

KOÇ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

ANONİM ŞİRKETLERDE
ÖZEL DENETİM İSTEME HAKKI AÇISINDAN
MAHKEMENİN ROLÜ

Yüksek Lisans Tezi
Ebru Karaboğa

Tez Danışmanı: Doç. Dr. S. Anlam Altay

İstanbul - 2018

ÖZET

Anonim şirketler hukukunda özel denetim isteme hakkı, pay sahiplerine mahkemenin atadığı uzman aracılığı ile belirli olaylara ilişkin olarak bilgi alma ve inceleme imkânı tanıyan bir haktır. Bu çalışmada, özel denetim isteme hakkının amacı, kapsamı ve kullanım şartları incelenmiş ve devamında özel denetçi atanması istemi ile mahkemeye yapılacak başvuru ve yargılamanın hukuki niteliği, usûl hukuku boyutunda ele alınmıştır. Diğer taraftan ise söz konusu hakkın pay sahiplerine ve azlığa özel denetimden beklenen faydayı sağlamasının pratikte mümkün olup olmadığı sorularına cevap aranmıştır. Özel denetim kurumu kanunumuzda girift bir sistem şeklinde öngörülmüş olmasına rağmen, pay sahiplerinin veya azlığın özel denetim sürecini başlatarak giriştikleri bu yolda kurumdan beklen faydanın sağlanabilmesi için etkili bir özel denetim sürecinin gerekliliği ortadadır. Bu da ancak, denetim süresince özel denetçinin inceleme ve bilgi alma hakkının kullanmasının önündeki engellerin kaldırılması, diğer bir deyişle şirket ile özel denetçi arasında yaşanacak ihtilafların mahkeme tarafından kesin olarak karara bağlanması ile mümkündür. Ne var ki, kanunumuzda mahkemenin vereceği ihtilafların halline yönelik kararların ne şekilde icra edileceği, ya da söz konusu kararlara aykırılığın yaptırımının ne olacağı hususunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu tezin amacı, özel denetim kurumunun düzenlenme amacına uygun bir biçimde, kanundaki mevcut boşluğun giderilmesine yönelik hukuki çareler aramaktır.

ABSTRACT

The right to request a special audit in joint stock companies is a right that allows shareholders to obtain and investigate information on certain events through an expert appointed by the court. This study examined the purpose, scope and conditions of use of the right to request a special audit, and examines the application requesting the appointment of a special auditor within the context of procedural law. This study also examined the practical considerations of providing the expected benefits of said right to the shareholders and the minority shareholders. Although the private audit institution is envisaged as an intricate system in our law, it is obvious that an effective special audit process is necessary in order to ensure the expected benefit from the institution by initiating the special audit process of the shareholders or the minority. This is only possible by removing the barriers to the private auditor's right to obtain information during the audit, in other words, through a final judgment by the court with regards to the disputes between the company and the private auditor. However, in our law there is no regulation on how and which decisions on the settlement of disputes will be enforced or what will be the sanction of non-compliance with these decisions. The aim of this thesis is to seek legal remedies for the elimination of the current gap in the law in accordance with the purpose of regulating the special audit institution.

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	i
ABSTRACT.....	ii
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR.....	vii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZEL DENETİMİN AMACI, KAPSAMI, HUKUKİ NİTELİĞİ

I. ÖZEL DENETİM KAVRAMI	5
A. Genel Olarak.....	5
B. Özel Denetimin Diğer Kurumlardan Farkı	7
1. Genel Olarak.....	7
2. Bağımsız Denetim	7
3. Bakanlık Denetimi.....	10
4. Bilirkişilik.....	13
C. Özel Denetimin Diğer Pay Sahipliği Hakları Yönünden Etkileri.....	16
II. ÖZEL DENETİM İSTEME HAKKININ NİTELİĞİ.....	18
III. ÖZEL DENETİM İSTEME HAKKININ AMACI VE KAPSAMI	22
IV. ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA ÖZEL DENETİM	24
A. Genel Olarak.....	24
B. Mahkemece Özel Denetçi Atanmasını Gerektiren Haller	25
1. TTK m. 207’de Sayılan Haller	25
2. TTK m. 406 ‘da Sayılan Haller	26
a. Denetçinin raporunda yer verilen olumsuzluklar.....	26
b. Denkleştirme yapılmaması	26

İKİNCİ BÖLÜM

GENEL KURULDA ÖZEL DENETİM İSTEMİNDE BULUNULMASI

VE

İSTEMİN KABULÜ

I. ÖZEL DENETİM İSTEME HAKKININ GENEL KURULDA KULLANILMASI	29
A. Genel Olarak.....	29
B. Hak Sahipleri	29
C. Özel Denetim İsteminin Genel Kurulda Görüşülmesi	33
1. Özel denetim isteminin usulü	33
2. Toplantı ve Karar Nisabı	36
II. ÖZEL DENETİM İSTEMİNİN GENEL KURULDA KABUL EDİLMESİ.....	40
A. İstemde Bulunmanın Şartları.....	40
1. Bilgi Alma veya İnceleme Hakkının Daha Önceden Kullanılmış Olması	40
a. Bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılmış olmasının ispatı sorunu	43
b. Bilgi alma ve inceleme hakkının 438. madde kapsamında kullanılmış sayılabilmesi için 437/5'te öngörülen davanın açılması ve sonucunun beklenmesi gerekir mi?	45
2. Pay sahipliği haklarının kullanımı için gerekli olması	47
3. Belirlilik şartı.....	48
B. Mahkemeye Başvuru	49
1. Genel Olarak.....	49
2. Özel Denetçi Atanması için Mahkemece Aranan Şartlar	50
a. Süresi içinde başvuruda bulunma ve bu sürenin hukuki niteliği	50
b. İstemde bulunma hakkına sahip olanlar	51
3. Yargılamanın Niteliği ve Usûlü.....	53
4. Yetkili ve Görevli Mahkeme	57
5. Yargılama Şartlarının Mahkemece İncelenmesi.....	58
6. Mahkeme Kararı ve Kanun Yolları	60

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖZEL DENETİM İSTEMİNİN GENEL KURULCA REDDİ

VE

MAHKEMEYE BAŞVURU

I. GENEL OLARAK.....	64
----------------------	----

II. YARGILAMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	64
III. İSTEM SAHİPLERİ.....	70
IV. MAHKEMEYE BAŞVURU SÜRESİ.....	72
V. YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME.....	73
VI. TTK'DAKİ YARGILAMA ŞARTLARI.....	73
A. TTK m. 438/1 deki şartların varlığı.....	73
B. Özel denetim isteminin reddine dair genel kurul kararının varlığı.....	75
C. Dilekçe sahiplerinin, kurucuların veya şirket organlarının kanunu veya esas sözleşmeyi ihlâl ederek, şirketi veya pay sahiplerini zarara uğratmaları.....	76
VII. İSPAT ÖLÇÜSÜ VE DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	79
VIII. ŞİRKETİN VE İSTEM SAHİPLERİNİN DİNLENİLMESİ.....	83
IX. MAHKEME KARARININ UYGULANMASI.....	84
X. YARGILAMA GİDERLERİ.....	86
XI. ÖZEL DENETİMİN İPTAL DAVASI İLE İLİŞKİSİ.....	88
A. Genel Kurulun Özel Denetim İsteminin Kabulüne Dair Kararının İptali Sorunu.....	88
B. Genel Kurulun Özel Denetim İsteminin Reddine Dair Kararının İptali Sorunu.....	91

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ÖZEL DENETÇİNİN ATANMASI

I. MAHKEMECE ÖZEL DENETÇİNİN ATANMASI.....	96
A. Genel Olarak.....	96
B. Özel Denetçinin Nitelikleri.....	97
C. Özel Denetçi ile Şirket Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği.....	99
II. ÖZEL DENETÇİNİN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	102
A. Özel Denetçinin Hakları.....	102
1. Özel Denetçinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı.....	102
a. İnceleme Hakkı ve Kapsamı.....	102
b. Bilgi Alma Hakkı ve Kapsamı.....	106
2. Özel Denetçinin Ücret Hakkı.....	108
B. Özel Denetçinin Yükümlülükleri.....	109
1. Özel Denetçinin Sır Saklama Yükümlülüğü.....	109
2. Özel Denetçinin Sadakat ve Özen Yükümlülüğü.....	111
3. Özel Denetimin Sonuçlarına İlişkin Şirketin Görüşünü Alma Yükümü.....	112

BEŞİNCİ BÖLÜM

ÖZEL DENETİM SÜRECİ VE ÖZEL DENETİM RAPORU

I. İNCELEMENİN YÜRÜTÜLMESİ.....	114
A. Özel Denetimin Amaca Yararlı Bir Sürede Tamamlanması	114
B. Şirket İşlerinin Gereksiz Yere Aksatılmaması.....	116
C. İhtilaf Halinde Mahkemeye Müracaat	116
II. RAPORUN HAZIRLANMASI, İÇERİĞİ VE RAPORUN TABİ OLDUĞU KISTASLAR.....	120
III. RAPORUN ŞİRKETE İLETİLMESİ VE ŞİRKETİN GÖRÜŞÜNÜN ALINMASI.....	121
IV. MAHKEMENİN ÖZEL DENETİM RAPORUNU DEĞERLENDİRMESİ	122
A. Birinci Aşama: Mahkemenin Raporu İnceleyerek Ticari Sırlardan Arındırması	122
B. İkinci Aşama : Özel Denetim Raporunun Taraflara İletilmesi	125
V. İTİRAZLARIN HALLİ VE NİHAİ RAPOR.....	126
VI. RAPORUN HÜKÜMLERİ VE İŞLEME KONULMASI.....	127
VII. RAPORUN HUKUKİ NİTELİĞİ	129
SONUÇ	131
KAYNAKÇA	142

KISALTMALAR

APOK	:Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu
AÜHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BAFAD	:Bankacılık ve Finansal Araştırmalar Dergisi
Bakanlık	:Gümrük ve Ticaret Bakanlığı
Batider	:Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGE	:Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
Bkz./ bkz.	:Bakınız
C.	:Cilt
c.	:Cümle
DEÜHFD	:Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	:Dipnot
E.	:Esas
eTK	:6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
f.	:Fıkra
Gerekçe	:6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Gerekçesi
GTB.	:Gümrük ve Ticaret Bakanlığı
GSÜHFD	:Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	:Hukuk Dairesi
HGK	:Hukuk Genel Kurulu
HMK	:6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	:1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
IFRS	:Uluslararası Finansal Raporlama Standartları
İBD	:İstanbul Barosu Dergisi
İİK	:İcra ve İflas Kanunu
İsv. BK	:İsviçre Borçlar Kanunu
İÜHFD	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	:Karar
KHK	:Kanun Hükmünde Kararname
KHÜHFD	:Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
m.	:Madde

MÜHFD	:Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
N.	:Paragraf
RG	:Resmi Gazete
s.	:Sayfa
S.	:Sayı
SDÜHFD	:Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
SerPK	:6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
SMMM	:Serbest Muhasebeci Mali Müşavir
SPK	:Sermaye Piyasası Kurulu
T.	:Tarih
TBB	:Türkiye Barolar Birliği
TBK	:6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	:5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu
TMK	:4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
TMS	:Türkiye Muhasebe Standartları
TTK	:6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
UYAP	:Ulusal Yargı Ağı Projesi
vb./vs.	:ve benzeri/vesaire
vd.	:ve devamı
Yarg.	:Yargıtay
YKD	:Yargıtay Kararları Dergisi
YMM	: Yeminli Mali Müşavirlik
ZPO	:İsviçre Medeni Usul Kanunu

GİRİŞ

Anonim şirketler, gerçek veya tüzel kişilerin yatırımlarını belirli bir iktisadi faaliyet için bir araya getirmesi suretiyle sermayesini oluşturduğu, gelir elde etmek amacıyla ekonomik faaliyetlerini sürdüren, tüzel kişiliği haiz oluşumlar olup ülke ekonomisinin gelişiminde önemli role sahiptirler. Sermaye şirketi olmasının doğal bir sonucu olarak, şirket ortakları sermayeye katılımı nispetinde şirket idaresi ve geleceği hakkında söz sahibi olurlar¹. Anonim şirketler, faaliyetlerini organları aracılığı ile yürütür ve bu organlar kararlarını çoğunluk esasına göre alır. Dolayısıyla genel kurulda pay veya oy çoğunluğuna sahip kişiler şirket yönetiminde söz sahibi olur. Genel kurulda alınan kararların, karara katılmayan ve hatta karşı oy kullanan pay sahiplerini de bağlar nitelikte olmasının kaçınılmaz sonuçlarından biri de, küçük pay sahiplerinin çoğunluk pay sahipleri karşısında şirket yönetiminde tamamen edilgen konuma gelmeleri ve giderek menfaat dengesinin azlık pay sahipleri aleyhine bozulmasıdır. Çoğunluğun şirket yönetiminde tüm çıkar gruplarının menfaatini gözetmesi dürüstlük kuralının gereği ve ideal olanıdır². Ne var ki, maddi çıkar temelleri üzerine kurulan bu ilişkilerin bir sonucu da, yönetimi ele geçirenlerin, kolektif menfaati ihlal ederek kendi çıkarları doğrultusunda hareket etmeleri, hakim durumlarını azlık veya münferit pay sahiplerinin aleyhine kullanmaları gerçeğidir³.

Anonim şirketi yöneten organ ve kişiler tamamen kendilerine ait olmayan bir malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunmaktadırlar⁴. Pay sahipleri şirketin sermayesini oluşturan payların maliki olmaları yani sermayedar sıfatıyla sermayesinin şirket tarafından nasıl değerlendirildiğini ve yatırımlarının nasıl yönetildiğini ve akıbetinin ne olduğunu şirket yöneticilerinden öğrenmek en doğal haklarıdır⁵. Pay sahiplerinin şirketin ekonomik geleceği hakkında söz sahibi olabilmeleri pay sahipliği haklarını etkili ve bilinçli bir biçimde kullanmaları için bazı hukuki araçların varlığı şarttır. Bu araçlardan en önemlisi ise pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkı ile bu hakka bağlı ve ikincil nitelikte bir hukuki araç

¹ KAYA Arslan, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı (Bilgi Alma Hakkı), Ankara 2001, s.6.

² ULAŞ KISA Seda, “ Anonim Ortaklıklarda Yaşanan Çıkar Çatışmalarının Azınlıkta Kalanlara Zarar Vermemesi İçin Öngörülen Önleyici Hukuki Araçlar”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, C. I, İstanbul 2003, s.508.

³ İMREGÜN Oğuz, Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunları Telif Çareleri, İstanbul 1962, s. 1-2.; NARBAY Şafak, Anonim Ortaklıkta Özel Denetim, İstanbul 2010, s.2; KAYA, Bilgi Alma Hakkı, s.7. ve s. 9.

⁴ MOROĞLU Erdoğan, “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi” (Özel Denetçi) İÜHFİM , C. 42, S. 1-4, İstanbul 1976, s.341.

⁵PULAŞLI Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi C.II (Şerh) , Ankara 2018, s.1628.;TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku II, İstanbul 2017, s. 50.

olan özel denetim isteme hakkıdır⁶. Bilgi alma hakkı ve özellikle de özel denetim isteme hakkı pay sahibinin şirketin iktisadi durumu hakkında bilinçlenmesine hizmet etmekle birlikte buna bağlı olarak, “finansal tabloların onayı”, “yönetim kurulu üyelerinin seçimi, ibrası”, “sorumluluk davası açılması”, “ genel kurul kararlarına karşı iptal davası açılması” gibi hakların kullanılmasının da önünü açar⁷.

Özel denetim pay sahiplerinin bilgi seviyesini arttırmayı amaçladığından, bilgi alma ve inceleme hakkı ile arasında sıkı bir ilişki vardır. Özel denetim, bilgi alma veya inceleme hakkını kullanan pay sahibinin bu bağlamda edindiği bilgilerin gerçekliği hakkında şüpheye düşmesi karşısında etken bir tavır içerisinde başvurabileceği bir yoldur. Diğer taraftan ise, pay sahibinin bilgi alma ve inceleme talebi, çoğu zaman genel kurulca haksız olarak reddedilebilmekte veya ertelenebilmektedir. Pay sahibinin bilgi alma talebinin reddine gerekçe olarak ise şirket sırları ve korunmaya değer şirket menfaatleri gösterilmektedir. Bu halde ise özel denetim kurumu, kendine has niteliği itibariyle birbirine zıt menfaatleri gözetken ve de uzlaştıran bir vazife görmektedir⁸.

Özel denetim isteme hakkı 6102 sayılı TTK 'da, hakkın etkin kullanımına imkan sağlama düşüncesi ile, öncelikle her pay sahibine yeni bir pay sahipliği hakkı olarak tanınmış ve daha kapsamlı bir biçimde düzenlenmiştir. Özel denetim kurumuna işlerlik kazandırılmış ve böylece 6762 sayılı eTK' nın 348. maddesinde düzenlenen “*hususî murakap*” kurumundan tamamen farklı bir yapıya kavuşturulmuştur. Bununla birlikte, özel denetçi isteme hakkı, pay sahiplerine bilgi verilmesini amaçladığından, eTK sistematiğinden farklı olarak denetçilerin görev ve konumlarına yer verilen bölümde değil, pay sahiplerinin kontrol haklarıyla birlikte, kişisel üyelik haklarının yer aldığı bölümde düzenlenmiştir⁹. 6102 sayılı TTK m. 438 ilâ 444 arasında düzenlenen özel denetimi konu alan hükümler, 1991 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun 697a ila 697g maddelerinden esinlenerek kaleme alınmıştır¹⁰.

Özel denetim isteme hakkı, çalışmamızda, anonim şirketler başta olmak üzere ve genel hatlarıyla şirketler topluluğu kapsamında sınırlandırılmıştır. Tez çalışmamız kapsamında, TTK' da bireysel bir hak şeklinde düzenlenmiş bulunan özel denetim isteme hakkının maddi boyutuna ilişkin özellikler ticaret hukuku ekseninde incelenmiştir. Bu çalışmada, özel denetim

⁶ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, s.62.

⁷ PULAŞLI, Şerh, s.1629

⁸ SÖDING Judith Verena, Private Equity Minority Investments -Sharing Control in Closely Held Private Family Firms , Zurich 2012 , s. 313. ([https://www1.unisg.ch/www/edis.nsf/SysLkpByIdentifier/3986/\\$FILE/dis3986.pdf](https://www1.unisg.ch/www/edis.nsf/SysLkpByIdentifier/3986/$FILE/dis3986.pdf) Çevrim içi :06.07.2018)

⁹ PULAŞLI, Şerh, s.1627.

¹⁰ Bkz. TTK .438'in gerekçesi

hakkının kullanımında ve özel denetim sürecinde karşılaşılması muhtemel sorunlara değinilmeye çalışılmış; bu sorunların aşılması amacına yönelik öğretilerdeki, hukuki boşlukların yarattığı endişelerden ileri gelen, güncel tartışmalara da yer verilmiştir.

Bununla birlikte, mahkemeye yapılan özel denetçi atanması isteminin ortaya çıkardığı usûle ilişkin sorunlar, medeni usûl hukuku boyutu dikkate alınarak irdelenmeye çalışılmış olup, maddi ve şekli hukukun bir arada incelenmesi hedeflenmiş ve disiplinler arası bir çalışma ortaya konulmasına gayret edilmiştir. Diğer taraftan, bir karşılaştırmalı hukuk çalışması ortaya konulması hedeflenmemekle birlikte, kaynak hukuk olan İsviçre Hukuku öğretilerine ve İsviçre Federal Mahkemesi kararlarının yanı sıra Alman Hukukundaki özel denetime ilişkin düzenlemelere, önemli noktalara ışık tutacağı bilinciyle kısmen de olsa yer verilmiştir.

Beş bölümden oluşan çalışmamızın ilk bölümünde, özel denetim kavramı, özel denetim isteme hakkının hukuki niteliği ve kurumun amacı ortaya konulmuş ve sonrasında Şirketler Topluluğu Hukuku'nda özel denetim isteme hakkının maddi boyutuna ticaret hukuku ekseninde kısaca değinilmiştir.

İkinci bölümde, özel denetim isteminin genel kurulda kimler tarafından yapılabileceği ve hangi şartların varlığına bağlı olarak kabul edilebileceği ve bu bağlamda bilgi alma hakkı ile olan organik bağı üzerinde durulmuştur. Bu bölümde özel denetim isteminin genel kurulca kabulü üzerine mahkemeye yapılacak başvurunun şartları, yargılamanın niteliği ve usûlü, mahkeme kararı ve bu karara karşı kanun yollarına başvurulmasının mümkün olup olmadığı öğretilerde yer alan görüşler ve mevzuat çerçevesinde incelenmiş ve kişisel görüşlerimiz aktarılmaya çalışılmıştır.

Üçüncü bölümde, genel kurulun özel denetim istemini reddetmesi inceleme konusu yapılmıştır. Bu bağlamda, genel kurulun özel denetim istemini reddi üzerine, özel denetçi atanması istemiyle mahkemeye başvuru hakkına sahip olanlar, yargılamanın hukuki niteliği, yargılamanın şartları, mahkeme kararının uygulanması konuları ele alınmıştır. Ayrıca özel denetim istemine ilişkin genel kurul kararının iptali davası ile özel denetçi atanması istemi ile mahkemece yapılan yargılama arasındaki ilişkiye değinilmiştir.

Dördüncü bölüm, özel denetçinin atanmasına ayrılmıştır. Bu bölümde, özel denetçinin nitelikleri, hak ve yükümlülükleri, şirket ile arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine yer verilmiştir.

Son bölümde ise, özel denetim süreci ve özel denetim raporunun hazırlanması konuları ele alınmıştır. Bu kapsamda, incelemenin yürütülmesi süreci, raporun içeriği ve tabi olduğu kıstaslar, rapor hakkında şirketin görüşünün alınması yükümlülüğü ve denetimin icrası sırasında ihtilaf çıkması halinde mahkemeye başvuru anlatılmıştır. Devamında, özel denetim raporunun mahkemece değerlendirilmesi, raporun hükümleri ve işleme konulması ve son olarak raporun hukuki niteliği konuları ele alınarak çalışma tamamlanmıştır.



BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZEL DENETİMİN AMACI, KAPSAMI, HUKUKİ NİTELİĞİ

I. ÖZEL DENETİM KAVRAMI

A. Genel Olarak

6102 sayılı TTK ile getirilen köklü değişikliklerin büyük bir bölümünü anonim şirketlere ilişkin düzenlemeler oluşturmuştur. Kanunun bütününe hâkim olan anlayış, kurumsal yönetim¹¹ ilkelerini tesis etmek ve somutlaştırmak suretiyle pay sahipleri başta olmak üzere, tüm ilgililerin menfaatlerini korumaya yönelmiş; yeni bir kurallar sistemi yaratılmaya özen gösterilmiştir¹². Bu kuralların temellerini, şeffaflık, iyi ve hesabı verilebilir bir yönetim ile etkili bir iç ve dış denetim oluşturmakta olup, bu doğrultuda TTK 'da birçok düzenleme yapılmıştır¹³. Bu düzenlemelerden en önemlilerinden biri de hesap verilebilirlik ilkesinin doğal bir sonucu olan pay sahiplerine tanınan özel denetim isteme hakkının –konuya sadece azlık hakkı kapsamında yaklaşan eTK'dan farklı¹⁴ olarak- bireysel bir hak¹⁵ olarak kabulüdür. Öte yandan özel denetim hakkı, inceleme ve bilgi alma hakkının kullanılmış olması koşuluna bağlanmıştır¹⁶. Özel denetim, pay sahiplerinin şirketin işleyişi hakkında bilgi

¹¹ Paslı'ya göre, “kurumsal yönetim, özellikle halka açık anonim şirketlerde görülen mülkiyet-kontrol ayrımının ortaya çıkardığı sorunları asgariye indirmeyi amaçlayan hakkaniyet, şeffaflık, hesap verilebilirlik ve sorumluluk ilkelerine dayanan, şirketin yönetim ve denetimini temel esaslara bağlayan, anonim şirketi kuruluşundan tasfiyesine kadar bir bütün ve önemli bir ekonomik birim olarak ele alan, ülkeden ülkeye değişmekle beraber uluslararası geçerliliği olan bazı kuralları içinde barındıran özel bir yönetim sistemidir.” bkz. PASLI Ali, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi - Corporate Governance, İstanbul 2004, s.25 vd.; Pulaşlı, kurumsal yönetimi “bir işletmenin en iyi şekilde sevk ve idaresi ve aynı zamanda bu sevk ve idarenin şeffaf bir biçimde izlenebilmesi ve kontrol edilmesiyle ilgili ilkeler” şeklinde tanımlamıştır. PULAŞLI Hasan, Corporate Governance Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model, Ankara 2003, s.4.

¹² TTK Genel Gerekeç bzk. N. 88 ve 136.

¹³ ÖZERHAN Yıldız/ NAZLIOĞLU Burcu, “Yeni Türk Ticaret Kanununda Yapılan Düzenlemelerin Kurumsal Yönetim İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi”, BAFAD, C.3, S.2, 2016 s.16.

¹⁴ eTK 348. maddesi özel denetim isteme hakkını bir azınlık hakkı olarak düzenlemektedir. Öğretide bu durum esasen azınlık hakkı olarak düzenlenmesi gereken hususun mahkemeden özel denetçi atanması istemi olması gerektiği ve mevcut halin kanunun sistemine aykırı ve yanlış olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.bkz. MOROĞLU Erdoğan, “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi” (Özel Denetçi) İÜHFİM , C. 42, S. 1-4, İstanbul 1976, s.343.

¹⁵ Bu haklar azlık haklarından farklı olarak kullanımı belirli bir şarta bağlanmamış pay sahibi olmanın tek şart olduğu, pay sahipliği sıfatından doğan, her bir pay sahibinin kullanımına özgü haklardır.(bkz. ARSLANLI Halil, “Anonim Şirkette Pay ve Pay Sahipliği”, İÜHFİM C. 23, S. 3-4 , 1957, s.248-290.

¹⁶ Özel denetimin önemi TTK Genel Gerekeç kısmında “...Azlık hakları sisteminin merkezinde özel denetçi atanması yer alır. Çünkü onun raporu, sorumluluk davasına giden yolu açabilecek; gereğinde bilanço müzakereleri ertelenebilecektir. Özel denetçi mekanizması işlemezse, azlık haklarından beklenen yarar elde edilemez. 6762 sayılı Kanunda sistem doğru işlemiyordu. Çünkü, bir taraftan gündemde madde bulunmasının gerekip gerekmediği tartışmalara yol açıyor, diğer taraftan özel denetçiyi genel kurul yani çoğunluk seçiyordu. Tasarı, bu aksaklıkları gidermiş, denetçinin mahkeme tarafından seçilmesi sağlanmış ve özel ihtiyaçlara cevap verecek şekilde denetçi yeniden kaleme alınmıştır.” şeklinde açıklanmıştır; bkz. TTK Genel Gerekeç N.133.b

sahibi olmalarına doğrudan hizmet ederek pay sahipliğinden kaynaklanan haklarını bilinçli ve etkili bir şekilde kullanmalarına, dolaylı olarak ise pay sahiplerinin yönetim kurulunu denetlemelerine imkan veren bir kurum olarak tanımlanabilir¹⁷. Diğer bir anlatımla özel denetim, şirket cephesinden pay sahiplerinin şirketin mali ve idari durumuna dair duyulan kaygı ve şüphelerin bertaraf edilmesi amacıyla hizmet ederken, diğer taraftan pay sahipliği haklarının bilinçli bir biçimde kullanılmasına yarayan, pay sahibinin veya azlığın talebi halinde uygulama alanı bulan, belirli konulara ilişkin olarak yürütülen özel usûllere tabi arızı bir soruşturmadır. *Perakis*, soruşturma ve açığa çıkarma mekanizması olan özel denetimi, aynı zamanda bilgi alma hakkının tamamlayıcısı ve azlığın elindeki çok güçlü bir silah olarak nitelendirmiştir¹⁸. Özel denetim, tek bir pay sahibi, azlık, payların nominal değeri belirli bir miktara ulaşan pay sahibi ya da pay sahipleri tarafından başta oy kullanma ve gerektiğinde sorumluluk davası açma başta olmak üzere, diğer pay sahipliği haklarını daha bilinçli ve etkili kullanmalarında başvurulacak bir araçtır¹⁹. Özel denetçinin görevi, belirli konulara yönelik inceleme ve denetleme yapmak ve ortaya çıkan sonuçları bir rapor ile açıklamaktır. Özel denetimin şirket menfaatini gözetken yönü ise denetim sürecinde pay sahiplerinin ihtiyaç duydukları bilgilerin temin edilmesi pahasına şirketin ticari sırlarının ortaya dökülmesinin önüne geçerek, pay sahiplerinin çıkarları ile şirket menfaatlerinin uzlaştırılmasıdır²⁰. Bu anlamda özel denetimin, pay sahiplerinin bilgi alma hakları ile şirketin ticari sırlarının açığa çıkmaması yönündeki menfaatini uzlaştırıcı ve dengeleyici bir işlevinin olduğu söylenebilir²¹.

“Özel denetim isteme hakkı” eTK’da yalnızca bir maddede (m.348) düzenlenmişken TTK bu hakkı kapsamlı bir şekilde ele almış; özel denetimi iki farklı yerde düzenlemiştir. Düzenlemenin ilki “şirketler topluluğuna” ilişkin hükümler arasında yer alan “özel denetim” kenar başlıklı 207. madde hükmüdür. İkincisi ise “pay sahibinin şahsi hakları” üst başlığı altında “özel denetim isteme hakkı” kenar başlığı altında yedi ayrı maddede kaleme alınmıştır²². Bu maddeler sırasıyla, “genel kurulda özel denetim isteminin şartları (m.438)”, “genel kurulun talebi reddi halinde mahkemeden özel denetim isteminde bulunulması için

¹⁷ GÜVEN Şirin, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirketler Hukukunda Özel Denetim”, Çankaya University Journal of Law, C. 8, S.2, 2011, s. 134.

¹⁸ PERAKIS Evangelos, “Rights of Minority Shareholders General Report,” s. 44. (https://www.academia.edu/1444733/Rights_of_Minority_Shareholders-GENERAL_REPORT Çevrimiçi: 06.07.2018).

¹⁹ NARBAY, Özel Denetim, s.38.

²⁰ NARBAY Şafak, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim Yapılması Şartları ve Özel Denetçi Atanması Usulü” Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C.I, İstanbul 2007, s.289.

²¹ NARBAY, Özel Denetçi, s.289.

²² MOROĞLU, özel denetim hükümlerinin yedi maddede düzenlenmiş olmasının kopukluğa yol açtığı, n. 440 ve 444’ün madde 439’un fıkraları şeklinde düzenlenebileceğini ileri sürmektedir; bkz. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2016, s. 254.

gereken şartlar” (m.439), “özel denetçinin atanması” (m.440), “özel denetçinin görevi” (m.441), “ özel denetim raporu (m. 442), “özel denetim raporunun işleme konulması ve açıklanması” (m. 443) ve “özel denetim giderleri” (m.444) hususlarını düzenlemektedir.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanununda (eTK) özel denetim yalnızca anonim şirketlere özgü bir tür denetim şekli olarak öngörülmüştü. TTK’da ise anonim şirket yanında limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler hakkında da anonim şirketin özel denetime ilişkin hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir (TTK m.635 ve m.565/2).

B. Özel Denetimin Diğer Kurumlardan Farkı

1. Genel Olarak

Denetimin türleri, denetimin yapılış amacına, nedenine, kapsamına ve denetimi icra eden kişi veya kuruma göre farklılık göstermektedir²³. Bu bağlamda TTK ‘da düzenlenen denetimin kapsamına bağımsız denetim²⁴ (TTK m.397-406), özel denetim, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı’nın şirketlerin kuruluş ve işleyişindeki kamusal denetimi (TTK m. 210 ve TTK m. 397/son)) ile özel statülü anonim şirketlerde diğer kurum ve kuruluşların kamusal denetimi dahil olacaktır²⁵. Çalışmamızın kapsamı özel denetim ile sınırlı tutulduğundan bu başlık altında özel denetimin bağımsız denetim, Bakanlık denetimi ve bilirkişilik kurumlarından farkına kısaca değineceğiz.

2. Bağımsız Denetim

Bağımsız denetim²⁶, Bağımsız Denetim Yönetmeliği’nde²⁷, “*finansal tablo ve diğer finansal bilgilerin, finansal raporlama standartlarına uygunluğu ve doğruluğu hususunda, makul güvence sağlayacak yeterli ve uygun bağımsız denetim kanutlarının elde edilmesi amacıyla, denetim standartlarında öngörülen gerekli bağımsız denetim tekniklerinin*

²³ TOPÇUOĞLU Metin, Bağımsız Denetçi ve Sorumluluğu, Ankara 2012, s. 41.

²⁴ 6102 sayılı TTK’nın getirdiği en önemli yenilik finansal tabloların denetimini tamamen değiştirmiş olması ve anonim şirketlerde bulunması zorunlu olan denetim organını kaldırarak yerine bağımsız denetimi getirmesidir. TTK’nın ilk halinde ayırım yapılmaksızın bütün sermaye ortaklıklarının bağımsız denetime tabi olması yükümlülüğü öngörülmüş; ancak kanunun yürürlüğe girmesinden hemen önce 6335 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik ile bağımsız denetime tabi şirketleri belirleme yetkisi Bakanlar Kurulu’na bırakılmıştır. Bu amaçla, Bağımsız Denetime Tabi Şirketlerin Belirlenmesine Dair Bakanlar Kurulu Kararı, 26.05.2018 tarihli ve 30432 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 26.03.2018 tarihli ve 2018/11597 sayılı karar 01.01.2018 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

²⁵ ÖZKORKUT Korkut, Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim, Ankara 2013, s. 27.

²⁶ Bağımsız denetim, başta 660 sayılı KHK olmak üzere, TTK, SerPK ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu’nda düzenlenmiştir.

²⁷ RG. 26.12.2012, 28509.

uygulanarak defter, kayıt ve belgeler üzerinden denetlenmesi ve değerlendirilerek rapora bağlanması” olarak tanımlanmış; yine söz konusu Yönetmelik’in 5. maddesinde denetimin kapsamı “ *Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre denetlenmesi öngörülen finansal tablolar, yıllık faaliyet raporları, riskin erken saptanması ve yönetimine ilişkin sistemler ile sair mevzuat uyarınca doğrudan veya dolaylı olarak denetim kuruluşları ve denetçiler tarafından denetlenmesi, incelenmesi veya değerlendirilmesi öngörülen diğer hususlara ilişkin konular*” olarak belirlenmiştir. Bağımsız denetim düzenli olarak her yıl yürütülen, finansal tabloların ve yıllık faaliyet raporundaki finansal bilgilerin muhasebe denetim standartlarına ve gerçeğe uygunluğunun sınanmasına hizmet eden, uzman tarafından yürütülen bir tür hesap denetimidir²⁸. Denetim, TTK m.397 uyarınca Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunca yayınlanan ve uluslararası denetim standartlarıyla uyumlu Türkiye denetim standartlarına göre yürütülür²⁹.

Bu açıklamalar karşısında, özel denetimin kapsamı bazı yönleriyle bağımsız denetimden geniş iken, bazı yönleriyle de daha kısıtlı olabilmektedir. Şöyle ki, bağımsız denetim belirli standartlar çerçevesinde rutin ve zorunlu bir denetim faaliyeti iken, özel denetim pay sahibinin kuşku duyduğu şirket işlerine yönelik belirli olayların aydınlatılması amacını taşıyan isteğe bağlı ve amaca yönelik arazi inceleme faaliyetidir. Bağımsız denetim, genel bir hesap denetimi şeklinde, TTK ve ikincil mevzuatta belirlenen denetim kıstaslarının uygulanması yöntemiyle gerçekleştirilir. Bu bağlamda, şirketin defter ve belgelerinin, envanter ve yılsonu finansal tablolarının Kanuna, esas sözleşmeye, standartlara uygun olup olmadığını denetler (TTK m.402/4,5). Bağımsız denetimde her işlemin ayrı ayrı incelenmesi söz konusu olmayıp, seçme yöntemiyle bazı işlemler üzerinden sonuçların gerçeğe uygunluğu denetlenir. Oysa özel denetimde şüpheli, karanlıkta kalan işlemlerin en derin yönlerine kadar incelenmesi irdelenmesi söz konusudur.

Bağımsız denetçi, yetkilendiren kurum, taşıdığı sıfat, denetimin zorunluluğu ve kapsamı gibi alanlarda özel denetçiden ayrılmaktadır. Bağımsız denetçi hakkında, kanunda öngörülen istisnalar (TTK m. 399/1,2 ; 408/2.c) dışında genel kurul tarafından seçilmesi yanında SMMM veya YMM sıfatını taşıması şartı aranırken; özel denetçinin ise denetime

²⁸ MEMİŞ Tekin, “Şirketler Hukukunda Denetim”, EÜHFD, C. XVI, S. 3–4, 2012, s.171 vd.

²⁹ Uluslararası denetim standartları, Uluslararası Muhasebeciler Federasyonu bünyesinde örgütlenmiş bulunan, Uluslararası Denetim ve Güvence Standartları Kurulu adlı bağımsız bir uluslararası kuruluş tarafından belirlenmektedir. bkz. OKUTAN Gül, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul 2009, s.540.; Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu , 660 sayılı KHK ile kendisine verilen Türkiye Denetim Standartlarını yayımlama yetkisi çerçevesinde, Uluslararası Muhasebeciler Federasyonu (IFAC) tarafından yayımlanan uluslararası standartları referans alma stratejisini benimsemiştir. bkz. (http://kgk.gov.tr/Portalv2Uploads/files/PDF%20linkleri/Bilgi_Notu_15_12_2017.pdf, Çevrimiçi:17.08.2018)

konu olayların açıklığı kavuşturulması konusunda bilgi ve yetkinliğe sahip uzman ve bağımsız bir veya birden fazla kişi olacağı ve mahkemece atanacağı düzenlenmiştir³⁰. Bağımsız denetçinin seçilmesi TTK m.399/1'e göre genel kurulun yetkisinde olup istisnai hallerde³¹ denetçinin mahkemece tayini söz konusudur. Mahkemece atanan denetçinin, denetim sözleşmesini feshetmesi durumunda ise yönetim kurulu TTK m.399/6 uyarınca geçici bir denetçi seçecek ve fesih ihbarını genel kurulun bilgisine, seçtiği denetçiyi de aynı kurulun onayına sunacaktır³². Özel denetim sürecinde ise, genel kurulun özel denetim istemini kabulü halinde şirket veya herhangi bir pay sahibinin; genel kurulun istemi reddi halinde azlık veya belli itibari değerde pay sahiplerinin talebi üzerine özel denetçiyi seçme yetkisi mahkemeye aittir. Görüleceği üzere, özel denetçi her halükarda mahkeme tarafından atanacaktır.

Bağımsız denetçi faaliyet döneminin sonunda, bağımsız denetim raporunu³³ ve bu rapora ekleyeceği görüş yazısını (TTK.m.403) genel kurulda müzakere edilmek üzere yönetim kuruluna sunar³⁴ (TTK.m.402/7). Özel denetçi ise, mahkemece çerçevesi çizilmiş konularla sınırlı olarak yaptığı inceleme neticesinde, yönetim kurulunun denetimin sonuçlarına ilişkin görüşlerini almak kaydı ile (TTK.m.441/4) mahkemeye ayrıntılı bir rapor verir (TTK.m.442/1). Bağımsız denetçinin denetimin sonunda olumsuz görüş bildirmesi halinde, yönetim kurulu, görüş yazısının kendisine teslimi tarihinden dört iş günü içinde, genel kurulu toplantıya çağırır ve genel kurul yeni bir yönetim kurulu seçer (TTK.403/5). Buna karşılık, özel denetim raporunda yer alan olumsuzluklar, genel kurulun yönetim kurulu tarafından olağan üstü toplantıya çağırılmasını kanunen zorunlu

³⁰ TOPÇUOĞLU, Bağımsız Denetçi, s.60.

³¹ TTK m. 399/6 'da istisnai haller; genel kurulun her ne sebeple olursa olsun faaliyet döneminin dördüncü ayına kadar denetçi seçmemiş olması, seçilen denetçinin görevi reddetmesi, görevlendirme kararının iptali veya butlanı, denetçinin kanuni sebeplerle veya diğer herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi veya görevini yapmaktan engellenmesi , denetçinin sözleşmeyi feshetmesi şeklinde sayılmış; bu hallerde yönetim kurulu, her bir yönetim kurulu üyesi veya herhangi bir pay sahibi mahkemeye başvurarak denetçi atanmasını talep edebilecektir.

³² TTK m. 399/9 hükmünün, yönetim kurulunun denetçi seçme yetkisini, denetçinin “ fesih ihbarda bulunması” şartına bağlayan atıf, esasen sekizinci fıkraya yapılmalıdır. Zira altıncı fıkrada (bkz. yuk.dn.33) sayılan hallerde denetçi atama yetkisi yönetim kuruluna değil mahkemeye verilmiştir. bkz. TOPÇUOĞLU, Bağımsız Denetçi, s.87.

³³ Bağımsız Denetim Yönetmeliği'nin 10. maddesine göre “ (1) Denetim raporu, denetim kanıtlarının TDS çerçevesinde değerlendirilmesi sonucunda, belirlenen güvence seviyesine uygun şekilde oluşturulan denetçi görüşünün ve varsa dikkat çekilmek istenen diğer hususların kullanıcıların istifadesine sunulması amacıyla Kurum düzenlemelerine uygun olarak hazırlanan ve imzalayan denetim kuruluşu veya denetim üstlenen bağımsız denetçi tarafından sorumluluğu üstlenilen belgedir.”

³⁴ ÖZKORKUT, s.289.

kılmamaktadır³⁵. Zira rapor, bir yönlendirme, başvuru ve bilgi alma kaynağıdır; bağlayıcı değildir³⁶.

Bağımsız denetimin temel kapsamını, ortaklığın finansal tablolarının ve yönetim kurulunun hazırladığı yıllık faaliyet raporunun belirli kriterler baz alınarak gerçekleştirilen rutin bir denetimi teşkil etmektedir. Özel denetim ise belirli konulara özgü olarak icra edilen pay sahiplerinin veya azlığın kanunda sayılan koşulları yerine getirmesi halinde hayata geçirilmesi mümkün olan, spesifik bir denetimdir. Diğer bir deyişle, bağımsız denetim “bütünsel” iken, özel denetim “noktasal”dır; ve yine özel denetimden farklı olarak, zaman zaman değil “sürekli” yürütülen bir faaliyettir³⁷.

Tüm bu açıklamalar neticesinde, özel denetimin gerçek anlamda bir denetim faaliyeti olmadığı sonucuna varılabilir. Zira, özel denetim ile sadece belirli olayların, konuların açıklığa kavuşturulması ile yetinilmekte, özel denetim sonucunda şirketin mevcut durumu ya da olması gerek durumu hakkında bir genel bir hükme varılmamaktadır³⁸.

3. Bakanlık Denetimi

Kamu denetimi, kanun, tüzük, yönetmelik ve genelgeler ile belirlenen ekonomik kamu düzeni kurallarının korunmasını amaçlayan, kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan ve yaptırılan denetim türü olup, bu denetimler, Bakanlıklar ile bağlı kuruluşlar ve bağımsız idari otoriteler tarafından örgütlenmiş denetim birimleri tarafından yerine getirilir³⁹. TTK m. 210’da Gümrük ve Ticaret Bakanlığı’nın düzenleme ve denetleme yetkisini düzenlenmiştir⁴⁰. Bununla birlikte, söz konusu denetim şirket hesaplarının denetimi değil; mevzuata uygunluk

³⁵ bkz. TTK m. 443’ün gerekçesi.

³⁶ bkz. TTK m. 443’ün gerekçesi.

³⁷ bkz. TTK m. 397/1’in gerekçesi.

³⁸ NARBAY, s. 18.

³⁹ TÜREDİ Hasan, Denetim, Trabzon 2001, s. 21.

⁴⁰ 6762 sayılı eTK’nın 274. Maddesi uyarınca anonim şirketlerin işlemleri, mülga Sanayi ve Ticaret Bakanlığı müfettişleri tarafından denetleniyordu.

denetimidir⁴¹. Bu denetimin esasları ve usûlü ise yönetmelik ile düzenlenmiştir⁴². Yönetmelikte, şirketlerin denetime konu işlemleri açıkça sayılmıştır⁴³.

Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca yapılan bu denetimde, anonim şirketlerin kuruluşundan sona ermesine kadar gerçekleşen tüm işlemlerinin TTK'ya ve buna dayanılarak çıkarılan düzenleyici işlemlere uygunluğu denetlenir; uygunsuzlukların düzeltilmesi için rehberlik edilir; cezai sorumluluğu tespit edilenler yetkili makamlara, hukuki sorumluluğu tespit edilenler de genel kurul gündemine alınıp görüşülmek üzere yönetim kuruluna bildirilir ve böylece uygulamada ortaya çıkan aksaklıkların giderilmesine yönelik tedbirler alınır (Yön.m.4).

Bakanlığın yaptığı denetimlerde TTK m.210/3'e göre "*Kamu düzenine veya işletme konusuna aykırı işlemlerde veya bu yönde hazırlıklarda ya da muvazaalı iş ve faaliyetlerde bulunduğu belirlenen ticaret şirketleri hakkında, özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca, bu tür işlem, hazırlık veya faaliyetlerin öğrenilmesinden itibaren bir yıl içinde fesih davası açılabilir.*" Bakanlık denetimi sonucu düzenlenecek raporlar sonrasında ihlâl ve zararın tespiti halinde sorumlular hakkında sorumluluk davası açılması da gündeme gelebilir⁴⁴.

Yukarıda yer verdiğimiz genel bilgilerden yola çıkarak özel denetim ile Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca yapılan denetimin birbirinden oldukça farklı özellikler taşıdığı söylenebilir. Bu bağlamda öncelikle belirtilmesi gereken, Bakanlık denetimi kamusal bir

⁴¹Öğretide, söz konusu yönetmelik kapsamında Bakanlığa, Kanunen tanınan sınırların dışına çıkan bir şekilde denetim yetkisi verilmesi, kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bakanlığın TTK.m.210'u aşar şekildeki denetiminin hukuken geçerli bir denetim olmadığı dolayısıyla yaptırım uygulanmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir. bkz. MEMİŞ Tekin, Şirketler Hukukunda Denetim, s.158-158.

⁴² Bkz. Ticaret Şirketlerinin Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik, RG. 28.08.2012, 28395.

⁴³ Denetime konu işlemler: MADDE 5 – (1) Ticaret şirketlerinin, Bakanlığın denetimine konu işlemleri aşağıda gösterilmiştir: a) Kuruluş işlemleri, b) Ticaret siciline tescil ve ilan işlemleri, c) Ticaret unvanına ve işletme adına ilişkin işlemler, ç) Ticari defterlere ilişkin işlemler, d) Birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemleri, e) Şirketler topluluğuna, bağlılığa ve hakimiyete ilişkin işlemler, f) Genel kurulun çağırılmasına, toplanmasına, karar almasına, görevlerine ve yetkilerine ilişkin işlemler, g) Yönetim organının oluşumuna, toplanmasına, karar almasına, sorumluluğuna, görev ve yetkilerine yönelik işlemler, ğ) Denetçinin seçilmesine ilişkin işlemler, h) Şirket sözleşmesinin değiştirilmesi-ne ilişkin işlemler, ı) Paya ve sermaye koyma borcuna ilişkin işlemler, i) Menkul kıymet işlemleri, j) Sermayenin artırılması, azaltılması ve tamamlanması işlemleri, k) Finansal tablolara, yıllık faaliyet raporlarına ve yedek akçelere yönelik işlemler, l) Kâr, kazanç ve tasfiye payına ilişkin işlemler, m) Elektronik ve bilgi toplumu hizmetlerine ilişkin işlemler, n) Sona erme ve tasfiyeye yönelik işlemler, o) Kanuna dayanılarak çıkarılan düzenleyici işlemlere konu işlemler. (2) Bu maddenin birinci fıkrasında sayılan işlemler, her bir ticaret şirketinin türüne göre ve bu türe bağlı özellikleri göz önünde bulundurularak denetlenir. (3) Kuruluşları ve faaliyetleri diğer kanunlarla düzenlenen ticaret şirketlerinin, bu maddenin birinci fıkrasında sayılan ancak ilgili kanunları uyarınca münhasıran yetkili bakanlık, kurul, kurum veya kuruluş tarafından denetlenmesi hüküm altına alınmayan işlem veya işlemleri Bakanlığın denetimine tabidir.

⁴⁴ MEMİŞ, Şirketler Hukukunda Denetim, s. 158.

denetim türü olup şirket işlemlerinin kanuna ve ikincil mevzuata uygun olup olmadığının denetlenmesi iken özel denetim ise pay sahiplerinin şirket işlerine dair belirli konularda aydınlatılması ve bu sayede pay sahipliği haklarının bilinçli bir şekilde kullanımına hizmet eder; hukuka uygunluk veya şirketin sevk ve idaresi hususunda bir yerindelik incelemesi değildir⁴⁵. Özel denetim sonucu ortaya konulan rapor pay sahipliği haklarının kullanımına dair yol gösterici nitelikte olmakla birlikte, rapor doğrultusunda atılacak adımlar pay sahiplerinin ihtiyarındadır. Buna karşılık, Bakanlık denetimi sonucu ortaya konulan raporun⁴⁶ neticelerine bağlanan çeşitli yaptırımlara yönetmelikte yer verilmiştir. Bakanlık, ticaret şirketlerinin denetimine resen veya ortakların yahut üçüncü kişilerin istem, ihbar ve şikayetleri üzerine karar verebilir (Yön. m. 9). Özel denetim ise pay sahiplerinin istemi üzerine mahkeme tarafından atanacak özel denetçi aracılığı ile yürütülür (TTK m.438, m.439,m.440). Bakanlık denetimine konu işlemler yönetmelikte oldukça geniş tutulmuştur. Özel denetimin çerçevesini ise pay sahibinin sorusuna konu edilen belirli olaylar oluşturmaktadır.

Yönetmeliğin 10. maddesinde denetlenenlerin yükümlülüklerine yer verilmiştir. Denetimin yapılmasını kolaylaştıran yükümlülükler getiren bu madde özel denetçinin incelemesi sırasında kendisine bilgi verme inceleme yaptırmakla yükümlü tutulan kişilerin ve bu yükümlülüklerin neler olduğunun düzenlendiği TTK m. 441 ile benzerlik göstermektedir. Bununla birlikte, bakanlık denetimi esnasında kanunda ve yönetmelikte belirlenen yükümlülüklerle aykırılık hali TTK m.562/4 uyarınca adli para cezası yaptırımına bağlanmışken, özel denetçinin görevini yapmasını engelleyenler ya da kanuni yükümlerini yerine getirmeyenler hakkında söz konusu maddede hiçbir cezai yaptırım öngörülmemiş olması her iki denetim arasındaki bir diğer önemli farklılıktır.

Değinilmesi gereken diğer bir önemli nokta ise, bir dizi prosedüre bağlanan ve mahkemeye müracaatı zorunlu kılan ve bu haliyle oldukça girift bir kurum halini alan özel denetime bir alternatif olarak Bakanlık denetiminin pay sahiplerince tercih edilmesinin

⁴⁵ PULAŞLI, Şerh, s.1630.

⁴⁶ Yönetmelik m.9'da Bakanlık denetim elemanlarınca yapılan denetimler sonucunda düzenlenecek raporlara yer verilmiştir:

- a) Teftiş Raporu: Ticaret şirketlerinin belli bir döneme ait işlemlerinin, örnekleme ve amaca uygun diğer denetim teknikleri kullanılarak, Kanuna ve Kanuna dayanılarak çıkarılan düzenleyici işlemlere uygunluğunun incelenmesi sonucunda düzenlenen rapordur.
- b) Soruşturma Raporu: Denetim sırasında, kamu adına soruşturmayı ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğinin öğrenilmesi durumunda yetkili makamlara bildirilmek üzere düzenlenen rapordur.
- c) İnceleme Raporu: Teftiş ve soruşturma raporlarına konu olmayan hususlarda düzenlenen rapordur.

mümkün olup olmadığıdır⁴⁷. Bakanlığın re'sen ya da ihbar ve şikâyet üzerine denetime karar verebileceğinden yukarıda bahsetmiştik. Bu halde, pay sahiplerinin 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun⁴⁸ kapsamında, şirketin işlemlerinin incelenmesi ve denetlenmesi taleplerini konu alan dilekçelerini yazılı olarak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı'na iletebilirler⁴⁹. Şikâyetin konusunu, Yönetmeliğin 5. maddesinde sayılan, bakanlığın denetimine tabi işlemlerden olması, bununla birlikte dilekçe sahiplerinin iddialarını açıkça ortaya koymaları ve somutlaştırmaları, şikâyetlerinin incelemeye alınmasının başlıca koşullarıdır⁵⁰. Pay sahibinin şikâyetinin kabulü üzerine yürütülecek olan Bakanlık denetimi sonucunda inceleme raporu hazırlanır. Denetim sonucunda, ilgililerin hukuki sorumluluğunu gerektiren durumların tespiti halinde bunlara inceleme raporunda yer verilir ayrıca bu durumun genel kurul gündemine alınarak ortakların bilgisine sunulması önerilir (Yön. m.9/4a). Denetim esnasında, konusu suç teşkil eden ve ceza gerektiren fiillere rastlanması halinde yetkili makama bildirilmek (Cumhuriyet Başsavcılığı) soruşturma raporu da düzenlenir⁵¹. Görüleceği üzere, tamamen farklı usûllere tabi olan iki farklı denetim söz konusudur. Pay sahipleri özellikle de azlık, özel denetçi atanması için yerine getirilmesi zorunlu yasal koşulların ağırlığı sebebiyle Bakanlık denetimini tercih etmeleri de olası gözükmemektedir. Ancak, Bakanlığa yapılan benzer şikâyetlerin fazlalığı ve denetim elemanlarının sayıca bu talebi karşılamakta yetersizliği karşısında Bakanlık denetiminden kısa bir sürede sonuç alınmasının bu koşullarda pek mümkün olmadığını belirtmek gerekir⁵².

4. Bilirkişilik

Özel denetçi ile bilirkişinin benzer yönleri olduğu gibi farklılaştığı alanlar da mevcuttur. TTK'nın atama kenar başlığını taşıyan 440. maddesinde özel denetçi "bağımsız uzman" olarak tarif edilmiş bir veya birden fazla kişinin görevlendirilmesi mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Kanun koyucunun özel denetçiyi bağımsız uzman olarak nitelemesi,

⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. ALTAŞ Soner, "Anonim Şirket Pay Sahipleri Şüpheli Gördükleri İşlemler Hakkında Bakanlık Denetimi Talep Edebilir mi?", Mali Hukuk Dergisi, C.13. S.150, 2017, s.1383-1393.

⁴⁸ RG, 10.11.1984, 18571.

⁴⁹ ALTAŞ, Bakanlık Denetimi, s.1387.

⁵⁰ ALTAŞ, şikâyet konusunun somutlaştırılmasına," yönetim kurulunun muhasebe kayıtlarında hile yaptığı, şirketten usulsüz bir şekilde para çektiği, şirket aktiflerini tanıdıklarına satıp şirketi mali açıdan zor durumda bıraktığı" iddiasını örnek olarak vermiş ve mümkünse iddialara ilişkin belgelerin de dilekçeye eklenmesini önermiştir. ALTAŞ, Bakanlık Denetimi, s.1388.

⁵¹ ALTAŞ, Bakanlık Denetimi, s.1391.

⁵² ALTAŞ, Bakanlık Denetimi, s.1393.

mehaz kanun olan İsv. BK'nun 697/c.2 lafzının aynen çevirisidir⁵³. TTK'ya "bağımsız uzman" ibaresinin aynen alınmış olması kanun koyucunun bilinçli bir tercihi mi olduğu yoksa kastedilenin bilirkişilik kurumu ile aynı anlama mı geldiği hususu belirsizdir. Diğer taraftan bilirkişi, HMK m. 266-287 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Bilirkişilik Kanunu'nda "çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde oy ve görüşünü sözlü veya yazılı olarak vermesi için başvurulmuş gerçek veya özel hukuk tüzel kişisini ifade eder"; şeklinde tanımı yapılmıştır⁵⁴. Kanımızca bu tanım dikkate alındığında, özel denetçinin bir tür bilirkişi olduğu fakat inceleme alanının şirket işleri ve işlemleri ile ilgili olduğu sonucuna ulaşılacaktır⁵⁵. Ancak kanun koyucu bilinçli bir tercih ile özel denetçi kavramını bilirkişilik kurumundan ayırmıştır. Şöyle ki, bilirkişi, mahkemenin çizdiği sınırlar dahilinde belirli bir uyuşmazlığı, dava dosyasında yer alan dava malzemesi ve deliller ışığında incelerken; özel denetçi karanlıkta kalan olguları ve şüpheli işlemleri, şirket kayıtları içinde yer alan ve bu karanlık noktaları aydınlatacak her türlü delili inceleyerek ele alır. Görüleceği üzere özel denetçinin inceleme yetkisinin kapsamı, bilirkişiden daha geniştir.

Özel denetçi ve bilirkişide aranan ve sahip olunması gereken ortak özellikler ise konunun uzmanı olması yanında bağımsız ve tarafsız olmalarıdır. Hukuk öğrenimi görmüş kişilerin, hukuk alanı dışında başka bir uzmanlığa sahip olmadığı müddetçe bilirkişi siciline kaydedilmeleri mümkün olmazken⁵⁶, özel denetçi olarak görev yapmalarının önünde kanuni bir engel yoktur. Özel denetçiyi bilirkişiden nitelik olarak farklı kılan bir nokta ise Narbay'a göre istediği şeyleri kabul ettirme yeteneğine sahip birinin denetim faaliyeti sürecinde aktif bir rol üstlenmesi bakımından tercih edilir olmasıdır⁵⁷. Bilirkişiler kendilerine verilen görevi HMK m. 270'e göre kabule yükümlüdürler⁵⁸. Buna karşılık her ne kadar özel denetçi mahkeme tarafından atansa da, görevi kabul etme zorunluluğu yoktur⁵⁹. Diğer bir fark olarak ise, HMK m. 272 bilirkişinin reddini mümkün kılmışken; TTK m.440/2 uyarınca

⁵³ BECCHIO Bruno, Swiss Company Law Kluwer Law International, 1996, s.122; ÖZKAN Ömer, "Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Özel Denetçi Atanması", BATİDER, C.XX , S.2, 1999, s.29.

⁵⁴ 6754 sayılı Kanun m. 2/b, RG. 24.11.2016, 29898.

⁵⁵ Aynı doğrultuda bkz. ÖZKAN, s.29.

⁵⁶ Bilirkişilik Kanunu m. 10/4.

⁵⁷ NARBAY, Özel Denetçi, s. 322.

⁵⁸ HMK m.270 ve bu maddenin yollamasıyla m.268'de sayılan kişi ya da kuruluşlar bilirkişilik görevini kabule yükümlüdür. HMK . 270/ 2'ye göre "Bu kişiler, ancak tanıklıktan çekinme sebeplerine veya mahkemece kabul edilebilir diğer bir sebebe dayanarak, bilirkişilikten çekinebilirler".

⁵⁹ Kendisine inceleme/araştırma yapma, teklifi götürülen uzman(lar)ın hakimnin yaptığı teklifi kabul yükümlülüğü söz konusu değildir. Bunun sebebi özel denetçilik görevi teklif edilen bağımsız ve uzman kişinin kendi isteği ve rızası ile bu faaliyeti yürütecek olmasıdır. Özel denetçilik teklifini kabul eden bağımsız ve uzman niteliğini haiz kişi(ler), özel denetim faaliyetini, serbest meslek mensuplarına verilen bir ücret karşılığında yerine getirir; yoksa kamu hukukuna ilişkin bir ücretin ödenmesi karşılığında değil; bkz. NARBAY, s. 160.

mahkemenin özel denetçi atanması kararı kesindir⁶⁰. Mahkeme ayrıca özel denetimin gerekliliğine karar verirken bilirkişi incelemesine müracaat etmekte de serbesttir.

Bilirkişi raporu takdiri delil niteliğindedir⁶¹. HMK m. 282 hükmüne göre, “*Hâkim, bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir.*” Dolayısıyla bu tür deliller hâkimin takdirinde olmakla birlikte hâkimi bağlamaz⁶². Ancak hâkim, takdiri deliller ile ispatın mümkün olduğu, yani kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngörmediği hallerde ispat aracı niteliğinde olan her şeyi delil olarak kabul edip, bunlara dayanarak karar verebilir⁶³. Yine bilirkişi, raporu ve sözlü açıklamaları dâhilinde, çözümü uzmanlığı, özel ve teknik bilgiyi gerektiren hususlar dışında açıklama yapamaz; hakim tarafından yapılması gereken hukuki nitelendirme ve değerlendirmelerde bulunamaz (HMK m. 279/4). Bu açıdan bakıldığında, bilirkişinin hukuki değerlendirmelerde bulunmasının hukuka aykırı olması, özel denetçinin de raporunda hukuki değerlendirmelere yer veremeyeceği kuralı ile aynıdır⁶⁴. TTK m. 443’ün gerekçesinde özel denetim raporunun bağlayıcı niteliğinin olmadığı, daha ziyade bir yönlendirme, başvuru ve bilgi alma kaynağı, mütalaa olduğu şeklinde ifade edilmiştir. Bu bağlamda özel denetçi raporu da tıpkı bilirkişi raporunda olduğu gibi, hakimin somut olay hakkında doğru karar verebilmesi için dikkate alacağı ancak bununla bağlı olmadığı kanuni bir delil niteliğini haiz olmayıp, takdiri bir delil teşkil eder⁶⁵.

⁶⁰ Narbay, karara karşı kanun yolunun kapatılmış olmasını, denetim sürecinin uzamaması adına yerinde bir düzenleme olduğu görüşündedir; bkz. NARBAY, *Özel Denetçi*, s. 323.

⁶¹ Medeni Yargılama Hukukumuzda deliller kesin delil ve takdiri delil olmak üzere ikiye ayrılır. Kesin deliller; senet (HMK m. 200 vd.), yemin (HMK m. 225 vd.) ve deliller arasında açıkça düzenlenmemiş olan kesin hükümdür (HMK m. 303)53. Takdiri deliller; tanık (HMK m. 240-265), bilirkişi (HMK m. 266-287) ve keşiftir (HMK m. 288-292).

⁶² Yargıtay, hakimin bilirkişi raporuna aykırı karar veremeyeceği, eğer hakim bilirkişi raporunu yetersiz görüyorsa, tekrar bilirkişi incelemesi yaptırması gerektiği, ancak sonunda kararını bilirkişi raporuna uygun olarak vermesi gerektiği görüşündedir. Atalay, Yargıtay’ın bu yöndeki görüşünün takdiri delil olgusuyla bağdaşmadığı gibi hakimin bağımsızlığı ilkesine de aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirmiştir. ATALAY O., Pekcanitez Usul, Medenî Usul Hukuku, İstanbul 2017, s.1943-1944- dn.403.

⁶³ ATALAY, Pekcanitez Usul, s.1737.

⁶⁴ Federal Mahkemenin, BGer. 4A_129/2013 sayılı ve 20.6.2013 tarihli bir kararında da belirtildiği üzere, *özel denetim, somut olayların araştırılmasına yönelik olması gerekir ve hukuki bir değerlendirmeyi veya değer yargısını amaç edinemez. Bu nedenle, yönetim kurulu üyelerinin menfaat çatışması nedeniyle müzakerelere katılma yasağını ihlal edip etmediğinin veya menfaat çatışmasından kaçınmak için alınan önlemlerin yeterli olup olmadığı konusunun özel denetimle hukuki açıdan açıklığa kavuşturulması mümkün değildir*”; karar için bkz. PULAŞLI, Şerh, s. 1640.

⁶⁵ DOMANIÇ Hayri, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi-II (Şerh), İstanbul 2010, s.755; SİVAS Ahmet, Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1992, s.80; ÇELİK Aydın, “Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi Tayini”, Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan, İstanbul 2006 s.107.; GÜNAY Gözde Engin, Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Özel Denetim, İstanbul 2018, s.23-24.

C. Özel Denetimin Diğer Pay Sahipliği Hakları Yönünden Etkileri

Özel denetim esas olarak, pay sahiplerinin şirketin ekonomik durumu hakkında bilgi sahibi olmasına, dolaylı olarak ise yönetimin belirli işlemlerinin denetlenmesi amacıyla hizmet eden, uygulamada pay sahipliği haklarını güçlendiren bir kurumdur⁶⁶. Özel denetim isteme hakkı pay sahibinin bilgi alma hakkının devamı niteliğindedir. Ortaklıklar hukuku bağlamında “bilgi”, pay sahipliği haklarının kullanılmasında, pay sahibi açısından çıkış noktası oluşturan ve pay sahipliği haklarının hangi yönde ve kapsamda kullanılacağı konusunda yol gösteren veriler bütünüdür⁶⁷. Gerçekten de, özel denetim isteme hakkı, pay sahiplerinin bilgilendirilmesi amacıyla hizmet ettiğinden, denetçilerin görev ve konumlarına ilişkin hükümler arasında değil, pay sahiplerinin kontrol haklarıyla birlikte kişisel pay sahipliği haklarıyla ilgili bölümde düzenlenmiştir⁶⁸. TTK m. 438 uyarınca; *“her pay sahibi, pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi için gerekli olduğu takdirde ve bilgi alma veya inceleme hakkı daha önce kullanılmışsa, belirli olayların özel bir denetimle açıklığa kavuşturulmasını gündemde yer olmasa bile genel kuruldan isteyebilir.”* Kanun koyucunun bilgi alma veya inceleme hakkının daha önceden kullanılmasını özel denetim isteme hakkının kullanımı için mecburi bir ön şart olarak düzenlemesi, bu hakka fer’i bir nitelik kazandırmıştır⁶⁹. Diğer bir ifadeyle, bilgi alma veya inceleme hakkını kullanmasına rağmen tatmin olmayan, belirli vakıalara dair halen kuşku duyan pay sahibinin “ikincil” ve “son araç” olarak özel denetim isteme hakkını kullanması gündeme gelecektir⁷⁰. Ancak bu ikincil bir hak olma niteliği özel denetim isteme hakkının bağımsız bir hak olmadığı anlamına gelmemektedir.⁷¹

Özel denetim kurumunun bilgi alma hakkına olumlu katkısı Gerekçe’de⁷²; bilgi alma veya inceleme hakkının muhatabı ve yükümlüsü olan yönetim kurulunca bilgi vermenin baştan savarcasına yapılmasının önüne geçilmesi şeklinde ifade edilmiştir. Pay sahibinin bilgi alma hakkının savaşkanması halinde başvuracağı son çare olan özel denetim kurumu,

⁶⁶ Pay sahipliğinden doğan hakların etkili kullanılması amacıyla hizmet eden özel denetim; azlık hakları açısından da aynı önemi taşır. Bu husus Gerekçe’de: *“Azlık hakları sisteminin merkezinde özel denetçi atanması yer alır. Çünkü onun raporu, sorumluluk davasına giden yolu açabilecek; gereğinde bilanço müzakereleri ertelenebilecektir. Özel denetçi mekanizması işlemeze, azlık haklarından beklenen yarar elde edilemez.”* şeklinde ifade edilmiştir; bkz. TTK Genel Gerekçesi N. 133/b.

⁶⁷ ALTAY Anlam, “Anonim Ortaklıkta Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Saygı Sempozyumu, GÜHFD 2013/2, s.56.

⁶⁸ PULAŞLI, Şerh, s. 1627.

⁶⁹ NARBAY, Özel Denetçi, s.301.

⁷⁰ NARBAY, Özel Denetçi, s.301; PULAŞLI, “Anonim Şirketlerde Özel Denetçi Atanması İsteminin Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”(Mukayeseli Hukuk) , Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, İstanbul 2017, s. 595.

⁷¹ ALTAY, s.67.

⁷² bkz. TTK m.438’in gerekçesi.

yönetim kurulunun pay sahibinin bilgilendirilmesi ve aydınlatılması görevini tatmin edici bir şekilde tam anlamıyla yerine getirmeye sevk ederek pay sahibinin bilgi alma hakkını güçlendiren bir işleve sahiptir⁷³.

Pay sahibinin olağan yollardan bilgi edinmesi; şirketin genel kurul toplantısı öncesinde incelenmek üzere hazır bulundurdukları belgelerin⁷⁴ incelenmesi (TTK m. 437/1) ve genel kurul toplantısında bilgi alma hakkının kullanılması (TTK m.437/2) şeklinde mümkündür⁷⁵.

Pay sahibinin bilgi alma hakkının sınırı ise, paylaşılması durumunda şirket menfaatlerini⁷⁶ tehlikeye atma riski barındıran, ticari sır olarak tabir edilen bilgilerdir⁷⁷. TTK m.437/3 bilgi alma talebinin reddedilmesinin tek gerekçesinin, istenilen bilgi verildiği takdirde şirket sırlarının açıklanacağı veya korunması gereken diğer şirket menfaatlerinin tehlikeye girmesi halleri olarak düzenlemiştir⁷⁸. Bu düzenlemenin bir sakıncası da, anılan madde gerekçe gösterilerek pay sahibinin bilgi alma hakkının haksız olarak reddedilmesi olasılığıdır. Olağan yollarla bilgi edinmesi bir şekilde sekteye uğrayan pay sahibi bu durum karşısında, mahkemeye başvurabileceği gibi (TTK m.437/4), kanunda sayılan koşullar gerçekleşmişse genel kuruldan özel denetim isteminde de bulunabilecektir⁷⁹. Pay sahibi bu iki seçenekten birini seçmekte özgürdür.

⁷³ KAYA Arslan, “Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi”(Özel Denetim), BATİDER, C.XXXI, S.1 2015, s.71. ; NARBAY, s. 60-61.; ARI Ahmet, “6102 Sayılı Ticaret Kanununda Özel Denetim”; Legal Hukuk Dergisi, 2011, C. 9, S. 100. s.1420.

⁷⁴ TTK 437/I : “*Finansal tablolar, konsolide finansal tablolar, yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu, denetleme raporları ve yönetim kurulunun kâr dağıtım önerisi, genel kurulun toplantısından en az onbeş gün önce, şirketin merkez ve şubelerinde, pay sahiplerinin incelemesine hazır bulundurulur. Bunlardan finansal tablolar ve konsolide tablolar bir yıl süre ile merkezde ve şubelerde pay sahiplerinin bilgi edinmelerine açık tutulur. Her pay sahibi, gideri şirkete ait olmak üzere gelir tablosuyla bilançonun bir suretini isteyebilir.*”

⁷⁵ ALTAY, s.57; GÜVEN, s.138.

⁷⁶ HELVACI , şirket menfaatini kısaca “*anonim şirketin hukuksal ve ekonomik alandaki varlığının mümkün olan en iyi şekilde devam ettirilmesini sağlayan menfaat*” şeklinde tanımlamıştır.HELVACI Mehmet, “Özellikle Anonim Şirket Açısından Şirket Menfaati Kavramı”, Hamdi Yasaman’a Saygı Konferansı, İstanbul 2017, s.23.

⁷⁷ “*Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi, kullanmaya elverişli bir kriter geliştirmiştir. Bu kritere göre, bilgi vermekten kaçınılabilmesi için, “bilgi vermek suretiyle şirketin menfaatleri asla tehlikeye atılmamalıdır; ancak şirketin böyle bir tehlikenin varlığını somut verilere dayandırması gerektiği gibi, ayrıca söz konusu tehlikenin gerçekleşmesi de kuvvetle muhtemel görülmelidir.*” ; bu konuda bkz. ATALAY Oğuz, “Anonim Şirketlerde Bilgi Alma ve İnceleme Haklarının Mahkeme Aracılığıyla Kullanılması”, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 59.

⁷⁸ Tekinalp 'e göre, korunması gereken diğer ortaklık menfaatleri ihale, bir kriz yönetimi, bir konsorsiyumdaki ilişkilerdeki uyumsuzluklar, bir rekabet mücadelesindeki silahlar ve taktikler gibi güncel olaylar bağlamındaki menfaatlerdir. Yazar ayrıca, menfaatin de şirket sırrı niteliğinde görülebileceği fakat sırdan farkının anonim şirketin imkânları, kaynakları, ürünleri, müşterileri ve üretimi ile değil ilişkileri ile bağlantılı olmaları şeklinde ifade etmiştir; bkz. TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku II, İstanbul 2017, 1014b, s.58-59.

⁷⁹ Narbay aksi görüştedir. Yazara göre bilgi istemi reddedilen, ertelenen ya da cevapsız bırakılan pay sahibi öncelikli olarak m.437/5' göre dava yolu ile bu hakkını talep etmeden m. 439' a göre doğrudan özel denetçi atanmasını mahkemeden isteyemez; bkz. NARBAY, s.64.

II. ÖZEL DENETİM İSTEME HAKKININ NİTELİĞİ

Özel denetim isteme hakkı her pay sahibine tanınan, anonim şirketin faaliyetini belirli olaylarla sınırlı olarak uzmanına denetlettirme olanağı sağlayan bir aydınlanma hakkıdır⁸⁰. TTK’ da “Pay sahibinin kişisel hakları” başlığı altında düzenlenmiş olup pay sahipliğinden doğan bir hak⁸¹ olması sebebiyle özel denetim, nispi emredici⁸² nitelikteki hükümlerle güvence altına alınmıştır⁸³.

Özel denetim isteme hakkı vazgeçilemez nitelikte bireysel bir pay sahipliği hakkıdır⁸⁴. TTK m. 452’de “*Genel kurul, aksine esas sözleşmede hüküm bulunmadığı takdirde, kanunda öngörülen şartlara uyararak, esas sözleşmenin bütün hükümlerini değiştirebilir; müstesep ve vazgeçilmez haklar saklıdır*” hükmü yer almaktadır. Kanunda müstesep ve vazgeçilmez haklar tanımlanmamakla beraber, madde gerekçesinde vazgeçilmez haklar kavramının bir bakıma müstesep hakların bir türünü oluşturduğu yine de bu haklardan tamamen farklı özellikler taşıdığı belirtilmiştir⁸⁵. Kanun koyucu tanım vermektan bilinçli olarak kaçınmış; bu kavramları anlamlandırma işini öğretiyeye bırakmıştır. Öğretide, özel denetim isteme hakkının ne pay sahibini rızası ne de ortaklık menfaati gibi gerekçelerle sınırlandırılmasının mümkün olmamasının bu hakkı vazgeçilmez haklardan kıldığı görüşü hakimdir⁸⁶.

Madde gerekçesinde özel denetim isteme hakkı “birel bir hak” olarak tanımlanmış olmakla, bu hakkın esas sözleşme veya genel kurul kararı ile ortadan kaldırılması veya kısıtlanması mümkün değildir⁸⁷. Birellik, genel kurulda özel denetim isteminin tek bir paya

⁸⁰ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, 1016b, s.63.

⁸¹ Kaya, özel denetim isteme hakkının pratikte bir hak olarak değerlendirilemeyeceği zira pay sahibinin özel denetim talebinin genel kurulca reddedilmesi halinde talebin hukuki korumasına yer verilmediğinden gerçek anlamda bir kişisel pay sahipliği hakkından bahsedilemeyeceği görüşündedir; bkz. KAYA, Özel Denetim, s.67.

⁸² Nispi emredici hükümler kamu çıkarını değil, özel çıkarı diğer bir deyişle iktisadi bakımdan zayıf olan kişileri gözetmektedir. Bu bağlamda, anonim şirketle ilgili emredici hükümler arasında, pay sahiplerinin özel çıkarlarının korunmasını öngören hükümler nispi emredici hükümlerdir. (MOROĞLU, Hükümsüzlük, s.60-61)

⁸³ Moroğlu, Özel Denetçi, s. 342, DOMANIÇ, Şerh, s.738.

⁸⁴ PULAŞLI, Şerh, s.1630

⁸⁵ TTK m. 452’nin gerekçesi; Moroğlu’na göre, vazgeçilmez haklar diye bir kategori hak yaratılması hatalıdır. Gerekçe’de ; müstesep hakların bir türü olduğu belirtilmiş ise de, müstesep hakkın temel özelliğinin sahibinin rızası ile vazgeçilebilir olması karşısında bu durum çelişki yaratmıştır. MOROĞLU, Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2009, s.249; aynı doğrultuda bkz. KAYA, “Müstesep Haklar”, Makalelerim I, İstanbul 2012, s. 72-73.

⁸⁶ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2015, N. 870e; NARBAY, s. 44; ŞENER, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2017, s.517; PULAŞLI, Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Sakatlığı ve Müeyyidesi, s.895. ; DEĞİRMENCİOĞLU Nihan, Anonim Şirketlerde Özel Denetim İsteme Hakkı , İstanbul 2015, s.17-18.

⁸⁷ Moroğlu, Özel Denetçi, s. 342 ; PASLI Ali, “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi Tayini”, Bilgi Toplumunda Hukuk”, Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan, C.I, İstanbul 2003, s.615-616; GÜVEN, s. 135.; ADAY Nejat, “Anonim Şirkette Özel Denetçi”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e Armağan, İstanbul 1995, s.25.

sahip olan pay sahibi tarafından dahi istenebilmesi anlamına gelir. Özel denetçi atanmasını isteme hakkı, vazgeçilmez nitelikte bireysel bir ortaklık hakkıdır⁸⁸. Dolayısıyla, bilgi alma ve inceleme hakkını ya da özel denetim isteme hakkını kaldıran veya kısıtlayan bir esas sözleşme hükmü veya genel kurul kararı TTK m.447/1-b'e göre butlan nedenleri arasında sayıldığından batıldır⁸⁹. Butlan hakkın kötüye kullanımını teşkil etmediği takdirde dava ve def'i yolu ile her zaman ileri sürülebilir⁹⁰.

TTK'nın 340. maddesi ile anonim şirketlerde geçerli olan sözleşme özgürlüğü ilkesinin yerine emredici hükümler ilkesi benimsenmiştir. Buna göre, esas sözleşmede yapılacak olan ihtiyari düzenlemeler ancak "kanunda açıkça izin verilmiş olma" koşulu ile geçerli olmaktadır⁹¹. Dolayısıyla esas sözleşme veya genel kurul kararı ile özel denetim isteme hakkının kaldırılması ya da kısıtlanması TBK m. 27'ye göre de kesin hükümsüzdür⁹².

Anonim şirkette özel denetim isteme hakkı, bir cephesiyle bireysel pay sahipliği hakkı diğer cephesiyle de azlık hakkı olarak düzenlenmiştir⁹³. Başka bir ifadeyle TTK m. 438/1'de düzenlenen özel denetim isteme hakkı, belirli oranda ya da değerde paya sahip olunmasına bakılmaksızın her bir pay sahibine tanınmışken, genel kurulun bu istemi kabul etmemesi halinde, yalnızca azlık bu hakkı TTK m.439'a göre mahkeme aracılığı ile kullanabilecektir. Gerçekten de, özel denetim isteme hakkı, TTK.m.438 kapsamında pay sahipliği hakkı iken, genel kurulun istemi reddetmesi halini düzenleyen TTK.m.439 kapsamında azlık hakkı⁹⁴ niteliğine bürünecektir⁹⁵. Bunun anlamı, genel kuruldan özel denetçi atanması talebinde bulunabilmek için bireysel pay sahibi olmak yeterliyken, genel kurulun pay sahibinin talebini reddi halinde mahkemeden özel denetçi atanmasını talep etmek yalnızca azlığa tanınan bir haktır.

Özel denetim isteme hakkı TTK'nın 438. maddesinde her pay sahibine tanınmış bireysel bir hak olduğuna göre, azlık pay sahiplerinin de genel kurulda bu hakkı kullanmaları

⁸⁸ bkz. TTK.m.438/1 in gerekçesi.

⁸⁹ İptal edilebilirlik ve hükümsüzlük hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; MOROĞLU, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü (Hükümsüzlük), İstanbul 2014, s.24-27.; ADAY, s.25; TEKİNALP, "Emredici Hükümler Açısından Genel Kurul Kararlarının İptali ve Butlanı Sorunu", Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu, GÜHFD 2013/2 , s.13-17.

⁹⁰ Moroğlu, Özel Denetçi, s.342; ADAY, s.25; PASLI s.615; GÜVEN, s.135.

⁹¹ KARASU Rauf, Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2015, s.45.

⁹² MOROĞLU, Hükümsüzlük, s.61. ; PASLI s.616. ; ADAY, s.25.

⁹³ ŞENER Hami Oruç, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2015, s.524.

⁹⁴ Azlık haklarında daha kapsamlı bilgi için bkz. HELVACI, " Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı" (Azınlık Hakları) Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 297- 310.; BİRSEL Mahmut, " Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları" İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s.621-659.

⁹⁵ bkz. TTK m. 439/1'in gerekçesi.

evleviyetle mümkündür. Şu halde, azlığın genel kurula yönelttiği bu istemin dayanağı azlık hakkı olmayıp pay sahipliği sıfatından doğan bir haktır⁹⁶. Eklemek gerekir ki, genel kurul, pay sahibi veya azlık sıfatını haiz pay sahibinin özel denetim talebini kabul edip etmeme serbestisine sahiptir. Özel denetim isteme hakkının genel kurula yöneltilen bir talep şeklinde kullanılması ve hakkın pay sahibi açısından kullanımını genel kurulun kabulüne, azlık açısından ise genel kurulun istemi reddine bağlanmış olması öğretide hakkın niteliğine dair tartışmalara yol açmıştır.

Kaya, TTK m. 438’de düzenlenen pay sahibinin özel denetim isteme hakkının tam manasıyla bir pay sahipliği hakkı olarak değerlendirilemeyeceği, zira pay sahibinin bu isteminin genel kurulca reddedilmesi halinde pay sahibinin bu karara karşı başvurabileceği ne bir yol ne de işletebileceği bir mekanizma olduğunu ifade etmiştir⁹⁷. Yazar, hakkın varlığından söz edilebilmesi için, hukuk düzeni tarafından korunan menfaatin kullanılıp kullanılmamasının tamamen hak sahibinin iradesine bırakılması gerektiği yanında hakkın muhataplarının buna uyma mecburiyetinin olması gerektiğinden bahisle özel denetim isteme hakkı bakımından gerçek bir kişisel pay sahipliği hakkından bahsedilemeyeceği görüşündedir⁹⁸.

Helvacı, özel denetim isteme hakkını azlık hakları çerçevesinde ele almak suretiyle hukuki nitelendirmesini yapmıştır. Yazar TTK m. 439’da düzenlenen özel denetim isteme hakkının olumlu azlık haklarından olduğu ve bu niteliğinin sonucu olarak bir talep hakkı şeklinde ortaya çıktığı; ihlâl edildiği takdirde mahkeme vasıtası ile hakkın takip edilmesi gerektiğini ortaya koymuştur⁹⁹. Eş deyişle, talep hakkı şeklinde ortaya çıkan haklar, azlığın takibine muhtaç haklardır.

Narbay, özel denetim yapılmasını isteme hakkının kanunda “*teorik düzeyde bireysel bir pay sahipliği hakkı*” olarak yer aldığını, ancak fiili uygulamada bu hakkın daha çok bir “azlık hakkı” olarak gündeme gelebileceğini ifade etmiştir¹⁰⁰. Yazara göre, özel denetim isteme hakkının kullanılması için kural olarak “*tek bir paya sahip bulunma*” yeterli ise de, genel kurulun bu istemi reddetmesi halinde artık pay sahibi olmak bu hakkın kullanımı için yeterli olmayacak; zira mahkemeden özel denetçi atanması isteminde bulunmak için ya azlık

⁹⁶ MOROĞLU, Özel Denetçi, s.345; DOMANIÇ, s.697; PASLI, s.618; GÜVEN, s.136.

⁹⁷ KAYA, Özel Denetim, s.67.

⁹⁸ KAYA, Özel Denetim, s.67.

⁹⁹ HELVACI, Azınlık Hakları, s. 307-308.

¹⁰⁰ NARBAY, s.35.

sıfatı taşımak ya da paylarının itibari değeri toplamı en az bir milyon Türk Lirası tutarında olmak gerekecektir¹⁰¹.

Altay'a göre, “ özel denetim isteme hakkı, başlı başına bir pay sahipliği hakkını oluşturmakla birlikte, kullanılmasıyla “bilgi edinilmesinin ötesinde” bir sonuç bahşetmeyen, bu yönüyle esasen diğer pay sahipliği haklarına işlerlik kazandıran bir haktır.”¹⁰²

Öğretide hak kavramını açıklamak için çeşitli görüşler ortaya atılmıştır¹⁰³. Günümüzde karma görüş benimsenmiş olup, *hakkın hukuken korunan ve sahibine korunmadan yararlanma yetkisi tanınan menfaat* olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁴. Nitekim bazı durumlarda hukukça tanınmış bir hak olmasına karşın menfaatin korunması sınırlı tutulmuştur¹⁰⁵. Menfaatin sınırlı bir şekilde korunmuş olması, bu menfaatin bir hak sayılmayacağı anlamına gelmemektedir¹⁰⁶. Bir diğer ifadeyle, haktan söz edebilmek için, hukukun hak sahibine mutlaka hakkın muhatabı üzerinde bir kontrol imkanı bahşetmiş olması gerekmektedir¹⁰⁷. Hakkın sahibine muhatabına karşı ifaya zorlama yetkisi vermesi, hakkın fonksiyonunu daha iyi yerine getirebilmesinin yollarından sadece biridir¹⁰⁸. Bununla birlikte, hakkın içeriğinde yetki unsurunun bulunmaması, “hakkı, hak olmaktan çıkartmaz”¹⁰⁹. Bu açıklamalar ışığında hakkın niteliğini ele aldığımızda, pay sahipliği hakkı olarak özel denetim hakkı, genel kurulun istemi kabul etmemesi, hakkı tanımaması halinde, pay sahibine mahkemeden talepte bulunma yoluyla hakkın yerine getirilmesi için şirkete ifaya zorlama yetkisi tanınmamıştır¹¹⁰. Fakat bu durum, özel denetim isteme hakkının başlı başına bir pay sahipliği hakkı olması önünde engel teşkil etmemektedir.

Azlık ve belli oranda veya miktarda pay sahibi açısından konuyu ele aldığımızda ise, genel kurula yöneltilen özel denetim isteme hakkının bu aşamada pay sahipliğinden

¹⁰¹ NARBAY, s.36

¹⁰² ALTAY, s.66.

¹⁰³ Bu konuda görüşler için bkz. BEYSAN Nazime, Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi, İstanbul 2008 (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/giris.jsp> ,Çevrimiçi: 9.07.2018)

¹⁰⁴ OĞUZMAN/BARLAS, Medeni Hukuk, İstanbul 2016, s.143; HATEMİ Hüseyin, Medeni Hukuk'a Giriş, İstanbul 1999, s.86.

¹⁰⁵ Gerçekten “eksik borç” adı verilen öyle borçlar vardır ki (örneğin kumar ve bahisten kaynaklanan borç, zamanaşımına uğramış alacak, işçinin rekabet etmeme borcu), alacaklı hakkını elde etmek için borçluyu dava ve icra takibi yolu ile ifaya zorlayamaz; ancak borçlu borcunu rızaen ifa ederse, bu ifa geçerli sayılır ve borçlu, ifa ettiği şeyi sonradan geri isteyemez. OĞUZMAN/BARLAS, s.143.

¹⁰⁶ OĞUZMAN/BARLAS, s.143.

¹⁰⁷ BEYSAN, s.252.

¹⁰⁸ BEYSAN, s.252.

¹⁰⁹ BEYSAN, s.252.

¹¹⁰ Bu halde pay sahibinin elindeki tek imkan, TTK m. 445 uyarınca genel kurulun özel denetim istemini ret kararına karşı kanun veya esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kuralına aykırı olduğu gerekçesiyle iptal davası açmaktır.

kaynaklandığı kanunen kabul edilmiş; istemin reddi halinde ise mahkemeden özel denetçi atanmasını talep etme yetkilerinin olacağı TTK m. 439'da hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla bu halde, azlığın ve belli itibari değerde pay sahibinin özel denetim isteme hakkı, kendilerine aynı zamanda bu hakkın muhatap tarafından tanınmasını mahkemeden isteme yetkisi veren bir azlık hakkına dönüşecektir.

III. ÖZEL DENETİM İSTEME HAKKININ AMACI VE KAPSAMI

Anonim şirkete getirmiş oldukları sermaye ile ekonomik varlığına katkı sağlayan pay sahiplerinin, şirketin içinde bulunduğu finansal durumu, sermayenin nasıl yönetildiğini ve akıbetinin nasıl olduğunu öğrenmek en doğal haklarıdır. Çoğunluk tarafından alınan genel kurul kararlarının, karşı oy veren pay sahiplerini de bağlayıcılığı karşısında, pay sahiplerinin ve azlığın şirket yönetiminin dışına itilmelerini önlemek için, anonim şirketin içinde bulunduğu iktisadi ve mali durum hakkında fikir sahibi olma ve böylece pay sahipliği haklarını etkili bir biçimde kullanılması amacına hizmet eden bir takım haklar tanınması gerekmiştir¹¹¹. İşte bu amaçla kanun koyucu genelinde, pay sahiplerinin şirketle olan ilişkilerinde etkinliğini arttırmak, şirket yönetiminde şeffaflık ve hesap verilebilirlik ilkelerini hayata geçirmek amacıyla, özelde ise pay sahiplerinin şirketle ilgili belirli olaylar hakkında bilgi edinmesi ve böylece pay sahipliği haklarının genel kurulda daha anlamlı ve bilinçli kullanımına hizmet eden haklardan biri olan, bilgi alma ve inceleme hakkının adeta bir uzantısı tabir edilen, özel denetim isteme hakkına yer vermiştir. Özel denetim temelde bir “pay sahipliği hakkı “ olarak düzenlenmekle birlikte kurumun amacı, bir kez daha belirtmek gerekirse, pay sahiplerinin ve özellikle de azlığın yönetim organı ve çoğunluk karşısındaki hukuki konumunu güçlendirmektir. Bu durum “Genel Gerekçe” kısmında “Azlık hakları sisteminin merkezinde özel denetçi atanması yer alır. Çünkü onun raporu, sorumluluk davasına giden yolu açabilecek; gereğinde bilanço müzakereleri ertelenebilecektir. Özel denetçi mekanizması işlemezse, azlık haklarından beklenen yarar elde edilemez.” şeklinde ifade edilmiştir¹¹².

¹¹¹ PASLI, s.614.; PULAŞLI, Şerh, s.1628 ; Mehaz kanun olan APOK § 142'de azınlığın talebi ile özel denetçi atanması imkanının öngörülmesindeki amacın, kuruluş işlemleri konusunda pay sahiplerinin aydınlatılmasının yanı sıra, ortaklığa, tazminat talepleri için gerekli malzemenin sağlanması olduğu; hükmün etkisinin daha çok koruyucu nitelikte bulunduğu ve böylece azınlık pay sahiplerinin çoğunluğa karşı korunmasının sağlandığı belirtilmektedir; bkz. ADAY, s. 24.

¹¹² bkz. TTK Genel Gerekçe, 3. Anonim Şirketler, m) Azlık Hakları, N. 133.

Özel denetim Gerekçe’de de ifade edildiği gibi, pratikte, kurucular, yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerin, şirketin sevk ve idaresinde yapmış olduğu yolsuz işlem ve olguların tespiti ile bu kişilerin sorumluluğunun gündeme gelmesi amacına hizmet eder¹¹³. Bu amacın ötesine taşan dolaylı etkisi, denetim sonucu ortaya konan rapor ile hukuka aykırı işlem ve kararların tespiti halinde, pay sahibi sorumluluk davası ve hatta şirketin haklı nedenle feshi davası¹¹⁴ açıp açmamaya karar verecek olmasıdır. Söz konusu rapor, bu davalarda pay sahibinin veya azlığın üzerine düşen ispat yükünü hafifletici işlev görecektir¹¹⁵. Gerçekten de, bilançonun şirketin gerçek mali durumunu doğru bir biçimde yansıtıp yansıtmadığını anlamak, esas sermaye artırımı ve azaltılması veya tasfiye gibi işlemlerin kanun ve esas sözleşme çerçevesinde yapılıp yapılmadığını saptamak, yolsuz işlemlerin delillerini toplamak, özel denetim yolu ile mümkün olup, bu sebepler pratikte özel denetim kurumuna başvurulmasının başlıca nedenleri arasındadır¹¹⁶. Özel denetim, ileride şirket organlarına karşı açılması muhtemel sorumluluk davasına ve hatta şirketin haklı nedenle fesih davasına hazırlık amacını taşımakla birlikte, özel denetim bu davaların bir ön koşulu olmadığı gibi şirketin sevk ve idaresi hususunda amaca uygunluk veya yerindelik incelemesi de değildir¹¹⁷. Ayrıca pay sahibi özel denetim hakkını ortada hiçbir şey yokken olası hukuk ihlâlinin ortaya çıkartılması amacıyla kullanamaz¹¹⁸. Özel denetimin konusunu şirket içi olaylar oluştursa da pay sahiplerinin pay sahipliği haklarını kullanmaları için gereklilik halinde şirketin üçüncü kişilerle olan ilişkileri denetime konu olabilir¹¹⁹.

¹¹³ PULAŞLI, Şerh, s.1630; PASLI s.615; MOROĞLU, Özel Denetçi, s.342.; DOMANIÇ, s.751; TEKİNALP, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu davasında özel denetimin etken bir silah olduğunu zira denetim neticesinde ortaya çıkabilecek delillerin söz konusu davayı başarıya ulaştıracağından bu haliyle özel denetimin bir ön aşama sayıldığını ifade etmiştir; bkz. TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, 1016a, s.63.

¹¹⁴ 6102 sayılı TTK ile birlikte hukukumuzda önemli bir yenilik olan ortaklığın haklı nedenle feshi davası girmiştir. TTK m.531’de düzenlenen bu hak öğretide olumlu azımlık hakkı olarak nitelendirilmektedir. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ŞAHİN Ayşe, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, İstanbul 2013;ERDEM Nuri, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, Ankara 2012.; ÇAMOĞLU, “Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi”, Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul 2007, s.667-684. ; Nomer Ertan, F . “Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davası –TTK m. 531 Üzerine Düşünceler- İÜHFİM, C. 73 S.1, 2015, s. 421-440. (<http://dergipark.gov.tr/iuhfm/issue/25016/264153>, Çevrimiçi: 03.05.2018)

¹¹⁵ HERSBERGER Eva, Clarifications by the Federal Supreme Court in regard to the conduct of a special audit, s.2(<https://www.eycom.ch/en/Publications/20140125-Legal-News-January-2014/download>,Çevrimiçi :02.05.2018) ; KUNZ Peter V., Swiss Corporate Governance- An Overview, s.117 (https://fbs-tax.com/wp-content/downloads/laws/Swiss_Corporate_Governance.pdf, Çevrimiçi:03.05.2018)

¹¹⁶ MOROĞLU, Özel Denetçi, s.342; ADAY, s.24

¹¹⁷ PULAŞLI, Şerh, s.1629-1630.; NARBAY, s.39; KENDİGELEN, mahkeme önüne gelen, özel denetim istemine ilişkin olarak somut olayda, “*davalı şirket ve bağlı şirketlere ait Ayazağa arsası üzerinde yapılacak olan inşaat ile ilgili sözleşmelerin verimlilik, etkinlik ve piyasa koşullarına uygunluk bakımından bağımsız bir denetçi ya da denetçiler tarafından denetlenmesi*” ve “*davalı şirket ve bağlı şirketlere ait yurtdışı yatırımlarının verimlilik etkinliği ve piyasa koşullarına uygunluğunun denetlenmesi*” istemlerinin yerindelik denetimi anlamına geldiğini mütalaa etmiştir; bkz. KENDİGELEN, Hukuki Mütalaaalar, C.XIII., İstanbul 2015, s.170.

¹¹⁸ ALTAY, s. 58.

¹¹⁹ Bu anlamda şirket birleşmeleri veya şirket iştirakleri özel denetimin konusu olabilir; bkz. GÜVEN, s. 149.

Özel denetçi tarafından icra edilecek denetim faaliyeti hukuka uygunluk incelemesi olmayıp yalnızca “belirli olayların” açıklığa kavuşturulması işidir¹²⁰. “Belirli” kelimesi ile kastedilen, belli türde, nitelikte ve önemde olaylar değil; içeriği ve sınırları belirli olan yani genel nitelik taşımayan olaylardır¹²¹. Gerekçede belirli konulara örnek olarak, şirketin herhangi bir işi, işlemi, kararı, finansal durumu, finansman ihtiyacı, hakim şirketin kararları veya şirkete verdiği zararlar gösterilmiştir. Bilgi alma veya inceleme hakkını kullanması sonucu pay sahibi nezdinde kuşku uyandıran, bu sebeple izahata muhtaç belirli olaylar özel denetimin kapsamındadır. Pay sahibi, özel denetim eliyle açığa kavuşturulan hususlar doğrultusunda edindiği bilgiler ekseninde şirkette kalıp kalmama bu bağlamda payını devredip etmeme veya genel kurulda oyunu ne yönde kullanacağı gibi konularda karar verebilecektir¹²².

IV. ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA ÖZEL DENETİM

A. Genel Olarak

Şirketler topluluğunda özel denetim TTK m. 207. ve m. 406’da birbirinden bağımsız fakat paralel bir şekilde düzenlenmiştir¹²³. Kanun koyucu, tüm menfaat sahiplerine açık ve anlaşılır bir denetim raporu sunabilmek ve şirketlerdeki şeffaflık kültürünü geliştirebilmek adına, şirket topluluklarının ilişkilerini incelemek üzere özel denetçi atanmasına ilişkin düzenlenmelere yer verilmiştir¹²⁴. Şirketler topluluğunda özel denetimin amacı topluluk içi ilişkilerle ilgili olarak belirli konunun açığa kavuşturulmasıdır. Ayrıca özel denetim davası neticesinde özel denetim raporu ile tespit edilen hususlar, pay sahiplerinin TTK m.202 çerçevesinde sahip oldukları dava haklarının kullanımında önemli rol oynayacaktır¹²⁵. Diğer

¹²⁰ Federal Mahkemenin, 4A_129/2013 sayılı ve 20.6.2013 tarihli kararında da belirttiği üzere “özel denetim, somut olayların araştırılmasına yönelik olması gerekir; hukuki bir değerlendirmeyi veya değer yargısını amaç edinemez. Bu nedenle, yönetim kurulu üyelerinin menfaat çatışması nedeniyle müzakerelere katılma yasağını ihlal edip etmediğinin veya menfaat çatışmasından kaçınmak için alınan önlemlerin yeterli olup olmadığı konusunun özel denetimle hukuki açıdan açıklığa kavuşturulması mümkün değildir” karar için bkz. PULAŞLI, Şerh, s.1640. ; ÖZKAN, s.30.

¹²¹ bkz.TTK m.438/1’in gerekçesi.

¹²² PERAKIS, s.41.

¹²³ NARBAY, şirketler topluluğu ilişkileri bakımından özel denetimin iki ayrı madde halinde düzenlenmek yerine konunun tek bir maddede ve şirketler topluluğunun düzenlendiği TTK m. 195 ila 200 arasında hükme bağlanmasının daha isabetli olacağı görüşündedir.. (NARBAY, Özel Denetçi, s. 144.).

¹²⁴ TORE İrem/ TANYERİ Ayşe, “Şeffaflığa Etkileri Açısından 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Bağımsız Denetim” Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi, C.8, S.2, 2016 , s.44. (<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/440069> Çevrim içi : 06.08.2018).

¹²⁵ OKUTAN, Şirketler Topluluğu Hukuku, s.543-544; KENDİGELEN, İlk Tespitler, s.190; TTK m. 202 hakimiyetin hukuka aykırılı kullanılması hallerinde doğan sorumluluğu düzenlemiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi

bir anlatımla, özel denetçinin vereceği rapor kapsamında elde edilecek bilgiler, TTK m. 202'den kaynaklanan davalarda delil değeri taşımakla birlikte dava malzemesi olarak kullanılacaktır¹²⁶. Topluluk hukukuna özgü olan özel denetim isteme hakkının TTK. m.438 hükmünde yer alan özel denetimden en önemli farkı, istem yönünde verilmiş olumlu veya olumsuz bir genel kurul kararına gerek bulunmaksızın her bir bağlı şirket pay sahibi doğrudan şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden özel denetçi atanmasını talep edebilir¹²⁷.

B. Mahkemece Özel Denetçi Atanmasını Gerektiren Haller

1. TTK m. 207'de Sayılan Haller

TTK m. 207 hükmüne göre “Denetçi, ,özel denetçi, riskin erken saptanması ve yönetimi komitesi; bağlı şirketin, hâkim şirketle veya diğer bağlı bir şirketle ilişkilerinde hilenin veya dolanın varlığını belirtir şekilde görüş bildirmişse, bağlı şirketin her pay sahibi, bu konunun açıklığa kavuşturulması amacıyla, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden özel denetçi atanmasını isteyebilir.”¹²⁸ Bağlı şirketin pay sahibinin bu başvurusu üzerine mahkemece tespiti gereken ilk husus ortada bir şirketler topluluğu olup olmadığı, dolayısıyla hakim ve bağlı ortaklık ilişkisinin varlığının tespitidir. Devamında ise incelenmesi gereken maddi koşul, denetçi, özel denetçi, riskin erken saptanması ve yönetimi komitesince, bağlı şirketin, hakim şirketle ilişkilerinde hile veya dolanın varlığına ilişkin olarak bildirilen görüşün somut olayda bulunup bulunmamasıdır. Hile veya dolanın varlığı ile anlatılmak istenenin tarafların gerçek iradesini sakladığı, aldatıcı veya muvazaalı, ortaklık malvarlığına zarar verecek veya ortaklık pay sahiplerinin, alacaklılarının hak ve çıkarlarını ihlâl eden iş ve işlemler olduğu söylenebilir¹²⁹. Örneğin, bağlı şirketin zararının denkleştirilmesi amacıyla hakim şirket tarafından taahhüt edilen taşınmazların değerinin gerçek değerinin çok üzerinde gösterilmesi durumunda bağlı şirketin her bir pay sahibi şirketin zarara uğramış olduğu iddiasıyla TTK 207. madde kapsamında bu olguların ve

için bkz. ÖZCANLI Fatma Beril, Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2017.

¹²⁶ ŞENER, s.198.

¹²⁷ Tekinalp, hakkın her pay sahibine tanınmış olmasını onun bir topluluk içindeki yalnızlığının sakıncalarının kısmen hafifletilmesi amacıyla açıklamaktadır; bkz. Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2014, s.383, 14-90a.

¹²⁸ Kendigelen, madde gerekçesinde hükmün amacının her ne kadar tam hakimiyete ilişkin diğer hükümlerin uygulanması olduğu belirtilse de, aksine tam hakimiyet halinde bu hükmün kesinlikle uygulama olanağı bulamayacağı; olsa olsa tam hakimiyetin söz konusu olmadığı bağlı şirket pay sahipleri açısından önem taşıdığı şeklinde görüş bildirmiştir;bkz. KENDİGELEN, İlk Tespitler, s.190.

¹²⁹ OKUTAN, s.543; AKIN İrfan, Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku, Ankara 2014, s. 166.

zararın varlığının araştırılması amacıyla mahkemeden özel denetçi atanmasını talep edebilir¹³⁰.

2. TTK m. 406 ‘da Sayılan Haller

a. Denetçinin raporunda yer verilen olumsuzluklar

Topluluk denetçisinin raporunda, bağlı şirketin hakim şirketle veya bağlı şirketin topluluk şirketleriyle ilgili olarak sınırlı olumlu görüş veya kaçınma yazısı yazmış olması durumunda her pay sahibinin mahkemeden özel denetçi atanmasını isteme hakkı düzenlenmiştir (TTK m.406/1a). Her ne kadar madde fıkrasında olumsuz görüş yazılması¹³¹ durumundan söz edilmemiş olsa da, özel denetçi atanması şartının varlığının bu durumda evleviyetle kabulü gerekir¹³². Olumsuz görüş yazılması halinde ise kesin bir husus söz konusu olduğundan, özel denetçi atanmadan da tazminat için başvurulması olanağı bulunmaktadır¹³³.

b. Denkleştirme yapılmaması

Özel denetçi atanmasını mümkün kılan bir diğer hal ise, yönetim kurulunun, şirketin topluluk tarafından, bazı belirli hukuki işlemler ve uygulanan önlemler dolayısıyla kayba uğratıldığını ve bunlar dolayısıyla denkleştirmenin yapılmadığını açıklamasıdır.(TTK m.406/1-b) Burada dikkat edilmesi gereken önemli nokta, özel denetçi atanması için kanunun aradığı şart, başlı başına denkleştirme yapılmamış olması değil, bu gerçeğin yönetim kurulu tarafından açıklanmasıdır. TTK m. 406/1-b ile TTK m. 199 düzenlemeleri bir biriyle bağlantılıdır. Nitekim, bağlı şirket yönetim kurulu, düzenlemek zorunda olduğu yıllık faaliyet raporunda, şirketin hakim ve bağlı şirketler ile olan ilişkilerinden kaynaklı herhangi bir zarara uğrayıp uğramadığını, eğer uğradı ise yönetim kurulu ayrıca zararın denkleştirilip denkleştirilmediğini de belirtir¹³⁴(TTK.m.199/3). Yönetim kurulunca bağlı şirketin hakim şirket tarafından kayba uğratıldığına ve bu zararının denkleştirilmediğine faaliyet raporunda yer verilmesi, özel denetçi atanması için uygunluk kriterini taşımakla, her pay sahibine özel

¹³⁰ AKIN, s.166 ve orada dn. 521.

¹³¹ TTK m.403/5 hükmüne göre “Olumsuz görüş yazılan hâllerde yönetim kurulu, görüş yazısının kendisine teslimi tarihinden itibaren dört iş günü içinde, genel kurulu toplantıya çağırır ve genel kurul yeni bir yönetim kurulu seçer. Esas sözleşmede aksi öngörülmemişse, eski yönetim kurulu üyeleri yeniden seçilebilir. Yeni yönetim kurulu altı ay içinde, kanuna, esas sözleşmeye ve standartlara uygun finansal tablolar hazırlar ve bunları denetleme raporu ile birlikte genel kurula sunar. Sınırlı olumlu görüş verilen hâllerde genel kurul, gerekli önlemleri ve düzeltmeleri de karara bağlar.”

¹³² OKUTAN, s.543-544; NARBAY, Özel Denetim, s.207. ; ÜÇİŞİK, s.696.; ŞENER, s.199.; APOK’ nun 315. Paragrafında bağımsız denetçinin *olumsuz görüş yazısı* vermesi halinde de özel denetçi atanacağı açıkça düzenlenmiştir; bkz. YILMAZ Asuman, “Türk Ticaret Kanunu'na Gore Bağlı Şirket Yönetim Kurulunun Bağlılık Raporu ve Bağlılık Raporunun Denetimi”, BATİDER C. XXXI S. 2, 2015 , s. 315.

¹³³ ŞENER, s.199.

¹³⁴ ÜÇİŞİK, s.696.

denetim isteme hakkını da beraberinde getirir. Diğer bir ifadeyle, bu raporda yer alan olgular, ortaklar tarafından özel denetçi atanmasının yolunu açar¹³⁵. Buna karşılık, bağlı şirket yönetim kurulu ile hakim şirket arasındaki organik bağlar göz önüne alındığında, yönetim kurulunun hakim şirketle olan ilişkisini tehlikeye atmak pahasına, denkleştirme yapılmadığı gerçeğine raporunda dürüstçe yer vermesi ise düşük bir ihtimaldir¹³⁶.

Anılan sebeplerle, bu madde hükmüne dayanarak özel denetçi atanması istemi ile mahkemeye başvurulması ihtimali de düşük gözükmemektedir. Pay sahiplerinin bağlı şirketin zarara uğradığı ve bu zararın halen güncel olduğu yönündeki şüpheleri, belgeye dayanmadığı müddetçe 406 ve 207. maddeler çerçevesinde kendilerine doğrudan özel denetçi atanmasını talep imkanı vermeye yetmez¹³⁷. Pay sahipleri TTK m.437. hükmü uyarınca bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmak suretiyle şüphe duyduğu olguların açıklığa kavuşturulması için gerekli adımları atabilir¹³⁸. Böylece, inceleme veya bilgi alma hakkının kullanılması şüphelendikleri hususların açıklığa kavuşturulmasını mümkün kılacaktır. Bu bağlamda, şirketin hakim şirket tarafından zarara uğratıldığı ve bu zararın denkleştirilmediği olgusu şirket defter ve kayıtları ile de sabit olursa şayet; özel denetime başvurmadan TTK m. 202 çerçevesinde gerekli sorumluluk davaları doğrudan açılacaktır.

Son olarak, önemle belirtmek gerekir ki, bağlı şirket pay sahibi bilgi alma veya inceleme alternatif ön şartlarından birini kullanması yeterli olup, TTK 438. madde kapsamında genel kuruldan özel denetçi atanmasını isteyebilecektir. Kaldı ki, denkleştirme yapıp yapılmadığının özel denetim yolu ile tespiti için maddenin aradığı, pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi için gerekli olması ve belirli olaylara ilişkin olması maddi şartları da şu halde mevcuttur. Genel kurulun bu talebi kabul etmemesi halinde ise sermayenin en az onda birini, halka açık anonim şirketlerde yirmide birini veya paylarının itibari değeri toplamın en az birmilyon Türk Lirası olan pay sahipleri üç ay içinde şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinden özel denetçi atanmasını isteyebilirler.(TTK m. 439/1) Ayrıca, özel denetim isteminin genel kurulca kabulü veya reddi halinde, her iki sonuçta da özel denetçi mahkeme tarafından atanacaktır.(TTK m.438/2) Yapılan başvuru

¹³⁵ ŞENER, s.200.

¹³⁶ AKIN, bkz. s.167.- dn. 523.

¹³⁷ AKIN, s.167.

¹³⁸ ÜÇİŞİK, s.697.

üzerine atanan özel denetçiye, özellikle TTK 440 vd. kuralları niteliğine uygun olduğu ölçüde uygulanmalıdır¹³⁹.



¹³⁹ ŞENER, s.200.

İKİNCİ BÖLÜM

GENEL KURULDA ÖZEL DENETİM İSTEMİNDE BULUNULMASI VE İSTEMİN KABULÜ

I. ÖZEL DENETİM İSTEME HAKKININ GENEL KURULDA KULLANILMASI

A. Genel Olarak

Özel denetçi atanmasını isteme hakkı, vazgeçilmez nitelikte bireysel bir ortaklık hakkıdır¹⁴⁰. Diğer taraftan kanun koyucu, pay sahiplerinin keyfi bir şekilde denetim isteminde bulunmalarını, şirketi tehlikeye sokmak veya bir takım çıkarlar sağlamak amacıyla bu hakkı şirkete karşı adeta bir silah olarak kötüye kullanımın önüne geçebilmesi için hakkın kullanımı bir ön şarta ve bazı maddi şartların varlığına bağlanmıştır¹⁴¹. TTK'da özel denetim isteme hakkı kademeli bir biçimde düzenlenmiştir. TTK.m.438, bu talebin genel kurulca kabulü halinde mahkemece özel denetçi atanmasını, TTK.m.439 ise genel kurulun talebi reddi halinde mahkemece özel denetçi atanmasını düzenlemiş olmakla birlikte, her bir durumu farklı şartlara tabi kılmıştır. Bu bağlamda eski kanundan farklı olarak genel kurulun istemi kabul etmesi ya da reddetmesi durumunda her iki halde de özel denetçi mahkeme tarafından atanacaktır. Şu var ki, her halükarda özel denetim isteme hakkının ilk muhatabı genel kurulken özel denetçi atamaya yetkili mercii ise mahkemedir. Mahkemeye başvuru için olumlu veya olumsuz bir genel kurul kararının varlığı şart koşulmuştur.

B. Hak Sahipleri

Kanun, genel kurulda özel denetim isteme hakkını sahip olduğu pay oranına bakılmaksızın belirli şartlar dairesinde her pay sahibine tanımıştır. Maddede her pay sahibinden söz edilmişse de pay oranı şartı aranmadığından azlığın da pay sahipliği sıfatından doğan bu hakkı kullanabileceğinin kabulü gerekir¹⁴². Madde gerekçesinde, özel denetim isteme hakkının birel bir hak olduğunu, gündemde yer almasa bile genel kuruldan

¹⁴⁰ TTK m.438/1'in gerekçesi.

¹⁴¹ ALTAŞ Soner, Anonim Şirketler, Ankara 2017, s.597.

¹⁴² ERİŞ Gönen, 6335-6552-6728 Sayılı Kanunlarla Güncellenmiş TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler, C.II, Ankara 2017, s.2262.

istenebileceği, genel kurulca istemin oylanmasının zorunlu olduğu fakat kabul edilmesi yönünde bir zorunluluk bulunmadığı ifadelerine yer verilmiştir¹⁴³. TTK m. 438 düzenlemesi ile özel denetim isteme hakkının her bir pay sahibine tanınmış bir hak olduğunu ve gündemde yer almasa bile genel kuruldan özel denetim istenebileceği açıkça hükme bağlanmış ve böylece eTK m. 348. döneminde belirsizlik sebebiyle yaşanan tartışmalar son bulmuştur¹⁴⁴.

TTK m. 438’de özel denetim isteminde bulunabilecek hak sahiplerinin yalnızca pay sahipleri olduğu ifade edilmiş; madde gerekçesinde intifa hakkı ve tahvil sahipleri ve alacaklıların özel denetim isteme hakkının olmadığına yer verilmiştir. Diğer taraftan ise söz konusu hak sahiplerine özel denetim isteme hakkının esas sözleşme ile verilip verilemeyeceğinin tartışmaya açık olduğu belirtmiştir¹⁴⁵. Bilgi alma ve inceleme hakkını güçlendiren, pay sahipliğinden doğan yönetsel hakları pekiştiren; özel denetim isteme hakkının intifa hakkı sahibine açıkça tanınmamış olması, öğretide kimi yazarlarca eleştirilen bir husustur.

Teoman’a göre, intifa hakkı sahibinin bilgi alma hakkından yararlanamadığı durumda oyunu bilinçli bir şekilde kullanmasından bahsedilemeyecek ve hatta oy hakkının dahi bir

¹⁴³ bkz. TTK m.438’in gerekçesi.

¹⁴⁴ eTK m. 348’in lafzı, özel denetim isteminin yalnızca azınlığa tanınmış bir hak olduğu, ilk bakışta her bir pay sahibinin bu yönde bir talepte bulunamayacağı gibi bir izlenim yaratmakta idi. Bu husus doktrinde tartışmalara sebep olmuştur. Moroğlu, genel kurulda kimlerin özel denetçi isteyebileceği hususunun açık bir şekilde düzenlenmediğini dolayısıyla ilk bakışta bu istemin sadece %10 azınlık tarafından yapılabileceği izleniminin doğduğunu, oysa 348/1’e göre bir pay sahibinin ve genel kurulda haksız ve asılsız eleştirilere maruz kalan yönetim ya da denetim kurulları ve bu kurulların üyelerinin istemi üzerine genel kurul tarafından özel denetçi atanabileceğini belirtmiştir. Yazar, genel kurulda özel denetçi atanması isteminin bir azlık hakkı olarak düzenlenmesinin kanunun sistemine aykırı ve de yanlış olduğunu ve azlık hakkı olan hususun mahkmeden özel denetçi atanması istemi olduğunu ifade etmiştir; bkz. MOROĞLU, Özel Denetçi, s.345; Tunçay, eTK m.348’in kaleme alınış şekli ve anonim ortaklığın genel prensipleri uyarınca söz konusu maddenin ikinci fıkrasının birin devamı olarak kabulünün mümkün olmadığını, anonim ortaklıkta özel denetçi istemini sadece esas sermayenin %10’una sahip kişilere özgülemenin yanlış bir yorum olduğunu ifade etmiş; dolayısıyla genel kurulun şirket işlerine hakim olan en üst ve yetkili organ olarak “bazı muayyen hususların tetkik ve teftişi” için gerekli olması halinde özel denetçi seçebileceğini ve bunun sadece azlık pay sahiplerine özgü bir istem olmadığını, azlık dışında yönetim kurulu üyelerinin, pay sahiplerinin ve denetçilerin de genel kuruldan özel denetçi atanması isteminde bulunabileceğini belirtmiştir; bkz. YILDIZ Tunçay, “Anonim Şirketlerde Hususi Murakıp Tayini” İBD, 1974, C.III.,s.738. Şener’e göre, eTK m.348/1’e göre özel denetçi atanmasını isteyebilecek olanlar bireysel pay sahipleridir; onların bu hakkı pay sahipliği sıfatından kaynaklanır; 348/2’de ise azlık pay sahiplerinin özel denetim isteme hakkı düzenlenmektedir; bkz. ŞENER Hami Oruç, Anonim Ortaklıklarda Azınlık Hakları, Özel Denetçi Atanmasını İsteme Hakkı, Ankara 1990, s.104-108. Özel denetim talebinin genel kurula yöneltilmesi bir azlık hakkı değil; pay sahipliği hakkıdır. Azlık hakkı olarak düzenlenen ise m. 348/2 hükmünde açıkça ifade edilen, genel kurulun bu talebi reddetmesi halinde sermayenin 1/10’unu elinde bulunduran pay sahiplerinin özel denetim istemini mahkemeye yöneltme imkanındır; bkz. ARI, s.1414-1415; aynı yönde bkz. PASLI, s.617-618.

¹⁴⁵ TTK m 438’in Gerekçesi; Mehaz kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu m. 656c/1’de katılma intifa hakkı sahiplerine de bu hakkın esas sözleşme ile tanınabileceği düzenlenmiştir; bkz. PULAŞLI Hasan, “Yönetim Kurulu Üye Bilgi Alma Hakkı ve Mahkmeden Özel Denetim İstemesine İlişkin Koşullar İsviçre Federal Mahkemesinin (BGE 133 III 133) 20 Aralık 2006 Tarih ve 4C278/2006 Sayılı Kararı”, Prof. Dr. Fırat ÖZTAN’a Armağan C.II Ankara 2010, s.1872.

anlamı kalmayacaktır. Yazar, oy hakkı bulunan intifa hakkı sahibinin, pay sahipliğinden doğan bazı bireysel hakları ve azınlık haklarını da kullanabileceğini ifade etmiştir¹⁴⁶.

Narbay, pay sahibinin oy hakkının bilinçli kullanımını için gerek duyduğu bilgiye erişmesinin araçlarından biri olan özel denetim hakkının, pay üzerinde intifa hakkı bulunan hallerde ise intifa hakkı sahibine ait olduğu görüşündedir¹⁴⁷.

Eriş'e göre kanunda özel denetim isteme hakkının paydaşlar dışında bir kimsenin kullanılmasının aksine emredici bir düzenleme olmadığını, dolayısıyla şirketle doğrudan veya dolaylı olarak ilgili olanların haklarının korunmasının şirket menfaatine olması durumunda bu kişilere de özel denetim isteme hakkı tanınmalıdır¹⁴⁸.

Tekinalp, özel denetim isteme hakkının yalnızca pay sahibine ait olduğunu, esas sözleşme ile bu hakkın anonim ortaklığın alacaklılarına ve intifa hakkı sahiplerine tanınmasının mümkün olmadığı görüşündedir¹⁴⁹.

Özdamar, TTK m. 340'ta düzenlenen emredici hükümler ilkesinin bir sonucu olarak esas sözleşmeye konulabilecek hususların sınırlı olduğunu dolayısıyla pay sahipleri dışındaki kişilere özel denetim isteme hakkının esas sözleşme ile tanınmasının mümkün olmadığı görüşünü savunmuştur¹⁵⁰.

İntifa hakkı sahiplerinin, TTK m.432/2 kapsamında genel kurula katılma ve oy kullanma hakkı bulunmaktadır¹⁵¹. Ancak, intifa hakkı sahibinin TTK.m.437 çerçevesinde oyunu bilinçli bir biçimde kullanmalarına yönelik olarak bilgi alma veya inceleme hakkının olduğuna dair kanunda açık bir düzenleme yoktur. Kendisine bilgi alma ve inceleme hakkı tanınmayan intifa hakkı sahibinin tek başına oy hakkını kullanıyor olmasının hiçbir anlamı ve yararı bulunmayacağından, intifa hakkı sahibinin oy hakkından yararlanmasının bilgi alma ve

¹⁴⁶ Teoman, Anonim Ortaklıkta Paylar Üzerinde İntifa Hakkı Bulunması Durumunda Oy Hakkı Dışındaki Yönetim Haklarının Kimin Tarafından Kullanılacağı Sorunu”, (Makale 24) ,Tüm Makalelerim (1971-2001), İstanbul 2012, C. I-II, s. 372-375.

¹⁴⁷ NARBAY, Özel Denetçi, s.295.

¹⁴⁸ ERİŞ, Ticari İşletme ve Şirketler, s. 2262.;BAY Emir, “ Anonim Ortaklıklarda Özel Denetim İsteme Koşullarının 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Açısından Karşılaştırılması”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 69, Mayıs 2012, s.23.

¹⁴⁹ TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), 1017., s.66.

¹⁵⁰ ÖZDAMAR/ULUSOY, “Anonim Şirketlerde Özel Denetim”, Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, Ankara 2014, s.55.

¹⁵¹ Madde fıkrasına göre; “Bir payın üzerinde intifa hakkı bulunması hâlinde, aksi kararlaştırılmamışsa, oy hakkı, intifa hakkı sahibi tarafından kullanılır. Ancak, intifa hakkı sahibi, pay sahibinin menfaatlerini hakkaniyete uygun bir şekilde göz önünde tutarak hareket etmemiş olması dolayısıyla pay sahibine karşı sorumludur.”

inceleme hakkını da içerdiği kabul edilmelidir¹⁵². Nitekim kanun koyucu, özel denetim isteme hakkını pay sahipliği haklarının özellikle de oy hakkının kullanımı için gerekli olması koşuluna Gerekçe’de yer vermiştir¹⁵³. Şu halde, aksi kararlaştırılmadığı müddetçe oy verme hakkına sahip olan intifa hakkı sahibinin de bu hakkı kullanmasının gayet tabii olduğu kabul edilmelidir. Özel denetim hakkı tanınmayan daha da ötesi bilgi alma ve inceleme hakkının dahi var olup olmadığı konusunda tartışmalar bulunan intifa hakkı sahibinin bu şartlar altında, pay sahibinin menfaatlerini göz önünde tutmadığı ve bunlara aykırı hareket ettiği sebebiyle TTK m.432/2 bağlamında pay sahibine karşı sorumluluğundan bahsedilemez¹⁵⁴. Anılan sebeplerle, *de lege feranda* TTK’ya intifa hakkı sahiplerine özel denetim isteme hakkının tanınmasını öngören açık bir hüküm konulması, menfaatler dengesine uygun bir çözüm olacaktır.

Son olarak belirtilmesi gereken diğer bir önemli nokta ise genel kuruldan özel denetim talep eden pay sahibinin, evvelce bilgi alma veya inceleme hakkını kullanmış olan pay sahibi ile aynı olması zorunluluğu yoktur; fakat konuların örtüşmesi gerekmektedir¹⁵⁵. Diğer bir ifadeyle konuları aynı olmak şartı ile özel denetim için kanunun aradığı ön şart niteliği taşıyan bilgi alma ve inceleme hakkını kullanan kişi ile genel kurulda özel denetim isteminde bulunan kişi farklı kişiler olabilir. Ayrıca, TTK m.438’ de yer verilen; “ *her pay sahibi..... bilgi alma veya inceleme hakkı daha önce kullanılmışsa*” ifadelerini lafzi yorumladığımızda , bilgi alma ve inceleme hakkını kullanan pay sahibi ile özel denetim isteyen pay sahibin aynı kişiler olmak zorunda olmadığı sonucuna varılacaktır¹⁵⁶. Bununla birlikte, genel kurula katılmamış, katıldığı halde özel denetim isteminde bulunmayan veya oylamada karşı oy kullanan pay sahibi dahi mahkemeye başvurabilecektir¹⁵⁷.

Kanun koyucunun bu düzenlemesi pratikte haktan yararlanılmasını kolaylaştıran dolayısıyla amaca uygun yerinde bir düzenlemedir. Şöyle ki, bilgi alma ve inceleme hakkını kullanan kişi bu hakkını kullanarak edindiği bilgiler ile yeterince tatmin olabilir ve özel denetime gerek duymayabilir¹⁵⁸. Bununla birlikte, ayrıntılarını ileride açıklayacağımız üzere özel denetim sürecini girift olması sebebiyle bu yola başvurma konusunda çekimser

¹⁵² TEOMAN Ömer, “Anonim Ortaklıkta Paylar Üzerinde İntifa Hakkı Bulunması Durumunda Oy Hakkı Dışındaki Yönetim Haklarının Kimin Tarafından Kullanılacağı Sorunu”, (Makale 24) ,Tüm Makalelerim (1971-2001), İstanbul 2012, C. I-II, s. 371.

¹⁵³ bkz. TTK.m.438/1’in gerekçesi.

¹⁵⁴ TEOMAN, Makale 24, s.371.

¹⁵⁵ bkz.TTK m.438’in gerekçesi.

¹⁵⁶ PULAŞLI, Yönetim Kurulu Üyesinin Bilgi Alma Hakkı, s.1870.

¹⁵⁷ ALTAY, s.59.

¹⁵⁸ NARBAY, s.53.

kalabileceği gibi sırf çekingenlik sebebiyle dahi pay sahibi bu hakkını kullanmayabilir. Başka bir pay sahibi ise kendisi bilgi alma hakkını kullanmasa dahi açıklanan bilgileri tatmin edici bulmadığından bahisle özel denetim isteme hakkını kullanabilir¹⁵⁹.

Kanımızca, TTK m.438'in ayniyet şartı aramamış olmasının diğer bir faydası, uygulamada özel denetimin ön şartının gerçekleşmesi adına aynı konular hakkında farklı kişilerce defalarca bilgi edinilmesi veya inceleme yapılmasının şirket işleyişini ve gündemi meşgul etmesi endişesi karşısında, bir pay sahibi tarafından ön şartın tüketilmesi ile aynı konu hakkında özel denetim isteme hakkının her pay sahibine tanınmasının pratikte sağladığı kolaylıktır. Diğer bir ifadeyle, herhangi bir pay sahibi tarafından kullanılan bilgi alma hakkına dayanarak ön şart yerine getirilmiş olmakla, başka bir pay sahibi özel denetim istemini genel kurula yöneltebilir.

C. Özel Denetim İsteminin Genel Kurulda Görüşülmesi

1. Özel denetim isteminin usulü

TTK m. 438/1 ' e göre özel denetim istemi genel kurula yöneltilir. Bu bağlamda genel kurulun olağan genel kurul veya olağanüstü genel kurul olması arasında fark yoktur¹⁶⁰. Maddenin gerekçesinde “*genel kurulda bu konuda talepte bulunma, mahkemeye başvuru için tüketilmesi gerekli bir aşamadır.*” ifadesine yer verilmiştir. Gerekçe'den de anlaşılacağı üzere, özel denetim isteminin ilk aşamada kanuni muhatabı genel kuruldur; mahkemeye başvuru için olumlu veya olumsuz bir genel kurul kararının varlığına ihtiyaç vardır¹⁶¹. Pay sahipleri, gelecek olağan genel kurulu bekleyebilecekleri gibi, diğer pay sahipleri ile birlikte %10 sermaye katılım oranını sağlayarak, yönetim kurulundan TTK m. 411/1 uyarınca genel kurulu toplantıya çağırmasını isteyebilirler¹⁶². Yönetim kurulu toplantı çağırısını “*gerektiği takdirde*” yapar veya azlık pay sahipleri “*gerekirici sebepler ve gündemi belirterek*” yönetim

¹⁵⁹ NARBAY, s.52-53.

¹⁶⁰ MOROĞLU, Özel Denetçi s.343; NARBAY, s.46.; ARI s.1427.

¹⁶¹ Yargıtay verdiği bir kararında genel kurula başvuru ön şartını “ *Özel denetçi seçimi için önce genel kurula başvurma ve bu istemin genel kurulca reddi koşulunun gerçekleşmiş olması gerekir, ortada redde ilişkin bir genel kurul kararı var olmadıkça özel denetçi seçimi için mahkemeye başvurulamaz.*” şeklinde ifade etmiştir; Yargıtay 11.HD, 24.6.1982, 2952/ 3061 ;karar için bkz. YKD, 1982, S.9, s.1279. (<https://www.yargitay.gov.tr/dergi/yargitay-kararlari-dergisi/eylul-1982/364> Çevrimiçi: 16.06.2018).

¹⁶² İsviçre Federal Mahkemesi konuyu şu şekilde ele almaktadır: “*Davacı anılan yazıların hiçbirinde davalı şirketlerin genel kurulları vasıtasıyla bir özel denetim talebinde bulunmamış ve yönetim kurulunca yerine getirilmeyen genel kurulların olağanüstü toplanması talebinin mahkeme vasıtasıyla icra edilmesinden de vazgeçmiştir. Hâlbuki davacının, davalı her iki anonim şirkette %10 paya sahip olması nedeniyle, İsv.BK m.699/4 hükmü uyarınca olağanüstü genel kurulun mahkeme vasıtasıyla toplanmasını sağlaması mümkündür.*” bkz. BGE 138 III 246;karar için bkz. PULAŞLI, Şerh, s.1675.

kurulundan genel kurulu toplantıya çağırmasını isterler¹⁶³ (TTK.m.411/1). Yönetim kurulunun bu istemi reddetmesi halinde istemde bulunan pay sahipleri TTK m. 412/1'e göre genel kurulun toplantıya çağrılmasını mahkemeden talep edebilirler¹⁶⁴. Bununla birlikte, yönetim kurulunun mevcut olmaması yahut herhangi bir sebeple toplanamaması da söz konusu olabilir. Bu halde tek bir pay sahibi dahi mahkemenin izniyle genel kurulu toplantıya çağırabilecektir (TTK m.410/2).

Netice olarak, genel kurulun, özel denetim istemi hakkında alacağı olumlu veya olumsuz bir kararın varlığı şarttır. Söz konusu istemin genel kurula nasıl yöneltileceği konusunda madde gerekçesinde bir açıklık yoktur. Öğretide pay sahibinin genel kurul esnasında istemini bir dilekçe ile başkanlık divanına sunabileceği gibi sözlü olarak da istemde bulunabileceği kabul edilmektedir¹⁶⁵. Pay sahipleri öncesinde bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılmış olması şartı ile genel kurul toplantısının her aşamasında özel denetim isteminde bulunabilirler¹⁶⁶.

Yönetim kurulu bu istem karşısında, özel denetim istemine konu hususlar açısından gerekli bilgilendirmenin yapıldığı, dolayısıyla açıklığa kavuşmayan bir nokta kalmadığı şeklinde bir savunma yapabilir ve bu görüşünü tutanağa geçirtebilir¹⁶⁷. Ancak toplantı başkanlığı, yine de istemi genel kurulda oylamaya sunmak zorundadır¹⁶⁸. Yönetim kurulunun, genel kurul yerine özel denetim istemine onay verme yetkisi yoktur¹⁶⁹. Diğer taraftan, özel denetim isteminde bulunmak için kanunen aranan şartlar yoksa, örneğin bilgi alma veya inceleme ön şartı yerine getirilmemiş ve pay sahipliği haklarının kullanımı bakımından

¹⁶³ “Ancak bu halde yönetim kurulunun bir takım hukuki veya fiili engeller nedeniyle genel kurulu olağanüstü toplantıya davet etmesinin olanaksız olması gerekir. Örneğin, yönetim kurulunun bir üyeden oluşması halinde bunun istifası, ölümü gibi sebeplerden dolayı artık mevcut olmaması veya genel kurulu olağanüstü toplantıya davet için, kurul oluşturacak üye sayısının olmaması nedeniyle toplanamaması gibi” ; bkz. PULAŞLI, Şerh, C.II, s.844-845.

¹⁶⁴ PULAŞLI, Şerh, s.1645.; Bu durumda mahkeme zorunluluk olmadıkça evrak üzerinden inceleme yapar ve her halde bir ay içinde kesin olmak üzere karar verir. (TTK m. 412); Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ULUSOY Erol, “ Azınlık Hakları-Anonim Şirket Genel Kurul Toplantıları Doğrular ve Yanlışlar” Yargı Dünyası, S.229, Ocak 2015, s.13-43.

¹⁶⁵ ERİŞ, Ticari İşletme ve Şirketler, s.2262. GÜNAY Gözde Engin, Anonim Ortaklıklar Hukukunda Özel Denetim, s.172. DEĞİRMENCİOĞLU, s.38. NARBAY'a göre özel denetim istemi bir dilekçe ile genel kurula sunulmalıdır; bkz. NARBAY, s.46. ARI, s.1427. TEKİNALP, özel denetim isteminin şekle tabi olmadığını belirtmekle birlikte, belirli olaylara ilişkin olması sebebiyle söz konusu olayların açık bir şekilde anlatılabilmesi yazılı olmasında ve bu istemin genel kurul tutanağına eklettirilmesinde fayda olduğu görüşündedir; bkz. TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, 1017. s.66.

¹⁶⁶ DEĞİRMENCİOĞLU, s.38.

¹⁶⁷ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU,, 1017a, s.67.; Aksi yönde bkz. PULAŞLI, özel denetim istemi maddi ve şekli şartlar yönünden reddedilse dahi, yönetim kurulu istemi genel kurul oylamasına sunmak zorundadır. (PULAŞLI, Şerh, s. 1640).

¹⁶⁸ NARBAY, s.47; ŞENER, s.519.

¹⁶⁹ PULAŞLI, Şerh, s.1640.

gerekli değilse toplantı başkanı özel denetim istemini oylamaya sunmayabilir¹⁷⁰. Pay sahibi ya da pay sahiplerince istemin genel kurulda oylanmasına ilişkin tüm şartlar yerine getirildiği halde genel kurul başkanı söz konusu istemi oylamaya sunmaz; yahut sebepli veya sebepsiz erteler ise, bu durum özel denetim isteminin reddi olarak kabul edilir¹⁷¹. Bu durumda özel denetçi atanması için azlık veya belli itibari değerde paya sahip kişiler doğrudan mahkemeye başvurabilir¹⁷²(TTK m. 439/1). Bu kabulün temelinde dürüstlük kuralı yatmaktadır. “Dürüstlük kuralına aykırı olarak engellenen” sonucu TBK m.175/1’de düzenlenmiştir. Buna göre, *“tarafardan biri, koşulun gerçekleşmesine dürüstlük kurallarına aykırı olarak engel olursa, koşul gerçekleşmiş sayılır.”*

TTK m. 438/1’ de düzenlenen diğer bir husus ise özel denetim isteminin genel kurulda görüşülmesinin gündeme bağlılık ilkesinin bir istisnası olmasıdır¹⁷³. Gündeme bağlılık ilkesi karşısında özel denetim isteme hakkının durumu 6762 sayılı TTK döneminde bu konuda açık bir düzenleme olmadığından tartışmalıydı¹⁷⁴. 6102 sayılı TTK m.438/1 hükmünün gerekçesinde özel denetim isteminin gündeme bağlılığın bir istisnası şeklinde açıkça düzenlenmesinin sebebi, gündeme bağlılık ilkesinin özel denetim kurumunu işlemeziğe mahkum ettiği, bu sebeple eTK döneminde hükmün nadiren uygulanabildiği şeklinde açıklanmıştır.

¹⁷⁰ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, 1016c, s.63; Narbay aksi görüştedir. Yazara göre, özel denetim istemli dilekçe, şekli ya da maddi şartlar yönünden reddedilse bile, yönetim kurulu dilekçeyi genel kurulda oylamaya sunmalıdır; bkz. NARBAY, s.47.

¹⁷¹ MOROĞLU, *“toplantı başkanlığının pay sahiplerinin özel denetim istemini genel kurla sunmaması veya istemi ertelemesi halinde de istem reddedilmiş sayılmalıdır”*. Bu görüşü doğrultusunda m. 439/1’in ilk cümlesinin *“ Genel kurulun özel denetim istemini reddetmesi, istemi genel kurula sunmaması veya ertelemesi halinde...”* ifadesinin eklenmesi önerisini sunmuştur. MOROĞLU, Değerlendirme ve Öneriler, s.257.; NARBAY,s.47.; KAYA, s.79.; GÜNAY, s.172.;DEĞİRMENCİOĞLU,s.39.; TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, 1017a , s.67.

¹⁷² Tekinalp, talebin genel kurulda oylanmasının zorunlu olduğunu aksi takdirde doğrudan mahkemeye özel denetçi atanması talebi ile başvuruda bulunulamayacağını belirtmiş; bu görüşe dayanak olarak İsviçre Federal Mahkemesinin İlkesel Kararını (BGE 138 III 246) göstermiştir. Bu kararda, münferit pay sahibinin genel kurulda özel denetçi talep etmesinin yetmediği, toplantı başkanı oylama yapmasa bile, pay sahibinin bu talebin oylanması için ısrarcı olunmasının da gerekliliği üzerinde durulmuştur;bkz. TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, 1016c., s.63.

¹⁷³ TTK m.413/2’de *“ Gündemde bulunmayan konular genel kurulda müzakere edilemez ve karara bağlanamaz. Kanuni istisnalar saklıdır.”* hükmü yer almaktadır.

¹⁷⁴ Moroğlu ve Domaniç, gündemde yer almayan bir konu ile doğrudan doğruya ilgili olan diğer bir konu için bu konu gündemde yer almasa bile özel denetçi istenebileceği görüşündedir; bkz. Moroğlu, Özel Denetçi, s.345; Domaniç, s.698. Arslanlı, esasen gündeme bağlı kalınmasını savunmakla birlikte örneğin bilançonun tasdiki yahut idare meclisinde yapılan bir muamelenin tasvibi müzakere edilecekse , genel kurul ya da azlık gündemde açıkça bulunmasa dahi re’sen özel denetçi tayinine gidebilir görüşündedir; bkz. ARSLANLI Halil , Anonim Şirketler, İstanbul 1959, s.232.Teoman ikili bir ayrıma giderek eTK m. 348/2’deki hakkın azınlık tarafından kullanımının gündeme bağlılık ilkesinin bir istisnası olduğunu; buna karşılık m.348/1 açısından gündeme bağlılık ilkesinin geçerli olduğunu ve ilan edilen gündem maddeleri ile bağlantı kurulabildiği takdirde, gündemde yer almada bile genel kurul tarafından özel denetçi atanabileceği görüşündedir; bkz. TEOMAN, “Anonim Ortaklıkta Azınlığın Genel Kuruldan Özel Denetçi Seçilmesini İsteme Hakkı ve Gündeme Bağlılık İlkesi”, Tüm Makalelerim (Makale 35) s.489.

2. Toplantı ve Karar Nisabı

Genel kurulda özel denetime karar verilmesi için genel kurulun hangi nisapla toplanacağı ve karar vereceği hususunda TTK'da özel bir düzenleme yoktur¹⁷⁵. Bu durumda genel kural olan ve “ Toplantı ve karar nisabı” kenar başlığı taşıyan TTK m. 418 hükmü uygulama alanı bulacaktır; buna göre genel kurul “*TTK'da veya esas sözleşmede, aksine daha ağır nisap öngörülmüş bulunan hâller hariç, sermayenin en az dörtte birini karşılayan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığıyla toplanır. Bu nisabın toplantı süresince korunması şarttır*¹⁷⁶. İlk toplantıda anılan nisaba ulaşamadığı takdirde, ikinci toplantının yapılabilmesi için nisap aranmaz. Kararlar toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu ile verilir.” Özel denetim isteminin görüşülmesine ilişkin nisapların esas sözleşme hükümleri veya genel kurul kararıyla arttırılması geçersizdir¹⁷⁷. Bunun nedeni pay sahiplerine ve azlığa tanınan kontrol ve denetim hakkına, özellikle de özel denetim isteme hakkına ilişkin hükümlerin nispi emredici niteliğe sahip olmasıdır¹⁷⁸.

Genel kurulda özel denetim isteminin oylanması esnasında oy hakkındaki imtiyazların¹⁷⁹ durumunun ne olacağı uygulamada karşılaşılması muhtemel önemli bir sorundur. Zira TTK m.479/3'de oyda imtiyazın etkisizleştiği durumlar; esas sözleşme değişikliği, ibra ve sorumluluk davası açılması halleri olarak sayılmıştır¹⁸⁰. Özel denetim isteminin genel kurulda oylanması esnasında oy hakkındaki imtiyazların durumunun ne olacağı kanunda düzenlenmemiştir. Maddenin gerekçesinde oyda imtiyazın etkisizleştiği kararların sadece önem kriterine göre değil, aynı zamanda oyda imtiyazın hakimiyet kurulması aracı olarak kullanılmasına engel olmak amacıyla de belirlendiği ifadesi yer almaktadır. Ne var ki, TTT.m.479/3 hükmünde özel denetim isteminin oylanması haline yer verilmemiş olması sebebiyle, söz konusu isteme ilişkin genel kurul oylamasında, oyda imtiyaz haklarının kullanılması önünde yasal bir engel bulunmamaktadır. Bu durum madde gerekçesinde ifade edilen, oyda imtiyazın hakimiyet aracı olarak kullanılmasına engel olmak,

¹⁷⁵ Bu konuda mehzaz kanun olan İsv.BK'nunda da bir düzenleme mevcut değildir. bkz. NARBAY, s.75.

¹⁷⁶ Genel kurul toplantı nisabının bir şekilde müzakereler sırasında kanun veya esas sözleşmede öngörülenden aşağı düşmesi halinde toplantıya devam edilemez; buna rağmen toplantıya devam edilip karar alınır, sadece bu kararlar değil, tüm genel kurul kararları yok hükmündedir; bkz. PULAŞLI, Şerh, C.I, s.1009.

¹⁷⁷ MOROĞLU, Özel Denetçi, s.347.; NARBAY, Özel Denetim,s.78; PASLI, s.622; BİRSEL Mahmut, “Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları”, İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s.643; DEĞİRMENCİOĞLU, s.43.

¹⁷⁸ Bkz. “Birinci Bölüm II. Özel Denetim İsteme Hakkının Niteliği” başlığı altındaki açıklamalar.

¹⁷⁹ TTK m. 479/1' e göre oyda imtiyaz eşit itibari değerdeki paylara farklı sayıda oy hakkı verilmesi ile tanınabilmektedir.

¹⁸⁰ Mehzaz kanun olan İsv.BK m. 693/3-3'de özel denetim yapılmasına karar verilirken oy hakkındaki imtiyazların uygulanamayacağına açıkça yer verilmiştir. bkz. GÜNAY, s.162.

amacı ile çelişki içerisindedir. Diğer taraftan madde düzenlemesine göre, sorumluk davası açılması konusu genel kurulda oylanırken oyda imtiyazlar etkisiz hale gelirken, sorumluk davasına giden yolda çok önemli bir işleve sahip olan özel denetim isteminde oyda imtiyazların oylamada geçerli kabul edilmesi anlaşılması güç bir düzenlemedir.

Moroğlu, özel denetim isteminin genel kurulda oylanmasında oy hakkında imtiyazların kullanılmaması gerektiği ve bu sebeple TTK m.479/3'e "özel denetçi seçimi" nin de eklenmesi gerektiği görüşündedir¹⁸¹.

Pulaşlı, TTK.m. 479/3'ün ilk halinde yer alan ve oyda imtiyazın kullanımının sınırını oluşturan işlem denetçisinin¹⁸² seçimi ifadesinin geniş yorumlanarak, oy hakkındaki imtiyazın aynen İsv.BK. m. 693/3 hükmündeki gibi "özel denetim teklifine dair oylamada" da etkisizleşeceği şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Devamında ise m. 479/3 gerekçesinde yer alan amaca daha uygun olacağından özel denetçi isteminin karara bağlanmasına ilişkin genel kurulda " bir pay=bir oy hakkı" kuralının geçerli olması gerektiğini eklemiştir¹⁸³.

Narbay, İsv. BK m. 693/3 hükmünde açıkça belirtilmiş olan " özel denetim yapılması hakkında karar verilmesinde oy hakkına ilişkin imtiyazların geçerli olmayacağı" hükmünün TTK m. 479/3 hükmüne bir bend şeklinde eklenmesi gerektiği; aksi takdirde oyda imtiyazların geçerli olduğu bir anonim ortaklıkta, bir pay sahibinin özel denetim isteminin kabulünün neredeyse imkansız bir hal almakla giderek "hakkın özünü" zedeleyeceği görüşündedir¹⁸⁴.

Tekinalp, özel denetim isteminin oylanmasında imtiyazlı oyların geçerli olduğunu belirtmiştir¹⁸⁵.

Tüm bu açıklananlara ek olarak değinilmesi gereken diğer bir çelişkili nokta ise limited şirketler kısmında düzenlenen "oy hakkı ve hesaplanması" kenar bağığını taşıyan TTK m. 618 hükmüdür. Söz konusu maddenin üçüncü fıkrasında oyda imtiyazın geçerli olmayacağı haller arasında "Şirket yönetimi ya da onun bazı bölümlerinin denetimi için özel denetçi seçimi" de sayılmıştır. Bilindiği üzere, TTK m. 635'e göre anonim ortaklıkların özel

¹⁸¹ MOROĞLU, Değerlendirme ve Öneriler, s.256.

¹⁸² 6102 sayılı TTK yürürlüğe girmeden hemen önce TTK'da esaslı değişiklikler yapan 6635 sayılı Kanun ile işlem denetçisi kurumu kaldırıldığından işlem denetçisine yapılan atıflar da bu doğrultuda kanundan çıkarıldı.

¹⁸³ PULAŞLI, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Oy Hakkındaki İmtiyazın Sınırı ve Etkisiz Olduğu Haller", BATİDER, C.XXIV , S.3 , s.24.

¹⁸⁴ NARBAY, s.80.

¹⁸⁵ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, 1017a, s.67.

denetime ilişkin hükümleri bağımsız denetime tabi olan limited ortaklıklara da uygulanacaktır¹⁸⁶. Şu halde, TTK m.635'in atfıyla limited şirkette özel denetim konusunda da geçerli olan TTK m.438/2 ve m.439 uyarınca özel denetçinin mahkeme tarafından atanması gerekliliği karşısında TTK m. 618/3b limited şirketlerde özel denetim talebinin görüşüldüğü genel kurul toplantısında uygulama alanı bulacaktır¹⁸⁷. Bunun anlamı ise özel denetim isteminin görüşüldüğü genel kurulun limited şirket genel kurulu olması halinde oylama esnasında oy hakkında imtiyazlı paylar geçerli olmazken, anonim şirket genel kurulundaki oylamada söz konusu imtiyazlar geçerli olacaktır. Aynı amaca yönelik bu düzenlemeler arasında kanun koyucu tarafından bu şekilde bir ayırım yaratılmış olması barındırdığı çelişki sebebiyle isabetli değildir¹⁸⁸.

Kanımızca yukarıda yer verilen nedenlerle TTK m.479/3'e "özel denetim isteminin oylanması" hükmünün de eklenmesi olması gereken hukuk (*de lege ferenda*) bakımından yerinde olacaktır¹⁸⁹.

Son olarak değinilmesi gereken "oydan yoksunluk" hallerinin düzenlendiği TTK m. 436 hükmünün¹⁹⁰, özel denetim istemine dair yapılan genel kurul oylamasında dikkate alınıp alınmayacağı ve bu bağlamda yönetim kurulu üyelerinin söz konusu oylamada oy verip veremeyecekleri hususudur.

Domaniç, özel denetçi tayini ile ilgili genel kurul toplantı ve karar alma usulüne ilişkin olarak eTK 374 (Oydan Yoksunluk) ve eTK 361(Suistimal) gereği oy yasaklarının uygulama alanı bulduğunu ve hatta özel denetçiye başvurma konu ve sebepleri denetçilerin de sorumluluğunu gerektirdiğinden, eTK.m.374'de öngörülen yasağın denetçileri dahi kapsamının düşünülebileceği, APOK § 142'nin bu hususu açıkça kabul ettiği şeklinde görüş bildirmiştir¹⁹¹.

¹⁸⁶ ÇAMOĞLU/POROY/TEKİNALP, 1690c , s.456.

¹⁸⁷ COŞTAN Hülya, "Limited Şirkette Oyda İmtiyazlı Paylar(!) ve İmtiyazlı Paylar", Ankara Barosu Dergisi, S.4, 2012, s.83.

¹⁸⁸ COŞTAN, s.83; KENDİGELEN, Yeni Türk Ticaret Kanunu – Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011, s. 467, dn.76.

¹⁸⁹ Aynı doğrultuda bkz. DEĞİRMENCİOĞLU s. 44; GÜNAY, s.165.

¹⁹⁰ MADDE 436- " Pay sahibi kendisi, eşi, alt ve üstsoyu veya bunların ortağı oldukları şahıs şirketleri ya da hâkimiyetleri altındaki sermaye şirketleri ile şirket arasındaki kişisel nitelikte bir işe veya işleme veya herhangi bir yargı kurumu ya da hakemdeki davaya ilişkin olan müzakerelerde oy kullanamaz.

Şirket yönetim kurulu üyeleriyle yönetimde görevli imza yetkisini haiz kişiler, yönetim kurulu üyelerinin ibra edilmelerine ilişkin kararlarda kendilerine ait paylardan doğan oy haklarını kullanamaz."

¹⁹¹ DOMANIÇ, s.746; Aynı yönde bkz. BİRSEL, s.643. ; PASLI, s.621.

Moroğlu, “ ...*özel denetçi tarafından incelenmesi öngörülen belirli bir kuruluş veya yönetim işleminden dolayı ortaklığa karşı kurucu, yönetici veya denetçi sıfatıyla sorumlulukları söz konusu olan kimseler özel denetçi seçiminde oy hakkını şahsen veya bir vekil aracılığıyla kullanamazlar. Aksi halde, seçime ilişkin genel kurul kararının iptali, eTK m. 381. ve 361/son fıkra hükümlerine göre dava edilebilir.*” görüşündedir¹⁹².

Narbay , Teoman’ın *-oy hakkından yoksunluğun, pay sahibinin müktesep nitelikteki bir hakkı olan oy hakkının ortadan kalkması anlamına geldiği ve bu sebeple bu kuralın dar yorumlanması gerektiği-* görüşüne katıldığını, dolayısıyla tek bir pay sahibi veya azlık tarafından genel kurula yöneltilmiş bulunan özel denetim isteminin oylamasında yönetim kurulu üyelerinin oydan yoksun olmalarının kabul edilemez olduğunu belirtmiş; bu yorumun ne pay sahibinin ne de azlığın mağduriyetine yol açmayacağını zira pay sahibinin genel kurulun ret kararına karşı iptal istemiyle, azlığın ise özel denetim istemiyle mahkemeye başvurarak dava açabileceğini belirtmiştir¹⁹³.

Pulaşlı, özel denetim isteminin genel kurulca oylanmasında yönetim kurulu üyeleri ile onların maddede sayılan hısımlarının oylamaya katılmasında hukuken bir sakınca olmadığını, zira bu kişilerin genel kuruldaki oylamada menfaat çatışması gerekçe gösterilerek oy hakkından yoksun bırakılmayacaklarını düşünmektedir¹⁹⁴.

Tekinalp, yönetim kurulu üyelerinin özel denetçi seçiminde oy kullanabileceğini belirtmiş ve bu yönde verilmiş bir Yargıtay kararına yollama yapmıştır.¹⁹⁵

Fikrimizce, yönetim kurulu üyelerinin özel denetim isteminin oylanmasında, özel denetime konu edilen belirli olayların ve iddiaların doğrudan kendilerini ilgilendirmesi, sorumluluklarına gidilmesini gerektirecek nitelikte olması durumunda, hiç kimse kendi davasının yargıcı olamaz (*nemo iudex in causa sua*) ilkesi uyarınca oy hakkından yoksun sayılmaları gerekir; bu aynı zamanda dürüstlük kuralının da bir gereğidir.

¹⁹² MOROĞLU, Özel Denetçi, s.347.

¹⁹³ NARBAY, s.84, Yazar ayrıca, açıklanan gerekçelerden dolayı daha önceki görüşünden döndüğünü ifade etmiştir; bkz. s.84-dn.200.

¹⁹⁴ PULAŞLI, Yönetim Kurulu Üyesinin Bilgi Alma Hakkı, s.1873.

¹⁹⁵ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, 992a, s.40; Söz konusu kararda Yargıtay “... her ne kadar özel denetçinin ismen seçimine ilişkin genel kurul kararına davacılar karşı oylarını kullanarak ret oyu vermiş bulunmaları nedeniyle dava açma hakları mevcut olmakla beraber, davalı şirketin yönetim kurulu üyelerinin özel denetçi seçiminin ismen tayininde TTK’nun 374 üncü maddesinin bir yasak getirmemiş olmasına göre, davacıların temyiz itirazlarının reddiyle kararın onanmasına..” hükmetmiştir; karar için bkz. ERİŞ, Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1995, s.343-344, Yarg. 11. HD. 26.9.1994, E.2800/K.6771.

II. ÖZEL DENETİM İSTEMİNİN GENEL KURULDA KABUL EDİLMESİ

A. İstemde Bulunmanın Şartları

1. Bilgi Alma veya İnceleme Hakkının Daha Önceden Kullanılmış Olması

Anonim şirketlerde pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkı müktesep ve vazgeçilmez bir nitelik taşımaktadır¹⁹⁶. Hakkın bu niteliği onun esas sözleşme ve şirket organlarının kararıyla kaldırılamaz ve sınırlandırılmaz olması anlamına gelir. “*Bilgi alma ve inceleme hakkı*” kenar başlığını taşıyan TTK madde 437’de bu iki hak birlikte düzenlenmiştir¹⁹⁷. Genel kurulda özel denetim isteminde bulunabilmesi için, daha önce söz konusu hakkın kullanılmış olması bir ön şart niteliğindedir. Bu şart özel denetimin ikincil nitelik taşımasının bir kanıtıdır¹⁹⁸. Şu halde özel denetim isteme hakkı, bilgi alma ve inceleme hakkına fer’i nitelik taşımakla birlikte bu hakları güçlendirici etkiye sahiptir. Her pay sahibi, genel kurulda şirket işlerinin gidişatı hakkında yönetim kurulundan, denetimin yapılış şekli ve sonuçları hakkında da denetçiden bilgi verilmesini talep edebilir (m. 437/1). Bilgi verme yükümü bağlı ortaklıkları da kapsar¹⁹⁹. Bağlı ortaklıklara ilişkin bilgi alma hakkı TTK m. 200 kapsamında kullanılır²⁰⁰. Bilgi alma ve inceleme hakkının muhatabı olan yönetim kurulunun, pay sahiplerine olabildiğince tatmin edici ve aydınlatıcı bilgi verdiği takdirde özel denetime katlanma riskini en aza indirebilecekleri ifade edilmektedir²⁰¹. Diğer bir anlatımla bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmış ve karşılığında yeterince aydınlanmış olan pay sahibinin özel denetime gerek duyma olasılığının düşük olduğu söylenebilir. Şu var ki, verilecek bilgi özenli

¹⁹⁶ KAYA, Özel Denetim, s.62.; ATALAY, s.57; TEKİNALP, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku 4. Bası, İstanbul 2015, s.374.

¹⁹⁷ İsv.BK’da inceleme hakkı açıkça düzenlenmemiş; ancak öğretide inceleme hakkının bilgi alma hakkının kapsamında olduğu kabul edilmiştir. Diğer taraftan ise bilgi alma hakkının kullanımı için hem İsviçre hem de Alman Hukuku’nda “*pay sahipliği haklarının kullanılmasında için gereklilik koşulu*” aranmakta iken Türk Hukuku’nda böyle bir şart aranmamaktadır. PULAŞLI, “Mukayeseli Hukuk”, Konferans s.87.; Kanaatimizce, pay sahiplerinin aydınlanmasına hizmet eden bir hakkın kullanımının, diğer pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi için gerekli olması şartına bağlanmış olması söz konusu hakkın amacına ve bağımsız niteliğine ters düşen bir düzenlemedir.

¹⁹⁸ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, s.64, 1016d. İsviçre Federal Mahkemesi birkaç kararında hakkın bu niteliğine özellikle vurgu yapmıştır; bkz. BGE 133 III 137; BGE 138 III 247.

¹⁹⁹ Kanun koyucu, hakim ortaklığın pay sahiplerinin bu ortaklığın bağlı ortaklıkları hakkında bilgi almalarına olanak sağlamış; ancak pay sahiplerine bağlı ortaklıkları doğrudan inceleme hakkı tanımamıştır. Nitekim, pay sahipleri, söz konusu ortaklığın denetime tabi olması halinde, TTK m. 1524 kapsamında internette bağlı ortaklık tarafından paylaşılan belgeleri inceleyebilirler ;bkz. TEKİNALP, s.381.

²⁰⁰ TTK m. 200 uyarınca hakim şirketin her bir pay sahibi, bağlı ortaklıkların, finansal ve malvarlığıyla alakalı durumları, hesap, yani finansal tablo sonuçları, söz konusu bağlı ortaklığın hakim şirket ve diğer topluluk ortaklık ve teşebbüsleriyle ilişkilerini nihayet ikili taraf işlemleri hakkında bilgi alabilir; bkz. TEKİNALP/PROY/ÇAMOĞLU, 1012d, s.56.

²⁰¹ NARBAY, s.61; ARI, s. 1420; DEĞİRMENCİOĞLU, s.29.

olmalı, gerçeği olduğu gibi ve dürüstçe yansıtmalı, yani dürüst resim²⁰² ve hesap verme ilkesine²⁰³ uygun nitelik taşımaları ve nihayet tatmin edici olmalıdır²⁰⁴. Bilgi alma hakkı kural olarak genel kurulda kullanılır; ancak genel kurulda cevaplandırılmak şartıyla genel kurul öncesi de bu hakkın kullanımı olanak dahilindedir²⁰⁵. Özellikle geniş kapsamlı bilgi talep edildiği hallerde, bu isteğin yazılı bir şekilde genel kurul öncesi yönetim kuruluna sunulması, sorulara verilecek cevapların hazırlanması ve bilgi alma ve inceleme talebinin tam manasıyla karşılanması adına yönetim kurulu üyelerine de ihtiyaçları olan zamanı vermesi bakımından uygulamada başvurulan bir yöntemdir²⁰⁶. Bilgi alma veya inceleme hakkının genel kurul esnasında kullanılması halinde, bilgi ve belgelerin sağlanabilmesi için gerekli ve makul olduğu müddetçe, istenilen bilgi ve talep edilen belgeler genel kurul sonrasında da pay sahibinin bilgisine sunulabilir²⁰⁷.

Bununla birlikte, madde metninde yer alan “hakkın daha önce kullanılmış olması” deyişinden ne anlaşılması gerektiğine dair öğretilerde farklı görüşler mevcuttur.

Tekinalp, pay sahibin sorduğu soruların hemen aynı genel kurulda yanıtlanmış olması durumunda kanunda ifade edilen “*daha önce*” şartının gerçekleşmiş olmayacağını ifade etmiştir. Bunun sebebini ise, sorulan sorular tam olarak değerlendirilmeden cevap verilmesinin ayrıca verilen cevapların diğer pay sahiplerinin de değerlendirilmesine fırsat verilmemesi anlamına geleceği ve bu durumun özel denetim gibi hukuki bir durumun ciddiyeti ile bağdaşmadığı şeklinde açıklamıştır. Buna karşılık, pay sahibinin sorduğu önemli konulara ilişkin sorulara, genel kurulda baştan savma cevaplar verilmişse ve hayat deneyimlerine göre yönetim kurulunun keyfiyetten cevaplamaktan kaçındığı izlenimi somut olayda gerçekleşmişse, “*daha önce*” şartının aynı genel kurulda gerçekleşmesi söz konusu olacak ve özel denetim istemi yapılabilecektir. Bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin ise

²⁰² “*Dürüst resim ilkesi*” kenar başlığını taşıyan TTK m.515 “*Anonim şirketlerin finansal tabloları, Türkiye Muhasebe Standartlarına göre şirketin malvarlığını, borç ve yükümlülüklerini, öz kaynaklarını ve faaliyet sonuçlarını tam, anlaşılabilir, karşılaştırılabilir, ihtiyaçlara ve işletmenin niteliğine uygun bir şekilde; şeffaf ve güvenilir olarak; gerçeği dürüst, aynen ve aslına sadık surette yansıtacak şekilde çıkarılır.*” hükmünü haizdir.

²⁰³ Tekinalp, hesap verme kavramını “*görevleri gereği hesap verme yükümlülüğü altında bulunanların, görevlerini kanun ve esas sözleşmeye göre ve görevin icap ettirdiği şekilde ve sorumluluklarının bilincinde olarak yerine getirdikleri, soruyu soranları ibraya ikna eder tarzda yapılan açıklamalar*” şeklinde tarif etmiştir.

²⁰⁴ TEKİNALP, s.381.

²⁰⁵ Genel kurulda soru soran pay sahibinin aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olması halinde m. 437 kapsamında bilgi alma veya inceleme hakkını kullanmış olması yeterli olup ayrıca m. 392 kapsamında bilgi alma veya inceleme hakkını kullanmış olması şartı aranmaz; bkz. İsviçre Federal Mahkemesi’nin 20.12.2006 tarihli ve BGE 133 III 1333 sayılı kararı; bu karar için bkz. PULAŞLI, Yönetim Kurulu Üyesinin Bilgi Alma Hakkı, s.1861-1862.

²⁰⁶ SÖDING, s. 317.

²⁰⁷ SÖDING, s.317.

her somut olayın özelliklerine göre dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğinin ise bu konuda en iyi hukuki çözüm olduğunu belirtmiştir²⁰⁸.

Kaya, “*daha önce*” ifadesinin önceki bir genel kurul anlamında olmadığını, aynı genel kurul toplantısında bilgi alma veya inceleme hakkının kullanılabilceğini ve devamında özel denetim isteminde bulunulabileceğini dolayısıyla kastedilenin sadece zamansal açıdan bir öncelik olduğunu ifade etmiştir²⁰⁹.

Herhangi bir pay sahibine genel kurul haricinde bilgi verilmesi durumunda, istem halinde aynı bilgi, gündemle alakalı olup olmadığına bakılmaksızın, şirket sırlarının açıklanacağı veya korunması gereken diğer şirket menfaatlerinin tehlikeye girebileceği engellemesi ile karşılaşmadan, aynı kapsam ve ayrıntıda verilir²¹⁰. Bu düzenleme eşit işlem ilkesinin bir gereğidir²¹¹.

İnceleme hakkı aktif bilgi alma hakkının tamamlayıcısı olmakla edinilen bilginin sağlamlasının yapılmasına hizmet eden bir hakır²¹². Bununla birlikte bu hak bilgi alma hakkının kullanılmasına bağlı olmayan doğrudan kullanılabilen bağımsız bir hakır²¹³. Pay sahibi, ortaklık defter ve belgelerinin tamamını değil, sadece sorusunu ilgilendiren kısmını inceleyebilir. Diğer bir anlatımla pay sahibi incelemek istediği hususun ne olduğunu yönetim kuruluna veya genel kurula bildirmelidir; fakat inceleme konusu defterlerin tamamını kapsamaması halinde bu talep kabul görmeyecektir²¹⁴. Kanuni olarak inceleme hakkının kullanımı, genel kurul veya yönetim kurulunun yetki vermesine bağlıdır (TTK m. 437/4). Her iki organ da, kendi değerlendirmesine göre takdir hakkını kullanarak inceleme istemi

²⁰⁸ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, 1016e. s.64.; Tekinalp, başka bir eserinde, genel kurulda sorulan bir soruya ilgilisine daha sonra yazılı olarak cevap verilmek üzere genel kurulca ertelenip ertelenemeyeceği sorusuna, TTK m.437/5’in “erteleme”yi kesin olarak kabul etmeyen açık ifadesi karşısında bunun mümkün olmadığı şeklinde cevap vermiştir. Gereğesini ise sorunun sadece soranı değil tüm katılımcıları ilgilendiriyor olması şeklinde açıklamıştır. Bu kurala karşın SPK’nın kurumsal yönetim ilkeleri ile ilgili II/17.1 sayılı tebliğinin 1 nolu ekinin 1.3.5 maddesinde hemen cevap verilemeyecek kadar kapsamlı sorular ile gündemle ilgili olmayan soruların onbeş gün içinde yazılı olarak cevaplandırılacağına dair düzenlemeyi ise kabul edilemez bulmuştur; bkz. TEKİNALP, s.376.

²⁰⁹ KAYA, Özel Denetim, s. 76; aynı görüşte bkz. DEĞİRMENCİOĞLU, s. 29-30.

²¹⁰ Bu hükmün uygulanmasına uygulamada daha çok azınlık pay sahipleri dışındaki diğer tüm pay sahiplerinin yönetimde olduğu küçük aile şirketlerinde ihtiyaç duyulabilir. Buna sebep şirket işleri hakkında bilgi alma talebinde bulunan azınlık pay sahiplerine bilgi verilmemesi, kendileri dışındaki tüm pay sahiplerinin, salt pay sahipliği sıfatı ile olmasa dahi bilgi sahibi olmalarıdır.; bkz. ATALAY, s.58.

²¹¹ “Pay sahiplerinin eşit şartlarda eşit işleme tâbi tutulacağını hükme bağlayan TTK md. 357, genel kurulun karar alırken ortaklar arasında keyfi eşitsizlik yaratmasının önüne geçmeyi böylece çoğunluğu elinde bulunduran pay sahibi ya da sahiplerinin azlığa keyfi ve haksız işlemlerle tahakküm etmesini önlemeyi amaçlamaktadır.” (GÜNEY AKDAĞ Necla, “Anonim Şirketlerde Eşit İşlem İlkesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII, 2014, S. 3-4, s.124-125).

²¹² ATALAY, s. 54.

²¹³ KAYA, s. 65.

²¹⁴ ŞENER, s. 516.

hakkında karar verir²¹⁵. Pay sahibinin veya azlığın inceleme talebine genel kurulca izin verilse bile, eğer bu halde şirketin meşru menfaatlerinin inceleme sebebiyle tehlikeye girmesi söz konusuysa, yönetim kurulu özen ve sadakat borcunun bir gereği olarak incelemeye izin vermeyebilir ve hatta buna mecburdur²¹⁶. Şirket menfaatleri ve sırları inceleme hakkının sınırlarını oluşturur. İnceleme hakkının sözü edilen gerekçelerle kullandırılmamış olması halinde pay sahibi mahkemeye başvurarak inceleme davası açabilecek veya azlık oluşturması ya da belli itibari değerde paya sahip olması yanında kanunun aradığı diğer koşulları da sağlıyorsa mahkemeden özel denetçi atanmasını dahi talep etme yolunu seçebilecektir.

Kanun koyucu bilgi alma veya inceleme haklarını birbirine alternatif ön koşul olarak düzenlemiş ve bu haklardan birinin kullanılmış olmasını özel denetim istemi için yeterli görmüştür²¹⁷. Diğer bir anlatımla, pay sahibi bakımından bu iki alternatiften birini seçmek bir nevi seçimlik hak şeklinde düzenlenmiştir. Bu iki koşuldun birinin yerine getirildiği ve pay sahipliği haklarının kullanımı için gereklilik arz ettiği takdirde pay sahibine genel kuruldan özel denetim isteme imkanı verilmiştir. Kısacası pay sahibinin bilgi alma veya inceleme hakkını kullanmasına rağmen tatminkâr sonuçlara ulaşamamış olması, özel denetim gibi girift bir hukuki süreci başlatma hakkına meşruiyet kazandıracaktır. Çünkü bilgi alma hakkı ile özel denetim isteme hakkı aynı amaca hizmet eder ki bu amaç, pay sahibinin genel kurula katılma, önerilerde bulunma, oy kullanma haklarını bilinçli bir şekilde kullanabilmesi ve yatırımlarını değerlendirmesi, ortaklıkta kalma ya da payını devretme veya rüçhan hakkını kullanma gibi konularda pay sahipliği haklarının etkili kullanımınıdır²¹⁸.

a. Bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılmış olmasının ispatı sorunu

Bilgi alma hakkı TTK m. 437/2 hükmüne göre genel kurulda pay sahibinin yönetim kuruluna şirket işleri, denetçilere ise denetimin şekil ve sonuçları hakkında soru sorması ve bilgi talep etmesi şeklinde kullanılmaktadır. Bilgi alma hakkı kapsamında sorulan sorular ve bu sorulara karşılık verilen cevapların genel kurul tutanağının içeriğinde yer alması gerekir²¹⁹(TTK m.422). Nitekim, ihtilaf halinde bilgi alma ön şartının yerine getirildiğine

²¹⁵ SÖDING, s.323.

²¹⁶ SÖDING, s.324.

²¹⁷ ALTAY, s.61.

²¹⁸ NARBAY, Özel Denetçi, s.300.

²¹⁹ İsviçre hukukunda, bilgi istenen konular yazılı bir katalog halinde toplantı başkanına verilmesi veya sözlü olarak veriliyorsa, mutlaka toplantı tutanağına yazılmış olması gerekir. Nitekim Pulaşlı, istenilen bilgilerle özel denetim isteminin konusunun aynı olacağı görüşünü bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı ile desteklemekte ancak kararın tarihini ve numarasını belirtmemektedir:” *Her ne kadar pay sahipleri bilgi alma hakkını kullanırken istediği kadar soru sorabilirler ama bunun uzantısı olarak belirli olayların özel denetçi vasıtasıyla açıklığa kavuşturulması söz konusu olduğunda, bu bilgi alma hakkının kötüye kullanılması veya zorlaştıracak şekilde*

dair ispat yükü özel denetim isteminde bulunana ait olduğundan bu hususun ispatı önem arz etmektedir²²⁰. Bilgi alma talebinin reddedilmesi ya da baştan savarcasına geçirilmesi hallerinde pay sahibi bu durumun tutanağa geçirilmesini talep etmelidir. Pay sahibinin özel denetim isteminde bulunması halinde bu hakkını kullandığı halde, sorusuna yönelik bir bilgi verilmediği ya da tatmin edici bir bilgiye ulaşamadığını genel kurul tutanağı ile ispat edecektir²²¹. Bu bağlamda pay sahiplerinin haklarının kapsamı ve kullanım koşulları ve bunlara bağlanan sonuçlar bakımından bilgili olması özel denetimin hayata geçirilmesi için çok önemlidir. Uygulamada genellikle, pay sahibinin bilgi alma hakkını kullanmış olduğu buna yönetim kurulunca yanıt verildiği tutanağa geçirilmekte bilgi alma hakkının ya da yanıtın içeriğine yer verilmemektedir. Tutanakta sorular ve bunlara verilen cevapların içeriğine dair bilgilerin yer almasının önemi genel kurulun veya mahkemenin özel denetim isteminin kabul edilir olup olmadığının tespiti noktasında da önemlidir. Şöyle ki, pay sahibinin bilgi alma hakkı kapsamında yönelttiği soru ile açıklığa kavuşturulmasını istediği hususlar ile özel denetim isteminin konusunu oluşturacak hususlar birbiriyle örtüşmelidir²²².

Özel denetim isteme hakkının kullanımı için diğer bir alternatif ön şart ise inceleme hakkının kullanılmış olmasıdır. TTK m.437/4 hükmünde inceleme hakkının kapsamının şirketin ticari defterleri ile yazışmalarının, pay sahibinin sorusunu ilgilendiren kısımları olduğu belirtilmiş; ancak incelenebilmesi genel kurulun açık izni veya yönetim kurulunun bu hususta karar vermesi şartına bağlanmıştır. Söz konusu fıkra inceleme bir uzman aracılığı ile yapılabileceği de ifade edilmiştir. İnceleme genel kurul öncesinde, esnasında veya sonrasında, pay sahibinin yönetim kuruluna sözlü ya da yazılı başvurusu üzerine şirketin ticari defter ve yazışmalarını incelemesi mümkündür²²³. Pay sahibinin inceleme hakkının kullanımı, yönetim kurulunun iznine ve bu hususta karar vermesine bağlı olduğundan, bu yöndeki talebin de yazılı olarak yapılması ispat bakımından kolaylık sağlayacaktır. Pay sahibinin genel kurul esnasında inceleme hakkını kullanmış fakat bu durumun genel kurul tutanağına geçirilmemiş olması, uygulamada karşılaşılabilecek bir durumdur. Pay sahibi noter kanalı ile

yığınlarca soru sorulduğunda, hakkı amacına uygun olarak kullanılmaması söz konusu olacağından mahkemelerin bu durumu dikkate alması gerekmektedir.” yer vermiştir; bkz. PULAŞLI, Konferans, s.89.

²²⁰ ALTAY, s. 62; ATALAY, s.60; bkz. TTK 438/1 madde gerekçesi; Pulaşlı, İsviçre Federal Mahkemesi'nin verdiği bir karara istinaden, genel kurulda bilgi alma hakkını kullanan pay sahibinin, bilgi alma istemi hakkında genel kurulda oylama yapılması hususunda ısrarcı olması gerektiğini ifade etmiştir. Söz konusu karara göre, “bilgi alma hakkını kullanan pay sahibi oylamayı takiple yükümlüdür, aksi takdirde, bilgi alma hakkından vazgeçmiş sayılacağından, özel denetim isteme hakkını kullanamaz.”; bkz. BGE 138 III 246-248; bu karar için bkz. PULAŞLI, Mukayeseli Hukuk, Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, İstanbul 2017 , s.598.

²²¹ TTK m. 438/1'in gerekçesi.

²²² ALTAY, s.63; NARBAY, Özel Denetçi, s. 301.; ayrıca bkz. “ İkinci Bölüm I. Özel Denetim İsteme Hakkının Genel Kurulda Kullanılması, B. Hak Sahipleri ” başlığı altında s.31'de yer alan açıklamalar.

²²³ ATALAY, s.61 ; KAYA , Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, İstanbul 2001, s. 295-296.

“inceleme hakkını kullanma izninin” veya “inceleme hakkını kullandığını gösterir bir belgenin” şirketçe kendisine verilmesini ihtar edebilir²²⁴. İnceleme talebinin yönetim kurulunca reddedilmiş olması ya da yanıtı bırakılması ya da diğer durumların varlığı karşısında, pay sahibinin inceleme hakkını kullanma talebini en başından noter vasıtasıyla veya iadeli taahhütlü mektupla ya da dilekçesini elden tutanakla teslim etmesi doğru bir hareket olacaktır²²⁵. Kanımızca, pay sahibinin inceleme hakkını yönetim kurulu nezdinde kullanmış olmasının ispat edilmesi yeterli olup; yönetim kurulunun bu talebi reddetmesi veya yanıtı bırakılması gibi hallerde, pay sahibine ayrıca genel kuruldan da inceleme izni istemesi gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır²²⁶.

b. Bilgi alma ve inceleme hakkının 438. madde kapsamında kullanılmış sayılabilmesi için 437/5'te öngörülen davanın açılması ve sonucunun beklenmesi gerekir mi?

Bilgi alma ve inceleme hakkına ilişkin TTK m.437/5 hükmüne göre “ *Bilgi alma veya inceleme istemleri cevapsız bırakılan, haksız olarak reddedilen, ertelenen ve bu fıkra anlamında bilgi alamayan pay sahibi, reddi izleyen on gün içinde, diğer hâllerde de makul bir süre sonra şirketin merkezinin bulunduğu asliye ticaret mahkemesine başvurabilir. Başvuru basit yargılama usulüne göre incelenir. Mahkeme kararı, bilginin genel kurul dışında verilmesi talimatını ve bunun şeklini de içerebilir. Mahkeme kararı kesindir.*”

Söz konusu maddede yer alan davanın açılmış olması ve mahkeme kararı ile icra edilmesini özel denetim isteminin ön şartının yerine getirilmesi için bir zorunluluk sayılmasının kabulü özel denetim hakkının konuluş amacıyla ve kanunun özel denetime yüklediği anlam ile bağdaşmayacağı gibi bu hakkı neredeyse işlemez hale getirecektir²²⁷. Kaldı ki TTK m. 438’de “*bilgi alma ve inceleme hakkının daha önceden kullanılmış olması*” ifadesi yer almakta, gerekçede ise bu hakkın genel kurulda kullanıldığının genel kurul tutanakları ile ispat edileceği belirtilmiş; bunun dışında bu hakkın kullanıldığına dair bir mahkeme kararı şartı aranmamıştır²²⁸. Bu bağlamda, TTK m.438 kapsamında ön şart, pay sahibinin, sadece organlara başvurarak bilgi alma veya inceleme hakkını kullanmış olması ile gerçekleşmekte olup, ayrıca pay sahibine TTK.m.437/5 ‘e göre mahkemeye başvuru yolu ile kullanılması külfeti getirilmemelidir²²⁹. Bununla birlikte, bilgi alma veya inceleme hakkı

²²⁴ ALTAY, s.62.

²²⁵ ATALAY, s. 61-62.

²²⁶ Aynı doğrultuda DEĞİRMENCİOĞLU, s.31.

²²⁷ KAYA, Özel Denetim, s.74.

²²⁸ KAYA, Özel Denetim, s.73.

²²⁹ KAYA, Özel Denetim, s.74; ALTAY s. 64; ŞENER, s.498.; ÖZKAN, s.38. ;aksi görüş için. bkz. NARBAY s.301-302.

cevapsız bırakılan veya ertelenen pay sahibi, ön şartı yerine getirmiş olmakla birlikte, doğrudan doğruya özel denetim isteme hakkı olduğu gibi dilerse 437/5 kapsamında dava hakkını da kullanabilir²³⁰. Özel denetim ve bilgi alma davasının aynı anda yürütülmesi de olanaklı olup derdestlik iddiası da söz konusu olamaz²³¹.

Yukarıda öne sürülen gerekçeler ile varılan görüşün aksine bir tavır takınılması hali sakıncalı sonuçlara yol açacaktır. Bilgi alma ve inceleme davasının neticelenmesini TTK m.438/1 bağlamında hakkın kullanılmış olmasının tek ispatı olduğunun kabul edildiği varsayımında ortaya şöyle bir senaryo çıkacaktır: Pay sahibi bilgi alma ve inceleme hakkını dava yolu ile şirkete karşı öne sürecek, bilgi alma ve inceleme isteminin haksız olarak reddedilmesi vakıalarını ispatına çalışacak, davasının reddedilmesi halinde yargılama masraflarını ödemek durumunda kalacaktır. Ayrıca söze konu dava ülkemizin mevcut koşullarında uzun bir sürede karara bağlanacaktır. Bu dava pay sahibinin sorusuna ilişkin olarak yeterince aydınlatılması ya da tatmin edici bir bilgiye ulaşmasını dahi garantilemediği gibi ayrıca özel denetim isteme hakkının kullanımını geciktirerek denetimden beklenen fayda sağlanamayacaktır²³².

Diğer bir nokta ise her iki davanın işlevsel olarak farklı ihtiyaca cevap vermesidir. Bilgi alma davasında pay sahibinin şirket hakkında ihtiyaç duyduğu belirli bilgilerin kendisine dava yolu ile verilmesi söz konusu iken, özel denetim davasında ise pay sahibinin şirket yönetimi ve işleri hakkında mevcut şüphelerinin özel denetçi vasıtasıyla açıklığa kavuşturulması söz konusudur²³³.

Yukarıda irdelenen hususlar çerçevesinde öğretide ittifakla kabul gören görüşe göre, bilgi alma veya inceleme ön şartının gerçekleşmiş sayılması için bu hakkın dava yolu ile kullanılması özel denetim isteme hakkının kullanılmasında bir ön koşul değildir²³⁴. Kanımızca da, bilgi alma hakkının kullanılmış olması ile TTK m. 438 bağlamında, özel denetim isteminin şekli ön koşulu gerçekleşmiştir; ayrıca bu hakkın TTK m.437/5 uyarınca dava yolu ile kullanılması yasal bir zorunluluk arz etmemektedir.

²³⁰ TOPSOY, s.312. Yazar, bu noktada pay sahibini seçimlik hakkının mevcut olduğunu ifade etmiştir.

²³¹ TEKİNALP, s.381., N.14-84.

²³² KAYA, s.75.

²³³ ÜÇİŞİK/ÇELİK, s. 683.

²³⁴ Aynı yönde; KAYA, s.72-73; ALTAY, s.64; TOPSOY/ULUSOY, s. 312; ÜÇİŞİK/ÇELİK, s.683.;ŞENER, s.518; ÖZKAN, s.38; ŞENER, s.518.; İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında, İsviçre öğretisinin bu yöndeki görüşü benimsenmiştir. Bkz. Pulaşlı Yönetim Kurulu Üyesinin Bilgi Alma Hakkı, s.1859.

2. Pay sahipliği haklarının kullanımı için gerekli olması

TTK m. 438/1 hükmünde özel denetim isteme hakkı diğer koşulların yanı sıra pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi için gerekli olması maddi şartına bağlanmıştır. Madde gerekçesinde bu şart ile amaçlananın özel denetim isteme hakkının kimi pay sahiplerince şirket dışı menfaat sağlamak, bir kararı önlemek, taktiksel bir üstünlük elde etmek kastı ile hakkın kötüye kullanımının önlenmesi, nihayetinde ise şirkete zarar verilmesi tehlikesinin azaltılması olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla özel denetim talebinin pay sahipliği haklarından özellikle oy hakkının bilinçli olarak kullanılabilmesi için gerekli olduğu ortaya konulmalıdır.

Kanun koyucunun oy hakkının kullanılmasına verdiği önemin temel sebebi, bu hakkın pay sahibinin en geniş anlamda yönetime katılmasında ve diğer pay sahipliği haklarının kullanılmasında büyük önem taşımasıdır²³⁵. Pay sahibi oyu vasıtasıyla şirket yönetimine ilişkin tercihini ortaya koyar. Gerçekten de pay sahibi, organlara üye seçimi, yöneticilerin denetimi, ibrası, kar dağıtımı, sermaye artırımı, esas sözleşme değişikliği, bilançonun onaylanması, tasfiye, özel denetim isteme hakkı gibi bir çok konuda, kullanacağı oy ile şirket yönetiminde rol oynar²³⁶. Bu bağlamda pay sahibinin oyunu bilinçli bir şekilde kullanılmasının tek yolu ihtiyaç duyduğu bilgiye erişmesidir. Bu bilgi olmaksızın pay sahipliği haklarını kullanması imkan dahilinde görünmeyen pay sahibinin özel denetim isteme talebi, hukuken korunmaya değer bir menfaattir²³⁷. Pay sahipliği haklarının kullanılması ile kastedilen, pay sahibinin şirketin mevcut ekonomik durumu hakkında bilgi edinmesi, yönetim kurulu üyelerinin ibrası, denetçilerin azli, şirkette kalıp kalmamaya, rüçhan hakkını kullanıp kullanmayacağına, genel kurul gündeminde olan bir konu hakkında oyunu hangi yönde kullanacağına karar vermesi, sorumluluk davası gibi konulardır. Söz konusu pay sahipliği hakkı ile özel denetim konusu arasındaki ilişkinin kanıtlanması, özel denetim talep eden pay sahibine aittir²³⁸. Zira özel denetim talebine meşruiyet kazandırmakla güncel bir menfaatin varlığı söz konusu olacağından, bu halde gereklilik şartının da somut olayda yerine getirildiği kabul edilir²³⁹. Ancak özel denetim neticesinde pay sahipliğinden doğan bir hakkın kullanılması sonucu doğmayacaksa özel denetim istenemez²⁴⁰. Örneğin, pay sahipliği

²³⁵ ÇEKER Mustafa, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Ankara 2010, s. 5; TEOMAN Ömer, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, İstanbul 1983, s.3.

²³⁶ SARIALIOĞLU Gizem, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkının Kazanılması ve Kullanılması, Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisan Tezi İstanbul 2014, s. 5.

²³⁷ GÜVEN, s.150.

²³⁸ PULAŞLI, Şerh, s.1644.

²³⁹ KAYA, s.77; NARBAY, Özel Denetçi, s. 303.; ÖZKAN, s.38.

²⁴⁰ ARI, s. 1420.

haklarının kullanımı için kanunda öngörölmüş sürelerin kaçırılmış olması durumunda gereklilik şartı da gerçekleşmemiş olacağından özel denetim talebi reddedilir²⁴¹.

3. Belirlilik şartı

Özel denetçinin denetim faaliyetinin sınırı TTK m. 438/1 gereği pay sahibi tarafından açıklığa kavuşturulması istenen “belirli”²⁴² olaylardır. Madde gerekçesinde belirli olaylar “*şirketin herhangi bir işi, işlemi, kararı, finansal durumu, finansman ihtiyacı, hakim şirketin kararları veya şirkete verdiği kayıplar*” şeklinde örneksene yolu ile sayılmıştır. Bunlara ek olarak “*şirket inşaatına yapılan ödemeler ile yasal defterler kayıtları arasında büyük fark olması, şirket sermayesinin kaybedilmiş olmasına rağmen bilançonun bu durumu yansıtmaması, yönetim kurulu üyesi olan pay sahiplerinin sermaye taahhüt borçlarını ödememelerine karşılık yasal defter kayıtlarında ödeme yapılmış gibi gösterilmesi, şirketin satılmasında satış değerinin benzer şirket satışlarına göre düşük kaldığı, bu nedenle satış değerinin tespiti ile satışın şirket üzerindeki finansal etkilerinin araştırılması, yurtdışından makine ithal edilmesinin şirketin zararını arttırması, şirkete kesilen vergi cezasında yönetim kurulunun kusurunun olması*” gibi hususlar belirlilik şartını yerine getirdiğinden özel denetime konu olabilirler²⁴³. Buna karşılık, “(x) yılı bilançosunun kanuna uygunluk açısından değerlendirilmesi, şirketin ham madde alım politikasının doğru olup olmadığı, şirketin faaliyet gösterdiği tekstil sektöründe pazarın durumu ve yönetim kurulunun pazarın isteklerine uygun çalışıp çalışmadığı” hususları kanunun aradığı belirlilik şartını taşımadığından reddi gerekir²⁴⁴.

Özel denetim, belirli olayları somut bir biçimde ortaya koymak, bilgi toplamak amacına hizmet eden bir soruşturmadır. Özel denetçi somut verileri ortaya koymanın ötesinde bir rol üstlenerek, hukuka uygunluk veya yerindelik denetimi yapamaz; bunlara raporunda yer veremez²⁴⁵. Özel denetim bir soruşturma aracı olduğundan denetçinin görevi raporunda ortaya koyacağı verilerle gerçekleri tespit ederek, pay sahipleri veya azlığın bilmediği

²⁴¹ Yönetim kurulu üyesi veya üçüncü kişiler aleyhine açılacak tazminat davası için gerekli bilgi ve belgelerin elde edilmesi amacıyla özel denetçi atanması azınlıkça istenmiş; ancak söz konusu tazminat talepleri zamanaşımına uğramış olması nedeniyle redde mahkum ise, azınlığın özel denetçi atanması isteminde bulunması dürüstlük kuralına aykırıdır. (bkz. ADAY, s.45) ;PULAŞLI, “Yönetim Kurulu Üyesinin Bilgi Alma Hakkı” s.1878; Ayrıca pay sahibi, zamanaşımı, hak düşürücü süre veya başka sebepler nedeniyle söz konusu hakkını icra edebileceği durumda değilse, pay sahipliği haklarının kullanılması koşulu yerine getirilmemiş olur; bkz. PULAŞLI, Şerh, s.1634, ; DEĞİRMENCİOĞLU, s. 37.

²⁴² “Belirli” ile belli türde nitelikte ve önemde olay kastedilmemiştir.(bkz. Madde gerekçesi)

²⁴³ ALTAŞ Soner, Şirket Denetimi, İstanbul 2017, s.314.

²⁴⁴ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, s. 66.

²⁴⁵ NARBAY, Özel Denetçi, s.304., ÖZKAN, s.37.; PULAŞLI, Şerh, s. 1657.

hususları açığa çıkartmaktır. Dolayısıyla özel denetim “ *maddi olguları tespit etme*” (fact finding mission) niteliği taşır; bu sebeple” *belirli bir hedefi olmayan bir inceleme*” (fishing expedition) olarak kabul edilemez²⁴⁶. Bu sebeple özel denetimin, tüm işlemlerin genel bir incelemesi şeklinde cereyan etmesi kabul edilemez²⁴⁷. Özel denetim kurumunun doğası gereği, belirlilik şart olup, örneğin belirli kişilerin isimleri belirtilmeli ve iddia edilen belirli eylem ve ihmaller incelemenin çerçevesini oluşturmalıdır. Bu çerçeve içinde olmak şartıyla, özel denetimin konusunun prensip olarak sınırsız olduğu kabul edilir²⁴⁸.

Öğretide **Kaya**, “belirli olaylar” kavramını her yönüyle somut bir biçimde ortaya konulmuş olanı değil, çerçevesi az çok çizilmiş olayları da bu kapsayacak biçimde yorumlanması gerektiğini dile getirmiştir. Zira, özel denetim talep eden pay sahibinin ya da azlığın şirketin yönetimine dahil edilmeyen, şirketle ilişkisinin çok kısıtlı olduğu dolayısıyla belirlilik şartının içeriğini tam olarak ortaya koymalarının kendilerinden beklenmesinin gerçeklikle bağdaşmayacağına dikkati çekmiştir²⁴⁹.

Altay'a göre, özel denetimin ön şartı olan bilgi alma veya inceleme hakkının cevapsız bırakılması, şirket sırrı veya korunması gereken şirket menfaatleri olduğu gerekçesiyle reddedilmesi durumunda, pay sahibinin bilgiye ulaşması mümkün olmayacağından, henüz açıklığa kavuşmamış bu bilginin somutlaştırılarak net bir biçimde ortaya koyulması çok güçtür. O halde pay sahipliği haklarından birinin kullanımı için, pay sahibinin bu bilgiye ihtiyacı olduğunu, bunun da ancak özel denetim neticesinde mümkün olduğunu ikna edici bir biçimde, ana hatlarıyla ortaya koyması yeterli görülmelidir²⁵⁰.

B. Mahkemeye Başvuru

1. Genel Olarak

Özel denetim isteminin TTK m. 438 kapsamında genel kurulda kabul edilmesi halinde mahkemeye başvuru üzerine özel denetçi mahkemece atanacaktır. 6102 sayılı Kanun ile getirilen bu yenilik, özel denetçinin bağımsızlığını ve tarafsızlığını güvence altına almayı amaçlamaktadır. Madde gerekçesinde, özel denetçinin genel kurul tarafından belirlendiği eTK sistemi döneminde özel denetim kurumunun nadiren uygulama alanı bulabildiğinden bahisle yapılan bu değişikliğin kurumu işlemezlikten kurtaracağına olan inançtan

²⁴⁶ NARBAY, s.71. ; PULAŞLI, Yönetim Kurulu Üyesinin Bilgi Alma Hakkı, s.1877-1878.

²⁴⁷ ÖZKAN, s.42.

²⁴⁸ ÖZKAN, s.42.

²⁴⁹ KAYA, s.77.

²⁵⁰ ALTAY, s.59.

bahsedilmiştir. Ayrıca, özel denetçinin genel kurulca seçilmesini öngören APOK § 142'den farklı olarak, söz konusu değişiklik ile tarafsızlık sağlanarak kuruma güven kazandırılmıştır²⁵¹. Özel denetçinin mahkeme tarafından atanmasına dair yapılan değişiklik İsv.BK m. 697/a ile aynı doğrultuda olup, genel kurulun özel denetçi istemini kabul veya reddi ayrımı yapılmaksızın her halükarda özel denetçi mahkeme tarafından atanır²⁵². Böylece tarafsızlık sağlanmış ve yönetime yakın kişilerin özel denetçi seçilmesine yol açan geçmiş uygulamaya son verilmiştir.

2. Özel Denetçi Atanması için Mahkemece Aranılan Şartlar

a. Süresi içinde başvuruda bulunma ve bu sürenin hukuki niteliği

Özel denetim isteminin genel kurulca karara bağlanmasından itibaren otuz gün içinde pay sahibi veya şirket tarafından, şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine özel denetçi atanmasına dair başvurunun yapılması gerekmektedir(TTK m.438/2). Gerekçe 'de otuz günlük sürenin bir düzen hükmü olduğu, hak düşürücü süre niteliği taşımadığı belirtilmiştir²⁵³. Hak düşürücü süreler kanun veya mahkeme tarafından açıkça belirlenmiş olup, bu süre içinde hak sahibinin hukuken öngörülen bir davranışta bulunmaması durumunda mevcut hakkın sona ermesi, hakkı koruyan dava hakkının da kaybedilmesi anlamına gelir. Diğer bir ifadeyle, hak düşürücü süre bir hakkın kullanılması için kanun tarafından kesin olarak verilmiş süredir; hak kullanılmaksızın geçirildiği takdirde hakkın mevcudiyeti son bulur²⁵⁴. Kanunda ön görülen hak düşürücü süreler bir itiraz sebebidir; karşı tarafça ileri sürülme dahi hakim tarafından re'sen nazara alınır²⁵⁵. Diğer taraftan sürelerin niteliği belirlenirken bu süre içinde kullanılacak hakkın mahiyetine bakmak gerekir. Eğer hak usûl hukuku ve icra iflâs hukuku ile ilgili ise usûl ekonomisi gereği sürenin hak düşürücü olduğuna çoğunlukla hükmedilir²⁵⁶. Ancak her şeyden evvel bir sürenin niteliğini belirleme ihtiyacı ortaya çıktığında, kanunun lafzi ve ruhu, müessesenin mahiyeti, hükmün amacı göz önünde tutulmalıdır. Bu bağlamda, TTK m. 438'e göre yapılacak olan başvuru konusunda taraflar arasında bir ihtilaf olmaması yani çekişmesiz yargı niteliği dikkate alındığında otuz günlük

²⁵¹ Bkz. TTK m. 448'in gerekçesi. eTK m.348/1'e göre genel kurul tarafından tayin edilen denetçinin şahsına mahkemede itiraz mümkün değildi; buna karşılık APOK §142'de azınlığa genel kurulun tayin ettiği özel denetçinin şahsına mahkemede itiraz etme hakkı düzenlenmiştir. PASLI, s.623.

²⁵² Federal Act on the Amendment of the Swiss Civil Code

(<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ch/ch310en.pdf> Çevirimiçi:13.05.2018).

²⁵³ Bkz. TTK m. 438'in gerekçesi.

²⁵⁴ BERKİ Şakir, "Hukukunda Müddet Çeşitleri", AHFD 1968, XXV, S. 1-2, s. 99-116.

²⁵⁵ BERKİ, s.102.

²⁵⁶ BERKİ, s.102.

süreyi hak düşürücü süre olarak kabul etmek özel denetim kurumunun amacıyla bağdaşmayacaktır.

Narbay, süreye ilişkin olarak Gerekçe 'de yer alan “ hak düşürücü süre olmayıp düzen hükmü olduğu” ifadesine katılmamaktadır. Anonim şirketin özel denetim karşısında sürekli bir baskı altında kalacağını, bu durumun işleyişe zarar vereceğini dolayısıyla bir an evvel özel denetçi atanmasının hem istemde bulunan pay sahibinin hem de ortaklık lehine bir çözüm olacağı, bu sebeple sürenin hak düşürücü olarak değerlendirilmesi gerektiği inancındadır²⁵⁷.

Kanımızca başvuru hakkının şirkete de tanımış olması dolayısıyla, şirketin özel denetim karşısında sürekli bir baskı altında olmasından söz edilemez. Nitekim, otuz günlük bu süre içerisinde şirket, mahkemeye başvuru yaparak özel denetçi atanmasını talep etmekle özel denetim konusu olayın bir an önce açıklığa kavuşturulması için ilk adımı atabilir.

Pay sahibi mahkemeye özel denetçi atanması istemli başvuruda bulunma hakkını dürüstlük kuralları çerçevesinde makul bir sürede kullanmalıdır. Aksi takdirde, dürüstlük kuralına aykırılık söz konusu olacaktır. Böyle bir durumun varlığında ise hakim somut olayda hakkın içeriğini, kapsamını ve sınırlarını re'sen göz önüne almalı ve sonuç olarak özel denetçi atanması talebini reddetmelidir.

b. İstemde bulunma hakkına sahip olanlar

Mahkemeye başvuruda bulunan pay sahibinin, genel kurulda özel denetim isteminde bulunan kişi ya da kişiler ile aynı olması zorunluluğu olmadığı gibi, bilgi alma veya inceleme hakkını kullanan kişi olması zorunluluğu da bulunmamaktadır²⁵⁸. Kanun koyucu mahkemeye başvurma hakkını her pay sahibine ve şirkete tanımış olması, sürecin başarıya ulaşması yönündeki iradesinin kanıtıdır²⁵⁹. Zira madde fıkrasında “ her bir pay sahibi” ifadesi kullanılmış olup başkaca bir şart öngörülmemiştir. Ayrıca özel denetçi istemi genel kurulda oy çokluğu ile karara bağlanan bir genel kurul kararı niteliğinde olduğundan söz konusu kararın icrası amacıyla her bir pay sahibinin mahkemeye başvurarak özel denetçi atanmasını talep hakkı olacaktır²⁶⁰. Bu bağlamda, mahkemeye başvuru hakkı olan pay sahiplerinin, özel

²⁵⁷ NARBAY, Özel Denetim, s.91; Şener, otuz günlük sürenin hak düşürücü olduğunu, bu sürenin geçirilmesi halinde tekrar genel kurula başvurulması gerektiği görüşündedir; bkz. ŞENER , s.519.

²⁵⁸ Bkz. İkinci Bölüm I. Özel Denetim İsteme Hakkının Genel Kurulda Kullanılması, B. Hak Sahipleri başlığı altında yer alan açıklamalar.

²⁵⁹ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, 1017b. s.67.

²⁶⁰ PULAŞLI, Şerh , s.1637.

denetim isteminin kabul edildiği genel kurul oylamasına katılmış olması zorunluluğu yoktur²⁶¹.

Altay, genel kurulda özel denetim istemine ilişkin yapılan oylamaya katılmış olmakla birlikte olumsuz oy kullanan pay sahibinin dahi genel kurulun istemin kabulü kararına istinaden mahkemeden özel denetçi atanmasını talep edebileceğini, teorik bir olasılık olarak ifade etmiştir. Yazar özel denetim isteminin genel kurulca kabulü halinde, özel denetimin gerekli olup olmadığı konusunda ihtilaflar ortadan kalkacağından, aleyhe oy kullanan pay sahibinin dahi özel denetim isteminde bulunabileceği ve bu davranışının çelişkili davranış olarak nitelendirilmemesi gerektiği görüşündedir²⁶².

Mahkemeye başvuru yapan pay sahibinin öncelikle pay sahibi sıfatını taşıdığını, genel kurul tutanağını sunmak suretiyle ise bilgi alma veya inceleme hakkının daha önce kullanılmış olduğunu ve özel denetim istenen konularla aynı olduğunu mahkemeye yapacağı özel denetçi atanması başvurusunda belirtmesi gerekir²⁶³. Genel kurul toplantı tutanağının ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi halinde, her pay sahibi ticaret sicili müdürlüğünden kararın fotokopisini isteyebilir²⁶⁴. Ayrıca, kararın sicile tescilinden önce de, ilgili pay sahibi noter tasdikli bir suretinin verilmesini şirketten isteyebilir²⁶⁵. Pay sahibinin genel kurul toplantı tutanağına ulaşması mümkün değil ise, dilekçesinde açıklanmak koşulu ile söz konusu tutanağın mahkemeye celbi sağlanabilir (HMK m.318).

Özetle, genel kurulun özel denetim istemini kabul etmesi halinde, şirket veya her bir pay sahibi (aynıyet aranmaksızın) mahkemeden özel denetçi atanmasını talep hakkına sahiptir. Şirket tüzel kişiliği adına yönetim kurulu bu başvuruyu yapmaya yetkilidir²⁶⁶(HMK.m.52;TMK m.50;TTK.m.370). Buna karşılık intifa hakkı ve tahvil sahipleri ile alacaklılara bu hak tanınmamış olup esas sözleşme ile söz konusu hakkın anılan kimselere tanınması hususu tartışmaya açık bırakılmıştır²⁶⁷.

²⁶¹ PULAŞLI, , Yönetim Kurulu Üyesinin Bilgi Alma Hakkı, s.1860.; NARBAY, Özel Denetçi, s.311.

²⁶² ALTAY, s.59, Yazar bu görüşünü somutlaştırarak verdiği örnekte; yönetim kurulu üyesinin pay sahibi sıfatını da haiz olması halinde, genel kurulda özel denetim istemi müzakere edilirken olumsuz oy kullanmış olmasına karşın, genel kurulun istemi kabulü halinde ise kendini aklamak adına dahi bu talepte bulunmasında hukuki menfaatinin var olduğunu kabul etmiştir. Bkz. ALTAY, s.59. ayrıca bkz. dn.23.

²⁶³ GÜNAY, s.184.

²⁶⁴ PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi , C.I (Şerh C.I) , Ankara 2018, s.1001.

²⁶⁵ PULAŞLI, Şerh, C.I, s.1001.

²⁶⁶ Pulaşlı, yönetim kurulunun şirket tüzel kişiliği adına özel denetim istemiyle mahkemeye başvuruda bulunmasının zorunlu olduğunu, aksi takdirde genel kurul kararlarını kusurlu olarak icra etmemekten sorumlu tutulabileceğini belirtmiştir; bkz. PULAŞLI, Şerh , s.1637.

²⁶⁷ Bkz. TTK m. 438'in gerekçesi. Öğretide yer alan görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. "Hak sahipleri" başlığı altındaki açıklamalar.

3.Yargılamanın Niteliği ve Usûlü

Medeni yargılama çekişmeli ve çekişmesiz yargı olarak ikiye ayrılır. HMK m. 382/1’ de hangi hallerin çekişmesiz yargı işi olduğunun tespitinde dikkate alınması gereken üç ölçüt düzenlenmiştir. Bunlar, “(a) ilgililer arasında uyuşmazlık olmayan”, “(b) ilgililerin ileri sürülebileceği herhangi bir hakkının bulunmadığı” ve “(c) hakimin resen harekete geçtiği hallerdir”²⁶⁸. TTK m. 438/2 ‘ye göre mahkemeye başvurulması özel denetçi atanması durumunda, ortada bir ihtilaf bulunmadığından ve sübjektif hak yokluğundan çekişmeli bir yargıdan söz edilemez²⁶⁹. Ayrıca belirtmek gerekir ki, HMK 382/1’de yer verilmeyen ancak ilmi içtihatlarda bir diğer ölçüt olarak “inşai-önleyici etki ölçütüne” yer verilmektedir.²⁷⁰. Bu ölçüte göre “ *hususî hukuk münasebetlerinin yeni şekiller alması, tesisi, inkişafı, değiştirme ve kaldırılmasında ve bu hukuk münasebetlerine henüz vaki olmamış ve fakat istikbalde vukuu muhtemel olan tecavüzlerin önlenmesinde, alakadarların mahkemece himaye edilmesi icap eden haller*” de çekişmesiz yargı işleridir²⁷¹. Özel denetçi atanması işinin, bu ölçüt de göz önüne alınarak çekişmesiz yargı işi olduğu sonucuna varılacaktır.

Bununla birlikte, APOK paragraf 142/8’de özel denetçi atanması konulu yargılama prosedürüne Aile Meselelerine ve Çekişmesiz İşlere dair Usûl Kanunu’nun (FamFG) uygulanacağı belirtilmiştir²⁷². İsviçre Medeni Usûl Kanunu’nun (ZPO) Başlık 5, Bölüm 1’de seri yargılama usûlünün (Summarisches Verfahren) kapsamı düzenlenmiş ve Borçlar Hukukundaki (OR) seri yargılamaya tabî hallerin sayıldığı 260. maddesinin Şirketler Hukuku kenar başlıklı c. bendinin 8. fıkrasında Anonim Şirkette Özel Denetime yer verilmiştir²⁷³.

²⁶⁸ “...HMK’nun 382. maddesinin birinci fıkrasındaki genel çerçevenin dışında; kolaylık sağlamak üzere, ikinci fıkrada öğretî ve Yargıtay kararlarında kabul edilen çeşitli çekişmesiz yargı işleri; kişiler hukuku, aile hukuku, miras hukuku, eşya hukuku, borçlar hukuku, ticaret hukuku, icra-iflas hukuku ve çeşitli kanunlar kategorileri çerçevesinde örnek olarak sayılmıştır. Çekişmesiz yargı işleri, HMK 382/2. maddede belirtilen hallerden ibaret (numerus clausus) olmayıp, burada yer alanlar yalnızca örnek olarak belirtilen hallerdendir. HMK 382/2. maddede sayılmasa dahi, temel ölçütlere (HMK m. 381/1) uyan diğer haller de, çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilir...” Yarg. HGK , 6.05.2015 , 2013/2096 E. , 2015/1304 K. (<https://www.lexpera.com.tr>)

²⁶⁹ NARBAY, s.96; GÜVEN, s.152.; DEĞİRMENCİOĞLU, s.51.

²⁷⁰ KURU, Nizasız Kaza, s.39;

²⁷¹ KURU, Nizasız Kaza, s.39; BUDAK, s.312.; Örneğin, Aile konutu ile ilgili işlemler için diğer eşin rızasının sağlanamadığı hâllerde hâkimin müdahalesinin istenmesi (TMK m. 194/II) önleyici ve inşai etki ölçütüne göre çekişmesiz yargı işidir. Diğer örnekler için bkz. BUDAK, s.312-313.

²⁷² “(8)Auf das gerichtliche Verfahren nach den Absätzen 2 bis 6 sind die Vorschriften des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit anzuwenden, soweit in diesem Gesetz nichts anderes bestimmt ist.”(https://www.gesetze-im-internet.de/aktg/_142.html, Çevrimiçi:10.08.2018).

²⁷³ Bkz. ZPO (<https://www.admin.ch/opc/de/official-compilation/2010/1739.pdf>, Çevrim içi:10.08.2018)

Çekişmeli yargı ile çekişmesiz yargıyı birbirinden ayıran en önemli ölçüt “ ihtilaf (çekişme) yokluğu kistası”dır²⁷⁴. Bu bağlamda, pay sahibinin istemi genel kurulda kabul edilmekle ortada pay sahibi ile şirket arasında bir ihtilaf konusu kalmadığından mahkemeye özel denetçi atanması istemli yapılacak başvuru takibi talebe bağlı bir çekişmesiz yargı işi niteliğindedir²⁷⁵. Dolayısıyla, takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerinde yargılamayı başlatan, talebin varlığıdır²⁷⁶. Ayrıca, bu durumda şirket ile pay sahibi arasında bir çekişme olmadığı gibi, ileri sürebilecekleri sübjektif bir hakları da yoktur. Özel denetim pay sahipliğinden doğan başkaca hakların kullanılması amacına hizmet eden bir kurumdur. Dolayısı ile pay sahibi veya azlık, mahkemeden özel denetçi atanmasını istemekte ancak doğrudan bir hak talebinde bulunmamaktadır. Örneğin, TMK m.484/1’e göre “...her ilgili vasinin görevden alınmasını isteyebilir.” Bu halde, vasinin azline isteyen sübjektif bir hakından söz edilemez; zira vasinin azline karar verilmesi halinde istem sahibine bir hak intikali olmayacağı gibi hakkının ihlâl edilmesi gerekçesiyle söz konusu istemde bulunması da söz konusu değildir²⁷⁷. Pay sahibinin mahkemeye başvurarak özel denetçi atanmasını istemesinde de benzer durum söz konusu olup, özel denetçi atanması kararı pay sahibine bir hak bahşetmemektedir. Çekişmesiz yargıda, kural olarak uyuşmazlık ve sübjektif hak ihlâli yoktur; hukuk kurallarının somut olaya uygulanmasını gerektiren bir iş vardır²⁷⁸. Çekişmesiz yargıya dair uygulamada ve bazı Yargıtay kararlarında “dava”, “hasımsız dava” ve “tek taraflı dava” terimleri kullanılmaktadır²⁷⁹. Dava iki taraf sistemi üzerine kurulmuş olduğundan söz konusu terimlerin kullanılması yerinde değildir; bunlara çekişmesiz yargı işleri denilmesi sebebi ile dava terimi yerine ise “istek” veya “istem” (yani talep) terimlerinin kullanılması daha doğrudur²⁸⁰. TTK 438/2’ de “...mahkemesinden bir özel denetçi

²⁷⁴ KURU/ARSLAN/YILMAZ, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2006, s.70., “İhtilaf yokluğu” ölçütü, çekişmesiz yargıyı çekişmeli yargıdan ayıran en önemli özelliktir; fakat bu ölçütün yeterli gelmediği diğer haller söz konusudur, bu durumda ise diğer ölçütler dikkate alınmalıdır. KURU Baki, Nizasız Kaza, Ankara 1961, s.19.

²⁷⁵ HMK m. 382’de çekişmesiz yargı işleri sınırlı sayıda olmamak üzere sayılmıştır. *Komanditer ortağın talebiyle şirket hesaplarını incelemek için eksper tayini* çekişmesiz yargı işlerinden sayılmıştır. Özel denetçi atanması istemi de benzer nitelikte bir iş olmakla çekişmesiz yargıya dahil olduğu sonucuna varılabilir.; Aynı doğrultuda AYOĞLU Tolga, Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, İstanbul 2018, s.120, dn.265.

²⁷⁶ KURU, Nizasız Kaza, s.150-151.

²⁷⁷ AKKAN, Pekcanitez Usûl, s.106.

²⁷⁸ ARAS Aslı, Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usulü, İzmir 2014, s.9 (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/Cevrimiçi:11.07.2018>).

²⁷⁹ Bunun nedeni 6100 sayılı HMK’nın kabulüne kadar çekişmesiz yargının sistematik bir kanuni düzenlemeye tabi olmamasıydı. Bu eksiklik, çekişmesiz yargı işlerine giren yargısal faaliyetlerin de çekişmeli dava türü gibi algılanmasına sebep olmuş; iki taraflı yürütülen ve hasmın olduğu yargılama formatına uymadığı için ayrı bir kategori olarak değerlendirilerek hasımsız dava olarak görülmüştür.

²⁸⁰ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.71. ; Atalı, bir işin çekişmesiz yargının konusuna girdiği hallerde mahkemeye yapılan başvurularda, “karşı taraf”, “davacı”, “davalı”, “hasım”, “hasımsız dava”, “husumet” gibi ifadelerle dilekçede yer verilmesinin hatalı olduğunu ve bir anlamı bulunmadığını belirtmiştir. Çekişmesiz yargıda “iş”,

atanmasını isteyebilir.” ifadesi ile de anlaşılması gereken, mahkemeye yöneltilmiş bir istem(talep) söz konusu olduğundan, özel denetçi atanması çekişmesiz yargı işidir. Mahkeme, şartların mevcut olup olmadığını inceleyerek dosya üzerinden karar verecektir²⁸¹. Gerekçede ayrıca, özel denetçi atanması isteminin bir eda davası şeklinde ileri sürülmesinde ve mahkemenin tarafları dinlemesinde bir engel olmamakla birlikte zorunluluğun kurumun amacı ile bağdaşmayacağı ifade edilmiştir²⁸². Kanımızca, Gerekçe’de dava tabirinin kullanılması, yukarıda belirttiğimiz üzere yerinde değildir; zira ortada bir uyuşmazlık olmadığından mahkemeye yapılan istem çekişmesiz yargı işi mahiyetindedir²⁸³. Bu istem bir çekişmesiz yargı işi olduğundan, karşı taraf bulunmamaktadır²⁸⁴.

Mahkemenin tarafları dinlemesinde bir engel bulunmadığına gerekçede yer verilmiştir²⁸⁵. Çekişmesiz yargıda re’sen araştırma ilkesinin bir sonucu olarak, mahkeme gerekli gördüğü hallerde her ilgilinin dinlenilmesine karar verebilir²⁸⁶. Hukuki durumu çekişmesiz yargı sonucu verilecek karardan etkilenme ihtimali bulunan şirketin maddi anlamda ilgili olduğu düşünüldüğünde, hukuki dinlenme hakkının gözetilmesi kanun gereğidir²⁸⁷.

Öğretide, ihtilaf yokluğu ölçütüne göre çekişmesiz yargıya tabi işlerde, karşı taraf bulunmadığından, duruşma yapılmasına gerek olmadığı ifade edilmektedir²⁸⁸. Çekişmesiz yargı işlerinin büyük çoğunluğu dosya üzerinden karar verilebilir türden olması sebebiyle

“talep” ya da “müracaat” veya “başvuru”, “ilgililer” kavramları kullanılmasının gerekliliğinin altını çizmiştir. Bkz. ATALI, Pekcanitez Usûl, s.2119.

²⁸¹ TTK m. 438’in Gerekçesi.

²⁸² TTK m. 438/1’in gerekçesinin son cümlesinde “ *Talebin bir eda davası şeklinde ileri sürülmesine ve mahkemenin tarafları dinlemek istemesine engel bulunmamakla birlikte, zorunluğun kanunun amacı ile bağdaşmayabileceği düşünülmektedir.* ” ifadesi yer almaktadır.

²⁸³ Aynı doğrultuda bkz. GÜNAY, s.70.; Taraflar arasındaki çekişmeyi çözmeye yarayan dava, “ *başkaları tarafından hakkı ihlal edilen veya tehlikeye sokulan kimsenin, yeniden tartışma konusu yapılmayacak şekilde ve geleceğe yönelik olarak, bu ihlalin ve tehlikenin bertaraf edilmesi için mahkemeden hukuki koruma talep etmesidir.* ” şeklinde tanımlanmıştır. Tanım için bkz. PEKCANITEZ Hakan, Medeni Usul Hukuku, C.II, İstanbul 2017, s.923.

²⁸⁴ Eriş,TTK m.438 uyarınca özel denetçi isteminin bir dava olduğundan bahisle, HMK. hükümleri çerçevesinde istemde bulunan pay sahibinin davalı olarak şirket tüzel kişiliğini gösterebileceğini; şirketin davacı olduğu halde ise davanın hasımsız açılabilceğini ve söz konusu davaya, pay sahiplerinin fer’i müdahil olarak katılabileceklerini öne sürmüştür. (ERİŞ, Ticari İşletme ve Şirketler, s.2263.) Yazar hatalı bir şekilde çekişmesiz yargı işini dava olarak nitelemiştir. Zira aynı eserin 2266. Sayfasında özel denetçi atanması isteminin bir dava olmadığı şeklinde görüş bildirmiştir.

²⁸⁵ TTK . 438’in gerekçesi.

²⁸⁶ KURU Bakı, Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı), Ankara 2015, s.718.

²⁸⁷ 6100 sayılı HMK m.27’ de, "Hukuki dinlenme hakkı" düzenlenmiştir. Maddeye göre bu hak; yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içerir.

²⁸⁸ KURU, Nizasız Kaza, s.163; ARAS, s.63.

kanunda aksi belirtilmediği müddetçe duruşma yapılması zorunluluğu yoktur²⁸⁹. Kanaatimizce, istemde bulunan pay sahibinin özel denetçi atanması talebini içeren dilekçesinin şirkete tebliğ edilerek yargılamadan haberdar edilmesi ve söz konusu talep karşısındaki sözlü beyanlarının alınması hukuki dinlenilme hakkına da riayet eden bir çözüm olacaktır²⁹⁰.

Özel denetçi atanmasının konusunu oluşturduğu yargılamanın hangi usule tabi olacağı TTK'nın 438 ila 444 maddelerinde düzenlenmemiştir. Özel denetçi atanması, çekişmesiz yargı işlerinden olması sebebiyle niteliğine uygun düştüğü ölçüde basit yargılama usulüne tabidir (HMK m.385/1). Basit yargılama usulünde hakim mümkün olduğu hallerde duruşma yapmaksızın dosya üzerinden karar verebilir²⁹¹(HMK m. 320/1). Ortada bir uyuşmazlık bulunmadığından mahkemece yapılacak inceleme daha çok “şekli anlamda” bir inceleme olacaktır. Bu bağlamda “ başvurunun görev ve yetki alanında olup olmadığını”, “genel kurulun özel denetim yapılmasına ilişkin kararının varlığını”, “ istemde bulunanın başvuruya yetkili olup olmadığı” ve “başvurunun süresi içinde yapılıp yapılmadığı” gibi hususlar mahkemenin inceleme konusudur²⁹².

Yargılamanın mümkün olan en kısa süre içinde bitirilmesi için özel denetçi raporunun zamanında verilmesi, diğer pay sahipliği haklarının kullanılmasında temel teşkil edeceğinden, son derece önemlidir²⁹³. Bu süre özellikle TTK m. 558/2 kapsamında sorumluk

²⁸⁹ KURU, Nizasız Kaza, s.163.

²⁹⁰ İlgililerin dinlenilmesi, mahkemenin ilgilileri sözlü veya yazılı olarak beyanda bulunmaya davet etmesi şeklinde olabilir; bkz. KURU, Nizasız Kaza, s.167.

²⁹¹ “Basit yargılama usulünde ise yazılı yargılama usulünden farklı olarak ön inceleme ve tahkikat işlemleri basitleştirilmiştir. HMK'nın 320/1.maddesinde "mahkeme mümkün olan hallerde tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar vereceği" belirtilmişse de bunun ancak ön inceleme aşamasında ve "mümkün olan hallerde" olduğu belirtilmek suretiyle yasanın uygulama alanı dar bir çerçeveye ile belirlenmiştir. Eğer, dosya üzerinden karar verilmesi mümkünse (örneğin, geçici hukuki korumalarda), taraflar duruşmaya çağrılmadan sadece dilekçe ve delilleri dikkate alınarak karar verilebilir(m. 320/1). Dosya üzerinden karar verilemiyorsa, bu durumda mahkeme ön inceleme yapar. Burada da, mahkeme dava şartları ve ilk itirazların varlığını inceleyerek, hak düşürücü süreler ve zamanaşımı süreleri hakkında tarafları dinler. Bundan sonra hakim, tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları tek tek tespit ederek, tarafları sulhe teşvik eder. Tarafların sulh olup olmadıkları; sulh olmamışlarsa anlaşamadıkları hususların nelerden ibaret olduğu tutanağa yazılır ve tutanak hazır bulunanlarca imzalanır. Tahkikat bu tutanağa göre yürütülür (m. 320/2). Tahkikat tamamlandıktan sonra, yazılı yargılama usulünde olduğu gibi ayrıca sözlü yargılama için ayrı bir kesit öngörülmemiştir; bunun için ayrıca süre verilmez. Hakim tahkikatın tamamlandığı duruşmada, tarafların son beyanlarını alır ve yargılamanın sona erdiğini belirterek hükmünü tevhim eder(m. 321/1). Bununla birlikte HMK'nın 27.maddesinde belirtildiği üzere davanın taraflarının, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakları mevcut olup, bu hak çerçevesinde tarafların açıklama ve ispat hakkını kullanabilmeleri gerekmektedir. Şu halde, dava şartları ve ilk itirazlar, sulhe teşvik gibi konular öninceleme safhasında mutlaka tutanağa geçirilip ön inceleme aşamasının icrası ve dairemizin uygulamasına göre duruşma açılması zorunludur.” Yargıtay 13. HD 12.02.2015, 2015/ 3207 E., 2015 / 4115 K (www.lexpera.gov.tr).

²⁹² KENDİGELEN, Hukuki Mütalaalar, C. XIII., İstanbul 2015, s.325.

²⁹³ ÖZKAN, s.43.

davası açmak için kanunda öngörölmüş altı aylık hak düşürücü süre karşısında büyük önem taşımaktadır. Buna göre şirket genel kurulunun, sorumluluktan ibraya ilişkin kararına karşı olumsuz oy kullanan pay sahiplerinin sorumluluk davası açma hakkı düşer. Görüldüğü üzere altı aylık hak düşürücü süre geçirilmeden özel denetimin neticeye ulaşması pay sahipliği haklarının kullanılmasında kritik bir önem taşımaktadır; ancak bu kadar kısa bir süre içerisinde yargılamanın bitirilmesi ve özel denetim raporuna dayanılarak açılacak sorumluluk davasına uygulamada rastlanması pek olası görülmemektedir²⁹⁴.

4. Yetkili ve Görevli Mahkeme

TTK m. 438/2' de yetkili ve görevli mahkeme açıkça gösterilmiştir²⁹⁵. Buna göre, "...şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi²⁹⁶..." özel denetçi atamakla görevli ve yetkilidir. Burada şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir (HMK m.14/2). Diğer taraftan " Ticari davalar ve çekişmesiz yargı işlerinin görüleceği mahkemeler" kenar başlığını taşıyan TTK m.5/1 "*aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir.*" hükmü de görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğunu işaret etmektedir. Dolayısıyla HMK m. 14/2 kesin yetki kuralı ve TTK m. 5/1 görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğuna dair düzenlemeler karşısında TTK m. 438/2'deki görevli yetkili mahkemeye ilişkin düzenlemeler anlamını yitirdiğinden tekrardan öteye gitmemektedir.

Değnilmesi gereken diğer bir husus ise, asliye hukuk mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemeleri arasında iş bölümü ilişkisi olduğuna dair kural, 6335 sayılı kanun ile TTK m. 5 'te yapılan değişiklik sonrası, görev ilişkisi olduğu şeklinde düzenlenmiştir²⁹⁷. Asliye ticaret mahkemesinin olmadığı yerlerde özel denetçi atanması istemi asliye hukuk mahkemesine yapılacak olup, bu halde asliye hukuk mahkemesi ticaret mahkemesi sıfatıyla yargılama yapacaktır. Yetki ve göreve ilişkin bu düzenlemeler yargılama şartı niteliğindedir (HMK

²⁹⁴ ŞENER, s.525.

²⁹⁵ Kendigelen, HMK 14/2'de ifade edilen şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesinin kesin yetkili olduğu düzenlemesi karşısında artık bu hükmün düzenlemesini bir anlamının bulunmadığı görüşündedir. KENDİGELEN, İlk Tespitler, s.341. ve orada bkz.dn.209.

²⁹⁶ Ticaret mahkemeleri bir başkan ve iki üyeden oluşan toplu mahkemelerdir.(5235 S. Kanun m.5) Asliye ticaret mahkemesi olmayan yerlerde ise ticari davalara tek hakimli asliye hukuk mahkemeleri bakacaktır.

²⁹⁷ TTK m. 5/ 3-4 aynen :“(Değişik: 26/6/2012-6335/2 md.)3) Asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisi olup, bu durumda göreve ilişkin usul hükümleri uygulanır.4) Asliye ticaret mahkemesi bulunmayan yargı çevresindeki bir ticari davada görev kuralına dayanılmamış olması, görevsizlik kararı verilmesini gerektirmez; asliye hukuk mahkemesi, davaya devam eder.”

m.14/1.c-ç). Görev ve kesin yetki kuralı kamu düzenine ilişkin olduğundan mahkemece re'sen dikkate alınır (HMK m. 19/1- 115/1).

5. Yargılama Şartlarının Mahkemece İncelenmesi

Mahkeme, şartların mevcut olup olmadığını inceleyerek kararını verir²⁹⁸. Bu halde, mahkemenin istem karşısında yapacağı inceleme, ortada bir uyuşmazlık bulunmadığından daha çok “şekli anlamda” bir inceleme olacaktır²⁹⁹. Bu bağlamda “başvurunun görev (asliye ticaret mahkemesi) ve yetki (şirket merkezinin bulunduğu yer) alanında olup olmadığını”, “genel kurulun özel denetim yapılmasına ilişkin kararının varlığını”, “istemde bulunanın başvuruya yetkili olup olmadığı”³⁰⁰, “başvurunun süresi (otuz gün) içinde yapıp yapılmadığı” gibi hususlar mahkemenin incelemesinin konusudur³⁰¹. Ayrıca, aynı genel kurul kararına dayalı olarak mahkemeye yapılmış birden fazla özel denetçi atanması istemli başvurunun derdest olması ve bu mahkemelerin hepsinin yetkili bulunması halinde, dosya talebin kendisine ilk olarak yöneltildiği mahkemeye gönderilir (HMK m.166/1). Derdestlik çekişmesiz yargıda da bir dava(yargılama) şartıdır ve re'sen dikkate alınır³⁰² (HMK .114/1).

Bunlara ek olarak mahkemenin re'sen araştırması gereken diğer bir nokta, genel kurulda özel denetim yapılmasına konu olan ve açıklığa kavuşturulması talep edilen belirli olaylar ile özel denetçi marifetiyle devşirilmesi talep edilen bilgilerin konu ve kapsamlarının örtüşüyor olmasıdır³⁰³. Bunun diğer bir anlamı ise özel denetçi vasıtasıyla açıklığa kavuşturulması istenilen olayların konusu ile ön şart niteliğindeki ve kullanıldığı kabul edilen bilgi alma hakkının konusunun aynı olmasıdır³⁰⁴. Nasıl ki, bu ön şart özel denetimin genel kurulca kabulü sırasında arandı ise, mahkemece de başvurunun kabulü ve özel denetçi atanması öncesinde dahi aranacaktır. Bu durumun mahkemece tespiti, genel kurul karar

²⁹⁸ TTK m. 438'in Gerekçesi.

²⁹⁹ NARBAY, s.94; GÜVEN, s.152.; KENDİGELEN, Hukuki Mütalaalar, s.325.

³⁰⁰ Mahkemece özel denetçi atanması kararı verilmeye kadar pay sahipliği sıfatının bulunması aranır;bu karardan sonra payın devredilmesi mümkün olup, özel denetçinin rapor hazırlamasına engel teşkil etmez.(PULAŞLI, Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, “Anonim Şirketlerde Özel Denetçi Atanması İsteminin Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi” (Mukayeseli Hukuk) , İstanbul 2017, s.599.

³⁰¹ KENDİGELEN, Hukuki Mütalaalar, s.325; NARBAY, s.94.

³⁰² ATALI Murat, “ Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı”, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı IV, Ankara, 2005, s. 85. (<http://tbbvayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/mu-2005-327.pdf>, Çevrimiçi: 23.08.2018).

³⁰³ NARBAY, s.95; GÜVEN, s.152; DEĞİRMENCİOĞLU, s.53; GÜNAY, s.184.

³⁰⁴ Pulaşlı, bu “tematik” ayniyeti hâkimin re'sen dikkate alması gerektiği görüşündedir. Dolayısıyla söz konusu tematik ayniyetin ispatı bakımından genel kurul tutanakları mahkeme aşamasında büyük önem taşıyacaktır.Bu nedenle, genel kurulda bilgi alma hakkını kullanan pay sahibinin, yönetim kuruluna veya denetçilere yönelteceği soruları yazılı şekilde önceden hazırlamasını ; sözlü olarak sorular sorulmuşsa, bunların genel kurul tutanağına geçirilmiş olması gerektiğini ifade etmiştir; bkz. PULAŞLI, Mukayeseli Hukuk, s.598.

tutanağı ile istem sahibinin mahkemeye başvuru esnasında sunmuş olduğu dilekçe içeriklerinin karşılaştırılması ile mümkündür. Şu halde istem sahibinin, özel denetim marifetiyle açıklığa kavuşturulması istenen konuların neler olduğunu açık bir şekilde dilekçesinde yer vermesinin pratikte önemi özel denetimin kapsamının belirlenmesinde mahkemeye sağladığı kolaylıktır. Bununla birlikte, denetimin konusuna ilişkin olaylar genel kurul tutanaklarından açıkça anlaşılıyor olmak şartıyla, istem sahibinin başvuru dilekçesinde “ genel kurul tutanağında bahsi geçen olayların açıklığa kavuşturulması” şeklinde bu tutanaklara yapılacak yollama da kanaatimizce mümkündür. Ayrıca belirtmek gerekir ki, çekişmesiz yargıda re’sen araştırma ilkesi geçerli olduğundan, ilgililerin talepleri veya delillerinin mahkemeyi bağlayıcı etkisi yoktur³⁰⁵. Çekişmesiz yargıda aksine hüküm bulunmadıkça, ilgililerin yargılamaya konu vakıaları ve bunlara ilişkin delilleri getirme yükümlülükleri yoktur³⁰⁶. Hakim delilleri re’sen toplayabileceği gibi, ilgililerin ileri sürdüğü delillerle de yetinebilir³⁰⁷. Mahkeme gerekli görürse, ilgilileri dinleyebilir, tanık deliline dilekçede yer verilmiş olmasa dahi re’sen üçüncü şahısları tanık olarak dinleyebilir³⁰⁸.

Genel kurul tutanağında yer almayan ancak özel denetime konu edilmesi istenen olgular ise mahkemece kapsam dışında bırakılacaktır³⁰⁹. Hakim, inceleme konusu ile bağlı

³⁰⁵ “Şu açıklamalardan anlaşılacağı üzere çekişmesiz yargıda hâkim, kamu yaran düşüncesiyle ve gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla kabul edilen re’sen araştırma ilkesi uyarınca, davanın ispatı için gerekli bütün delillere başvurabilir. Eş söyleyişle, re’sen araştırma ilkesinin uygulandığı bir dava mahkeme önüne getirildikten sonra artık kamu yararı alanına girdiğinden; hâkimin, taraflarca ileri sürülen vakıaları doğrudan doğruya araştırma yetkisi ve yükümlülüğünün bulunduğu açıktır. Bundan ayrı, hasımsız olarak açılan ve çekişmesiz yargıya tabi olan davalarda verilen kararlar kesin hüküm oluşturmamışlarından; hâkimin, kişinin menfaatini korumak ve birbirine zıt olmayan menfaatleri düzenlemek için mevcut delillere göre sonuca giderek karar verme yükümlülüğünün bulunduğu da kuşku ve duraksamadan uzaktır. Tüm açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı, T. Asliye 2. Hukuk Mahkemesi’nin 2000/540 Esas sayılı dosyasından verilen yetki belgesine dayanarak mirasçılık belgesinin verilmesini istemiştir. Mirasçılık belgesi verilmesi hakkındaki istek (H.U.M.K m. 8.II/7), "ihtilaf yokluğu" kistasına göre çekişmesiz yargıya tabi olup, az yukarıda açıklandığı üzere re’sen araştırma ilkesi geçerli olduğundan; Mahkemece, davanın ispatı için gerekli bütün delillerin re’sen getirtilip incelenmesi gerekir. Hemen ifade etmek gerekir ki; bu davanın yetki belgesine dayanılarak açılmış olması ve muris H. ’nın ölüm tarihi göz önüne alındığında, tanıkla ispat olanağı bulunmadığı açıktır. O halde, davacı yanında her türlü delile başvurma yetki ve yükümlülüğü bulunan Mahkemenin, murise ait nüfus aile kayıt örneğini ilgili Nüfus Müdürlüğünden istemesi ve yetki belgesinin verildiği T. Asliye 2. Hukuk Mahkemesi’nin 2000/540 Esas sayılı dosyasını getirterek, muris H. ’nın mirasçıları ile, davacının durumunu da değerlendirmek suretiyle mevcut delillere göre karar vermesi olanaklıdır.” Y. HGK. 14.12.2005, E. 2005/693 K. 2005/726 (Yarg. Kararı için bkz. ARAS, s.114-dn.342.)

³⁰⁶ KURU, Nizasız Kaza, s.168.;ARAS, s.114; Kanun Koyucu, 6100 sayılı HMK’da yargılamaya hakim olan ilkeleri başta tasarruf ilkesi (HMK m. 24) ve taraflarca getirilme ilkesi (HMK.md.25) olmak üzere bir üst başlık altında düzenlerken, re’sen hareket ilkesi Kanun’da açık bir şekilde düzenlenmemiş; ancak HMK m. 25’de “Kanunda öngörülen istisnalar dışında” demek suretiyle re’sen araştırma ilkesini kabul etmiştir. HMK m. 25/2’ de bu ilke bir kez daha vurgulanmıştır. Bkz. ÖZMUMCU Seda, “Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re’sen Araştırma İlkesi” SDÜHFD, MİHBİR Özel Sayısı, s.150 (<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/213535> Çevrimiçi: 21.07.2018).

³⁰⁷ ARAS, s.114.

³⁰⁸ KURU, Nizasız Kaza, s.168.

³⁰⁹ Aynı doğrultuda bkz. NARBAY, s. 95.

olmakla birlikte, TTK m. 440/2'ye göre istem çerçevesinde inceleme konusunu belirlemede bir ölçüde takdir hakkına sahiptir. Şöyle ki, bilgi alma hakkının kullanıldığını gösteren ve bu kapsamda sorulan soruların yer aldığı genel kurul tutanağında çok fazla soru olması halinde, hakim bu sorular arasında bir biri ile ilişkisi ölçüsünde bağıntı kurarak özdeşlik içerenleri aynı başlık altına toplayarak soru sayısında azaltıma gidebilir³¹⁰.

Çekişmesiz yargıda re'sen araştırma ilkesi kural olmakla birlikte, özel denetim isteminde bulunulabilmesi için aranan zorunlu koşulların varlığı mahkemece yeniden tetkik edilemez; zira bu koşulların mevcudiyetine dair genel kurul kararı bu koşulların varlığını çekişme konusu yapmaktan çıkarmış yazılı bir belge olup mahkeme bununla bağlıdır³¹¹.

Son olarak belirtmek gerekirse, takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerinde hakim, davada olduğu gibi taleple bağlıdır³¹². Öyle ki, özel denetçi atanması talebinde bulunan pay sahibinin bu talebini geri alması durumunda mahkeme yargılamaya devam edip karar veremez. Buna karşın, davadan farklı olarak, iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı çekişmesiz yargıda mevcut değildir³¹³.

6. Mahkeme Kararı ve Kanun Yolları

Anayasa'nın 141. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, "Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır". Buna göre özel denetçi atanması kararı gerekçeli olmalı ve HMK m.297'de sayılan hususları içermelidir. Özel denetçi atanması kararında mahkeme, özel denetçinin görev ve yetkilerini, özel denetçiye ödenecek ücreti, incelemenin çerçevesini ve süresini ayrıntılı olarak göstermelidir.

Özel denetim isteminin kabulü halinde mahkemece verilecek karar, TTK m. 440/2 uyarınca kesin olmakla birlikte söz konusu karara karşı kanun yolu kapalıdır. Bu durumda,

³¹⁰ "2014 tarihli bir Federal Mahkeme Kararı'na konu olan olayda, bir pay sahibi yönetim kuruluna yönelttiği 40'ın üzerinde sorunun bulunması üzerine, mahkeme konuları inceliyor ve birbirine yakın olanları birleştirerek özel denetimin konusunu toplam olarak 20-25 civarında soruya indirmiş. Yani, "mot a mot" aynısı olması anlamında değil, az ve ya çok hâkimin yetkisi olduğunu görüyoruz" bkz. PULAŞLI, Konferans, s.89.

³¹¹ Aynı doğrultuda, ALTAY, s.60; NARBAY, s.94.; GÜVEN, s.152; GÜNAY s.184; Zurich mahkemesi, anonim ortaklığın denetçi atanması yönünde bir itirazı olmaması halinde başvuruda bulunanın ayrıca genel kurulda özel denetim isteminin kabul edilmesine yönelik koşulları yerine getirip getirmediğinin incelenmesine gerek olmadığına dair karar vermiştir. ZR 2002,36,(Commentaire Romand), s.955,N.28. (bkz. GÜNAY, s.184 naklen).

³¹² BUDAK, Medenî Usul Hukuku, s.322.

³¹³ KURU, Nizasız Kaza, s.155-156; BUDAK, Medenî Usul Hukuku, s.323; HMK.md.319 uyarınca, "İddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı dava açılmasıyla; savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle başlar."

karar verilmekle birlikte şekli anlamda kesinlik kazanır. HMK m. 387 hükmüne göre çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlara karşı kural olarak istinaf kanun yoluna başvurulabilir. Ancak HMK’da düzenlenen bu hüküm karşısında TTK m. 440/2 özel hüküm niteliğindedir; dolayısıyla kural özel hükmün uygulanmasıdır. Sonuç olarak, hukukumuzda özel denetçi atanmasına ilişkin verilen mahkeme kararlarına karşı istinaf başvurusu yapılması halinde, başvuru TTK m. 440/2 hükmü uyarınca reddi gerekir. Yargıtay, eski kanun döneminde vermiş olduğu bir kararında, özel denetçi isteminin mahkemece reddedilmesi halinde kararın temyiz edilebileceği, ancak talebin kabulüne yani özel denetçi atanmasına dair verilen karara karşı şirketin temyiz imkânının bulunmadığı yönünde görüş bildirmiştir³¹⁴.

Bilindiği üzere günümüzde ilk derece mahkemesi kararlarına karşı istinaf kanun yoluna başvuruda bulunmaktadır (HMK m.341, m.387). Bölge Adliye Mahkemeleri tarafından, ilk derece mahkemesince verilen özel denetçi istemine dair kararın kabul veya ret olması arasında bir ayrım gözetilmeksizin, TTK m. 440/2 hükmü gerekçe gösterilerek kararın kesin olduğundan bahisle istinaf talebinin reddi şeklinde kararlar vermektedir³¹⁵. Öğretide Tekinalp, mahkeme kararının kabul veya ret olması bakımından ikili bir ayrıma gitmiştir. Yazara göre, mahkemenin denetçi atanmasına dair verdiği olumlu kararın kesindir; ancak ret kararına karşı kanun yoluna başvurulabilir görüşünü savunmaktadır.³¹⁶

Özel denetim isteminin genel kurulca kabulü üzerine mahkemeye özel denetçi atanması istemi ile yapılacak başvuru üzerine mahkemece verilecek kararın özel denetçi atanması yönünde bir karar olacağı mutlakdır. Buna karşılık, düşük bir olasılık olmakla birlikte, mahkemenin TTK m. 438 uyarınca özel denetçi atanması istemini reddi halinde, kanımızca söz konusu karara karşı kanun yolunun açık olduğu kabul edilmelidir. Bu noktada, Tekinalp’in yukarıda yer verdiğimiz görüşüne katıldığımızı belirtiriz. Şöyle ki, TTK’nın “Atama” kenar başlığını taşıyan m.440/2’de “*Mahkeme kararı kesindir*” şeklindeki ifadenin

³¹⁴ Yargıtay 11. HD 30.06.1980, 3183/3534 ; karar için bkz. ARI, s.1431.

³¹⁵ “Her ne kadar istinaf yolu ile dairemize gelen kararın hüküm fıkrasında kararın istinafa tabii olduğu belirtilmişse de yasanın açık hükmü karşısında mahkeme kararındaki ifadenin hukuki bir değeri bulunmadığından incelemeye konu ilk derece mahkemesi kararı, 6102 sayılı TTK ‘nın 440/2- son cümlesi uyarınca kesin niteliktedir.” (İstanbul BAM, 14. HD., E. 2017/191 K. 2017/171 T. 13.4.2017); “Davanın yasal dayanağı 6102 sayılı TTK ‘nın 438. Vd. maddelerine dayanan özel denetim isteme hakkıdır. Söz konusu hukuk normlarına göre: genel kurulun reddi halinde pay sahipleri koşulları varsa ticaret mahkemesinden özel denetçi atanmasını isteyebilir. TTK ‘nın 439/2 maddesine göre dilekçe sahiplerinin kurucuların ve şirket organların kanuni ve esas sözleşmeyi ihlal ederek şirketi veya pay sahiplerini zarara uğrattıklarını ikna edici bir şekilde ortaya koymaları halinde özel denetçi atanır. TTK ‘nın 440/2 maddesinin son cümlesi uyarınca da mahkemenin kararı kesin olup ilk derece mahkemesinin kararına karşın yasa yoluna başvurulması mümkün değildir”. (Yargıtay 11. HD 11/06/2014, 2013/16879E-2014/11122K); 11. HD., E. 2015/97 K. 2015/13293 T. 10.12.2015 (www.lexpera.com.tr).

³¹⁶ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, 1017f, s.69; Aynı yönde görüş için bkz. AYDIN Sema, “Anonim Şirketlerde Özel Denetim İsteme Hakkı” KHÜHFD, S.1, Haziran-2014, s.70; NARBAY, s.134.

ayrı bir fıkrada düzenlenmek yerine, “ *Mahkeme istemi yerinde görürse..... bağımsız uzmanı görevlendirir.*” hükmünün hemen ardında yer almış olması, kanun maddesinin lafzi yorumu suretiyle, kanun koyucunun iradesinden anlaşılması gerekenin; olumlu yönde bir karar olan atama kararının kesin olduğu sonucuna da götürdüğü söylenebilir. Öğretide Narbay, “*Mahkeme kararı kesindir*” ifadesinin TTK m.440/2’de yer almasının hatalı olduğunu, bu ifadenin TTK m. 438/2’ye ikinci bir cümle olarak eklenmesi ile durumun düzeltilerek her türlü tartışma ve duraksamanın önüne geçilebileceği görüşünü dile getirmiştir³¹⁷.

Önemle belirtilmesi gereken bir diğer husus, mahkemece verilen kararın çekişmesiz yargı işinin bir sonucu olması sebebiyle usul hukuku bağlamında maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemesidir³¹⁸. Bunun anlamı, daha sonra tekrar aynı istemle mahkemeye başvurulması mümkündür³¹⁹. Dolayısıyla özel denetim için mahkemeye başvuran ve bu başvurusu gerekli koşulları taşımadığı için reddedilen istem sahibi, söz konusu eksiklikleri tamamlayarak yeniden mahkemeye özel denetçi atanması için başvuruda bulunma hakkına sahiptir. Diğer yandan, çekişmesiz yargıda karara bağlanan işlerin tekrar tekrar yargılama konusu yapılmasının önüne geçmek amacıyla, “*ne bis in idem*” (bir kez karara bağlanmış bir işe yeniden bakılması yasağı) ilkesinin çekişmesiz yargıda da uygulanması gerektiği belirtilmektedir³²⁰.

Kanımızca pay sahibi, usulden reddedilen istemini söz konusu eksiklikleri gidererek yeniden mahkemeye yöneltmekte serbest olduğu gibi, mahkemece verilen ret kararının haksız olduğunu düşünüyorsa HMK m.387 uyarınca istinaf kanun yoluna da başvurabilmelidir³²¹. İstinaf kanun yoluna başvurunun sonuçlanmasının uygulamada oldukça uzun bir zaman aldığı

³¹⁷ NARBAY, s. 133.

³¹⁸ Maddi anlamda kesin hüküm, bir davanın hükme bağlanmasından ve bu hükmün şekli manada kesinleşmesinden sonra aynı davanın yeniden mahkeme önüne getirilmesini engeller. Aynı davalardan söz edebilmek için ise, tarafların, dava sebebinin, ve netice talebin birbirinin aynı olması zaruridir. Bu unsurlardan birinin farkı olması halinde davalar arası ayniyetten söz edilemez; bkz. ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s.555-557; BUDAK, Medenî Usul Hukuku , s.272.

³¹⁹ ARAS, s.162; “*Mirasçılık belgesinin alınması çekişmesiz yargı sonunda verilen bir karardır. Çekişmesiz yargıya ilişkin kararlar şeklen kesinleşmiş olsalar bile, maddi hukuk açısından kesin hüküm teşkil etmezler. Bu nedenledir ki; bu tür belgelerin gerçeğe aykırı olarak alınmış olması halinde istek üzerine mahkemece tekrar değiştirilebilirler ve yeni bir mirasçılık belgesi verilebilir. Başka bir anlatımla.; böyle bir belgenin aksi her zaman iddia ve ispat edilebilir.*” Yarg. HGK T: 15.11.2006, E: 2006/8-721 K: 2006/716 (www.lexpera.com.tr).

³²⁰ KURU, Nizasız Kaza s.187; *Ne bis in idem* ilkesinin uygulanması bir önceki yargılamada mahkemeye sunulan yargılama malzemesine tekrar dayanılarak başvuruda bulunulması halinde söz konusu olup, ilk kez ortaya konulan hususlar bu yasak kapsamında değerlendirilmemelidir. ARAS, s.161-162.

³²¹ Budak, mahkemenin teknik anlamda yargı kararı vermediği, basit çekişmesiz yargı talebini kabul ederek yerine getirmesi halinde kanun yollarına başvurulmasının söz konusu olmadığı, ancak talebin reddi halinde kanun yollarına başvurulmasının mümkün olduğu görüşündedir; bkz. BUDAK, Medenî Usul Hukuku, s.325.

gerçeği karşısında, pay sahibinin tekrardan mahkemeye aynı konuda başvuru yapması amaca daha uygun bir çözüml olacaktır.

Nihayet, çekişmesiz yargı sonucu verilen karar maddi anlamda kesinlik taşımadığından, çekişmesiz yargıdaki tespit edici nitelikteki kararlar hukuki ilişki kesin olarak tespit edilmiş olmaz³²². Diğer bir deyişle, özel denetçi atanması üzerine mahkemeye başvurulması üzerine hakimin yapacağı inceleme, pay sahibinin özel denetim isteme hakkının mevcut olup olmadığına yönelik bir inceleme olmayacaktır; zira taraflar arasında bu husus ihtilaf konusu olmadığı genel kurul kabul kararı ile sabittir. Bu durum, özel denetçi atanması istemi üzerine yapılacak yargılamanın, takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işi olmasının bir sonucudur. Mahkeme kararı yalnızca özel denetçi atanması yönünde olursa inşai etkiye sahip bir karardır³²³.

³²² ARAS, s.156.

³²³ İflasın ertelenmesi kararı üzerine, mahkemece kayyım atanması durumunda, mahkemenin atama kararı ile kayyım, yeni bir hukukî statüye girdiğinden, bu kararın inşai etkiye sahip olduğuna dair görüş için bkz. ERMENEK İbrahim, İflasın Ertelemesi, Ankara 2009, s.294; Çekişmesiz yargıda verilen inşai kararlar, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemekle birlikte, inşai etki gücünü haizdir. Buna göre, inşai nitelikteki çekişmesiz yargı kararları, inşai etkiyi haiz olduğundan herkese karşı etkili ve bağlayıcı olacaktır; bkz. ARAS, s.164.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖZEL DENETİM İSTEMİNİN GENEL KURULCA REDDİ

VE

MEHKEMEYE BAŞVURU

I. GENEL OLARAK

Özel denetim isteminin genel kurul tarafından reddedilmesi halinde, özel denetim sürecinin başlatılması TTK m. 439'da yer alan şartlara tabi olacaktır. Bu durumda, sermayenin en az %10'unu, halka açık anonim şirketlerde %5'ini oluşturan pay sahipleri veya paylarının itibari değeri toplamı en az bir milyon Türk Lirası olan pay sahipleri üç ay içinde şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinden özel denetçi atanmasını isteyebilir. Görüleceği üzere, genel kurulun istemi kabul etmesi durumundan farklı olarak mahkemeye başvuru hakkı her pay sahibi veya şirkete değil, azlığa tanınmış yani ortaya bir azlık hakkı çıkmıştır³²⁴. Azlık kavramı, şirketin halka açık anonim şirket olup olmamasına göre farklılık gösterdiği gibi, sermayesi çok büyük olan şirketlerde, hükümde belirtilen oranlara ulaşılmasının güç olacağı düşüncesiyle istemde bulunulabilmesi için ayrıca sabit bir miktar öngörülmüştür³²⁵.

Mahkemeye başvuruda bulunabilecek hak sahiplerine ilişkin koşulların ağırlaştırılmış olmasının yanı sıra, mahkemeden özel denetçi atanmasına ilişkin aranan şekli ve maddi şartlar da güçleştirilmiştir. Şöyle ki, mahkemenin özel denetçi atanmasına karar verebilmesi için, TTK m. 438/1'de aranan şartlara ek olarak, dilekçe sahiplerinin, kurucuların veya şirket organlarının, kanunu veya esas sözleşmeyi ihlâl ederek, şirketi veya pay sahiplerini zarara uğrattıklarını, ikna edici bir şekilde ortaya koymaları şartı da aranacaktır (TTK m. 439/2).

II. YARGILAMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Özel denetim isteminin genel kurulda reddedilmesi üzerine azlığın ya da belli itibari değerde paya sahip olanların, mahkemeden özel denetçi atanmasını istemesinin hukuki

³²⁴ TTK m.49/1'in gerekçesi.

³²⁵ TTK 439/1'in gerekçesi.

niteliği öğretide çoğunluk görüşünce bir dava olarak kabul edilmektedir³²⁶. Bunun temel sebebi eTK m. 348/2’de açıkça “dava” teriminin kullanılmış olmasıdır³²⁷. Bununla birlikte davanın niteliği hakkında farklı görüşler öne sürülmüştür.

Domanıç’e göre azınlığın bu yöndeki istemi delil tespiti ya da ihtiyati tedbir talebi niteliğindedir. Dolayısıyla bu talep üzerine verilen olumlu veya olumsuz mahkeme kararı kesin hüküm teşkil etmez. Zira, bir bilirkişi çalışması niteliğini aşmayan ve hatta itiraz edilmediği takdirde, bir nevi kesinlik kazanan bilirkişi seviyesine bile ulaşamayan özel denetçi incelemesi ve mahkeme kararı, hiçbir ihtilafı kesin çözüme bağlamamakta, en fazla delil tespiti veya tedbir niteliğinde bir karar ve belge seviyesinde kalmaktadır. Yazar, özel denetçi atanması istemi üzerine verilen, olumlu veya olumsuz mahkeme kararının, özel denetim gerekip gerekmediği konusunda şirketle azlık arasındaki ihtilafı sona erdirdiği ve bu sebeple kesin hüküm niteliğinde olduğu düşünülse bile, böyle bir düşünce hatalı ve kesin hükmün şartlarına aykırı olacağını ifade etmiştir³²⁸.

Ansay’ın görüşüne göre ise, mahkeme özel denetçi atanmasını istemini ister kabul etsin isterse reddetsin, dava delil tespiti niteliğinde değildir³²⁹. Yazara göre eda davası söz konusu olup yargılama sonucu verilen karar kesin hüküm niteliğinde olmakla, temyizi de mümkündür³³⁰.

Moroğlu, özel denetçi atanması istemi üzerine mahkemece görülecek davanın bir eda davası olduğunu ve davanın anonim şirket aleyhine açılması gerektiğini ifade etmiştir³³¹.

³²⁶ MOROĞLU, Özel Denetçi, s.354; NARBAY, s.118; ALTAY, s.66 vd.; Aksi görüş için bkz. KURU, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2017, s.654 ve 657.; GÜNAY, s.71-85; Yazar, özetle azlığın mahkemeden özel denetçi atanmasını istemesi bir dava olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığını zira bu istemin tıpkı kıymetli evrakın iptalinde olduğu gibi sübjektif hakkın yokluğu kıstası uyarınca bir çekişmesiz yargı işi olduğu görüşündedir.; Eriş, özel denetçinin TTK m. 440 uyarınca atanmasına dair yaptığı açıklamalarda, istemin bir dava olmadığından mahkemece dosya üzerinden özel denetçi atanmasına dair olumlu veya olumsuz bir karar verilebileceğini ifade etmişti.; bkz.ERİŞ, Ticari İşletme ve Şirketler, s.2266.

³²⁷ 6762 sayılı TTK’nın 348/2 maddesinde 1/10 paya sahip ortakların özel denetçi tayinini genel kuruldan isteyebilecekleri, bu istek genel kurulca reddedildiği takdirde, bu ortakların pay senetlerini bir bankaya tevdi etmek ve giderleri peşin ödemek kaydıyla, özel denetçi seçimi için mahkemede “dava” açabilecekleri, açıkça gösterilmiştir.

³²⁸ DOMANIÇ, s.750 vd.; Çelik, eTK m.348/2 (TTK m. 439/2) gereğince delil ve emareleri ibraz edemediğinden özel denetçi istemi mahkemece reddedilen azınlığın, gerekli delilleri tedarik ederek mahkemeye başvurarak aynı konularda inceleme yapmak üzere özel denetçi tayini istemesinin doğal olduğunu ifade etmiştir. ÇELİK, s. 103-dn. 88; Paslı, ancak usule ilişkin şartların varlığı halinde hakim, davanın esasına girebilir; dolayısıyla davanın usulden reddi halinde azınlık aynı davayı tekrar açabilir. PASLI, s.636-dn.125.

³²⁹ANSAY Tuğrul, Yargıtay Uygulamasında Anonim Şirketler Hukuku (Yargıtay’ın 1975-1980 Yılları Arasında Verdiği Kararlar), BATİDER, Ankara 1981, s.35.

³³⁰ ANSAY, s.35.

³³¹ MOROĞLU, Özel Denetçi, s.354; Aynı doğrultuda ÖZKAN, s.33.

Paslı'ya göre azınlığın, mahkemeden özel denetçi tayini talebi, kendine özgü (*sui generis*) bir istem olmakla tam anlamıyla herhangi bir sınıflandırmaya dâhil edilmesi mümkün değildir³³². Yazar, özel denetim isteminin delil tespiti olmadığını; zira HUMK m. 369 (HMK m. 400 vd.) uyarınca şimdiden tespit edilmemesi halinde, ileride gösterilmesi çok güç olacağı tahmin edilen deliller hakkında delil tespitinin söz konusu olacağını ancak özel denetimde böyle bir durumun söz konusu olmadığı ifade etmiştir. Diğer taraftan eda davalarının konusu yapma edimi olup, bu edim davalıdan istenirken, özel denetçi tayini talebi mahkemeye yöneltilmekte ve bizatihi mahkemece yerine getirilmektedir³³³. Yine eda davalarında mahkeme kararının ardından hüküm kesinleşmekle mahkemenin görevi sona ererken, özel denetçiyi atayan mahkemenin görevi nihai raporun mahkemeye sunulmasına kadar devam etmektedir³³⁴. Yazar öne sürdüğü tüm bu gerekçelerle birlikte, özel denetçi tayini noktasında mahkemenin vereceği kararın şirket ile azınlık arasındaki uyumsuzluğu sona erdirmiş olması ve eTK m.348'de açıkça "dava" ibaresinin kullanılmış olması karşısında özel denetçi tayini taleplerinde eda davası niteliğinin ön plana çıktığı sonucuna varmıştır³³⁵

Yukarıda yer verilen görüşler dikkate alındığında, özel denetçi atanması istemi ile azlık tarafından mahkemeye yapılan başvurunun çekişmeli yargılamanın kapsamına girdiği konusunda çoğunluk tarafından bir görüş birliği sağlandığı, buna karşın tartışmanın davanın hukuki niteliği üzerinde yoğunlaştığını söylemek mümkündür. Azınlıkta kalan diğer bir görüşe göre ise özel denetçi atanması istemi çekişmesiz yargının konusudur³³⁶.

TTK m.438 kapsamında mahkemeye başvuru halinde yapılacak yargılamanın niteliğini ele alırken, HMK m. 382/2'de açıkça sayılan haller ile, burada sayılmayan fakat sübjektif hakkın yokluğu, ilgililer arasında uyumsuzluk bulunmaması veya hâkimin re'sen harekete geçmesi ölçütlerinden biri veya birkaçının varlığının söz konusu olduğu hallerin HMK m.382/1 uyarınca çekişmesiz yargının konusuna girdiğini belirtmiş ve özel denetçi

³³² PASLI, s.636.; Aynı doğrultuda DEĞİRMENCİOĞLU, s.67; ZEREN, s.130-131.

³³³ PASLI, s.636.

³³⁴ PASLI, s.636.

³³⁵ Yazar, vardığı bu sonuca dayanak olarak, Yargıtay HGK'nın da bir kararında eTK m.348 ile benzerlik gösteren eTK m.351'e göre mahkemece özel denetçi seçilmesinin bir "eda davası" olduğunu belirttiği görüşünü göstermiştir. PASLI, s.637, ayrıca karar için bkz. dn.127.

³³⁶ KURU, çekişmesiz yargı işlerinde yetkili mahkeme konusunu incelerken, TTK m.438/2 ve TTK m.439/1'nin de çekişmesiz yargı işlerinden olduğunu bu bağlamda dolaylı olarak belirtmiştir. Yine bazı çekişmesiz yargı işleri hakkındaki mahkeme kararlarının kesin olduğuna dair verdiği örnek kanun maddeleri arasında özel denetçi atanmasına dair verilen karara da yer vermiştir. KURU Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Ankara 2017, s. 654 ve 657. Aksi yönde görüş bkz. NARBAY, s.118. Yazara göre şirket genel kurulundan özel denetim isteminin reddi halinde ortaya şirket ile azlık arasında bir "çekişme olgusu"nun varlığı konusunda şüphe yoktur. Bu halde, azlığın TTK m. 439 uyarınca mahkemeden özel denetçi atanması istemi artık "çekişmeli yargının" kapsamındadır.

atanması isteminin ihtilaf yokluğu, sübjektif hakkın yokluğu ve inşâî-önleyici etki kıstaslarına göre çekişmesiz yargı işi olduğunu tespit etmiştik³³⁷.

Bu bağlamda, azlığın mahkemeden özel denetçi atanması isteminin bir dava olarak nitelendirilmesi kanaatimizce de doğru değildir. Özel denetçi atanması istemi kanunda sayılan ölçütlerden “sübjektif hak yokluğu” kıstasına göre çekişmesiz yargı işidir³³⁸. Zira azlık her ne kadar şirket tüzel kişiliği ile özel denetçi atanması hususunda çekişme halinde olsa da, özel denetçi atanmasını isterken doğrudan karşı taraftan bir hak talebinde bulunmamakta, aksine pay sahipliğine bağlı başka haklarını kullanabilmesi için özel denetçi atanmasını istemektedir.

Başlangıçta genel kurulda özel denetim isteminde bulunan pay sahibinin sübjektif bir hakkı var gibi görünmesi yanıltıcı olmamalıdır. Gerçekten bu halde özel denetim isteminde bulunan pay sahibinin ihlâl edilen veya şirket tarafından gasp edilen bir hakkı yoktur. Zira özel denetim isteminin kabulü veya reddine dair genel kurulun bir takdir hakkı bulunduğu göz önüne alındığında, genel kurulun bu istemi kabul etmesi gibi bir hukuki yükümlülüğünden bahsedilemez. Pay sahibinin özel denetim isteme hakkı, kanunun aradığı belirli koşulların gerçekleşmesi halinde ortaya çıkan ve temelde bir pay sahipliği hakkıdır. Özel denetim isteme hakkı, bilgi alma veya inceleme hakkının bir uzantısı olup, pay sahiplerinin pay sahipliğinden kaynaklı haklarını etkin ve bilinçli bir şekilde kullanabilmeleri için öngörülmüş bir haktır. Özel denetim sonucu hazırlanacak rapor kapsamında açığa çıkan bilgiler diğer pay sahipliği haklarının kullanılmasına hizmet edecektir. Özel denetim raporunun sonuçlarından, yargılamada şeklen yer almasalar dahi diğer pay sahipleri de faydalanabilecektir. Bu durum çekişmesiz yargıdaki “*maddi ilgili*” olma hali ile izah edilebilir. Çekişmesiz yargıda “*maddi ilgili*” kavramından anlaşılması gereken usulî işlemleri bizzat yapan şekli ilgilinin yanı sıra, yargı sonunda verilen kararlar hukuki durumları etkilenen veya etkilenme ihtimali olan kimselerdir³³⁹. Özel denetçi atanması talebi ile mahkemeye yapılan başvuru, takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işidir. Azlık veya belli itibari değerdeki pay sahibi mahkemeyi harekete geçirdiği için aynı zamanda şekli ilgilidir.

³³⁷ Bkz. İkinci Bölüm II. Özel Denetim İsteminin Genel Kurulda Kabul Edilmesi B. Mahkemeye Başvuru 3. Yargılamanın Niteliği ve Usûlü başlığı altında yer alan açıklamalar.

³³⁸ HMK m. 382/1,b’de “*ilgililerin ileri sürebileceği herhangi bir hakkın bulunmadığı haller*” olarak ifadesini bulmuş olup bu ifade biraz eksiktir. Lakin ortada bir hak veya ihlalin yokluğundan bahsedilmesi halinde hukuki himaye ihtiyacı mevcut değildir; dolayısıyla hukuki yarar şartı gerçekleşmemiştir. Halbuki kanun koyucunun amacı, ortada bir hak bulunmamasına rağmen ilgisine mahkemeye müracaat imkanı tanımaktır. Buna göre, maddi hukukun ilgili başvuru açıkça mümkün kılmasına rağmen, mahkemeye başvuran kişiye ait somut bir hakkın söz konusu olmadığı durumlarda, o iş bir çekişmesiz yargı prosedürü oluşturur. ATALI, Pekcanitez Usûl, C.III, s.2116.

³³⁹ AKKAN, Pekcanitez Usûl, s.105.

Özel denetim istemi şartların gerçekleşmesi halinde genel kurula yöneltilir ve genel kurul tarafından söz konusu istem oylanır. Genel kurulun özel denetim istemini kabul etme gibi bir zorunluluğu yoktur; bu husus Gerekçe’de bu hakkın genel kurulun iradesini bağlayan bir hak olmadığı şeklinde ifade edilmiştir³⁴⁰. Dolayısıyla genel kurulun bu istemi reddetmesi hakkın ihlâl edilmiş olduğu anlamı taşımadığı gibi; kabul edilmiş olması halinde de pay sahibine doğrudan bir hak bahşedilmiş olmayacak, yalnızca özel denetçi atanması istemiyle mahkemeye başvuru imkânı doğacaktır³⁴¹. Özel denetim her halükarda mahkemenin özel denetçi atanması yönünde vereceği karara bağlı olarak cereyan edecektir. Özel denetçi atanmasında, mahkemeye verilecek bir dilekçe ile istemin devlete (kamu gücüne) yöneltilmesi söz konusudur. Gerçek anlamda karşı tarafa yöneltilmiş bir talep yoktur. Özel denetim genel kuruldan istenmekle birlikte, bu istemin yerine getirilmesi yani özel denetimin ifası şirketin tasarrufunda değildir. Zira pay sahibi ve azlık bu hakkın alacaklısı olmadığı gibi, genel kurul da borçlu olarak nitelendirilemez. Özel denetim ancak mahkemece atanması kanunen zorunlu olan özel denetçi marifetiyle icra edilebilir. Genel kurul özel denetim isteminin teknik olarak bir yükümlüsü değildir; özel denetim istemini kabul etme yönünde kanuni bir zorunluluğu dahi yoktur. Kaldı ki, bu istemi kabul etmesi halinde dahi, pay sahibi özel denetim hakkına dayanarak bizzat bir denetim gerçekleştirmesi de söz konusu değildir.

Özel denetim yargılaması sonucu verilen kararda, özel denetçinin görev ve yetkilerini tanımlayan, özel denetimin ne kadar sürede tamamlanması gerektiğini ihtar eden, özel denetçiye ödenmesi gereken ücreti belirleyen, kısacası kanunda yer verilen ve özel denetim sürecinde uyulması gereken kuralları içermektedir. Çekişmesiz yargıda da bazı istisnai hallerde, mahkeme ilgilileri bir şeyi yapmaya, yapmamaya veya bir şeyin yapılmasına katlanma yükümlülüğü emreden kararlar verebilmektedir³⁴². Özel denetçi atanması kararının içeriğinde aynı zamanda özel denetçiye bilgi verilmesine ve incelemesi için gerekli belgelerin verilmesi de yer aldığından çekişmesiz yargıda verilen istisnai kararlardan olma özelliğini taşır.

³⁴⁰ TTK m.438/1’in gerekçesinde “*Pay sahibinin bu hakkı genel kurulun iradesini bağlayan bir öneri hakkı değildir. Oylanması zorunlu olmakla birlikte genel kurul öneriyi reddedebilir*” ifadelerine yer verilmiştir.

³⁴¹ Atalı, kanun koyucunun amacının, ilgililere mahkemeye başvurarak yargılamanın başlatılması konusunda imkan tanıdığı ancak mahkemeye başvuran kişiye ait somut bir hakkın söz konusu olmadığı hallerin çekişmesiz yargı işi sayıldığını ifade etmiştir. Yazar bu hallere örnek olarak TMK m.483’te düzenlenen vasinin azlini göstermiştir. Buna göre, talepte bulunanın vasini azlini istemekte bir sübjektif hakkı yoktur; zira vasinin azli halinde talepte bulunana bir hak intikali söz konusu olmadığı gibi, vasinin görevine devam etmeye ilişkin bir hakkından da bahsedilemez. ATALI, Pekcanitez Usûl, C.III, s.2117.

³⁴² Bu tür kararlara örnek olarak, hakimin çocuğun korunması için önlem alması (TMK m.346), vesayet makamının, vasinin atanmasından önce de re’sen gerekli önlemleri alması ve özellikle, kısıtlanması istenen kişinin fiil ehliyetini geçici olarak kaldırabilmesi ve ona bir temsilci atayabilmesi (TMK m.420) gösterilebilir; bkz. ARAS, s.186.

Özel denetim isteminin konusunu maddi vakıalar oluşturmaktadır. Kanunda aranan koşullar sağlandığı takdirde şirkette denetimi icra etmesi amacıyla bir özel denetçi atanır ve inceleme sonucunda bir rapor ortaya koyar. Bu istemi şirket değil, mahkemeler eli ile yargılama yetkisini kullanan devlet yerine getirebilir. Başka bir deyişle özel denetçi atanması isteminin muhatabı devlettir. Hukuk davalarına özgü gerçek bir talep(istem) bu süreçte yoktur. Dolayısıyla kanun koyucunun “dava” yerine “istem” terimine yer vermesi yerine bir tercihtir.

Özel denetim isteme hakkının doğduğunu iddia eden azlık ve belli itibari değerde pay sahibi, ortada dava konusu bir alacak ve maddi hukuk anlamında bir talep olmamakla birlikte, kanundan doğan bir talep yetkisini kullanarak mahkemeden özel denetçi atanmasını istemektedir. Mahkeme kanunun aradığı koşulların (TTK m.439) mevcut olduğunu tespit ederse, özel denetçi atanmasına karar verecektir. Şirket tarafından yerine getirilmesi mümkün olan bir talep olmadığından gerçek anlamda bir talep ve iki taraf somut olayımızda yoktur. Özel denetçi atanması istemi genel kurulda başlayan ancak istemin yerine getirilmesi mahkemenin kararına bırakılan usulî bir talep³⁴³ olarak karşımıza çıkmaktadır.

Genel kurulun özel denetim isteminin kabulü halinde ortada bir ihtilaf (çekişme) yokluğu söz konusu iken, buna karşın istemin genel kurulca reddedilmesi halinde ise ihtilaf meydana gelmektedir³⁴⁴. Ancak bazı hallerde “ihtilaf yokluğu” ölçütü de çekişmesiz yargı işine konu somut olayda kendini gösterebilecektir³⁴⁵. Örneğin, genel kurulda özel denetçi atanması isteminde bulunan pay sahibinin bu isteminin reddedilmesi üzerine şirket ile arasında bir ihtilaftan bahsedilebilirse de, bu ret kararı üzerine mahkemeye başvuran azlık ile

³⁴³ “Davaya çoğunlukla maddi hukuka ilişkin bir talep hakkı esas teşkil eder. Maddi hukuka ilişkin talep hakkının ne anlama geldiği ise Alman Medeni Kanunu’nda şöyle tarif edilmektedir: “talep, bir kimseden bir şeyin yapılmasını veya kaçınmasını isteme hakkıdır.(§ 194) Davaya maddi hukuk taleplerinin esas teşkil ettiği hallerde, davacının böyle bir talep hakkının var olup olmadığını maddi hukuk hükümleri belirler. Ancak, dava ile sadece maddi hukukun talepleri dermeyan edilemez. Bu yönüyle talep kelimesi usul hukukunda maddi hukuktan daha geniş bir kavramdır. Usul hukuku anlamında talep muayyen bir neticeye yöneltmiş olan istektir; bkz. ÜTÜNDAĞ Saim, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000, s.274.

³⁴⁴ Çekişmesiz yargıda mutlak anlamda bir çekişmesizlik her zaman söz konusu olmayabilir. Uyuşmazlığın bulunmaması ölçütlerden yalnızca birisidir. Çekişmesiz yargıda “taraf” değil “ilgili” kavramı esastır ve birden fazla ilgili bulunabilir. Bununla birlikte, ihtilaf yokluğu ölçütü her çekişmesiz yargı işini çekişmeli yargıdan ayırmaya yetmemektedir. Buna örnek olarak, TMK m.190,191,195 ve 197’deki işler gösterilebilir. AKKAN, Pekcanitez Usûl, CI, s.103-104.

³⁴⁵ İlgililer arasında uyuşmazlık bulunmaması HMK m.382/1’de sayılan ölçütlerden sadece bir tanesidir; ilgililer arasında çekişme olsa dahi, bir iş, hükümde sayılan diğer ölçütlere göre çekişmesiz yargı işi olarak nitelendirilebiliyorsa salt çekişmenin varlığından hareketle dava olduğu sonucuna ulaşılmamalıdır; bkz. ATALI, Pekcanitez Usûl C.III, s.2108. Belirli bir konu hakkında karar vermesi için mahkemeye müracaat edilen, ancak bu kararlar birlikte belirli bir kişiye karşı hukuki himaye talep edilmeyen, sadece ilgili hak ya da hukuki ilişki çerçevesinde mahkemeden bir karar alınmasına ihtiyaç duyulan hallerde ilgililer arasında uyuşmazlık bulunmadığı kabul edilir. ATALI, Pekcanitez Usûl, C.III, s.2113.

şirket arasında bir ihtilafın varlığından her zaman söz edilemez. Bunun sebebi, genel kurulda bu istemde bulunan kişi ile mahkemeden özel denetçi atanmasını talep eden kişi ya da kişilerin tamamen farklı kişiler olmasında kanunen bir engel bulunmamasıdır. Diğer bir ifade ile, mahkemeye başvuran azlığın evvelce genel kurula yöneltilmiş bir özel denetim istemi dahi olmadığı hallerde şirket ile arasında gerçek bir ihtilaf yoktur. Bu açıklamalar ışığında özetlemek gerekirse, mahkemece özel denetçi atanması, “sübjektif hak yokluğu” ve “inşai-önleyici etki” ölçütlerine göre çekişmesiz yargının işidir. Bununla birlikte genel kurula özel denetim isteminde bulunan kimse ile mahkemeye başvuran kimselerin farklı olması durumunda “ihtilaf yokluğu” ölçütü de çekişmesiz yargıya dahil olacaktır.

III. İSTEM SAHİPLERİ

Özel denetçi atanması isteminin takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerinden olduğunu belirtmiştik. Dolayısıyla özel denetçi atanması talebi, bir dava olarak görülmemelidir. Bu anlamda davacı ve davalı şeklinde taraflar yoktur. Bu yargılamada maddi anlamda ve şekli anlamda ilgililer vardır. O halde, dilekçe sahipleri söz konusu çekişmesiz yargı faaliyetinin şekli anlamda ilgilisi sıfatını kazanırlar. Bunun yanı sıra yargılama sonucu verilecek karardan hukuki durumu etkilenen ya da etkilenme ihtimali bulunan herkes maddi ilgili konumundadır³⁴⁶. Bu halde dilekçe sahiplerinin hem şekli hem de maddi anlamda ilgili olacakları sonucuna varıyoruz.

Kanun koyucu azlık hakkı olarak nitelendirdiği mahkemeden özel denetçi atanmasını talep hakkını, azlığa ve belli itibari değerde pay sahibine tanımıştır. Azlık paylarını elinde bulundurmayan bir pay sahibinin özel denetim isteminin genel kurulca reddi halinde, başka pay sahipleriyle bir araya gelerek azlık oluşturması ya da paylarının itibari değeri 1 Milyon TL olması koşulunu sağlayabilir. Bu halde azlık pay sahipleri arasında çekişmeli yargıdaki mecburi dava(iş) arkadaşlığına benzer bir durum ortaya çıkacaktır³⁴⁷. Mecburî dava (iş) arkadaşları yani somut olayda azlık veya belli itibari değerde pay sahipleri, yargılamada avukat aracılığı ile temsil edilebilir ya da mahkemeye sundukları dilekçeleri birlikte imza ederek ve duruşmalara birlikte katılarak hareket edebilirler³⁴⁸. Bununla birlikte, genel kurulda

³⁴⁶ Mahkemeye başvuru yapmayan diğer pay sahipleri ve şirket maddi anlamda ilgili sayılır.

³⁴⁷ Mecburi dava arkadaşlığı HMK m.59’da tanımlanmıştır. “*Maddi hukuka göre, bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek hüküm verilmesi gereken hallerde, mecburi dava arkadaşlığı vardır.*”

³⁴⁸ BUDAK, Medenî Usul Hukuku, s.108.

özel denetim isteminde bulunan ve bu istemi reddedilen pay sahibinin tek başına azlık oluşturması yani sermayenin onda biri veya en az 1 Milyon TL değerinde paya sahip olması da mümkündür. Şayet bu halde tek pay sahibi dahi kanunun aradığı diğer koşulların somut olayda yerine getirilmesi şartıyla mahkemeden özel denetçi atanmasını talep edebilir. Azlık, kapalı anonim ortaklıklarda sermayenin onda birini, halka açık anonim ortaklıklarda ise sermayenin yirmide birini temsil eden pay sahiplerinden oluşur. Kanun koyucu sermayesi çok büyük olan şirket pay sahipleri arasında azlık oranlarının bir araya gelmesinin zorluğunu dikkate alarak, buna ek olarak en az 1 Milyon TL tutarında paya sahip kişi veya kişilerin özel denetçi atanması için mahkemeye başvurma hakkı tanımıştır. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında bu oranların, özel denetim süresince değil, sadece mahkemenin özel denetçi atanmasına ilişkin kararını verinceye kadar mevcut olması gerektiğini kabul etmiştir³⁴⁹. Öğretide de pay sahipliği sıfatının(duruma göre %10 veya %5 oranındaki payın) özel denetçi atanması kararı verilene dek devam etmesinin zorunlu olduğu bu bağlamda payın devrinin ancak özel denetçi atanması kararından sonra mümkün olduğu kabul edilmektedir³⁵⁰.

Kanımızca, azlığın özel denetçi atanması için mahkemeye başvurduğu tarihte kanunen aranan asgari pay sahipliği oranının mevcut olması yeterli kabul edilmeli; ancak bu oranları yargılama süresince muhafaza etmeleri kendilerinden beklenmemelidir³⁵¹. Pay sahipliği sıfatını taşıdıkları sürece pay oranlarının azalması özel denetçi atanması talebinin karara bağlanması karşısında usulî bir engel olmamalıdır. Azlığın uzun süren yargılama boyunca payını devretmesinin kısıtlanması, hali hazırda ağır koşullara bağlanmış özel denetim talep hakkının azlık lehine daha da ağırlaştırılması sonucu doğuracak ve giderek özel denetim kurumunun başarıya ulaşması şansı ortadan kalkacaktır.

Çekişmesiz yargıda hakim olan re'sen araştırma ilkesi gereğince azlığın mahkemeye başvuru koşulu olan sayısal eşikleri sağlayıp sağlamadığı mahkemece re'sen dikkate alınmalıdır (HMK m.385/2).

³⁴⁹ BGE 133 III 180; bkz. PULAŞLI, Şerh, s.1644 ve orada dn.2264.

³⁵⁰ NARBAY, s.99; PULAŞLI, Şerh, s.1644.

³⁵¹ Öğretide, Ayoğlu TTK m. 531 uyarınca açılan şirketin haklı nedenle fesih davası süresince azlığın asgari pay oranını korumasının kendisinden beklenmesini, davanın uzun yıllar sürebileceği düşüncesi karşısında, azınlığa gereksiz bir külfet yüklemek ve çoğunluğa, söz konusu azlık hakkını etkisiz hale getirmek için kullanılacak bir silah bahsetmek anlamına geleceğini belirtmiştir. Yazar bu oranların davanın açıldığı tarihte mevcut olmakla haklı nedenle fesih hakkının *ipso iure* ortaya çıktığını dolayısıyla davanın kesin karara bağlanana kadar azlık oranlarının muhafazasının aranmasının doğru olmadığı görüşünü savunmaktadır; bkz. AYOĞLU Tolga, "Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshine İlişkin Davalarda Dava İkame Edildikten Sonra Şirket Bünyesinde Ortaya Çıkan Bazı Önemli Gelişmelerin Dava Sürecine Etkileri" GSÜHFD, 2017/1, s.136.

Son olarak tekrar etmek gerekir ki, genel kurulda özel denetim isteminde bulunan azlık pay sahipleri ile mahkemeden özel denetçi atanmasını talep eden pay sahiplerinin aynı kişiler olması zorunluluğu yoktur³⁵². Çekişmeli yargıya ait davacı sıfatının, çekişmesiz yargıdaki karşılığı maddi anlamda ilgilidir. Bu durum çekişmesiz yargının niteliğinin bir sonucudur.

IV. MAHKEMEYE BAŞVURU SÜRESİ

TTK m. 439/1' de mahkemeye başvuru süresinin üç ay olduğu belirtilmiştir. Bu süre genel kurulun özel denetim isteminin reddine karar verdiği tarihten başlayacaktır³⁵³. Maddenin gerekçesinde ise bu sürenin hak düşürücü olduğuna yer verilmiştir³⁵⁴. Görüldüğü üzere kanun koyucu, TTK m. 438'de yer alan 30 günlük süreden farklı bir şekilde 3 aylık bir süre belirlemiş ve aynı zamanda madde gerekçesinde bu sürenin hak düşürücü olduğunu ifade etmiştir. Genel kurulun reddi halinde mahkemeye başvuru süresinin daha uzun olmasının ardında yatan sebep, mahkemeye başvuru hakkına sahip azlığın bir araya gelmesinin zaman alabileceği düşüncesidir³⁵⁵. Söz konusu üç aylık sürenin hak düşürücü nitelikte olmasının anlamı, bu süre içerisinde kanunda yer alan eylemde bulunmayan yani mahkemeye başvurmayan pay sahibinin (azlık) özel denetim isteme hakkını kaybedecek olmasıdır³⁵⁶. Hak düşürücü süreler yargılamanın her aşamasında mahkeme tarafından re'sen dikkate alınır. Bu durumda azlığın özel denetçi atanması talebi HMK'nın 114/2 ve 115/2. maddeleri uyarınca mahkemece usûlden reddedilecektir.

³⁵² PULAŞLI, Şerh, s. 1671; MOROĞLU, Özel Denetçi, s.349-350. Yazara göre, “ Mahkemeden istemde bulunan azınlığın, genel kuruldan özel denetçi atanmasını istemiş olan azınlık olması gerekmediği gibi, bu azınlığın atama isteminin reddedildiği genel kurulda hazır bulunmuş veya atama lehinde oy kullanmış olmaları yahut genel kurulun ret kararına karşı kurulda herhangi bir itirazda bulunmuş olmaları da zorunlu değildir. Ayrıca mahkemeden istemde bulunan azınlığın oy hakkından yoksun olup olmamaları da önemsizdir.”; Öğretide ALTAY konuyu farklı bir noktadan ele almıştır. Yazar, genel kurulda özel denetim yapılması aleyhinde oy kullanmış bir pay sahibi, TTK m.439 uyarınca özel denetim davası açması durumunda, şirketin davacıya karşı çelişkili davranış yasağına (TMK m.2/2) aykırılık itirazını ileri sürebileceğini ifade etmiştir. ALTAY, s.60. ayrıca bkz.dn.24.

³⁵³ TOPSOY, Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Özel Denetim İsteme Hakkı, s.321.

³⁵⁴ TTK m. 439/1'in gerekçesi.

³⁵⁵ PULAŞLI, Şerh, s.1671; Moroğlu, üç aylık sürenin çok fazla olduğunu, sorunun en kısa sürede aşılmasının istemde bulunanlarla şirketin yararına olacağı göz önüne alınırsa, bir aylık sürenin yeterli sayılması gerektiği görüşü için bkz. MOROĞLU, Değerlendirme ve Öneriler, s. 256.

³⁵⁶ “(...)Doğrudan doğruya hakkın özünü etkileyen hak düşürücü süre hiçbir nedenle kesilmez ve bu sürenin dolmasıyla hakkın özü ortadan kalkar(...)” Yargıtay HGK, 05.02.2003, E.2003/10, K. 2003/53 (www.lexpera.com.tr).

V. YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME³⁵⁷

Genel kurulun özel denetim istemini reddetmesine üzerine TTK m. 439/1 uyarınca başvurulması gereken yetkili ve görevli mahkeme fıkrada açıkça gösterilmiştir. Buna göre, “...*şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi* ...” özel denetçi atamakla görevli ve yetkilidir. Burada şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir (HMK m.14/2). Görev ve kesin yetki kuralı kamu düzenine ilişkin olduğundan mahkemece re’sen dikkate alınır (HMK m. 19/1- 115/1). Bununla birlikte mahkemenin kesin yetkili bulunduğu haller yargılama şartı olup, yetkisiz mahkemeye istemde bulunulması halinde mahkemece yargılama şartı noksanlığı gerekçe gösterilerek talebin usulden reddine karar verilecektir (HMK m.114/1ç- m.115/2).

VI. TTK'DAKİ YARGILAMA ŞARTLARI³⁵⁸

A. TTK m. 438/1 deki şartların varlığı

Özel denetim isteminin genel kurulda reddi üzerine TTK m. 439 uyarınca, azlık pay sahibi veya paylarının değeri en az 1 milyon TL olan pay sahipleri tarafından yapılacak başvurunun mahkemece kabul edilebilmesi için öncelikle, TTK m. 438/1’de öngörülen şartların somut olayda yerine getirilmiş olması gerekmektedir. Her ne kadar TTK m. 439’un lafzından böyle bir anlam çıkarmak mümkün değilse de, maddenin gerekçesinde bu şart “*Mahkemenin, azlığın talebi üzerine özel denetçi atayabilmesi için, 438’inci maddedeki şartların somut olayda var olup olmadıklarını incelemesi yanında, ikinci fıkrada yer alan şartı da araması gerekir.*” şeklinde ifade edilmiştir. Kanun koyucunun, mahkemece aranacak şartları madde metninde değil de, Gerekçe’de yer vermiş olması öğretide eleştirilmiştir.

Kaya, TTK m. 439’a göre mahkemeye yapılacak başvuruda, TTK m. 438/1’deki şartların varlığının dahi aranacağına ilişkin maddede bir açıklık olmadığını belirtmiştir³⁵⁹. Yazara göre, TTK m. 438’de gerçek anlamda bir hak şeklinde düzenlenmemiş olan özel denetçi atanması isteminin şartlarının, azlık hakkı şeklinde düzenlenen TTK m. 439’a göre

³⁵⁷ TTK m.438/2 uyarınca mahkemeye başvuru halinde görevli ve yetkili mahkemeye ilişkin yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir.

³⁵⁸ Her ne kadar terim olarak dava şartı kullanılmakta ise de, dava şartlarının neredeyse tamamı aynı zamanda birer yargılama şartı niteliğindedir. Dolayısıyla çekişmesiz yargılamada da bu şartlar niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanmalıdır; bkz. PEKCANİTEZ H., Pekcanitez Usûl, s 951. Bu halde TTK’da özel denetçi atanması için aranan şartlar, HMK m.114/2 uyarınca özel dava şartıdır ancak çekişmesiz yargıda yargılama şartları olarak anılacaktır.

³⁵⁹ KAYA, s.68; Aksi yönde; TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, s.68 1017d; KENDİGELEN, İlk Tespitler, s.442; TOPSOY, s.326.

yapılacak başvuruda aranması, hakkın kullanımını sınırlamaktadır. Bu nedenle, TTK m. 439 uyarınca azlık tarafından özel denetçi atanması talebinin kabulü şartları arasında (bilgi alma ve inceleme hakkının daha önceden kullanılmış olması, özel denetim isteminin belirli olayları açıklığa kavuşturulması amacıyla yapılması ve özel denetimin pay sahipliği haklarının kullanımını için gerekli olması) aranmaması gerektiği kanaatindedir. Aksi bir düşünce, şekli yorum yolu ile hakka sınırlama getirilmesi anlamına gelmekle birlikte hukukilik ve haklılık unsurundan yoksun olacağını ifade etmiştir.

Özdamar, kanun maddesinin lafzi yorumundan azlığın, doğrudan doğruya mahkemeye özel denetçi atanması için başvurabilmesi ihtimalinin mümkün olmadığını, zira ön şart niteliğinde olan bilgi alma veya inceleme hakkının kullanılmış olmasının kanuni bir zorunluluk olduğu görüşündedir³⁶⁰. Bununla birlikte somut olayın niteliği, özel denetimin bir an evvel yapılmasını gerekli kılıyorsa, bu halde azlığın doğrudan doğruya mahkemeye başvurması ihtimalinin düşünülebileceğinin de altını çizmiştir. Ancak TTK m.439 düzenlemesinin bir azlık hakkı yarattığı ve bu hakkın kullanımını da, pay sahiplerinin özel denetim isteminin genel kurulda reddedilmiş olmasına bağlı kıldığı görülmektedir. Bu sebeple mevcut düzenlemenin, azlığın doğrudan doğruya özel denetime başvurmasına izin vermediğini ifade etmiştir³⁶¹.

Altay'a göre, pay sahibinin öncelikle bilgi alma veya inceleme hakkını kullanması koşulu, özel denetimin gerekliliği hususunda pay sahibi ve şirket arasında bir uyuşmazlık bulunmaması halinde, hakkın kullanılmasının ön koşulu olurken; buna karşılık özel denetim isteminin genel kurulca reddi üzerine TTK m. 439/1 uyarınca açılacak özel denetim davasında aynı zamanda bir dava şartı niteliğindedir³⁶².

Özel denetim isteme hakkı TTK sisteminde genel kurulun bu istemi kabulüne veya reddi haline bağlanan sonuçların farklılığı esas alınarak iki ayrı maddede düzenlenmiştir. Bu halde, TTK m. 439 ile TTK m.438'in birlikte değerlendirilmesi zorunludur. Zira TTK m. 439'da düzenlenen azlık hakkının ortaya çıkma sebebi TTK m. 438'deki koşulların varlığına bağlı olup, bu koşullardan bağımsız olarak bu hakkın varlığından söz edilemez. Özel denetim isteme hakkının bilgi alma ve inceleme haklarının kullanımına bağlı, yani ikincil nitelikte bir hak olduğu göz önünde bulundurulduğunda bilgi alma ve inceleme hakkı pay sahipleri tarafından tüketilmeden azlığın doğrudan doğruya mahkemeye başvurarak mahkemedен özel

³⁶⁰ ÖZDAMAR, s.272.

³⁶¹ ÖZDAMAR, s.273.

³⁶² ALTAY, s.64.

denetim isteme hakkının olmadığı kanısındayız. Önemle belirtmek gerekir ki , “*özel denetimin pay sahipliği haklarının kullanımı için gerekli*” olduğuna ilişkin kriter, TTK m. 439’a göre mahkemeye başvuru halinde, aynı zamanda bir yargılama şartı olan davacının korunması gereken güncel bir menfaatinin olmasını ifade etmektedir³⁶³. Diğer bir deyişle, azlığın mahkemeye başvurarak özel denetçi atanmasını talep etmesinde hukuki menfaati olmalıdır; ki bu şart aynı zamanda HMK m.114/1-h uyarınca bir dava (yargılama) şartı olup çekişmesiz yargıda da hakim tarafından dikkate alınmalıdır³⁶⁴.

Bu nedenlerle mahkeme, TTK m.439/2’de belirtilen ek şartların somut olayda mevcut olup olmadığı incelemesine geçmeden önce: istem sahiplerinin azlık sıfatını taşıyıp taşımadığı, özel denetim isteminin evvelce genel kurulda reddine dair bir genel kurul kararının varlığı ve istemde bulunanların özel denetçi atanmasında hukuki menfaatinin varlığı hususlarını incelemesi gerekir. Nihayet, TTK m. 438/1’deki bahse konu koşulların, somut olayda mevcut olup olmadığını re’sen gözetecek, mevcut olmaması halinde ise yargılama şartı yokluğu nedeniyle başvuruyu usûlden reddedecektir³⁶⁵.

B. Özel denetim isteminin reddine dair genel kurul kararının varlığı

Mahkemece özel denetçi tayini isteminin kabulü için evvelce genel kurul tarafından alınmış bir özel denetim isteminin reddine dair kararının varlığı gerekir. Bu sonuca, TTK m. 439/1’deki “... *Genel kurulun özel denetim istemini reddetmesi halinde asliye ticaret mahkemesinden özel denetçi atanmasını isteyebilir.*” düzenlemesi karşısında varılmaktadır. Söz konusu kararın varlığı HMK m. 114/2 uyarınca özel dava şartıdır³⁶⁶. Çekişmesiz yargı işlerinde ise bu şart özel yargılama şartı görünümü kazanır. Gerçekten Yargıtay’ın da bir kararında³⁶⁷ belirttiği gibi genel kurulca alınmış bir karar olmadan, azınlığın mahkemeye

³⁶³ “*İsviçre uygulama ve öğretisinde özel denetim ile ilgili gereklilik koşulu, her hukuk davasında davacının hukukten korunması gereken güncel bir menfaatinin olmasını ifade etmektedir*” BGE 138 III 252; bkz. PULAŞLI Şerh, s. 1634 ve orada dn.2218.

³⁶⁴ *Takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerinde, diğer şartların yanı sıra ilgili olma ehliyeti ve iş ehliyetinin bulunması ve hukuki yararın da bulunması gerekir. Çekişmesiz yargıda hukuki menfaati, davadakine paralel olarak, ilgilinin mevcut hukuki durumunu değiştirecek ve iyileştirecek bir karara ihtiyaç duyması, olarak tanımlamak mümkündür;* bkz. ARAS, s.69.; HMK m.114’de yer alan dava(yargılama) şartları niteliğini uygun düştüğü ölçüde çekişmesiz yargı işlerinde göz önünde tutulmalıdır. Örneğin, çekişmesiz yargı işlerinde, taraf değil, ilgili kavramı esas olduğu için, iki tarafın bulunması şeklindeki dava şartı aranmayacak olsa da, diğer dava şartları dikkate alınır; bkz. PEKCANİTEZ H., Pekcanitez Usûl, s.951.

³⁶⁵ NARBAY, s.110.

³⁶⁶ HMK m.114 “Dava şartları” başlığını taşımakta olup maddenin ikinci fıkrasında “*Diğer kanunlarda yer alan dava şartlarına ilişkin hükümler saklıdır.*” düzenlemesi yer almaktadır.

³⁶⁷ “Yargıtay ilamında belirtilen gerektirici sebeplere ve TTK’nun 348/2. maddesi hükmü gereğince özel denetçi seçimi için, önce genel kurula başvurma ve bu isteğin genel kurulca reddi koşulunun gerçekleşmiş olması lazım gelmesine; ortada redde ilişkin bir genel kurul kararı mevcut olmadıkça özel denetçi seçimi için mahkemeye

başvurarak özel denetçi atanmasını isteme hakkı yoktur³⁶⁸. Re'sen araştırma ilkesi gereği, mahkemece söz konusu genel kurul kararının celbi sağlanır. Mahkeme, genel kurul kararının eksikliği söz konusuysa başvurunun usûlden reddine karar verir. Diğer bir deyişle, dilekçenin mahkemeye verilmesi esnasında mevcut bir genel kurul kararının olması şart olmakla birlikte, bu şart daha sonra da yerine getirilebilecektir. Belirtmek gerekir ki, bu şartın eksikliği ile kastedilen yalnızca fiziki genel kurul karar tutanağının mahkemeye sunulmamış olması değil, aynı zamanda genel kurulun bu yönde bir kararının dahi olmaması durumudur. Genel kurulda alınmış istemin reddi yönünde bir kararın yokluğuna rağmen mahkemeye özel denetçi atanması istemi ile başvuruda bulunulması durumunda hukuki menfaat yokluğundan talebin reddi gerekir³⁶⁹.

C. Dilekçe sahiplerinin, kurucuların veya şirket organlarının kanunu veya esas sözleşmeyi ihlâl ederek, şirketi veya pay sahiplerini zarara uğratmaları

Mahkemenin özel denetime karar verebilmesi için somut olayda aranan diğer bir ek şart ise, dilekçe sahiplerinin, kurucuların veya anonim şirket organlarının, kanunu ya da esas sözleşmeyi ihlâl etmek suretiyle, şirketi veya pas sahiplerini zarara uğrattıklarını, ikna edici bir şekilde ortaya koymalarıdır (TTK m.439/2). Kanunun ifadesinden de anlaşıldığı üzere, kanunun ya da esas sözleşmenin ihlâli özel denetim isteminin kabulü için yeterli bir sebep değildir. Söz konusu ihlâllerin sonucu olarak zararın da meydana gelmesi şartı aranmıştır. Başka bir deyişle, kanun koyucu ihlâl ile zarar arasında bir nedensellik bağının mevcut olduğu yönünde, dilekçe sahiplerini mahkemeyi ikna etmekle yükümlü tutmuştur. Bu açıdan bakıldığında, özel denetimin gerçekleştirilebilmesi koşullarının zorlaştırıldığı ortadadır. Dilekçe sahiplerince ihlâl ile zarar arasındaki illiyet bağının ispatlanması şart değildir³⁷⁰;

başvurulamayacağına, bu hususun madde hükmünden açıkça anlaşılmasına; bu durumda TTK.nun 381. maddesine dayanılarak özel denetçi seçimi isteminin reddine ilişkin genel kurul kararının iptali yoluna gidilmeyeceğinin kabulü gerekmesine, aksi halde yani, bu konudaki genel kurul kararının iptal edilmesi halinde, özel denetçi seçimi için mahkemeye başvurma koşulu olan redde ilişkin genel kurul kararının varlığının ortadan kalkacağına ve bu koşulun yokluğu halinde mahkemeden özel denetçi tayini isteminin de reddi gerekeceğine, kanun koyucunun bu çelişkiyi önlemek amacıyla TTK'.nun 348. maddeyi düzenleyerek, istemin reddi halinde iptal yoluna gidilmeyip, özel denetçi seçiminin mahkeme kanalıyla sağlanması hükmünü getirmiş olmasına göre davalı şirket vekilinin HUMK. nun 440. maddesinde sayılan hallerden hiçbirisini ihtiva etmeyen karar düzeltme isteğinin reddi gerekir". 11. HD., E. 1982/2952 K. 1982/3061 T. 24.06.1982 (www.lexpera.com.tr).

³⁶⁸ PASLI, s.629.

³⁶⁹ "Davacının ihtilafın halli için davadan evvel müracaat etmesi gereken bir yol olup da bu yola müracaat edilmeden dava açılmışsa bu davada menfaat şartı gerçekleşmemiş olacaktır". Yarg.10. HD. 6.10.1976 E.1542 K.6389; bkz. ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s.195.

³⁷⁰ Yargıtay'a göre de, azınlık pay sahiplerinin özel denetçi tayinine ilişkin nedenlerin varlığını kesin biçimde kanıtlaması şart değildir. Bu yönde bir karar için bkz. Yarg. 11. HD. 28.01.2002, E.44/K.577 (www.lexpera.com).

ancak ileri sürdükleri maddi olaylardan söz konusu zararların meydana gelebileceği genel hayat akışına göre inandırıcı olmalıdır³⁷¹. İnandırıcı gerekçeler maddi konulara ilişkin olabileceği gibi hukuki konulara da ilişkin olabilir. Örneğin, yönetim kurulunun özen kuralını (eşit işlem, sakınılarak karar alma, sermayeyi koruma ilkelerini) çiğnemesi, bilançonun standartlara göre hazırlanmamış olması, yönetim kurulunun bazı kararlarının, pay sahipleri arasındaki menfaat dengesini bozar nitelikte olması ihlâl bakımından ikna edicidir³⁷². Ayrıca dilekçe sahiplerince ikna edici bir biçimde ortaya koyulması gereken kanun veya esas sözleşme ihlâli, özel denetimin konusunu oluşturan olaylar ile bağlantılı olmalıdır³⁷³.

“Zarar” kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda madde gerekçesi yol göstericidir. Buna göre “zarar” kavramı ile kastedilen, borçlar hukuku anlamında malvarlığı eksilmesidir³⁷⁴. Şirket veya pay sahiplerinin malvarlığında meydana gelen bir eksilme söz konusu olmalıdır. Zarar geniş anlam taşır; örneğin, pay senetlerinin borsada değer kaybetmesi şirketin zarara uğraması koşulunu karşılar³⁷⁵.

Diğer bir deyişle kurucular veya şirket organlarıncan kanun ve esas sözleşmenin ihlâl edilmesi söz konusu olsa dahi, bu ihlâllerin sonucunda aynı zamanda şirket veya pay sahibi zarara uğramış olmalıdır. Burada önemli olan zarar ile ihlâl arasındaki sebep-sonuç ilişkisi yani illiyet rabitasıdır. Bununla birlikte söz konusu ihlâllerin kurucu veya şirket organları tarafından gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Kimlerin kurucu sayılacağı TTK m. 337 hükmünde tanımlanmıştır. Hükme göre; “ (1) Pay taahhüdünde bulunan ve esas sözleşmeyi imzalayan gerçek ve tüzel kişiler kurucudur. (2) Kurucular, birinci fıkrada yazılı işlemi, üçüncü bir kişinin hesabına yaptıkları takdirde, bu kişi de kuruluştan doğan sorumluluk bakımından kurucu sayılır.” Anonim şirketlerde organ denildiğinde ise, “gerçek kişilerden oluşan kurul” anlaşılır³⁷⁶. Anonim şirketi borç altına sokan, hak sahibi kılan ve tüm işleri

³⁷¹ PULAŞLI, Şerh, s.1649.

³⁷² TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, s.68, 1017e.

³⁷³ “Özel denetimin koşulu belirsiz olayların açıklığa kavuşturulması pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi için gerekli olmalıdır. Ayrıca, açıklığa kavuşturulacak olayların önemi de, olası bir sorumluluk davası veya katılma haklarının kullanılabilmesi için ön planda bulunmaktadır. Davacı kullanmak istediği pay sahipliği hakları ile incelenmesini istediği olaylar arasında bir bağlantı olduğunu ikna edici bir biçimde ortaya koymalıdır. Davacı tarafından ikna edici bir şekilde açıklanması gereken kanun veya esas sözleşme ihlali, özel denetimin konusu olması gereken olay ile ilişkili olmalıdır. Davacı, hiçbir ilgisi olmadığı bir hakkın ihlal edilmiş olabileceği ümidiyle tamamen araştırmaya yönelik talepte bulunamaz.” BGE 138 III 252 E 3.1; karar için bkz. PULAŞLI, Şerh, s.1686.

³⁷⁴ TTK m.439/2'nin gerekçesi.

³⁷⁵ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, s.69, 1017e.

³⁷⁶ Organlar gerçek veya tüzel kişiden oluşabilir; ancak yönetim ve temsil organı olan yönetim kuruluna seçilen tüzel kişinin TTK m. 359/2 uyarınca kendisini bir gerçek kişi ile temsil ettirmesi gerekir. PULAŞLI, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2017, s. 349; ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. GÜNEY AKDAĞ Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul 2016.

yürüten iki organ vardır. Bunlar; genel kurul ve yönetim kuruludur³⁷⁷. Tüm bunlarla birlikte madde metninde yer alan “kanunu... ihlal ederek” ifadesi ile kastedilen yalnızca anonim şirketleri düzenleyen hükümlerin ya da genel anlamıyla TTK’nın değil, yürürlükteki tüm kanun maddelerinin ihlâli olduğu sonucuna varılmaktadır³⁷⁸. Madde gerekçesinde ihlâlin anonim şirketler hukukunun yazısız kurallarına aykırılığı da kapsadığı ifade edilmiştir³⁷⁹. Yazısız kurallar deyiminden anlaşılması gereken, ticari örf ve âdet teamülleridir (TTK m.2).

Özetlemek gerekirse, mahkemeden özel denetçi atanması isteminde bulunan azlık pay sahipleri, yargılama sürecinde; kurucular veya şirket organları tarafından, şirketin veya pay sahiplerinin zarar görmeleri sonucunu doğuran eylemlerde buldukları ve bu bağlamda esas sözleşmenin veya kanunun ihlâl edildiğini ikna edici bir biçimde ortaya koymakla kanun gereği mükelleftirler.

Özel denetime karar verilebilmesinin “ şirketin veya pay sahibinin zarara uğraması” mutlak koşuluna bağlanmış olması, özel denetim kurumunun uygulama alanını daraltmakta, ve giderek kurumu sorumluluk davası açılması yolunda gerekli bir adıma indirgemektedir. Özel denetim pay sahiplerinin temelde bilgi almasına ve pay sahipliği haklarını bilinçli bir şekilde kullanılmasına hizmet eden bir kurumdur. Özel denetim isteminin genel kurulca kabul edilmemesi halinde, bu hakkın kullanımını bu derece ağır şartlara bağlanmış olması hakkın özüne dokunur mahiyettedir. Buna göre, şirketin veya pay sahiplerinin zarara uğradığına dair mahkeme ikna edilmedikçe bu hakkın kullanımı olanaklı görülmemektedir. Tüm bu nedenlerle, *de lege feranda* önerimiz TTK m. 439/2 ‘de yer alan “...zarara uğrattıklarını ikna edici bir şekilde ortaya koymaları..” şeklindeki düzenlemenin “.. zarara uğratabileceğini inandırıcı şekilde ortaya koymaları “ olarak değiştirilmesidir³⁸⁰.

³⁷⁷ PULAŞLI, Genel Esaslar, s.349.

³⁷⁸ PASLI, s.629; ZEREN, s.111; DEĞİRMENCİOĞLU, s.63.

³⁷⁹ TTK m.439/2’nin gerekçesi.

³⁸⁰ TTK m.439/2 hükmü mehzazı olan İsv.BK’nın 697b hükmü ile aynıdır. İsv.BK’daki bu hükmün bu haliyle kurumu işlemez hale getirdiği gerekçesiyle öğretilerde eleştirilmiştir. İsviçre anonim şirketler hukuku alanında bir dizi değişiklik öngören ve yakında yürürlüğe girmesi beklenen kanun tasarısında söz konusu fıkra “ kurucuların veya şirket organlarının kanunu veya esas sözleşmeyi ihlal ederek, şirketi veya pay sahiplerini gerçekten zarara uğrattıklarını değil, sadece zarara uğratabileceğini inandırıcı şekilde ortaya koymaları gerekecektir.” şeklinde yumuşatılmıştır; bkz. PULAŞLI, Şerh, s.1648; NARBAY, s.114-115.

VII. İSPAT ÖLÇÜSÜ VE DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kanun koyucu, özel denetçi atanabilmesi için, diğer şartların yanında dilekçe sahiplerinin şirketin veya pay sahiplerinin zarara uğradığına ilişkin olarak mahkemeyi ikna etmesi şartını da düzenlemiştir (TTK m.439/2). Görüldüğü üzere, istemde bulunanlar zarar olgusunun varlığına yönelik ispat yükü altındadır³⁸¹. Diğer taraftan, maddede yer alan “ ikna edici bir şekilde ortaya koyma” ifadesi bize ispat ölçüsü bakımından yol göstericidir. Mahkeme önünde bir vakıanın ispatlanmış sayılabilmesi için o vakıanın doğruluğu hakkında hakimin bir kanaate sahip olabilmesi gerekir ve bu kanaatin derecesini belirleyen ise ispat ölçüsüdür³⁸². “İspat faaliyetinin ne zaman başarılı sayılacağı, ispat ölçüsüne göre belirlenir”³⁸³. “Bu anlamda, ispat ölçüsü, bir vakıayı düzenleyen normun, o vakıa hakkındaki ispatın yeterliliği konusunda beklediği düzeydir”³⁸⁴. Bu açıklamalar ışığında TTK m.439/2 düzenlemesinde sözü edilen ispat ölçüsünün “yaklaşık ispat” olduğu sonucuna varılmaktadır³⁸⁵.

Yaklaşık ispat, hakimde tam bir kanaat oluşturmasa da, bu haliyle hakimin bazı kararları verebilmesini kolaylaştırmaktadır³⁸⁶. Yaklaşık ispatın ölçü olarak kabul edildiği hallere, usulî işlem niteliğindeki taleplerin kabulündeki ara kararlar yani maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyen kararlar ile bir iddia ve isteğe yönelik işlemler ve hızlı yargılama yapılmasını gerektiren durumlar örnek verilebilir³⁸⁷. Bu bağlamda, özel denetçi atanması kararının çekişmesiz yargılamanın bir sonucu olması, dolayısıyla yargılama sonucunda verilecek kararın maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemesi, ayrıca özel denetim kurumunun amacına en uygun biçimde yargılamanın hızlı bir şekilde sonuçlanması ve özel denetçinin bir an evvel atanması gereği karşısında, yaklaşık ispat ölçüsünün kabulü bir

³⁸¹ Çekişmesiz yargıda kural olarak karşı taraf olmaması sebebiyle teknik anlamda bir ispat yükü bulunmamaktadır. Ancak, talepte bulunan ilgili, talebi konusunda mahkemeyi ikna etmeye yönelik ispat faaliyetine girişebilir; bkz. ARAS, s.110; Atalay’a göre, ispat yükü yargısal faaliyetin türüne (çekişmeli ve çekişmesiz yargı olmasına) ve yargılamada taraflarca hazırlama veya re’sen araştırma ilkesinin uygulanıyor olmasına bağlı olmaksızın her zaman mevcuttur ve değişmez”. ATALAY Oğuz, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001, s.16.

³⁸² ATALAY, Pekcanitez Usûl, s.1714.

³⁸³ ATALAY, Pekcanitez Usûl, s.1715.

³⁸⁴ ATALAY, Pekcanitez Usûl, s.1715.

³⁸⁵ Tam ispat kural olmakla birlikte kanunda istisnai olarak yaklaşık ispatın yeterli olduğu hallere de yer verilmiştir. Örneğin, ihtiyati tedbirler (HMK m.390/3), ihtiyati haciz (İİK m. 258), bazı doğrudan doğruya iflas sebepleri (İİK m. 177), eski hale getirme (HMK m.95) bu ispat ölçüsüne tabidir. Bkz. ATALAY, Pekcanitez Usûl, s.1720; Alman hukukunda tam ispat- serbest ispat ayrımı yapılmıştır. Tam ispat dışındaki ispatın ölçüsü bakımından Glaubhaftmachung (inanılır kılma) terimi kullanılmaktadır. Serbest ispat usulü özellikle çekişmesiz yargıda caizdir. Bkz. ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s.294- dn.3, s.295.

³⁸⁶ ALBAYRAK Hakan, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, Ankara 2013, s.122.

³⁸⁷ ALBAYRAK, s.109.

gerekiliktir. Özel denetçi atanması için hakimde zarar olgusunun gerçekleştiği şeklinde inanılır kılan bir ispat ölçüsünün belirlenmesi, aynı zamanda silahların eşitliği ilkesinin de bir sonucu olarak görülmelidir³⁸⁸. Zira, istemde bulunanların şirket karşısında kısıtlı bilgi ve imkana sahip oluşu karşısında, kendilerinden zararın tam olarak ispatlanması beklenemez³⁸⁹. İddia edilen zarar olgusunun gerçekten meydana gelmiş olmasının dahi bu anlamda bir önemi yoktur. Mahkemenin yargılama sonucu vereceği karar, zararın tespiti ile şirketin dilekçe sahiplerinin zararının tazmini yönünde bir karar olmadığı için yaklaşık ispat zarar olgusu yönünde hakimde bir kanaat oluşturulması, özel denetçi atanması kararı bakımından yeterli kabul edilmelidir³⁹⁰. Kurucuların veya şirket organlarının, kanunu veya esas sözleşmeyi ihlâl ederek, şirketi veya pay sahiplerini zarara uğratmış olup olmadıkları ancak özel denetim faaliyeti sonucunda elde edilen raporda ortaya çıkacaktır.

Altay, zararın varlığının ortaya çıkarılması özel denetim raporuna bağlı ise, davacıların zararın doğduğuna dair belirtiler yanında özel denetimin pay sahipliği hakları açısından da gerekli olduğunu ortaya koymaları halinde mahkemece özel denetimin yürütülmesine karar verilmesi gerektiği görüşündedir³⁹¹. Yazara göre, böyle bir durumda

³⁸⁸ “İspat ölçüsünün, ispat yükü taşıyan tarafın ispat zorluğu veya imkânsızlığı içinde bulunması durumunda düşürülmesi, yargılamada silahların eşitliği ilkesinin de bir sonucu olarak görülmelidir. Hâkim vereceği kararda, o olaya uygulanacak hukuk normunu ve normun konuluş amacını yorumlayarak, aranan ispat ölçüsünün istisnalara girip girmediğini belirlemelidir. İspat ölçüsünün düşürülmesi ve yaklaşık ispatla yetinilmesi, ancak, takdiri delillerle ispatın geçerli olduğu durumlar içindir” bkz. BAŞÖZEN Ahmet, “ Güncel Yargıtay Kararları Işığında İhtiyati Tedbirlerde “Yaklaşık İspat” ve “İhtimal Kavramı” , DEÜHFD, C.16, Özel Sayı, 2014,s.659.

³⁸⁹ Yargıtay, eTK döneminde vermiş olduğu bir kararında, “ TTK'nın 348/2. maddesi uyarınca azınlık pay sahiplerinin, özel denetçi tayinine ilişkin nedenlerin varlığını, kesin biçimde kanıtlaması şart değildir; öne sürdükleri vakıaları, az çok doğrulayan delil ve emareler yeterlidir. Anılan madde metninde yer alan hususların, olayda var olup olmadığı yönü, özel denetçilerin yapacağı inceleme ve araştırma sonucu ortaya çıkacaktır.” Yarg. 11. HD. 28.01.2002, E. 2002/44, K. 2002/577 (<http://legalbank.net/>).

³⁹⁰ “Özel denetçi tayinine dayanak yapılacak olan vakıalar yönünden kesin hüküm söz konusu edilemeyeceğinden kesin delil aranmasının dayanağını bulmak güçtür. Kanun koyucu özel denetçi istemine ilişkin olarak öne sürülen vakıaları az çok doğrulayan delil ve emareleri yeterli saymıştır. Özel denetçinin çalışma alanlarına giren ve bunun sonucu ile ilgili bulunan bilançonun gerçekliğinin araştırılması istemlerinde özel denetçi atanması konusunda daha da ılımlı davranmak gerekmektedir. Mahkemece alınan bilirkişi raporunda da belirtildiği üzere davacının bilançonun gerçekliği ve diğer hususlarda yeterli kanaat sağlayan delil göstermesinin imkansızlığı, davacı hakkındaki haksız rekabetin men'i davasının kesinleştiği ve ceza davasında da beraat kararı verildiği nazara alınarak davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan yazılı gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, davacı vekilinin temyiz itirazının kabulü ile hükmün müeyyiz davacı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” Yarg. 11. HD., E. 2013/6684 K. 2014/6017 T. 27.3.2014 (www.lexpera.com.tr).

³⁹¹ ALTAY, s.71.;Yazar pay sahipliği haklarının kullanımı için özel denetimin gerekli olup olmadığına karar verecek olan mahkemenin yüksek bir eşik uygulamaması gerektiği, nitekim inceleme veya bilgi alma haklarını kullanmış olan bir pay sahibinin tam olarak olarak aydınlanması ancak özel denetim sonucu elde edilecek rapora bağlı olduğundan gereklilik şartı da bu koşula bağlı olacaktır; bkz. ALTAY s.69.

davacının zararın varlığını en baştan ispat etmesi beklenmemelidir; ispat ölçüsü açısından ise zararın bulunduğu emarelerin kanıtlanması yeterli görülmelidir³⁹².

Pulaşlı, dilekçe sahiplerinin iddialarının muhtemel olduğu konusunda mahkemeyi ikna edebilmesi için, en azından iddialarını açıkça tasvir etmeleri, delil, dayanak ve ipuçlarını objektif bir şekilde ortaya koymalarının önemini vurgulamıştır³⁹³. Örneğin, dilekçe sahiplerinin düşüncesine göre şirket yöneticilerinin hangi davranış yükümünü ihlâl ettiklerinin ve bu kurallara aykırılığın nasıl bir zarara sebep olduğunun, diğer bir deyişle şirket veya pay sahiplerinin malvarlıklarında meydana gelen eksilmenin inandırıcı bir şekilde ortaya konulması gerekir³⁹⁴. Buna karşın, ilgililer tarafından iddia edilen aykırılık ile zarar arasındaki illiyet bağı, ispat konusu değildir; ancak zararın söz konusu maddi olaylardan meydana gelebileceği genel hayat koşullarına göre inandırıcı olmalıdır³⁹⁵.

Domaniç, eTK döneminde m. 348'de yer alan “ *kafi delil ve emare gösterilmesi lazımdır*” ifadesi bağlamında konuyu ele almıştır. “Yazara göre özel denetçi atanması davası kimseyi mahkûm etmemesi, tespit veya tedbir niteliğinde oluşu dolayısıyla kesin hüküm kuvvetinden yoksun bir karardır; bu yüzden suiistimal ve kanunsuzlukları kesin olarak ispat edecek delillere ihtiyaç yoktur. Özel denetim talebi çoğu zaman haksız fiil iddialarına da dayandığından, anonim şirketle ilgili anlaşmazlıklarda ticari defter ve kayıtların delil olması ve hatta şirket defterlerinin teslimi(eTK m.79) de mümkün olduğundan, yönetim kurulu raporları, bilançolar, kar ve zarar hesapları, pay sahipleri cetveli, genel kurul tutanağı, anonim ortaklığın defterleri, genel kurulun davet merasimine ilişkin mektuplar ve ilanlar, bilirkişiler, tanıklar.. vs. mahkemenin değerlendirmesine konu deliller arasındadır.”³⁹⁶

İmregün de eTK m. 348 nezdinde konuyla ilgili olarak, mahkemenin özel denetçi atanması kararı vermesi için azlığın iddia ettiği hususlara yönelik olarak yeterli kanıt ve emare göstermesi gerektiğini ancak kesin şekilde kanıtlanmasının şart olmadığını, zira mahkemenin kararının, iddia edilen hususların var olup olmadığının tespiti anlamı taşımadığını ifade etmiştir. Yazar, mahkemenin yeterli emarenin varlığı halinde özel denetçi ataması gerektiğini,

³⁹² ALTAY, s.71; Yazar zarar koşulunun ayrıca özel denetimin pay sahipliği haklarının kullanılması için gerekli olması koşulunu da temellendireceği, bu anlamda aralarında etkileşim olduğunu belirtmiştir. Öyle ki, zararın oluştuğuna dair emareler aynı zamanda ileride yönetim kurulu üyeleri ile yöneticiler aleyhine açılması muhtemel sorumluluk davasına da kapı açtığından (TTK.m.553 vd.) gereklilik koşulu da somut hale gelir. ALTAY s.72-73

³⁹³ PULAŞLI, Şerh, s.1649.

³⁹⁴ Nitekim İsviçre'deki birçok davada mahkeme özel denetim istemini, dilekçe sahibinin şirket organlarının görevlerini ihlâl etmek suretiyle şirketi ve pay sahiplerini zarara uğrattığı iddiasını inandırıcı şekilde ispat edemediğinden reddetmektedir. PULAŞLI, Şerh, s.1649.

³⁹⁵ PULAŞLI, Şerh, 1649.

³⁹⁶ DOMANIÇ, s. 746-747.

incelemeyi derinleştiremeyeceğini, Yargıtay'ın da görüşünün bu yönde olduğunu ayrıca eklemiştir³⁹⁷.

Moroğlu, son derece isabetli bir şekilde, TTK m. 439/2'de öngörülen ek şartın yerine getirilmesinin çoğu kez olanaksız olacağını, bu nedenle bu ifadenin “... *şirketin ya da pay sahiplerinin zarara uğratıldıkları konusunda belirtiler bulunması halinde ...*” şeklinde yumuşatılması gerektiğini savunmuştur³⁹⁸.

TTK m. 439/2'de öngörülen ek şartın ispat ölçüsü, işin niteliği gereği kanun koyucu tarafından maddede açıkça düzenlenmek suretiyle düşürülmüştür. Bu halde mahkemece özel denetçi atanmasına ilişkin bu şartın değerlendirilmesinde ispat ölçüsü bağlamında, tam kanaat değil, kuvvetle muhtemel, yaklaşık bir kanaat yeterli görülmelidir. Bununla birlikte, yaklaşık ispat, ispatın aranmayacağı ya da ispat kurallarının tamamen göz ardı edileceği anlamına da gelmez³⁹⁹. Yıldırım'a göre, “hâkimin hangi anda bir vakıanın hakikat olduğuna, ispatlanmış sayılacağına karar vermesi delillerin değerlendirilmesinde ispat ölçüsü ile ilgilidir.”⁴⁰⁰

Çekişmesiz yargı işlerinde aksine bir hüküm bulunmadıkça re'sen araştırma ilkesi geçerlidir (HMK m.385/2). Bu ilke gereği, hakim dava malzemesini özellikle delilleri re'sen araştırır ve toplar⁴⁰¹. Buna karşılık, objektif ispat yükü çekişmesiz yargılamada da uygulama alanı bulur⁴⁰². Takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işi olan özel denetçi atanması halinde kanun gereği dilekçe sahipleri ispat yükü altındadır⁴⁰³. Bu halde dilekçe sahipleri mahkemeyi zararın gerçekleştiği konusunda ikna etmekle mükelleftir. Dilekçe sahipleri, zararın oluştuğu iddiasını ortaya atmalarına karşın bu hususun ispatına yönelik delillerini sunmamış olsalar bile, mahkeme gereken bilgi ve belgelerin sunulmasını emreder ve delillere re'sen

³⁹⁷ İMREGÜN Oğuz, Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989, s.319.

³⁹⁸ MOROĞLU, Değerlendirme ve Öneriler, s.243.

³⁹⁹ HMK m. 390/3'ün gerekçesi.

⁴⁰⁰ YILDIRIM Kamil, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s.39

⁴⁰¹ ARAS, s.109.

⁴⁰² İspat yükü, objektif ve sübjektif ispat yükü olarak ikiye ayrılmaktadır. Objektif (maddi) ispat yükü, hükme esas teşkil eden olayların ispat edilmemesi halinde belirsizliğin rizikosunu kimin taşıdığını ifade eder. Bu yük, davada taraflarca hazırlama ilkesinin veya kendiliğinde araştırma ilkesinin geçerli olduğu her iki halde de vardır. Buna karşın, sübjektif ispat yükü ise sadece taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda söz konusudur; bkz. ATALAY, Pekcanitez Usul, s.1695; Yıldırım'a göre, “her iki teoriyi telif eden objektifleştirme teorisine göre, hakikat hakkında kanaat değil, ihtimal hakkında kanaat aranmalıdır, Usul Hukuku anlamında hakikat hakkında kanaat, belirli bir derecedeki ihtimal hakkında kanaat demektir”; bkz. YILDIRIM, s.68.

⁴⁰³ Alman Hukuku'nda çekişmesiz yargı işlerinde ve hakiki ihtilafli işlerde, talepte bulunan ispat yükü taşır. Bununla birlikte çekişmesiz yargı işlerinde de tam ispat aranır, kanunda açıkça düzenlenen bazı hallerde ise yaklaşık ispat yeterli görülür. Örneğin, çekişmesiz yargıda verilen geçici önlem kararlarında durum böyledir; bkz. ARAS, s.109.

başvurur⁴⁰⁴. Mahkeme özel denetçi atanması talebi hakkında karar verebilmesi için somut olayda özel dava şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini re'sen inceleyerek bu çerçevede gerek ilgililerin ortaya koyduğu gerekse re'sen topladığı tüm delilleri serbestçe değerlendirecektir⁴⁰⁵. Nihayet, dilekçe sahiplerinin öne sürdüğü zarar olgusunun gerçekleştiği yönünde mahkemede bir kanaat oluşmadığı takdirde istem reddedilecektir.

VIII. ŞİRKETİN VE İSTEM SAHİPLERİNİN DİNLENİLMESİ

Çekişmesiz yargı işlerinde, niteliğine uygun düştüğü ölçüde basit yargılama usulü uygulama alanı bulur (HMK m.385/1). Basit yargılama usulünde mahkeme, mümkün olan hallerde tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar verir (HMK m.320/1). Çekişmesiz yargıda dosya üzerinden karar verilmesi kural olmakla birlikte kanunda açıkça belirtilen hallerde duruşma yapılması zorunludur⁴⁰⁶. TTK m. 440/1 düzenlemesi de bu çerçevede duruşma yapılması gereken bir hükümdür. Bu maddeye göre “ mahkeme, şirketi ve istem sahiplerini dinledikten sonra karar verir.” Şirketi temsile yetkili organ yönetim kuruludur. Hukuki durumu çekişmesiz yargı kararından etkilenmesi söz konusu olan şirketinin maddi ilgili olmasından ileri gelen yargılamaya katılması gereği bu madde düzenlemesine göre emredicidir. Mahkemenin bu kurala uymayarak, şirketi ve istem sahiplerini dinlemeden karar vermesi, halinde hukuki dinlenilme hakkının ihlâli mahiyetindedir⁴⁰⁷(HMK m.27).

⁴⁰⁴ ARAS, s.110; “TTK'nun özel denetçi tayinine ilişkin 348 nci maddesinde bu yöndeki istemlerin mahkemece kabul edilebilmesi iddia olunan hususlar hakkında کافی delil ve emare gösterilmesi gerektiği bildirilmiştir. Buna göre öncelikle mahkemenin davacıların özel denetçi atanması yönündeki istemlerine dayanak oluşturan somut delilleri ve maddi olguları açıklattırması, bundan sonra da bilirkişilerden davacıların tüm istemlerini karşılayacak bir rapor alınarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken davacıların istemlerine dayanak delil ve emareler somut olarak açıklattırılmadan, geçmiş genel kurul toplantısında atanan özel denetçi tarafından düzenlenen rapor esas alınarak düzenlenen ve davacıların tüm istemlerini de karşılamayan bilirkişi raporu esas alınmak suretiyle eksik incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.” Yarg. 11. HD., E. 2006/610 K. 2007/4164 T. 08.03.2007 (www.lexpera.com.tr,21.07.2018)

⁴⁰⁵ ARAS,s.115; Delillerin değerlendirilmesi ve ispat ölçüsü farklı kavramlardır. “Hâkimin ispat faaliyetinin başarılı olup olmadığına ve belli bir vakıanın ispatlanmış kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin faaliyeti delillerin değerlendirilmesidir.” ATALAY, s.37.

⁴⁰⁶ ARAS, s.63.

⁴⁰⁷“ Hukukî dinlenilme hakkı, Anayasanın 36. maddesindeki iddia ve savunma hakkının medenî usûl hukukundaki görünümüdür. Yani usulî nitelikte bir temel haktır. İddia ve savunma hakkı, Anayasada teminat altına alınmış temel bir hak olduğundan, hukukî dinlenilme hakkı da anayasa tarafından korunan bir temel haktır. Bu bir anayasa kuralı olduğu için, buna aykırı hükümler anayasaya da aykırı olacaktır. Hukukî dinlenilme hakkı, İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenmiş olan adil yargılanma hakkının da bir unsurudur. Yani, hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edilmesi, adil yargılanma hakkının da ihlâlî sayılır. Bu açıdan hukukî dinlenilme hakkı

IX. MAHKEME KARARININ UYGULANMASI

Çekişmesiz yargı sonunda verilen kararlar da ara karar ve nihai karar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Nihai kararlar hakimin dosyadan el çekmesi sonucunu doğuran kararlardır⁴⁰⁸. Ara kararlar ise yargılamaya son vermeyen, aksine onu yürütmeye, ilerletmeye yarayan kararlar olup hakimin davadan (işten) el çekmesi sonucunu doğurmaz⁴⁰⁹. Yargılama sonunda uyuşmazlığın esası hakkında verilen nihai kararlara hüküm denir(HMK m.294/1). Çekişmesiz yargı işi bir dava olmadığından ve uyuşmazlık hakkında da karar verilmediğinden hüküm yerine karar kavramı kullanılmalıdır⁴¹⁰. TTK m.440/2'de özel denetçi atanması konulu yargılama sonucunda mahkemece verilen kararın kesin olduğu belirtilmiştir. Mahkemenin bu kararı nihai karar niteliğinde olup, kanun yollarına başvuru imkanı da tanınmadığından şekli anlamda kesin karardır. Ancak özel denetçi atanmasına karar veren mahkemenin görevi burada sona ermemektedir. Çekişmeli yargıda karar verilmesiyle hâkimin görevi sona erer. Çekişmesiz yargıda ise, hakim karar verdikten sonra bazı durumlarda kararın gereğinin yerine getirilip getirilmediğini denetler⁴¹¹. Örneğin, çekişmesiz yargı hakimi, vasiyi atadıktan sonra bile, vasiinin vesayet altındaki kişinin menfaatine uygun davranıp davranmadığını denetler. Özel denetçi atanmasına karar veren mahkemenin görevi de burada sona ermemekte özel denetimin yasal düzenlemelere uygun bir şekilde ilerleyip ilerlemediğinin denetimi de mahkemeye düşmektedir⁴¹². Buna göre; özel denetim sürecinde kanunen özel denetçiye bilgi vermekle ve incelemesine izin vermekle yükümlü olan kişiler ile özel denetçi arasında çıkması muhtemel ihtilaflar hakkında mahkeme kesin olarak karar verecektir (TTK m.441/3). Mahkeme, raporun istem sahiplerine sunulup sunulmaması hakkında karar verecektir (TTK m. 442/2).Özel denetim sonucunda özel denetçi tarafından hazırlanan rapor mahkemeye sunulacak; mahkemece şirkete tebliğ edilerek şirket sırlarından arınması sağlanacak ve nihayetinde açıklanan rapor hakkında şirketin ve istem sahiplerinin görüşleri alınarak ek soru sorma imkanı tanınacaktır (TTK m.442/3). Ayrıca özel denetçinin kararda öngörülen süre içerisinde raporunu hazırlayamaması halinde ise mahkemeden ek süre isteyebileceği kabul

İnsan Hakları Sözleşmesi ile de teminat altına alınmış bir haktır.” PEKCANİTEZ Hakan , “Hukuki Dinlenilme Hakkı”, Makaleler, C.II, İstanbul 2016, s.510.

⁴⁰⁸ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s.435.

⁴⁰⁹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s531; Hakimin, davaya ilişkin bir işin yapılması örneğin delillerin gösterilmesi, keşif ve bilirkişi giderlerini yatırmaları için taraflara süre verdiği kararlar ara karardır.

⁴¹⁰ Örneğin, TMK m.346, TMK m.420, TMK m.464/2, TMK m.589 uyarınca verilen kararlar, ilgililere bir yükümlük yüklediğinden, icra edilebilir niteliktedir; ancak kararların icrasına yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır; bkz. ARAS, s. 185-186.

⁴¹¹ ARAS, s.142.

⁴¹² ARAS, s.142.

edilmektedir. Kanunda yer verilen ve özel denetim sürecinde mahkemenin karar vermesini gerektiren her bir hâl kanımızca birer çekişmesiz yargı işidir. Görüleceği üzere, bu düzenlemeler özel denetçi atanması kararı sonrası özel denetimin uygulanması sürecinde mahkemenin rolünü de belirler nitelikte özel hükümlerdir. Özel denetime ilişkin düzenlemeler özel ve esnek bir yargılama usulü öngörmektedir. Bu düzenlemeler, özel denetçi atanması işinin çekişmesiz yargı işi olduğunun da bir göstergesidir. Zira çekişmesiz yargı doğası gereği, hakime geniş yetki verilmesini gerektiren, elastiki bir yargılama faaliyetidir⁴¹³. Özel denetçi atanmasına dair verilen karar, ileriye dönük icra edilebilir nitelikte, ilgililere verme yapma veya bir şeyin yapılmasına katlanma yükümlülüğünü emreder niteliktedir. Çekişmesiz yargıda, kararın icrası kapsamında zor kullanılması gerekebilecek, mahkemenin ilgililere bir yükümlülük yüklediği veya zorla yerine getirilmesi gereken bazı emirleri içeren kararlar verilebilmektedir⁴¹⁴. Ancak hukukumuzda, icra edilebilir nitelik taşıyan çoğu çekişmesiz yargı kararlarının nasıl uygulanacağı hakkında kanuni bir düzenleme mevcut değildir⁴¹⁵. Özel denetim sürecinde çıkabilecek ihtilaflar hakkında, TTK m.441/3’de mahkemeye uyuşmazlık hakkında kesin olarak karar verme yetkisi tanınmış; ancak kararın nasıl icra edileceği hakkında bir yol gösterilmemiştir. Bununla birlikte maddenin gerekçesinde, “Mahkemenin özel denetçinin çalışabilmesini sağlayan kararı vermelidir” ifadesine yer verilmiştir. Kanımızca bu ifade, uyuşmazlık konusu hakkında gerekli tedbirleri alma konusunda mahkemeye bir serbestlik tanındığı şeklinde anlaşılmalıdır. Bu bağlamda akla gelen, geçici hukuku koruma tedbirlerinin en önemlilerinden biri olan ve HMK m.389-399 arasında düzenlenmiş olan ihtiyati tedbirdir⁴¹⁶.

Çekişmeli yargıda, ihtiyati tedbire karar verilebilecek haller HMK m.389/1’de⁴¹⁷ düzenlenmiş ve ikinci fıkrada niteliğine uygun düştüğü ölçüde çekişmesiz yargı işlerinde de uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu durumda mahkeme, olayın özelliklerini göz önüne alarak tedbir kararı verilmesinin gerekliliğini serbestçe takdir edecektir⁴¹⁸. HMK m.391’de ihtiyati tedbire nasıl karar verileceği ve kararın içeriğinde neler olması gerektiği belirtmiştir.

⁴¹³ ALANGOYA Yavuz, “İsviçre Hukukunda Çekişmesiz Yargıya (Nizasız Kaza) İlişkin Düşünceler”, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı IV, Ankara, 2005, s. 112.

⁴¹⁴ ARAS, s.185.

⁴¹⁵ ARAS, s.186; Alman Hukukunda bu türden kararlar ilam niteliğinde kabul edilmiştir. İlamların icrası yoluna başvurulması mümkündür. Bazı kararların ise yerine getirilmemesi halinde para cezası ve hatta özgürlüğü bağlayıcı ceza verileceğine dair düzenlemeler mevcuttur; bkz. ARAS, s.184.

⁴¹⁶ BUDAK, Medenî Usul Hukuku, s.302.

⁴¹⁷ HMK m. 389/1’ e göre “ *mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir.*

⁴¹⁸ ARAS, s.144.

Mahkemenin vereceği ihtiyati tedbir kararları çeşitli nitelikte olabilir. Örneğin, yönetim kurulunca şirket defterlerinin, bilgisayarlarının veya kasasının özel denetçi tarafından incelenmesine engel olunması halinde TTK m.441 uyarınca uyuşmazlık konusunda hakkında mahkemenin ihtiyati tedbir kararı vermesi düşünülebilir. İhtiyati tedbirin nasıl ve hangi sürede yerine getirileceği HMK m.393’de düzenlenmiştir. Diğer taraftan tedbire muhalefetin cezası *“ihtiyati tedbir kararının uygulanmasına ilişkin emre uymayan veya tedbir kararına aykırı davranan kimse, bir aydan altı aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılır”* şeklinde hükme bağlanmıştır (HMK m.398/1).

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, TTK m.441/3 hükmünün geniş yorumlanması gerektiği ve dolayısıyla mahkemenin uyuşmazlık konusu hakkında HMK m.389/2 uyarınca ihtiyati tedbir kararı verebileceği kanısındayız. Böyle bir yorumun, özel denetim kurumunun amacına ulaşmasına sağlayacağı fayda apaçık ortadadır. Aksi takdirde, özel denetim sürecinde mahkeme tarafından verilen kararların uygulanamaz olduğunu kabul, özel denetime ilişkin kanun maddelerinin fiilen uygulanma kabiliyeti olmayan bir dizi düzenlemeden öte bir anlam taşımaması sonucunu doğurur.

X. YARGILAMA GİDERLERİ

Özel denetçi atanması istemiyle mahkemeye başvuran ilgililerin Harçlar Kanunu⁴¹⁹,na göre yatırması gereken harçlar bulunmaktadır. 492 Sayılı Kanun (1) sayılı tarifenin A bölümünde “ihtilafsız yargı konuları” mahkeme harçlarına tabi tutulduğundan, çekişmesiz yargı işlerinde hem başvuru harcı hem de maktu karar ve ilam harcı dilekçe sahiplerinden başvuru anında tahsil olunacaktır. Ayrıca gider avansı yatırılması HMK m. 114/1-g uyarınca dava şartlarından sayılmıştır. Gider avansı, yargılamanın yürütülmesi için zorunlu yazışmalara ilişkin tebligat giderleri gibi masrafları içermektedir. Yargılamanın seyri esnasında tarafların başvurdukları delillere (tanık, keşif, bilirkişi vs.) ilişkin masraflar delil avansıdır (HMK m.324). Tüm bu sayılan, harçlar, delil ikamesi için yapılan masraflar ile yargılamaya dair diğer masraflar yargılama giderleri kapsamındadır (HMK m.323). Yargılama giderleri kural olarak dava sonunda haksız çıkan, yani aleyhine hüküm verilen taraftan tahsil olunur. Çekişmesiz yargının konusuna giren özel denetçi atanmasına dair yargılamada, karşı taraf bulunmadığından yargılama giderlerinin haksız çıkan tarafa

⁴¹⁹ 492 sayılı Kanun, RG. 17.7.1964, 11756

yükletilmesi bu halde söz konusu olamaz⁴²⁰. Mahkeme, hakkaniyete uygun olarak, yapılan masrafları ilgililerden birine yükleyebileceği gibi masrafların ilgililer arasında paylaşılmasına da karar verebilir⁴²¹. Kanun koyucu giderlerin kim tarafından ödeneceğini konusunun önemli bir sorun olduğunu gerekçede belirtmiş; ve özel denetçi isteminde yargılama giderlerinin avans olarak şirket tarafından ödenmesine ilişkin bir hükme yer vermek suretiyle soruna çözüm getirmiştir⁴²². “Giderler” üst başlığını taşıyan TTK m.444 uyarınca “ (1) Mahkeme, özel denetçi atanmasını kabul etmişse, şirketçe ödenmesi gereken avansı ve giderleri belirtir. Özel hâl ve şartların haklı göstermesi hâlinde giderler kısmen veya tamamen istem sahiplerine yükletilebilir. (2) Genel kurul özel denetçinin atanmasına karar vermişse giderler şirkete ait olur.” Kanun koyucunun giderler konusunda HMK’nın yargılama giderlerini düzenleyen maddelerinden farklı bir usûl öngören söz konusu düzenlemeyi yapmasının ardındaki düşünce, özel denetim sürecinin maliyetli olması karşısında azlığın özel denetim isteminde bulunmaktan vazgeçmesi olasılığıdır. Özel denetim giderlerinin kural olarak şirkete yükletileceğine dair bu düzenleme, özel denetim kurumuna işlerlik kazandırmayı amaçlamaktadır. Özel hal ve şartların haklı göstermesi halinde ise giderlerin, kısmen veya tamamen istem sahiplerine yüklenebileceği şeklindeki düzenleme mahkemeye takdir hakkı vermektedir. Buna göre, özel denetçi atanması isteminin dürüstlük kuralını ihlâl veya hakkın açıkça kötüye kullanılması niteliğini taşıdığına dair mahkemede bir kanaat oluşması halinde mahkeme, özel denetim avans ve giderlerinin kısmen veya tamamen özel denetim isteminde bulunan pay sahiplerince karşılanmasına hükmedebilecektir⁴²³.

Belirtmek gerekir ki söz konusu hüküm, özel denetime karar verilmesi durumunda yalnızca “özel denetimin yürütülmesi giderleri” ile ilgilidir⁴²⁴. Karar aşamasına kadar olan yargılama sürecindeki giderlerden ise takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işi olmasından dolayı istem sahipleri sorumludur⁴²⁵.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, mahkemenin özel denetçi atanmasına dair kararın içeriğinde, özel denetçilere ödenmesi gereken ücretler avans adı altında, özel denetim faaliyeti süresince ve raporun hazırlanması aşamasında yapılacak olası giderlerin kim tarafından ve ne kadar süre içinde ödeneceğine TTK m.444 uyarınca açıkça yer verilmesi son derece önemlidir. Bununla birlikte, şirket tarafından ödeneceğine karar verilse dahi, şirketin

⁴²⁰ ARAS, s. 210

⁴²¹ KURU, Nizasız Kaza, s.229.

⁴²² TTK m.444’ün gerekçesi.

⁴²³ NARBAY, s.273; ÖZKAN, s.47; GÜVEN, s.163.

⁴²⁴ NARBAY, s.270.

⁴²⁵ ARAS, s.211.

kararda belirtilen avans ve giderleri yatırmaması ihtimali de her zaman bulunmaktadır. Özel denetçi veya denetçilerin böyle bir durumda özel denetim faaliyetine başlaması mümkün olmadığından, avans ve giderlerin dilekçe sahipleri tarafından karşılanması zorunluluğu doğacaktır. Şüphesiz pay sahipleri, kararda şirket tarafından ödenmesi belirtilen tutarı daha sonra şirketten talep etme ve gerekli hukuki yollara başvurma hakkına sahiptir⁴²⁶.

Özel denetim yapılması hususunda şirket ile pay sahipleri arasında bir ihtilaf olduğu durumda, şirketin özel denetim avans ve giderlerini ödemekten kaçınması gibi bir olasılık karşısında özel denetim sürecinin başlaması tehlikeye girmektedir. Özel denetçinin bir an evvel faaliyetine başlamasında menfaati bulunan dilekçe sahiplerinin, bu halde bu ücreti de ödeme rizikosunu en baştan göze almaları gerektiği söylenebilir.

XI. ÖZEL DENETİMİN İPTAL DAVASI İLE İLİŞKİSİ

A. Genel Kurulun Özel Denetim İsteminin Kabulüne Dair Kararının İptali Sorunu

6762 sayılı TTK döneminde özel denetçi atanması isteminin genel kurulda kabul edilmesi halinde, özel denetçi genel kurul tarafından seçilmekte idi. Bu durumda genel kurul kendisine yakın olan bir kişiyi özel denetçi olarak tayin etme yoluna gitmekte dolayısıyla özel denetim kurumundan beklenen fayda sağlanamamaktaydı. Bununla birlikte mehzar kanunda olduğu gibi, özel denetçinin şahsına mahkemede itiraz imkanı da olmadığından, geriye kalan tek imkan atamaya dair genel kurul kararına karşı iptal davası açılmasıydı⁴²⁷. Söz konusu kararın iptalinin mümkün olup olmadığı öğretilmiş ve tartışılmıştır.

Eriş, özel denetçinin genel kurulca seçildiği döneme yönelik olarak, genel kurul kararının eTK m.381 uyarınca iptalinin mümkün olduğunu, buna gerekçe olarak seçilen özel denetçilerin taraflı ve çoğunlukla ilişkisi olmasını göstermiştir⁴²⁸. Yazar bu seçimin objektif iyiniyet kurallarına aykırı olduğunu ifade etmiştir. **Domaniç**'e göre özel denetçi seçimine ilişkin genel kurul kararının iptali ve hatta hükümsüzlüğü dava edilebilir (eTK m.361,386; BK

⁴²⁶ Özel denetçi atanmasına dair verilen karar İİK m.38 bağlamında ilâm niteliği taşımadığından ilâmlı icraya konu olamaz. Buna karşın, özel denetçiye şirket tarafından ödenmesi kararlaştırılan avans ve giderlerin tahsili için şirket aleyhine ilamsız takip başlatılması mümkündür. İtiraz üzerine takibin durması halinde ise, İİK m.68'e göre icra mahkemesinden itirazın kaldırılması istenebilir.

⁴²⁷ MOROĞLU, Özel Denetçi, s. 348.

⁴²⁸ ERİŞ Gönen, Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995, s.339; aynı doğrultuda bkz. ÖZKAN, s.36.

m. 19,20). Örneğin, özel denetçi seçiminde, eTK m. 349 ve m. 374 hükümlerinin ihlâl edildiği gerekçesiyle iptal veya nisabın yokluğu nedeniyle hükümsüzlük davası açılabilir⁴²⁹.

6102 sayılı TTK açısından durumu değerlendiren **Altay**, genel kurula yöneltilen özel denetim isteminin oylanması esnasında aleyhe oy kullanan ve muhalefet şerhini tutanağa geçirilmesini sağlayan başka bir pay sahibinin, özel denetim yapılmasına dair kararın TTK m.446 uyarınca iptalini dava edebileceğini ifade etmiştir⁴³⁰. Pay sahibi, iptal davasına konu edeceği özel denetçi atanması isteminin kabulüne ilişkin genel kurul kararının kanun veya dürüstlük kurallarına aykırı olduğunu ileri sürebilir. Nitekim, özel denetim talebinin kabulü için aranması gereken koşullar oluşmadığı halde genel kurulca istemin kabulü yönünde karar alınmış olabilir. Kararın bu sebeplerle iptalini talep eden pay sahibi, genel kuruldan özel denetim isteyen pay sahibinin önceden bilgi alma veya inceleme hakkını kullanmadığını ya da pay sahipliği hakları açısından özel denetimin gerekli olmadığını gerekçe gösterebilir. Yazar, genel kurul kararının denetime açık olması adına iptal davası açma hakkının kabulü gerektiği zira TTK m.438/2'ye göre yapılan başvuruda, mahkemece özel denetimin koşullarının varlığının irdelenmediğini belirtmiştir⁴³¹. Hal böyle iken, TTK m.446'daki koşulları karşılayan pay sahibinin söz konusu kararın iptalini dava etmede hukuki menfaati olduğunun kabulü gerekir⁴³².

Altay, belirtilen sebeplerle genel kurul kararının iptali için dava açılması halinde, bu davanın hali hazırda TTK m. 438/2 uyarınca açılmış özel denetim davasına engel olmaması gerektiğini ifade etmiştir. Yazar, özel denetimin hızlı bir şekilde yürütülmesinin elzem olduğunu, dolayısıyla iptal davasının bekletici mesele yapılmaması gerektiğini, özel denetim sürecinin bir an evvel tamamlanarak raporun alınması gerektiğini ifade etmiştir. Ancak, özel denetim raporu alınmadan veya mahkemece ayıklama işlemine tabi tutulmadan önce genel kurul kararının iptali yönünde karar kesinleşirse, bu durumda özel denetim davası konusuz kalacaktır⁴³³. Diğer taraftan daha güçlü bir olasılık ise, özel denetim davasının daha önce

⁴²⁹ DOMANIÇ, s.749.

⁴³⁰ ALTAY, s.65; Göktürk muhalefet şartının önemini “, bu koşulun bulunmadığı durumlarda dava açılmayacak, açılrsa bile davanın esasına girilmeksizin reddi cihetine gidilecektir. Bu yönüyle muhalefet şartı, usulî açıdan dava şartı niteliğindedir. Maddi hukuk açısından ise, külfet niteliğinde olduğunu kabul etmek gerekir” sözleriyle ifade etmiştir.;bkz. GÖKTÜRK Kürşat, “Anonim Şirket Pay Sahipliği Haklarının Kullanılmasında Muhalefet Şartı” İnÜHFD Cilt:8 Sayı:2 , Y.2017 s. 56-57.; Nitekim Yargıtay bir kararında özet olarak, özel denetçi seçimine ilişkin genel kurul kararının iptali davası açılabilmesi için, pay sahibinin red oyu vermesi ve ayrıca, genel kurul tutanağına karşı oyunu yazdırması gerektiğine değinmiştir. Bkz.Yargıtay 11. HD.,11.3.1994, E.1011/K.1998; karar için bkz. ERİŞ, Anonim Şirketler, s. 343-344.

⁴³¹ ALTAY, s.65.

⁴³² ALTAY, s.65.

⁴³³ ALTAY, s.65.

sonuçlanarak, iptal davasının konusuz kalması halidir. Yazar ayrıca, her iki davanın birleştirilmesi ihtimalinde, birleştirmenin özel denetimin amacına ters düşeceğini ifade etmiştir. Şöyle ki, hakim bu kez birleşen davaları incelerken, öncelikli olarak iptal istemi hakkında karar verecek daha sonra özel denetimi yürütmek zorunda kalacaktır. Ne var ki bu tür bir hukuki süreç, TTK m. 438/2 hükmünün gecikmeksizin özel denetime başlanmasını buyuran kurallarıyla çelişmektedir⁴³⁴.

Bir davanın görülmesi sırasında ortaya çıkan ve bu davanın incelenebilmesi veya sonuçlandırılabilmesi için, mahkemenin görevi dışında kalması sebebiyle, görevli yargılama makamınca çözümlenmesine kadar beklenilmesi gereken sorunlara, bekletici sorun denir⁴³⁵. Bu tanıma göre genel kurul kararının iptali davası, TTK m.438/2 uyarınca mahkemeden özel denetçi atanması talepli çekişmesiz yargı işi karşısında bekletici sorun teşkil etmemektedir⁴³⁶. Zira, özel denetim sürecinin sonuçlandırılması ve bu amaçla özel denetçi atanması hakkında karar verilebilmesi, genel kurul kararının iptali hakkında verilecek karara bağlı değildir. Diğer taraftan tanımda yer alan “...görevi dışında kalması ...” ifadesinden de anlaşılacağı üzere farklı mahkemenin görev alanına giren bir yargılama konusu bekletici sorun yapılabilir. Oysa, hem özel denetçi atanması işi hem de genel kurul kararının iptali davası asliye ticaret mahkemesinin görev alanına girmektedir. (TTK m. 5/1)

Meseleye davaların birleştirilmesi noktasından baktığımızda, ayrı ayrı açılmış davalar arasında HMK m. 166’da gösterilen anlamda bir bağlantı bulunması halinde, bu iki davanın birleştirilmesi mümkündür⁴³⁷. HMK m.166/4’e göre “*Davaların aynı veya birbirine benzer sebeplerden doğması ya da biri hakkında verilecek hüküm diğerini etkileyecek nitelikte bulunması durumunda, bağlantı var sayılır.*” Bu halde özel denetim istemine ilişkin yargılamanın yapıldığı asliye ticaret mahkemesi, bağlantının varlığı sebebiyle yargılamanın her aşamasında re’sen genel kurul kararının iptali davasının görüldüğü mahkemede birleştirebilir (HMK m. 166/1).⁴³⁸ Birleşen davalar bakımından genel kurul kararının iptali davası diğeri için ön sorun teşkil ettiğinden önce incelenip karara bağlanması gerekir⁴³⁹. Özel

⁴³⁴ ALTAY, s.65.

⁴³⁵ HMK m.165’in gerekçesi.

⁴³⁶ Aksi doğrultuda bkz. GÜNAY, s. 258.

⁴³⁷ HMK m. 166’nın gerekçesi.

⁴³⁸ HMK m. 166/1 “*Aynı yargı çevresinde yer alan aynı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemelerinde açılmış davalar, aralarında bağlantı bulunması durumunda, davanın her aşamasında, talep üzerine veya kendiliğinden ilk davanın açıldığı mahkemede birleştirilebilir. Birleştirme kararı, ikinci davanın açıldığı mahkemeye verilir ve bu karar, diğer mahkemeyi bağlar.*”

⁴³⁹ Birleştirilen iki davadan birinin olumlu olarak hükme bağlanması halinde ikinci dava konusuz kalacaksa, mahkemenin birinci davayı ikinci davadan önce inceleyip karara bağlaması gerekir. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.556.

denetçi atanması istemli sürmekte olan çekişmesiz yargıda ihtilaf olmadığı gibi karşı taraf (hasım) da olmadığını bahsetmiştik. Bu halde TTK m.438/2 kapsamında mahkemeye istemde bulunanın şirket veya pay sahibi olduğu düşünüldüğünde özel denetçi atanması yönünde iradeleri aynı yöndedir. Dolayısıyla bu kişilerin HMK m. 166/1 kapsamında davaların birleştirilmesi şeklinde mahkemeden talepte bulunmaları kendilerinden beklenemez. Ancak mahkemenin böyle bir davanın(iptal davası) varlığından haberdar olması halinde, gerekli görürse re'sen birleştirme kararı alması söz konusu olacaktır.

Özetlemek gerekirse, özel denetim isteminin kabulüne dair genel kurul kararına karşı oylamada olumsuz oy kullanan ve bu muhalefetini tutanağa geçiren pay sahibinin söz konusu genel kurul kararı aleyhine kanuna ve dürüstlük kurallarına aykırılık sebebiyle iptal davası açmasında hukuki menfaati olduğu kabul edilmelidir. Genel kurulun kabul kararına istinaden TTK m. 438/2 uyarınca mahkemede sürmekte olan özel denetçi atanmasına ilişkin yargılamada ise, kanımızca mahkemece HMK m. 166/1'e göre birleşme kararı vermesi mümkün iken, buna karşılık iptal davasının bekletici sorun yapılması, yukarıda belirtilen gerekçelerle mümkün değildir. Ancak her halükarda, Altay'ın da haklı olarak belirttiği gibi, sürenin uzaması durumunda özel denetime bir an evvel başlanması ve amaca yararlı süre içerisinde sonlanması amacına ters düşen bir hukuki durum ortaya çıkacaktır.

B. Genel Kurulun Özel Denetim İsteminin Reddine Dair Kararının İptali Sorunu

Genel kurulca özel denetim talebinin reddi üzerine yukarıda ayrıntılarıyla incelendiği üzere, azlık pay sahiplerinin TTK m. 439 uyarınca mahkemeye başvuru imkânı doğar. Buna karşın, azlık sıfatına sahip olmayan pay sahipleri bakımından böyle bir imkândan söz etmek mümkün değildir⁴⁴⁰. Hal böyle iken, azlık sıfatı taşımayan pay sahiplerinin başvurabileceği tek hukuki çare, söz konusu genel kurul kararının iptalini ya da hükümsüzlüğünün tespitini dava etmektir⁴⁴¹.

TTK m.438 uyarınca gerekli koşulları sağlayan ve genel kuruldan özel denetim isteminde bulunan pay sahibi veya pay sahibi sıfatıyla azlığın, bu isteminin genel kurulca reddedilmesi halinde bu ret kararının iptal edilmesinde, hukuki menfaatinin bulunup bulunmadığı, özel denetçi atanması davası ile iptal davasının aynı anda açılması halinde

⁴⁴⁰ ARI, s.1423.

⁴⁴¹ İmregün; genel kurulda bir teklifin reddi halinin menfi bir karar olduğunu ve menfi kararlar aleyhine iptal davası açılmayacağını, zira menfi kararın iptali ile mahkemenin teklifin kabulüne karar veremeyeceğini belirtmektedir İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar , s.151-152.

derdestlik⁴⁴² söz konusu olup olmadığı ya da iptal davasının bekletici mesele teşkil edip etmediği gibi farklı hususlar eTK döneminde olduğu gibi günümüzde de tartışılmaktadır.

Domaniç'e göre, genel kurulun özel denetçi atanması istemini ret kararı üzerine, eTK m. 348/2'ye göre mahkemeye özel denetçi atanması istemli başvuruda bulunmak için söz konusu karara karşı eTK m. 381'e göre iptal davası açılması zorunlu olmamakla birlikte, iptal davası açmak için maddenin öngördüğü üç aylık hak düşürücü sürenin dolmasından önce bu davanın açılması ile yine süresi içinde özel denetçi atanması istemiyle mahkemeye başvurulması, azlık haklarının korunması ve zaman kaybına yol açan dava tartışmalarına son vermek açısından faydalıdır. Yazar davaların birinin neticesinin diğerine etki yapacak şekilde irtibatın varlığından bahisle, davaların birlikte açılması veya birleştirilmesi mümkün olduğu, aksi takdirde önce açılan dava, geç açılan dava bakımından bekletici mesele teşkil edeceği görüşünü savunmuştur⁴⁴³.

Teoman da Domaniç'in görüşünü benimseyerek her iki davayı da birlikte açmakta hukuki menfaatin varlığını kabul etmiş ancak davaların birleştirilmesi ve bekletici sorun yapılmasının uygulamada güçlük yaratabileceği gerekçesiyle bu yönüyle Domaniç'in görüşünden ayrılmıştır⁴⁴⁴. Bununla birlikte, yazar asıl meselenin, olumsuz genel kurul kararına karşı iptal davası açan azlığın⁴⁴⁵, ayrıca özel denetçi atanması için dava açması durumunda, ikinci davanın derdestlik itirazı ile karşılaşmayacağına ilişkin olduğunu ifade etmiştir. Zira HUMK m. 187/4'de öngörülen derdesti rüyetlik, yani davanın görülmekte olduğu ilk itirazının ileri sürülebilmesi için, o davanın daha önce aynı ya da başka bir mahkemede açılmış olması ve bu iki davanın taraflarının, dava sebebinin ve konularının yani müddeabihlerinin aynı olması gerekmektedir. eTK m.348/2 uyarınca açılan dava ise eda davası niteliğinde olup konusu anonim ortaklığa özel denetçi atanmasıdır. O halde, eTK

⁴⁴² HMK m. 114/1'da derdestlik, “ aynı davanın, daha önceden açılmış ve halen görülmekte olmaması ”dır. 1086 sayılı HMUK'da derdestlik ilk itirazlar arasında düzenlenmişken, 6100 sayılı HMK'da dava şartlarından sayılmıştır. Dava şartlarının eksikliği,davanın her aşamasında taraflarca ileri sürülebileceği gibi hakim tarafından re'sen dikkate alınır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PEKCANITEZ H., Pekcanitez Usül Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2017, C.II, s.923-950; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2016, s.278-290.

⁴⁴³ DOMANIÇ, s.743.

⁴⁴⁴ Yazar, iptal davasının bekletici sorun yapılabilmesi ancak iptal sebebinin özel denetçi atanması istemini haklı gösteren maddi olgular ve kanıtlara dayanılmış olması halinde gündeme gelebileceği salt usul hükümlerine aykırılık sebep gösterilerek kararın iptalinin istenmesi halinde ise bunun mümkün olmadığı zira arada irtibat bulunmadığı fikrindedir. Bununla birlikte, karar mahkemece iptal edilse bile, bu özel denetçinin atanması anlamına gelmediğinden, ikinci dava açısından bir bekletici mesele söz konusu değildir;bkz. TEOMAN Ömer, “ Özel Denetçi Atanması İstemi Genel Kurulca Reddedilen Azınlığın İzleyebileceği Yollar” , Tüm Makalelerim (Makale 39), s.540-541.

⁴⁴⁵ Yazar genel kurulda, özel denetçi atanması isteminin reddi halinde, gerek pay sahipleri gerekse azlık, koşulları olduğu müddetçe karara karşı iptal davası açabilecektir. Bkz. TEOMAN, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, Ankara, 1983, s.113.

m.381'e göre açılan genel kurul kararının iptali davası ile eTK m.348/2'ye dayanılarak açılan özel denetçi atanması davasının konusunun birbirinin aynı olması söz konusu olmadığından, derdestlik itirazının dinlenilmesi mümkün değildir⁴⁴⁶. Yazar azınlığın söz konusu ret kararını iptalini dava etmekte ve mevcut davayı sürdürmekte hukuki menfaatinin de bulunduğu, zira iptal davasının, özel denetçi atanması davasından önce iptal kararı ile sonuçlanması varsayımında, toplanacak ilk genel kurulda özel denetçi atanması hususu tekrar görüşülerek atanma yönünde bir karar dahi alınabilecektir. Bu halde özel denetçi atanması davası konusuz kalacak, aksi durumda ise davaya devam edilerek koşulları varsa mahkemece özel denetçi atanmasına karar verilecektir⁴⁴⁷. Her iki halde de mahkemelerin iş yükünün azalması önemli sonucunun doğmasına yol açacaktır⁴⁴⁸.

Tekinalp, genel kurulca alınan menfi kararlara karşı iptal davası açılıp açılmayacağını konu alan bir makalesinde; ret kararının mahkemece iptal edilmesi durumunda, her ne kadar mahkeme teklifin kabulüne karar veremese de, aynı pay sahibi dava konusu teklifi bir kez daha genel kurula sunma fırsatına kavuşacak olup, teklifin ikinci kez oylanması sırasında ise kanuna, esas sözleşmeye ve dürüstlük kurallarına göre bir karar verilmesi imkânı doğacağı fikrine yer vermiştir. Yazar, kararın menfi nitelikte olması halinde dahi, bu imkânın başlı başına eTK.m.381'in koruduğu menfaatle aynı doğrultuda olduğunu belirterek, menfi nitelikteki kararların da iptal davasına konu edilebileceğini savunmuştur⁴⁴⁹.

Buna karşılık **Moroğlu**, özel denetçi atanması davasının eda davası niteliğinde olduğundan bahisle, azlığın bu davayı açması mümkün olduğu halde bunun yerine özel denetçi atanmasının reddine dair genel kurul kararının iptalini dava etmekte hukuki

⁴⁴⁶Nitekim Yargıtay (11.HD,26.11.1982, E.1982/757, K.1982/770), daha önce genel kurulun özel denetçi atanmasında dair teklifin reddi kararına karşı açılmış olan iptal davasının, eTK m.348'e dayalı açılan davada derdestlik itirazını kabul etmemiştir. Yargıtay azlığın red kararına karşı iptal davası açabileceği gibi özel denetçi atanmasını da dava etmekte hukuki yararı bulunduğu sonucuna varmıştır. Karar için bkz. TEOMAN, Tüm Makalelerim (Makale 41), s.563-564; POROY, Yargıtay'ın kararının yerinde olduğunu, zira özel denetçi atanması davası ile iptal davası arasında bir konu birliği olmadığı gibi, red kararı özel denetçi atanması için mahkemeye başvuru hakkı sağladığını ve bu kararın iptalinin özel denetçi atanması usulünde bir etkisi olmadığını ifade etmiştir. POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2009, s. 393.

⁴⁴⁷ TEOMAN, Tüm Makalelerim (Makale 39), s.542; aynı doğrultuda; ÇELİK, s.97; NARBAY, s.142-145; ADAY, s.36-37; ULAŞ KISA Seda, "Anonim Ortaklıklarda Yaşanan Çıkar Çatışmalarının Azınlıkta Kalanlara Zarar Vermemesi İçin Öngörülen Önleyici Hukuki Araçlar", Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, C. I, İstanbul 2003, s.526; SİVAS, s.35-36.

⁴⁴⁸ TEOMAN, "Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Özel Denetçi Konusundaki Bir Kararı Üzerine Kısa Notlar", Tüm Makalelerim, (Makale 41) s.566-567.

⁴⁴⁹ TEKİNALP, "Anonim Ortaklığın Genel Kurulunda Bir Teklifin Reddine Karşı İptal Davası Açılabilir Mi?" İBD, C.39. S.7-8-9, 1965, s.259-260.

menfaatinin olmadığı dolayısıyla söz konusu iptal davasının reddi gerektiği yönünde görüş bildirmiştir⁴⁵⁰.

Kaya ise, iptal davasının özel denetim davası karşısındaki durumunu pay sahibinin bilgi alma davasının özel denetim davası karşısındaki durumu ile benzerlik gösterdiğini bu bakımdan derdestlik iddiasının özel denetim davasına etki etmeyeceğini belirtmiştir⁴⁵¹. Yazar, her iki davada da korunan menfaatlerin ve güdülen amacın farklı olduğu gerekçesine dayanmıştır.

Yukarıda yer verilen görüşler ve Yargıtay kararları çerçevesinde, özel denetçi atanması işi ile genel kurulun özel denetim istemini ret kararına karşı açılan iptal davasının, sebep ve konularının farklı olması sebebiyle derdestlik söz konusu değildir. Genel kurulun özel denetim isteminin reddine dair vermiş olduğu kararın iptali, kendiliğinden özel denetim yönünde olumlu bir genel kurul iradesinin varlığı anlamına gelmemektedir. Azlığın veya pay sahibinin menfi genel kurul kararının iptalini dava etmesinde kural olarak hukuki yararı olduğu kabul edilir⁴⁵². Buna karşılık azlığın, özel denetçi isteminin tüm şartların varlığına rağmen haksızca reddedildiği gerekçesi ile genel kurul kararının iptali davasını açmasında ve bir yandan da aynı dilekçede özel denetçi atanmasını talep etmekte hukuki yararının olmadığı kanaatindeyiz. Şöyle ki, azlığın genel kurulun ret kararı üzerine doğrudan mahkemeye başvurmakla özel denetçi atanmasını sağlama hakkı mevcut olup, genel kurulun ret kararı davanın görülmesi ve mahkemenin esas hakkında karar verebilmesi için zorunlu olan bir yargılama şartıdır⁴⁵³. Dolayısıyla, genel kurulun ret kararının iptal edilmesi halinde TTK m.439'a göre yapılacak başvuru, yargılama şartı yokluğundan usûlden reddedilir. Ayrıca azlığın özel denetim isteme hakkının var olup olmadığı, bu kapsamda gereken kanuni şartların

⁴⁵⁰ MOROĞLU, Özel Denetçi, s. 354-355; aynı doğrultuda bkz. ÖZKAN, s.35.

⁴⁵¹ KAYA, s.82.

⁴⁵² Genel kurul kararının iptali davası geçmişe etkili inşâî dava türü olarak kabul edilir. İnşâî davalar, kural olarak kanunun açıkça düzenlediği hallerde, inşâî dava açılmasında hukuki yarar var sayılır ve davacının bunu ispat etmesine gerek yoktur. Çok istisnai hallerde bu durumun aksi mümkündür. KURU/ARSLAN/YILMAZ, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2006, s.312.

⁴⁵³ “..Dava, anonim şirket genel kurul kararlarının iptali istemine ilişkin olup mahkemece yazılı gerekçe ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Ancak, somut uyuşmazlığa uygulanması gereken mülga 6762 sayılı TTK'nun 348. maddesi uyarınca azlığın özel denetçi tayini istemi genel kurulca reddedilmişse ilgililer mahkemeye başvurmak suretiyle özel denetçi seçimini isteyebilirler. Özel denetçi seçimi talebinin reddine ilişkin genel kurul kararının iptali isteminde azlığın hukuki yararı yoktur. Çünkü azlık, istemin reddi halinde mahkemeye başvurabilir. Kanun koyucu da bunun için istemin reddi halinde iptal yoluna gidilmeyip, özel denetçi seçiminin mahkeme kanalıyla sağlanması hükmünü getirmiştir. Bu durum karşısında mahkemece, davacının 29.05.2012 tarihli genel kurul toplantısında alınan özel denetçi tayini talebinin gündeme alınmamasına ilişkin genel kurul kararının iptali isteminin yukarıda açıklanan gerekçe ile reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde bu talep yönünden de davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmamış, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir” Yarg. 11. HD. T.30.4.2015, E. 2014/9049 K. 2015/6177 (www.lexpera.com.tr).

somut olayda mevcut olup olmadığı özel denetçi atanması yargılamasında mahkemeye göz önünde bulundurulacaktır. Dolayısıyla birbiri ile çelişen usulî talepler söz konusu olup, azlığın iptal davası açmakta hukuki yararı olmadığı söylenebilir⁴⁵⁴. Hukuki yararın olmaması mahkemenin esasa girmesine engel olan ve davanın usûlden reddini gerektiren dava(yargılama) şartlarındandır⁴⁵⁵. Öğretide bazı yazarlarca kararın iptali üzerine genel kurulun tekrar bir araya gelerek özel denetim isteminin kabulü yönünde bir karar alma ihtimalinin bulunduğu şeklinde farazi bir kabule dayanarak, azlığın hukuki himaye talep etmede menfaati olduğu şeklinde ortaya koyduğu görüş, kanımızca dava şartı olan menfaatin tanımına uygun düşmemektedir. Hukuki yarar dava açıldığı anda olmalıdır; gelecekte doğması beklenen yarar yeterli sayılmaz⁴⁵⁶. Davanın haklı görülmesi halinde verilecek olan hükmün etkilerinin talep edilen hukuki himayeyi sağlayıcı nitelikte olması ve hukuki himayenin sadece bu yolla sağlanması lazımdır⁴⁵⁷. Gerçekten de özel denetçi atanması talebi ile mahkemeye başvuru üzerine daha kolay ve hızlı bir şekilde özel denetçi atanması amacına ulaşılması mümkün iken, iptal davası açılması halinde menfaat şartı gerçekleşmemiş olacaktır⁴⁵⁸.

⁴⁵⁴ “Somut uyumsuzluğa uygulanması gereken 6762 sayılı TTK.’nın 348. maddesi uyarınca, azlığın özel denetçi tayini istemi genel kurulca reddedilmişse, ilgililer mahkemeye başvurmak suretiyle özel denetçi seçimini isteyebilirler. Özel denetçi seçimi talebinin reddine ilişkin genel kurul kararının iptali isteminde ise azlığın hukuki yararı yoktur. Çünkü azlık, istemin reddi halinde mahkemeye başvurma hakkı kazanmaktadır. Kanun koyucu da bunun için istemin reddi halinde iptal yoluna gitmeyip, özel denetçi seçiminin mahkeme kanalıyla sağlanması hükmünü getirmiştir.” Yarg. 11. HD. T. 26.2.2015 E. 2014/4790 K. 2015/2630 (www.lexpera.com.tr).

⁴⁵⁵ PEKCANITEZ, s. 946-949.

⁴⁵⁶ “Hukuki himaye istemekte bir menfaatin olası şartı, bir dava şartıdır. Burada kastedilen menfaat, ileride nasıl olsa açılacak bir davanın, bugünden açılabilmesine olanak tanımaya yönelik bir menfaat olamaz. Aksine burada sözü edilen menfaat, davanın diğer açılabilme koşulları tam olarak gerçekleşmiş olduğu halde; davanın açılabilmesi için, ayrıca bulunması gereken unsurdur” bkz. ÜSTÜNDAĞ, s.277; “Hâkimin görevi, uyumsuzluk dogmasını önlemek değil, doğmuş ve güncel uyumsuzlukları çözmektir. Buna bağlı olarak, davacının davadaki menfaatinin, doğmuş ve güncel olması gereklidir. Başka bir anlatımla, gelecekteki ya da muhtemel bir menfaatin varlığı davanın kabule sayan bulunması için yeterli değildir. Bu nedenle, davacının davadaki menfaati, dava açıldığı anda mevcut olmalıdır” bkz. HANAĞASI Emel, Davada Menfaat, Ankara 2007, s.358 (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/giris.jsp> Çevrimiçi: 21.07.2018).

⁴⁵⁷ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2009, s.194.

⁴⁵⁸ Eda davası açılması mümkün iken, tespit davası açmada menfaat yoktur. Yargıtay, görülmekte olan bir davada savunma olarak ileri sürülebilecek olan bir hususun dava edilmesini bir menfaatin bulunmaması sebebi ile kabul etmemiştir. (ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s. 195; ayrıca ilgili Yarg. kararları için bkz. dn.4e).

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ÖZEL DENETÇİNİN ATANMASI

I. MAHKEMECE ÖZEL DENETÇİNİN ATANMASI

A. Genel Olarak

Özel denetçinin, genel kurulun kabulü (TTK m. 438) veya reddi (TTK m.439) arasında bir ayırım gözetilmeksizin her iki halde de mahkeme tarafından atanacağından bahsetmiştik. Mahkeme, özel denetçi atanması yönündeki talebi haklı görürse, TTK m. 440 uyarınca istem çerçevesinde inceleme konusunu belirleyerek bir veya birden fazla uzman görevlendirir. Mahkemenin bu yöndeki kararı kesindir (m.440/2).

Mahkeme, genel kurulun özel denetim istemini kabulü üzerine istem sahiplerinin dilekçelerinde incelenmesini talep ettikleri konuların, diğer bir deyişle özel denetçinin inceleme konusunun çerçevesini belirlemek zorundadır. Bu durumda hakim dilekçede yer alan inceleme konuları ile yani talep ile bağlıdır (HMK m.26). Diğer durumda ise, yani özel denetim isteminin genel kurulca reddi üzerine, ilgililerin (azlık veya belli itibari değerde paya sahip olan kişiler) mahkemede, kurucuların veya şirket organlarının, kanunu veya esas sözleşmeyi ihlâl ederek, şirketi veya pay sahiplerini zarara uğratmaları olgusunun ikna edici bir biçimde ortaya koyulması maddi şartının varlığında, mahkeme tarafları dinleyerek iddia edilen ihlâllerin tespitine yönelik olarak inceleme konusunun çerçevesini belirleyecektir⁴⁵⁹. Bu halde, özel denetime ilişkin konunun tespitinde ve sınırlarının çizilmesinde hakimin daha geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu söylenebilir.

Özel denetçinin görevi kabul zorunluluğu olmadığından yukarıda bahsetmiştik. Kanunda bir açıklık bulunmamakla birlikte, görevi kabul eden özel denetçiye mahkeme tarafından bir göreve başlama ve yemin tutanağı düzenlenmesinde fayda vardır. Zira, bilirkişilik yapanlara dahi yemin verdirildiğine göre (HMK.m.269) tıpkı bilirkişi gibi bağımsız ve tarafsız bir şekilde görev yapacak ve mahkemeye rapor sunacak olan özel denetçiye de yemin ettirilmelidir. Diğer yandan yemin ve göreve başlama tutanağı düzenlenmesi, görevi kabul ettiğinin ve göreve başlama tarihinin tespiti bakımından önemlidir. Özel denetçi olarak atanan kimsenin, resmî sıfatını belgeleyebilmesi ve görevi ile

⁴⁵⁹ PULAŞLI, Şerh, s.1652; ÖZKAN, s.42; DEĞİRMENCİOĞLU, s.83.

ilgili faaliyetlere zaman geçirmeksizin başlayabilmesi için, ona atama kararının bir suretinin verilmesi gerekir.

Mahkemenin özel denetçi atanması konusunda, kanundan doğan bu yetkisi, atanacak özel denetçinin veya denetçilerin seçiminde de kendini gösterir; kimin özel denetçi olarak atanacağı da tamamen mahkemenin takdirindedir. Ancak bu, mahkemenin ilgililerden bu yönde gelecek olan önerilere tamamen kapalı olacağı anlamına gelmemelidir. Diğer taraftan, özel denetçinin şahsına, onu atayan mahkeme nezdinde haklı nedenlerle itiraz edebilmek ve değiştirilmesini istemek hakkının taraflara tanınmamış olması öğretide eleştirilmiş ve bu eksikliği şirket denetçilerinin görevden alınmasını düzenleyen TTK m.399'un kıyasen uygulanmak suretiyle giderilmesi gerektiği savunulmuştur⁴⁶⁰.

B. Özel Denetçinin Nitelikleri

TTK m. 440/2'de “*Mahkeme ... bir veya birden fazla bağımsız uzmanı görevlendirir*” ifadesi yer almaktadır. Özel denetçide kanunun aradığı nitelikler “uzman” ve “bağımsız” olmasıdır. Özel denetçi seçilecek kişinin ya da kişilerin söz konusu nitelikleri taşımasının özel denetimin başarıya ulaşmasında etkisi büyüktür. Mahkeme inceleme konusunun kendine has özelliklerini göz önünde bulundurmak suretiyle en uygun kişiyi özel denetçi olarak atamalıdır. Madde hükmünde ifade edilen uzmanlık, özel denetimin konusuna göre farklılık gösterebilir. Hakim, özel denetimin konusunu belirlemekle aynı zamanda özel denetçinin görev tanımını da yapmış olmaktadır. Bu halde hakimin belirlediği, denetime konu edilecek hususların incelenmesinin ne tür bir uzmanlık alanı gerektirdiğinin tespiti ile uzmanlık alanının seçiminde takdir yetkisi vardır. Özel denetimin konusuna göre, avukat, yeminli mali müşavir⁴⁶¹, hesap uzmanı, ticaret hukuku uzmanı akademisyen, gayrimenkul değerlendirme uzmanı veya mühendis, özel denetçi olabilecekler arasındadır⁴⁶². Özel denetçinin örnek

⁴⁶⁰ NARBAY, s.290; aksi görüş için bkz. DEMİRKAPI/MERİÇ, Yazar, azınlığın özel denetçinin değiştirilmesini dava hakkı olmadığını, kanunda yer alan bu boşluğun bilinçli bir boşluk olduğunun kabulü gerektiği, dolayısıyla TTK m.399'un kıyasen uygulanmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir. DEMİRKAPI Ertan/ MERİÇ Nedim, “Anonim Şirkette Denetçinin Değiştirilmesi Davasının Azınlık Tarafından Açılması Halinde Usul Hukukuna İlişkin Sorunlar” BATİDER 2014, C.XXX, S.2, s.34.

⁴⁶¹ Her ne kadar kanunda bir uzmanın atanacağı ifade edilmişse de özel bir ihtisas zorunluluğu aranmamaktadır. Bu bağlamda özel denetçinin SMMM veya YMM sıfatını taşıması zorunlu değildir;bkz. TOPÇUOĞLU, s.60.

⁴⁶² GÜVEN, s.157; ÖZDAMAR, s. 59; ÖZKAN s.41,dp.69; GÜNAY s.269.

verilen uzmanlık alanlarına ek olarak az da olsa şirket yönetimi, ekonomi ve hukukun genel ilkeleri hakkında da temel bilgilere sahip olması gerekir⁴⁶³.

Kanunun aradığı ikinci bir nitelik ise bağımsızlıktır. Özel denetçinin bağımsızlığı, kuruma olan güvenin temel unsurudur; dolayısıyla şirkete karşı mutlak bir bağımsızlık hali şarttır⁴⁶⁴. Özel denetçinin şirketle herhangi bir bağının bulunmaması gerekir; bu bağlamda örneğin şirkette pay sahibi olması, şirketle geçmişte ticari ilişkisi olması, bağımsız denetim kapsamında evvelce görev almış olması ya da bu kişilerle bir soybağının olması, bağımsızlık niteliği ile bağdaşmaz⁴⁶⁵. Bu halde, söz konusu kişilerin mahkeme tarafından özel denetçi olarak tayin edilmesi halinde, görevi kabul etmemesi gerekmektedir. Aksi takdirde bağımsız olmayan bir denetçi tarafından yürütülen yanlış bir denetleme faaliyeti sonucu ortaya konan bir rapor gündeme gelecektir ki; bu da özel denetim kurumunun amacına tamamen aykırıdır. Özel denetçinin bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda ilgililerce şüphe duyulması halinde HMK m.272 kapsamında itirazların mahkemeye yöneltilmesi mümkündür⁴⁶⁶. Zira özel denetçilerin bilirkişi listesinden seçilmesi mümkün olmakla birlikte bilirkişinin ret sebeplerini düzenleyen HMK m. 272'nin özel denetçiler için de uygulanmasında kanuni bir engel yoktur.

Mahkemece, konunun belirlenerek özel denetimin tek bir uzman ile icra edilmesine karar verilebileceği gibi, gerekli görülmesi halinde örneğin hesap uzmanı, mühendis ve mali müşavirden oluşan bir grubun da özel denetimi işbirliği içinde yürütmesine karar verilmesi de mümkündür. Birden fazla uzmanın atanması özellikle, özel denetim konusunun birden çok olguya ve duruma ilişkin ve karmaşık olduğu hallerde tercih edilmelidir. Kuşkusuz, birden fazla uzmanın inceleme faaliyetini birlikte yürütmesi hem denetimin en hızlı ve kısa sürede neticelendirilmesine hem de denetimin daha güvenilir olmasına hizmet ederek denetimden beklenen faydayı arttıracaktır. Kanunda açık bir hüküm olmamakla birlikte öğretide tüzel kişinin de özel denetçi olarak atanmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir⁴⁶⁷. Bir tüzel kişinin özel denetçi atanması durumu özellikle hisse senetleri borsada işlem gören halka açık

⁴⁶³ ÖZKAN, s.29; GÜVEN, s.157; DEĞİRMENCİOĞLU, s.84.; GÜNAY, s.269.

⁴⁶⁴ TTK m.438'in gerekçesinde denetçinin, özel denetim isteminin genel kurulca kabulü halinde dahi mahkemece atanması şeklinde yapılan yeni düzenleme sayesinde tarafsızlığın sağlanarak, kuruma güven kazandırıldığı ifade edilmiştir.

⁴⁶⁵ PULAŞLI, Şerh , s.1253; NARBAY, Özel Denetçi, s.322; GÜVEN, s.157.

⁴⁶⁶ Moroğlu, mahkemenin özel denetçiyi atama yetkisi olduğu gibi görevine son verme yetkisinin de bulunduğu, bu bağlamda özel denetçinin şahsına, mahkeme nezdinde haklı nedenlerle itiraz edebilmek ve değiştirilmesini isteyebilmenin de mümkün olması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Moroğlu, Özel Denetçi, s.355.

⁴⁶⁷ PULAŞLI, Şerh, s.1651; NARBAY, Özel Denetçi, s. 322; GÜVEN, s.157.; ÖZKAN, s.29.

anonim şirketlerde gündeme gelebilir; bu halde söz konusu şirkete, sermaye şirketi olarak kurulmuş bulunan *bağımsız denetim kuruluşu* özel denetçi olarak atanabilir⁴⁶⁸.

Son olarak, özel denetçi olarak atanacak kişinin iyi bir özel denetim süreci yürütebilmesi adına bu bağlamda görevini icra ederken kişilerle olan iletişiminin iyi olması, istediği şeyleri kabul ettirme konusundaki becerisi gibi şahsi niteliklere sahip olması da önem arz etmektedir⁴⁶⁹.

C. Özel Denetçi ile Şirket Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

Mahkemenin TTK m.440'a göre özel denetçiyi ataması ile özel denetçi görevine başlar. Özel denetçi bu görevi kabul etmek zorunda değildir. **Moroğlu**, eTK döneminde, genel kurulun ortaklığı temsilen icap şeklinde özel denetçiyi seçmesi, özel denetçinin atamayı açık ya da kapalı olarak kabul etmesi halinde, ortaklık ile kendisi arasında hizmet veya vekalet ilişkisi yani sözleşme kurulmuş olduğunu belirtmiş; mahkemece atanması halinde ise ortada bir özel hukuk ilişkisinin yani sözleşmenin varlığını kabul etmiş; lakin sözleşmenin niteliğine dair bir tespitte bulunmamıştır. Yazar, ayrıca özel denetçinin anonim şirketin organı olmadığını altını çizmiştir⁴⁷⁰. Öğretide, sözleşmesel ilişkinin varlığı kabul edilmekle birlikte, bu sözleşmenin niteliğinin ne olduğu hakkında farklı görüşler mevcuttur⁴⁷¹.

Domanıç ve Poroy 6762 sayılı eTK'da öngörülen sistemde, özel denetçinin genel kurul tarafından seçilmesi halinde şirket ile özel denetçi arasındaki ilişkinin hizmet sözleşmesine dayandığı görüşünü savunmaktadır⁴⁷². **Poroy**, ayrıca özel denetçinin ortaya bir sonuç koymasının beklendiğinden bahisle şartları uygun düştüğü ölçüde istisna akdinin(eser sözleşmesi) de uygulanmasının düşünülebileceği şeklinde görüş bildirmiştir⁴⁷³.

Aday'a göre özel denetçinin genel kurul ya da mahkemece atanması fark etmeksizin her iki halde de sözleşme ilişkisi kurulmuştur. Özel denetçi ile şirket arasındaki ilişkiyi

⁴⁶⁸ PULAŞLI, Şerh, s.1651.; Bağımsız denetim kuruluşunun öze denetçi olarak atanması halinde *denetçi olabilecekler* kenar başlığını taşıyan TTK m. 400 'ün kıyasen uygulanması düşünülebilir. Aynı doğrultuda bkz. DEĞİRMENCİOĞLU, s.85.

⁴⁶⁹ Narbay, s. 322. ; Yazarın özel denetçide "istediği şeyleri kabul ettirme yeteneği" aramasındaki maksadı raporunu hazırlarken ulaşması gereken bilgi ve belgelere ulaşmada kolaylık sağlayacağı düşüncesidir.

⁴⁷⁰ Moroğlu, Özel Denetçi, s.347 ve s.355. ; s.355.; NARBAY, s.161.

⁴⁷¹ ARSLANLI, s.249, dp. 199.

⁴⁷² DOMANIÇ, s.748.

⁴⁷³ POROY/ TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2009, s.392-393, N. 642d.

herhangi bir kategoriye sokmaya gerek yoktur zira özel denetçi atipik bir iş görme edimi yüklenmiştir. Bu bağlamda, inceleme sonucu ortaya koyması beklenen rapor, eser sözleşmesindeki yüklenicinin edimine benzerken, inceleme faaliyetinin görünümü ise vekalet edimine benzetilebilir. Yazar, öne sürdüğü bu gerekçelerle, somut olayın özelliklerinin göz önüne alınarak eser ya da vekalet sözleşmelerine ilişkin hükümlerin, mevcut hukuki ilişkiye kıyasen uygulanmasını daha uygun görmüştür⁴⁷⁴.

Özkan, özel denetçinin bağımsız ve tarafsız konumu gereği şirketin bir organı olarak görülemeyeceğinden bahisle şirket ile özel denetçi arasındaki hukuki ilişkinin hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi görüşüne karşı çıkmıştır. Yazar, özel denetçinin bağımsızlığı gereği incelemesi sırasında şirketten emir ve talimat almasının söz konusu olmadığı için, saf bir vekalet ilişkisinden bahsedilemeyeceğini ifade etmiş; ancak kendine özgü bir vekalet ilişkisinin varlığını kabul etmiştir. Söz konusu vekalet ilişkisinin anonim ortaklıklar hukukuna özgü olduğunu, bu sebeple öncelikli olarak bu ilişkiye ortaklıklar hukukunun temel kurallarını uygulanması gerektiğini, ancak boşluk olması halinde TBK'daki vekalet ilişkisine ilişkin hükümlerin devreye gireceğini belirtmiştir.⁴⁷⁵.

Şener, anonim ortaklık ile özel denetçi arasındaki ilişkinin taraflarca aksi kararlaştırılmadığı müddetçe vekalet ilişkisi olduğunu, TBK uyarınca vekalet verenin ve vekilin sözleşmeyi her zaman sona erdirebileceğini belirtmiştir⁴⁷⁶. Buraya kadar yer verdiğimiz görüşlerin hepsi 6762 sayılı TTK döneminde, yasada özel denetçinin genel kurulca atanmasına ilişkin bir düzenlemenin varlığından bahisle öne sürülmüştür.

Narbay'a göre, özel denetçinin her halükarda mahkemece atanmasının düzenlendiği mevcut özel denetim sisteminde, özel denetçi konum olarak anonim ortaklıklar hukuku kurallarının öngördüğü "*istisnai bir görevli*" dir. Bu hukuki ilişkinin "*saf bir vekalet sözleşmesi*" olarak nitelendirilmesi olanaklı değildir. Bununla birlikte, özel denetçinin "*bir işi yerine getirmek üzere atanması*", "*sır saklama yükümlülüğü*" nün bulunması, "*anonim ortaklıkla bir güven ilişkisi içinde hareket etmesi*" gibi olguların varlığı "*vekalet benzeri bir hukuki ilişki*" olarak nitelendirilmeyi gerektirir. Ayrıca bu ilişkiye özel denetim kurumunun

⁴⁷⁴ ADAY, s.42-43; Aynı doğrultuda KAVASOĞLU Abdurrahman, Anonim Şirketlerde Özel Denetçi, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1999, s.112 (www.tez.yok.gov.tr Çevrimiçi: 29.07.2018)

⁴⁷⁵ ÖZKAN, s.29.

⁴⁷⁶ ŞENER, Anonim Ortaklıklarda Azınlık Hakları, Özel Denetçi Atanmasını İsteme Hakkı, s.126-128.

doğasına uygun düştüğü ölçüde TBK'nın vekalet sözleşmesine ilişkin düzenlemeleri uygulanmalıdır⁴⁷⁷.

Günay, özel denetçinin de tıpkı bilirkişi gibi, resmi sıfatı haiz kamu görevlisi hakim tarafından atandığı, dolayısıyla anonim ortaklıkla özel denetçi arasında sözleşmesel bir ilişki olmadığını ifade etmiştir. Yazar, hakimin özel denetçi atamasını, TBK m. 129/1 kapsamında üçüncü kişi yararına sözleşme olamayacağını zira hakimin kamu görevini yerine getirdiğini ancak şirketi temsilen bir sözleşme yapmadığını belirtmiştir. Özel denetçinin, inceleme faaliyetini gereği gibi yapmaması, örneğin ilgilileri yanlış bilgilendirmesi, şirket hesaplarını yanlış incelemesi sonucu olarak ilgilileri yanıltması ve dolaylı olarak zarara uğratması halinde TTK m. 554'te düzenlenen sorumluluğun temelini geniş anlamda güven sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini öne sürmüştür⁴⁷⁸.

Kanımızca mahkemenin özel denetçi atamaya karar vermesi ve de özel denetçi sıfatıyla inceleme görevi yapacak uzmanın bu görevi kabul etmesi halinde sözleşme ilişkisi kurulmuş olacaktır. Özel denetim faaliyetine egemen olan yargısal karakter bu sözleşmeye özel bir hukuki kimlik kazandırır. Bu bağlamda her ne kadar, hizmet, vekalet ve eser sözleşmesine ilişkin unsurları bir ölçüde benzerlik gösterse bile esaslı farklılıkları bünyesinde barındıran bir sözleşme türü olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁷⁹. Şu halde şirket ve özel denetçi arasındaki hukuki ilişkinin *sui generis* (kendine özgü) bir iş görme sözleşmesi olduğu söylenebilir. Başka bir deyişle “*atipik(isimsiz) iş görme sözleşmesi*”dir⁴⁸⁰. Bu tip sözleşmelere, benzer yasal tiplere özgü kuralların uygun düştüğü ölçüde kıyas yoluyla uygulanması, hukuki boşlukların doldurulmasında ve hukuki sorunların çözümünde başvurulması gereken ilk yoldur⁴⁸¹. TBK m. 502/2 bize başvurulması gereken hükümleri işaret etmiştir. Buna göre, “*Vekaletle ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır.*”

Kanımızca, anonim şirket ile özel denetçi arasında yargılama sürecinde meydana gelen hukuki ilişkinin niteliği kendine özgü iş görme sözleşmesidir. TTK m. 441/4'ün gerekçesinde

⁴⁷⁷ NARBAY, s.167-168.; Aynı yönde bkz. GÜVEN, s.157-158.

⁴⁷⁸ GÜNAY, s. 102-105.

⁴⁷⁹ TTK m. 441/4 'ün gerekçesinde yer alan “ *Bu yükümlün dayanağı vekalet sözleşmesinin vekaletin iyi bir şekilde ve özenle yerine getirilmesidir. Yükümlün yapılış şekli ve kapsamı ile ilgili olarak 404 üncü maddenin birinci fıkrası kıyas yoluyla uygulanır*” açıklamalar söz konusu ilişkinin vekalet sözleşmesi olduğunu salık vermiştir. Yukarıdaki açıklamalar ışığında bu ilişkinin saf bir vekalet sözleşmesi olduğunu söylemek mümkün değildir.(Aynı yönde bkz. NARBAY, s.168,dn.44.); Vekalet sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2016, s. 627 vd.

⁴⁸⁰ Aynı yönde bkz. ADAY, s.43.; DEĞİRMENCİOĞLU, s.88.

⁴⁸¹ SEROZAN, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 2002, s. 71.

bu ilişkinin vekâlet ilişki olduğundan bahsedilmişse de buna katılmamız mümkün değildir. Bununla birlikte vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler TBK m. 502/2 uyarınca doğrudan değil, nitelikleri uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır⁴⁸².

II. ÖZEL DENETÇİNİN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Özel Denetçinin Hakları

1. Özel Denetçinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı

a. İnceleme Hakkı ve Kapsamı

İnceleme ve denetleme faaliyetinin bir gereği olarak, özel denetçinin bilgi alma ve inceleme hakkının varlığı, buna karşılık şirketin de bu hakkın kullanımına izin verme mecburiyeti kanunda düzenlenmiştir (TTK m. 441/2-3). Böylece, mahkemenin çerçevesini oluşturduğu inceleme faaliyetini yerine getirebilmesi ve raporunu hazırlayabilmesi için inceleme ve bilgi alma hakkı güvence altına alınmış; hakkın kullanımında zorluk ya da engelle karşılaşılması halinde ise mahkemenin konu hakkında karar vereceği ifade edilmiştir.

TTK m.441/2' de inceleme hakkı, “ *Yönetim kurulu, şirketin defterlerinin, yazışmaları dahil yazılarının, kasa, kıymetli evrak ve mallar başta olmak üzere, varlıklarının incelenmesine izin verir.*” şeklinde düzenlenmiştir⁴⁸³. Görüldüğü üzere hakkın kullanımına izin verilmesi, şirketin resmi defterlerine ve diğer her türlü belgeye hakim olması sebebiyle, yönetim kurulunun yükümlülüğündedir⁴⁸⁴. Madde hükmünde yer alan “ *... başta olmak üzere...*” ibaresi ile anlaşılması gereken , fıkrada sayılan varlıkların bu maddede sayılanlarla sınırlı olmadığı, inceleme konusuna göre başkaca varlıkların da kapsama dahil edilebileceğidir⁴⁸⁵.

Bu kapsamda özel denetçi, şirketin stratejik ve operasyon planlarını, faaliyet raporunu, şirket defterlerini⁴⁸⁶, bilançoları, yönetim kurulu karar defterini⁴⁸⁷, şirkete ait

⁴⁸² ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.594.

⁴⁸³ Bu maddenin kaynağı olan İsv. BK'nın m. 697d'de inceleme hakkı açıkça düzenlenmemiş; gerekçede bilgi alma hakkının inceleme hakkını da kapsadığı ifade edilmiştir. Kanun koyucu inceleme hakkına aynı APOK 145/1 paragrafında olduğu gibi açıkça maddede yer vermiştir; bkz. TTK m. 441'in gerekçesi.

⁴⁸⁴ Mehaz İsv.BK m. 697d/II'de bilgi verme(inceleme de bu kapsamda) yükümlüleri, kurucular, yöneticiler, işçiler kayyımlar, tasfiye memurları ve organlar şeklinde sayılmıştır.

⁴⁸⁵ NARBAY, s.180.

⁴⁸⁶ Şirket defterleri ile kastedilen TTK m.64 ila 88'inci maddeler arasında düzenlenen tüm ticari defterlerdir;bkz.NARBAY, s.180.

belgeleri, kasayı, taşınır ve taşınmaz malları inceleyebileceği gibi, gerek duyması halinde yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve denetçilerden kendi incelemeleri ile ilgili bilgi ve belge talep edebilir⁴⁸⁸.

Özel denetim kurumunun amacı dikkate alındığında, söz konusu fıkra hükmü emredici nitelikte olup, hükmün kapsamının esas sözleşme ile sınırlandırılması ya da hakkın kullanımının tamamen kaldırılması mümkün değildir⁴⁸⁹. Bununla birlikte, TTK m.441/2 hükmünde “*Yönetim kurulu izin verir*” ifadesi yer almaktadır. Buradaki “izin verir” ibaresinden, özel denetçinin inceleme faaliyetinin yönetim kurulunun iznine tabi olduğu, aksine yorumundan ise yönetim kurulunun inceleme talebini reddedebileceği şeklinde bir anlam çıkarılmamalıdır⁴⁹⁰. Aksi bir yorum, özel denetimin ve kanun koyucunun bu düzenlemeleri yapmaktaki amacı ile de bağdaşmaz. **Tekinalp**, özel denetçinin ortaklığın ticari defterlerini, yazışmalarını, kasa durumunu, kıymetli evrakını ve varlıklarını yönetim kurulundan izin alarak inceleyebileceği ancak yönetim kurulunun talebi reddetme hakkının olmadığını ifade etmiştir⁴⁹¹. **Moroğlu**, mahkemenin özel denetçiyi atamasından sonra artık şirketin defter, vs. belgelerinin incelenmesi hususunda yönetim kurulunca izin verilmesine gerek olmadığını belirtmiştir⁴⁹². Yazar, hüküm fıkrasında ayrıca izne ilişkin bir süreye de yer verilmediğinden, bu haliyle işin savsaklanmasına yol açacağı endişesiyle, söz konusu fıkranın kanundan çıkarılmasını önermiştir⁴⁹³.

Kanımızca kanun koyucu “izin verir” ibaresini “yükümlüdür” anlamında kullanmıştır. Zira aynı maddenin bilgi alma hakkını düzenleyen üçüncü fıkrasına baktığımızda, yönetim kurulunun bilgi vermekle “yükümlü” olduğunu görüyoruz. Gerçekten de yönetim kurulunun bu düzenlemeye göre, özel denetçiye bilgi vermekle yükümlü kılınmasına karşın, inceleme hakkının yönetim kurulunun iznine bağlı kılınması, şeklinde ikili bir ayrıma gidilmesi özel

⁴⁸⁷ PULAŞLI, özel denetçinin yönetim kurulu karar defterini inceleyebileceğini, raporunda aynen içeriğine yer vermesinin sır saklama yükümlüğü kapsamında yasak olduğunu ancak temel bilgiler için kullanabileceğini aktarmıştır; bkz. PULAŞLI, Şerh, s.1653.

⁴⁸⁸ MOROĞLU, Özel Denetçi, s.355; ADAY, s.44; Özel denetçinin inceleme ve denetleme hakkı, yönetim kurulu üyeleri ile denetçi (ler)in kişisel verilerinin de incelenebileceği ve denetlenebileceği anlamına gelmemektedir; bkz. NARBAY, s.183.

⁴⁸⁹ NARBAY, s.176.

⁴⁹⁰ NARBAY, bu ibarenin yaratacağı karışıklığın önüne geçmek için fıkra metninin, tıpkı mehz APOK § 145, f.1’de olduğu gibi “*Yönetim Kurulu, şirketin defterlerinin, yazışmaları dahil yazılarının, kasa, kıymetli evrak ve mallar başta olmak üzere, varlıklarının incelenmesine izin vermekle yükümlüdür.*” şeklinde ifade edilmesi gerektiği yönünde görüş bildirmiştir. Yazar ayrıca bu yükümlülüğün sadece bir “*göz yumma, müshama gösterme*” anlamı taşımadığı ayrıca yönetim kuruluna denetim faaliyetine aktif bir şekilde destek olma, bu bağlamda özel denetçilere uygun çalışma ortamını sağlama gerekirse yardımcı eleman vermeleri gibi aktif bir rolün bu yükümlülüğün kapsamında olduğuna dair görüşü aktarmıştır; bkz. NARBAY, s.178-179.

⁴⁹¹ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, 1017h, s.70.

⁴⁹² MOROĞLU, Değerlendirme ve Öneriler, s.258.

⁴⁹³ MOROĞLU, Değerlendirme ve Öneriler, s.258.

denetimin amacına aykırı düşer. İnceleme konusu ile sınırlı kalmak kaydı ile özel denetçinin her türlü bilgi belge vs. inceleme yetkisi yönetim kurulunun izin şartına bağlı olmamalıdır. Zira denetçinin inceleme talebi şeklen bir izin istemesi söz konusu olup, yönetim kurulunun izin verme yükümü vardır. Buna karşılık, özel denetçi tarafından, incelenmek üzere talep edilen evrakların, inceleme çerçevesinin dışına taşıdığı, özel denetim konusu ile bağlantısı hiçbir şekilde akla uygun ve makul olmayan hallerde denetim yetkisinin kötüye kullanılması anlamına gelir ki, bu halde yönetim kurulunun izin verme yükümlülüğü yoktur⁴⁹⁴. Kaldı ki görev çerçevesini aştığı iddiasıyla inceleme hakkının engellenmesi durumunda özel denetçi mahkemeye başvurabilir; mahkemenin ihtilaf konusu hakkında vereceği karar kesindir⁴⁹⁵.

İnceleme talebinin özel denetim konusu dahilinde olup olmadığı hakkında nihai kararı mahkeme verecektir. İnceleme hakkının kullanımı şirket sırrı gerekçe gösterilerek engellenemez⁴⁹⁶; dolayısıyla şirket sırrı savunması özel denetçinin sır saklama yükümlülüğü karşısında kabul görmeyecektir. Zira özel denetim faaliyeti tabiatı gereği söz konusu sırların özel denetçi tarafından öğrenilmesine katlanmayı gerektirir.

Son olarak, madde gerekçesinde, özel denetimin belli bir konu ile çerçevlendiğinden bahisle, inceleme hakkının bu konular ile sınırlı olduğu ifade edilmiştir. Özel denetime konu olguların çeşitli ve karmaşık olması söz konusu olduğunda, incelenmesine ihtiyaç duyulan belgelerin kapsamı da aynı şekilde genişleyeceğinden, özel denetime konu olayların aydınlatılması bakımından nelerin incelemeye dahil olup olmadığına takdirinin özel denetçiye bırakılması gerektiği kanaatindeyiz. Zira özel denetim faaliyetinin büyük bir bölümünü, bilgi almadan ziyade inceleme işi oluşturmaktadır. Bununla birlikte, yönetim kurulu özel denetimin konusuna giren olaylara ve olgulara dair özel denetçinin yapacağı incelemeyi konu bakımından sınırlandıramaz⁴⁹⁷. Özellikle inceleme konusunun karmaşık olması ve birden fazla uzmanlığı gerektirdiği bu sebeple mahkemece birden fazla uzmanın görevlendirildiği somut olay örneğini ele alalım. Her bir denetçinin, farklı konulara ilişkin inceleme talebi karşısında, yönetim kurulunun “görev çerçevesi” itirazı ileri sürmesi olasılığında, ortaya çıkan ihtilafın mahkemece halli gerekecektir.

Bunun anlamı, her bir denetçinin, hangi belgeye, ne amaçla, hangi olguyu açıklığa kavuşturması için ihtiyacı olduğunu yönetim kuruluna açıklaması, yönetim kurulunun bu

⁴⁹⁴ NARBAY, s.184.

⁴⁹⁵ TTK m. 441/3 ve gerekçesi.

⁴⁹⁶ PULAŞLI, Şerh, s.1654-1655.; NARBAY, s.183.

⁴⁹⁷ NARBAY, s. 185.

talebi reddetmesi üzerine ise mahkemeye başvurarak izin istemesidir⁴⁹⁸. İnceleme talebinin özel denetim konusu dâhilinde olup olmadığını takdir hakkı mahkemeye ait olmakla, mahkeme dosya üzerinden karar verecektir⁴⁹⁹. Bu durumda, her bir inceleme ihtilafın mahkemeye başvurarak çözülmesi söz konusu olmakla, denetimin “yararlı süre” içerisinde sonuçlanması uygulamada imkânsız hale gelecektir. Anılan nedenlerle, inceleme konusuna nelerin gireceğini takdir hakkı özel denetçiye ait olmalıdır. Özel denetçinin inceleme faaliyeti kapsamında sır saklama yükümlülüğü ve ihlâl etmesi halinde ise bundan doğan sorumluluğunun varlığı karşısında, “görev çerçevesi” katı yorumlanmak suretiyle inceleme hakkının kapsamının daraltılmasının haklı ve amaca uygun bir mantığının olmadığı kanaatindeyiz⁵⁰⁰. Diğer taraftan özel denetçinin inceleme talebinin yönetim kurulunca reddedilmesi, pay sahipleri nezdinde yaratacağı kuşku sebebiyle yeni bir özel denetime kapı açma riskini de bünyesinde barındırdığı söylenebilir.

İnceleme hakkı ve kapsamı bağlamında değinilmesi gereken diğer husus ise, inceleme konusu belgelerin üçüncü kişilerde olması durumunda özel denetçinin bunları isteyip isteyemeyeceğidir. Örneğin, şirketler topluluğu söz konusu olduğunda ve incelenmesi gereken evrakın yavru şirkette olması durumunda, özel denetçi başka bir şirketten inceleme ve bilgi alma talebinde bulunabilir mi? Özel denetime konu olan şirketin yavru şirket olması halinde, incelenmesi lazım gelen evraklar ana şirkette bulunuyor ise özel denetçi bu evrakları ana şirketten isteyebilecektir⁵⁰¹. Ancak, incelemeye konu evrak hakim ortaklıkta değil de bağlı ortaklıkta ise, bu takdirde bu evrakı bağlı ortağın organlarından istemesi gerekecektir⁵⁰².

Ekleme gerekir ki, TTK'nın 406. veya 207. maddesi uyarınca mahkeme tarafından atanan özel denetçi, yapacağı denetim çerçevesinde, bağlı şirketin yönetim kurulunca hazırlanan bağlılık raporunun bağlı şirket ile özel denetim altındaki şirket(ler) arasındaki ilişkileri gerçeğe uygun ve eksiksiz bir şekilde yansıtıp yansıtmadığını da incelemekle yükümlüdür⁵⁰³.

Özel denetçi inceleme ve denetleme faaliyetleri sonucunda hazırlayacağı raporda, denetim sırasında yaptığı tespitleri ve vardığı sonuçları rapora dayanak teşkil edecek şekilde

⁴⁹⁸ NARBAY, s. 185-186.

⁴⁹⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm IX. Mahkeme Kararının Uygulanması başlığı altında yer alan açıklamalar.

⁵⁰⁰ Özel denetçinin genel sorumluluk hallerinin düzenlendiği TTK m. 554 hükmü dışında, özel denetçinin sır saklamadan doğan sorumluluğu TTK m. 404'de özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, özel denetçi inceleme/denetleme faaliyetini dürüst ve tarafsız bir şekilde yapmak ve sır saklamakla yükümlüdür.

⁵⁰¹ PULAŞLI, Şerh, s.1654.

⁵⁰² GÜNAY, s.278.

⁵⁰³ YILMAZ Asuman, Bağlılık Raporu, s.123.

belgelendirmesi gerekecektir. Bu sebeple, kendisine ibraz edilen inceleme konusu belgelerden suret almak yetkisini haizdir⁵⁰⁴. Buna karşılık, özel denetçinin şirket evraklarının asıllarını şirket dışına çıkarması mümkün değildir.

b. Bilgi Alma Hakkı ve Kapsamı

Özel denetim faaliyetinin büyük bir kısmını inceleme hakkı oluşturmakla birlikte inceleme konusunun aydınlatılması, açıklığa kavuşturulabilmesi bilgi alma hakkının kullanımıyla tam olarak sağlanabilir⁵⁰⁵. Bilgi alma hakkının olmadığı yerde, özel denetçinin etkili bir denetim faaliyeti gerçekleştirilmesi düşünülemez. Diğer bir ifadeyle, özel denetçinin bilgi alma hakkı ile inceleme hakkı birbirini tamamlar niteliktedir. Her iki hakkın birlikte kullanılması ile ancak özenli ve amaca uygun bir denetimin varlığından söz edilebilecektir. Bu sebeple kanun koyucu, TTK m. 441/3 de “ *Kurucular, organlar, vekiller, çalışanlar, kayımlar ve tasfiye memurları önemli olgular konusunda özel denetçiye bilgi vermekle yükümlüdür. Uyuşmazlık halinde kararı mahkeme verir. Mahkemenin kararı kesindir.*” hükmünü kaleme almıştır. Madde metninde yer verilen ve bilgi vermekle yükümlü tutulan kimseler bu sayılanlarla sınırlı değildir⁵⁰⁶.

Kurucular, pay taahhüt edip esas sözleşmeyi imzalayan gerçek ve tüzel kişiler olarak tanımlanmıştır. Bunun yanında söz konusu işlemin üçüncü bir kişi hesabına yapılması halinde, bu kişi de kuruluştan doğan sorumluluk bakımından kurucu sayılmıştır (TTK m.337). Organ ibaresinden anlaşılması gereken ise geniş anlamıyla, yönetim kurulu, genel kurul, denetçi ya da denetçilerdir⁵⁰⁷. Kanunda yer verilmemiş olmakla birlikte öğretide, fiili organ gibi hareket ederek şirket işlemlerine doğrudan ve aktif bir biçimde katılan pay sahibinin de özel denetçiye bilgi vermekle yükümlü olduğu ileri sürülmüştür⁵⁰⁸. Buna ek olarak ticari

⁵⁰⁴ NARBAY, s.183.

⁵⁰⁵ NARBAY, s.187.

⁵⁰⁶ Bu durum 441/3’ün gerekçesinde “...Hükümde, bilgi vermek ile yükümlü kişiler sınırlı sayı ilkesi ile gösterilmemiştir. Hüküm’deki “kayım” sözcüğü yeddi emini ve benzer koruyucuları da kapsayacak tarzda geniş yorumlanmalıdır...” denilmek suretiyle sayımın sınırlı olmadığı ortaya konulmuştur.

⁵⁰⁷ TTK denetçileri anonim ortaklığın bir organı olarak kabul etmemiştir; bkz. TTK Genel Gerekçe N. 129; ayrıca konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. KÖKSAL Aytaç, “ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın 397 ila 406. Maddeleri arasında düzenlenen Denetçinin Anonim Ortaklığın Bir Organı Olup Olmadığı Sorunu”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C.1, Ankara 2010, s.1390 vd.; Organ kavramı dar yorumlandığında yalnızca yönetim kurulu üyelerinin özel denetçiye karşı bilgi vermekle yükümlü olduğu sonucuna ulaşılabilecektir ki, hükmün amacına uygun düşmez; bu sebeple organ kavramı geniş yorumlanmalıdır; bkz. NARBAY, s.191.

⁵⁰⁸ PULAŞLI, Şerh, ÖZKAN, s.43-44.; Fiili organ, kanun, esas sözleşme veya şirket içi düzenlemelerde organ olarak nitelendirilmediği ve bu konuda görevlendirilmediği halde organın sahip olması gereken yetkileri kullanan kişileri ifade eder. Bununla birlikte bir kişinin fiili organ kabul edilmesi için şekli organa özgü yetkileri fiilen kullanarak şirket idaresinde belirleyici rol üstlenmesi gerekir. Bu bağlamda, özellikle şirketin yönetimine etki eden büyük pay sahipleri, yönetim kurulunda inanca üye bulunduranlar, şirkete kredi veren kişiler veya yönetim kurulunda kendisini temsil eden gerçek kişiye talimat veren tüzel kişiler fiili organ olma özelliği

vekil, ticari mümessil şirket ile vekâlet ilişkisi içinde olan avukatın da bilgi verme yükümlülüğünden söz edilebilir⁵⁰⁹. Özetle, “yönetim kurulu üyelerinin her biri”, “ortaklığın yönetimiyle görevlendirilen kişiler ve komiteler” özel denetçi karşısında bilgi vermekle yükümlü olarak kabul edilmelidir⁵¹⁰.

Diğer taraftan şirketler topluluğu ilişkisi dâhilinde, özel denetçi yavru şirket ile ilgili olarak ana şirketten bilgi talep edebilir; zira ana ortaklığın yavru ortaklığın üzerindeki etkisinin çok güçlü olduğu hallerde özel denetçi karşısında doğrudan doğruya bilgi verme yükümlüsü olarak ana ortaklığın yönetim kurulu gösterilebilir⁵¹¹. Özel denetçinin şirketler topluluğunun denetçisinden de bilgi alma hakkı bulunmaktadır⁵¹².

Özel denetçinin bilgi alma hakkı sınırsız olmayıp, özel denetimin mahkemece oluşturulan çerçevesi dışına çıkılmadığı müddetçe geçerlidir⁵¹³. TTK m. 441/ 3’de bilgi vermekle yükümlü olanların “... önemli olgular konusunda ...” bilgi vermekle yükümlü oldukları açıkça düzenlenerek bilgi verme ve almanın kanuni sınırları çizilmiştir. Özel denetçinin talep ettiği bilgiler önemli olmayan olgulara ilişkin olup özel denetim konusunun açıklığa kavuşturulmasına bir fayda sağlamayacak türde ise yönetim kurulu bilgi vermekle yükümlü değildir; istemi reddedebilir⁵¹⁴. Buna karşılık özel denetçinin bilgi istemi, istenilen bilginin şirket sırrı kapsamına girdiği gerekçesiyle reddedilemez⁵¹⁵. Özel denetçiye bilgi vermekle yükümlü kişiler, özel denetim faaliyeti çerçevesi dâhilindeki olay ve olgular hakkında, özel denetçiye kapsamlı bir şekilde bilgi vermek veya şirketin belgelerine göz atılmasını sağlamak zorundadırlar⁵¹⁶. Zira özel denetçi TTK m.442 uyarınca mahkemeye sunacağı ayrıntılı raporda şirket sırlarını korumakla yükümlüdür. Şirketin söz konusu rapora karşı, şirket sırlarının veya şirketin korunmaya değer menfaatlerinin zarara uğratılacağı gerekçesiyle itiraz etme hakkı bulunmaktadır. Dolayısıyla, şirket sırrı bahane edilerek özel denetçiye bilgi vermekten kaçınılması özel denetim kurumunun amacıyla bağdaşmaz. İstenilen bilginin önemli olgulara ilişkin olmadığı ya da şirket sırrı kapsamına girdiği

gösterebilir. KORTUNAY Ayhan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerinin Bilgi Edinme Hakkı, İstanbul 2015, s.6-7.

⁵⁰⁹ NARBAY, s.198.

⁵¹⁰ NARBAY, s.197.

⁵¹¹ NARBAY, s.190; PULAŞLI, Şerh, s.1654.;GÜNAY, s.278.

⁵¹² PULAŞLI, Genel Esaslar, s.516; PULAŞLI, Şerh, s.1654.

⁵¹³ NARBAY, s.199.

⁵¹⁴ NARBAY, s.200.

⁵¹⁵ PULAŞLI, Şerh, s.1653; NARBAY, s.203; DEĞİRMENCİOĞLU, s.94.

⁵¹⁶ PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, C.II, N79 s.1655; NARBAY, s.203.

gerekçesiyle reddedilmesi halinde özel denetçi ile bilgi vermekle yükümlü kişiler arasında ortaya çıkacak uyuşmazlıkta mahkeme kesin olarak karar verir(TTK m. 441/3).

Kanımızca, TTK m. 441/3’de düzenlenen ve özel denetçinin bilgi alma hakkının sınırlarını oluşturan “ önemli olgular” ifadesi, belirsizlik içermesi ve yoruma açık olması nedeniyle ihtilafli bir özel denetim sürecine kapı aralamaktadır. Önemli olguların kapsamına nelerin girdiğinin takdiri, bilgi verme yükümlülerinin keyfiyetine bırakılması, özel denetçinin bilgi isteminin her seferinde önemli olgulara ilişkin olmadığı savunmasıyla karşılaşarak reddedilmesi sonucunu doğurabilir. Bu durumda uyuşmazlık hakkında mahkemeye başvurulacak olması, mahkemenin vereceği karar kesin olsa dahi kararın uygulanmasının nasıl olacağı hakkında kanunda bir düzenleme olmadığından, özel denetimin akamete uğraması mümkündür.

2. Özel Denetçinin Ücret Hakkı

Mahkeme, özel denetçi atanmasına dair kararında özel denetçiye ödenmesi gereken avans ve giderleri de açıkça belirtmelidir⁵¹⁷. Özel denetçi, yaptığı inceleme faaliyetinin kapsam ve mahiyeti itibariyle bilirkişi incelemesinden daha derin bir faaliyet icra etmektedir. Dolayısıyla özel denetçiye ödenecek ücretin bilirkişi ücretinden fazla olması söz konusu olacaktır. Bununla birlikte bilirkişiden farklı olarak özel denetçinin mahkemenin teklifini kabul etme zorunluluğu da bulunmamaktadır. Kanımızca kendisine özel denetçilik teklifi yapılan bağımsız ve uzman niteliğini taşıyan kimselerin yapacakları faaliyet karşısında talep ettikleri ücreti kendilerinin takdir ederek mahkemeye bildirmeleri doğal karşılanmalıdır.

Kanun koyucu TTK m. 444’de özel denetim faaliyeti kapsamında doğacak masrafların kime ait olacağını açıkça düzenlemiştir. Giderlerin yükletilmesine ilişkin olarak ikili bir ayırım öngörülmüştür. Buna göre, özel denetçi atanması isteminin genel kurulca kabul edilmesi üzerine mahkemece özel denetçi atanması halinde giderler şirket tarafından karşılanacaktır. Özel denetim isteminin genel kurulca reddedilmesi üzerine azlığın mahkemeye özel denetçi atanması istemiyle yaptığı başvuru halinde ise kural, giderlerin şirketçe karşılanması olmakla birlikte, özel hal ve şartların haklı göstermesi halinde mahkeme giderleri kısmen veya tamamen istem sahiplerine yükletilebilir(TTK.m.444/1).

⁵¹⁷ MOROĞLU, Özel Denetçi, s.342; ADAY, s.44; DEĞİRMENCİOĞLU, s.91; GÜNAY, s.281.

B. Özel Denetçinin Yükümlülükleri

1. Özel Denetçinin Sır Saklama Yükümlülüğü

Özel denetçinin, inceleme faaliyeti çerçevesinde belirli olayları açıklığa kavuşturması amacı ile kanunun kendisine tanıdığı bilgi alma ve inceleme hakkını kullanırken doğal olarak şirketin gizlilik alanına girmekle beraber “şirket sırrı” sayılabilecek bilgileri öğrenmesi kaçınılmazdır. Ticari faaliyetlere ilişkin sırların gizliliği, üçüncü şahıslar tarafından bilinmemesi, ticari şirketlerin korunması gereken menfaatlerinden olup hayati derecede önem taşır⁵¹⁸. Konunun öneminin farkında olan kanun koyucu TTK m. 441/5’de özel denetçinin sır saklamakla yükümlü olduğunu düzenlemiştir. TTK m. 442’de ise şirket sırlarının korunması kendisinden beklenen özel denetçi bu maddeye göre “... *incelemenin sonucu hakkında, şirketin sırlarını da koruyarak, mahkemeye ayrıntılı bir rapor verir.*” Bu maddeler dışında denetçilerin davranış yükümünden doğan sorumluluğunun özel olarak düzenlendiği TTK m. 404’de, özel denetçinin denetimi dürüst ve tarafsız bir şekilde yapma ve sır saklamakla yükümlü olduğu, bahsi geçen yükümlerin ihlali halinde uygulanacak yaptırımlar ayrıca düzenlenmiştir⁵¹⁹. Madde metni ve gerekçesi birlikte ele alındığında anlaşılacağı üzere, denetçinin sır saklama yükümünün yanı sıra, aynı zamanda kanunla öngörülen denetim görevini de gereği gibi yerine getirmemesi halinde sorumluluğu gündeme gelecektir.⁵²⁰

Görüldüğü üzere özel denetçinin sır saklama yükümlülüğü TTK ‘da üç farklı maddede hüküm altına alınmıştır⁵²¹. Bununla birlikte kanun şirket sırrının tanımına yer vermediği gibi nelerin şirket sırrı kapsamına girdiğine dair hiçbir açıklamaya yer vermemiş ancak bazı madde gerekçelerinde örnekleme yolunu seçmiştir.⁵²² Buna göre, “*rakip şirketin bilmediği, öğrenmemesi gereken, şirketin zararına kullanabileceği, elde etmek için çalıştığı, peşinde*

⁵¹⁸ TOPÇUOĞLU, s.121.

⁵¹⁹ TTK m. 404/1’e göre, “*Denetçi ve özel denetçi, bunların yardımcıları ile denetleme yapmasına yardımcı olan temsilcileri, denetimi dürüst ve tarafsız bir şekilde yapmak ve sır saklamakla yükümlüdür. Faaliyetleri sırasında öğrendikleri, denetleme ile ilgili olan iş ve işletme sırlarını izinsiz olarak kullanamazlar. Kasten veya ihmal ile yükümlerini ihlal edenler şirkete ve zarar verdikleri takdirde bağlı şirketlere karşı sorumludurlar. Zarar veren kişi birden fazla ise sorumluluk müteselsildir.*”

⁵²⁰ ODMAN BOZTOSUN Ayşe, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Denetçilerin Sorumluluğu, Alman Sistemi mi, İsviçre Sistemi mi?” (<http://arslanlibilimarsivi.com/sites/default/files/makale/AyseOdmanBoztosun.pdf> Çevrimiçi: 03.06.2018).

⁵²¹ Özel denetçinin sır saklama yükümünün ihlali halinde ayrıca TCK m. 239 uyarınca cezai sorumluluğu dahi gündeme gelecektir.

⁵²² Bilgi alma ve inceleme hakkını düzenleyen TTK m. 437/3’ün gerekçesinde, bunun sebebinin *dar veya geniş bir tanımla uygulamayı dondurmamak veya genişletmemek özeni* olduğu ifade edilmiştir.

olabileceği bilgi ölçüsü, müşteri ve tedarikçi firmaların listesi, maliyetler, fiyat oluşumları, patentler ve diğer fikri mülkiyet hakları ile ilgili bilgiler” şirket sırlarına örnek olarak verilmiştir⁵²³. Bu çerçevede hukukumuzda şirket sırrı kavramı en geniş anlamı ile korunması gereken şirket menfaatleri şeklinde anlaşılmalıdır⁵²⁴. Özel denetçinin, denetim faaliyeti sırasında öğrendiği, bağımsız ekonomik değeri olan veya iktisadî faaliyetlerde şirket lehine rekabet avantajı sağlayan, sadece sınırlı bir çevrede bilinen ve gizli kalmasında şirketin menfaati olan her türlü bilgi bu anlamda “ticari sır”⁵²⁵ sayılmakta olup, sır saklama yükümlülüğü kapsamındadır⁵²⁶. Özel denetçi inceleme faaliyeti sırasında öğrendiği sırlarını şirketin menfaatlerini gözeterak raporunda yer vermelidir. TTK m. 442’nin gerekçesinde bu durum “Şirket sırları, öze denetimin amacı ve konusu yönünden zorunlu ise ve zorunlu oldukları ölçüde açıklanabilir” demek suretiyle şirket sırlarının sadece istisnai hallerde açıklanabileceği ifade edilmiştir. Buna ek olarak ise gerekçede, neyin açıklanıp açıklanmayacağına takdirinin özel denetçiye ait olmadığını, şirketin talebi üzerine mahkemenin takdirinde olduğu belirtilmiştir. Mahkeme, şirketin sırlarını ve korunmaya değer menfaatlerini değerlendirerek özel denetçiden, denetimin amacı ve konusu doğrultusunda açıklanması zorunlu olmayan bilgilerin denetim raporundan çıkarılmasını isteyecektir⁵²⁷. Şirket, raporda yer alan ve şirket sırrı niteliğinde olduğu tespit edilen bilgilerin rapordan çıkartılmasını mahkemeden isteme hakkına sahiptir. Şirketin, sırrın açıklanması yönündeki rızasının varlığı halinde özel denetçi rıza kapsamına giren sırları açıklamada yetkili kabul edileceğinden bu bağlamda sorumlu tutulamaz. Sır saklama yükümü sadece şirkete değil

⁵²³ TTK m. 437/3 ve 442/1’in gerekçesi.

⁵²⁴ KAYA, “Ticari Sır”, s.35;Usluel, öğretilde hakim olan meslek sırrı, ticarî sır ve şirket sırrı ayırımının yerinde olmadığını ifade etmiştir. Yazara göre, ticarî sır, bir ticarî işletmenin ya da şirketin fiilinden, işleminden ya da isinden doğan sırlar olup, bu nedenle işletme ya da şirket ile ilgili sırların tümü ticari sır olarak nitelendirilmelidir. GÜRBÜZ USLUEL Aşlı E., Türk Özel Hukukunda ve Özellikle Anonim Şirketlerde Ticarî Sırrın Korunması, İstanbul 2009, s.50.

⁵²⁵ Ticari sırrın en geniş tanımına kadük olan “Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı”nda yer verilmiştir. Tasarının 2. Maddesinde yer alan tanıma göre ticari sır; “Bir ticarî işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen, elde edilebilen, özellikle rakipleri tarafından öğrenilmesi halinde zarar görme ihtimali bulunan ve üçüncü kişilere ve kamuya açıklanmaması gereken, işletme ve şirketin ekonomik hayattaki başarı ve verimliliği için büyük önemi bulunan; iç kuruluş yapısı ve organizasyonu, malî, iktisadî, kredi ve nakit durumu, araştırma ve geliştirme çalışmaları, faaliyet stratejisi, hammadde kaynakları, imalatının teknik özellikleri, fiyatlandırma politikaları, pazarlama taktikleri ve masrafları, pazar payları, toptancı ve perakendeci müşteri potansiyeli ve ağları, izne tâbi veya tâbi olmayan sözleşme bağlantılarına ilişkin veya bu gibi bilgi ve belgeleri ifade eder.” (<http://www.kgm.adalet.gov.tr/tasariasamaları/tbmmkms/tbmmkom/ticarisir.pdf> Çevrimiçi:03.06.2018); Tekinalp, mezkur tasarının kadük olmakla birlikte uzman görüşleri doğrultusunda kaleme alındığından, ticari sır kavramının tespitinde mahkemelerce dikkate alınabileceğini ifade etmiştir. (TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, 1014a, s.58).

⁵²⁶ BİLGE Mehmet, Ticari Sırların Korunması, Ankara 2005, s.4.; ayrıca bkz. GÜRBÜZ USLUEL, s.21-43 vd., YASAMAN Hamdi, “Patent Hukukunda Ticari Sırların Korunması”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı , İstanbul 2009, s.369; TURANBOY Asuman, “Ticari Sır”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara 2006, s.368; NARBAY, s.215.

⁵²⁷ TTK m. 442’nin gerekçesi.

herkese karşıdır⁵²⁸; dolayısıyla özellikle de özel denetim isteminde bulunan pay sahiplerinin özel denetçinin bu yükümlülüğüne saygı göstermesi gerekir⁵²⁹. Özel denetçinin bağımsız denetleme kuruluşu olması halinde, sır saklama yükümlülüğü bu şirketin yönetim kurulu üyeleri ve çalışanlarına da yüklenmiştir⁵³⁰.

Özel denetçinin sır saklama yükümlülüğünün bir süreyle sınırlı olup olmadığı hususuna ilişkin kanunda bir açıklık yoktur. Özel denetçinin, görevini yaptığı esnada öğrendiği şirket sırlarını saklama yükümlülüğü, söz konusu bilgilerin şirket sırrı niteliğini taşıdığı süre boyunca var olduğu kabul edilir⁵³¹. Diğer bir deyişle özel denetçi yalnızca denetim faaliyeti süresince değil, faaliyetin sona ermesi halinde dahi sır saklama yükümlülüğü altındadır.

2. Özel Denetçinin Sadakat ve Özen Yükümlülüğü

Özel denetçi ile şirket arasındaki ilişkinin hukuki niteliğini irdelerken bu ilişkinin atipik bir iş görme sözleşmesi olduğuna dair tespit bulunmuştu. Diğer taraftan sözleşmenin hukuki niteliğinin vekalet veya iş görme olması sonucu etkilememektedir. Çünkü, özel denetçi ile şirket arasındaki ilişki güvene dayalıdır; gerçekten de tüm bu sözleşmelerin temelinde güven ilişkisinin bir sonucu olarak geniş ve kapsamlı bir sadakat borcu yatmaktadır⁵³². Sadakat borcu en geniş anlamıyla var olan bir hakkın kullanılmasında veya bir borcun ifasında doğruluk ve güven ilkesi sınırları içinde, ve fakat daha yoğun bir görünümü olan TMK m. 2 hükmünde genel olarak düzenlenmiş bir borçtur⁵³³. Sadakat yükümü geniş bir kavram olup içinde özen ve sır saklama yükümlülüğünü de barındırır⁵³⁴. TBK m. 502/2'de vekaletle ilişkin hükümlerin niteliklerine uygun düştüğü ölçüde iş görme sözleşmelerine de uygulanacağı belirtilmiştir. Bu çerçevede özel denetçinin TBK m. 506 gereğince özel denetim faaliyetini şahsen ifa etme, sadakat ve özenle yürütme yükümlülüğü bulunmaktadır. Hükümde ifade edilen sadakat ve özen yükümü sözleşmenin kurulmasıyla başlamakta, özel denetimin icrası boyunca varlığını sürdürmekte ve vekalet sözleşmesi sona

⁵²⁸ TTK m. 441/5'in gerekçesi.

⁵²⁹ GÜNAY, s.282.

⁵³⁰ TTK m 404/ 1 ve 3. fıkra gerekçesi.

⁵³¹ NARBAY, s.220-221; GÜVEN, s.160; DEĞİRMENCİOĞLU, s.100; SİVAS, s.70.; GÜNAY, s.283.

⁵³² GÜRBÜZ USLU, s.168.

⁵³³ ARSLAN ERTÜRK Aslı, Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu , İstanbul 2007, s.15.

⁵³⁴ GÜRBÜZ USLU, s.166.; TANDOĞAN Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, İstanbul 2010, s.450.

erdikten sonra da devam etmektedir. Şirketin hukuki alanına müdahalede bulunan özel denetçinin, özenli davranma borcu altında olduğu kabul edilir. TBK m. 506/ 3'e göre özel denetçinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanlarda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir kimsenin göstermesi gereken davranış esas alınır. Sözleşmesel yükümlülüklerin dışında özel denetçinin TTK m.404'e göre davranış yükümü altında olduğundan bahsedilmiştir⁵³⁵. Davranış yükümlerinin dürüstlük, tarafsızlık ve şirket sırlarına bağlılık olduğuna hükümde yer verilmiştir. Söz konusu maddenin gerekçesinde dürüstlük ifadesinin mesleki, etik dahil her türlü ahlaki kurala gönderme yaptığı ifade edilmiştir. Dürüst sözcüğünün denetçinin sorumluluğunun düzenlendiği Alman TK m. 323'de ifade edilen “*gewissenhaft*” sözcüğünün karşılığı olarak kullanıldığını fakat tam anlamını karşılamadığı ifade edilmiştir. Almanca terimin “*dürüst*” ün yanı sıra “*vicdanlı, özenli, güvenilir*” anlamlarını da taşıdığını, bu sebeple dürüst davranış yükümü yorumlanırken TMK m. 1 gereği bu anlamlar da dikkate alınması gereğine dikkat çekilmiştir.

3. Özel Denetimin Sonuçlarına İlişkin Şirketin Görüşünü Alma Yükümü

Özel denetçi, raporunu mahkemeye sunmadan önce, TTK m. 441/4 uyarınca “*şirketin özel denetimin sonuçlarına ilişkin görüşünü alır.*” Başka bir deyişle, özel denetim faaliyeti süresince edindiği bilgiler ve yaptığı incelemeler neticesinde vardığı sonuçlar hakkında yönetim kurulunun görüşünü alır. Kanun koyucu, yanlış anlaşılmalara ve yönlendirmeleri önlemek için raporun verilmesinden önce, özel denetçinin saptadığı sonuçları şirketle görüşmesi hususunda özel denetçiyi yükümlü tutmuştur⁵³⁶. Bununla amaçlanan ise sonuçların, *inter alia*, doğru olup olmadıklarının, yanlış anlaşılmalara dayanıp dayanmadıklarının, hatalı belirlemeler içerip içermediklerinin tespitidir⁵³⁷. Öte yandan, söz konusu düzenlemeyle şirkete, özel denetçiye görüşlerini aktarmak ve bu sayede raporun hazırlanmasında etkili olabilme imkânı verilmiştir⁵³⁸. Ayrıca Gerekçe'de, rapor taslağının şirkete sunulmasından bahsedilmiş⁵³⁹; şirket ile kastedilenin ise yönetim kurulu olduğu ifade edilmiştir. Özel denetçinin, yönetim kurulu dışında başka kişi ya da kişilerle denetimin

⁵³⁵ TTK m. 404/1'in gerekçesi.

⁵³⁶ TTK 441/4'ün gerekçesi.

⁵³⁷ TTK 441/4'ün gerekçesi.

⁵³⁸ PULAŞLI, Şerhi , s.1653-1654.

⁵³⁹ Tekinalp, TTK m.441/4 uyarınca yönetim kurulunun sonuçlardan haberdar edilmesi ve görüşünün alınmasının, özel denetçinin raporun taslağını yönetim kuruluna vermesi anlamına gelmediğini ifade etmiştir. TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, 1017g, s.69.

sonuçlarını paylaşma hakkı bulunmadığı gibi, bu kişi ya da kişilerin de özel denetçi tarafından dinlenilmeyi isteme hakkı bulunmamaktadır⁵⁴⁰.

Her ne kadar söz konusu düzenlemenin lafzi yorumundan, şirketin görüşünün alınmasının bir zorunluluk olduğu yönünde bir anlam çıkmasa da, fıkra hükmünün gerekçesine bakıldığında, şirketin görüşünün alınması durumu için “yüküm” sözcüğü kullanıldığı görülmektedir. Özel denetçinin bu “yüküm” ünün dayanağının “vekalet sözleşmesi”nin vekaletin iyi bir şekilde ve özenle yerine getirilmesi olduğu fıkra gerekçesinde ayrıca belirtilmiştir.

Eklemek gerekir ki, özel denetçinin şirketin görüşünü alması karşısında, yönetim kurulunun denetimin sonuçlarına karşı itirazları ve raporun içeriğine yönelik değişiklik talepleri gündeme gelebilir. Böyle bir durumda, özel denetçi bu yöndeki talepleri dikkate alabilir ancak talep doğrultusunda değişiklik yapıp yapmayacağının takdiri tamamen özel denetçiye aittir. Yönetim kurulunun bu aşamada rapor taslağının içeriğine karşı mahkemeye itiraz hakkı yoktur; TTK m. 442 uyarınca, itiraz hakkı mahkemenin ayrıntılı raporu şirkete tebliğ etmesi üzerine söz konusu olacaktır.

Bununla birlikte, özel denetçinin şirketin görüşünü almak için gereken çabayı gösterdiği halde, yönetim kurulunun kötü niyetli olarak denetimin sonuçları hakkında görüş bildirmekten kaçınması durumunda, özel denetçinin keyfiyeti bir tutanağa geçirerek ayrıntılı rapor ekinde mahkemeye sunabileceği kanısındayız. Bu halde yönetim kurulunca, öne sürülecek görüşlerinin alınmadığı yönündeki itirazlar ise özel denetim sürecini uzatmaya yönelik bir girişim olarak nitelendirilmeli ve bu itirazlara mahkemece itibar edilmemelidir.

⁵⁴⁰ NARBAY, s.206.

BEŞİNCİ BÖLÜM

ÖZEL DENETİM SÜRECİ VE ÖZEL DENETİM RAPORU

I. İNCELEMENİN YÜRÜTÜLMESİ

A. Özel Denetimin Amaca Yararlı Bir Sürede Tamamlanması

TTK'nın "Görev" başlığını taşıyan 441. maddesinin birinci fıkrasında "*Özel denetim, amaca yararlı bir süre içinde şirket işleri gereksiz yere aksatılmaksızın yapılmalıdır.*" hükmü yer almaktadır. Görüldüğü üzere kanun koyucu özel denetimin içeriği ve kapsamı ile orantılı olarak sürenin değişiklik gösterebileceği düşüncesiyle, sabit bir süre tayin etmek yerine denetimin "*yararlı bir süre*" içerisinde tamamlanması gereğini hükme bağlamıştır⁵⁴¹. Hukukumuzda yabancı bir kavram olan "yararlı süre" ifadesinin açıklığa kavuşturulması ihtiyacı fıkra gerekçesinde ifade edilmiştir. Öncelikle "yararlı süre" kavramı ile kastedilenin makul süre olmadığı, mehz kanundaki anlamın esas alındığı ve bilinçli olarak "yararlı süre" ibaresinin kullanıldığına değinilmiş ve tanımına yer verilmiştir. Buna göre "*Özel denetim pay sahipliği haklarının kullanılması ile bağlantılı olduğundan bu denetimin amaca yararlı olabilecek bir süre içinde bitirilmesi ve aynı süre içinde raporun verilmesi gerekir. Raporun gecikmesi kurumdan beklenen yararın ortadan kalkmasına sebep olabilir. Yararlı süre amaca uygun süre anlamına gelir.*"⁵⁴²

Özel denetim esasen diğer pay sahipliği ve azlık haklarının bilinçli bir şekilde kullanılmasına olanak tanıyan, öncülük eden bir kurumdur⁵⁴³. Özel denetimle elde edilmek istenen amaca göre, yararlı süre de somut olay bakımından farklılık gösterebilecektir. Buna örnek olarak, pay sahibi özel denetimin neticesinde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna dair bir dava açmayı ya da bir genel kurulun iptalini dava etmeyi amaçlıyorsa, özel denetimin bu davaların zamanaşımı süresinden önce bitirilmesi, söz konusu özel denetim için yararlı bir süre olacaktır. Diğer taraftan özel denetim pay sahibinin oyunu bilinçli bir şekilde kullanmasına yönelik olarak bilgi edinmek amacı taşıyorsa, yararlı süre en geç oylamanın

⁵⁴¹ ARI, s.1435.

⁵⁴² TTK m. 441/1'in gerekçesi.

⁵⁴³ ARI, s.1435.

yapılacağı genel kurula kadar olan süre olacaktır⁵⁴⁴. Aksi takdirde özel denetim pay sahipliği haklarının kullanımı amacına hizmet etmemiş olacak ve adeta amaca elverişsiz bir araç haline gelecektir. Zira özel denetim pay sahibi için bir amaç değil, diğer pay sahipliği haklarının kullanılması olasılığını dahi gündeme getirmesi kendisinden beklenen elverişli bir araçtır. Dolayısıyla, pay sahipleri veya azlık tarafından bu hususlar göz önüne alınarak özel denetimle hedefledikleri sonucun ortaya konularak, yararlı sürenin mahkemece tayini noktasında yönlendirici olmaları menfaatlerine olacaktır. Şirket açısından da yararlı sürenin taşıdığı anlam apayrı bir öneme sahiptir. Zira şirketin uzun bir süre özel denetim altında olması şirketin iktisadi imajını olumsuz etkileyebilir; örneğin bankalar nezdinde kredi notunun düşürülmesi bu sebeple krediye uygun bulunmaması ya da hali hazırda kullanılan kredinin geri çağırılması gibi birçok istenmeyen neticeyi de beraberinde getirebilir. İşte bu tür olumsuzlukların asgari düzeyde yaşanması için, incelemenin mümkün olduğunca seri bir biçimde yapılması gerekmektedir. Özel denetimin en kısa süre içinde sonuçlanması hem şirketin hem de istem sahiplerinin menfaatinedir.

Özel denetimi amaca yararlı bir süre içerisinde bitirilmesinin somut olay bakımından taşıdığı önem konusundan mahkemenin ikna edilmesi halinde, mahkemece özel denetçiye raporunun tamamlanması ve teslimi için belirli bir süre verilmesi yerinde ve amaca uygun olacaktır. Gerçekten de “*yararlı süre*” ibaresinin taşıdığı muğlaklık karşısında özel denetim kurumundan beklenen faydanın tamamen ortadan kalkması ihtimal dahilindedir⁵⁴⁵. Bu bakımdan mahkemenin kararında ayrıntılı raporun sunulması gereken tarihi belirtmesi doğru olacaktır⁵⁴⁶.

Kanımızca mahkeme somut olayın özelliklerine göre amaca yararlı bir sürede özel denetimin bitirilmesinde ilgililerin menfaatini dikkate alarak, özel denetçiye incelemenin sonuçlandırılması ve raporun takdimi için HMK m. 90 uyarınca bir süre belirleyebilir. İnceleme konusunun kapsamlı ve girift olay ve olgulara ilişkin olduğu yönünde hakimde bir inanç oluşması halinde, sürenin önemi dikkate alınarak resen birden fazla özel denetçi tayin edilmesi de amaca elverişli ve yerinde bir çözüm olacaktır.

⁵⁴⁴ ARI, s.1436.

⁵⁴⁵ Öğretide Moroğlu, TTK m. 441/1 düzenlemesinin bu haliyle özel denetim süresinin belirlenmesini denetçinin insiyatifine bıraktığını ve bunun doğru bir yaklaşım olmadığını belirttikten sonra, fıkra metninin şu şekilde olmasının gerektiğini savunmaktadır: “(1) *Özel denetim, mahkemece belirlenecek olan amaca yararlı bir süre içinde ve şirket işleri gereksiz yere aksatılmadan yapılmalıdır*”; bkz. MOROĞLU, Değerlendirme ve Öneriler, s.258.

⁵⁴⁶ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, 1017g, s.69.; PULAŞLI, Şerhi, s.1654; NARBAY, s.172.; DEĞİRMENCİOĞLU, s.90.; ERİŞ, Ticari İşletme ve Şirketler, s.2965; GÜVEN, s.159.

B. Şirket İşlerinin Gereksiz Yere Aksatılmaması

Kanun koyucu özel denetim faaliyetinin amaca yararlı bir sürede tamamlanması yanında şirket işlerinin de gereksiz yere aksatılmadan yapılması gerektiğini düzenlemiştir (TTK m. 441/1). Zira şirkete dışarıdan üçüncü bir kişinin müdahalesi, doğal olarak şirket içinde huzursuzluk yaratacağından, söz konusu hükümle bu duruma dikkat çekilmiştir⁵⁴⁷. Özel denetçi, faaliyetini şirket işlerinin aksamasına yol açmayacak şekilde, işleyişe ve düzene asgari düzeyde yük olmak ve görevini şirket menfaatlerini koruma bilinciyle icra etmelidir. Bu bağlamda, inceleme ve bilgi alma hakkını kullanırken, özel denetçinin makul ve özenli olması kendisinden beklenir. Kanun koyucu özel denetimin şirket işlerini aksatacağını baştan kabul etmiş; ancak “gereksiz yere” aksatılmasını yasaklamıştır. Özel denetçinin seçimi bu noktada önem kazanmaktadır. Konusunda uzman, kabiliyetli, deneyimli bir kimsenin bu görev için tercih edilmesinin, denetimin şirket işleyişinde yaratacağı yükü hafifleteceği şüphesizdir.

Elbette yönetim kurulunun ve özel denetçiye bilgi vermekle yükümlü olan herkesin özel denetçi ile işbirliği içinde hareket etmesi, sürecin en hızlı bir şekilde neticelendirilmesi ilgililerin menfaatine olacaktır. Özel denetimin amaca yararlı bir süre içerisinde bitirilmemiş olması ister istemez şirketin işlerinin gereksiz yere aksaması neticesini de beraberinde getirecektir. Tüm bu olumsuzlukların yaşanmaması, şirketin ekonomik varlığının ve menfaatlerinin tehlikeye atılmaması için özel denetim sürecinin iş birliği içinde yürütülmesi bu amaçla mümkün olduğunca ihtilaflardan kaçınılması önemlidir.

C. İhtilaf Halinde Mahkemeye Müracaat

Özel denetçinin bilgi alma ve inceleme hakkına ve bu hakların kapsamına yukarıda “Özel Denetçinin Hakları” başlığı altındaki açıklamalarda yer verilmiştir. Özel denetçinin inceleme ve denetleme faaliyetini amaca yararlı bir sürede ve tam anlamıyla yerine getirebilmesi, kendisine bilgi ve belge sağlamakla kanunen yükümlü olanların bu yükümlülüklerini gereğince yerine getirmesine, kısacası özel denetçi ile işbirliği içinde hareket etmelerine bağlıdır.

⁵⁴⁷ PULAŞLI, Şerh, s.1654; NARBAY, s.172; ÖZKAN, s.43.

Daha önce de belirttiğimiz ve TTK m.441'in gerekçesinde de açıkça ifade edilen şekliyle” özel denetim belli bir konu ile çerçevelendiği için inceleme ve bilgi alma hakkı da bu konu ile sınırlıdır.” Dolayısıyla, özel denetçinin bilgi alma ve inceleme hakkı “sınırsız” değildir⁵⁴⁸. Özel denetimin çerçevesinin çizilerek belli konularla sınırlanmış olması uygulamada zaman zaman şirket ile özel denetçi(ler) arasında ihtilaflara yol açabilmektedir. Özellikle şirket, “görev çerçevesi” dışında kaldığı iddiasıyla özel denetçilere bir takım bilgi ve belgeleri vermekten kaçınabilmektedir⁵⁴⁹. Bunun gibi özel denetim faaliyeti sürecinde çıkması muhtemel ihtilafların çözümü, TTK m.441/3 hükmüyle mahkemeye bırakılmıştır. Kanun koyucu söz konusu madde gerekçesinde, ihtilaf(uyuşmazlık) sözcüğünün geniş anlaşılması gerektiğini, sadece görev konusunun sınırlarından kaynaklı ihtilafların değil, özel denetçinin çalışmasına başka sebeplerle engel olunması hallerinde de özel denetçiye mahkemeye başvurma hakkı tanınmıştır. Mahkeme ihtilaf halinde başvurusu üzerine, özel denetçinin çalışabilmesini sağlayan kararı vermelidir⁵⁵⁰. Mahkemenin vereceği karar kesindir (TTK m.441/3). Mahkemenin vereceği bu karara ilgililerin uymaması halinde mahkemenin gerektiğinde zor kullanıp kullanamayacağına ilişkin olarak kanunda herhangi bir hüküm bulunmaması ise önemli bir eksikliklerdir. Kanımızca, TTK. 441/3 maddesi uyarınca mahkemenin uyuşmazlık konusu hakkında, HMK m.389/2 uyarınca ihtiyati tedbir kararı verebilmelidir⁵⁵¹.

Diğer taraftan TTK m.441/3 de özel denetçiye bilgi vermekle yükümlü olan kişilerin her konu hakkında değil, “önemli olgular konusunda” bilgi vermekle yükümlü oldukları açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, bilgi vermekle yükümlü kişiler özel denetçinin bilgi alma talebini, “önemli olgular konusuna” girmediği gerekçesiyle reddedebilecektir. Görüleceği üzere, özel denetçinin inceleme faaliyeti süresince ihtiyaç duyacağı bir bilginin denetim konusu bakımından gerekli olup olmadığının takdiri, “önemli olgular konusunda” ifadesiyle bilgi vermekle yükümlü kılınan kişilere bırakılmıştır. Elbette bu kişiler, denetimin konusu ile hiçbir şekilde bağlantısı olmadığı aşikar sorular karşısında özel denetçiye bilgi vermekle yükümlü tutulamazlar. Ancak bu ifadenin şöyle bir sakıncası olabilir; yükümlü kişiler kendilerine kanunen tanınmış bu def'inin ardına sığınarak özel denetçiye bilgi vermekten kaçınabilirler. Bu durumda, özel denetçi ihtilaf konusu bilgiye ancak mahkeme aracılığıyla erişebilecektir. Başka bir deyişle, özel denetçinin talep ettiği bilginin görev

⁵⁴⁸ Bkz. “Dördüncü Bölüm II. Özel Denetçinin Hak ve Yükümlülükleri A. Özel Denetçinin Hakları 1. Özel Denetçinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı” başlığı altında yer alan açıklamalar.

⁵⁴⁹ ARI, s.1436.

⁵⁵⁰ TTK 441/3'ün gerekçesi.

⁵⁵¹ Bkz. “Üçüncü Bölüm IX. Mahkeme Kararının Uygulanması” başlığı altında yer alan açıklamalar.

çerçevesi içinde ve önemli olgular konusunda olup olmadığına mahkeme kesin olarak karar verecektir. Özel denetçi bu halde TTK m. 441/3'e göre özel denetim yargılamasını yapan yani kendisini özel denetim ile görevlendiren mahkemeye başvuracaktır.

Mahkeme bu başvuru sonucunda istenilen bilginin denetim açısından gerekli ve önemli olduğuna kanaat getirirse bilgiyi verme yükümlü olan kimselere istenilen bilginin verilmesini emreden nitelikte bir karar verebilir.⁵⁵² Bu karar, özel denetçi tarafından istenilen bilgiyi içermesi yanında kararın yerine getirilmesi için şirkete kesin süre verilerek müzekkere yazılması hakkında olabilir. Mahkeme lüzum üzerine, kararın gereğinin ne şekilde yerine getirileceğine de bu müzekerede yer verebilir. Bununla gözetilen şirket sırları ve menfaatleridir. Zira talep edilen bilgi şirket sırrı niteliğinde bir bilgi de olabilir. Bu halde, söz konusu karar gizlilik içinde yerine getirilmelidir. Mahkeme, bilginin kararda belirtilen kesin süre içinde doğrudan denetçiye verilmesine de karar verebilir.

Ayrıca, TTK m. 441/3'ün gerekçesinde “*Özel denetçinin çalışabilmesi ceza hükmü ile güçlendirilmiştir*” şeklinde bir ifadeye yer verilmiştir. Ne var ki, bu yönde herhangi bir cezai müeyyide “*Suçlar ve Cezalar*” kenar başlığını taşıyan TTK m.562'de düzenlenmemiştir. Bu eksiklik öğretide haklı olarak eleştirilmiştir. **Eriş**, eTK döneminde m.348'e göre atanan denetçilerin görevlerini yapmalarının kanuna aykırı bir şekilde şirketler tarafından fiilen engellendiğini bu sebeple mahkeme kararlarının uygulanmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir. Yazar, TTK m.562'de bu yönde bir müeyyide öngörülmemiş olmasının yasal boşluk ortaya çıkarabileceği yönündeki haklı endişesini dile getirmiştir⁵⁵³. **Narbay**, bu yasal boşluk karşısında, özel denetçinin inceleme ve bilgi alma hakkının icra kabiliyetinin önemli ölçüde azalacağından söz konusu hakların teorik düzeyde kalacaklarını ifade etmiştir. Yazar bu gerekçeyle, TTK m. 562'ye şu şekilde bir bent eklenerek “*Bilgi verme yükümlülüklerini hukuka aykırı bir şekilde yerine getirmeyenler ve özel denetçinin inceleme ve denetleme yapmasına hukuka aykırı olarak engel olanlar hakkında para cezası öngörülmelidir*” şeklinde bir düzenleme yapılması önerisinde bulunmuştur⁵⁵⁴.

⁵⁵² Öğretide Narbay, özel denetçinin özel denetim yargılamasını yürüten mahkeme nezdinde bilgi alma davası açması gerektiğini öne sürmüştü; söz konusu davaya TTK m. 437/5'in kıyasen uygulanarak basit yargılama usulünün uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. Yazarın bu görüşüne katılmamız mümkün değildir. Zira özel denetçiyi atayan mahkeme özel denetim sürecinin başından sonuna kadar yürütecek olup, bu süreçte doğması muhtemel özel denetimden kaynaklı ihtilaflarda karar vermeye muktaddedir. Aksi bir düşünüş, özel denetimi ucu açık bir bilinmeze mahkum etmekle, kurumdan beklenen faydayı tümüyle ortadan kaldırabilir.

⁵⁵³ ERİŞ, Ticari İşletme ve Şirketler, s.2269.

⁵⁵⁴ NARBAY, s.204.

Diğer taraftan özel denetçinin görevi yapmasının engellenmesi, şirkete sokulmamasının yanı sıra kendisine karşı cebir ve tehdit uygulanması şeklinde suç teşkil eden eylemler dahi söz konusu olabilir.

Özel denetçinin, yargılama faaliyeti kapsamında görevini icra ettiği düşünüldüğünde bu haliyle 5237 sayılı TCK'nın 6. maddesi uyarınca kamu görevlisi sayılıp sayılmayacağı tartışılabilir⁵⁵⁵. TCK m. 6/c'de "kamu görevlisi", kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi, olarak tanımlanmıştır. Maddenin gerekçesinde⁵⁵⁶ ise, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegâne ölçütün, gördüğü işin kamusal faaliyet olması gerektiği ifade edilmiştir. Kamusal faaliyet ise, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesi olarak tanımlanmış; örnek olarak, bilirkişiler, tercümanlar, tanıklar ve askerler kamu görevlisi olarak sayılmıştır. Gerekçedeki ifadeden örneksime yoluyla sayılan kişiler sınırlı sayıda olmadığı sonucuna varılmaktadır. Bununla birlikte, özel denetçinin yargılama faaliyetindeki konumunun bilirkişi ile olan tartışmasız benzerliği de dikkate alınır, özel denetçinin TCK m. 6/c uyarınca "kamu görevlisi" olduğunun kabulü gerekir. Bu kabul ile özel denetçiye karşı cebir veya tehdit fiillerinden herhangi birinin işlenmesi halinde TCK m 261/1 de düzenlenen "görevi yapturmamak için direnme" suçunun unsurlarının oluştuğu söylenebilir⁵⁵⁷.

Kanaatimizce, özel denetim süresince özel denetçi ile kanunda sayılan bilgi vermekle ve inceleme yapmasına izin vermekle yükümlü kılınan kimseler arasında yaşanması muhtemel ihtilafların mahkemece karara bağlanmasına rağmen bu kararlara uyulması için gereken caydırıcı müeyyidelere kanunda yer verilmemiş olması, özel denetim kurumunun uygulamada işlerliği konusunda endişe yaratmaktadır. Bu endişenin ortadan kaldırılması ve

⁵⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. DÖNMEZ DEMREN Burcu,"Türk Ceza Kanunu'nda Kamu Görevlisi Kavramı", TBB Dergisi S.94, 2011, s.95-127 ; AYDIN Hüseyin, "Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı", Ankara Barosu Dergisi, S.1, 2010, s.109-128.

⁵⁵⁶ "765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki "memur" tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, Tasarı metninden çıkarılarak; memur kavramını da kapsayan "kamu görevlisi" tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır.

Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddî karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de, kamu görevlisidirler" (www.lexpera.com.tr).

⁵⁵⁷ Madde 265- (1) Kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

boşluğun doldurulması ihtiyacına yönelik kanunda bir düzenleme yapılarak, kararın gereğini yerine getirmeyen yükümlüler hakkında para cezası öngörülebilir.

II. RAPORUN HAZIRLANMASI, İÇERİĞİ VE RAPORUN TABİ OLDUĞU KISTASLAR

Özel denetçi, mahkemece kendisine belirlenen görev çerçevesi içinde, kanunun kendisine tanıdığı bilgi alma ve inceleme haklarını kullanarak vardığı tespitlerin yer aldığı özel denetim raporunu hazırlamak ve mahkemeye sunmakla görevlidir. Özel denetçinin raporu mahkemeye sunmadan evvel yanlış anlaşılmalara ve hataları önlemek amacıyla TTK m.441/4 uyarınca söz konusu raporun taslağını şirkete sunmak ve şirketin görüşünü alma yükümlülüğü olduğundan yukarıda bahsetmiştik. Şirketin görüşünün alınması sonrası özel denetçi raporuna son şeklini vererek, incelemenin sonucu hakkında, şirket sırlarını da koruyarak, mahkemeye ayrıntılı bir rapor verir (TTK m. 442/1). Madde gerekçesinde özel denetçinin görev çerçevesinde her şeyi inceleyebileceği, fakat her bilgiye ve tespite raporunda yer veremeyeceği zira şirket sırlarını korumak ve menfaatlerini gözetmek zorunda olduğu açıkça belirtilmiştir. Raporda yer verilmemesi gereken hususlara ise gerekçede örnekseme yoluyla değinilmiş olup bunların başında; müşteri ve tedarikçi firmaları listesi, maliyetler, fiyat oluşumları, patentler ve diğer fikri mülkiyet hakları ile ilgili bilgiler, şirketin projeleri, yatırımları, kurduğu ya da kurma sürecinde olduğu ticari, sınai, finansal vs. ilişkileri sayılmıştır. Şirket sırlarına raporda yer verilmesi ancak ve ancak özel denetimin amacı ve konusu yönünden açıklanması zorunlu ise mümkündür⁵⁵⁸. Belirtmek gerekir ki, özel denetçi şirket sırrı niteliğindeki bilgilerin raporda yer almasının, özel denetim konusunun aydınlatılması için zorunluluk arz ettiği yönünde bir kanaate ulaşırsa bu halde söz konusu bilgilere raporunda yer verecektir; bu konuda takdir hakkı özel denetçiye aittir⁵⁵⁹. Maddede raporun tabi olması gereken şekil ve içerik şartının olup olmadığı yönünde bir açıklık yoktur. Öğretide raporun, dilekçe sahibinin/sahiplerinin bizzat bir yargıya varabilmelerini mümkün kılacak şekilde, objektif, eksiksiz ve açık olması gerektiği dile getirilmiştir⁵⁶⁰. Ayrıca raporun yazılı olması ve raporda varılan sonuçların delillere dayalı ve gerekçeli olması zorunludur⁵⁶¹. Özel denetçinin hazırladığı rapor, inceleme konusu edilen ve aydınlatılması gereken belirli

⁵⁵⁸ TTK m. 442/1'in gerekçesi.

⁵⁵⁹ NARBAY, s.234.

⁵⁶⁰ PULAŞLI, Şerh, s.1655; ÖZKAN, s.44; GÜVEN, s.161.

⁵⁶¹ MOROĞLU, Özel Denetçi, s. 355.

olay ve olguların adeta “*fotoğrafının çekilmesi*”dir⁵⁶². Bunun anlamı denetçinin mevcut durumu objektif bir biçimde tespit ederek raporunda olduğu gibi yansıtmasıdır. Buna karşılık özel denetçi raporunda, hukuki değerlendirmelere, yönetime ilişkin şirket organlarına tavsiyelere, şirketin mali durumu hakkında görev çerçevesi dışında tespit ve bulgulara yer verilmemelidir⁵⁶³. Bununla birlikte özel denetçi mahkemenin belirlediği sınırlar dahilinde incelemesini sürdürmekle yükümlüdür; bu bağlamda inceleme sırasında şirket organlarının inceleme konusu dışında kalan usulsüz işlemlerini tesadüfen tespit etmiş olsa bile bu hususlara raporunda yer vermesi görev sınırlarını kendiliğinden genişletmesi anlamına gelir ki bu mümkün değildir.

Değinilmesi gereken bir diğer husus ise, birden fazla özel denetçinin inceleme faaliyeti için birlikte görevlendirilmesi halinde hazırlanacak raporun nasıl olması gerektiğidir. Bu halde denetçiler raporu birlikte hazırlar ve imzalar. Ancak denetçiler arasında görüş ayrılıkları olması halinde, ayrı ayrı rapor hazırlamaları yanı sıra ortak hazırlanıp imzalanan rapora denetçilerden birinin muhalefet şerhi vermesi ve raporu bu şartla imzalaması da mümkündür⁵⁶⁴. Nihayet en önemlisi de raporun özel denetçi tarafından kapalı bir zarf içinde bizzat mahkeme başkanına verilmesi gerekmektedir⁵⁶⁵.

III. RAPORUN ŞİRKETE İLETİLMESİ VE ŞİRKETİN GÖRÜŞÜNÜN ALINMASI

Özel denetçi tarafından hazırlanan rapor gizlilik içinde mahkemeye sunulur. Mahkeme söz konusu raporu şirkete tebliğ eder ve şirketin, raporun açıklanmasının şirket sırlarını veya şirketin korunmaya değer diğer menfaatlerini zarara uğrattığına ilişkin beyanlarını değerlendirir ve buna göre raporun istem sahiplerine ulaştırılmasına karar verir(TTK m.442/2). Diğer bir ifadeyle şirket raporu tebliğ aldıktan sonra, rapor içeriğinde şirket sırlarına yer verildiği dolayısıyla şirket menfaatleri için açıklanmasının tehlike oluşturacağından bahisle mahkemeden, raporun istem sahiplerine bu aşamada sunulmamasını talep eder; mahkeme bu talebi değerlendirerek kabulüne veya reddine karar verir. Görüldüğü üzere ilk kez mahkemeye sunulan rapor, Gereğe’de de ifade edildiği şekliyle henüz taslak

⁵⁶² ÖZDAMAR, s.63.

⁵⁶³ ÖZDAMAR, s.63; Pulaşlı, özel denetçilerin hukukçu olmasalar bile, olayların ve işlemlerin tespitinden ve değerlendirilmesinden öteye hukuki konularda bile yorum yaptığı gerçeği karşısında, raporun içeriğinin kanuna uygun olarak belirlenmesinden şirkete sunulmasına kadar yargıçlara önemli bir görev düştüğünü ifade etmiştir. PULAŞLI, Şerh, s.1657-1658.

⁵⁶⁴ DOMANIÇ, Şerh, s.754; ADAY, s. 44; NARBAY, s.232.

⁵⁶⁵ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, 10171, s.70.

halindedir ve içeriğinin şirket sırlarından ayıklanması usulüne tabidir. Kanun koyucu bu hüküm ile menfaatler dengesini gözeterek, rapor nihai halini almadan önce son kez şirkete rapora müdahale olanağı tanımıştır⁵⁶⁶. Zira ilerleyen aşamada raporun pay sahiplerine açıklanması söz konusudur.

Bununla birlikte, TTK m. 442/2’de açıkça yer verilmemiş olsa da, mahkeme söz konusu taslağı şirkete tebliğ etmeden önce, ön incelemeden geçirmesi gerekmektedir⁵⁶⁷. Mahkemece yapılacak bu incelemede, raporun kanuna uygun olup olmadığı, görev çerçevesi kapsamında açıklığa kavuşturulması gereken hususların raporda yeteri açıklıkta ve anlaşılır olup olmadığı gibi hususlar dikkate alınır. Özel denetim raporunun anlaşılır olmaması, çok kısa açıklamaların yer alması halinde, mahkeme re’sen raporu iade ederek raporun düzeltilerek kanuna uygun ve özenli hale getirilmesini özel denetçiden isteyebilir⁵⁶⁸. Mahkemenin ön incelemesinden geçen rapor, gerekli düzeltmeler yapıldıktan sonra şirkete bir üst yazı ile tebliğ edilecek; şirkete itirazlarını sunması için “*uygun bir süre*” verilecektir⁵⁶⁹. Burada son olarak, şirketin itiraz sürecini uzatmasının en baştan önüne geçilmesi adına, verilen sürenin kesin olduğu ve rapora itiraz edilmediği takdirde içeriğinin bu haliyle kabul edilmiş sayılacağı ihtarına üst yazıda yer verilmesi kanımızca uygun bir hareket olacaktır.

IV. MAHKEMENİN ÖZEL DENETİM RAPORUNU DEĞERLENDİRMESİ

A. Birinci Aşama: Mahkemenin Raporu İnceleyerek Ticari Sırlardan Arındırması

Rapor taslağının mahkemeye sunulmasının ardından, mahkemece söz konusu rapor ön incelemeden geçirilecek ve eğer mahkemenin ve kanunun aradığı kriterlere uygun olarak düzenlendiğine karar verilmesi halinde TTK m. 442/2 uyarınca şirkete tebliğe çıkarılacaktır. Bu aşamada raporu tebliğ alan şirket(yönetim kurulu) süresi içerisinde rapora karşı varsa itirazlarını ve gerekçelerini mahkemeye iletmek zorundadır. TTK m.442/2 ye göre yönetim kurulu yalnızca iki gerekçe ile söz konusu raporun bu haliyle özel denetim isteminde bulunanlara sunulmamasını mahkemeden isteme hakkına sahiptir⁵⁷⁰. Buna göre mevcut rapor içeriğinin açıklanması halinde “*şirket sırlarının zarara uğrayacağı*” ve/veya “*şirketin*

⁵⁶⁶ PULAŞLI, Şerh, s .1655.

⁵⁶⁷ NARBAY, s.237.

⁵⁶⁸ NARBAY, s.238.

⁵⁶⁹ NARBAY, s.238.

⁵⁷⁰ NARBAY, s.238.

korunmaya değer diğer menfaatlerinin zarara uğrayacağı” gerekçeleriyle mahkemeden söz konusu istemde bulunabilir (TTK m.442/2). Şirket tarafından bu iki gerekçe öne sürülerek yapılan itirazlar doğrultusunda rapor içeriğinde ayıklama işlemi söz konusu olacaktır. Eklemek gerekir ki söz konusu ayıklama süreci, şirket, mahkeme ve özel denetçi arasında cereyan etmekte olup, dilekçe sahipleri bu sürecin dışındadır. Görüleceği üzere, kanun koyucu neyin açıklanıp açıklanmayacağını özel denetçiye değil, şirketin talebi üzerine mahkemeye bırakmıştır⁵⁷¹. Özel denetim raporunun içeriğinin ayıklanması taraf menfaatlerinin dengelenmesi amacıyla yönelik bir düzenlemedir⁵⁷².

Bu aşamada mahkemeye zor bir görev düştüğü söylenebilir. Zira, pay sahiplerinin bilgi edinmeye yönelik çıkarları ile şirketin sır saklama ve diğer korunmaya değer çıkarları arasında dengeyi sağlamak görevi mahkemeye bırakılmıştır⁵⁷³. Mahkemece yapılacak bu ayıklamanın ölçüsü, rapor içeriğinde yer alan bilgilerin özel denetimin amacı ve konusu yönünden açıklanmasının zorunluluk teşkil edip etmemesidir⁵⁷⁴. Diğer bir deyişle, özel denetimin konusunun aydınlatılmasına hizmet etmeyen bilgilerin, şirket sırları ve korunması gereken diğer menfaatlerinin zarara uğraması riski göz ardı edilerek açıklanması mümkün değildir. Buna karşılık, özel denetim konusunun aydınlatılması için açıklanması zorunlu olan bilgilerin şirket itirazlarına rağmen açıklanması, özel denetim kurumunun amacının bir gereğidir⁵⁷⁵. Mahkeme şirketten gelen itirazları göz önünde bulundurarak ve menfaatler dengesini gözeterek nelerin rapor içeriğinden çıkarılacağına yani pay sahiplerinden gizleneceğine re’sen karar verecektir. Elbette bu kararı vermeden özel denetçinin görüşüne başvurması raporun bütünlüğünün korunması adına yerinde ve gerekli bir adımdır. Nitekim özel denetçinin TTK m.441/4 uyarınca şirketin özel denetimin sonuçlarına ilişkin görüşünü aldıktan sonra raporun taslağını mahkemeye sunduğu düşünüldüğünde, özel denetçinin raporunun içeriğinde halen şirket sırlarına yer vermiş olmasının nedeni bilinçli bir tercih olabileceğinden, şirket itirazlarına karşı bu aşamada kendisinin görüşüne başvurulması isabetli olacaktır. Özel denetçinin görüşüne başvurarak, nelerin rapordan çıkarılacağına dair

⁵⁷¹ TTK m.442/1’in gerekçesi.

⁵⁷² TTK m.442/2’in gerekçesinde bu ayıklama usulünün işlevi, özel denetçinin raporu yazıp vermesi sonucu şirketin ve dilekçe sahiplerinin bir sürpriz veya oldu bitti ile karşılaşmaması zira sistemin buna müsait olmadığı şeklinde ifade edilmiştir.

⁵⁷³ NARBAY, s.239.

⁵⁷⁴ TTK, m.442/1’in gerekçesi.

⁵⁷⁵ NARBAY, s.240.; İsviçre öğretisinde genel kabul gören fikre göre, pay sahiplerinin bilgi alma hakkının önceliği karşısında mahkemece şirket ile pay sahiplerinin menfaatleri değerlendirilmeli, raporda tüm pay sahipleri için önemli olan tüm hususlar tespit edilmeli ve şirket menfaatlerinin açıklanmaması ise sadece mümkün olduğunca korunmalıdır. Aksi takdirde özel denetimin dışları olmayan bir kaplandan farkı olmayacağı benzetmesi yapılmıştır; bkz. PULAŞLI, Şerh, s.1657.

son kararı mahkeme verecektir. Bu bağlamda ayıklama usulüne tabi kısımlar; özel denetimin konusuna girmeyen ve hukuki değerlendirme içeren kısımlar, şirket sırlarını ifşa etmekle birlikte şirketin korunması gereken menfaatlerine zarar verecek nitelikte olan bilgiler olarak özetlenebilir.

Ekleme gerekir ki, mahkeme, şirket tarafından rapor içeriğine yönelik yapılan itirazlarla bağlıdır; bunun anlamı, şirket sırları ve korunmaya değer menfaatlerinin tespiti ve ayıklanmasına kendiliğinden karar verememesidir. Ayrıca, özel denetim konusu ile doğrudan ilgisi olmayan, özel denetçinin görev alanının dışına çıkarak raporunda yer verdiği hususlar da itiraza konu olabilir⁵⁷⁶.

Bu halde mahkeme, menfaatler dengesini gözeterek, özel denetim ile ortaya çıkartılması istenen olayların aydınlatılması amacına hizmet etmeyen, buna karşılık rapor taslağında yer alan, şirketin “ticari sır niteliğindeki bilgilerinin” rapordan ayıklanmasını özel denetçiden talep eder. Özel denetçi mahkemenin bu kararı doğrultusunda rapora son şeklini verir⁵⁷⁷. Ancak daha önce de bahsettiğimiz gibi ayıklama işlemi özel denetimin amacı ile orantılı, gerekli ve ölçülü olmak zorundadır. Nitekim rapordaki tüm önemli hususların çıkarılması özel denetimin anlamını yitirmesi demek olur.

Ayıklama sürecinin amacının şirket sır ve menfaatlerinin korunması olduğu düşünüldüğünde, bu sürecin gizlilik içerisinde yürütülmesinin önemi kendiliğinden anlaşılacaktır. Bu bağlamda, taraflar gizlilik bilinciyle hareket etmeli örneğin raporun şirket sırlarının yer aldığı taslak halinin veya bu haline itirazların sunulduğu dilekçenin UYAP ortamında paylaşılması gibi onulmaz bir hatadan kaçınmaları gerekmektedir. Aksi takdirde kendi hatalarının sonuçlarına katlanmaları ve bağlamda şirketin uğradığı zararları tazminle yükümlü olacakları unutulmamalıdır.

Kanaatimizce, özel denetçinin rapor taslağını mahkeme dosyasına ibraz etmesiyle birlikte, söz konusu taslak ve bu rapor taslağına karşı şirket tarafından sunulacak itirazların HMK m.161/2 uyarınca gizli tutulmasına karar verilmesi usulen bir gereklilik olmasının yanı sıra gizlilik dereceli resmi belgelerin ve ticari sırların korunması bakımından zorunlu görülmektedir. HMK 161/2 hükmüne göre “ *gizli olarak saklanmasına karar verilen belge ve tutanakların incelenebilmesi hakim açık iznine bağlıdır.* ”

⁵⁷⁶ NARBAY, s.239.

⁵⁷⁷ NARBAY, s.242.

B. İkinci Aşama : Özel Denetim Raporunun Taraflara İletilmesi

Mahkeme, taslak raporda gerekli ayıklama aşamasını tamamladıktan sonra, TTK m. 442/3 gereği *şirkete ve istem sahiplerine açıklanan rapor hakkında değerlendirmelerini bildirmek ve ek soru sorma imkânı tanır*. Diğer bir anlatımla, raporda gereken düzeltmeler yapıldıktan sonra, mahkeme şirket ve bu aşamada istem sahiplerinin, ayıklanan rapor hakkında beyanlarını almak ve tamamlayıcı soru sormalarına imkân tanımak durumundadır⁵⁷⁸. Gerekçe 'de şirkete ve dilekçe sahiplerine böyle bir imkân tanınması ile amaca hizmet etmeyen ve şirkete zarar verebilecek bir rapor verilmesine engel olunmak istendiği belirtilmiştir. Bu sebeple rapora nihai şeklini vermeden önce, ayıklanmış rapor taslağı hakkında ilgililerin görüşünün alınması kanuni bir yükümlülüktür⁵⁷⁹. Mahkemeye getirilen bu ek yükümlülüğün özel denetim yargılaması sürecini uzatması kaçınılmazdır. Sürecin uzamasını engellemek için ayıklanmış rapor taslağına karşı beyanlarını sunmak üzere ilgililere uygun süre verilerek en kısa sürede ilgililerin eline ulaşacak şekilde üst yazı ekinde söz konusu rapor tebliğ çıkarılmalıdır. Mahkemece yazılacak üst yazının içeriğinde, rapora karşı beyanda bulunmaları için verilen sürenin kesin olduğu, beyanda bulunmadıkları takdirde raporun mevcut hali ile nihai olarak kesinleşeceği ihtarına yer verilmesi bu aşamanın sürüncemede bırakılmaması adına faydalı olacaktır⁵⁸⁰.

Mahkemece kendilerine tebliğ edilmek sureti ile açıklanan rapora karşı beyanda bulunmaları için süre verilen tarafların rapora karşı görüş bildirme ve ek soru sormak amacıyla bir uzmana başvurmaları raporun içeriğinin anlaşılabilmesi süresi içinde doğru değerlendirme yapılarak doğru soruların sorulması bakımından gereklilik arz edebilir. Özellikle özel denetim isteminde bulunanlar bakımından, dilekçelerinde yer almasına rağmen halen tam olarak açıklığa kavuşmamış noktalar olması ihtimalinde, bu tespitin yapılması ve bu amaca yönelik soruların sorulması ancak bir uzman(hukukçu, mali müşavir gibi) yardımı ile mümkün olabilir⁵⁸¹.

Özel denetçi kendisine yöneltilen tamamlayıcı sorulara verdiği cevapları da raporuna ekler, duruma göre karşı tarafın düşüncelerine de rapora ekleyerek raporunu tamamlar⁵⁸². Diğer taraftan ilgililer tarafından sorulan ek (tamamlayıcı) sorular, özel denetimin konusunu

⁵⁷⁸ PULAŞLI, Şerh, s.1656.

⁵⁷⁹ NARBAY, s.245.

⁵⁸⁰ Aynı doğrultuda bkz. NARBAY, s.245.

⁵⁸¹ NARBAY, s.246.

⁵⁸² PULAŞLI, Şerh, s.1656.

genişletmeye yönelik ya da özel denetimin konusu ile bir bağlantısı olmayan türden ise, mahkemece dikkate alınmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, mahkemece cevaplanmasına izin verilecek sorular, özel denetim raporunun içeriğini daha iyi anlaşılabilmesine ve özel denetim konusunun aydınlatılmasına katkı sağlayacak nitelikte olanlardır⁵⁸³. Özel denetçi, bu sorulara karşı vereceği cevaplarda şirketin sırlarının ve korunmaya değer menfaatlerinin zarara uğramaması kuralı aynı şekilde geçerli olduğundan bu noktada dikkatli ve özenli davranmalıdır⁵⁸⁴.

V. İTİRAZLARIN HALLİ VE NİHAİ RAPOR

Özel denetim isteminde bulunan dilekçe sahiplerinin ve şirketin değerlendirmeleri ve tamamlayıcı soruları doğrultusunda raporda gerekli değişiklikler özel denetçi tarafından yapılır. Bununla birlikte açıklanan rapor, özel denetime konu edilen ve açıklığa kavuşturulması istenen olayları yeteri derecede aydınlatmıyorsa bu halde mahkeme özel denetçiden eksikliklerin giderilmesi için özel denetim faaliyetine tekrar başlamasını isteyebilir⁵⁸⁵. Bu halde özel denetçinin mahkemece kendisine verilen süre içinde, eksiklikleri gidererek ilk raporun devamı niteliğinde olan bir ek rapor hazırlamak zorundadır.

Nihai rapor, özel denetçinin mahkemenin talimatı ile yaptığı ayıklama işleminden sonra, şirkete ve özel denetim isteminde bulunan pay sahiplerine tebliğ ettiği rapor ve ilgililerin beyanları ve yönelttikleri tamamlayıcı nitelikte soruları ve bunlara verdiği cevaplardan oluşacaktır.

Raporun içeriğinin nasıl olması gerektiği yönünde kanunda açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bu noktada HMK'nın "Bilirkişi açıklamalarının tespiti ve rapor" kenar başlığını taşıyan 279. madde düzenlemesi özel denetçi raporu bakımından da kıyasen uygulanabilir. Buna göre özel denetim raporunda, tarafların ad ve soyadları, özel denetçinin görevlendirildiği hususlar, inceleme ve denetim konusu yapılan maddi vakıalar, gerekçe ve varılan sonuçlarla, denetçiler arasında görüş ayrılığı varsa bunun sebebi, düzenleme tarihi ve özel denetçi(ler)in imzası bulunmalıdır. Karşı görüşte olan özel denetçi, raporunu ayrıca mahkemeye sunabilir. Ayrıca, raporun giriş kısmında, mahkemenin belirlediği görev çerçevesine sadık kalındığı belirtilerek, araştırma ve inceleme konularındaki işlemler

⁵⁸³ NARBAY, s.247.

⁵⁸⁴ NARBAY, s. 247.

⁵⁸⁵ NARBAY, s.247.

özetlenmeli ve eğer inceleme sırasında bir takım güçlüklerle karşılaşılırsa bunlara değinilmeli ve sonuç kısmında pay sahipliği haklarının kullanılmasıyla ilgili olarak tespit edilen olgular açıklanmalıdır⁵⁸⁶.

Tüm bu açıklamalardan da anlaşılacağı gibi, özel denetim raporunun nihai şeklini almasına kadar geçen süreçte mahkemeye aktif bir rol düşmektedir. Bu bağlamda mahkeme, özel denetim raporunun, denetime konu her olayın denetim sürecinde elde edilen delillerle ilişkisi kurularak aydınlatılması sağlanmak suretiyle içeriği kesinleşinceye kadar yargılamayı sürdürmelidir⁵⁸⁷. Mevcut sistemde mahkemelerin iş yükü ve sistemsel aksaklıkların varlığı raporun özel denetimin amacına yararlı bir süre içinde tamamlanması gereği karşısında umutsuz bir tablo ortaya koymaktadır.

VI. RAPORUN HÜKÜMLERİ VE İŞLEME KONULMASI

Özel denetçi tarafından son şekli verilerek mahkemeye imzalı bir biçimde teslim edilen rapor şirkete ve dilekçe sahiplerine tebliğ edilir. Her ne kadar raporun taraflara tebliğ edilmesi gerektiği yasada açıkça düzenlenmemişse de, taslak raporun TTK m. 442/2'ye göre şirkete tebliğ edildiği ve ayıklama işleminden sonra ise TTK m. 442/3 uyarınca şirkete ve istem sahiplerine açıklanmasına ilişkin düzenlemeler dikkate alındığında, nihai raporun da dilekçe sahipleri ve şirkete tebliğinin bir gereklilik olduğu sonucuna varılmaktadır⁵⁸⁸.

TTK m. 443 "*İşleme konulma ve açıklama*" kenar başlığını taşımaktadır. Maddenin birinci fıkrasında, "*şirket yönetim kurulu özel denetim raporunu ve raporla ilgili yapmış olduğu değerlendirmeleri, ilk genel kurula sunar.*" ifadesi yer almaktadır. Söz konusu düzenleme emredici nitelik taşıdığından, özel denetim raporunun ilk genel kurula sunulması bir zorunluluktur⁵⁸⁹. Madde gerekçesine göre, yönetim kurulunun raporu ve mahkeme aşamasında verilmiş bulunan değerlendirmeleri, özel denetim yapılmasına ilişkin istem en başta genel kurulca reddedilmiş olsa bile, ilk genel kurula sunar. Diğer taraftan yönetim kurulunun raporun sunulması için genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırma gibi bir yükümlülüğü yoktur. Nitekim, yönetim kurulu raporun sunulmasıyla ilgili olarak gelecek olağan genel kurul toplantısı bekleyebilir. Ancak mahkemeden özel denetim isteminde

⁵⁸⁶ PULAŞLI, Şerh, s.1657.

⁵⁸⁷ ALTAY, s.74.

⁵⁸⁸ Aynı doğrultuda, PULAŞLI, Şerh, s.1658; NARBAY, s.249-250.

⁵⁸⁹ NARBAY, s.251.

bulunan pay sahipleri⁵⁹⁰ olağan genel kurul toplantısını beklemek yerine, TTK m. 411 hükmü uyarınca genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırabilirler⁵⁹¹. Azlık pay sahipleri, olağanüstü genel kurul toplantı çağrısını noter aracılığı ile yapmalı ve gerekçe olarak özel denetim raporunu belirtmelidir⁵⁹². Şayet raporda ağır ihlallerin işlendiği ortada ise, bu olasılıkta azlığın ilk olağan genel kurulu beklemek yerine tercihinin genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırmaktan yana kullanacağı ortadadır. Özel denetimin sonuçlarının genel kurulda tüm pay sahiplerinin bilgisine sunulması önemlidir. Zira ortaya çıkan sonuçların, sadece özel denetim sürecini başlatan dilekçe sahiplerini değil; şirketin tüm pay sahiplerini ilgilendirmesi durumu söz konusudur.

Özel denetim raporunun müzakere edildiği genel kurul toplantısında, yalnızca rapor görüşülür ancak rapor ve değerlendirmeler hakkında bir karar alınmaz⁵⁹³. Buna ilişkin TTK m. 443'ün gerekçesinde, *“Rapor, yönetim kurulunun veya azlık talep etmedikçe bir genel kurul kararına konu olamaz. Çünkü rapor, bir yönlendirme, başvuru ve bilgi alma kaynağıdır, bir mütalaadır. Bağlayıcı değildir. Bir sorumluluk davası açıldığında da bu niteliğini korur.”* açıklamasına yer verilmiştir.

Bununla birlikte gerekçede raporun müzakere edileceği genel kurul toplantısında özel denetçinin bulunmasının gerektiği zira bu sonuca TTK m. 407/2'nin geniş yorumundan ulaşılabileceği ayrıca ifade edilmiştir⁵⁹⁴. TTK m. 407/2'de *“Murahhas üyelerle en az bir yönetim kurulu üyesinin genel kurul toplantısında hazır bulunmaları şarttır. Diğer yönetim kurulu üyeleri genel kurul toplantısına katılabilirler. Denetçi (...) (1) genel kurulda hazır bulunur. Üyeler ve denetçiler görüş bildirebilirler.”* hükmü yer almaktadır. Görüleceği üzere maddede özel denetçi ifadesi yer almamakta ise de, gerekçede ifade edildiği gibi hükmün geniş yorumlanması sonucu, özel denetçi sözü geçen genel kurul toplantısında bulunmakla ve bu hükme göre görüş bildirmekle yükümlüdür⁵⁹⁵.

⁵⁹⁰ TTK m. 439/1 'de belirtilen, sermayenin en az onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahipleri genel kurulu olağanüstü toplantıya davet edebilir. TTK m. 411/1'de esas sözleşmede daha az sayıdaki pay sahibine genel kurulu toplantıya çağrı hakkı tanınabileceği ifade edilmiştir. Esas sözleşmede böyle bir düzenleme olmadığı hallerde, paylarının itibari değeri toplamı en az bir milyon Türk Lirası olan pay sahiplerinin genel kurulu toplantıya çağırması kanunen mümkün değildir; zira bu hak yalnızca azlık statüsündeki pay sahiplerine tanınmıştır; bkz. NARBAY, s.253.

⁵⁹¹ TTK m. 443 'ün gerekçesi.

⁵⁹² NARBAY, s.252.

⁵⁹³ PULAŞLI, Şerh, s.1659; NARBAY, s.255.

⁵⁹⁴ TTK m. 443'ün gerekçesi.

⁵⁹⁵ Narbay, özel denetim raporunun sağlıklı bir şekilde görüşülüp değerlendirilmesi için özel denetçinin genel kurulda bulunması ve kendisinden istenilmesi halinde rapor hakkında genel kurula bilgi sunmakla yükümlü olduğu sonucuna Gerekçe 'de belirtildiği şekilde TTK m.407/2'nin geniş yorumu suretiyle ulaşılabileceğini ifade

Öğretide, yönetim kurulunun hem rapor hem de kendi görüşleri hakkında pay sahiplerini uygun bir şekilde bilgilendirmesi gerektiği ifade edilmiş; ve hatta bu bağlamda, aynen şirketin yıl sonu finansal tablolarında olduğu gibi, genel kurul öncesinde rapor ve yönetim kurulu görüşünün şirket merkezinde pay sahiplerinin incelemesine hazır tutulmasının yerinde olacağı savunulmuştur⁵⁹⁶. Böylece, pay sahipleri, özel denetim raporu ve eki niteliğindeki diğer belgeleri genel kurul öncesi inceleme fırsatı bulmakla, genel kurula hazırlıklı gelme imkânına kavuşmuş olacaktırlar. Diğer taraftan böyle bir uygulamanın kabulü TTK m. 443/2 ile çelişen bir hal olarak görünebilir. Şöyle ki, bu hüküm uyarınca “*her pay sahibi, genel kurul toplantısını izleyen bir yıllık süre içinde şirketten raporun ve yönetim kurulunun görüşünün bir suretinin verilmesini isteyebilir.*”⁵⁹⁷ Bununla birlikte, şirket alacaklılarının ve çalışanlarının özel denetim raporunu talep etme veya içeriği hakkında bilgi isteme hakları bulunmamaktadır⁵⁹⁸.

Eklemek gerekir ki, özel denetim isteminde bulunan dilekçe sahipleri, yargılama sonucu ortaya konan nihai rapor doğrultusunda gerekli hukuki adımları atma konusunda serbesttirler. Bu anlamda, söz konusu raporun ve yapılan değerlendirmelerin genel kurula sunulmasını beklemeden şayet olanaklı ise söz konusu rapora dayanılarak ilgililer aleyhine sorumluluk davası açabilir ya da şirketin haklı nedenle feshini dava edebilirler⁵⁹⁹.

VII. RAPORUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Özel denetim raporunun, denetime konu edilen belirli olayların tespit edilerek açıklığa kavuşturulması yanında en iyi ihtimalle pay sahipliğinden doğan hakların kullanımına hizmet edeceği söylenebilir. Gerçekten de pay sahipleri özel denetçinin inceleme sürecinde devşirdiği ve raporunda yer verdiği bilgilerin ışığında atılması gereken adımların neler olduğuna karar vereceklerdir. Bu bağlamda pay sahiplerinin, kanunu veya esas sözleşmeyi ihlâl ettiği ortaya çıkan kurucular, yönetim kurulu üyeleri, denetçiler veya tasfiye memurları aleyhine

etmiştir. Yazar, bu konudaki tartışma ve belirsizliklerin önlenmesi amacıyla, TTK m.443/1’in sonuna “*Müzakerelerin yapılacağı genel kurul toplantısında özel denetçi ya da özel denetçiler hazır bulunur ve görüş bildirirler*” şeklinde bir cümle eklenmesi önerisini sunmuştur: bkz. NARBAY, s.256-257.

⁵⁹⁶ PULAŞLI, Şerh, s.1658; ÖZKAN, s.45.

⁵⁹⁷ Moroğlu, yönetim kurulu tarafından ilk genel kurula sunulacak olan raporun ve buna ilişkin değerlendirmelerin şirketin internet sitesinde yayımlanmasının maddede düzenlenmemiş olmasını bir eksiklik olduğunu lakin bu halde ikinci fıkra hükmüne gerek kalmayacağı değerlendirilmiştir. Bkz. MOROĞLU, Değerlendirme ve Öneriler, s.258.

⁵⁹⁸ PULAŞLI, Şerh, s.1658; ÖZKAN, s.46; NARBAY, s.259; GÜVEN, s.163; DEĞİRMENCİOĞLU, s.12.

⁵⁹⁹ NARBAY, s.254.

sorumluluk davaları açmaları ya da mahkemeden şirketin haklı sebeple feshini talep etmeleri bu raporla bağlantılı olarak gündeme gelebilir. Bu halde özel denetim raporunun hukuki niteliğinin tespiti önem arz etmektedir. Özel denetime ilişkin kanunumuzda yer alan düzenlemelere baktığımızda, TTK m.443'ün gerekçesinde, raporun “yönlendirme”, “başvuru ve bilgi alma kaynağı”, “mütalaa” olarak nitelendirildiğini ve “bağlayıcı olmadığını” görüyoruz. Öğretilerde, özel denetim raporunun *en fazla bilirkişi raporu yahut delil tespiti seviyesinde bir belge* olduğu, ilgililerin rapordan yarar sağlayabilecekleri fakat raporla bağlı olmadıkları görüşü hâkimdir⁶⁰⁰.

Özel denetim raporunun bağımsız bir uzman tarafından ve mahkeme gözetiminde hazırlanmış olması, söz konusu rapora sıradan bir belgenin çok daha ötesinde aynı zamanda inandırıcılığı yüksek bir belge mahiyeti kazandırır. Bu itibarla pay sahipleri veya azlık tarafından ileride açılması muhtemel sorumluluk ya da şirketin haklı sebeple feshi davalarında, hâkim bu raporu diğer delillerle birlikte serbestçe takdir edecektir (HMK m.198). Gerekçede de belirtildiği gibi hâkimi bağlayıcı bir nitelik taşımamakla birlikte yönlendirici, başvuru ve bilgi alma kaynağı bir mütaladır. Bununla birlikte, Yargıtay farklı taraflar arasında görülen bir davada alınan bilirkişi raporunun daha sonra görülecek davada hakim tarafından ispat gücü yüksek bir delil olarak dikkate alınabileceği görüşündedir⁶⁰¹.

⁶⁰⁰ DOMANIÇ, s.714; KAVASOĞLU, s.122; SİVAS, s. 79-80; ÇELİK, s.107; Narbay, özel denetçi raporunun HMK m. 199. anlamında bir “belge” olduğunu ifade etmiştir. NARBAY, s.265 bkz. dn.345; HMK m. 190'a göre, “Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir.”

⁶⁰¹ Yarg. 11. HD, 21.06.2013, E. 2013/8543 K. 2013/12999, 11. HD, 26.06.2006, E. 2006/ 7482K. 2006/7419 ; bkz. ATALAY, Pekcanitez Usul, s.1945- dn.408; 10.HD, 27.02.2017 E.2017/247 K.2017/1507; Karar için bkz. BUDAK, Medeni Usul, s.273-dn.8.

SONUÇ

Özel denetim kurumu, anonim şirketler hukukuna hakim olan mülkiyet-kontrol ayrımı neticesinde pay sahiplerinin bilgiye erişimlerinin engellenmesi ya da verilen bilginin, hesap verme ve dürüstlük ilkeleri bakımından özenli ve gerçeğe uygun olmaması olasılığı karşısında pay sahiplerinin başvuracağı etkili bir hukuki enstrümandır. Özel denetim isteme hakkı her pay sahibine tanınan, anonim şirketin belirli olaylarla sınırlı olarak uzmanına denetlettirme yolu ile pay sahiplerinin aydınlanmasına ve böylece kanunda yer alan diğer pay sahipliği haklarının bilinçli ve etkili bir şekilde kullanılmasına imkân sağlar. Özel denetim isteme hakkı, TTK m.438 kapsamında pay sahipliği hakkı iken, genel kurulun istemi reddetmesi halini düzenleyen TTK m.439 kapsamında azlık hakkı niteliğine bürünecektir. Bunun anlamı, genel kuruldan özel denetçi atanması talebinde bulunabilmek için bireysel pay sahibi olmak yeterliyken, genel kurulun pay sahibinin talebini reddi halinde mahkemeden özel denetçi atanmasını talep etmek yalnızca azlığa tanınan bir hak olduğudur.

Bilgi alma veya inceleme istemi cevapsız bırakılan, haksız olarak reddedilen, ertelenen ve TTK m.437 anlamında bilgi alamayan pay sahibi doğrudan doğruya genel kurulda özel denetim isteminde bulunabilir. TTK m. 438’de yer verilen şartlardan biri olan “bilgi alma veya inceleme hakkının daha önce kullanılmış olması” şartı bu halde gerçekleşmiş sayılır. Özel denetçi atanması istemi ile mahkemeye başvurulabilmesi için, özel denetim hakkının genel kurulda kullanıldığını gösteren olumlu yahut olumsuz bir genel kurul kararının varlığı şarttır. Dolayısıyla özel denetim istemini genel kurulda dile getiren azlık veya pay sahibi bu istemin genel kurulca oylanması işinin takipçisi olmak, oylamada ısrar etmek ve söz konusu istem hakkında olumlu veya olumsuz bir karar alınmasını sağlama külfeti altındadır.

Pay sahibi ya da pay sahiplerince istemin genel kurulda oylanmasına ilişkin tüm şartlar yerine getirildiği halde tüm ısrarlara rağmen, genel kurul başkanı söz konusu istemi oylamaya sunmaz; yahut sebepli veya sebepsiz erteler ise, bu durum kanaatimizce özel denetim isteminin reddi olarak kabul edilir ve özel denetçi atanması için azlık veya belli itibari değerde paya sahip kişilerce doğrudan mahkemeye başvuru imkanı doğar. Pay sahibinin ayrıca TTK m. 437/5 hükmü uyarınca bilgi alma ve inceleme hakkını dava yolu ile kullanmış olması aranmaz. Bu halde azlık veya belli itibari değerde paya sahip kişiler diğer şartları da sağlamak koşuluyla TTK m.439’a göre mahkemeden özel denetçi atanmasını talep edebilirler. Bu kabulün temelinde dürüstlük kuralı yatmaktadır.

Kanun koyucu bilgi alma veya inceleme haklarını birbirine alternatif ön koşul olarak düzenlemiş ve bu haklardan birinin kullanılmış olmasını özel denetim istemi için yeterli görmüştür. Pay sahibi bu bağlamda seçimlik hakka sahiptir. Bilgi alma hakkı ve inceleme hakkı kural olarak genel kurulda kullanılır. Özel denetim isteminde bulunabilmenin ön şartı olan bilgi alma veya inceleme hakkının kullanılmış olduğunun ispatı önemli bir husustur. Pay sahiplerinin genel kurulda cevaplanmasını istediği sorularının ya da söz konusu sorulara ilişkin olarak inceleme taleplerinin yer aldığı bir dilekçeyi genel kurul öncesinde noter aracılığı ile yönetim kuruluna göndermeleri ispat bakımından önemlidir. Diğer taraftan, pay sahibinin sunmuş olduğu ve bilgi alma hakkı kapsamında cevaplanmasını istediği soruların yer aldığı dilekçenin genel kurul tutanaklarına eklenmesinin önemi, özel denetçi atanması için mahkemeye başvurulması halinde özel denetimin çerçevesinin belirlenmesinde sağlayacağı kolaylıktır.

Özel denetim hakkı TTK m. 438’de yer alan şartlar yerine getirildiği takdirde, her pay sahibi veya azlık tarafından genel kurulda kullanılır. İntifa hakkı sahiplerine özel denetim isteme hakkı tanınmamış olması kanımızca doğru değildir. Özel denetimin maddi şartlarından biri de pay sahipliği haklarının kullanımı için gereklilik olup, Gerekeçe ’de özellikle oy hakkının kullanımına vurgu yapılmıştır. İntifa hakkı sahibinin aksi kararlaştırılmamış olduğu sürece oy hakkı kullanıyor olması gerçeği karşısında, özel denetim isteme hakkından mahrum bırakılması çelişki yaratmaktadır. Tüm bu gerekçelerle, *de lege feranda* önerimiz TTK m. 438’e intifa hakkı sahiplerinin de özel denetim isteme hakkının bulunduğu yönünde açık bir hüküm konulmasıdır.

Genel kuruldan özel denetim talep eden pay sahibinin, evvelce bilgi alma veya inceleme hakkını kullanmış olan pay sahibi ile aynı kişi olması zorunluluğu yoktur. Bununla birlikte, genel kurula katılmamış, katıldığı halde özel denetim istemi aleyhine oy kullanmış pay sahibi de mahkemeden özel denetçi atanması isteminden bulunabilir. Ancak, özel denetime konu edilen olaylar aynı zamanda bilgi alma veya inceleme hakkının da konusunu oluşturan olaylar olmalıdır. Özel denetim bilgi alma ve inceleme hakkına konu olan belirli olaylarla sınırlıdır. Bu durum özel denetim isteme hakkının bilgi alma veya inceleme hakkının devamı niteliğinde ve de bu hakkın kullanılmış olması koşuluna bağlı ikincil karakterde bir hak niteliğinin bir sonucudur.

TTK m.479/3’de oyda imtiyazın etkisizleştığı durumlar; esas sözleşme değişikliği, ibra ve sorumluluk davası açılması halleri olarak sayılmıştır. Görüleceği üzere, özel denetim isteminin genel kurulda oylanması esnasında oy hakkındaki imtiyazların durumunun ne olacağı kanunda düzenlenmemiştir. Bu durum, madde gerekçesinde ifade edilen, oyda imtiyazın hakimiyet aracı olarak kullanılmasına engel olmak, amacı ile çelişki içerisindedir. Bu nedenlerle, TTK m.479/3’e “özel denetim isteminin oylanması” ibaresinin de eklenmesi olması gereken hukuk (*de lege ferenda*) bakımından yerinde olacağı kanısındayız. Yönetim kurulu üyelerinin özel denetim isteminin oylanmasında, özel denetime konu edilen belirli olayların ve iddiaların doğrudan kendilerini ilgilendirmesi, sorumluluklarına gidilmesini gerektirecek nitelikte olması durumunda, hiç kimse kendi davasının yargıçı olamaz (*nemo iudex in causa sua*) ilkesi uyarınca oy hakkından yoksun sayılmaları gerekir ki bu aynı zamanda dürüstlük kuralının bir gereğidir. Bu halde önerimiz, TTK ‘da oydan yoksunluk hallerinin düzenlendiği 436. maddesine “...özel denetçi tarafından incelenmesi öngörülen belirli olaylara ilişkin iddiaların sorumluluklarına gidilmesini gerektirecek nitelikte olması durumunda yönetim kurulu üyeleri özel denetim isteminin görüşüldüğü genel kurulda oy hakkını şahsen veya bir vekil aracılığıyla kullanamazlar ” şeklinde bir fıkra eklenmesidir.

Özel denetim isteme hakkı, TTK sisteminde genel kurulun bu istemi kabulüne veya reddi haline bağlanan sonuçların farklılığı esas alınarak iki ayrı maddede düzenlenmiştir. Dolayısıyla TTK m. 439 ile TTK m. 438’in birlikte değerlendirilmesi zorunludur. Zira TTK m. 439’da düzenlenen azlık hakkının ortaya çıkması TTK m. 438’deki koşulların varlığına bağlı olup, bu koşullardan bağımsız olarak azlığın mahkemeden özel denetçi atanmasını isteme hakkının varlığından söz edilemez. Özel denetim isteme hakkının bilgi alma ve inceleme haklarının kullanımına bağlı, yani ikincil nitelikte bir hak olduğu göz önünde bulundurulduğunda bilgi alma ve inceleme hakkı pay sahipleri tarafından tüketilmeden azlığın doğrudan doğruya mahkemeye başvurarak, mahkemeden özel denetim isteme hakkının olmadığı kanısındayız. Önemle belirtmek gerekir ki , “*özel denetimin pay sahipliği haklarının kullanımı için gerekli*” olduğuna ilişkin kriter, TTK m. 439’a göre mahkemeye başvuru esnasında bulunması gereken ve aynı zamanda bir yargılama şartı olan davacının korunması gereken güncel bir menfaatinin olması şartını ifade etmektedir. Diğer bir deyişle, azlığın mahkemeye başvurarak özel denetçi atanmasını talep etmesinde hukuki menfaati olmalıdır; ki bu şart aynı zamanda HMK m.114/1-h uyarınca bir dava (yargılama) şartı olup çekişmesiz yargıda da hakim tarafından re’sen dikkate alınmalıdır. Bu nedenlerle mahkeme, TTK m.439/2’de belirtilen ek şartın somut olayda mevcut olup olmadığı incelemesine geçmeden

önce: istem sahiplerinin azlık sıfatını taşıyıp taşımadığı, özel denetim isteminin evvelce genel kurulda reddine dair bir genel kurul kararının varlığı, istemde bulunanların özel denetçi atanmasında hukuki menfaatinin varlığı hususlarını incelemesi gerekir. Nihayet, mahkeme TTK m. 438/1’deki bahse konu koşulların, somut olayda mevcut olup olmadığını re’sen gözetecek, mevcut olmaması halinde özel yargılama şartı yokluğu nedeniyle başvuruyu usûlden reddedecektir .

TTK m.439/2 ‘de *dilekçe sahiplerinin, kurucuların, veya şirket organlarının, kanunu veya esas sözleşmeyi ihlal ederek, şirketi veya pay sahiplerini zarara uğrattıklarını, ikna edici bir şekilde ortaya koymaları halinde mahkemece özel denetçi atanmasına karar verileceği* şeklindeki düzenlemede geçen “*ikna edici bir şekilde ortaya koymaları*” ifadesi bize ispat ölçüsünün “yaklaşık ispat” olduğunu göstermektedir. Özel denetçi atanması için, zarar olgusunun gerçekleştiği şekilde mahkemeyi inanılır kılan bir ispat ölçüsünün belirlenmesi, aynı zamanda silahların eşitliği ilkesinin de bir sonucu olarak görülmelidir. Zira, istemde bulunanların şirket karşısında kısıtlı bilgi ve imkana sahip oluşu karşısında, kendilerinden zararın tam olarak ispatlanması beklenemez. Mahkemenin yargılama sonucu vereceği karar, zararın tespiti ile şirketin zararının tazmini yönünde bir karar olmadığı için yaklaşık ispat ölçüsü özel denetçi atanması kararı bakımından yeterli kabul edilmelidir.

Özel denetime karar verilebilmesinin “*şirketin veya pay sahibinin zarara uğraması*” koşuluna bağlanmış olması, özel denetim kurumunun uygulama alanını daraltmakta ve giderek kurumu sorumluluk davası açılması yolunda gereken kanıtların elde edilmesi için başvurulabilecek bir araca indirgemektedir. Özel denetim pay sahiplerinin temelde bilgi almasına ve pay sahipliği haklarını bilinçli bir şekilde kullanılmasına hizmet eden bir kurumdur. Özel denetim isteminin genel kurulca kabul edilmemesi halinde, bu hakkın kullanımını bu derece ağır şartlara bağlanmış olması hakkın özüne dokunur mahiyettedir. Buna göre, şirketin veya pay sahiplerinin zarara uğradığına dair mahkeme ikna edilmedikçe bu hakkın kullanımı olanaklı görülmemektedir. Tüm bu nedenlerle, *de lege feranda* önerimiz TTK m. 439/2 ‘de yer alan “...zarara uğrattıklarını ikna edici bir şekilde ortaya koymaları..” şeklindeki düzenlemenin “.. zarara uğratabileceğini inandırıcı şekilde ortaya koymaları “ olarak değiştirilmesidir.

Azlığın veya belli itibari değerde pay sahibinin özel denetçi atanması için mahkemeye başvurduğu tarihte kanunen aranan asgari pay sahipliği oranının mevcut olması yeterli kabul edilmeli; ancak bu oranların yargılama süresince muhafaza etmeleri kendilerinden

beklenmemelidir. Pay sahipliği sıfatını taşıdıkları sürece pay oranlarının veya itibari değerlerinin azalması özel denetçi atanması talebinin karara bağlanması karşısında usûli bir engel olmamalıdır. Azlığın uzun süren yargılama boyunca payını devretmesinin kısıtlanması, hali hazırda ağır koşullara bağlanmış özel denetim talep hakkının azlık lehine daha da ağırlaştırılması sonucu doğuracak ve giderek özel denetim kurumunun başarıya ulaşması şansı ortadan kalkacaktır.

TTK m. 439/2'deki koşulun ağırlığı karşısında, pay sahibi veya azlık bu süreci başarıya ulaştırmak için yasal koşulların bilincinde olarak hareket etmeli ve bilgi alma veya inceleme hakkını da özel denetime kapıyı aralayacak doneleri elde etmek adına bilinçli kullanmalıdır. Bu amaca yönelik olarak, pay sahibi genel kurulda, yönetim kuruluna yönelttiği sorusu ile ilgili olarak şirket defter ve yazışmalarını şahsen veya TTK m. 437/4 uyarınca bir uzman aracılığı ile bu incelemeyi gerçekleştirmelidir. Şirket hesaplarında vs. şirketin veya pay sahiplerinin zarara uğradığına delalet eden yolsuzluklara ve usulsüzlüklere dair bir takım emarelere rastlanması gibi hallerde, özel denetçi atanması yönünde karar alma şansı doğacaktır. Dolayısıyla bilgi alma veya inceleme haklarının etkin ve bilinçli kullanımı sonucu elde edilecek veriler azlığa TTK m. 439/2'de yer alan zarar şartının gerçekleştiğine dair mahkemenin ikna edilebilmesi imkanını da beraberinde getirir.

Özel denetim, Gerekçe'de de ifade edildiği gibi pratikte, kurucular, yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerin, şirketin sevk ve idaresinde yapmış olduğu yolsuz işlem ve olguların tespiti ile bu kişilerin sorumluluğunun gündeme gelmesi amacına hizmet eder. Bu amacın ötesine taşan dolaylı etkisi ise denetim sonucu ortaya konan rapor ile hukuka aykırı işlem ve kararların tespiti halinde, pay sahibi sorumluluk davası ve hatta şirketin haklı nedenle feshi davası açıp açmamaya karar verecek olmasıdır. Söz konusu rapor ise, bu davalarda pay sahibinin veya azlığın üzerine düşen ispat yükünü hafifletici işlev görecektir.

Özel denetim isteme hakkı, bilgi alma ve inceleme hakkına bağlı ikincil bir haktır ve genellikle pratikte pay sahiplerinin açacağı sorumluluk davalarına, genel kurul kararlarının iptali ve hatta şirketin haklı nedenle davalarına bir ön hazırlık olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, özel denetim sürecinin zaman alması ve girift olması yanı sıra, özel denetçi atanması için kanunun aradığı koşulların ağırlığı, pay sahiplerinin bu enstrümana salt bilgi alma amacını güderek başvurması uygulamada giderek nadir rastlanır bir hal almıştır.

Bilgi alma veya inceleme hakkı cevapsız bırakılan veya ertelenen pay sahibi, ön şartı yerine getirmiş olmakla birlikte, doğrudan doğruya özel denetim isteme hakkı olduğu gibi

dilerse TTK m. 437/5 kapsamında dava hakkını da kullanabilir. Özel denetim ve bilgi alma davasının aynı anda yürütülmesi de olanaklı olup derdestlik iddiası da söz konusu olamaz. Zira derdestlik söz konusu olabilmesi için aynı talep sonucuna yönelmiş, konusu ve tarafları aynı iki ayrı dava mevcut olması gerekir. Bilgi alma davasının sebebi davacının bilgi alma talebinin haksızca reddedilmesi, cevapsız bırakılması ya da ertelenmesi iken, şirketin istenilen bilgiyi vermesi ise talep sonucudur. Diğer taraftan özel denetçi atanması isteminin, sebebi özel denetim isteme hakkının şartları mevcut olduğu genel kurulca reddedilmiş olması iken talep sonucu ise özel denetçi atanması ve özel denetimdir.

Özel denetçi atanması istemli mahkemeye yapılacak başvuru genel kurulun istemi kabul veya reddetmesi ayırımına tabi olmaksızın her iki halde de çekişmesiz yargı işidir. Özel denetçi atanması işi, HMK m. 382/2(e)'de ticaret hukukundaki çekişmesiz yargı işleri arasında sayılan “ (4)Komanditer ortağın talebiyle şirket hesaplarını incelemek için eksper tayini” işine benzemektedir. Çekişmesiz yargı işleri, HMK m. 382/2’ de belirtilen hallerden ibaret (*numerus clausus*) olmayıp, burada yer alanlar yalnızca örnek olarak sayılmıştır. HMK m. 382/2’ de sayılmasa dahi, temel ölçütlere (HMK m. 381/1) uyan diğer haller de, çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilir. Bu ölçütler göz önünde bulundurularak yapılan değerlendirme neticesinde, özel denetim isteminin genel kurulda kabulü durumunda mahkemece yapılacak yargılamanın, sübjektif hak yokluğu, ihtilâf yokluğu ve inşaî-önleyici etki ölçütlerine göre çekişmesiz yargı işi olduğu sonucuna varmış bulunmaktayız. Özel denetçi atanması isteminin genel kurul tarafından reddedilmesi halinde mahkemeye yapılacak özel denetçi atanması istemli başvurunun ihtilaf söz konusu olduğu gerekçesiyle çekişmeli yargı işi (dava) olduğu söylenemez. Zira ihtilaf ihtiva etmelerine rağmen, çekişmesiz yargıya dahil olan işler de bulunmaktadır. Bu durumda diğer ölçütler göz önünde tutularak, çekişmesiz yargıya tabi işler tespit edilebilecektir. Bu bağlamda, söz konusu ölçütler, TTK m. 439/1’e göre mahkemeye yapılacak başvuru bakımından da ele alınmış olup, özel denetçi atanması isteminin sübjektif hak yokluğu ve inşaî-önleyici etki ölçütlerine göre çekişmesiz yargı işi olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Mahkemeye yöneltilen özel denetçi atanması istemi usulî bir talep olup, takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işidir. Uygulamada bu istemin bir dava şeklinde şirkete yöneltilmesi kanımızca yerinde değildir. Anılan nedenlerle, HMK m.382/2’de ticaret hukukundaki çekişmesiz yargı işlerinin sayıldığı (e) bendine, özel denetçi atanması isteminin de eklenmesi yerinde bir çözüm olacaktır.

Genel kurulda özel denetim isteminin kabulü halinde TTK m. 438 kapsamında her bir pay sahibi veya şirket tarafından mahkemeye yapılacak özel denetçi atanması istemli başvuruda, mahkeme TTK m. 438'deki koşulların varlığını arayamaz. Ortada bir uyuşmazlık bulunmadığından ve özel denetçi atanması yönündeki istemin kabulüne dair mevcut genel kurul kararının varlığı karşısında mahkemeye yapılacak inceleme daha çok “şekli anlamda” bir inceleme olacaktır. Bu bağlamda “ başvurunun görev ve yetki alanında olup olmadığını”, “genel kurulun özel denetim yapılmasına ilişkin kararının varlığını”, “ istemde bulunanın başvuruya yetkili olup olmadığı” ve “başvurunun süresi içinde yapılıp yapılmadığı” gibi hususlar mahkemenin inceleme konusudur. Aksi bir düşünüş, mahkemenin genel kurulun iradesinin yerine geçmesi anlamına gelir ki, kabulü mümkün değildir.

TTK m.441/2 hükmünde “*Yönetim kurulu incelenmesine izin verir*” ifadesi yer almaktadır. Buradaki “*izin verir*” ibaresinden, özel denetçinin inceleme faaliyetinin yönetim kurulunun iznine tabi olduğu gibi bir anlam çıkarılmamalıdır. Kanımızca kanun koyucu “*izin verir*” ibaresini “*yükümlüdür*” anlamında kullanmıştır. Zira aynı maddenin bilgi alma hakkını düzenleyen üçüncü fıkrasında, yönetim kurulunun özel denetçiye bilgi vermekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Bilgi alma ve inceleme hakkı arasında böyle bir ayrıma gidilmesi kabul edilemez. İnceleme konusu ile sınırlı kalmak kaydı ile özel denetçinin her türlü bilgi belge vs. inceleme yetkisi yönetim kurulunun iznine bağlı tutulamaz. Aksi bir yorum, özel denetimin ve kanun koyucunun bu düzenlemeleri yapmaktaki amacı ile de bağdaşmaz. Diğer taraftan, TTK m. 441/3'de düzenlenen ve özel denetçinin bilgi alma hakkının sınırlarını oluşturan “ *önemli olgular*” ifadesi belirsizlik içermesi ve yoruma açık olması nedeniyle ihtilâflı bir özel denetim sürecine kapı aralamaktadır. Önemli olguların kapsamına neler girdiğinin takdiri bilgi verme yükümlülerinin keyfiyetine bırakılması, özel denetçinin bilgi isteminin her seferinde önemli olgulara ilişkin olmadığı savunmasıyla karşılaşılarak reddedilmesi sonucunu doğurabilir. Elbette denetimin konusu ile hiçbir şekilde bağlantısı olmadığı aşikar sorular karşısında özel denetçiye bilgi verme yükümlülüğünden bahsedilemez. Bu gibi durumlarda ortaya çıkacak uyuşmazlık hakkında mahkemeye başvurulacak olması, mahkemenin vereceği karar kesin olsa dahi, özel denetim faaliyetinin süresini uzatacağı şüphesizdir.

Özel denetimin belli bir konu ile çerçeveslendiği için inceleme ve bilgi alma hakkı da bu konu ile sınırlıdır. Özel denetime konu olguların çeşitli ve karmaşık olması söz konusu olduğunda, incelenmesine ihtiyaç duyulan belgelerin kapsamı da bu ölçüde genişleyeceğinden, özel denetime konu olayların aydınlatılması bakımından nelerin

incelemeye dahil olup olmadığının takdirinin özel denetçiye bırakılması gerektiği kanaatindeyiz. Diğer bir deyişle, yönetim kurulunun özel denetime konu olay ve olguları sınırlandırma yetkisi yoktur. Zira özel denetim faaliyetinin büyük bir bölümünü, bilgi almadan ziyade inceleme işi oluşturmaktadır. Yönetim kurulunun “görev çerçevesi” itirazı ileri sürmesi olasılığında, ortaya çıkan ihtilafın mahkemece halli gerekecektir. Bu durumda, denetimin “yararlı süre” içerisinde sonuçlanması uygulamada imkansız hale gelecektir. İnceleme konusuna nelerin gireceğini takdir hakkı özel denetçiye ait olmalıdır. Özel denetçinin inceleme faaliyeti kapsamında sır saklama yükümlüğü ve ihlal etmesi halinde ise bundan doğan sorumluluğunun varlığı karşısında, “görev çerçevesi” nin katı yorumlanmak suretiyle inceleme hakkının kapsamının daraltılmasının haklı ve amaca uygun bir mantığının olmadığı kanaatindeyiz.

TTK m. 440/2’de “*Mahkeme istemi yerinde görürse, istem çerçevesinde inceleme konusunu belirleyerek bir veya birden fazla bağımsız uzmanı görevlendirir. Mahkemenin kararı kesindir*” hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre özel denetçi atanması yönündeki karar nihai bir karardır ve bu karara karşı kanun yoluna başvurulamaz. Buna karşılık, özel denetçi atanması isteminin reddine dair mahkeme kararına karşı kanun yolunun açık olduğu kabul edilmelidir. İstem sahipleri, mahkemece verilen ret kararının haksız olduğunu düşünüyor ise HMK m. 387 uyarınca istinaf kanun yoluna başvurabilmelidir.

Özel denetim, özel denetçi atanması kararının icrası sürecidir ve bu süreç özel denetim raporunun nihai halini alması ile sona erer. Özel denetime ilişkin düzenlemeler özel ve esnek bir yargılama usulü öngörmektedir. Bu düzenlemeler özel denetçi atanması işinin çekişmesiz yargı işi olduğu tespitimizi güçlendirmektedir. Zira çekişmesiz yargı doğası gereği, hakime geniş yetki verilmesini gerektiren, elastiki bir yargılama faaliyetidir. Çekilmeli yargıda nihai karar verilmekle hakimin görevi son bulur; diğer bir deyişle dosyadan el çekmiş sayılır. Özel denetçi atanması işinin çekişmesiz yargı olmasının bir neticesi olarak, özel denetçi atanmasına karar veren mahkemenin görevi burada sona ermemektedir. Çekişmesiz yargıda, hakim karar verdikten sonra bazı durumlarda kararın gereğinin yerine getirilip getirilmediğini denetler. Örneğin, çekişmesiz yargı hakimi, vasiyi atadıktan sonra bile, vasinin vesayet altındaki kişinin menfaatine uygun davranıp davranmadığını denetler. Özel denetçi atanmasına karar veren mahkeme aynı zamanda özel denetim sürecinde kanun gereği bazı usûli işlemler yapmakta ve gerektiğinde uyuşmazlık konuları hakkında karar vermektedir. Özel denetçiyi atayan mahkeme özel denetim raporu nihai halini alıncaya kadar bu yargılama ile her türlü konuda karar vermeye görevli ve yetkilidir. Bu itibarla, özel denetim raporu nihai halini

alıncaya kadar çekişmesiz yargılama faaliyetini yürütecek olan mahkemeye bu süreçte önemli bir rol düşmektedir.

Özel denetim sürecinde çıkabilecek ihtilaflar hakkında, iç TTK m. 441/3’de mahkemeye uyuşmazlık hakkında kesin olarak karar verme yetkisi tanınmış; ancak kararın nasıl icra edileceği hakkında bir yol gösterilmemiştir. Bununla birlikte, maddenin gerekçesinde, “*Mahkemenin özel denetçinin çalışabilmesini sağlayan kararı vermelidir*” ifadesine yer verilmiştir. Kanımızca bu ifade, uyuşmazlık konusu hakkında gerekli tedbirleri alma konusunda mahkemeye bir serbestlik tanındığı şeklinde anlaşılmalıdır. Bu bağlamda akla gelen, geçici hukuku koruma tedbirlerinin en önemlilerinden biri olan ve HMK m.389-399 arasında düzenlenmiş olan ihtiyati tedbirdir. Çekişmeli yargıda, ihtiyati tedbire karar verilebilecek haller HMK m.389/1’de düzenlenmiş ve ikinci fıkrada niteliğine uygun düştüğü ölçüde çekişmesiz yargı işlerinde de uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu durumda mahkemenin, olayın özelliklerini göz önüne alarak özel denetçinin çalışabilmesini sağlayan tedbir kararı verebileceğinin kabulü gerekir. Özel denetim kurumunun, uygulamada cebri icra kabiliyetinden yoksun olduğunun kabulü ise kurumu amaca elverişsiz bir araç haline getirmekle giderek teorik bir kurum olmaya mahkum eder.

TTK m. 441/3’ün gerekçesinde “*Özel denetçinin çalışabilmesi ceza hükmü ile güçlendirilmiştir*” şeklinde bir ifadeye yer verilmiştir. Buna karşılık, bu yönde herhangi bir cezai müeyyide “*Suçlar ve Cezalar*” kenar başlığını taşıyan TTK m. 562’de düzenlenmemiştir. Kanundaki bu boşluk, özel denetim sürecinde çıkması muhtemel ihtilaflara ilişkin mahkemenin vereceği kararlara uyulmaması keyfiyetini de beraberinde getirmektedir. Özel denetim kurumundan beklenen faydanın sağlanabilmesi, özel denetçinin etkili bir denetim icra edebilmesine bağlıdır. Özel denetim sürecinde, özel denetçiye bilgi verilmemesi, inceleme yapmasına engel olunması durumunda denetime konu bilgi ve belgenin denetim konusu olayın aydınlatılması bakımından önemi gözetilerek yükümlülüklerini yerine getirmeyen kişiler hakkında mahkemece para cezası veya tazyik hapsi şeklinde cebri tedbirlere başvurulabileceğine dair bir düzenleme TTK m. 562’ye bir bent olarak eklenmelidir.

Mahkeme, pay sahiplerinin bilgi edinmeye yönelik çıkarları ile şirketin sırlarının saklanması ve diğer korunmaya değer çıkarları arasında dengeyi kurmakla görevlidir. Bu bağlamda, şirket sırrı niteliğindeki bilgilerin raporda yer almasının, özel denetim konusunun aydınlatılması için zorunluluk arz ettiği yönünde mahkeme bir kanaate ulaşırsa söz konusu

bilgiler ticari sır niteliğinde olsalar bile raporda yer almalıdır. Buna karşılık özel denetçi raporunda, hukuki değerlendirmelere, yönetime ilişkin şirket organlarına tavsiyelere, şirketin mali durumu hakkında görev çerçevesi dışında tespit ve bulgulara yer verilemez.

Genel kurulun özel denetimi isteminin kabulüne ya da reddine dair almış olduğu kararın iptaline yönelik dava açılması mümkün olmakla birlikte, söz konusu dava ile özel denetçi atanması işinin aynı anda derdest olmaları halinde karşılıklı durumlarının ne olacağı konusu tartışmalara yol açmaktadır. Bunun nedeni, özel denetçi atanması istemli yargılama ile genel kurul kararının iptali davası arasındaki bağlantının varlığıdır. Zira, olumlu genel kurul kararının varlığı TTK m. 438/2 'ye göre, olumsuz genel kurul kararı ise TTK m. 439/1'e göre özel denetçi atanması istemli yargılamada bir yargılama(dava) şartıdır. Dolayısıyla, özel denetçi atanması kararı verilmeden önce genel kurul kararının iptal edilmesi halinde, mahkeme özel denetçi atanması istemini yargılama şartının daha sonradan ortadan kalktığı gerekçesiyle usûlden reddedecektir. Genel kurul kararının iptali davası geçmişe etkili inşâî dava türü olarak kabul edilir. Bu durumda HMK m. 166/4 anlamında bir bağlantının varlığı kabul edilir ve davalar ilk davanın açıldığı mahkemede HMK m. 166/1 uyarınca birleştirilebilir. Birleşen davalar bakımından genel kurul kararın iptali davası diğeri için ön sorun teşkil ettiğinden önce incelenip karara bağlanması gerekir. Genel kurul kararının iptali ön sorununun çözülmesi şüphesiz özel denetimin başlamasını geciktirecektir. Diğer taraftan, sırf özel denetim sürecinin başlatılmasını geciktirmek veya engellemek maksadıyla söz konusu genel kurul kararının iptalinin dava edilmesi riski de her zaman mevcuttur. Tüm bu haller, özel denetimin bir an evvel başlaması ve amaca yararlı bir sürede tamamlanmasından beklenen faydayı ortadan kaldıracaktır.

Azlığın, özel denetim isteminin tüm şartların varlığına rağmen, söz konusu istemin genel kurulca haksızca reddedildiği gerekçesi ile bu karara karşı iptal davası açmasında ve bir yandan da aynı dilekçede özel denetçi atanmasını talep etmekte hukuki yararının olmadığı kanaatindeyiz. Şöyle ki, azlığın genel kurulun ret kararı üzerine doğrudan mahkemeye başvurmakla özel denetçi atanmasını sağlama hakkı mevcut olup, genel kurulun ret kararı davanın görülmesi ve mahkemenin esas hakkında karar verebilmesi için zorunlu olan bir yargılama şartıdır. Genel kurulun ret kararının iptal edilmesi halinde, TTK m. 439'a göre yapılacak başvuru, yargılama şartı yokluğundan usûlden reddedilir. Dolayısıyla birbiri ile çelişen usulü talepler söz konusu olup, azlığın iptal davası açmakta hukuki yararı olmadığı söylenebilir. Hukuki yararın olmaması mahkemenin esasa girmesine engel olan ve davanın usulden reddini gerektiren dava (yargılama) şartlarındandır ve de dava açıldığı anda olmalıdır;

gelecekte doğması beklenen yarar yeterli sayılmaz. Gerçekten de özel denetçi atanması talebi ile mahkemeye başvuru üzerine daha kolay ve hızlı bir şekilde özel denetçi atanması amacına ulaşılması mümkün iken, iptal davası açılması halinde menfaat şartı gerçekleşmemiş olacaktır.

Son olarak, özel denetim raporu ile ilgili olarak hukuki niteliğinin ne olduğudur. TTK m. 443'ün gerekçesinde, raporun “yönlendirme”, “ başvuru ve bilgi alma kaynağı”, “mütalaa” olarak nitelendirildiğini ve “bağlayıcı olmadığını” görüyoruz. Pay sahiplerinin veya azlığın raporda yer verilen bilgiler doğrultusunda açacakları sorumluluk ya da şirketin haklı neden fesih davalarında, söz konusu mahkemeyi bağlamamakla birlikte, HMK m. 192 uyarınca diğer delillerle birlikte mahkemece serbestçe takdir edilecektir.



KAYNAKÇA

- ADAY NEJAT**, Anonim Şirkette Özel Denetçi, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, İstanbul 1995, s. 21-47
- AKIN İRFAN**, Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku, Ankara, 2014
- AKKAN MİNE**, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C.I , İstanbul, 2017
- ALANGOYA YAVUZ**, “ İsviçre Hukukunda Çekişmesiz Yargıya (Nizasız Kaza) İlişkin Düşünceler”, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı IV, Ankara, 2005
- ALANGOYA YAVUZ/YILDIRIM KAMİL/YILDIRIM DEREN**, Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul, 2009
- ALBAYRAK HAKAN**, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, İstanbul, 2013
- ALTAŞ SONER**, Anonim Şirketler, Ankara, 2017
- ALTAŞ SONER**, Şirket Denetimi, İstanbul, 2017
- ALTAŞ SONER**, “Anonim Şirket Pay Sahipleri Şüpheli Gördükleri İşlemler Hakkında Bakanlık Denetimi Talep Edebilir mi?”, Mali Hukuk Dergisi, 2017, C.13. S.150, s.1383-1394
- ALTAY SITKI ANLAM**, “Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler”, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu 2013/2 ,GÜHFD, 2015.
- ANSAY TUĞRUL**, Yargıtay Uygulamasında Anonim Şirketler Hukuku (Yargıtay'ın 1975-1980 Yılları Arasında Verdiği Kararlar), BATİDER, Ankara, 1981
- ARAL FAHRETTİN/ AYRANCI HASAN**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2015
- ARAS ASLI**, Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usulü , İzmir, 2014
- ARI AHMET**, “6102 Sayılı Ticaret Kanununda Özel Denetim”; Legal Hukuk Dergisi, 2011, C. 9, S. 100

ARSLAN RAMAZAN/YILMAZ EJDER/TAŞPINAR AYVAZ SEMA, Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2016

ARSLAN ERTÜRK ASLI, Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu , İstanbul, 2007

ARSLANLI HALİL, Anonim Şirketler, C. I: Umumi Hükümler, 2.Bası, İstanbul, 1959

ARSLANLI HALİL, “Anonim Şirkette Pay ve Pay Sahipliği”, İÜHFM,1957, C. 23, S. 3-4, s.248-290

ATALAY OĞUZ, “Anonim Şirketlerde Bilgi Alma ve İnceleme Haklarının Mahkeme Aracılığıyla Kullanılması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, C. 16, Özel Sayı, s. 53-76

ATALAY OĞUZ, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İstanbul 2011.

ATALI MURAT, “Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı”, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı IV, Ankara, 2005

AYDIN Hüseyin, “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, Ankara Barosu Dergisi, 2010, S.1, s.109-128

AYDIN Sema, “Anonim Şirketlerde Özel Denetim İsteme Hakkı” KHÜHFD, 2014, S.1

AYOĞLU TOLGA, “Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshine İlişkin Davalarda Dava İkame Edildikten Sonra Şirket Bünyesinde Ortaya Çıkan Bazı Önemli Gelişmelerin Dava Sürecine Etkileri” GSÜHFD, 2017, S. 1

AYOĞLU TOLGA, Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, İstanbul, 2018

BAHTİYAR MEHMET, Ortaklıklar Hukuku, İstanbul, 2017

BAHTİYAR MEHMET, “Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı (Somut Bir Olayın Değerlendirilmesi), Makaleler II, İstanbul, 2008, s. 169-174

BAŞÖZEN AHMET, “Güncel Yargıtay Kararları Işığında İhtiyati Tedbirlerde “Yaklaşık İspat” ve “İhtimal Kavramı”, DEÜHFD, 2014, C.16, Özel Sayı

BAY EMİR, “Anonim Ortaklıklarda Özel Denetim İsteme Koşullarının 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Açısından Karşılaştırılması”, Terazi Hukuk Dergisi, 2012, S. 69, s.20-28

BECCHIO BRUNO, Swiss Company Law Kluwer Law International, 1996

BERKİ ŞAKİR, “Hukukda Müddet Çeşitleri” , AHFD, 1968, C. XXV, S. 1-2, s. 99-116

BEYSAN NAZİME, Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi, Doktora Tezi, İstanbul, 2008

BİLGE MEHMET, Ticari Sırların Korunması, Ankara, 2005

BİRSEL MAHMUT, “Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları”, İmran Öktem’e Armağan, Ankara, 1970, s. 621-659

BUDAK CEM/KARAASLAN VAROL, Medenî Usul Hukuku, Ankara, 2017

BOZTOSUN ODMAN AYŞE, Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Denetçinin Sorumluluğu, Alman Sistemi mi, İsviçre Sistemi mi?”
<http://arсланlibilimarsivi.com/sites/default/files/makale/AyseOdmanBoztosun.pdf>

COŞTAN HÜLYA, “Limited Şirkette Oyda İmtiyazlı Paylar(!) ve İmtiyazlı Paylar”, Ankara Barosu Dergisi, 2012, S. 4 s.77-90

ÇAMOĞLU ERSİN “Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi”, Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul, 2007

ÇELİK AYDIN, “Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi Tayini”, Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan, İstanbul, 2006, s. 77-113

DEĞİRMENCİOĞLU AYDIN NİHAN, Anonim Şirketlerde Özel Denetim İsteme Hakkı Yüksek Lisans Tezi , İstanbul, 2015.

DEMİRKAPI ERTAN/MERİÇ NEDİM, “ Anonim Şirkette Denetçinin Değiştirilmesi Davasının Azınlık Tarafından Açılması Halinde Usul Hukukuna İlişkin Sorunlar” BATİDER, 2014, C.XXX, S.2, s.23-75

DOMANIÇ HAYRİ, Anonim Şirketler, İstanbul, 1978

DOMANIÇ HAYRİ, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II, İstanbul, 2010

- DÖNMEZ DEMREN BURCU**, “Türk Ceza Kanunu’nda Kamu Görevlisi Kavramı”, TBB Dergisi, 2011, S.94, s. 95-127
- EMİNOĞLU CAFER**, Türk Ticaret Kanununda Kurumsal Yönetim, İstanbul, 2014
- ERCAN TAYFUN**, “6102 sayılı Yeni Ticaret Kanununa Göre Şirketlerin Denetimi”; Terazi Hukuk Dergisi, 2012, S. 69
- ERDEM NURİ**, Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi, Ankara, 2012
- ERİŞ GÖNEN**, Anonim Şirketler Hukuku, Ankara, 1995
- ERİŞ GÖNEN**, 6335-6552-6728 Sayılı Kanunlarla Güncellenmiş TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler, Ankara, 2017
- ERMENEK İBRAHİM**, İflasın Ertelenmesi, Ankara, 2009
- GÖKTÜRK KÜRŞAT**, “Anonim Şirket Pay Sahipliği Haklarının Kullanılmasında Muhalefet Şartı” İÜHFD, 2017, C. 8, S. 2
- GÜNAY GÖZDE ENGİN**, Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Özel Denetim, İstanbul, 2018
- GÜNEY AKDAĞ NECLA**, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul, 2016.
- GÜNEY AKDAĞ NECLA**, “ Anonim Şirketlerde Eşit İşlem İlkesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII, 2014, S. 3-4
- GÜRBÜZ USLUEL ASLI E.**, Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması, İstanbul, 2009
- GÜVEN ŞİRİN**; “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirketler Hukukunda Özel Denetim”; Çankaya University Journal of Law, 2011 s.133-175
- HANAĞASI EMEL**, Davada Menfaat, Ankara, 2007
- HATEMİ HÜSEYİN**, Medenî Hukuk’a Giriş, İstanbul, 1999
- HELVACI MEHMET**, “ Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Hakların Hukuki Niteliği ve Tanımı” , Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul, 1998, s. 297-310

HELVACI MEHMET, “Özellikle Anonim Şirket Açısından Şirket Menfaati Kavramı”, Hamdi Yasaman’a Saygı Konferansı, İstanbul, 2017

HERSBERGER EVA, “Clarifications by the Federal Supreme Court in regard to the conduct of a special audit” <https://www.eycom.ch/en/Publications/20140125-Legal-News-January-2014/download>

İMREGÜN OĞUZ, Anonim Ortaklıklar, İstanbul, 1989

İMREGÜN OĞUZ, Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhlalleri ve Bunların Telif Çareleri, İstanbul, 1962

KARASU RAUF, Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara, 2015

KAVASOĞLU ABDURRAHMAN, Anonim Şirketlerde Özel Denetçi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1999

KAYA ARSLAN, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara, 2001

KAYA ARSLAN, “Müktesep Haklar”, Makalelerim I, İstanbul, 2012

KAYA ARSLAN, “ Pay Sahibinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı”, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul, 1997, s.155-161.

KAYA ARSLAN, “ Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi”, BATİDER, 2015, C. XXXXI, S.1, s. 61-83

KAYA ARSLAN, “Ticari Sır”, Makalelerim I, İstanbul, 2012

KENDİGELEN ABUZER, Anonim Şirketlerde Çıplak Payların Haczi, İÜHFİM, C. 62, S.1-2, s. 381-402

KENDİGELEN ABUZER, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul, 1994

KENDİGELEN ABUZER, Hukuki Mütalaalar, C.XIII, İstanbul, 2015

KENDİGELEN ABUZER, Yeni TTK Değişiklikler, Yenilikler, İlk Tespitler, İstanbul, 2016

KORTUNAY AYHAN, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerinin Bilgi Edinme Hakkı, İstanbul, 2015

KÖKSAL AYTAÇ, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın 397 ila 406. Maddeleri Arasında Düzenlenen Denetçinin Anonim Ortaklığın Bir Organı Olup Olmadığı Sorunu” Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Ankara 2010, C. I, s. 1387-1409

KÖKSAL AYTAÇ, Bağımsız Denetim Sözleşmesi, Ankara, 2008.

KUNZ PETER V., “ Swiss Corporate Governance – An Overview”, Swiss Reports Presented at the XVIIIth International Congress of Comperative Law, Bern, 2010, s. 99-134

KURU BAKİ, Nizasız Kaza, Ankara, 1961

KURU BAKİ/ARSLAN RAMAZAN/YILMAZ EJDER, Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı) Ankara, 2006

MEMİŞ TEKİN, “Şirketler Hukukunda Denetim”, EÜHFD, 2012, C. XVI, S. 3–4, s.151-185

MOROĞLU ERDOĞAN, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul, 2014

MOROĞLU ERDOĞAN, “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi”, İÜHFM , İstanbul, 1976, C. 42, S.1-4

MOROĞLU ERDOĞAN , 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul, 2016

NARBAY Şafak, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim Yapılması Şartları ve Özel Denetçinin Atanması Usulü” , Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, İstanbul, 2007, C. I, , s. 287-327

NARBAY ŞAFAK, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim, İstanbul, 2010

NOMER ERTAN FÜSUN, “Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi Davası- TTK m. 531 Üzerine Düşünceler”, İÜHFM, 2015, C. LXXIII, S. 1, s. 421-440

NOMER ERTAN FÜSUN, Anonim Ortaklıkta Oydan Yoksun Paylar, İstanbul, 1994

ODMAN BOZTOSUN AYŞE, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Denetçilerin Sorumluluğu, Alman Sistemi mi, İsviçre Sistemi mi?” (<http://arslanlibilimarsivi.com>)

OĞUZMAN KEMAL/BARLAS NAMİ, Medeni Hukuk, İstanbul, 2016

OĞUZMAN M. KEMAL/ÖZ TURGUT, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul, 2014

OKUTAN NILSSON GÜL, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul, 2009

ÖZCANLI FATMA BERİL, Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2017

ÖZERHAN YILDIZ/NAZLIOĞLU BURCU, “Yeni Türk Ticaret Kanununda Yapılan Düzenlemelerin Kurumsal Yönetim İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi”, BAFAD, 2016, C.3, S.2, s.16-27

ÖZDAMAR MEHMET (Editör ULUSOY EROL), “Anonim Şirketlerde Özel Denetim”, , Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları, Ankara, 2016, s. 259-290

ÖZKAN ÖMER, “ Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Özel Denetçi Atanması” , BATİDER, 1999, C. XX, S. 2, s.27-49.

ÖZKORKUT KORKUT, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Açısından Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim, Ankara, 2013

ÖZMUMCU SEDA, “Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re’sen Araştırma İlkesi” S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı

PASLI ALİ, “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi Tayini”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, İstanbul, 2003, C. I, s. 611-647

PASLI Ali, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi - Corporate Governance, İstanbul, 2004

PEKCANITEZ HAKAN, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C.II, İstanbul, 2017

PEKCANITEZ HAKAN, “Hukuki Dinlenilme Hakkı”, Makaleler, C.II, İstanbul, 2016

PEKCANITEZ HAKAN/ATALAY OĞUZ/ÖZEKES MUHAMMET, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2014.

PERAKIS EVANGHELOS, “Rights of Minority Shareholders. General Report,” Rights of Minority Shareholders,

POROY REHA/TEKİNALP ÜNAL/ÇAMOĞLU ERSİN, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2009

POROY REHA/TEKİNALP ÜNAL/ÇAMOĞLU ERSİN, Ortaklıklar Hukuku II, İstanbul, 2017

PULAŞLI HASAN “Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Sakatlığı ve Müeyyidesi”, GÜHFD, 2013, C. XVII., S.1-2

PULAŞLI HASAN “Anonim Şirketlerde Özel Denetçi Atanması İsteminin Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, İstanbul, 2017

PULAŞLI HASAN, Şirketler Hukuku Şerhi, Ankara, 2018

PULAŞLI HASAN, Corporate Governance Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model, Ankara, 2003

PULAŞLI HASAN, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2017.

PULAŞLI HASAN, “Türk Ticaret Kanun Tasarısı’na Göre Oy Hakkındaki İmtiyazın Sınırı ve Etkisiz Olduğu Haller” BATİDER, C. XXIV, S. 3, s. 19-32.

PULAŞLI HASAN, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2012, C. 18, S.2, s.588

PULAŞLI HASAN, “Yönetim Kurulu Üyesinin Bilgi Alma Hakkı ve Mahkemeden Özel Denetim İstemesi- ne İlişkin Koşullar, İsviçre Federal Mahkemesinin (BGE 133 III 133) 20 Aralık 2006 Tarih ve 4C278/2006 Sayılı Kararı”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C. II, Ankara, 2010, s. 1857-1883.

SARIALIOĞLU GİZEM, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkının Kazanılması ve Kullanılması, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014

SEROZAN RONA, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 2002

SİVAS AHMET, Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış, Yüksek Lisans Tezi, 1992

SÖDING JUDİTH VERENA, Private Equity Minority Investments -Sharing Control in Closely Held Private Family Firms, Zurich, 2012

ŞAHİN Ayşe, Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi, İstanbul, 2013

ŞENER HAMİ ORUÇ, Anonim Ortaklıklarda Azınlık Hakları, Özel Denetçi Atanmasını İsteme Hakkı, Ankara, 1990

ŞENER ORUÇ HAMİ, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2015

TANDOĞAN HALUK, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, İstanbul, 2010

TEKİN MEMİŞ, Şirketler Hukukunda Denetim, EÜHFD, C. XVI, S. 3-4, 2012, s. 151-185.

TEKİNALP ÜNAL, “ Anonim Ortaklığın Genel Kurulunda Bir Teklifin Reddine Karşı İptal Davası Açılabilir mi ?” İstanbul Barosu Dergisi, 1965, C. 39, S. 7-8-9 , s. 249-260.

TEKİNALP ÜNAL, “Emredici Hükümler Açısından Genel Kurul Kararlarının İptali ve Butlanı Sorunu”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Saygı Sempozyumu, GÜHFD, 2013/2

TEKİNALP ÜNAL, “İçerden Öğrenenlerin Ticareti Sorunu”, İktisat Maliye D., C. XXXIII, S. 9, 1981, s.310-318

TEKİNALP ÜNAL, “Otuz Yıllık Uygulamanın Işığında Azınlık Hakları Sisteminin Uygulamasının Değerlendirilmesi”, Türk Ticaret Kanunu’nun 30. Yılı Semineri, İstanbul, 1988, s. 231-254

TEKİNALP ÜNAL, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2015

TEOMAN ÖMER, “ Anonim Ortaklıkta Azınlığın Genel Kuruldan Özel Denetçi Seçilmesini İsteme Hakkı ve Gündeme Bağlılık İlkesi “, Tüm Makalelerim C. I-II (1971-2001), İstanbul 2012, s.479-489

TEOMAN ÖMER, “Oy Hakkından Yoksun Pay Sahiplerinin Karara Katılmış Bulunmaları Nedeniyle Açılan İptal Davasında, Anonim Ortaklık Bu Katılmanın Oylama

Sonucunu Etkilemediği Savunmasını Yapamaz.”, (Makale 42) ,Tüm Makalelerim, C. I-II (1971-2001), İstanbul 2012

TEOMAN ÖMER , “Özel Denetçi Atanması İstemi Genel Kurulca Reddedilen Azınlığın İzleyebileceği Yollar”, Tüm Makalelerim, C. I-II (1971-2001), İstanbul 2012, s.537-542.

TEOMAN ÖMER, “ Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Özel Denetçi Konusundaki Bir Kararı Üstüne Kısa Notlar” , Tüm Makalelerim, C. I-II (1971-2001), İstanbul 2012, s. 563-568

TEOMAN ÖMER, “Anonim Ortaklıkta Paylar Üzerinde İntifa Hakkı Bulunması Durumunda Oy Hakkı Dışındaki Yönetim Haklarının Kimin Tarafından Kullanılacağı Sorunu”, (Makale 24) ,Tüm Makalelerim (1971-2001), İstanbul 2012, C. I-II, s.365-478

TEOMAN ÖMER, Anonim Ortaklıkta İntifa Senetleri, İstanbul, 1978.

TEOMAN ÖMER, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, Ankara,1983.

TURANBOY ASUMAN, “Ticari Sır”, Prof. Dr. Toğrul Ansay’a Armağan, Ankara, 2006, s.349-369

TOPÇUOĞLU METİN, Bağımsız Denetçi ve Sorumluluğu, Ankara 2012

TÖRE İREM/TANYERİ AYŞE, “Şeffaflığa Etkileri Açısından 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Bağımsız Denetim” Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi, 2016, C.8, S. 2

TÜREDİ HASAN, Denetim, Trabzon, 2001

ULAŞ KISA SEDA, “ Anonim Ortaklıklarda Yaşanan Çıkar Çatışmalarının Azınlıkta Kalanlara Zarar Vermemesi İçin Öngörülen Önleyici Hukuki Araçlar”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, C. I, İstanbul, 2003, s. 507-536

ULUSOY EROL, “ Azınlık Hakları- Anonim Şirket Genel Kurul Toplantıları: Doğrular ve Yanlışlar”, Yargı Dünyası Dergisi, 2015, S. 229, s. 13-44

ÜÇİŞİK GÜZİN/ÇELİK AYDIN, Anonim Ortaklıklar Hukuku, C.1, Ankara, 2013

ÜTSÜNDAĞ SAİM, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000

TOPSOY FEVZİ, “Anonim Şirket Pay Sahibinin Özel Denetim İsteme Hakkı”/ULUSOY, Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları, 2016, s.291-333

YASAMAN HAMDİ, “Patent Hukukunda Ticari Sırların Korunması”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı , İstanbul 2009

YAVUZ CEVDET/ACAR FARUK/ÖZEN BURAK, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2016

YILDIRIM KAMİL, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990

YILDIZ TUNÇAY, “Anonim Şirketlerde Hususi Murakıp Tayini” İBD, 1974, C.III.

YILMAZ ASUMAN, “Türk Ticaret Kanunu'na Gore Bağlı Şirket Yönetim Kurulunun Bağlılık Raporu ve Bağlılık Raporunun Denetimi”, BATİDER, C. XXXI, S. 2, 2015

YILMAZ EJDER, “Usul Ekonomisi” , AÜHFD, C.57, S. 1, s. 243-274

WOOLDRIDGE FRANK, The rights of minority shareholders in French and German public companies. Amicus Curiae, 2003 (48). pp. 17-20. ISSN 1461-2097

ZEREN BANU, Anonim Ortaklıkta Azınlığın Özel Denetçi Atanmasını Talep Hakkı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010