmektedir.

Bununla birlikte kanun koyucu suçun maddi konusunu para ile sınırlandırmışken kazançla ilgili herhangi bir sınırlama öngörmemiştir. Buna göre, paranın yanı sıra kıymetli maden veya ekonomik değeri haiz her türlü malvarlığı ve hatta hizmet gibi bir edim de kazancın konusunu oluşturabilir. Dolayısıyla, kazancın faiz olarak adlandırılmamış olması suçun oluşumu bakımından önem taşımaz⁴⁴².

⁴⁴¹ 27790 sayılı ve 19.12.2010 tarihli RG.

⁴⁴² Rudolph, Horn ve Samson (Samson), § 302a, prg. 17; Joecks ve Miebach (Panani), s.924; Özgenç, Tefecilik, s.553; Parlar, s.20; Yüksekaya, <http://www.bayramyuksekkaya.av.tr/docs/004.pdf>, (10.06.2012).

Hemen belirtelim ki A1.CK'da *malvarlığı çıkarı (Vermögensvorteil)* denilerek⁴⁴³ kazancın ekonomik niteliği açık bir şekilde ortaya konulmuş ve paranın yanı sıra ekonomik değeri haiz her türlü mal ve hizmetin de bu kapsamda olacağına vurgu yapılmıştır⁴⁴⁴. Dikkat edilmesi gereken husus, kazancın ekonomik değer olarak belirlenebilir nitelikte olmasıdır⁴⁴⁵. Bu kapsamda, cinsel ilişki gibi maddi değeri olmayan çıkarların malvarlığı çıkarı olarak kabul edilemeyeceğine dikkat çekilmiştir⁴⁴⁶.

Kazancın konusunu oluşturabilecek **ekonomik değerlerden bazıları üzerinde kısaca durmak gerekirse;**

a. Para

Tefecilik suçunun en tipik ve en bilinen kazanç türü para, bir diğer söylemle faizdir. Günlük dilde tefeciliğin çoğu zaman faizcilik olarak tanımlandığını, hatta tarih içerisinde tefecilik ve faizciliğin eş anlamlı olarak kullanıldığını da söylemek mümkündür.

Uygulamada fail tarafından kazanç olarak öngörülen bu para çoğu zaman faiz adı altında tespit edilmektedir. **Faiz**, *işletmek için bir yere ödünç verilen paraya karşılık alınan kâr, getiri, ürem nema* demektir⁴⁴⁷. Diğer bir tanımla faiz, konusu bir miktar paranın ödenmesinden ibaret olan borçlarda, alacaklının bu paradan mahrum kaldığı süreye ve belirli bir orana bağlı olarak gerçekleşen karşılıktır⁴⁴⁸. Buna göre

⁴⁴³ “*Vermögensvorteil*” kelimesi yerine “*Gewinn*” veya “*Vergütung*” kelimelerinin de kullanıldığı vardır. Bkz. Sasserath, *Verhältnis*, s.94.

⁴⁴⁴ Rieger, s.25; Griesing, s.30; Kindhäuser, Neumann ve Paeffgen (Kindhäuser), s.5206; Laufhütte, Rissing van Saan ve Tiedemann (Hagen Wolff), s.164; Gugenberger ve Bieneck (Haas), s.2066; Bernsmann, *strafbarer Wucher*, s.462; Leinweber, s.63; Steinborn, s.197; Sickenberger, *Wucher*, ss.76-77; Schauer, s.56.

⁴⁴⁵ Griesing, s.30; Schönke ve Schröder (Stree/Heine), s.246; Laufhütte, Rissing van Saan ve Tiedemann (Hagen Wolff), s.164; Bernsmann, *strafbarer Wucher*, s.462. *Stolz*, *‘para ile ölçülebilir olma’* ifadesini kullanmıştır. Bkz. *Stolz*, s.3. Benzer şekilde bkz. Sasserath, *Verhältnis*, s.106.

⁴⁴⁶ J. Tenckhoff, “Anmerkung, Beschluß des BGH v. 28.04.1987- 5 StR 566/86”, **Juristische Rundschau**, 1988, s.126.

⁴⁴⁷ Türk Dil Kurumu, “Büyük Türkçe Sözlük”, <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (02.01.2012).

⁴⁴⁸ Evren, s.27.

fail, karşı tarafa belirli miktarda bir parayı ödünç olarak vermekte ve belirli bir vadenin sonunda ödünç verilen anapara kararlaştırılan faiz ile birlikte faile geri ödenmektedir.

b. Kıymetli Maden

Kıymetli maden de tefecilik suçunun maddi konusunu oluşturamazken, kazancın konusunu teşkil edebilir. Örneğin, failin 100 Cumhuriyet altını ödünç vermesi ve buna karşılık 200 Cumhuriyet altını geri alması halinde tefecilik suçundan bahsedilemez. Zira suçun maddi konusu sadece para ile sınırlı olup altın, bir başka deyişle kıymetli maden suçun maddi konusu içinde değildir. Buna karşılık, failin 100 Cumhuriyet altınına karşılık gelen bir parayı ödünç vermesi ve 200 Cumhuriyet altını almak konusunda anlaşması veya alması halinde tipikliğe aykırı bir durum yoktur. Zira fail tarafından ödünç verilen para, buna karşın kazanç kıymetli madendir. Dolayısıyla, tefecilik suçunun oluştuğu söylenmelidir.

Burada kötüye kullanılmaya elverişli bir durum olduğu ortadadır. Failin 100 Cumhuriyet altını değerinde para vermesi karşılığında 200 Cumhuriyet altını alması halinde tefecilik suçundan bahsedilebiliyorken; 100 Cumhuriyet altınının kendisini verip karşılığında 200 Cumhuriyet altını alması halinde tipikliğe aykırı bir durumdan bahsedilmektedir. Buradaki çelişki açıkça ortadadır. Ancak söz konusu bu çelişki daha önce de belirttiğimiz gibi, suçun maddi konusunun para ile sınırlı olmasından kaynaklanmaktadır.

c. Ekonomik Değeri Haiz Her Türü Malvarlığı

Kazancın konusu yukarıda sayılanlarla sınırlı değildir. Para, kıymetli evrak, kıymetli maden vs. gibi değerlerin yanı sıra ekonomik niteliğe sahip başkaca mallar da tefecilik suçunda kazancın konusunu oluşturabilir. Örneğin; hububat, antika eşyalar veya maddi değere sahip sanat eserleri de kazancın konusu içinde düşünülebilir.

d. Kazancın Garantiye Alınma Yöntemleri

Ödünç para veren fail, elde etmeyi amaçladığı kazancı garanti altına alabilmek için çoğu zaman farklı yöntemlere başvurabilmektedir. Örneğin, A'ya 100.000 TL ödünç veren ve karşılığında 50.000 TL faiz almayı kararlaştıran F'nin, bu alacağını garanti altına almak için A'dan senet alması yahut A'nın bir taşınmazı ve taşınır malı üzerinde kendisi veya üçüncü bir kişi lehine rehin tesis ettirmesi gibi. Burada da failin kazancı nitelik olarak aslında yine paradır. Failin karşı taraftan bir senet alması veya kendisi veya üçüncü kişi lehine rehin tesis ettirmesi ise sadece bu alacağın garantiye alınmasından ibarettir. Dolayısıyla, failin bu yöntem veya yöntemlere başvurmak suretiyle ödünç para vermesinin suçun oluşumuna bir etkisi yoktur. Yani fail, verdiği ödünç para karşılığında elde edeceği kazancı bu garantiye alma yöntemlerinden birine bağlamış olsa da suçun oluştuğu söylenmelidir. Bu yöntemlere başvurulması suçun oluşumu bakımından etkili olmasa da çoğu kez suçun ispatında önem taşımaktadır. Başka bir deyişle, failin kazancı garantiye alma yöntemlerinden birine başvurmuş olması tefecilik suçunun işlendiğini ortaya koymada bir ispat aracı olarak göz önünde bulundurulmaktadır.

Kazancın garantiye alınma yöntemlerinden uygulamada en sık karşılaşılanlarına kısaca bir göz atmak gerekirse;

(1) İpotek

Aynı zamanda *taşınmaz rehni* demek olan *ipotek*, *bir taşınmazın alacağı karşılık güvence olarak tutulması*'dir⁴⁴⁹. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere ipotek, temelde bir alacağı garanti altına almak için başvurulmuş bir yöntemdir. Başka bir deyişle, halen mevcut veya henüz doğmamış olmakla beraber doğması kesin veya olası bulunan bir alacağın söz konusu olması gerekir. Dolayısıyla, geçerli bir alacak olmadan ipotek de söz konusu olamaz⁴⁵⁰.

⁴⁴⁹ Türk Dil Kurumu, "Büyük Türkçe Sözlük", <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (02.02.2012).

⁴⁵⁰ Sümer Altay ve Ali Eskiocak, **Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni**, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2007, s.8.

Bu noktadan hareketle, ipotek tesis ettirmek suretiyle tefeciliğin senet kırdırmak suretiyle veya kredi kartı tefeciliği denilen yöntemlerden farklı olduğunu vurgulamak gerekir. Zira senet kırdırmak suretiyle tefecilik veya kredi kartı tefeciliğinde aslen bir ödünç ilişkisi söz konusu değildir. Oysa ipotek tesis ettirmek suretiyle tefecilik eylemlerinde yine taraflar arasında bir ödünç ilişkisinin var olduğunu; fail lehine bir alacağın doğduğunu ve tam da bu alacak hakkına bağlı olarak fail lehine ipotek tesis edildiğini söylemek gerekir. Nitekim ödünç verilen para kararlaştırılan faiz ile birlikte faile geri ödendiğinde ipotek de terkin edilmektedir. Aksi takdirde ipotek paraya çevrilmek suretiyle fail, kazanç elde etmektedir. İşte uygulamada bu yönüme *ipotek tesis ettirmek yoluyla tefecilik* de denilmektedir.

Tapu Sicil Müdürlükleri, belli miktarların üzerinde olan ve ödünç sözleşmesinden kaynaklanan ipotek işlemlerini Vergi Dairesi'ne bildirmek zorundadırlar. Böylelikle Tapu Sicil Müdürlükleri'nden gelen bilgiler sonunda tefecilik faaliyeti ile uğraşanların tespit edilmesi kolaylaşmaktadır. İşte bu sebeple tefeciler ipotek tesis etmek suretiyle ödünç para verme işlemlerini azaltmışlardır⁴⁵¹.

(2) Taşınır Rehni

Şüphesiz ki, tefecilik faaliyeti sonucunda kararlaştırılan kazanç ipotekle garanti altına alınabileceği gibi menkul rehni yoluyla da garanti altına alınabilir. Örneğin, ödünç verilen paraya karşılık geri ödenmesi gereken anapara ve faizin bir menkul mal rehni suretiyle teminat altına alınması da mümkündür.

(3) Kıymetli Evrak

Kıymetli evrak da kazancı garantiye alma yöntemlerinden biri ve en sık başvurulandır. Gerçekten de, ödünç olarak verilen bir para karşılığında

⁴⁵¹ Kalaycı, ss.26-27.

kararlaştırılan kazancı da kapsayacak bedelde bir kıymetli evrak faile verilebilir⁴⁵². Ancak, bu hususu senet kırdırmak suretiyle tefecilikten ayırt etmek gerekir. Nitekim yukarıda da bahsettiğimiz gibi senet kırdırmak suretiyle tefecilikte, taraflar arasında aslında gerçek manada bir ödünç ilişkisi mevcut değildir. Fail tarafından verilen para, senetteki alacağın temliki karşılığında verilmektedir. Deyim yerindeyse, senetteki alacak hakkı faile çok daha düşük bir bedel karşılığında satılmaktadır.

3. Kazancın Niceliğı

Tefecilik suçunu düzenleyen TCK m.241’de kazancın niteliğinin yanı sıra niceliğı ile ilgili olarak da herhangi bir sınırlamaya yer verilmiş değildir. Dolayısıyla, kazancın az veya çok olması belirli bir oranı aşmış olması gibi şartların mevcudiyeti tefecilik suçu bakımından önem taşımaz⁴⁵³.

Kanun koyucu için önemli olan failin ne tür veya ne miktarda bir kazanç elde ettiğı değildir. Failin kazanç elde etmek amacıyla eylem unsurunu gerçekleştirme suçun oluşumu bakımından yeterli görülmüştür. Bu yönde bir düzenleme çeşitli açılardan sorunludur.

4. Mevcut Kanuni Düzenlemeye Yönelik Eleştiri

Yukarıda, kazanç sağlama amacı taşımayan para verme eylemlerinin tefecilik suçunu oluşturmayacağına değinmiştik. Buna göre, darda bulunan arkadaşına herhangi bir kazanç sağlama amacı olmaksızın sadece yardım etme amacıyla ödünç para veren kişinin eylemi tefecilik suçu olarak değeriendirilemeyecektir. Kısacası, kanun koyucu fail tarafından elde edilen veya elde edilmesi kararlaştırılan kazancın miktarına değil, sadece failin hangi amaçla bu parayı verdiğıne önem atfetmektedir.

⁴⁵² Hemen belirtelim ki; Al.CK’da failin senet düzenlemek yoluyla aşırı şekilde malvarlığı çıkarı ödeme sözü verdirme cezayı ağırlaştıran nitelikli bir hal olarak düzenlenmiş ve altı aydan on yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür (Al.CK m.291/2-3).

⁴⁵³ Her ne kadar kanun koyucu suçun bir unsuru olarak kazancın niceliğıne önem vermemişse de Yarg. 4. CD, 13.10.2010 tarih, 2010/18152 E. ve 2010/16612 K. sayılı ilamında *‘fahiş miktarda faizle borç para vermek’*ten bahsetmiştir.

Ancak, bazı eylemler bakımından failin amacını tespit etmek oldukça güçleşebilir ve bu durum adil olmayan, hakkaniyete aykırı bazı sonuçların doğmasına yol açabilir. Gerçekten de fail, yardım etme amacıyla para vermiş ve fakat ödünç verdiği paranın değer kaybına uğramasını önlemeye yönelik tedbirler almak istemiş olabilir. Örneğin, fail F'nin zor durumda bulunan ve nakit ihtiyacını kredi kurumları vasıtasıyla sağlayamayan M'ye 10.000 TL ödünç verdiğini ve bu arada yıllık yasal faiz oranının %9 olduğunu kabul edelim. Şayet F, elindeki parayı M'ye vermeyip, bankaya yatırıp faiz işletseydi bir yılın sonunda elindeki para faiz getirisiyle birlikte 10.900 TL civarı olacaktı. İşte F, M'ye ödünç vermesi sebebiyle aradaki bu 900 TL'lik (yasal) kazançtan kaybetmek istemeyip 10.000 TL'yi M'ye ödünç verirken bir yılın sonunda M'den 10.900 TL geri almayı kararlaştırılmışsa, aradaki bu 900 TL'lik fark kazanç olarak değerlendirilebilecek ve bu eylem tefecilik sayılabilecek midir? F, burada yardım etme amacıyla mı yoksa kazanç sağlama amacıyla mı hareket etmiştir? Anlaşılacağı üzere, bazı durumlarda failin amacını belirlemek ve bunu ispat etmek karmaşık bir hal alabilir. Örnekteki gibi, failin öncelikle yardım, akabinde ise kendi parasını korumaya yönelik bir amacı olabilir.

Öğretide, paranın geri ödenmesine kadar geçen süredeki olası değer kaybını karşılayan ilave ödemelerin kazanç elde etme amacı olarak değerlendirilemeyeceği genel olarak kabul edilen görüşür⁴⁵⁴. Bir kişinin elindeki parayı bankaya yatırmadaki amaç hem paranın değer kaybetmesini önlemek hem de parayı değerlendirmek ve *kazanç elde etmektir*. Bu amacı banka vasıtasıyla değil de bir kimseye ödünç para vermek suretiyle gerçekleştirmekte de aslen *kazanç elde etme amacı* vardır. Burada sadece kazanç elde etme amacı ile yardım etme amacı birleşmiştir. Ancak, kazanç elde etme amacının olmadığından da bahsedilemez.

Bazı somut olaylar bakımından, kazanç elde etme amacının yardım etme amacının önüne geçtiği halleri dahi tespit edebiliriz. Örneğin fail F, elindeki 10.000 TL'yi paranın gayrimeşru menşei olması, hesap işletim ücreti, vergi vs. masraf ödemek istememesi gibi çeşitli sebeplerle bankaya yatırmamıştır. Bu parayı bir

⁴⁵⁴ Malkoç, ss.1564-1565; Birtek, s.37; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s.857; Özbek, Tefecilik, s.38; Parlar, s.20; Erdağ, m.241; Dündar, ss.4-5; Yüksekaya, <http://www.bayramyuksekkaya.av.tr/docs/004.pdf>. (10.06.2012).

şekilde değerlendirmek isteyen F, bankadan elde edeceği kazançla aynı oranda karşılaştırılan bir faiz karşılığında M'ye vermiştir. Böyle bir olayda F'nin kazanç elde etme amacının var olmadığından bahsedilebilecek midir? Yoksa failin yine elindeki paranın değerini korumaya yönelik hareket ettiği mi kabul edilecektir?

Kanun koyucu failin kazanç elde etme amacıyla hareket etmesini yeterli gördüğüne ve kazancın miktarı da önemli olmadığına göre, somut örnekte her ne kadar F parasının değerini korumaya yönelik hareket etmiş olsa da kazanç elde etme amacıyla hareket ettiği için suçun manevi unsurunun oluştuğunu söylemek gerekecektir. Zira burada F'nin yardım etme amacı yoktur, olsa bile F'deki kazanç elde etme amacı yardım etme amacının önüne geçmiştir.

Örneği biraz değiştirelim; fail F'nin kazanç elde etme amacı olmaksızın M'ye 500 avro verdiğini ve fakat geri ödeme gününde avronun artması sebebiyle F'nin kazanç elde ettiğini düşünelim. Burada F'nin kazanç elde etme amacı olmadığı için tefecilik suçu da söz konusu olmayacaktır. Buna karşın F'nin elinde 500 avro olduğunu ve 1 avronun da 2,5 TL olduğunu kabul edelim. F, *'ne de olsa avro artar'* diye düşünüp kazanç elde etmek amacıyla 500 avroyu M'ye vermişse bu sefer failin amacı kazanç elde etmektir ve suçun manevi unsuru oluşmuştur. Her iki örnekte de fail F 500 avro vermektedir ve avronun artması sebebiyle kazanç elde etmektedir. Fakat bizce iki örnekte failin amacının ne olduğu ve bu amacın nasıl tespit edileceği belirsizdir.

Örneği biraz daha değiştirelim; fail F'nin kazanç elde etme amacıyla M'ye 500 avro verdiğini ve Avrupa'da yaşanan ekonomik bir kriz sebebiyle avronun 2,5 TL'den 1,5 TL'ye düştüğünü kabul edelim. Burada fail F her ne kadar kazanç elde edememiş olsa da, suçun manevi unsuru oluşmuştur. Zira F, kazanç elde etmek amacıyla hareket etmiştir. Kaldı ki suçun oluşumu bakımından kazancın elde edilmiş olmasına da gerek yoktur. Yukarıdaki örnekten farklı olarak F kazanç elde etmemiş, hatta belki de zarara girmiş olmasına rağmen kazanç elde etme amacıyla ödünç para verdiği için TCK m.241 karşında tefecilik suçu mevcuttur.

Görüleceği üzere, failin amacını tespit etmek bazı durumlarda zorluk arz edebilir. Nitekim failin amacı yardım etmeye yönelik olabileceği gibi, kazanç elde etmeye veya her ikisine birden yönelik de olabilir. Paranın değer kaybına uğramasını engellemeye yönelik kazançların ise kazanç elde etme amacı içerisinde

değerlendirilemeyeceğini söylemek her zaman doğru bir yaklaşım olmaz. Yukarıdaki örnekte olduğu gibi, fail paranın değerini koruyan bir miktarla sınırlı olarak ve fakat tamamen kazanç elde etme amacıyla ödünç para vermiş olabilir. Bu durumda da kazanç elde etme amacı mevcuttur. Ancak bizce, failin cezalandırılması hakkaniyete uygun olmayacaktır. Kısacası, tefecilik suçu bakımından failin saiki ile ilgilenmek ve kastın bir unsuru olarak saike yer vermek ve suçun varlığını özel kasta bağlamak doğru değildir⁴⁵⁵.

Öte yandan mevcut düzenlemeye göre fail, kazanç elde etmek amacıyla hareket ediyor olduktan sonra kazancın ne miktarda olduğu dahi önemli değildir. Tefecilik suçunun düzenlendiği TCK m.241’de kazanç sağlama amacından bahsedilmiş ve fakat kazancın ölçüsü konusunda herhangi bir kriter getirilmemiştir. Bu durumda hangi miktarda olursa olsun kararlaştırılan veya elde edilen kazanç suçun oluşumu bakımından yeterlidir. Kazanç 1 TL dahi olsa, fail bu kazancı elde etme amacıyla hareket etmişse artık suçun manevi unsurunun olduğu söylenebilecektir. Oysa yukarıda da ele aldığımız üzere, failin kazanç elde etme amacı olmasına rağmen bu kazancın miktarının aşırı, orantısız olmaması, başka bir deyişle elindeki parayı bankaya yatırsaydı elde edeceği bir kazanç olması halinde söz konusu eylemin haksızlık içeriğini de büyük ölçüde azaltır. Buna karşın, kanunda kazancın miktarı konusunda hiçbir sınırlama getirilmemiştir. Yani kazanç elde etme amacı olmakla beraber bu kazanç çok cüzi bir kazanç dahi olsa tefecilik suçu mevcut olabilecektir⁴⁵⁶.

Kanaatimizce maddenin bu yönüyle de tekrar ele alınması gerekmektedir. Maddede yapılacak değişiklikte, *kazancın failin veya üçüncü bir kişinin lehine olabileceğine* yer verilmelidir. Yine, kazanç elde etme amacı şeklindeki özel kast suçun manevi unsuru olmaktan çıkarılmalıdır. Tefeciliğin suç olarak kabul

⁴⁵⁵ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku-Genel Kısım**, Cilt:2, 12. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997, (Cilt 2), s.226. Failin kazanç elde etme kastı şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispat edilememiş ise suçun manevi unsuru bakımından var olan şüphe sanığın lehine yorumlanmak suretiyle sanığın beraatine karar verilmelidir. Bkz. Birtok, s.39.

⁴⁵⁶ İzmir Adliyesi özelinde tefecilik dosyaları üzerinde yapılan genel bir karar araştırmasına dayalı olarak, bazı yerel mahkeme kararlarında tefecilik suçlarında normalin üstünde faiz talep edilmesi halinde mahkûmiyet kararı verilebileceğine ilişkin kararlara rastlanılmıştır. Örnek için bkz. İzmir *7 Asliye Ceza Mahkemesi’nin 2012/*31 E. ve 2012/*68 K. sayılı ilamı (Kişisel Arşiv).

edilmesindeki temel felsefe de göz önünde bulundurularak her türlü kazancın değil, *açıkça oransız yani aşırı kazancın* suç kapsamında kabul edilmesi gerekir. Tam da bu noktada yeri gelmişken kazancın açıkça oransız olması konusu üzerinde durmakta fayda vardır.

B. Önerimiz: Kazancın Açıkça Oransız Olması

1. Açık Oransızlık Kavramı

Tefeciliğin bir suç olarak kabul edilmesinin temelinde, kişilerin belirli özel zayıflıklarının veya zor durumlarının sömürülmesi suretiyle fahiş kazançların elde edilmesi yatar. Gerçekten, öğretilerde de tefeciliğin cezalandırılması gerekliliği genellikle, tefecilik suçunu işleyen kişilerin bu vesileyle fahiş kazançlar elde etmesine dayandırılmaktadır⁴⁵⁷. Kısacası, tefecilik suçuyla failin kişilerin zor durumlarını sömürerek kendisi veya bir başkası lehine aşırı, fahiş kazançlar elde etmesi cezalandırılmak istenmektedir. Oysa daha önce de bahsettiğimiz gibi, mevcut kanuni düzenleme karşısında failin elde ettiği veya elde etmeyi kararlaştırdığı kazanç cüzi olsa bile bunun suçun oluşumuna bir etkisi yoktur. Suçun oluşumu bakımından failin kazanç elde etmek amacıyla hareket etmiş olması yeterlidir. Buna karşın bizce her kazancın değil, açıkça oransız, aşırı ve fahiş kazançların cezalandırılması gerekir. Başka bir deyişle, failin yerine getirdiği edim ile elde ettiği kazanç arasında açıkça oransızlık bulunması halinde tefecilik suçunun varlığı kabul edilmelidir. Böylece, suç tipinin çok daha sınırlı bir uygulama alanına sahip olması ve dolayısıyla ticaret hayatına mümkün olan en az ölçüde müdahale edilmesi sağlanacaktır⁴⁵⁸. Tüm bu sebeplerle bizce tıpkı gabinde olduğu gibi edim ve karşı edim arasında açık (aşırı) oransızlık aranmalıdır⁴⁵⁹. Failin kastı da karşı tarafın zor durumunu sömürerek açıkça oransız kazanç elde etmeye yönelik olmalıdır⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷Bu yönde bkz. Birtek, s.25. Yazar, tefecilerin özellikle kriz zamanlarında neredeyse banka ve finans kurumları kadar ciro yaptıklarını ileri sürmektedir.

⁴⁵⁸ Hohendorf, Individualwucher, s.106.

⁴⁵⁹ Hemen ifade edelim ki; İzmir Adliyesi özelinde tefecilik dosyaları üzerinde yapılan genel bir karar araştırmasına dayalı olarak, bazı yerel mahkeme kararlarında ödünç para verme işlemi karşılığında

Açık oransızlık (auffällige Missverhältnis) denildiğinde ise yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, edim ile karşı edim arasında ‘göze çarpan’ ve ‘alışılmıştan dışında dengesiz’ bir oran olması anlaşılır⁴⁶¹. Başka bir deyişle burada, karşılıklı edimler arasında açık bir ekonomik dengesizlik hali mevcut olup⁴⁶² bu durum ortalama bilgi ve tecrübeye sahip birinin bile ilk bakışta dikkatini çekecek nitelikte olmalı ve yapılacak basit bir incelemeyle hemen göze çarpmalıdır⁴⁶³.

Şüphesiz ki, suçun eylem unsuru olan ‘verme’ göz önüne alındığında, ödünç verilen ve ödünç verilen paraya karşılık kararlaştırılan karşı edimin (örneğin faizin) ödünç verme anındaki değerleri temel alınmalıdır. Buna göre, anlaşma yapılırken karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık bulunmamakla birlikte sonrasında ekonomik hayatta yaşanan bazı değişimler sebebiyle edimler arasında açık bir oransızlık ortaya çıkmışsa bu durumda artık açık oransızlıktan da bahsedilemez. Zira

bankanın uyguladığı yasal faizin talep edilmesi halinde tefecilik suçunun oluşmadığı yönünde kararlar verildiğini tespit etmiş bulunmaktayız. Örnek olarak bkz. İzmir 2* Asliye Ceza Mahkemesi’nin 2008/*41 E. ve 2009/*59 K; İzmir 1* Asliye Ceza Mahkemesi’nin 2011/*27 E. ve 2012/*42 K. sayılı ilamı (Kişisel Arşiv).

⁴⁶⁰ Kindhäuser, Neumann ve Paeffgen (Kindhäuser), s. 5215; Lackner ve Kühl, s.1304; Laufhütte, Rissing van Saan ve Tiedemann (Hagen Wolff), s.180; Maurach, Schröder ve Maiwald, s.488; Joecks ve Miebach (Pananis), s.931; Joecks, s.713; Steinborn, s.216; Schauer, s.65. Failin karşı tarafın zor durum içinde olduğunu bilmesi ve bunu sömürmek istemesi yeterli olup karşı tarafın ayrıca zor durumun kanunda sayılanlardan hangisi olduğunu bilmesine gerek yoktur. Schönke ve Schröder (Stree/Heine), s.2471.

⁴⁶¹ Tröndle ve Fischer, s.2012; Lackner ve Kühl, s.1302; Rudolphi, Horn, Samson ve Günther (Hoyer), s.43; Arzt ve Weber, s.96, prg. 280; Gugenberger ve Bieneck (Haas), s.2069; Schmidt-Futterer, ortstüblichen Vergleichsmiete, s.278; Joecks ve Miebach (Pananis), s.925; Krey ve Hellmann, s.311; Steinborn, s.217; Schauer, s.64; Sickenberger, Wucher, s.81; Leinweber, s.66. “Unangemessen hoch” yani “uygunsuz biçimde yüksek” ifadesi için bkz. Sasserath, Verhältnis, s.114.

⁴⁶² Hug, s.113 vd.; Arzt ve Weber, s.96, prg.280; Sturm, s.84; Kohlmann, s.22 vd.; Steinborn, s.206; Krey ve Hellmann, s.311; Schauer, s.64; Sickenberger, Wucher, s.81; Leinweber, s.66.

⁴⁶³ Andreas Hohendorf, “Die Bestimmung des auffälligen Mißverhältnisses zwischen Vermögensvorteile und Leistung beim Ratenkreditwucher”, **Betriebs-Berater**, 1982, (Ratenkreditwucher), s.1209; Rudolphi, Horn, Samson ve Günther (Hoyer), s. 43; Kindhäuser, Neumann ve Paeffgen (Kindhäuser), s. 5209; Schönke ve Schröder (Stree/Heine), s.2466; Maurach, Schröder ve Maiwald, s.486, prg.15; Tröndle ve Fischer, s.201; Gugenberger ve Bieneck (Haas), s.2069; Krey ve Hellmann, s.311; Schauer, s.64; Sickenberger, Wucher, s.81; Leinweber, s.66; Otto, Neue Tendenzen, s.2746; Sturm, s.86; Scheffler, s.4; Nack, s.623.

failin bu yönde bir kastı da olmamıştır. Örneğin fail, karşı tarafa 100 Cumhuriyet altını karşılığı Türk Lirası ödünç vermiş ve bu paranın bir yılda getireceği yasal faizi kazancı olarak kararlaştırmışsa, buna karşılık geri ödeme zamanı öncesinde yaşanan bir ekonomik kriz sebebiyle altının değerinin iki katına yükselmesi halinde failin elde edeceği faizin yani kazancın açıkça oransız olacağı ortadadır. Buna karşın, söz konusu açık oransızlık hali failin elinde olmayan sebeplerle gerçekleşmiştir. Taraflar arasında sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen değişimler sonucunda kazançta failin iradesi dışında meydana gelen artışların açıkça orantısız olarak değerlendirilmesi ve faile yüklenmesi kanaatimizce mümkün değildir⁴⁶⁴. Kaldı ki yukarıda, gabinin varlığı için dahi taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu andaki açık ve aşırı oransızlığın dikkate alınacağını belirtmiştik. Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan açık ve aşırı oransızlık hali bakımından gabinin oluşacağını dahi kabul etmezken bir suç olan tefecilikten bahsedilmesi de mümkün olamamalıdır⁴⁶⁵. Tefeciliğin özünde gabin demek olduğunu ve bir özel hukuk kurumu olan gabinde dahi 'açık nispetsizlik (oransızlık)' şartının arandığını yukarıda ifade etmiştik. Dolayısıyla, gabinde dahi açık oransızlığı arayıp da tefecilik suçunun oluşumu bakımından açıkça oransız bir kazancın varlığını aramamak bizce *açıkça oransızdır*.

Tüm bu gerekçelere dayalı olarak tefecilik suçuna ilişkin maddede değişiklik yapılarak elde edilen veya kararlaştırılan kazancın açıkça ölçüsüz olması şartının madde metnine eklenmesi gerektiğini düşünüyoruz. Yukarıda karşılaştırmalı hukuk başlığı altında yatığımız değerlendirmelerde de açıkça ortaya koyduğumuz üzere, gerek A1.CK'da gerekse tefeciliğin suç olarak düzenlendiği birçok Kıta Avrupası ülkesinde benzer yönde düzenleme bulunmaktadır.

Bir an için açıkça oransızlık şartının tefecilik suçunun oluşumu bakımından gerekli bir unsur haline getirildiğini kabul edersek, cevaplanması gereken ilk soru şüphesiz ki açık oransızlık halinin ne şekilde tespit edilmesi gerektiği olacaktır.

⁴⁶⁴ Benzer yönde Hohendorf, Individualwucher, s.108 vd.; Steinborn, ss.208-209; Sickenberger, Wucher, s.78 vd.;

⁴⁶⁵ Steinborn, s.209; Heinsius, s.90.

2. Açık Oransızlığı Belirlemede Kullanılacak Ölçütler

a. Adil Fiyat Teorisi (*iustum pretium-gerechter Preis*)

Bir sözleşmede veya alışverişte taraflara herhangi bir haksızlığa uğramadıklarını düşündüren fiyat düzeyi adil (adaletli) yani olması gereken fiyattır. *Adil fiyat teorisi (iustum pretium-gerechte Preis)* da, piyasada her hizmetin veya malın adil, yani olması gereken bir fiyatı olduğu fikrine dayanır. İşte adil fiyat teorisinin açık oransızlığın belirlenmesinde bir ölçü olarak kullanılabileceği ileri sürülmüştür⁴⁶⁶. Aşırı oransızlığın belirlenmesinde ölçü olarak adil fiyat teorisinin uygulanması gerektiğini savunan bu görüşe göre, açıkça oransızlık tespit edilirken adil, yani olması gereken fiyat esas alınmalıdır.

Bu noktada adil fiyatın uygulamaya nasıl aktarılacağı ve adil fiyatın ne şekilde belirleneceği konusu tartışmalı bir hal almıştır. Önceleri, bir malın maliyet fiyatının aynı zamanda onun adil fiyatı olduğu kabul edilmiştir. Baskın görüş ise ancak piyasa fiyatının adil fiyat olarak kabul edilebileceği yönünde olmuştur⁴⁶⁷. Ancak bu görüş de eleştirilmiştir. Zira piyasa fiyatının adil fiyat olabilmesi için öncelikle piyasanın adil olması gerekir. Oysa piyasanın adil olması veya bunun belirlenebilmesi çok da kolay bir iş değildir. Kaldı ki piyasanın adil olabilmesi; arz ve talebin tamamen serbest rekabete dayalı bir piyasada karşılaşması, piyasada aynı neviden olan malların aynı kaliteye sahip olması, tüketicinin kişisel tercihlerinin bulunmaması gibi şartların varlığı halinde mümkündür. Ancak bu ve benzeri şartların mevcut olduğu piyasada oluşan fiyat adil olabilir ki, bu gibi hallerin varlığı da monopol ve oligopol gibi serbest rekabetin olmadığı bazı istisnai durumlara sınırlıdır. Dolayısıyla, piyasa fiyatını adil fiyat olarak kabul etmek ve açık oransızlığı belirlemede bir kıstas olarak kabul etmek mümkün değildir⁴⁶⁸.

Akabinde, bir malın maliyet fiyatına ek olarak o malın piyasaya arz edilirken yapılan masrafların toplamının o malın adil fiyatını göstereceği fikri de tartışılmış ve

⁴⁶⁶ Becker, s.27 vd.; Hermann, s.9 vd.; Goez, s.21 vd.; Winterstein, s.33 vd.; Blomeyer, s.39 vd.

⁴⁶⁷ Bkz. Isopescul-Grecul, s.7 vd.; Meyer im Hagen, s.3 vd.; Bernsmann, Dunkelfeld, s.141.

⁴⁶⁸ Bernsmann, Dunkelfeld, s.141 vd.; Sieghart Ott, "Zur Sittenwidrigkeit von Konsumentenkreditverträgen", **Betriebs-Berater**, 1981, s.937; Heinsius, ss.113-114.

fakat bunları belirlemenin de her zaman çok kolay olmayacağı ileri sürülmüştür. Çünkü bir malın piyasaya arzı için araştırma, yatırım, reklam gibi masraflar da yapılmaktadır ki bu masrafların tek bir ürün bazında tespiti çoğu zaman oldukça zordur. Nitekim bu tür hesaplar tek bir ürün üzerinden değil, birçok ürün ve seri üretim fiyatları üzerinden yapılır. Kaldı ki, bazen piyasa koşulları ve o mala olan arz-talep dengesi sebebiyle de bir mal maliyet fiyatları ve masrafların üzerinde veya daha altında bir fiyata piyasaya sunulabilir. Tüm bu sebeplerle, söz konusu kriter de adil fiyatı tespit etmek için uygun ve yeterli bir ölçüt değildir⁴⁶⁹. Başka bir söylemle, adil fiyatı açık oransızlığı belirlemede bir ölçü olarak kullanmak pratik bir fayda sağlamaz. Zira hangi fiyatın pratik hayatta adil fiyat olarak kabul edilmesi gerektiği belirsizdir. Dolayısıyla, adil fiyat teorisi, edimler arasındaki açık oransızlığın belirlenmesinde bir ölçüt olarak kabul edilemeyecektir⁴⁷⁰.

b. Piyasa Fiyatı Teorisi (Marktpreis)

Tefecilik suçunun özünde, zayıf durumda olanların söz konusu bu zayıflık hallerinin sömürülmesi suretiyle piyasa koşullarının çok üstünde bir edim karşılığı belirli bir malı veya krediyi almak zorunda bırakılması yatmaktadır. Başka bir deyişle, kişinin içinde bulunduğu zayıflık veya zaruret hali sömürülmek suretiyle kişi, bir malın, hizmetin veya hukukumuz bakımından bir kredinin alımı konusunda piyasa koşullarının çok üstünde bir bedel karşılığı sözleşme yapmak zorunda kalmaktadır. Şayet kişinin bu özel zor durumu veya zayıflık hali sömürülmeseydi, kişi belki de olağan piyasa koşulları çerçevesinde söz konusu mal, hizmet veya krediyi temin edebilecekti. Görüldüğü gibi burada belirleyici olan, kişinin bir malı, hizmeti veya krediyi piyasa değerine göre açıkça (aşırı-fahiş) oransız bir bedel karşılığında almasıdır. Dolayısıyla, açık oransızlığın belirlenmesinde bir malın, hizmetin veya kredinin piyasa değeri dikkate alınmalıdır⁴⁷¹.

Bu noktada akla ilk gelen soru; monopol piyasa ve karaborsanın varlığı halinde de mevcut piyasa fiyatının açık oransızlığın tespitinde kriter olarak kullanılıp

⁴⁶⁹ Bernsmann, Dunkelfeld, s.152 vd.; Heinsius, ss.115-116.

⁴⁷⁰ Bernsmann, Dunkelfeld, s.154 vd.; Heinsius, ss.115-116; Laufen, s.127.

⁴⁷¹ Heinsius, s.117, 127.

kullanılmayacağıdır. Şüphesiz ki, piyasa fiyatının belirleyici olarak kabul edilebilmesi için serbest rekabete dayalı, arz ve talep dengesine göre kurulmuş ve dış faktörlerden etkilenmemiş piyasanın mevcut olması gerekmektedir⁴⁷². Aksi takdirde, zaten zayıf veya zor durumda olup olmadığı önem taşımaksızın herkes söz konusu mal, hizmet veya krediye aynı bedel üzerinden ulaşabilecektir. Kaldı ki, karaborsa veya tekelin önlenmesi tefecilik suçu ihdas etmekle değil, devlet tarafından serbest rekabeti korumaya yönelik alınacak tedbirler ve yapılacak kanunlarla gerçekleştirilebilir⁴⁷³.

Hemen ifade edelim ki; Alman ceza hukuku öğretisinde de birçok yazar tarafından açık oransızlığın belirlenmesinde suça konu malın piyasa fiyatının belirleyici olması ilkesi benimsenmiştir⁴⁷⁴.

3. Açık Oransızlığın Ortaya Çıkışı ve Tespit Edilmesi

Bu noktada, edimler arasındaki açık oransızlığın belirlenmesi bakımından çıkış noktası olan piyasa fiyatının ne oranda aşılması gerektiğinin sorusuna yanıt aranmalıdır. Başka bir deyişle, oransızlık hangi oranda olursa açık bir oransızlıktan bahsedilebilecektir?

Al.CK m.291'de edimler arasındaki açık oransızlıktan bahsedilmiş ama bu oransızlığın en az hangi miktarda olması gerektiği yönünde kesin bir ifadeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla, Alman ceza hukuku öğretisinde açık oransızlığın belirlenmesi suçun maddi konusunun türüne göre ayrı ayrı incelenmektedir. Buna göre örneğin, kira tefeciliğinde Al.ECK m.5'te *alışılmışın dışında ve uygun olmayan bedel kavramlarına yer verilmiş ve bu kavramlardan, aynı veya benzeri bir bölgede yine benzer şekil, nitelik, büyüklük, konumdaki diğer meskenlere göre ortalama bedelin %20'sinin üzerinde olmasının anlaşılması gerektiği* ifade edilmiştir.

⁴⁷² Kindhäuser, Neumann ve Paeffgen (Kindhäuser), s.5209 vd.

⁴⁷³ Heinsius, s.117.

⁴⁷⁴ Rudolphi, Horn ve Samson (Samson), § 302a, prg.22 vd.; Rudolphi, Horn, Samson ve Günther (Hoyer), §291, prg.7 vd.; Lackner ve Köhl, s.1301; Schönke ve Schröder (Stree/Heine), s.2465 vd.; Kindhäuser, Neumann ve Paeffgen (Kindhäuser), s.5209 vd.; Heinsius, s.117; Otto, Neue Tendenzen, 2746; Haberstroh, s.266; Ott, s.940; Nack, s.622; Nägele, s.2162; Joachim Renzikowski, Anmerkung, **Juristische Rundschau**, 1999, s.169; Scheu, s.474.

Öğretideki baskın görüş ise, kira tefeciliğinin Al.CK m.291 kapsamına girebilmesi ve ceza hukuku anlamında cezalandırılabilmesi için bu ortalama bedelin en az %50 olarak anlaşılması gerektiğidir⁴⁷⁵.

Şayet tefecilik suçunun maddi konusu ekonomik değeri olan bir mal ise, her iki değer arasında açık bir ekonomik dengesizlik halinin mevcut olması gerektiği ve bunun ortalama bilgi ve tecrübeye sahip birinin bile ilk bakışta dikkatini çekecek ve yapılacak basit bir incelemeyle hemen anlaşılacak nitelikte olması gerektiği ifade edilmiştir. İfade etmek gerekir ki; açık oransızlık kavramı öğretide bu gibi tanımlamalarla anlatılmış veya açıklanmaya çalışılmıştır. Uygulama ise daha somut ve sayısal ölçütler üzerinden kavramı ortaya koymaya çalışmıştır. Nitekim Stuttgart Yüksek Eyalet Mahkemesi (OLG), '*edimler arasındaki dengesizliğin %100 ve üzerinde*' olması halinde açık oransızlıktan bahsedilebileceği yönünde karar vermiştir⁴⁷⁶. Buna karşın, öğretide bazı yazarlar tarafından bu edim ve karşı edim arasındaki (yani failin yerine getirdiği edim ile kazancı arasındaki) oranın %50 olması yönünde öneride bulunulmuştur⁴⁷⁷.

Suçun maddi konusu para ve kazanç da faiz ise, tefecilikten bahsedilebilmesi için kazancın yani faizin belirli bir oranı geçmesi gerekmektedir. Buna karşın, kira tefeciliğinde olduğu gibi oransızlık, sayısal verilerle ifade edilmiş değildir. Ekonomik hayatta çok çeşitli faiz ve kredi türü olması sebebiyle hangi faiz türünün açık oransızlığın tespitinde kıstas olarak kullanılması gerektiği konusu oldukça tartışmalıdır. Bu sebeple, Alman Bankası (*Deutsche Bundesbank*) tarafından aylık bültenler vasıtasıyla '*nirengi faiz oranları*' (*Schwerpunktzins*) olarak

⁴⁷⁵ Schönke ve Schröder (Stree/Heine), s.2466; Lackner ve Kühl, s.1302; Gugenberger ve Bieneck (Haas), s.2072; Fischer, s.2144; Bernsmann, strafbarer Wucher, s.476; Joecks ve Miebach (Pananis), s.926; Joecks, s.713; Kindhäuser, Neumann ve Paeffgen (Kindhäuser), s.5211; Vollmer, s.556; Glaser, s.98; Schmidt-Futterer, Mietwucher, s.134; Schmidt-Futterer, ortsüblichen Vergleichsmiete, s.276. Bu oranın %100 olması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Sasserath, ortsübliche Miete, s.712; Sickenberger, Wucher, s.86; Schmidt-Futterer, Mietrecht, Rdn. 91-93; Bender, s.1133.

⁴⁷⁶ OLG Stuttgart, BB 1979, s.1168 vd.

⁴⁷⁷ Tröndle ve Fischer, s.2014; Rühle, s.58; Hohendorf, Ratenkreditwucher, s.1209. Hatta yazar, bu görüşünü madde değişikliği önerisinde dile getirmiş yani %50 şartının kanun metninde yer alması gerektiğine dikkat çekmiştir. Bkz. Hohendorf, Individualwucher, s.204. Eleştiri ve kritik için bkz. Sickenberger, Wucher, s.358.

adlandırılabilir olan faiz oranları baz alınmış ve bu faiz oranlarının belirli bir miktarda aşılması halinde oransızlığın açık ve aşırı olacağı kabul edilmiştir⁴⁷⁸. Buna karşın, tefecilikten bahsedilebilmesi için, Alman Bankası tarafından belirlenen söz konusu nirengi faizin yüzde kaç oranında aşılması gerektiği hususu öğretide yine tartışmalı kalmıştır. Bir görüşe göre, açıkça oransızlıktan bahsedilebilmesi için Alman Bankası tarafından belirlenen nirengi faizin en az %50 ve üstünde aşılmış olması gerektiği, kaldı ki böyle bir kabulün diğer tefecilik türleri (örneğin kira tefeciliği) ile de uyumlu ve paralel olacağı ileri sürülmüştür⁴⁷⁹. Buna karşın, çoğunlukta kalan bir diğer görüş ise bu oranın %100 olması gerektiğini ileri sürmüştür⁴⁸⁰.

Öte yandan öğretide; yıllık efektif faiz oranlarının göz önünde bulundurulması gerektiği, böylece açık oransızlığın hesaplanabilir bir hal alacağı da

⁴⁷⁸ BGH, NJW 1987, s.181 vd.; OLG Karlsruhe, NJW 1988, s.1154 vd.; OLG Stuttgart, NJW 1979, s.2409 vd.; OLG Stuttgart, wistra 1982, s.36; Rudolphi, Horn ve Samson (Samson), § 302a, prg. 25; Nack, s.621; Otto, Neue Tendenzen, s.2746; Hohendorf, Ratenkreditwucher, s.1205; Sickenberger, Wucher, s.95; Hohendorf, Individualwucher, s.119; Heinz Kochendörfer, “Sittenwidrige Höhe von Darlehenszinsen”, **Neue Juristische Wochenschrift**, 1980, s.215; Heinsius, 130; Gugenberger ve Bieneck (Haas), s.2079; Lackner ve Kühl, s.1302; Laufhütte, Rissing van Saan ve Tiedemann (Hagen Wolff), s.169; Steffen Jung, **Das wucherähnliche Rechtsgeschäft**, Heymann Verlag, München, 2001, s.42; Sickenberger, Wucher, s.93; Leinweber, s.75 vd; Haberstroh, s.267; Peter Derleder, “Der Marktvergleich beim Konsumentenratenkredit als Mittel der Sittenwidrigkeitsprüfung”, **Neue Juristische Wochenschrift**, 1982, s.2401; Norbert Horn, “Der Wuchereinwand bei gewerblichen Darlehen und im internationalen Finanzmarkt”, **Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht**, 2006, s.2.

⁴⁷⁹ Hohendorf, Individualwucher, s.121, 125; Hans Heiner Kühne, “Strafbare Praktiken bei der Kreditvermittlung”, **Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform**, 1977, s.114.

⁴⁸⁰ BGH, NJW 1988, s.818; OLG Stuttgart, NJW 1979, s.2409; Rolf Bachmann, “Die Nichtigkeit von Teilzahlungskrediten nach der neueren Rechtsprechung und ihre Folgen”, **Neue Juristische Wochenschrift**, 1979, s.2082 vd.; Nack, 623 vd.; Otto, Neue Tendenzen, 2748 vd.; Lackner ve Kühl, s.1303; Rudolphi, Horn, Samson ve Günther (Hoyer), s.43; Joecks, s.713; Joecks ve Miebach (Pananis), s.926, 928; Laufhütte, Rissing van Saan ve Tiedemann (Hagen Wolff), ss.169-170; Frank Müssigbrodt, “Sittenwidrigkeit und Wucher beim Darlehensvertrag”, **JA**, 1980, s.698; Petra Keckemeti, “Mietwucher bei Gewerbemieträumen”, **Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht**, 2000, Heft 12, s.599.

savunulmuştur⁴⁸¹. Bu görüşe göre; şayet tefeciliğe konu sözleşme ile karşılaştırılan faiz oranı yıllık efektif faiz oranını %100 ve üzerinde aşıyorsa açık oransızlıktan bahsetmek mümkün olacaktır. Buna göre örneğin fail tarafından 100 lira verilip karşılığında 120 lira almak üzere anlaşılmışsa buradaki sözleşmesel faiz %20'dir. Yıllık efektif faizin %10 olduğu kabul edilirse sözleşmesel faiz efektif faizi %100 oranında aşmıştır. O halde burada açık oransızlık mevcuttur⁴⁸².

Uygulamada ise mahkemeler tarafından, failin elde ettiği kazancın yıllık efektif faiz oranının en az %30 veya daha üzerinde olması halinde açık oransızlık olacağı yönündeki kararlar verilmiştir⁴⁸³. Başka bir deyişle, Alman hukuku uygulamasında (kredi) tefeciliği suçundan bahsedilebilmesi için, failin kazanç elde etmesi değil, efektif faiz oranının en az %30 veya üstünde bir miktarda kazanç elde etmesi gerekmektedir.

2000'li yıllarda ekonomik alanda birçok yetkinin Avrupa Merkez Bankası'na devrinden sonra bu faiz oranı artık bir karşılaştırma ölçüsü olarak kullanılmamaya başlamıştır. 2003 yılının Ocak ayından itibaren ise, Avrupa Ekonomik ve Parasal Birliği (*Europäische Wirtschafts- und Währungsunion-EWU*) tarafından faiz istatistikleri yayımlanmaya ve burada yer alan ortalama faiz oranları, açık oransızlığın belirlenmesinde bir ölçü olarak kullanılmaya başlanmıştır⁴⁸⁴.

⁴⁸¹ Schönke ve Schröder (Stree/Heine), s.2467; Kindhäuser, Neumann ve Paeffgen (Kindhäuser), s.5211; Tröndle ve Fischer, s.2013; Hohendorf, Ratenkreditwucher, s.1205; Hohendorf, Individualwucher, s.115; Gugenberger ve Bieneck (Haas), s.2075.

⁴⁸² Gugenberger ve Bieneck (Haas), s.2076.

⁴⁸³ LG Frankfurt, NJW 1978, s.1925 vd.; LG Freiburg, BB 1979, s.1004; LG Berlin, BB 1978, s.15; Karl Heinz Weber, "Die Wichtigkeit von Teilzahlungskreditverträgen", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1980, s.2065. Ayrıca bkz. Schönke ve Schröder (Stree/Heine), s.2467; Kindhäuser, Neumann ve Paeffgen (Kindhäuser), s.5212; Heinsius, s.140.

⁴⁸⁴ Gugenberger ve Bieneck (Haas), s.2079; Horn, s.2. Ayrıca bkz. Udo Reifner, "Wucherprüfung nach Abschaffung der Schwerpunktzinssatzstatistik und ihre Ersetzung durch die EWU-Statistik im Jahre 2005", **Verbraucherrecht Aktuell**, 2005, s.370 vd.

4. Açık Oransızlık Kavramının TCK m. 241 Bakımından Somutlaştırılması

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, Türk hukukunda tefecilik suçu bakımından failin kazanç elde etme amacıyla hareket etmiş olması yeterli görülmüş, bu kazancın fahiş, aşırı veya açıkça oransız olması aranmamıştır. Oysa buraya kadar açıkladığımız tüm gerekçelerle, kanunda '*kazanç elde etme amacı*' yerine '*edimler arası açık oransızlık*' şartına yer verilmesi çok daha uygun olacaktır.

Şüphesiz ki kanunda bu yönde bir düzenleme yapılması halinde bu defa açık veya aşırı oransızlık olarak ifade edilmek istenen oransızlığın ne olduğu ve ne şekilde belirlenmesi gerektiği konusu tartışmalı hale gelecektir. Hemen belirtelim ki benzer yönde tartışmalar gabinin bir şartı olan ivazlar arasındaki açık nispetsizlik şartı bakımından da yapılmıştır. Gabin hükümlerine ilişkin olarak yapılan bu tartışmalar ve konuyla ilgili içtihatlar açık oransızlığın belirlenmesi bakımından yol gösterici olabilir. Nitekim Almanya'da da ceza mahkemeleri açık oransızlıkla ilgili içtihatlarını oluştururken ALMK m.138'de yer alan gabin hükümlerine ilişkin içtihatlardan faydalanmış ve gabin hükümleriyle ilgili verilen içtihatlarla paralel yönde kararlar vermiştir⁴⁸⁵.

Burada TCK'da açık oransızlık kavramına yer verilmesinin kanunilik ilkesi kapsamında belirli bir ifade olmadığı, dolayısıyla kanunilik ilkesine aykırı olacağı ileri sürülebilir. Gerçekten de Alman ceza hukuku öğretisinde açık oransızlığın ne olduğuna kanunda yer verilmesi gerektiği yönünde görüşler ileri sürülmüştür⁴⁸⁶. Ancak, açık oransızlıkla ilgili net bir belirlemeye kanun metninde yer verilmemesi, kanunilik ilkesine aykırılık anlamı taşımayacaktır. Zira değişen ekonomik hayatın değişen koşullarına göre açık oransızlık kavramı da zamana göre değişkenlik gösterebilir; kanuna dayalı sabit bir oran üzerinden belirleme yapmak eşit ve adaletli olmayan sonuçlara yol açabilir⁴⁸⁷.

⁴⁸⁵ Gugenberger ve Bieneck (Haas), s.2074.

⁴⁸⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s.459 vd.; Hohendorf, Ratenkreditwucher, s.1209; Hohendorf, Individualwucher, s.204.

⁴⁸⁷ Benzer yönde bkz. Sickenberger, Wucher, s.358.

Kaldı ki, gerek 765 sayılı mülga TCK'da ve gerekse 5237 sayılı TCK'da benzer yönde ifadelere yer verilmiştir. Örneğin,765 sayılı TCK m.211'e göre;

*Ceza Kanununun tatbikinde memur sayılanların, kanunen veya nizamen yapmaya veya yapmamaya mecbur oldukları şeyi yapmak veya yapmamak için aldıkları veya başkalarına aldıkları para, hediye ve her ne nam altında olursa olsun sağladıkları diğer menfaatler ile bu maksatla alıp sattıkları veya ihale eyledikleri taşınır ve taşınmaz malların gerçek değeri ile verilip alınan bedel arasındaki **fahiş** fark rüşvet sayılır.*

Yine benzer şekilde 765 sayılı TCK m.522'de suç konusunun değerinin **pek fahiş** olması ortak bir ağırlaştırıcı neden veyahut 5237 sayılı TCK m.145 ve 150/2'de **malın değerinin azlığı** ilgili suçlar bakımından hafifletici bir neden olarak düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki; söz konusu kavramların içi uygulama ve içtihatlarla doldurulmaktadır. Aynı şekilde, tefecilik suçu bakımından önerdiğimiz açık oransızlık kavramının da içinin günün ekonomik koşulları ve gereklilikleri karşısında ve içtihatlar vasıtasıyla doldurulabileceği kanaatindeyiz. Nitekim karşılaştırmalı hukuk bakımından da durum bu şekildedir.

Yukarıdaki açıklamalarımızda ileri sürdüğümüz gerekçelere bağlı olarak, suçun manevi unsuru bakımından özel kastın aranmasının yerinde olmadığını, zira kazanç elde etmek şeklindeki özel kastı belirlemenin ve ceza hukukunun failin saiki ile meşgul olmasının her zaman doğru ve adaletli sonuçlar vermeyeceğini; dolayısıyla tefecilik suçunun genel kastla işlenebilmesini mümkün kılan bir düzenlemeye yer verilmesini ve failin elde ettiği veya elde etmeyi kararlaştırdığı kazancın açıkça oransız olmasına ilişkin bir koşula da suçun maddi unsuru içerisinde yer verilmesi gerektiğini düşünüyoruz⁴⁸⁸.

⁴⁸⁸ Örneğin dolandırıcılık suçu bakımından da benzer yönde bir düzenleme yapılmıştır. Nitekim TCK m.157/1'e göre; "Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin gün kadar adli para cezası verilir." denilerek 'yarar sağlamak' söz konusu suç tipi için özel bir kast olarak değil, suçun maddi unsuru içerisinde ele alınmıştır.

VI. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. Teşebbüs

Tefecilik suçu sırf hareket suçudur. Başka bir söylemle, suçun oluşumu neticenin gerçekleşmesine bağlı değildir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, suçta konu ödünç paranın verilmesiyle suç oluşur ve tamamlanır. TCK m.241 uyarınca fail hakkında ceza tertip edilebilmesi için ayrıca ödünç alınan paranın geri verilmesi veya failin herhangi bir suretle kazanç elde etmiş olması gerekmez. Kanun koyucu, failin sadece kazanç elde etmek amacıyla hareket etmiş olmasını yeterli görmüş, ayrıca kazancın elde edilmiş olmasını aramamıştır. Suçun oluşumu neticenin gerçekleşmesine bağlı olmadığından tefecilik suçu neticesi harekete bitişik bir suç tipidir⁴⁸⁹.

Neticesi harekete bitişik suç tipleri bakımından kural olarak teşebbüs hükümlerinin uygulanamayacağı kabul edilir⁴⁹⁰. Tefecilik suçuna ilişkin bazı hallerde eylemin teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığı sorunu tartışılmalı hale gelebilir. Örneğin fail F, Ö'ye 10.000 TL ödünç para vermek ve 3 ay sonra 20.000 TL geri almak konusunda anlaşmaya varmış olmakla birlikte henüz ödünç parayı vermemiş olabilir. Yahut F, Ö ile vardığı anlaşma neticesinde parayı posta yoluyla göndermiş

⁴⁸⁹ Özbek, Tefecilik, s.38. Suçun teşebbüse elverişli olmadığı yönünde ayrıca bkz. Altıparmak, s.1293; Hafizoğulları ve Özen, s.436. Buna karşın *Birtek*'e göre tefecilik suçu bir mesafe suçu olduğu için teşebbüse elverişlidir. Yazara göre; “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 durumunda da bononun alınıp da söz konusu bedelin bono sahibine ödenmemiş olması gibi durumlarda teşebbüsten söz edilebilir.”Bkz. Birtek, s.36. Ancak biz yazarın verdiği örneklerin tefecilik suçuna teşebbüs için uygun örnekler olmadığı kanaatindeyiz. Her şeyden önce teşebbüsün varlığından bahsedebilmek için failin icra hareketlerine başlamış olması ve elinde olmayan sebeplerle icra hareketlerini tamamlayamamış olması gerekir. Tefecilik suçunun eylem unsuru da ödünç para verme olduğuna ve söz konusu örneklerde fail tarafından ödünç para verme eylemine başlandığına ilişkin herhangi bir icrai davranış bulunmadığına göre teşebbüsten de söz edilemez. Bu örnekler olsa olsa ve koşulları mevcutsa dolandırıcılık gibi başkaca suçlar yönünden değerlendirilebilir.

⁴⁹⁰ Öztürk ve Erdem, s.330; Hakeri, s.429.

ve fakat F'nin elinde olmayan sebeplerle posta Ö'ye ulaşmamış olabilir. Acaba bu gibi hallerde teşebbüsten bahsetmek mümkün olacak mıdır?

Neticesi harekete bitişik suçlar bakımından her ne kadar teşebbüs mümkün değilse de, icra hareketlerinin kısımlara ayrılabilirdiği bazı istisnai haller bakımından teşebbüs hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilir⁴⁹¹. Bu açıklama çerçevesinde örneklerimize geri döndüğümüzde, tefecilik suçunda bazı istisnai hallerde teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesinin mümkün olduğunu düşünüyoruz⁴⁹². Gerçekten de tefecilik teşkil eden sözleşmenin taraflarının bir ödünç para verme ilişkisi kapsamında anlaşmaya varmış olmaları ve ödünç veren tarafından icra hareketlerine başlanmış olması ve paranın ödünç alana örneğin posta yoluyla gönderilmesi buna karşın ödünç verenin elinde olmayan sebeplerle postanın ödünç alan tarafa ulaşmaması halinde teşebbüsten bahsetmek mümkündür.

Buna karşın biz, tarafların sadece konusu tefecilik teşkil eden bir sözleşme konusunda anlaşmaya varmaları halinde teşebbüsten de bahsetmenin mümkün olmadığını düşünüyoruz⁴⁹³. Zira anlaşma halinde ortada eylem unsurunu oluşturan *verme* eyleminin başladığından söz etmek mümkün değildir. Burada sadece taraflar arasında bir ödünç borç para verme anlaşması yapılmış ve fakat henüz sözleşme ifa edilmemiş, bu yönde bir girişim dahi olmamıştır. Dolayısıyla, '*tefecilik anlaşması*' niteliğindeki mutabakatların tefecilik suçunu oluşturmadığını ve yine teşebbüs hükümlerini uygulamanın da mümkün olmadığını söylemek gerekir. Burada dikkat edilmesi gereken ayrım özetle, ödünç alan ile ödünç veren arasında varılan bir anlaşma neticesinde ödünç veren tarafından verme eyleminin icra hareketlerine başlanmış olup olmadığıdır. Fail icra hareketlerine başlamış olmakla birlikte elinde

⁴⁹¹ Öztürk ve Erdem, s.330; Hakeri, s.429.

⁴⁹² Yüksekaya'ya göre; "...tefecilik suçu bir mesafe suçu olduğundan, bu suça teşebbüs mümkündür. İvaz karşılığı verilecek paraya ilişkin bononun imzalanması aşamasında kalması, kredi kartından para çekilmesine rağmen çekilen kısımdan daha az kısmın ödenmemiş olması, vadesi henüz gelmemiş bono yahut çekin alınmasına rağmen, bono ya da çekte yazan miktardan daha az olan kısmın henüz bono yahut çek sahibine ödenmemiş olması gibi durumlarda teşebbüs söz konusu olacaktır..." Bkz. Yüksekaya, <http://www.bayramyuksekkaya.av.tr/docs/004.pdf>, (10.06.2012). Suçun teşebbüse elverişli olduğu yönünde görüş için ayrıca bkz. Erdağ, m.241.Suçun teşebbüse elverişli olmadığı yönünde görüş için bkz. Altıparmak, s.1293.

⁴⁹³ Aksi yönde bkz. Parlar, s.24.

olmayan sebeplerle icra hareketleri kesilmişse teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkün hale gelecektir. Başka bir deyişle, ödünç para vermek konusunda anlaşma yapılmış olmakla birlikte henüz teslim sağlanmadan eylem yani icra hareketleri kesintiye uğramışsa teşebbüsten söz edilebilir⁴⁹⁴. Ödünç alan ile ödünç veren arasında sadece bir anlaşma yapılması buna karşın icra hareketlerine hiç başlanmamış olması halinde ise artık teşebbüs aşamasında kalmış bir suçtan dahi bahsedilemeyecektir.

Kanun koyucu tefecilik mahiyetli bir anlaşmanın cezalandırılmasını arzu etseydi, tıpkı rüşvet suçunda olduğu gibi bunu ayrıca ve açıkça belirtirdi. Gerçekten de, TCK m.252/3 maddesinde; “*Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması halinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.*” denilerek rüşvet anlaşması dahi cezalandırılmıştır. Bizce, tefecilik suçu bakımından böyle bir düzenlemeye gerek de yoktur. Nitekim rüşvet suçu ancak bir kamu görevlisi tarafından işlenebilen, bu suçun işlenmesiyle kamu kurum ve kuruluşlarına olan güven zedeleneceğinden rüşvet anlaşması dahi cezalandırılmak istenmiştir. Oysa tefecilik suçunda durum daha farklıdır. Her ne kadar tefecilik suçu Toplum Karşı Suçlar içerisinde düzenlenmiş olsa da kişilerin malvarlığı aleyhine işlenmektedir. Kamu kurum ve kuruluşlarına güven korunan hukuksal bir değer değildir. Hatta izlenen suç politikası uyarınca ve tefecilik suçu tıpkı rüşvet suçu gibi çok failli bir suç olmasına karşın kanun koyucu ödünç para alan tarafı cezalandırmamaktadır. Buna karşın, rüşvet suçunda hem rüşvet veren ve hem de rüşvet alan cezalandırılmaktadır. Tüm bu gerekçelerle, tefecilik içerikli anlaşmaların cezalandırılmasına ihtiyaç olmadığını düşünmekteyiz.

Hukukumuz bakımından salt tefecilik mahiyetli bir anlaşma yapmak teşebbüs aşamasında kalmış bir suç dahi teşkil etmezken, A1.CK m.291’de bu yönde bir anlaşma yapmak da cezalandırılması gereken bir eylem olarak düzenlenmiştir. Nitekim A1.CK’da ‘*vaat etmek*’ (*Sichversprechenlassen*) de suçun eylem unsuru olarak düzenlenmiştir. Başka bir deyişle, bu yönde bir girişim olmasa da sadece *vaat*,

⁴⁹⁴ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s.857; Özbek, Tefecilik, s.38; Parlar, ss.23-24; Meran, Ekonomik Suçlar, s.32; Meran, Tefecilik, s.111; Yaşar, Gökcan ve Artuç, s.6717.

suçun oluşumu bakımından yeterli görülmüştür⁴⁹⁵. Buna göre maddi çıkarın vaat edilmesiyle dahi suç oluştuğundan suça teşebbüs mümkün değildir⁴⁹⁶.

B. İştirak

Tefecilik suçunun mevcut kanuni düzenlememiz karşısında aslen çok failli bir suç olduğunu yukarıda ifade etmiştik. Gerçekten de, mevcut düzenleme karşısında ödünç para alan kişinin suçun mağduru değil, aslında suçun faili olduğu ve fakat izlenen suç politikası uyarınca cezalandırılmadığını belirtmiştik. Bu kabule göre, tefecilik suçuna iştirake ilişkin tartışmaları çok failli suçlara iştirak kuralları çerçevesinde ele almak gerekir.

Bu noktada karşımıza çıkan ve cevaplanması gereken ilk soru, çok failli suçlarda cezalandırılmayan failin *iştirakçi* sayılarak cezalandırılabilip cezalandırılmayacağıdır. Soruyu daha somutlaştırmak gerekirse; tefecilik suçunda izlenen suç politikası uyarınca kanun koyucu ödünç alan tarafı cezalandırmış değildir. Peki, acaba iştirak hükümlerini işletmek suretiyle ödünç alan tarafın cezalandırılması mümkün kılınabilir mi? Bu soruya verilmesi gereken cevap olumsuzdur⁴⁹⁷. Bu olumsuz yanıtta bir grup yazar tarafından *kanun koyucunun iradesi*, diğer bir grup yazar tarafından ise *kanunilik ilkesi* gerekçe olarak gösterilmektedir⁴⁹⁸. Bize göre de, kanun koyucunun iradesine aykırı bir biçimde, tefecilik suçunda ödünç para alan tarafın iştirakçi sıfatıyla cezalandırılması mümkün değildir. Kanun koyucu izlenen suç politikası uyarınca ödünç para alan tarafın cezalandırılmaması gerektiğini açık bir biçimde zaten belirtmiştir. Bu iradeye aykırı olarak ödünç alan tarafın iştirak hükümleri uyarınca cezalandırılması yoluna gidilemez.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, çok failli suçlarda suça katılan birden çok kişinin varlığı suçun bir unsurudur. Dolayısıyla, çok failli suça iştirak denildiğinden

⁴⁹⁵ Tam da bu sebeple, tefecilik suçu Alman hukukunda tehlike suçları (*Gefährdungsdelikt*) arasında sayılmaktadır. Bkz. Schönke ve Schröder (Stree/Heine), s.2464; Maurach, Schröder ve Maiwald, s.484; Rudolphi, Horn, Samson ve Günther (Hoyer), s.31.

⁴⁹⁶ Rieger, s.25; Bernsmann, strafbarer Wucher, s.459.

⁴⁹⁷ Toroslu, s.308; D. Aydın, s.254. Benzer yönde Yaşar, Gökcan ve Artuk, s.6717.

⁴⁹⁸ Sancar, s.92 vd.; D. Aydın, s.255.

suç tipinde yer alan bu zorunlu kişilerin haricindeki kişilerin de suça katılması akla gelir⁴⁹⁹. Zira tipik fiilde öngörülen kişiler bir araya gelmemişse zaten suçun oluştuğundan bahsedilemez. Tıpkı, rüşvet suçunda rüşvet alan ve rüşvet veren, irtikâp suçunda menfaati alan ve menfaati sağlayan olması gerektiği gibi, tefecilik suçunun oluşabilmesi için ödünç para alan ve ödünç para veren tarafların var olması tipikliğin bir gereğidir. Tipik eylemde öngörülen kişilerden başkaca kişilerin iştiraki halinde ise çok failli suçlara iştirak hükümleri tatbik olanağı bulacaktır.

Çok failli suçlara iştirak bakımından özellik arz eden en önemli husus ise, iştirakin ancak asli failler dışında kalan kişiler tarafından gerçekleştirilebiliyor oluşudur⁵⁰⁰. Buna göre, çok failli suçun zorunlu faillerinin tipik hareketlerine, atipik ve harici hareketlerle katılmak mümkündür. Dolayısıyla, çok failli suçlara iştirak ancak *azmettirme* veya *yardım etme* biçiminde olabilir⁵⁰¹.

Tefecilik suçu her ne kadar çok failli bir suç olarak kabul edilse de bu gerçek birçok failli suç değil, görünüşte çok failli bir suçtur. Nitekim kanun koyucu ödünç para alan tarafı mağdur olarak kabul etmemiş ama cezalandırmak yoluna da gitmemiştir. Dolayısıyla gerçek anlamda, yani rüşvet suçunda olduğu gibi her iki tarafın da cezalandırılmamasından bahisle tefecilik suçuna iştirakin her türü mümkündür⁵⁰². Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur (TCK m.37/1). Örneğin, A ile B'nin ortak sıfatıyla bir faktoring şirketi kurmaları, bu şirket bünyesi faaliyeti kapsamında ödünç para vermeleri, ancak daha sonra faaliyet izninin BDDK tarafından iptal edilmesine rağmen ödünç para verme eylemlerine birlikte devam etmeleri halinde birlikte faillikten bahsedilebilir.

⁴⁹⁹ Sancar, s.

⁵⁰⁰ Sancar, s.230.

⁵⁰¹ Sancar, s.230; D. Aydın, s.255. *Özgenç* de çok failli suçun bir türü olan karşılaşma suçlarına iştirakin azmettiren ve/veya yardım eden olarak olabileceğini ifade etmektedir. Bkz. *Özgenç*, Genel Hükümler, s.448.

⁵⁰² Parlar, s.24; Meran, Ekonomik Suçlar, ss.32-33 ve Meran, Tefecilik, s.111; Birtek, s.36; Yaşar, Gökcan ve Artuk, s.6717; Parlar ve Hatipoğlu, s.3464; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s.857; Özbek, Tefecilik, s.38; Arslan ve Azizağaoğlu, s.1005. Yarg. 4. CD, 02.11.2010 tarih, 2010/20015 E. ve 2010/18056 K. sayılı ilamında tefecilik suçuna yardım etme şeklinde iştirakin bulunup bulunmadığının tartışılması gerektiğini ifade etmiştir.

Tefecilik suçuna azmettiren olarak iştirak de mümkündür. Örneğin A, fail F'nin elinde toplu bir para olduğunu biliyor ve şayet bu parayı faizle ödünç verirse çok para kazanacağı yönünde aslen F'nin aklında olmayan bir suç işleme fikrini ona yerleştiriyorsa, burada A'nın azmettiren sıfatıyla sorumluluğu düşünülebilir. Zira bilindiği gibi azmettirme, hiç suç işleme fikri olmayan kişiye suç işleme kararı verdirerek suç işletmektir⁵⁰³.

Öte yandan, tefecilik teşkil eden eyleme yardım eden sıfatıyla iştirak etmek de mümkündür. Sözgelimi tefecilik suçuna aracılık edilmesi halinde aracının yardım eden sıfatıyla sorumluluğu gündeme gelebilir⁵⁰⁴. Örneğin, acil nakit paraya ihtiyacı olan ve kredi kurumları vasıtasıyla bu ihtiyacını karşılayamayan M, arkadaşı A'nın kendisini tefecilik yapan F'ye yönlendirmesi ile F'den faizle ödünç para almışsa, burada A'nın tefecilik suçuna aracılık etmek suretiyle yardım ettiği ve yardım eden sıfatıyla sorumluluğu düşünülebilir.

Burada yeri gelmişken cevaplanması gereken bir başka soru ise, şerikin de asli maddi fail gibi *kazanç sağlamak amacı* taşıması, yani özel kastla hareket etmesinin gerekip gerekmediğidir. Başka bir söylemle, tefecilik suçunda şerikin de kazanç sağlamak amacıyla hareket etmesi zorunlu mudur, yoksa iştirak hükümlerinin işletilebilmesi için genel kast yeterli midir? Kanaatimizce şerikin katıldığı eylemin bir suç teşkil ettiğini bilmesi ve istemesi, yani genel kast taşıması yeterli olup ayrıca özel kastın varlığını şerik bakımından aramaya gerek yoktur⁵⁰⁵.

⁵⁰³ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Genel Hükümler, s.521. Tefecilik suçuna azmettirme mümkün olsa da bunun ispatında zorluk yaşanabilir. Bu yönde bkz. Yüksekaya, <http://www.bayramyuksekkaya.av.tr/docs/004.pdf>, (10.06.2012).

⁵⁰⁴ Parlar, s.26; Meran, Ekonomik Suçlar, ss.32-33; Yaşar, Gökcan ve Artuk, s.6717; Yüksekaya, <http://www.bayramyuksekkaya.av.tr/docs/004.pdf>, (10.06.2012).

⁵⁰⁵ Aksi yönde görüş için bkz. Parlar ve Hatipoğlu, s.3464. Yazarlar görüşlerini Yargıtay 7. CD'nin 31.05.2004 tarih, 2003/3945 E. ve 2004/7407 K. sayılı bir ilamına dayandırmaktadırlar. Anılı ilama göre; "...Sanıklar A.D. aşamalarda değişmeyen savunmalarında, sanık O.Ç'nin işyerinde ücretli olarak çalışıp, bu sanığın kendisine verdiği görevleri ifa ettiğini belirtmiş olup sanık A.D'nin faizle ödünç para verilmesi olaylarında bir **menfaat temin ettiği** de kanıtlanamadığından mahkûmiyetine yeterli, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği gözetilerek unsurları oluşmayan atılı suçtan beraatine karar verilmesi gerektiği nazara alınmadan yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi yasaya aykırıdır..." Yargıtay'ın bu kararına dayanarak şerikler bakımından da özel kastın varlığını aramak gerektiğini ileri sürmek bizce doğru değildir. Nitekim daha önce de ifade ettiğimiz gibi, suçun

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan bazı durumların tefecilik suçuna iştirak bakımından tartışılmasında fayda görmekteyiz:

Örneğin, kazanç sağlamak amacıyla A'ya ödünç para veren F daha sonra ödünç verdiği parayı ve faizi A'dan geri alamamışsa ve geri almak için C'den yardım istemişse ve C de A'ya parayı ödemesi, aksi takdirde kendisi ve ailesi için iyi olmayacağı gibi tehditlerle F'ye yardım ederse C'nin tefecilik suçuna yardım ettiğinden bahsedilebilecek midir? Yoksa C'nin eylemi bağımsız bir tehdit suçu olarak mı değerlendirilmelidir?

Burada ödünç verilen paranın geri alınmasına yönelik eylemlerin TCK m.39/2-c kapsamında tefecilik suçuna yardım olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Zira yukarıda eylem unsurunda da açıkladığımız gibi tefecilik suçu ödünç paranın verilmesiyle işlenmiş olur. Bu anlamda, neticesi harekete bitişik bir suç tipidir. Bu nedenle, ödünç paranın geri alınmasına yönelik eylemler artık tefecilik suçuna iştirak kapsamında değerlendirilemez. Paranın geri alınmasına yönelik bu tip eylemlerin bağımsız nitelikli bir tehdit suçunu oluşturacağından bahsedilebilir.

Kaldı ki burada, tehdit eden kişinin *yardım eden* sıfatı bile tartışmalıdır. Zira TCK m.39/2 uyarınca; a) Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek, b) Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak, c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak halleri söz konusu olduğunda yardım etmeden bahsedilebilmektedir. Oysa somut örnek bakımından suçun icra hareketi olan ödünç para verme eylemi gerçekleşmiş ve suç tamamlanmıştır. Başka bir deyişle, TCK m.39/2-c anlamında suçun icrasını kolaylaştırmaktan bahsetmek mümkün değildir. Bu açıklamalar çerçevesinde, tefecilik teşkil eden ödünç para verme eyleminin işlenmesinin ardından fail dışındaki kimselerce anaparayı ve faizini geri almaya yönelik olarak gerçekleştirilen tehdidin artık tefeciliğe yardım etmek

oluşumu bakımından kazancın elde edilmesi değil, kazanç elde etme amacıyla hareket edilmiş olması yeterli olduğuna göre, kazanç elde etme amacıyla hareket etmiş olmakla birlikte kazancın elde edilememiş olması halinde de tefecilik suçu oluşmuş olacaktır. Dolayısıyla suçun unsurlarının oluşumu bakımından kazancın elde edilip edilmediği değil, kazanç elde etme amacının olup olmadığına bakılmalıdır ki fail veya şerikteki bu özel kastı tespit etmek de çoğu zaman güçlük arz edecektir. Kaldı ki bahsi geçen kararın 2005 yılı öncesinde verildiği de gözden kaçırılmamalıdır.

suretiyle iştirak içerisinde değerlendirilmesi mümkün görünmemektedir. Burada diğer koşulların da varlığı halinde bağımsız bir tehdit suçundan bahsedilebilir. Kaldı ki, uygulamada da bu eylemler tefecilik suçuna iştirak kapsamında değil, tehdit suçu kapsamında değerlendirilmektedir⁵⁰⁶.

Bir başka örnek de daha önce üzerinde durduğumuz ipotek konusuyla ilgili karşımıza çıkmaktadır. Buna göre örneğin, kazanç sağlamak amacıyla A'ya ödünç para veren F'nin, verdiği bu paraya teminat olarak A'ya ait evi sözgelimi kız kardeşi K üzerine ipotek ettirdiğini düşünelim. Böyle bir durumda A'nın kız kardeşi olan K'nın tefecilik suçuna iştirakinden bahsetmek mümkün olacak mıdır? Burada suçun eylem unsuru olan ödünç para verme eylemi F tarafından gerçekleştirilmiş, ödünç verilen paranın ve elde edilmesi beklenen kazancın teminatı olan ipotek ise K tarafından alınmıştır. Uygulamada sıklıkla başvuru bu yöntemde acaba K'nın cezai sorumluluğundan bahsetmek mümkün müdür? Bu konuyu fail F'nin sorumluluğu yönünden yukarıda incelemiş ve kazanç başkası lehine olsa bile F'nin sorumluluğunun devam etmesi gerektiğini savunmuştuk. K'nın cezai sorumluluğu ile ilgili olarak ise şüphesiz ki K'nın kastı tartışılmalı ve K'nın F'nin gerçekleştirdiği eyleme iştirak iradesinin olup olmadığına bakılmalıdır. Zira iştirak iradesi olmaksızın maddi katkıda bulunan kişi iştirakçi sayılamaz. İştirak kastının söz konusu olabilmesi için belli bir suçun gerçekleştirildiğinin bilinmesi ve istenmesinin yanı sıra kendi davranışı ile başkasının davranışlarına katkıda bulunup suça katkıda bulunmak bilinç ve iradesi gerekir⁵⁰⁷. Şayet K'nın bu yönde bir iştirak iradesinden bahsedilebiliyorsa yardım eden veya azmettiren olarak iştirakinden bahsetmek mümkün olabilir. Aksi takdirde K'nın cezai sorumluluğundan bahsedilemez.

⁵⁰⁶ Bkz. Yarg. 8. CD, 16.02.2009 tarih, 2008/15390 E. ve 2009/2146 K. sayılı ilamı. Buna karşın bazı yerel mahkeme kararlarında aksi yönde kararlar verildiği dikkat çekmektedir. Örneğin İzmir 1* Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2009/*061 E ve 2010/*0 sayılı kararında “...sanıklar A. Ve E'nin müşteki ile doğrudan para ilişkisi bulunmamasına rağmen müşteki ile diğer sanık H. Arasındaki para ilişkisi nedeniyle bir nevi paranın tahsili hususunda sanık H'nin adamları pozisyonunda davrandıkları ve paranın tahsili cihetine gittikleri anlaşılmaktadır. Dolayısıyla sanıklar A ve E'nin eylem ve irade birliği içinde sanık H'nin tefecilik suçuna iştirak ettikleri sonuç ve kanaatine varılmıştır...” (Kişisel Arşiv).

⁵⁰⁷ Aydın, ss.111-112.

Benzer bir diğerk örnek de kredi kartı (POS) tefeciliğinde karşımıza çıkmaktadır. Fail F, kendisine ait bir POS cihazını değil de yan dükkândaki arkadaşı C'nin POS cihazını kullanmak suretiyle eylemi gerçekleştiriyorsa burada C'nin tefecilik suçuna iştirak ettiğinden bahsetmek mümkün olacak mıdır? Sorunun yine yukarıda izah ettiğimiz şekilde iştirak iradesi kapsamında çözülmesi gerekir. Her eylem bakımından C'nin cezai sorumluluğu olduğunu peşinen kabul etmek mümkün değildir.

Hemen ifade edelim ki, Alman hukukunda;

Birden çok kişi, edim veren, aracılık yapan sıfatıyla veya sair bir şekilde katkıda bulunur ve bu şekilde, tüm malvarlığı çıkarları ile tüm karşı edimler arasında belirgin bir ölçüsüzlük ortaya çıkarsa, bu takdirde, diğerk kişinin içinde bulunduğu zor durumu veya sair zayıflığı, kendisi veya üçüncü bir şahıs lehine ölçüsüz derecede malvarlığı çıkarı elde etmekte kullanan her bir kişi hakkında birinci fıkrâ hükmü uygulanır.

denilerek aracılık edenin ve sair her türlü yardımda bulunanın da asli maddi fail gibi cezalandırılacağını ayrıca ve açıkça öngörmüştür (*Additionsklausel*) (Al.CK m.291/1-2). Burada dikkat edilmesi gereken; mağdurun içinde bulunduğu zor durumun her bir fail tarafından sömürülmesi ve yine her bir failin kendisi veya üçüncü bir kişi lehine açıkça oransız bir malvarlığı çıkarı elde etmesidir. Buna karşın, eğer suça iştirak eden kişi, kendisi veya üçüncü kişi lehine açıkça oransız bir malvarlığı çıkarı elde etmeye yönelik davranmamakla birlikte asli maddi failin eyleminin buna yönelik olduğunu biliyor ve suça iştirak ediyorsa iştirake ilişkin genel hükümler geçerli olmalıdır⁵⁰⁸.

⁵⁰⁸ Schönke ve Schröder (Stree/Heine), s.2472; Tröndle ve Fischer, s.2015; Rudolphi, Horn, Samson ve Günther (Hoyer), s.44 vd.; Kindhäuser, Neumann ve Paeffgen (Kindhäuser), s.5213; Laufhütte, Rissing van Saan ve Tiedemann (Hagen Wolff), s.174 vd.; Weber ve Arzt, s.100, prg.290; Gugenberger ve Bieneck (Haas), s.2070; Bernsmann, strafbarer Wucher, ss.470-471; Sickenberger, Wucher, s.102 vd.; Haberstroh, s.268; Bockelmann, ss.134-135; Müller Emmert ve Maier, s.1164; Claus-Wilhelm Canaris, "Der Zinsbegriff und seine rechtliche Bedeutung", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1978, s.1895; **Blei**, ss.813-814; Heinz, s.220.

C. İçtima

5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte tefecilik suçuyla ilgili en tartışmalı konularda birisi zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı meselesi olmuştur. Daha önce de bahsettiğimiz gibi, 90 sayılı KHK hükümleri uyarınca tefecilik suçundan bahsedilebilmesi için suçun süreklilik taşıması gerekiyordu. Yani tek bir ödünç para verme eylemi tefecilik suçunun oluşması için yeterli değildi. Buna karşın TCK m.241 uyarınca tek bir ödünç para verme eyleminin tefecilik suçunun oluşumu bakımından yeterli olacağına yukarıda değinmiştik. Buradan hareketle cevap aranması gereken soru, birden çok ödünç para verme eylemi bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağıdır.

Bilindiği gibi, zincirleme suç düzenleyen TCK m. 43/1 uyarınca;

Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.

Bu maddeden hareketle öğretilerde bazı yazarlar tarafından sadece aynı kişiye farklı zamanlarda birden çok defa ödünç para verilmesi halinde veya aynı anda tek bir eylemle birden çok kişiye ödünç para verilmesi halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği, aksi takdirde yani birden fazla kişiye farklı zamanlarda ödünç para verilmesi halinde ödünç para verme eylemi kadar suçun bulunacağı savunulmaktadır. Kısacası, zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için bir mağdura değişik zamanlarda birden fazla ya da birden fazla mağdura tek eylemle ödünç para verme eyleminin var olması gerektiği öğretilerde savunulan hâkim görüştür⁵⁰⁹.

⁵⁰⁹ Bu yönde bkz. Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, s.857; Özbek, Tefecilik, ss.38-39; Yaşar, Gökcan ve Artuç, s.6717; Malkoç, s.1565; Birtek, s.37; Parlar, s.24; Meran, Ekonomik Suçlar, s.37; Meran, Tefecilik, s.113; Artuç ve Gedikli, s. 261; Yüksekkeya, <http://www.bayramyuksekkaya.av.tr/docs/004.pdf>, (10.06.2012). Aslen yazar tefecilik suçunun oluşabilmesi için faiz karşılığı ödünç para verme eyleminin meslek haline getirilmesi ya da birden fazla kez işlenmesi gerektiği yönündeki 90 sayılı KHK m.9'un uygulanması gerektiğini düşündüğünden, tefecilik suçunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığını

Ancak bize göre failin aynı suç işleme düşüncesi içerisinde farklı kişilere ve farklı zamanlarda kazanç karşılığı ödünç para vermesi halinde de zincirleme suç hükümlerinin varlığından bahsetmek mümkün olabilir. Zira yukarıda da ortaya koyduğumuz gibi, ödünç para alan bu suçun mağduru değildir. Hatta çok failli suç hükümleri gereği ödünç para alan temelde bu suçun failidir. Mevcut kanuni düzenleme karşısında tefecilik suçunun mağduru ödünç para alan değil, toplumun geneli ve Hazine'dir. Tefecilik suçu böyle bir anlayış çerçevesinde kaleme alınmıştır⁵¹⁰. O halde, bu suçun birden çok kişiye karşı işlenmiş olup olmadığının zincirleme suç hükümlerinin uygulanması bakımından bir önemi yoktur. Nitekim kanun koyucu, mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmünün uygulanacağını açıkça belirtmiştir. Tüm bu açıklamalar çerçevesinde ve mevcut kanuni düzenlemeler karşısında, tefecilik suçunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği görüşündeyiz.

Yargıtay da mağdurun toplum veya kamu olduğu suçlarda zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını kabul etmektedir⁵¹¹.

Nitekim Yarg. 4. CD, yakın bir tarihte verdiği kararında, *eylemin birden fazla kişiye karşı işlendiğinin kabul edilmesine karşın zincirleme suç hükümlerinin uygulanmamasını* bozma nedeni olarak kabul etmiştir⁵¹². Anılı kararda birden çok kişiye farklı zamanlarda birden çok defa ödünç para verme eylemi söz konusudur. Bu durumda da Yargıtay zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceğine dikkat çekmiştir⁵¹³.

ileri sürmektedir. *Dündar*'a göre de tefecilik suçunda zincirleme suç hükümleri uygulanamaz. Dündar, s.4.

⁵¹⁰ Nitekim TCK'nın mimarlarından biri olan İzzet Özgenç de açık bir şekilde tefecilik suçunun mağdurunun *toplumu oluşturan ve istikrarlı makroekonomide yararı bulunan herkes* olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Özgenç, Tefecilik, s.553.

⁵¹¹ Yarg. 11. CD, 14.11.2007 tarih, 2006/8473 E. ve 2007/7935 K; 04.07.2007 tarih, 2005/8032 E. ve 2007/4647 K. sayılı ilamları.

⁵¹² Yarg. 4. CD, 09.01.2012 tarih, 2011/56 E. ve 2012/3 K.

⁵¹³ Benzer yönde bkz. Yarg. 4. CD, 01.12.2010 tarih, 2010/14912 E. ve 2010/19777 K. Benzer yönde yerel mahkeme uygulaması için bkz. İzmir 2* Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2009/*89 E. ve 2010/*57 K. sayılı ilamı. Buna karşın İzmir 2* Asliye Ceza Mahkemesi 2009/*87 E. ve 2010/*78 K. sayılı ilamında; "...İddianamede sanığın birden fazla kişiye kazanç elde etmek amacıyla borç para verdiği belirtilerek hakkında TCK 43 maddesinin de uygulanması talep edilmişse de, tefecilik suçunun kazanç

Tefecilik suçunun işlenmesi öncesi ve/veya sonrasında bu suçun işlenmesini kolaylaştırmak yahut işlendikten sonra kazancı elde etmek amacıyla tefecilik suçunun kanuni tanımında öngörülenlerin dışında suç teşkil eden başkaca eylemler gerçekleştirilmişse, artık failin bu suçlardan da ayrıca sorumluluğu gündeme gelebilir. Örneğin, failin kazanç elde etmek amacıyla ödünç para vermesi tefecilik suçunu oluştururken bu kazancı elde etmek amacıyla ödünç para alan taraf üzerinde psikolojik veya fiziksel baskı uygulaması yerine göre cebir ve/veya tehdit suçunu oluşturabilir. Bu durumda her iki suç bakımından gerçek içtima kuralları uygulanacak ve failin hem tefecilik ve hem de cebir/tehditten sorumluluğu söz konusu olacaktır⁵¹⁴. Yahut fail, kazanç elde etmek amacıyla ödünç para vermiş olmanın yanı sıra ayrıca alacağını teminat altına almak için ödünç alan tarafa hile yoluyla veya tehdit uygulayarak senet imzalatmışsa burada senedin yağması veya dolandırıcılık suçları gündeme gelebilir. Bu durumda gerçek içtima kuralları uyarınca failin hem tefecilik suçundan ve hem de dolandırıcılık veya senedin yağması suçlarından sorumluluğu gündeme gelebilecektir⁵¹⁵.

Uygulamada tefecilik suçunun çoğunlukla açığa imzanın kötüye kullanılması (TCK m.209) veya bedelsiz senedi kullanma (TCK m.156) suçları ile birlikte işlendiği dikkati çekmektedir. Örneğin, failin verdiği ödünç paraya karşılık teminat olarak karşı taraftan imzalı boş bir senet alması ve daha sonra bu senedi verilme nedeninden farklı bir şekilde doldurması halinde hem tefecilik ve hem de açığa imzanın kötüye kullanılması suçlarından ayrı ayrı cezalandırılması gerekir. Başka bir deyişle, tefecilik ve açığa imzanın kötüye kullanılması suçu arasında gerçek içtima

elde etmek amacıyla başkalarına borç para vermek olduğu dikkate alındığında, sanık hakkında TCK 43 maddesinin uygulama alanının bulunmadığı kabul edilmiş ve sanık hakkında uygulanmamıştır...” diyerek aksi yönde karar vermiştir (Kişisel Arşiv).

⁵¹⁴ Uygulama da bu şekildedir. İzmir Adliyesi özelinde tefecilik dosyaları üzerinde yapılan genel bir karar araştırmasına dayalı olarak, uygulamanın da bu şekilde olduğunu söylemek mümkündür. Örnek için bkz. İzmir 2* Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2010/*58 E. ve 2011/*52 K. sayılı ilamı (Kişisel Arşiv). Buna karşın aksi yönde uygulama için bkz. İzmir 1* Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2009/*061 E. ve 2010/*0 K. sayılı ilamı (Kişisel Arşiv).

⁵¹⁵ Yüksekaya, <http://www.bayramyuksekkaya.av.tr/docs/004.pdf>, (10.06.2012).

kuralları uygulanacaktır⁵¹⁶. Yine benzer şekilde, tefecilik suçuyla bedelsiz senedi kullanma suçunun birlikte işlenmesi halinde de gerçek içtima kuralları uyarınca hüküm tesis edilmelidir.

Uygulamada en sık rastlanılan durumlardan birisi kazanç karşılığı ödünç verme ilişkisinin taraflar arasında geçerli hukuki bir ilişkiye, örneğin bir mal alım satım akdine dayandığı izlenimi vermek için sahte fatura düzenlenmesidir. Bu durumda failin ayrıca VUK uyarınca sahte fatura düzenlemek ve kullanmak suçundan da sorumluluğu gündeme gelir. Ayrıca yine, tefecilik suçu kapsamında gerçeğe aykırı bir biçimde evrak düzenlenmesi halinde özel evrakta veya resmi evrakta sahtecilik suçları da gündeme gelebilir.

Şayet failin eylemleri nitelik ve nicelik olarak adeta bir banka gibi yoğunlaşmışsa artık burada failin tefecilik suçundan değil, Bankacılık Kanunu m.150 uyarınca izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçundan dolayı sorumluluğu doğacaktır. O halde, tefecilik suçu ile izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçu arasındaki fark, eylemin sayı ve nitelik bakımından yoğunluğuyla ilgilidir. Faizle borç para verme eylemleri bankacılık faaliyetinde bulunma boyutuna ulaştıysa izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçu, aksi takdirde ise tefecilik suçu akla gelmelidir⁵¹⁷.

VII. MUHAKEME

Tefecilik suçuna ilişkin muhakemeyi hem soruşturma evresinde yapılan işlemler ve hemde kovuşturma evresi ve sonrası açısından değerlendirmekte fayda vardır. Soruşturma evresinde neredeyse bu suça özgülenmiş, uygulamada geliştirilmiş, ancak yasada tanımlanmayan bir delil toplama yöntemine başvuruluyor olması, kovuşturma evresinde ise gerek katılma kararları ve gerekse temyiz açısından değerlendirme yapılması gerektiği düşüncesindeyiz.

⁵¹⁶ Bu yönde İzmir 2* Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2009/*42 E. ve 2009/*035 K. sayılı ilamı (Kişisel Arşiv).

⁵¹⁷ Karakehya, ss.82-83.

A. Soruşturma Evresi

1. Zabıta Araştırması Yapılması

Zabıta araştırması, tefecilik suçuna ilişkin olarak yaşanan ispat zorluklarını bertaraf edebilmek amacıyla uygulamada gelişmiş bir delil toplama ve ispat yöntemidir. Gerçekten de zabıta araştırması, uygulamada mahkemeler tarafından tefecilik suçunun tespit edilmesinde önemli bir delil olarak kabul edilmektedir. Buna göre, soruşturma veya kovuşturma makamları tarafından failin yaşadığı ve işlerini yürüttüğü çevrede ilgili kolluk birimi marifetiyle tahkikat yapılmakta ve şüpheli/sanığın bu çevrede tefecilik faaliyeti yürütüp yürütmediği, 'tefeci' olarak tanınıp tanınmadığı yine o muhitte yaşayan ve/veya çalışan kimselere sorulmakta ve bu suretle bir zabıta araştırma raporu hazırlanarak dosyaya sunulmaktadır.

Uygulamada gelişen bu delil toplama ve ispat yöntemi Yargıtay içtihatlarında da yerini bulmuştur. Gerçekten de Yargıtay önceki tarihli kararlarında, tefecilik suçunun tespit edilebilmesi için zabıta araştırması yapılması gerektiğini, aksi halin yani zabıta araştırması yapılmaksızın mahkûmiyet hükmü tesis edilmesinin bozma nedeni olacağını ifade etmektedir⁵¹⁸.

Zabıta araştırmasına ilişkin delil toplama ve ispat yöntemi esasen, 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği 01.06.2005 öncesi ve sonrasında işlenen tefecilik eylemleri bakımından ayrı ayrı ele alınmalıdır.

5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği 01.06.2005 öncesinde 90 sayılı KHK uyarınca tefecilik suçunun unsurları içerisinde *süreklilik* ve *suçu meslek edinmiş olma* yer almaktaydı. Tam da bu sebeple, şüpheli/sanığın tefecilik teşkil eden eylemi sürekli bir şekilde icra edip etmediği veya meslek haline getirip getirmediğinin tespiti gerekmekte ve bu sebeple yaşadığı ve iş hayatını sürdürdüğü çevrede tahkikat

⁵¹⁸ Yarg.7. CD, 28.6.2004 tarih, 2003/9395 E. ve 2004/9069 K. sayılı ilamı için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası. Ayrıca bkz. Yarg. 7. CD, 11.04.2007 tarih, 2004/17311 E. ve 2007/2525 K; 24.06.2008 tarih, 2005/15060 E. ve 2008/15850 K; 16.11.2009 tarih, 2007/14128 E. ve 2009/14003 K; 19.11.2009 tarih, 2007/3838 E. ve 2009/13552 K sayılı ilamları.

yapılmaktaydı. Tabiri caizse şüpheli/sanığın o çevrede nasıl bilindiği hususu şüpheli/sanığı tanıyan kişi ve/veya kişilere sorulmaktaydı⁵¹⁹.

Hemen ifade edelim ki; bu şekildeki bir delil toplama yöntemi bizce masumiyet karinesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Uygulamada *zabıta araştırması* denilen tutanaklarda yer alan bilgi, '*şüpheli/sanığın tefecilik yaptığıının çevrede bilindiğine*' dairdir. Oysa bu bilgilerin kimlerden elde edildiğinin söz konusu tutanağa yazılması, gerektiğinde bu kişilerin tanık sıfatıyla dinlenilebilmesi, soru sorma hakkının sağlanabilmesi, yüz yüzelik ilkesinin tesis edilebilmesi ve böylelikle bu beyanların inandırıcılığının ve güvenilirliğinin saptanabilmesi bakımından önem taşımaktadır. Aksi takdirde '*şüpheli/sanığın tefecilik yaptığıının çevrede bilindiği*' şeklindeki bir zabıta araştırmasının doğruluğunun ve güvenilirliğinin test edilebilmesi olanağı da kalmayacaktır. Böyle bir delile dayalı olarak mahkûmiyet hükmü tesis etmek de açıkça masumiyet karinesinin ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelecektir⁵²⁰.

Kaldı ki, '*zabıta*' ile ifade edilen esasen '*kolluk*'tur ve kolluk da yürütmeye bağlıdır. Tefecilik suçunda suçtan doğrudan doğruya zarar görenin hazine olarak kabul edildiği de göz önünde bulundurulduğunda, zabıta araştırması esasen '*müdahil idarenin tahkikatı*'dır⁵²¹. Üstelik bu delil toplama yöntemine CMK'da rastlamak mümkün değildir. Kimden toplandığı açıkça belli edilmeyen, bu nedenle de güvenilirliğini test etme imkanı bulunmayan, kim oldukları belirlenemediği için tanık olarak mahkeme karşısına da getirilmesi mümkün olmayan kişilerin beyanlarının CMK 217. maddesinin açık hükmü karşısında delil olarak kabul edilebilmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Böyle bir tahkikata dayalı olarak mahkûmiyet hükmü tesis edilmesi masumiyet karinesi, silahların eşitliği ve adil yargılanma ilkelerine aykırılık teşkil edecektir.

⁵¹⁹ Yarg. 7. CD, 16.11.2009 tarih, 2007/14128 E. ve 2009/14003 K. sayılı ilamında, '*zabıta araştırmasının bu işin meslek haline getirilip getirilmediğinin tespiti bakımından gerekli olduğunu*' açık bir şekilde dile getirmiştir.

⁵²⁰ Benzer yönde bkz. Özbek, Tefecilik, s.39.

⁵²¹ Gerçekten de Yarg. 7. CD, 18.02.2002 tarih, 2002/1464 E. ve 2002/1816 K. sayılı ilamında zabıta araştırması için '*müdahil idarenin tahkikatı*' ifadesini kullanmıştır.

Nitekim CMK 206/2-a hükmü açıktır. Bu hükme göre "*Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse*" reddedilecektir. Hakim CMK 217/1-2. maddesi uyarınca;

(1) *Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir.*

(2) *Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.*

Görüleceği üzere, mahkumiyet kararı verebilmek için suçun hukuka uygun bir delilin hakim karşısında tartışılması suretiyle ispatlanmış olması gerekecektir. Özellikle de savunmanın bu delili tartışabilme ve gerçekdışı olduğunu kanıtlayabilmesine imkan tanınmalıdır. Oysa Kanun'da yer alan delil toplama yöntemlerinden hiçbirine uygun olmayan ve bu nedenle de baştan hukuka uygun olmayan zabıta tahkikatına konu bilgiler kaynağı, elde edilmiş biçimi, bilgi verenlerin bu konudaki bilgilerinin nerden kaynaklandığı ve doğruluğunun hakim karşısında tartışılabilmesi olanağı yoktur. Bu açıklamalar ışığında, zabıta araştırması marifetiyle elde edilen bilgilerin hukuka aykırı elde edilmiş delil olduğunu ve hükme esas teşkil edemeyeceğini söylemek gerekir.

5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde işlenen eylemlere ilişkin olarak ise kanaatimizce artık şüpheli/sanığın tefecilik yaptığının çevrede bilinip bilinmediğine yönelik bir zabıta araştırması yapmaya gerek kalmamıştır. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz gibi zabıta araştırmasının asıl amacı, 90 sayılı KHK'ya göre suçun unsuru olarak kabul edilen *süreklilik ve meslek edinmiş olma* unsurlarının tespit edilebilmesine yöneliktir. Oysa 5237 sayılı TCK m.241 bakımından süreklilik veya suçlu meslek edinmiş olma tefecilik suçunun maddi unsurları içerisinde yer almamaktadır. Başka bir deyişle, kazanç elde etmek amacıyla tek bir defa ödünç para vermek de suçun oluşumu bakımından yeterlidir. Kaldı ki, suçun süreklilik taşıması veya meslek edinilmiş olması suçun nitelikli hali olarak da kabul edilmiş değildir. Hal böyleyken, 2005 sonrası dönemde işlenen tefecilik suçunun tespiti bakımından zabıta araştırması yönünde bir zorunluluk ve gereklilik de bulunmamaktadır⁵²².

⁵²² Hemen ifade edelim ki; İzmir Adliyesi özelinde tefecilik dosyaları üzerinde yapılan genel bir karar araştırmasına dayalı olarak, bazı yerel mahkeme kararlarında tefecilik suçlarıyla ilgili olarak zabıta araştırması yapılmaya devam edildiği ve sanığın tefecilikle iştiğal ettiğine ilişkin emniyet araştırmasının delil olarak kabul edildiği tespit edilmiştir. Örnek için bkz. İzmir 6. Asliye Ceza

Zabıta araştırmasının yanı sıra özellikle sanıktan ele geçen ticari defter ve kambiyo senetleri üzerinde yapılan araştırmalar ve yine bu senetlerden borçlu olduğu anlaşılan kişilerin tanıklıkları da tefecilik suçunun tespiti bakımından uygulamada sıklıkla başvurulan yöntemlerdendir⁵²³.

2. Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Karara İtiraz

Tefecilik suçu sebebiyle yapılan soruşturma neticesinde CMK m.171 uyarınca kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi halinde bu karara karşı itiraz meselesi gündeme gelecektir. CMK m.173/1 uyarınca; *“Suçtan zarar gören, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde, bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesine itiraz edebilir.”*

Bu madde uyarınca tefecilik suçu sebebiyle yapılan soruşturma neticesinde verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair karara suçtan zarar gören tarafından itiraz edilmesi gerekir. Yukarıda suçun mağduru kısmında da açıkladığımız gibi, Yargıtay’ın yerleşik içtihatları uyarınca tefecilik suçunda suçtan zarar gören Maliye Bakanlığı (Hazine) olduğundan bu kararlara karşı ödünç para alan değil, Hazine tarafından itiraz edilmesi mümkündür.

Mahkemesi’nin 2010/*27 E. ve 2012/*83 K.; İzmir 5. Asliye Ceza Mahkemesi’nin 2010/*90 E. ve 2010/*99 K.; İzmir 7. Asliye Ceza Mahkemesi’nin 2012/*34 E. ve 2012/*36 K.; İzmir 8. Asliye Ceza Mahkemesi’nin 2010/*20 E. ve 2011/*50 K. sayılı ilamı (Kişisel Arşiv). Tefecilik suçunun ispatı bakımından zabıta araştırmasından yararlanılması gerektiği yönünde görüş için bkz. Uğur, s.68.

⁵²³ Yarg. 7. CD, 29.12.1998 tarih, 1998/10842 E. ve 1998/11441 K.; 17.06.2003 tarih, 2002/23458 E. ve 2003/4982 K. sayılı ilamı için bkz. Yaşar, Gökcan ve Artuk, s.6726. Yargıtay son dönemde verdiği bazı kararlarında tefecilik suçu sebebiyle yapılan soruşturma aşamasında; tarafların tacir olmaları halinde ticari defterlerinin ve banka kayıtlarının incelenmesi ve bilirkişi raporu alınması gerektiğini ifade etmektedir. Bu yönde bkz. Yarg.5. CD, 27.09.2012 tarih, 2012/7144 E. ve 2012/9558 K.; 27.09.2012 tarih, 2012/5696 E. ve 2012/9561 K. sayılı ilamları.

B. Kovuşturma Evresi

1. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Tefecilik suçu şikâyete tabi bir suç değildir. Dolayısıyla, tefecilik suçunun işlendiğini haber alan Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma resen yapılır. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev Yetkileri Hakkında Kanun uyarınca tefecilik suçlarına bakmakla görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesi'dir (m.11).

Davaya bakma yetkisi ise CMK m.12/1 uyarınca suçun işlendiği yer mahkemesi olduğuna göre ve tefecilik suçu da ödünç paranın verilmesiyle işlendiğine göre, ödünç paranın verildiği yer Asliye Ceza Mahkemesi suça bakmakla yetkilidir⁵²⁴.

Şayet, ödünç para verilmesi posta yoluyla veya banka havalesi yoluyla gerçekleştirilmişse; örneğin fail F, İzmir ilinden Ankara'ya ödünç parayı posta yoluyla göndermişse acaba İzmir mi, yoksa Ankara mahkemeleri mi yetkili olacaktır? Suçun eylem unsuru ödünç para verme olduğuna ve suça konu ödünç para failin hâkimiyet alanından İzmir ilinde çıktığına göre suçun işlendiği yer olarak İzmir ilinin kabul edilmesi ve dolayısıyla yetkili mahkemenin İzmir mahkemesi olduğunu söylemek gerekir.

Tefecilik suçunun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi de mümkündür. 02.07.2012 tarihi öncesinde haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar söz konusu olduğunda CMK m.250 ile görevli özel görevli ağır ceza mahkemeleri bu suçlara bakmakta ve CMK m.251 ve 252'de yer alan özel yargılama usulleri ile soruşturma ve kovuşturmayı yürütmekte idi. Buna göre şayet tefecilik suçu, haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş ise bu suçlar da CMK m.250 ile görevli ağır ceza mahkemelerince kovuşturulmaktaydı. 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun'un⁵²⁵ 105/6 maddesi ile CMK'nın 250, 251 ve 252'nci maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır. Buna karşın, CMK m.250 uyarınca

⁵²⁴ Yaşar, Gökcan ve Artuç, s.6719.

⁵²⁵ Bkz.05.07.2012 tarih ve 28344 sayılı RG.

soruşturulacak ve kovuşturulacak suçlar 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 10'uncu maddesine monte edilmiştir. Başka bir deyişle, artık haksız ekonomik çıkar elde etmek amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen tefecilik suçları 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'na göre soruşturulacak ve kovuşturulabilecektir.

2. Davaya Katılma

Kamu davasına katılmayı düzenleyen CMK 237/1'inci maddesi;

"(1) Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler." hükmünü amirdir.

Yukarıda suçun mağduru kısmında da ayrıntıları ile açıkladığımız üzere Yargıtay tefecilik suçunda suçtan zarar gören olarak Maliye Bakanlığı'nı (Hazine) görmektedir. Bu nedenle CMK 237/1. maddesi ile Yargıtay'ın bu değerlendirmesi üst üste konulduğunda davaya katılma hakkı da ancak hazineye aittir.

3. Kanun Yoluna Başvurma Hakkı

CMK 260/1'inci maddesi kanun yoluna başvurma hakkına sahip olanları açıkça belirlemiştir. Söz konusu madde hükmüne göre;

*"(1) Hâkim ve mahkeme kararlarına karşı Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık ve bu kanuna göre **katılan sıfatını almış olanlar** ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar için kanun yolları açıktır."*

Görüleceği üzere, sanık ve cumhuriyet savcısı dışında kanun yoluna başvurabilmek açısından "katılan" sıfatını almış olmak gerekmektedir. Bu yönüyle bakıldığında yukarıda yapılan açıklamalar ışığında Yargıtay'ın yönlendirmesi ile suçtan zarar görenin yalnızca hazine olduğu kabul edildiğine ve katılma hakkı yalnızca hazineye tanındığına göre kanun yoluna başvurma yani kararı temyiz etme hakkı da yalnızca Hazine'ye ait olacaktır.

Mevcut durumda, ödünç para alan suçtan zarar gören olarak kabul edilmediği için bu kişilerin katılma veya kanun yollarına başvurma haklarının bulunmayacağını söylemek yanlış olmayacaktır.

Bu kişiler yönünden kanun yoluna başvurabilmenin tek yolu katılma isteğinde bulunmalarına rağmen bu istemin karara bağlanmamış olması veya reddedilmiş olması görünmektedir. Ancak böyle bir durumda da katılma talebi reddedilen ödünç para alan kişinin kararı temyiz etmesi tamamen usuli bir sonuç doğuracak ve Yargıtay'ın yerleşik içtihatları doğrultusunda Yargıtay tarafından bu kişilerin katılan sıfatını almalarının mümkün olmaması nedeniyle temyiz istemlerinin reddedileceğini düşünmek gerçeğe uygun düşecektir.

4. Temyiz İncelemesini Yapacak Mercî

Tefecilik suçu ile ilgili temyiz incelemesi ise Yargıtay 5. Ceza Dairesi tarafından yapılmaktadır. 5237 sayılı TCK'nın 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmesinden önce tefecilik suçlarına bakmakla Yargıtay 7. Ceza Dairesi görevli idi⁵²⁶. 7. Ceza Dairesi 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra bir süre daha bu görevini sürdürmüştür⁵²⁷. Bunun nedeni 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra da yürürlük öncesi eylemler için lehe kanun ilkesi gereği 90 sayılı KHK ve 2279 sayılı Kanun'un uygulanmasını gerektiren haller bulunmasıdır.

Daha sonra Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun 12.05.2011 tarih ve 2011/1 sayılı kararı ile Yargıtay daireleri arasındaki iş bölümü yeniden belirlenmiş ve bu kez

⁵²⁶ Yarg. 4. CD, 11.05.2009 tarih, 2009/9626 E. ve 2009/8993 K; 09.03.2009 tarih, 2008/20632 E. ve 2009/4211K; 18.02.2009 tarih, 2008/22110 E. ve 2009/2872 K; 26.12.2008 tarih, 2008/21476 E. ve 2008/22797 K; 22.12.2008 tarih, 2008/19515 E. ve 2008/22604 K; 30.05.2007 tarih, 2007/5487 E. ve 2007/5190 K; 18.02.2009 tarih, 2008/22110 E. ve 2009/2872 K; 22.03.2010 tarih, 2008/21039 E. ve 2010/4804 K; 08.03.2010 tarih, 2008/21176 E. ve 2010/3504 K; 15.12.2010 tarih, 2010/22417 E. ve 2010/21401 K; 12.07.2010 tarih, 2010/18199 E. ve 2010/13538 K sayılı ilamları.

⁵²⁷ Yarg. 4. CD, 13.04.2010 tarih, 2010/8703 E. ve 2010/6732 K; 24.05.2010 tarih, 2010/12615 E. ve 2010/10128 K; 23.02.2010 tarih, 2009/24241 E. ve 2010/3078 K; 05.02.2010 tarih, 2009/10280 E. ve 2010/1405 K; 24.02.2010 tarih, 2008/23418 E. ve 2010/5131 K; 13.04.2010 tarih, 2008/21179 E. ve 2010/6730 K; 24.03.2010 tarih, 2008/23379 E. ve 2010/5132 K; 29.03.2010 tarih, 2008/8986 E. ve 2010/5371 K; 24.03.2010 tarih, 2008/20230 E. ve 2010/5133 K; 31.03.2009 tarih, 2009/5205 E. ve 2009/6172 K; 09.03.2009 tarih, 2008/20632 E. ve 2009/4211 K sayılı ilamları.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi tefecilik suçuna bakmakla görevli ceza dairesi olarak belirlenmiştir⁵²⁸. Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin bu görevi 09.02.2012 tarihine kadar devam etmiştir.

Son olarak ise, Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun 09.02.2012 tarih ve 2012/1 sayılı kararı ile Yargıtay daireleri arasındaki iş bölümü yeniden değiştirilerek bu kez tefecilik suçlarına bakmakla görevli daire olarak Yargıtay 5. Ceza Dairesi belirlenmiştir⁵²⁹. O halde an itibarıyla, tefecilik suçlarına ilişkin temyiz incelemesini yapmaya Yargıtay 5. Ceza Dairesi görevlidir.

VIII. YAPTIRIM

A. Gerçek Kişiler Bakımından

1. Hapis Cezası

5237 sayılı TCK yürürlüğe girmeden önce tefecilik suçu hakkında altı aydan iki yıla kadar hapis cezası kabul edilmişti (2279 sayılı Kanun m.17/1). 5237 sayılı TCK'nın 241'inci maddesinde ise tefecilik suçu için iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Görüleceği üzere, TCK m.241 ile tefecilik suçu için eskiye oranla çok daha yüksek bir hapis cezası kabul edilmiştir. Suç için 2005 öncesi kabul edilen hapis cezasının üst sınırı olan iki yıl, TCK m.241 ile cezanın alt sınırı haline getirilmiş ve tefecilik suçunun cezası önemli ölçüde arttırılmıştır. Kaldı ki, 2005 yılı öncesi dönemde tefecilik suçunun oluşumu birden çok kişiye sürekli ve sistematik olarak faiz karşılığı borç para vermek iken, 2005 yılı sonrasında kazanç sağlamak

⁵²⁸ Karar, 02.06.2011 tarih ve 27952 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Yarg. 7.CD, 15.12.2011 tarih, 2009/21154 E. ve 2011/25695 K; 21.11.2011 tarih, 2009/20759 E. ve 2011/20388 K; 12.12.2011 tarih, 2009/19187 E. ve 2011/25606 K; 12.12.2011 tarih, 2009/20678 E. ve 2011/25256 K; 12.12.2011 tarih, 2009/18898 E. ve 2011/25607 K; 23.11.2011 tarih, 2009/18369 E. ve 2011/21200 K; 23.11.2011 tarih, 2009/16038 E. ve 2011/21198 K; 24.11.2011 tarih, 2009/16718 E. ve 2011/21478 K; 23.11.2011 tarih, 2009/17085 E. ve 2011/21197 K; 08.12.2011 tarih, 2009/18291 E. ve 2011/24342 K; 24.11.2011 tarih, 2009/2832 E. ve 2011/21477 K; 12.12.2011 tarih, 2009/9353 E. ve 2011/25180 K. sayılı ilamları.

⁵²⁹ Karar, 14.02.2012 tarih ve 27846 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

amacıyla tek bir ödünç para verme eylemi de suçun oluşumu bakımından yeterlidir. Başka bir söylemle, 2279 sayılı Kanun m.17’de öngörülen altı aydan iki yıla kadar hapis cezası birden çok eylem bakımından öngörölmüş bir yaptırım iken TCK m.241’de öngörölen iki yıldan beş yıla hapis cezası tek bir ödünç para verme eylemi bakımından kabul edilmiştir. Bu noktadan bakıldığında da TCK ile birlikte tefecilik suçu için öngörölen cezanın önemli ölçüde arttırıldığını söylemek gerekir⁵³⁰.

Tefecilik suçu için TCK m.241’de öngörölen hapis cezası benzer suçlar için öngörölen hapis cezalarına göre de oransızdır. Örneğin, dolandırıcılık suçunun basit hali için bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörölmüştür. Oysa dolandırıcılık suçunun haksızlık içeriği tefecilik suçuna göre çok daha yoğundur. Nitekim dolandırıcılık suçunda failin hileli yollara başvurmak suretiyle mağduru aldatması ve bu suretle onun veya başkasının zararına ve kendisi veya başkası lehine bir yarar sağlaması söz konusudur. Buna karşın, tefecilik suçunda ödünç para alanın aldatılması söz konusu değildir. Hatta kanun koyucu ödünç para alanın zor durumda, zaruret halinde bulunmasını dahi aramış değildir. Tabiri caizse “*alan razı satan razı*”dır. Hal böyleyken, haksızlık içeriği daha yoğun olmasına rağmen, dolandırıcılık suçu için öngörölen hapis cezasının alt sınırı tefecilik suçu için öngörölen hapis cezasının alt sınırının yarısı oranındadır.

Yine benzer bir suç tipi olan izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçu ile kıyaslandığında da tefecilik suçu için öngörölen yaptırımın açıkça ölçüsüz olduğu göze çarpmaktadır. Zira izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma, mevduat veya katılım fonu kabul etme bakımından öngörölen yaptırım üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ve beşbin güne kadar adli para cezasıdır (BanK. m.150/1). Tefecilik suçu için ise iki yıldan beş yıla hapis ve beşbin güne kadar adli hapis cezası

⁵³⁰ Burada yeri gelmişken hemen belirtmek gerekir ki; suçun işlendiği an ödünç para verme anı olduğuna göre, 2279 sayılı Kanun m.17 mi yoksa TCK m.241’in mi tatbik edileceği hususunun tespitinde ödünç para verme tarihi esas alınmalıdır. Şayet ödünç para verme tarihi 01.06.2005 öncesi ise suçun unsurlarının tespiti bakımından 90 sayılı KHK hükümleri ve cezanın tespiti bakımından 2279 sayılı Kanun m.17’nin tatbiki gerekirken, ödünç para verme tarihi 01.06.2005 sonrası ise gerek suçun unsurlarının ve gerekse cezanın tespiti bakımından dikkate alınması gereken düzenleme TCK m.241 olacaktır. Zira 90 sayılı KHK ve 2279 sayılı Kanun hükümleri sanığın daha lehine düzenlemeler ihtiva etmekte olup Yargıtay’ın uygulaması da bu yöndedir.

öngörülmüştür (TCK m.241). Anlaşılacağı üzere, izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma ile tefecilik suçları bakımından öngörülen hapis cezasının üst sınırı ve adli para cezası aynıdır. Oysa yukarıda belirttiğimiz üzere, izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçu eylem bakımından tefeciliğe göre çok daha yoğundur. Bu anlamda haksızlık içeriği büyük bir ihtimalle daha fazladır. Durum böyleyken, bu iki suçu neredeyse aynı yaptırıma bağlamak doğru bir kanun yapma tekniği değildir. Bu anlamda TCK m.241’de tefecilik için öngörülen ceza TCK m.3/1’de yer alan adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesine açıkça aykırıdır. Zira TCK’nın 3/1 maddesinde; *“Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.”* denilmiştir.

Öte yandan, Türk hukukunda tefecilik suçu için öngörülen yaptırım, diğer birçok ülkenin tefecilik suçu için öngördüğü yaptırma göre de oldukça fazladır. Örneğin, Almanya’da tefecilik suçunun basit hali için üç yıla kadar hapis veya adli para cezası, Avusturya’da üç yıla kadar hapis cezası veya 360 güne kadar adli para cezası, İsviçre’de beş yıla kadar hapis veya adli para cezası, İsveç’te iki yıla kadar hapis veya adli para cezası, Finlandiya’da ise iki yıla kadar hapis veya adli para cezası öngörülmüştür⁵³¹. Buradan da hareketle, tefecilik suçu için TCK m.241’de öngörülen yaptırımın karşılaştırmalı hukukta tefecilik suçu için öngörülen yaptırımlara oranla da fazla olduğu anlaşılmaktadır.

2. Adli Para Cezası

Kanun koyucu, tefecilik suçu için hapis cezasının yanı sıra aynı zamanda beş bin güne kadar adli para cezası da öngörmüştür. Hemen ifade edelim ki; adli para cezası hapis cezasına seçimlik olarak değil hapis cezasıyla birlikte uygulanacak bir yaptırım olarak kabul edilmiştir. Oysa yukarıda da ortaya koyduğumuz üzere tefeciliği suç olarak ceza kanunlarında düzenleyen ülkelerin birçoğunda bu suç için adli para cezası, daha az bir miktarda ve hapis cezasına seçimlik olarak öngörülmüştür.

⁵³¹ Diğer ülkelerdeki düzenlemeler ile ilgili olarak yukarıda ‘*Karşılaştırmalı Hukukta Tefecilik Suçu*’ başlığı altında ayrıntılı bilgi vermiştik. Bunun için bkz. s.82 vd.

Adli para cezasının hesaplanmasında gün para cezası sistemi uyarınca öncelikle kaç gün üzerinden para cezası uygulanacağına karar verilir. Bu belirleme yapılırken TCK'nın 61'inci maddesi dikkate alınmalıdır. Buna göre, suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araçlar, suçun işlendiği zaman ve yer, suçun konusunun önem ve değeri, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı, failin güttüğü amaç ve saiki göz önünde bulundurulur. Örneğin, çok yüksek meblağları yine çok yüksek faiz karşılığı ödünç veren ve bunu bir meslek haline getirmiş sanık ile bir veya birkaç defaya mahsus az miktarda ödünç para veren ve yine çok da fahiş olmayan kazanç elde eden sanığın durumunun eşit olduğundan bahsedilemeyecektir. Burada artık her iki sanık bakımından ayrı gün sayısı belirlenmelidir.

Gün sayısının belirlenmesinin ardından, hükmedilecek para cezasının miktarı günlük en az 20 en çok 100 TL olmak üzere belirlenir. Bu belirleme yapılırken sanığın ekonomik ve diğer kişisel durumları göz önünde bulundurulmalıdır. Son olarak ise belirlenen gün sayısı ile günlük belirlenen Türk Lirası çarpılmak suretiyle uygulanacak adli para cezası tespit edilir. Tespit edilen bu adli para cezasının taksitler halinde ödenmesi mümkündür. Ancak taksit süresi iki yılı geçemez ve taksit miktarı dörtten az olamaz (TCK m.52/4).

3. Yargılama Neticesinde Verilebilecek Diğer Kararlar

a. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması (CMK m.231/5 vd)

Tefecilik suçu bakımından öngörülen hapis cezasının alt sınırı iki yıldır. Sanık hakkında hiçbir indirim sebebi uygulanmasa bile sadece alt sınırdan ceza tayin edilse bile diğer şartların da varlığı halinde hükümün açıklanmasının geri bırakılması⁵³² mümkün hale gelebilecektir⁵³³.

⁵³² Bilindiği gibi, hükümün açıklanmasının geri bırakılması Türk hukuk literatürüne ilk defa 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK) m. 23 ile girmiştir. Daha sonra 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı Kanun'un 23'üncü maddesiyle 5271 sayılı CMK'nın 231'inci maddesine 5 ila 14'üncü fıkralar olarak eklenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Z. Özen İnci, "Ceza Muhakemesinde Yeni Bir Açılım: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması", **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl:72, Sayı:3, Temmuz 2007, s.247 vd. 08.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren 23.01.2008 tarihli Değişiklik Kanunu ile de

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması için;

- Sanığın daha önceden kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,
- Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,
- Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi şartlarının bir arada gerçekleşmesi gerekir (CMK m.231/6).

Yukarıda bahsi geçen şartlardan mağdurun veya kamunun uğradığı zararın giderilmesini tefecilik suçu özelinde tartışmaya değer görüyoruz. Acaba tefecilik ile ilgili olarak sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı

maddenin uygulama alanı genişletilmiş, hükmolunan iki yıl ve daha az süreli hapis cezaları ve şikâyete bağlı olmayan suçlar bakımından uygulanabilir hale getirilmiştir.

⁵³³ Yargıtay özellikle CMK m.231'in yürürlüğe girmesinin akabinde verdiği birçok kararında, tefecilik suçu bakımından 231'inci maddenin tatbik edilip edilmeyeceğinin tartışılması gerektiğinden bahisle çok sayıda bozma kararı vermiştir. Yarg. 7. CD, 21.02.2008 tarih, 2005/10158 E. ve 2008/1702 K; 15.03.2011 tarih, 2011/2057 E ve 2011/2513 K; 26.03.2008 tarih, 2007/1538 E. ve 2008/6794 K; 06.03.2008 tarih, 2006/17263 E. ve 2008/3596 K; 06.03.2008 tarih, 2006/16999 E. ve 2008/3635 K; 21.02.2008 tarih, 2006/10940 E. ve 2008/1605 K; 18.11.2009 tarih, 2007/7902 E. ve 2009/13346 K; 21.11.2011 tarih, 2009/20171 E. ve 2011/20392 K; 21.11.2011 tarih, 2009/17470 E. ve 2011/20390 K; 16.11.2011 tarih, 2009/16456 E. ve 2011/19178 K; 17.05.2011 tarih, 2009/8561 E. ve 2011/6552 K; Yarg. 4. CD, 14.10.2008 tarih, 2008/15879 E. ve 2008/18374 K; 14.10.2008 tarih, 2008/15880 E. ve 2008/18406 K; 19.11.2008 tarih, 2008/9641 E. ve 2008/20830 K; 18.02.2009 tarih, 2008/23393 E. ve 2009/2786 K; 19.01.2009 tarih, 2008/21175 E. ve 2009/142 K; 15.06.2009 tarih, 2009/11902 E. ve 2009/11882 K; 15.07.2009 tarih, 2009/15723 E. ve 2009/14340 K; 15.07.2009 tarih, 2009/15724 E. ve 2009/14328 K; 08.07.2009 tarih, 2009/16325 E. ve 2009/13833 K; 12.10.2009 tarih, 2009/16797 E. ve 2009/15955 K; 28.09.2009 tarih, 2009/18441 E. ve 2009/14865 K; 02.10.2009 tarih, 2009/20869 E. ve 2009/15321 K; 23.11.2009 tarih, 2009/23566 E. ve 2009/19346 K; 16.11.2009 tarih, 2009/23669 E. ve 2009/18654 K; 20.04.2009 tarih, 2009/8704 E. ve 2009/7761 K; 30.03.2009 tarih, 2009/5974 E. ve 2009/6067 K; 18.02.2009 tarih, 2008/23393 E. ve 2009/2786 K; 21.12.2010 tarih, 2010/28872 E. ve 2010/21282 K; 14.10.2010 tarih, 2010/21976 E. ve 2010/16738 K; 14.10.2010 tarih, 2010/21975 E. ve 2010/16732 K; 29.09.2010 tarih, 2009/18288 E. ve 2010/14988 K; 06.04.2010 tarih, 2010/6227 E. ve 2010/6258 K; 31.03.2010 tarih, 2010/4666 E. ve 2010/5867 K; 20.01.2010 tarih, 2009/25610 E. ve 2010/433 K; 27.04.2010 tarih, 2010/7153 E. ve 2010/8178 K; 16.06.2010 tarih, 2010/13203 E. ve 2010/11796 K; 13.10.2010 tarih, 2010/17937 E. ve 2010/16631 K.

verilebilmesi için mağdurun veya kamunun giderilmesi gereken bir zarardan bahsedilebilir mi?

Her şeyden önce, madde metnindeki ‘zarar’ ifadesinden sadece maddi zararın anlaşılması gerekir. Manevi nitelikteki zararlar CMK m.231/6-c kapsamında yer alan zarar kavramı içerisinde değerlendirilemez⁵³⁴. Buradan hareketle, işlenen suç sonucu somut bir maddi zarar doğmamış olsa, sadece manevi bir zararın söz konusu olduğu söylene bile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi mümkündür⁵³⁵.

Daha önce fail-mağdura ilişkin yaptığımız açıklamalarda da dile getirdiğimiz ve eleştirdiğimiz üzere; tefecilik suçu aslen çok failli bir suç tipi olarak öngörülmüştür. Nitekim bu düzenlemeye göre, ödünç para alan taraf suçun mağduru değil, ‘izlenen suç politikası uyarınca cezalandırılmayan’ faildir. Suçun mağduru ise aslen toplumun geneli, ekonomik hayatın güvenli ve sağlıklı işleyişi ve Hazine’dir. Dolayısıyla, öğretilerde bazı yazarlarca ileri sürüldüğü gibi⁵³⁶, ödünç alanın faile geri ödediği faiz miktarının hükmün açıklanmasının geri bırakılması için giderilmesi gereken zarar olduğu yönündeki görüşlere katılmıyoruz.

Peki, tefecilik suçunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için *kamu lehine* giderilmesi gereken somut bir maddi zarardan bahsedilebilir mi?

Tefecilik suçu topluma karşı suçlar içerisinde düzenlenmiş bir suç tipidir. Topluma karşı bazı suçlarda herhangi somut bir maddi zarardan bahsedilmesi mümkün değildir⁵³⁷. Öte yandan, bu suçla korunmak istenen hukuksal değer,

⁵³⁴ Yarg. 4. CD, 06.10.2009 tarih, 2009/20741 E. ve 2009/15644 K. sayılı ilamı.

⁵³⁵ Yarg.5. CD, 06.03.2012 tarih, 2011/9446 E. ve 2012/1556 K; YCGK, 19.02.2008 tarih, 2006/6 MD-346 ve 2008/25 K. sayılı ilamları.

⁵³⁶ *Parlar*’a göre ise, ödünç para alan kimsenin maddi zararlarının giderilmiş olması gerekir. Bkz. *Parlar*, s.25. Yine *Meran*’a göre de, tefecilik suçunda zarar, yalnızca ödünç paranın verildiği dönemdeki yasal faizi aşan kısımdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılabilmesi için bu zararın ödünç para alana ödenmesi gerekir. Bkz. *Meran*, *Ekonomik Suçlar*, s.63. Benzer yönde bkz. *Yaşar*, *Gökcan ve Artuk*, s.6718.

⁵³⁷ Örneğin Yarg.5. CD’nin 06.03.2012 tarih, 2011/9446 E. ve 2012/1556 K. sayılı ilamına göre; “...mühür bozma suçu topluma karşı suçlar arasında yer alıp, kamu idaresinin mühür koymaya yönelik iradesine karşı işlenmesi nedeniyle, mühür bozma eyleminin meydana getirdiği bir zarardan söz edilemeyeceğinden, yasal koşulları, suçun özelliği de değerlendirilerek irdelenmeden, sabıkası da

ekonomik hayatın güvenli ve sağlıklı işleyişi ile toplumun genelinin menfaatleridir. Gerek maddenin düzenleniş biçimi ve gerekse kanunda düzenlendiği yer dikkate alındığında bu durum açıkça anlaşılmaktadır. Hal böyleyken belirlenebilir nitelikte, somut bir maddi zararın varlığından bahsetmek de mümkün görünmemektedir. Yargıtay bir içtihadında, suçla korunan hukuksal değerın devletın vergi kaybına uğramasının engellenmesi olduğunu ifade etmiştir⁵³⁸. Bu karar öğretide bazı yazarlar tarafından yorumlanmıştır. Buna göre, suçla korunan hukuksal değer, devletın vergi kaybına uğramasının engellenmesi olarak kabul edilse bile, tefecilik eylemi sonucu elde edilen gelir zaten vergiye tabi olacaktır⁵³⁹; dolayısıyla yine bir vergi kaybindan söz edilemeyecektir⁵⁴⁰. Bize göre ise tefecilik suçuyla korunan hukuksal değere, vergi kaybının önlenmesi gibi dar bir anlam yüklemek doğru bir yaklaşım değildir. Şayet bu suçla korunmak istenen hukuksal değer sadece vergi kaybının önlenmesi olsa idi; bu suça TCK’da değil, vergi kaçakçılığı suçlarında olduğu gibi VUK’da yer verilirdi. Kaldı ki, tefecilik suçuyla korunan hukuksal değerın ve zararın sadece vergi kaybına indirgenmesi başkaca sorunlara da yol açacaktır. CMK m.231/6-c’de yer alan zarar kavramının belirlenebilir ve ölçülebilir olması gerekir⁵⁴¹. Oysa tefecilik suçu sonucunda oluşan veya oluşması muhtemel vergi borcunu tam ve doğru olarak

bulunmadığı halde zararı gidermemiş olması ve koşulları bulunmadığından denilerek yasal ve olmayan ve yetersiz gerekçeyle CMK m.231 uygulanmaması...” nı bozma nedeni yapmıştır. Öte yandan topluma karşı suçlardan olan müstehcenlik suçunda da herhangi bir mağdurdan bahsedilemediğinden, başka bir söylemle suç mağdursuz suç sayılacağından, somut bir zararı belirlenebilmesi mümkün değildir, bu sebeple zararın giderilmesi koşulu aranmamalıdır. Bkz. Veli Özer Özbek, **Müstehcenlik Suçu**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s.105.

⁵³⁸ Bu yönde Yarg. 4. CD, 23.11.2011 tarih, 2009/21672 E. ve 2011/22022 K. sayılı ilamı için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

⁵³⁹ Vergi Usul Kanunu (VUK) m.9/2 uyarınca; “*Vergiye doğuran olayın kanunlarca yasak edilmiş bulunması mükellefiyeti ve vergi sorumluluğunu kaldırmaz.*” Nitekim yasal izin alınmadan ödünç para verilmesi sonucunda elde edilen gelir de vergiye tabidir. Bkz. Kalaycı, s.28; Cem Barlas Arslan, “Kanunda Suç Sayılan Faaliyetlerin Vergilendirilmesi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl:3, Sayı:27, Kasım 2008, s.130. Dan.7 D, 12.02.2001 tarih, 2000/1719 E. ve 2001/375 K; 30.11.1999 tarih, 1998/3614 E. ve 1999/3953 K. sayılı ilamı.

⁵⁴⁰ Benzer yönde bkz. Meran, Ekonomik Suçlar, s.63.

⁵⁴¹ Yarg. 4. CD, 05.10.2009 tarih, 2009/13696 E. ve 2009/15351 K; 15.12.2008 tarih, 2008/15793 E. ve 2008/21761 K; 27.04.2009 tarih, 2009/1415 E. ve 2009/7920 K. sayılı ilamları için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

belirleyebilmek her zaman çok da mümkün olmayacaktır. Tefecilik teşkil eden eylemler genellikle kayıt dışı yapılmaktadır ve vergi borcu da aslen sanık, müşteki ve tanıkların beyanı üzerinden tespit edilmektedir. Gerçekten de, tefecilik faaliyeti sonucunda kararlaştırılan veya elde edilen faiz gelirlerinin tespiti dahi oldukça güçleşmekte bunun için ödünç alan, ödünç veren ve bu işlere aracılık eden veya tanık olan kişilerin beyanlarına başvurulmaktadır⁵⁴². Bu beyanlarla tespit edilen vergi borcu her zaman kesin ve güvenilir olmayacaktır. Yine VUK m.9 uyarınca yasak eylemlerin vergilendirilmesi vergi hukukunun konusudur. Yasak eylemlerin vergilendirilmesine ceza hukuku kapsamında sonuçlar bağlamak, aslen sanık lehine olarak getirilmiş bir kurum olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunu zorlama yorumlarla sınırlandırmak ve uygulanamaz hale getirmek demek olacaktır. Açıklandığı üzere, tefecilik faaliyeti nedeniyle belirlenebilir somut, kesin ve net bir zarardan söz etmek mümkün olmayacağından mağdurun veya kamunun uğradığı zararın giderilmesi şartı, tefecilik suçunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi bakımından zorunlu bir şart değildir⁵⁴³.

b. Erteleme (TCK m.51)

Tefecilik suçu sebebiyle hükmolunan sonuç hapis cezasının iki yıl veya daha az süreli olması halinde uygulanabilecek bir diğer hüküm ise ertelemedir (TCK m.51). Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına nazaran ertelemenin uygulama şartları daha geniştir. Buna göre tefecilik suçu sebebiyle iki yıl veya daha az hapis

⁵⁴² Kalaycı, s.38.

⁵⁴³ Hemen ifade edelim ki; İzmir Adliyesi özelinde tefecilik dosyaları üzerinde yapılan genel bir karar araştırmasına dayalı olarak, bazı yerel mahkeme kararlarında tefecilik suçlarıyla ilgili olarak mağdurun veya kamunun uğradığı zararın giderilip giderilmediğine ilişkin bir değerlendirme yapılmaksızın hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları verildiği tespit edilmiştir. Örnek için bkz. İzmir 2* Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2009/*42 E. ve 2009/*035 K.; İzmir 2* Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2009/*186 E. ve 2010/483 K.; İzmir 2* Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2010/*63 E. ve 2011/*2 K.; İzmir 2* Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2009/*25 E. ve 2009/*84 K.; İzmir 2* Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2010/*96 E. ve 2011/*91 K. sayılı ilamı. Buna karşın bazı kararlarda yerel mahkemeler hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermek için zararın giderilmiş olması koşulunun varlığına dikkat çekmişlerdir. Bkz. İzmir 2* Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2008/*43 E. ve 2009/*7 K. sayılı ilamı (Kişisel Arşiv).

cezasına mahkûm olan sanık, şayet daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş, suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaat oluşmuşsa hükmolunan hapis cezasının ertelenmesine karar verilebilir. Ertelemeye karar verilmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir⁵⁴⁴. Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın giderilmesi ile ilgili olarak yukarıda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin yaptığımız açıklamalara bakılmalıdır.

c. Adli Para Cezasına Çevirme

Bilindiği üzere, hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezası olarak adlandırılmaktadır. Kısa süreli hapis cezaları, sanığın kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa suçun işlenmesindeki özelliklere göre çeşitli seçenek yaptırımlara çevrilebilir. Adli para cezası da kısa süreli hapis cezalarının çevrilebileceği bu seçenek yaptırımlardan bir tanesidir.

Tefecilik suçunun ve cezasını düzenleyen TCK m.241’de yukarıda da belirttiğimiz gibi, hapis cezası ve adli para cezası seçimlik olarak değil, tam tersi birlikte uygulanacak yaptırımlar olarak öngörülmüştür. Nitekim kanun koyucu “*iki yıldan beş yıla kadar hapis VE beş bin güne kadar adli para cezası*” diyerek bu iradesini açıkça ortaya koymuştur. Burada kanun koyucu hapis cezasının yanında zaten adli para cezası öngörmüştür. Bu durumda hapis cezasının yine de adli para cezasına çevrilmesi mümkün olabilecek midir?

Yapılacak yargılama neticesinde hükmedilen sonuç ceza bir yıl veya daha az olursa işbu hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesi mümkün olabilecektir. Zira TCK m.50/2’ e göre; “*Suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek*

⁵⁴⁴ Burada dikkat çekmek istediğimiz husus, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi için mağdurun veya kamunun uğradığı zararın giderilmesi zorunlu bir koşul iken, erteleme bakımından bu şart zorunlu değildir. Nitekim kanun koyucu ‘...*bağlı tutulabilir*...’ diyerek bu iradesini ortaya koymuştur. Bkz. İnci, s.275, 263.

olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adli para cezasına hükmedilemez.” denilmektedir. Bu maddeden de açıkça anlaşıldığı üzere, hapis ve adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü ve buna rağmen hapis cezasına hükmedildiği hallere münhasır olarak artık bu hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesi mümkün olmayacaktır. Aksi takdirde, yani hapis cezası ve adli para cezasının birlikte öngörüldüğü hallerde bir yıl veya daha az süreli sonuç cezanın adli para cezasına çevrilmesi imkân dâhilindedir. Hapis cezasının adli para cezasına çevrilme ve hesaplanma usulü ile ilgili olarak yukarıda adli para cezası başlığı altında yaptığımız açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz.

4. Müsadere

a. Genel Olarak

Bilindiği üzere müsadere, 5237 sayılı TCK sistematğine göre, ceza olarak değil, güvenlik tedbiri olarak 54 ve 55’inci maddelerde düzenlenmiştir. Nitekim 54’üncü maddede eşya müsaderesine, 55’inci maddede ise kazanç müsaderesine ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

Tefecilik suçu bakımından müsadere hükümlerinin uygulanabilmesi mümkün olmakla birlikte müsaderenin kapsamının ne olduğu tartışmalıdır. Acaba sadece kazanç teşkil eden miktar mı müsadere edilmeli, yoksa fail tarafından ödünç alan tarafa verilen ve suçun maddi konusunu oluşturan para yani anapara da müsadere edilebilmeli midir? Aşağıda bu konuları *‘kazancın müsaderesi’* ve *‘anaparanın müsaderesi’* olarak iki ayrı başlık altında inceleyeceğiz.

b. Kazancın Müsaderesi

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, tefecilik suçunun oluşumu kazancın elde edilmiş olmasına bağlı değildir. Şüphesiz ki, kazanç elde edilmiş olmasa da suç oluşacak ancak kazancın müsaderesi mümkün olmayacaktır. Şayet suç sonucunda kazanç elde edilmişse TCK m.55/1’de yer alan kazanç müsaderesi hükümleri

uyarınca kazancın müsadere edilebilmesi gündeme gelecektir. Kazanç müsaderesini düzenleyen TCK m.55/1'e göre;

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.

Kazanç müsaderesinin konusunu ekonomik değer taşıyan her türlü menfaat oluşturabilir⁵⁴⁵. Nitekim kanun koyucu kazanç müsaderesinin konusunu, suçun işlenmesi ile elde edilen, suçun konusunu oluşturan veya suçun işlenmesi sonucu ortaya çıkan maddi menfaatler olduğunu belirtmiştir. İşte tefecilik suçu sonucunda elde edilen maddi menfaatler de kazanç müsaderesine konu olabilir. Kazancın ekonomik değer taşıyan para, kıymetli maden veya hisse senedi gibi kıymetli evrak olmasının arasında fark yoktur. Suçla elde edilen maddi menfaat olarak kabul edilen bu değerlerin hepsi, kazanç müsaderesine tabi tutulabilir. Hemen belirtelim ki; suç sonucu elde edilen maddi menfaat başka değerlere dönüştürüldüyse yine kazanç müsaderesi hükümlerinin uygulanması mümkün olacaktır. Örneğin, fail tefecilik suçu sonucunda kazancı altın olarak elde etmiş ise bunun müsaderesi de söz konusu olabilecektir.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer konu ise kazanç müsaderesinden bahsedebilmek için suç sonucu elde edilen bu maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilmemiş olması gerektiğidir. Daha önceki açıklamalarımızda da ortaya koyduğumuz gibi, mevcut kanuni düzenlemeye göre tefecilik suçunda ödünç para alan suçun mağduru olarak kabul edilemez⁵⁴⁶. Bu kabule göre, müsadere hükümlerinin uygulanması için kazancın ödünç alan tarafa iade edilmiş olmasına gerek yoktur. Bu suçta mağdur, devletin bir kurumu olduğuna göre, iadenin de bu kuruma yapılmış olması gerekir ki kazanç müsaderesi hükümleri uygulanmasın⁵⁴⁷.

⁵⁴⁵ Doğan Gedik, **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Müsadere**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s.204.

⁵⁴⁶ Aksi yönde bkz. Parlar, s.24; Yaşar, Gökcan ve Artuk, s.6718.

⁵⁴⁷ Sedat Bakıcı, **5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s.1115. Yazara göre çok faili bir suç tipi olan rüşvet suçunda her iki tarafa da suçun faili olduğu için iade söz konusu olmayıp müsadere mümkündür. *Certel* ise, mağduru gayri muayyen

Buna karşın acaba fail elde ettiği kazancı elinden çıkarmışsa başvurulabilecek bir yol var mıdır? TCK m.55/2'ye göre; “*Müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere el konulmadığı veya bunların merciine teslim edilemediği hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilir.*” Görüleceği üzere, kazanç müsaderesine konu olan maddi menfaatin başka bir değere dönüştürülmeksizin, harcanması, tüketilmesi veya yok edilmesi halinde **kaim değer müsaderesi** hükümleri uyarınca kazanç müsaderesine konu maddi menfaate karşılık gelen değerın müsaderesine karar verilebilecektir⁵⁴⁸. Daha basit bir ifadeyle, suç sebebiyle elde edilen maddi menfaat tüketilmişse, yok edilmişse ve bu sebeple el konulamıyor ya da müsadere edilemiyorsa, o zaman mahkeme elde edilen şeyin değeri kadar bir paranın sanık tarafından ödenmesine karar verebilir⁵⁴⁹. Kaim değerin müsaderesine dair kararların nasıl infaz edileceği ise Suç Eşyası Yönetmeliği'nin 16/f maddesinde gösterilmiştir. Buna göre;

Müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere el konulmadığı veya merciine teslim edilmediği hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine ilişkin verilen kesinleşmiş karar örneği mahkemesince doğrudan bulunduğu yerin en büyük mal memurluğuna gönderilir. Bu kararların infazı, 21/07/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre yapılır.

Belirtelim ki öğretide de hâkim görüş; tefecilik suçu sonucunda her ne nam altında olursa olsun elde edilen kazancın müsadere edilebileceği yönündedir⁵⁵⁰.

olan suçlar bakımından maddi menfaatin iade olanağı bulunmadığını ve suçla elde edilen kazancın her zaman müsadere edilebileceğini savunmaktadır. Bkz. Abdülkadir Certel, **Müsadere**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s.49.

⁵⁴⁸ Gedik, s.215; Sinan Genç, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Müsadere**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya, 2009, s.92; Abdullah Batuhan Baytaz, **Türk Ceza Hukukunda Müsadere (TCK m.54-55)**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009, s.97; Aysun Dalkılıç, **Türk Ceza Hukukunda Müsadere**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011, s.92.

⁵⁴⁹ Adem Sözüer, “Alman Hukukunda Müsadere Yaptırımı”, **Polis Dergisi**, Yıl:9, Sayı:36; Temmuz-Ağustos-Eylül 2003, s.399.

⁵⁵⁰ Parlar, s.24; Yaşar, Gökcan ve Artuk, s.6718; Malkoç, s.1565; Özgenç, Tefecilik, s.553; Dündar, s.4; Altıparmak, s.1293; Yüksekaya, <http://www.bayramyuksekkaya.av.tr/docs/004.pdf>, (10.06.2012). Söz konusu bu düzenleme karşısında VUK 9/2 maddesinin yürürlükten kaldırılması gerektiği; aksi takdirde suçtan kaynaklanan bir gelir unsurunun hem müsadere ve hem de müsadere

c. Anaparanın Müsaderesi

Müsadereye ilişkin öğretilerde yaşanan asıl ayrılık, suçun maddi konusunu oluşturan ve fail tarafından ödünç verilen paranın, yani anaparanın da müsadere edilip edilemeyeceği noktasındadır. Öğretilerde bazı yazarlar, kazancın yanı sıra ödünç verilen paranın da müsadere edilebileceğini belirtmektedirler⁵⁵¹. Ancak biz bu görüşe iştirak etmemekte ve tefecilik suçunun maddi konusunu oluşturan ve fail tarafından ödünç verilen paranın gerek TCK m.54 ve gerekse m.55 kapsamında müsadere edilemeyeceğini düşünmekteyiz. Şöyle ki;

Eşya müsaderesinin düzenlendiği TCK m.54/1'e göre;

İyiniyetli 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.

Şüphesiz ki fail tarafından ödünç verilen paranın (anapara) da suçun işlenmesinde kullanıldığı veya suçun işlenmesine tahsis edildiği düşünülebilir ve bu çerçevede müsadere edilebileceği ileri sürülebilir. Ancak hemen ifade edelim ki; öğretilerdeki hâkim görüş paranın eşya sayılamayacağı ve eşya müsaderesine konu olamayacağı yönündedir⁵⁵². Kaldı ki 54'üncü maddenin sözünden de '*paranın eşya sayılamayacağı*' yönünde bir sonuca ulaşmak mümkündür. Nitekim maddenin birinci fıkrasında '*eşya*' denilmiş, ikinci fıkrada ise "*birinci fıkra kapsamına giren eşyanın ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir surette imkânsız kılınması halinde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının*

edilecek bu değer üzerinden vergi alınması söz konusu olacaktır. Bu konuda görüş ve öneri için bkz. Hasan Aykın ve Banu Okumuş, "Vergilendirilmiş Her Kazanç Kutsal Mıdır?", **Vergi Sorunları**, Sayı:231, Aralık 2007, ss.148-149.

⁵⁵¹ Özgenç, Tefecilik, s.553; Birtek, s.41; Dündar, s.4; Altıparmak, s.1293; Yüksekaya, <http://www.bayramyuksekkaya.av.tr/docs/004.pdf>, (10.06.2012). Yazar bunu bir örnekle açıklamıştır: "...aylık 2 birim kazanç karşılığı 10 birim para verilmiş ve 3 ay kazanç ödenmiş ise, müsadere edilecek olan para 16 birim, eğer hiç kazanç ödenmemiş ise müsadere edilecek olan para miktarı 10 birimdir..."

⁵⁵² Zeki Hafizoğulları, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri" **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:65, Sayı:1, Kış 2007, s.97; Genç, s.57.

müsaderesine karar verilir.” denilmiştir. Şayet birinci fıkra kapsamı içerisinde yer alan eşya kavramına para da dâhil olsaydı ikinci fıkroda tekrar paradan bahsedilmezdi. Bu açıklamalar karşısında anaparanın zaten 54’üncü madde kapsamında eşya müsadere sinin konusunu oluşturamayacağı söylenebilir.

Öte yandan tefecilik suçunun maddi konusunu oluşturan anaparanın bir an için 55/1 anlamında eşya olarak kabul edilmesi halinde dahi müsadere sine karar verilememelidir. Zira bu yönde bir karar, orantılılık ilkesine de aykırı olacaktır. Bilindiği gibi TCK m.3/1’de; *“Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.”* Yine eşya müsadere sine orantılılık ilkesini düzenleyen m.54/3’te; *“Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsadere sine hükmedilmeyebilir.”* denilmiştir. Tefecilik suçunu işlediği sabit olan sanık hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ve yine beş bin güne kadar adli para cezası öngörülmüştür. Yine şayet bu suç sonucunda elde ettiği bir kazanç söz konusuysa yukarıda da ifade ettiğimiz gibi bu kazancın müsadere si de mümkündür. Kaldı ki, tefecilik faaliyeti sonucu elde edilen gelirle ilgili olarak VUK m.9 uyarınca vergi dahi tahakkuk ettirilmektedir. Tüm bu cezai ve vergisel yaptırımlar da göz önünde bulundurulduğunda, anaparanın da ayrıca müsadere edilebileceğini kabul etmek, orantılılık ilkesine açıkça aykırı olacaktır. Nitekim müsadere de orantılılık ilkesi uyarınca, eşya müsadere sinin hakkaniyete aykırı bir şekilde katlanılmayacak sonuçlar doğurması halinde müsadere den vazgeçilmelidir⁵⁵³. Özellikle sanığın ekonomik anlamda mahvına ya da büyük bir ekonomik kaybına neden olacak durumlarda, orantılılık ilkesi üzerinde önemle durulması gerekir⁵⁵⁴.

Öte yandan, anaparanın TCK m.55 kapsamında yer alan kazanç müsadere si hükümleri kapsamında da müsadere sinin olanaklı olmadığını söylemek gerekir. TCK m.55’e göre; *“Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya*

⁵⁵³ Gedik, s.95; Certel, s.27; Genç, s.80; Baytaz, s.83.

⁵⁵⁴ Certel, s.28. Orantılılık ilkesi sadece eşya müsadere si bakımından kabul edilmiştir. Kazanç müsadere si söz konusu ise hâkimin burada bir takdir yetkisi yoktur ve haksız kazancın tamamını müsadere etmelidir. Bkz. Certel, s.52; Dalkılıç, s.64.

dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsaderesine karar verilir.”

Kazanç müsaderesinin konusu eşya değil, suçla ilgili olan maddi menfaatler yani ekonomik kazançlardır⁵⁵⁵. Tefecilik suçunun maddi konusu anaparadır. Ancak tefecilik suçu bakımından suçun maddi konusunu oluşturan anaparanın maddi bir menfaat olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Uygulamada suçun konusunu oluşturan maddi menfaatlere örneğin hırsızlık suçu bakımından çalınan şey, dolandırıcılık suçu bakımından elde edilen yarar, rüşvet suçunda sağlanan maddi menfaat vs. gösterilmektedir⁵⁵⁶. Tefecilik suçu bakımından da ödünç para verme eylemi neticesinde elde edilen maddi menfaat, yani kazanç bu kavramlara denk düşmektedir. Kısacası her ne kadar anapara suçun maddi konusunu oluşturuyor olsa da, anaparanın maddi menfaat olarak kabul edilmesi mümkün olmadığından kazanç müsaderesi kapsamında müsadere edilebileceği de söylenemez.

Tüm bu açıklamalar neticesinde biz, tefecilik suçunda diğer şartların da mevcut olması halinde elde edilen kazancın müsadere edilebileceğini, buna karşın fail tarafından ödünç verilen paranın, başka bir söylemle anaparanın müsadere edilemeyeceğini savunuyoruz.

B. Tüzel Kişiler Bakımından

Bilindiği üzere, 5237 sayılı TCK'da tüzel kişiler bakımından cezai değil, güvenlik tedbiri sorumluluğu öngörülmüştür.

TCK m.242'de; *“Bu bölümde yer alan suçların işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.”* denilmiştir.

TCK m.60 uyarınca;

(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.”

⁵⁵⁵ Gedik, s.203; Genç, s.84; Baytaç, s.89.

⁵⁵⁶ Gedik, s.208; Certel, s.49; Genç, s.87; Baytaç, s.91; Dalkılıç, s.91.

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

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

(4) Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır.

Söz konusu hükümler kapsamında tefecilik suçunun bir özel hukuk tüzel kişisi bünyesinde işlenmesi halinde faaliyet izninin iptali ve müsadere hükümlerinin uygulanması mümkündür⁵⁵⁷.

IX. ZAMANAŞIMI

Zamanaşımına ilişkin açıklamaların 01.06.2005 öncesi ve sonrasında işlenen eylemlere göre ayrı ayrı ele alınması gerekir. 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği 01.06.2005 öncesinde tefecilik suçu için 2279 sayılı TCK'nın 17'inci maddesinde altı aydan iki seneye kadar hapis ve temin ettikleri menfaatin beş misli ağır para cezası öngörülmüştü. Bu dönemde mülga 765 sayılı TCK'nın zamanaşımına ilişkin hükümleri geçerli olup, zamanaşımı söz konusu Kanun'un 102/4 maddesi uyarınca belirlenmekteydi. Buna göre, tefecilik suçu için geçerli olan asli zamanaşımı süresi beş sene idi. Ayrıca 765 sayılı TCK'nın 104'üncü maddesinin ilk fıkrasında zamanaşımını kesen hallere yer verilmiş, ikinci fıkrasında ise bu hallerden birisi mevcut olsa dahi, zamanaşımı süresinin 102'inci maddede öngörülen zamanaşımı sürelerine yarısının eklenmesiyle hesaplanacak süreyi geçemeyeceği kabul edilmişti. Buna göre 2005 yılı öncesi tefecilik suçu hakkında uygulanan zamanaşımı süresi 765 sayılı TCK'nın 102/4 ve 104/2 hükümleri uyarınca 7,5 (5+2,5) yıldır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, bu dönemde tefecilik suçu temadi teşkil eden bir suç ve suç tarihi de en son borç para verme tarihi olduğundan, zamanaşımı süresinin hesaplanmasında bu tarih dikkate alınmaktaydı.

5237 sayılı TCK'da ise zamanaşımı süreleri değiştirilmiştir. TCK m. 66/1-e uyarınca, beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda zamanaşımı süresi sekiz yıl olarak öngörülmüştür. 5237 sayılı TCK'nın

⁵⁵⁷ Arslan ve Azizağaoğlu, s.1005; Yaşar, Gökcan ve Artuk, s.6718; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, Özel Hükümler, ss.857-858; Meran, Ekonomik Suçlar, s.43; Parlar, s.25; Birtek, s.40; Altıparmak, s.1293; Erdağ, m.242.

67'nci maddesinde dava zamanaşımını kesen hallere yer verilmiş ve bu hallerden birisinin varlığı halinde zamanaşımı süresinin en fazla kanunda belirlenen sürenin yarısı kadar uzayacağı belirtilmiştir. Buna göre 2005 yılı sonrası tefecilik suçu ile ilgili zamanaşımı süresi 12 (8+4) olabilir.

Görüleceği üzere, 2005 yılı öncesindeki tefecilik suçunun dava zamanaşımı, 5237 sayılı TCK hükümlerine göre daha lehedir. Tam da bu sebeple, 2005 yılı öncesinde işlenen ve 2005 yılı sonrasında Yargıtay'ca karara bağlanan çok sayıda tefecilik suçu hakkında lehe kanun hükümleri uyarınca düşme kararı verilmiştir⁵⁵⁸.

⁵⁵⁸ Örneğin Yarg. 7. CD, 27.10.2011 tarih, 2009/12480 E. ve 2011/18053 K; 06.12.2011 tarih, 2009/4762 E. ve 2011/23835 K; 24.11.2011 tarih, 2009/4875 E. ve 2011/21925 K; 23.11.2011 tarih, 2009/5042 E. ve 2011/21510 K; 01.11.2011 tarih, 2009/5200 E. ve 2011/18618 K; 01.11.2011 tarih, 2009/4267 E. ve 2011/18611 K; 22.11.2011 tarih, 2009/4355 E. ve 2011/21167 K; 02.11.2011 tarih, 2009/4401 E. ve 2011/18690 K; 31.10.2011 tarih, 2009/4402 E. ve 2011/18557 K; 01.11.2011 tarih, 2009/4403 E. ve 2011/18606 K; 01.11.2011 tarih, 2009/4404 E. ve 2011/18168 K; 20.09.2011 tarih, 2009/9397 E. ve 2011/15979 K; 02.11.2011 tarih, 2009/8983 E. ve 2011/18810 K; 31.12.2011 tarih, 2009/9288 E. ve 2011/18273 K; 22.09.2011 tarih, 2009/8765 E. ve 2011/16137 K; 01.11.2011 tarih, 2009/8791 E. ve 2011/18472 K; 07.12.2011 tarih, 2009/8580 E. ve 2011/23720 K; 01.11.2011 tarih, 2009/8143 E. ve 2011/18160 K; 19.12.2011 tarih, 2009/7416 E. ve 2011/262222 K; 21.11.2011 tarih, 2009/7170 E. ve 2011/20721 K; 06.12.2011 tarih, 2009/2524 E. ve 2011/24222 K; 01.11.2011 tarih, 2009/3311 E. ve 2011/18214 K; 01.11.2011 tarih, 2009/3314 E. ve 2011/184444 K; 01.11.2011 tarih, 2009/3366 E. ve 2011/18508 K; 02.11.2011 tarih, 2009/3519 E. ve 2011/18728 K; 01.11.2011 tarih, 2009/3777 E. ve 2011/18448 K; 01.11.2011 tarih, 2009/3778 E. ve 2011/18514 K; 02.11.2011 tarih, 2009/3926 E. ve 2011/18736 K; 01.11.2011 tarih, 2009/4037 E. ve 2011/18464 K; 02.11.2011 tarih, 2009/4124 E. ve 2011/18678 K; 13.12.2011 tarih, 2009/218 E. ve 2011/25647 K; 19.12.2011 tarih, 2009/342 E. ve 2011/26221 K; 08.12.2011 tarih, 2009/3310 E. ve 2011/24189 K; 08.12.2011 tarih, 2009/3173 E. ve 2011/24191 K; 06.12.2011 tarih, 2009/2906 E. ve 2011/24223 K; 21.03.2011 tarih, 2009/2984 E. ve 2011/2657 K; 02.11.2011 tarih, 2009/2905 E. ve 2011/18734 K; 26.12.2011 tarih, 2009/177 E. ve 2011/26987 K; 01.11.2011 tarih, 2009/1943 E. ve 2011/18503 K; 13.12.2011 tarih, 2009/2142 E. ve 2011/25589 K; 01.11.2011 tarih, 2009/2189 E. ve 2011/18238 K; 02.11.2011 tarih, 2009/2488 E. ve 2011/18701 K; 31.10.2011 tarih, 2009/2522 E. ve 2011/18555 K; 02.11.2011 tarih, 2009/2523 E. ve 2011/18731 K; 27.01.2011 tarih, 2009/30 E. ve 2011/980 K; 21.11.2011 tarih, 2009/95 E. ve 2011/20399 K; 28.03.2011 tarih, 2009/1841 E. ve 2011/2957 K; 01.11.2011 tarih, 2009/1787 E. ve 2011/18657 K; 30.11.2011 tarih, 2009/1418 E. ve 2011/22805 K; 19.01.2011 tarih, 2009/1295 E. ve 2011/400 K; 14.12.2011 tarih, 2009/1245 E. ve 2011/26550 K; 21.11.2011 tarih, 2009/729 E. ve 2011/20359 K; 17.01.2011 tarih, 2009/353 E. ve 2011/131 K; 31.01.2012 tarih, 2009/9530 E. ve 2012/750 K; 21.02.2012 tarih, 2009/2521 E. ve 2012/3123 K. sayılı vb. ilamları.

Zamanaşımının tespiti bakımından dikkat edilmesi gereken husus, suçun maddi unsurunu oluşturan eylem ve/veya eylemlerin gerçekleştirildiği tarihin tespit edilmesidir. Şayet eylemler, 2005 yılı öncesinde gerçekleştirilmişse uygulanacak zamanaşımı 765 sayılı TCK hükümleri uyarınca en fazla 7,5 yıl; 2005 yılı sonrasında gerçekleştirilmişse 5237 sayılı TCK hükümleri uyarınca en fazla 12 yıl olacaktır.

SONUÇ

1. Tefeciliğin Suç Olarak Kabul Edilmesi, Ceza Hukukunun Son Çare Olma Prensibine (Ultima Ratio) Aykırı Değildir.

Ceza hukukunun son çare (*ultima ratio*) olması prensibi karşısında tefecilik eyleminin, başka bir deyişle konusu tefecilik olan sözleşmelerin ceza kanunlarıyla suç sayılıp yasaklanması gerekir mi? Sorunun özel hukuk hükümleriyle çözümlenmesi yeterli değil midir? Bu eylemin suç sayılarak ayrıca cezalandırılmasına gerek var mıdır? Örneğin TBK'da aşırı yararlanma hükümleri varken ayrıca tefeciliğin bir de suç olarak kabul edilmesi gerekli midir?

Kişiler arasında para ve mal alışverişinin doğduğu tarihin en eski dönemlerinden bu yana tefecilik ve aşırı faiz var olagelmıştır. Tefecilik eylemleri ve aşırı faiz nedeniyle birçok toplumda ekonomik olarak güçsüz ve zayıf durumda olanlar ezilmiş; zengin ve fakir arasındaki ayrım belirginleşmiş, bu durum sosyal, ekonomik ve ailevi trajedilerin yaşanmasına sebep olmuştur. Tüm bu nedenlerden dolayı tarihin en eski dönemlerinde dahi devletler ve toplumlar tefecilikle ve aşırı faizle savaşmak için çeşitli yaptırımlar öngörmüşlerdir. Öyle ki kutsal kitaplarda dahi aşırı faiz ve tefecilik yasaklanmıştır.

Günümüzde ise özellikle ekonominin ve bankacılığın az geliştiği ülkelerde yaşanan ekonomik krizler sonucu kişiler temel hayati ihtiyaçlarını karşılayabilmek ve içinde buldukları nakit sıkıntısını aşabilmek için aşırı faizle borç para veren kişilere, yani tefecilere başvurmakta, yüksek faizler karşılığında borç para almakta, geri ödeme günü geldiğinde ise işletilen yüksek faiz bir tarafa, anaparayı dahi ödeyememekte, süreç içerisinde borç iyice büyümekte ve hiç ödenemez bir hal almaktadır.

Çoğu zaman alınan borç karşılığında taşınmazlar ipotek ettirilmekte ve kişiler ihtiyaçlarını karşılayabilmek için aldıkları yüksek faizli borç sebebiyle tüm malvarlıklarını kaybedebilmektedirler. Geri ödenemeyen borcun tahsili amacıyla zaman zaman kişiler üzerinde çeşitli şekillerde tehdit ve baskı kurulduğu ve birtakım suç örgütlerinin yardımına başvurulduğu da bilinen bir gerçektir. Dolayısıyla

uygulamaya bakıldığında, tefecilik suçunun çoğu zaman örgütlü suçlulukla da bağlantısı olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

İstatistikî veriler ve özellikle 2010 yılı MASAK Faaliyet Raporu da incelendiğinde, Türkiye’de özellikle ekonomik krizlerin patlak verdiği dönemlerde tefecilik suçlarında büyük oranda artış olduğu ve son dönemlerde ekonomik alanda işlenen suçların büyük bir çoğunluğunu tefecilik suçlarının oluşturduğu görülmektedir. Diğer taraftan tefeciden faiz karşılığı ödünç para alanlar çoğu zaman ekonomik olarak zor bir durum içinde bulunmakta ve bu zor durum tefeci tarafından sömürülmektedir. Tefeci, ekonomik olarak darda bulunan kişinin zor durumundan faydalanarak aşırı ve haksız bir kazanç elde etmekte iken, tefeciden borç para alan kişinin içinde bulunduğu ekonomik sıkıntı daha da artmakta ve hatta kişi bazen tüm malvarlığını kaybedebilmektedir. Bu durum da şüphesiz ki kamu düzenini, sosyal ve toplumsal barışı bozmaktadır.

Türk Ceza Kanunu’nun amacı *kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemek* olduğuna göre, toplumsal düzeni yoğun bir şekilde bozan, başkaca suçların işlenmesine de yol açabilen bu eylemlerin suç haline getirilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. Nitekim toplumsal düzeni bozan bir eylemin yoğunluğuna ve toplumda açtığı yaranın büyüklüğüne göre her zaman özel hukuk hükümleriyle çözümlenmesi yeterli olmayabilir. Bazen bir eylem ile toplumsal barış, kamu düzeni ve kişi hak ve özgürlükleri öylesine zedelenmektedir ki; bu eylemin özel hukuk hükümleri çerçevesinde yasaklanması ve yaptırım altına alınması yeterli gelmez ve bu eylem aynı zamanda suç olarak düzenlenerek ceza kanunlarıyla da yaptırım altına alınır. Bu durum ceza hukukunun son çare olma özelliğine aykırılık teşkil etmez. Nitekim örneğin kasten yaralama, borçlar hukuku kapsamında bir haksız fiildir ve temelde bir haksız fiil olan kasten yaralama sonucu oluşan zararın borçlar hukuku hükümleri kapsamında tazmin edilmesi mümkündür. Buna karşın bu eylem kişide, toplumda ve sosyal hayatta yarattığı tahribat ve kamu düzenini büyük oranda bozması sebebiyle ayrıca ceza kanunlarında suç olarak kabul edilmiştir. Ülkemiz şartları ve tefecilik eylemlerinin yoğunluğu ve toplumda yarattığı tahribat da göz önünde bulundurulduğunda bu eylemlerin suç haline getirilmesinde bir sakınca bulunmadığını düşünüyoruz.

2. Tefecilik Suçunun Düzenlendiği TCK m.241, Anayasa m. 48’de Yer Alan Sözleşme Özgürlüğü İlkesine Aykırıdır.

Tefeciliğin bir suç olarak kabul edilip ceza kanunumuzda düzenlenmesinde bir sakınca olmamakla birlikte, düzenlenme biçimiyle maddenin Anayasa’ya uygunluk bakımından sorunlu olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira TCK m.241’de kişiler arasındaki neredeyse her türlü ödünç para verme eylemini suç sayacak genişlikte bir düzenleme mevcuttur.

Böyle bir düzenlemenin son derece sakıncalı olduğu ortadadır. Sözleşme özgürlüğü temelde, iradenin özgür olmasına yani irade özgürlüğüne dayanır. Oysa tefecilik mahiyetli sözleşmelerde borç para alanın tam bir irade özgürlüğü içinde olduğu söylenemez. Faizle borç para alan kişi ekonomik olarak zor bir durum içindedir yahut tecrübesizlik veya temyiz kudretindeki eksiklik gibi iradeyi sakatlayan bir sebeple bu sözleşmeyi yapmaktadır. Buna karşın, TCK m.241’de kişinin içinde bulunduğu zor durumdan ve/veya zaruret halinden bahsedilmiş değildir.

Yine tefeciliğin temelinde tıpkı gabinde olduğu gibi borç para alanın içinde bulunduğu bu zaruret halinin veya zor durumun sömürülmesi ve böylelikle failin kendisine aşırı yüksek kazanç sağlaması yatmaktadır. Gerçekten de, taraflardan birine, diğeri aleyhine aşırı derecede menfaat sağlayan bir sözleşme de aslında ahlâka aykırı bir sözleşme sayılır. Özellikle tarafların aynı sözleşmeyle birbirlerine borçlandıkları edimler arasında önemli ölçüde bir ölçsüzlük varsa, durum böyledir. Başka bir deyişle, faili cezalandırmak istememizin sebebi onun karşı tarafı sömürmek suretiyle aşırı oransız bir menfaat elde etmiş olmasıdır. Oysa TCK m.241’de bu yönde de bir düzenleme bulunmamaktadır.

Kısacası, TCK m.241’de ne kişinin içinde bulunduğu zor durum veya zaruret halinden ne de onun bu halinin sömürülmesi gerektiğinden ve failin aşırı oransız bir menfaat elde etmiş olmasından bahsedilmiştir. Oysa tefecilik eyleminin suç haline getirilmesinin altındaki asıl mantık gereği TCK m.241’de kişinin içinde bulunduğu “zor durum”, “sömürme” ve “edimler arasındaki aşırı oransızlığa” mutlaka yer verilmelidir.

TCK m.241'in mevcut haline göre cezalandırılan eylem “*kazanç sağlamak amacıyla başkasına ödünç para vermek*”ten ibarettir. Görüleceği üzere, burada asıl cezalandırılan kazanç sağlamak amacıyla borç verme sözleşmesi yapmaktır. Başka bir deyişle tüketim ödünç sözleşmesi cezalandırılmaktadır. Oysa sözleşmeler kazanç sağlamak amacıyla yapılabilir ve bunun sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırı olduğu, dahası bir suç olabileceği de söylenemez. Nitekim satış sözleşmesi, kira sözleşmesi gibi sözleşmeler de kazanç sağlamak amacını taşır. Önemli olan, taraflardan birinin içinde bulunduğu zaruret halinin veya iradesindeki zayıflığın sömürülmemesi ve böylelikle taraflardan birinin aşırı menfaat elde etmemesidir. Kısacası, TCK m.241'de borç alanın zor durumuna, iradesindeki zayıflığa, sömürme şartına ve edimler arasındaki aşırı oransızlığa yer verilmeksizin bir tefecilik eylemi tanımlamak sözleşme özgürlüğü ilkesi bağdaşır nitelikte olmayıp Anayasa'nın 48'inci maddesine aykırıdır.

3. Suçla Korunan Hukuksal Değer Kapsamında Tefecilik Suçunun TCK'da Düzenlendiği Bölüm Değiştirilmelidir.

Tefecilik suçuyla korunan hukuksal değer konusunda öğretide çok farklı görüşler mevcuttur. Bunları; malvarlığı, malvarlığı ve irade özgürlüğü, ticari hayatın işleyişi ve serbest piyasa ekonomisi ve sözleşme özgürlüğü ilkesi olarak tasniflemek mümkündür.

Tefecilik suçu, 5237 sayılı TCK'nın Topluma Karşı Suçlar başlıklı Üç'üncü Kısmı'nın *Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar* başlıklı Dokuz'uncu Bölümü'nde yer alan 241'inci maddesinde düzenlenmiştir. Öncelikle suçun kanunda düzenlendiği yerden yola çıkıldığında, kanun koyucu için toplumsal değerleri korumanın ağır bastığı söylenebilir. Nitekim kanun koyucu tefecilik suçunu malvarlığına veya kişi hürriyetine karşı suçlar içerisinde değil, topluma karşı suçlar içerisinde düzenlemiştir. O halde, ekonomik ve ticari hayatın işleyişi ve güvenliğinin bu suçla korunan hukuksal bir değer olduğu konusunda şüphe yoktur.

Ancak kanaatimizce madde, başka değerleri de koruma ve ihtiyaçları giderme gayesini taşımaktadır. Zira bireysel menfaatler ve malvarlığı da esasen bu suç tipiyle korunması gereken hukuksal bir değer olarak karşımıza çıkmaktadır. Tefecilik

suçunun cezalandırılmasının temelinde, ödünç para alan kişinin içinde bulunduğu zor durum, zaruret halinin sömürülmesi ve malvarlığı itibariyle zarara uğratılması yatmaktadır. Bu sebeple, tefecilik suçunun bireysel menfaatleri de korunması gereken hukuksal bir değer olarak kabul edecek şekilde malvarlığına karşı suçlar içerisinde düzenlemesi daha doğru olacaktır. Nitekim A1.CK'da da tefecilik suçu malvarlığına karşı suçlar içerisinde düzenlenmiştir.

4. Suçun Maddi Konusu Genişletilmelidir.

TCK'da tefecilik eyleminin maddi konusu sadece *para* olarak kabul edilmiştir. Nitekim kanun koyucu başkasına ödünç *para* vermekten bahsetmektedir. Buna göre, para değil de kıymetli evrak, kıymetli maden yahut ekonomik değere sahip başkaca bir malın verilmesi durumunda tefecilik suçundan bahsedilemeyecektir. Zira kanunilik ilkesi buna engel olacaktır. Oysa bilim ve teknoloji her geçen gün değişmekte ve gelişmektedir. Teknolojinin ve bilimin hızla geliştiği günümüzde, suçların işleniş biçim ve yöntemlerinde de değişimler ve farklılıklar belirmekte, kriminal dünya da suçları değişik teknikler geliştirerek veya farklı araçları vasıta kılarak işlemekte, kanunda yer alan boşluklardan da faydalanmak suretiyle adli makamlardan ve dolayısıyla muhtemel cezadan kaçmaya çalışmaktadır. Kıyas yasağının esas olduğu bir ceza hukukunda ise '*akıllı bir failin*' kanunda yer alan boşluklardan yararlanması ve böylece eylemlerinin cezasız kalması her zaman ihtimal dâhilindedir. Bu sebeple TCK m.241, suçun maddi konusu bakımından yetersiz bir düzenleme olup kanunu dolanarak tefecilik suçuyla elde edilen kazancın elde edilmesine müsait ve ihtiyacı karşılamaktan uzak bir maddedir. Kanaatimizce, madde metninde suçun maddi konusunu genişletecek şekilde bir değişiklik yapılarak diğer bazı ekonomik değerler de madde kapsamına alınmalıdır.

5. Suçun Meslek Edinilmiş Olması ve/veya Süreklilik Taşınması Tefecilik Suçunun Oluşması Bakımından Gerekli Değildir.

Tefecilik suçunun 5237 sayılı TCK'nın 241'inci maddesiyle düzenlenmesiyle birlikte en tartışmalı hale gelen hususlardan biri, 2005 yılı sonrasında işlenen

tefecilik eylemleri bakımından da 2005 yılı öncesinde olduğu gibi suçun meslek edinilmiş olması ve/veya süreklilik taşıması koşulunun gerekip gerekmeyeceği olmuştur.

TCK m.241’de suçun meslek edinilmiş olmasından ve/veya süreklilik taşıması gerektiğinden bahsedilmiş değildir. Dolayısıyla tefecilik suçunun oluşumu bakımından süreklilik ve/veya meslek edinme şartlarını aramak demek, kanunda yer almayan bir unsurun kabulü anlamına gelir ki bu, TCK m.2’de yer alan *kıyas yasağıyla ve kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesiyle* bağdaşmaz. Tefeciliğin oluşumu bakımından meslek edinme ve süreklilik şartlarının sanığın lehine olacağı ve dolayısıyla lehe kıyas yapılabileceğini söylemek de mümkün değildir. Zira TCK hem lehe hem de aleyhe kıyası yasaklamıştır. Kanun koyucu, tefecilik suçunun meslek edinilmiş olması ve/veya süreklilik taşıması gerektiğini düşünüyor olsaydı ve bu yönde bir irade taşıyaydı şüphesiz ki bu unsurları tıpkı 90 sayılı KHK’da olduğu gibi TCK m.241’in metnine eklerdi. Kaldı ki, kanun koyucu madde metninde *başkasına ödünç para vermek* diyerek tek bir kişiye borç para vermenin yeterli olduğunu, yani suçun oluşumu için meslek edinilmiş olmasına ve/veya süreklilik taşımasının gerekmediğini zımnen de olsa ifade etmiştir.

6. Madde Gereçesi ve Yargı Kararları ile Suçun Eylem Unsuru Genişletilemez.

TCK m.241’in gerekçesinde tefecilik suçunun senet kırdırma denilen usulle de işlenebileceği belirtilmiş ve senet kırdırmanın ne anlama geldiği bir örnek verilerek açıklanmıştır. Buna göre, *örneğin henüz vadesi gelmemiş bir bononun vadesinden önce başkasına verilerek karşılığında bono üzerinde yazılı meblağdan daha az bir paranın alınması durumunda tefecilik suçu oluşur. Çünkü bu durumda bononun el değiştirmesi, kişiler arasında doğmuş olan bir alacak borç ilişkisine dayanmamaktadır. İfade yerinde ise, bu durumlarda, birer ödeme aracı olan bononun veya çekin kendisi satılmakta ve satın alınmaktadır.*

Senet kırdırmak suretiyle işlenen ve tefecilik olarak kabul edilen eylem TCK m.241’de yer alan tipik eyleme uygun değildir. Zira bu eylemde tefecilik suçunun eylem unsuru olan *ödünç para vermekten* bahsedilemez. Fail tarafından para verildiği

doğrudur ve fakat bu para herhangi bir ödünç ilişkisi sebebiyle ve herhangi bir ödünç ilişkisi çerçevesinde değil, muvazaalı bir alacağın temlik işlemine dayalı olarak verilmektedir. Kanun koyucu sadece para vermek değil, ödünç para vermekten bahsetmiştir. O halde, tipik eylem bakımından verilen paranın ödünç ilişkisine dayalı olması gerekecektir. Söz konusu eylemin madde gerekçesinde tanımlanması ve tefecilik suçu olarak kabul edilerek cezalandırılacağını ileri sürmek de mümkün değildir. Zira gerekçe madde metnine dâhil değildir.

Tefecilik suçunun eylem unsuru uygulama ve içtihatlarla da genişletilmektedir. Kredi kartı (POS) tefeciliği olarak adlandırılan yöntem bunun en bilinenidir. Kredi kartı (POS) tefeciliğinin de TCK m.241’de yer alan tipik eyleme uygun olduğunu söylemek mümkün değildir. Fail tarafından para verildiği doğrudur. Ancak bu para ödünç ilişkisine değil, muvazaalı bir satım sözleşmesine dayalı olarak verilmektedir. Burada yine ödünç ilişkisine dayalı bir para vermeden söz edilemez. Kanunilik ilkesinin bir unsuru olan belirlilik ilkesi gereğince, suç ve cezaların kanunda tanımlanmış olmasının yanı sıra belirli, açık ve anlaşılır olması gerekir. Hangi eylemlerin suç oluşturup oluşturmayacağı konusunda açıklık olmalı, bu konuda herhangi bir tereddüt bulunmamalıdır.

Maalesef ki, gerek senet kırdırma yoluyla tefecilik denilen eylemler, gerekse kredi kartı tefeciliği olarak adlandırılan eylemler uygulamada TCK m.241 kapsamında suç olarak kabul edilip soruşturulmakta ve kovuşturulmaktadır. Yargıtay da bu eylemleri tefecilik suçu kapsamında değerlendirmektedir.

Bu eylemlerin tefecilik suçuyla korunan hukuksal değeri ihlal ettiği ve cezalandırılması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak, bir eylemin suç olarak kabul edilip cezalandırılması gerekmesi ile cezalandırılabilir olması aynı şey değildir. Şayet bir eylem suç olarak kabul edilip cezalandırılmak isteniyorsa bu kanunla açık, anlaşılır ve hiçbir tereddüde yer bırakmayacak belirlilikte yapılmalıdır. Kaldı ki teknolojinin bu denli hızlı geliştiği bir çağda tefecilik suçunun çok farklı yöntemler geliştirilerek işlenmesi mümkün olabilir. Suçun konusunun parayla sınırlandırılması doğru olmadığı gibi para verme eyleminin ödünç ilişkisiyle sınırlandırılması da doğru değildir. Zira gelişen ve değişen teknolojik koşullar karşısında ödünç verme ilişkisini dolanarak farklı ve çok çeşitli eylemler yaratarak aynı amaca ulaşılması ve aynı hukuksal değer ihlal edilmesi mümkündür. Bugün için en sık uygulanan usuller

tefecilik suçunun senet kırdırmak ve/veya kredi kartı kullanmak suretiyle işlenmesidir. Tipikliğe açıkça aykırı olan bu eylemlerin suç olarak kabul edilerek cezalandırılması kanunun madde gerekçesiyle ve hatta uygulama ile suçun eylem unsurunun genişletilmesi TCK m.2/3 maddesinde düzenlenen kıyas yasağı ile de çelişmektedir. Zaman içerisinde tefecilik suçunun failleri olan kişilerce, kanuni tipte yer alan eylem unsuruna aykırı ve fakat aynı amaca yönelik, kanunu dolanmaya yönelik eylemler geliştirilmesi mümkündür. TCK m.241'in eylem unsuruna ilişkin düzenleme yetersizdir. Dolayısıyla maddenin eylem unsurunun da, hem kredi kartı tefeciliğini, hem senet kırdırmak suretiyle tefeciliği ve hem de aynı amaca yönelik benzer eylemleri de içine alacak biçimde yeniden kaleme alınması doğru olacaktır.

7. Suçun Oluşumunun Kazanç Elde Etme Amacına Bağlanması Sorun Yaratabilecektir.

TCK m.241'e göre, tefecilik suçundan bahsedilebilmesi için failin kazanç elde etme amacıyla hareket etmiş olması gerekmektedir. Başka bir deyişle, kanun koyucu suçun oluşumunu özel kastın varlığına bağlı kılmıştır. Oysa tefecilik suçunun kazanç elde etmek amacı şeklindeki özel kastın varlığına tabi kılınması uygulamada sorun yaratabilecektir. Zira bazı eylemler bakımından failin saikini tespit etmek her zaman o kadar da kolay olmayacaktır. Herhangi bir kazanç sağlama amacı olmaksızın, örneğin darda bulunan arkadaşına ödünç para veren kişinin eyleminin suç teşkil etmeyeceği açıktır. Buna karşın, fail yardım etme amacıyla ödünç para vermiş ve fakat aynı zamanda ödünç verdiği paranın değer kaybına uğramasını önlemeye yönelik tedbirler de alabilir. Böyle bir durumda failde öncelikle yardım etme ve sonrasında parasının değerini koruma amacı söz konusudur. Fail elindeki parayı arkadaşına yardım etmek için vermeyip bankaya yatırsaydı paranın değerini koruyabilecek ve hatta kazanç elde edebilecekti. O halde, burada failin yardım etme amacıyla kazanç elde etme amacının birleşmesi söz konusudur. İşte bu gibi durumlarda failin saikinin tespiti sıkıntılı olacaktır.

Oysa kanun koyucu kazanç elde etme amacından bahsetmiş ve bu kazancın miktarı ile ilgili hiçbir düzenleme yapmamıştır. Buna göre failde yardım etme amacının yanı sıra elindeki paranın değerini koruma ve en azından bankadan alacağı

faizi alma (yani kazanç elde etme) amacı olduğuna göre suçun manevi unsuru oluşmuş olacaktır.

Görüleceği üzere, failin amacını tespit etmek bazı durumlarda zorluk arz edebilir. Nitekim failin amacı yardım etmeye yönelik olabileceği gibi, kazanç elde etmeye veya her ikisine birden yönelik de olabilir. Paranın değer kaybına uğramasını engellemeye yönelik kazançların ise kazanç elde etme amacı içerisinde değerlendirilemeyeceğini söylemek her zaman doğru bir yaklaşım olmaz. Yukarıdaki örnekte olduğu gibi, fail paranın değerini koruyan bir miktarla sınırlı olarak ve fakat tamamen kazanç elde etme amacıyla ödünç para vermiş olabilir. Bu durumda da kazanç elde etme amacı mevcuttur. Ancak bizce, failin cezalandırılması hakkaniyete uygun olmayacaktır. Kısacası, tefecilik suçu bakımından failin saiki ile ilgilenmek ve kastın bir unsuru olarak saike yer vermek ve suçun varlığını özel kasta bağlamak doğru değildir.

8. Tefecilik Suçu Neticesinde Elde Edilen veya Elde Edilmesi Amaçlanan Kazanç Üçüncü Kişi Lehine de Olabilir.

Madde metninde kazancın kimin lehine olması gerektiği hususunda bir açıklık yoktur. Oysa fail, kazancı üçüncü bir kişi lehine tesis ederek üçüncü kişiye olan herhangi bir borcundan kurtulmayı da düşünebilir. Failin pasifindeki bir azalmanın da aslında kazanç olduğunu söylemek gerekir. Yahut üçüncü kişiye aktarılan kazanç, failin pasifinde bir azalma meydana getirmiyor olmasına rağmen, failin suçun ortaya çıkmasını engellemek ya da cezadan kurtulmak amacıyla gerçekleştirdiği muvazaalı bir işlem olabilir. Yani kazanç görünürde üçüncü kişiye ait iken gerçekte fail tarafından elde edilebilir. Bu durumda esasen failin kazanç elde ettiği kabul edilmelidir. Aksi takdirde çok sayıda tefecilik suçunun bu suretle işleneceği ve cezasız kalacağı iddia edilebilir.

Pasifteki azalma veya görünürde üçüncü kişi lehine olan kazancın madde kapsamında yer alan *kazanç* olarak değerlendirilmesi gerekir. TCK'nın madde metninde bu yönde bir açıklık yoktur. Bu durum uygulamada tereddütlere ve uyguladıkları farklı yöntemler sebebiyle bazı failerin cezadan kurtulmasına yol açabilecektir. Bu nedenle, gerek kanunilik ilkesine aykırılık taşıması gerekse

kanunun diğerk hükümleriyle uyumlu olması bakımından yapılacak bir düzenlemeyle kazancın fail veya üçüncü bir kişi lehine olabileceğine açıkça yer verilmeli ve böylelikle konu hakkında çıkabilecek tartışmaların da önüne geçilmelidir.

9. Kazancın Aşırı Oransız Olması Gerekir.

TCK m.241'e göre tefecilik suçunun oluşumu bakımından failin kazanç elde etme kastıyla hareket etmesi yeterli olup kazancın miktarının ne olduğu önemli değildir. Buna göre hangi miktarda olursa olsun kararlaştırılan veya elde edilen kazanç suçun oluşumu bakımından yeterlidir. Kazanç 1 TL dahi olsa, fail bu kazancı elde etme amacıyla hareket etmişse artık suçun manevi unsurunun oluştuğu söylenebilecektir. Oysa yukarıda da ele aldığımız üzere, failin kazanç elde etme amacı olmasına rağmen bu kazancın miktarının aşırı orantsız olmaması, başka bir deyişle örneğin elindeki parayı bankaya yatırsaydı zaten elde edeceği bir kazanç olması, söz konusu eylemin haksızlık içeriğini de büyük ölçüde azaltır. Buna karşın, kanunda kazancın miktarı konusunda hiçbir sınırlama getirilmemiştir. Yani kazanç elde etme amacı olmakla beraber, bu kazanç çok cüzi bir kazanç dahi olsa tefecilik suçu mevcut olabilecektir. Tefeciliğin bir suç olarak kabul edilmesinin temelinde, failin mağdurun zaruret halinden faydalanmak suretiyle aşırı kazançlar elde etmesi yatmaktadır. Tefeciliğin suç olarak kabul edilmesindeki bu felsefe de göz önünde bulundurularak her türlü kazancın değil, *açıkça oransız yani aşırı kazancın* suç kapsamında kabul edilmesi gerekir. Böylece suç tipinin çok daha sınırlı bir uygulama alanına sahip olması ve dolayısıyla ticaret hayatına mümkün olan en az ölçüde müdahale edilmesi sağlanacaktır. Şüphesiz ki, kanunda bu yönde bir düzenleme yapılması halinde bu defa açık veya aşırı oransızlık olarak ifade edilmek istenen oransızlığın ne olduğu ve ne şekilde belirlenmesi gerektiği konusu tartışmalı hale gelecektir. Hemen belirtelim ki; benzer yönde tartışmalar gabinin bir şartı olan ivazlar arasındaki açık nispetlilik şartı bakımından da yapılmıştır. Gabin hükümlerine ilişkin olarak yapılan bu tartışmalar ve konuyla ilgili içtihatlar açık oransızlığın belirlenmesi bakımından yol gösterici olabilir.

10. Nadir de Olsa, Suça Teşebbüs Mümkündür.

Tefecilik suçunun oluşması kazancın elde edilmesine, yani neticenin gerçekleşmesine bağlı değildir. Ödünç para vermekle suç oluşur. Bu haliyle tefecilik suçu sırf hareket suçudur. Suçun oluşması neticenin gerçekleşmesine bağlı olmadığından tefecilik suçu neticesi harekete bitişik bir suç tipidir. Her ne kadar neticesi harekete bitişik suç tipleri bakımından teşebbüs hükümlerinin uygulanamayacağı kabul edilse de icra hareketlerinin kısımlara ayrılabilirdiği bazı istisnai hallerde teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkün hale gelebilir. Örneğin, tefecilik teşkil eden sözleşmenin taraflarının bir ödünç verme ilişkisi kapsamında anlaşmaya varmış olmaları ve ödünç veren tarafından icra hareketlerine başlanmış olması ve paranın ödünç alana örneğin posta yoluyla gönderilmesi buna karşın ödünç verenin elinde olmayan sebeplerle postanın ödünç alan tarafa ulaşmaması halinde teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkündür.

11. Tefecilik Sözleşmesi Mahiyetindeki Anlaşmalar Suç Teşkil Etmez.

Ödünç para veren ile ödünç para alanın, konusu tefecilik teşkil eden bir sözleşme konusunda anlaşmaya varmaları halinde suçun oluştuğundan bahsetmek mümkün değildir. Zira kanun koyucu tefecilik anlaşması yapılmasını rüşvet suçunda olduğu gibi ayrıca cezalandırmış değildir. Bu durumda teşebbüs hükümlerinin dahi gündeme gelmesi mümkün olmayacaktır. Anlaşma halinde ortada henüz eylem unsuru olan verme eyleminin icra hareketlerine başlandığından söz edilemez. Burada taraflar arasında sadece bir ödünç borç para verme anlaşması yapılmış ve fakat henüz sözleşme ifa edilmemiş, bu yönde bir girişim dahi olmamış, icra hareketleri başlamamıştır. Dolayısıyla, tefecilik sözleşmesi mahiyetindeki anlaşmaların tefecilik suçunu oluşturmadığını ve yine teşebbüs hükümlerini uygulamanın da mümkün olmadığını söylemek gerekir.

12. Aslen Çok Failli Bir Suç Olan Tefecilik Suçuna İştirakın Her Türü Mümkündür.

Tefecilik suçunda her ne kadar sadece ödünç para veren taraf fail olarak kabul edilerek cezalandırılmakta ise de aslında ödünç para alan da suçun failidir ve fakat izlenen suç politikası uyarınca ödünç para alan taraf cezalandırılmamaktadır.

Tefecilik suçu her ne kadar çok failli bir suç olarak kabul edilse de bu gerçek birçok failli suç değil, görünüşte çok failli bir suçtur. Nitekim kanun koyucu ödünç para alan tarafı mağdur olarak kabul etmemiş ama cezalandırmak yoluna da gitmemiştir. Dolayısıyla, gerçek anlamda, yani rüşvet suçunda olduğu gibi her iki tarafın da cezalandırılmamasından bahisle tefecilik suçuna iştirakın her türü mümkündür.

13. Tefecilik Suçunda Zincirleme Suç Hükümlerinin Uygulanması Mümkündür.

TCK m.241'e göre tek bir ödünç para verme eylemi tefecilik suçunun oluşumu bakımından yeterlidir. Suçun ayrıca meslek edinilmiş olmasına ve/veya süreklilik taşımasına gerek yoktur. Öte yandan, ödünç para alan taraf bu suçun mağduru değildir. O halde, aynı suç işleme kararına bağlı olarak değişik zamanlarda birden çok kişiye karşı ödünç para verilmiş olsa bile zincirleme suç hükümlerinin tatbiki mümkündür. Nitekim kanun koyucu mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceğini kabul etmektedir. Dolayısıyla, aynı suç işleme düşüncesi içerisinde farklı kişilere ve farklı zamanlarda ödünç para verilmesi halinde zincirleme suç hükümleri gündeme gelebilir. Yargıtay da son dönemdeki içtihatlarını benzer yönde tesis etmektedir.

14. Tefecilik Suçunda Bir Delil Toplama Yöntemi Olarak Sıkça Başvurulan Zabıta Araştırması, Masumiyet Karinesi ve Adil Yargılanma İlkelerine Açıkça Aykırıdır.

Uygulamada *zabıta araştırması* denilen tutanaklarda yer alan bilgi, '*şüpheli/sanığın tefecilik yaptığının çevrede bilindiğine*' dairdir. Oysa bu bilgilerin

kimlerden elde edildiğinin söz konusu tutanağa yazılması, gerektiğinde bu kişilerin tanık sıfatıyla dinlenilebilmesi, soru sorma hakkının sağlanabilmesi, yüz yüzelik ilkesinin tesis edilebilmesi ve böylelikle bu beyanların inandırıcılığının ve güvenilirliğinin saptanabilmesi bakımından önem taşımaktadır. Aksi takdirde, *'şüpheli/sanığın tefecilik yaptığının çevrede bilindiği'* şeklindeki bir zabıta araştırmasının doğruluğunun ve güvenilirliğinin test edilebilmesi olanağı da kalmayacaktır. Böyle bir delile dayalı olarak mahkûmiyet hükmü tesis etmek de açıkça masumiyet karinesinin ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelecektir. Kaldı ki, *'zabıta'* ile ifade edilen esasen *'kolluk'* tur ve kolluk da yürütmeye bağlıdır. Öte yandan, tefecilik suçunda suçtan doğrudan doğruya zarar görenin de Hazine olduğu göz önünde bulundurulduğunda, zabıta araştırması esasen *'müdahil idarenin tahkikatı'* dır. Bu tahkikata dayalı olarak mahkûmiyet hükmü tesis edilmesi masumiyet karinesi, silahların eşitliği ve adil yargılanma ilkelerine aykırılık teşkil edecektir. Bu açıklamalar ışığında, zabıta araştırması marifetiyle elde edilen bilgilerin hukuka aykırı elde edilmiş delil olduğunu ve hükme esas teşkil edemeyeceğini söylemek gerekir. Zira CMK m.206/2-a uyarınca delil, kanuna aykırı olarak elde edilmiş ise reddolunur ve yine CMK m.217/2 uyarınca, yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.

Öte yandan, 5237 sayılı TCK m.241'in yürürlüğe girmesiyle birlikte artık kazanç sağlamak amacıyla tek bir defa ödünç para verilmesi de tefecilik suçunun oluşumu için yeterli olduğundan, 2005 yılı sonrasındaki eylemler bakımından zabıta araştırması yapılmasının ve kişinin bu eylemi meslek edinmiş olup olmadığının veya eylemin süreklilik arz edip etmediğinin araştırılmasının pratik bir önemi de kalmamıştır.

15. Tefecilik Suçu İçin Öngörülen Hapis Cezası Yüksekler.

5237 sayılı TCK yürürlüğe girmeden önce tefecilik suçu hakkında altı aydan iki yıla kadar hapis cezası kabul edilmişti (2279 sayılı Kanun m.17/1). 5237 sayılı TCK'nın 241'inci maddesinde ise tefecilik suçu için iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Görüleceği üzere, TCK m.241 ile tefecilik suçu için eskiye oranla çok daha yüksek bir hapis cezası kabul edilmiştir. Suç için 2005 yılı öncesi

kabul edilen hapis cezasının üst sınırı olan iki yıl, TCK m.241 ile cezanın alt sınırı haline getirilmiş ve tefecilik suçunun cezası önemli ölçüde arttırılmıştır. Kaldı ki, 2005 yılı öncesinde tefecilik suçunun oluşumu birden çok kişiye sürekli ve sistematik olarak faiz karşılığı borç para vermek aranmakta iken, 2005 yılı sonrasında kazanç sağlamak amacıyla tek bir ödünç para verme eylemi de suçun oluşumu bakımından yeterli görülmüştür. Başka bir söylemle, 2279 sayılı Kanun m.17’de öngörülen altı aydan iki yıla kadar hapis cezası birden çok eylem bakımından öngörülmuş bir yaptırım iken TCK m.241’de öngörülen iki yıldan beş yıla hapis cezası tek bir ödünç para verme eylemi bakımından kabul edilmiştir. Bu noktadan bakıldığında da TCK ile birlikte tefecilik suçu için öngörülen cezanın önemli ölçüde arttırıldığını söylemek gerekir.

Tefecilik suçu için TCK m.241’de öngörülen hapis cezası, dolandırıcılık veya izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma gibi benzer ve fakat haksızlık içeriği tefecilik suçuna göre çok daha yoğun olan suçlar için öngörülen hapis cezalarına göre de oransızdır.

Bu anlamda TCK m.241’de tefecilik için öngörülen ceza TCK m.3/1’de yer alan adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesine aykırıdır. Zira suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur (TCK m.3/1).

Öte yandan, ticari ve ekonomik hayatı ilgilendiren suçlara seçimlik cezalar uygulanmalıdır. Diğer bir deyişle, hapis cezası ve adli para cezası seçimlik olarak uygulanmalıdır ki, ceza hukukunun son çare olma ilkesine (ultima ratio) uygun davranılmış olsun. Oysa TCK m.241’de hapis cezasının yanı sıra adli para cezası da kabul edilmiştir. Adli para cezasının hapis cezasına alternatif bir yaptırım olarak öngörülmesi yerinde olacaktır.

16. Suçun Meslek Edinilmiş Olması ve Ödünç Para Alanın Ekonomik Olarak Yıkımına Yol Açması Halleri Ağırlaştırıcı Neden Olarak Düzenlenebilir.

Tefecilik suçuyla kişinin içinde bulunduğu zor durum sömürülmekte ve böylece açıkça oransız maddi bir menfaat temin edilmektedir. Şüphesiz ki, tefecilik suçunun meslek haline getirilerek işlenmesi veya tefecilik suçu sebebiyle karşı tarafın iflas etmesi gibi ekonomik yıkıma yol açması halinde toplumsal düzen çok

daha ağır bir şekilde ihlal edilmiş olacaktır. Bu gibi hallerde failin daha ağır bir ceza ile cezalandırılması düşünülebilir.

17. Tefecilik Suçu ile İlgili Olarak Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı Verilebilmesi İçin Ödünç Para Alan veya Kamu Lehine Giderilmesi Gereken Somut Bir Zarardan Bahsedilemez.

Bilindiği gibi, CMK m.231 uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesinin koşullarından birisi de suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesidir.

Tefecilik suçu bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için ödünç para alan tarafın zararının giderilmesi gerekmez. Zira ödünç para alan taraf bu suçun mağduru değildir. Dolayısıyla, tefecilik suçunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için failin ödünç alanın ödediği faizi geri ödemesine gerek yoktur.

Tefecilik suçu topluma karşı suçlar içerisinde düzenlenmiş bir suç tipidir. Topluma karşı bazı suçlarda herhangi somut bir maddi zarardan bahsedilmesi mümkün değildir. Öte yandan, bu suçla korunmak istenen hukuksal değer, ekonomik hayatın güvenli ve sağlıklı işleyişi ile toplumun genelinin menfaatleridir. Gerek maddenin düzenleniş biçimi ve gerekse kanunda düzenlendiği yer dikkate alındığında bu durum açıkça anlaşılmaktadır. Hal böyleyken, belirlenebilir nitelikte somut bir maddi zararın varlığından bahsetmek de mümkün görünmemektedir. Oysa CMK m.231’de yer alan zarar kavramından anlaşılması gereken, *somut, belirlenebilir* ve *ölçülebilir* nitelikteki maddi zararlardır. Oysa tefecilik suçu sonucunda oluşan veya oluşması muhtemel vergi borcunu tam ve doğru olarak belirleyebilmek her zaman çok da mümkün olmayacaktır. Tefecilik teşkil eden eylemler genellikle kayıt dışı yapılmaktadır ve vergi borcu da aslen sanık, müşteki ve tanıkların beyanı üzerinden tespit edilmektedir. Gerçekten de, tefecilik faaliyeti sonucunda kararlaştırılan veya elde edilen faiz gelirlerinin tespiti dahi oldukça güçleşmekte bunun için ödünç alan, ödünç veren ve bu işlere aracılık eden veya tanık olan kişilerin beyanlarına başvurulmaktadır. Bu beyanlarla tespit edilen vergi borcu her zaman kesin ve güvenilir olmayacaktır.

18. Tefecilik Sonucu Elde Edilen Kazanç Müsadere Edilebilir.

Tefecilik suçunun oluşumu kazancın elde edilmiş olmasına bağlı değildir. Şüphesiz ki, kazanç elde edilmiş olmasa da suç oluşacak ancak kazancın müsadere mümkün olmayacaktır. Şayet suç sonucunda kazanç elde edilmişse TCK m.55/1’de yer alan kazanç müsadere hükümleri uyarınca kazancın müsadere edilebilmesi mümkündür.

Tefecilik suçu sonucunda elde edilen maddi menfaatler de kazanç müsadere konusuna konu olabilir. Kazancın ekonomik değer taşıyan para, kıymetli maden veya hisse senedi gibi kıymetli evrak olmasının arasında fark yoktur. Suçla elde edilen maddi menfaat olarak kabul edilen bu değerlerin hepsi, kazanç müsadere konusuna tabi tutulabilir.

Şayet fail elde ettiği kazancı elinden çıkarmışsa TCK m.55/2’de yer alan kaim değer müsadere hükümleri uyarınca kazanç müsadere konusuna maddi menfaate karşılık gelen değerlerin müsadere konusuna karar verilmesi de olanak dâhilindedir.

19. Tefecilik Suçunun Maddi Konusu Olan Anaparanın Müsadere Mümkün Değildir.

Tefecilik suçunun maddi konusunu oluşturan ve fail tarafından ödünç verilen para (anapara) gerek TCK m.54 ve gerekse m.55 kapsamında müsadere edilemez. Zira her şeyden önce 54’üncü madde hükmü uyarınca paranın eşya sayılması mümkün görünmemektedir. Nitekim maddenin birinci fıkrasında ‘eşya’ denilmiş, ikinci fıkrada ise *“birinci fıkra kapsamına giren eşyanın ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsadere konusuna başka bir surette imkânsız kılınması halinde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsadere konusuna karar verilir.”* denilmiştir. Şayet birinci fıkra kapsamı içerisinde yer alan eşya kavramına para da dâhil olsaydı ikinci fıkrada tekrar paradan bahsedilmezdi. Bu açıklamalar karşısında anaparanın zaten 54’üncü madde kapsamında eşya müsadere konusuna oluşturamayacağı söylenmelidir.

Öte yandan, tefecilik suçunun maddi konusunu oluşturan anaparanın bir an için 55/1 anlamında eşya olarak kabul edilmesi halinde dahi müsadere konusuna karar

verilememelidir. Zira bu yönde bir karar, orantılılık ilkesine de aykırı olacaktır. Bilindiği gibi, TCK m.3/1’de; *“Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.”* Yine eşya müsaderesinde orantılılık ilkesini düzenleyen m.54/3’te; *“Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsadere hükmü edilmeyebilir.”* denilmiştir. Tefecilik suçunu işlediği sabit olan sanık hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ve yine beş bin güne kadar adli para cezası öngörülmüştür. Yine şayet bu suç sonucunda elde ettiği bir kazanç söz konusuysa yukarıda da ifade ettiğimiz gibi bu kazancın müsadere de mümkündür. Kaldı ki, tefecilik faaliyeti sonucu elde edilen gelire ilgili olarak VUK m.9 uyarınca vergi dahi tahakkuk ettirilmektedir. Tüm bu cezai ve vergisel yaptırımlar da göz önünde bulundurulduğunda, anaparanın da ayrıca müsadere edilebileceğini kabul etmek, orantılılık ilkesine açıkça aykırı olacaktır.

Ulaştığımız bu sonuçlar çerçevesinde tefecilik suçunun kanun koyucu tarafından yeniden kaleme alınması ve önemli ölçüde değiştirilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Buna göre suç aşağıdaki önerimize benzer şekilde yeniden tanımlanmalıdır.

MADDE DEĞİŞİKLİĞİ ÖNERİMİZ;

“(1) Bir kimsenin zor durumunu, tecrübesizliğini, temyiz kudretinin henüz gelişmemiş olmasını ya da irade zayıflığını sömürmek suretiyle, edimler arasında açık bir oransızlık yaratarak kendisi ya da üçüncü bir kişi yararına maddi menfaat elde eden kişi cezalandırılır.

(2) Eylem, diğerinin ekonomik yıkımına yol açarsa veya fail, suçu meslek haline getirirse veya sürekli olarak işlerse, suçun ağırlaşmış hali gerçekleşmiş sayılır.”

KAYNAKÇA

Acabey, Beşir. “Aşırı Yararlanma (TBK m.28)”, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011)**, Prof.Dr. **Cevdet Yavuz’a Armağan**, İstanbul, 2011, ss.111-121.

Acar, Sadık. **Genel İktisat**, 3. Baskı, Adalet Matbaası, İzmir, 1998.

Achenbach, Hans. “Aus der 1997/98 veröffentlichten Rechtsprechung zum Wirtschaftsstrafrecht”, **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, 1998, ss.560-563.

Ackermann, Jürg-Beat. “Unerfahrenheits- Wucher als neuartiges Wirtschaftsdelikt”, **Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag**, Heymann Verlag, München, 2008, ss. 1163-1180.

Açıkgözoğlu, Muhammet. **Ceza Hukuku Açısından Teori ve Uygulamada Mağdur Kavramı**, Adil Yayınevi, Ankara, 2000.

Ahmad, Ziuaddin. “Riba Teorisi”, çev. Ali Rıza Gül, **Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Cilt: XLIV, 2003, Sayı:1, ss.453-465.

Akalın, Kürşat Haldun. “Alman Reformistlerin Tefecilik Yorumu”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Cilt:12, Sayı:1, Yıl:2010, ss.7-28.

Akdemir, Süleyman. **Ceza Hukukunda Mağdurun Korunması**, Akevler Akdeniz Bilimsel Araştırma Merkezi Yayınları No:4, İzmir, 1988.

Akıntürk, Turgut. **Borçlar Hukuku**, 16. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010.

Aliefendioğlu, Yılmaz. “2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut”, **Anayasa Yargısı**, Cilt:19, ss.141-176.

Alsberg, Max. “Die Kodifikation des Kriegswucherstrafrechts”, **Deutsche Juristen-Zeitung**, 1918, ss.369-372.

Altay, Sümer ve Ali Eskiocak. **Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni**, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2007.

Altıparmak, Cüneyd. “Tefecilik Suçu”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan**, Cilt: II, ss.1287-1295.

Aristo. **Politika**, çev. Ersin Uysal, Dergah Yayınları, İstanbul, 2010.

Arkan, Sabih. “Ödünç Para Verme İşlerine İlişkin Düzenlemede Yapılan Değişiklikler”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt: XVII, Sayı:4, Aralık 1994, ss.3-23.

Arslan, Cem Barlas. “Kanunda Suç Sayılan Faaliyetlerin Vergilendirilmesi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl:3, Sayı:27, Kasım 2008, ss.129-131.

Arslan, Çetin ve Bahattin Azizağaoğlu. **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Asil Yayın ve Dağıtım, Ankara, 2004.

Artuç, Mustafa ve Cemil Gedikli. **Yeni Yargıtay Kararları Işığında TCK-CMK-CGİK- Çocuk Koruma Kanunu ve 5560 Sayılı Kanunla Getirilen Yenilikler (Yeni Ceza Adalet Sistemi)**, 2.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Artuk, Emin, Ahmet Gökçen ve Caner Yenidünya. **5237 Sayılı Yeni TCK’ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Artuk, Emin, Ahmet Gökçen ve Caner Yenidünya. **Ceza Hukuku Genel Hükümler I**, Ankara 2006.

Arzt, Günther. “Zwischen Nötigung und Wucher”, **Wilfried et.al. (Hrsg) Festschrift für Karl Lackner**, de Gruyter Verlag, Berlin, 1987, ss.641-663.

Arzt, Günther ve Ulrich Weber (Bearbeiter: Ulrich Weber). **Strafrecht Besonderer Teil**, 2. Auflage, Bielefeld, 1989.

Aslan, Çiğdem Mine. **Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2006.

Atamer, Yeşim M. **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001.

Ateş, Derya. **Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Aydın, Devrim. **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2009.

Aydın, Süleyman ve Yakup Yilmazer. **Yolsuzluk ve Mali Suçlar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

Aykın, Hasan ve Banu Okumuş. “Vergilendirilmiş Her Kazanç Kutsal Mıdır?”, **Vergi Sorunları**, Sayı:231, Aralık 2007, ss.141-150.

Bachmann, Rolf. “Die Nichtigkeit von Teilzahlungskrediten nach der neueren Rechtsprechung und ihre Folgen”, **Neue Juristische Wochenschrift**, 1979, ss.2082-2086.

Bakıcı, Sedat. **5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

Başığit, Özgür. “Sözleşme Serbestisi ve Sınırlaması”, http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/sozlesme_serbestisi_ve_siniri.htm (02.02.2011).

Bayreuther, Frank. “Ist die Lohnwucherrechtsprechung international-privatrechtlich zwingend?”, **Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht**, 2010, ss. 1157-1160.

Baytaz, Abdullah Batuhan. **Türk Ceza Hukukunda Müsadere (TCK m.54-55)**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009.

Becker, Christoph. **Die Lehre von der laesio enormis in der Sicht der heutigen Wucherproblematik- Ausgewogenheit als Vertragsinhalt und § 138 BGB**, Heymann Verlag, Köln, 1993.

Bender, Rolf. “Probleme des Konsumentenkredits”, **Neue Juristische Wochenschrift**, 1980, ss.1129-1136.

Bernsmann, Klaus. “Zur Problematik der Mißverhältnisklausel beim Sachwucher- eine Untersuchung zu einem ‘dogmatischen Dunkelfeld’”, **Goldammer’s Archiv**, 1981, ss.141-168.

Bernsmann, Klaus. Anmerkung zu BGH, **Juristen Zeitung**, 1998, ss.627-629.

Bernsmann, Klaus. “Strafbarer Wucher”, **Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht**, 2. Auflage, Heidelberg, München, Landsberg, Müller Verlag, Berlin 2008, ss.458-482.

Besenthal, Gerd. **Mietwucher als Problem der Strafgesetzgebung**, Bad Essen, 1971.

Birtek, Fatih. “Tefecilik Suçu (TCK m.241)”, **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Sayı:53-54, ss.25-42.

Blei, Hermann. “Das Erste Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 20. Juli 1976 (BGBl. I 2034)”, **JA**, 1976, ss.741-816.

Blomeyer, Wolfgang. “Der gerechte Preis im geltenden Recht”, **Erlanger Forschungen, Reihe A, Band:29, Der ‘Gerechte Preis’ Beiträge zur Diskussion um das ‘iustum pretium’**, Erlangen, 1982, ss.39-52.

Bockelmann, Paul. **Strafrecht Besonderer Teil/1- Vermögensdelikte**, 2. Auflage, Beck Verlag, München, 1982.

Bohnert, Joachim. “Ordnungswidrige Staffel- und Indexmiete”, **Juristen Zeitung**, 1994, ss.605-611.

Bohnert, Joachim. **Ordnungswidrige Mietpreisüberhöhung**, 2. Auflage, Grundeigentum Verlag, Berlin, 1996.

Bottke, Wilfried. “Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland-Lösungen und Defizite”, **Wistra**, 1991, ss.1-9.

Braun, Stefan. “Marktlohn oder § 291 StGB?”, **Anwaltsblätter**, 2000, ss.544-547.

Can, Osman. “Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:IX, Sayı:1-2, 2005, ss.89-125.

Canaris, Claus-Wilhelm. “Der Zinsbegriff und seine rechtliche Bedeutung”, **Neue Juristische Wochenschrift**, 1978, ss.1891-1898.

Caro, Leopold. **Der Wucher: Eine Socialpolitische Studie**, Dunker&Humblot Verlag, Leipzig, 1893.

Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut. **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, Cilt:1, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007.

Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut. **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006.

Certel, Abdülkadir. **Müsadere**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.

Cramer, Peter. **Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht**, Bad Homburg Verlag, Berlin, 1968.

Dähn, Gerd. “Das neugefaßte Wirtschaftsstrafgesetz”, **Juristen Zeitung**, 1975, ss.617-621.

Dalkılıç, Aysun. **Türk Ceza Hukukunda Müsadere**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011.

Demirbaş, Timur. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.

Derleder, Peter. “Der Marktvergleich beim Konsumentenratenkredit als Mittel der Sittenwidrigkeitsprüfung”, **Neue Juristische Wochenschrift**, 1982, ss.2401-2407.

Di Marzo, Salvatore. **Roma Hukuku**, çev. Z.Umur, 2. Baskı, İstanbul, 1959.

Dilcher, Jochen. **Die Zins-Wucher-Gesetzgebung in Deutschland im 19. Jahrhundert- Eine entwicklungsgeschichtliche Betrachtung unter besonderer Berücksichtigung wirtschaftlicher und wirtschaftspolitischer Faktoren**, Frankfurt am Main, 2002.

Dinler, Zeynel. **İktisada Giriş**, 8. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2002.

Donay, Süheyl. **Bankacılık Ceza Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007.

Donay, Süheyl. **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007.

Dönmezer, Sulhi. **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003.

Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman. **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku-Genel Kısım**, Cilt:1, 12. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997.

Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman. **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku-Genel Kısım**, Cilt:2, 12. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997.

Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman. **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku-Genel Kısım**, Cilt:3, 12. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997.

Dursun, Selman. **Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.

Dündar, İlhami. “**Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar**”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/183.doc.>, (29.11.2011).

Eker Kazancı, Behiye. **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.

Ekici Şahin, Meral. **Ceza Hukukunda Rıza**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2012.

Elbir, Halid Kemal. “Gabnin Unsurları”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: XXV, Sayı:4, ss.193-216.

Enderlein, Wolfgang. **Rechtspaternalismus und Vertragsrecht**, Beck Verlag, München, 1996.

Er, Ali İhsan. “Faiz Meselesi”, 31.05.2003, http://www.cevaplar.org/index.php?content_view=659&ctgr_id=44, (27.06.2011).

Erdağ, Ali İhsan. “Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar ve Bilişim Alanında Suçlar”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/100.doc.>, (20.04.2011).

Erem, Faruk ve Akın Altıok. **Ödünç Para Verme İşleri Kanunu ve İlgili Kararlar**, Başnur Matbaası, Ankara, 1967.

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt:1, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998.

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt:2, 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1999.

Erman, Hasan. “Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1973, Cilt: XXXVIII, Sayı:1-4, ss.601-620.

Erman, Sahir. **Bankacılık Suçları-Ticari Ceza Hukuku V**, İstanbul, 1985.

Evren, Mahmut Tefik. **Mevzuattaki Son Değişikliklerle Öğretide ve Uygulamada Faiz Hukuku**, Yetkin Yayınevi, İstanbul, 1987.

Finger, A. “Zum heutigen Stand des Wucherstrafrechts”, **GS**, 90 (1924), ss.297 vd.

Fischer, Thomas. **Strafgesetzbuch und Nebengesetze- Beck’sche Kurz Kommentar**, 56. Auflage, Beck Verlag, München, 2009.

Frank, Reinhard. **Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz**, 18. Auflage, Keip Verlag, Tübingen, 1931.

Franke, Alexandra. **Lohnwucher- auch ein arbeitsrechtliches Problem**, Dunker&Humblot Verlag, Berlin, 2003.

Gedik, Doğan. **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Müsadere**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

Genç, Sinan. **5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Müsadere**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya, 2009.

Geyer, Martin H. "Die Sprache des Rechts, die Sprache des Antisemitismus: 'Wucher' und soziale Ordnungsvorstellungen im Kaiserreich und der Weimarer Republik", **Dipper, Christof/Klinkhammer, Lutz/Nützenadel, Alexander (Hrsg), Europaesiche Sozialgeschichte- Festschrift für Wolfgang Schieder zum 65. Geburtstag**, Berlin, 2000, ss.413-431.

Gilomen, Hans-Jörg. "Wucher und Wirtschaft im Mittelalter", **Historische Zeitschrift** 250 (1990), ss.265-301.

Glaser, Hugo. "Mietwucher", **Zeitschrift für Miet und Raumrecht**, 1966, ss.97-99.

Goez, Werner. "Das Ringen 'gerechten Preis' in Spätmittelalter und Reformationszeit", **Erlanger Forschungen, Reihe A, Band:29, Der 'Gerechte Preis' Beiträge zur Diskussion um das 'iustum pretium'**, Erlangen, 1982, ss.21-32.

Gökçen, Ahmet. "Yardım Toplama Kanunu'nun 29. Maddesinin Uygulanışı, Yargıtay'ın Konu ile İlgili Kararlarının Özellikle Kanunilik İlkesi ve İdarenin Düzenleyici İşlemlerle Suç İhdası Yönünden Değerlendirilmesi", **Hukuk Araştırmaları**, Cilt:9, Sayı:1-3, 1995, ss.179-202.

Gönül, Mustafa. "Factoring Kavramı ve Hukuki Niteliği", **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl:5, Sayı:43, Mart 2010, ss.17-29.

Gözler, Kemal. **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 8. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2010.

Griesinger, Robert Arnold. **Der Wucher nach geltendem deutschen Strafrecht und in den Entwürfen zu einem Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch**, Tübingen Verlag, Tübingen, 1931.

Gugenberger, Christian Müler ve Klaus Bieneck (Mitarbeiter: Haas). **Wirtschaftsstrafrecht-Handbuch des Wirtschaftsstraf und-ordnungswidrigkeitenrechts**, 5. Auflage, O.Schmidt Verlag, Köln, 2011.

Gül, Ali Rıza. “Ribā (usury) Prohibition in the Qur’ān in Terms of its Historical Context”, **Journal of Religious Culture (Journal für Religionskultur)**, Ed. by/Hrsg.von Edmund Weber, in Association/ in Zusammenarbeit mit Matthias Benad, Institute of Religious Peace Research/ Institut für Wissenschaftliche Irenik, Goethe Universität Frankfurt am Main, 2008 (No.116).

Güngör, Devrim. **Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2007.

Gürlek, Sedef Pelin. **Ticari İşlerde Faiz**, (Avukatlık Staj Bitirme Raporu), Ankara, 2006.

Haberstroh, D. “Wucher im vermittelten Kreditgeschäft”, **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, 1982, ss.265-270.

Hachenburg, Max. “Wucher bei Nahrungsmitteln und Kriegsbedarf”, **Deutsche Juristen-Zeitung**, 1915, ss.852-859.

Hafizoğulları, Zeki. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri” **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:65, Sayı:1, Kış 2007, ss.78-109.

Hafizoğulları, Zeki ve Muharrem Özen. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler-Topluma Karşı Suçlar**, USA Yayınevi, Ankara, 2012.

Hakeri, Hakan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

Hatemi, Hüseyin. **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK. M.65 Kuralı)**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976.

Hatemi, Hüseyin ve Emre Gökyayla. **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2011.

Heinsius, Detlev. **Das Rechtsgut des Wuchers-Zur Auslegung des § 302a StGB**, Frankfurt am Main, 1997.

Heinz, Wolfgang. “Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität mit strafrechtlichen Mitteln- unter besonderer Berücksichtigung des 1. WIKG”, **Goldammer’s Archiv**, 1977, ss.193-225.

Helvacı, Mehmet. **Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000.

Herrmann, Johannes. “Der Gedanke des iustum pretium in der Antike”, **Erlanger Forschungen, Reihe A, Band:29, Der ‘Gerechte Preis’ Beiträge zur Diskussion um das ‘iustum pretium’**, Erlangen, 1982, ss.9-19.

Hetger, Winfried. **Sittenwidrigkeit von Ratenkrediten und Kreditwucher- Eine rechtsvergleichende Untersuchung mit Überlegungen de lege ferenda**, Lang Verlag, Frankfurt am Main, 1989.

Hohendorf, Andreas. “Die Bestimmung des auffälligen Mißverhältnisses zwischen Vermögensvorteile und Leistung beim Ratenkreditwucher”, **Betriebs-Berater**, 1982, ss.1205-1209.

Hohendorf, Andreas. **Das Individualwucherstrafrecht nach dem ersten Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität von 1976**, Duncker&Humblot Verlag, Berlin, 1982.

Horn, Norbert. “Der Wuchereinwand bei gewerblichen Darlehen und im internationalen Finanzmarkt”, **Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht**, 2006, ss.1-7.

Hug, Hermann. **Der Wucher im schweizerischen Strafrecht**, Aarau, 1937.

Ildız, Erkan. **Eski Yunan ve Roma’da Bankerlik**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009.

Isopescul-Grecul, Constantin. **Das Wucherstrafrecht v1: Der Kredit und Barwucher**, Hirschfeld Verlag, Leipzig, 1906.

İmamuddin, S.M. “İslam Hukukunun Prensipleri”, çev. Menderes Gürkan, **Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Sayı:15, Yıl:2003/2, ss.239-247.

İmregün, Oğuz. **Kıymetli Evrak Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2003.

İmregün, Oğuz. **Mevduatı Koruma Bakımından Bankalara Devlet Müdahalesi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1957.

İnci, Z.Özen. “Ceza Muhakemesinde Yeni Bir Açılım: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl:72, Sayı:3, Temmuz 2007, ss.247-269.

Joecks, Wolfgang. **Strafgesetzbuch-Studienkommentar**, 8. Auflage, Beck Verlag, München, 2009.

Joecks, Wolfgang ve Klaus Miebach, Klaus (Mitbearbeiter: Panos Pananis). **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Band 4, Beck Verlag, München, 2006.

Jung, Steffen. **Das wucherähnliche Rechtsgeschäft**, Heymann Verlag, München, 2001.

Kalaycı, Serkan. **İkrazatçılık Tefecilik Faaliyetleri ve Vergilendirilmesi**, Vergi Denetmenleri Derneği Eğitim Yayınları Serisi:5, Ankara, 2002.

Kalkan, Burcu. **Türk Hukukunda Gabin**, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2004.

Kangal, Zeynel T. **Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.

Karakehya, Hakan. “İzinsiz Bankacılık Faaliyetinde Bulunma Suçu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LXVI, Sayı:1, 2008, ss.63-86.

Karakurt, Ahu. “Türk Ceza Kanunu’nda Hata”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:4, Sayı:10, Ağustos 2009, ss.109

Keckemeti, Petra. “Mietwucher bei Gewerbemieträumen”, **Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht**, 2000, Heft 12, ss.598-599.

Kendigelen, Abuzer. **Çek Hukuku**, 3. Baskı, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2006.

Kılıçoğlu, Ahmet M. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

Kindhäuser, Urs. “Zur Struktur des Wuchertatbestands”, **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, 1994, Heft 3, s.105-110.

Kindhäuser, Urs. Ulfried Neumann ve Hans-Ulrich Paeffgen (Bearbeiter: Urs Kindhäuser), **Strafgesetzbuch**, Band 2, 2. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2005.

Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmöz. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.

Kochendörfer, Heinz. “Sittenwidrige Höhe von Darlehenszinsen”, **Neue Juristische Wochenschrift**, 1980, ss.215-216.

Kohlmann, Günter. **Wirksame strafrechtliche Bekämpfung des Kreditwuchers- Zur notwendigen Reform des § 302a StGB**, Tübingen: Mohr Verlag, Köln, 1974.

Korff, Clemens. “Die neue Mietwuchervorschrift”, **Neue Juristische Wochenschrift**, 1963, ss.697-700.

Krey, Volker ve Uwe Hellmann. **Strafrecht Besonderer Teil- Studienbuch in systematisch-induktiver Darstellung, Band 2, Vermögensdelikte**, 15. Auflage, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 2008.

Krüger, Matthias. **Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff**, Duncker&Humblot Verlag, Berlin, 2000.

Kühne, Hans Heiner. “Strafbare Praktiken bei der Kreditvermittlung”, **Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform**, 1977, ss.107-118.

Lackner, Karl ve Kristian Kühl. **Strafgesetzbuch Kommentar**, 26. Auflage, Beck Verlag, München, 2007.

Lämmel, Roy. **Zins und Wucher im Mittelalter**, (Studienarbeit), Universität Leipzig Historisches Seminar, WS 03/04.

Laufen, Martin Maria. **Der Wucher (§291 Abs.1 Satz 1StGB)- Systematische Einordnung und dogmatische Struktur**, Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2004.

Laufhütte, Heinrich Wilhelm, Ruth Rissing- van Saan ve Klaus Tiedemann (Mitbearbeiter: Hagen Wolff). **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, 10. Band, 12. Auflage, de Gruyter Verlag, Berlin, 2008.

Le Goff, Jacques. **Wucherzins und Höllenqualen- Ökonomie und Religion im Mittelalter**, Klett-Cotta Verlag, Stuttgart, 1988.

Lehmann, Heinrich. **Wucher und Wucherbekämpfung im Krieg und Frieden**, Deichert Verlag, Leipzig, 1917.

Leinweber, Rudolf. **Verbraucherverschuldung als Rechtsproblem- unter besonderer Berücksichtigung von Rechtsbehelfen gegen den Kreditwucher**, Lang Verlag, Frankfurt am Main, 1995.

Liebner, Katrin. **Wucher und Staat- Die Theorie des Zinswuchers im Deutschland des 18. Und 19. Jahrhunderts**, Duncker&Humblot Verlag, Berlin, 2010.

Lohlker, Rüdiger. **Das islamische Recht im Wandel- Ribā, Zins und Wucher in Vergangenheit und Gegenwart**, Waxmann Verlag, Münster, 1999.

Löw, Stefan. "Lohnwucher-Unangemessene Entgeltvereinbarungen und ihre Folgen", **Monatsschrift für Deutsches Recht**, 2004, ss.734-736.

Mahmutoğlu, Fatih Selami. **Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.

Mahnke, Ernst H. **Der Wucherbegriff in seiner rechtlichen Fortbildung mit besonderer Berücksichtigung der jüngsten Vergangenheit**, Kahl&Domms Verlag, Altona, 1932.

Malkoç, İsmail. **Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu: Özel Hükümler (170-345)**, Cilt:2, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2006.

Maurach, Reinhart, Friedrich-Christian Schröder ve Manfred Maiwald. **Strafrecht Besonderer Teil**, Band I, 7. Auflage, Müller Verlag, Heidelberg, 1988.

Meran, Necati. “Türk Ceza Kanununda Tefecilik Suçu ve 90 Sayılı Kanun Hükümünde Kararnamenin Uygulanması”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl:5, Sayı:51, Kasım 2010, ss.103-113.

Meran, Necati. **Tefecilik –Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.

Meran, Necati. **Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik- Malvarlığı- Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.

Meran, Necati. **Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik- Malvarlığı- Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.

Meyer im Hagen, Ralph. **Die Deutsche Wuchergesetzgebung 1880-1976**, Kiel, 1991.

Mommsen, Theodor. **Römisches Strafrecht**, Duehrkohp und Radicke Verlag, Leipzig, 1899.

Müller Emert, Adolf ve Bernhard Maier. “Das Erste Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, **Neue Juristische Wochenschrift**, 1976, ss.1657-1664.

Müssigbrodt, Frank. "Sittenwidrigkeit und Wucher beim Darlehensvertrag", **JA**, 1980, ss.697-700.

Nack, Armin. "§302 a StGB- ein Faraday'scher Käfig für Kredithaie?", **Monatsschrift für Deutsches Recht**, 1981, ss.621-624.

Nägele, Stefan. "Wucher- ein arbeitsrechtliches Problem", **Betriebs-Berater**, 1997, ss.2162-2170.

Neukamp. "Das Kriegwucherstrafrecht", **Juristische Wochenschrift**, 1918, ss.74-77.

Neumann, Max. **Geschichte des Wuchers in Deutschland bis zur Begründung der heutigen Zinsengesetze (1654)**, Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, Halle, 1865.

Nişanyan, Sevan. **Sözlerin Soyağacı: Çağdaş Türkçenin Etimolojik Sözlüğü**, 2. Baskı, İstanbul, 2003.

Nomer, Halûk N. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış)**, 11. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012.

Nuhoğlu, Ayşe. "Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu", **Ceza Hukuku Reformu**, Umut Vakfı Yayınları, İstanbul, 2001, ss.503-514.

Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2010.

Olgaç, Senai. **Hukuk Davalarında Gabin- Hata- Hile- İkrâh İzahlar İçtihatlar**, Orsel Matbaası, Ankara, 1975.

Ott, Sieghart. “Zur Sittenwidrigkeit von Konsumentenkreditverträgen”, **Betriebs-Berater**, 1981, ss.937-943.

Otto, Harro. “Die Tatbestände gegen Wirtschaftskriminalität im Strafgesetzbuch-Kriminalpolitische und damit verbundene rechtsdogmatische Probleme von Wirtschaftsdelikten”, **Jura**, 1989, Heft 1, ss.24-35.

Otto, Harro. “Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz)”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, 1984, ss.339-375.

Otto, Harro. “Neue Tendenzen in der Interpretation der Tatbestandsmerkmale des Wuchers beim Kreditwucher”, **Neue Juristische Wochenschrift**, 1982, ss.2745-2750.

Otto, Harro. “Strafrecht als Instrument der Wirtschaftspolitik”, **Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform**, 1980, ss.397-407.

Ozansü, Mehmet Cemil. **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.

Önder, Ayhan. **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.

Önder, Ayhan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt:1, Yaylacık Matbaası, İstanbul, 1989.

Önder, Ayhan. **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1994.

Özbek, Veli Özer. “Tefecilik Suçu”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:5, Sayı:14, Aralık 2010, ss.29-39.

Özbek, Veli Özer. “Ticari Ceza Hukukuna Hakim Olan Ceza Hukuku İlkeleri ve Markalar Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Yapılan Değişikliklerin Söz Konusu İlkeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Nisan 2009, Sayı:9, ss.25-40.

Özbek, Veli Özer. “Türk Ceza Kanunu’nda Hata”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:3, Sayı:7, Ağustos 2008, ss.83-99.

Özbek, Veli Özer. **Müstehcenlik Suçu**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.

Özbek, Veli Özer. **TCK İzmir Şerhi- Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı**, Cilt:1, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.

Özbek, Veli Özer. **Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı Cilt:2,- TCK İzmir Şerhi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.

Özbek, Veli Özer. M.Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.

Özbek, Veli Özer. M. Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.

Özbek, Veli Özer. M. Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.

Özbudun, Ergun. **Türk Anayasa Hukuku**, 8. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2004.

Özen, Muharrem. “Ceza Hukukunda Bilmemek ve Hata”, **Uğur Alacakaptan’a Armağan**, Cilt: I, İstanbul, 2008, ss.589-598.

Özgenç, İzzet. “Tefecilik Suçu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XIV, Yıl:2010, Sayı:1, ss.543-553.

Özgenç, İzzet. “Tüzel Kişinin Sorumluluk Ehliyeti: Anayasa Mahkemesi’nin Bir Kararı Üzerine Düşünceler”, **Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan**, İstanbul, 1995, ss.319-344.

Özgenç, İzzet. **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002.

Özgenç, İzzet. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.

Özgenç, İzzet. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011.

Özgenç, İzzet. **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.

Özkaya, Eraslan. **Gabin Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000.

Özsunay, Ergun. **Borçlar Hukuku I**, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1983.

Öztürk, Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem. **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.

Öztürk, Bahri, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin F. Saygılar ve Esra Alan. **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.

Pardo, Herbert. **Das strafrechtliche Kriterium der Wucherlichkeit eines Darlehns**, Wettig Verlag, Hamburg, 1909.

Parlar, Ali. **Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2011.

Parlar, Ali ve Muzaffer Hatipoğlu. **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Cilt:1, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.

Parlar, Ali ve Muzaffer Hatipoğlu. **Açıklamalı-Gerekçeli-Uygulamalı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar**, Kazancı Yayınları, Ankara, 2006.

Parlar, Ali ve Muzaffer Hatipoğlu. **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Cilt:4, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.

Pekin, Tevfik. **Ekonomiye Giriş**, İzmir, 1995.

Pelke, Bernhard. **Die strafrechtliche Bedeutung der Merkmale "Übel" und "Vorteil"- Zur Abgrenzung der Nötigungsdelikte von den Bestechungsdelikten und dem Wucher**, München, VVF Verlag, 1990.

Peschke, Kurt. **Was ist Zinswucher? Die Antwort des Reichgerichts**, F. Vahlen Verlag, Berlin, 1926.

Pohlkamp, Matthias. **Die Entstehung des modernen Wucherrechts und die Wucherrechtsprechung des Reichsgericht zwischen 1880 und 1933**, Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2009.

Poroy, Reha ve Ünal Tekinalp. **Kıymetli Evrak Hukuku Esasları- 5941 Sayılı Çek Kanununun Yorumu İle**, 19. Baskı, İstanbul, 2010.

Preis, Werner. **Der Begriff des Wuchers in § 302e R.St.G.B.**, Würzburg, 1926.

Rado, Türkan. **Roma Hukuku Dersleri- Borçlar Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1978.

Reifner, Udo. “Wucherprüfung nach Abschaffung der Schwerpunktzinssatzstatistik und ihre Ersetzung durch die EWU-Statistik im Jahre 2005”, **Verbraucherrecht Aktuell**, 2005, ss.370-373.

Reisoğlu, Safa. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011.

Reisoğlu, Seza. **Bankacılık Kanunu Şerhi**, Cilt: II, Ankara, 2007.

Renzikowski, Joachim. Anmerkung, **Juristische Rundschau**, 1999, ss.166-171.

Rieger, Erwin. **Ausbeutung und Wucher**, o.O. Verlag, Tübingen, 1949.

Rossaro, Fabiana. **Der Kreditwucher in Italien- Eine ökonomische Analyse der rechtlichen Handhabung**, Freiberg, 2002.

Rösch, Gerhard. “Wucher in Deutschland 1200-1350 (Überlegungen zur Normdidaxe und Normrezeption)”, **Historische Zeitschrift** 259 (1994), ss.593-636.

Rudolphi, Hans Joachim, Eckhard Horn ve Eric Samson (Bearbeiter: Eric Samson). **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Band II, 4. Auflage, Neuwied/Kriftel, 1991.

Rudolphi, Hans-Joachim, Eckhard Horn, Erich Samson ve Hans-Ludwig Günther (Mitbearbeiter: Hoyer). **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch**, München, 2009.

Rühle, Klaus. **Das Wucherverbot- effektiver Schutz des Verbrauchers vor überhöhten Preisen?**, Duncker&Humblot Verlag, Berlin, 1978.

Sağlam, Fazıl. “2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, **Anayasa Yargısı**, Cilt:19, ss.288-310.

Sağlam, Mehmet. “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, **Anayasa Yargısı**, Cilt:19, ss.233-266.

Sancar, Türkan Yalçın. **Çok Failli Suçlar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1998.

Sasserath, Günter. “Die überhöhte ortsübliche Miete als Vergleichsmaßstab”, **Neue Juristische Wochenschrift**, 1972, ss.711-712.

Sasserath, Günter. **Das Verhältnis von § 302 f StGB zu § 2b WiStG- Zugleich ein Beitrag zur Reform dieser Vorschriften**, Köln, 1974.

Sauer, Cornelia. **Die geltungserhaltende Reduktion im Rahmen des Mietwuchers und des Darlehenswucher**, (Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Würde eines doctor iuris der Juristischen Fakultät der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg), Rottenburg, 2003.

Schäfer, Leopold. “Das Kriegwucherstrafrecht und die Übergangszeit”, **Deutsche Juristen-Zeitung**, 1919, ss.151-155.

Schauer, Renate. **Grenzen der Preisgestaltungsfreiheit im Strafrecht- Eine Untersuchung zum Verhältnis von Wucher und Betrug**, VVF Verlag, München, 1989.

Scheffler, Uwe. “Zum Verständnis des Wuchers gem.§ 302a StGB”, **Goldammer’s Archiv**, 1992, ss.1-19.

Scheu, U. Anmerkung, **Juristische Rundschau**, 1982, ss.474-475.

Schmidt Futterer, Wolfgang. **Mietrecht**, 10. Auflage, Beck Verlag, München, 2011.

Schmidt-Futterer, Wolfgang. “Die neuen Vorschriften über den Mietwucher in straf- und zivilrechtlicher Sicht”, **Juristische Rundschau**, 1972, ss.133-137.

Schmidt-Futterer, Wolfgang. “Der Begriff der ortsüblichen Vergleichs-miete in zivil- und strafrechtlicher Sicht”, **Juristische Rundschau**, 1974, ss.274-278.

Schmidt-Futterer, Wolfgang. “Die Wuchermiete für Wohnraum nach neuem Recht”, **Neue Juristische Wochenschrift**, 1972, ss.135-137.

Schönke, Adolf ve Horst Schröder (Mitbearbeiter: Stree/Heine). **Strafgesetzbuch-Kommentar**, 27. Auflage, Beck Verlag, München, 2006.

Schütz, A. “Zum Tatbestand des Wuchers”, **Kriminalistik**, 1958, ss.335-336.

Schwarz, Andreas B. “Türkiye-İsviçre Medeni Hukuku ve Roma Hukuku”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cemil Bilsel’e Armağan**, İstanbul, 1939, ss.379-436.

Schwarz, Werner. **Der Wucher im geltenden Strafrecht und in den Entwürfen zu einem Deutschen und einem Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch**, Tübingen, 1931.

Selçuk, Sami. **Dolandırıcılık**, Öztürk Matbaası, İstanbul, 1982.

Seviğ, Veysi. “Tefecilik Suçu”, 11.11.2008, <http://www.ubdt.com.tr/makaleoku.php?id=385>, (09.02.2009).

Sickenberger, Markus. “Wucher als Wirtschaftsstraftat”, **Anschluß- und Vertiefungsuntersuchungen zur Bundesweiten Erfassung von Wirtschaftsstraftaten nach einheitlichen Gesichtspunkten**, Band I Betrug,

Untreue, Wucher. Vorteilsgewährung und Bestechung als Wirtschaftsstraftaten, herausgegeben vom Bundesministerium de Justiz, 1984, ss.201-249.

Sickenberger, Markus. **Wucher als Wirtschaftsstraftat- Eine dogmatisch-emprische Untersuchung**, Freiburg, 1985.

Siems, Harald. **Handel und Wucher im Spiegel frühmittelalterlicher Rechtsquellen**, Hahn Verlag, Hannover, 1992.

Smith, Adam. **Ulusların Zenginliği 1**, çev. Metin Saltoğlu, Palme Yayıncılık, Ankara, 2009.

Soyaslan, Doğan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005.

Soyaslan, Doğan. **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2010.

Sözüer, Adem. "Alman Hukukunda Müsadere Yaptırımı", **Polis Dergisi**, Yıl:9, Sayı:36; Temmuz-Ağustos-Eylül 2003, ss.397-406.

Spindler, Helga. "Lohnwucher- ein neues Rechtsproblem", **Arbeit und Recht**, 1999, ss.296-298.

Steinborn, Christian. **Ökonomische Analyse des Wuchers- eine fachübergreifend differenzierte Betrachtung der Tatbestandmerkmale des strafrechtlichen Wuchers im Hinblick auf eine zielgerichtete Auslegung für die Praxis der Rechtsbewährung**, Hamburg, 2002.

Stolz, Josef. **Schwerer Kreditwucher (§302b St.G.B.)**, Marten Verlag, Dortmund, 1933.

Sturm, Richard. “Die Neufassung des Wuchertatbestandes und die Grenzen des Strafrechts”, **Juristen Zeitung**, 1977, ss. 84-87.

Sudbrock, Benedikt. **Der Schutz des Kreditnehmers vor wucherischen Kreditverträgen im spanischen Recht- Eine rechtsvergleichende Darstellung mit Überlegungen zu den subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen des Kreditwuchers**, Löw und Vorderwülbecke Verlag, Bielefeld, 1998.

Sungur, Hasan Halis. **Gabin**, İstanbul, 1953.

Sümer, Nezihe Binnur. **İşverenin Hizmet Sözleşmesi Yapma Serbestisinin Sınırları**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 1992.

Tahiroğlu, Bülent. **Roma Borçlar Hukuku**, Der Yayınevi, İstanbul, 2009.

Tandoğan, Haluk. **Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri**, Cilt: I/2, 4. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 1985.

Taşdelen, Servet. **Bankacılık Kanunu Şerhi- Bankacılık Hukuku Alanında Uluslar arası ve Ulusal Düzenlemeler, Denetim Hukukunun Tarihçesi, Diğer Yasalardaki Bankacılık Suçları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.

Tekinay, Selâhattin Sulhi, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

Tenckhoff, J. “Anmerkung, Beschluß des BGH v. 28.04.1987- 5 StR 566/86”, **Juristische Rundschau**, 1988, ss.125-128.

Tepe, İlker. “Fiyatları Etkileme Suçu (TCK m.237)”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:5, Sayı:14, Aralık 2010, ss.89-102.

Tepe, İlker. “Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu (TCK m.239/1-3)”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:5, Sayı:14, Aralık 2010, ss.103-125.

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok. **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.

Tiedemann, Klaus. “Der Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, 1975, ss.253-296.

Tiedemann, Klaus. **Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität Band 1- Allgemeiner Teil**, Rowohlt Verlag, Reinbek, 1976.

Topuz, Murat. “Fahiş Gabin’in (Laesio Enormis) Roma Sözleşmeler Hukukunda Uygulama Alanı ve Fahiş Gabin’e Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Aydın Aybay’a Armağan, Yıl:2007, Sayı:1, ss.463-495.

Toroslu, M. Vefa. **Hukuksal ve Finansal Açından Factoring Teorisi/Uygulaması/Muhasebesi**, 2. Baskı, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2005.

Toroslu, Nevzat. **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2008.

Tosun, Kerim ve Mustafa Artuç. **Türk Hukukunda Suçlar ve Kabahatler ile Açıklamalı-İçtihatlı Tüm Özel Ceza Yasaları**, Cilt:2, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

Tröndle, Herbert ve Thomas Fischer. **Strafgesetzbuch und Nebengesetze**, 54. Auflage, Beck Verlag, München, 2007.

Tülen, Hikmet. “3.10.2001 Tarihli ve 4709 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişiklikleri Üzerine Genel Bir Değerlendirme”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2001, Cilt: V, Sayı:1-4, ss.191-243.

Tümerkan, Somay. **Donadırcılık Suçu**, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1987.

Uğur, Hüsamettin. “Tefecilik Suçunun Pozitif Dayanakları, Unsurları ve Uygulama İlkeleri”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl:2, Sayı:8, Nisan 2007, ss. 61-72.

Uğurlu, Uğur. “Alacak Faizi Elde Eden 2 ile 5 Yıl Hapis Yatabilir”, **E-Yaklaşım**, Sayı:58, Mayıs 2008.

Umur, Ziya. **Roma Hukuku Ders Notları**, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1999.

Umur, Ziya. **Roma Hukuku Lügatı**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1975.

Uras, Güngör. “İkrazatçı Sayısı 28’e Düştü”, **Milliyet**, 13.01.2010, <http://www.milliyet.com.tr/Yazar.aspx?aType=YazarDetay&ArticleID=1185296&AuthorID=54&Date=13.10.2009>, (06.06.2011).

Uygur, Turgut. **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Cilt: I, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.

Uzunay, Birol. “Tefecilik Hortladı”, **Aksiyon Dergisi**, 05.01.2002, <http://www.aksiyon.com.tr/aksiyon/haber-8369-26-tefecilik-hortladi.html>, (25.05.2011).

Ünver, Yener. **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.

Vollmer, Walter. “Auswirkungen des neuen Mietrechts auf die Vorschriften der Mietpreisüberhöhung und des Mietwuchers”, **Neue Juristische Wochenschrift**, 1983, ss.555-556.

Wabnitz, Heinz Bernd ve Thomas Janovsky. **Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts**, 3. Auflage, Beck Verlag, München, 2007.

Weber, Karl Heinz. “Die Nichtigkeit von Teilzahlungskreditverträgen”, **Neue Juristische Wochenschrift**, 1980, ss.2062-2065.

Wessels, Johannes ve Thomas Hillenkamp. “Avusturya Ceza Kanunu’nda Başkasının Malvarlığına Karşı Suçlar”, çev. Gülsün Ayhan Aygörmez, **Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 9**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, ss.217-241.

Winterstein, Helmut. “Der gerechte Preis- heute noch Gegenstand der volkswirtschaftlichen Forschung?”, **Erlanger Forschungen, Reihe A, Band:29, Der ‘Gerechte Preis’ Beiträge zur Diskussion um das ‘iustum pretium’**, Erlangen, 1982, ss.33-38.

Wolf, Manfred. **Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich**, Mohr (Siebeck) Verlag, Tübingen, 1970.

Yaşar, Osman, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç. **Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Cilt: V, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2010.

Yenerer Çakmut, Özlem. “Türk Ceza Yasası’nda Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Neden Olma Suçu (TCK m.238)”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:5, Sayı:14, Aralık 2010, ss.41-50.

Yenisey, Feridun ve Gottfried Plagemann. **Alman Ceza Kanunu- Strafgesetzbuch**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009.

Yılmaz, Ejder. **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1985.

Yılmaz, Hüseyin. “İşletme Finansı Düşüncesinin Kökenleri”, **Ulakbim**, <http://uvt.ulakbim.gov.tr>, ss.181-189, (27.06.2011).

Yılmaz, Zekeriya. **Ceza Muhakemesinde Mağdur Hakları, Davaya Katılma, Yargılama Giderleri**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.

Yılmaz, Zekeriya. **Tüm Değişikliklerle Getirdiği Sistem ve Yeniliklerle Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.

Yiğit, Uğur. **Bankacılık Suçları**, Yaydağ Yayınları, İstanbul, 2006.

Yüksekkaya, Bayram. “**Para İlişkilerinde Kanserli Hücre: Tefecilik Suçu**” <http://www.bayramyuksekkaya.av.tr/docs/004.pdf>, (10.06.2012).

Yüzbaşıoğlu, Necmi. “Türk Anayasasının Avrupa Anayasasına Uyum Sorunu Üzerine Bir Değerlendirme”, **Anayasa Yargısı**, Cilt:22, ss.342-349.

Zevkliler, Aydın. **Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri**, 4. Baskı, Ankara, 1994.

Zimmermann, Reinhard. **Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?- Die rechtliche Behandlung anstößig-übermäßiger Verträge**, Duncker&Humblot Verlag, Berlin, 1979.

Zürcher, Emil. “Sozialwucher im Kriegs- und Friedensrecht”, **Festschrift für Georg Cohn**, ss. 675-690.

İnternet Siteleri

Diyanet İşleri Başkanlığı, “Riba”, <http://www.diyamet.gov.tr/kuran/result.asp?ayet=faiz>, (12.07.2011).

Legislationline, “Criminal code of the Kingdom of Sweden (English version)”, <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes> isimli internet sitesinden yapılmıştır. (19.07.2011) .

Legislationline, “Criminal Code of the Republic of Finland (English version)”, <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes> isimli internet sitesinden yapılmıştır. (19.07.2011).

Parasal. Net, “İkrazatçılar”, <http://www.parsal.net/ikrazatcilar508.html?s=4cfaa730c37216b46b2b680dc6d0aa90&t=508>, (25.05.2011).

T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, “Adli İstatistik Yayın Arşivi”, www.adlisicil.adalet.gov.tr (25.07.2011).

T.C.Anayasa Mahkemesi, “Kararlar”, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1198&content= (07.08.2011).

T.C. Anayasa Mahkemesi, “Kararlar”, www.anayasa.gov.tr, (19.12.2011).

T.C. Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu, “Faaliyet Raporu 2010”, http://www.masak.gov.tr/Kurulumuz/faaliyet_rapor/faalrap_2010.pdf, (25.05.2011).

T.C. Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu, “Faaliyet Raporu 2011”, http://www.masak.gov.tr/media/portals/masak2/files/faalrap_2011.pdf (21.06.2012).

T.C.Anayasa Mahkemesi, “Kararlar”, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1994/K1994-72.htm>, (19.12.2011).

T.C.Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı, “Hazine Müsteşarlığı 2010 Yılı Faaliyet Raporu”,http://www.hazine.gov.tr/irj/go/km/docs/documents/Hazine%20Web/Mustesarlik/Kurumsal%20Raporlar/Faaliyet%20Raporu/2010_FaaliyetRaporu.pdf, (18.08.2011).

Türk Dil Kurumu, “Büyük Türkçe Sözlük”, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, (04.05.2011 – 14.01.2013).

Vikipedi, Özgür Ansiklopedi, “Adam Smith”, http://tr.wikipedia.org/wiki/Adam_Smith#G.C3.B6r.C3.BCnmez_El, (07.07.2011).