

DAVALI TARAFIN DİLEKÇESİ*

Hazırlayanlar: Ayşenur ŞAHİN / Zeynep Sümeyye BAKIRCI

İSTANBUL ASLİYE TİCARET MAHKEMESİ BAŞKANLIĞINA

CEVAP VEREN

DAVALI : Kaplan Holding A.Ş. (ADRES)
VEKİLİ : (ADRES)
DAVACI : Mobitel2 (ADRES)
VEKİLİ : (ADRES)
TALEP KONUSU : ABD doları tutarındaki alacak davasına ilişkin savunmalarımızın sunulmasıdır.

DAVAYA İLİŞKİN SAVUNMALARIMIZ:

I. MÜVEKKİLİM İLE DAVACI ŞİRKET MOBİTEL2 ARASINDA İMZALANAN PAY SAHIPLERİ SÖZLEŞMESİ GEÇERSİZDİR.

Pay sahipleri sözleşmesi, anonim ortaklık pay sahiplerinin tamamı veya bir kısmının pay sahibi olarak; kendi aralarındaki hukuki ilişkileri, kendilerinin ortaklıkla olan ilişkilerini veya ortaklığın tâbi olmasını arzu ettikleri düzeni belirlemek üzere akdettikleri bir borç sözleşmesidir¹. Bir borç sözleş-

* ELSA (European Law Students Association) tarafından 16-17 Nisan 2005 tarihinde Ankara Adliye Sarayı'nda yapılan Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU KURGUSAL DURUŞMA YARIŞMASI'nda Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Takımı'nın sunduğu Davalı Dilekçesi.

¹ Gül OKUTAN, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2001, s. 3.

leşmesi olması nedeni ile pay sahipleri sözleşmesi Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nun sözleşmelerin geçerliliği ile ilgili hükümlerine tâbidir. Pay sahipleri sözleşmesi ne sözleşmeye taraf olmayan anonim ortaklığı, ne de sözleşmeye taraf olamayan diğer pay sahiplerini bağlar². Bu durum borçlar hukukunda hâkim olan sözleşmelerin nisbîliği ilkesinin şirketler hukukundaki bir tezahür şekli olarak ortaya çıkmaktadır.

Taraflar, pay sahipleri sözleşmesini “sözleşme özgürlüğü ilkesi”³ çerçevesinde serbestçe akdedilebilirler. Sözleşme özgürlüğü, BK. m. 19/1 hükmü ile yasal güvence altına alınmıştır. Bu hükme göre “bir akdin mevzuu kanunun gösterdiği hudut dairesinde serbestçe tayin olunabilir”. 14.1.1948 tarih 20/2 sayılı YİBK göre “kanuna ve ahlâka aykırı akitlerin belli edilmesinde Borçlar Kanunu hükümleri yanında diğer mevzuatın da göz önünde bulundurulması gerekir”⁴. Sözleşme özgürlüğünün sınırını kanun hükümleri oluşturmaktadır. Hukuka aykırılık sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurur.

Her ne kadar davacı taraf, müvekkilim ile 15 Aralık 2002 tarihinde Kaplan&Mobitel2 AŞ kurulmadan önce, imzalamış oldukları pay sahipleri sözleşmesinin geçerliliğine dayanıyor ise de söz konusu sözleşme kanaatimizce kanuna karşı hile nedeni ile geçersizdir. Zira bu sözleşmede açıkça, kanun koyucunun gerçek iradesini bertaraf etme kastı vardır⁵.

Doktrinde bir görüş kanuna karşı hileyi şöyle tanımlamaktadır; “bir şahsın iradi bir fiil ile yeni bir hukuki durum yaratması halinde, eğer hakikaten bu hukuki duruma taalluk eden kaidenin kendisine tatbikini görmek için değil de, daha sıkıcı olan başka bir kaidenin tatbikinden kurtulmak için hareket ettiği kabul olunursa, ortada kanuna karşı hile vardır⁶.” Kanuna karşı hilede taraflar, hukuk düzeninin yasakladığı hukuki veya ekonomik bir sonucu elde etmek için, yapılması caiz başka bir muamele yaparlar. Bir hukuki

² OKUTAN, s. 70, aynı görüş için bkz. Ömer TEOMAN, Yaşayan Ticaret Hukuku, C. 1/5, Ankara, 1995, s. 64.

³ Anayasa m.48/1'e göre “Herkes,....sözleşme hürriyetine sahiptir”. BK 19'a göre “Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği hudut dairesinde serbestçe tayin olunabilir” Fertlerin özel borç ilişkilerinde hukuk düzeninin sınırları içinde yapacakları akitleri serbestçe bizzat düzenleme yetkisine sözleşme özgürlüğü denir. Fikret EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, 2003, İstanbul, s. 368; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCU-OĞLU/ALTOP, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, 1993 s. 362 vd.

⁴ EREN, s. 408'den naklen.

⁵ Ünal SOMUNCUOĞLU, 7129 Sayılı Bankalar Kanunu'nun 38. Maddesi ve Kanuna Karşı Hile, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 1976, s. 127.

⁶ Hamide TOPÇUOĞLU, Kanuna Karşı Hile, İzmit, 1950, s. 12 (SOMUNCUOĞLU, s.1282'den naklen).

muamelenin kanuna karşı hile amacıyla yapıldığının kabul edilebilmesi için bazı unsurları taşıması gerekir. Bu unsurlar şunlardır:

— Bir muamelenin yapılması emredici bir hukuk kuralıyla yasaklanmalıdır.

— Kanunun izin verdiği başka bir muamele yapılmalıdır. Yani taraflar emredici kuralın etkisinden kurtulmak için, onun tesir alanına girmeyen ve hukuken caiz başka bir muamele yapmış olmalıdırlar.

— Tarafların yaptıkları muamele, yasaklanan muamelenin doğuracağı sonucu meydana getirmeye elverişli olmalıdır.

Kanuna karşı hilenin bütün unsurları tarafların aralarında imzaladıkları pay sahipleri sözleşmesinde en bariz şekilde mevcuttur. Şöyle ki;

— Müvekkilimle davacı tarafın pay sahibi sözleşmesi imzalamalarında herhangi bir kanuna aykırılık bulunmamaktadır.

— Ancak müvekkilimle imzalanan sözleşme ile temin edilmesi amaçlanan iktisadi ve hukuki netice, kanunun ruh ve maksadına aykırıdır. Davacı, 18.01.1954 tarihli, 6224 Sayılı Kanun'un m.1/2'de aradığı "*Türkiye'ye ithal edilecek yabancı sermaye ülke çapında tekel teşkil edecek faaliyetlerde bulunan kuruluşlarda çoğunluk hissesine sahip olamaz.*" şartını sağlamak maksadı ile müvekkilimle şirket esas sözleşmesini imzalamıştır. Esas sözleşmede sermayenin yarısından fazlasının Türk vatandaşlarına ait olması koşuluna aykırı düzenleme getiremeyen davacı, kanunun olanak verdiği, yalnız taraflar arasında hüküm ve sonuç doğuran pay sahipleri sözleşmesi ile 6224 Sayılı Kanun'u dolanmak istemiştir.

— Tarafların aralarında akdettikleri pay sahipleri sözleşmesi, yasaklanan işlemin doğuracağı sonucu meydana getirmeye elverişlidir. Davacı, esas sözleşme ile ulaşamadığı sonuca pay sahipleri sözleşmesi ile ulaşmak istemektedir.

Kanun koyucu, emredici bir norma karşı hilede hem bertaraf edilmek istenen normla ulaşılmak istenen amacı hem de bu amaca ulaşmak için takip edilen yolu, aracı yasaklamış olabilir. 6224 Sayılı Kanun'un 27.04.1995 tarih ve 4105 Sayılı Kanun ile değiştirilen "*.....ancak Türkiye'ye ithal edilecek yabancı sermaye ülke çapında tekel teşkil edecek faaliyetlerde bulunan kuruluşlarda çoğunluk hissesine sahip olamaz*" hükmünü ihtiva eden m.1/c' de yer alan emredici kural yabancı sermayenin, Türkiye'de tekel niteliği teşkil eden faaliyetlerde çoğunluk hisseye sahip olmasını yasaklamıştır⁷.

⁷ "Kanunen caiz muamelelerle kanunun mecburi akdettiği hükümlerin ihlali diye tarif edilebilen kanuna karşı hile müessesesi emredici hukuk kaidelerinin nihai bekkilğini

Kanuna karşı hileye bağlanan müeyyide, doktrindeki baskın görüşe göre dolanlı olarak yapılan ve kanun tarafından yasaklanan işlemin tabii olduğu müeyyidedir.⁸ Diğer bir ifade ile “muayyen bir amir hükümden kaçma onun ihlali demektir. Açık ihlaller hangi müeyyide ile sakatlanıyorsa, vasıtalı ihlallerinde aynı müeyyide ile sakatlanması lazımdır. Eğer kaçınılan maddenin müeyyidesi butlan ise, hile suretiyle vaki ihlalin müeyyidesi de butlan olacaktır”⁹.

Borçlar Kanunu’nun 20. maddesine göre, “*Bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik veya ahlaka (adaba) mugayir olursa o akit batıldır.*” Tarafların aralarında akdettikleri pay sahipleri sözleşmesinin amacı hukuka aykırı olduğundan, BK 20 de düzenlenmiş olan butlan müeyyidesine tabi olacaktır. BK 20’deki butlan, mutlak butlandır, yapılan işlem tam geçersizdir, hükümsüzdür. İşlem ölü doğar, daha sonra taraflarca canlandırılması ve geçerli bir hale getirilmesi mümkün değildir¹⁰.

6224 Sayılı Kanun, 4875 Sayılı Kanun’un 5. maddesinin c bendine ile yürürlükten kaldırılmıştır. 4875 Sayılı Kanun’un 3. maddesine göre yabancı yatırımcıların Türkiye’de doğrudan yatırım yapması serbesttir. Her ne kadar 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu, 6224 Sayılı Kanun’u yürürlükten kaldırmış, 6224 Sayılı Kanun kapsamında kurulan şirketlerin bu kanun kapsamında değerlendirileceği hususunu düzenlemişse de olayımıza bu kanunu uygulamamız mümkün değildir. Çünkü taraflar arasında imzalanan pay sahipleri sözleşmesi geçersizdir. 6224 Sayılı Kanun’u dolandırdığı için geçersiz olan bir sözleşmenin sonraki 4875 Sayılı Kanunla geçerli hale getirilmesi mümkün değildir.

yapmakta ve kanunun dolambaçlı şekilde ihlaline mani olmaktadır.” M. Kemal OĞUZMAN, Kat Mülkiyeti ve Kanuna Karşı Hile, İstanbul Barosu Dergisi, C. 25, S.7, Temmuz 1951, s. 386.

⁸ EREN, s. 347.

⁹ TOPÇUOĞLU, s. 271-272 (SOMUNCUOĞLU, s.136 den naklen).

¹⁰ Şener AKYOL, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, s. 150; EREN, s. 309; Yargıtay 4.H.D, E. 1971/4049, K. 1971/6649, T. 05.07.1971 “...Bir sözleşmenin ahlaka veya hukuka aykırı olup olmadığının taraflarca bilinip bilinmemesinin sonuca etkisi yoktur. Şu durum karşısında sözleşme geçersizdir ve hiçbir hukuki sonuç doğurmaz. Taraflardan hiçbirini böyle bir sözleşmenin bozulmasını istemese bile sözleşme daha yapıldığı anda hukukça yok sayılır.”

II. TARAFLARIN ARALARINDA İMZALADIKLARI PAY SAHİPLERİ SÖZLEŞMESİNDEKİ VEKÂLETNAMEYE İLİŞKİN HÜKÜM GEÇERSİZDİR.

Borçlar Kanunu'nun m.396/1 hükmüne göre vekâletten her zaman için azil ve istifa mümkündür. Bu hükme göre taraflardan her birinin sözleşmeyi sona erdirmeye imkanı vardır. Bu haktan sözleşme ile feragat edilmiş yahut cayma tazminatı veya cezai şart kararlaştırılmış ise; bu gibi sözleşme kurlarının emredici kurala aykırılığı dolayısı ile hükümsüz sayılması gerekir¹¹. Müvekkilimin pay sahipleri sözleşmesi ile şirket sermayesinin % 26'lık kısmını temsil eden hisselerle ilişkin süresiz ve gayri kabili rücu bir vekâletname vermesi BK m.396/1'in emredici hükmüne aykırılık teşkil ettiğinden hükümsüzdür. Vekâletnameye ilişkin bu şart kanaatimizce aynı zamanda MK m.23/2'de belirtilen "*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandıramaz.*" hükmüne de aykırılık teşkil etmektedir.

III. PAY SAHİPLERİ SÖZLEŞMESİYLE ESAS SÖZLEŞMEDE DEĞİŞİKLİK YAPILAMAZ.

Kanaatimizce tarafların aralarında yaptıkları pay sahipleri sözleşmesi ile esas sözleşmenin çelişmesi halinde pay sahipleri sözleşmesine üstünlük tanıyan şartı kabul etmek mümkün değildir. Zira esas sözleşmede düzenlenmiş bir hususu pay sahipleri sözleşmesinde farklı düzenleyen hükmün, esas sözleşmeyi değiştirmiş olduğu, gerçekten böyle bir değişiklik amaçlanmış olsa bile, kabul edilemez. Esas sözleşme değişikliği kanunla özel bir usule bağlanmıştır (TTK m.385 vd.). Bu usul, yerine getirilmeden esas sözleşme zımnen değiştirilmiş sayılamaz. Pay sahipleri sözleşmesine taraf olan pay sahibi sayısının ve bunların temsil ettiği sermayenin, esas sözleşmenin değiştirilmesi için yeterli nisabı aşması da bu sonucu değiştirmez. Kanunun öngördüğü usul emredicidir¹².

¹¹ Hüseyin HATEMİ/Rona SEROZAN/Abdülkadir ARPACI, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 437; Aynı görüş için bkz. Cevdet YAVUZ, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Bası, İstanbul, 1997, s. 577.

¹² OKUTAN, s. 283.

**IV. MÜVEKKİLİMİN DAVACI TARAFIN İDDİA ETTİĞİ GİBİ,
157.500.000 ABD DOLARLIK SERMAYE PAYINA İLİŞKİN
BİR BORCU BULUNMAMAKTADIR.**

Zira müvekkilim tarafından şirket esas sözleşmesinde taahhüt edilen 200.000.000 ABD dolarının tamamı Kaplan&Mobitel2 A.Ş.'ye ödenmiştir. Böyle bir borcumuzun olmadığı şirket bilançosundan da açıkça anlaşılmaktadır.

**V. DAVACI 6224 SAYILI KANUNUN ARADIĞI TÜRK
SERMAYESİNİN ÇOĞUNLUKTA OLMASI ŞARTINI
GERÇEKLEŞTİRMEK İÇİN MÜVEKKİLİMİN % 51
SERMAYESİNE TEKABÜL EDEN 357.000.000 ABD
DOLARININ MÜVEKKİLİMCE ÖDENMEYEN 157.000.000
ABD DOLARINI KANUNU DOLANMAK VE TÜRKİYE'DE
İHALEYE GİREBİLMEK İÇİN ÖDEMIŞTİR. DAVACI
MOBİTEL2'NİN YAPTIĞI BU ÖDEME BORÇLAR KANUNU
65 HÜKMÜNE GÖRE HUKUKA VE AHLAKA AYKIRI BİR
NİTELİK TAŞIMAKTADIR.**

Borçlar Kanunu m. 65'e göre, hukuka veya ahlaka bir sonuç elde etmek maksadı ile verilmiş bulunan için verilen şey geri istenemez¹³. Bu maddede düzenlenen hüküm BK m. 20'yi tamamlamaktadır. BK m. 20/1, hukuka ve ahlaka aykırı sözleşmeleri batıl saymıştır. Ancak, batıl bir sözleşmeden doğan edimler ifa edildiği takdirde, bunlar ilke olarak ya sebepsiz zenginleşme ya da istihkak davası ile geri istenir. Ne var ki, kanun bu madde ile hukuka veya ahlaka aykırılık nedeni ile batıl olan bir sözleşmeden doğan edimlerin ifası halinde, bu kurala bir istisna getirmekte ve bunların geri istenemeyeceğini hükme bağlamaktadır¹⁴.

Hukuka veya ahlak aykırı bir sonuç elde etmek amacı ile ifa edilen şeyin geri istenememesi için BK m. 65'e göre şu şartların gerçekleşmesi gerekir:

¹³ Yargıtay 1.H.D. , E. 1984/7119, K.1984/6921, T.8.6.1984; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 1999/978, K. 1999/955, T. 17.11.1999: "...BK.'nun 65. maddesine göre ahlaka adaba aykırı bir netice elde edilmesi için verilen şey geri alınmaz." (Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası). Borçlar Kanunu Tasarısı'nda bu hüküm değiştirilerek hakime bu maksatla verilen şeylerin devlete bırakılmasına hükmedebilme yönünde takdir hakkı verilmiştir.

¹⁴ EREN, s. 896.

—Verilen şey karşılığında gerçekleştirilmesi amaçlanan sonuç, hukuka veya ahlaka aykırı olmalıdır.

—Şey, hukuka veya ahlaka aykırı bir sonuç elde etmek niyeti ile verilmiş olmalıdır.

—Kazandırmanın fiilen yerine getirilmiş ve dolayısı ile “verme edimi”nin ifa edilmiş, kısaca tasarruf işleminin gerçekleşmiş olması gerekir¹⁵
16

Borçlar Kanunu m. 65 kuralı hukuki muamelenin sıhhati ile ilgilenen bir kural olmayıp, “sebepsiz iktisaplar” alanında iadeyi engelleyen bir kuraldır¹⁷.

Söz konusu kural, her ikisinin de ahlaka aykırı davranışlarına rağmen devredene karşı devralanı korumaktadır¹⁸.

Hukuka ve ahlaka aykırı işlemin hukuki müeyyidesi butlandır. Hâkim, dosyada butlan sebebini tespit ettiği takdirde herhangi bir taleple bağlı olmaksızın bu durumu kendiliğinden göz önüne alma ve işlemin butlanla batıl olduğuna karar vermek zorundadır.

¹⁵ EREN, s. 860-861.

¹⁶ Yargıtay 2.HD. E.1995/12730, K. 1996/1228, T. 06.02.1996 “...Borçlar hukukumuzun genel prensibi akde vefa ve akitlerden birinin edimi karşı taraf için sebepsiz iktisap niteliğinde kalırsa onun iade edilmesi yönündedir. (BK. m. 61-66) BK.’ un 65. maddesi bu kuralın önemli bir istisnasıdır. Bu kuralla hukuka ve ahlaka aykırı sözleşme yapılması önlenmiş, aynı derecede kınanacak durumda olanlardan veren değil alan korunmuştur. Bu hükmü, kanunların imkan tanıdığı sözleşmelerin yerine getirilmesinden kaçınma aracı olarak yorumlamak amacı aşar.

Kanunun bu hükmün uygulanabilmesi için öngörülen unsurlar;

a)Haksız (hukuka) veya ahlaka aykırı bir sonuç;

b)Haksız (hukuka) veya ahlaka aykırı bir sonuç elde etme kastı;

c)Tasarruf işleminin yapılmış olması, yani verme işlemi. ”

Yargıtay 11.H.D., K.1991/4151, E. 1989/9057,T. 18.06.1991: “...BK’un 65. maddesi hükmündeki (verilen şey) ibaresi verme ediminin ifa edilmiş, yani tasarrufi muamelenin gerçekleşmiş olmasını ifade ettiğinden iltizami muamele niteliğinde olan borç senedinin geçersizlinin talep ve dava edilmesi anılan yasa hükmünde öngörülen geri alma yasağına tâbi değildir.” (Kazancı Bilişim, İctihat Bilgi Bankası).

¹⁷ Hüseyin HATEMİ, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul 1976, s.254; Yargıtay 14.01.1948 T. ve 20/2 sayılı İctihadı Birleştirme kararında da bu görüşü şu şekilde doğrulamıştır: “... Nitekim Borçlar Kanununun 65. maddesi de bu hükmü teyit etmektedir. Orada ahlaka adaba mugayir bir maksat için verilen bir şeyin istirdadının caiz olmadığı hükmünü koymuştur. Şu halde bu neviden memnu olan bir mevzu için yapılan batıl akitlerde haksız iktisap dahi bahis konusu olamaz. Böyle bir borcun ademi ifası diğer tarafın zarar ve ziyan talebine yer vermez...”.

¹⁸ M. Turgut ÖZ, BK. m. 65 Kuralının Sınırlandırılması Sorunu ve BK. m. 20 Kuralı ile İlişkisi Rüşvet-Başlık Parası. İstanbul Barosu Dergisi, C. 59, S. 1-2-3, 1985, s. 117.

Hukuka veya ahlaka aykırılık sebebiyle batıl olan bir sözleşmede taraflardan biri diğerinden tazminat isteyemez. Bu durumda kural olarak sözleşmenin ifa edilmemesi dolayısı ile değil, asli edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi dolayısı ile tazminat istenmesi mümkündür. Asli edim yükümleri doğuracak olan hukuki işlem, hukuka veya ahlaka aykırılık dolayısı ile hükümsüz olduğundan, ne bu sözleşmenin ifa edilmemiş olması dolayısı ile, ne de bu sözleşmeden dönme sonucunda tazminat istenebilir. Çünkü sözleşme geçersizdir, ifa borcu doğurmaz ve batıl bir sözleşmeden dönülemez¹⁹.

HUKUKİ SEBEPLER: Anayasa, Medeni Kanun, Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu, 6224 ve 4875 Sayılı Kanunlar ve sair mevzuat ve ilmi, kazai içtihat.

SONUÇ VE İSTEM: 689.500.000 ABD doları tutarındaki alacak davasının reddedilerek yargılama giderleri ile vekalet ücretinin karşı tarafa yükletilmesini saygılarımızla arz ve talep ederiz.

Davacı Vekili

Av.....

(İmza)

¹⁹ HATEMİ, s. 251.