

**T.C.**

**GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**ÖZEL HUKUK DOKTORA**

**TİCARET HUKUKU ANABİLİM DALI**

**ANONİM ORTAKLIKLAR HUKUKU'NDA ÖZEL DENETİM**

**DOKTORA TEZİ**

**Gözde Engin GÜNAY**

**Tez Danışmanı: Prof. Dr. İbrahim Hamdi YASAMAN**

**Mart 2018**

## Önsöz

Bu çalışma Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde, Özel Hukuk Ticaret Hukuku Anabilim Dalında Doktora Tezi olarak hazırlanmıştır. Tezimizin konusunu Anonim Ortaklıklar Hukukunda Özel Denetim oluşturmaktadır. Çalışmamda, destek, yardım ve yönlendirmelerini esirgemediği için Danışmanım Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a çok teşekkür ederim.

Bu çalışmamda, bana her zaman destek olup yönlendiren ve gelişmemde önemli katkıları olan değerli hocalarıma ayrı ayrı çok teşekkür ediyorum. Tez çalışmalarına katkı sağlaması için, Cambridge Üniversitesi Wolfson College'de araştırma amacıyla bulunan ablamın yanına giderek, buradaki kaynaklardan da yararlanma imkânı bulduğum için mutluyum.



## İçindekiler

Önsöz.....	ii
Kısaltmalar .....	vii
Résumé.....	x
Abstract .....	xiv
Özet .....	xviii
GİRİŞ .....	1
I. Konunun Takdimi .....	1
II. İnceleme Planımız .....	4
III. Terminoloji.....	4
BİRİNCİ BÖLÜM.....	6
ÖZEL DENETİME İLİŞKİN KAVRAMLAR, İSTEMİN MADDİ-USÛLİ AÇIDAN HUKUKİ NİTELİĞİ, İLİŞKİLER, HAK SAHİPLERİ, HAKKIN MADDİ-USÛLİ KOŞULLARI.....	6
I.Genel Olarak Özel Denetim.....	6
A.Özel Denetim Açısından Kontrol ve Denetim Kavramları.....	8
B. Özel Denetim Açısından Bilirkişilik Kurumu .....	15
C. Özel Denetimin Bilgi Alma Hakkı ile İlişkisi .....	20
D.Karşılaştırmalı Hukukta Özel Denetim .....	22
1.İsviçre Hukuku'nda Özel Denetim.....	22
2.Fransız Hukuku'nda Özel Denetim .....	24
II. Özel Denetim İsteminin Hukuki Niteliği.....	30
A. Hakların Sınıflandırılması .....	31
B. Talep Kavramı .....	33
C. Talep Hakkının Hak Kavramından Ve Diğer Haklardan Farkı .....	36
D.Özel Denetim Yapılması İsteminin Bireysel Bir Pay Sahipliği Hakkı Olarak Nitelendirilebilip Nitelendirilemeyeceği Sorunu.....	40
E. Özel Denetim ve Azlık Hakkı Niteliği.....	44
F. İsviçre'de Özel Denetim İsteminin Hukuki Niteliği .....	49
III. Mahkemeye Yapılan Özel Denetim İsteminin Çekişmesiz Yargı İşi Niteliği.....	50
A. Özel Denetim İsteminin Genel Kurulda Kabul Edilmesi Halinde.....	50
B. Özel Denetim İsteminin Genel Kurulda Reddedilmesi Halinde.....	55
IV. Özel Denetimde Özel Denetçi İle Ortaklık Arasındaki İlişkinin Niteliği .....	65
A. İsviçre Hukuku'nda .....	65
B.Türk Hukuku'nda.....	67
1. Özel Denetçinin Asli (Karakteristik) Edimi Açısından Hizmet Sözleşmesi .....	72

2. Özel Denetçinin Asli (Karakteristik) Edimi Açısından Eser Sözleşmesi.....	74
3. Özel Denetçinin Asli (Karakteristik) Edimi Açısından Vekâlet Sözleşmesi.....	76
4. Kişisel Görüşümüz .....	78
V. Hak Sahipleri.....	81
A. Pay Sahipleri.....	81
B. Azlık Pay Sahipleri.....	84
C. Oydan Yoksun Pay Sahipleri Açısından Özel Denetim .....	86
D. İntifa Hakkı Sahipleri Açısından Özel Denetim.....	88
E. Diğer Menkul Kıymet Sahipleri Açısından Özel Denetim .....	95
F. Şirket Alacaklıları Ve İşçiler Açısından Özel Denetim .....	99
G. Pay Sahibinin Temsilcisi Açısından Özel Denetim.....	100
VI. Özel Denetim Hakkının Kullanılmasının Usûl ve Koşulları.....	102
A. Genel Kurulun Özel Denetim İstemini Kabul Etmesi Halinde .....	102
1. Özel Denetim İsteminin Ön Şartı: Önceden Bilgi Alma ve İnceleme Hakkının Kullanılmış Olması .....	102
a. İsviçre ve Türk Hukuku'nda Bilgi Alma ve İnceleme Haklarının, Özel Denetim Hakkı ile İlişkisi.....	104
b. Özel Denetimde Kişisel Ayniyet Sorunu .....	110
2. Özel Denetim İsteminin Tabi Olduğu Maddi Hukuka Özgü Koşullar.....	113
a. Özel Denetimin Konusunu Belirli Olayların Oluşturması.....	114
b. Pay Sahipliğine İlişkin Hakların Kullanılabilmesi için Özel Denetimin Gerekli Olması .....	119
3. Özel Denetim İsteminin Aşamaları .....	123
a. Genel Kurulda Yapılan Özel Denetim İsteminde, Oyda İmtiyaz ve Oy Hakkından Yoksunluk.....	123
b. Genel Kurulda, Özel Denetim İsteminin Kabul Edileceği Nisab.....	129
c. Genel Kurul Tutanağı ve Önemi .....	131
d. 6762 Sayılı Kanunda ve 6102 Sayılı Kanunda Özel Denetimde Gündeme Bağlılık İlkesi.....	133
4. Mahkemeye Başvuru Süresi ve Hak Sahipleri .....	138
a. Mahkemeye Başvuru Süresinin Hukuki Niteliği.....	142
b. Hak Sahipleri.....	145
B. Genel Kurul Tarafından Özel Denetim İsteminin Reddi .....	146
1.Genel Olarak .....	146
2. 6762 Sayılı Kanun ve 6102 Sayılı Ticaret Kanunu'nda Özel Denetime İlişkin Mahkeme Kararına Karşı Kanun Yolları Başvurusu .....	148
3. Özel Denetime Karar Verilmesi için Maddi Hukuka Özgü Koşullar.....	154
a. 6102 Sayılı Kanun madde: 438/I'deki Ön şartlardan Olan: Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı Kullanılmadan, Azlığın Özel Denetçi Atanmasını İsteyebilip İsteyemeyeceği Sorunu.....	154

b. Dilekçe Sahiplerinin, Şirketin veya Pay Sahiplerinin Zararını İkna Edici Şekilde Ortaya Koyması Hususu.....	158
ba. Özel Denetimde İspat Ölçüsü .....	164
bb. Delil ve Emare Kavramlarının Özel Denetimde İspat Açısından Değerlendirilmesi.....	169
bc. Özel Denetimde Belgelerin İbrazı Mecburiyeti.....	175
bd. Zararın Doğması Riskinin Özel Denetim Yapılmasına Neden Olup Olmayacağı Sorunu.....	179
c. Kurucuların veya Organların, Kanunu ya da Esas sözleşmeyi İhlal Etmesi.....	181
4. Özel Denetimde Yargılama Masrafları .....	183
5. Özel Denetim İstemini Reddeden Genel Kurul Kararının İptali Sorunu.....	184
6. Özel Denetim İstemini Kabul Eden Genel Kurul Kararlarının İptali Sorunu .....	194
7. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu madde: 437/V'teki Bilgi Alma Davasının Açılmış Olmasının, Özel Denetçi Atanması İsteminde, Derdestlik Olarak İleri Sürülebilir Sürülemeyeceği Sorunu .....	197
İKİNCİ BÖLÜM.....	201
ÖZEL DENETİMİN KONUSU, ÖZEL DENETÇİNİN ATANMASI, ATAMANIN SONUÇLARI, ÖZEL DENETİM RAPORU.....	201
I. Özel Denetimin Konusunun Belirlenmesi .....	201
II. Özel Denetçinin Atanması.....	202
III. Özel Denetçi/Denetçilerin Nitelikleri.....	203
IV. Özel Denetimin İcrası .....	206
V. Özel Denetçinin Hakları .....	209
A. Özel Denetçinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı .....	209
B. Özel Denetçinin Ücret Hakkı.....	213
VI. Özel Denetçinin Yükümlülükleri .....	214
A. Özel Denetçinin Sır Saklama Yükümlülüğü .....	214
B. Özel Denetçiye Bilgi Vermekle Yükümlü Bulunanlar .....	216
VII. Özel Denetçinin Raporu.....	217
A. Raporun Şekli .....	217
B. Özel Denetim Raporunun Sunulması ve Raporun Ayıklanması.....	220
C. Özel Denetimde Sırrın Önemi ve Sır Kavramı.....	222
D. Şirketin ve Özel Denetim İsteminde Bulunan Pay Sahiplerinin Rapor Hakkında Görüşleri, Raporun İşleme Konulması ve Açıklanması .....	227
E. Özel Denetim Raporlarının Sonuçları.....	229
F. Özel Denetim Raporunun Suretinin Alınması Hakkı.....	232
G. Özel Denetim Raporunun Hukuki Niteliği.....	233
VIII. Özel Denetime İlişkin Giderler.....	234

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM.....	242
ÖZEL DENETİMİN SONA ERMESİ ve SORUMLULUK.....	242
I. Özel Denetimin Sona Erme Halleri.....	242
A. Olağan Sona Erme .....	242
B. Özel Denetimin Olağanüstü Sona Ermesi .....	242
II. Özel Denetçinin Sorumluluğu .....	248
A. Özel Denetçinin Hukuki Sorumluluğu .....	248
1. Özel denetçinin Sır Saklamadan Dolayı Sorumluluğu .....	251
2. Denetçinin Kanuni Görevlerini Yerine Getirmesinde Kusurlu Hareket Etmesi Sonucu Doğan Hukuki Sorumluluğu .....	262
3. Türk Ticaret Kanununda Hukuki Sorumluluğa İlişkin Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi .....	264
4. Özel Denetçinin Kanuni Görevlerini Yerine Getirmesinde Kusurlu Davranması Sonucunda Sorumluluk Davası Açabilecek Olanlar .....	266
B. Türk Ticaret Kanunu Denetçilerin Sır Saklamadan Doğan Sorumluluğuna İlişkin Madde 404 ile Denetçilerin Sorumluluğuna İlişkin Madde 554'ün Birlikte Değerlendirilmesi .....	275
Sonuç .....	284
Kaynakça .....	292
Özgeçmiş .....	301

## Kısaltmalar

<b>AB</b>	: Avrupa Birliği
<b>AktG</b>	: Alman Anonim Şirketler Kanunu (Deutsches aktiengesetz vom. September 1965).
<b>AlmPOK</b>	: Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu
<b>AP-CO</b>	: L'Avant- Projet de Modification Du Code Des Obligations (Kanun Tasarısı)
<b>Art</b>	: Article, Artikel, Madde
<b>ATF</b>	: Arrêt de Tribunale Fédérale
<b>Aufl</b>	: Auflage
<b>b</b>	: Bası
<b>Batider</b>	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
<b>BGE</b>	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
<b>bkz</b>	: Bakınız
<b>C</b>	: Cilt
<b>CC</b>	: Code Civil Fransızca Metin.
<b>CD</b>	: Ceza Dairesi
<b>CEDİDAC</b>	: Centre du Droit de L'entreprise de L'Université de Lausanne
<b>CHF</b>	: İsviçre Frangı, Confederatio Helvetica Franc.
<b>CMK</b>	: Ceza Muhakemesi Kanunu
<b>CO</b>	: Code Fédéral Des Obligations, Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu Fransızca Metin.
<b>Contra</b>	: Karşı Görüş
<b>CP</b>	: Code Pénal
<b>Cst</b>	: Constitution Fédérale de la Confédération Suisse
<b>DEÜHFD</b>	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>E</b>	: Esas
<b>eBK</b>	: 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu
<b>éd</b>	: Edition, bası.
<b>eMK</b>	: 743 Sayılı Medeni Kanun
<b>eSerPK</b>	: Sermaye Piyasası Eski Kanunu
<b>eTK</b>	: 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
<b>EÜHFD</b>	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

<b>FF</b>	: Message du Conseil Fédéral
<b>GSÜHFD</b>	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>HD</b>	: Hukuk Dairesi
<b>HGB</b>	: Handelsgesetzbuch (Alman Ticaret Kanunu)
<b>HMK</b>	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
<b>HUMK</b>	: 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
<b>İBD</b>	: İstanbul Barosu Dergisi
<b>JdT</b>	: Journal des Tribunaux
<b>JORF</b>	: Journal Officiel de France
<b>K</b>	: Karar
<b>KAP</b>	: Kamuyu Aydınlatma Platformu
<b>LHD</b>	: Legal Hukuk Dergisi
<b>m</b>	: Madde
<b>MBD</b>	:Manisa Barosu Dergisi
<b>N</b>	: Paragraf
<b>No</b>	: Numara
<b>OJ</b>	: Official Journal
<b>p</b>	: Page, sayfa
<b>R.G</b>	: Resmi Gazete
<b>SZW/RSDA</b>	: Schweizerische Zeitschrift Für Wirtschaftsrecht/Revue Suisse de Droit des Affaires
<b>S</b>	: Sayı
<b>s</b>	: Sayfa
<b>SA</b>	: Société Anonymes (Anonim Şirketler)
<b>SARL</b>	: Société Anonymes à Responsabilité Limitée (Limited Şirketler)
<b>SJZ</b>	: Schweizerische Juristen-Zeitung
<b>SPK</b>	: Sermaye Piyasası Kurulu
<b>T</b>	: Tarih
<b>TBB</b>	:Türkiye Barolar Birliği
<b>TBK</b>	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
<b>TDS</b>	: Türkiye Denetim Standartları
<b>TF</b>	: Tribune Fédéral (Federal Mahkeme)



<b>Tic</b>	: Ticaret
<b>TL</b>	: Türk Lirası
<b>TMK</b>	:4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
<b>TMS</b>	:Türkiye Muhasebe Standartları
<b>TTK</b>	:6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
<b>vb</b>	: ve benzeri
<b>Y</b>	:Yıl
<b>YD</b>	:Yasa Dergisi
<b>YMM</b>	:Yeminli Mali Müşavirlik
<b>ZR</b>	:Blaetter für Zürichische Rechtsprechung (Zürich)



## Résumé

Le code de commerce (6762) a introduit le contrôle spécial dans la société anonyme en s'inspirant par les modèles allemands (AktG 118). Dans le code de commerce (article 348) ce droit utilisé comme un droit d'une minorité d'actionnaires, les requérants ont, selon l'article (348/2) doivent représenter 10% du capital-actions peuvent utiliser ce droit. Mais l'assemblée générale peut repousser la demande des requérants en montrant le secret des affaires de la société très facilement. En plus dans le code de commerce (art.348) le contrôleur est désigné par la société et la loi n'est pas régularisée la qualité du contrôleur. Le contrôle spécial joue en premier un rôle de contrôle de l'activité du conseil d'administration de la société anonyme. Il a comme fonction principale d'améliorer la position des actionnaires, et spécialement celle des actionnaires minoritaires, au sein de la société. En droit Suisse, la révision du droit de la société anonyme de 1991, inspirée par les modèles français et allemands, a introduit l'institution du contrôle spécial dans le but de renforcer d'une part le droit des actionnaires aux renseignements et à la consultation de pièces et d'autre part la transparence au sein de la société. Le contrôle spécial est régi par les articles (CO Art. 697a-g).

Dans notre pays, le code de Commerce 6102, est régi le contrôle spécial par les articles TTKm.438-444). Le but de code de commerce (TTK) est améliorée la protection des droits des actionnaires et la gouvernance d'entreprise. Enfin, le code de commerce 6102 propose une réglementation de la transparence dans les sociétés extractives de matières premières. Le contrôle spécial se distingue tout d'abord de la vérification des comptes annuels TTK m.397. Avant de procéder à l'institution d'un contrôle spécial, l'actionnaire doit-il avoir tenté sans succès d'exercer son droit de contrôle conformément à l'article TTK m.437, en particulier le droit d'être renseigné ou le droit de consulter les pièces, à savoir les livres et la correspondance.

Le contrôle spécial doit servir à élucider et clarifier des faits et non des problèmes juridiques. Le contrôleur spécial n'est pas habilité à prononcer un jugement ni à procéder à un contrôle d'opportunité. Le contrôle spécial sert à procurer à l'actionnaire des informations concernant des faits ambigus ou incertains. L'exécution du contrôle spécial doit apparaître comme nécessaire à l'exercice d'un droit social de l'actionnaire ou du moins à l'appréciation des chances de succès d'une action. Le contrôle spécial a un caractère subsidiaire.

C'est-à-dire, l'actionnaire doit tout d'abord exercer son droit aux renseignements et à la consultation conférée par l'article TTK m.437. Lorsque le conseil d'administration lui refuse ces informations, qu'elles sont manifestement incomplètes ou insatisfaisantes ou qu'elles laissent subsister des doutes quant à leur exactitude, l'actionnaire peut requérir le contrôle spécial.

Le contrôleur spécial ne peut pas élargir son examen à des faits nouveaux. Ceux-ci devront faire l'objet d'un nouveau contrôle. Le contrôle spécial se déroule en deux phases. La première a lieu devant l'assemblée générale et la seconde continue devant le juge. Les deux sont obligatoires et la seconde diffère selon le résultat obtenu devant l'assemblée générale. L'actionnaire désireux d'obtenir des informations sur la société par le biais du contrôle spécial doit en faire la demande lors de l'assemblée générale, ordinaire ou extraordinaire. Cette demande peut revêtir la forme orale. L'actionnaire pose la question spontanément lors de

l'assemblée ou écrite si l'actionnaire a formulé sa demande en dehors de l'assemblée générale. L'inscription à l'ordre du jour n'est pas obligatoire. Le conseil d'administration est obligé de procéder au vote sur le contrôle spécial, même s'il estime avoir renseigné l'actionnaire de manière suffisante.

La décision est prise à la majorité absolue des voix attribuées aux actions représentées. Le procès-verbal est très important car il sert de preuve quant au fait que la proposition a été formulée lors de l'assemblée générale et quant à l'objet de la proposition, l'actionnaire a un intérêt à en vérifier l'intégralité, voire même à déposer ses questions et la proposition en contrôle spécial par écrit.

Afin d'assurer le respect des conditions du contrôle spécial et de garantir l'indépendance de la personne du contrôleur, la nomination de ce dernier et la définition de sa mission doivent obligatoirement être entreprises par le juge. Lorsque l'assemblée générale a admis la demande en contrôle spécial, la société ou chaque actionnaire peut introduire la procédure judiciaire. Le demandeur doit prouver sa qualité d'actionnaire, l'identité du contenu du contrôle spécial proposé lors de l'assemblée générale et de celui demandé au juge, l'observation du délai et le lien entre les droits des actionnaires et le contenu demandé du contrôle. Le juge exige en outre que le demandeur rende vraisemblable que des doutes subsistent concernant l'intégralité et l'exactitude des réponses fournies à la demande en renseignement.

Dans le Droit Suisse, L'avant-projet, remplace le terme de contrôle spécial par celui d'examen spécial pour mieux souligner la nature de cette institution juridique et pour éviter toute confusion avec les activités de l'organe de révision. Pour notre pays on pense que à la place de dire le contrôle on peut dire aussi l'examen (l'examen spécial).

Si l'assemblée générale a refusé de donner suite à la proposition d'un contrôle spécial, l'actionnaire dispose d'un délai péremptoire de trois mois à partir de l'assemblée générale pour demander le contrôle spécial au juge. La loi permet à l'actionnaire détenant une certaine participation minimale (condition formelle qui doit être prouvée) d'introduire auprès du juge une demande en institution du contrôle spécial lorsque des conditions matérielles supplémentaires sont remplies. Le code commerce TTKm.439/1) dit que, une participation minimale de %10 du capital social ou une valeur nominale de 1 millions turc peuvent exiger le contrôle spéciale.

Le contrôle spécial n'est pas destiné à tirer au clair n'importe quel acte illicite ou n'importe quelle carence et la première exigence tend à éviter l'introduction d'un contrôle spécial inutile. Par exemples, le requérant peut rendre vraisemblable que le conseil d'administration, les fondateurs ou l'organe de révision a manqué à son devoir de diligence ou encore qu'ils n'ont pas traité de la même manière les actionnaires qui sont dans la même situation. Si le juge accepte la requête, il délimitera l'objet du contrôle spécial et désignera le contrôleur spécial conformément à ce que prévoit l'article TTK m.440/2.

Le contrôleur est désigné par le juge et non par la société, afin de garantir qu'il jouisse de la compétence et de l'indépendance nécessaires. Malgré la désignation judiciaire, le contrôleur spécial n'a aucune obligation de contracter. Il a droit à un bref délai de réflexion pour déterminer s'il estime avoir les qualifications nécessaires et son mandat ne devient effectif qu'avec son acceptation, qui, par ailleurs, peut être tacite. En premier lieu, il appartient au juge de désigner un contrôleur compétent possédant les qualifications nécessaires à la bonne exécution du contrôle spécial. Les qualités requises sont en partie fonction de l'objet du contrôle, ce pourquoi, le juge préférera tout d'abord en déterminer son

contenu et ses limites. Bien que la loi mentionne la désignation d'un expert, des exigences très spécifiques ne sont pas obligatoires. Toutefois des connaissances minimales en gestion d'entreprise, en économie et des principes généraux du droit sont requises. Le contrôleur spécial ne peut être ni un employé, ni un mandataire de la société.

Dans la droit Suisse contrairement au droit en vigueur, il n'est toutefois plus nécessaire de rendre vraisemblable un préjudice effectif; il suffit que la violation soit de nature à porter préjudice. En effet si des organes de la société ont vraisemblablement enfreint la loi ou les statuts d'une manière susceptible de porter préjudice, il n'y a aucune raison d'attendre, pour instituer un examen spécial, que la préjudice ait effectivement eu lieu.

Le contrôle spécial doit être effectué dans un délai utile afin de permettre aux actionnaires d'exercer leurs droits de manière effective. Dans la mesure du possible, le rapport devrait être présenté à la prochaine assemblée générale. En outre d'après l'article TTK m.441/1, le contrôleur ne doit pas perturber inutilement la marche des affaires de la société. Dans le cadre du contrôle spécial, il se conforme aux directives provenant du juge et non de la société. Le contrôleur limite son examen aux faits et événements qui sont en relation avec l'objet du contrôle.

Le contrôleur spécial dispose d'un droit de renseignement et de consultation illimité. Il a connaissance de tous les faits et des secrets d'affaires, les personnes tenues de le renseigner ne pouvant pas les lui dissimuler. Les personnes soumises au devoir de renseigner ne pourront pas faire valoir leur devoir de discrétion à l'encontre du contrôleur spécial. A la fin de son examen, le contrôleur établit un rapport dans lequel il relate les faits établis au cours de son expertise. Ce rapport s'adresse aux actionnaires et a pour but de leur permettre d'apprécier correctement la situation, aussi le contrôleur doit-il présenter l'entier des faits pertinents. Il lui incombe de faire part de son contrôle de manière détaillée, complète, non équivoque et objective en rédigeant un rapport explicatif et non simplement un rapport d'attestation.

Le contrôleur veille à sauvegarder le secret des affaires. Celui-ci comprend tous les intérêts sociaux dignes de protection de la société. Le contrôleur indique les sources principales et les moyens de preuve utilisés, de sorte que l'actionnaire désireux d'entreprendre une procédure à l'encontre de la société puisse s'y référer. Il mentionne toutes les personnes qui ont participé au contrôle spécial. Le résultat du contrôleur en premier lieu, présenté à la société et le contrôleur entend à ce titre les remarques de la société comme le prescrit l'article TTK m.442/2. Celle-ci mentionne les points qui lui semblent porter atteinte au secret des affaires. Après le contrôleur remet au juge le rapport, pour la rédaction duquel il a tenu compte des observations de la société et a retiré les passages que celle-ci estimait contrevenir au secret des affaires. Il y maintient malgré tout les passages qu'il estime nécessaires et attire l'attention du juge sur le souhait de la société de les voir retirés. Le juge soumet, conformément à l'article TTK m.442/3, le rapport épuré aux parties. Celles-ci ont la possibilité de prendre position sur son contenu et de poser des questions supplémentaires. Si le juge estime qu'elles s'éloignent trop de l'objet initial du contrôle spécial, alors les actionnaires devront procéder à une nouvelle demande de contrôle spécial.

Le contrôle spécial peut se terminer différemment. En effet, le contrôleur lui-même ou le juge peuvent y mettre un terme. En revanche, ni la société ni la partie requérante n'ont cette possibilité. Ils peuvent tout au plus saisir le juge pour demander la révocation du contrôleur. Le contrôleur peut se déterminer son examen extraordinaire. Par exemple; le contrôle spécial peut être terminé par le juge compétent sur la requête de l'actionnaire qui avait demandé le contrôle spécial. De même ce requérant peut demander au juge de révoquer la personne du contrôleur si ce dernier ne dispose pas des connaissances nécessaires à

l'exécution de son examen. Cette condition doit être démontrée par le requérant et examinée par le juge.

En principe il incombe à la société de supporter les frais de l'examen spécial, y compris une éventuelle avance de frais. Il en va ainsi, que l'examen spécial ait été décidé par l'assemblée générale ou ordonné par le juge, sous réserve de l'abus de droit, auquel cas les frais sont mis à la charge du requérant.

Le contrôleur spécial n'est pas un organe de la société. Pour que la responsabilité du contrôleur soit engagée, celui-ci doit avoir manqué à ses obligations découlant du contrôle spécial. La violation de ces obligations doit avoir causé un préjudice à la société. Le dommage peut consister en une atteinte à la réputation de celle-ci ou à empêcher ses organes de continuer leurs activités tranquillement. Enfin, il faut pouvoir établir un lien de causalité naturel et adéquat entre le préjudice subi par la société et l'acte illicite du contrôleur.



## Abstract

According to Article 438, CO Art.697a, any shareholder may introduce a motion at the general meeting of shareholders calling for certain facts to be subject to a special examination by a special and independent searcher. The special examination has to be necessary for the exercising of the shareholders' rights. If the shareholders' meeting approves the motion, the judge (called upon by the Company or by shareholder) appoints the special searcher. If the general meeting does not approve the motion calling for the appointment of the special searcher, shareholders who represent at least ten percent of the share capital or who represent shares with par value of one million Turkish Lira, may request the judge to appoint a special searcher. The shareholders are legally entitled to the appointment of a special searcher if they credibly establish that corporate bodies have violated the law or the articles of incorporation and have thereby damaged company or shareholders.

Founders, corporate bodies, mandatories and employees of the Company are obliged to inform the special searcher about relevant facts. The special searcher provides a detailed report about his findings. However, one cannot be allowed to unveil business secrets in the report. There is a special procedure if disputes arise whether specific facts are business secrets or not. The edited report is submitted to the shareholders at the next general meeting. The costs for the special examination are in general charged to the Company, only in presence of special circumstances the judge may charge the costs in full or in part to the applicants.

Special examination has a pre-condition for requesting, as per article TTK m.438, in order for a shareholder to request a special examination, that shareholder or any shareholder of the company should have duly consumed its right to information and examination. This is a pre-condition for requesting the special examination.

Article TTK m.437; during general assembly meeting of the company, each shareholder may request information from the board of directors regarding the company's business and/or the statutory auditors regarding their audit methods and results. The information to be provided to the shareholders should be honest and accurate, in accordance with principles of accountability and good faith. The request of information may be only be rejected by general assembly of the company on the grounds that an explanation to be given will cause disclosure of the company's trade secrets and jeopardize the company's interests.

TTK m.437/5; If a shareholder's request of information is rejected or not duly answered without any justification at the general assembly meeting, such shareholder may apply to the Commercial Court of First Instance within ten days following the rejection or within a reasonable time period in case of other circumstances. The Commercial Court of First Instance will review the file and may order the company to share the information with the shareholder. The court's decision will be final and binding.

According to a decision of the Court of Appeal's 11th Civil Department numbered 2015/97, E. 2015/13293, the plaintiff has requested appointment of a special searcher from the Commercial Court of First Instance on the grounds that (a) the company has not duly made available relevant information/examination requested by the plaintiff and (b) the general assembly of the company has rejected special searcher request of the plaintiff. The

Commercial Court of First Instance has rejected request of the plaintiff due to the fact that the procedure of exercising right to information and examination is subject of a pending lawsuit and the pre-condition has not been satisfied yet. One can understand by this decision that the plaintiff has already initiated another lawsuit to obtain the relevant information in accordance with article TTK m.437. Therefore, the Commercial Court of First Instance has not accepted appointment of the special searcher before conclusion of such lawsuit.

If the general assembly approves the special examination request; either the company or each shareholder (not only the shareholder that requested the examination) may apply within thirty days to the Commercial Court of First Instance for appointment of a special searcher. In this case, costs of the special searcher are covered by the company. If the general assembly does not approve this request; the shareholders representing at least 1/10 (one tenth) or having the total nominal value of one million Turkish Lira of the share capital in non-public companies and 1/20 (one twentieth) of the share capital in public companies may apply to the Commercial Court of First Instance within three months following rejection of the general assembly, for appointment of a special searcher in accordance with article TTK m.439. In order to apply to the court, only the share capital ratio and amount are taken as a basis to calculate the foregoing thresholds. In such a case, voting right privileges are not considered. If the court accepts the special examination request, it may hold the applicant shareholders liable for costs of the special examination.

TTK m.439 stipulates that in order for the court to accept the request, The Commercial Court of First Instance should be convinced that founders or corporate bodies of the company have explicitly violated articles of association of the company or the applicable laws, and caused damage to the company and the shareholders. If the commercial Court of First Instance accepts to appoint a special examination, it shall determine the specific scope of the examination pursuant to the request, and appoint one or more independent experts. The independent experts should have knowledge and expertise in accounting, financing and/or legal matters. In accordance with article TTK m.441, special examination should be conducted within a reasonable time period and without hindering the company's Works unnecessarily. Special searcher should keep company's trade secrets confidential.

As per article TTK m.441, the board of directors shall allow the special searcher to examine the commercial books, company's correspondences and all its assets including cash, negotiable instruments and properties. Shareholders, corporate bodies, agents, employees, trustees and liquidators of the company shall provide all required information to the special searcher. In the event of any dispute, it shall be settled by the court and the court's decision shall be final and binding.

In accordance with article TTK m.442, special searcher should first submit its draft report to the board of directors of the company for their review and seek their opinion on the draft. Once the report is finalized, searcher should submit its detailed final report to the court by explaining results of its examinations. Accordingly, the court should deliver a copy of the report to the company.

Upon the company's request, the court may decide that disclosure of the report may jeopardize the trade secrets or interests of the company, and not to share the report with the shareholders that requested special examination. In this respect, list of the clients, costs, price formation etc. may be considered the primary trade secrets and projects; investments and relations may be considered as the primary interests. In such a case, the court would conceal such information within the report. The court also grants opportunity to the applicant shareholders and the company to convey their opinions and additional questions regarding the

disclosed report. Even if the court has decided that the report should not be disclosed, the board of directors shall submit the report and relevant evaluations of the court to the next general assembly meeting in accordance with article TTK m.443. During one year following the date of general assembly, each shareholder may request from the company a copy of the searcher's report and opinion of the board of directors regarding the searcher's report.

Special examination serves the purpose of determining facts. The purpose thereof is to facilitate matters for a shareholder in terms of deciding whether or not to bring a liability action and lighten the accompanying evidentiary burden incumbent upon him. The most recent decision of the Federal Supreme Court, 4A-129/2013, which concerned the granting of loan to the chairman of the board of directors, illustrates this principle. The shareholder in question managed to credibly establish that a breach of fiduciary obligations and the duty of care pursuant. Special examination was concerned served to clarify the relevant factual situation and were not intended to determine whether or not corporate bodies had breached their duties. Because these pre-requisites were met, it was possible to further question the manner in which the board of directors had conducted itself. This allowed, in particular, the questioning with regard to the criteria used in the disbursement of a bonus that had been assigned as collateral for a loan. Because the bonus was intended to act as collateral fort he loan, the criteria in question had a direct correlation to assessing the termes and conditions of the loan.

In order to initiate a special examination, a shareholder must substantiate that founders or corporate bodies have violated the law or the articles of association and thereby have harmed the company or the shareholders. The alleged breaches must be described in precise detail. Allegations that are unsupported by evidence are insufficient. In this decision 4A-648/2011, the Federal Supreme Court interprets this provision in a strictly literal sense. It requires a breach of the law or the articles of association and does not deem a breach of other internal company rules. In particular, given the underlying purpose of special examination, this interpretation seems overly restrictive. In our view, any breach of their duties within the meaning should be sufficient. Clearly not sufficient, on the other hand, are allegations claiming inadequate performance, insufficient appetite for risk, or lack of knowledge concerning the markets, as were at issue in decision.

Special examination aim to attenuate the conflict of interests between the shareholder and the company. The special searcher's activities begin where the shareholder's right to information and inspection end. The special searcher is entitled to receive information on all significant facts. The searcher is bound to discretion. After finishing his task, the special searcher reports on the results of his special examination in detail while safeguarding business secrets. The report is presented to the judge first, who deceides whether parts of the report violate business secrets or other interests of the company worthy of protection, and therefore should not be presented to the applicants. The court need not be completely persuaded; a certain plausibility is sufficient. The court will review the alleged violations of the law or the articles of incorporation in a summary manner. As a result, the court must approve the appointment of a special examination if the applicant's propositions regarding the legal requirements are to some extent promising or at least plausible %10 of the share capital.

In substantive terms, it is clear that the major difficulty that arises in connection with the special examination is adducing sufficient evidence of a breach of certain statutory provisions or the articles of association by the acts or omissions of corporate bodies, and demonstrating where such breaches have occured. For the shareholder as an outsider, it is difficult to meet this requirement. Sholud one can be able to overcome this obstacle, however,



far-reaching questions concerning the business conduct of the board of directors are admissibles.



## Özet

Anonim şirket bir sermaye ortaklığı olduğu için, bu şirketlerde etkinlik, sahip olunan pay ya da temsil edilen katılım payı ile belirlenir. Bu nedenle, şirkette pay ve oy çoğunluğunu elinde bulunduranlar bir araya geldikleri zaman, hâkimiyeti elinde bulundurdukları için şirket yönetimini etkileyecek kararları alarak, kendi kararları doğrultusunda şirketi yönlendirebilirler.

Şüphesiz ki toplantıya katılsın veya katılmasın, alınan kararlar tüm pay sahipleri için geçerli olacaktır. Ancak alınan kararların da pay ya da oy çoğunluğunu elinde bulunduran kişiler tarafından seçilen yönetim ya da temsil organı tarafından yerine getirilmesi, pay sahipliğine ilişkin hakların, bu kişilerin etkisi altında kullanımını güçleştirmektedir. Tüm bunlar göz önünde bulundurularak; genel kurulda, şirketin işleyişinde, şirketin denetiminde azlığı ve münferit pay sahiplerini çoğunluğa karşı koruyucu mekanizmalar getirilerek, çatışan menfaatler dengesi sağlanmaya çalışılmıştır<sup>1</sup>.

Anonim şirketler bünye ve mahiyetleri gereği çoğunluk sistemine göre idare edilmektedirler. Bu prensip doğrultusunda idare edilen topluluklarda, çoğunluğun, topluluğu ve topluluğun menfaatlerini gözetmesi gerekir. Fakat böyle bir beklentiye çoğunluğun kendiliğinden uyacağını beklemek de gerçekçi olmaz. Zira şirketin yönetimini elinde bulunduranlar, çoğu zaman topluluğun menfaatlerini ihlal ederek kendi menfaatlerini ön plan almaktadırlar. Pay sahipleri, şirket idaresine ancak genel kurul toplantılarına iştirak ederek ve oy haklarını kullanarak katılırlar<sup>2</sup>. Çoğunluğu elinde tutanların gücü karşısında azlık ve münferit pay sahiplerinin korunması, onlara bazı bireysel haklar tanınması ile sağlanmaya çalışılmıştır. Böylece koruma sağlamaya yönelik hakların; bazıları doğması muhtemel zararları önleyici niteliği haiz iken, bazıları da meydana gelen zararın telafi edilmesi amacını taşır<sup>3</sup>.

Çalışmamızın konusu Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Özel Denetim'dir. TTK'nin "pay sahibinin kişisel hakları" ana başlığı ve V. numaralı özel denetim isteme hakkı alt başlığı altında TTK m.438 ve 444' da düzenlenen özel denetim isteme hakkı, ortaklıkta önemli bir bireysel ortaklık ve azlık haklarından birisini oluşturmaktadır. Yönetime katılmayan pay sahiplerinin, şirket faaliyetleri hakkında bilgi sahibi olması için, TTK m.437'de bilgi alma ve inceleme hakkının yanında, TTK m.438-444 arasında düzenlenen özel denetim isteme hakkı bulunmaktadır. Özel denetim, pay sahipliği haklarının etkin olarak kullanılmasını sağlamak için yapılan bir incelemedir. İsviçre'de *le contrôle spécial* adıyla düzenlenen kurum, değişiklik tasarısında<sup>4</sup> *examen spécial* olarak ifade edilmekte, bu itibarla özel inceleme faaliyetinin, hem hukuki yapısının netleştirilmesi hem de *organe de révision* (denetim organının) aktiviteleri ile özel inceleme aktivitelerinin karıştırılmasının önüne geçilmesi amaçlanılmaktadır. Fransa hukukunda<sup>5</sup> *expertise de gestion* olarak ifade edilen faaliyet, inceleme odaklı bir çalışmayı nitelemektedir. Ayrıca *gestion* ifadesinden de muhasebenin incelenmesi değil yönetimin incelenmesi aktivitesinin anlaşılması gerekmektedir. Zira *gestion*

<sup>1</sup>Arslan Kaya, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (BATİDER), Ankara, Sözkese Matbaacılık Tic., Ltd., Şti, 2001/IX, s.6-7.

<sup>2</sup>Oğuz İmregün, **Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumî Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunları Telif Çareleri**, İstanbul, Akgün Matbaası, 1962, s.2,6.

<sup>3</sup>Kaya, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı**, s.9.

<sup>4</sup>**Rapport explicatif relatif à la modification du code des obligations (Droit de la Société Anonyme)**, s.109, <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/vn-ber-f.pdf>.

<sup>5</sup>Code de Commerce Article L225-231, Metin No:2009-80, 22 Janvier 2009, Article.7 ile değişikliğe uğramıştır.

kelimesinin sözlük anlamı<sup>6</sup>; yönetme kavramını karşılamaktadır. Özel incelemenin amacı da, şirket yönetimi ile ilgili karanlıkta kalan hususların aydınlatılması ve buna bağlı pay sahipliği haklarının bilinçli kullanımının sağlanması olduğundan, burada yapılan faaliyet; bir inceleme faaliyeti olup, denetim değildir.

Aydınlatıcı haklar olarak adlandırılan bilgi alma ve inceleme hakkı ile özel denetim isteme hakları; şirketin faaliyetleri, işlemleri, ekonomik durumu hakkında yeterli bilgiye sahip olmayan pay sahiplerinin, bu haklarını kullanarak daha bilinçli olmalarını sağlarlar. Bu iki hak, hem önleyici hem de telafi edici niteliktedir. Zira bu hakları kullanan pay sahipleri, şirkette hâkimiyeti elinde bulunduranların yapmış olduğu yolsuzlukları veya kanun ya da esas sözleşme ihlallerini tespit ederler. Eğer bu ihlaller neticesinde şirkete ya da pay sahiplerine bir zarar verilmişse, bu zararın telafisi amacıyla; iptal davası, sorumluluk davası, haklı sebeple fesih davası gibi dava haklarını da kullanabilirler.

Çalışmamızda ilk olarak özel denetim isteminin terminolojik açıdan bir değerlendirilmesi yapılmıştır. Zira bu hak pay sahibine, genel bir inceleme hakkı vermemektedir. Ayrıca özel incelemeyi yapan uzman tarafından hazırlanan raporun, taraflar açısından ve daha sonradan açılacak olan davalarda bağlayıcılığının olmaması, bu hakkın denetimden farklı olduğunu ortaya koymaktadır. Zira özel “incelemeci” raporunda hukuksal bir değerlendirme bulunmamakta, sadece bir tespit yapmakta, âdete olayın fotoğrafını çekmektedir. Bu hakkın bir denetim hakkı olarak nitelendirilmesi, mehzaz kanunumuzda da terminolojik açıdan sıkıntılı bulunmuş ve kontrol/denetim kavramı yerini inceleme kavramına bırakma eğilimindedir. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, özel denetim isteme hakkı hem konu hakkındaki tartışmalı hususları incelemek hem de kanundaki terminoloji sorununu giderebilmek amaçlarıyla ele alınmak istenmiştir.

Terminolojik incelemeden sonra tezimizin ilk bölümünde özel denetim (inceleme) isteme hakkının, hukuki niteliği konusu incelenmiş ve hakkın, talep hakkı olarak nitelendirilmesinin yerindeliliği yine kavramsal bir sorun olarak ele alınmıştır. Bu çerçevede hak ve talep kavramları incelenmiş ve aradaki fark anlatılmaya çalışılmıştır. Geline nokta, özel denetim isteme hakkını bireysel bir pay sahipliği hakkı olarak nitelendirmenin, aslında hak kavramını tam olarak karşılamadığı sonucuna varılmıştır. Üstelik özel denetim isteminin ikincil bir hak oluşu da göz önüne alındığında, bu hakkın ikincil haklardan (tali, *secondaire*) örgüt-içi hak kategorisinde bir hak olduğu sonucuna ulaşılmıştır. İkincil haklar kendi içinde üçe ayrılmaktadır. Bunlar; örgüt-içi haklar, yetki hakları ve biçimleme haklarıdır. Örgüt-içi haklar, bir tüzel kişi ile üyesi arasında olan hukuki ilişki sebebiyle doğan, oy verme hakkı gibi ikincil nitelikli haklar veren haklar olarak tanımlanmaktadır. Burada da pay sahipliği haklarının bilinçli olarak kullanılabilmesi için bahsedilen ikincil bir hak söz konusudur.

Özel denetim isteminin hukuki niteliği İsviçre Hukuku’nda hem usuli hem de maddi hukuk açısından ikincil bir hak olarak ifade edilmektedir. İsviçre’de, usuli açıdan özel denetim isteminin ikincil bir hak olmasının nedeni, hakkın ancak bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılmasından sonra kullanılabilir olmasıdır. Bir başka ifadeyle, özel denetim isteminin ikincil bir hak nitelendirilme nedeni, onun bilgi alma ya da inceleme hakkı kullanılmadan önce kullanılamayacak olmasından kaynaklanmaktadır. Maddi hukuk açısından ise, özel denetim isteminin içeriğinin, bilgi alma hakkının içeriğine uygun olması gerekmektedir. Özel denetim isteme hakkının doğrudan doğruya istenemeyecek olması, çalışmamızda, özel denetim isteminin birincil bir hak (talep) olarak nitelendirilmesinin uygun olup olmadığı üzerinde durulması gerektiğini göstermiştir.

<sup>6</sup> Tahsin Saraç, Grande Dictionnaire Français- Turc, Adam Yayınları, İstanbul, 2003, s.662.

Özel denetçinin hak ve yükümlülüklerinin kapsam ve sınırını belirleyebilmek için, özel denetçi ile anonim ortaklık arasında herhangi bir sözleşmesel ilişkinin var olup olmadığı ve varsa hukuki niteliğinin ne olduğunun hususun tespit edilmesini gerektirmiş, bu kapsamda doktrinde yer alan tartışmalara detaylı olarak yer verilmiştir. Özel denetçiyi (incelemeci) mahkeme atamış olduğu için, burada da mahkemenin bilirkşi ataması gibi bir durum söz konusudur. Üstelik özel denetçi (incelemeci), atandığı şirketten herhangi bir emir ya da talimatta almamaktadır. Bu nedenle çalışmamızda, bir kamu görevlisi olan hâkim tarafından atanan özel denetçi (incelemeci) ile şirket arasında sözleşmesel bir ilişki olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Daha sonra özel denetim isteme hakkına sahip olanlar belirtilerek, bu konuda İsviçre ve Türk Hukuku'nda tartışmalı olan intifa hakkı sahiplerinin, özel denetim isteme hakkının bulunup bulunmadığı meselesi ile diğer önemli bir tartışma konusu olan, diğer menkul kıymet sahiplerinin (özellikle de katılma intifa senedi sahiplerinin) özel denetim isteminde bulunabilip bulunamayacağı hususu, mehz kanunla karşılaştırmalı olarak incelenmiştir.

Özel denetim, pay sahipliği haklarının kullanımı için gereklilik koşuluna bağlanmış bir hak olduğundan, mehz kanunumuzda bu bağlantının nasıl tespit edileceği konusunun tartışılmış olduğu gözlenmiştir. Yapılan tespit sonucunda, eğer istenilen bilgi ile ulaşılmak istenen hak arasında "fonksiyonel" bir bağlantı söz konusu ise, başka bir ifadeyle, pay sahibinin bilgiye ulaşmak isteme nedeni; yönetime karşı bazı tedbirlerin alınması (örneğin bir sorumluluk davası açılması, haklı nedenle fesih davası açılması) ya da önemli bir pay sahipliği hakkı olan oy hakkının bilinçli bir şekilde kullanılması ve genel kurulda daha bilinçli davranabilmekse, böyle bir bağlantının var olduğu sonucuna ulaşılabileceği belirtilmiştir. Bu çerçevede karşımıza, pay sahipliğine ilişkin hakların kullanımı için bilginin gerekli olduğuna ilişkin kriterin/koşulun kim tarafından ispat edileceği konusu çıkmıştır. Biz de tezimizde konuya ilişkin olarak doktrinde yapılan tartışmalara yer vererek meselenin aydınlatılmasına çalıştık.

Çalışmamızda mahkemeye yapılan özel denetçi (incelemeci) isteminin çekişmesiz yargı niteliği ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Bu bağlamda, TTK m.439/1 uyarınca azlığın mahkemeden özel denetçi (incelemeci) atanması istemini doktrinde dava olarak niteleyen görüşler ortaya konulmuş, daha sonra çekişmesiz yargı konusu incelenerek, TTK m.439/1'de yapılan isteminde ticari bir çekişmesiz yargı işi olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Genel kurul sırasında özel denetim isteminin oylanmasında, oyda imtiyazlı payların ya da oy hakkından yoksunluğun dikkate alınıp alınmayacağı sorunu mehz kanunla karşılaştırmalı olarak incelenerek, özel denetimde genel kurul tutanağının önemine değinilmiştir. 6762 sayılı kanun döneminde özel denetimin gündeme bağlılık ilkesinin bir istisnası olup olmadığına ilişkin farklı görüşler ortaya atılmış, 6102 sayılı TTK ise bu görüşlerden özel denetimin gündeme bağlılık ilkesinin açık bir istisnası olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu bölümde, genel kurulun özel denetim istemini reddetmesi halinde azlığın, hâkimden özel denetçi atamasını isteyebilmesi için, azlık pay sahipliği sıfatını ne zamana kadar taşınması gerektiği sorununa da değinilmiş, konu ile ilgili olarak İsviçre doktrinine de yer verilmiştir.

Çalışmamızda, özel denetçi atanmasına ilişkin olarak mahkeme tarafından verilen kararın (olumlu ya da olumsuz) TTK m.440/II uyarınca, İsviçre Hukuku'nun aksine kesin olup, bir üst derece mahkemesine gönderilemeyeceğine ilişkin hüküm ile ilgili doktrinde yer alan tartışmalara yer verilmiştir. Bu kapsamda konu hakkında eTK döneminde doktrinde yapılan ve özel denetçi atanması ile ilgili olarak verilen mahkeme kararının hukuki niteliğinin ne olduğu meselesinin de incelenmesi gerekmiştir. Özel denetimin hızlı bir şekilde

sonuçlandırılması, gerek şirket gerekse de pay sahipleri açısından önemli olduğundan, süreci uzatacak her şey bu incelemeden alınmak istenen sonucu ekarte edecektir. Çalışmamızda, TTK m.438/2 ve TTK m.439/1 uyarınca mahkemeye yapılacak olan istemlerin çekişmesiz yargı işi niteliğinde olduğu hususu tespit edildiğinden, ayrıca TTK m.440/2’de de bu kararların kesin olduğu hususu açıkça düzenlendiğinden, istinaf kanun yoluna (üst derece mahkemesine) gidilemeyeceği sonucuna varılmıştır. Ayrıca özel denetimin (incelemenin) zararı önleyici hak niteliği de dikkate alındığında, bu incelemenin bir an evvel yapılarak sonuçlandırılması, şirketin ya da pay sahiplerinin zarar görme ihtimaline engel olabilecektir. Özel denetimin ne kadar zamanlık bir süre içerisinde sonuçlandırılması gerektiği konusunda kesin bir süre belirlemek yerine, TTK m.441/1’de yer alan *amaca yararlı bir süre içinde* ibaresinin; en fazla bir yıl ya da bir sonraki genel kurula kadar şeklinde düzenlenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Bu kapsamda, ilgililerin özel denetim sürecini yürüten hâkimden, haklı bir nedenin olması halinde, ek süre verilmesini de isteyebilecekleri ifade edilmiştir.

Tezimizde özel denetim istemini kabul ya da reddeden genel kurul kararının iptali meselesi ve bu bağlamda genel kurulda alınmış özel denetim istemini kabul ya da reddeden bir kararın iptali için açılmış olan dava ile özel denetçi atanmasına ilişkin çekişmesiz yargı faaliyetinin, usul hukuku açısından dersdetlik dava şartı ve bekletici mesele olarak ileri sürülebilip sürülemeyeceği sorunu ele alınmıştır. Aynı tartışma bilgi alma davası ile özel denetçi atanması istemi, hususunda da yapılmıştır. Her iki yargısal faaliyetin; dava ve (işin) konusu, tarafları ve (ilgilileri) ve talep sonuçları ele alınarak, özel denetçi atanması isteminde bulunabilmesi için, TTK m.437/5’te düzenlenen bilgi alma (davasının)<sup>7</sup> açılmasının, hakkın bir unsuru olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bununla birlikte her iki istem farklı olduğundan, birinin diğeri için dava şartı olarak ileri sürülemeyeceği tespit edilmiştir.

Özel denetçi atanması istemi, genel kurulda kabul ya da reddedilsin her iki halde de özel denetçinin mahkeme tarafından atanıyor olması, 6102 sayılı TTK’ da hâkimin genişleyen rolünü göstermektedir. İkinci bölümde, hâkimin özel denetim yapılacak olan konunun sınırlarını belirlemesi, denetçiyi atanması ve bu atamanın sonuçları üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda hâkimin genişleyen rolü, özel denetim yapılacak hususların belirlenmesi ve özel inceleme faaliyetini gerçekleştirecek gerçek ya da tüzel kişi olan özel (denetçide) incelemeci/uzman bulunması gereken nitelikler (tarafsızlık ve bağımsızlık ve incelenecek konu hakkında bilgi sahibi olmak, vb.) tespit edilmiştir.

Özel denetimin istenilen sonucu vermesi için, tetkik edilecek olan konunun çerçevesinin çok iyi çizilmesi gereği bu sınırı çizecek olan hâkimin, özel denetimin sınırlarını hangi hususları dikkate alarak belirleyeceğine yönelik bir inceleme yapılmasını gerektirmiştir. Dolayısıyla bu bölümümüzde özel denetçinin nitelikleri, atanması ve denetimin icrasına değinilmiş, özel denetimden beklenen verimin alınabilmesi için ne kadar zamanda bu incelemenin sonuçlandırılması gerektiği hususu, mehzaz kanunla karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır.

Özel denetçinin atandıktan sonra görevini ifa edebilmesi için kendisine gereken tüm dokümanların verilmesi gerekir. Bu konu özel denetçinin, TTK m.441/III’te düzenlenen bilgi alma ve TTK m.441/II’deki inceleme hakkı ile ilgilidir. Bu bağlamda, kimlerin özel denetçiye bilgi vermekle yükümlü oldukları ve özel denetçinin yanlış anlaşılmalara önlemek adına, bilgi vermekle yükümlü olan kişileri dinleme hakkı hususu da incelenmiştir. Şirkette yapacağı incelemenin ardından, özel denetçinin elde ettiği bilgiler nedeniyle sır saklama yükümlülüğü

<sup>7</sup>TTK m.437/5’te, bilgi alma ve inceleme hakkının mahkeme aracılığıyla kullanılmasını düzenleyen hüküm, kanımızca bir çekişmesiz yargı faaliyeti olduğundan, dava kavramını parantez içerisinde verdik.

doğmuş olduğundan, hangi durumlarda raporda yer alan hususların sır olarak nitelendirilebileceği, dolayısıyla özel denetçi tarafından hazırlanan rapor taslağından nelerin ayıklanacağı ya da ayıklanması gerektiği, bu kapsamda ayrıca sırrın türleri ve niteliği gibi konulara da yer verilerek, tüm bunların özel denetçinin hazırladığı rapor ile olan ilişkisi ele alınmıştır. Bunun yanı sıra, özel denetçi raporunun hukuki niteliğini incelenmiş ve hazırlanan raporun taraflar açısından bağlayıcı olmamakla birlikte, açılacak bir sorumluluk, haklı sebeple fesih davasında (takdiri) bir delil olarak dikkate alınabileceği sonucuna ulaşılmıştır.

Bu bölümde ayrıca özel denetçinin inceleme görevini yürüttüğü sırada ortaya çıkan; (*le frais du contrôleur*) ücret hakkı ve özel denetim sürecine ilişkin yargılama giderleri (*le frais de la procédure*) incelenmiş olup bu bağlamda pay sahiplerinin özel denetçi atanması istemlerinin genel kurulda kabul edilmesi halinde, kendilerini ayrıca bir avukat aracılığı ile temsil ettirmelerinin gerekli olup olmadığı meselesine değinilmiş ve genel kurulun özel denetim istemini kabul ya da reddetmesinin, yargılama giderleri üzerinde nasıl bir etkisi olacağı da incelenmiştir. Genel kurulda, özel denetçi (incelemeci) atanması istemleri kabul edilen ya da reddedilen pay sahiplerinin yapacağı usûli talep bir çekişmesiz bir yargı işi olduğundan, burada, ilgililerin kendilerini bir avukat aracılığıyla temsil ettirmeleri gibi zorunlulukları bulunmamaktadır. Ancak TTK m.439/1'e dayanan istemde azlığın, dilerse kendisini bir avukatla temsil ettirmesine de bir engel bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise özel denetimin sona erme halleri (olağan sona erme ve olağanüstü sona erme) ve nedenleri belirtilmiştir. Ancak özel denetimin hangi şekillerde sona ereceğine ilişkin gerek Türk Hukuku'nda gerekse de İsviçre Hukuku'nda herhangi bir düzenleme bulunmadığından, her iki hukuk sisteminin doktrinindeki sona ermeye ilişkin farklı düşünceler belirtilmiştir. Bu bağlamda, bağımsız denetçiler için getirilen TTK m.399/IV(b)'deki "haklı bir nedenin bulunması halinde" denetçinin görevden alınabileceğine ilişkin düzenlemenin, haklı neden olarak uygulanmasının yerinde olup olmadığı ele alınmıştır.

Özel denetçinin sorumluluğu Türk Hukuku ve İsviçre Hukuku ile karşılaştırmalı olarak incelenmiş ve sorumluluğun hukuki dayanağının ne olduğu araştırılmıştır. Özel denetçinin sorumluluğunun temelini, vekâlet sözleşmesine dayandıranlar ile sözleşmesel bir sorumluluğa dayandıran farklı görüşler ortaya konulmuştur. Özel denetçi (incelemeci) mahkeme tarafından atanmış olduğundan, buradaki atama bir nev'i terekeye resmi memur tayini ya da bilirkişi tayini gibi bir işlemdir. Atanan özel incelemeci, şirketten ya da pay sahiplerinden herhangi bir emir ve talimat da almamaktadır. Bu nedenle özel denetçinin (incelemecinin) TTK'da düzenlenen hukuki sorumluluğunun temelini vekâlet ya da sözleşme sorumluluğu ile açıklamanın uygun olmadığı tespit edilmiştir. Özel incelemecinin sorumluluğunun temelini, geniş anlamda güven sorumluluğuna, dar anlamda haksız fiil sorumluluğuna dayandırmak, özel inceleme faaliyetinin niteliği ve inceleme elemanının bağımsızlığı, tarafsızlığı gibi hususlar dikkate alındığında daha uygun bulunmuştur.

Tezimizde denetçi sorumluluğunu TTK m.557 ile bağlantılı şekilde inceleyerek, farklılaştırılmış teselsül konusunu ve bu sorumluluğun sorumluluk hukukuna etkilerinin neler olduğunu değerlendirmeye çalıştık. Bu kapsamda da özel denetçinin kanuni görevlerini yerine getirmesi sırasında kusurlu davranması neticesinde, kendisine karşı sorumluluk davası açabilecek olanların kimler olduğu belirtilmiş ve bu bağlamda kanunda belirtilen şirket alacaklılarının özel denetçiye karşı sorumluluk davası açma ihtimalleri incelenmiştir. Özel denetim isteminde bulunabilecekler arasında şirket alacaklılarının bulunmaması ancak özel denetçiye karşı sorumluluk davası açabilecek kişiler arasında şirket alacaklılarının da sayılması, doktrinde tartışma konusu olduğundan bu sorun mehzaz kanun ile karşılaştırmalı olarak incelenmiştir.

İsviçre’de sorumluluk davası açabilecek kişiler arasında sayılan pay sahiplerinin özel denetçi ile aralarında sözleşmesel bir ilişki olmadığından, özel denetçinin görevini ifa ettiği sıradaki kusurlu davranışı dolayısıyla bir zararları meydana gelirse, bu zararın tazminini haksız fiil (*responsabilité délictuelle*) hükümlerine göre talep edebilecekleri düzenlenmiştir. Ülkemizde TTK m.554’ün sorumluluk hukukundaki iki kuruma istisna getirmiş olduğu gözlemlenmiş, çalışmada bu istisnalara yer verilerek konu incelenmiştir.

Özel denetçinin sorumluluğunu düzenleyen TTK m.554’ün yanı sıra, denetçinin sır saklamakla da yükümlü olduğunu düzenleyen TTK m.441/V’e göre; denetçi incelemesi sırasında öğrenmiş olduğu sırları, incelemesi sona erdikten sonra da saklamakla yükümlü tutulmuş ve bu yükümlülüğüne aykırı davranışının sonucu da TTK m.404’te düzenlenmiştir. Özel denetçinin, inceleme esnasında öğrendiği sırlarla ilgili olarak iki farklı nitelikte yasağa tabii olduğunu görüyoruz. Bunlardan ilki, özel denetçinin inceleme esnasında öğrenmiş olduğu sırları açıklamayacağına ilişkin yasak, diğer bir ifadeyle, özel denetçinin sır saklama yükümlülüğü, ikincisi de özel denetçinin öğrenmiş olduğu sırrı, kendisinin ya da üçüncü şahısların yararına kullanamayacağına ilişkin (*insider trading*)/ (içerden öğrenenlerin ticareti) yasaktır. Çalışmamızın bu kısımda, özel denetçinin bir *insider* olarak nitelendirilebilip nitelendirilemeyeceği üzerinde durulmuştur. Burada özel denetçinin bir *insider* olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Özel denetçinin (incelemecinin), incelemesi sırasında öğrenmiş olduğu şirkete ait bilgileri, açıklamaksızın bizzat kendisinin kullanması ya da üçüncü şahısların menfaatine kullanması halinde, her iki durumun TTK m.404/1’de geçen “kullanma” kavramına dâhil olacağı tespit edilmiştir. Dolayısıyla özel denetçi (incelemeci), şirkete ait bilgileri kendisi kullanırsa ya da başkasına açıklarsa her iki halde de TTK m.404’e göre sorumlu tutulması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. TTK m.404/I’in gerekçesinde madde de geçen kullanım tabirinin içerden öğrenenlerin ticaretine özgülenmemesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>8</sup>.

TTK m.554/I’deki “denetçinin kanuni görevlerini yerine getirmesi sırasında kusurlu hareket etmesi” ifadesinin, TTK m.404/I’de yer alan “denetçinin denetimini dürüst ve tarafsız bir şekilde yapılması” yükümlülüğünü de kapsayacak bir şekilde yorumlayabilmenin mümkün olup olmadığı ve bu kapsamda konunun İsviçre Hukuku’nda ve Alman Hukuku’ndaki düzenlenişi ile karşılaştırmalı olacak şekilde irdelenerek TTK m.404 ile TTK m.554’ün birlikte bir değerlendirilmesi yapılmıştır.

Tezimizin sonuç kısmında özel denetimle ilgili olarak yukarıdaki meseleler hakkında varmış olduğumuz sonuçlarımız belirtilerek çalışma sonlandırılmıştır.

---

<sup>8</sup>Gereğe için [Bkz. TBMM, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324) S.96], s.196.

# GİRİŞ

## I. Konunun Takdimi

Günümüzde globalleşen dünya içinde gerek işteğal konuları itibariyle gerekse de finansal tabloları raporlama ilkeleri açısından hesapları karmaşık bir hale bürünmüş olan anonim şirketler ekonomik açıdan önemli bir gelişme göstermişlerdir. Bunun en önemli göstergesi, ekonomik hayatta çok önemli bir yere sahip olan; çok uluslu şirketler, bankalar, sigorta şirketleri, finansal kiralama, faktoring, holding şirket, bağımsız denetim şirketleri gibi birimlerin, anonim ortaklık şeklinde yapılanmalarıdır.

Anonim ortaklıklara güven duyulması ve yatırımcıların yatırımlarını huzur içinde yapabilmeleri gerekmektedir. Anonim ortaklık bir sermaye şirketi olduğundan, pay sahiplerinin şirketteki etkinliği, sahip olunan ya da temsil edilen katılım payları ile sağlanmaktadır. Çoğunluk ilkesinin geçerli olduğu anonim ortaklıklarda, çoğunluğun karşısında *iura singulorum*'un<sup>9</sup> korunması önemli bir husustur. Burada çoğunluğun; şirketin menfaatlerini gözetmesi ve kararlarını verirken dürüstlük kuralı ile eşit işlem ilkesi ve hakların sakınılması olarak kullanılması gibi, Ortaklıklar Hukuku'nun yazılı olmayan kurallarına uygun hareket etmesi gerekmektedir. Lâkin, hâkimiyeti elinde bulunduranların, kendi şahsi çıkarlarını ön plana alarak azlık ve bireysel pay sahiplerini ikinci plana attıkları da bir gerçekliktir<sup>10</sup>. Ayrıca anonim ortaklıklarda, finansal tabloların ve yıllık faaliyet raporlarının da şirket yöneticileri tarafından hazırlanıyor olması, şirketin mali resminin gerçeği yansıtmayı yansıtmadığı hususunda birtakım kuşuklara da neden olmaktadır. Bu durum, anonim şirketlerde yönetime katılmayan pay sahiplerinin, gerek şirket faaliyetlerinin seyri gerekse de ortaklığın ekonomik ve finansal durumu hakkında yeterli bilgiye sahip olmalarına ve bunun sonucunda da pay sahipliğine ilişkin haklarını nasıl kullanacakları konusunda doğru bir karar alabilmelerine engel oluşturmaktadır.

---

<sup>9</sup>"*iura singulorum* are to be protected against the vote of the majority. Medieval law withdraws from the power of the majority rights of individual corporators which are more or less closely implicated in the property and affairs of the corporations". Frederic William Maitland, LL.D., D.C.L., **Political Theories of The Middle Age**, Cambridge University Press, 1913, p.166-167. Burada *iura singulorum/individual rights* bireysel haklar olarak anlaşılmalıdır.

<sup>10</sup>Küçük pay sahipleri ve azlık oluşturan pay sahiplerinin çoğu zaman çoğunluğun menfaati ile örtüşen şirket menfaatine kıyasla ikinci planda olduğu sık görülen bir durumdur. Arslan Kaya, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (BATİDER), Ankara, Sözkeseñ Matbaacılık Tic., Ltd., Şti, 2001/IX, s.8, Dipnot: 21.



Şirketlerde kurumsallaşmanın ve şeffaflığın sağlanabilmesi için anonim ortaklıklarda pay sahiplerinin bilgiye erişimini sağlamayı amaçlayan bilgi alma ve inceleme hakkı ile özel denetim isteme hakları önemli bir yere sahiptir. Buna mukabil, 6762 sayılı eTK'nın üçüncü kısmında yer alan ve murakıplar (denetçiler) başlığı altında düzenlenen tek maddeye göre özel denetim isteminde bulunan, bilgi almaya ihtiyaç duyan pay sahiplerinin; genel kurulda ortaklık sırrı ya da ortaklık menfaati gibi nedenler ileri sürülerek kolayca reddedilmeleri ve ihtiyaçları olan bilgiye ulaşmalarının engellendiği, ayrıca kimlerin özel denetçi olarak seçilebileceği, başka bir ifadeyle, özel denetçi seçilecek kişilerde bulunması gereken nitelikler ya da ne kadar sayıda özel denetçi seçilebileceği konusunda eTK' da bir hüküm bulunmadığı görülmüştür<sup>11,12</sup>

Bu sorunları bertaraf edebilmek için 6102 sayılı TTK ile, azlık ve münferit pay sahiplerinin haklarını koruyucu ve pay sahipliği haklarını işlevsel kılan hüküm ve müesseseler getirilmiştir<sup>13</sup>. Pay sahibinin; ortaklık hakkında bilgi sahibi olabilmesi ve buna bağlı olarak yönetim kurulu, kurucular, tasfiye memurları, ya da denetçiler aleyhine sorumluluk davası açabilmesi, genel kurulda alınan bir kararın iptalini isteyebilmesi, haksız olarak dağıtılmış olan kâr dağıtım kararının butlanını isteyebilmesi veya payını devredip devretmeme konusunda bir karar alabilmesi için bilgiye ihtiyacı vardır<sup>14</sup>. Bunun yanı sıra pay sahibinin; genel kurula katılmak, genel kurulda oy kullanmak, konuşmak veya öneride bulunmak gibi pay sahipliğine ilişkin haklarını kullanabilmesi için bilgi sahibi olması önemlidir<sup>15</sup>.

Anonim Ortaklıklar Hukuku, pek çok menfaat ihtilafını içinde barındırmaktadır. Anonim ortaklıklarda yöneticiler kendilerine ait olmayan bir malvarlığı üzerinde söz sahibidirler. Ancak bu malvarlığının ekonomik ve gerçek maliki olan pay sahiplerinin bu

<sup>11</sup>Erdoğan Moroğlu, “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi”, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.XLII, Y.1976, S.1-4, **Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan**, Özel Sayı, (s.341-358), s.347.

<sup>12</sup>Özel denetim kurumu Yönetim Kurulu işlerinde önemli bir yere sahiptir. Zira yönetim kurulu işlerini pay sahipleri olmadan yapmakta ve periyodik olarak şirketle ilgili işlemler hakkında da pay sahiplerine açıklamada bulunmamaktadır. İsviçre ve Türk Hukuk sistemlerinde pay sahiplerine bilgi almak istemeleri halinde bilgi alma ve inceleme hakkı kapsamında gereken bilgiler verilmektedir. Fakat pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme hakkı çoğu zaman yönetim kurulu tarafından “şirket sırrı” ileri sürülmek suretiyle reddedilmekte bu durumda bu haktan beklenen faydanın alınmasını zorlaştırmaktadır. 6102 sayılı TTK ile pay sahiplerine bilgi verilmesinden ancak ve ancak şirketin korunmaya değer başka menfaatleri varsa ya da şirket sırlarının tehlikeye girebileceği hallerde kaçınılabilecektir. Bu durumda hâkim tarafından takdir edileceğinden artık pay sahiplerinin bilgiye ulaşma imkânları kolayca reddedilemeyecektir. (Bkz. Olivier Bloch, **Les Conventions D'actionnaires et Le Droit De La Société Anonyme en Droit Suisse**, Schulthess, b.2, 2011, s.341.

<sup>13</sup>Kaya, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı**, s.7.

<sup>14</sup>Ünal Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s.282, N.14-90.

<sup>15</sup>Pay sahiplerinin menfaatlerine aykırılık oluşturacak muhtemel bir zarar tehlikesini önleyici haklardan biri de bilgi alma hakkıdır. Nitekim ortaklığın iş ve işlemleri hakkında yeteri derecede bilgi sahibi olan pay sahibinin paya bağlı diğer haklarını da bilinçli bir şekilde kullanacağı kesindir. (Bkz. Kaya, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı**, s.26).

malvarlığı ile ilgili bilgi almak istemesi pay sahiplerinin en temel hakkıdır. Bu nedenle pay sahiplerinin bu malvarlığının nasıl yönetildiği, ortaklığın içinde bulunduğu ekonomik durumun nasıl olduğu ve şirketle ilgili yatırımların akıbeti hakkında bilgi sahibi olmak istemeleri onların en tabii hakkı olup, bu bilgi ihtiyacını da bilgi alma ve inceleme haklarını kullanarak elde etmeye çalışırlar. Ancak bilgi alma ve inceleme hakkının tatmin edici olmaması durumunda pay sahibine bilgiye ulaşma imkânı veren en önemli bir diğer hak da özel denetim isteminde bulunmaktır. Özel denetim kurumunun amacı da bu zıt menfaatleri uzlaştırmaktır.

Tüm bu bilgiler ışığında, özel denetim kurumu ele alındığında, özel denetimin öncelikle bir denetim hakkı olarak nitelenmesinde isabet olup olmadığı, özel denetimin bir talep mi yoksa istem mi olduğu, mahkemeye yapılan özel denetim isteminin usûli bakımdan nasıl değerlendirilmesi gerektiği sorusu, özel denetçi ile anonim ortaklık arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin tespiti, özel denetim ile bilgi alma hakkı arasındaki ilişki bakımından ortaya çıkan sorunsallar, özel denetime ilişkin genel kurul kararının iptali meselesi, özel denetçinin sır saklama yükümlülüğü bağlamında gündeme gelen tartışmalar, özel denetim raporunun ne şekilde nitelendirilmesi gerektiği meselesi gibi, farklı görüşlerin ileri sürüldüğü birçok sorunsalın bulunması, bizi özel denetim konusunu incelemeye sevk etmiştir.

6102 sayılı kanunda TTK m.438 ile 444 arasında düzenlenen özel denetim konusu, 6762 sayılı eTK' dan farklı olarak, İsviçre Hukuku'nda CO Art.697a-g arasında düzenlenen özel denetim kurumundan esinlenerek kaleme alınmıştır. İsviçre'de 1960'lı yıllarda anonim şirketler hukuku alanında bir reform yapılması ihtiyacı doğmuş ve bu çerçevede Tschopp Çalışma Grubu oluşturulmuştur. Yapılan revizyon çalışmaları sonucunda özel denetim ile pay sahipliği haklarını güçlendirebilmek için bilgi alma ve inceleme hakları şeffaflık ilkesi uyarınca etkinleştirilmeye çalışılmıştır. 6102 sayılı TTK ile çoğunluğun sahip olduğu gücü dürüst olmayan ve zarar verici bir şekilde kullanmasına engel olmak ve şeffaflık ilkesi uyarınca; internet sitesi kurma, bağımsız denetim uygulamalarını geliştirme, azlık haklarının özellikle de bilgi alma hakkı ve inceleme hakkı ile özel denetim isteme haklarının mahkeme aracılığıyla kullanılmasına ve mahkeme kararının sonucu sağlayıcı olmasına yönelik yenilikler getirilerek pay sahipliği haklarının güçlendirilmeye çalışıldığını görüyoruz. Biz de tezimizde özel denetim kurumunu, mehzaz kanun düzenlemesiyle karşılaştırmalı bir şekilde, bahsi geçen meselelere ışık tutması temennisiyle inceledik.

## II. İnceleme Planımız

Tezimiz üç bölümden oluşmakta olup ilk bölümde; özel denetim isteme hakkı hem İsviçre Hukuku hem de Fransız Hukuku ile karşılaştırmalı bir şekilde ele alınmış, özel denetim karşısında kontrol ve denetim kavramları incelenerek yapılan faaliyetin terminolojik açıdan denetim olarak nitelendirilmesinin yerinde olup olmadığı incelenmiştir. Bunun yanı sıra, özel denetim isteme hakkının, bilgi alma hakkı ve inceleme hakkı ile ilgili bağlantısı üzerinde durulmuş ve bu ekseninde hakkın hukuki niteliği incelenmiştir. Bu bölümde, taraflar arasında sözleşmesel bir ilişkinin var olup olmadığı, mahkemeye yapılan istemin usûl hukuku açısından bir değerlendirmesi, özel denetim isteme hakkına sahip olabilecekler, hakkın türleri ve koşulları, yerli ve yabancı doktrin ve mevzuat çerçevesinde incelenmiş ve konularla ilgili kendi kişisel değerlendirmelerimiz aktarılmaya çalışılmıştır.

İkinci bölümde; özel denetimin konusunun belirlenmesi ve özel denetçinin atanması, özel denetimin nasıl icra edileceği, bu bağlamda inceleme sırasında öğrenilen bilgilerin sır olması durumunda özel denetçinin yükümlülüğünün ne olacağı ve bunun hazırlanacak olan rapora yansımalarının ne şekilde olacağı gibi konular ele alınmıştır. Bunun yanı sıra, özel denetçinin hazırlayacağı raporun bağlayıcılığı, başka bir ifadeyle, şirket ve taraflar açısından hazırlanan raporun hukuki niteliğinin ne olduğu gibi tartışmalı hususlar incelenmiştir.

Üçüncü bölümde ise özel denetimin sona erme halleri ve özel denetçinin sorumluluğu konuları ele alınarak çalışma tamamlanmıştır.

## III. Terminoloji

Çalışmamızda özel denetimin aslında bir denetim olmadığını, yapılan faaliyetin bir inceleme olduğunu, bu nedenle özel denetim isteme hakkı yerine özel inceleme isteme hakkı denilmesinin daha uygun olacağını belirttik. Bu inceleme faaliyetini, alanında uzman olan biri gerçekleştireceği için, bu kişiye de özel denetçi yerine özel incelemeci denilmesi gerekmektedir. 6102 sayılı Ticaret Kanunumuzun sistematığına bakıldığında da özel denetimin kanundaki düzenleniş yeri; “denetleme” üst başlığı olarak denetimin düzenlendiği bölümün bir alt başlığı olmayıp, genel kurul’un düzenlendiği dördüncü bölüm F)Pay Sahibinin Kişisel Hakları başlığının, beşinci alt başlığıdır.

Tezimizde, kontrol ve denetim (*audit*) kavramlarının muhasebeye ait finansal raporların denetimini ifade eden kavramlar oldukları belirtilmektedir. Anglo- Sakson Hukuku'nda da bağımsız muhasebe uzmanlarının yaptığı denetim *audit* (denetim) olarak ifade edilmektedir. Bu denetimin; muhasebe ile ilgili teknik bir bilgiye sahip olmayı gerektirmesi, yapılacak olan incelemenin de teknik olması ve bunun sonucunda görüş bildiren bağımsız denetçinin TTK m.403'e göre hazırladığı yazıların bağlayıcı sonuçlarının olması, özel denetimin ise yapılmasının şirketler açısından bir yükümlülük olmaması, bilakis bu incelemenin pay sahipliği haklarının etkin kullanılması amacıyla bilgi edinmeye hizmet eden bir müessese olması, özel incelemecinin (özel inceleme elemanı) yapmış olduğu tespitler neticesinde hazırladığı raporun, taraflar ya da daha sonradan açılacak olan davalarda herhangi bir şekilde bağlayıcılığının olmaması, onu denetim olarak nitelendiremeyeceğimizi göstermektedir. Bunun yanı sıra, denetim kavramının kullanılması terminolojik açıdan özel incelemenin, bağımsız denetim faaliyeti ile karıştırılmasına neden olabileceğinden, kavram sorununun çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Ancak kanunda özel denetim, özel denetçi, özel denetçi raporu kavramları kullanılmış olduğundan biz de kanundaki kavramı kullanarak tez çalışmamızı gerçekleştirdik. Bununla birlikte, kullanılan denetim kavramı, özel inceleme faaliyetinin niteliğinin yanlış anlaşılmasına yol açabileceğinden dolayı, tarafımızca terminolojik açıdan doğru bir niteleme olarak görülmemektedir.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### ÖZEL DENETİME İLİŞKİN KAVRAMLAR, İSTEMİN MADDİ-USÛLİ AÇIDAN HUKUKİ NİTELİĞİ, İLİŞKİLER, HAK SAHİPLERİ, HAKKIN MADDİ-USÛLİ KOŞULLARI

#### I.Genel Olarak Özel Denetim

Anonim şirketlerin sermaye odaklı yapısında pay sahiplerinin katılım payı belirleyicidir. Bu yapıda pay; eşya hukuku anlamında mülkiyeti değil, bazı hak ve yükümlülükleri içeren ortaksal bir durumu ifade etmektedir. Burada pay sahibine paya bağlı yönetsel ve malvarlıksal haklar verir. Ancak anonim şirkette paya sahip olmak pay sahibine doğrudan doğruya şirket yönetimine ve denetimine katılma gibi bir hak vermemektedir. Pay sahiplerinin haklarını kullanabilecekleri ve şirket işlerinde etkili olabileceği yer genel kuruldur.

Genel kurulda pay sahipleri gündem maddeleri üzerinde tartışmalar yaparak görüşlerini bildirirler. Bu platform pay sahiplerinin görüşlerinin oluşmasında etkili olacağından, oy hakkının da ne yönde kullanılacağı hususunda da etkili bir yerdir. Pay sahiplerinin pay sahipliğine ilişkin haklarını özellikle de oy kullanma hakkını etkin bir şekilde kullanabilmesi için bilgi sahibi olması gerekmektedir. Anonim şirketin faaliyetleri hakkında pay sahiplerinin bilgi edinmesi sadece bilginin genel kurulda alınması ile sınırlı değildir<sup>16</sup>.

TTK'nin "pay sahibinin kişisel hakları" ana başlığı ve V. numaralı özel denetim isteme hakkı alt başlığı altında TTK m.438 ve 444' da düzenlenen özel denetim isteme hakkı, ortaklıkta önemli bir bireysel ortaklık ve azlık haklarından birisini oluşturmaktadır<sup>17</sup>. Özel denetim isteme hakkı, eTK m. 348'de düzenlenmişti. Bu madde 1937 tarihli Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun (AlmPOK) 118. paragrafından esinlenerek alınmıştır<sup>18</sup>. Ancak İsviçre'de anonim şirketler hakkında Alman ve Fransız modellerinden esinlenerek yapılan

<sup>16</sup> Kaya, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı**, s.14.

<sup>17</sup> Oruç Hami Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, b.2, 2015, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.517.

<sup>18</sup> Şafak Narbay, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıklarda Özel Denetim Yapılması Şartları ve Özel Denetçinin Atanması Usulü" **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan**, C.I, Vedat Kitapçılık, 2007, (s.287-327), s.287-288., 1937 tarihli Alman Paylı Ortaklıklar Kanununda özel denetim kurumu dördüncü bölüm, altıncı alt bölümde düzenlenmişti. Alman Paylı Ortaklıklar Kanununun 118'nci paragrafı dört fıkradan oluşmakta olup, özel denetçinin görevlendirilmesini, paragraf 119 iki fıkradan oluşup, özel denetçinin seçimini, paragraf 120 tek bir fıkradan oluşup, özel denetçinin sorumluluğunu, paragraf 121 ise dört fıkra olup, özel denetçinin hak ve denetim yetkisini düzenlemektedir.

1991 tarihli revizyon<sup>19</sup> çalışmalarında pay sahipliğine ilişkin hakları güçlendirmek, bilgi alma ve inceleme hakkını etkinleştirmek ve şirketlerde şeffaflığın sağlanması amacıyla özel denetim CO Art. 697a ve 697g maddeleri arasında (*le contrôle spécial*) düzenlenmiştir. Özel denetimin amacı (*ratio legis*) pay sahipliğine ilişkin hakları iyileştirmek ve etkinleştirmek, yönetimi kontrol etmek ve pay sahipleri ile şirketin çatışan menfaatlerini uzlaştırmaktır (*concilier les intérêts opposés*)<sup>20</sup>.

Özel denetim isteme hakkı, pay sahibinin pay sahipliğinden doğan haklarını etkin bir şekilde kullanabilmesi bakımından öngörülmüş bir haktır. Kurumun amacı; pay sahiplerinin başta oy hakkı olmak üzere, paya ilişkin haklarını daha bilinçli kullanabilmelerini sağlamaktır<sup>21</sup>. Bunun yanı sıra çoğunluğun gücünü azlığa karşı kötü olarak kullanmasını engellemek için, TTK' da pay sahipliği haklarının faydasına olarak çoğunluğun gücü belirli bazı hukuki araçlarla sınırlandırılmıştır.

Bu sınırlar; kanuna ve esas sözleşmeye uygun hareket etme zorunluluğu TTK m. 445,447, TBK m.26; dürüstlük kuralları TTK m.445/1, TMK m.2; pay sahiplerinin eşit işleme tabi tutulması ilkesi TTK m.357, hakların sakınılarak kullanılması ilkesi, müktesep haklar TTKm.452, ferdi haklar, ağırlaştırılmış nisaplar TTK m.421, azlık hakları, imtiyazlı payların korunmasına ilişkin özel sistem TTK m.454, birikimli oy, sermaye artırımında yönetim kurulunun beyanı TTK m.457, iç kaynaklardan sermaye artırımının tabi olduğu sınırlar TTK m.462, geniş bilgi alma hakları TTK m.437, topluluk hukukunun düzenlenmiş olması TTK m.195, haklı sebeplerle anonim ortaklığın alternatif çözümlü feshi davası TTK m.531<sup>22</sup> gibi sınırlardır.

Bunların yanı sıra 6102 sayılı TTK ile sistemimize çoğunluğun sahip olduğu gücü pervasızca, dürüst olmayan bir şekilde ve zarar verme kasdı ile ilkel bir şekilde kullanmasını önlemek amacı ile dört etkin araç daha eklenmiştir. Bunlar; şeffaflık ve bu bağlamda internet

<sup>19</sup>1936 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu 143 madde olarak düzenlenmişti CO Art. 620-763. 1960'lı yıllarda anonim şirketler hukuku alanında reforma ihtiyaç olduğu konusu tartışılmaya başlanmış ve *Tschopp* Çalışma grubu oluşturularak 1968 yılında çalışmalar başlatılmıştı. Çalışmalar 1983 yılında hükümet tasarısı haline dönüşmüş ve Kanun 04 Ekim 1991 senesinde oybirliği ile yasalaşarak, 01.07.1992 yılında yürürlüğe girmiştir. Yaşar Karayalçın, "İsviçre Borçlar Kanunu'nda Anonim Şirketler Hukuku Alanında Yapılan Değişiklikler", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (**Batider**), Y.1993, C.XVII, S.1, (s.3-48), s.6.

<sup>20</sup> Pierre- Alain Killias, Julie Bertholet, **Le contrôle spécial**, CEDİDAC, 2005, (s. 241-271), 241.

<sup>21</sup>Hayri Bozgeyik, **Şirketler Hukuku, (11. Bölüm Pay Sahibinin Hakları ve Borçları)**, Editör: Sami Karahan, C.I, Konya, 2012, s.635),., Narbay, Anonim Ortaklıklarda Özel Denetim Yapılması Şartları ve Özel Denetçinin Atanması Usulü, s.288.

<sup>22</sup>Özel denetim yapılması açılacak olan sorumluluk, iptal ya da haklı sebeple fesih davalarının ileri sürülmesini ve ispat edilmesini kolaylaştırabilecek yardımcı hukuki bir yol olarak belirtilmiştir. Şirketin haklı sebeple feshini dava edebilmek için özel denetim yapılması bir ön koşul olmamakla birlikte, davada ispata yardımcı bir işlevi olduğu kesindir. Ayşe Şahin, **Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s.75.

sitesi kurma TTK m.1524, TMS/TFRS, bağımsız denetim ve ortaklıklar topluluğudur. Bununla birlikte, TTK' da azlık haklarının ve bilgi alma hakkının kullanılmasında mahkeme yolu açık tutulmuştur. Bilgi alma ve inceleme hakkının düzenlendiği TTK m. 437/5' te de bilgi alma ve inceleme hakkı cevapsız bırakılan veya haksız olarak reddedilen ya da ertelenen pay sahibinin de şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine başvurabilmesi imkânı getirilmiştir<sup>23</sup>.

Özel denetim yönetimin işlerini incelemede önemli bir yere sahiptir. Zira yönetim kurulu şirket işlerini pay sahiplerinin yokluğunda gerçekleştirmektedir. Bu işler hakkında bilgi almak isteyen pay sahiplerinin [(CO Art. 697)-TTKm.437)]'ye göre bilgi alma ve inceleme hakkı bulunmaktadır. Ancak pay sahiplerinin bu hakkı çoğu zaman şirket sırrı ileri sürülmek suretiyle engellenerek kullanılamaz hale getirilmektedir. İncelemeden yoksun bir yönetim; ne şirketler hukukunun temel ilkeleriyle, ne de yasalarıyla bağdaşmamaktadır. Bu sebeplerden dolayı özel denetim yönetimin gözetimi ve denetimi açısından önemli bir ihtiyaca cevap vermektedir. Özel denetimin bir diğer önemi de pay sahipliğine ilişkin hakların etkili bir şekilde kullanılmasını sağlamasıdır. Özel denetim ile pay sahibi bilgiye ulaşabilecektir. Bilgi sahibi olan pay sahibi; oy hakkını, seçim hakkını ve örneğin şirkette haksız dağıtılmış bir kâr varsa bunun iadesine ilişkin dava açma hakkını, yöneticilerin sorumluluğunu gerektiren bir husus varsa bunlar hakkında sorumluluk davası açma<sup>24</sup> gibi haklarını bilinçli olarak kullanabilecektir<sup>25</sup>. Özel denetim şirketle pay sahiplerinin çatışan menfaatlerini uzlaştıran bir araçtır. Başka bir ifadeyle özel denetçi öğrendiği şirket sırrı niteliğini haiz bilgileri saklamakla yükümlü olup, pay sahiplerine pay sahipliği haklarını kullanmaları için yetecek olan bilgiyi vermekle yükümlüdür<sup>26</sup>.

## A.Özel Denetim Açısından Kontrol ve Denetim Kavramları

Genel olarak kontrol ve denetim kavramlarının eş anlamlı olarak kullanıldığını söyleyebiliriz. Kontrol kavramı, Latince ve İngilizce' de "denetim" anlamına gelen "*control*" kelimesi ile ilgilidir. Pek çok yerde kontrol kavramı denetim kavramı ile

<sup>23</sup>Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku I**, s.617-618, N.881,882, 883.

<sup>24</sup>Özel denetçinin hazırladığı rapor sorumluluk davası açılmasına zemin oluşturacaktır. Bu hak tek başına kötüye kullanım ya da hak ihlallerini gidermeye yönelik olmayıp şirket organlarının kanunu ya da esas sözleşmeyi ihlal ederek şirket ve pay sahiplerini zarara uğrattığı konusunda bir tespit yapılmasını sağlamaktadır. Şahin, **Anonim Ortaklığın Hakkı Sebeple Feshi**, s.75.

<sup>25</sup>Killias/Bertholet, **Le contrôle spécial**, s.245-246.

<sup>26</sup>Killias/Bertholet, **Le contrôle spécial**, s.247.

açıklanmaktadır. Fakat kontrol kavramı içerisinde denetim kavramını da alan çok geniş ve kapsayıcı bir kavramdır<sup>27</sup>.

Anglo- Sakson ülkelerinde bağımsız muhasebe uzmanları tarafından yapılan denetim "*Audit*" olarak ifade edilmektedir. Ülkemizde bağımsız muhasebe uzmanlarının yaptığı denetim anlamında yalnızca "denetim" kavramı kullanılmakta olup burada dış denetimden (bağımsız denetim) ya da muhasebe denetiminden söz edilmektedir. Türk Hukuku'nda Türk Ticaret Kanunu (TTK) ile denetim kurumu, anonim şirketler hukuku hükümlerinin üçüncü bölümünde "denetleme" üst başlığı altında düzenlenmiştir. Bağımsız denetimin konusunu TTK m.398/1; şirketin ya da şirketler topluluğunun finansal tabloların ve yönetim kurulunun faaliyet raporlarının, envanterin ve muhasebenin denetimi oluşturmakta olup, bu denetim pay sahiplerini çoğunluk karşısında koruyacak olan denetimi kapsamamaktadır<sup>28</sup>. Anonim ortaklıklarda kurucuların veya yönetimde görevli olan kişilerin, yetkilerini kötüye kullanmak suretiyle, pay sahiplerini ve şirket alacaklılarını zarara uğratma ihtimalleri bulunmaktadır. Bu gibi zararlı bir sonucun ortaya çıkması ihtimalini önlemek amacıyla denetleme kurumuna ihtiyaç duyulmaktadır<sup>29</sup>.

İngilizcede kontrol kelimesi muhasebe anlamında da kullanılmaktadır. Örneğin muhasebe müdürünün İngilizce karşılığı "*Controller*" kelimesidir. Görüldüğü üzere, kontrol ve denetim kelimeleri hem birbirlerinin yerine hem de muhasebe ve muhasebe denetimi anlamlarında kullanılmaktadır<sup>30</sup>. Kontrol kelimesinin genel anlamı; bir kişinin, bir örgütün ya da bir konunun üzerinde egemenlik kurmayı ve onu istenilen yöne yöneltmeyi sağlayan yöntem ve davranış olarak tanımlanmıştır<sup>31</sup>. Kontrol kavramının işletme açısından tanımı; önceden belirlenmiş politikalar ve kararlar vasıtasıyla işletmeyi belirlenen bir amaca ulaştırma gücünün işletmede mevcut oluşu olarak tanımlanmaktadır<sup>32</sup>. Amerikan Muhasebeciler Birliği'nin Temel Denetim Kavramları Komitesi'nin raporunda denetim kelimesi;

"ekonomik faaliyet ve olaylarla ilgili olarak beyan edilen bilgilerin önceden oluşturulmuş kriterlere uygunluk derecesini belirlemek için bu ekonomik faaliyet ve olaylara

<sup>27</sup>Münevver Yılcı, **İç Denetim (Türkiye'nin 500 Büyük Sanayii İşletmesi Üzerine Bir Araştırma)**, 2.Bası, Nobel Yayın, Ankara, 2006, s.3.

<sup>28</sup>Nihan Değirmencioğlu Aydın, **Anonim Şirketlerde Özel Denetim İsteme Hakkı**, Legal, İstanbul, 2015, s.2.

<sup>29</sup>Ömer Özkan, "**Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Özel Denetçi Atanması**", Batider, C.XX, S.2, Aralık,1999, s.27.

<sup>30</sup>Yılcı, **İç Denetim**, s.4.

<sup>31</sup>Gürbüz/Yılcı, **İç Denetim**,1985, s.11 (s.4'ten naklen).

<sup>32</sup>Kepekçi/Yılcı, **İç Denetim**, 1982, s.9, (s.4'ten naklen).



ilişkin bilgilerle ilgili delillerin objektif olarak elde edilmesi, değerlendirilmesi ve sonuçların bu bilgilerle ilgilenen taraflara iletişimini sağlayan sistematik bir süreç" olarak tanımlanmıştır.

Muhasebecilerin çokça kullanmış olduğu denetim tanımı, tanımın içerisinde bilhassa "beyan edilen bilgilerin" denetimine vurgu yapması nedeniyle içinde dış denetim (bağımsız denetim) kaygısı taşımaktadır. Tanımda bilgiler ifadesine vurgu yapılmasının nedeni; dış denetçilerin işletmenin beyan ettiği bilgiler (bilanço, gelir tablosu, vb.) üzerinde görüş oluşturma çalışmalarıdır. Ancak konuya yönetim işlevleri açısından, yönetim kaygısıyla bakan tanımlarda bilgi ifadesinden ziyade "sonuçların belirlenmesi" ifadesinin ön planda olduğu görülmektedir. Buna göre denetleme, belirlenen standartlara uyulup uyulmadığının saptanmasıdır. Denetim süreci; standartların belirlenmesi, sonuçların belirlenmesi, karşılaştırma, olumlu ya da olumsuz saptamaların belirlenmesi ve olumsuz saptamaların düzeltilmesi aşamalarından oluşmaktadır<sup>33</sup>.

İsviçre'deki kanun tasarısında (*l'Avant-Projet/ AP-CO*) kanunda kullanılan «*contrôle spécial*» terimi yerine, denetim organının (*l'organe de révision*) yaptığı faaliyetlerle karıştırılmaması için «*examen spécial*» teriminin kullanıldığını görüyoruz<sup>34</sup>.

Özel denetim bir denetim türü değildir. Özel denetim kurumu bilgi alma ve inceleme hakkının bir uzantısıdır (bir başka ifadeyle ikincil bir haktır). Denetim kavramı muhasebesel bir incelemeyi anlamakta olup, bu denetimi gerçekleştiren denetçilerin hazırladığı rapor taraflar açısından bazı hukuki sonuçların oluşmasına neden olmaktadır. Bağımsız denetim; ortaklığın finansal tablolarının ve diğer finansal bilgilerinin, finansal raporlama standartlarına uygunluğu ve doğruluğu konusunda makul güvence sağlayacak yeterli ve uygun bağımsız denetim kanıtlarının elde edilmesi amacıyla, uluslararası denetim standartlarında öngörülen bağımsız denetim tekniklerinin uygulanarak yapıldığı bir denetimdir. Bunun yanı sıra bağımsız denetim, kurumsal yönetim ilkelerinin yön verdiği anonim ortaklıklarda, şirket işlemlerinde şeffaflığın sağlanması ve şirket hesaplarının uluslararası denetim standartlarına uygun bir şekilde tutulması amacıyla, bağımsız ve konusunda uzman olan denetçiler tarafından yerine getirilecek olan bir denetim mekanizmasıdır. Böyle bir denetim ile şirket organları ve menfaat sahipleri şirketle ilgili sağlıklı kararlar alabilecektir. Bağımsız denetimin anonim ortaklığın organları üzerinde de önemli bir etkisi bulunmaktadır. Nitekim TTK m.403/5'te belirtildiği üzere, bağımsız denetçinin olumsuz görüş vermesi halinde, şirketin

<sup>33</sup>Yılancı, **İç Denetim**, s.4-5.

<sup>34</sup> **Rapport explicatif relatif à la modification du code des obligations (Droit de la Société Anonyme)**, s.109, <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/vn-ber-f.pdf>.

finansal tablo ve yıllık faaliyet raporu olsa da bunlar bir hüküm ifade etmeyecektir. Denetçi tarafından olumsuz görüş verilmesi halinde hazırlanan mali tablolar genel kurul tarafından alınacak mali nitelikli kararlara temel oluşturmayacaktır<sup>35</sup>.

Oysa, özel denetimde denetçinin hukuki görüş bildirme yükümlülüğü yoktur. Özel denetimi gerçekleştiren bağımsız uzman şirket hakkında şüphe duyulan ve incelenmesi istenilen konunun resmini çekerek sadece bir tespitte bulunup, herhangi bir değerlendirme de bulunmamaktadır. Bir başka deyişle, özel denetçi (özel incelemeci) incelediği hususlar hakkında sadece bir tespit yapmakta olup, bunlarla ilgili olarak hukuki görüşünü bildirme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu nedenle özel denetçinin (incelemecinin) yaptığı faaliyet bir inceleme/tetkiktir. Tedkîk kelimesi, dikkat sözcüğünden gelmektedir. Kelime inceden inceye araştırıp, sorarak hakikati medyana çıkarma anlamına gelmektedir<sup>36</sup>.

Denetim kavramının genel olarak, muhasebesel bir denetimi anlattığı ve bunun neticesinde şirket açısından bağlayıcı sonuçları olan bir faaliyet olduğu düşünüldüğünde, TTK' da pay sahipliği hakları başlığı altında "özel denetim isteme hakkı" alt başlığında düzenlenen hakkın, "özel inceleme (tedkîk) hakkı" olarak ifade edilmesini; hem bu hakkın kanundaki düzenleniş yeri açısından hem de özel denetçinin yapacağı faaliyetin bir muhasebe denetimi olmamasından dolayı daha uygun görüyoruz. Üstelik özel denetim, konusunda bağımsız olan uzmanlar tarafından yapılabilecek bir inceleme olduğundan, bu incelemeyi yapabilmek için, bağımsız denetimde olduğu gibi, bağımsız denetçi unvanı almaya da gerek olmadığından, incelemeyi gerçekleştirecek olan uzmana da özel incelemeci demeyi öneriyoruz.

İsviçre'de özel denetimin, bağımsız denetim ve işlem denetçisinden farklı olduğu ve bu farkların neler olduğu belirtilmiştir. Özel denetim bir denetim olmayıp, bir inceleme olduğu için bağımsız denetim ve işlem denetçisi ile karıştırılmamalıdır. Nitekim mehzar kanunda özel denetimin CO Art.727'de düzenlenen ortaklığın yıllık hesap denetiminden farklı olduğu belirtilmiştir<sup>37</sup>. Burada denetim makamı (*organ de révision*) şirketin bir organı olarak

<sup>35</sup>Olumsuz görüşün dışında denetçi; olumlu görüş ya da sınırlı olumlu görüş yazısı da verebilir. Olumlu görüş; şirketin finansal tablolarının ve yıllık faaliyet raporunun TMS' ye (Türkiye Muhasebe Standartlarına, kanuna ve esas sözleşmedeki finansal raporlamaya ilişkin hükümlere uygun olduğunun denetçi ya da denetçiler tarafından açıklanmasıdır. İşte bu durumda GK karar alabilir ve bu durum yöneticilerin ibrasına esas ve dayanak oluşturur.

<sup>36</sup>Şemseddin Sami, Kâmûs-ı Türkî, Hicri 1314 (1918), Çağrı Yayınları, İstanbul, Miladi 2007, s.193. Tedkîk kelimesinin dikkatle ve inceden inceye araştırma olduğu yönünde ayrı Bkz. Mertol Tulum, **Osmanlı Büyük El Sözlüğü Türkçesi**, Kapı Yayınları, İstanbul, 2013, s.175.

<sup>37</sup>Nitekim Fransız Hukuku'nda da özel denetimin genel bir denetim olmadığı bu denetimin bağımsız denetimden de farklı olduğu belirtilmiştir. Derthal Albas, **Le Contrôle De La Société Anonyme Par Les Actionnaires**, Université de Lomé, DEA, 2007.

şirketin periyodik olarak muhasebesini ve yıllık bilançosunu incelemektedir. Özel denetçi ise aşağıda detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere dışarıdan atanan bağımsız bir uzmandır. Özel denetçi bağımsız denetimden farklı olarak periyodik olmayacak şekilde bir inceleme yapar ve inceleyeceği şeyin ne olduğu kanunda belirtilmemiştir. Oysa denetim makamının (*organe de révision*) şirketin muhasebe kayıtlarını ve yıllık bilançosunu inceleyeceği kanunda açıkça düzenlenmiştir. İsviçre kanun tasarısında (AP-CO) da (*organ de révision*) denetim makamının yaptığı denetim aktivitesi ile karıştırılmaması için özel denetim kavramını ifade eden «*le contrôle spécial*» ifadesinin «*examen spécial*» olarak değiştirildiğini belirtelim.

Türk Hukuku'nda, bağımsız denetim ile şirketin finansal tabloları ile yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporunda yer alan bilgilerin denetlenmesi yapılmaktadır. Özel denetim, muhasebenin ya da şirket işlerinin genel bir denetim değildir. Özel denetim, muayyen (belirli) hususları inceleyen bir faaliyettir. İnceleme kavramının sözlük anlamı; tetkik, bir şeyi anlamak ve hakkında bir hükme varmak için özellik ve ayrıntıları üzerinde dikkatle durarak araştırmak, tetkik etmek olarak ifade edilmiştir<sup>38</sup>. Denetim (*audit*) kavramı ise; Anglo-Sakson ülkelerinde bağımsız muhasebe uzmanlarının yaptığı denetimi karşılamaktadır. İngilizcede de kontrol (*controller*) kelimesi muhasebe anlamında kullanılmaktadır.

Kontrol ve denetim kelimeleri, hem birbirinin yerine hem de muhasebe ve muhasebenin denetimi anlamlarında kullanılmaktadırlar<sup>39</sup>. Bu kavramların özel inceleme faaliyetinde kullanılması kavram kargaşasına neden olabilir. Zira özel denetim, bir muhasebe denetimi değildir. Özel denetim, belirli olayların açıklığa kavuşturulması amacıyla yapılan bir aydınlanma müessesesi olup, bilgi alma veya inceleme hakkının bir uzantısıdır. Başka bir deyişle, bu haklar kullanılmadan, özel denetim yapılması istenemeyeceği için, TTK'daki «özel denetim isteme hakkı» başlığının, «özel inceleme isteme hakkı» olarak düzenlenebileceği kanaatindeyiz. Terminolojik olarak, Türk Hukuku açısından da, özel denetim ifadesindeki denetim kavramının; genel bir denetim faaliyeti ya da bağımsız denetim ile karıştırılmaması için, özel “inceleme” isteme hakkı olarak düzenlenmesi daha uygun olacaktır.

<sup>38</sup>İlhan Ayverdi, **Misalli Büyük Türkçe Sözlük**, Kubbealtı Yayınevi, İstanbul, s.1424,1425.

<sup>39</sup>Yılancı, **İç Denetim**, s.4.

6335 sayılı kanun ile yapılan değişiklik sonrası yürürlükten kaldırılan işlem denetçiliği<sup>40</sup> de özel denetimden farklıdır. Kaynak kanunda CO Art.653f/1 ve CO Art.732/2 uyarınca esas sermayenin artırılması ya da azaltılması sırasında yapılan denetim ile özel denetim farklı konuları kapsamaktadır. İşlem denetimi periyodik olmayan zamanlarda yapılmakla birlikte kanuni olarak yapılması gereken bir denetimdir. Bu şekilde şirketin sermaye artırımında ya da azaltımında yapması gereken bazı şartları yerine getirip getirmediği denetlenmektedir. Özel denetim bir denetim olmayıp, yapılması gibi zorunluluk da bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle özel denetim (inceleme) pay sahiplerinin istemi ile gerçekleştirilmektedir.

İşlem denetçisi, anonim ortaklığın kuruluşunu, sermaye artırımını, azaltılmasını, birleşmeyi, bölünmeyi, tür değiştirmeyi, menkul ihracını ya da benzer nitelikte kamusal menfaatin bulunduğu, sermaye piyasasına hitap eden bir anonim ortaklığın tasarrufunu denetleyen ve denetlediği işlemin uzmanı olan kişi olarak tanımlanmıştır.

6335 sayılı kanun öncesi TTK m.554'te düzenlenen işlem denetçisi, 6335 sayılı kanundan sonra değiştirilerek kanundan kaldırılmıştır. İşlem denetçisinin özel denetçiden en önemli farkı, kanun ve esas sözleşmede aksine bir hüküm bulunmuyorsa denetçinin genel kurul tarafından atanıp, görevden alınacağı şeklindedir<sup>41</sup>. Bunun dışında birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin olan maddelerdeki en önemli özellik, işlem denetçisinin vereceği raporun bir şart olarak düzenlenmiş olmasıydı. Birleşme sözleşmesi ve birleşme raporunun<sup>42</sup>, bölünme sözleşmesinin ya da bölünme raporunun, tür değiştirme sözleşmesinin ve raporunun işlem denetçisine denettirilmesi bir şart olarak düzenlenmişti<sup>43</sup>.

Özel denetim pay sahipliğine ilişkin hakların korunması ve bunların etkin kullanımı açısından pay sahipleri tarafından istem halinde yapılan bir inceleme iken, işlem denetimi; ortakların, azlığın ve alacaklıların korunması açısından yapılmaktadır<sup>44</sup>. Özel denetim

<sup>40</sup>İşlem denetçisi ile ilgili olarak TTK gerekçesinde, işlem denetçisinin; kuruluş, sermaye artırımını, azaltılması, birleşme, bölünme, tür değiştirme ve menkul değer ihracı gibi işlemleri denetleyen bir uzman olarak belirtildiğini görüyoruz. (Bkz. Aslı Elif Gürbüz Usluel, "Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticaret Ortaklıklarının Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmesinde İşlem Denetçisi ve Hukuki Sorumluluğu", **Batider**, Y.2011, C.XXVII, S.2, s.125).

<sup>41</sup>Ünal Tekinalp, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku İle Tek Kişi Ortaklığının Esasları, b.2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s.290, N.16-98., Gürbüz Usluel, **İşlem Denetçisi**, s.134.

<sup>42</sup>Nitekim 6335 sayılı kanun öncesinde; TTK m.148/I'de birleşmeye katılan şirketlerin; birleşme sözleşmelerini, birleşme raporunu ve birleşmeye esas oluşturan bilançoyu, bu konuda uzman olan bir işlem denetçisine denettirmelerinin şart olduğu düzenlenmişti.

<sup>43</sup>Gürbüz Usluel, **İşlem Denetçisi**, s.138.

<sup>44</sup>Örneğin bölünme, alacaklılar açısından özel korumayı gerektiren neticeler doğurmaktadır. Bölünmede alacaklıların teminat isteme hakkını bölünmeden önce kullanması söz konusu dönemde bölünmenin ticaret

alacaklılarla ilgili bir inceleme olmadığı gibi şirket alacaklılarının özel denetim isteme hakkı da bulunmamaktadır.

Ayrıca işlem denetiminin konusunu, yeniden yapılanma sözleşmesi ve planı, yeniden yapılanma raporu ve yeniden yapılanma bilançosu oluşturur ve denetçi denetim faaliyetini bu belgeler çerçevesinde gerçekleştirir<sup>45</sup>. Oysa özel denetimin konusunu; şirket iş ve işlemleri oluşturmaktadır.

İşlem denetçisi bir denetim yapar ve denetiminin kapsamını genel olarak; sermaye artırımında devrolunan şirketin ortaklarının haklarının korunup korunmadığı, değişim oranının ve ayrılma akçesinin adil olup olmadığı, değişim oranının hangi yöntemlere göre hesaplandığı, denkleştirmenin uygun olup olmadığı, değişim oranı yönünden payların değerlendirilmesinde dikkate alınan özellikler, tür değiştirme bakımından ise tür değiştirme şartları, bilanço ve tür değiştirmeden sonra ortakların hukuki durumları gibi hususlar oluşturur<sup>46</sup>.

İşlem denetçisinin yapmış olduğu denetim sınırlı bir denetimdir. İşlem denetçisinin denetimi, yeniden yapılanma sözleşmesinin ve planının, yeniden yapılanma raporunun, yeniden yapılanma bilançosunun denetimidir. Bu denetim, raporun içeriğiyle sınırlı olacak şekilde yapılır. Bunun nedeni yeniden yapılanmanın esas amacının, yeniden yapılanmanın değerinin ortaya konması ve bu kapsamda yeniden yapılanmanın tarafı olan anonim ortaklığın ortaklarının değişim oranı ve ayrılma akçesinin hesaplanmasında eşit işleme tabi olup olmadıklarının ve ortakların haklarının korunup korunmadığının belirlenmesidir<sup>47</sup>.

Özel denetçinin incelemesinin konusu şirket iş ve işlemleri olduğu için, pay sahipleri usulsüz olduğunu düşündükleri işlemler hakkında önce bilgi alma haklarını kullanırlar. Ancak bu bilgilerden tatmin olmamaları ya da bu bilgilerin kendilerine verilmediği hallerde özel denetim isteminde bulunurlar. Mahkeme tarafından görevlendirilen bağımsız bir uzmanın (özel incelemecinin) belirli bir konuda inceleme yapması ve bu incelemenin sonucunu düzenlediği raporda sunması söz konusudur. Özel denetçinin (özel incelemecinin) hazırlamış olduğu raporun bağlayıcılığı olmaması, özel denetçinin incelediği konular hakkında hukuki bir değerlendirmede bulunmaması, bağımsız denetçinin raporuna ve işlem denetçisinin

---

siciline tescil edilmemiş olması ve bundan dolayı alacaklıların birleşmenin aksine bölünmeye ait belgeleri inceleyememesi bu duruma kanıt olarak gösterilebilir. Gürbüz Usluel, **İşlem Denetçisi**, s.140.

<sup>45</sup>Gürbüz Usluel, **İşlem Denetçisi**, s.140.

<sup>46</sup>Gürbüz Usluel, **İşlem Denetçisi**, s.143.

<sup>47</sup>Gürbüz Usluel, **İşlem Denetçisi**, s.144.

hazırlamış olduğu rapora bağlanan hukuki sonuçların olması, özel incelemeyi işlem denetçiliğinden ve bağımsız denetimden ayırmaktadır.

## B. Özel Denetim Açısından Bilirkişilik Kurumu

Usul Hukuku'nda bilirkişilik yasal bir tanıma<sup>48</sup> kavuşturulmamış olmakla beraber tanım yapılmasına elverişli bazı unsurların verildiğini görüyoruz<sup>49</sup>. HMK m.266 uyarınca mahkeme çözümü hukuk dışında, özel ya da teknik bilgiyi<sup>50</sup> gerektiren hallerde taraflardan birinin talebi ile ya da kendiliğinden, bilirkişinin oyunun ve görüşünün alınmasına karar verebilir. Hâkimin mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgisi ile çözümleyebileceği meselelerde bilirkişiye başvuramayacağı da belirtilmiştir. Zira hâkim hukuku kendi uygular. Bu prensibe *iuro novit curia* denir. Hükümet gerekçesinde de kanunda sözü edilen “özel bilgiden” maksadın hukuk bilimi dışında, belirli bir bilim dalının araştırıp ortaya koyduğu sonuçlara ilişkin bilgi anlaşılmalıdır. Dolayısıyla hukuki konuların en önemli ve en yetkin bilirkişisi hâkimin kendisidir<sup>51</sup>.

HMK m.266'da ifade edilen teknik bilgiden anlaşılması gereken ise, fizik, kimya, matematik gibi pozitif bilimlerin verilerini uygulamaya yeterli bilgidir. Bununla birlikte, belirli bir işletme boyutunu aşan, genel nitelik kazanmış, yetkili kişi, kurum ya da kurullar tarafından tespit edilen teknik standartların da teknik bilgi kavramının kapsamında yer aldığını belirtelim. Bu bakımından hâkim davada bilirkişinin görüşünü almadan olayı anlayamıyorsa ve bu nedenle konu hakkında karar veremiyorsa işte bu gibi hallerde bilirkişiye başvurması gerekir. Hatta kanunlarda bazı durumlarda bilirkişi raporunun alınması bir şart olarak da belirtilmektedir<sup>52</sup>.

<sup>48</sup>Bilirkişiliğin çok farklı tanımları yapılmıştır. Bunlardan birisi de bilirkişinin, sahip olduğu uzmanlık bilgisi ile mahkemeye bir ispat sorununda yardımcı olan kişi olduğu şeklindedir. (Tanım için Bkz. Yahya Deryal, **Türk Hukukunda Bilirkişilik**, Adalet Yayınevi, Ankara, b.5, 2015, s.29. İsviçre Hukuk sisteminde de bilirkişinin hazırlayacağı raporun davada ispat vasıtası olduğunun belirtilmiş olması raporun delil niteliğine işaret etmekte ve hâkimin davayı sonuçlandırabilmesi açısından önem arz etmektedir. Killias/Bertholet, s.247.

<sup>49</sup>Deryal, **Türk Hukukunda Bilirkişilik**, s.27.

<sup>50</sup>Bilimin hızla gelişmesi özel ve teknik bilgiyi zorunlu kılmıştır. Uyuşmazlığı çözmekle görevli olan hâkim her zaman bu teknik ya da özel bilgiye sahip olmayabilir. Her şeyi bilmek zorunda olmayan hâkimin uyuşmazlığı çözebilmesi için uzman kişiden yardım alması gerekir. Bu nedenle uyuşmazlık konusunun aydınlatılması bakımından gerek hâkim gerekse taraflar bilirkişiye başvurulmasını isteme hakkına sahiptir. (Bkz. Hakan Pekcanitez, “Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan**, Adalet, Ankara, 2009, s.397).

<sup>51</sup>Ejder Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Ankara, 2012, s.1182.

<sup>52</sup>Yılmaz, **HMK Şerhi**, s.1183.

Burada şunu da belirtelim ki, bilirkişilik, uzman görüşünden (özel bilirkişi/*Privatgutachten*) farklıdır. Bunu belirtmemizin nedeni, özel denetçinin özel uzman olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ile ilgilidir. Zira taraflar özel ya da teknik bilgiyi gerektiren konular hakkında dava açılmadan önce iddia ve savunmalarını güçlendirmek amacıyla bir uzmana başvurarak ondan görüş alabilirler. Dava açılmadan önce taraflarca, böyle bir uzmana başvurularak, ondan görüş alınması ve bu görüşün, dava dilekçesinde gösterilmesi, bilirkişilikten farklıdır<sup>53</sup>. Fakat özel denetçiye, özel uzmana da bilirkişi denilmesinin nedeni, bu kişilerden kendi uzmanlık alanlarına ilişkin görüş alınması ile ilgilidir<sup>54</sup>. Burada özel denetçiyi, özel bilirkişiden de ayırt etmek gerekir. Zira özel bilirkişi raporu dava açılmadan önce tarafların iddia ve savunmalarını güçlendirmek amacıyla özel ya da teknik konularda başvuru ve en önemlisi de tarafların kendi seçtikleri uzmanlar<sup>55</sup> vasıtasıyla elde edilen bir rapordur. Oysa özel denetçi genel kurul tarafından özel denetim yapılması istemi kabul edilmiş olsa bile mahkeme tarafından atanan ve bu nedenle her iki tarafa da eşit mesafede olan bağımsız bir uzmandır.

Bilirkişilik hukukun her alanına özgü konularda yapılmaktadır<sup>56</sup>. Oysa özel denetim kurumu şirketler hukuku alanına özgü bir incelemedir.

Bilirkişi raporunun hukuki niteliği raporun takdiri bir delil olduğudur<sup>57</sup>. Başka bir anlatımla, bilirkişi raporu hâkimi bağlamamaktadır. Hâkim HMK m.282 uyarınca bilirkişinin

<sup>53</sup>Pekcanitez, **Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi**, s.397.

<sup>54</sup>Pekcanitez, **Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi**, s.398.

<sup>55</sup>**Pekcanitez**, özel bilirkişi raporunun bilirkişi raporu gibi delil olarak kabul edilmemesinin sebebini, bilirkişinin raporunun objektif ve tarafsız olması için HMK’ da pek çok teminat öngörülmüş iken, özel bilirkişi raporunda tarafların kendilerine yakın bir uzmanı seçebilmesi olarak belirtmiştir. Hâlbuki hâkim tarafından atanan bilirkişilikte, bilirkişinin taraflardan biri ile yakın olması o bilirkişinin HMK m.272’de düzenlenen bilirkişinin reddi sonucunu doğuracaktır. (Bkz. Pekcanitez, **Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi**, s.400). Özel denetçi de hâkim tarafından atanmaktadır. Bu nedenle özel denetçinin şahsına, onu seçen mahkeme nezdinde haklı nedenlerle (örneğin taraflardan birine yakınlığı sebebiyle) itiraz edebilmek ve değiştirilmesinin de mümkün olması gerekir. (Bkz. Erdoğan Moroğlu, “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi”, **Makaleler I-2001**, b.2, 2001, s.78). İsviçre’de ve Türk Hukuku’nda özel denetçi mahkeme tarafından atanmaktadır. Her iki ülkenin de kanunlarında özel denetçinin mahkeme tarafından görevden alınabileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte İsviçre doktrininde mahkemenin, böyle bir kararı re’sen ya da şirket veya dilekçe sahiplerinin istemi üzerine haklı nedenlerin varlığı halinde verebileceği belirtilmiştir. Bunun için tarafların özel denetçinin bağımsızlığını ya da tarafsızlığını yitirdiğini göstermeleri gerekmektedir. Bu şekilde hâkim var olan özel denetçinin yerine yeni bir özel denetçi atayacaktır. Killias/Bertholet, s.264-265. Haklı neden olarak; denetçinin çalışma tarzı, denetleyeceği ortaklığa gereken zamanı ayırmaması, bilgi sızdırması ya da taraf tutması gibi haller sayılmıştır. (Bkz. Köksal, **Bağımsız Denetim Sözleşmesi**, s.379).

<sup>56</sup>Bilirkişiliğe; hukuk usulünde, ceza usulünde, vergi hukuku’nda, tıp hukuku’nda, çocuk hukuku’nda, iş ve sosyal güvenlik hukuku’nda ve Yargıtay kararlarında başvurulduğu görülmektedir.

<sup>57</sup>Bilirkişi delili, Hukuk usulünde “takdiri deliller” arasında sayılmıştır. Ceza usulünde belirt delilleri, idari yargı usulünde değerlendirilebilir deliller arasında sayılmıştır. Deryal, **Türk Hukukunda Bilirkişilik**, s. 529., Ceza Muhakemesi Kanununda CMK m.62’nin gerekçesinde, bilirkişiliğin kendisi bir delil olmamakla birlikte, bilirkişi incelemesi sonucunda elde edilen delilin, izin, eserin ve emarenin delil olduğu belirtilmiştir. Başka bir deyişle bilirkişilik, delillere ulaşmak için kullanılan bir araç olarak ifade edilmiştir. Yargıtay 1. CD., 01.03.1991 Tarih,

oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirecektir<sup>58</sup>. Başka bir ifadeyle, hâkimin, bilirkişi raporlarına göre ve bilirkişi raporları doğrultusunda karar verme gibi bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu nedenle tıpkı özel denetçinin raporunda olduğu gibi, bilirkişinin raporu da hâkimin, o konu hakkında doğru karar verebilmesine yardımcı olacak niteliktedir. Bu nedenle bilirkişi raporlarında, mutlak bir kesinlik olduğu ve hâkimin, mutlaka bilirkişi raporu doğrultusunda karar vermesi gerektiği şeklinde bir düşüncenin, raporların hâkimi bağlamayacağı kuralına aykırı olacağını belirtelim<sup>59</sup>. Hâkim, ileri sürülmüş ispat vasıtalarının delil değerini tamamıyla, serbestçe takdir eder<sup>60</sup>. Takdiri deliller, Usul Hukuku'nda; tanık HMK m.240-265, bilirkişi HMK m.266-287 ve keşif HMK m.288-292 olarak düzenlenmiştir. Ancak hâkim, takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu olaylarda, HMK m.192 uyarınca, ispat aracı niteliğindeki her şeyi delil olarak kabul edebilir<sup>61</sup>. Takdiri deliller, koşulları ve hükümlerini kanunun tayin etmediği deliller olarak ifade edilmiştir. Bu deliller hâkimi bağlamaz. Dolayısıyla bu tür deliller hâkim tarafından serbestçe takdir edilir.

---

391/559 sayılı kararında bilirkişi görüşünün delil değeri taşımadığını, ceza yargısı açısından belirtmiştir. Kararda; bilirkişi düşüncesinin delil olmadığı, delil hakkında bir açıklama olduğu belirtilmiştir. Başka bir deyişle bilirkişi raporu delillerin değerlendirilmesi vasıtasıdır. Delil, bilirkişinin incelemesi gerekli olan bir şeydir. Hâkim, bilirkişinin düşüncesi ile bağlı değildir. Bilirkişinin görevi ise, teknik ve bilimsel alanlarda hâkimi aydınlatmaktır. Zira hâkim, kendi teknik bilgisi ile delil muhtevasını tayin edemez. Şeklinde ifade edilmiştir. (Bkz. Deryal, **Türk Hukukunda Bilirkişilik**, s.528). Oysa özel uzman olarak rapor hazırlayanların, raporlarının hukuki niteliği delil olmayıp tarafların mahkemeye sunduğu yazılı belgeye bağlı beyanı, açıklaması olarak kabul edilmektedir. Başka bir deyişle özel uzman görüşü, tarafların ya da tarafın bir uzmandan almış olduğu, somut olayla ilgili taraf beyanı ya da açıklaması olarak nitelendirilmektedir. Bu nedenle sözlü yargılama esnasında taraflardan hiç kimse özel bilirkişinin (uzmanın) görüşü ile ilgili olarak açıklamalarda bulunmasını veya bu açıklamalarıyla ilgili olarak sorulan sorulara cevap vermesi için imkân verilmesi talep edemez. Ayrıca özel uzmanın görüşüne dayana taraf, hâkimden raporu değerlendirmesini talep edemez. Hâkim bilirkişi raporunu serbestçe takdir eder. Bu bakımdan özel bilirkişi raporunun hâkimin görüşünün oluşmasında bir yardım aracıdır. (Bkz. Pekcanitez, **Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi**, s.398-399-401).

<sup>58</sup>Delillerle ilgili genel olarak iki tür delil sistemi kabul edilmiştir. İlki yargılamada kullanılacak delillerin tek tek belirtilmiş olduğu sistemdir. Bu sisteme katı (ya da sıkı delil sistemi) denilmektedir. Örneğin Alman Hukuku'nda sıkı delil sistemi geçerli olup beş tür delil (bilirkişi, keşif, isticvap, senet ve tanık) ile ispat mümkün iken bu delillerin dışında kanunda düzenlenmemiş delillerle ispat mümkün değildir. Diğer sistem de Türk Hukuku'nda geçerli olan serbest delil sistemidir. Bu sistemde de deliller belirtilmiş olmakla birlikte deliller hususunda herhangi bir sınırlamanın yapılmadığını görüyoruz. Dolayısıyla ispat aracı olabilecek her şey hukuk sistemimizde delil olarak kabul edilmektedir. HMK m.192'de, kanunun belirli bir delille ispatı zorunlu olarak öngörmediği durumlarda, kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabileceğini düzenlemiştir. Bu düzenleme Hukukumuzdaki serbest delil sisteminin açık bir göstergesidir. (Bkz. Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medeni Usul Hukuku** (Ders Kitabı), s.403).

<sup>59</sup>Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medeni Usul Hukuku** (Ders Kitabı), s.457-458.

<sup>60</sup>Deryal, **Türk Hukukunda Bilirkişilik**, s.531.

<sup>61</sup>Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medeni Usul Hukuku** (Ders Kitabı), s.405., Yargıtay'ın bazı kararlarında kanuni bir dayanağı olmayan "güçlü delil" kavramını kullandığı görülmektedir. Bu ifade, çoğunlukla takdiri delillerle ispatı mümkün olan bir durumun ispat edilmesi için kullanılan bir (takdiri) delilin, ispat bakımından kuvvetini anlatmak ve göstermek için kullanılmaktadır. Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medeni Usul Hukuku** (Ders Kitabı), s.406.



Hâkim, takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu olaylarda, ispat aracı niteliğinde olan her şeyi delil olarak kabul edip, bunlara dayanarak kararını verebilir<sup>62</sup>.

Özel denetçinin raporunun, şirket yönetimine doğrudan bir etkisi bulunmamaktadır. Özel denetim raporunun tek etkisi, pay sahiplerinin, pay sahipliğine ilişkin haklarını kullanabilmeleri için gereken bilgiyi, kendilerine sağlamaktır. Zira bu rapora göre pay sahipleri, nasıl hareket edeceklerini tayin edecektirler. Özel denetçi raporu hâkimi, sonradan açılacak muhtemel davalarda bağlamayacaktır. Örneğin sorumluluk davasında hâkim, özel denetçinin raporu ile bağlı değildir. İsviçre’de, özel denetçi raporu; alelade bir bilirkişi raporu değerinde olarak kabul edilmekte ve her iki tarafa eşit mesafede duran bağımsız bir uzman tarafından gerçekleştirilen, inandırıcılığı yüksek bir belge olarak değerlendirilmektedir<sup>63</sup>. Bilirkişilikte hâkim, dava sırasında, teknik soruların cevaplandırılması için ve bilirkişinin hazırlayacağı raporu bir ispat vasıtası olarak kullanabilmek için bilirkişi atayabilir. İsviçre’de, bilirkişi raporunun o dava için bir ispat aracı olduğu belirtilmiştir<sup>64</sup>.

Türk Hukuku’nda, özel denetim raporu; en fazla bir bilirkişi raporu ya da delil tespiti seviyesinde bir belge olarak ifade edilmiştir. Özel denetçinin raporundan hem azlık hem de şirket ve ortaklarından her biri faydalanabilir. Lakin tarafların hiçbiri, rapor sonuçları ile bağlı değildir. Bu nedenle özel denetçinin hazırlayacağı rapor, azlığın ortaklara karşı sorumluluk davası açıp açmaması konusunda kendisine bir fikir verecektir. Bu nedenle de özel denetçinin raporu, kanuni bir delil niteliğini haiz olmayıp, (takdiri) bir delil teşkil eder<sup>65</sup>. TTK m.443’ün gerekçesinde, özel denetçi raporunun bir yönlendirme, başvuru, bilgi alma kaynağı ve bir mütalâa olduğu ve bağlayıcılığının olmadığı belirtilmiştir<sup>66</sup>.

Doktrinde **Özdamar**, özel denetçi tarafından hazırlanan raporun niteliğinin, şirket hakkında aydınlatılması istenilen konunun “fotoğrafının çekilmesi” olduğunu belirtmiştir. Özel denetçinin raporunda; şirketle ilgili hukuki sorunları belirleyerek analiz etmesi, şirket yönetimi, denetçiler ve idareciler hakkında tavsiyede bulunması ve şirketin içinde bulunduğu mali ve idari durumu analiz etmek suretiyle kendine özgü çıkarımlarda bulunarak hüküm vermesi mümkün görülmemiştir. Özel denetçi raporu yukarıda belirttiğimiz üzere daha

<sup>62</sup>Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medeni Usul Hukuku** (Ders Kitabı), s.405

<sup>63</sup>BaK-Weber, N.4; Casutt, 226, (**Commentaire Romand**), edité par: Pierre Tercier/Marc Amstutz, Code Des Obligations II, Helbing Lichtenhahn, 2008, Bâle, s.975, N.8.

<sup>64</sup>Killias/Bertholet, s.247.

<sup>65</sup>Domaniç, **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması (TTK Şerhi II)**, s.755., Ahmet Sivas, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi**, İstanbul Üniversitesi SBE Hukuk Bölümü (Özel Hukuk ABD), Daktilo edilmiş Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1992, s.80., Aydın Çelik, “Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi Tayini”, **Doç. Dr. Mehmet Somer’e Armağan**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2006, s.107.

<sup>66</sup>TTK m.443’ün Gerekçesi, s.214.

sonradan açılacak olan muhtemel sorumluluk davası ya da haklı nedenle fesih davasında hâkimi bağlamamakla birlikte, bu davalarda deliller arasında yer alabilecektir. Ancak hâkim bu davalar sırasında ayrıca bir inceleme yapılmasını ya da araştırma raporu alınmasına da karar verebilir<sup>67</sup>.

İsviçre’de de belirtildiği üzere bilirkişi raporu bir ispat vasıtasıdır/aracıdır (*un moyen de preuve*) ve hâkim tarafından serbestçe takdir edilecektir. İspat araçları, bir iddianın doğru olup olmadığı konusunda hâkimi inandırmak için başvuru araçları, delillerdir. Deliller sayesinde geçmişte ve mahkeme dışında vuku bulmuş olaylara ışık tutulmuş ve aydınlatılmış olur. Bu şekilde hâkimde bir kanaat oluşturulur<sup>68</sup>.

Bilirkişi maddi vakıalar hakkında görüş bildirmektedir. Bu nedenle hukuki sorunlar hakkında görüş bildiremeyeceği gibi, delilleri takdir etme yetkisi de bulunmamaktadır. Bilirkişi raporunun hükme esas alınabilmesi için bu kurallara uygun olarak hazırlanması da son derece önemlidir. Aksi halde Türk Milleti adına hüküm vermeye tek yetkili hâkim’in yerine bilirkişinin konulması sonucunu doğurur<sup>69</sup>. Bu açıdan bakıldığında bilirkişinin de hukuki değerlendirmelerde bulunamaması, özel denetçinin de hukuki değerlendirmeler yapamayacağı kuralı ile aynıdır.

Özel denetim, pay sahiplerinin istemi ile gerçekleşen, şirket işlerinden anlayan bağımsız uzmanlar tarafından yapılan ve anonim ortaklıklar alanına özgü bir inceleme

<sup>67</sup>Mehmet Özdamar “Anonim Şirketlerde Özel Denetim”, **Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay sahibi Hakları**, Editör: Erol Ulusoy, Bilge Yayınevi, Ankara, 2016, b.2, s.278-279., **Değirmencioglu Aydın**, özel denetim raporunun bilirkişi raporu niteliğinde olmadığını, HMK m.199 anlamında bir belge niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Değirmencioglu Aydın, **Anonim Şirketlerde Özel Denetim İsteme Hakkı**, s.113. Belge HMK m.199’da; *uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli, yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü, ses kaydı gibi veriler ve elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu kanun uyarınca belge olarak sayılmıştır*. Kanunumuzda belge tanımını yapılırken iki unsurun mühim olduğunu görüyoruz. İlk olarak belge bir bilgi taşıyıcısıdır. Fakat her bilgi taşıyıcısı değil, uyuşmazlık konusu vakıaların ispatına elverişli olanlar yargılama hukuku açısından belge olarak tanımlanmıştır. İkinci olarak kanunda sayılan belgeler sınırlı sayıda değildir. Bu nedenle kanunda sayılanlara benzeyen belge taşıyıcılarının da belge olarak kabul edildiği görülmektedir. Senet ile belge arasındaki ayrımı bakıldığında belge çok genel anlamıyla özellikle iradenin dış âlemden varlık kazanmasını sağlayan veri taşıyıcısı olarak tanımlanmıştır. (Bkz. Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medeni Usul Hukuku** (Ders Kitabı), s. 410). Kanaatimizce özel denetim raporunu belge olarak nitelemek, raporun içeriği dikkate alındığında, pay sahipleri açısından önemli bilgileri içermesinden dolayı yeterli görünmemektedir. Zira özel denetçi raporu; sadece şirket işleri hakkında belge toplayıcılığı yapmamakta, aynı zamanda bir tespit de bulunmaktadır. Ayrıca özel denetim; bağımsız ve şirketler hukuku alanında uzmanlığı bulunan kişiler tarafından yapılmaktadır. Bu nedenle özel denetçi tarafından şirket belge, bilgi, evrak vs. hususların incelenmesi ve daha sonra tarafların da bu inceleme ışığında bilgilendirilerek görüşlerinin alınması, özel denetim sürecini önemli ve etkin bir inceleme müessesesi yapmaktadır. Bu nedenle böyle bir raporun, her ne kadar hâkimi bağlaması söz konusu olmasa da, hazırlanan raporun inandırıcılığı göz önüne alındığında, denetçi tarafından yapılan tespitler hâkim tarafından (takdiri) delil olarak kabul edilebilecektir.

<sup>68</sup>Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medeni Usul Hukuku** (Ders Kitabı), s.398.

<sup>69</sup>Yılmaz, **HMK Şerhi**, s.1189.

müessesedir. Hâkimin özel denetçi atanmasındaki rolü ise, süreci objektif bir şekilde yürütmektir. Ayrıca pay sahiplerince özel denetçi atanması için istemin ilk olarak genel kurula yapılıyor olması da bilirkişilik ile özel denetim arasındaki önemli bir farktır.

Bilirkişilik müessesesi, bir davada hâkimin konunun; karanlıkta kalan, teknik ve özel bilgiyi gerektiren kısımlarının aydınlatılması için başvurduğu, üstelik hukukun her alanında görülebilen bir müessese olup özel denetçilikten farklıdır. Ancak gerek özel denetçilerin gerekse bilirkişilerin alanlarında uzman olan kişilerden seçilmeleri bunların benzer yanları olarak gösterilebilir. Bilirkişilerin HMK m.267'ye göre bir ya da birden fazla kişinin bilirkişi olarak atanabilmesi TTK m.440/II ile aynıdır. Konunun zorluğuna, karmaşıklığına ya da özel denetçinin niteliğine göre hâkim bir ya da birden fazla özel denetçi atayabilir. Tıpkı özel denetimde olduğu gibi seçilen bilirkişiler de gerçek kişi olabileceği gibi tüzelkişi de olabilir. Bilirkişilerin belirlenmesi işi hâkime aittir. Bu nedenle bilirkişiler başka uzmanları bilirkişi raporunun hazırlanmasına dâhil edemezler. Dolayısıyla bilirkişiler kendi görevlerini başka bilirkişilere veremez<sup>70</sup>.

Bunun dışında bilirkişi HMK m.271 uyarınca, il adli yargı adalet komisyonu huzurunda, bilirkişilik görevini yaparken gereken sadakat ve özeni göstereceğini, bilim ve fenne uygun davranacağını, görevini tarafsız ve objektif olarak yerine getireceği üzerine namusu, şerefi ve kutsal saydığı tüm inanç ve değerleri üzerine yemin etmektedir. Oysa özel denetçi ya da özel bilirkişilere yemin ettirilmemektedir. Yeminin nedeni, bilirkişinin objektif ve tarafsız bir rapor hazırlamasını sağlayabilmek içindir<sup>71</sup>. Ancak özel denetçiye mahkeme tarafından atansa da yemin ettirilmez. Bu da özel denetçi ile bilirkişi arasındaki bir fark olarak belirtilebilir.

### C. Özel Denetimin Bilgi Alma Hakkı ile İlişkisi

İsviçre Hukuku'nda özel denetim istemi (*contrôle spécial*) CO Art.697a-697g hükümleri arasında düzenlenmiştir. Özel denetim, her bir pay sahibinin pay sahipliğine ilişkin haklarını kullanabilmesi için gerekli olması halinde ve daha önceden bilgi alma ya da inceleme haklarını kullanmış ise, genel kuruldan belirli olayların aydınlatılması amacıyla isteyebileceği bir hak olarak düzenlenmiştir. Mevaz Kanun'da, özel denetim isteme hakkının

<sup>70</sup>Yılmaz, HMK Şerhi, s.1201.

<sup>71</sup>Pekcanitez, Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi, s.400.

ikincil (*subsidaire*) bir hak olduğu ifade edilmektedir. Bunun nedeni, özel denetim isteyebilmek için pay sahibinin önce bilgilendirilme, bilgiye ulaşma hakkının düzenlendiği CO Art.697'yi kullanması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle özel denetim isteme hakkı, bilgi alma ve inceleme hakkının bir uzantısını oluşturmaktadır.

İsviçre Hukuku'nda, özel denetimin ikincilliği usuli açıdan kendini iki farklı şekilde göstermektedir: İlk olarak pay sahibinin, genel kuruldan özel denetim isteminde bulunabilmesi için, öncelikle bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmış olması gerekmektedir CO Art.697. Burada şunu belirtmek gerekir ki, özel denetim isteyen pay sahibi ile bilgi alma hakkını kullanan pay sahibinin aynı kişi olması gerekli değildir<sup>72</sup>. İkinci olarak hâkimden, özel denetçi atamasını isteyebilmek için, bu istemin öncelikle genel kurul esnasında yapılmış olması gerekmektedir. Burada özel denetim yapılması istenilen konunun içeriğinin, bilgi alma hakkının içeriğine uygun olması gerekir. Buna (*subsidiarité matérielle*) denilmektedir. Başka bir ifadeyle “bilgi edineceğimiz husus ile özel denetim yapılması istenilen konunun aynı” olması gerekmektedir.

Türk Hukuku'nda TTK m.438/1'de, tıpkı İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi özel denetim istemi, her bir pay sahibinin, pay sahipliğine ilişkin haklarını kullanabilmesi için gerekli olması halinde ve bilgi alma veya inceleme hakkını daha önceden kullanmışsa genel kuruldan isteyebileceği bir hak olarak düzenlenmiştir. Özel denetim istemi, daha önce bilgi alma veya inceleme hakkı kullanılmadan kullanılamayacak olduğundan, ikincil (tali) niteliği haiz bir hak olarak ifade edilmiştir<sup>73</sup>. Böylece bilgi alma ya da inceleme hakkını uygun bir şekilde kullanmayan pay sahibi özel denetim incelemesi yaptıramayacaktır. Türk Hukuku'nda bilgi alma hakkının düzenlendiği TTK m.437 ile amaçlanan doğrudan doğruya ve öncelikli olarak pay sahiplerinin bilgilendirilmeleri ve haklarını gerek genel kurul içerisinde gerekse

<sup>72</sup>**Commentaire Romand Code des Obligations II**, p.956. (Gabrielli, 53/109; Bak-Weber, N 30; Montavon, t. III. 296; Pauli,100; contra: Horber, 357; Böckli,§ 16 N 30). Aynı yönde 6102 Sayılı TTK m.438'in gerekçesinde de bilgi alma veya inceleme hakkını kullanmış pay sahibi ile özel denetim istemi yapan pay sahibinin aynı kişi olması zorunlu olmamakla beraber, konunun aynı olması gerektiği belirtilmiştir. s.212.

<sup>73</sup>İsviçre Hukuku'nda özel denetim isteminin taliliğine değinilmiştir., **Özdamar**, özel denetim istemi hakkının ikincil nitelikte bir hak olduğunu ve pay sahibinin ilk evvela bilgi alma hakkını kullanmış ve tüketmiş olması gerektiğini belirtmiştir. (Bkz. Ulusoy/Özdamar, “Anonim Şirketlerde Özel Denetim”, **Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları**, s.50). Özel denetçi istenmesi tali bir hak niteliğini haizdir. Burada bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılması şartı bakımından, sadece organlara başvurmak suretiyle bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmak istemek fakat bu istemin kabul edilmemesi yeterlidir. Yoksa özel denetçi atanması için, bilgi alma ve inceleme hakkının TTK m.437/V'e göre mahkemeye başvuru yoluyla kullanılması gerekli görülmemektedir. Bkz. Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s.518., Narbay, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıklarda Özel Denetim Yapılması Şartları ve Özel Denetçinin Atanması Usulü” **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan**, s.300. **Narbay**; bilgi alma hakkı ile özde aynı amacı taşısa bile, özel denetim isteme hakkının fer'i bir hak olduğunu yani, pay sahibi tarafından doğrudan doğruya başvurulabilecek bir imkân olmadığını belirtmiştir. Pay sahibinin bu hakkını kullanabilmesi için öncelikli olarak bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmış olması gerekmektedir.

dışında etkili bir şekilde kullanmalarını sağlamaktır<sup>74</sup>. Fakat bu hakkın özel denetim hakkının ön şartı olması TTK m.438,439 ve haklı nedenle fesih istemi TTK m.531 için de temel oluşturduğu dikkate alınacak olursa, dolaylı sonuçlara sahip olduğu görülecektir<sup>75</sup>.

## D.Karşılaştırmalı Hukukta Özel Denetim

### 1.İsviçre Hukuku'nda Özel Denetim

İsviçre'de özel denetim CO Art.697a ve 697g maddeleri arasında düzenlenmiştir. CO Art.697a'da genel kurulun kabul etmesi halinde özel denetimi düzenlemektedir. İlgili madde iki fıkradan oluşmakta olup ilk fıkrada; her bir pay sahibinin belirli olayların açıklığa kavuşturulması amacıyla, pay sahipliği haklarının kullanımı için gerekli ise ve daha önceden bilgi alma ya da inceleme hakkını kullanmışsa, genel kuruldan özel denetim isteme hakkı olduğu düzenlenmiştir. İkinci fıkrada, istemin kabulü halinde şirketin ya da her bir pay sahibinin 30 (otuz) gün içerisinde şirket merkezinin bulunduğu yer hâkiminden özel denetçi atamasını isteyeceği düzenlenmiştir. İsviçre kanun tasarısında bu madde (AP-CO Art.697c)'de düzenlenmiş ve madde başlığı *examen spécial* olarak değiştirilmiştir.

CO Art.697b'de, genel kurulun reddi başlığı (*en cas de refus de l'assemblée générale*) düzenlenmiştir. İlgili maddenin ilk fıkrasında genel kurulun özel denetim istemini kabul etmemesi halinde esas sermayenin %10'unu temsil eden ya da paylarının nominal değeri 2 milyon francs olan pay sahiplerinin üç ay içerisinde şirket merkezinin bulunduğu yer hakiminden özel denetçi atanmasını isteme hakları olduğu düzenlenmiştir. İlgili maddenin ikinci fıkrasında; dilekçe sahiplerinin özel denetçinin atanabilmesi için kurucuların (*des fondateurs*) ya da şirket organlarının kanuna ya da esas sözleşmeye aykırı davranarak şirketi ya da pay sahiplerini zarara uğrattıklarını ikna edici (*rendre vraisemblable*) şekilde ortaya koyması gerektiği düzenlenmiştir. İsviçre kanun tasarısında (AP-CO Art.697d)'de düzenlenen madde de bazı değişiklikler yapılmıştır.

<sup>74</sup> Bilgi alma hakkı, sadece oy hakkının kullanılmasına hizmet etmez. Bu hak ayrıca pay sahiplerinin bütün haklarına özellikle hisse senetlerini devretme hakkına da bağlıdır. Bundan dolayı, pay sahibini hisse senetlerinin gerçek değeri hakkında fikir sahibi olması gerekir. Verilen bilgiler, pay sahiplerine, haklarını kullanma imkanı sağladığı için önemlidir. Bkz. Selçuk Öztekin, "Şirketler Gruplarında Yavru Şirketlerdeki Azınlık Pay Sahiplerinin Türk Ticaret Kanunu m. 363/İsviçre Borçlar Kanunu m. 697 Çerçevesinde Bilgi Alma Hakkı", **Ernst E. Hirsch'nin Hatırasına Armağan**, Batider, Ankara, 1986, (s. 293/333), s. 326.

<sup>75</sup>Kaya, "Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi", **Batider**, s.63.

Buna göre genel kurulda, özel inceleme yapılması istemi reddedilirse, birinci fıkra uyarınca; en az iki eşikten birini ayrı olarak ya da birlikte sağlayan pay sahipleri (borsaya kote şirketlerde esas sermayenin %3'ünü elinde bulunduran ya da oy hakkının %3'üne sahip olanlar, borsaya kote olmayan şirketlerde esas sermayenin %10'unu elinde bulunduran ya da oy hakkının %10'una sahip olanlar) özel inceleme istemlerini mahkemeye yapabilecektir. Borsaya kote şirketlerde eşğin düşürülmesi, özel inceleme yapılması hakkının kullanımını yükseltecektir. Ayrıca yürürlükteki CO Art.697b'den farklı olarak tasarıda, borsaya kote olan ve olmayan ayrımı yapıldığı ifade edilmiştir. Diğer bir farkta zararın ikna edici bir şekilde ortaya konması durumuna ilişkin yapılmıştır. Yürürlükteki kanunun aksine yapılan ihlallerin somut olarak (*effectif*) zarar vermesi gerekli görülmeyle, zarar verme ihtimallerinin (*nature à porter préjudice*) bulunması yeterli kabul edilmiştir. Bu nedenle eğer şirket organları zarar vermek için kanunları ya da esas sözleşmeyi ihlal ediyorsa özel inceleme yapmak için beklemeye gerek yoktur. Zira somut olarak bu durumlardan sonra zarar oluşmuştur<sup>76</sup>.

CO Art.697c özel denetçinin atanmasını düzenlemektedir. İlgili maddenin ilk fıkrasında hâkimin şirketi ve istem sahibini dinledikten sonra kararını vereceği düzenlenmiştir. İkinci fıkrada hâkimin ikna olması durumunda bağımsız bir uzmanı (*un expert indépendant*) görevlendireceği ve bu uzmana dilekçede belirtilen incelecek olan konunun sınırlarını tespit eder. Üçüncü fıkrada hâkimin birden fazla uzmanı atayabileceği düzenlenmiştir.

CO Art.697d'de özel denetimin icrası düzenlenmiştir. İlgili maddenin ilk fıkrasında özel denetimin yararlı bir sürede (*un délai utile*) şirket işlerini gereksiz yere aksatmaksızın icra edileceği düzenlenmiştir. İkinci fıkrada özel denetçiye bilgi vermekle yükümlü olanlar sayılmıştır. Buna göre; kurucuların, şirket organlarının, temsilcilerin, işçilerin, kayyımların ve tasfiye memurlarının önemli konularda özel denetçiye bilgi vermekle yükümlüdürler. Uyuşmazlık halinde hâkim karar verecek olup, hâkimin kararı kesindir. İlgili maddenin üçüncü fıkrasında özel denetçinin yapmış olduğu inceleme sonucu ile ilgili şirketi dinleyeceği düzenlenmiştir. Dördüncü fıkrada da özel denetçinin sır saklamakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

CO Art. 697e'de özel denetim raporu düzenlenmiştir. İlgili maddenin ilk fıkrasında özel denetçinin denetimine ilişkin sonuçlarını detaylı bir şekilde şirket sırlarını koruyarak

<sup>76</sup> **Rapport explicatif relatif à la modification du code des obligations (Droit de la Société Anonyme)**, s.109-110, <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/vn-ber-f.pdf>.

mahkemeye sunacağı düzenlenmiştir. İkinci fıkrada hâkimin raporu şirkete yollayacağı ve şirketin, raporda yer alan bilgilerin şirket sırlarına veya şirketin korunmaya değer diğer menfaatlerine zarar verecekse, bunların istem sahiplerine sunulmamasına ilişkin istemi hakkında karar vereceği düzenlenmiştir. İlgili maddenin üçüncü fıkrasında; hâkimin şirkete ve istem sahiplerine arındırılmış (şirket sırlarının yer almadığı) bu raporla ilgili değerlendirmede bulunmak ve ek soru sorma (*des questions supplémentaires*) imkânı vereceği düzenlenmiştir.

CO Art.697f'de tartışma ve ulaştırma (*délibération et communication*) başlıklı maddede; yönetim kurulunun raporu ve bunla ilgili değerlendirmeleri yapılacak olan ilk genel kurula sunacağı düzenlenmiştir. İlgili maddenin ikinci fıkrasında; her bir pay sahibinin genel kurul toplantısını izleyen bir yıllık süre içerisinde, raporun ve yönetim kurulunun rapor hakkındaki görüşünün bir suretini şirketten isteyebileceği düzenlenmiştir.

CO Art.697g'de ücret başlıklı maddenin ilk fıkrasında; mahkeme özel denetçi atanmasını kabul etmişse, avans ve ücret şirketin sorumluluğundadır. Özel nedenlerin varlığında hâkim, bu giderlerin bir kısmının ya da tamamının istem sahiplerince ödenmesine karar verebilir. İkinci fıkra uyarınca genel kurul özel denetçi atanması istemini kabul etmişse, giderler şirkete ait olacaktır.

## 2.Fransız Hukuku'nda Özel Denetim

Fransız Hukuku'nda özel denetim *Code de Commerce Article L225-231*<sup>77</sup>'de düzenlenmiştir. Buna göre esas sermayenin %5'ini temsil eden bir ya da birden fazla pay sahibi ya kişisel olarak ya da grup olarak yazılı bir şekilde yönetim kurulundan veya yöneticilerden şirketin bir ya da birden fazla işlemi hakkında bilgi isteyebilir<sup>78</sup>.

<sup>77</sup>Metin no:2009-80, 22 Janvier 2009, Art.7 ile değişikliğe uğramıştır.

<sup>78</sup>Bir şirkette yapılan bir ya da birden fazla işlemin yolsuz, aykırı olduğunu düşünen limited şirketlerde ortaklar ya da anonim ortaklıktaki pay sahipleri bazı koşullarla şirket işlemlerinin incelenmesi amacıyla özel denetçi isteminde bulunabilir. Özel denetçi, "*expertise de gestion*" ya da "*expertise de minorité*" olarak isimlendirilmektedir. Buna göre *SARL*'da yani, (*private limited companies*) ya da (*société à responsabilité limitée/SARL*), limited şirketlerde özel denetçi atanabilmesi için payların tek başına ya da grup olarak %10'unu elinde bulunduranlar, *SA/SAS*, yani (*Société Anonymes*), anonim şirketlerde ise esas sermayenin tek başına ya da grup olarak %5'ini elinde bulunduran pay sahiplerinin özel denetçi atanmasını isteyebilecekleri belirtilmiştir. Bkz. **L'expertise de Gestion en Droit des Sociétés**, 16.10.2014, Le Droit Des Affaires.com, (son erişim tarihi:01.03.2017)., Pierre-Henri Conac, Luca Enriques, Martin Gelter, **Constraining Dominant Shareholders' Self-Dealing: The Legal Framework In France, Germany and Italy**, p.497., Pay sahipleri, bir ya da birden fazla uzmanın şirketin bir ya da birden fazla işlemi hakkında bir rapor hazırlaması için atanmasını, şirket merkezinin bulunduğu yer hâkiminden isteyebilir. Bu uzman, *expertise de gestion*, *expertise de minorité* olarak

Limited şirketler için *Code de Com Art.223-37* uyarınca esas sermayenin %10'unu elinde bulunduran bir ya da birden fazla limited ortaklık ortağının bir ya da birden fazla şirket işlemi ile ilgili olarak özel denetçi atanmasını isteyebileceği düzenlenmiştir. Burada %10 ya da %5'lik koşulu sağlamak için pay sahipleri grup oluşturarak bir araya gelebilir. Önemli olan istem yapıldığı anda bu payları elinde bulundurmamak başka bir ifadeyle onlara sahip olmaktır<sup>79</sup>.

Maddenin ikinci fıkrasında sorulan sorulara bir ay içinde cevap verilmezse ya da verilen cevaplar tatmin edici olmazsa pay sahipleri bir ya da birden fazla uzmanın (özel denetçinin) atanması için istemde bulunabilir<sup>80</sup>. Atanan bir ya da birden fazla uzman, şirketin bir ya da birçok işi ile ilgili olarak bir rapor sunmakla yükümlüdür.

L225-231/3'te de savcılığın (*le ministère public*), *le comité d'entreprise* (çalışanların temsilcisi olarak iş yeri komitesinin), payları piyasalarda müzakere edilen şirketlerde<sup>81</sup>(Halka açık şirketlerde) Sermaye Piyasası Kurulu'nun (*L'autorité des marchés financiers*) bir ya da birden fazla uzmanın şirketin bir ya da birçok işi ile ilgili bir rapor sunması için atanmasını isteyebileceği düzenlenmiştir. Dördüncü fıkrada; bu istemden sonra hâkimin kararında; denetçinin görevinin kapsamını ve yetkilerini belirlemesi gerektiği düzenlenmiştir. Hâkim özel denetçinin ücretini şirkete yükleyebilir.

Beşinci fıkrada özel denetçinin hazırladığı raporun istem sahiplerine, savcılığa, çalışanların temsilcisi olarak şirket komitesine, denetçiye ve gerektiğinde yönetim kuruluna

---

adlandırılan (özel denetçidir.). Jacques Derthal Albas, **Le Contrôle De La Société Anonyme Par Les Actionnaires**, Université de Lomé, DEA, 2007.

<sup>79</sup>**L'expertise de Gestion en Droit des Sociétés**, 16.10.2014, Le Droit Des Affaires.com, (son erişim tarihi:01.03.2017). Bu nedenle esas sermayenin %10'unu elinde bulundurmayan, ya da tüm şirket işlemlerinin denetimini isteyerek istemini belirli bir konu hakkında yapmayan, ilk olarak diğer bilgi alma haklarını kullanmayan pay sahiplerinin özel denetçi atanması istemi mahkeme tarafından reddedilmiştir. Bkz. Cass. Com. 10.12.1973, JCP G 1974, II, 17805, Note Y. Chartier, **Revison sur les Sociétés**, 1974, p.336, note de J-P. Sortais, RTD com. 1974, p.299.,Özel denetçi atanması için pay sahipliği sıfatına başvurunun yapıldığı gün sahip olunması gereklidir. O halde zarar verici davranışın yapıldığı gün pay sahipliği sıfatının bulunması değil, başvurunun yapıldığı anda kişinin kanunda belirtilen payları haiz olması, elinde bulundurması gerektiği belirtilmiştir. Commentaire par Yves Guyon, La Semaine Juridique, édition générale, no:11, 11.03.1998, II-10036, **L'expertise de Gestion n'a pas un caractère subsidiare**, p.4, Cass. Com. 04.07.1995, JCP E 1995, II, 750.

<sup>80</sup>Bulletin 2006 IV no:40, p.41. Bordeaux İlk derece mahkemesi, 09.11.2004 tarihli bir kararında Art. 225-231 uyarınca yönetim kuruluna ya da yöneticilere şirket işleri ile ilgili olarak yazılı şekilde yöneltilen sorulara bir ay içinde cevap verilmezse veya verilen cevaplar tatmin edici olmazsa özel denetçi atama isteminin yapılabileceğine karar vermiştir.

<sup>81</sup>Fransa'da borsa ortaklıkları (*les marchés boursiers*) alıcı ve satıcıların bir araya gelerek menkul kıymetlerin değerini tartıştığı bir yer olarak tanımlanmaktadır. *Marché réglementé* (arz ve talebin kontrol edildiği piyasalar) olarak adlandırılan piyasaların, belli bir sınırı ve kontrol mekanizmaları vardır. Burada paylar a grubu; yüksek değerli paylar, b grubu; orta değerli paylar ve c grubu; küçük değerli paylar olarak sınıflandırılmaktadır. Sermayesi 150 milyon Euro'dan küçük olan şirketler bu piyasaya kabul edilmek için, paylarının minimum %25'ini halka arz etmeli, mali tablolarını denetletirmeli ve son üç yılın tablolarını doğrulatmalıdır. Bkz. LesEchos.fr. (son erişim:01.01.2017).



veya gözetim kuruluna gönderileceği belirtilmiştir. Yukarıda belirttiğimiz piyasadaki şirketler açısından da raporun Sermaye Piyasası Kurulu'na gönderileceği düzenlenmiştir<sup>82</sup>. Hazırlanan rapor bir sonraki genel kurula sunulmak üzere denetçi raporuna eklenmeli ve bu şekilde pay sahiplerinin bilgisine sunularak aleniyet kazanmalıdır.

Fransa'da özel denetimin düzenlendiği eski 226'ncı madde, No: 94-679 numaralı, 08.08.1994 tarihli kanunla, Art.30 ile değiştirilmiş<sup>83</sup> ve 2000-912, 18.09.2000'de Art.4<sup>84</sup> ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Art.266/1'de; esas sermayenin en az %10'unu temsil eden bir ya da birden fazla pay sahibi ya kişisel olarak ya da grup olarak hâkimden, şirketin bir ya da birden fazla işi hakkında bir ya da birden fazla uzmanı konuyla ilgili olarak rapor hazırlaması için atamasını isteyebileceği şeklinde düzenlenmiştir<sup>85</sup>.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında savcılık, çalışanların temsilcisi olarak şirket komitesi, tasarruf sahiplerine (yatırımcılara) çağrıda bulunan şirketler (halka açık şirketlerde) SPK aynı amaç için özel denetçi atanmasını isteyebilecekti. Bu istek Art.172-1'e uygun olacak şekilde yapılmalı idi. Maddenin üçüncü fıkrasında hâkimin özel denetçinin görev alanını ve yetkilerini tespit edeceği ve denetçi ücretinin şirket tarafından karşılanmasına da hâkimin karar verebileceği düzenlenmişti. Maddenin son fıkrasında tıpkı yeni düzenleme de olduğu gibi raporun, istem sahibi pay sahiplerine, savcılığa, şirket komitesine ve gerektiğinde yönetim kuruluna veya gözetim Kurulu'na ve halka açık şirketlerde SPK'ya gönderileceği düzenlenmişti. Bu raporun diğer denetim raporuna eklenerek bir sonraki genel kurulda pay sahiplerinin bilgisine sunulacağı düzenlenmişti.

Fransa'da eski düzenlemenin yeniden farkı, eski düzenlemede esas sermayenin %10'unu haiz olan pay sahiplerinin özel denetçi atanmasını isteyebilecekleri düzenlenmişken, yeni düzenlemede bu oran %5 olmuştur.

Fransa'da eski düzenleme uyarınca özel denetçi atanmasını sadece esas sermayenin %10'unu haiz olan pay sahipleri isteyebiliyordu. Bu nedenle sadece azlık pay sahiplerinin

<sup>82</sup>Halka açık ortaklıklarda SPK'nın da özel denetçi atanmasını isteyebilmesindeki amaç; yapılan işlemlerin güvenilirliğinin tesis edilerek, yatırımcıları yatırım yapmaya teşvik etmektir. Zira burada küçük pay sahiplerinin bilgiye ulaşması eğer yönetici değilse oldukça zordur. Bu nedenle bilgi alma hakkının garanti altına alınması sağlanmaya çalışılmaktadır. D. Schmidt, **Les Droit De La Minorité Dans La Société Par Actions**, 1970, cité par Raphael Contin et Henri Hovasse, "L'expert de Minorité Dans Les Sociétés Par Actions", 1971, p.75.

<sup>83</sup>JORF (Journal Officielle), 10.08.1994.

<sup>84</sup>JORF (Journal Officielle), 21.09.2000.

<sup>85</sup>Burada azlık pay sahiplerinin hakkını koruyan bir düzenleme söz konusudur.

özel denetim yaptırma hakkı söz konusu idi. Böyle bir limit olmasına rağmen “*expertise de minorité*” azlığı korumayı amaçlayan teknik bir koruma olarak adlandırılıyordu<sup>86</sup>. 01.03.1984 tarihinde özel denetçi atanmasını isteyebilecek olanların çerçevesi oldukça genişletildi. Böylece özel denetçi atanması sadece azlık tarafından değil, şirket komitesi, savcılık, halka açık şirketlerde SPK tarafından da istenebilecek şekilde düzenlendi. Bunun haricinde özel denetçi şirketin bir ya da birden fazla işi ile ilgili olarak atanacaktı. İstem sahiplerinin genişletilmesi dışında özel denetçinin etkileri konusunda herhangi bir değişiklik yapılmadığı görülmektedir. Özel denetim Fransa’da da yalnızca bilgi alma aracı olarak ifade edilmektedir. Anonim şirketlerde özel denetçi atanması istemi sıkça azlık pay sahipleri tarafından yapılmaktadır. Ancak bunun haricinde çalışanları temsil eden iş yeri komitesinin yaptığı başvurular da olduğunu belirtelim<sup>87</sup>.

Özel denetçi tıpkı İsviçre ve Türk Hukuku’nda olduğu gibi genel bir inceleme yapılması için istenemez<sup>88</sup>. Bu nedenle Art.226 uyarınca istem sahibinin şikâyetini iyi bir şekilde formüle etmesi ve belirli bir ya da birkaç şirket işlemi hakkında yapması gerekir. Örneğin yöneticilere aşırı ücretler verildiği şüphesi ile açılacak olan bir özel denetçi atanması davası buna örnek olarak gösterilebilir<sup>89</sup>. Bunun haricinde ana şirket ile bağlı şirket arasındaki ilişkilerdeki kayıplar<sup>90</sup>, özensiz davranarak şirketin bir alacağına tahsil edilmemesi<sup>91</sup> gibi durumlarda da özel denetim yapılması istenebileceği belirtilmiştir<sup>92</sup>.

Tıpkı İsviçre ve Türk Hukuku’nda olduğu gibi özel denetim isteminin kabul edilmesi için genel olarak şirket işlerinin denetlenmesi istenmemeli, belirli bir işlem hakkında denetim yapılması istenmeli ve istem iyi formüle edilmelidir<sup>93</sup>.

Buna göre şirket işlerine zarar verme amacıyla yapılan istemleri engelleyebilmek ya da şirket yöneticilerinin saygınlığını yitirmesine neden olabilecek nitelikteki istemlere karşı dikkatli olmak gerekir. Art.226 yalnızca bilgi elde etmeye yarayan bir haktır<sup>94</sup>.

<sup>86</sup>L’*expertise de Gestion en Droit des Sociétés*, 16.10.2014, Le Droit Des Affaires.com, (son erişim tarihi:01.03.2017).

<sup>87</sup>Yves Guyon, La Semaine Juridique, No:16, 21.04.1993, II 22029, **Sociétés Anonymes, Contrôle- Expertise de Gestion, Art.226**.

<sup>88</sup>Hangi işlemler hakkında özel denetçi istendiğinin açık ve net olarak belirtilmesi gerekmektedir. L’*expertise de Gestion en Droit des Sociétés*, 16.10.2014, Le Droit Des Affaires.com, (son erişim tarihi:01.03.2017).

<sup>89</sup>Cour de Cassation, 30.05.1989, JCP 90, II.21405, Note de M. Marteau Petit, p.641.

<sup>90</sup>Cour De Cassation, 15.07.1987.

<sup>91</sup>Cour de Cassation, 10.05.1988, JCP 88, Bulletin civile IV, n.160.

<sup>92</sup>Özel denetim pay sahibine, şirket yöneticileri tarafından yapılan ve şirket sırrı ileri sürülmek suretiyle gizlenmeye çalışılan şüpheli hususlarda, maksimum derecede bilgi elde etmeyi umduğu bilgiyi vermeyi amaçlamaktadır. Derthal Albas, **Le Contrôle De La Société Anonyme Par Les Actionnaires**, p.1.

<sup>93</sup>Cour de Cassation, 25.03.1974, JCP 74, II-17853, Note de Y. Chartier, p.98.

Fransa'da "şirket işi" kavramından ne anlaşılması gerektiği konusu incelenmiştir. Bu konuda tek bir kriter söylemek güçtür. Zira yapılan çalışmalarda kavramın içeriğinin farklı kullanıldığı görülmektedir<sup>95</sup>. Burada yüksek mahkeme tarafından şekli bir kriter uygulanmıştır. Buna göre mahkeme şirket işi kavramını, şirket yöneticileri tarafından ortakların/pay sahiplerinin kararına karşı yapılan işlemler olarak tanımlanmıştır. Bu ayırım 30.05.1989 tarihli karara da etki etmiştir. Buna göre şirket yöneticilerine verilen ücretler bir şirket işi olarak kabul edilmemiştir. Zira bu karar pay sahipleri tarafından genel kurulda karara bağlanmaktadır. Buna karşın yöneticilere verilen aşırı ücretler hakkındaki karar genel kurulda pay sahipleri tarafından oylanmadan alınmışsa burada bir şirket işi (*une acte de gestion*) olduğu söylenebilecek ve bu nedenle bir uzmanın atanması gerekecektir<sup>96</sup>.

Bazılarına göre maddi bir kriter belirlemekten ziyade organik veya şekli bir kriter belirlemek daha uygundur. Buna göre şirket işi olup olmadığı tespit edilirken yapılan işin konusu ve içeriğine de bakılmalıdır. Ancak bu durum şirket işleri ile bağdaşmayan belirsizliklerin doğmasına neden olmaktadır. Zira söz konusu kavram karmaşık bir kavramdır. Bu nedenle de yukarıda belirttiğimiz şekli kriter konu ve içerik kriterine nazaran daha basit görünmektedir. O halde pay sahiplerine/ortaklara esas sözleşme ile şirketle ilgili olarak bazı kararları alma yetkisi verilmişse şekli kriter uyarınca bu işleme karşı özel denetim yapılması için denetçi atanması istenemeyecektir. Bunun haricinde ortaklara bilgi verilmişse, ya da alınan kararlar şirketin iyi fırsatlar yakalamasına neden olmuşsa burada kararın denetletirilmesi de gereksiz bulunmaktadır. O halde azlık pay sahiplerinin alınan karar hakkında şüphesi söz konusu işi bu konuda özel denetim yapılmasını isteme hakları vardır. Fransa'da özel denetim isteme hakkı, olağanüstü bir bilgi alma prosedürü olarak ifade edilmiştir<sup>97</sup>. Fransa'da yapılan işlem hakkında işlemin yolsuz bir işlem olabileceği ile ilgili çok büyük şüphe duyulması halinde yönetici sıfatıyla da özel denetçi atanması isteminde bulunulabileceği belirtilmiştir<sup>98</sup>.

<sup>94</sup>Yves Guyon, **Droit des Affaires**, éd:7, p.447.

<sup>95</sup>M. Marteau-Petit, **La Notion D'acte De Gestion Et Le Droit De Sociétés**, p.686, Paris.

<sup>96</sup>JCP 91, 08.11.1991, RTD 1992, Note de Champaud et Danet, p.828.

<sup>97</sup>Guyon, **Sociétés Anonymes, Contrôle- Expertise de Gestion, Art.226**, p.4.,Limitli, sınırlı etkisine rağmen, özel denetçi sadece bir bilgi verme aracıdır. Bu sınırlayıcı etki ile amaçlanan şey azlık pay sahiplerinin özel denetimi yerli yersiz kullanarak şirket işlerini aksatmalarının önüne geçmek olduğunu belirtelim. *Commentaire par Yves Guyon, La Semaine Juridique, édition générale, no:11, 11.03.1998, II-10036, L'expertise de Gestion n'a pas un caractère subsidiaire*, p.3.

<sup>98</sup>J-P. Bouère, **L'information du Conseil D'administration**: JCP 92, éd:E,I, 190.

Fransa'da özel denetimin tamamlayıcı (*complémentaire*) bir yapısı olduğu mahkemeler tarafından kabul edilmektedir<sup>99</sup>. Dolayısıyla direkt olarak mahkemeye başvuruda bulunulmadan önce bir ön koşul olarak tüm bilgi almaya ilişkin yolların tüketilmiş olması gerekmektedir<sup>100</sup>. Tüm bilgi alma yollarının tüketilmiş olmasına rağmen tatmin olmayan pay sahiplerinin yöneticiler tarafından yapılan şirket işleri hakkında itiraz edilebilir bir durum olduğunu düşünmeleri halinde özel denetçi atanmasını istemeleri gerekir<sup>101</sup>.

Tıpkı Türk ve İsviçre hukuk düzenlemelerinde olduğu gibi özel denetçi atanması istemi tüm şirket işleri hakkında istenemeyecektir. Bu nedenle pay sahiplerinin şüphe duydukları bir ya da birkaç işlem hakkında özel denetim yapılmasını istemeleri gerekmektedir. Başka bir deyişle, alınan kararın şirketin geleceğine önemli bir etkisi bulunuyorsa, diğer bir ifadeyle, yapılan işlem sonucunda şirket bir kayba uğrayacaksa, bu işlemin incelenmesi istenebilecektir<sup>102</sup>.

Yüksek mahkemeye göre, özel denetçi atanmasına karar verilebilmesi için şirket organları tarafından yapılan işlemin şirket menfaatine aykırı olduğuna ilişkin ya da yapılan işlemin bir yetki aşımı olduğuna dair kesin kanıtlar getirmesine gerek yoktur. Burada yapılan işlemler hakkında bilgi alma hakkını isteyen pay sahibinin bu istemi reddedilmemişse sorun yoktur. Ancak bu haklarını kullanıp bilgi alamayan ya da verilen bilgi kendisi için tatmin edici olmayan pay sahibinin o bilgiyi elde etmesi pay sahipliği menfaatleri için gerekli ise özel denetçi atanması gerektiği belirtilmiştir<sup>103</sup>.

<sup>99</sup>07.01.1976, RTD,1976, p.573, Note de Houin, JCP 72, II-17267., Türk Hukuku'nda **Tekinalp**, pay sahibinin daha önceden bilgi alma veya inceleme hakkını kullanıp sonuç alamadıktan sonra özel denetim hakkını kullanabilmesinin, hakkın tamamlayıcı, destekleyici niteliğini vurguladığını belirtmiştir. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, s.382, N.14-90.

<sup>100</sup>Art.226'ı maddeden kaynaklanan özel denetçi atanması istemi şirket işi hakkında bilgi sahibi olmak isteyen pay sahibi için o konuda uzman olan birinin atanmasını gerektirir. Ancak pay sahibinin bu hakkını kullanabilmesi için tüm bilgi alma yollarını kullanmış olması gerekmektedir. Eğer bu yollara başvurulmamışsa mahkeme özel denetçi atanması istemini reddedecektir. Commentaire par Yves Guyon, La Semaine Juridique, édition générale, no:11, 11.03.1998, II-10036, **L'expertise de Gestion n'a pas un caractère subsidiaire**, p.2.,Özel denetim hakkının ikincil bir hak olduğu yönünde ayrıca Bkz. D. Schmidt, **Les Droits De la Minorité Dans La Société Anonyme**, SIREY, 1970, no:283, cité par Dominique Vidal, Manuel Droit Des Sociétés, 5ème éd., LGDJ, Paris, 2006, No:749, p.376.

<sup>101</sup>Guyon, **Sociétés Anonymes, Contrôle- Expertise de Gestion, Art.226**, p.4.

<sup>102</sup>Özel denetçi atanması sürecinin başlaması için maddi hukuka özgü bazı koşullar söz konusudur. İlk olarak pay sahiplerinin şüphe duydukları ya da kanunlara, esas sözleşmeye aykırı olduğunu düşündükleri bir ya da birden fazla şirket işleminde bilgi alma istemini yazılı olarak SA, SAS' larda yöneticilere ya da yönetim kurulu üyelerine iletmeleri gerekir. Zaten bu durum Code Com. Art.225-231/1'de de açıkça belirtilmiştir. **L'expertise de Gestion en Droit des Sociétés**, 16.10.2014, Le Droit Des Affaires.com, (son erişim tarihi:01.03.2017).

<sup>103</sup>Commentaire par Yves Guyon, La Semaine Juridique, édition générale, no:11, 11.03.1998, II-10036, **L'expertise de Gestion n'a pas un caractère subsidiaire**, p.3.

## II. Özel Denetim İsteminin Hukuki Niteliği

Ülkemizde özel denetim isteme hakkı İsviçre anonim şirketler hukuku alanında yapılan ve 1992 tarihinde yapılan revizyon sonucunda yürürlüğe giren ve OR/CO Art. 697a-697g arasında düzenlenen maddelerden ilham alınarak kaleme alınmış ve 6102 sayılı TTK m.438 ve 444'de düzenlenmiştir. CO Art m.697a/1' de "her bir pay sahibi, pay sahipliği haklarının kullanılması için gerekli ve daha önceden bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmış ise genel kuruldan belirli vakıaların aydınlatılması için özel denetim yapılmasını isteyebilir" demektedir. Buradan anlaşılacağı üzere; her bir pay sahibi belirli olayların (*des faits déterminés*) aydınlığa kavuşturulması için özel denetim yapılmasını isteyebilmektedir.

TTK m.438/1'de; "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 almasa bile genel kuruldan isteyebilir." demektedir.

TTK m.438/1'in gerekçesinde; özel denetim isteme hakkının anonim ortaklıkta her bir pay sahibine tanınmış birel bir hak olduğu belirtilmiştir. Ayrıca, pay sahibinin bu hakkının genel kurulun iradesini bağlayan bir öneri hakkı olmadığı belirtilmiştir. Oylanması zorunlu olmakla birlikte genel kurul, özel denetçi atanmasına yönelik istemi reddedebilir. Lakin bu sefer bu reddin önemli bir sonucu oluşmakta ve karşımıza TTK m.439/1'de düzenlenen ve bir azlık hakkı olan, azlığın mahkemedan özel denetçi atanmasını isteyebilmesi imkânı çıkmaktadır.

Bizim burada inceleyeceğimiz husus, acaba her bir pay sahibinin genel kuruldan özel denetçi atanmasını istemesi hakkının niteliği acaba pay sahipliği sıfatından kaynaklanan ikincil bir hak olarak değerlendirilebilir mi? Yoksa bu istem birincil (talep) bir hakkı mıdır? Bu soruya cevap vermeden önce hak ve talep kavramlarının anlamlarını incelemek yerinde olacaktır.

## A. Hakların Sınıflandırılması

Hak, hukuk düzeni tarafından korunan ve gerçekleşmesi hak sahibinin (Hak öznesi) iradesine bırakılmış olan menfaat olarak tanımlanmaktadır<sup>104</sup>. Roma hukukunda hak (*ius*) genel anlamıyla; hukuk düzeninin bireylere korunmaya değer olan menfaatlerini gerçekleştirmek üzere tanıdığı hak olarak ifade edilmiştir.

Kısaca hak kavramı, hukuk tarafından tanınan yetki olarak ifade edilmektedir<sup>105</sup>. Roma Hukukunda hakkın tanımı verilmemekle birlikte fertlere tanınan bu iktidarın sınırsızca ve serbestçe kullanılacağı belirtilmiş olup, kullanılacak olan her hakkın şüphesiz hak sahibinin menfaatleri ölçüsünde sınırlanmış olduğunu da belirtmişlerdir. Başka bir ifadeyle TMK m.2/2’de yer alan “hakkın kötüye kullanılması yasağı” Roma döneminden günümüze haklarımızın sınırını oluşturmuştur.

Romalılar hakka daha çok dava hakları (*actio*’lar) yönünden yaklaşmışlardır. Dava (*actio*) olmadan talep (hak) olmazdı. Dikkat edilecek olursa Romalıların hak ve talep kavramlarını da aynı anlama gelen ifadeler olarak kullandıklarını görüyoruz. Roma Hukuku’nda kişiler sahip oldukları hakların tanınması için devlete *actio* vermesi için başvuruyorlar ve bu şekilde *actio* sahibi olan kişi hâkimin vereceği kararla, sahip olduğu hakkını toplumdaki diğer bireylere kabul ettirebiliyordu. Roma Hukuku’nda hakkın, dava açabilmek için gereken şartların hukuka yansımaları şeklinde algılandığını söyleyebiliriz. Dolayısıyla, dava (*actio*) hem magistra’nın tanıdığı usuli muameleyi, hem de bununla kabul ettirilecek olan talep hakkını içerirdi<sup>106</sup>.

Hakları birincil (asli, *primaire*, *primär*) ve ikincil (tali, *secondaire*, *sekundär*) haklar olarak ikiye ayırabiliriz. Birincil (asli) haklar ve ikincil (tali) haklar malvarlığı ve kişi varlığı alanında görünmektedirler<sup>107</sup>.

Birincil hak; talep (*Anspruch*, *Anspruchsrecht*, *droit d’exiger*) yetkisi veren haklardır. İkincil haklar, talep yetkisi vermeyen ve birincil hakları doğuran ilişkiler dolayısıyla hak sahiplerine tanınan haklardır. İkincil (tali) haklar, talep yetkisi vermeyen ve bir hukuki ilişki

<sup>104</sup>Hüseyin Hatemi, **Medeni Hukuk’a Giriş**, b.7, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s.114., Seyfullah Edis, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, b.2, Ankara, 1983, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s.356.

<sup>105</sup>Bülent Tahiroğlu, Belgin Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, Der Yayınları, İstanbul, 2009, s.126.

<sup>106</sup>Tahiroğlu/Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, s.127.

<sup>107</sup>Hatemi, **Medeni Hukuk’a Giriş**, s.115.

yanında bulunan haklardır<sup>108</sup>. Bu konuyu daha iyi anlamak için bir örnek verelim. Mesela bir sözleşmeden birincil (asli) olarak ifa talebi veren alacak hakkı doğar. Alacaklıya alacağını isteme yetkisine talep hakkı ya da kısaca talep (*Anspruch*) denilmektedir<sup>109</sup>. Belirli şartlar tamamlanınca ya da var olunca da ikincil hak (tali) olan sözleşmeden önce, sözleşmeyi fesih gibi; (bozucu) yenilik doğuran bir hak doğabilir<sup>110</sup>.

**Eren** düzenleme haklarının (ikincil hakların) sayesinde hak sahibinin tek taraflı irade açıklamasıyla, başka bir şahsın hukuki alanını etkilemekte olduğunu, yeni bir hukuki durum yarattığını ya da mevcut hukuki durumu değiştirmekte olduğunu belirtmiştir. Hukuki durumu değişen kişinin ise, düzenleme hakkını (ikincil hakkını) kullanan kişinin bu şekilde kendi özel hukuki alanına yaptığı etki ve müdahaleyi kabul etmesinin zorunlu olduğunu ifade etmiştir. Yazar yeni durumun hiçbir katkısı olmadan, yalnızca düzenleme hakkı sahibinin tek taraflı irade beyanı ile kendiliğinden doğup, biçimlenerek oluşmakta olduğunu belirtmiştir<sup>111</sup>.

İkincil haklar farklı şekillerde sınıflandırılmıştır<sup>112</sup>. Bu sınıflandırma: 1) örgüt-içi haklar, 2) yetki hakları, 3) biçimleme hakları (*Gestaltende rechte*) şeklinde yapılmaktadır. Örgüt-içi haklar; bir tüzel kişi ile üyenin arasında olan hukuki ilişkiden aidat (ödenti) talebi gibi birincil (asli) bir nisbî hak doğabileceği gibi, bu ilişki dolayısıyla oy verme hakkı gibi ikincil nitelikli haklarda doğabilir.

**Hatemi** ikincil hakları ikiye ayırarak; 1)Yetki ve Yönetim Hakları (*Organisatorische Rechte*), 2) Biçimleyici Haklar (*Gestaltende Rechte*) olarak ikiye ayırmakta olup yetki ve yönetim haklarını da kendi içinde örgüt içi haklar ve yetki hakları olarak; biçimleyici hakları ise; yenilik doğuran haklar ve def'iler şeklinde alt başlıklara ayırmıştır<sup>113</sup>. Düzenleyici haklardan (ikincil haklardan) yönetim ve temsil hakları ki bu haklara yetki hakları- kudret

<sup>108</sup>Hatemi/ Gökyayla, **Borçlar Hukuku (Genel Bölüm)**, b.3, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s.17., Doktrinde **Eren**, ikincil haklara (tâlî ya da düzenleme hakları (*organisatorische Rechte*) olarak ifade etmektedir. Ayrıca bu haklara yetki ya da iktidar hakları denildiği de görülmektedir. Birinci derecedeki haklara da yararlanma hakları denildiğini görüyoruz. Düzenleme hakları sahibine yararlanma haklarında olduğu gibi belirli bir davranıştan veya hukuki değerden yararlanma hakkı vermemektedir. İkincil haklar (düzenleme hakları) yalnızca birinci derecedeki (asli) hakları yani yararlanma haklarını etkilemektedir. Düzenleme hakları, yararlanma hakkını kullanan kişi ya da üçüncü bir kişi adına kurma, değiştirme veya ortadan kaldırma yetkisi vermektedir. Asıl olarak düzenleme hakları (ikincil haklar) sahiplerine, üçüncü şahıslarla hukuki ilişkileri düzenleme, onlara belirli bir şekil verme yetkisi tanımaktadır. (Bkz. Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, b.19, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s.60.

<sup>109</sup>M. Kemal Oğuzman/ M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.I, b.10, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s.14.

<sup>110</sup>Hatemi, **Medeni Hukuk'a Giriş**, s.130.

<sup>111</sup>Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, b.19, s.61.

<sup>112</sup>**Eren**, düzenleme haklarını (ikincil hakları); yenilik doğuran haklar, yönetim (temsil) hakları ve def'i hakları olarak üçe ayırarak sınıflandırmıştır. Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.61.

<sup>113</sup>Hatemi, **Medeni Hukuk'a Giriş**, s.134.

yetkileri de denilmektedir bu tür hakların da, yenilik doğuran haklarda olduğu gibi üçüncü kişilerin hukuki alanına etki yaptığı görülmektedir. Yönetim hakkına sahip olan kişi, bir sözleşme ya da tek taraflı bir hukuki işlem yaparak üçüncü kişinin hukuki alanına etki yapmakta ve bu alanda hukuki sonuçların doğumuna neden olmaktadır. Başka bir ifadeyle, yönetim ve temsil hakkı sahibine, üçüncü kişilere karşı; başka bir kişi adına hareket etme, yapmış olduğu hukuki işlemlerin sonuçlarını, adına hareket etmiş olduğu kişinin hukuki alanında doğurma yetkisi veren tali (ikincil) haklar olduğu görülmektedir. Bu nedenle yönetim haklarına başkası yararına haklar da denmektedir<sup>114</sup>.

## B. Talep Kavramı

Talep ise kişiye, hakkını doğrudan doğruya koruyabilmesi için tanınmış hukuki bir imkândır. Ancak talep kavramı TMK’ da tanımlanmamıştır. Talep kavramı Alman Medeni Kanunu §194/1’de şu şekilde tanımlanmıştır:

“talep, bir kimseden (başkasından) bir edimi (şeyi) yapmasını veya kaçınmasını (yapmamasını) isteme hakkıdır.” *Edis*, Türk Hukuku içinde talep kavramının bu şekilde tanımlanması gerektiğini belirtmiştir<sup>115</sup>. Talep kavramının ilk defa Pandekt hukukçusu *Windscheid* tarafından 1856 yılında kaleme aldığı “*Die actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*” (Roma Medeni Hukuku’nun *actio*’su) isimli eserinde, Roma hukukuna yabancı olan bu kavramı ortaya attığı görülmektedir. *Windscheid*, maddi hukuk anlamında hakkı ön plana alan ve bu hakkın mahkeme önünde dava yolu ile takip edilmesini, sözü edilen hakkın varlığına bağlanan, doğal ve kendiliğinden anlaşılır bir netice sayan modern hukuka uygun bir şekilde *actio*, kavramını Usul Hukukuna ilişkin unsurlardan sıyırmış ve talep hakkı denilen kavramın yaratıcısı olmuştur.

Bu durumda maddi hukuk açısından esas olan talep hakkıdır<sup>116</sup>. Usul Hukuku’nun tanıdığı dava hakkı ki bu hak Roma Hukuku’nda olduğu gibi her hak için özelleştirilmiş ve bireysel bir dava hakkı olmayıp genel bir dava hakkıdır. Bu maddi hukukça verilmiş olan

<sup>114</sup>Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.70-71.

<sup>115</sup>Edis, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, s.357. , Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.14, dipnot:46’da: Talebin (*Anspruch*), Alman hukuku tarafından ortaya konulmuş olan bir kavram olduğu belirtilmiş ve BGB §104’te talep, başkasından bir şey yapması veya yapmamasını (içtinabı) isteme hakkı olarak tanımlanmıştır., Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, b.7, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s.13.

<sup>116</sup>Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s.39-40.



hakkın itiraza uğradığı ya da ihlal edildiği durumlarda onun tespit edilmesine ya da gerçekleşmesine yaramaktadır.

Modern Hukukta talep hakkı, dava yoluna başvurulmaksızın kişinin, hakkın konusu olan edimin yerine getirilmesini karşı taraftan isteyebilmesi yetkisini vermektedir<sup>117</sup>. Burada, hakkın gerçekleşmesi mutlaka bir dava açılmasını gerektirmemektedir<sup>118</sup>. Ancak dava açılırsa bu dava bir eda davası niteliğindedir<sup>119</sup>. Ayrıca talep hakkının karakteristik özelliği, belirli bir kişiye karşı yönelmiş olmasıdır<sup>120</sup>. Bu iki şekilde yapılabilir: 1) Bir kimseyi edimini yerine getirmeye davet etmek, 2) Bir kimseyi bir şeyi yapmaktan kaçınmaya davet etmek. Örnek verecek olursak; zarara uğrayan bir kimsenin zarara sebep olandan zararının giderilmesini istemesi ya da malı elinden zorla alınan bir kimsenin istihkak iddiasında bulunması hali gösterilebilir<sup>121</sup>. Bunun dışında talep hakkının ileri sürülebilmesi için dava açılmasına gerek olmadığından bu hak, takas yolu ile hak sahibi tarafından mahkeme dışı fiilen gerçekleştirilmesi veya borçlunun edimini rızası ile ifa etmesi suretiyle yerine getirilebileceği gibi, talebin hak sahibi tarafından başkasına devredilmesi de mümkündür<sup>122</sup>.

Bunun dışında talebin dar ve geniş anlamları arasında da farklılıklar mevcuttur. Talep hakkı kapsam olarak alacak hakkından daha dar olup bu anlamda yalnızca borçludan borçlanılan edimi isteme hakkı verir.

Dar ve teknik anlamda talep hakkı üçüncü bir kişinin davranışına yönelik somut (güncel) ve özel bir hakkı ifade etmektedir. Buradaki talep, alacak hakkında olduğu gibi üçüncü bir şahsın davranışına yönelmiş olmakla birlikte, dar anlamdaki talep herhangi bir borç ilişkisinden doğmadığı için bir alacak hakkı oluşturmamaktadır. Zira dar anlamdaki talep hakkının yönelmiş olduğu davranış, bir borç ilişkisinin konusunu teşkil eden edim dışındaki davranışlarla ilgilidir<sup>123</sup>. Talep hakkı ile alacak hakkı kavramlarının farklı kavramlar olduğunu yukarıda belirtmiştik. Zira alacak hakkında alacak, bir borç ilişkisinden doğmakta olup borçludan bir davranışta bulunması beklenirken, dar anlamdaki talep hakkında edim, başka bir ifadeyle, borçlunun davranışı dışında kalan bir davranış, hakkın konusunu oluşturmaktadır<sup>124</sup>.

<sup>117</sup>Genel olarak talep hakkı, herhangi bir hak sahibinin üçüncü bir kişiden belirli bir davranışta bulunmasını isteme hakkı olarak tanımlanmaktadır. Doktrinde de talep hakkı dar anlamda talep hakkı ve geniş anlamda talep hakkı olmak üzere iki ayrı anlamda kullanılmaktadır. Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.78.

<sup>118</sup>Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s.40.

<sup>119</sup>Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s.40.

<sup>120</sup>Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s.41.

<sup>121</sup>Edis, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, s.357.

<sup>122</sup>Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s.40.

<sup>123</sup>Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.78.

<sup>124</sup>Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.78.

Dar anlamda talep hakları mutlak hakların korunmasına hizmet ettiği için bunlara bağımlı haklar da denilmektedir. Bağımlı ve dar anlamda talep hakları; aynî haklar, aile hakları, miras hakları, kişilik hakları, fikri ve sınaî haklar ile birlik haklarından doğmaktadırlar. Bir derneğe, vakfa ya da aileye mensup olmaktan doğan birlik hakları sahiplerine alacak hakkı dışında dar ve teknik anlamda bir talep hakkı bahşetmektedir. Örneğin, bir üyenin derneğin genel kuruluna katılması ve oy kullanması, seçme ve seçilme hakkını kullanması bir talep hakkı olup ilke olarak dava edilemeyen talep haklarıdır.

Özel denetim isteme hakkını dar ve teknik anlamda bir talep hakkı olarak kabul edemeyiz. Zira her ne kadar özel denetim pay sahibinin katılma haklarından biri olsa da burada genel kuruldan belirli bir davranışta bulunması istenmemektedir. Şirket işleri hakkında daha önceden bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmış olmasına rağmen tatmin olmayan pay sahibinin, bu işler hakkında daha detaylı bilgi almak istemesi durumunda bu istemini (özel denetim istemi) ilk olarak şirket genel kuruluna yöneltmesi gerekmektedir. Genel kurul TTK m.438/1'deki koşulların bulunup bulunmadığına baktıktan sonra bir cevap verecektir. Ancak genel kuruldan mutlaka özel denetime karar vermesi beklenmemeli ve genel kurul bu istemi reddettiği zaman da bir davranış yükümünü ihlal etmiş olarak da algılanmamalıdır.

Geniş anlamda talep hakkı, hem borçlunun hem de borçlu dışında kalan üçüncü şahısların belirli bir davranışta bulunmalarını istemeye yönelik bir hak olarak tanımlanmıştır. Ezcümle geniş anlamda talep hakkı, dar manadaki talep hakkıyla alacak hakkının, bir başka deyişle, borç ilişkisinin konusunu oluşturan edimi borçludan belirli bir davranışı isteme hakkıdır. Ayrıca geniş anlamda talep hakkı, alacak hakkını da içine alan ve ondan daha geniş olan, üçüncü bir şahsın davranışına ilişkin her türlü dava edilebilir bir hak olarak tanımlanmaktadır<sup>125</sup>. Alman Hukuku'nda yalnızca alacak hakkını ifade etmek üzere kullanılan talep haklarına bağımsız talep hakları denildiği ve bu hakların kendilerinden önce var olan başka bir hakka tabi olmayıp bağımsız oldukları bu nedenle bağımsız olarak da devredilebilen haklar olduklarını belirtelim<sup>126</sup>.

Maddi hukuk açısından talepte hak ön plandadır. Bu nedenle hakkın ihlal edilmesi ya da itiraza uğraması halinde bu talebin dava yolu ile istenebileceği belirtilmiştir<sup>127</sup>. Nitekim

<sup>125</sup>Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.77.

<sup>126</sup>Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.80.

<sup>127</sup>Mehmet Helvacı, **Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan**, "Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, No:715, İstanbul, 1998, s.306. Yazar talep haklarının düzenleyici haklardan farklı olduğunu zira düzenleyici

olumlu azlık hakkı olarak anılan bütün hallerde talebe rağmen hakkın yerine getirilmeme ihtimali mevcuttur. Böyle bir durumda azlığın reddedilen talebi doğrultusunda dava hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle genel kurul esnasında ya da genel kurul dışında kullanılabilir bir azlık hakkının ihlali söz konusu olduğunda hakkı ihlal edilen azlığın mahkemeden talep etme yetkisi bulunmaktadır<sup>128</sup>. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere talep hakkının yerine getirilmesi için bir dava açıldığında bu davanın bir edim (eda/ *Leistungsklage*) davası olacağı belirtilmiştir<sup>129</sup>. Ancak özel denetim istemi reddedildiği zaman azlık tarafından açılan özel denetim davasının hukuki niteliği hakkında doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bu görüşler davanın hukuki niteliği konusu incelenirken belirtilecektir.

### C. Talep Hakkının Hak Kavramından Ve Diğer Haklardan Farkı

Talep ile hakkın aynı mı yoksa ayrı kavramlar mı olduğu tartışmalı bir konudur. Genel olarak talebin, ilişkin olduğu haktan ayrı olduğu görüşü kabul edilmektedir. Talebin hayatımızdaki önemi ve rolü, muhatabın edimini yerine getirmeyi ya da kaçınma borcunda bir şeyi yapmamayı kabul etmesine bağlıdır. Bu nedenle, talep ile karşılaşan kimse edimini yerine getirmeyi kabul etmemişse veya kaçınma borcunda bir şeyi yapmakta direniyorsa talep hakkının kullanılması yeterli olmayacaktır. Bu nedenle kişiye hakkını koruyabilmesi ya da elde edebilmesi için başkaca imkânların tanınması zorunludur. Talep hakkının yerine getirilmesi sağlamak için bir dava açıldığı zaman açılan bu dava bir edim (eda, ifa) davası (*Leistungsklage*) olacaktır.

Fakat özel denetim davasında davacı pay sahipleri davalıdan (şirketten) bir talepte bulunulmamakta olup hâkimden şirkette “incelemeler” yapması için bağımsız ve alanında bağımsız olan bir uzmanı görevlendirmesi ve süreci objektif bir şekilde yürütmesi beklenmektedir. Şunu belirtelim ki, edim davası dışındaki davalar, edim davasında olduğu gibi karşı tarafın bir şey yapmaya/vermeye ya da yapmamaya yönelik mahkûmiyetini sağlamak için açılmamaktadır. Tespit davasında ya da yenilik doğuran davada davacının Usul Hukuku anlamında bir talebi bulunmaktadır. Yenilik doğuran dava olmayan davalarda dava

---

haklarda hak sahiplerinin, tek taraflı irade beyanlarının yeni bir hukuki durum yaratmakta yeterli olduklarını fakat talep hakkında talebin reddedilmesi halinde hakkın, ancak dava yolu ile kullanılabileceğini belirtmiştir.

<sup>128</sup>Helvacı, “Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı”, s.306. Yazar teknik olarak azınlık hakkından anlaşılması gerekenin talep hakkı olarak ortaya çıkanlar olduğunu belirtmiştir. Bu tür haklar azınlığın takibini gerektirmektedir. Bu nedenle yazar azınlığa talep hakkı olarak tanınan hakların birer azınlık hakkı olduğu sonucuna varmış olduğunu belirtmiştir. (Bkz. a.g.m., s.307-308).

<sup>129</sup>Bkz Dipnot:187.

dışı ileri sürülebilen talep, maddi hukuk anlamında bir taleptir. Ancak amaca doğrudan doğruya ulaştırmaz. Bu nedenle usuli muamele olan dava dilekçesi ile talebin ileri sürülmesi gerekir. Bunlara örnek olarak; bir sözleşmenin kesin hükümsüzlüğünün mahkeme tarafından tespitinin istenmesi veya ölüme bağlı bir tasarrufun iptalini isteyen kişi tarafından bir şeyin yapılmasına ya da yapılmamasına yönelik istemde bulunulması verilebilir. Bu davalarda kişi, karşı taraftan bir şeyin yapılmasına ya da yapılmamasına yönelik bir istemde bulunmamakta olup her iki davada edim davasından farklı olarak maddi (medeni) hukuk anlamında bir talep hakkına dayanmayıp usule ilişkin bir talebi içermektedirler<sup>130</sup>.

Talep hakları yukarıda bahsettiğimiz düzenleyici haklardan farklıdır. Zira düzenleyici haklar tek taraflı irade beyanı ile yeni bir hukuki durum yaratmaya yeterli iken, talep hakkı reddedilirse bu durumda dava açma yolu ile bu hak ileri sürülebilecektir. Nitekim TTK m.439/2'ye göre özel denetim istemek olumlu bir azlık hakkıdır. Ancak bu hakkın kullanılabilmesi için genel kurulda özel denetim isteminin reddedilmiş olması gerekir. Bu red kararı üzerine azlık, mahkemeye başvurma hakkına sahiptir. Azlığın mahkemeye başvurabilmesi için öncelikle genel kurulda özel denetçi isteminin dile getirilmiş ve bu istemin kabul edilmemiş olması gerekir. Dolayısıyla bu hakkın kullanılması genel kurulda herhangi bir pay sahibi tarafından ileri sürülen özel denetçi atanması isteminin reddedilmesi şartına tabiidir. **Kaya** TTK m.439/II' de ne genel kurula karşı azlığın bir talepte bulunmasından ne de genel kurulun bu talebi kabul etmesinden bahsedilmediğini belirtmiştir<sup>131</sup>.

Bununla beraber, talep hakkı aynî bir haktan doğduğu zaman aynî talep, şahsi bir haktan doğduğu zamanda şahsi talep söz konusu olmaktadır. Örneğin, hırsızdan çaldığı malın geri vermesini isteme talebi mülkiyet hakkına dayanan aynı bir taleptir. Ancak, satıcının, satış konusu malın bedelini alacaklıdan talebi, şahsi bir taleptir çünkü satış sözleşmesi satıcıya sattığı malın bedelini sadece alıcıdan talep etme hakkı vermektedir<sup>132</sup>.

Ayrıca, talep hakları sadece borç ilişkilerinde değil aynı zamanda bu ilişkilerin dışında kalan eşya, aile ve miras hukuku ilişkilerinde de dayanabilir.

Fakat Borçlar Hukuku alanında, genellikle, borç ilişkisine dayanan talep haklarına “alacak hakkı” denilmektedir<sup>133</sup>. Taleple ilgili olarak şunu da belirtelim ki, alacak hakkının

<sup>130</sup> Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s.40.

<sup>131</sup> Kaya, “Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi”, **Batider**, s.68.

<sup>132</sup> Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.13.

<sup>133</sup> Hatemi/ Gökyayla, **Borçlar Hukuku (Genel Bölüm)**, s.17.

talep hakkı ile çoğu zaman “eş anlamlı” kullanıldığı görülse de aslında talep sadece alacaklara özgü değildir. Alacak haklarının kaynağını borç ilişkileri oluştururken talep haklarının kaynağı sadece borç ilişkilerinden ibaret değildir<sup>134</sup>.

Doktrinde alacak hakkı, dar anlamda borç ilişkilerinde alacaklıya borçludan edimi yerine getirmesini isteme yetkisi veren talep hakkını ifade etmektedir<sup>135</sup>. Nitekim yukarıda da ifade ettiğimiz üzere birincil haklar, talep yetkisi vermektedirler. Alacak hakkı da birincil bir hak olduğundan talep yetkisi vermektedir. Fakat talep hakkı yalnızca borç ilişkilerinden doğmaz aynı zamanda aynı ve şahsi haklardan kaynaklanan talep hakları da vardır. Fakat aynı veya şahsi bir hak her zaman ve zorunlu olarak talep hakkı ile bir arada bulunmamaktadır. Burada, hakkın bulunduğu her yerde talep hakkının da bulunduğu söz edilemez<sup>136</sup>.

Bunu bir örnekle açıklayalım. Mülkiyet hakkı sahibi, bu hakkı herhangi bir kimse tarafından ihlal edilmediği sürece herhangi bir talep hakkına sahip değilken, mülkiyet hakkına, örneğin maliki olduğu arsasına biri prefabrik bir ev yapmaya kalkarsa bu durumda mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan malikin, bu ihlale son verilmesi için hakkını zedeleyen talep hakkı doğmuş olacaktır. Alacak haklarının da her daim talep hakkı ile bir arada bulunmaları gerekmemektedir. Vadeye bağlı alacak hakkında durum bu şekildedir. Satın alınan bir eşyanın bedelinin ödenmesi için satıcının alıcıya iki aylık bir süre (vade) verdiği hallerde, satıcının satış sözleşmesinden doğan bir alacak hakkı vardır, fakat talep hakkı iki aylık sürenin geçmesiyle doğacaktır. Borçlu, borcunu satıcının kendisine vermiş olduğu iki aylık süreden önce ifa edecek olursa borç talep hakkı kullanılmadan ifa sebebiyle sona ermiş olacaktır<sup>137</sup>. Bu nedenle doktrinde bazı yazarlar<sup>138</sup>, alacak hakkı ile talebin ayrı ve farklı

<sup>134</sup>Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s.42.

<sup>135</sup>Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.14, Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.13., Hatemi/ Gökyayla, **Borçlar Hukuku (Genel Bölüm)**, s.17’de yazarlar; borç doğuran sözleşmelerden dolayı alacaklının kazanmış olduğu alacak hakkının birincil (asli) bir hak olduğunu belirtmişlerdir.

<sup>136</sup> Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.13., Nitekim Oğuzman, her ne kadar alacak haklarında talebin, çoğu zaman alacak hakkı ile aynı anda doğduğu görülse de bu durumun her zaman bu şekilde olmadığını belirtmiş ve durumu izah edebilmek için, vadeye bağlı borç örneğini vermiştir. Yazar, vadeye bağlı borçlarda talep hakkının ancak ve ancak vadenin gelmesi ile doğacağını belirtmiştir. Fakat alacak vadeden önce zaten mevcuttur; borçlu vade gelmeden önce borcunu ifa edebilir lakin alacaklının vade gelmeden önce borçludan borcun ifasını talep edebilmesi söz konusu değildir. Bkz. Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.15.

<sup>137</sup>Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Tekinay, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.13.

<sup>138</sup>Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Tekinay, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.13., Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.15. Karşı görüş için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s.43-44. **Kocayusufpaşaoğlu**; alacak ve talep haklarının aynı şey olduğu fikrini üstün tutmuştur çünkü talep hakkı olmadıkları halde, alacak hakkının içeriğine dahil olan bütün hak ve yetkilerin, doğrudan talep hakkına bağlı (talep hakkının içeriğine giren) hak ve yetkiler olarak düşünülmesinin mümkün olduğunu belirtmiştir. Ancak yazar muaccel olmayan alacaklarda bir talep hakkından söz edip edilemeyeceği hususundaki tereddütlerini de şu şekilde belirtmiştir: Borç ilişkisinden doğan talep hakkı ile alacak hakkı

kavramlar olduğunu savunmaktadırlar. Bu nedenle TTK m.439/I ve TTK m.438/I'deki hak ikincil bir hak olup talep hakkı değildir. Zira TTK m.438/I'deki ve TTK m.439/I'deki hakkın kullanımı genel kurulun kabulüne bağlıdır. Bu nedenle özel denetim isteme hakkı geniş anlamda da örgüt içi haktır.

Aynı haklar açısından konuya baktığımızda aynı haklarda da talep söz konusu olmakta ve aynı hak ihlal edildiği zaman talep hakkı doğmaktadır. Örneğin, (E), (D)'nin arsasına inşaat yapmaya kalkışırsa, (D), (E)'den arsaya yapmış olduğu tecavüze son vermesini talep edebilecektir TMK m.683.

Talep hakkı, yenilik doğuran haklardan da ayrılmaktadır. Yenilik doğuran hakkın sahibi, tek taraflı irade beyanı ile yeni bir hukuki durum yaratmakta olup, hak sahibinin bu durumu sağlayabilmesi için diğer tarafın (karşı tarafın) iştirakine (ondan bir şeyin yapılmasına ya da yapılmamasına) yönelik herhangi bir talebe ihtiyacı bulunmamaktadır. O halde, yenilik doğuran hak bir talep hakkı olmamakla birlikte, bazı yenilik doğuran hakkın kullanılması ile oluşan hukuki ilişkiden bazı talep hakları doğabilir. Örneğin, alım (iştirak) hakkı sahibi olan (A), yenilik doğuran hakkının kullanmak suretiyle (B) ile aralarında satış ilişkisi kurduğu zaman, aralarındaki bu ilişkiden A ve B lehine talep hakları doğacaktır<sup>139</sup>.

Kanımızca özel denetim isteme hakkında pay sahibinin, genel kuruldan özel denetim isteminde bulunması ya da genel kurulun reddetmesi üzerine azlık ya da paylarının itibari değeri toplamı en az bir milyon Türk Lirası olan pay sahipleri mahkemeden özel denetçi atanmasını istemeleri ve koşulları varsa hâkimin, özel denetçi atanmasına karar vermesi hallerini yenilik doğuran bir talep hakkı olarak ifade etmek mümkün değildir. Zira, yenilik doğuran hak kavramının tanımında; bir kimsenin bir hukuki ilişkiyi tek taraflı irade beyanı ile kurma, değiştirme ve ortadan kaldırma (tasfiye) ilişkisine çevirme ve sonuç olarak ortadan kaldırmaya yönelik hakkına yenilik doğuran hak denilmektedir<sup>140</sup>. Oysa burada, istem sahiplerinin istemlerinin, gerek genel kurulda gerek mahkemede kabul edilip edilmeyeceği, özel denetim yapılması istenen hususun özelliğine ve hakkın kullanma şartlarına bağlıdır.

---

arasındaki özdeşliği yalnızca muaccel olan yani derhal yerine getirilebilecek olan alacaklar için söyleyip henüz muaccel olmayan (vadeye veya geciktirici şarta bağlı) alacaklarda bir talep hakkının oluşmadığını söylemenin daha doğru olabileceğini fakat talep ve alacak hakkı kavramlarının aynı anlama gelmiş olduklarının kabul edilmesi halinde bile muaccel olmayan alacaklarda bir fark oluştuğunun söylenebileceğini ve muaccel alacak hakkı ile talep hakkı arasında bir ayrım yapılmamakla yetinilebileceğini ifade etmiştir.

<sup>139</sup>Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s.40.

<sup>140</sup>Hatemi, **Medeni Hukuk'a Giriş**, s.131.

## **D.Özel Denetim Yapılması İsteminin Bireysel Bir Pay Sahipliği Hakkı Olarak Nitelendirilebilip Nitelendirilemeyeceği Sorunu**

Anonim ortaklıkta özel denetim isteme hakkı, 6102 sayılı TTK' nın ikinci kitabında (Ticaret Şirketleri), Dördüncü kısmında (Anonim Şirketler), F)Pay sahibinin Kişisel Hakları ana başlıklı kısmının V. (beş) numaralı alt başlıklı bölümünde genel kurulun kabulü veya reddine bağlı olarak iki ayrı seçenek halinde TTKm.438 ve m.439' da düzenlenmiştir. TTK m.438' de, genel kurulda özel denetim isteminin kabul edilmesi halinde, şirketin ya da her bir pay sahibinin, TTK m.439' da, istemin genel kurulda reddedilmesi halinde ise, azlığın (azlık hakkına dönüşme) ya da belirli miktarda paya sahip olan pay sahiplerinin mahkemeden özel denetçi atanmasını isteyebilecekleri düzenlenmiştir. Öncelikle anonim ortaklıkta pay sahiplerinin bireysel, tek bir paya sahip olsalar bile kullanabilecekleri hakları şunlardır:

Malvarlığına ilişkin haklar (kâr payı hakkı, tasfiye payı hakkı, bedelsiz payları edinme hakkı, rüçhan hakkı, tesislerden yararlanma hakkı ve hazırlık dönemi faizi hakkı), genel kurula katılma hakları (genel kurula katılma, öneride bulunma ve oy hakkı), Pay sahibinin aydınlanmasına ilişkin haklar (bilgi alma hakkı ve inceleme hakkı, denetleme hakkı), pay sahibinin tek borç ilkesinden kaynaklanan başka borç yüklenmeme hakkı, anonim ortaklığın Türk uyrukluğunda bulunmasından doğan hakları ve sermayenin korunması ilkesinden doğan hakları olmak üzere çeşitli hakları bulunmaktadır<sup>141</sup>. Özel denetim isteme hakkı da pay sahibinin idari (yönetmel) hakları arasında sayılmıştır.

Öncelikli olarak TTK m.438/I uyarınca; her pay sahibi, payın türünden bağımsız olarak pay sahipliğine ilişkin haklarını kullanabilmesi için gerekli olduğu takdirde daha önceden bilgi alma veya inceleme hakkını kullanmışsa, genel kuruldan belirli olayların özel denetim ile aydınlatılmasını isteyebilecektir. Bu hakkın her bir pay sahibine ait bireysel bir hak olması, özel denetim isteminin genel kurulda kabul edilmesi durumuna özgüdür. Bu madde uyarınca, genel kurul tarafından özel denetime karar verilebilmesi için öncelikli olarak genel kurulda bir istemde bulunmak gerekecektir. İstem olağan genel kurulda yapılabileceği gibi, olağanüstü genel kurulda da yapılabilir<sup>142</sup>. Dolayısıyla TTK m.438/I' e göre bu hak

<sup>141</sup>Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, s.352, N:14-34. Pay sahiplerinin hakları ve borçları için bkz. Hayri Bozgeyik, **Şirketler Hukuku- (11. Bölüm "Pay Sahibinin Hakları ve Borçları")** Editör: Sami Karahan, C.I, Konya, 2012, s.603-652.

<sup>142</sup>Narbay, **"Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim Yapılması Şartları ve Özel Denetçinin Atanması Usulü"**, s.293., Moroğlu, **"Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi"**, 2001, s.67.

sadece azlık hakkı olarak değil her bir pay sahibine tanınmış bireysel bir hak olarak düzenlenmiştir<sup>143</sup>.

Gerekçede de bu hakkın her bir pay sahibine tanınmış bireysel bir hak olduğu ifade edilmiştir<sup>144</sup>. Burada tüm pay sahiplerine tanınmış bir hak vardır. Başka bir ifadeyle TTK m.438/I' de düzenlenen özel denetim isteme hakkı, belirli oranda ya da miktarda paya sahip

<sup>143</sup>Editör: Erol Ulusoy, **Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları**, Mehmet Özdamar, “Anonim Şirketlerde Özel Denetim”, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014, s.55., 6762 sayılı kanunda özel denetim eTK m.348’de düzenlenmiştir. Kanun koyucu burada özel denetçinin iki şekilde seçilebileceğini öngörmüştür. Nitekim eTK m.348/I’ de genel kurul tarafından özel denetçi atanmasına ilişkin bazı hükümler koymuş, ikinci fıkrada azlığın genel kurulda özel denetçi atanması isteminin reddedilmesi halinde, özel denetçi atanması isteminin mahkemeye yapılacağı düzenlenmiştir. Burada eTK m.348/I’ de düzenlenen özel denetçi atanması isteminin de ilk bakışta sadece azlığa tanınan bir hak olduğu anlamı çıkmaktadır. Bu husus doktrinde eleştirilmiş ve **Moroğlu**, genel kurulda kimlerin özel denetçi isteyebileceği hususunun açık bir şekilde düzenlenmediğini dolayısıyla ilk etapta bu istemin yalnızca esas sermayenin %10’una sahip olan azlık tarafından kullanılabileceği izleniminin doğduğunu, aslında kanunun birinci fıkrasına göre, her bir pay sahibinin ve genel kurulda bazı konularda 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 ifade etmiş ve azlık hakkı olan hususun mahkemeden özel denetçi atanması istemi olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Erdoğan Moroğlu, [“Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi”, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.XLII, Y.1976, S.1-4, Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’e Armağan, Özel Sayı, (s.341-358)], **Makaleler**, İstanbul, 2010, 12. Levha Yayıncılık, s.73., **Tunçay**; eTK m.348/II’nin ilk cümlesinin eTK m.348/I’in devamı mı yoksa ayrı yorumlanması gereken hükümleri mi olup olmadığı sorusunu sormuştur. Yazar, 6762 sayılı kanunun yazılış şekli ve anonim ortaklığın genel prensipleri uyarınca eTK m.348/II’nin ilk cümlesinin eTK m.348/I’in devamı olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını, anonim ortaklıkta özel denetçi istemini sadece esas sermayenin %10’una sahip olan pay sahiplerine özgülemenin yanlış bir yorum olduğunu ifade etmiştir. Bu nedenle genel kurulun şirket işlerine hâkim olan en üst ve yetkili organ olduğu dolayısıyla “bazı muayyen hususların tetkik ve teftişi” için gerekli olduğu takdirde 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 teklifinde bulunabileceğini belirtmiştir. Yıldız Tunçay, “Anonim Şirketlerde Hususi Murakıplı Tayini”, **İstanbul Barosu Dergisi (İBD)**, Y.1974, C.III., s.738., Kanun koyucu 6762 sayılı kanunda eTK m.348/I’de ki özel denetçi atanması istemi ile eTK m.348/II’deki azlığın özel denetçi atanması istemini farklı hüküm ve sonuçlara bağlamış olduğu belirtilmiştir. eTK m.348/I’e göre; özel denetçi atanmasını isteyebilecek olanlar bireysel pay sahipleridir. Onların bu hakkı, pay sahipliği sıfatından kaynaklanmaktadır. Bunun yanı sıra yönetim kurulu ve yönetim kurulu üyeleri, denetçiler ve tasfiye memurları ve iflas idaresinin de genel kuruldan özel denetim isteminde bulunabilecekler arasında olduğu ifade edilmiştir. eTK m.348/II’de ise, azlık pay sahiplerinin özel denetim istemi düzenlenmiştir. Bkz. Oruç Hami Şener, **Anonim Ortaklıklarda Azınlık Hakları, Özellikle Özel Denetçi Atanmasını İsteme Hakkı**, AÜHF YL Tezi, Y.1990, s.104-108. (Aksi yönde görüş için Bkz.) **Özdamar** 6762 sayılı kanunda eTK m.348’de özel denetçi isteme hakkının bir azlık hakkı olarak düzenlendiğini ve bu haktan yararlanmak isteyen pay sahiplerinin toplantı tarihinden en az altı (6) ay önceden beri şirkette esas sermayenin en az %10’u oranında paya sahip olmaları gerektiğinin de açıkça düzenlenmiş olduğunu ifade etmiştir. Yazar eski kanundaki düzenleme ile genel kuruldan özel denetim isteyen azlığın, olumsuz cevap alması halinde mahkemeye başvurarak özel denetçi atanmasını sağladığını, mahkemenin atadığı özel denetçi tarafından inceleme yapıp hazırlanan raporun genel kurula sunulması ile gereken işlemlerin yapılmasının sağlandığını belirtmiştir. Yazar ayrıca 6762 sayılı eTK m.348’de özel denetçi isteme hakkının kullanılabilmesi imkânının sadece azlığa tanınmış bir hak olduğu ve bu haktan pay sahiplerinin tek başına yararlanmalarının mümkün olmadığını ifade etmiştir., Ulusoy/Özdamar, “Anonim Şirketlerde Özel Denetim”, **Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları**, s.45., Oğuz İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, b.4, Yasa Yayıncılık, Ankara, 1989, s.318-319. **İmregün**, 6762 sayılı eTK m.348’de düzenlenen özel denetçi isteme hakkının bir azlık hakkı olduğunu belirtmiştir.

<sup>144</sup> Bkz. TTK m.438/I’in Gerekçesi, s.211., Domaniç eTK m.348/1 uyarınca, kişisel olarak ortakların özel denetçi tayinini genel kuruldan isteyebilmelerini, şirket akdinden ve dolayısıyla ortak olma sıfatından doğan bir hak olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle herhangi bir ortağa tanınmış olan bu hakkın azlığa da tanınmasının evleviyet icabı olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Hayri Domaniç, **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması (TTK Şerhi II)**, Temel Yayınları, İstanbul, 1988, s.738-739.



olunmasına bakılmaksızın her bir pay sahibinin başvurabileceği bir yol olarak düzenlenmiştir. Ancak her ne kadar pay sahibi belirli hususların tetkik edilmesi için genel kurula özel denetim yapılması istemini yöneltse de bu isteminin kabul edileceğine ilişkin bir kesinlik bulunmamaktadır. Dolayısıyla genel kurul bu istemi kabul edebileceği gibi, reddedebilecektir.

Dolayısıyla TTK m.438/1'deki özel denetim hakkını, ne bir alacak hakkı, ne bir yenilik doğuran hak ne de bir talep hakkı olarak nitelendiremeyiz. Zira özel denetim yapılması konusunda genel kurul borçlu sıfatını haiz değildir. Bu nedenle özel denetim pay sahipleri açısından bir alacak hakkı olarak nitelendirilemez. Ayrıca bu hak yenilik doğuran bir hak da değildir. Zira pay sahibinin tek taraflı iradesine bağlı olarak kullanılabilen bir hak söz konusu değildir. Pay sahibi özel denetim istiyorsa bunu öncelikle genel kurula yöneltmek zorundadır. Genel kurulun onayına tabii tutulmuş olan bir hususun yenilik doğuran bir hak olarak nitelendirilebilmesi doğru olmaz.

*Kaya*, burada değinilen hakkın, tam anlamıyla pratikte bir pay sahipliği hakkı olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Yazar, pay sahibinin özel denetim isteminin genel kurulda kabul edilmesi halinde mahkemeye başvurulabileceğini aksi halde (pay sahibinin özel denetim isteminin genel kurulda reddedilmesi) pay sahibinin hiçbir şey yapamayacağını ifade etmiştir. Bu nedenle TTK m.438/I'de düzenlenen hak genel kurulun kabulüne bağlanmış ve hakka işlevsellik kazandırılmıştır. Dolayısıyla genel kurul tarafından reddedilen pay sahibinin başvurabileceği herhangi bir yol ya da işletebileceği bir mekanizması bulunmamaktadır<sup>145</sup>.

O halde TTK m.438/I'deki hakkı, gerekçede de ifade edildiği üzere bir pay sahipliği hakkı (birel hak) olarak değerlendirmek mümkün müdür? Yukarıda hak kavramının, hukuk düzeni tarafından tanınan yetki olarak tanımlandığını belirtmiştik. Ayrıca, hakkın söz konusu olması için, hukuk düzeni tarafından tanınan menfaatini kullanıp kullanmama yetkisi de hak sahibinin iradesine bırakılmıştır. Hakkın varlığının bir diğer şartı da, muhataplarının uyma mecburiyetlerinin olmasıdır. TTK m.438/I'de ise, pay sahibinin özel denetim istemi, asıl muhatap olan genel kurulun kabulüne bağlıdır. Bu istemin reddi halinde özel denetim isteminin korunmasına yer verilmemiştir. Bu nedenle burada gerçek anlamda kişisel bir pay sahipliği hakkının bulunduğunu söylemek güçtür<sup>146</sup>.

<sup>145</sup>Kaya, “Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi”, s.67.

<sup>146</sup> Kaya, “Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi”, s.67. Aksi yönde görüş; *Güven*, genel kuruldan özel denetim isteme hakkının niteliğinin bireysel bir hak olduğunu belirtmiştir. TTK m.438 özel denetim isteme hakkını her bir pay sahibine tanımıştır. Dolayısıyla tek bir pay sahibinin bile bu denetimi isteme hakkı var olduğuna göre azlık pay sahipleri de bu hakka öncelikle bir pay sahipliği hakkı olarak

Birincil hak; kişiye, karşı taraftan hakkın konusu olan edimin yerine getirilmesini doğrudan doğruya başka bir şey yapmasını isteyebilme imkânı veren hak olarak ifade edilmektedir. Oysaki özel denetim isteminde istem, genel kurulda kabul ya da reddedilse de, denetçi (incelemeci) her iki durumda da mahkeme tarafından atanmaktadır. Bu nedenle özel denetim isteminin birincil bir hak (talep hakkı) olarak nitelendirilemeyeceği kanaatindeyiz.

Özel denetçi atanmasını talep hakkı yerine kanundaki başlık gibi özel denetim isteme hakkı demek hakkın niteliğine daha uygun olacaktır. İkincil (tali) hakları anlatırken belirttiğimiz üzere; tali haklar talep yetkisi vermeyen bir hukuki ilişki yanında bulunan haklardır. Mesela oy hakkı yönetsel (idari) hakların en önemlisi olup pay sahibi oy hakkı sayesinde şirket genel kurulunda; gerek seçimlerde, gerek esas sözleşme değişikliklerinde gerekse de şirket işlerinde görüş ve iradesini göstermektedir. Oy hakkı hem mütesep hem de vazgeçilemez bir hak niteliğindedir<sup>147</sup>.

Özel denetimin amaçlarından biri, pay sahiplerinin bilgi alma ihtiyacını karşılayabilmektir. Bilgi sayesinde pay sahiplerinin şirketteki etkinlikleri artacak ve genel kurulda alınacak kararlarda daha etkili olabileceklerdir. Özel denetim isteme hakkı da tıpkı bilgi alma ve inceleme hakkı ve oy hakkında olduğu gibi yönetsel (idari haklar) içersinde düzenlenmiştir<sup>148</sup>. Bu nedenle pay sahipleri kanunda öngörüldüğü üzere, pay sahipliği haklarının kullanılması bakımından gerekli olduğu takdirde daha önceden bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmış olup bu bilgilerden yeterince tatmin olmamışsa ancak bu durumda özel denetim isteyebilecektir. Dolayısıyla bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmadan bu hakkın doğrudan doğruya istenemeyecek olması özel denetimi birincil bir hak (talep hakkı) olmaktan uzaklaştırmaktadır. Zira hakkın kullanımını diğer pay sahipliği haklarının kullanımı bakımından gerekli olma koşuluna bağlanmaktadır<sup>149</sup>. Özel denetçinin atanması; pay

---

sahip olacaklardır. Bir başka deyişle buradaki hak bir azlık hakkı değildir. Güven, **Özel Denetim**, s.136., pay sahiplerinin TTK m.438/1 uyarınca genel kuruldan özel denetçi atanmasını isteme hakkı, şirket sözleşmesinden ve dolayısıyla ortak olma sıfatından doğan bir hak olarak kabul edilmiştir. Domaniç, **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması**, s.738, Sivas, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi**, s.9.

<sup>147</sup> Hayri Bozgeyik, **Şirketler Hukuku- (11. Bölüm“Pay Sahibinin Hakları ve Borçları”)**, s.630.

<sup>148</sup> Bozgeyik, **Şirketler Hukuku- (11. Bölüm “Pay Sahibinin Hakları ve Borçları”)** s.635.

<sup>149</sup> Bu konuda **Kaya** (TTK m.438) ve devamında düzenlenen özel denetim hakkının, bilgi alma ve inceleme hakkına bağlı (ikincil/tali) bir hak olarak düzenlendiğini belirtmiştir. Bu hakkın kullanılmasının mahkeme kararı ile de mümkün olması, organların hakkı kısıtlayan ya da ortadan kaldıran kararlarının butlan yaptırımına tabii olmasını TTK m.391/1(c), m.447/1(b), giderek hak ihlalinin bir azınlık hakkına evrilmesini TTK m.439 ve azınlık üzerinden fesih davasına TTK m.531 esas oluşturmasını özel denetim isteme hakkının güçlenen konumunun ve genişleyen işlevinin göstergeleri olduğunu vurgulamıştır. Ayrıca, aktif bilgi alma veya inceleme hakkının kullanılmasının, özel denetim isteminin bir ön şartı olduğunu belirtmiş ve bu nedenle özel denetimin bağlı bir hak olduğunu ifade etmiştir. Yazar, Yönetim Kurulu üyelerinin bilgi alma ve inceleme hakkı başlığı altında TTK m.392’de düzenlenen hakta, aynı türden bir bağlılığın olmadığını belirtmiştir. (Bu konuda Bkz. Kaya, “Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi”, **Batider**, s.63).

sahibinin sorumluluk davası açması, seçim ve oy hakkını kullanabilmesi ya da kâr dağıtım kararının butlanını talep edebilmesi bakımından gerekli ise mümkündür<sup>150</sup>.

### E. Özel Denetim ve Azlık Hakkı Niteliği

Azlık haklarının öngörülme amaçlarına uygun olarak yorumlanmaları gerekir. Bu hakların kullanımını zorlaştıran ve azlık haklarını çoğunluk gücü karşısında kullanılamaz ve sonuç alamaz hale düşüren uygulamaların önüne geçebilmek için ise lafza bağlı kalmayan doktrin ve yargıç hukukuna ihtiyaç vardır. Bu nedenle azlığa çoğunluğun karşısında çaresiz kaldığı durumlarda kendini koruyabilmesi için mahkemeye başvurabilme imkânı verilmesi gerekmektedir. Mahkemenin kararı da sonucu sağlayıcı olmalıdır. Nitekim bu yol 6102 sayılı TTK ile açılmıştır. Bunun örneğini de konumuz olan özel denetim oluşturmaktadır. TTK m.439'da, genel kurulun özel denetim istemini reddetmesi halinde, azlık pay sahiplerinin mahkemeden özel denetçi atanmasını isteyebilecekleri düzenlenmiştir.

Kanunda azlık kavramı anonim ortaklığın halka açık ya da kapalı olmasına göre farklı tanımlanmış ve sermayesi oldukça büyük olan ortaklıklarda maddede ifade edilen yüzelere ulaşılması güç olabileceğinden parasal açıdan sabit bit tutarda paya sahip olunması öngörülmüştür<sup>151</sup>. Buna göre azlık; halka kapalı olan anonim ortaklıklarda sermayenin en az onda birini, halka açık anonim ortaklıklarda yirmide birini oluşturan pay sahiplerini belirtmektedir. Bunlar veya paylarının itibari değeri toplamı en az bir milyon TL olan pay sahipleri üç ay içerisinde şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinden özel denetçi atanmasını isteyebileceklerdir.

Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere, gerek genel kurul sırasında gerekse de genel kurul dışında kullanılan azlık haklarının ortak özelliği, bir talep hakkı olarak ileri sürülmeleridir. Ayrıca bu talep yerine getirilmediği zaman veya reddedildiğinde azlığın, mahkeme aracılığıyla hakkını kullanması mümkündür<sup>152</sup>. Ancak burada ayrı bir parantez açmak gerekir. Zira eTK m.348'deki hakkın olumlu bir azlık hakkı olduğu, azlık haklarından eTK m.310 dışındaki diğer azlık haklarında kullanılan bu hakların bir "talep hakkı"

<sup>150</sup>Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s.518.

<sup>151</sup>Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, s.1562. Buna göre, kanunda öngörülen bir pay sahibi, sermayenin %5'ine sahip olmasa da eğer en az bir milyon TL tutarında itibari tutarda paya sahip bulunuyorsa bu durumda özel denetim isteme hakkı bulunmaktadır.

<sup>152</sup> Helvacı, "**Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı**", s.300, dipnot:12.

olduklarının vurgulandığı belirtilmiştir<sup>153</sup>. Özel denetim isteme hakkı olumlu bir azlık hakkıdır. Olumlu azlık hakkı denilince belirli bir sermayeyi elinde bulunduran grubun somut bir taleple olumlu bir işlemde bulunması anlaşılmaktadır. Bu olumlu nitelikli azlık hakları, bütün anonim ortaklığı ve tüm yönetim kurulu üyelerini bağladığı için yönetim kurulu üyelerinin hepsinin olumlu azlık haklarına uymaları ve onları ihlal etmemeleri gerekmektedir<sup>154</sup>.

Özel denetim isteminin genel kurulda reddedilmesi halinde tüm pay sahipleri değil, yalnızca azlık veya paylarının itibari değeri en az bir milyon TL olan pay sahipleri üç ay içerisinde mahkemeye başvurabilme hakkına sahiptir. Azlık bu hakkını, diğer pay sahiplerine devredemez. Yukarıda talep hakkının devredilebilen bir hak olduğu belirtilmişti. Fakat burada azlığın, mahkemeye başvurma hakkını (azlık hakkını) başka birine devretmesi mümkün değildir. Azlık ancak azlık payını, başka birine devrederek devrettiği kişinin azlık olmasına imkân verebilir. Zira bu durumda kendisinin şirketle ilişkisi kalmaz.

TTK m.438/I' de düzenlenen hakkın azlık hakkı olmadığı, özel denetim isteminin genel kurul tarafından reddedildiği zaman bu istemin mahkemeye azlık ya da belirli itibari değerde paya sahip olan pay sahipleri tarafından yapılabilecek olmasının bir azlık hakkı olduğunu belirtelim. Dolayısıyla bu konu bir azlık hakkı olarak kanunda azlık pay sahiplerine tanınmıştır. Nitekim TTK m.439/I'in gerekçesinde de, genel kurul tarafından istemin reddedilmesi halinde pay sahiplerinin kanundan kaynaklanan bireysel talep haklarının bir azlık hakkına dönüştüğü belirtilmiştir<sup>155</sup>. Genel kurulda özel denetim isteminin reddi halinde azlık mahkemeden özel denetçi atanması isteminde bulunabilecektir<sup>156</sup>.

**Helvacı**, teknik olarak bir azlık hakkından anlaşılması gerekenin, o hakkın talep hakkı olarak ortaya çıkması olduğunu belirtmiştir<sup>157</sup>. Bu haklar, azlığın takibine muhtaç haklar

<sup>153</sup>Helvacı, “Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı”, s.304.

<sup>154</sup>Burcu Manop, **Anonim Ortaklıklardaki Azınlık Haklarının Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Getirdiği Yenilikler Işığında Değerlendirilmesi**, Süleyman Demirel Üniversitesi, SBE, İşletme ABD/ Ticaret Hukuku, Isparta, 2008, Yayınlanmamış YL Tezi, s.22. **İmregün**, müsbet (olumlu) azınlık hakları terimi ile, muayyen nisbet bir azınlığın muayyen hallerde oyunu muayyen bir istikamette tevcih suretiyle ortaklık adına müsbet bir muamelede bulunmasını kastedildiğini belirtmiştir. Kanun azınlığın hakları muhafaza edebilmek için bazı hallerde azınlığa olumlu bir şekilde hareket ederek iradesini çoğunluğa rağmen tahakkuk ettirme imkânını sağlamıştır. Bu hallerden birisini de özel denetim oluşturmaktadır. Oğuz İmregün, **Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilâfları ve Bunları Telif Çareleri**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1962, s.60.

<sup>155</sup>TTK m.438'in Gerekçesi, s.211.

<sup>156</sup>Güven, “Özel Denetim”, [(s.133-175)/ s.142].

<sup>157</sup>Helvacı, “Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı”, s.307.

olarak ifade edilmektedirler. Yazar azlık haklarının tanımını; azlığın tek taraflı irade beyanı ile ve kural olarak yöneltildiği organın onayına bağlı bulunmadan kullanılabilen ve hakkın kötüye kullanılması denetime tabi olan talep hakları olarak yapmıştır<sup>158</sup>. Başka bir ifadeyle azlık hakları, genel kurulun kabulüne bağlı olmayan, kullanılmakla sonuç doğuran haklar olarak tanımlanmaktadır. Fakat yazarın tanımına baktığımızda azlığın, bu hakkı kullanabilmesi için hakkın yöneltildiği organın onayının aranmaması gerekirken özel denetimde azlığın mahkemeye başvurabilmesi için genel kurulun özel denetim istemine onay vermemiş olması gerekmektedir<sup>159</sup>.

*İmregün*, genel kurulun azlığın bu talebine uygun bir karar verme mecburiyeti olmadığını belirtmiştir. Yazar ayrıca bu talebin, anonim ortaklığın iradesi yerine de kaim olmayacağını ifade etmiştir<sup>160</sup>. Ancak yazar da talep terimini kullanmıştır. *Kaya* ise, azlığın ya da paylarının itibari değeri en az bir milyon Türk Lirası olan pay sahiplerinin özel denetçi atanmasını mahkemeden isteyebilmeleri için genel kurulun özel denetçi istemini reddetmesi gerektiğini ancak her halde genel kuruldan şekli anlamda bir red kararı almasının

<sup>158</sup>Helvacı, “Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı”, s.309., *Teoman*, azlık hakkının hukuki nitelemesini; azlığın tek taraflı irade açıklaması ile kullanılabilirdiği ve kural olarak genel kurulun onayına bağlı olan haklar olarak tanımlamıştır. Fakat bu tanımın genel kurul dışında kullanılan azlık haklarını bünyesinde barındırmadığı görülmüştür. Bu nedenle *Helvacı*, genel kurul yerine yöneldiği organ terimini kullanmayı uygun görmüştür. (Bkz. Helvacı, “Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı”, s.309, Dipnot:30), *Sivas* eTK m.348’in, azlığın hangi durumlarda özel denetçi atanması isteminde bulunabileceği düzenlenmiş fakat bu istemin nasıl gerçekleştirileceğinin açıkça düzenlenmediği ifade etmiştir. Yazara göre bu durumda azlık; genel kurul toplantısı sırasında özel denetçi atanması isteminde bulunabileceği gibi, eTK’nın diğer hükümlerinden de yararlanabilir. Mesela daha önceden çeşitli aşamalarla, toplanacak olan genel kurul gündemine özel denetçi atanması konusunun da eklenmesini ya da genel kurul toplanmayacaksa özel denetçi atanması konusunun görüşülmesi için olağanüstü bir genel kurul yapılmasını sağlayabilir. Yine azlık eTK m.366, TTK m.411’e göre yönetim kurulundan yazılı olarak gerektirici sebeplerini ve gündemi belirtmek ve bildirmek suretiyle özel denetçi atanması konusunun görüşülmesi için genel kurulun olağanüstü toplantıya çağırılmasını isteyebilir. Yönetim kurulu bu çağrıyı kabul ederse 45 gün içerisinde genel kurulu toplantıya çağırmalıdır. Yine azlık, eTK m.356 uyarınca (ancak yeni kanunda bu hak kaldırıldı) yönetim kuruluna özel denetçi atanmasına ilişkin konunun görüşülmesi için yaptığı çağrının (genel kurulun toplantıya çağırılması isteminin) reddedilmesi halinde yönetim kurulunu denetçilere şikâyet ederek genel kurulun toplantıya çağırılmasını isteyebilir. Denetçilerin azlığın bu istemini yerinde görmeleri halinde genel kurulu toplantıya çağırılmaya mecbur oldukları düzenlenmişti. Yine azlık eTK m.367, TTK m.412 uyarınca yönetim kurulu ya da denetçilere müracaatı sonuç vermemişse genel kurulun toplantıya çağırılmasına şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesi karar verebilir. [Bkz. Sivas, *Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi*, s. (21-24)]. Burada özel denetçi atanmasına ilişkin bir sonucun değil, genel kurulun toplanmasını sağlamaya yönelik bir sonucun elde edilmeye çalışıldığı açıktır. Ancak her halükarda azlığın özel denetçi atanması konusunu öncelikle genel kurulun önüne getirmesi gerekmektedir. Zira genel kurul kararı olmaksızın mahkemeye özel denetçi atanması için başvuran azlığın davası reddedilecektir.

<sup>159</sup>Nitekim eTK m.348/2’ye göre, genel kurul azlığın önerisini yerinde görerek özel denetçi atarsa, artık mahkemeye başvurulamayacaktır. Başka bir ifadeyle eTK m.348/2 ve TTK m.439/1 uyarınca mahkemeye başvurabilmek için genel kurulda red kararı alınması gerekir. Dolayısıyla azlık mahkemeye ancak olumsuz bir genel kurul kararı varsa başvurabilecektir. Ömer Teoman, *Otuz Yıl Ticaret Hukuku Tüm Makalelerim* C.I, (1971-1982), Beta, İstanbul, 2000, “Özel Denetçi Atanması İstemi Genel Kurulca Reddedilen Azınlığın İzleyebileceği Yollar”, s.488-489.

<sup>160</sup>Oğuz İmregün, *Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilâfları ve Bunları Telif Çareleri*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1962, s. 74.

beklenmesinin hem azlık hakkının niteliğine aykırı olacağını hem de TTK m.439'da düzenlenen azlık hakkının kullanılmasını fiilen etkisiz hale getireceğini belirtmiştir.

*Aday*, genel kurulun red kararı üzerine, sadece belirli itibari değerdeki pay sahipleri ya da azlığın mahkemeden belirli koşulları sağlamak suretiyle, bazı ek koşulları yerine getirerek özel denetçi isteyebilmesinin, farklı koşullara tabii olmasının, azlığın neden doğrudan doğruya mahkemeye müracaat ile özel denetçi atanmasını isteyemeyeceği sorusunu cevapsız bıraktığını belirtmiştir<sup>161</sup>. Alman Hukuku'nda azlık hakkı olarak düzenlenen konu, mahkemeden özel denetçi atanması istemidir. Azlık pay sahiplerinin, bu şekilde bir taleple mahkemeye müracaat edebilmeleri için özel denetim isteminin genel kurulda reddedilmiş olması yeterli olup, istemin mahkemeye başvuran azlık tarafından yapılması dahi gerekli görülmemiştir. Üstelik mahkemeye başvuran pay sahiplerinin genel kurula katılmış olmaları da aranmamaktadır<sup>162</sup>. Bu düzenlemenin *de lege feranda* yerinde olmadığını belirten yazar Türkiye'nin Avrupa Topluluğu'na katılmasını ve uluslar arası platformlardaki yerinin öneminin dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir. Bu nedenle Avrupa Anonim Ortaklığı Tüzüğü'nde<sup>163</sup> ki gibi, azlığı doğrudan doğruya mahkemeye müracaat ederek özel denetçi atanmasını isteyebileceği bir düzenlemenin gerekli olduğunu belirtmiştir<sup>164</sup>.

Bizce TTK m.439/2'yi azlık hakkı olarak düzenleyip, bu hakkın kullanılmasını genel kurulun onayına tabii tutmak hakkın niteliği ile bağdaşmamaktadır. Ayrıca azlık haklarının genel kurulun kabulüne bağlı olmayan ve kullanılmakla sonuç doğuran haklardan olduğu göz önüne alındığında bu durum daha net görülecektir<sup>165</sup>. Ayrıca azlık her ne kadar mahkemeye başvursa da mahkeme TTK m.438/1'in aksine, burada özel denetim yapılmasına ilişkin koşulların oluşup oluşmadığını inceleyecek ve azlığın getirdiği emarelerden ya da delillerden özel denetim yapılmasına gerek olup olmadığına buna göre karar verecektir. Eğer hâkim tarafından özel denetim yapılmasına gerek olmadığına kanaat getirilirse, azlığın özel denetim istemi mahkeme tarafından reddedilebilecektir.

<sup>161</sup>Aday, **Anonim Şirkette Özel Denetçi**, s.27.

<sup>162</sup>Carl Hans Barz, Aktiengesetz, Grosskommentar, Erster Band, 2.Halbband, § 76-147, Berlin- New York 1973, s.1195-1196, Anm.9; (Aday, **Anonim Şirkette Özel Denetçi**, s.27'den Naklen).

<sup>163</sup>10.10.2001, 2157/2001, Societas Europea.

<sup>164</sup>Aday, **Anonim Şirkette Özel Denetçi**, s.27.

<sup>165</sup>Kaya, "Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi", **Batider**, s.79. Oysaki azlık, özel imkânlarla ve bazı koruma alanlarına sahiptir. Aşağıda da ele aldığımız üzere, azlık hakkının kullanılacağı kararlarda yeter sayıların arttırılamaması fakat bu sayıların düşürülebilmesinin mümkün olması ya da kanunda belirtilmiş olan azlık oranının daha yüksek olarak belirlenememesi gibi alanlarda koruma altına alındığı görülmektedir.

Bu nedenle TTK m.439/2'deki hakkı maddi hukuk (medeni hukuk) anlamında bir talep hakkı (birincil hak) olarak nitelemeyi uygun görmüyoruz. Azlığın hakkını mahkeme aracılığıyla kullanması, Usul Hukuku anlamında bir talepte bulunmasıdır. Burada karşı taraftan bir şeyin yapılması/verilmesi ya da yapılmaması istenmemektedir. Nasıl bir tespit davasında ya da bir yenilik doğuran dava da davacının Usul Hukuku anlamında bir talebi<sup>166</sup> varsa özel denetçi atanması isteminde de davacı (azlık ya da paylarının itibari değeri en az bir milyon Türk Lirası olan) pay sahiplerinin usuli bir talebi söz konudur. Bu talepte özel denetçinin atanmasıdır. Ancak mahkemenin özel denetçiyi ataması gibi bir zorunluluğu yoktur. Azlık, yaklaşık ispat ile hâkimde lehine bir kanaat oluşturursa, özel denetçi atanacaktır.

Sonuç olarak; özel denetim isteme hakkı pay sahipliği sıfatına bağlı olan ve ikincil haklardan örgüt-içi haklar kategorisine giren bir haktır. TTK m.438/I'de ilk safhada özel denetçi isteminin genel kurulda kabul edilmesi halinde amaca ulaşılmış olmakta ve mahkeme özel denetçiyi atamaktadır. TTK m.439/I'de; genel kurulun pay sahiplerinin özel denetçi atanması istemleri reddedilirse ancak azlık ya da paylarının itibari değeri toplamı en az birmilyon Türk Lirası olan pay sahipleri özel denetçi atanması istemi ile mahkemeye gidebilecektir. Burada da ikincil hakkın gerçekleşmesi için asliye ticaret mahkemesine dilekçe ile başvurmak gerekmektedir. Özel denetçi isteme hakkı tali (ikincil) bir hak olup bu ikincil hakkın yerine göre bazı şartlara bağlanabileceğini belirtelim. Her iki durum açısından da TTK m.438/I, TTK m.439/I ikincil hakların örgüt-içi haklar kategorisine giren bir durum söz konusudur. Bu haklara örnek olarak dernek genel kurulunun toplantıya çağırılması hakkını verebiliriz.

Bu anlamda ikincil hakların çoğu esasen azlığa tanınan, azlığı çoğunluğa ve yönetime karşı koruyan haklardır. Özel denetçi atanmasını isteme hakkı da azlığın korunması amacıyla tanınan haklardandır. Bu hakların kullanılması dava dışı kullanılan yenilik doğuran haklara benzemektedir. Çoğunluk ya da yönetim bu hakkın kullanılmasına rağmen hakkın varlığını kabul etmez ve gereğini yerine getirmezse yenilik doğuran haklardan doğan ilişkilerde olduğu gibi bundan sonra yargıya başvurma hakkı bulunmaktadır. Ne var ki özel denetçi atanmasında yargıya başvurma (asliye ticaret mahkemesine) ne dava dışı kullanılan yenilik doğuran

<sup>166</sup>Örneğin; bir sözleşmenin kesin hükümsüz olduğunun mahkemece tespit edilmesi ya da ölüme bağlı bir tasarrufun iptal edilmesi. Bu davalarda edim (eda davasından) farklı olarak maddi hukuk (medeni hukuk) anlamında bir talep hakkına dayanmazlar. Ortada sadece usule ilişkin bir talep vardır. Zira maddi hukuk açısından, bir sözleşmenin hükümsüzlüğünün tespitini ya da ölüme bağlı bir tasarrufun iptalini isteyen kişi, karşı taraftan bir şeyin yapılmasına veya yapılmamasına yönelik bir istemde bulunmamaktadır. (Bkz. Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s.40.

haklarda olduğu gibi bir ifa davası ne de yenilik doğuran bir davadır. Hatta dar anlamda bir tespit davası da değildir. Hâkimin TTK m.439/2'ye uygun olarak tarafların iddia ettikleri hususlar hakkında ikna edilmesi önemli olup önce bir tespit yapsa da bu tespit diğer dava türlerinde de vardır.

## F. İsviçre'de Özel Denetim İsteminin Hukuki Niteliği

İsviçre Hukuku'nda özel denetim (*contrôle spécial*) CO Art.697a' da her bir pay sahibine pay sahipliği haklarının kullanılması için gerekli olması halinde ve daha önceden bilgi alma ya da inceleme haklarını kullanmış ise genel kuruldan belirli olayların aydınlatılması amacıyla isteyebileceği bir hak olarak düzenlenmiştir. Mehoz Kanun'da, özel denetim isteme hakkının ikincil (*subsidaire*) bir hak olduğu ifade edilmektedir. Bunun nedeni, özel denetim isteyebilmek için pay sahibinin önce bilgilendirilme, bilgiye ulaşma hakkının düzenlendiği CO Art.697'yi kullanması gereğidir.

İsviçre Hukuku'na göre, özel denetimin ikincilliği usuli açıdan kendini iki farklı şekilde göstermektedir. İlk olarak genel kuruldan özel denetim isteminde bulunma aşamasından önce bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılmış olması gerekmektedir CO Art.697. Burada şunu belirtmek gerekir ki, özel denetim isteyen pay sahibi ile bilgi alma hakkını isteyen pay sahibinin aynı kişi olması gerekli değildir<sup>167</sup>. İkinci olarak hâkime özel denetim yapılması istemini yapabilmek için bu istemin öncelikle genel kurul esnasında yapılmış olması gerekmektedir. Burada özel denetim isteminin içeriğinin bilgi alma hakkının içeriğine uygun olması gerekir. Buna (*subsidiarité matérielle*) denilmektedir. Bilgi edineceğimiz husus ile özel denetim yapılması istenilen konunun aynı olması gerekmektedir.

Bilgi alma ve inceleme hakkı, İsviçre Hukuku'nda, CO Art. 697'de (*renseignements et consultation*) başlığı altında düzenlenmiştir. CO Art.697/1'e göre; genel kurul sırasında, tüm pay sahiplerinin yönetim kurulundan; şirket işleri ve denetim organının icrası ve denetimle ilgili sonuçlar hakkında bilgi talep edebileceği düzenlenmiştir. CO Art.697/2'de; bu bilgilerin pay sahipliği haklarının kullanılması için "gerekli" olması gerektiği düzenlenmiştir. Bilgi alma hakkı şirketin sırları veya şirketin korunmaya değer olan başkaca menfaatlerini

<sup>167</sup> **Commentaire Romand Code des Obligations II**, p.956. (Gabrielli, 53/109; Bak-Weber, N 30; Montavon, t. III. 296; Pauli,100; contra: Horber, 357; Böckli,§ 16 N 30)., Aynı yönde 6102 Sayılı TTK m.438'in gerekçesinde de bilgi alma veya inceleme hakkını kullanmış pay sahibi ile özel denetim istemi yapan pay sahibinin aynı kişi olması zorunlu olmamakla beraber, konunun aynı olması gerektiği belirtilmiştir. s.212.



tehlikeye düşüyorsa ancak bu takdirde reddedilebilecektir. Böylece bilgi alma ya da inceleme hakkını uygun bir şekilde kullanmayan pay sahibi özel denetim incelemesi yaptıramayacaktır.

Özel denetimin içeriği, sonradan genişletilememektedir. Fakat şunu belirtelim ki, pay sahibi özel denetim yapılması isteminde bulunduğu genel kurul sırasında istemine, yeni bilgiler edinirse ek yapabilir. Böyle bir durumda özel denetimin bu sorularla yeni bir özel inceleme prosedürü başlatılmadan genişletilmesi mümkündür<sup>168</sup>. Bu süreçte her iki tarafın da, bazı yükümlülükleri bulunmaktadır. Öncelikle pay sahibi sorularını olabildiğince açık bir şekilde formüle edip sormalıdır. Yönetim kurulu da kendisine sorulan soruları iyi niyetle cevaplamalıdır. Yönetim Kurulu kendisine sorulan sorulara basit şekilde, sadece yorum yaparak (lâfzî yorum) bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmiş olduğunu iddia edemez.

### III. Mahkemeye Yapılan Özel Denetim İsteminin Çekişmesiz Yargı İşini Niteliği

#### A. Özel Denetim İsteminin Genel Kurulda Kabul Edilmesi Halinde

Özel denetim isteminin genel kurulda kabul edilmesi halinde, pay sahiplerinin mahkemeye başvurarak özel denetçi atanması hâkimden istemesi halinde çekişmeli bir yargıdan (davadan) söz edilemez<sup>169</sup>. Zira genel kurulda pay sahiplerinin özel denetim istemi kabul edilmiştir. Fakat TTK m.438/2'deki istemin bir çekişmesiz yargı işi olduğunu sadece genel kurulda istemin kabul edilmiş olması ile izah edilemez. Zira burada ilgililer arasında uyuşmazlık olmadığı gibi, ileri sürebilecekleri subjektif bir hakları da yoktur<sup>170</sup>. Başka bir ifadeyle, tıpkı TMK m. 484/1'de düzenlenen “...her ilgili vasinin görevden alınmasını isteyebilir.” düzenlemesinde olduğu gibi her ilgili mahkemeden, özel denetçi atanmasını isteyebilir. Ancak özel denetçinin atanmış olması, özel denetim isteminde bulunanların şirketteki haklarının zarara uğradığı anlamına gelmemektedir. Kanuni düzenleme uyarınca, özel denetçiyi mahkemenin ataması gerektiği için pay sahiplerinin, mahkemeden özel denetçinin atanmasını istemesi gerekmektedir. Zira TTK m.438/2, hâkimin re'sen

<sup>168</sup> **Commentaire Romand Code des Obligations II**, p.957. (Kunz, Subsidiarität, 3; Pauli, 220).

<sup>169</sup> Burada çekişmesiz yargı söz konusu olmakla birlikte, özel denetçinin mahkeme tarafından atanıyor olması yapılan faaliyetin yargısal bir faaliyet olduğunu göstermektedir. Doktrinde **Atalı**, Devletin, yargı işlevini tanımlamada esas alınan ölçütlerden; şekli ölçütün ya da maddi ölçütten birinin esas alınması durumunda son tahlilde objektif hukukun (soyut hukuk kurallarının) tarafsız ve bağımsız mahkemeler tarafından ve yargısal usûllere uyularak somut bir olaya ya da ilişkiye uygulanmasının söz konusu olduğunu, her durumda ortada yargısal bir faaliyetin olduğunu belirtmiştir. Çekişmesiz yargı işinin mahkemeler dışında bir organa bırakılması durumunda, o organ tarafından yerine getirilen iş, yargısal bir faaliyet olarak görülemez. Bkz. Murat Atalı., **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, b.15, C.III, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.2108.

<sup>170</sup> Özel denetim isteminin birincil bir hak (talep) hakkı olmadığını, İkincil bir hak olduğunu belirtmiştik.

(kendiliğinden) harekete geçtiği çekişmesiz yargı işi değildir. Burada çekişmesiz yargının takibi talebe bağlı olan bir durumu söz konusudur. Talepte bulunan ilgililer (pay sahipleri) şirkete karşı herhangi bir sübjektif haklarını ileri sürmeyip, sadece hâkimi göreve davet etmekte, bir başka deyişle özel denetçiyi ataması için onu harekete geçirmektedirler. Genel kurulda özel denetim isteminin kabul edilmesinde, şirket tüzel kişiliği ile pay sahipleri arasında herhangi bir anlaşmazlık söz konusu değildir. Bu nedenle mahkeme burada özel denetim şartlarının oluşup oluşmadığını araştırmayacak, sadece şekli bir inceleme yapacaktır<sup>171</sup>.

Genel kurulda özel denetçi incelemesine izin verilmesinin çekişmesiz yargı olarak nitelendirilmesinin nedeni HMK m.382/1-a uyarınca ilgililer arasında uyuşmazlığın söz konusu olmamasıdır. Çekişme yokluğu ölçütü olarak ifade ettiğimiz bu kritere göre, ilgililer arasında uyuşmazlık yoktur. Başka bir ifadeyle mahkeme, ilgililer hakkında bir çekişme ile ilgili karar vermemektedir<sup>172</sup>. Burada ilgililerin talepte (özel denetçi atanmasını istemesi) bulunması yargılamanın başlaması açısından, nizalı kazadaki davaya benzetilse de esas olarak ondan çok farklıdır. Zira davada, zıt menfaatleri temsil eden iki taraf bulunurken, nizasız kazada talepte bulunan; bu talebi ile hasım durumunda bulunan birinden maddi hukuk bakımından sınırlandırılmış olan belirli bir istekte bulunmamakta, talebiyle yalnızca

<sup>171</sup>TTK m.438/II'nin Gereğesinde mahkemenin şartların mevcudiyetini inceleyerek karar vereceği belirtilmiştir. Bu şartı özel denetime ilişkin şart olarak algılamamız gerekir. Zira genel kurul zaten şartların varlığına kanaat getirmiş, ikna olmuş ve pay sahiplerinin istemini kabul etmiştir. Gereğede de açıkça ifade edildiği üzere genel kurulun kabulüne rağmen özel denetçiyi mahkemenin ataması; tarafsızlığın sağlanması ve kuruma güven duyulmasını temin etmek açısındandır. Bu nedenle hâkimin, genel kurulda; özel denetim yapılması istenilen konu ile kendi önüne getirilen konunun aynı olup olmadığını, pay sahiplerinin, pay sahibi sıfatını taşıyıp taşımadıklarını kontrol etmesi gerekir. [Bkz. TTK m.438/II'nin Gereğesi s.212]. Bu inceleme HMK m.114/1,e'deki dava şartı olarak nitelendirilebilir. Gereğede kullanılan *talebin bir eda davası şeklinde ileri sürülmesine ve mahkemenin tarafları dinlemek istemesine engel bulunmamaktadır* ifadeleri hatalı ifadelerdir. Zira TTK m.438/2'de özel denetçi atanması istemi bir çekişmesiz yargı işidir. Çekişmesiz yargı işleri dava değildir. Çekişmesiz yargıda dava teriminin yeri bulunmamaktadır. Çekişmesiz yargıda "iş" deyimini kullanılmaktadır. Bu nedenle doktrinde çekişmesiz yargı işleri için "dava", "hasımsız dava", "tek taraflı dava" terimlerinin kullanılması eleştirilmiştir. Bkz. Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku**, s.913, Pekcanitez/Atalı, **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, s.2119. *Atalı*, bir işin çekişmesiz yargı olarak nitelendirildiği durumlarda mahkemeye yapılan müracaatlarda; "karşı taraf", "davacı", "davalı", "hasım", "hasımsız dava", "husumet" ifadelerinin dilekçede yer almaması gerektiğini belirtmiştir. Yazar tüm bu kavramların çekişmeli yargıya ait olduklarını ve bu nedenle çekişmesiz yargıda bir anlamlarının olmadığını da altını çizmiştir. Çekişmesiz yargıda "çekişmesiz yargı işi" ya da sadece "iş", "talep" ya da "müracaat" veya "başvuru", "ilgililer" (alakadarlar) kavramları kullanılmalıdır. Bkz. İbid, s.2119. Kanımızca 6102 sayılı TTK'nın gereğesinde de dava teriminin kullanılması son derece hatalıdır. Zira çekişmesiz yargı işlerinin dava olmadığı son derece açıktır. Burada pay sahiplerinin özel denetçiyi atanması için mahkemeyi harekete geçirdiği bir çekişmesiz yargı işi söz konusudur. O nedenle "davayı açan pay sahibi" ifadesinin gereğeden çıkarılarak ifadenin "özel denetçi atanması için istemde bulunan ilgili" şeklinde düzeltilmesi kurumun amacının ve işleyişinin çok daha net anlaşılmasını sağlayacaktır.

<sup>172</sup>Baki Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016, s.911.

mahkemenin harekete geçmesini sağlamaktadır. Dolayısıyla takibi talebe bağlı nizasız kaza (çekişmesiz yargı) işlerinde talepte bulunmak, yargılamaya başlamanın bir şartıdır<sup>173</sup>.

Çekişmesiz yargı HMK m.382/1'de; *hukukun, mahkemelerce, aşağıdaki üç ölçütten birine veya birkaçına göre bu yargıya giren işlere uygulanmasıdır*. Buna göre çekişmesiz yargının genel çerçevesi; ilgililer arasında uyuşmazlık olmayan haller, ilgililerin, ileri sürülebileceği herhangi bir hakkının bulunmadığı haller ve hâkimin re'sen harekete geçtiği haller olmak üzere çizilmiştir. HMK m.382/2'de sayılmayan fakat çekişmesiz yargı ölçütlerinden birini ya da bir kaçını taşıyan iş de diğer (nispi) çekişmesiz yargı olarak değerlendirilmektedir<sup>174</sup>.

Bunun yanı sıra HMK m.382/1-b'de; ifade edilen subjektif hakkın yokluğu ölçütünün de burada incelenmesi gerekir. HMK m.382/2'de sayılanlar dışında, ilgililerin, özel hukuk kişilerine karşı ileri sürebilecekleri subjektif haklarının<sup>175</sup> olmadığı işler de, (çekişmeli olsalar da) subjektif hakkın yokluğu kriterine göre çekişmesiz yargı işidir<sup>176</sup>. Çekişmesiz yargıda, ilgililerin özel kişilere karşı ileri sürülebilecek hakları bulunmamaktadır. Çekişmesiz yargıda ister re'sen takip edilen çekişmesiz yargı işi olsun isterse de takibi talebe bağlı işler olsun, talepte bulunan kişinin<sup>177</sup>, diğer ilgililere ya da bunlardan birine karşı hiçbir subjektif hakkı yoktur<sup>178</sup>. Burada ilgili herhangi bir kişiye karşı olan subjektif hakkını ileri sürmemekte, yalnızca hâkimi bu konudaki görevine davet etmektedir.

<sup>173</sup>Baki Kuru, **Nizasız Kaza**, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1961, s.150-151.,

<sup>174</sup>Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku**, s.910, dipnot:8'deki açıklamalar.

<sup>175</sup>Çekişmeli yargıda subjektif hakkı ihlal edilen ya da tehlikeye düşen kimse söz konusu uyuşmazlığı anlaşarak çözememişse, Devletin yetkili yargı organlarına giderek hukuki koruma isteyecektir. Bu koruma, talep eden kişi için aynı zamanda bir haktır. 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. Hakan Pekcanitez/Pekcanitez H., **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, b.15, C.II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.923. Taraf kavramı dava için çok önemli bir kavramdır. Zira bir davada verilen hüküm, sadece o davanın tarafları bakımından kesin hüküm teşkil etmektedir HMK m.303. Çekişmesiz yargı açısından mahkeme kararının, maddi anlamda kesin hüküm olup olmadığı sorusunun cevabı HMK m.388'de açıkça verilmektedir. Çekişmesiz yargı kararları maddi anlamda kesin hüküm gücünde olmamakla beraber, şekli bakımdan kesindirler. Maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmedikleri için bu kararlar hâkim tarafından gerekçesi gösterilmek suretiyle; iptal edilebilir, değiştirilebilir veya düzeltilebilir. Bkz. Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku**, s.925-926.

<sup>176</sup>Baki Kuru, **Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı)**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2015, s.709.

<sup>177</sup>Takibi talebe bağlı nizasız kaza (çekişmesiz yargıda) işlerinde talepte bulunmak yargılamaya başlamanın şartıdır. Talepte bulunmak için nizalı kazadaki dava şartlarından biri olan hukuki menfaate paralel olarak, talepte bulunanın o işe dair mahkeme kararı verilmesinde haklı bir menfaati bulunmalıdır. **Kuru** burada hukuki himaye ihtiyacı zaruretinin (Rechtsschutzbedürfnis) bulunduğunu belirtmiştir. Mahkeme, yargılama konusunun belirlenmesi bakımından yapılan taleple bağlı olduğu için, talebin fazlasına ya da talep edilenden tamamiyle farklı bir şeye karar vermeyecektir. Kuru, **Nizasız Kaza**, s.151,156.

<sup>178</sup>Kuru, **Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı)**, s.709, Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku**, s.912.

Özel denetçinin atanması konusunda da, özel denetim isteminin kabul edilmesi sonucunda mahkemenin özel denetçiyi ataması durumunda, istemde bulunan pay sahiplerinin hakkının şirket tarafından ihlal edilmiş olduğu anlamı çıkarılamaz. Zira mahkemenin özel denetçiyi ataması kimin haklı olduğu ya da haksız olduğuna ilişkin bir karar değildir. Burada özel denetim sürecini başlatması ve yürütmesi için pay sahiplerinin başvurusu ile mahkeme harekete geçirilmiştir<sup>179</sup>.

Özel denetçinin yapacağı inceleme genel bir inceleme değil, belirli bir konunun incelenmesidir. Dolayısıyla ilgilerce yapılacak olan istemde, TTK m.438/1'deki düzenleme uyarınca, belirli olayların özel denetimle açıklığa kavuşturulması istenmektedir. Bu husus takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerinde, hâkimin tıpkı davada olduğu gibi taleple bağlı olmasına da uygundur<sup>180</sup>.

Çekişmesiz yargıda HMK m.383'e göre kural olarak aksine bir düzenleme yoksa sulh hukuk mahkemeleri görevlidir. Özel bir kanun hükmüyle bazı çekişmesiz yargı işlerinin, sulh hukuk mahkemesi dışında bir mahkemede görüleceği tespit edilmiş olabilir. HMK m.382/2(e) uyarınca ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerinde asliye ticaret mahkemesi görevlidir. TTK m.5/1'de; *aksine bir hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir*<sup>181</sup>. TTK m.438/2'de çok açık olarak özel denetçinin

<sup>179</sup>Çekişmesiz yargıda re'sen harekete geçme ölçütü dışında kalan ve çekişmesiz yargıya dâhil olan diğer pek çok işte, mahkemelerin harekete geçmesi ilgililerin talebine bağlıdır. Örneğin; azlık pay sahiplerinin başvurusuyla anonim ortaklığın genel kurula davet edilmesi, kıymetli evrakın iptali istemlerinde mahkeme, re'sen harekete geçmemekte, ilgililerin bu hususlardaki talebi gerekmektedir. Bu tarz takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerine takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işleri denilmektedir. Bkz. Kuru, **Nizasız Kaza**, s.150-151., Y. 11. H.D., T.29.01.2001, E.2001/178, K.2001/559, kararda; kıymetli evrakın kaybı sebebiyle açılan iptal davasının, çekişmesiz yargı usulüne tabi olduğu belirtilmiştir. İptal kararı, sadece şekli açıdan hak sahipliği sıfatının tespit edilmesini sağlamakta olup, senedi kaybeden kişinin hakkını, senedi ibraz etmeksizin ileri sürübilmesi sonucunu doğurmaktadır. İptal kararı, maddi hukuki duruma dokunmamaktadır. Bu sebeplerden dolayı hasımsız olarak açılması gereken iptal davasının, davalının hasım gösterilerek açılması, doğru bulunmamış ve kararı bozmuştur.

<sup>180</sup>Ali Cem Budak, "Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı", **Medeni Usul ve İcra- İflas Hukukçuları Toplantısı- IV,(Medeni Usûl Hukukunda Çekişmesiz Yargı, İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi)**, 30 Eylül-11 Ekim 2005, Ankara, 2006, (s.127-230), s.170.

<sup>181</sup>Ticari çekişmesiz yargı kavramı, ilk olarak 6335 sayılı kanunun 2'nci maddesiyle TTK m.5'te yapılan değişiklik ile düzenlenmiştir. Yapılan değişiklikle TTK m.4 ve 5'teki ticari davalar tabirinin yanına ticari çekişmesiz yargı işleri tabirinin de eklenmesi doktrinde yerinde bir değişiklik olarak ifade edilmiştir. Bkz. Levent Börü ve İlker Koçyiğit, **Ticari Dava (Commercial Action)**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s.348.,TTK hükümlerinin, HMK'ya göre özel hükümler olması nedeniyle kıymetli evrakın iptalinde TTK m.661/2 olduğu gibi özel denetçi atanması isteminde de, açıkça asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu düzenlenmiştir.Bkz. Levent Börü ve İlker Koçyiğit, "Kıymetli Evrakın İptaline İlişkin Çekişmesiz Yargı İşinde Görevli Mahkemenin Belirlenmesine İlişkin Değerlendirme", **Batider**, Y.2012, C.XXVIII, S.1, (s.313-319), s.315,316,319., HMK m.382/2(e/6)'da kıymetli evrakın iptali, ticaret hukukundaki çekişmesiz yargı işlerinden biri olarak gösterilmiştir. Yargıtay'ın da yerleşik içtihadları, eTK m.669, TTK m.757 uyarınca, zayı sebebiyle açılacak olan iptal davasının hasımsız olarak açılması gerektiği şeklindedir. Bkz. Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya, **Kıymetli Evrak Hukuku**, b.7, İstanbul, 2013, Oniki Levha Yayıncılık, s.53, N.160.

atanması isteminin, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden isteneceği düzenlenmiştir<sup>182</sup>.

Mahkeme tarafından şekli bir inceleme yapılacağından özel denetçi atanması kararı verilmeden önce yönetim kurulu üyelerinin ya da denetçilerin dinlenilmesi gerekmemektedir<sup>183</sup>. Zira yukarıda belirttiğimiz üzere ilgililer arasında bir uyuşmazlık yoktur. Bu nedenle hâkim dosya üzerinden inceleme yaparak karar verebilir. Ancak gerekçede bu istemin bir eda davası şeklinde ileri sürülmesine ve mahkemenin özel denetçi atamadan evvel tarafları dinlemek istemesine bir engel olmadığı da belirtilmiştir<sup>184</sup>. Öncelikle TTK m.438/2'deki istemin gerekçede, bir dava olarak nitelendirilmesi yanlıştır<sup>185</sup>. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere HMK m.382/1(a) hükmünün, ihtilaf yokluğu kıstası uyarınca genel kurulda özel denetim isteminin kabul edilmesi ile ilgililer arasında uyuşmazlık olmadığı görülmektedir. Uyuşmazlığın söz konusu olmadığı hallerde çekişmesiz yargı söz konusu olduğundan gerekçede istemi dava olarak nitelendirmek yanıltıcı olmuştur.

Bunların yanı sıra takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerinde mahkemeye başvuru dilekçe ile yapılacaktır. Burada genel kurul özel denetim istemini kabul ettiği için başvuruyu yapan ilgili pay sahibinin mutlaka genel kuruldan özel denetim isteminde bulunan pay sahibi olması gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. HMK m.385/'e göre çekişmesiz yargı işlerinde, niteliğine uygun düştüğü ölçüde basit yargılama usulü uygulanmaktadır. Buna göre özel denetçiyi atayacak olan mahkemenin HMK m.320/1 uyarınca ilgilileri duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar verebileceği düzenlenmiştir<sup>186</sup>. TTK m.440/1'de mahkemenin

<sup>182</sup>Yetki bakımından da HMK m.384 hükmü *kanunda aksine hüküm bulunmadıkça* demek suretiyle, TTK m.438/2 ve TTK m.439/1'de yetkili mahkemenin ticaret kanunda açıkça asliye ticaret mahkemesi olduğu belirtilmiştir. Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku**, s.919.

<sup>183</sup>Şirin Güven, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirketler Hukukunda Özel Denetim", **Çankaya University Journal Of Law**, 7/2 (Kasım 2011), [(s.133-175)/ s.152.

<sup>184</sup>TTK m.438/II'nin Gereçesi s.212.

<sup>185</sup>TTK m.438/2'de dava tabiri kullanılmamıştır. Genel kurulda özel denetçi atanması isteminin kabulü halinde, pay sahiplerinin talebi ile asliye ticaret mahkemesi tarafından özel denetçi atanacaktır. Burada taraflar arasında ihtilaf söz konusu olmadığından özel denetçi atanması bir çekişmesiz yargı işidir. Ancak TTK m.438/2'nin gerekçesinde; *talebin eda davası şeklinde ileri sürülmesine ve mahkemenin tarafları dinlemek istemesine engel bulunmamakla birlikte*, ifadesi yanıltıcı olmuştur. Zira anonim ortaklığa özel denetçi atanmasını isyeten pay sahiplerinin istemi bir dava değil, bir çekişmesiz yargı işidir. Özel denetimi düzenleyen TTK m.438-444 hükümlerine bakıldığında da ortada bir dava olmadığı görülecektir. Kavram karmaşasına neden olmamak ve kurumun işleyişi açısından gerekçede özel denetçi atanması isteminin bir eda davası olarak da ileri sürülebileceği ifadesinin düzeltilerek, bu istemin bir çekişmesi zıyargı işi olduğu açıkça vurgulanmalıdır. Çekişmesiz yargının söz konusu olduğu durumlarda; dava deyimi değil, iş deyimi kullanılmalıdır. Dava iki taraf sistemine göre kurulmuşken, çekişmesiz yargıda birbiriyle çekişen iki taraf söz konusu olmadığı için dava ifadesinin kullanılması doğru olmayacaktır. Bkz. Börü/Koçyiğit, **Kıymetli Evrakın İptaline İlişkin Çekişmesiz Yargı İşinde Görevli Mahkemenin Belirlenmesine İlişkin Değerlendirme**, s.317.

<sup>186</sup>Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku**, s.922. Özellikle çekişme yokluğu kriterine göre çekişmesiz yargıya giren işlerde duruşma yağılmayacağı ya da evrak üzerinden karar vereceği açıkça

şirketi ve istem sahiplerini dinledikten sonra kararını vereceği düzenlenmiştir. Burada duruşma yapılması öngörüldüğü için kanımızca TTK m.438/2 uyarınca mahkemenin, özel denetçiyi atamadan önce gerekli görürse ilgilileri duruşmaya çağırılması (dinlemesi) mümkündür<sup>187</sup>.

İsviçre Hukuku'nda da CO Art.697a/1' de; tüm pay sahiplerinin, payın türünden bağımsız olarak genel kuruldan özel denetim yapılmasını isteme hakkı olduğu belirtilmiştir. Bu hak pay sahibinin bireysel bir hakkı olup, iki açıklamayı gerekli kılmaktadır. Öncelikli olarak pay sahibinin bu hakkı kullanabilmesi için, bilgi alma hakkını daha önceden kullanmış olması gerekmektedir. İkinci olarak hakkın tüm pay sahiplerinin hakkı olması diğer bir deyişle, bireysel hak niteliği, istemin genel kurul tarafından kabul edilmesine bağlıdır. Eğer genel kurul pay sahibinin bu istemini reddederse bireysel hak niteliğine sahip olan hakkın bir azlık hakkına dönüştüğü belirtilmiştir<sup>188</sup>.

## B. Özel Denetim İsteminin Genel Kurulda Reddedilmesi Halinde

Özel denetim isteminin genel kurulda reddedilmesi üzerine azlığın ya da belli itibari değerde paya sahip olanların mahkemeden, özel denetçi atanmasını istemesinin hukuki niteliğinin doktrinde dava<sup>189</sup> olarak nitelendirildiği görülmektedir. Ancak bu davanın niteliği hususunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır. **Domanıç**, mahkemenin verdiği kararın (olumlu ya da olumsuz) kesin hüküm teşkil etmediğini belirtmiştir. Yazar bunun nedenini; özel denetçi raporunun, bir bilirkişi çalışması niteliğini aşmıyor olmasına ve hatta itiraz edilmediği takdirde, kesinlik kazanan bilirkişi raporu seviyesine bile ulaşamayan bir rapor olmasına bağlamıştır. Mahkemece özel denetçi atanmasına ilişkin açılan davada, hâkim hiçbir ihtilafi

---

belirtilmemişse, çekişmesiz yargı işlerinde kural olarak, sulh hukuk mahkemesinin ilgilileri duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar vereceği HMK m.385/1, HMK m.320/1'de düzenlenmiştir. Ancak Yargıtay hukuki dinlenilme hakkının gereği olarak, çekişmesiz yargıda da kural olarak duruşma yapılması gerektiğine karar vermiştir. Bkz. Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku**, s. 922. Kararlar için Bkz. 11. H.D, T.15.09.2014, 10664/12657; 18. H.D'nin T.03.07.2014, 527/1955 kararları vardır.

<sup>187</sup>Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku**, s. 922.

<sup>188</sup>Pierre- Alain Killias, Julie Bertholet, **Le contrôle spécial**, CEDİDAC, 2005, s.248., Nitekim Türk Hukuku'nda da TTK m.439/1 uyarınca; genel kurul tarafından özel denetim istemi reddedilirse ortaya azlık hakkı çıkar. Red durumunda yalnızca azlık mahkemeden özel denetçi atanması isteminde bulunabilir. Bkz. Gerekeç s.212., Halka açık olmayan anonim ortaklıklarda esas sermayenin %10'una, Halka Açık Anonim Otaklıklarda %5'ine ya da itibari değeri toplamı en az 1 milyon TL'lik paya sahip olanlar özel denetim isteyebilirler. Burada **Pulaşlı** ölçünün oy gücü olamayıp, sermaye olduğunu belirterek, oy hakkındaki imtiyazların burada dikkate alınmayacağını belirtmiştir.

<sup>189</sup>Güven, **6012 Sayılı TTK' da Özel Denetim**, s.155. Yazar burada çekişmeli yargının söz konusu olduğunu belirtmiştir.

kesin olarak karara bağlamamakta en fazla delil tespiti<sup>190</sup> veya tedbir niteliğinde bir karar veya belge vermektedir<sup>191</sup>. Yazar, özel denetçi atanmasına ilişkin istem üzerine verilen, olumlu ya da olumsuz mahkeme kararının, her ne kadar şirket ve azlık arasındaki özel denetçi atanmasına gerek olup olmadığına ilişkin ihtilafı sona erdiriyor gibi gözükse de ve kararının kesin hüküm niteliğinde olduğu düşünülse de, böyle bir düşünce hatalı ve kesin hükmün şartlarına da aykırı olacağını belirtmiştir<sup>192</sup>.

Kanımızca azlık ile ortaklık arasındaki ihtilaf mahkemenin, özel denetçi atanması kararı ile sona ermemektedir. Şirket işleri hakkında fazla bilgisi olmayan ve bu nedenle de özel denetim isteyen azlığın mahkemeye; şirketin yolsuzluklar yaptığını ve pay sahipliği haklarına zarar verici işlemler de bulunduğu iddiasını yaklaşık olarak ispat etmesi yeterlidir. Zira burada sübjektif bir hakkın söz konusu olmadığını, ikinci bir hakkın olduğunu, ikinci hakların da bazı yüklenitelerinin olabileceğini belirtmiştik. TTK m.439/2'nin; niteliğinin çekişmesiz yargı işi olduğu, azlığın burada bir iddia ve isteğe yönelik usuli bir talebinin söz konusu olduğu, hâkimin özel denetçiyi atamasının taraflar arasındaki uyuşmazlığı sona erdiren maddi anlamda kesin hüküm olmadığı, hâkimin bir hüküm değil bir karar verdiği gibi hususlar dikkate alındığında, hâkim yaklaşık ispat ile kararını verebilecektir. Bu hususa

<sup>190</sup> Delil tespiti HMK m.400 vd.'da düzenlenmiştir. Delil tespiti ileride açılacak olan ya da açılmış olan davaya ilişkin delillerin bazı şartlar altında zamanından önce toplanıp emniyete alınmasını sağlamak amacıyla kabul edilmiş bir müessesedir. Delil tespitinde delillerin kaybolmasını önlemek için tedbir alınmaktadır. Ayrıca delil tespiti yargılama içerisinde kullanılacak olan delillerin önceden tespit edilmesine yarayan geçici bir korumadır. Ancak delil tespiti ile tespit davasını karıştırmamak gerekir. Zira tespit davası başlı başına bir dava iken, delil tespiti bir dava içerisinde kullanılacak olan delillerin tespitine yarayan hukuki bir yoldur. Bununla beraber, tespit davasında davanın konusu bir hukuki ilişkinin tespiti iken, delil tespitinde dava içerisinde kullanılacak olan delillerin belirlenmesi vardır. (Bkz. Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medeni Usul Hukuku** (Ders Kitabı), s.635-636)., Yargıtay 11. H.D., 30.06.1980, E.3183, K.3534, kararında, şirket genel kurulu tarafından, esas sermayenin onda birine sahip olan ortaklar tarafından özel denetçi atanmasına ilişkin istemin reddedilmesi üzerine, azlık pay sahiplerince mahkemeye özel denetçi atanması için başvurulması eda davası değil, delil tespiti niteliğindedir. şekilde karar vermiştir. Bkz. Domaniç, **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması (TTK Şerhi II)**, s.759. Delil tespiti, tespit edilmediği takdirde, ikame edilmesinde zorluk çıkması muhtemel olan ya da kaybolması ihtimali olan ihtilafı bir vakıya ilişkin delillerin, ileride açılacak bir davada ileri sürülmek üzere ya da açılmış olan ama henüz tahkikat aşamasına gelinmemiş olan hallerde, toplanması ve güvence altına alınması amacıyla, hemen incelenmesi ve kayda alınması işlemi olarak tanımlanmıştır. Tanım için Bkz. Birce Arslandoğan, **Medeni Yargılama Hukukunda Delil Tespiti**, Emirler Matbaacılık ve Reklamcılık Tic. Ltd. Şti, İstanbul, 2014, s.55.

<sup>191</sup> Domaniç, **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması (TTK Şerhi II)**, s.750.

<sup>192</sup> **Çelik**, mahkeme kararının azlık ile ortaklık arasındaki özel denetime gerek olup olmadığı konusundaki ihtilafı sona erdirdiği düşünülse de verilen olumsuz karar üzerine azlığın eTK m.348/III, TTK m.439/II bu maddelerdeki eksik kalan şartları (örneğin azlık yeterli delil ve emare gösterememiş olabilir) daha sonradan sağlayarak mahkemeye aynı konuda yeniden özel denetçi atanması için müracaat etmesinin doğal olduğunu belirtmiştir. Yazara göre mahkemenin özel denetçi hakkındaki olumlu ya da olumsuz kararı, eda davalarında olduğu gibi kesin hüküm teşkil etmez. Ayrıca yazar özel denetçinin raporunun özel denetim konusundaki davalarda (örneğin sorumluluk davasında) hâkimi bağlamadığını bu nedenle kanunkoyucunun da iradesinin mahkemenin verdiği kararların (olumlu ya da olumsuz) kesin hüküm olarak değerlendirilemeyeceği şeklinde olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle özel denetim kararlarında hem yargı yolu hem de kesin hüküm durumunun bulunmadığını ifade etmiştir. Çelik, "**Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi Tayini**", s.103.

aşağıda ayrıntılı olarak değinilecektir. Şirket ile azlık arasındaki ihtilafın akıbetini, hâkim tarafından özel denetçinin atanması değil, özel denetçinin yapacağı inceleme sonucunda hazırlayacağı rapor belirleyecektir.

Bizce de azlığın mahkemeden özel denetçi atanmasını istemesini delil tespiti olarak kabul etmek uygun değildir<sup>193</sup>. Ayrıca azlık tarafından özel denetçi atanması için açılacak olan davada görevli mahkeme şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesi iken delil tespiti davasında yetkili mahkeme HMK m.401/1 uyarınca; dava henüz açılmamışsa esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkeme veya üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu ya da tanık olarak dinlenilecek kişinin oturduğu yer sulh hukuk mahkemesidir.

**Paslı**, azlığın mahkemeden, özel denetçi atanması isteminin kendine özgü (sui generis) bir dava olduğunu olduğunu ve bütünüyle herhangi bir sınıflandırma içerisine sokulmasının mümkün olmadığını belirtmiştir<sup>194</sup>. Zira HUMK m.369, HMK m.400 vd. uyarınca delil tespiti şimdiden tespit edilememesi halinde, ileride gösterilmesi çok zor olacağı düşünülen deliller hakkında söz konusu olabilirken, özel denetim de böyle bir durum söz konusu değildir<sup>195</sup>. Ayrıca delil tespitinin şartları arasında delil tespiti talep edenin, bunda hukuki yararının bulunması aranmaktadır. Ancak azlık tarafından özel denetçi atanmasına ilişkin dava açıldığında mahkeme, azlığın bu davayı açmasında hukuki yararı olup olmadığını araştırmayacaktır. Zira azlığın, genel kurulda alınan red kararı üzerine mahkemeye özel denetçi atanması için gidebilmesi bir azlık hakkı olarak düzenlenmiş olup azlığın, bu hakkı kullanabilmesi için ayrıca hukuki yararının bulunduğunu ispat etmesi gibi bir şart aranmamıştır. Yazara göre özel denetçi atanması davası bir eda davası olarak nitelendirilemez. Zira eda davalarında; yapma edimi karşı taraftan (davalıdan) istenebilecekken, özel denetçiyi atanmasında denetçiyi atayan, mahkemenin kendisi olup karar, mahkeme tarafından yerine getirilmektedir. Eda davalarından bir başka fark da,

<sup>193</sup> *Atalay*, bilgi alma ve inceleme haklarının kullanılmasında talebinde de, delil tespiti talebi olmadığını belirtmiştir. Yazar ortada somut bir vakıa söz konusu değilken, delilden ve onun dava öncesi tespitinden söz etmenin uygun olmadığını ifade etmiştir. Oğuz Atalay, “Anonim Şirketlerde Bilgi Alma Ve İnceleme Haklarının Mahkeme Aracılığıyla Kullanılması”, DEÜHFD, **Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan**, C.16, Özel Sayı, Y.2014, (s.53-76), s.64. Delil tespiti, bir taraf usul işlemi olup, delillerin güvence altına alınmasına hizmet eden, geçici hukuki koruma türüdür. Arslandoğan, **Medeni Yargılama Hukukunda Delil Tespiti**, s.57.

<sup>194</sup> Paslı, **Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi**, s.636.

<sup>195</sup> Paslı, **Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi**, s.636.



mahkemenin seçmiş olduğu özel denetçinin şahsına, HMK' nın bilirkişiliğe ilişkin maddeleri uyarınca itiraz edebilme imkânının olmasıdır<sup>196</sup>.

**Moroğlu**, özel denetçi atanmasına ilişkin davanın bir eda davası niteliğinde olduğu belirtmiştir<sup>197</sup>. Zira eTK m.348/II'ye göre açılan davada azlığın mahkemeden doğrudan doğruya bir özel denetçi atamasını istemekte olduğu belirtilmiştir.

Bizce özel denetim istemi, eda veya ifa davası olarak nitelendirilemez. Zira eda davalarında davacının, davalıdan talebi; bir şeyin yapılması, verilmesi ya da yapılmamasıdır. Bunun dışında eda davalarında mahkeme, öncelikle dava konusu hakkın mevcut olup olmadığını tespit ederek hakkın varlığını tespit ettikten sonra davalıyı, o hakka ilişkin edimini yerine getirmeye ya da bir şeyden kaçınmaya mahkûm edecektir. Eda davasının sonunda mahkemece, talebin kabulüne ya da reddine karar verilir. Talebin reddedilmesi halinde bu red kararı bir tespit hükmü niteliğini haizdir. Davacının talebi kabul edilirse verilen hüküm ile önce davacının hakkı tespit edilmiş olup sonra hakkın ifasına yönelik bir emir yer almaktadır. İşte bu nedenle eda davasının kabul edilmesine rağmen edim yerine getirilmezse İİK m.24 vd.'da düzenlenen ilamlı icra yolu ile hakkın yerine getirilmesi sağlanacaktır<sup>198</sup>. Oysa özel denetim istemini kabul eden mahkeme, azlığın ya da pay sahiplerinin haklılığına ilişkin bir hüküm vermemektedir. Aynı şekilde mahkemenin özel denetim istemini kabul etmesi ile anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin de, azlığın iddia ettiği şekilde bir yolsuzluk yaptığı konusunda kesinlik bulunmamaktadır. Mahkeme özel denetim sürecinde bu sürecin bağımsız olarak yürütülmesini sağlayan ve taraflara eşit mesafede duran bir konumdadır. Bu süre içerisindeki ihtilafları mahkeme giderecektir. Lakin tarafların haklılığı ya da haksızlığı hakkında bir hüküm verilmediğinden burada eda davası olduğu söylenemez.

Özel denetim istemini tespit davası olarak da nitelendiremeyiz. Zira tespit davalarında davacının, bir hukuki ilişkinin varlığı, yokluğu ya da içeriğinin belirlenmesi hakkında tespit hükmü elde edebilmek için açmış olduğu bir dava söz konusudur. Dolayısıyla bir hakkın veya hukuki ilişkinin var olup olmadığı, bir belgenin sahte olup olmadığı amaçlarıyla açılan davalar tespit davasının konusunu oluşturmaktadır<sup>199</sup>. Ayrıca tespit davası ancak somut bir hukuki ilişki hakkında açılabilir. Bu nedenle soyut hukuki ilişkiler ya da maddi vakıaların

<sup>196</sup>Paslı, **Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi**, s.637.

<sup>197</sup>Moroğlu, "**Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi**", s.82., Pay sahipleri tarafından açılan bilgi alma davasının hukuki niteliği de eda davası niteliğindedir., aynı yönde; Sivas, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi**, s.48, Ömer Teoman, **Otuz Yıl Ticaret Hukuku Tüm Makalelerim** C.I, (1971-1982), Beta, İstanbul, 2000, "Özel Denetçi Atanması İstemi Genel Kurulca Reddedilen Azlığın İzleyebileceği Yollar", s.490.

<sup>198</sup>Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medeni Usul Hukuku** (Ders Kitabı), s.250.

<sup>199</sup>Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medeni Usul Hukuku** (Ders Kitabı), s.251.

tespit davasının konusunu teşkil etmeyeceğini de belirtelim. Örneğin genel olarak davalının bir yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı ya da bir kazanın meydana gelip gelmediği tespit davasının konusunu oluşturmaz<sup>200</sup>. Özel denetim isteminde böyle bir tespit hükmü de bulunmamaktadır. Zira mahkeme, şirketin usulsüzlük yaptığı şeklinde bir hüküm vermemektedir. Azlığın talebi ile özel denetçi atandığı zaman denetçi raporunu hazırlayacaktır. Eğer pay sahiplerinin haklarının zarara uğradığı bir durum söz konusu ise, bu rapor açılacak olan sorumluluk ya da fesih davalarında (takdiri) bir delil olarak kabul edilecektir.

Özel denetim isteme hakkının yenilik doğuran bir hak olarak nitelendirilemeyeceği belirtmiştik. Bu nedenle TTK m.439/2'deki istemi inşâî (yenilik doğuran) dava olarak da kabul edemeyiz. Zira HMK m.108'de düzenlenen inşâî davalarda; bir hukuki durumun kurulması, kaldırılması ya da değiştirilmesi için (diğer bir deyişle, yenilik doğuran bir hakkın kullanılması için) davacının iradesinin tek başına yeterli olmadığı durumlarda bu hak ancak mahkeme aracılığıyla sağlanabiliyorsa açılacak olan dava inşâî (yenilik doğuran) davadır<sup>201</sup>. İnşâî dava mutlaka inşâî bir hakka dayanmaktadır. Bu nedenle böyle bir hakka dayanmayan hak, inşâî dava ile ileri sürülemez. İnşâî davanın, maddi hukuktaki durumu değiştirdiğini belirtelim. Örneğin evli bir kimse inşâî davanın sonucunda artık boşanmış olur. Lakin özel denetim istemi ile mahkemeye başvuran dilekçe sahibi pay sahiplerinin, bu istemi kabul edildiğinde şirketteki pay sahibi olma sıfatı ya da konumlarına ilişkin bir değişiklik söz konusu değildir. Aynı şekilde mahkeme tarafından özel denetçi atanmasına ilişkin kararda, şirkette kesin bir usulsüzlük olduğu bu nedenle şirkette bu işlemi yapanların sorumlu oldukları konusunda herhangi bir hüküm de bulunmamaktadır.

Son olarak özel denetçi atanması için azlığın ya da belirli itibari değerde paya sahip olanların açacağı özel denetçi atanması isteminin, bir topluluk davası olarak nitelendirilebilip nitelendirilemeyeceği üzerinde de durmak istiyoruz. Topluluk davasında, bir grubun, sınıfın yahut topluluğun menfaatini korumak için, o topluluğu temsil edenlerin ya da o topluluk adına hareket edebilmeye yetkili olanların dava açmaları ve açılan dava neticesinde (eda, tespit vb. kararlar verilse de) o karardan temsil edilen grup ya da topluluğun faydalanabilmesi söz konusudur. Bu toplulukta ya da grupta ortak menfaatler zedelendiği zaman herkesin ayrı ayrı davalar açması gereksiz davaların açılmasına ayrıca mahkemelerin de meşgul edilmesine neden olacaktır. Bu nedenlerle HMK m.113 ile topluluk davası ile ilgili genel bir düzenleme

<sup>200</sup>Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **Medeni Usul Hukuku** (Ders Kitabı), s.253.

<sup>201</sup>Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **Medeni Usul Hukuku** (Ders Kitabı), s.258-259.

yapılmıştır<sup>202</sup>. Topluluk davası açılması ile ilgililerin haklarının tespit edilmesi, hukuka aykırı bir durumun giderilmesi, ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin engellenmesi amaçlanmaktadır<sup>203</sup>. TTK m.439/2'deki özel denetim istemine bu açıdan bakıldığında topluluk davasında; bir hakkın tespit edilmesi ya da hukuka aykırı bir durumun giderilmesine ilişkin verilen mahkeme hükmü, bir eda ya da tespit hükmü olup tüm topluluğu ilgilendirmektedir. Bu nedenle topluluk adına hareket eden birilerinin bu davayı herkes adına açması söz konusudur. Özel denetim isteminde pay sahipliği haklarını kullanacak olan tüm pay sahiplerinin menfaati söz konusu olacaktır. Ancak özel denetçi atanması; öncelikle pay sahiplerinin ileri sürdüğü iddiaların doğruluğu ya da doğru olmadığına ilişkin bir karar niteliğinde olmadığı gibi özel denetim isteminin mahkeme tarafından reddedilmesi halinden de, şirkette özel denetim yapılmasını gerektirecek bir işlemin olmadığı sonucunu çıkarmak da mümkün değildir. Zira özel denetim istemi mahkeme tarafından reddedilen azlığın daha sonradan hâkimi ikna edebilecek delil ya da emareleri toparlayarak mahkemeye sunması halinde hâkim tarafından özel denetçi atanabilecektir<sup>204</sup>. Ayrıca özel denetçinin raporu da önemli bir sonuca sahiptir. Diğer bir fark da topluluk davasını sadece tüzel kişiler açabilir<sup>205</sup> oysa özel denetçi atanması istemi; genel kurulun kabulü halinde herhangi bir pay sahibi tarafından, genel kurulun reddi halinde ise azlık ya da paylarının itibari değeri toplamı en az birmilyon Türk Lirası olan pay sahipleri tarafından mahkemeye iletilebilecektir. Bir gerçek kişinin özel denetim isteminde bulunması mümkündür. Oysa topluluk davasının davacısı sadece bir tüzelkişi olabilir.

Sonuç olarak, kanımızca azlığın mahkemeden özel denetçi atanmasını istemesini yukarıda bahsettiğimiz dava türlerinden birine sokmak mümkün değildir. Zira TTK m.439/1'de azlığın mahkemeden özel denetçi atanması isteminde bulunması tıpkı kıymetli evrakın iptalinde olduğu gibi subjektif hakkın yokluğu kıstası uyarınca bir çekişmesiz yargı

<sup>202</sup>Derneklerin, vakıfların, sendikaların kendi üyelerinin menfaatlerini korumak amacıyla topluluk davası açması önemli bir ihtiyacı karşılamaktadır. Topluluk (grup) davası ile toplumsal yararın korunması ile dar ve teknik anlamda hukuki yarar kavramında da bir açılım yapılmış ve tüzel kişiler tarafından açılan davalarda hukuki menfaatlerin varlığı hakkında yaşanan tereddütlere açıklık getirilmiştir. (Bkz. Yılmaz, **HMK Şerhi**, s.758-759).

<sup>203</sup>Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medeni Usul Hukuku** (Ders Kitabı), s.266-267., Yılmaz, **HMK Şerhi**, s.759.

<sup>204</sup>Usule ilişkin şartların varlığı halinde hâkim davanın esasına girebilir. Davanın usulden reddedilmesi halinde azlığın aynı davayı yeniden açabilmesi mümkündür. Usûle ilişkin eksikliklerin giderilmesi ile azlığın tekrar aynı vakıalara dayanarak özel denetçi atanmasını mahkemeden istemesi mümkündür. (Bkz. Paslı, **Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi**, s.636., dipnot:125.

<sup>205</sup>Yılmaz, **HMK Şerhi**, s.759.,Topluluk davalarının tüzelkişiliği bulunmayan (örneğin; menfaat topluluklarının, grupları ya da platformların) oluşumları tarafından açılmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. Ayrıca tüzelkişiliği bulunan; derneğin ana tüzüğünde, vakfın senedinde, sendikanın tüzüğünde, tüzelkişiye bu davayı açma yetkisinin de tanınmış olması gerekir.

işidir<sup>206</sup>. Azlığa, özel denetçi atanması sonucunda herhangi bir hak intikali olmamaktadır. Özel denetim isteminin ikincil bir hak olduğunu belirtmiştik. Bu nedenle TTK m.439/2'deki hakkı, maddi hukuk anlamında bir talep hakkı (birincil hak) olarak nitelendiremeyiz. Azlığın mahkemeye başvurusu, usul hukuku anlamında bir talepte bulunmasıdır. Bu talepte özel denetçinin atanmasına ilişkindir. Azlığın mahkemeye, özel denetçiyi atanması için TTK m.439/2 uyarınca; kurucuların veya şirket organlarının, kanunu veya esas sözleşmeyi ihlal ederek, şirketi veya pay sahiplerini zarara uğrattıklarını, ikna edici şekilde ortaya koyması bir yükümlülük değil, yüklenidir. Özel denetim isteminin ikincil bir hak olduğunu belirtmiştik. İkincil hakların da bazı yüklenileri söz konusu olabilmektedir. Yüklenilerin tipik özellikleri; dava edilemezlik, cebri icra imkânının olmaması ve tazminat talep edilememesidir<sup>207</sup>. Burada azlığın yüklenisi; özel denetçinin atanması için mahkemeye başvurmak ve TTK m.439/2'deki hususların gerçekleştiği yönünde hâkimi ikna etmeye çalışmaktır. TTK m.439/1 uyarınca genel kurul tarafından özel denetim istemi reddedildiği zaman, azlığın hâkime başvurması ve ikna edici bir şekilde yukarıdaki hususları ortaya koyması gerekir. Tıpkı TTK m.661/3'te kıymetli evrakın iptalinde olduğu gibi, *dilekçe sahibinin...iddialarının mahkemeye inandırıcı bulunması gerekir*. Her iki çekişmesiz yargı işinde de mahkemeye başvuran tarafın yerine getirmesi gereken bazı yükleniler söz konusudur. Bunlar özel denetçinin atanmasını sağlamaya ilişkin olup, mahkemenin kararının cebri icrası mümkün değildir<sup>208</sup>. Tüm bu hususlar TTK m.439/1'in çekişmesiz yargı işi olduğunu bertaraf etmemektedir. Bu tespitimizi gerekçelendirirsek; öncelikli olarak çekişmeli yargıda verilen hükümle, davacıya objektif hukukun kendilerine tanıdığı sübjektif hakkı gerçekleştirmeleri için yardım edilmektedir.

<sup>206</sup>Aynı yönde Bkz. Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku**, s.919. Yazar, çekişmesiz yargı işinde yetkili mahkeme konusunu incelerken TTK m.438/2 ve TTK m.439/1'in de çekişmesiz yargı işi olduğunu belirtmiştir. Çekişmeli yargının konusunu, tarafların sübjektif hakları oluşturmaktadır. Çekişmesiz yargıda ise ilgililerin, verilecek karara esas oluşturacak sübjektif hakları yoktur. Davacının sübjektif bir hakkının olup olmadığı tespit ve eda davalarıyla tespit edilmektedir. Eda davalarında bu tespitten ayrıca sonuçlar da çıkartılmaktadır. İnşai davalarda esas olan davacının, davalı tarafa karşı ileri sürebileceği bir sübjektif hak söz konusudur. Ancak çekişmesiz yargıda, ilgililerin özel kişilere karşı ileri sürebilecekleri objektif hakları yoktur. Takibi talebe bağlı olan çekişmesiz yargı işlerinde talepte bulunanın (azlığın) diğer ilgililere ya da bunlardan birine karşı ileri sürebileceği hiçbir sübjektif hakkı yoktur. TTK m.439/1'de de azlığın özel denetçi atanması istemi ile hâkim harekete geçirilmektedir. Buna göre TTK m.439/2 uyarınca hâkim kararını verecektir. Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku**, s.912.

<sup>207</sup>Bruck-Möller-Winter, Kommentar zum Versicherungsgesetz und zu den Allgemeinen Versicherungsbedingungen unter Einschluß des Versicherungsvermittlerrechts, Fünfter Band, Zweiter Halbband, Lebensversicherung (§§159-178 VVG) Einschließlich Berufsfähigkeitsversicherung, Berlin-Newyork, 1988, (Nejat Aday, **Özel Hukukta Yükleni Kavramı ve Sonuçları**, s.13'den naklen). Yüküm olarak tanımlanan olguların, talep ve dava edilebilirlikle bağımlı olmaksızın, alacaklı açısından edim menfaati oluşturdukları, yüklenilerin ise edim menfaati olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmiştir. Aday, **Özel Hukukta Yükleni Kavramı ve Sonuçları**, s.148.

<sup>208</sup>Yükleniye uyulması durumunda yükleni lehdarının (azlığın) edim olarak nitelendirilebilecek bir menfaat elde ettiği söylenemez. Aday, **Özel Hukukta Yükleni Kavramı ve Sonuçları**, s.14. Nitekim TTK m.439/2'deki yüklenisini yerine getiren azlık, şirkete özel denetçi atandığında herhangi bir hak elde etmemektedir.

Sübjektif hakkın olmadığı işlerde (çekişme olsa bile) bu iş çekişmesiz yargıya girmektedir. Yukarıda TTK m.438/2'yi değerlendirirken de çekişmesiz yargı işlerinin HMK m.382/2'de sayılanlar dışında, üç ölçütten bir veya bir kaçına giren başka işlerinde nispi (diğer) çekişmesiz yargı işleri olarak değerlendirildiğini belirttik<sup>209</sup>. Çekişmeli yargı ile çekişmesiz yargıyı birbirinden ayırt etmede kullanılan kıstaslardan bir diğeri de HMK m.382/1(b)'deki sübjektif hakkın yokluğudur. İlgililerin ileri sürebilecekleri herhangi bir haklarının bulunmadığı haller de çekişmesiz yargı söz konusudur.

Kanunun ifade şeklinin eksik olduğunu belirten *Atalı*, burada kanun koyucunun amacının, ortada bir hak bulunmamasına rağmen, ilgilinin mahkemeye müracaat edebilmesine imkân tanınması olduğunu belirtmiştir. Bir başka ifadeyle maddi hukuk ilgiliye, başvuruyu açıkça mümkün kılmasına rağmen, mahkemeye başvuran kişiye ait somut bir hakkın söz konusu olmadığı hallerde, bu işin bir çekişmesiz yargı işi olduğunu ve yapılan başvuru ile de çekişmesiz yargı sürecinin başlayacağını ifade etmiştir<sup>210</sup>. Yazar, TMK m.483'te düzenlenen vasinin azli talebinde, ortada bir hak ve buna ilişkin bir ihlal iddiası bulunmadığı halde, mahkemeye müracaatın kaçınılmaz olduğunu belirterek, böyle durumlarda, olayların çoğunda bir çekişme bulunduğunu ifade etmiştir. Bu durumda vasi, azle karşı çıkarken, azli talep eden ise bunun mutlaka zorunlu olduğu iddiasındadır.

Görüldüğü üzere ortada bir hak olmamasına rağmen, bir uyuşmazlık söz konusudur. Bu uyuşmazlığın çözüme kavuşması için mahkemeye başvurulması kanun tarafından açıkça düzenlenmiştir. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde TTK m.439/1 uyarınca özel denetçi atanması istemleri genel kurulda reddedilen pay sahiplerinin kanun uyarınca özel denetçi atanması için mahkemeye başvurması çekişmesiz yargı işidir. Burada da pay sahipleri (azlık) ile şirket arasında bir çekişme söz konusudur<sup>211</sup>.

<sup>209</sup>Bkz. s.52.

<sup>210</sup>Pekcanitez/Atalı, **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, s.2116. *Atalı*, bu duruma örnek olarak; TMK m.483'te düzenlenen vasinin azlini göstermiştir. Buna göre vasinin azlinde, talepte bulunanın vasinin azlini istemekte ya da vasinin kendisinin, vasi olarak görevine devam etmeye ilişkin bir hakkı bulunmamaktadır. Bunun yanı sıra vasi azledildiği vakit; talepte bulunana, bir hak intikali olmadığı gibi, azli talep eden bu taleple, kendisinin bir hakkının ihlale uğradığı şeklinde bir iddiaya da dayanamaz. Ancak sorun mahkemenin vereceği kararlarla çözümlenecektir. İbid, s.2117.

<sup>211</sup>Çekişmesiz yargıda ilgililer arasında (azlık ve şirket) uyuşmazlığın bulunmaması ölçütü, çekişmesiz yargının üç ölçütünden sadece birisidir. Dolayısıyla çekişmesiz yargı olup olmadığı tespit edilirkendiğer ölçütlerde değerlendirilmelidir. Bu nedenle ilgililer arasında uyuşmazlık olduğu hallerde HMK m.382/1(a,b,c)'de açıkça düzenlenmiş olan diğer ölçütler de dikkate alındığında, bir işin ilgililer arasında uyuşmazlık olması, onu çekişmesiz yargıdan çıkartarak, çekişmeli yargıya dâhil etmeyecektir. (Bkz. Pekcanitez/Atalı, **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, s. 2114). Dolayısıyla TTK m.439/1'de azlık ile şirket arasında özel denetim yapılması konusundaki uyuşmazlık, özel denetçi (incelemeci) atanması işini sırf bu nedenden dolayı çekişmeli yargıya dâhil etmemektedir.

Azlık, şirketin; pay sahipliğine ilişkin hakları ihlal ettiği ya da yapılan işlemler sonucunda şirketin zarara uğradığı iddiasında olup, özel denetim (inceleme) yapılmasının zorunlu olduğunu düşünmekte iken, şirkette özel denetim (inceleme) gerektirecek bir işlemin söz konusu olmadığı iddiasındadır. Bu sebeple TTK m.439/1'deki özel denetim isteminin de, takibi talebe (isteme) bağlı bir çekişmesiz yargı olduğu kanaatindeyiz. Zira mahkeme tarafından özel denetçi atandığında, azlığa herhangi bir hak intikali olmamakta ya da şirketin usulsüz işlemler yaptığına ilişkin bir karar verilmemektedir. Bu nedenle TTK m.439/1'de azlığın özel denetçi isteminde bulunması işi bir çekişmesiz yargı işidir. Şirketin ya da pay sahiplerinin pay sahipliğine ilişkin haklarının zarara uğradığı iddiası ancak ve ancak atanmış özel denetçinin (incelemenin) yapacağı ve mahkemeye sunacağı rapor sonucunda belli olacaktır.

TTK m.439/1 ve TTK m.440'ın düzenlenişi ve kullanılan ifadeler göz önüne alındığında, her ne kadar ilgililer arasında bir uyuşmazlık olsa da burada da çekişmesiz yargı işinin söz konusu olduğunun kabulü gerekir.

Çekişmesiz yargının söz konusu olduğu durumlarda, aksine bir düzenleme bulunmuyorsa sulh hukuk mahkemeleri, genel görevli mahkemeler olacaktır. Çekişmesiz yargı işini maddi hukuk yönüyle düzenleyen Kanunlarda, özel mahkemelerin kuruluş ve görevlerine ilişkin Kanunlarda ve bazı temel kanunlarda yer alan münferit hükümler, ilgili çekişmesiz yargı işi bakımından görevli mahkemeyi tayin eden özel hüküm niteliğindedir<sup>212</sup>. O halde TTK m.439/1'de, HMK uyarınca özel bir düzenlemedir. TTK m.439/1'de açıkça asliye ticaret mahkemesi görevlendirilmiştir.

Bu nedenle azlık, özel denetçi atanması istemini şirket merkezinin bulunduğu asliye ticaret mahkemesine yapacaktır. Takibi talebe bağlı çekişmesiz yargıda mahkemeye başvuru dilekçe ile yapılmaktadır. Burada HMK m.385/1 uyarınca basit yargılama usulü uygulanacaktır. Basit yargılama usulü kanun koyucunun hızlı ve basit şekilde çözülmesini murad ettiği dava işler için öngörülmüştür. Hangi mahkemede görüldüğüne bakılmaksızın, çekişmesiz yargı işlerinde, basit yargılama usulü genel kural olmuştur. TTK m.5'deki atıf nedeniyle, kural olarak yazılı yargılama usulünün uygulandığı ticaret mahkemelerinde

<sup>212</sup>Pekcanitez/Atalı, **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, s.2126,2128. Görev bakımından, sulh hukuk mahkemesi dışında bir mahkemenin görevli olduğunu öngören düzenlemeler, TTK m.5 uyarınca; ticari nitelikteki bütün çekişmesiz yargı işlerinde, HMK m.282/2(e)'de asliye ticaret mahkemesinin görevli olacağı düzenlenmiştir. Çekişmesiz yargıda, sulh mahkemesinin görevi asıl olduğundan HMK m.383, asliye mahkemesinin görevi istisna olduğundan, yalnızca "hâkim" ya da "mahkeme" terimlerinin kullanıldığı bütün çekişmesiz yargı işlerinde, sulh hukuk mahkemeleri görevlidir. Bkz. Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılı Medeni Usul Hukuku**, s.915.

görülmesi gereken ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işleri için basit yargılama usûlü uygulanacaktır<sup>213</sup>. Özel denetçi atanması konusu da hızlı yapılması gereken ticari nitelikli bir iş olduğundan burada da basit yargılama usûlünün uygulanması TTK m.439/1'in niteliğine uygundur<sup>214</sup>.

Bazı çekişmesiz yargı işlerinde duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden karar verileceği açıkça belirtilmiştir<sup>215</sup>. Ancak Yargıtay, hukuki dinlenilme hakkı gereğince, çekişmesiz yargı işlerinde de kural olarak duruşma yapılması gerektiğine karar vermektedir<sup>216</sup>. *Tekinalp*, TTK m.439/2'de duruşma yapılmasının bir zorunluluk olduğunu belirtmiştir<sup>217</sup>. TTK m.440/1'de de mahkemenin, şirketi ve istem sahiplerini (ilgilileri) dinledikten sonra kararını vereceği açıkça düzenlenmiştir<sup>218</sup>.

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız gerekçelerden, TTK m.439/1'de azlığa, özel denetçi atanmasını isteme hakkını veren bu ikincil hakkın da çekişmesiz yargı işi olduğu ve uygulanacak usûlünde buna uygun olması gerektiği kanaatindeyiz.

<sup>213</sup>Bkz. Pekcanitez/Atalı, **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, s.2136.

<sup>214</sup>Asliye hukuk ve asliye ticaret mahkemelerinde kural olarak yazılı yargılama usûlü uygulanmasına rağmen, bu mahkemelerin görevli oldukları çekişmesiz yargı işlerinde, basit yargılama usûlü uygulanacaktır. Doktrinde *Aras*, kanunda da ifade edildiği üzere, basit yargılama usûlünün çekişmesiz yargı işlerinde doğrudan doğruya uygulanmayacağını, çekişmesiz yargının niteliğine uygun düştüğü oranda uygulanacağını belirtmiştir. Yazara göre bu doğaldır, çünkü basit yargılama usûlü aslında bir çekişmeli yargı usûlüdür. Bu nedenle basit yargılama usûlünün, niteliğine uygun düştüğü oranda çekişmesiz yargı işlerine uygulanması gerekir. Bkz. Aslı Aras, **Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s.95.

<sup>215</sup>Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku**, s.922. Örneğin TTK m.392/4.; Kanunlarda; duruşma yapılmaksızın da karar verilebileceği ya da hâkimin duruşma yapıp yapmama konusunda serbest olduğu gibi düzenlemeler söz konusu ise, basit yargılama usûlünde duruşma yapılmayabilir. Fakat kanunda böyle bir özel düzenleme yapılmamışsa, basit yargılama usûlünde duruşma yapılması zorunludur. Burada önemle belirtmemiz gerekir ki, özellikle çekişme yokluğu kıstasına göre, çekişmesiz yargıya giren işlerde, karşı taraf (ilgili) olmadığından, duruşma yapılmasına gerek yoktur. Fakat çekişme yokluğu ölçütü dışındaki bir ölçüte göre, çekişmesiz yargının konusuna giren işler açısından, gerekli olduğu takdirde duruşma yapılabilir. Eğer çekişmesiz yargı işi hakkında, kanunda açıkça duruşma yapılacağı belirtilmişse, hâkimin bu konuda takdir hakkı yoktur. Bir başka ifadeyle, hâkim çekişmesiz yargı işini duruşmalı olarak incelemelidir. Bkz. Aras, **Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü**, s.99. Kanımızca TTK m.438/2'de, mahkeme duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden karar verebilir. Ancak TTK m.439/1 uyarınca mahkemenin, duruşma yapması gerekir. Zira TTK m.440/1'de açıkça mahkemenin, şirketi ve istem sahiplerini dinledikten sonra kararını vereceği düzenlenmiştir. Bu nedenle azlığın, özel denetim (inceleme) istemi için, hâkimin duruşma yapması zorunludur.

<sup>216</sup>Karar için Bkz. 18. H.D, T.15.09.2014, 10664/12657; 18. H.D, T. 03.07.2014, 527/11955; 2.H.D, T.04.03.2014, 21470/4695.

<sup>217</sup>Tekinalp/ Çamoğlu, **Türk Ticaret Kanunu Ticari Mevzuat ve İkincil Düzenlemeler**, b.15, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.216.

<sup>218</sup>TTK m.440/1'in Gerekçesinde; mahkemenin, kararını vermeden önce istem sahiplerini dinlemek zorunda olduğu ve tüm şekli ve maddi şartları aramakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Bkz. TTK Gerekçesi, s.213; Çekişmesiz yargı işlerinde kendiliğinden araştırma ilkesi uygulandığından, mahkeme HMK m.385/2 uyarınca, ilgilileri çağırıp dinleyebilir. Bkz. Pekcanitez/Atalı, **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, s. 2136; Hukuki dinlenilme hakkı, yalnızca belirli bir yargılama veya yargılamanın belirli bir safhası için öngörülmemiştir. Bu ilkeye yargılamanın her aşamasında uyulması gerekmektedir. Dolayısıyla gerek çekişmeli yargıda gerekse çekişmesiz yargıda ve gerekse bu yargılamalarla bağlantılı olan; icra takiplerinde, geçici hukuki korumalarda, tahkim yargılamasında, uyuşmazlıklarla ilgili yargılama dışında ortaya çıkan çözüm yollarında, hukuki dinlenilme hakkı söz konusu olup, bu hakka uygun davranılmalıdır. Bu hakka aykırılık, istinafa ve temyize başvuru için bir gerekçe oluşturacaktır. İbid, s.2122.

## IV. Özel Denetimde Özel Denetçi İle Ortaklık Arasındaki İlişkinin Niteliği

### A. İsviçre Hukuku'nda

İsviçre'de mahkeme tarafından atanan özel denetçi/denetçiler, şirketle aralarındaki vekâlet ilişkisi ancak karşılıklı olarak kaldırabilirler. Vekâlete ilişkin kuralların düzenlendiği CO Art.394'deki hükümler kanunun ve özel denetimin niteliğine uygun düştüğü ölçüde bu ilişkiye de uygulanır. Özel denetçi her ne kadar mahkeme tarafından atansa da, özel hukuktaki vekâlete ilişkin hükümlere uygun şekilde davranır<sup>219</sup>. Özel denetçi ile olan sözleşme, şirketin iradesinin ifadesinden bağımsız olup, bu sözleşmesel ilişkinin kurulması; özel denetçi atanması kararının alınması üzerine ve bu karardan sonra atanan denetçinin kabulü ile kurulur ki bu kabul zimmî de olabilir<sup>220</sup>. Böyle bir sözleşme ilişkisinin kurulmasında özel denetçinin herhangi bir zorunluluğu yoktur. Özel denetçiye kendisine verilen denetim görevini kabul edip etmemesi hususunda uygun bir düşünme süresi (*délai de réflexion*) verilir<sup>221</sup>.

İsviçre'de vekâlete ilişkin hükümlerin büyük bir kısmı özel denetime uygun görülmektedir. Özel denetçinin prensip olarak denetimi kendisinin yapması gerekir. Fakat kendisine, açıklığa kavuşturması için sorulan sorular, özel bir bilgiye sahip olmayı gerektiriyorsa, özel denetçinin kendisine; asistan ya da yardımcı kişiler veya bağımsız uzmanlar çağırabileceği CO Art. 398/III'e uygun olarak mümkün görülmektedir<sup>222</sup>. İhtiyaç halinde bu yardımcı şahısların hâkim tarafından da atanabilmesi mümkündür. Bu işin karşılığında özel denetçiye bir ücret verilir. Fakat özel denetçinin CO Art. 402 uyarınca avans ödemesi ve gider/masraf ödemesi de yapılabilir<sup>223</sup>. Özel denetçi kendisine verilen görevini CO Art.397/I'de düzenlendiği gibi, talimatlara uyarak ve özel denetimin konusu hakkında hâkim tarafından verilen direktifler çerçevesinde yürütür. Özel denetçi vekâleti sırasında

<sup>219</sup>Pauli, 178; Gabrielli, 124; Casutt, 122, (**Commentaire Romand**), s.963, N.2. Kanaatimizce özel denetçi (incelemeci) ile şirket ilişkisini vekâlet olarak açıklamak zordur. Özel denetçinin şirkete ve pay sahiplerine karşı bazı yükümlülüklerinin bulunması, hukukun temel ilkesi olan dürüstlük ilkesinden doğmaktadır.

<sup>220</sup>Killias/Bertholet, 257; BaK-Weber, N.2; (**Commentaire Romand**), s.963, N.2.,Mahkeme tarafından atanan denetçinin sözleşmeyi kabul etmemesi de ihtimal dahilindedir. Bu sebeple mahkemenin denetçi ataması hükmünün etkisi, ileride yapılacak olan sözleşmeyle doğacaktır. Bkz. Ertan Demirkapı/Nedim Meriç, "Anonim Şirkette Denetçinin Değiştirilmesi Davasının Azınlık Tarafından Açılması Halinde Usul Hukukuna İlişkin Sorunlar", **Batider**, Y.2014, C.XXX, S.2, (s.23-75), s.67-68.

<sup>221</sup>BaK-Weber, N.5; Killias/Bertholet, 257; Casutt, 134, (**Commentaire Romand**), s.963, N.2.

<sup>222</sup>Killias/Bertholet, 259; BaK-Weber, N.3, (**Commentaire Romand**), s.963, N.3.

<sup>223</sup>Türk Hukuku'nda **Moroğlu**, eTK döneminde özel denetçiyi atayan mahkemenin denetçinin ücretini de belirlemesi gerektiğini ifade etmiştir. Yazar eTK m.348/2'de masrafların peşinen ödenmesine ilişkin şart konulurken güdülen amacın zorunlu inceleme giderlerinin yanında özel denetçinin ücretinin de belirlenip ödenebilmesini sağlamak olduğunu belirtmiştir. Burada ilgililerin talebi üzerine ya da mahkeme re'sen özel denetçinin ücretinin azaltılmasına ya da arttırılmasına karar verebilir. Moroğlu, **Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi**, s. 84.



özerktir. Görevinin sonunda özel denetçi CO Art.400/1'e uygun olarak, kendisindeki tüm dokümanları geri iade edecektir<sup>224</sup>. Şirket her istediğinde herhangi bir gerekçe belirtmeksizin özel denetçinin (vekilin) görevine keyfi bir şekilde son veremeyeceği gibi özel denetçiye CO Art.404'deki ve CO Art.397'deki direktifleri de veremez. Aksi halde özel denetim amacına ulaşamaz<sup>225</sup>.

Görüldüğü üzere İsviçre'de de özel denetçi ile şirket arasındaki ilişkiye kanunun ve özel denetimin niteliğine uygun düştüğü ölçüde vekâlete ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir<sup>226</sup>. Ancak her ne kadar İsviçre'de de özel denetçi ile ilişkilerde vekâlete ilişkin hükümlerin uygun düştüğü ölçüde uygulanacağı belirtilmiş olsa da vekâlete ilişkin hükümlerinin özel denetimde özel bir durum gösterdiği görülmektedir. Zira buradaki hukuki ilişkiler anonim ortaklık hukukunun özel düzenlemelerine göre düzenlenmiştir<sup>227</sup>. Özel denetçinin sır saklama yükümlülüğünün bulunması bunun en önemli göstergesidir. Ayrıca özel denetçiye, ne şirket tarafından ne de pay sahipleri tarafından herhangi bir talimat verilemez. Yalnızca hâkim, özel denetçinin incelemesine ilişkin bazı talimatlar vermekle yetkilendirilmiştir. Başka bir deyişle hâkim; incelemenin sınırlarını ve nelerin inceleneceği hususunu belirterek bu incelemeyi somutlaştırmaktadır<sup>228</sup>. Ancak şunu ekleyelim ki burada herkes (şirket ya da pay sahipleri) inceleme ile ilgili önerilerini sunabilirler<sup>229</sup>.

Vekâlet sözleşmesinde sadakat borcunun sonucu olarak vekil vekâlet verenin çıkarlarına uygun hareket etmeli ve ona zarar vermekten kaçınmalıdır. Özel denetimde, özel denetim yapan denetçi ile ortaklığın arasında herhangi bir ilişkinin (bağın) olmaması mühim olan bir husustur. Bu nedenle özel incelemecinin; bağımsız ve yansız olması ayrıca inceleyeceği anonim şirketten görevi ile ilgili olarak hiçbir emir veya talimat almaması gerekmektedir. Anonim ortaklığa atanan özel denetçinin; bir iş görme edimini yerine getirmek üzere atanması, sır saklamakla yükümlü tutulması ve güven ilişkisi içerisinde hareket etmesi gibi vekâlet ilişkisine benzeyen yükümlülükleri bulunsa da, tarafların arasında saf bir vekâlet ilişkisi olduğunu söylemek güçtür.

<sup>224</sup>Killias/Bertholet, s.259.

<sup>225</sup>Killias/Bertholet, s.258.

<sup>226</sup>Demek oluyor ki vekâlet hükümleri burada doğrudan doğruya değil, kıyasen uygulanmaktadır.

<sup>227</sup>Forstmoser/ Meier-Hayoz/Nobel, § 35 N.66; BaK-Weber, N.3, (**Commentaire Romand**), s.964, N.4.

<sup>228</sup>Casutt, 145ss; Marolda Martínez, 260, (**Commentaire Romand**), s.964, N.4.

<sup>229</sup>BaK-Weber, N.4, (**Commentaire Romand**), s.964, N.4.

## B.Türk Hukuku'nda

6762 sayılı kanundan farklı olarak 6102 sayılı TTK' da özel denetçi atanması istemini genel kurul kabul etse de ya da reddetse de, özel denetçi ataması mahkeme tarafından yapılacaktır. Özel denetçi ile şirket arasındaki sözleşme ilişkisi, mahkemenin özel denetçiye yaptığı teklifi özel denetçinin kabul etmesi ile kurulmuş olur<sup>230</sup>. Ancak şunu belirtelim ki, özel denetçinin mahkemenin yapmış olduğu teklifi kabul etme zorunluluğu bulunmamaktadır<sup>231</sup>. Özel denetçinin görevinin kapsamı mahkeme tarafından belirlenir. Dolayısıyla özel denetçi, inceleme yaptığı şirketten talimat almaz, şirket tarafından yetkisi geri alınamaz ve atanmasında da ortaklığın müdahalesi söz konusu olamaz. Anonim ortaklığın özel denetçiye karşı yükümlülüğü ona, ödeme yapmak ve incelemesini gerçekleştirebilmesine imkân vermektir. Örneğin; özel denetçiye gereken bilgileri temin etmektir<sup>232</sup>.

Nitekim Türk Hukuku'nda TTK m.441/2,3 uyarınca, özel denetçinin yönetim kurulundan istediği şeyler (defterler, kasa, yazışmalar, envanter, alım- satım ve maliyet fiyatları), incelemesi için kendisine verilir. Ayrıca kurucuların, anonim ortaklık organlarının, vekillerin, çalışanların ve tüm ilgililerin denetçiye gereken bilgileri ve belgeleri vermeleri gerekir. Doktrinde anonim ortaklık ile özel denetçi arasındaki sözleşmenin niteliği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.

**Domanıç**'e göre özel denetçilik tamamıyla bir hizmet sözleşmesine dayanmaktadır. Hatta anonim ortaklık ile hizmet sözleşmesine dayanan ilişkisi bulunan özel denetçinin ücrete itiraz etmesi ve yalnızca belirli bir ücret verilmesi karşılığında özel denetim faaliyetini yükleneyeceğini bildirmesi durumunda, özel denetçi tarafından istenilen ücretin müzakeresi için yeniden bir toplantı yapılması gibi bir zorunluluk meydana gelebilir. Yazar bu duruma engel olmak için özel denetçinin seçilmesi kararında yönetim kuruluna ya da murahhas aza veya

<sup>230</sup>**Moroğlu**, mahkemenin atadığı özel denetçinin atamayı açık ya da kapalı olarak kabul etmesi ile sözleşmesel ilişkinin kurulacağını ifade etmiştir. Fakat anonim ortaklık ile özel denetçi arasındaki ilişkinin vekâlet mi yoksa eser mi olduğu konusunda görüş bildirmemiştir. Ayrıca özel denetçiyi seçen mahkemenin, özel denetçinin görevine son vermesi mümkün olduğuna göre, ortaklığında özel denetçinin şahsına onu seçen mahkeme nezdinde haklı nedenlerin varlığı halinde itiraz edebilmesi ve değiştirilmesini isteyebilmesi mümkün olmalıdır. (Bkz. Moroğlu, "Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi", **Makaleler I-2001**, s.78). Anonim ortaklıklarda bağımsız denetimde de, taraflar arasında bir bağımsız denetim sözleşmesi yapılmaktadır. Burada sözleşmenin tarafları özel hukuk kişisi olup, aralarında eşitlik bulunmaktadır. Bu nedenle bağımsız denetim sözleşmesi bir özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Ancak bu sözleşmeye, kamu hukukuna ilişkin kurallar; öncelikle ve önemli ölçüde uygulandığı için, bağımsız denetim sözleşmesi yarı resmi bir sözleşme olarak nitelendirilmiştir. Köksal, **Bağımsız Denetim Sözleşmesi**, s.66, dipnot:197'deki yazarlar.

<sup>231</sup>Narbay, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim Yapılması Şartları ve Özel Denetçinin Atanması Usulü", **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan**, s.323.

<sup>232</sup>Pauli, s.178, Killias/Bertholet, s.258.

genel müdüre ücret hususunda anlaşma yapma yetkisinin verilmesinin faydalı olacağını belirtmiştir.

Yazar bu görüşüne ek olarak; şirketin, özel denetimi sürüncemeye sokmak amacıyla kötü niyetli olarak ücreti az göstermesi ve yönetime de konu ile ilgili yetki vermemesi gibi durumlarda, fazla ücreti azlığın özel denetçiye ödemesinin düşünülebileceğini ve bu durumda azlığın özel denetçiye ödemekle yüklenmiş olduğu fazla ücreti ya da mahkeme tarafından uygun görülecek bir kısmını anonim ortaklıktan isteyebileceğinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir 818 sayılı eBK m.410-415, 6098 sayılı TBK m.526-531<sup>233</sup>.

*Poroy*' da anonim ortaklık ile özel denetçi arasındaki ilişkiyi hizmet akdi olarak değerlendirmektedir<sup>234</sup>. Hizmet akdinde özel denetçiyi genel kurul yetkilendirdiği için inceleme sırasında özel denetçinin belirli hususlarda bir uzmandan yardım alma ihtiyacı olursa, bu konuda da yine genel kurulun karar vermesi gerektiğini belirtmiştir. Yazar özel denetimden bir sonuç arandığını ve şartları uygun düşüyorsa istisna (eser) sözleşmesinin de burada düşünülebileceğini ifade etmiştir. Aradaki ilişkinin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi halinde uzman raporu almak ve bu raporun bedelini ödemek özel denetçiye ait olacaktır<sup>235</sup>.

*Aday*'a göre; özel denetçiyi ister genel kurul, ister mahkeme atasın her iki durumda da anonim ortaklık ile özel denetçi arasında sözleşmesel bir ilişki kurulmuş olmaktadır. Özel denetçiyi; vekil, müteahhit ya da işçi kavramlarından herhangi birine sokmaya gerek yoktur. Zira özel denetçinin atipik bir işgörme edimi yüklendiğini söyleyebiliriz. Bilhassa özel denetçinin yapmış olduğu inceleme sonucunda rapor hazırlayacak olması eser sözleşmesindeki yüklenicinin edimine benzetilebilir. Buna karşılık, özel denetçinin inceleme sırasında gördüğü iş daha ziyade bir vekâlet edimine benzemektedir. Bu nedenle anonim ortaklık ile özel denetçi arasındaki hukuki ilişkiyi herhangi bir sözleşme tipine sokmaktan ziyade somut olayın özellikleri dikkate alınarak eser ya da vekâlet sözleşmelerine ilişkin hükümlerin aradaki hukuki ilişkiye kıyasen uygulanmasını daha uygun bulmaktadır<sup>236</sup>.

<sup>233</sup>Domaniç, **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması**, s.748.

<sup>234</sup>Kanımızca burada hizmet sözleşmesi yoktur. Zira özel denetçi (incelemeci) şirkete tabiiyet bağıyla (*subordination*) bağlı değildir.

<sup>235</sup>Reha Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, b.11., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s.392-393, N.642d.

<sup>236</sup>Nejat Aday, **Anonim Şirkette Özel Denetçi**, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1995, s.70.

*Narbay*'a göre; anonim ortaklık ile özel denetçi arasındaki ilişki her iki tarafa da fazlaca birbirlerine müdahale etme hakkı vermeyecek bir şekilde, şirketler hukukuna ait özel kurallar tarafından düzenlenmiş olduğu için burada ortaklık ve denetçi arasında saf bir temsil ilişkisinin oluşmadığını belirtmiştir. Dolayısıyla TBK' nun vekâlete ilişkin hükümlerinin yalnızca kanuni hükümler ya da özel denetimin doğası gereğince başkaca bir çözüm öngörülmediği hallerde taraflar arasındaki ilişkiye uygulanmasının daha doğru olduğunu belirtmiştir<sup>237</sup>.

*Özkan*, özel denetçinin anonim ortaklığın sürekli bir organı olmadığını<sup>238</sup> belirttikten sonra özel denetçinin dışarıdan gelen ve bağımsız olarak çalışması ve incelemelerini yapması gereken bir kişi olması gerektiğinden anonim ortaklık ile özel denetçi arasındaki ilişkinin hizmet ilişkisi olduğu görüşüne katılmadığını belirtmiştir. Yazar, gerekçe olarak hizmet akdinde işveren ve işçi arasında bir bağımlılığın söz konusu olduğunu belirtmiştir. Bu konuda İsviçre CO Art.697c/2'nin özel denetçinin niteliğine ilişkin hükmün<sup>239</sup> de önemli olduğunu vurgulamıştır. Buna göre; ilgili madde de; hâkim özel denetim istemini kabul ederse bağımsız bir denetçiyi denetim yapması için görevlendirir. Nitekim hâkimin CO Art.697c/II' ye göre atayacağı denetçinin bilgili (*compétent*) ve bağımsız (*indépendant*) olması gerektiği düzenlenmiştir. Hâkim bu atama ile denetçinin görevini yerine getirirken sahip olması gereken bilgisinin ve bağımsızlığının güvence altına alınmasını sağlamayı amaçlamaktadır<sup>240</sup>.

Yazara göre özel denetçi hem işletme hem de hukuk bilgisine sahip olmalıdır. Bununla beraber özel denetimin konusuna göre bu şartların değişebileceği de kabul edilmelidir.

Dolayısıyla, kimlerin özel denetçi olacaklarına bakacak olursak; denetçiler, hukukçular, işletme danışmanları, teknik meslek erbabı, vb. birçok meslek örnek verilebilir. Fakat özel denetçinin bağımsız olması gerektiği için pay sahiplerinin özel denetçi olarak atanması söz konusu olamaz<sup>241</sup>.

<sup>237</sup>Narbay, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıklarda Özel Denetim Yapılması Şartları ve Özel Denetçinin Atanması Usulü" **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan**, s.323. , [*Casutt*,§ 10, N.20. Yazar, özel denetim ilişkisini vekâlet benzeri bir ilişki olarak nitelendirmektedir. (Bkz. Narbay, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıklarda Özel Denetim Yapılması Şartları ve Özel Denetçinin Atanması Usulü", s.323, Dipnot:143'ten naklen)].

<sup>238</sup>Aynı yönde İsviçre Hukuku'nda özel denetçinin AO'nun bir organı olmadığı ama ortaklığa atanmış dış vekil (*mandataire externe*) olduğu belirtilmiştir. (**Commentaire Romand**), s. 963, N.2.

<sup>239</sup>eTK m.348'de özel denetçinin niteliği konusunda bir düzenleme yoktu. 6102 sayılı TTK m.440/2'de bu husus açıkça düzenlenmiştir. Buna göre; mahkeme istemi yerinde görürse, istem çerçevesinde inceleme konusunu belirleyerek bir veya birden fazla bağımsız uzmanı görevlendirir. Demektedir.

<sup>240</sup>Message 1983, 856; Killias/Bertholet, 256, (**Commentaire Romand**) s.961.

<sup>241</sup>Aksi görüşte Bkz. **Manop**, özel denetçinin pay sahibi olup olmamasının önemli olmadığını belirttikten sonra özel denetimin pay sahibi olmayan bir kimse tarafından yapılıp rapor düzenlenmesinin objektif olarak

Bu nedenlerden dolayı *Özkan*'a göre özel denetçi ile anonim ortaklık arasındaki ilişki bir vekâlet ilişkisi olarak değerlendirilebilir. Ancak burada vekâlet ilişkisi; içerisinde bağımlılık unsurunu barındırmayan, diğer bir anlatımla, özel denetçinin anonim ortaklığın yetkililerinden inceleyeceği konu ile ilgili olarak herhangi bir emir ve talimat almayacağı ilişki, olarak karşımıza çıkar. Dolayısıyla, burada olan vekâlet ilişkisinin ortaklıklar Hukuku alanına özgü özel kurallarla düzenlenmiş olan hükümlere tabii olup TBK' da düzenlenen vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlere boşluk doldurucu olarak gidileceğini belirtmiştir<sup>242</sup>.

*Şener*, anonim ortaklık ile özel denetçi arasında meydana gelen hukuki ilişkinin niteliğinin vekâlet olması gerektiğini belirtmiştir. Yazar özel denetçinin görevinin, belirli bir zaman kaydı olmadan özel (spesifik) olarak belirlenen ve belirli bir sonuca yönelen işlerin görülmesi olduğunu ifade etmiştir. Anonim ortaklık ile özel denetçi arasındaki ilişkiyi hizmet ilişkisi olarak nitelendirdiğimizde özel denetçiyi anonim ortaklığın denetimine tabii tutmuş olacağımızı bununda denetçinin niteliği ile bağdaşmayacağını belirtmiştir. Yazar anonim ortaklık ile özel denetçi arasındaki ilişkinin taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece vekâlet olduğunu belirttikten sonra bu ilişkinin sonuçlarına da değinmiştir.

Buna göre; TTK m.438'in özel denetçi ile anonim ortaklık arasındaki ilişkide sorunları çözmede yetersiz kaldığı hallerde TBK m.502 vd. maddelerinden yararlanılabileceğini belirtmiştir. Özel denetçi kendisine verilen bu görevi bizzat yerine getirecektir. Fakat özel denetçi görevini ifa ederken kendi gözetimi ve denetimi altında çalışan yardımcılarından yararlanabilir. Özellikle hesapları karmaşık olan bir anonim ortaklığın bilançosunun gerçeği yansıtıp yansıtmadığı hususunu tetkik ederken yardım alabilir.

Ayrıca özel denetçi özel denetim faaliyetini icra ederken (yerine getirirken) özenli davranmalıdır. Bu sebeple kendi uzmanlık alanını aşan bir konuda başka bir uzmana danışabileceği belirtilmiştir. Buna örnek olarak bilançonun gerçekliği konusunu araştıran özel denetçinin, kârın TTK' da belirtilen kıstaslara uygun bir şekilde belirlenip belirlenmediği konusunda oluşan bir hukuki meselede uzman bir hukukçudan görüş alabileceği örneğini vermiştir. Yazarın anonim ortaklık ile özel denetçi arasındaki hukuki ilişkiyi vekâlet ilişkisi olarak nitelendirmesinin bir nedeni de vekâlet sözleşmesinin karşılıklı güvene dayanmasıdır.

---

düşünüldüğünde daha yerinde olacağını belirtmiştir. Burcu Manop, **Anonim Ortaklıklardaki Azınlık Haklarının Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Getirdiği Yenilikler Işığında Değerlendirilmesi**, Süleyman Demirel Üniversitesi, SBE, İşletme ABD/ Ticaret Hukuku, Isparta, 2008, Yayınlanmamış YL Tezi, s.74.

<sup>242</sup>Özkan, "Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Özel Denetçi Atanması", s.28-29.

Güven ortadan kalktığı zaman tarafların sözleşmeyle bağlı kalmaları kendilerinden beklenemeyecektir.

O halde TBK m.512 uyarınca vekâlet verenin ve vekilin her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdireceği ve bu sona erdirmeyi uygun olmayan bir zamanda gerçekleştiren tarafın diğer tarafın zararını gidermekle mesul olacağını belirtmiştir<sup>243</sup>. Nitekim 6102 sayılı TTK m.441/4'de özel denetçinin, şirketten yapmış olduğu inceleme sonuçlarına ilişkin raporu hakkında görüş alacağını düzenleyen maddenin gerekçesinde bu hükmün dayanağının vekâlet sözleşmesi olduğu ve vekâletin de iyi bir şekilde ve özenle yerine getirilmesi gerekliliği belirtilmiştir<sup>244</sup>.

**Güven**, özel denetçinin görevi kabul ettiği an itibariyle, özel denetimin konusuna giren sorulara cevap verebilmek için; elinden geleni en iyi şekilde ve özenle yapacağını taahhüt ettiğini belirtmiştir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, vekâlet sözleşmesi uyarınca vekil TBK m.502/3'de belirtildiği üzere konu ile ilgili sözleşme veya teamül mevcutsa ücrete hak kazanmaktadır. Yazar da özel denetçiliğin de belirli bir alanda uzmanlık gerektiren bir meslek olduğunu, dolayısıyla bu görevini yerine getiren denetçinin görevini ücret almadan yerine getirmesinin kendisinden beklenemeyeceğini, bu nedenle ücretin özel denetimde zorunlu bir unsur olduğu belirtmiştir. Ayrıca yazar TBK m.512 hükmünün özel denetime uygun olmadığını, zira ne özel denetçi tarafından ne de özel denetçiye özel denetim yapma yetkisi veren mahkeme tarafından istenildiği zaman bu yetkinin tek taraflı alınamayacağını ifade etmiştir. Burada şirketler hukukuna ait, özel kurullarla düzenlenmiş olan, vekâlet benzeri bir hukuksal ilişki olduğunu, bu nedenle tarafların arasında herhangi bir uyuşmazlık doğduğunda, kanun veya özel denetimin niteliğinin öngördüğü başkaca çözümler bulunmadığı sürece vekâlete ilişkin hükümlerin uygulanabileceğini belirtmiştir<sup>245</sup>.

Burada mahkeme keyfi olarak davranamayacak, dolayısıyla belirli koşullar varsa ancak o takdirde özel denetçinin yetkisini geri alabilecektir. Vekâlet sözleşmesinde vekilin, TBK m.506/II uyarınca sadakat borcunun sonucu olarak, vekâlet verenin çıkarlarına uygun hareket ederek ona zarar vermemesi gerekirken, özel denetimde, özel denetçi (incelemeci) ya da denetçiler (incelemeciler) ile şirket arasında herhangi bir bağlantının olmaması gerekir<sup>246</sup>.

<sup>243</sup>Şener, **Anonim Ortaklıklarda Azınlık Hakları, Özellikle Özel Denetçi Atanmasını İsteme Hakkı**, s.126-128.

<sup>244</sup>(TTK m.441/4)'ün gerekçesi, s.213.

<sup>245</sup>Güven, **Özel Denetim**, s.157-158.

<sup>246</sup> Vekâlet sözleşmesinin zorunlu unsurlarından biri, vekilin edimini vekâlet verenin çıkarlarına uygun olarak yerine getirmesi gerekliliğidir. Bağımsız denetimde, bağımsız denetçi bağımsız denetim sonucunda elde ettiği

Ayrıca özel denetçinin görevini ifa ederken; tarafsız, yansız ve bağımsız olması ve incelemesi sırasında vakıf olduğu şirket sırlarını saklaması (sır saklama yükümü) gereklidir. Özel denetçinin sır saklamakla yükümlü olması her ne kadar vekâlet sözleşmesini andırsa da şirketle özel denetçi arasında saf bir vekâlet ilişkisinin bulunduğuna ilişkin bir sonuca varmak zordur. Bu nedenle özel denetçi ile şirket arasındaki ilişki, vekâlet benzeri bir hukuksal ilişki olarak değerlendirilmektedir<sup>247</sup>.

### 1. Özel Denetçinin Asli (Karakteristik) Edimi Açısından Hizmet Sözleşmesi

Özel denetimde de özel denetçinin bir iş görme edimi yaptığını görüyoruz. İşgörme sözleşmelerinde ortak olan nokta, taraflardan birinin (iş görenin), diğer tarafa (iş sahibinin) daimi bir iş görme borcu altına girmesi ve bu borcun da iş görme olarak nitelendirilen bir faaliyette bulunması suretiyle gerçekleştirilmesidir. Bu nedenle iş görme sözleşmeleri (iş görme borcu doğuran sözleşmeler) arasında büyük benzerlikler vardır. Bu benzerliklerden dolayı bu sözleşmeleri birbirlerinden ayırt etmek çok güçtür.

Bu sebeple TBK m.502/2’de vekâlete ilişkin hükümlerin, niteliklerine uygun düştikleri ölçüde, bu kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanacağına ilişkin kanun hükmü boşluk doldurucu niteliktedir. Zira iş görme sözleşmeleri sadece TBK’ da düzenlenen hizmet, eser (istisna), yayım (neşir), vekâlet sözleşmelerinden ibaret değildir. Daha açık bir ifade ile bu sözleşmelerden hangisine girdiği son derece tartışmalı olan sözleşmeler olduğu gibi kanunda düzenlenen bu sözleşmelerin dışında kalan ve tarafların sözleşme serbestisi kapsamında aralarında gerçekleştirdikleri başka iş görme borcu doğuran isimsiz sözleşmeler de bulunmaktadır<sup>248</sup>.

---

görüşlerini denetlediği ortaklığın çıkarlarına uygun olmasa da, raporunda açıklamak zorundadır. Bkz. Köksal, **Bağımsız Denetim Sözleşmesi**, s.78. Burada da özel denetçi (incelemeci) incelediği hususların, âdete fotoğrafını çekip, tespitlerini hazırladığı raporunda belirtmelidir.

<sup>247</sup>Güven, **Özel Denetim**, s.158.

<sup>248</sup>Cevdet Yavuz, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, Beta, İstanbul, 2013, s.443., **Aral**, TBK m.502/2’nin iş görme sözleşmelerinde isimsiz sözleşmelerin kurulmasına engel teşkil etmeyeceğini belirtmiştir. (Aynı görüşte Bkz.) Hatemi, (Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukuku (Özel Bölüm)**, s.390-391. **Hatemi**, iş görme sözleşmeleri alanında da isimsiz sözleşmelerin akdedilebilmesi gerektiğini bu nedenle burada *numerus clausus* (tipe bağlılık) ilkesinin söz konusu olmaması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca iş görme sözleşmelerinin isimsiz sözleşme olarak bir araya geldiği hallerde bu sözleşmelere terkip kuramının uygulanması ile ihtilafları çözmemiz gerektiğini ifade etmiştir. İsviçre’de serbest meslek faaliyetleri vekâlet hükümlerine tabii tutulmak istenmiştir. İsviçre’de **Gautschi** tarafından savunulan bir görüşe göre; hizmet ya da istisna sözleşmesinin konusuna girmeyen her türlü iş görme sözleşmesi eBK m.386/2 uyarınca vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilecektir. Dolayısıyla iş görme sözleşmelerinde kendine özgü yapısı olan (*sui generis*) sözleşme yapma imkânı bulunmamaktadır. İsviçre’de bu alanda kanuni tipler sınırlı sayıda (*numerus clausus*) kabul edilmiştir. Fakat İsviçre’deki bu tutum eleştirilere maruz kaldığı için Federal mahkeme bu görüşü terk ederek tıpkı Ülkemizde olduğu gibi, kanunda düzenlenen diğer sözleşme tiplerine uymayan ve taraflarca açıkça isimsiz (*sui generis*) bir sözleşme olarak düzenlenmeyen iş görme sözleşmelerinin vekâlet hükümlerine tabii olacağı kabul

Aradaki ilişkiyi tespit edebilmek için ilk olarak hizmet sözleşmesinin ne olduğunu ve bu sözleşmenin niteliğinin özel denetim kurumunun niteliğine uygun olup olmadığını inceleyelim. eBK m.313, TBK m.393’de; “*hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*” şeklinde tanımlanmıştır. 4857 sayılı (İş Kanunu m.8)’de ise; “*İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir*” şeklinde tanımlanmıştır. Dikkat edecek olursak hizmet sözleşmesinin en temel unsuru işçinin bir süre işverene bağımlılık ilişkisi içerisinde bir hizmet görmesi ya da görmeyi vaad etmesidir. Burada, işçinin hizmet edimini ifa etmesi, sözleşmenin tarafı olan işverene (anonim ortaklığa) bağımlılık ilişkisi içerisinde ve onun talimatı altında hareket etmesidir. Bu unsorda hizmet sözleşmesini diğer iş görme borcu doğuran sözleşmelerden ayıran en temel özelliktir<sup>249</sup>.

İsviçre Hukuku’nda CO Art.319’da düzenlenen hizmet sözleşmesine göre, belirli veya belirsiz bir süre için işverene “bağımlı” olarak (*au service de l’employeur*) çalışan işçiye sürenin sonunda ya da işi bitirince belirli bir ücret ödeneceği hususu düzenlenmiştir. İşverene bağımlı olarak çalışmanın anlamı işverenin emir ve talimatlarına uygun davranmak demektir<sup>250</sup>. Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda özel denetim; iç denetimin, yönetim dışında kalan pay sahiplerinin yararına, onların ortaklıktaki etkinliğini arttırmak amacıyla getirilmiş bir inceleme müessesesi olduğunu biliyoruz<sup>251</sup>. Bununla birlikte özel denetçinin anonim ortaklığın bir organı olmadığı<sup>252</sup> bilakis özel denetçinin yaptığı bu incelemenin TTK m.440/2’de; bağımsız ve konusunda uzman kişilerce yapılacağı düzenlenmiştir. Bununla beraber özel denetçi inceleme faaliyetini yerine getirirken anonim ortaklıktan talimat almaz. Özel denetçinin ortaklığın; yönetim kurulundan, yöneticilerinden ve bağımsız denetçilerden

---

edilmiştir. Özetle, TBK m.502/2’de sınırlı kapsamda bir talilik söz konusu olup, taraflarca hukuki açıdan yeterli açıklıkta olmayan hususlarda ve kanuni sözleşme tiplerinden herhangi birine girmeyip, *sui generis* (isimsiz) bir sözleşme olup olmadığı şüpheli olan konu iş görme edimi olan sözleşmelere vekâlete ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir. Bu konuda Bkz. Fahrettin Aral, **Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, b.7, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s.395-396.

<sup>249</sup>Yavuz, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, s.445., **Hatemi**, burada işçinin, işverene bağımlılığının (hukuki bağımlılığın) olduğunu bu nedenle işçinin, işverenin denetimi altında iş gördüğünü bunun da eBK m.55, TBK m.66’da “adam çalıştırmanın sorumluluğu” başlığında düzenlenen “*işveren, işçinin iş ilişkisi dolayısı ile üçüncü kişilere verdikleri zarardan sorumlu olur*” anlamına geldiğini belirtmiştir. [Bkz. Hatemi, (Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukuku (Özel Bölüm)**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s.305].

<sup>250</sup>İlhan Helvacı, **Yeni Türk Borçlar Kanunu**, b.1, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.698.

<sup>251</sup>Moroğlu, “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi”, s.65.

<sup>252</sup>Manop, **Anonim Ortaklıklardaki Azınlık Haklarının Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Getirdiği Yenilikler Işığında Değerlendirilmesi**, s.73. Özel denetçi AO’nun zorunlu ve devamlı bir organı değildir.



kendi raporunu hazırlayabilmesi için ortaklığa ait; defterleri, bilançoları, belgeleri, ortaklığın kasasını, taşınır ve taşınmazlarına ilişkin her türlü belgeyi isteyebilme hakkı vardır<sup>253</sup>.

İsviçre’de de olduğu gibi Türk Hukuku’nda da özel denetçi dışarıdan bağımsız ve tarafsız ve konusunda uzman olan bir kişi ya da kişilerdir. Dolayısıyla biz özel denetçi ile anonim ortaklık arasındaki sözleşme ilişkisini hizmet sözleşmesi olarak nitelendirmeyi uygun bulmuyoruz. Zira özel denetçi ile ortaklığın arasında bağımlılık ilişkisi olmadığı gibi özel denetçi, inceleme raporunu hazırlarken anonim ortaklıktan herhangi bir emir ya da talimat almamaktadır.

## 2. Özel Denetçinin Asli (Karakteristik) Edimi Açısından Eser Sözleşmesi

Anonim ortaklık ile özel denetçi arasındaki ilişkinin niteliğinin ne olduğunu belirtmeden önce yukarıdaki yazarlarca değinilen eser (*Werkvertrag*) ve vekâlet sözleşmelerinin temel unsurlarına değinmekte fayda görüyoruz. Roma Hukuku’nda *locatio-conductio*<sup>254</sup> türünden sözleşmelerden biri de *locatio conductio operis* (istisna akdi) dir. Bu sözleşmelerde sözleşmelerin amacı işler ya da hizmetler (*operae*) değildir. Burada sonuçlandırılmış bir iş, bir eser (*opus*) vardır. Roma’da genel olarak *locatio-conductio operis* sözleşmeleri, belli bir mesleki bilgiyi ve ustalığı gerektiren işlerin görülmesinde kullanılıyordu. Ancak *locatio-conductio operarum*’ da her türlü işi konu edinebiliyordu. Bununla beraber, *locatio-conductio operis*’ de iş görmeyi vaad eden, iş görme yükümlülüğü altına giren kişinin, iş sahibine ekonomik ve dolayısıyla toplumsal ve hukuki bakımdan daha az bağımlı olduğu görülüyordu.

Nitekim *locatio-conductio operis* sözleşmesi ile iş görme yükümlülüğü altına giren kişinin, *locatio-conductio operarum*’ dakine benzer biçimde iş sahibine bağlılığından söz edilmemektedir. O zaman Roma Hukuku’nda *locatio-conductio operis*’in konusunu, işverene bağımlı bir şekilde bir hizmet görmek değil, belli bir sonucun elde edilmesine yönelik işler oluşturmaktadır. Bu sözleşmede işverene bağımlılık unsuru bulunmamaktadır<sup>255</sup>. Alman Hukuku’nda taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinde maddi (maddi bir nesne üzerinde değişiklik yapmak, onu işlemek) veya manevi bir eser oluşturmak ya da bir sonuç taahhüt

<sup>253</sup> Moroğlu, “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi”, s.79.

<sup>254</sup> *Locatio conductio*: istisna veya hizmet anlamına gelmektedir. Bkz. **Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü**, Derleyen: Yılmaz Tekin, Tek Ağaç, Ankara, 2007, s.319.

<sup>255</sup> Ö. Karadeniz, Iustinianus Zamanına Kadar Roma’da İş ilişkileri, Ankara, 1976, (s.165-166,173-174)., Hatemi, (Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukuku (Özel Bölüm)**, s.346-347.

edilmişse eser sözleşmesinden söz edilebileceği kabul edilmiştir. (BGB§131/2)'de eser sözleşmesinin konusu bir nesne imali ya da başka bir biçime sokulması olabileceği gibi, iş veya hizmet ifası ile elde edilecek bir sonuç da oluşturabilir.

İsviçre Hukuku'nda Alman Hukuku kadar açık bir ifade kullanılması da *Honsell*'e göre eserin maddi olmayan sonuçları kapsayabileceği hususu tartışmasızdır<sup>256</sup>. Türk Hukuku'nda *Yavuz*, objektif olarak tespiti mümkün olan, belirli bir maddi ya da maddi olmayan bir sonucun meydana getirilmesinin eser sözleşmesinin konusu olabileceği görüşünü desteklemektedir<sup>257</sup>. Ancak yazar bir ortaklığın muhasebesinin devamlı olarak tutulmasında olduğu gibi “insan emeği sonuçlarının” bir eser olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir<sup>258</sup>.

Sonuçta eser sözleşmesinin belirleyici (karakteristik) özelliği bir eser/sonuç meydana getirmektir. Eser sözleşmesi her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu için iş sahibi bunun karşılığında yükleniciye bir “bedel” vermektedir. İsviçre'de CO Art.363'de eser sözleşmesi (*Le contrat d'entreprise*) şu şekilde tanımlanmıştır:

“Eser sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki bununla müteahhit bir eser (*ouvrage*) yapma yükümlülüğü altına girer karşılığında da karşı tarafın (iş sahibi, *le maître*) ödeme yapma yükümlülüğü vardır.” şeklinde tanımlanmıştır. Özel denetimde, özel denetçinin rapor hazırlaması bir eser ya da sonuç olarak nitelendirilebilir. Bunun sonucunda özel denetçiye hazırladığı rapor için (işgörme) bir ücretin ödenmesi de eser sözleşmesinin unsurlarına benzemektedir. Zira istisna (eser) sözleşmesinin kurulması ile taraflardan müteahhitin bir eser meydana getirme, diğer tarafında (iş sahibinin) ücret ödeme edimlerini karşılıklı borçlanmaları söz konusudur. Bu nedenle eser sözleşmesi ivazlı sözleşmeler sınıflandırması içerisine girmektedir<sup>259</sup>.

<sup>256</sup>Hatemi, (Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukuku (Özel Bölüm)**, s.348.

<sup>257</sup>Yavuz, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, s.508., Fahrettin Aral, **Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, b.7, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s.315. Konu ile ilgili doktrinde *Aral*, maddi (cismani) bir varlığı olmayan hizmet edimleri sonucunun da eser kavramına TBK m.470 uyarınca dahil edilebileceğini belirtmiştir. Bir metnin tercüme edilmesinin, hususi bir ihtiyaç için bilgisayar programının hazırlanmasının, bir inşaat için proje çizilmesinin, vb. eser kavramına dâhil edilebileceğini belirtmiştir. Aral, **Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, s.(317-318).

<sup>258</sup>Yavuz, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, s.508.

<sup>259</sup>Aral, **Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, s.316.

### 3. Özel Denetçinin Asli (Karakteristik) Edimi Açısından Vekâlet Sözleşmesi

Vekâlet sözleşmesinin unsurlarına baktığımızda, vekâlet sözleşmesi TBK m.502-514 maddelerinde düzenlenmiştir. Eser sözleşmesinde belirli bir <sonuç>, bir <eser> borçlanması söz konusu iken, vekâlette belirli bir <sonuç> ya da <eser> borçlanması söz konusu değildir<sup>260</sup>. Vekâlet sözleşmesi de bir iş görme sözleşmesidir. Vekilin edimi, maddi edimlerden farklı olarak kendi (vekilin) malvarlığından değil, vekilin bedensel ve fikri faaliyetinden kaynaklanmaktadır. Bununla beraber vekâlet sözleşmesi her zaman için sürekli bir borç ilişkisi oluşturmaktadır. Vekâlet sözleşmesinin konusu, belirli bir işin yapılmasına ilişkin faaliyette bulunmak olduğu için, faaliyet kavramının da her zaman için asgari dahi olsa bir sürekliliği gerektirdiği göz önüne alınırsa vekâletin diğer iş görme sözleşmelerinden farkı kolayca anlaşılır<sup>261</sup>.

Vekâlet sözleşmesinin, eser ve hizmet sözleşmelerinden farkı bu sözleşmenin vekâlet ücreti almaksızın da akdedilebilecek olmasıdır. Bu durumu TBK m.502/son fıkradan anlayabiliriz. Madde uyarınca; sözleşme ya da teamül olması halinde vekilin ücrete hak kazanacağı düzenlenmektedir. Şu halde sözleşmeye dâhil değilse, diğer bir ifadeyle, sözleşmenin açık hükmü ya da güven kuramına göre yapılacak yorumda sözleşmeye dâhil sayılan teamül bulunmuyorsa ücret söz konusu olmayacaktır. İşte bu özelliği, vekâlet sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırmakta olup, vekâlet sözleşmesinin *synallagmatique* (her iki tarafa borç yükleyen, *contractus bilaterales aequales*) değil, eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğunu gösterir<sup>262</sup>.

Vekilin, vekâleti kabul etmesi ile bir işi veya hizmeti sözleşmeye uygun olarak görmesi söz konusudur. İşin görülmesi kavramı; “hukuksal işlemleri ve hukuki işlem benzerlerini”, dar anlamda hukuki filleri, hizmet görülmesi terimi kavramı ise; maddi fiil olarak fiili bir hizmet ediminin yerine getirilmesini ifade etmektedir<sup>263</sup>. Vekâlet sözleşmesi; konusunun iş ya da hizmet olmasına göre hukuki fiil vekâleti ve maddi fiil vekâleti olarak ikiye ayrılmaktadır. Hukuki fiil vekâletinde, vekâletin konusu bir hukuki fiilin yerine getirilmesi, bir sübjektif hakkın başkası için devri, iktisabı, kullanılması ya da temlik edilmesidir. Maddi fiil vekâletinde ise vekilin borçlandığı şey, maddi fiil niteliğinde olan fiili

<sup>260</sup> Hatemi, (Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukuku (Özel Bölüm)**, s. 388.

<sup>261</sup>Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku (Özel Hükümler)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s.116-117.

<sup>262</sup>Hatemi, (Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukuku (Özel Bölüm)**, s.391.

<sup>263</sup>Gümüş, **Borçlar Hukuku (Özel Hükümler)**, s.118.

bir hizmettir. Borçlanılan bu hizmet “fikri” veya “bedensel” bir iş görmeyi gerektirmektedir. Maddi fiil vekâletine örnek olarak günümüzde de geniş bir uygulamaya sahip olan çoğu zaman bir uzmanlık gerektiren ve serbest meslek olarak yerine getirilen hizmetler hususi olarak; mimarlık, hekimlik ve eğitim faaliyetleri örnek olarak gösterilebilir.

Özel denetimde özel denetçinin de; konusunda uzman ve bağımsız olması gerektiği için mahkemenin, özel denetçiyi ataması maddi fiil vekâletine benzemektedir. Bunların dışında vekâlet sözleşmesinde, hizmet sözleşmesinin aksine vekilin, bağımsız olduğu ve akdi yükümlülüklerini yerine getirirken vekâlet verenin, iş organizasyonunun bir parçası olmadığını görmekteyiz. Bu bağımsızlık şüphesiz uzmanlığı gerektiren mesleklerdeki iş ya da hizmet görme edimlerinde daha da belirginleşmektedir. O halde yukarıda da belirttiğimiz üzere vekâlet sözleşmesindeki bağımsızlık unsuru vekâlet sözleşmesini hizmet sözleşmesinden (yapısal unsuru olan tabiiyet ilişkisi altında olma) ayırt etmemize yardımcı olur<sup>264</sup>.

Vekâlet sözleşmesi kurallarında her zaman azil ve istifa imkânı vardır. Zira vekâlet sözleşmesinde diğer sözleşmelere nazaran tarafların, birbirlerine karşılıklı olarak özel bir güven ilişkisi içerisinde oldukları görülmektedir. Bu konu TBK m.512’de düzenlenmiştir<sup>265</sup>. Özel denetimde, yukarıda belirttiğimiz üzere özel denetçiyi atayan mahkeme ya da özel denetçi haklı bir neden olmaksızın sözleşmeyi feshedemeyeceği için özel denetçi ile anonim ortaklık arasındaki ilişkinin salt vekâlet olduğunu da söylemek zordur. Üstelik bizce anonim ortaklık ile özel denetçi arasındaki hukuki ilişkiyi tek bir sözleşmenin çatısı altında toplamaya gerek de yoktur. Zira anonim ortaklık ile özel denetçi arasında karma nitelikli bir sözleşme ilişkisi vardır. Karma sözleşmeler, isimsiz (atipik) sözleşmeler başlığında düzenlenmiş sözleşmelerdir<sup>266</sup>. Kanunun çeşitli sözleşme tiplerinde öngördüğü hususların kanunun öngörmediği tarzda bir araya getirilmesi ile oluşurlar<sup>267</sup>. Her iki tarafın ediminin, bir başka tipik sözleşmenin karakteristik edimi oluşuna dar anlamda karma sözleşme denilmektedir.

Bunun dışında karma sözleşmelerden biri de bileşik (kaynaşmış, bağlantılı) sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerde bir tarafın edimi çeşitli sözleşmelerin karakteristik edimlerini oluştururken karşı tarafın edimi her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sadece bir miktar para ödemektir. Bileşik (bağlantılı, kaynaşmış) sözleşmeler iş görme

<sup>264</sup>Gümüş, **Borçlar Hukuku (Özel Hükümler)**, s.118-119.

<sup>265</sup>Hatemi, (Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukuku (Özel Bölüm)**, (s.349,389), Gümüş, **Borçlar Hukuku (Özel Hükümler)**, s.121.

<sup>266</sup>Hatemi, **Borçlar Hukuku (Özel Bölüm)**, s.37.

<sup>267</sup>Yavuz, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, s.11.

sözleşmelerinde de sıklıkla görülmektedir. Örneğin, bir iş görme sözleşmesinde hem hizmet hem de eser sözleşmesi ya da vekâlet ve eser sözleşmesi geniş anlamda karma, dar anlamda bileşik bir sözleşme etrafında kaynaşmış olabilir<sup>268</sup>.

Hukukumuzda iş sözleşmesi kapsamına alınmayan iş görme edimlerini eBK m.386/2, TBK m.502/2 uyarınca vekâlet olarak nitelendirmenin baskın olduğunu görüyoruz. Ancak özel denetçi ile anonim ortaklık arasında karma nitelikte olan bir hukuki ilişkiyi bu şekilde soğurma (*absorption*, imtisas) kuramı ile açıklamak, geniş anlamda karma olan bir sözleşmede baskın olan (öne çıkan) sözleşme tipinin kurallarının yeğleneceği şeklinde yorum yapmak, her zaman somut olayda adaleti sağlamaya yeterli olmayabilir. **Hatemi**'ye göre en doğru yaklaşım, vekâlet unsuru da bulunan karma sözleşmelerde, terkip kuramını uygulamaktır. Terkip kuramına göre, karma bir sözleşmede taraflar arasındaki ilişkiye mutlaka vekâlet ya da mutlaka eser sözleşmesi ya da başka sözleşme hükümlerinin uygulanmasında ısrarcı olmamak gerekir<sup>269</sup>.

Örneğin Yargıtay mimari yapının projesini çizen ve bunun uygulanmasını yapan mimar ile akdedilen sözleşmenin eser ve hizmet sözleşmelerinden oluşan bileşik bir sözleşme olduğunu nitelendirmiştir<sup>270</sup>.

#### 4. Kişisel Görüşümüz

Karma niteliği haiz olan sözleşmelerde, birden fazla sözleşmeye özgü kurallar arasından bir seçme ve derleme yapma, kısacası bir sentez çıkarma sorunu gündeme gelmektedir. Bu soruna farklı çözüm önerileri getirilmiştir. Buna göre tek bir sözleşme tipinin kurallarının işletilmesini savunan (*absorption*, imtisas) teori, ağır basan edimin tipine ilişkin olan kuralların, ötekileri içermesini, emip yutmasını, kucaklayıp soğurmasını (imtisas) önermektedir. Kısacası imtisas kuramı, geniş anlamda karma bir sözleşmede, baskın görünen ve öne çıkan sözleşme tipi kurallarının yeğlenmesidir<sup>271</sup>. Hatta bu duruma örnek olarak da mimarlık sözleşmesi verilmektedir. Mimarlık sözleşmesinde, tüm edimlerin (plan ve proje ile denetim ve yönetim) vekâlet sözleşmesi hükümlerine bağlı olması gerekecektir.

<sup>268</sup>Hatemi, **Borçlar Hukuku (Özel Bölüm)**, s. 34-36.

<sup>269</sup>Hüseyin Hatemi, **Borçlar Hukuku (Özel Bölüm)**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999, s.105.

<sup>270</sup>10.HD, 22.01.1976, E.4935/K.1294 (Aral, **Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, s.319).

<sup>271</sup>Hatemi, **Borçlar Hukuku (Özel Bölüm)**, s.37.

Buna karşılık terkip (*kombination*) kuramına göre, önce edimler ayrılır, daha sonra kurallar sentetik bir bütünde birleştirilir. Terkip kuramı, çeşitli sözleşme tiplerinin, kanuni düzenleme kurallarının seçilip, terkip edilmesi ile uygulanmasıdır. Mimarlık sözleşmesinde mimarın, planı çizmesi eser sözleşmesi hükümlerine, inşaatın gidişatını denetlemesi ise vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabii olur. Şayet bu sözleşmelerin kuralları arasında bir çelişme olursa, ister istemez bu sözleşme tiplerinden birinin kurallarını üstün tutmak gerekir. Buna da birleştirme= terkip, sentez çıkarma) denilmektedir<sup>272</sup>.

*Hatemi*'ye göre terkip kuramında hâkim, teşhis faaliyetini, güven kuramına göre tamamladıktan sonra, karşısına gelen olaya, karma sözleşmede hangi sözleşme tipinin baskın olduğunu araştırarak değil, somut olayda; hem olaya ilişkin olarak hem de akit adaletini "*Iustitia distributiva*'yı" (*Equité*) dikkate alarak, uygulayacağı kuralı seçmelidir. Aynı sözleşme çerçevesi içinde ortaya çıkabilecek tüm ihtilaflarda hâkim toptan, şu veya bu sözleşme kurallarının uygulanacağı şeklinde sabit bir yaklaşım değil, somut olaya uygulanması gereken kural ne ise onu belirlemelidir<sup>273</sup>.

Özel denetçi mahkeme tarafından atandığı için, biz anonim ortaklık ile özel denetçi arasındaki sözleşmesel bir ilişki olmadığı kanaatindeyiz<sup>274</sup>. Zira tıpkı bilirkişi atamasında olduğu gibi, özel denetçi (incelemeci) de resmi sıfatı haiz, bir kamu görevlisi olan hâkim tarafından atanmaktadır<sup>275</sup>. Ayrıca özel denetçiyi atayan mahkeme ile özel denetim yapılması isteminde bulunan pay sahipleri arasındaki ilişkiyi bir vekâlet ilişkisi olarak da nitelendiremeyiz. Zira özel denetçi, pay sahiplerinden, göreviyle ilgili olarak herhangi bir

<sup>272</sup>Serozan, (Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukuku (Özel Bölüm)**, s.49-50.

<sup>273</sup>Hatemi, **Borçlar Hukuku (Özel Bölüm)**, s.38.

<sup>274</sup>Bilirkişi ile taraflar arasında akdî nitelikli herhangi bir bağ yoktur. Bu nedenle bilirkişinin hukuki sorumluluğu belirlenirken, akdî müspet ihlali kurumuna dayanılmaz. Bu açıklamalar doğrultusunda, bilirkişinin gerek raporun hazırlanması sırasında icra ettiği fiiller gerekse de kusurlu iradesinin ürünü olan gerçeğe aykırı raporu neticesinde davada ilgililere verdiği zararlardan dolayı Alman Medeni Kanunu 839a paragrafında düzenlenen hukuki sorumluluğunun temelini, Alman Medeni Kanununun 823. paragrafında yer alan haksız fiil sorumluluğu kuralları oluşturmaktadır. Süha Tanrıver, "Bilirkişinin Sorumluluğu", **Medenî Usû ve İcra- İflâs Hukukçuları Toplantısı II-III, (İstinaf Derecesi, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Bilirkişilik, İflâsın Ertelenmesi)**, Eskişehir, 03-05.10.2003 ve 01-02.10.2004, Türkiye Barolar Birliği, Şen Matbaa, Ankara, 2007, (s.367-411), s.369.

<sup>275</sup>Alman Hukuku'nda bilirkişilikte, bilirkişi ile kendisini görevlendiren hâkim arasında kamu hukuku karakterli bir bağ mevcuttur. Ancak bilirkişinin faaliyetinin kararın alınması sürecinden önceki bir dönemle ilgili olması sebebiyle, bilirkişinin yargısal bir göreve katıldığından, bir diğer ifadeyle kamu görevi yaptığından söz edilemeyecektir. Tanrıver, "**Bilirkişinin Sorumluluğu**", (s.367-411), s.368. İsviçre Hukuku'nda da bilirkişi, taraflara ya da üçüncü kişilere vermiş olduğu zararlardan dolayı, haksız fiil hükümleri uyarınca sorumlu tutulmuştur. İbid, s.376. Türk Hukuku'nda, bilirkişinin hukuki sorumluluğunun tâyininde, TBK m.49 hükmü esas alınmıştır. **Tanrıver**, bilirkişinin ne kendisini görevlendiren mahkeme ile ne de taraflarla arasında akdî bir bağ olmadığını belirtmiştir. Yazar bilirkişi ile kendisini görevlendiren mahkeme arasında kamu hukuku karakterli bir ilişkinin mevcut olduğunu ifade etmiştir. Böyle bir nitelendirilmeden sonra, yazara göre, bilirkişinin hukuki sorumluluğunun tâyininde, akdî sorumluluk ya da yine akdî sorumluluk temeline dayalı vekâlet akdî hükümlerinden hareket edilmesi de mümkün değildir. İbid, s.380.

talimat almamaktadır. Ayrıca buradaki durumu, TBK m.129/1’de düzenlenen, üçüncü kişi yararına sözleşme olarak da nitelendiremeyiz. Zira kamu görevlisi olan hâkim burada, şirketi temsilen bir sözleşme yapmamaktadır<sup>276</sup>. Mahkemenin özel denetçiyi (incelemeciyi) tayin etmesi (ataması), terekeye resmi memur tayini ya da bir nev’i bilirkişi tayini gibi bir çekişmesiz yargı işlemidir<sup>277</sup>.

Özel denetçinin (incelemecinin) tarafı olduğu konusunda şüphesi olan ilgililer, bu konudaki isteklerini tıpkı HMK m.272’de olduğu gibi mahkemeye yöneltecektirler. Zira yargı tarafından atanan bir görevliye, bundan sonra ancak mahkeme vasıtasıyla itiraz edilebilir. Bu durum HMK m.272’de düzenlenen bilirkişinin reddi durumuna benzemektedir. Sonuç olarak, ne mahkeme ile özel denetçi (incelemeci), ne de pay sahipleri ile özel denetçi (incelemeci) arasında sözleşmesel bir ilişki olmadığı kanaatindeyiz.

Eğer özel denetçi (incelemeci), inceleme faaliyetini gereği gibi yapmazsa, bir diğer ifadeyle ilgilileri yanlış bilgilendirirse, şirket hesaplarını inceleme hususunda yeterli bilgisi olmamasına rağmen bu durumu söyleyerek, ilgilileri yanıltırsa, vb. TTK m.554’te düzenlenen kanuni sorumluluğunun temelini geniş anlamda güven sorumluluğu kapsamında değerlendirebiliriz. Özel denetçinin (incelemecinin) açıkladığı bilgi sonucunda (rapor), üçüncü bir kişi (pay sahipleri) zarar görmüşse ve dar anlamdaki güven sorumluluğu çerçevesinde, üçüncü kişi ile zarar gören taraf arasında (özel incelemeci ile pay sahipleri) işlemsel bir temas da bulunmuyorsa, güven veren (özel incelemeci) kimse, kendi kusurlu hareketi ile yaratmış olduğu hukuki durum ya da görünüş sebebiyle, üçüncü kişinin bu hukuki görünüşe güvenmesi sonucunda meydana gelen olumsuz zararı karşılamakla yükümlüdür<sup>278</sup>.

<sup>276</sup>Üçüncü kişi yararına sözleşmenin konusu, sözleşmeye taraf olmayan bir kişi lehine, belirli bir edimin ifasıdır. Burada, üçüncü kişi hesabına, fakat kendi adına bir işlem yapılmamaktadır. Üçüncü kişi yararına sözleşmede, yalnızca bir veya bazı sözleşme kural ya da kuralları, üçüncü kişi yararına bir edim borcunu düzenlemekte ya da doğrudan tümüyle üçüncü kişi yararına bir edim belirlenmektedir. Böyle bir sözleşmenin yapılmasında vaat ettirenin (taahhüt ettirenin), üçüncü kişiye olan bir borcunu ifa etmesi veya ona karşılıksız kazandırmada bulunması gibi farklı amaçları söz konusu olabilir. Burada, vaat ettiren sözleşmenin tarafı olur. Özel denetçi (incelemeci) atanmasında hâkim, üçüncü kişi (pay sahiplerini) hesabına borçlandırıcı işlem yapmamaktadır. Ayrıca vaat ettirenin (hâkimin), pay sahiplerine karşı bir borcu ya da karşılıksız kazandırmada bulunma gibi bir amacı da olamaz. Bu nedenle özel denetim (inceleme) isteminde, ilgililer arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi söz konusu olamaz. Bkz. Hüseyin Hatemi, **Borçlar Hukuku (Genel Bölüm)**, b.4, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s.307.

<sup>277</sup>HMK m.382/2(e) b.4 hükmünde, komanditer ortağın talebi üzerine, TTK m.310/2-3 maddeleri uyarınca, şirket hesaplarını incelemesi için, mahkeme tarafından eksper tayin edilmesinin, çekişmesiz yargı işi olduğu hususunda Bkz. Tolga Ayoğlu, **Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.120, dipnot:265’teki açıklamalar.

<sup>278</sup>Alman Hukuku’nda BGB §311,3’e uygun olarak, bilgi veren kimse tamamen üçüncü kişiye, güven sorumluluğunun oluşabilmesi için, bilgi verenin kişiliğinde gerçekleşen bir güvenin söz konusu olması gerekir. Güven sorumluluğundan söz edebilmek için kişisel güven çok önemlidir. Bkz. Burcu Kalkan Oğuztürk, **Güven Sorumluluğu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s.254-255.

Bilgi açıklaması sonucunda karşılaşılan zarar, mal varlığının eksilmesi (*lucrum cessans*) zararidir. Burada özel denetçinin (incelemecinin) TTK m.554'te düzenlenen hukuki sorumluluğunun temelini geniş anlamda güven sorumluluğu oluşturmaktadır. Zira güven sorumluluğunda, üçüncü kişinin yanlış veya yanıltıcı bilgi vermesinden doğan zararın karşılanması için, zarar ile güven verici davranış arasında bir illiyet bağının olması gerekir. Bir diğer ifadeyle, bilgi veren (özel incelemecinin) kişinin vermiş olduğu yanlış bilgileri neticesinde, güvenerek ondan bilgi alan kimselerin malvarlıklarındaki eksilme arasında, bir sebep-sonuç ilişkisi bulunması gerekmektedir<sup>279</sup>. Burada mahkeme tarafından atanan; bağımsızlığına, tarafsızlığına güvenilen bir uzmanın, ilgililere yanlış bilgi vermesi sonucunda, TTK m.554'te düzenlenen sorumluluğunun temelini, geniş anlamda güven sorumluluğu, dar anlamda da haksız fiil<sup>280</sup> sorumluluğu çerçevesinde ele alınabileceği kanaatindeyiz.

## V. Hak Sahipleri

### A. Pay Sahipleri

TTK m.438/1'e göre her pay sahibi, ortaklıkta sahip olduğu pay oranına bakılmaksızın, genel kuruldan özel denetim yapılmasına ilişkin istemde bulunma hakkına sahiptir. Dolayısıyla tek bir paya sahip olan pay sahibinin de genel kuruldan özel denetim isteme hakkı, TTK m.438/1'deki koşulları yerine getirmesine bağlıdır<sup>281</sup>. TTK'nın gerekçesinde; TTK m.438/1'de düzenlenen özel denetçi atanması isteminin, her bir pay sahibine tanınmış, birel bir hak olduğu ifade edilmiştir<sup>282</sup>. Dolayısıyla özel denetim istemi,

<sup>279</sup>Oğuztürk, **Güven Sorumluluğu**, s.255-256.

<sup>280</sup>Özel incelemecinin atanması bazı farklılıklarla, bilirkişi atamasına benzemektedir. Burada da özel incelemeci ile ne onu atayan mahkeme ne de ilgililer arasında herhangi bir akdî ilişki söz konusu değildir. Bu nedenle TTK m.554'te özel denetçinin sorumluluğunu düzenleyen hükmün temelini, dar anlamda haksız fiil sorumluluğu hükümlerine dayandırabiliriz. Bilirkişinin hukuki sorumluluğunun temelini de haksız fiil sorumluluğuna dayandırıldığı hususunda bkz. Tanrıver, "**Bilirkişinin Sorumluluğu**", s.378.

<sup>281</sup>Narbay, **Özel Denetim**, s.294., Anlam Altay, "Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler", **Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu, 26.10.2013**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi S.2/2013, 2015, s.58.

<sup>282</sup>Bu konuda 6762 sayılı eTK m.348/1'de umumi heyetin bazı muayyen hususların tetkik ve teftişi için lüzum halinde hususi murakıp (özel denetçi) seçebileceği belirtilmiştir. Bu düzenleme uyarınca genel kurulun, özel denetçi atayabilmesi için, ilk olarak genel kurula bu şekilde bir teklifte bulunulması gerekir. Her bir pay sahibinin, genel kurula katılmak ve burada yapılan görüşmelerde teklifte bulunmak gibi müktesep hakları vardır. Pay sahiplerinin bu hakkı esas sözleşme ile ortadan kaldırılamayacağı gibi, genel kurulda alınacak olan bir karar ile de bertaraf edilemez. (Bkz. Narbay, **Özel Denetim**, s.294, d.32.), **Moroğlu**, eTK m.348'de genel kurula kimlerin özel denetçi atanması ile ilgili olarak başvurabileceği konusunun açık bir şekilde düzenlenmediğini, bu nedenle ilk bakışta sanki bu istemi sadece anonim ortaklıkta ki payı %10 olan azlığın yapabileceği gibi yanlış bir izlenimin doğduğunu ifade etmiştir. Yazar, eTK m.348/1'e göre, özel denetçi atanması isteminin tek bir pay sahibi tarafından ya da genel kurulda bazı hususlarda haksız ve asılsız eleştirilere maruz kalan yönetim kurulu ya



belli bir çoğunluğa sahip pay sahiplerince kullanılma şartına bağlanamayan bir haktır<sup>283</sup>. Genel kurul tarafından özel denetimin yürütülmesine ilişkin istemin kabul edilmesi ile beraber, şirket<sup>284</sup> ya da herhangi bir pay sahibi şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden, özel denetçi atanmasını isteyebilecektir.

Bu olasılıkta genel kurulda özel denetim isteminde bulunmayan bir pay sahibinin bile mahkemeye özel denetçi atanması için başvurabileceğini görüyoruz. TTK m.438/II' de kanun koyucu her bir pay sahibinden söz ettiği için, özel denetçi atanması için mahkemeye başvuran pay sahibi ile özel denetçi atanması istemini genel kurula ileten pay sahibinin aynı kişiler olması gerekmemektedir. Dolayısıyla genel kurulda istemde bulunan pay sahibi dışında kalan pay sahiplerinin de mahkemeden özel denetçi atanmasını isteme hakkı vardır<sup>285</sup>.

Burada *Altay*, teorik bir olasılık üzerinde durmuştur. Yazar, genel kurulda özel denetim isteminin gerekliliği hususunun müzakeresi yapılırken, başta olumsuz oy kullanan bir pay sahibinin, daha sonradan fikrini değiştirmek suretiyle, genel kurulda alınan kabul kararına istinaden, mahkemeye başvurabilmesinin mümkün olup olmadığı hususunu incelenmiştir. Yazara göre böyle bir imkân vardır<sup>286</sup>. İlk bakışta, pay sahibinin bu hareketinin çelişkili davranış yasağının<sup>287</sup> ihlaline yol açtığını söylemek mümkündür. Fakat genel kurulda, özel

---

da denetim kurulu ile bu kurulların üyelerinin de isteyebileceğini ifade etmiştir. Bu durumlarda da genel kurul, özel denetçi atayabilecektir. (Moroğlu, Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi, s.68.), *Teoman*, eTK m.348/1 hükmünün açıklığı karşısında, kanunkoyucunun özel denetçi atanmasını isteme hakkını tek başına azlığa tanımadığının anlaşıldığını belirtmiştir. Bir başka ifadeyle, pay sahiplerinin, genel kuruldan özel denetçi atanmasına ilişkin istem, bir azlık hakkı değildir. Ancak genel kurulda, pay sahiplerinin veya anonim ortaklığın diğer organlarının bu istemi reddedilirse, mahkemeye gidebilme açısından, bir azlık hakkının söz konusu olduğunun kabul edildiğini ifade etmiştir. (Bkz. Ömer Teoman, **30 Yıl Ticaret Hukuku Tüm Makalelerim (1971-1982)**, C.I, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000, “Anonim Ortaklıkta Azınlığın Genel Kuruldan Özel Denetçi Seçilmesini İsteme Hakkı ve Gündeme Bağlılık İlkesi”, s. 436-438)., *Aday*, eTK m.348/1'e göre, özel denetçi atanması isteminin, %10 azlık tarafından yapılmış olmasına gerek olmadığını, talebin reddedilmesi halinde, mahkemeden özel denetçi atanmasını isteyebilecek olmanın, bir azlık hakkı olduğunu belirtmiştir. (Aday, **Anonim Şirkette Özel Denetçi**, s.26-27).

<sup>283</sup>Fevzi Topsoy, “Anonim Şirket Pay Sahibinin Özel Denetim İsteme Hakkı”, Ulusoy/**Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları**, b.2, Bilge Yayınevi, Ankara, 2016, s.299.

<sup>284</sup>Burada özel denetim istemini mahkemeye anonim ortaklık adına yönetim kurulu yapacaktır. Bkz. Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, s.510.

<sup>285</sup>Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s.519., Ayrıca bilgi alma ya da inceleme hakkını kullanmış pay sahibi ile özel denetim isteminde bulunan pay sahibinin de aynı kişiler olması gerekli değildir. Ancak bilgi alınmak istenen konuların aynı olması gerekmektedir. ( Bkz. 6102 sayılı TTK m.438)'in Gerekçesi, s.212.

<sup>286</sup>Altay, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler**, s.59.

<sup>287</sup>İş hayatında hiç kimse daha önceki tutumunu korumak ya da daha önceki tutumunu sürdürmekle yükümlü tutulmamalıdır. Bir diğer ifadeyle, kendi tutumu ile bağlılık (*Gebundheit an das eigene Handeln*) olarak da ifade edilen ve uyulması zorunlu olan genel bir esas mevcut değildir. Bir kimsenin, önceki tutumunu muhafaza etmek ya da sürdürmekle yükümlü tutulmaması, kişisel özgürlüğünün, iş hayatındaki yansımaları olarak kabul edilmelidir. Fakat kanundan ya da hukuki bir işlemden doğmuş bir bağ olmasa da, daha önce benimsenmiş bir tutum, muhatapta (karşı tarafta) meşru bir güven yaratmaktadır. Bu durumlarda, hakkın çelişkili bir şekilde kullanılması TMK m.2 ile çatışabilir ve hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğurabilir. eTK m.381/1'de; bir kimsenin, çelişkili davranışı nedeniyle korunamayacağına ilişkin benzer bir hüküm bulunmaktaydı. Buna göre anonim ortaklıkta genel kurul kararlarının iptalini isteyen pay sahiplerinin, toplantıya katılmış olmaları ve

denetimin müzakeresi sırasında ortaya çıkarılanlar, başta özel denetimi gerekli görmeyen pay sahibinin fikrinin değişmesine ve özel denetimin yapılmasını gerekli görmesine neden olabilir. Bunun yanı sıra, genel kurulda, özel denetimin yapılmasına ilişkin kabul kararı karşısında, ilk başta olumsuz oy veren pay sahibinin olumsuz oyunun bir etkisi kalmamıştır. Zira onun oyu doğrultusunda karar alınmamıştır<sup>288</sup>.

Genel kurulda özel denetim isteminin kabul etmesi ile birlikte, özel denetimin yapılıp yapılmamasının gerekliliği hususundaki tüm ihtilaflar ortadan kaldırılmıştır. Bu nedenle, özel denetimin gerekliliği aleyhinde oy kullanan pay sahibinin, mahkemeye başvurmasını bir çelişki olarak değerlendiremeyiz. *Altay*, genel kurul tarafından belirli bir konu hakkında özel denetime karar verildiği zaman bu karara karşı olumsuz oy veren ve aynı zamanda pay sahibi olan bir yönetim kurulu üyesinin aklanmak için bile özel denetimin yapılmasını mahkemeden istemesinin yöneticinin hukuki menfaatinin bir gereği olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>289</sup>. Yazar, genel kurulda özel denetim isteminin kabul etmesi sonucunda, oylamada olumsuz oy veren bir pay sahibinin bile özel denetçi atanması istemini ile mahkemeye başvuruda bulunabilmesi imkânını, özel denetim yapılmasına ilişkin gerekliliğin artık mahkemede “tartışılmayacak” olması keyfiyetine dayandırmaktadır<sup>290</sup>.

---

karara muhalif kalmak suretiyle, bu keyfiyeti, ayrıca zapta geçirmiş olmaları gerekmektedir. Bu hükümde açıkça çelişkili bir davranış içinde bulunmamak şartının arandığı görülmektedir. Ancak kanunda böyle özel hükümler öngörülme bile, TMK m.2/2 uyarınca da benzer çözümler benimsenebilir. Edis, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, s. 339-340. Aynı düzenleme TTK m.445 ve 446 ile tekrar edilmiştir. Burada *Altay* konuyu iptal davası açısından değil, özel denetim istemi ile açılan dava açısından incelemiştir. Genel kurula katılarak, başta olumsuz oy veren pay sahibinin oyunun, genel kurulda alınan karara etkisi olmamıştır. Sonuçta özel denetim isteminin genel kurul tarafından kabul edilmesi, mahkemenin doğrudan özel denetçi/denetçiler ataması sonucunu doğurmaktadır. Bir diğer ifadeyle, taraflar arasında çekişmeli bir durum söz konusu olmadığından, mahkeme başka bir inceleme yapmaksızın özel denetçiyi (incelemeciyi) atayacaktır. Ayrıca özel denetim isteyebilecek olan kişilerin mutlaka genel kurula katılmış olması gerekmektedir. Özel denetim isteminde bulunan pay sahibi ile mahkemeye başvuran pay sahibinin aynı kişiler olması da aranmadığından, genel kurula katılıp, özel denetim yapılması istemine başta olumsuz oy verip, daha sonra fikrini değiştiren pay sahibinin kanımızca tutarlı bir davranışta bulunma zımni yükümlülüğü yoktur. Bununla birlikte başkasının haklı beklentisini boşa çıkarmama yükümlülüğüne de aykırı bir davranışta bulunduğundan da söz edilemez. Ayrıca hakkını gecikerek kullanıp veya uygun olmayan bir zamanda ileri sürdüğünün de iddia edilemeyeceği kanaatindeyiz. Burada saydığımız tüm bu haller, hakkın kötüye kullanımı olarak nitelendirilen haller olarak sayılmaktadır. Burada genel kurulda zaten özel denetim yapılmasına karar verilmiştir. Olumsuz oy kullanan pay sahibi, mahkemeye özel denetçiyi seçip ataması için başvuruda bulunmaktadır. Burada şirket ile pay sahibi arasında çekişmeli bir durum söz konusu değildir. Ancak şunu belirtelim ki, özel denetçi atanması istemine yapılan genel kurulda önce olumlu oy verip, daha sonra bu genel kurul kararının iptalini talep eden pay sahibinin böyle bir davranışı, hem kanunun açık hükmü karşısında hem de hukuken çelişkili bir davranış oluşturacaktır.

<sup>288</sup>Altay, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler**, s.59.

<sup>289</sup>Altay, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler**, s.59, dipnot: 23'teki açıklamalar.

<sup>290</sup>Altay, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler**, Bkz. (s.59 ve d.23'deki açıklamalar). Konu ile ilgili olarak *Moroğlu*, TTK m.438/2 uyarınca, genel kurulda özel denetim isteminin kabul edilmesi halinde, istemi yapan pay sahibinin ayrıca mahkemeden, özel denetçi atanmasını istemesini gereksiz bulmaktadır. *Moroğlu*, (**Değerlendirme ve Öneriler**), s.242.

O halde genel kurulda özel denetim isteminin kabul edildiği durumlarda mahkeme tarafından özel denetim istemine ilişkin koşulların oluşup oluşmadığı araştırılmayacaktır. Zira çekişmeli bir durum söz konusu değildir. Bu nedenle her bir pay sahibi özel denetim yapılması için mahkemeye başvurabilecektir. Dolayısıyla özel denetim isteyen pay sahibi ile mahkemeye başvuran pay sahibinin de aynı kişiler olması gibi bir zorunluluk söz konusu değildir. Bununla beraber pay sahibinin genel kurulda özel denetim istemine yönelik oylamada olumlu (özel denetimin kabulü) yönde oy vermiş olması da gerekmemektedir. Hatta genel kurula katılmayan bir pay sahibinin de bu durumda mahkemeye başvuruda bulunması mümkündür<sup>291</sup>.

Diğer bir konuda özel denetim isteminin genel kurul tarafından reddedilmesi durumudur. *Altay*, bu olasılığı da şu şekilde açıklamıştır: TTK m.439/I'e göre, genel kurulun özel denetimi onaylamaması halinde özel denetimin yapılıp yapılmayacağına mahkeme karar verecektir. Yazar bu gibi bir durumda (genel kurulda özel denetim yapılması konusunda olumsuz oy kullanan) pay sahibi tarafından daha sonra mahkemede özel denetimin yapılmasının gerekliliğinin ileri sürülmesinin çelişkili bir davranış oluşturacağını ifade etmiştir.

Genel kurul sırasında olumsuz oy kullanan pay sahibi henüz kurul toplantısı sona ermeden diğer pay sahiplerinin ileri sürdükleri olgulardan özel denetimin yapılmasının gerekli olduğuna kanaat getirirse ve fakat genel kurul diğer pay sahiplerinin özel denetim istemlerini reddetmişse, genel kurul sırasında olumsuz oy veren pay sahibi henüz genel kurul sona ermeden önce fikrini değiştirmişse, bu pay sahibinin aynı genel kurul toplantısında bu kez özel denetime karar verilmesi konusunda şahsen istemde bulunması gerekmektedir. Zira bu olasılıkta artık yeni bir özel denetim isteminin koşulları oluşmuştur<sup>292</sup>.

## B. Azlık Pay Sahipleri

Türk Hukuku açısından tek bir pay sahibinin bile özel denetim isteme hakkının bulunması olumlu bir gelişmedir. Ancak TTK m.439/I'da düzenlenen ve genel kurulun pay sahiplerinin bu isteğini reddetmesi olasılığını da unutmamak gerekir. Bu halde azlık pay sahiplerinin (sermayenin en az onda birini oluşturan, halka açık anonim ortaklıkta yirmi de birini oluşturan) ya da paylarının itibari değeri en az 1 milyon TL olan pay sahiplerinin üç ay

<sup>291</sup>Topsoy/Ulusoy, *Anonim Şirket Pay Sahibinin Özel Denetim İsteme Hakkı*, s.320.

<sup>292</sup>Altay, *Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler*, s.61, d.24.

içerisinde şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinden özel denetçi atanmasını isteme hakları vardır.

Burada özel denetçi atanması isteminde bulunabilecekler açısından getirilen orana<sup>293</sup> ve miktara bağlı sınırlamanın nedeni, özel denetim isteminde bulunanların şirket organlarını, resmi makamları ve adli organları lüzumsuz yere meşgul etmelerinin önlenmesidir. Ayrıca bu hakkını kötüye kullanan pay sahiplerinin yapacağı gereksiz masraflara da engel olunmak istenmiştir<sup>294</sup>.

Bu olasılıkta da yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere genel kuruldan özel denetim isteminde bulunan pay sahibi ile mahkemeye başvuran pay sahibinin aynı kişi olması gerekmemektedir<sup>295</sup>. Örneğin, azlık paylarına sahip olmayan bir pay sahibi, genel kurulda özel denetim yapılmasına ilişkin istemde bulunmuş ama isteği reddedilmişse, başka pay sahipleri ile iletişime geçmek suretiyle, azlık paylarını elinde bulunduran pay sahiplerini bir araya getirerek bu istemi yapabilir.

Bizce bu durum, özel denetim isteminin hukuki niteliğinin çekişmesiz yargı işi ile açıklanmalıdır. Zira çekişmesiz yargıda; maddi ve şekli anlamda ilgililer vardır. Detayına girmeden konumuzu ilgilendiren yönüyle açıklamak gerekirse, şekli anlamda ilgililer, dilekçelerde isimleri yazılanlarla mahkemece süje olarak prosedüre dâhil edilenlerdir. Şahitler ve bilirkişiler haricinde, prosedüre katılan kişiler şekli manada ilgili sıfatını haizdirler<sup>296</sup>.

<sup>293</sup>Burada şunu belirtelim ki, özel denetim isteminin genel kurulda reddedilmesi halinde, mahkemeye başvurabilmek için aranan; azlık oranı ya da payların değerinin belirli bir itibari değerde olması oranı, esas sözleşme ile düşürülebilir (indirilebilir, daha düşük bir oran belirlenebilir). Esas sözleşme ile daha düşük bir oran tespit edilmişse, mahkemeye başvuru yaparken bu oranın esas alınması gerekir.

<sup>294</sup>Güven, **6012 Sayılı TTK' da Özel Denetim**, s.143. Bkz. Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, s.511.

<sup>295</sup>Gerek TTK m.438/2 gerekse de TTK m.439/1'deki istemin hukuki niteliğinin, çekişmesiz yargı işi olduğu dikkate alındığında, kişisel ayniyet hususunu da aslında çekişmesiz yargı temelinde açıklamamız gerekir. Bir başka ifadeyle, çekişmesiz yargıda hukuki menfaat, davadakine paralel olarak, ilgilinin mevcut hukuki durumunu değiştirecek ve iyileştirecek bir karara ihtiyaç duyması olarak tanımlanmaktadır. Hukuki menfaatin kişiye, mahkemeye başvurma hakkı vermesi için, bu menfaatin kişisel ve doğrudan olması gerekir. Bkz. Emel Hanağası, *Davada Menfaat, Yetkin Yayınları*, Ankara, 2009, s.161, (Araç, **Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü**, s.106'dan naklen). Çekişmesiz yargıda, maddi anlamda ilgili olan kimseler, verilecek olan ya da verilen karardan hukuki durumu doğrudan etkilenen ya da etkilenme ihtimali olan kişiler olduğundan, maddi anlamda ilgili olanların her zaman hukuki menfaati bulunmaktadır. Araç, **Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü**, s.106.

<sup>296</sup>Kamil Yıldırım, "Alman Hukukunda Çekişmesiz Yargı", **Medenî Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı- IV, Medeni Usûl Hukukunda Çekişmesiz Yargı**, Ankara (30.09-11.10.2005), TBB, 2006, (s.18-48), s.30; Talepte bulunan kimse, mücerret bu talebi ile o nizasız kaza işinin alâkadarı olmaktadır. Zira mahkemenin bu taleple ilgili bir karar vermesi gereklidir. Talep ve itiraz gibi usuli muamelelerle, o muamelelere tevessül edenler (vesile olanlar), söz konusu çekişmesiz yargı işinin alâkadarı olmaktadır. Kuru, **Nizasız Kaza**, s.142; Takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerinde, talepte bulunan kişi, sadece talebiyle o çekişmesiz yargı işinin ilgilisi sıfatını kazanmaktadır. O halde şekli manada ilgili; talep, itiraz ya da kanun yollarına başvuru gibi usûli işlemlerle, çekişmesiz yargıyı etkileyen kimseler, o çekişmesiz yargının şekli manada ilgilisidir. Maddi anlamda ilgili olanların ise, ilgili sıfatını kazanabilmeleri için, çekişmesiz yargılamaya bizzat katılmaları gerekli

Burada, genel kurulda özel denetim isteminde bulunulmuş ancak bu istemi reddedilmiş olan pay sahibinin, takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işi olan TTK m.439/1'e göre istemini azlık vasıtasıyla yapması, genel kurulda istemde bulunan pay sahibinin maddi anlamda ilgili olma sıfatına hâlel getirmeyecektir. Azlığın talebi ile yapılabilcek olan özel denetim isteminde de azlık, şekli anlamda ilgili sıfatını haiz olup, özel denetim istemi yapmakta onun da hukuki menfaatinin olduğu görülecektir<sup>297</sup>. Dolayısıyla bizce özel denetim isteminde bulunan pay sahibi ile özel denetçi atanması istemi ile mahkemeye başvuru yapan azlık pay sahibinin aynı kişi olması gerekmediği hususu da TTK m.439/1'in bir çekişmesiz yargı işi olduğunu göstermektedir.

### C. Oydan Yoksun Pay Sahipleri Açısından Özel Denetim

Özel denetim yapılması isteminde, pay sahibinin oy hakkının bulunması ile oydan yoksun olması arasında bir fark yoktur<sup>298</sup>. Oy hakkı bulunmayan bir pay sahibi de, pay defterine kayıtlı ise, genel kuruldan, özel denetim yapılmasını isteme hakkını haizdir<sup>299</sup>. Oydan yoksun hisse senedi sahipleri, şirketin, kâr ve tasfiye payından imtiyazlı olarak

---

değildir. Maddi anlamda ilgililer, yargılamaya katılmamış olsalar da, maddi anlamda ilgili olmaya devam etmektedirler. Bkz. Aras, **Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü**, s.127-128.

<sup>297</sup>Ancak takibi talebe bağlı olan çekişmesiz yargı işlerinde, talepte bulunan her daim maddi anlamda ilgili olmayabilir. Böyle bir durumda talepte bulunan kimsenin, maddi anlamda ilgili olmadığı gerekçesiyle hukuki yararının olmadığı söylenemeyecektir. Bir diğer ifadeyle, şekli anlamda ilginin de hukuki yararı kanundan ötürü varsayılır. (Bkz. Aras, **Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü**, s.106).

<sup>298</sup>Topsoy/Ulusoy, **Anonim Şirket Pay Sahibinin Özel Denetim İsteme Hakkı**, s.299. **Topsoy**, özel denetim isteminde pay sahibinin oy hakkının olması ile oy hakkından yoksun olması konularının önemli olmadığını belirtmiştir. Ancak TTK m.438'in gerekçesinde, özel denetim istenebilmesinin ilk maddi şartının, özel denetimin pay sahipliği haklarının, özellikle de oy hakkının kullanımı yönünden gerekli olması gerektiği vurgulanmıştır. Bir başka ifadeyle, pay sahibinin özel denetim yapılmasını isteyebilmesi için bilgi alması, oyunu ne yönde vereceği hususunda onu aydınlatacağından, gerekli olmalıdır. **Topsoy** gerekçedeki bu ifadenin aksi ile kanıt yorumundan, oy hakkının kullanılması yönünden gerekli olmayan durumlar için, özel denetimin istenemeyeceği yorumunun çıkarılacağını, ancak bunun da kanunun lafzına ve amacına aykırı olacağını belirtmiştir. Zira TTK m.438/1'de açık olarak; her pay sahibinin, “pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi” için “gerekli” olduğu durumlarda ifadesinin oy hakkını değil, pay sahipliği hakkını vurguladığını, pay sahipliği haklarının da sadece oy hakkından oluşmadığını ifade etmiştir. Bunun yanında pay sahiplerinin; idari ve mali haklarının da olduğu göz önüne alındığında, pay sahibinin, ortaklık hakkını ispatlaması halinde, oy hakkı olmasa da, genel kuruldan diğer pay sahipliği haklarını kullanabilmek için, özel denetçi isteme hakkı bulunmaktadır. Nitekim İsviçre’de de, özel denetim pay sahipliği haklarının kullanımı (*être nécessaires à l'exercice des droits des actionnaires*) için gerekli olmalıdır. Zira pay sahibi açacağı bir sorumluluk davası ile ilgili olarak (*action en responsabilité*), bilançonun onaylanması ile ilgili olarak (*l'approbation des comptes*), şirkette haksız olarak dağıtılan edimin iadesi davası ile ilgili olarak (*l'action en restitution de prestations indues*) özel denetim isteminde bulunabilir. Bu davalar pay sahibinin oy hakkı ile ilgili olmamakla birlikte, pay sahipliğine etki eden konularla ilgili olduklarından, özel denetim yapılması bu durumlarda da istenebilir. ATF 123 III 261, JdT 1999 I 279. Ayrıca şirkette örtülü kazanç aktarımı söz konusu ise, bu durumda da SerPK m.21 uyarınca, pay sahipleri bu durumun tespit edilmesi için, özel denetim yapılmasını isteyebilmelidir.

<sup>299</sup>Weber, Art 697a, N.30, (Narbay, **Özel Denetim**, s.295'ten naklen).

yararlanacaklardır. Ayrıca oy hakkı haricinde, bilgi alma hakkı ve özel denetçi (incelemeci) atanmasını isteme hakkına da sahip olacaklardır<sup>300</sup>.

Şunu belirtelim ki, 6102 sayılı TTK' da “oysuz pay” ya da “oydan yoksun pay”<sup>301</sup> düzenlenmemiştir. 2499 sayılı eSerPK m.14/A' da oydan yoksun pay senetlerinin tabi oldukları bazı şartlar belirtilerek haklarında bir çerçeve hüküm düzenlenmişti. Bununla beraber oydan yoksun paylara ilişkin tebliğ çıkarmaya SPK yetkili kılınmıştı. Yeni SerPK'da Kuruma, oydan yoksun paylara ilişkin ikincil düzenlemeler yapma yetkisinin verilmediğini görüyoruz.

**Tekinalp**, 6362 sayılı SerPK m.128/2'deki hükmünde SPK' ya bu hususta bir yetki verilmediğini düşünmektedir<sup>302</sup>. Yazar TTK m.434/2 düzenlemesinin yorumunu şu şekilde yapmıştır. Ticaret Kanunumuzda oysuz paylar düzenlenmediği için, oy hakkı olan ve oy hakkını haiz olmayan pay ayrımı yapılmasına imkân bulunmadığını belirtmiştir. TTK m.140/3, 146/1c, 167/1c, 183/1 hükümlerinde oydan yoksun pay ifadesinin kullanılmış olması TTK' nın bu payları tanıdığı anlamına gelmemektedir. Yazar, Bu göndermeleri (eski SerPK m.14/A)' ya dayanılarak çıkartılan payların geçerliliklerini muhafaza ettikleri şeklinde yorumlamanın daha doğru olduğu kanaatindedir<sup>303</sup>.

<sup>300</sup>Asuman Turanboy, **6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu 2-3 Haziran 2011**, Ankara Barosu Yasa İzleme Enstitüsü, Ankara, 2011, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Sermaye Piyasası Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, s.19. **Teoman**, oy hakkından yoksunluğun, oy hakkı dışında kalan; genel kurula katılma ve bu haktan kaynaklanan konuşma, görüş açıklama, bilgi alma veya iptal davası açmak gibi yönetime ilişkin hakları kullanmasına herhangi bir olumsuz etkisinin bulunmadığını belirtmiştir. Ömer Teoman, **30 Yıl Ticaret Hukuku Tüm Makalelerim**, C.II, 1982-2001, Beta Yayınevi, “Oy Hakkından Yoksun Pay Sahiplerinin Karara Katılmış Bulunmaları Nedeniyle Açılan İptal Davasında, Anonim Ortaklık Bu Katılmanın Oylama Sonucunu Etkilemediği Savunmasını Yapamaz”, s.6. Genel kurulun özel denetim istemini kabul etmesi halinde, hisse senetleri borsada işlem gören anonim ortaklıklarda oy hakkından yoksun pay sahiplerinin 30 gün içerisinde mahkemeden özel denetim yapılmasını isteyebilecekleri belirtilmiştir Eski SerPK m.14/A. SPK Seri: I, No:15 Sayılı Tebliği'nin 4. maddesinde “oy hakkı haricinde sahibine kâr ve tasfiye payı artığından imtiyazlı olarak yararlanabilme hakkı veren ve diğer ortaklık haklarını sağlayan hisse senedi” ifadesinden de anlaşılacağı üzere oy hakkına sahip olan bir pay sahibinin TTK m.437/2 hükmü uyarınca genel kurulda bilgi alma hakkını kullanması ve TTK m.438'de düzenlenen özel denetim isteme hakkını kullanması ile oydan yoksun pay sahibinin bu hakları kullanması arasında hem kullanım hem de içerik açısından hiçbir fark bulunmamaktadır. Dolayısıyla her iki hak da oy hakkından bağımsız (ona bağlı olmadan) pay sahibi tarafından kullanılabilir. Kaya, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı**, s.139, Pulaşlı, **Yönetim Kurulu Üyesinin Bilgi Alma Hakkı ve Mahkemeden Özel Denetim İstemesine İlişkin Koşullar**, (BGE133 III 133) 20/12/2006 T. ve S.4C278/2006 Kararı, s.1875.

<sup>301</sup>Türk Hukukunda oydan yoksun paylar iki hükümden kaynaklanabilir. İlki TTK m. 434/2 uyarınca oy hakkının sınırlandırılması ile oysuz paylar oluşturulabilir. Burada gerçek anlamda oydan yoksun paylar yoktur. Pay sahibi paylarının belirli bir oranının oy haklarını kullanamamaktadır. İkincisi de eSerPK m.14/A ve SPK'nın I/36 sayılı tebliğleri uyarınca çıkartılan oydan yoksun paylardır. Tekinalp, Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku I**, b.13., s.116, N.145e.

<sup>302</sup>Tekinalp, (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu), **Ortaklıklar Hukuku I**, s.558-559, N.775-775a.

<sup>303</sup>Tekinalp, (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu), **Ortaklıklar Hukuku I**, s.558-559, N.775-775a.

Bununla birlikte TTK m.436'da oydan yoksunluk başlığı altında düzenlenen hükmün genel kurulda özel denetim oylamasında dikkate alınması gerekmektedir. Yöneticilerin sorumluluğunu gerektiren bir durumla ilgili olarak özel denetim yapılması isteminde bulunulmuşsa, bu yöneticilerin özel denetim oylamasındaki genel kurulda oy kullanmaları mümkün değildir. Aksi halde yapılan genel kurulun TTK m.445 uyarınca iptali istenecektir<sup>304</sup>.

Örneğin halka açık bir anonim ortaklıkta SerPK m.21 anlamında yöneticilerin ya da hâkim ortağın ilişkili tarafla yaptığı bir işlem sonucunda şirketin malvarlığının azaltılması ya da malvarlığının ya da kârının artmasının engellenmesi halinde, yapılan bu işlem halka açık ortaklığı zarara uğrattığı için bu durumda özel denetim isteminin oylandığı genel kurulda bu işlemleri yaparak ortaklığı zarara uğratan yönetim kurulu üyelerinin ya da hâkim ortağın oy hakkının olmaması gerekmektedir.

Bununla beraber gerekçede de özel denetim isteminde sadece pay sahiplerinin bulunabileceği bunun dışında; intifa hakkı ve tahvil sahiplerinin ve alacaklıların ise özel denetim isteme hakkının bulunmadığı belirtilmiştir<sup>305</sup>. Ancak, özel denetim isteme hakkının bu kişilere esas sözleşme ile verilip verilemeyeceği hususunun tartışmaya açık olduğu belirtilmiştir<sup>306</sup>.

#### D. İntifa Hakkı Sahipleri Açısından Özel Denetim

Kanunkoyucu açıkça, özel denetim isteminin sadece pay sahiplerince yapılabileceğini belirtmiştir. Bunun dışında kalan intifa, rehin hakkı sahipleri ile şirket alacaklılarının böyle bir hakkının bulunmadığı gerekçede belirtilmiştir. Gerekçede bu hakkın, anılan kişilere, anonim

<sup>304</sup>**Moroğlu**, eTK m.374'ün oydan yoksunluğa ilişkin hükmünün özel denetçi seçiminde de uygulanacağını belirtmiştir. Yazar, özel denetçi tarafından incelenmesi gereken bir kuruluş ya da yönetim işleminden dolayı ortaklığa karşı; yönetici, kurucu ya da denetçi sıfatları ile sorumlu olan kişilerin, özel denetçi seçiminde oy haklarını, şahsen ya da bir vekil aracılığıyla kullanmayacaklarını ifade etmiştir. Aksi halde seçime ilişkin bu genel kurul kararının iptali istenecektir. **Moroğlu, Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi**, s.70-71., Narbay, **Özel Denetim**, s.309.

<sup>305</sup>Bu konuda **Topsoy** gerekçede özel denetim isteminde yalnızca pay sahipleri bulunabilir bunun dışında intifa hakkı, tahvil sahibi ve alacaklıların böyle bir hakkı olmadığı belirtilmiştir. Ancak burada ki intifa hakkı ifadesinin intifa senedi sahibi olarak algılanması gerektiğini önemle vurgulanmıştır. Yazar uygulamada da bu iki terimin kullanımı hususunda özenli davranılmayarak çoğu yerde intifa senedi sahibi terimi yerine intifa hakkı sahibi ifadesinin kullanıldığını belirtmektedir. Ancak TTK m.502-503 uyarınca; intifa senetleri genel kurul tarafından esas sözleşmeye göre ya da esas sözleşmede değişiklik yapılmak suretiyle bedeli kanuna uygun bir şekilde yok edilen payların sahipleri, alacaklılar ya da buna benzeyen bir sebeple AO ile ilgisi bulunanlar lehine çıkartılan senetlerdir. İntifa senedi sahiplerine pay sahipliği hakları verilmez o nedenle intifa senedi ya da tahvil sahiplerinin özel denetim isteme hakları da yoktur. (Bkz. **Topsoy/Ulusoy, Anonim Şirket Pay Sahibinin Özel Denetim İsteme Hakkı**, s.302).

<sup>306</sup>6102 sayılı TTK'nın Gerekçesi, s.212.

ortaklığın esas sözleşmesi ile tanınıp tanınmayacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda **Özdamar**, 6102 sayılı TTK’ da esas sözleşmeye konulabilecek hususların sınırlı olduğunu belirten “emredici hükümler” ilkesi uyarınca, pay sahipleri dışındaki kişilere özel denetim isteme hakkının tanınmaması gerektiğini belirtmiştir<sup>307</sup>.

Ancak payın üzerinde intifa hakkının tesis edilmesi halinde oy hakkının kime ait olacağı konusunda TTK m.432/2’ e hükmüne rağmen doktrinde bazı farklı görüşler bulunduğunu belirtelim. TTK m.432/2 üzerinde intifa hakkı bulunan paylardan doğan oy hakkının malike değil, intifa hakkı sahibine ait olduğunu açıkça belirtmekle birlikte diğer yönetim hakları konusunda bir açıklama yapmadığını belirtmiştik<sup>308</sup>. Anonim ortaklıkta oy hakkının pay sahibine tanınmış olması sonucunda genel kurulda oy kullanma hakkı pay sahibine aittir. Fakat bu kuralın istisnasını TTK m.432/2 oluşturmaktadır. Pay üzerinde intifa hakkı tanımak suretiyle kişiye (intifa hakkının sahibine) oy hakkı tanımak mümkündür<sup>309</sup>. Pay üzerinde intifa hakkı tanımak sahibine oy hakkı değil bu hakkı kullanabilme yetkisi vermektedir<sup>310</sup>. Zira intifa hakkı sahibi oy hakkının gerçek sahibi olsaydı bu hakkını genel kurulda serbestçe kullanabilirdi.

Ancak Kanun’da intifa hakkı sahibinin pay sahibinin menfaatlerine aykırı bir şekilde hareket etmesi halinde ona karşı sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle intifa hakkı sahibinin oy hakkını kullanırken pay sahibinin menfaatlerini koruması ve onu gözetmesi gerekir. Pay sahibinin anonim ortaklığın yönetiminde, denetiminde ve temsilinde söz sahibi olabilmesi genel kurula katılıp burada tartışılan konular hakkında oy kullanması ile mümkün olmaktadır. Bu nedenle anonim ortaklık hakkında bilgi sahibi olması önemli ve bir o kadar da gereklidir. Aksi takdirde örneğin yönetim kurulunun sorumluluğuna giren bir konu söz

<sup>307</sup>Özdamar/Ulusoy, “Anonim Şirketlerde Özel Denetim” , **Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları**, s.55. Esas sözleşme bir sermaye şirketi olan anonim ortaklık tüzel kişiliğinin kurumsal yapısıyla pay sahiplerinin haklarının, borçlarının, pay sahiplerinin ortaklıkla ve birbirleriyle olan ilişkilerinin düzenlendiği bir ortaklıklar hukuku sözleşmesidir. Esas sözleşmeye asgari zorunlu içeriğin öngördüğü kayıtlar yazılır. Bunun dışındaki kayıtların TTK m.340’daki emredici hükümler ilkesi göz önünde tutularak, yazılması mümkündür. Başka bir ifadeyle anonim ortaklık esas sözleşmesine TTK m.340 göz önünde tutulmak koşuluyla kurucuların uygun gördüğü hükümlerin konulabileceğini öngörülmüştür. Burada anonim ortaklığın esas sözleşmesi TTK m.340’ın koymuş olduğu sınırlar içinde sözleşme serbestisi ilkesine tabiidir. Anonim ortaklığın esas sözleşmesinin asgari zorunlu içeriğinin üç işlevi bulunmaktadır. İlki, esas sözleşmeye (ya da taahhünameye) yazılması gereken hususları gösterir. İkincisi ortaklığı üçüncü kişilere tanıtır. Üçüncüsü genel kurulun toplantıya çağırılma usulü ve oy hakları hakkında pay sahiplerini bilgilendirir. Bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, s.117-118, N.9-45, s.172, N.10-12.

<sup>308</sup>Aynı konu 6762 sayılı kanunda da vardı. (eTK m.360/4)

<sup>309</sup>Mustafa Çeker, **Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması**, Batider, Sözkese Matbaacılık Tic. Ltd. Şti., Ankara, 2000, s. 166.

<sup>310</sup>Peters, Nutzniessung, s.9-10; Wiedemann, s.287, (Bkz. Çeker, **Anonim Ortaklıklarda Oy Hakkı**, s.166, dipnot:105’ten naklen).



konusu olup bu konuda yeterli bilgisi bulunmayan pay sahibi oyunu ne yönde vereceğini bilemeyecektir.

Türk ve İsviçre Hukuku'nda oy hakkının intifa hakkı sahibine tanınmasının doğru bir yaklaşım olup olmadığı konusu incelenmiştir. Ülkemizde oy hakkının yasal olarak intifa hakkı sahibinde olduğu belirtilmiştir TTK m.432/2<sup>311</sup>. **Çeker** intifa hakkının niteliğinden dolayı; oy hakkının intifa hakkı sahibinde kalması, oy hakkı ile pay sahipliği mevki arasındaki sıkı ilişkinin neticesi olarak bu hakkın pay sahibinde kalmaya devam etmesi, oy hakkının müştereken kullanılması, alınan kararların niteliği doğrultusunda bu hakkı pay sahibi ya da intifa hakkı sahibinin kullanmasına ilişkin bir paylaşımın yapılması ve oy hakkının donması gibi çeşitli yaklaşımların olduğunu belirtmiştir. Yazar *de lege ferenda* bir çözüm benimsemenin daha yerinde olacağı kanısında olduğunu ifade etmiştir<sup>312</sup>.

**Çeker**, oy hakkının payın semeresi olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir. Bununla birlikte oy hakkı, intifa hakkından doğan yönetim yetkisinin bir parçası olarak da değerlendirilemez. Yasal çözüm olan TTK m.432/2'nin benimsenmesi zorunluluğunun gerek eşya hukuku gerekse ortaklıklar hukuku bakımından kabulü söz konusu değildir. Bu nedenle oy hakkının intifa hakkı sahibinde olması en uygun çözüm olarak görülmemektedir. Bilakis korunması gereken menfaatler bakımından bakıldığında, ilk olarak pay sahibinin dikkate alınması gerekmektedir. Bu düşüncelerden hareket eden yazar, payın üzerinde intifa hakkı tesis edilmiş olmasının, malikin oy hakkını ortadan kaldırmaması gerektiğini belirtmiştir. Yazar, pay sahibinin, intifa hakkı sahibinin de menfaatlerini gözetlemekle yükümlü olduğunu vurgulamıştır. Bu nedenle **Çeker**'e göre TTK m.432/2'nin aksine oy hakkı, intifa hakkı sahibine değil malike tanınmalıdır<sup>313</sup>.

**Teoman**'a göre intifa hakkı sahibinin oy hakkının yanı sıra bilgi alma hakkından da yararlanması gerekmektedir. **Teoman**'a, göre bilgi alma hakkından yararlanamamış ve oy kullanacağı konu hakkında gerekli ve yeterli bilgileri elde edememiş olan intifa hakkı

<sup>311</sup>Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu), **Ortaklıklar Hukuku I**, s.490., Ayrıca Yargıtay pay üzerinde intifa hakkına sahip olan kişinin oy kullanma ya da iptal davası açabilme gibi hakları olduğunu belirtmiştir. Bkz. Y. 11. H.D., 28.05.1981, E.1981/2243, K.1981/2768 (Erişim Tarihi: 28.07.2016/www.kazanci.com).

<sup>312</sup>Çeker, **Anonim Ortaklıklarda Oy Hakkı**, s.169.

<sup>313</sup>Çeker, **Anonim Ortaklıklarda Oy Hakkı**, s.170. Yazar eTK m.360/4- TTK m.432/2 hükümlerinin emredici düzenlemeler olmadıkları için, oy hakkının malik tarafından kullanılacağını öngören anlaşmaların geçerli olduğunu belirtmiştir. Bu durumda yazar önemli bir konuyu da açıklamıştır. Yapılan sözleşme ile genel kurulda oy kullanma hakkı yeniden malikte kalacağı için pay sahibinin intifa hakkı sahibinin menfaatlerini de gözetme yükümlülüğü, ancak taraflar arasındaki sözleşmede bu konunun öngörülmüş olması halinde mümkün olacaktır. O nedenle taraflar arasındaki sözleşmede böyle bir hüküm bulunmuyorsa pay sahibinin intifa hakkı sahibinin menfaatlerini gözetme yükümlülüğü bulunmayacaktır. (Bkz. **a.g.e.**, s.172).

sahibinin genel kurulda tek başına oy kullanmasının bir manası bulunmamaktadır<sup>314</sup>. Kanun gereği oy hakkının intifa hakkı sahibine tanınmış olması karşısında yukarıda da belirttiğimiz üzere intifa hakkı sahibinin pay sahipliğinden doğan bireysel ve azlık haklarını da kullanabilmesi gerekir. Dolayısıyla intifa hakkı sahibi; yönetim kurulu üyelerinin ve denetçilerin aleyhine sorumluluk davası açabilir, bilanço görüşmelerinin ertelenmesini ya da özel denetçi atanmasını isteyebilir<sup>315</sup>. Ancak yazar İsviçre’de de bazı yazarlar tarafından savunulduğu üzere nitelikleri gereği bölünebilen yönetsel hakların hem malik hem de intifa hakkı sahibi tarafından kullanılabilmesinin karşısında bulunmadığını belirtmiştir.

Başka bir ifadeyle, malikin oy hakkı bulunmasa bile kendi hukuki durumunu tespit edebilmek amacıyla bilgi alma hakkından faydalanabilmelidir. Bu aydınlanmanın bir gereğidir. İntifa hakkı sahibine gelince, intifa hakkı sahibine oy hakkının tanınmış olması onun pay sahipliğinden doğan bazı bireysel hakları ve azınlık haklarını da kullanabilmesini gerektirir. Bunlara örnek olarak intifa hakkı sahibi; yönetim kurulu üyeleri ve denetçiler aleyhine sorumluluk davası açabilir, bilanço görüşmelerinin ertelenmesini ya da özel denetçi atanmasını isteyebilir. Bunun dışında pay üzerinde intifa hakkı olanın denetçilere şikâyetle bulunmak, genel kurulu toplantıya çağırmak veya gündeme madde konulmasını istemek gibi hakları da bulunmalıdır. Ancak iptal davası açılması konusunda eTK m.381-TTK m.446’da iptal davası açabilecek kişiler arasında payın (kuru/çıplak) mülkiyetine sahip olan ile intifa hakkı sahibi sayılmadığı için bu konu sıkıntılıdır. Lakin Hukukumuzda iptal davası açma hakkı oy hakkına bağlanmamıştır. Dolayısıyla oy hakkından yoksun olan kişilerin bile iptal davası açma hakkı olduğuna göre, yazar, payın kuru mülkiyetine sahip olan ortağın, iptal davası açabileceğine ilişkin itirazı doğru bulmakla birlikte, intifa hakkı sahibinin iptal davası açabilme hakkından yararlanmasını zorunlu kılan sebepleri daha kuvvetli bulmaktadır<sup>316</sup>.

<sup>314</sup>Teoman, **Pay Üzerinde İntifa Hakkı ve Yönetim Hakları**, s.338-339., Bilgi alma ve inceleme hakkı, başta oy hakkı olmak üzere diğer pay sahipliği haklarının da etkin ve sonucu sağlayıcı şekilde kullanılmasına hizmet etmektedir. Rauf Karasu, **Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi**, B.2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s.75.

<sup>315</sup>Teoman, **Pay Üzerinde İntifa Hakkı ve Yönetim Hakları**, s.340., Aynı yönde görüş bildiren *Topsoy*’a göre; TTK m.438/1’in lafzı özel denetim isteminin yalnızca pay sahibince kullanılabileceğini belirtse de bu şekilde katı bir yorumun özel denetim müessesesinin amacı ile bağdaşmayacaktır. Zira yazara göre özel denetim hakkı, pay sahipliği haklarının, özellikle de oy hakkının, bilinçli ve doğru bir şekilde kullanılması yönünden büyük öneme sahiptir. Zaten maddeye baktığımızda, bu hakkın kullanımının oy hakkının kullanılması için gerekli olması koşuluna bağlanmış olduğunu da görüyoruz. Bu nedenle pay sahibi teriminin oy hakkına sahip olan intifa hakkı sahiplerini de kapsayacak şekilde geniş yorumlanarak, intifa hakkı sahiplerinin de genel kuruldan özel denetim isteme hakkına sahip olduklarının kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. (Bkz. *Topsoy/Ulusoy, Anonim Şirket Pay Sahibinin Özel Denetim İsteme Hakkı*), s.301-302.

<sup>316</sup>Teoman, **Pay Üzerinde İntifa Hakkı ve Yönetim Hakları**, s.340.

*Teoman* pay üzerinde intifa hakkı bulunması halinde oy hakkı dışında kalan yönetme haklarının malik tarafından kullanılacağını söyleyemeyeceğini belirtmiştir. Yazar konuya bilgi alma hakkı ve iptal davası açma hakları açısından bakıldığı zamanda, bu hakların intifa hakkı sahibi tarafından kullanılmasının zorunluluk olduğunu ifade etmiştir. İsviçre’de olduğu gibi, TTK m.432/2 hükmü emredici bir düzenleme olmadığı için, tarafların aralarında aksini kararlaştırabileceğini yukarıda belirtmiştik. Dolayısıyla taraflar aralarında yapacakları bir sözleşme ile oy hakkının malik tarafından kullanılacağını kararlaştırabilirler. *Teoman*, bu durumda oy hakkının yanı sıra bilgi alma, denetleme ve iptal davası açma gibi haklardan da malikin yararlanacağını kabul etmektedir. Bu olasılıkta malikin bilgi alma hakkından da yararlanacak olmasının nedenini, bilgi alma hakkının oy hakkının bir uzantısı olduğu gerekçesine dayandırmaktadır.

*Çamoğlu*, genel kurulun bir pay sahipleri platformu olduğunu bu nedenle kural olarak burada yapılan toplantılara pay sahiplerinin katılacağını belirtmiştir. Ancak TTK m.432/2’de açıkça; aksi taraflarca kararlaştırılmadığı sürece oy hakkına sahip olan intifa hakkı sahibinin genel kurula katılacağını düzenlenmiş olduğunu ifade etmiştir. Yazar, pay sahibinin de intifa hakkı sahibi yanında oy hakkına sahip olmaması koşulu ile genel kurula katılabileceğini söylemiştir<sup>317</sup>.

*Narbay*’a göre 6102 sayılı TTK m.432/2’de açıkça, bir payın üzerinde intifa hakkı varsa, aksi kararlaştırılmamışsa, oy hakkının intifa hakkı sahibi tarafından kullanılacağını belirttikten sonra intifa hakkı sahibinin de pay sahibinin menfaatlerini hakkaniyete uygun bir şekilde göz önünde tutarak hareket etmesi gerektiğini aksi halde pay sahibine karşı sorumlu olacağını düzenlenmiş olduğunu belirtmiştir. Yazar öncelikle özel denetim isteminin maddi şartlarından birinin de pay sahipliğine ilişkin hakların özellikle de oy hakkının kullanılması bakımından özel denetimin yapılmasının gerekli olması koşulunun arandığını ifade etmiştir. Başka bir ifadeyle, pay sahibinin özel denetim isteminde bulunabilmesi için ve buna bağlı olarak oyunu kullanabilmesi için bilgi alması gerekli olmalıdır. Şüphelendiği bir konu varsa ve o konu genel kurulda oylanacaksa oyunu vermeden önce konuya vakıf olması pay sahipliği hakkını verimli ve doğru şekilde kullanmasına yardımcı olacaktır. Bu nedenle, bir payın üzerinde intifa hakkı varsa, oy kullanma hakkı intifa hakkı sahibine ait olduğu için, özel denetim isteme hakkının da intifa hakkı sahibine ait olması gerektiğini ifade etmiştir. Bu

<sup>317</sup>Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku I*, s.486, N.679a.

nedenle yazar gerekçede intifa hakkı sahiplerinin özel denetim isteme hakkının bulunmadığına ilişkin ifadenin düzeltilmesi gerektiğini haklı olarak belirtmiştir<sup>318</sup>.

İsviçre Hukuku'nda ise bir payın üzerinde intifa hakkı kurulduğunda, intifa hakkı sahibi bilgi alma konusunda alacaktır. Bu nedenle yasaya göre özel denetim isteme hakkı da intifa hakkı sahibine (*usufruitier*) aittir CO Art.690 II. Ancak bu durumun aksi, taraflar arasında yapılacak bir sözleşme ile kararlaştırılabilir<sup>319</sup>.

İsviçre doktrininde büyük bir çoğunluk, özel denetim isteminin, payın çıplak mülkiyetine sahip olan pay sahibi (*propriétaire*) tarafından yapılmasının, yasaya uygun olmadığı görüşündedir CO Art.690 N 31<sup>320</sup>. Bir payın üzerinde intifa hakkı kurulmasının bazı sonuçları vardır: Pay üzerinde intifa hakkı tesisi ile paya bağlı haklar bölünmektedir. Buna göre CO Art.755/I uyarınca; intifa hakkı sahibi payın zilyedi, kullanma hakkı sahibi ve istifade (yararlanma) hakkı sahibidir.

Diğer haklar ise payın çıplak mülkiyetine (*nu-propriétaire*) sahip olan pay sahibindedir. Bu düzenleme payın kuru mülkiyetine sahip olan pay sahibi ile intifa hakkı sahibi arasında pay sahipliğine ilişkin hakların bölüşümüne neden olmuştur. Bunlardan ilki genel kurula katılma hakkıdır. CO Art.690/ II uyarınca; pay üzerinde intifa hakkı olan intifa hakkı sahibinin genel kurulda payı temsil etme hakkı vardır<sup>321</sup>. Başka bir ifadeyle kanun; oy

<sup>318</sup>Narbay, **Özel Denetim**, s.295-296.Yazar oy hakkına sahip olanın özel denetim isteminde de bulunabileceğini ifade etmiştir.

<sup>319</sup>Böckli, § 12 N137; BaK- LÄNZLINGER, CO 690 N 13; Schleiffer, 34, (**Commentaire Romand**), s.951).

<sup>320</sup>Forstmoser/ Meler-Hayoz/ Nobel, § 45 N 22; Kunz, Minderheitenschutz, 761; Pauli, 70; Contra (aksi yönde): BaK- Länzliger, CO 690 n 13., (**Commentaire Romand**), s.951).

<sup>321</sup>Rita Trigo Trindade, (**Commentaire Romand**), s.903. CO Art.690/II uyarınca intifa hakkı sahibi payı GK' da temsil etmektedir. Ancak Türk Hukuku'nda **Teoman**, intifa hakkı sahibinin malikin (payın çıplak mülkiyetine sahip olan) kişinin temsilcisi olmadığını dolayısıyla onun vereceği talimat doğrultusunda oyunu kullanmayacağını belirtmiştir. Yazara göre pay üzerinde kuru mülkiyete sahip olan ortak ile intifa hakkı sahibinin çıkarları birbiri ile çatışmaktadır. İntifa hakkı sahibi fazla temettü (kâr) elde etmek isterken malik daha çok yedek akçe ayrılarak ortaklığın geleceğinin güvence altına alınmasını arzu eder. Bu nedenle bekledikleri yararlar farklı olan bu kişilerin birinin diğerinin temsilcisi olduğunu söylemek doru değildir. **Teoman** İsviçre Hukuku'nda, *temsil eder* ifadesinin kullanılmış olmasının, yasal temsil ilişkisi olarak yorumlanmamasını daha doğru bulmuştur. Böyle bir tartışmanın nedenini eTK m.360/4-TTK m.432/2'deki düzenleme oluşturmaktadır. İlgili madde, *üzerinde intifa hakkı bulunan bir hisse senedinden doğan rey (oy) hakkı, intifa hakkı sahibi tarafından kullanılır. Ancak intifa hakkı sahibi, menfaatlerini hakkaniyete uygun bir şekilde göz önünde tutarak hareket etmemesinden dolayı malike karşı sorumlu olur.* Şeklinde düzenlenmiştir. Nitekim benzer bir düzenleme İsviçre'de CO Art.690/2'de yer almaktadır. Ancak Türk Hukuku'nda, üzerinde intifa hakkı tesis edilmiş olan paydan doğan oy hakkının, intifa hakkı sahibine ait olacağı belirtilmiş olsa da, diğer yönetim hakları konusunda kanunumuz susmuştur. Bu nedenle **Teoman** yönetsel haklardan biri olan, bilgi alma veya inceleme hakkının, malik tarafından kullanılıp kullanılmayacağı sorusunu sormuş ve olumsuz cevap vermiştir. Bir başka deyişle, bilgi alma veya inceleme yapma hakkının, malik (pay üzerinde kuru mülkiyete sahip olan) kişi tarafından kullanılmayacağını belirtmiştir. Zira bilgi alma hakkından faydalanamamış olan bir pay sahibinin, genel kurulda doğru bir şekilde oy kullanması da beklenemez. Burada, bu kişinin açıklayacağı irade keyfi ve salt kendi çıkarları doğrultusunda olacaktır. Şayet bilgi alma veya inceleme hakkı malikte kalırsa, bu durumda intifa hakkı sahibi, çıkarlar durumunu tartamayacak ve anonim ortaklığın durumu hakkında yeterli derecede aydınlatılmadığı

kullanma hakkını, genel kurula katılma hakkını ve bilgi alma hakkını intifa hakkı sahibine tanımıştır. Bu düzenleme uyarınca intifa hakkı sahibi, payın çıplak mülkiyetini elinde bulunduran pay sahibinin menfaatlerini gözetmezse ona karşı sorumlu olacaktır.

İsviçre de bazı yazarlar, intifa hakkı sahibinin genel kurula katılmasına karşı şunu savunmaktadır. Payın çıplak mülkiyetine sahip olan pay sahibine genel kurulda bazı katılma haklarını koruyabilmesi için izin verilmelidir.

Bu konuda **Bürgi** payın çıplak mülkiyetine sahip olan pay sahibinin oy kullanmadan tartışmalara katılabildiğini savunmaktadır. **Lanzlinger** ise CO Art.696'daki bilgi alma hakkının çıplak mülkiyet sahibine tanınip tanınmayacağına şöyle cevap vermiştir: Esas sözleşme ile payın çıplak mülkiyetine sahip olan pay sahibine açıkça genel kurula katılma hakkı verilmedikçe, payın çıplak mülkiyetine sahip olan pay sahibini, pay sahipliğine ilişkin tüm katılma haklarının dışında bırakmak gerekir. Ancak bu düzenleme emredici bir düzenleme olmadığı için payın çıplak mülkiyetine sahip olan pay sahibi ile pay üzerinde intifa hakkı olan arasında aksi kararlaştırılabilir. CO Art.690/II<sup>322</sup> düzenlemesi şirketler hukukuna özgü bir düzenlemedir. Bu nedenle anonim ortaklık CO Art.690/II'deki düzenlemenin aksine, pay üzerinde çıplak mülkiyet hakkı olan pay sahibinin oy hakkını koruyacağı şeklinde bir düzenleme yapılabilir<sup>323</sup>.

Kanımızca kural olarak payın üzerinde intifa hakkı tesis edilmişse, intifa hakkının sınırlı da olsa aynî hak niteliği, TMK hükümleri de dikkate alınarak değerlendirildiğinde, genel kurulda oy kullanma hakkı, intifa hakkı sahibine ait olmalıdır. Dolayısıyla, pay üzerinde intifa hakkı tesis edilmişse, intifa hakkı sahibinin özel denetim (inceleme) hakkı da olmalıdır. Bununla birlikte TTK m.432/2 düzenlemesi, emredici niteliği haiz olmadığından, aksinin taraflarca kararlaştırılabilmesi mümkündür. Ancak aksi kararlaştırılmamışsa, intifa hakkı sahibi, pay sahibinin menfaatlerini de gözeterek hareket etmekle yükümlü tutulduğundan, genel kurulda; oy kullanma ve payı temsil etme hakları olduğu için, yeterli bilgiye sahip

---

için de kendisine sorumluluk izafe edilemeyecektir. Yazar, özetle oy hakkına sahip olan intifa hakkı sahibinin bu yararlanmasının doğal olarak bilgi alma hakkını da içereceğini kabul etmenin yerinde olacağını belirtmiştir. [Bkz. Teoman, **30 Yıl Ticaret Hukuku Tüm Makalelerim (1971-1982)**, “Anonim Ortaklıkta Paylar Üzerinde İntifa Hakkı Bulunması Durumunda Oy Hakkı Dışındaki Yönetim Haklarının Kimin Tarafından Kullanılacağı Sorunu”, (Pay Üzerinde İntifa Hakkı ve Yönetim Hakları)], s.338-339.

<sup>322</sup>CO Art.690/II: Pay üzerinde intifa hakkı kurulmuşsa, bu pay, intifa hakkı sahibi tarafından temsil edilir. Ayrıca intifa hakkı sahibi, payın çıplak mülkiyetine sahip olan kişinin menfaatlerini hakkaniyete uygun bir şekilde gözetmezse, ona karşı sorumlu olur. Biz kanunu çevirirken “hisse senedi” yerine “pay” üzerinde intifa hakkı tesis edilmesi şeklinde çevirdik. Zira senede bağlanmamış çıplak paylar üzerinde de intifa hakkı kurulması mümkün olduğu için, hisse yerine pay kelimesini kullanmayı tercih ettik. (Aynı yönde görüş için Bkz. Teoman, “**Pay Üzerinde İntifa Hakkı ve Yönetim Hakları**”, s.332, dipnot:1).

<sup>323</sup>Rita Trigo Trindade, (**Commentaire Romand**), s.903.

olmadığı bir konuyla ilgili olarak, bu konuların aydınlatılması amacıyla özel denetçi (incelemeci) atanmasını isteme hakkı olduğu kanaatindeyiz.

Burada payın kuru mülkiyetine sahip olan pay sahibine, oy hakkı bulunmadan, genel kurula katılabilme hakkının tanınması düşünülebilir<sup>324</sup>. Ancak gerek oy kullanma, gerekse de özel denetçi atanması isteminde bulunma ve mahkemeye başvurma hakkının intifa hakkı sahibinde olması gerekmektedir. Payın üzerinde kuru mülkiyet hakkına sahip olan pay sahibine, genel kurul görüşmelerine (oy hakkı olmaksızın) katılma imkânı verilirse, intifa hakkı sahibiyle, şüphe ettiği konuları istişare edebilme ya da bilgi sahibi olmak istediği hususları iletebilme ve genel kurulda dile getirebilme imkânı sağlanmış olur.

### E. Diğer Menkul Kıymet Sahipleri Açısından Özel Denetim

*Turanboy*, Ticaret Kanunu'nda, özel denetçi atanmasını isteme hakkının, oydan yoksun pay sahipleri dışındaki diğer menkul kıymet sahiplerine tanınmadığını belirtmiştir. Özellikle hisse senedi ile değiştirilebilir tahvil sahipleri ile katılma intifa senedi<sup>325</sup> sahiplerine bu hak verilmemiştir. Fakat yazar, SerPK'da (Seri: III, No.10 sayılı SPK Tebliğ m.16) ile ortaklara verilen bilgilerin katılma intifa senetleri sahiplerine verilmesine ilişkin düzenleme olduğuna göre, katılma intifa senedi sahiplerinin bilgi alma hakları izahnamede açık olarak gösterileceğinden, bu kişilerin de Türk Ticaret Kanunu'nda özel denetçi atanmasını isteyebilecek kişiler arasında düzenlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yazara göre, özel denetim isteme hakkının, intifa senedi ve katılma intifa senedi sahiplerine de verilmesi yerinde olacaktır. Yazar TTK m.466'ya göre şarta bağlı sermaye artırımında, tahvillere ve

<sup>324</sup>*Çamoğlu*, aksi kararlaştırılmadığı sürece genel kurula, oy hakkı olan intifa hakkı sahibinin yanında oy hakkına sahip olmamak koşuluyla, pay sahibinin de katılabileceğini belirtmiştir. Ayrıca rehin hakkı sahibine de genel kurula katılma hakkı verilmişse, rehin hakkı sahibi de genel kurula katılabilir. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, b.13., s.486, N.679a.

<sup>325</sup>Bir anonim ortaklık katılma intifa senetleri çıkartarak, pay-sermaye yanında "katılma-sermaye" (*capital-participation*) de sağlayabilir CO Art.656a. Bu senetler sahiplerine oy hakkı vermemektedirler. Katılma senetleri oydan yoksun pay senedine tekabül etmektedir. Türk hukukunda katılma senetleri yanında, oydan yoksun paylar da (eSerPK m.14A) uyarınca çıkarılabilir. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, b.13.,s.284, N.453a. TTK m.502 ve 503'de düzenlenen intifa senetleri, TMK m.794 ve 819'da düzenlenen başkasına ait bir eşya, hak ya da malvarlığı üzerinde belirli bir kişiye tam yararlanma olanağı sağlayan intifa senedi ya da hakkı ile ilişkili değildir. Dikkat edilecek olursa, TMK anlamında intifa hakkı, hak sahibine yönetsel haklar da dâhil, tam bir kullanma hakkı verirken, TTK'daki intifa hakkı ya da senedi hak sahibine yalnızca safi kâra ya da tasfiye paylarına esas olan tutara katılma veya yeni çıkartılacak olan payları alma hakkı vermektedir. Diğer önemli husus ise, TTK m.502 ve 503'de düzenlenen intifa senetlerinin, şirket hisseleri üzerinde kurulan intifa hakları ile karıştırılmama gereğidir. İntifa senetlerine sahip olanların, pay sahipliği hakları bulunmazken, pay üzerinde intifa hakkı olanın mali hakların yanında diğer pay sahipliği haklarını da haiz olduğunu (genel kurula katılma, oy hakkı gibi yönetsel haklar) belirtelim. (Bkz. Karasu, **Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi**, s.160, dipnot:144'teki açıklamalar).

benzeri borçlanma araçlarına bağlı olarak değiştirme ya da alım hakkını içeren senetlere sahip olanların özel denetim yapılmasını isteme hakkına sahip olamayacaklarını da belirtmiştir<sup>326</sup>.

**Pulaşlı**, şirket alacaklılarının, şirket çalışanlarının, intifa senedi sahiplerinin, tahvil sahipleri ile değiştirilebilir tahvil ve diğer borçlanma senetleri sahiplerinin, özel denetçi isteme haklarının bulunmadığını belirtmiştir. Yazar İsviçre’de katılma senetlerinin benzeri olan ve Türk Hukuku’nda katılma intifa senedi (KİS) olarak SerPK’nın VII-128.1 sayılı Pay Tebliğinde düzenlenen bu senetlerin sahiplerinin, bilgi alma haklarının pasif ve retrospektif olduğunu belirtmiştir. Yazar katılma intifa senedi (KİS) sahiplerinin soru sorarak aktif bilgi alabilmeleri için ise bu konuda esas sözleşmede bir hüküm bulunması<sup>327</sup> gerektiğini belirtmiştir. Ancak bu kişilere esas sözleşme ile özel denetim isteme hakkının tanınıp tanınmayacağı konusuna da TTK m.340 düzenlemesi nedeniyle müspet (olumlu) bir cevap vermenin mümkün olmadığı düşüncesinde olduğunu ifade etmiştir<sup>328</sup>.

Katılma intifa senetleri, oydan yoksun paylar gibi yönetime katılma hakkı vermeksizin şirkete sermaye girmesine yardımcı olan bir araçtır<sup>329</sup>. Oydan yoksun paylar ile katılma intifa senetleri arasında bazı farklar vardır. Oydan yoksun paylar, kendilerine has özellikleri haiz olan ve oy hakkı bulunmayan bir pay türü iken, sahibi de pay sahibidir. Ancak katılma intifa senedi sahipleri, bir intifa senedi sahibi olup bunların sahiplerinin oydan yoksun pay sahiplerine kıyasla yönetime katılma, iptal davası açmak ya da azlık hakları gibi hakları yoktur. Kısacası, katılma intifa senedi sahipleri gerek paya gerekse oydan yoksun paylara kıyasla pay sahibi olmadıkları gibi, payda ve oydan yoksun paya sahip olan kişilerin sahip olduğu “pay sahipliği haklarının” da sahibi değildirler<sup>330</sup>.

<sup>326</sup>Turanboy, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Sermaye Piyasası Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi**, s. 19-20.

<sup>327</sup>Katılma intifa senedi sahiplerinin oy hakkı yoktur. Bu nedenle oy hakkına ilişkin olan haklarını ancak bu konuda esas sözleşmede açık bir kloz bulunması şartıyla kullanabilirler. Oy hakkına bağlı haklardan ne anlaşılması gerektiği konusunda da CO Art. 656c/2’de; genel kurulu toplantıya çağırma, toplantıya katılmak, aktif bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmak gibi haklar sayılmıştır. İsviçre Hukuku’nda CO Art. 656c/3 uyarınca katılma intifa senedi sahiplerine, anonim ortaklık esas sözleşmesinde bilgi alma ve inceleme hakkı ile özel denetçi atanmasını isteme hakkı tanınmamış olsa bile, KİS sahiplerinin bu taleplerini yazılı olarak genel kurula bildirebilecekleri düzenlenmiştir. KİS sahibi bu hakkının ancak CO Art.656d kapsamında kullanabilecektir. Bkz. Arslan Kaya, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı**, Batider, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2001/IX, s.142-143.

<sup>328</sup>Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, s.510.

<sup>329</sup>TTK m.502 ve 503’te düzenlenen intifa senetleri, herhangi bir payı temsil etmeyen dolayısıyla sahibine yalnızca safi kâra ya da tasfiye paylarına esas olan tutara ya da yeni çıkartılacak olan payları alma hakkı veren bir senet olarak tanımlanmaktadır. İntifa senetleri emre ya da hâmiline olabilir. İntifa senedi sahibinin oy hakkı ya da iptal davası açma hakkı gibi pay sahipliği hakları bulunmamaktadır. Karasu, **Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi**, s.160-161.

<sup>330</sup>Bkz. Kaya, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı**, s.138, (dipnot:46’daki açıklamalar).

İsviçre’de katılma senedi sahiplerinin özel denetçi atanması isteminde bulunabilip bulunamayacağı konusu tartışılmış ve CO Art. 656c/3’ de katılma senedi sahiplerinin ortaklık esas sözleşmesinde açıkça tanınması koşulu ile özel denetim isteminden yararlanabileceği düzenlenmiştir. Eğer esas sözleşmede kendilerine böyle bir hak tanınmamışsa (*l’hypothèse contraire*), CO Art.656c/3’e göre; katılma senedi sahiplerinin genel kurula yazılı bir dilekçe vererek bilgi alma ve inceleme hakkını ya da özel denetim hakkını elde etmek için harekete geçebileceği düzenlenmiştir<sup>331</sup>.

Katılma intifa senedi sahiplerinin bilgi alma hakkı pasif ve *retrospektif* (geçmişe dönük)’tir. Bu nedenle katılma intifa senedi sahipleri aktif bilgi alma haklarını, ancak bu konuda esas sözleşmede hüküm bulunması halinde kullanabilecektir. Esas sözleşmede böyle bir hüküm yoksa katılma intifa senedi sahiplerinin mahkemeden özel denetçi atanmasını isteme hakları olmayacaktır<sup>332</sup>.

İsviçre Hukuku’nda katılma senedi sahiplerinin oy hakkı yoktur. Oy hakkına bağlı hakları da bu konuda esas sözleşmede açık bir hüküm bulunması halinde kullanabilirler<sup>333</sup>. O zaman oy hakkına bağlı haklar nelerdir? Bu sorunun cevabı CO Art.656c/2’de düzenlenmiştir. Buna göre; genel kurulu toplantıya çağırma, toplantıya katılmak, bilgi alma ve inceleme hakkı ve talepte bulunma hakkı olarak sayılmıştır.

İsviçre Hukuku’nda, CO Art.656c’de sayılmamış olan bazı hakların katılma senedi sahipleri tarafından (koruyucu) olarak kullanılabilmesi belirtilmiştir. Örnek olarak; bilgi alma hakkının bir yönünü oluşturan bilançonun açıklanması, başka bir deyişle, pasif bilgi alma

<sup>331</sup>Killias/ Bertholet, **Le contrôle spécial**, s.248.Esas sözleşme ile oy hakkına bağlı haklar tanınmazsa katılma senedi hamilinin genel kurula, yönetim ve denetim raporları hakkında bilgi edinmek ve onları incelemek ve özel bir denetleme yapılması için yazılı öneride bulunacağı düzenlenmiştir. (Bkz. Karayalçın, **İsviçre Borçlar Kanunu’nda Anonim Şirketler Hukuku Alanında Yapılan Değişiklikler**, s.22). Türk Hukuku’nda katılma senetlerine benzer, katılma intifa senetleri mevcuttur. İsviçre de katılma senetlerinin yerini, Kurumsal Yönetim İlkelerinin (*corporate governance*) uygulanmaya başlaması ile oy hakkı olan pay senetleri almıştır. **Pulaşlı**, kurumsal yönetimin, icra yetkisine sahip olan yöneticiler vasıtasıyla şirketin etkili bir şekilde yönetilmesini sağlayan ve hissedarların çıkarları açısından da önemli bir teşvik unsuru olduğunu düşündüğü için oy hakkından yoksun hisse senetleri ile bağdaşmadığını belirtmiştir. Bu nedenle İsviçre’de çoğu şirket oy hakkından yoksun katılma senetlerini, oy hakkı olan pay senetlerine (*Stammaktie*) dönüştürmektedir. Bkz. Hasan Pulaşlı, “Yönetim Kurulu Üyesinin Bilgi Alma Hakkı ve Mahkemeden Özel Denetim İstemesine İlişkin Koşullar, İsviçre Federal Mahkemesinin (BGE133 III 133) 20 Aralık 2006 Tarih ve 4C278/2006 Sayılı Kararı”, **Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan C.II**, Turan Kitabevi, Ankara, 2010, s.1876.

<sup>332</sup>Pulaşlı, **Yönetim Kurulu Üyesinin Bilgi Alma Hakkı ve Mahkemeden Özel Denetim İstemesine İlişkin Koşullar**, (BGE133 III 133) 20.12.2006 T. ve S.4C278/2006 Kararı, s.1876.

<sup>333</sup>CO Art.656c/1’de, yönetim hakları bakımından katılma senedi hamilinin oy hakkı ve ona bağlı olan genel kurulu toplantıya davet etme, genel kurula katılma, öneride bulunma, yönetim ve denetim raporları hakkında bilgi edinme, onları inceleme ve özel denetçi isteme hakkı olmadığı düzenlenmiştir. Ancak CO Art.656c/2’de oy hakkına bağlı olan bu hakların esas sözleşmeye konulacak bir hükümle katılma senedi sahiplerine tanınabileceği düzenlenmiştir.



hakkı denilen hak böyledir. Nitekim CO Art.656c/3 hükmü de bunu doğrulamaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere katılma senedi sahiplerine ortaklığın esas sözleşmesi ile bilgi alma ve inceleme hakkı ile özel denetçi atanmasını isteme hakkı verilmesi bile, katılma senedi sahiplerine kanun bu isteklerini yazılı olarak genel kurula iletebilmelerine imkân tanımıştır<sup>334</sup>.

İsviçre Hukuku'nda katılma intifa senedi sahibine yasal oy hakkı bahşedilmemektedir CO Art.656a/1,656c/1. İsviçre kanunkoyucusu katılma intifa senedi sahiplerine CO Art.709 anlamında bir pay kategorisi de vermemektedir. Katılma intifa senedi sahipleri oy hakkı olmamasına rağmen oy hakkına bağlı olan hakları, bu hususta anonim ortaklığın esas sözleşmesinde hüküm olması koşuluyla kullanabilecektir<sup>335</sup>. CO Art. 656c1,2'de belirtildiği üzere, katılma intifa senedi sahiplerinin CO Art.697'de düzenlenen bilgi alma hakları yoktur. Bu hakkın esas sözleşme ile verilmemiş olması halinde CO Art.656c/3 uyarınca, katılma intifa senedi sahiplerinin bilgi edinmek için yazılı talepte bulunabileceklerini düzenlenmiştir.

Katılma intifa senedi sahibine esas sözleşme ile bu haklar verilmediği sürece, CO Art.656c/1,2 uyarınca, bilgi alma hakkı haksız olarak reddedilse bile bilgi alma hakkından yararlanamayacaktır. Bilindiği üzere CO Art.697'ye göre, bilgi alma veya inceleme hakkı haksızca reddedilen pay sahibinin şirket merkezinin olduğu yer hâkiminden bilginin kendisine sağlanmasını isteme hakkı vardır. Eğer esas sözleşme ile katılma intifa senedi sahibine bilgi alma hakkı verilmişse, bu hakkı kullanmak istediğinde, genel kurula katılıp sorularını sorabilme ve cevabını da bekleme hakkını kazanmış olur<sup>336</sup>. Bununla beraber katılma intifa senedi sahiplerinin CO Art.697a' da düzenlenen, özel denetim isteme hakkı da bulunmamaktadır. Ancak burada CO Art.656c/3 ile tıpkı bilgi alma hakkında olduğu gibi, katılma intifa senedi sahiplerine genel kurula yazılı bir talepte bulunma imkânı verilmiştir. Eğer bu hak esas sözleşme ile katılma intifa senedi sahibine verilmişse, CO Art.697a/1'i kıyasen uyguladığımızda, bilgi alma ve incelemeye ilişkin yazılı istemin, özel denetim isteminden daha önce yapılmış olması gerekmektedir<sup>337</sup>.

Esas sözleşme ile katılma intifa senedi sahibine bu hak (özel denetim isteme hakkı) tanınırsa ve istem genel kurul tarafından kabul edilirse, her bir katılma intifa senedi sahibinin

<sup>334</sup>Kaya, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı**, s.142-143.

<sup>335</sup>**Commentaire Romand**, s.536-537.,N.6-7.

<sup>336</sup>İsviçre de doktrinde CO Art.697/4 uyarınca hâkimden bilgi alma hakkını isteyebilmek için bu hakkın katılma senedi sahibine esas sözleşme ile verilmiş olması gerekmektedir. **Commentaire Romand**, s.548.

<sup>337</sup>“*Si les status confèrent ces droit aux participants*” İfadesinden de anlaşılacağı üzere, eğer esas sözleşmede bu hak verilirse bilgi alma hakkı ya da özel denetim isteme hakları kullanılabilir.

CO Art.697a/2'de her bir pay sahibi] ya da şirketin 30 gün içerisinde şirketin merkezinin olduğu yer hâkiminden özel denetçi atanmasını isteyebilecektir CO Art697a/2; 656c/2. İstemde bulunan katılma intifa senedi sahibinin CO Art.697e/3'e göre, açıklanan rapor hakkında değerlendirmelerini bildirme hakkı da olacaktır TTK m.442/3.

Eğer katılma intifa senedi sahiplerinin, özel denetim istemi kabul edilmez ya da cevapsız bırakılırsa, katılma intifa senedi sahiplerinden ve/veya pay sahiplerinden katılma senedi sermayesinin ya da esas sermayenin en az %10'unu temsil eden ya da payın ya da katılma senedinin nominal değeri 2000 000 CHF- CO Art.656a/2 olan kimselerin üç ay içerisinde hakimden özel denetçi atamasını isteyebilme hakları vardır. Bu istem hâkim tarafından kabul edilirse, özel denetçi tarafından hazırlanan rapor istem sahiplerince incelenebilecek ve ek soru sormaları için imkân verilecektir<sup>338</sup>.

Katılma intifa senetdi sahiplerinin oy hakkı olmadığı gibi, oy hakkına bağlı olan diğer hakları da bulunmamaktadır. Özel denetimin önemli bir maddi şartı olan, pay sahipliği haklarının kullanımı için gerekli olması koşulu göz önüne alındığında, katılma intifa senedi sahiplerinin özel denetim isteme haklarının bulunmadığı kanaatindeyiz. Zira katılma senedi sahiplerinin pay sahipliğine ilişkin haklara sahip olmadıklarını belirtmiştik. Ancak şirket esas sözleşmesinde bu hakkın katılma intifa senedi sahiplerine tanınmasına da bir engel yoktur. Zira şirket esas sözleşmesi oluşturulurken TTK m.340 göz önünde bulundurularak sözleşme serbestisi ilkesinin geçerli olacağını ifade etmiştik. Bu nedenle anonim ortaklıklar bu konuda takdir hakkını kullanabilmelidirler.

## F. Şirket Alacaklıları Ve İşçiler Açısından Özel Denetim

Özel denetim isteme hakkı, anonim ortaklığın alacaklılarına, işçilere, anonim ortaklığın denetim makamına (*organe de révision*) ve üçüncü kişilere verilmemiştir. Özel denetim isteme hakkının düzenlenmesinin nedeni, pay sahiplerinin haklarını korumaktır<sup>339</sup>. İsviçre Hukuku'nda da tüm pay sahiplerinin anonim ortaklık hakkında bilgi almak amacıyla özel denetim isteme hakkı olduğu buna karşın alacaklıların ve işçilerin bu hakka sahip

<sup>338</sup>Commentaire Romand, s.549., N.15-16-17.

<sup>339</sup>Killias/ Bertholet, *Le contrôle spécial*, s.248.

olmadıkları belirtilmiştir. Ayrıca doktrinde büyük bir çoğunluk bugün için özel denetim isteme hakkının bir pay sahipliği hakkı olduğunu düşünmektedir<sup>340</sup>.

### G. Pay Sahibinin Temsilcisi Açısından Özel Denetim

İsviçre’de CO Art.689b uyarınca; genel kurulda kendini temsil ettiren bir pay sahibinin temsilcisi, gerekli talimatları almışsa, bu açık talimat doğrultusunda özel denetim isteminde bulunabilir. CO Art.689b/I uyarınca temsilcinin, temsil edilenin talimatlarına uyması zorunludur. Temsil edilenin talimatının olmadığı hususlarda da temsilci onun (pay sahibinin) varsayımsal iradesine göre hareket eder. Bu durumda temsilcinin pay sahibinin bilinebilir ya da farazi iradesi doğrultusunda onun çıkarlarına göre hareket etmesi beklenir<sup>341</sup>. Oy hakkını da kapsayacak şekilde temsilci, temsil olunanın pay sahibinin somut veya genel talimatlarına göre hareket etmelidir, bunların yokluğunda ise temsil olunan pay sahibinin varsayımsal isteği doğrultusunda (*sa volonté hypothétique*) hareket etmelidir CO Art.689b/I<sup>342</sup>. Bunlar hakkında bilgisi olmadığı takdirde, oy kullanma hakkından vazgeçmeli ve oy kullanmamalıdır<sup>343</sup>.

Türk Hukuku’nda pay sahibinin temsili TTK m.425 ve 427’de düzenlenmiştir. TTK m.425’e göre; pay sahibi paylarından doğan haklarını kullanabilmek için genel kurula kendisi katılabilir ya da pay sahibi olan ya da olmayan bir kişiyi temsilcisi olarak genel kurula gönderebilir. Temsilcinin ilgili maddeye göre pay sahibi olmasını öngören esas sözleşme hükümleri geçerli değildir. O halde genel kurula katılma hakkının içeriğine; genel kuruldaki görüşmelere katılma, genel kurulda görüş beyan etme, sorular sorma ve önerilerde bulunma gibi haklar da dâhildir. Bu hakların temsilci tarafından kullanılabilmesi de ilgili maddeden net olarak anlaşılmaktadır. Özel denetim isteme hakkı bireysel bir hak olmakla beraber bu hakkın şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olmadığı belirtilmiştir. Bu nedenle özel denetim istemini bizzat pay sahibinin yapması gibi bir zorunluluktan bahsedemeyiz. O halde pay sahibi özel

<sup>340</sup>BaK- Hess, CO 656c; Zindel, 211; Casutt,73; Pauli,52., (**Commentaire Romand**, s.950).

<sup>341</sup>1991 Tarihli düzenlemeden önce İsviçre de CO Art.689 V şunu açık bir şekilde öngörüyordu: Pay üzerinde rehin hakkı olan ya da pay üzerinde ödünç hakkı olan, pay sahibinin çıkarlarına uygun hareket etmelidir. Bkz. (**Commentaire Romand**, s.875).

<sup>342</sup>CO Art.689/b’de; herhangi bir kimse sosyal hakları temsilci sıfatıyla yerine getirirken temsil edilenin talimatlarına uymalıdır. İkinci fıkrada ise, bir payın sahibi(payı elinde bulunduran), payı üzerinde rehin tesis etmişse veya ödünç vermişse, pay sahibi tarafından kendilerine özel bir izin belgesi verilmedikçe, sosyal hakları kullanamazlar. Demektedir.

<sup>343</sup>Schwarzenbach/Lerch, 29; Pauli,65; *contra* (aksi görüşte) Böckli,§ 12, N.292., (**Commentaire Romand**, s.950).

denetim isteme hakkını pay sahibi olan veya olmayan bir temsilcisi vasıtası ile de kullanabilir<sup>344</sup>.

Maddeye göre; katılma haklarını temsilci olarak kullanan temsilci kişi, temsil edilenin talimatlarına uyar. Temsilcinin talimatlara aykırı hareketi oyu geçersiz kılmaz<sup>345</sup>.

**Topsoy** maddede her ne kadar oy terimi kullanılsa bile bu hususun özel denetim için de geçerli olacağını belirtmiştir. Bu nedenle açıkça yetkilendirilmemiş olsa bile temsilci tarafından özel denetim istenmişse bu istem geçerli olacaktır<sup>346</sup>. Temsil edilenin temsilciye karşı hakları saklıdır.

İkinci fıkra da, hamiline yazılı pay senedini, rehin, hapis hakkı, saklama sözleşmesi veya kullanım ödücü sözleşmesi ve benzeri sözleşmeler sebebiyle elde bulunduran kimsenin, pay sahipliğine ilişkin hakları ancak pay sahibi tarafından tıpkı İsviçre Hukuku'nda CO Art. 689/b'de olduğu gibi kendisine özel bir yazılı belge ile yetki verilmişse kullanacağı konuları düzenlenmiştir. Ancak pay sahipliği senede bağlanmamışsa ya da nama yazılı pay senedi ve ilmühaberden doğmuşsa, temsilciye temsil yetkisinin yazılı olarak verilmesi kâfidir.

Hamiline yazılı pay senedine zilyed olan bir kişi ise zilyedliğini ispatlayarak başkaca bir temsil belgesi göstermeksizin ortaklığa karşı pay sahipliği haklarından doğan hakları kullanabilir TTK m.426. Taraflar arasında aksine bir sözleşme yoksa (aksi sözleşme ile kararlaştırılmamışsa) rehinli paylar genel kurulda rehinli alacaklı tarafından değil pay sahipleri (*propriétaire*) tarafından temsil edilir CO Art. 689b II. Payın sahibi (rehinli alacaklı değil, *non le gagiste*) özel denetim isteminde bulunabilir.

Türk Hukuku'nda da pay sahibi çeşitli sebeplerle hisselerini üçüncü kişilere tevdi ederek zilyetliğini devretmiş olabilir. Hisse senetlerinin pay sahipleri tarafından saklanmak üzere bankalara, yönetilmeleri amacıyla portföy danışmanlarına, yatırım yöneticilerine, saklama kuruluşlarına, rehin alacaklısına, aracı kuruluşlara ya da avukatlara tevdi edilmesi mümkündür. Bu ilişkiler çerçevesinde kendilerine hisse senedi tevdi edilen bu kişilerin genel kurula katılma ya da oy kullanma hakkı bulunmamaktadır. Fakat pay sahipleri tarafından hisse senetleri kendisine tevdi olunan bu kişilere yetki verilmişse bu kişiler "tevdi eden

<sup>344</sup>Topsoy/Ulusoy, **Anonim Şirket Pay Sahibinin Özel Denetim İsteme Hakkı**, s.300.

<sup>345</sup>Temsilcinin talimatlara aykırı hareket etmesi oyu geçersiz kılmayacaktır lakin temsilciyi temsil edilene karşı TBK m.42,43(3) ve vekâlet sözleşmesine ilişkin TBK m.389 uyarınca sorumluluk altına sokacaktır. [Bkz. Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku I, b.13., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.490].

<sup>346</sup>Topsoy/Ulusoy, **Anonim Şirket Pay Sahibinin Özel Denetim İsteme Hakkı**, s.300.

temsilcisi” olarak pay ve pay senetlerinden doğan katılma ve oy kullanma hakkını kullanabilirler.

Pay sahibi bu yetkiyi, genel kurula katılma ve oy kullanma yetkilerini, genel ya da özel bir yetki ile verebilir. Genel yetki, taraflar arasında yapılacak sözleşme uyarınca tevdi olunanın hisse senetlerinin zilyedi olduğu sürece genel kurula katılma ve oy kullanma konusunda yetki verilmesi iken, özel olarak yetkilendirme, tevdi edilene her bir genel kuruldan önce verilir<sup>347</sup>. Bu konu TTK m.429’da düzenlenmiştir. Tevdi eden temsilcisinin, kendisine tevdi edilen pay ya da pay senetlerinden doğan katılma ve oy haklarını tevdi eden adına kullanma yetkisi var ise, nasıl hareket edeceği hakkında talimat almak için, her genel kuruldan önce tevdi edene başvurmasının zorunluluğu düzenlenmiştir.

Bunların dışında yönetim kurulunun yerine geçen tasfiye memurlarının, iflas idaresinin ve kayyumun da özel denetçi isteme hakkı vardır<sup>348</sup>.

## **VI. Özel Denetim Hakkının Kullanılmasının Usûl ve Koşulları**

### **A. Genel Kurulun Özel Denetim İstemini Kabul Etmesi Halinde**

Genel kurulda kimlerin özel denetim isteme hakkının olduğunu yukarıda inceledik. Özel denetim isteminin kötüye kullanılmaması ve şirkete zarar vermemesi için, istem bir ön şartta ve bazı maddi şartların varlığına tabii tutulmuştur. Şimdi bu ön şartı ve maddi şartları inceleyelim.

#### **1. Özel Denetim İsteminin Ön Şartı: Önceden Bilgi Alma ve İnceleme Hakkının Kullanılmış Olması**

Pay sahibinin özel denetim isteyebilmesi için öncelikli olarak inceleme ya da bilgi alma hakkını kullanmış olması gerekir. Burada inceleme ya da bilgi alma haklarından birinin kullanılmış olması yeterli görülmüştür. Kanun koyucunun amacı; pay sahibinin bilgi edinmesine yönelik olarak ilk önce bilgi alma veya inceleme gibi yalın süreçlerin uygulanmasını sağlamaktır. Eğer bu hakların kullanılmasına rağmen pay sahibi tatminkâr bir

<sup>347</sup>Ayşegül Sezgin Huysal, Şirketler Hukuku- (9. Bölüm “Genel Kurul”) Editör: Sami Karahan, C.I, Konya, 2012, (s.515, 516, Bkz. dipnot:2)., Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu), **Ortaklıklar Hukuku I**, s.490.

<sup>348</sup>Domaniç, **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması (TTK Şerhi II)**, s.739, Narbay, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetim**, s.297.

sonuç (bilgi) edinememişse bu haklara nazaran daha girift bir yapısı olan özel denetim hakkının kullanılması öngörülmüştür<sup>349</sup>.

Kanunun gerekçesinde de ön şart olarak pay sahibinin bilgi almak istediği konu hakkında daha önce bilgi alma veya inceleme hakkını kullanmış olmasının aranacağı belirtilmiştir. Pay sahibi bu ön şartı gerçekleştirmiş olduğunu TTK m.422 uyarınca, genel kurul tutanağı ile ispat edecektir<sup>350</sup>. Genel kurul tutanağı; pay sahiplerinin ya da temsilcilerinin ve bunların sahip oldukları payların; gruplarını, sayılarını, itibari değerlerini, genel kurulda sorulan soruları ve bu sorulara verilen cevapları, alınan kararları, kararlarda verilen olumlu ya da olumsuz oyların sayılarını içermektedir. Bu ön şart özel denetimi bilgi alma hakkına bağlamakta ve iki kurumun birlikte yorumlanmasını gerektirmektedir<sup>351</sup>. Ön şartın varlığı bilgi vermenin baştan savarcasına yapılmasına engel olmaya yöneliktir<sup>352</sup>.

Özel denetimin amacı bir taraftan pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkını güçlendirmek diğer taraftan şirket içinde şeffaflığı sağlamaktır<sup>353</sup>. İsviçre Hukuku'nda da ifade edildiği üzere, özel denetim yapılmasına yönelik girişimde bulunmadan önce pay sahibi CO Art.697'ye uygun olarak inceleme hakkını özellikle de bilgilendirilme veya belgeleri, mektupları ve defterleri inceleme hakkını kullanmış ancak bir sonuç alamamış olmalıdır. CO Art. 697/1'e göre; genel kurul sırasında tüm pay sahiplerinin yönetim kurulundan şirket işleri hakkında ve denetim organının icrası ve denetime ilişkin sonuçlar hakkında bilgi isteyebileceği düzenlenmiştir.

Burada bilgi almanın konusunu şirketin faaliyeti ile ilgili ve bağlantılı olan her türlü hususun oluşturabileceği belirtilmiştir. Pay sahipleri yönetim kurulundan şirketin faaliyetleri

<sup>349</sup>Altay, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler**, s.61., Anonim şirketlerde bilgi alma ve inceleme hakkı özel denetim isteminin ön aşamasını oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle, özel denetim, bilgi alma ve inceleme hakkı kullanılarak başlatılan sürecin devamıdır. Bkz. Ersin Çamoğlu, "Limited Ortağın Bilgi Alma ve İnceleme Hakkının Kullanılması ve Sınırları" **Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan**, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., 2017, (s.143-162), s.152, dipnot:12'deki açıklamalar.

<sup>350</sup>O halde bilgi alma ya da inceleme hakkının kullanılmış sayılması için bilgi alma davasının açılmasının gerekli olmadığını kanun koyucunun iradesinden anlayabiliriz. Zira TTK m.438'in gerekçesinde de belirtildiği üzere, özel denetim isteminin ön şartının bilgi alma ya da inceleme hakkının kullanılmış olması bununda genel kurul toplantı tutanağı ile ispatlanacak olmasıdır. TTK m.422'de tutanağın; genel kurula sorulan soruları ve bu soruların cevaplarını içereceği konusu düzenlenmiştir. Eğer genel kurul tutanağından pay sahibinin bilgi vermekle sorumlu olan kişilere sorular yönelttiği anlaşılıyorsa bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılmış olduğunu kabul etmek gerekir. (Bkz. Kaya, "Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi", **Batider**, s.74).

<sup>351</sup>Özel denetim isteme hakkının kullanılmasının, daha önce aynı konuda bilgi edinme ve inceleme hakkının kullanılmış olması ön koşuluna bağlanmış olması, hakkın TTK m.437'de düzenlenen bilgi alma ve inceleme hakkı ile olan bağlantısını göstermektedir. Çamoğlu, **Limited Ortağın Bilgi Alma ve İnceleme Hakkının Kullanılması ve Sınırları**, s.152.

<sup>352</sup>Bkz. Gerekçe s.212.

<sup>353</sup>Killias/Bertholet, s.243.

hakkında bilgi alma hakkına sahiptirler. Fakat denetçilerden bilgi alma hususunda bir sınırlama söz konusudur. Bu sınırlama içeriğe ilişkin olup, denetçilerden denetimin icrası ve sonucu hakkında bilgi istenebileceği şeklindedir<sup>354</sup>.

CO Art.697/1' e göre bilgi vermekle yükümlü olanlar; yönetim kurulu ve denetçilerdir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere yönetim kuruluna şirketin tüm faaliyetleri hakkında denetçilere de yapmış oldukları denetim faaliyetinin icrası ve neticesi hakkında sorular sorulabilecektir. Bilgi alma hakkı CO Art.697/2 uyarınca pay sahipliği haklarının kullanılması için tıpkı özel denetim de olduğu gibi “gerekli” olmalıdır<sup>355</sup>. Şunu belirtelim ki, İsviçre öğretisinde pay sahipliğine ilişkin hakların kullanımı için ve ortaklığın ekonomik durumu hakkında bilgi elde edinebilmek için gerekli olması halinde, her konu bilgi alma hakkının da konusunu oluşturacaktır. Bu nedenle bilgi istenilecek konular; mali tablolar ve raporlar, ibra ve organ seçimleri gibi olağan ortaklık işleri ve anonim ortaklığın işleri hakkında makul ve maddi gerçeklere uygun sonuca varmayı olanaklı kılan ve gereklilik arz eden olaylardır<sup>356</sup>.

### a. İsviçre ve Türk Hukuku'nda Bilgi Alma ve İnceleme Haklarının, Özel Denetim Hakkı ile İlişkisi

İsviçre' de CO Art.697'de iki hak düzenlenmiştir<sup>357</sup>. İlki CO Art.697/1,2'de düzenlenen bilgi alma hakkıdır. Buna göre pay sahibi şirket organlarından ( prensipte sözlü

<sup>354</sup>Kaya, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı**, s.197.

<sup>355</sup>6102 sayılı TTK m.437/1' de, 6762 sayılı eTK m.362'de belirtilen; finansal tabloların, konsolide finansal tabloların, yıllık raporun ve kar dağıtım önerilerinin, pay sahiplerinin incelemesine hazır tutulması manasına gelen pasif ve geriye dönük (*retrospektif*) bilgi alma hakkı aynen korunmuştur. İkinci fıkrada tıpkı İsviçre'de olduğu gibi pay sahibinin bilgi alabileceği ilgililer; yönetim kurulu ve denetçilerdir. Denetçilerin bağımsız olması, bir diğer ifadeyle anonim ortaklığın organı olmamaları, onların bilgi vermekle yükümlü olmadıkları anlamına gelmemektedir. Ancak gerekçede de açıkça belirtildiği üzere, bu yükümlülere yalnızca sorumlu oldukları konular hakkında sorular sorulacaktır. Yönetim Kurulu, pay sahiplerine şirket işleri hakkında bilgi verir ve bu bilgi gündem ile sınırlandırılmamıştır. Denetçilere denetimin icrası yani denetimin yapılma şekli, uygulanan yöntemler, sondaj yolu ile yapılan denetimin hangi sıklıkla yapıldığı ve denetim de kaç uzmanın yetkili olduğu gibi hususlarda sorular sorulabilir. Denetimin sonucu ile kastedilen ise; rakamların ve raporlarda yer alan ifadelerin yorumlarıdır. Şunu belirtelim ki İsviçre Hukuku'nun CO Art.697/2'nin aksine, Türk Hukuku'nda bilgi alma hakkının kullanılması için pay sahipliği haklarının kullanılması için “gerekli” olması gibi bir koşul aranmamaktadır. Böyle bir koşulun aranıyor olması hakkın kullanılmasını tehlikeye sokardı. (Bkz. Gerekçe, s.210).

<sup>356</sup>Kaya, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı**, s.212-213.

<sup>357</sup>Nitekim Türk Hukuku'nda, TTK m.437/1'de pay sahibinin pasif ve geriye dönük bilgi alma hakkı, TTK m.437/2-5'te de aktif bilgi alma hakkı düzenlenmiştir. Aktif bilgi alma hakkı; bilgi isteme/alma ve inceleme hakkı olmak üzere birbirinden bağımsız taleplerden oluşmuştur. Aktif bilgi alma veya inceleme haklarından birinin kullanılmış olması, özel denetim isteminin ön şartını oluşturmaktadır. Bu nedenle özel denetim isteme hakkının bağlı bir hak olduğu kabul edilmektedir. (Kaya, “Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi”, **Batider**, s. 62-63).

olarak) şirketle ilgili işleri veya belgeleri getirmesini isteyebilir. İkincisi ise CO Art.697/III'te düzenlenen inceleme (şirket defterlerinin ve mektuplarının incelenmesi) hakkıdır. Bu hak pay sahibine, belgelerin orijinaleri hakkında ve şirket hakkında bilgi sahibi olma hakkı vermektedir. Bu iki hak arasındaki bağlantı, inceleme hakkının bilgi alma hakkının tamamlayıcısı ya da alternatifi olduğu şeklinde ifade edilmiştir<sup>358</sup>.

*Héritier Lachat*'ın belirttiği üzere burada pay sahibi tarafından direkt olarak bir belge incelenmek istendiğinde örneğin; yönetimin bir raporunda bahsedilen bir hususta verilen bilginin doğruluğunu/kesinliğini denetlemek isteyen pay sahibi, inceleme hakkını kullanarak aldığı bilgiyi tamamlamaktadır<sup>359</sup>. Federal Mahkeme bir kararında inceleme hakkının otomatik olarak bilgi alma hakkını kapsamadığını belirtmiştir<sup>360</sup>.

İsviçre'de CO Art.697/IV'de; bilgi alma hakkı veya inceleme hakkı haksızca reddedilen pay sahibinin şirket merkezinin bulunduğu yer hâkimine başvurabileceği düzenlenmiştir. Burada açılacak olan davaya bilgi alma davası (*l'action en renseignements*) denilmektedir. Burada öngörülen bir ifa davasıdır (*action en exécution*). Eğer anonim ortaklık, pay sahibinin bilgi alma hakkına cevap vermezse, pay sahibi hâkimden; bilgi alma hakkına ilişkin koşulların oluştuğunu doğrulamasını ve şirketin istediği belgelerin kendisine verilmesi hakkında karar vermesini isteyecektir. Aynı hak inceleme istemi reddedildiği hallerde de söz konusudur<sup>361</sup>. Bilgi alma davasında hâkim, pay sahibinin bilgi alma hakkına ilişkin koşulları sağladığına ve şirketin de bilgi vermek zorunda olduğuna karar verir<sup>362</sup>.

Pay sahibi bilgi alma hakkını elde etmek istediğinde özel denetim isteme hakkından önce bilgi alma hakkına öncelik vermelidir. Dolayısıyla bilgi alma hakkı ve inceleme hakkı

<sup>358</sup>(**Commentaire Romand**), s.935., N.6.

<sup>359</sup>Héritier Lachat, SJ 2006 II 3,5., (**Commentaire Romand**), s.935., N.6.

<sup>360</sup>ATF 132 III 71 c.2.1. (**Commentaire Romand**), s.935., N.6.

<sup>361</sup>(**Commentaire Romand**), s.935., N.7., Buna bilgi alma davası denilmektedir. Bilgi alma istemi haksızca reddedilirse şirketin merkezinin bulunduğu yer hâkimi bilgi isteme hakkına ilişkin kararını verir. CO Art.697/I-II'de ki koşullara uygun olarak istediği bilgi kendisine verilmeyen pay sahibine bu dava, gerektiğinde şirket tarafından gerekli bilgilerin verilmesine yönelik karar verilmesini sağlamaktadır. (**Commentaire Romand**), s.943., N.42.

<sup>362</sup>İsviçre'de CO Art.697'de (*Renseignements et Consultation*) başlıklı düzenlenen Bilgi alma ve İnceleme Hakkı; dört fıkradan oluşmaktadır. İlk fıkrada; her bir pay sahibinin genel kurul sırasında yönetim kurulundan; şirketin işleri, denetçilerden denetimin icrası ve sonuçları ile ilgili olarak bilgi isteyebileceği düzenlenmiştir. İkinci fıkrada; bilginin pay sahipliği hakkının kullanımı için gerekli olduğu hallerde verilebileceği belirtilmiştir. Ancak bu bilgi, şirket sırları ve şirketin korunmaya değer diğer menfaatleri söz konusu ise pay sahibine verilmeyecektir. Dolayısıyla bilgi alma ve inceleme hakkının sınırını; şirket sırları ve şirketin diğer menfaatleri oluşturmaktadır.



CO Art.697'de ön görülen haklar ile özel denetim hakkı arasında ikincillik (*subsidaire*) söz konusudur<sup>363</sup>.

Yönetimden şirketle ilgili olayların aydınlatılması ya da şirkete ait defterler ve belgelerin incelenmesi için bilgi alma hakkını kullanan (sorular soran) pay sahibinin eğer soruları cevapsız bırakılırsa, pay sahibi dilerse CO Art.697/4 uyarınca hâkimden isteminin bir sonuca bağlanmasını dilerse de CO Art.697a/1'de düzenlenen özel denetçi atanması isteminde bulunabilir. Özel denetim isteminde bulunabilmesi için, pay sahibinin önce zorunlu olarak yönetim kurulundan bilgi alma hakkını kullanması gerekmektedir<sup>364</sup>. Bu nedenle bilgi alma veya inceleme hakkının genel kuruldan özel denetim isteminde bulunmadan önce kullanılmış olması gerekmektedir.

Türk Hukuku'nda bilgi alma hakkının düzenlendiği TTK m.437 ile amaçlanan doğrudan doğruya ve öncelikli olarak pay sahiplerinin bilgilendirilmeleri ve haklarını gerek genel kurul içerisinde gerekse dışında etkili bir şekilde kullanmalarını sağlamaktır. Fakat bu hakkın özel denetim hakkının ön şartı olması TTK m.438,439 ve haklı nedenle fesih istemi TTK m.531 içinde temel oluşturduğu dikkate alınacak olursa, dolaylı sonuçlara sahip olduğu görülecektir<sup>365</sup>.

Bilgi alma ve inceleme hakkının özel denetim isteme hakkı ile ilişkisi incelenirken önemli bir konuyu da, bilgi alma veya inceleme hakkı haksız olarak reddedilen ya da cevapsız bırakılan pay sahibinin özel denetim isteme hakkını kullanması için daha önceden bilgi alma davası açmasının gerekli olup olmadığı sorunu oluşturmaktadır.

*Altay*'ya göre, özel denetim istenebilmesi için bilgi alma hakkının kullanılmasına ilişkin ön koşulun kullanılması yeterlidir. Bilgi alma davası kanunda da TTK m.437/5 açıkça belirtildiği üzere bilgi alma hakkı ya da inceleme hakkı haksızca reddedilen, ertelenen veya bu istemleri cevapsız bırakılan pay sahipleri tarafından reddi izleyen 10 günlük süre içerisinde

<sup>363</sup>(**Commentaire Romand**), s.934., N.4., Türk Hukuku'nda da *Kaya* özel denetim isteme hakkını bilgi alma ve inceleme hakkına bağlı olan tali/ikincil bir hak olduğunu belirtmiştir. (Kaya, "Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi", **Batider**, s.63)., Özel denetim istemi pay sahibi tarafından ikincil ve son araç olarak gidilebilecek bir yoldur. O halde pay sahibinin bilgi alma ya da inceleme hakkı kendisine yardımcı olamamışsa bu takdirde özel denetimi devreye sokabilecektir. (Bkz. Narbay, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetim**, s.301).

<sup>364</sup>Killias/Bertholet, s.249.

<sup>365</sup>Kaya, "Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi", **Batider**, s.63.

kullanılacak bir hak olup bu davanın açılması özel denetim isteme hakkının ve özel denetim davasının ön koşulunu oluşturmamaktadır<sup>366</sup>.

Pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkının cevapsız bırakılması, haksızca reddedilmesi ya da ertelenmesi veya verilen bilgilerin pay sahibini tatmin etmemesi gibi durumlar söz konusu olduğunda bilgi alma hakkı amacına ulaşamamış olur. Gerek bilgi alma hakkı gerekse özel denetim isteme hakkının amacını; yapılan araştırma/soruşturma ve elde edilen bilgiler ışığında pay sahibi tarafından sorumluluk davası açmak ya da pay sahibinin payını devretmesine yönelik karar alması oluşturur. Bunların yanında özel denetimin ayrıca önemli bir amacı daha vardır. O da mevcut bir sorunun tespit edilmesi ve bu konuda gerekli olan tedbirlerin alınması ve varsa konu ile ilgili sorumluların tespit edilmesidir.

*Topsoy*, kurucuların ya da yönetimden sorumlu kişilerin özel denetimden kaçmak veya yapılmasını ertelemek ya da kasden istemleri cevapsız bırakmak gibi davranışlarda bulunma ihtimalleri olduğunu belirtmiştir. Bu gibi bir durumda pay sahibinin bilgi alma hakkını öncelikle mahkeme aracılığıyla elde etmesini beklemek ve onu buna mecbur bırakmak özel denetimin amacı ile bağdaşmayacaktır.

TTK m.437/5' te; bilgi alma hakkı cevapsız bırakılan haksızca reddedilen pay sahibinin reddi izleyen 10 günlük süre içerisinde diğer hallerde de makul bir sürede şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine başvuruda bulunacağı konusu düzenlenmiştir. Her ne kadar madde de mahkeme kararının içeriğini; bilginin genel kurul dışında verilmesi ve bunun şekli oluştursa da yazara göre bilgi edinme hakkı mahkeme aracılığıyla sağlanmamaktadır. Burada, mahkeme kararı şirket organı yerine geçmemektedir<sup>367</sup>. Burada yazar sorunu tıpkı İsviçre'de olduğu gibi ikili bir ayrıma giderek çözmüştür. Pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkı cevapsız bırakıldığında ya da ertelendiğinde<sup>368</sup>, pay sahibinin seçimlik hakkı meydana gelecektir. Buna göre pay sahibi;

<sup>366</sup>Altay, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler**, s.64., Aynı yönde İsviçre Federal Mahkemesi de, pay sahibinin bilgi alma hakkını kullanmış olmasını yeterli görmüştür. Mahkeme ayrıca bilgi alma ya da inceleme hakkının mahkeme aracılığıyla kullanılmış olmasını gerekli görmemiştir. O halde bilgi alma ve inceleme haklarından tatmin olmayan pay sahibinin özel denetim isteme hakkı söz konusu olacaktır. BGE 133 III 133 E.3.2 S.135, BGer 4A\_554/2011, 10.02.2012. (BGE 138 III 246).

<sup>367</sup>Topsoy/Ulusoy, **Anonim Şirket Pay Sahibinin Özel Denetim İsteme Hakkı**, s.311-312.

<sup>368</sup>6102 sayılı TTK m.437/5'in gerekçesinde; bilgi alma ve inceleme hakkının pay sahibine verilen dava imkânı ile güçlendirildiği belirtilmiştir. Pay sahibi sadece bilgi alma ve inceleme istemi reddedildiğinde değil aynı zamanda bu istemi cevapsız bırakılır ya da tarafına cevap verilmesinin ertelendiği hallerde de bu davayı açabilecektir. Bilgi alma isteminin cevapsız bırakılmasının yetersiz hesap verme ilkesine uymayan cevapları da kapsadığı gerekçede belirtilmiştir. Bu nedenle *Topsoy*, bilgi alma hakkını kullanarak yetersiz cevap elde eden pay sahibinin TTK m.437/5'te düzenlenen dava açma imkânı ile TTK m.438'de belirtilen özel denetim isteme

dilerse TTK m.437/5'te düzenlenen bilgi alma davası açma hakkını kullanacak, dilerse doğrudan doğruya özel denetim isteme hakkından yararlanabilecektir. Başka bir ifadeyle yazar, istemin cevapsız bırakılmasının veya ertelenmesinin bilgi alma veya inceleme hakkının kullanılmış sayılması anlamına geleceğini belirtmiş, bu durumda pay sahibinin dilerse direkt özel denetim isteme hakkını kullanabileceğini ifade etmiştir<sup>369</sup>.

*Narbay* ise; bilgi istemi haksız olarak reddedilen, ertelenen veya cevapsız bırakılan pay sahibinin ilk önce TTK m.437/5'te düzenlenen bilgi alma davası imkânını kullanması gerektiğini belirtmiştir. Zira yazara göre bilgi alma ve inceleme hakkı ile özel denetim isteme hakkı ile ulaşılmak istenen hedef aynıdır. Pay sahibinin genel kurulda pay sahipliğine ilişkin haklarını bilinçli olarak kullanabilmesi, şirketin gidişatı hakkında sağlıklı bilgiler elde edebilmesi ve bunlara göre gerekiyorsa sorumlular hakkında sorumluluk davası açıp açmayacağına ilişkin karar verebilmesi için bilgiye sahip olması gerekmektedir. Genel kurul tarafından bilgi alma hakkına yönelik istem sonuçsuz bırakılırsa, mahkeme aracılığıyla bilgi alma hakkına erişilebilecektir. Bu nedenlerden dolayı pay sahibi bu imkânı kullanmadan direkt olarak özel denetim isteme hakkını kullanamaz. Ancak mahkeme tarafından verilen bilgiler de pay sahibini tatmin etmez ya da şüpheli konuları yeterince aydınlatmazsa işte bu noktada pay sahibi için özel denetim isteminin ön şartı gerçekleşmiş olacaktır<sup>370</sup>.

*Kaya*, TTK m.437'de düzenlenen bilgi alma hakkının hedefinin; pay sahiplerinin bilgilendirilmesi, aydınlatılması ve pay sahipliğine ilişkin haklarını gerek genel kurul içerisinde gerekse de dışında etkin olarak kullanabilmelerini sağlamak olduğunu belirtmiştir. Bilgi alma hakkı TTK m.437/2-5 uyarınca genel kurulda kullanılır<sup>371</sup>. Bilgi alma hakkının amacı, pay sahiplerinin aydınlatılmasıdır. Finansal tabloların, yıllık faaliyet raporlarının ya da denetime ilişkin raporların genel kurula sunulmasını temin edinilen bilgilerin kamuyu aydınlatma ilkesi içerisinde değerlendirmek gerektiğinden, bunları bilgi alma hakkı içerisinde değerlendirmemek gerekir<sup>372</sup>. O halde bilgi alma hakkı dediğimiz hak; pay sahibinin talebine

---

hakkını kullanma konusunda seçimlik hakkının söz konusu olacağı konusunda görüş bildirmiştir. (Bkz. Topsoy/Ulusoy, **Anonim Şirket Pay Sahibinin Özel Denetim İsteme Hakkı** s.312.

<sup>369</sup>Topsoy/Ulusoy, **Anonim Şirket Pay Sahibinin Özel Denetim İsteme Hakkı**, s.312., Güzin Üçışık/Aydın Çelik, **Anonim Ortaklıklar Hukuku**, C.I, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 683.pay sahibinin TTK m.437/5'deki imkanı kullanmasının, özel denetim istemesine engel oluşturmayacağını belirtmiştir.

<sup>370</sup>Narbay, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetim**, s.302.

<sup>371</sup>Kaya, "Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi", **Batider**, s.64, Altay **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler**, s.62.

<sup>372</sup>Anonim ortaklık, kamuyu aydınlatma çerçevesinde kanunen işletme ilgilileri olarak adlandırılan çok geniş ya da daha dar bir kitleye dönemsel olarak ya da sürekli olarak bilgi vermekle yükümlüdür. Diğer bir anlamda anonim ortaklığın içinde bulunduğu durum ve faaliyetlerinin kamuya açıklanmasında iç ve dış kamuyu aydınlatma (*ekterne und interne publizitaet*) olarak tüm işletme ilgililerine yönelen bilgi verme ve yalnızca pay

dayanan ve bizzat onun aktif olduğu bir haktır<sup>373</sup>. Hak, hukuken korunan çıkarların gerçekleştirilmesi amacıyla, hukuk düzeni tarafından kişiye sağlanan ve kullanılması onun iradesine bağlı olan bir hukuk kudretidir<sup>374</sup>. Hak kavramının tanımına baktığımızda hakkın dava yolu ile ileri sürülmesi ya da korunması şartına bağlı olmadığını görüyoruz. Yazara göre hakka dayalı olarak dava açmak, hakka bağlı olmakla birlikte, maddi anlamda hakla özdeş değildir. Hak sahiplerine tanınan dava açma imkânı, hakkın muhatapları tarafından ihlal edilmesi durumunda hak sahibinin korunmasını sağlayan bir yoldur.

Bu nedenle dava açma hakkı ve yetkisi kendiliğinden bağımsız bir varlığa sahip olan ve hakkın korunmasına hizmet eden bir yoldur. Yazara göre bir hakkın tanımı ve içeriği dava hakkından yola çıkarak belirlenemez. Bu sebeple TTK m.437/5'te düzenlenen bilgi alma davası, bilgi alma ya da inceleme hakkının bir parçası olarak nitelendirilemez. Zira bilgi alma davası bilgi alma veya inceleme hakkını kuvvetlendirmeye yönelik bir imkândır. Dolayısıyla pay sahibinin bilgi alma veya inceleme hakkına yönelik ihlaller söz konusu olduğunda dava açma imkânının bulunması hakkın tanımını değiştirmemekte bilakis sahibine tanınan bu hakkı sağlamayı olanaklı hale getiren bir yaptırım aracı olmaktadır. **Kaya**, yukarıda açıkladığımız

---

sahiplerine yönelik olan, sadece onların başvurusunu olanaklı kılan bilgi verme ayrımı söz konusudur. Hem iç hem de dış bilgilendirmede en belirleyici özellik bu bilgilerin açıklanmasında pay sahiplerinin ya da diğer işletme ilgililerinin bir etkisinin bulunmaması, istemde bulunulmasa bile anonim ortaklığın bu bilgileri kanunen pay sahiplerinin ve de işletme ilgililerinin bilgisine sunma ve onların incelemelerine amade bulundurma zorunluluğu bulunmasıdır. Bu açıdan bilgi alma hakkının belirleyici vasıfları; spontan ve geriye dönük olmasıdır. Bu konuda ki bir değerlendirmeye göre bu yön pay sahibinin bilgi alma hakkının pasif yönünü oluşturmaktadır. Bu da eTK m.362'de düzenlenmiştir TTK m.437. **Kaya** konunun pay sahipleri açısından değerlendirilmesi halinde, bilgi alma hakkının bu yönünün kamuyu aydınlatma ilkeleri ile sıkı bir bağlantı içinde olduğunu hatta bu ilkenin gerekleri ile birebir çakıştığını belirtmiştir. Yazara göre, bu husus geniş anlamda bilgi alma hakkı içerisinde yer almakla beraber esas olarak kamuyu aydınlatma ilkelerine bağlı olarak değerlendirilmesi gereken bir konudur. Zira pay sahiplerinin ilgili belgelerin tanziminde ya da sunulmasında doğrudan bir etkileri bulunmamaktadır. Pay sahipleri tarafından istekte bulunulmasa bile kamuyu aydınlatma ilkeleri çerçevesinde yetkili organların eTK m.362 uyarınca söz konusu belgeleri pay sahiplerinin emrine amade tutmaları zorunludur. Bu nedenle eTK m.362 'de teknik ve gerçek anlamda bilgi alma hakkı değil, mali tabloların ve raporların pay sahiplerinin incelemelerine hazır tutulmasına ilişkin kurallar bulunmaktadır. O halde dar ve teknik anlamda bilgi alma hakkı, pay sahibinin etkili olduğu ve aktif bulunduğu yani ya bizzat kendisi ya da temsilcisinin talebi doğrultusunda kural olarak genel kuruldan bilgi verilmesi veya bu suretle bizzat inceleme yapılmasını istemesidir. Bu konuda Bkz. **Kaya**, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı**, s.52-53., Oysa, TTK m.437/1'deki düzenlemenin amacı; pay sahiplerinin hem önceki yılın hem de bu yılın esas belgelerini ki bunlar; finansal tablolarını ve gelir tablosunu karşılaştırmalı olarak incelemelerine imkan vermek ve ortaklığın geleceği hakkında fikir sahibi olmasını temin etmektir. Buradaki bilgilendirilme bilgi alma hakkının pasif yönünü oluşturmaktadır. Burada edinilen bilgiler kural olarak senede bir defa verilmekte olup, genel ve geçmişe dönük bilgilerdir. Ancak bu pay sahiplerine yeterli gelmemektedir. Zira onlar ortaklığın işleri, yönetimden sorumlu organların bu işler hakkındaki düşünceleri ve yönetimin denetlenmesi gibi konularda da bilgi sahibi olmak isteyecektir. Bu duruma göre pay sahipleri yolsuzluk, anonim ortaklığın kötü gidişatı ve özellikle de aciz halinin söz konusu olması durumunda bilgi alma hakkına başvuracaklardır. Bu nedenle kanunda genel kurul öncesi pasif bilgi alma hakkının yanında genel kurul sırasında pay sahibinin etkin olduğu aktif bilgi alma hakkı da TTK m.437/2'de düzenlenmiştir. Bkz. Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s.512-513.

<sup>373</sup>Kaya, "Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi", **Batider**, s.72.

<sup>374</sup>Tanım için Bkz. Ergun Özsunay, **Medeni Hukuka Giriş**, b.5, İstanbul, 1986, s.236., Kaya, "Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi", **Batider**, s.72, dipnot:18.

nedenlerden dolayı, özel denetim isteminde bulunabilmenin ön şartından anlaşılması gerekenin bilgi alma ve inceleme hakkının genel kurulda kullanılmasına ilişkin istemde bulunulması olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle bilgi alma veya inceleme hakkının kullanılmış sayılması için bu hakların dava yoluyla kullanılması ve açılan dava sonucunun beklenmesine gerek bulunmamaktadır<sup>375</sup>.

## b. Özel Denetimde Kişisel Ayniyet Sorunu

Bilgi alma hakkını kullanan pay sahibi ile özel denetim isteminde bulunan pay sahibinin aynı kişi olması gerekmemektedir. Buna (*subsidiarité procédurale*) usulde ikincillik diyebiliriz. İsviçre’de bazı yazarlar<sup>376</sup> özel denetim isteminde bulunan kişi ile bilgi alma hakkını kullanan kişinin aynı olması gerektiğini belirtmiştir. Zira bu yorumun özel denetiminin amacına daha uygun olduğunu belirtmişlerdir. Bazıları<sup>377</sup> da bu yorumu katı bulmuş ve yukarıda da belirttiğimiz üzere bilgi alma hakkının kullanılmış olmasını yeterli bulmuş ve bu hakkın hangi pay sahibi tarafından kullanıldığının önemli olmadığını belirtmişlerdir.

Aksi görüşün (*Horber* ve *Böckli*) kabul edilmesi halinde, bilgi alma ve inceleme hakkının tek bir pay sahibi tarafından kullanılmasının tüm pay sahiplerinin bilgilendirilmesi üzerinde sonuçlar doğuracağını bunun da özel denetim istemeye hakkı olanları fazlasıyla sınırlandıracağını belirtmişlerdir<sup>378</sup>.

Türk Hukuku’nda *Narbay*, “konunun aynı olması” koşuluyla başka bir pay sahibi tarafından da diğer şartları yerine getirmek kaydı ile özel denetim isteminde bulunulabileceğini belirtmiştir. Yazara göre, bu yorum özel denetimle getirilmek istenen

<sup>375</sup>Kaya, “Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi”, *Batider*, s.72-73. Aynı yönde; Şener, *Ortaklıklar Hukuku*, s.518. Burada özel denetçi atanmasına ilişkin olarak pay sahibinin genel kurula başvurarak bilgi alma veya inceleme hakkını yetkili organlara yöneltmesi ancak bu isteminin reddedilmesi yeterlidir. Bunun dışında özel denetçi atanması için bilgi alma ya da inceleme hakkının TTK m.437/5’e göre dava yoluyla kullanılması gerekli değildir., *Özkan* özel denetçi atanmasını isteyen pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkının dava imkânı ile sağlanmış olmasının şart olmadığını belirtmiş ve mahkemenin burada sadece pay sahibi tarafından bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılıp kullanılmadığına bakacağını belirtmiştir. (Bkz. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, s.405; Böckli, s.409, Özkan, *Özel Denetim*, s.38’den naklen). Kanımızca pay sahibi tarafından, bilgi alma ve inceleme haklarının kullanılmış olduğu genel kurul tutanağı ile ispatlanırsa, (bilgi alma hakkı haksızca reddedilse ya da cevapsız bırakılsa da) pay sahibi, özel denetim isteme hakkının ön koşulunu yerine getirmiş sayılmalı ve isterse TTK m.437/5’teki bilgi alma davasını açabilmeli veya dilerse direkt olarak genel kurula özel denetim isteminde bulunabilmelidir.

<sup>376</sup>Bu yazarlar (Horber, Böckli).

<sup>377</sup>Gabrielli, Bak-Weber, Montavon, Pauli.

<sup>378</sup>Pauli, s.100 (Güven, *Anonim Şirketler Hukukunda Özel Denetim*, s.146’dan naklen).

amaca uygundur. Zira anonim ortaklıkta herhangi bir pay sahibi bilgi alma ya da inceleme hakkını kullanmış olmasına rağmen elde ettiklerinden yeterince bilgi edinememiş dolayısıyla verilen bilgiler onu tatmin etmemiş olabilir. Ayrıca bu pay sahibi özel denetim için getirilen sınırlamaları fazla karışık bulması nedeniyle bu bireysel hakkını kullanmayabilir.

Bu noktada başka bir pay sahibi tarafından daha önceden herhangi bir pay sahibinin bilgi alma veya inceleme hakkının kullanıldığı lakin bilgilerin onu yeterince aydınlatmadığı ileri sürülerek özel denetim istenebilecektir. Aksi halde aynı konuda özel denetim isteyen pay sahibinin de bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmış olması gerekecektir ki bu yorum TTK m.438/1'den çıkarılacak bir yorum olarak görülmemiştir<sup>379</sup>.

**Pulaştır**, TTK m.438/2'de “şirket” veya “her bir pay sahibi” ifadesinden genel kurulda bilgi alma ve inceleme hakkını kullansın ya da kullanmasın, özel denetim isteminin kabul edilmesi halinde her bir pay sahibinin mahkemeden özel denetçi atanmasını isteme hakkı olduğu anlamının çıkarılacağını belirtmiştir. Nitekim yukarıda belirttiğimiz üzere bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılmasından sonra özel denetim istenebilmesindeki aşamalar mantıklıdır. Zira pay sahibi yönetim kurulu ve denetçilerden edindiği bilgilerden sonra özel denetim isteyip istemediğine karar verecektir.

Ayrıca herhangi bir pay sahibinin isteği doğrultusunda genel kurul tarafından özel denetçi atanmasına karar verilmişse bu kararı yerine getirmek için ortaklık tüzel kişiliği adına yönetim kurulu ya da her bir pay sahibinin (ki bu pay sahipleri genel kurulda bilgi alma veya inceleme haklarını kullanmış olsun ya da olmasın) mahkemeden özel denetçi atanmasını isteyebilecektir<sup>380</sup>.

Sonuç olarak şayet genel kurul özel denetim istemini uygun görmüşse bu karar bir genel kurul kararı olarak tüm pay sahipleri için geçerli olduğundan her bir pay sahibinin mahkemeye istemde bulunabilmesi mümkündür. Yazar ayrıca her bir pay sahibi olmasa bile yönetim kurulunun icra organı olarak ortaklık tüzel kişiliği adına mahkemeden istemde

<sup>379</sup>Narbay, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetim**, s.296-297., Aynı yönde Bkz. Güven, **Özel Denetim**, s.147. Konu hakkında **Moroğlu**, mahkemeden özel denetçi isteminde bulunan azlığın, genel kuruldan özel denetçi atanması isteminde bulunmuş olan azlık olmasının gerekmediğini belirtmiştir. Yazara göre, mahkemeden özel denetçi atanması isteminde bulunan azlığın, oy hakkından yoksun olup olmamasının da bir önemi bulunmamaktadır.(Bkz. Moroğlu, **Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi**, s.78).

<sup>380</sup>Konunun aynı olması şart olmakla birlikte bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmış olan pay sahibi ile özel denetim isteminde bulunan pay sahibinin aynı kişiler olması gerekli değildir. Zira bir pay sahibi, bilgi alma ve inceleme hakkını kullanarak almış olduğu bilgilerden tatmin olmuşken diğeri aydınlanmamışsa bu pay sahibinin aynı konuda özel denetçi atanması isteminde bulunması mantıklıdır.

bulunmasının bir zorunluluk olduğunu belirtmiştir. Aksi halde genel kurulun kararını yerine getirmediği için yönetim kurulunun sorumluluğu söz konusu olacaktır<sup>381</sup>.

Özel denetim isteminde bulunan pay sahibinin bilgi alma hakkını kullanan pay sahibi ile aynı olması gerekmez. Ancak özel denetim isteminin içeriği bilgi alma istemininkine uygun olmalıdır. Burada bilgi alma ya da inceleme hakkının konusuna elverişli olmayan bir husus hakkında özel denetim isteminde bulunulamaz. Buna da (*sudsiarité matérielle*) malzemenin ikincilliği denilmektedir<sup>382</sup>.

Bilgi alma hakkının veya inceleme hakkının kullanılması koşullarının bir ön şart olarak öngörülme nedeni bu hakkın kötüye kullanılmasının önüne geçmek böylece şirkete zarar verilmesi tehlikesini azaltmaktır<sup>383</sup>. Özetle, yukarıda hakkın niteliğini incelerken de belirttiğimiz üzere, özel denetim hakkı fer'i bir haktır. Burada, pay sahibinin öncelikle bilgi alma ya da inceleme hakkını kullanmış olması ön şartına bağlı bir hak vardır. Bu haklar kullanılmadan özel denetim isteminde bulunan bir pay sahibinin bu istemi reddedilecektir.

Yeni kanun, eski kanundan farklı olarak genel kurulda özel denetim istemi kabul edilsin ya da reddedilsin her iki halde de özel denetçi mahkeme tarafından atanacaktır. Ancak pay sahiplerinin genel kurula gitmeden doğrudan özel denetçi atanması istemlerini mahkemeye yapacakları, başka bir ifadeyle, doğrudan doğruya bu haklarını mahkeme nezdinde kullanacakları bir "talep" hakkı yoktur.

**Pulaşlı**, genel kurul kararı olmadan (lehte ya da aleyhte) mahkemeden özel denetçi atanmasını istemenin mümkün olmadığını belirtmiştir. Bu nedenle yazara göre pay sahibinin konu ile ilgili (lehte ya da aleyhte) verilmiş bir genel kurul kararını getirmesi, mahkemeye yapılacak istemin bir ön koşulunu oluşturacaktır<sup>384</sup>.

**Moroğlu** bilgi alma veya inceleme hakkının daha önceden kullanılmış olması ön koşulunun aranmasının, özel denetim isteme hakkının kullanılmasını geciktirecek olan bir husus olarak görmüş ve eleştirmiştir. Zira bu sayede hâkim (egemen) pay sahipleri/hâkim ortak, bu hakkını kullanmak isteyen pay sahiplerine önce "bilgi alma ve inceleme hakkınızı

<sup>381</sup> Pulaşlı, **Yönetim Kurulu Üyesinin Bilgi Alma Hakkı ve Mahkemeden Özel Denetim İstemesine İlişkin Koşullar**, (BGE133 III 133) 20/12/2006 T. ve S.4C278/2006 Kararı, s.1874.

<sup>382</sup> (**Commentaire Romand**), s.956., N.32-34., Altay, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler**, s.63. **Altay**, özel denetim istendiği hallerde, şayet pay sahibi tarafından özel denetim isteminin ön koşulu olan bilgi alma hakkı kullanılmakta ise, bilgi alma hakkı ile özel denetim isteme hakkının aydınlatmaya çalıştığı konular birbiriyle örtüşmelidir.

<sup>383</sup> Narbay, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetim**, s.299.

<sup>384</sup> Pulaşlı, **Yönetim Kurulu Üyesinin Bilgi Alma Hakkı ve Mahkemeden Özel Denetim İstemesine İlişkin Koşullar**, (BGE133 III 133) 20/12/2006 T. ve S.4C278/2006 Kararı, s.1873.

kullanın” şeklinde bir itirazda bulunabilecek ve süreci uzatacaktır. Bu itirazla da konu bir sonraki genel kurul toplantısına bırakılacak dolayısıyla bilgi edinmek isteyen pay sahipleri bilgi edinemeyecektir<sup>385</sup>.

Kanımızca konunun aynı olması şart olmakla birlikte, bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmış olan pay sahibi ile özel denetim isteminde bulunan pay sahibinin aynı kişiler olması gerekli değildir. Zira bir pay sahibi, bilgi alma ve inceleme hakkını kullanarak almış olduğu bilgilerden tatmin olmuşken, diğeri aydınlanmamışsa bu pay sahibinin aynı konuda özel denetçi atanması isteminde bulunması mantıklıdır. Burada daha önce genel kurulda bilgi alma ya da inceleme hakkının kullanıldığını gösteren genel kurul tutanağının sunulması önemlidir. Zira özel denetim isteminde bulunabilmenin bir ön şartı niteliğinde olan bilgi alma hakkının kullanılması, hakkın ikincil hak niteliğini de gösteren bir şarttır. TTK m.438 ve TTK m.439’daki istemin çekişmesiz yargı işi niteliği dikkate alındığında, çekişmesiz yargıda maddi anlamda ilgili olan kimseler verilen veya verilecek karardan hukuki durumları etkilenen ya da etkilenme ihtimali olan kişiler olarak tanımlanmaktadır. Takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerinde, talepte bulunanın her zaman maddi anlamda ilgili olması şart değildir. Bu durumda, talepte bulunan maddi anlamda ilgili olmadığı için hukuki yararının olmadığı söylenemez. Burada talepte bulunan şekli anlamda ilgilinin hukuki yararı kanundan ötürü var sayılmaktadır<sup>386</sup>. Özel denetim isteminin de çekişmesiz yargı işi olduğu göz önüne alındığında, bilgi alma hakkını kullanan pay sahibi ile özel denetim yapılması istemi ile mahkemeye başvuran pay sahibinin aynı kişi olması gerekmemektedir.

## 2. Özel Denetim İsteminin Tabi Olduğu Maddi Hukuka Özgü Koşullar

Özel denetim isteminin kabul edilebilmesi için ön şartın yanında iki maddi koşulun da bir arada bulunması gerekmektedir. Bu şartlar; özel denetimin konusunu aydınlatılmamış ve belirli olan olaylar oluşturmalı (*des faits déterminés*), özel denetimin pay sahipliği haklarının kullanılması bakımından gerekli olması (*nécessaire*) ve İsviçre ayrıca özel denetim isteminin bilgi alma ya da inceleme haklarına yardımcı/tali (*subsidiare*) bir nitelikte olmasıdır<sup>387</sup>.

<sup>385</sup>Moroğlu, 6102 sayılı TTK (Değerlendirme ve Öneriler), s.241.

<sup>386</sup>Aras, Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü, s.106. Maddi anlamda ilgilinin ilgili sıfatını kazanabilmesi için çekişmesiz yargıya bizzat katılması şart değildir. Şekli anlamda ilgili ise, takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerinde, talepte bulunmakla o çekişmesiz yargı işinin şekli anlamda ilgilisi sıfatını kazanır. Ibid, s.127-128.

<sup>387</sup>Killias/Bertholet, s. 249., Özel denetim pay sahiplerinin bilgi alma hakkının uzantısıdır. 5.11.2003 (PKG 2004 133; r12) Tarihli Kanton mahkemesinin kararında da sorulan soruların gerekliliği, istemin ikincilliği ve GK



Yukarıda da belirttiğimiz üzere, özel denetimin amacı, kanuna uygun olarak konusu şirket işleri olan ve aydınlatılmamış olayların araştırılıp, pay sahiplerinin bilgi alma ihtiyaçlarının karşılanmasıdır<sup>388</sup>. Bu nedenle özel denetim istemi, CO Art.697’de düzenlenen bilgi alma hakkının bir uzantısını oluşturmaktadır. Burada şunu belirtelim ki, özel denetim müessesesi, anonim ortaklığın organlarının özel hayatına veya şirkete yakın olan kişilerin hayatları hakkında bir inceleme yapmaz. Kısacası özel denetimin konusu şirket işleri ile sınırlandırılmıştır<sup>389</sup>.

### a. Özel Denetimin Konusunu Belirli Olayların Oluşturması

Bilgi toplama enstrümanı olarak özel denetim hukuksal problemlerin değil olayların aydınlatılmasına ve netleştirilmesine hizmet etmektedir<sup>390</sup>. Bu nedenle özel denetim pay sahibini ilgilendiren belirli olayları açıklığa kavuşturmak amacıyla yapılan bir inceleme aracı bir “açıklayıcı rapor” (*fact finding mission*)’dır<sup>391</sup>. Özel denetim genel kurul sırasında yönetim kurulu tarafından pay sahibine verilen cevapların eksik ya da yanlış olduğu durumlarda söz konusudur. Burada soru soran pay sahibi (davacı/*le demandeur*) şüphe duymasına neden olan ve özel denetim yapılmasını istediği konunun, kendisine yönetim kurulu tarafından genel kurulda verilen bilginin/bilgilerin olduğunu belirtir<sup>392</sup>.

*Altay*, pay sahiplerinin inceleme hakkına konu olan belgelerde TTK m.437/4 ya da genel kurulda müzakere edilen konularla ilgili olan veya paysahiplerine aktarılan bilgi ve belgelerde TTK m.437/2 netleştirilmesi gerekirken karanlıkta kalan noktalar söz konusu olduğunda bu hususların özel denetim isteme hakkına ilişkin maddi hukuk koşulunu sağlamaya aday olduklarını belirtmiştir. Bu nedenle pay sahibi tarafından bilgi alma ya da

---

sırasında bu soruların gereksiz yere sorulmaması gerektiği belirtmiştir. Bkz. Pierre Tercier, Walter A. Stoffel, **Das Gesellschaftsrecht 2005/2006. Le Droit Des Sociétés 2005/2006**, (RSDA 2006 p.435,437).

<sup>388</sup>BaK-Weber, N.16, (**Commentaire Romand**), s.951, N.8.

<sup>389</sup>Horber, 157; Pauli, 226, (**Commentaire Romand**), s.951, N.8.

<sup>390</sup>Özel denetim özel bir bilgi toplama aracı olup bir “*fishing expedition*” değildir. Ayrıca pay sahibi tarafından bilinmeyen belirli hususların açıklığa kavuşturulması için yapılır. *Fishing Expedition*: Rastgele sorular sorarak ya da çok geniş bir araştırma yapılmasını isteyerek karşı taraftan bilgi edinmeye çalışmak anlamına gelmektedir. Bkz. **Black’s Law Dictionary**, 8.édition, Bryan A. Garner, Thomson/West, United States of America, 2007., p.668., Özel denetim bir tahkikat aracı olarak olayların açıklığa kavuşturulmasına yardımcı olup inceleme konusunu “olaylar” oluşturmaktadır. (Bkz. Narbay, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetim**, s.304).

<sup>391</sup>Pulaşlı, **Yönetim Kurulu Üyesinin Bilgi Alma Hakkı ve Mahkemenin Özel Denetim İstemesine İlişkin Koşullar**, (BGE133 III 133) 20.12.2006 T. ve S.4C278/2006 Kararı, s. 1878.

<sup>392</sup>(**Commentaire Romand**), s.952, N.12., Nitekim Fransa’da da *Bordeaux* ilk derece mahkemesi, 09.11.2004 tarihinde verdiği bir kararında; pay sahibinin genel bir inceleme isteyemeyeceğini, şüphe duyduğu ya da incelenmesini istediği şirket işinin açıkça belirtilmesi gerektiğini ifade etmiş ve genel bir inceleme yapılmasına ilişkin özel denetim isteminin kabul edilmeyeceğine karar vermiştir. Bulletin 2006 IV, no:40, p.41.

inceleme hakkı kullanılmak suretiyle elde edilebilecek olan fakat ortaklığın yönetim kurulu ve bazı hallerde denetçiler tarafından açıklığa kavuşturulmamış olan konular pay sahipleri için önemlidir. Dolayısıyla bu hususlar hakkında pay sahiplerinin aydınlatılması gerekecektir<sup>393</sup>.

Sorulan sorunun konusu şirketin yönetimi ile ilgili genel bir kontrolü gerektiriyorsa bu istek kabul edilmeyecektir<sup>394</sup>. Zira özel denetim spesifik, “belirli olayların”<sup>395</sup> açıklığa kavuşturulmasını<sup>396</sup> sağlayan bir araçtır. Bu nedenle özel denetçi sadece somut ve belirlenmiş olayları inceler. Nitekim Federal Mahkeme bir kararında<sup>397</sup>, özel denetimde pay sahibinin bilgi alma ihtiyacının belirli bir konuya ilişkin olması gerektiğini belirtmiştir. Gereçede de açıklandığı üzere, “belirli olay” ifadesinden belli türde, nitelikte ve önemde olaylar kastedilmemektedir. “Belirlilik” ifadesi; belirli olay bağlamında tanımlanabilen, içerik ve sınırları belirli olan, genel nitelikte olmayan anlamına gelmektedir. Buna örnek olarak anonim ortaklığın herhangi bir işi, işlemi, kararı, ortaklığın finansal durumu ve ihtiyacı, hâkim şirketin (işletmenin) kararları ya da bunların anonim ortaklığa verdiği kayıplar gösterilebilir<sup>398</sup>.

<sup>393</sup>Altay, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler**, s.68.

<sup>394</sup>Özel denetim yalnızca anonim ortaklığın iç ilişkileri ile ilgili bilgi elde etmek amacıyla yapılan bir incelemedir. Dolayısıyla genel bir araştırma yapmaya yönelik özel denetçi atanması isteme kabul edilemez. Bu nedenle özel denetçi yıllık raporun tamamını bütünüyle incelemeyecek sadece pay sahipleri için karanlıkta olan ya da onların şüphesine neden olan noktaları inceleyecektir. (Bkz. Narbay, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetim**, s.305)., Bu konuda **Özdamar**, özel denetim müessesesinin şirketin genel gidişatı hakkında bilgi edinmek ya da ortaklığın kâr- zarar durumu ile ilgili bilgi alma amacı ile kullanılmayacağını belirtmiştir. (Bkz. Ulusoy/Özdamar, “Anonim Şirketlerde Özel Denetim”, **Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları**, s.54).

<sup>395</sup>Narbay, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetim**, s.304., **Özkan**, İsviçre’de belirli maddi keyfiyetin (*bestimmte Sachverhalte*) açıklığa kavuşturulması amacı ile özel denetim isteminde bulunulabileceğini belirtmiştir. (Bkz. Özkan, **Özel Denetim**, s.37)., Çamoğlu, **Limited Ortağın Bilgi Alma ve İnceleme Hakkının Kullanılması ve Sınırları**, s.152, dipnot:12. Fransa’da **Guyon**, Özel denetimin genel bir bilgi verme müessesesi olmadığını, şirkette yapılan belirli bir ya da birkaç işleme ışık tutan bir bilgi aracı olduğu belirttikten sonra bu şekilde özel denetim isteminde bulunanların mümkün olduğunca tam ve net bir şekilde bilgilendirilmeye çalışıldığını belirtmiştir. Bkz. Yves Guyon, “Expertise de Gestion”, **Jurisclasser des Sociétés 1985**, Fasc.134-D, p.1-13.

<sup>396</sup>Özel denetim, anonim ortaklığın ve paysahibinin menfaatiyle yakından ilgili olan ve daha önceden kullanılan bilgi alma ve inceleme hakkından tatminkâr bilgiler elde edilemediği hallerde karanlıkta kalan hususların aydınlatılması amacıyla yapılan ve bu sayede pay sahibine bir uzman incelemesi aracılığıyla bilgi sağlayan bir müessesedir. (Bkz. Ünal Tekinalp, **Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları**, b.2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s.290, N.16-101).

<sup>397</sup>ATF 123 III 261 c.3.a, JdT 1999 I 279; confirmé par TF (Tribunal Fédéral), 30.07.2004.

<sup>398</sup>6102 sayılı (TTK m.438) Gerekçesi, s.212., O halde özel denetim anonim ortaklıkla ilgili bazı işlerin, olayların, projelerin, inşaatların yapımı ve bunların akibeti hakkında pay sahiplerinin bilgi edinmesini temin etmeye yönelik olarak getirilmiş önemli bir müessesedir. (Bkz. Özdamar/Ulusoy, “Anonim Şirketlerde Özel Denetim”, **Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları**, s.54)., **Şener**’de özel denetimin konusunu yalnızca belirli vakıaların özellikle de şirket içi vakıaların oluşturduğunu belirtmiştir. Nitekim İsviçre ve Türk Hukuku’nda da belirtildiği üzere özel denetim; belirli, münferit ve somut olaylar hakkında yapılan bir incelemedir. Özel denetçi atanması halinde yönetim kurulu faaliyetlerinin kapsamlı bir şekilde incelenmesi imkânı yoktur. Birleşme sözleşmeleri, ortaklığa katılmalar, yönetim kurulu üyelerinin davranışları ve harcamaları hakkında özel denetim yapılması istenebilir. (Bkz. Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s.518-519).

**Kaya** “belirli olay” ifadesini yorumlarken, özel denetçi atanması isteminde bulunan pay sahiplerinin ya da azlığın genel olarak şirketin dışında olan ve çoğunlukla da şirket yönetimine dâhil edilmemiş olan kişiler olduklarını belirtmiştir. Yazar, bu kişilerin ortaklıkla olan ilişkilerinin sadece yapılan genel kurullara katılmak ve finansal tablolarla ilgili olarak hazırlanan raporlardan bilgi edinmekle sınırlı olduğunun dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir<sup>399</sup>. Bu nedenle, olayların belirli olması gerekliliği aranırken sadece her yönüyle somut bir şekilde ortaya konulmuş olan olaylar değil, çerçevesi az çok çizilebilen olaylarında belirlilik kapsamına dâhil edilmesi gerekliliğinden söz etmiştir<sup>400</sup>.

Özel denetimin konusunu, özellikle genel denetimin konusunu oluşturmayan olaylar oluşturmaktadır. Ancak özel denetimin belirli olaylarla sınırlı olması özel denetim istenebilecek hususların az oldukları anlamına da gelmemektedir. Örneğin özel denetim şirketin tüm ticari işlemleri hakkında yapılabilir<sup>401</sup>. Özel denetçi, genel denetçinin (*organe de révision*) aksine yönetime genel olarak bakmamaktadır. Aslında bu durum pay sahipleri içinde büyük bir zorluğu beraberinde getirmektedir. Zira yönetim hakkında yeterince açık bir fikre sahip olmak pay sahipleri için zordur. Bu durumda, hangi olayların özel denetimle incelenmesinin uygun olup olmadığını açıkça belirtmeleri de güçlük yaratabilecektir<sup>402</sup>.

Bununla beraber özel denetçi hukuki bir değerlendirmede bulunmaya ya da bir olasılık incelemesi yapmaya yetkili değildir. Burada olayların incelenmesindeki sınırı incelenen olaylar hakkında hukuksal bir değerlendirme yapılamaması oluşturmaktadır. Dolayısıyla özel denetçi olayların kanuna ya da esas sözleşmeye aykırı olup olmadığına ilişkin bir hukuki değerlendirme (*interdiction d’appréciation juridique*) yapamayacaktır<sup>403</sup>.

<sup>399</sup>Aynı yönde Fransız Hukuku’nda da özel denetimin, bilgiye ulaşma imkânı sınırlı ve bazı hallerde zor olan azlık pay sahiplerinin, bilgi alma haklarını garanti altına almaya yarayan bir sistem olduğu belirtilmiştir. Bkz. D. Schmidt, **Les Droits De La Minorité Dans La Société Par Actions**, 1970, cité par Raphael Contin et Henri Hovasse, **L’expert de Minorité Dans Les Sociétés Par Actions**, 1971, p.75.

<sup>400</sup>Kaya, “Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi”, **Batider**, s.77.

<sup>401</sup>Nitekim **Narbay**’ da özel denetim ile açıklığa kavuşturulabilecek olan konuların, şirketin her alanına ilişkin olabileceği hususunu belirtmiştir. (Bkz. Narbay, **Özel Denetim**, s.304). Konuya bilgi alma ve inceleme hakkı açısından değinen **Çamoğlu**, şirketin bütün işleri kavramı ile ilgili olarak, bu terimin TTK m.437/2’de kullanıldığını belirttiikten sonra, bu terimin şirketin bütün işlerini kapsadığını ve şirketin işlerinin aynı zamanda bilgi alma ve inceleme hakkının üst sınırını oluşturduğunu belirtmiştir. Yazar hakkın kapsamı açısından anonim ortaklıklarla limited ortaklıklar arasında bir fark olmadığını da belirtmiştir. Başka bir ifadeyle, şirketin bütün işleri ve hesapları terimi, bilgi alma ve inceleme hakkının kullanım alanını belirtmekte ve hakkın en geniş sınırını çizmektedir. Ancak bu ortağa genel bir denetim hakkı da vermemektedir. Bu nedenle ortağın, şirketin tüm işleri ve hesapları ile ilgili olarak genel bir bilgi istemesi mümkün değildir. Ortağın bu hakkını somut konulara özgülmesi gereklidir. **Çamoğlu**, **Limited Ortağın Bilgi Alma ve İnceleme Hakkının Kullanılması ve Sınırları**, s.151-152.

<sup>402</sup>Hirsch,417, Pauli,234, (**Commentaire Romand**), s.952., N.14.

<sup>403</sup>(**Commentaire Romand**), s.951, N.9.

Dolayısıyla özel denetçi, şirketle yapılan sözleşmeleri ve yönetim kurulunun hangi koşullarla bu sözleşmeleri imzaladığını ortaya koyar. Bu sözleşmelerle eğer şirket tarafından alışılmamış/ aşırı indirimler verilmişse, abartılı ücret ya da tazminat ödemeleri yapılmışsa ya da buna benzer şeyler varsa özel denetçi bunları araştırıp ortaya koyacaktır. Esasen özel denetçinin yukarıda da belirttiğimiz üzere incelemede bulunduğu olayların ya da şirket organları tarafından yapılan bir işlemin hukuka aykırılığı hakkında karar alma yetkisi bulunmamaktadır<sup>404</sup>. Ancak özel denetçi tarafından dağıtılan kâr payının kanuna uygun olarak yapılıp yapılmadığı<sup>405</sup> veya sermaye artırımında yeni pay alma hakkının kabul edilmemesinin esas sebepleri, nama yazılı senetlerin sahiplerinin pay defterine kayıt edilmeleri hususundaki şekli şartlara uygun davranılıp davranılmadığı gibi konuların da incelenebileceği belirtilmiştir<sup>406</sup>.

Özel denetim, pay sahiplerine özellikle de azlık pay sahiplerine pay sahipliğine ilişkin hakkını doğru bir şekilde kullanabilmesi için bir işle ilgili olarak doğru bir değerlendirme yapma ve işin iç yüzünü bilme hakkını da vermektedir. Özel denetim şirketin iç işleri ile ilgili olarak yapılmaktadır. Dolayısıyla şirketin herhangi bir ürününün piyasadaki durumu hakkında özel denetim istemi yapılamaz<sup>407</sup>.

Ayrıca hâkim gelecekle ilgili (muhtemel) bir dava hakkında olayın hukuka uygunluğu konusunda bir değerlendirme yapma hakkına sahip iken özel denetçi hiçbir koşulda gelecekle ilgili muhtemel bir olay hakkında hukuksal bir değerlendirme de bulunamaz<sup>408</sup>. Aynı şekilde özel denetçinin geçmiş, güncel ya da gelecekteki olaylarla ilgili hipotezler (faraziye, varsayım) ileri sürmesi ya da pay sahibi tarafından buna ilişkin soruların açıklama yetkisi bulunmamaktadır<sup>409</sup>. Ayrıca özel denetçiden yönetime ilişkin olarak genel ya da ortaklığın organlarının davranış olasılıkları hakkında da bir inceleme yapması beklenemez.

O halde özel denetim, belirli olayların açıklığa/aydınlığa kavuşturulması amacı ile yapılır. Bu nedenle soruların açık olması gerekmektedir. Şirket yönetimi hakkında genel bir etüt/araştırma yapılmasına yol açan sorular kabul edilmeyecektir. Aynı şekilde şirket muhasebesi hakkında da özel denetim yapılması söz konusu olabilir. Burada da genel olarak

<sup>404</sup>Killias/Bertholet, s.250.

<sup>405</sup>Şirket hesapları ve dağıtılan kâr'da özel denetimin konusunu ancak bu konularda şüpheli olan olaylar söz konusu ise oluşturabilir. Ancak burada da özel denetçiden şirketin kâr dağıtım politikası hakkında bir görüş vermesi istenemez. (**Commentaire Romand**), s.952, N.10

<sup>406</sup>Weber, Art.697a, N.17., Bkz. (Narbay, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetim**, s.304'den naklen)

<sup>407</sup>BaK- Weber, N.23; ATF 123 III 261 c.2.a, JdT 1999 I 279., (**Commentaire Romand**), s.952., N.13.

<sup>408</sup>Killias/Bertholet, s.250.

<sup>409</sup>(**Commentaire Romand**), s.951, N.9.

tüm muhasebenin incelenmesi değil karanlıkta kalan konuların belirlenip bunların özel denetçi tarafından incelenmesi istenecektir. Anonim ortaklığın yönetiminin incelenmesi mümkündür. Ancak bu incelemenin sınırını sorulan soruların belirliliği oluşturacak ayrıca yönetim politikaları hakkında özel denetçi hukuksal bir düşünce belirtmeyecektir<sup>410</sup>.

Özel denetimin inceleme konusunu; ortaklığın ya da pay sahiplerinin yaptıkları ticari işlerdir. Pay sahibi yöneticilerin ya da önemli bir pay sahibinin direkt ya da endirekt olarak aşırı ücretler aldıklarından şüpheleniyorsa bu durumun açıklığa kavuşturulması için dilekçesinde bunu belirtmelidir. Pay sahibi, şirketin olağanüstü bir zararı ya da kaybı hakkında bilgi edinmek istediğinde pay sahibine bunun hakkında hiçbir bilgi sağlanmamışsa bu durumu aydınlatmak pay sahibi için oldukça zahmetli ve zor olur<sup>411</sup>.

Özel denetim istenebilecek haller eski 6762 sayılı TTK m.348/2'de sınırlı olarak sayılmıştır. Ancak 6762 sayılı eTK' da da özel denetim istenebilecek haller ancak belirli konularda olabilir<sup>412</sup>. Bunlardan ilki şirketin kuruluşuna ilişkin bir suiistimaldir. Ancak özel denetim istemi kuruluş işlemlerinde olan yolsuzluklar için de istenebileceği için yeni kanunda yukarı da belirttiğimiz üzere anonim ortaklığın kuruluş işlemleri hakkında pay sahiplerinin şüphesi varsa bu konuda da özel denetim yapılabileceğini belirtelim. Bu nedenle 6102 sayılı TTK' da özel denetim istenebilecek haller sınırlandırılmamış bilakis paysahibinin menfaatine olacak şekilde genişletilmiştir.

Bu konuda TTK m.549'a baktığımızda; şirketin kuruluşu, sermayesinin artırılması ya da azaltılması ve birleşme, bölünme, tür değiştirme ve menkul kıymetler çıkarma gibi işlemleri ile ilgili belgelerin, izahnamelerin, taahhütlerin, beyanların ve garantilerin yanlış, hileli, sahte ya da gerçeğe aykırı olmaları ya da gerçeğin saklanmış olması ve diğer kanuna aykırılıklardan dolayı oluşan zararlardan dolayı bu belgeleri düzenleyenlerin ya da beyanları yapanların ve kusurlu oldukları takdirde bu kişilere katılanların mesûl olacakları düzenlenmiştir.

**Tunçay**, eski kanun döneminde kuruluşla ilişkin bir suiistimalin araştırıldığı hallerde aynı zamanda eTK m.305- TTK m.549'un göz önünde tutulması gerektiğinden söz etmiştir<sup>413</sup>. Bizce de özel denetimin yapılması aynı zamanda şirkette yönetim kurulu üyeleri tarafından yapılmış bir yolsuzluk hakkında sorumluluk davası açma imkânı verdiği için bu hüküm

<sup>410</sup>(**Commentaire Romand**), s.951, N.10.

<sup>411</sup>Killias/Bertholet, s.251.

<sup>412</sup>Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, b.11, s.392, N.642b.

<sup>413</sup>Tunçay, **Anonim Şirketlerde Hususi Murakıp Tayini**, s.744.

uyarınca da pay sahiplerinin TTK m.549' da belirtilen konular hakkında şüpheleri varsa bunların de özel denetçi tarafından denetlenmesini isteyebilmeleri gerekir<sup>414</sup>.

Gerekçede TTK m.549'da sorumluluğun; kuruluş, birleşme, bölünme, tür değiştirme, sermayenin arttırılması ya da azaltılması veya menkul ihracı gibi işlemler hakkında hazırlanan belgelerin doğru olmaması, gerçeği yansıtmaması, sahte ya da hileli olması halinde bunları düzenleyenlerin sorumlu olacağı düzenlenmiştir<sup>415</sup>. Bu durumların tespiti edilmesi için de pay sahiplerinin özel denetçi istemesi mümkündür.

Eski kanunda özel denetim istenebilecek ikinci bir hal de idari işlemlere ilişkin bir suiistimaldir. Burada suiistimali yolsuzluk gibi hususi manasında değil özellikle hukuk hükümlerinde kötü, fena, yolsuz ve yersiz kullanma olarak algılamamız gerekmektedir<sup>416</sup>. Burada **Tunçay**, idari işlemlere ilişkin usulsüzlüklere bakılırken eTK m.312 ve 346'nın<sup>417</sup>; TTK m.359 sıkı ilişkisi olduğunu ve bunlarla birlikte ele alınması gerektiğini belirtmiştir<sup>418</sup>. Üçüncü durumda eTK m.348/2'de kanun ya da esas sözleşmeye aykırılıktan söz etmekte ancak bu aykırılığın önemli bir surette olması gerektiğinin altını çizilmektedir. Yazar önemli aykırılığı tespit etmenin son derece güç olduğunu ifade ettikten sonra buna ilişkin şartın eTK m.381- TTKm.445-446-448'de genel kurul kararlarının iptalinin düzenlendiği hükümlerde de kanun ya da esas sözleşme hükümlerine ilişkin aykırılığın önemli nitelikte olması gerektiğini belirtmiştir. Son olarak özel denetim bilançonun gerçekliğinin tahkik (soruşturulması) amacıyla da yapılabilir<sup>419</sup>. Yukarıda da açıklandığı üzere bilanço ortaklığın gerçek durumunu yansıtacak şekilde hazırlanmalıdır.

## **b. Pay Sahipliğine İlişkin Hakların Kullanılabilmesi için Özel Denetimin Gerekli Olması**

TTK m.438/1' e göre pay sahiplerinin genel kuruldan özel denetim yapılmasını isteyebilmeleri için özel denetim isteminin, pay sahipliği haklarının kullanılması için gerekli olduğu hususunun net olarak ortaya konması şarttır. Özel denetim pay sahibinin güncel

<sup>414</sup>**Tekinalp**, özel denetimin Yönetim Kurulunun, üyelerinin ve yöneticilerin sorumluluklarına yol açan ve finansal tablolarla yakın bağlantısı olan bir denetim olduğunu belirtmiştir. (Bkz. Tekinalp, **Tek Kişi Ortaklığının Esasları**, s.290, N.16-101).

<sup>415</sup>6102 sayılı TTK m.549'un Gerekçesi, s.254.

<sup>416</sup>Tunçay, **Anonim Şirketlerde Hususi Murakıp Tayini**, s.744.

<sup>417</sup>6762 sayılı eTK m.312'de Yönetim Kurulu üyelerinin seçimi ve sayısı düzenlenirken, eTK m.346'da Yönetim Kurulu üyelerinin sorumluluğu konuları düzenlenmiştir.

<sup>418</sup>Tunçay, **Anonim Şirketlerde Hususi Murakıp Tayini**, s.744.

<sup>419</sup>Tunçay, **Anonim Şirketlerde Hususi Murakıp Tayini**, s.745.

hukuki bir menfaatine<sup>420</sup> cevap vermek için yapılır. Burada, dilekçe veren pay sahibinin her zaman güncel bir menfaati olmalıdır. Bunun anlamı, arzu ettiği bilgilere sahip olmadan pay sahipliğine ilişkin haklarını kullanamamasıdır<sup>421</sup>. Özel denetim pay sahibine anlaşılmayan veya hakkında şüphe olan bilgileri sağlamaya yöneliktir.

O nedenle yönetim kurulu tarafından verilmiş ve bilinen bilgiler hakkında özel denetim yapılması istenemez. Kanuna göre istenilen bilgiler tıpkı CO Art.697'de olduğu gibi pay sahipliği haklarının kullanılması için "gerekli" olmalıdır. Doktrin burada istenilen bilgi ile ulaşılmak istenen hak arasında fonksiyonel bir bağlantı aramaktadır<sup>422</sup>. Pay sahibi tarafından istenilen bilgiler elde edildikten sonra yönetime karşı gerekli bazı önemler almak gerekiyorsa; örneğin bir sorumluluk davası açmak gerekiyorsa fonksiyonel bağlantının varlığı verilen bilgilerden sonra net olarak anlaşılır. Bu bağlantı uyarınca verilen bilgiler pay sahiplerinin oy kullanma haklarını doğru bir şekilde kullanmalarını sağlamaya (örneğin yönetim kurulu üyelerinin seçilmesi)<sup>423</sup> veya genel kurul sırasında yapılan tartışmalara bilinçli olarak katılmalarını sağlamaya izin vermelidir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere özel denetim istemi ile pay sahibinin pay sahipliği haklarını kullanması arasında bir bağlantı aranmaktadır.

Özel denetimin yapılması pay sahibinin sosyal haklarını ya da en azından dava açma haklarını kullanabilmesi bakımından gerekli görünmektedir. Pay sahiplerine özel denetim ile verilen bilgiler onların, sosyal haklarını daha etkin kullanmalarını sağlar. Bu bilgiler ile pay sahipleri, kanıtlarını zenginleştirebilir ve bu bağlamda hem oy haklarını bilinçli kullanır hem de sorumlulara karşı sorumluluk davası açma imkânı da elde etmiş olur<sup>424</sup>. Örneğin;

<sup>420</sup>TTK m.438/1'in çekişmesiz bir yargı işi olduğu hususunu belirtmiştik. Genel kurulda, özel denetim (inceleme) isteminin kabul edilmesi halinde, mahkemeye yapılan başvuruda hâkim, başvuruyu yapan ilgilinin mahkemeye başvurma hakkı olup olmadığını inceledikten sonra, tıpkı nizalı kazadaki (çekişmeli yargıdaki) dava şartlarından biri olan, hukuki menfaate paralel olan, haklı bir menfaatin olup olmadığı hususuna bakacaktır. TTK m.438/1'de de *pay sahipliği haklarının kullanılması için gerekli olduğu takdirde* ifadesi ile bunu net olarak ortaya koymaktadır. Benzer bir durumun, kıymetli evrakın iptali talebinde de olduğunu görüyoruz. TTK m.651, eTK m.563'te, senedin iptalini isteme hakkının, sened üzerinde hak sahibi olma kavramı ile karıştırılmaması gerektiği belirtilmiştir. Sened üzerinde hak sahibi olmayan vekil, müstevdi gibi kişiler de iptali talep hakkına sahip olabilirler. Ancak bu durumda bile, lehine iptal kararı alınacak olan kişinin, hak sahipliğinin de ispatı gerekecektir. Örneğin, tevkil cirosu ile senedi devralan vekil, müvekkilinin sened üzerinde hakkı olduğunu ve bunun devam ettiğini ispat etmelidir. Zira vekilin iptal hakkı, müvekkilinin hak sahipliği sıfatının varlığına bağlıdır. Hanife Öztürk Dirikkan, **Kıymetli Evrakın Ziyarı ve İptali**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1990, s.63 ve dipnot:127'deki açıklamalar.

<sup>421</sup>BaK-Weber, N.25; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §35 N.29; ZR 2002, 38., (**Commentaire Romand**), s.952, N.15

<sup>422</sup>Pauli,249; BaK-Weber, N.25; Forstmoser/Meyer-Hayoz/Nobel, §35 N.29; *contra* (karşı görüş): Kunz, Münderteilenschutz,852., (**Commentaire Romand**), s.952, N.16.

<sup>423</sup>ATF 132 III 71 c.1,3; Pauli, 248; *contra* (karşı görüş): Druet, 80., (**Commentaire Romand**), s.952, N.16.

<sup>424</sup>Killias/Bertholet, s.251, Pay sahibi Yönetim Kurulu üyelerini ibra edip etmemeye ilişkin oy hakkını kullanmadan önce ya da haklarında sorumluluk davası açmadan evvel gerekliliği ispat ederek özel denetim

bilançonun kabulü/onaylanması ve borçlu olunmayan bir edanın iadesi davası aynı zamanda bir pay sahipliği hakkı olup, bu hususlarda özel denetim yapılmasına olanak verir<sup>425</sup>.

Özel denetim, şirketin ekonomik ve finansal durumunu etkileyen olaylara dayanmaktadır. Aynı zamanda şirketle direkt olarak ilişkisi olan kişilerin ( Yönetim kurulu üyelerinin, denetim organının (*organe de révision*) veya işçilerin) yapmış oldukları işlemlerden dolayı da özel denetim istenebilir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere özel denetim, şirket işleri ile sınırlıdır. Ancak bazen üçüncü kişilerle olan ilişkiler, pay sahiplerinin haklarını kullanmaları için önemli ise bu ilişkilerin içerikleri de özel denetime konu oluşturur. Özel denetim, bir şirket birleşme sözleşmesi ya da şirkete katılma hakkında da yapılabilir<sup>426</sup>. Bunların dışında özel denetçi isteme hakkının kullanılmasına ihtiyaç oluşturacak hallerde örnek olarak; esas sözleşme değişikliği, birleşme, bölünme, tür değiştirme, ortaklığın tasfiyesi, sermayenin artırılması ya da azaltılmasına ilişkin kararlar, organların seçilmesi ya da kâr dağıtılmasına ilişkin karar alınması gösterilebilir. Zira bu konularda pay sahiplerinin bilgiye ihtiyacı vardır<sup>427</sup>.

Buna karşın özel denetimin yapılabilmesi için pay sahipliğine ilişkin hakların kullanılması için gerekli olması koşulu pay sahibine şirket organlarının kişisel durumları hakkında ya da ortaklığa yakın olan kişilerin kişisel ve fiili durumları ile ilgili bilinen şeyler hakkında sorular sorma hakkı vermez. Ayrıca ihtiyaç duyulan bilgi bir rekabet yaratacaksa (ki bu durumda bilgi şirket tarafından verilmek istenmeyecektir) haklarını kullanması için bağlantılı olsa bile pay sahibi bu konuda özel denetim isteme hakkını kullanamaz<sup>428</sup>. Bu nedenle pay sahiplerinin şirket organlarının kişisel ilişkileri hakkındaki soruları ya da sordukları soruların şirketin rakiplerinin ilgisini çeken konularla ilgili olması gibi hallerde artık özel denetim istemi ile pay sahipliği hakları arasında fonksiyonel bir bağlantının bulunmadığı açıktır.

Buna göre pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkına ilişkin madde kuralı hakkındaki içtihatları kıyasen uyguladığımızda özel denetim isteminde bulunan pay sahibinin özel denetim gerektiği hususun gerçek olma olasılığını belirtmesi yeterli gelmez aynı zamanda bu istemin pay sahipliğine ilişkin haklarını kullanmak için gerekli olduğu hususunu

---

yapılması isteminde bulunabilir. (Bkz. Ulusoy/Özdamar, “Anonim Şirketlerde Özel Denetim” , **Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları**, s.54).

<sup>425</sup>ATF 123 III 261, JdT 1999 I 279., (**Commentaire Romand**), s.953., N.16.

<sup>426</sup>Killias/Bertholet, s.251.

<sup>427</sup>Arslan Kaya, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı**, Batider, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2001/IX, s.2, Dipnot:5.

<sup>428</sup>BaK-Weber, N.25, (**Commentaire Romand**), s.953, N.16.



kanıtlaması gerekir<sup>429</sup>. Burada pay sahibinin bağlantının gösterilmesi ya da ortaya konması yeterlidir. Bu durumda şunu belirtmek gerekir ki pay sahipliğine ilişkin hakların kullanılması için “gerekli” olduğu yönünde bir karine söz konusudur. O halde böyle bir bağlantının olmadığını ispat etmek aksini iddia eden tarafa düşecektir<sup>430</sup>.

Türk Hukuku’nda *Altay*, izah ettiğimiz ön koşulu yerine getirerek özel denetim isteminde bulunan pay sahibinin veya bu istemin genel kurul tarafından kabul edilmemesi halinde, özel denetim davasının davacısı olan pay sahibinin, pay sahiplerine hakkında bilgi verilmeyen bir konunun daha detaylı bir şekilde araştırılması için özel denetim yapılmasını istiyorsa, bu durumun pay sahipliği haklarını ilgilendirdiği konusunda, fiili bir karinenin oluştuğunu kabul etmek gerektiğini belirtmiştir. Yazara göre, pay sahiplerinin haklarını kullanacakları en temel ve en önemli yer genel kuruldur. Pay sahibinin bilgi alma hakkı ya da inceleme hakkı zarar görmüş ya da sekteye uğramışsa, pay sahibinin arzu ettiği bilgiye kavuşabilmesi için başvurabileceği en temel ve en esaslı yol bilgi alma davasının haricinde özel denetim yapılmasını istemektir. Bu nedenle pay sahibinin genel kurulda özel denetim isteminin reddi halinde mahkemede bu istemin pay sahipliğine ilişkin hususlar bakımından gerekli olmadığı konusunun ispat yükünün şirkete düşmesi gerektiğini belirtmiştir. Zira bilgiye sahip olan anonim ortaklık, pay sahipliği haklarının kullanılması için gereklilik olmasına ilişkin ilintiyi çürütebilmek için de son derece elverişli bir konumdadır. Başka bir ifadeyle, pay sahibi bilgiye vakıf olmadığı için bu bilgiye sahip olarak diğer pay sahipliği haklarını kullanabileceğini zor ispat edebilir<sup>431</sup>.

Zurich Kanton mahkemesi bir kararında<sup>432</sup> esasa ilişkin istemin özel denetim istemini engellemediğini belirtmiştir. Hâkim ancak paysahibinin haklı bir menfaati olmadığını düşündüğü takdirde (ki bu ispatla ilgili bir meseledir ve yönetimdeki usulsüzlüğe ilişkin açık kanıtlar konmazsa) bu istemi reddedebilecektir<sup>433</sup>.

Türk Hukuku’nda da 6102 sayılı TTK’ nın gerekçesinde ifade edildiği üzere bir diğer maddi şart da özel denetimin pay sahipliği haklarından biri olan oy hakkının kullanılması bakımından gerekli olmasıdır. Böyle bir maddi şartın varlık sebebi pay sahiplerinin oylarını bilinçli bir şekilde kullanabilmelerini sağlamaktır. Bu da ilgili konuda yeterli bilgiye sahip

<sup>429</sup>Pay sahipliği hakkı ile özel denetim konusu arasındaki ilişkinin (bağlantının) ispatı özel denetim isteminde bulunan pay sahibine aittir. (Bkz. Pulaşlı, **Yönetim Kurulu Üyesinin Bilgi Alma Hakkı ve Mahkemeden Özel Denetim İstemesine İlişkin Koşullar**, (BGE133 III 133) 20.12.2006 T. ve S.4C278/2006 Kararı, s. 1878).

<sup>430</sup>TF, 4.C/2002 du 4.06.2003. c.4.2.2; ATF 132 III 71 c.13, (**Commentaire Romand**), s.953, N.17.

<sup>431</sup>Altay, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler**, s.68-69.

<sup>432</sup>Uyuşmazlığın tarafları (UBS ve BK Vision AG).

<sup>433</sup>Killias/Bertholet, s.252.

olmakla mümkündür. Bu bağlantı (şart) ile pay sahibinin; şirket dışında menfaat sağlaması, şirkette alınacak bir karara engel olması ya da taktik bir üstünlük elde etmeye çalışması gibi amaçlarla özel denetim isteminde bulunup bu hakkını kötüye kullanması engellenmek istenmiştir<sup>434</sup>.

### 3. Özel Denetim İsteminin Aşamaları

Özel denetim istemi iki aşamalıdır. Bu aşamalardan ilki genel kurul sırasında bu istemin yapılmasıdır. İkinci aşamada hâkim tarafından özel denetçinin atanmasıdır. İkinci aşamaya hâkimin önündeki aşama da denebilir. Her iki aşamanın da zorunlu olduğunu belirtelim. Fakat ikinci aşamanın seyri genel kurulun verdiği karara göre iki farklı şekilde yürütülebilir<sup>435</sup>. Genel kurul tarafından özel denetim istemi kabul edilsin ya da edilmesin her iki halde de özel denetçi mahkeme tarafından atanmaktadır<sup>436</sup>.

#### a. Genel Kurulda Yapılan Özel Denetim İsteminde, Oyda İmtiyaz ve Oy Hakkından Yoksunluk

İsviçre Hukuku'nda ve Türk Hukuku'nda ilk olarak özel denetim isteminin genel kurul sırasında yapılması gerekmektedir. Özel denetim isteminin CO Art.700/3'e göre gündemde (*l'orde du jour*) belirlenmiş olması zorunlu değildir. Aşağıda gündeme bağlılık hususu ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Ayrıca özel denetim yapılması isteminin genel kurulda oylanmasında oyda imtiyazın azlık pay sahiplerinin CO Art.693/3-3 uyarınca korunabilmeleri için ertelenmiş olduğunu belirtelim. Buna göre CO Art. 693/1 oyda imtiyazlı paylarla ilgili olarak esas sözleşmede payların nominal değerine bakılmaksızın oy hakkının her bir pay sahibinin pay sayısı ile orantılı olarak kullanılacağı belirtilir. Öyle ki her bir payın bir oy hakkı vardır.

Maddenin üçüncü fıkrasında oyda imtiyazın; denetim makamının atanmasında CO Art.727, yönetimin tüm işlemlerini ya da bazı işlemlerini incelemekle yükümlendirilen uzman

<sup>434</sup>6102 sayılı TTK m.438'in Gerekeşi, s.212., Özel denetim isteme hakkının kötüye kullanılması halinde şirket zarar görecektir. Bu zararlar; özel denetçiye ödenen ücret, özel denetçi atanması nedeniyle şirketin uğradığı maddi ya da manevi zararlardır. Şayet özel denetim yapılması hakkı pay sahipleri ya da azlık tarafından kötüye kullanılmışsa, şirketin müşterileriyle ve kredi veren bankalarla ilişkileri bozulabilir. Bkz. Alihan Aydın, "Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlığa Karşı Korunması", **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı**, İstanbul, 1999, (s.29-51), s.34.

<sup>435</sup>Killias/Bertholet, s.254.

<sup>436</sup>Topsay/Ulusoy, **Anonim Şirket Pay Sahibinin Özel Denetim İsteme Hakkı**, s.316.

bir kişinin atanmasında CO Art.731a/ III, özel denetim yapılmasına karar verilirken CO Art.697b ve sorumluluk davası açılmasına CO Art.754 karar verirken uygulanmayacağı açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla, İsviçre’de CO Art.693/3 uyarınca alınacak kararlarda oy hakkının pay sayısına göre belirlenmesi kuralının CO Art.693/1’in, uygulanmayacağı öngörülerek, oy hakkındaki imtiyazın sınırlandırılmasına gidilmiştir. Bu şekilde, yukarıda belirttiğimiz kararlar açısından genel ilkeye dönüleceği ve oy hakkının payların itibari değerine göre kullanılacağı belirtilmiştir<sup>437</sup>.

Burada oy hakkının imtiyazlı olduğu oranda kullanılamayacağı öngörülmüş olduğundan pay sahiplerinin oy hakkından yoksunluklarından değil oyda imtiyazlarından yoksunluklarından söz edilebilecektir. Zira oy hakkından yoksunluğun olduğu hallerde, oy hakkında imtiyaza sahip olan pay sahipleri imtiyazları dâhil hiçbir şekilde oy hakkını kullanamamaktadırlar. Bununla birlikte oydan yoksunluğa ilişkin sınırlamalar yalnızca imtiyazlı pay sahipleri için değil genel olarak tüm pay sahiplerine yönelik olabilir<sup>438</sup>. İsviçre doktrinindeki hâkim görüş; özel denetim yapılmasına ilişkin istemde yönetim kurulu üyelerine oy hakkı verileceği şeklindedir<sup>439</sup>.

Türk Hukuku’nda da 6102 sayılı TTK m.479’e göre oyda imtiyaz eşit itibari değerdeki paylara farklı sayıda oy hakkı verilmesi ile tanınabilmektedir. Şunu belirtelim ki, oy imtiyazları; esas sözleşme değişikliği, ibra ve sorumluluk davalarının açılmasında uygulanmamaktadır. TTK m.479’un aksi ile kanıt yorumundan özel denetim yapılmasına ilişkin istemin genel kurulda oylanması sırasında imtiyaz haklarının kullanılmasında hukuki bir sakınca olmadığı anlamı çıkmaktadır. Ancak oyda imtiyaz hakkının kullanılması halinde özel denetim isteminin genel kurulda kabulü zorlaşacağından üstelik bu durum özel denetim hakkının özüne de zarar vereceğinden ve kullanılmasını sınırlayacağından dolayı genel kurulda özel denetim yapılmasına ilişkin istemin oylamasında oyda imtiyaz hakkının uygulanmaması özel denetimin amacına daha uygun görünmektedir<sup>440</sup>.

<sup>437</sup>Abuzer Kendigelen, Makale:13, “İsviçre Hukukunda Oy Hakkında İmtiyazlı Paylar (*Stimmrechtsaktie*)” Makalelerim C.I: 1986-2001, İstanbul, 2006, s.376.

<sup>438</sup>Kendigelen, **İsviçre Hukukunda Oy Hakkında İmtiyazlı Paylar (*Stimmrechtsaktie*)**, s.376 ve dipnot:141’deki açıklamalar.

<sup>439</sup>BaK-Weber, N.32; Böckli,§ 16 N.36; Pauli, 111; aksi yönde görüş için; Tanner, 125, (**Commentaire Romand**), s.954, N.23.

<sup>440</sup>Topsoy/Ulusoy, **Anonim Şirket Pay Sahibinin Özel Denetim İsteme Hakkı**, s.318-319. TTK m.618/3b limited şirketlere ilişkin maddesinde oy hakkının esas sermaye paylarının sayısına göre belirlenmesi ile ilgili şirket sözleşmesi hükmünün açıkça özel denetçi seçilmesi halinde uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Bkz. a.g.e., s.319, dipnot:139).

*Narbay*, İsviçre'deki düzenlemeye benzer şekilde ülkemizde de genel kurulda özel denetim yapılması konusunda karar verilirken hem kararın alınmasının zorlaşmaması hem de özel denetim hakkının özüne zarar gelmemesi gibi nedenlerle TTK' da özel denetim oylamasında oy hakkına ilişkin imtiyazların geçerli olmayacağına ilişkin hükmün TTK m.479'da açıkça belirtilmesinin uygun olacağını haklı olarak belirtmiştir. Yazar aksi durumda anonim ortaklıkta pay sahibinin TTK m.438/1'de yer alan şartları sağlamış olmasına rağmen oyda imtiyazın söz konusu olduğu bir genel kurulda özel denetim yapılmasına ilişkin karar aldırabilmesinin zorlaşacağını ifade etmiştir<sup>441</sup>.

*Pulaşlı*, pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme hakkının düzenlendiği TTKm.437/4'de; şirketin ticari defter ve yazışmalarının incelenmesi için genel kurulun bu konuda açıkça verilmiş izni ya da yönetim kurulunun bu konu ile ilgili olarak alınmış bir kararının bulunması gerektiğini belirtmiştir. Yazar, gereken iznin alınması ile incelemenin "bir uzman" aracılığı ile yapılabileceği hususunun düzenlendiğini ifade etmiştir. Yazar söz konusu "uzman kişinin" "özel denetçi" olduğunu belirtmiştir. Bu durumda hem TTK m.399 uyarınca genel kurul tarafından seçilen denetçi ile hem de TTK m.437 uyarınca genel kurulun seçtiği özel denetçi seçiminde oy hakkındaki imtiyazların etkisizleşmesinin söz konusu olabileceği hususunun altını çizmiştir. Yazar, tasarıda yer alan ancak 6335 sayılı Kanun ile kaldırılan ve değişiklik öncesi TTK m.479/3(b)'de düzenlenen işlem denetçisi seçimi ifadesinin geniş yorumlanarak tıpkı İsviçre Hukuku'nda CO Art.693/3'de olduğu gibi özel denetçi seçilmesinde de oy hakkındaki imtiyazın etkisiz olacağı şeklinde yorumlanması gerektiğini belirtmiştir<sup>442</sup>.

Kanımızca mehzaz kanunda olduğu gibi özel denetçi atanmasında oyda imtiyazın kullanılmayacağına ilişkin hükmün TTK m.479/3'e eklenmesi yerinde olacaktır.

<sup>441</sup>Narbay, **Özel Denetim**, s.309.

<sup>442</sup>Hasan Pulaşlı, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Oy Hakkındaki İmtiyazın Sınırı ve Etkisiz Olduğu Haller", **Batider**, Y.Haziran, 2008, C.XXIV, S.3, s.24. Burada şunu belirtelim ki 6102 sayılı Ticaret Kanunumuz 6335 sayılı kanunla değiştirilmeden önce TTK m.479/3'de oy hakkındaki imtiyazın yalnızca üç halde etkisiz olduğu düzenlenmişti. Bunlardan biri de TTK m.479/3-b'de düzenlenen "işlem denetçisinin seçimi" idi. Bu bend 6335 sayılı kanunun m. 43(14) ile yürürlükten kaldırılmıştır. Yazar işlem denetçisi kavramının kapsamına hangi denetçilerin girdiğinin tespit edilmesinin son derece önemli olduğunu belirttikten sonra, işlem denetçisinin birleşme, tür değiştirme ve kuruluşla ilgili olarak ve sermaye artırımında söz konusu olduğunu belirtmiştir. TTK m.399'da yer alan ve anonim ortaklığın ya da şirketler topluluğunun finansal tablolarını denetleyen denetçinin genel kurul tarafından seçildiğini belirtmiştir. Yazar TTK m.437/4'te: "*şirketin ticari defterleriyle yazışmalarının, pay sahibinin sorusunu ilgilendiren kısımlarının incelenebilmesi için, genel kurulun açık izni veya Yönetim Kurulunun bu hususta kararı gereklidir. İzin alındığı takdirde inceleme bir uzman aracılığıyla yapılabilir.*" şeklindeki düzenlemedeki uzmanın özel denetçi olduğunu ifade etmiştir.

Diğer bir hususta oydan yoksunluğa ilişkin TTK m.436 hükmünün genel kurul sırasında yönetim kurulu üyelerinin özel denetim isteminin oylamasında oydan yoksun olup olmadıklarına ilişkindir. Bu hususta yasada açık bir düzenleme yoktur. TTK m.436/1’de pay sahibinin kendisi, eşi, alt ve üstsoyu ya da bunların ortak oldukları şahıs şirketleri veya hâkimiyetlerindeki sermaye şirketler ile şirket arasındaki kişisel nitelikte bir işe ya da işleme veya herhangi bir yargı kurumu ya da hakemdeki davaya ilişkin olan müzakerelerde oy hakkını kullanamayacağı açıkça belirtilmiştir. İkinci fıkrasında da; anonim ortaklığın yönetim kurulu üyeleri ile yönetimde görevli imza yetkisini haiz kişiler, yönetim kurulu üyelerinin ibra edilmelerine ilişkin kararlarda kendilerine ait olan paylardan doğan oy haklarını kullanamazlar.

*Moroğlu* ve *Narbay* oydan yoksunluğa ilişkin bu hükmün özel denetçi isteminin oylanmasında da dikkate alınması gerektiğini belirtmişlerdir<sup>443</sup>. Örneğin, özel denetçinin incelemesine sunulmak istenen belirli bir kuruluş ya da yönetim işlemi ile ilgili olarak anonim ortaklığa karşı kurucu, yönetici ya da denetçi sıfatıyla sorumlu bulunan kimseler özel denetçi seçiminde sahip oldukları oy hakkını ne kendileri ne de bir vekil aracılığıyla kullanamayacaklardır. Aksi halde seçimle ilgili genel kurul kararının eTK m.381 ve 361/son uyarınca iptalini dava edebilme imkânı doğacaktır<sup>444</sup>.

Yöneticilerin sorumluluğuna gidilecek bir konu hakkında özel denetim yapılması isteminde bulunulmuşsa, bu yöneticilerin genel kurulda, özel denetim oylamasında oy kullanmaları mümkün değildir. Aksi halde, TTK m.445’e göre bu genel kurul kararının iptal edilmesi gündeme gelecektir<sup>445</sup>. Nitekim (Alman POK §142/1, c.2)’de, özel denetçi atanması kararında yönetim ve gözetim kurulu üyelerinin oydan yoksun oldukları öngörülmüştür<sup>446</sup>.

AlmPOK (142/1)’in ikinci ve üçüncü cümlelerinde; yapılacak denetimin bir yönetim kurulu üyesinin ya da gözetim kurulu üyesinin ibrasını ya da anonim ortaklık ile yönetim kurulu üyesi ya da gözetim kurulunun bir üyesi arasındaki hukuki bir uyumsuzluğun

<sup>443</sup>Narbay, **Özel Denetim**, s.309, Moroğlu, “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi”, **Makaleler I-2001**, s.75. *Moroğlu* eTK m.374’ün özel denetçi seçiminde uygulanacağını belirtmiştir. Yeni kanunda özel denetçiyi atayacak olan makam genel kurul kararının olumlu ya da olumsuz olması hallerine bakılmaksızın mahkeme olduğu için, yeni kanunda özel denetim isteminin oylanması sırasında oydan yoksunluğun dikkate alınacağını belirtelim., Aksi görüşte Bkz. Ömer Teoman, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu (Oy Hakkından Yoksunluk)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1983, s.112-113.

<sup>444</sup>Moroğlu, “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi”, **Makaleler I-2001**, s.75. Aday, **Anonim Şirkette Özel Denetçi**, s.34.

<sup>445</sup>Narbay, **Özel Denetim**, s.309.

<sup>446</sup>Ömer Teoman, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu (Oy Hakkından Yoksunluk)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1983, s.112.

açılmasına bağlı olan işlemleri ya da olayları kapsıyorsa, genel kurulun bu doğrultuda alacağı kararda, yönetim kurulu ya da gözetim kurulunun bir üyesi ne kendisi adına ne de diğer bir üye adına oy kullanamayacaktır.

İkinci cümle hükmünde de genel kurulun bu kararında oylamaya katılmayan yönetim kurulu ya da gözetim kurulunun bir üyesi için oy hakkının başka biri aracılığıyla da kullanılmayacağı düzenlenmiştir<sup>447</sup>. Dolayısıyla yapılacak denetim yönetim kurulu üyelerinin veya gözetim kurulu üyelerinin ibrası ile ilgili ya da bu kişilerle anonim ortaklık arasındaki hukuki bir çekişmenin başlatılması ile ilgili olayları içeriyorsa, bu kişilerin kendileri adına ya da başkasını temsilen oy kullanmaları mümkün değildir. Yine (Alman POK § 142/1 c.3)'de oydan yoksun olan bir üyenin hesabına üçüncü bir kişinin de oy kullanmayacağı düzenlenmiştir<sup>448</sup>.

Türk Hukuku'nda *Teoman*, yönetim kurulu üyelerini oydan yoksun bırakmanın hiçbir haklı gerekçesinin bulunmadığını belirtmiştir<sup>449</sup>. Zira özel denetçi atanması yazara göre ortaklık ile pay sahibi arasında kişisel nitelikli bir hukuki işlem olarak nitelendirilmemelidir<sup>450</sup>. Burada yönetim kurulu üyesinin, ortaklık ile tıpkı bir üçüncü kişi gibi karşı karşıya bulunmadığı ve kişisel (özel) bir menfaat de gütmeyeceği belirtilmiştir. Bunların dışında özel denetçi atanmasının pay sahibi olan yönetim kurulu üyesi ile anonim ortaklık arasında şahsi bir davaya yol açmayacağını da ifade etmiştir. Eğer özel denetçinin

<sup>447</sup>Narbay, *Özel Denetim*, s.309., Dipnot:92.

<sup>448</sup>Teoman, *Oy Hakkından Yoksunluk*, s.112.

<sup>449</sup>Aynı yönde Bkz. Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, s.509, Yazar, genel kurulun özel denetim yapılması istemi hakkında karar alınırken yönetim kurulu üyelerinin de oy kullanabileceğini diğer bir ifade ile menfaat çatışması nedeniyle oy hakkından yoksun olmayacaklarını belirtmiştir. *Pulaşlı* İsviçre Hukuku'nda *Böckli*'ye katılarak menfaat çatışması nedeniyle ibra dışında başka bir yerde oy hakkından yoksunluk tanımamaktadır. (Bkz. Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, s.509 ve dipnot:430'daki görüşler).

<sup>450</sup>*Teoman*, (eTK m.374/1)'deki şahsi kelimesinden, pay sahibinin ortaklık ile yaptığı hukuki işlemin özel (kişisel) bir menfaat sağlamak amacıyla yapıldığını ve alınacak olan kararın da pay sahipliği sıfatı ile ilgisi olmadığını göstermekte olduğunu belirtmiştir. Esasen bir işin şahsi iş oluşturup oluşturmadığı hususundaki ölçütün, pay sahibinin o işlem yapıldığı sırada anonim ortaklık karşısında üçüncü bir kişi olarak yer alıp almaması ile ilgili olduğuna değinmiştir. Yazar burada önemli olanın aynı işlemin paysahibi olmayan bir kişi ile de yapılıp yapılmamasının mümkün bulunup bulunmadığının tespiti olduğunu söylemiştir. Bu soruya olumsuz cevap verildiğinde işlemin bireysel bir nitelik taşıdığı ve dolayısıyla pay sahibinin buna ilişkin kararda oy kullanamayacağını anlaşılmaması gerektiğini ifade etmiştir. *Teoman* yaptığı bu ayırım uyarınca ibranın, yönetim kurulu üyesi ile ortaklığı karşı karşıya getirmediğini ve üyenin bu durumda ortaklığın karşısında üçüncü kişi olarak da yer almadığını belirtmiştir. Burada yönetim kurulu üyesinin pay sahipliği sıfatından kaynaklı yönetime katılma hakkının bir sonucu olarak anonim ortaklığın faaliyetinde görev alması ve kendi şahsi menfaatini değil, bilakis ortaklığın menfaatini gözettiğini belirtmiştir. Bu nedenle yazara göre buradaki menfaatin ortaklığın menfaati ile çatışmamasından dolayı Yönetim Kurulu üyesinin aslında kendi ibrası lehine de oy kullanabilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Ancak eTK m.374/2'de açık bir hüküm ile kanunkoyucunun bu yolu kapattığını bu nedenle de bir kimsenin kendi işlemleri hakkında kendisini aklamasının kanunun kabul etmediğini ifade etmiştir. Bkz. Ömer Teoman, *Otuz Yıl Ticaret Hukuku- Tüm Makalelerim- C.II, 1982-2001*, "Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu Konusundaki Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi (1978-1982)", Beta Yayınevi, s.46-47.

raporu yönetim kurulu üyelerinin aleyhine sonuçlanırsa bu durum doğrudan doğruya ibra edilmeme sonucunu doğurmayacağı gibi sorumluluk davası açılması zorunluluğunu da bertaraf etmeyecektir. Yazar, genel kuruldan özel denetçi atanması istemini, bir azlık hakkı olanağı olarak gördüğü için eTK m.348/2 uyarınca genel kurul isterse, (%90) oranındaki çoğunluğun özel denetim istemini reddetmesi halinde bile azlığın mahkemeye başvurabilme imkânına sahip olduğunu, o nedenle burada yönetim kurulu üyelerini oydan yoksun bırakmanın pratikte hiç bir faydası olmayacağını düşünmektedir.

Kısacası azlık sıfatı her zaman esas sermayeye göre tespit edileceği için burada yönetim kurulu üyelerinin oydan yoksunluklarını bir an için kabul etsek bile bu paylar azlık sıfatının hesaplanmasında esas sermayeden indirilmeyecek ve özel denetçi atanmasını isteyenlerin kesinlikle oy hakkını kullanabilecek durumda olan (1/10) oranındaki payları temsil etmeleri aranılacaktır. Yazar, (eTK)'nın esas sermayenin (1/10)'una sahip olan ortakların bir araya gelmelerini öngörmesi nedeniyle, yönetim kurulu üyelerinin oydan yoksun kılınmalarının mahkemeye gitme biçimindeki azlık hakkına engel olmamasından dolayı burada azlığın korunduğunu da söyleyemeyeceğimizi belirtmiştir. Son olarak özel denetim istemi ister eTK m.348/1'e göre doğrudan doğruya isterse eTK m.348/2'ye göre azlığın istemi üzerine olsun genel kurul tarafından verilen red kararı aleyhine münferit pay sahiplerinin iptal davası açabilecekleri unutulmamalı ve bu olanağın azlık pay sahiplerince de kullanılabilmesi gözden kaçırılmamalıdır. Bu sebeplerden dolayı yönetim kurulu üyelerinin özel denetçi atanması oylamasında oydan yoksun bırakılmalarının haklı bir nedeni olmadığını ileri sürmüştür<sup>451</sup>.

**Pulaşlı**, genel kurul görüşmelerinde ve oylamalarında TTK m.436/1'deki kısıtlamaların dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Kural olarak pay sahiplerinin; eşleri, alt ve üst soyları ya da bunların ortağı oldukları şahıs şirketleri veya hâkimiyetleri altındaki sermaye şirketleri ile ilgili bir konuda özel denetim yapılması istenmişse buna ilişkin olarak yapılan genel kurul oylamasında oy kullanamamaları gerekmektedir. Ancak yazar buradaki kısıtlamanın yönetim kurulu için geçerli olmadığını bu nedenle yönetim kurulu hakkındaki bir özel denetim istemi için yönetim kurulu üyeleri ile onların maddede sayılmış olan hısımlarının oylamaya katılmalarında hukuken bir sakınca bulunmadığını belirtmiştir. Zira bu

---

<sup>451</sup>Ömer Teoman, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1983., s.112-113.

kişilerin genel kurulda özel denetim istemi oylaması sırasında, menfaat çatışması olması nedeniyle oy hakkından yoksun olmayacaklarını belirtmiştir<sup>452</sup>.

Kanımızca oydan yoksunluğa ilişkin TTK m.436/1 hükmünün, özel denetçi (incelemeci) atanması isteminin oylanmasında dikkate alınması gereklidir. Zira bu kişiler kendilerinin sorumluluğunu gerektirecek bir işlemle ilgili olarak özel denetim (inceleme) yapılmasına muhalefet edecek ve bilgiye erişilmesine engel olacaklardır. Özel denetimin (incelemenin) karanlıkta kalan hususların aydınlığa kavuşturulması amacı dikkate alındığında, oydan yoksunluğu düzenleyen TTK m.436 hükmünün özel denetim (inceleme) isteminin oylandığı genel kurulda da dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz.

### b. Genel Kurulda, Özel Denetim İsteminin Kabul Edileceği Nisab

Hem İsviçre’de hem de Türk Hukuku’nda özel denetim isteminin genel kurulda hangi nisab ile alınabileceği konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. İsviçre’de özel denetim istemi hakkında genel kurula katılanların oy çoğunluğuna göre karar verilecektir<sup>453</sup>. 6762 sayılı kanun döneminde de eTK m.348 uyarınca TTK m.438/1’e göre özel denetim istemi genel kurula yapılır. İstemin yapıldığı genel kurul toplantısı olağan ya da olağanüstü olabilir<sup>454</sup>. Nitekim gerekçede de ifade edildiği üzere, genel kurulda özel denetim isteminde bulunmak mahkemeye başvurabilmek için tüketilmesi gereken bir aşamadır<sup>455</sup>.

<sup>452</sup> Pulaşlı, Yönetim Kurulu Üyesinin Bilgi Alma Hakkı ve Mahkemeden Özel Denetim İstemesine İlişkin Koşullar, (BGE133 III 133) 20/12/2006 T. ve S.4C278/2006 Kararı, s.1873., *Teoman* ibranın anonim ortaklık ile Yönetim Kurulu üyesi arasında kişisel nitelikli bir işlem oluşturmadığını yani ibranın eTK m.374/1’in kapsamına girmediğini sadece mantıksal bir çelişkiyi önlemek amacı ile ayrı bir fıkrada bağımsız bir şekilde düzenlendiğini bu nedenle de yönetim kurulu üyesinin eTK m.374/1’de sayılan yakınlarının da kendilerinin bizzatı anonim ortaklığın yönetimine katılmadıkları sürece genel kurulda oy hakkına sahip olduklarını belirtmiştir. Yazara göre ortağın, yönetim kurulu üyeliğine seçilmesine ilişkin genel kurulda onun lehine oy hakkını kullanabilen yakınlarının ibra kararı alınması sırasında oy haklarından yoksun bırakılmalarının bir faydası olmadığını da belirtmiştir. Dolayısıyla yazar özel denetim istemi kararı alınırken de ibra kararı alınırken de ayrımı yapmadan yönetim kurulu üyelerine ve yakınlarına bu kararların alınması sırasında genel kurulda oy haklarını kullanabilme hakkının olduğunu belirtmiştir. Teoman, Otuz Yıl Ticaret Hukuku- Tüm Makalelerim-C.II, 1982-2001, “Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu Konusundaki Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi (1978-1982)”, s.47. Oysa İsviçre’de *Böckli* sadece ibra kararı alınması sırasında menfaat çatışması olacağını belirtmiş onun dışındaki kararlar için oy hakkından yoksun olmadıklarını belirtmiştir. [Bkz. Pulaşlı Yönetim Kurulu Üyesinin Bilgi Alma Hakkı ve Mahkemeden Özel Denetim İstemesine İlişkin Koşullar, (BGE133 III 133) 20/12/2006 T. ve S.4C278/2006 Kararı, s.1873, dipnot:49].

<sup>453</sup>Killias/Bertholet, s.254.

<sup>454</sup>Moroğlu, “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi”, *Makaleler I-2001*, s.71. Nitekim İsviçre’de de pay sahipleri şirket hakkında bilgi alabilmek için özel denetim istemini olağan ya da olağanüstü genel kurulda yapabilirler. (*Commentaire Romand*), s.954, N.21.

<sup>455</sup>Ali Paslı, (Bilgi Toplumunda Hukuk) *Ünal Tekinalp’e Armağan*, C.I, Beta, İstanbul, 2003, “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi”, s.617.



Özel denetim yapılmasına ilişkin karar için özel bir nisab aranmadığından karar genel kurulda salt çoğunluk (oy çokluğu) olağan karar nisabı ile alınacaktır<sup>456</sup>. 6762 sayılı kanun döneminde genel kurulun özel denetim yapılmasına ilişkin isteme hangi nisapla karar vereceği belirtilmemiştir. Bu nedenle, özel denetçi atanmasına ilişkin kararın eTK m.378-TTK m.418'de düzenlenen kurala göre, oy çokluğu ile alınması gerektiği belirtilmiştir<sup>457</sup>. Genel kurul, TTK ve esas sözleşmede aksine bir düzenleme ile daha ağır nisapların öngörüldüğü haller hariç sermayenin en az (¼)'ünü karşılayan pay sahiplerinin ya da bunların temsilcilerinin varlığı ile toplanmaktadır. Bu toplantı nisabının toplantı süresi boyunca korunması gerekmektedir<sup>458</sup>. Bu nisabı ağırlaştırılan esas sözleşme hükümleri de geçersizdir. Zira gerek pay sahiplerine gerek azlığa tanınan haklara ilişkin hükümler özellikle de özel denetime ilişkin madde hükümlerinin nisbî emredici nitelikte olduğunu belirtelim. Bu nedenle bu hükümleri iptidaen kaldıran ya da kısıtlayan esas sözleşme hükümleri ya da bu yolda alınmış bir genel kurul kararı geçersizdir<sup>459</sup>.

İsviçre'de de genel kurul nisabının değiştirilip değiştirilemeyeceği hakkında bir tartışma yapılmıştır. Sorulan soru esas sözleşme değişikliği ile bu nisabın yükseltilep yükseltilemeyeceğine ilişkindir.<sup>460</sup> Ancak tekrar belirtelim ki, Türk Hukuku'nda esas sözleşme ile daha ağır yeter sayılar getirilemeyeceği yukarıda da belirttiğimiz üzere kabul edilmiştir<sup>461</sup>.

<sup>456</sup> Narbay, **Özel Denetim**, s.307. Genel kurulun özel denetim istemi hakkında karar alabilmesi için mevcut payların mutlak çoğunluğu gerekir. Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, s.509.

<sup>457</sup> TTK m.418'de genel kurul toplantı yeter sayısı sermayenin en az dörtte birini karşılayan payların sahiplerinin hazır olmasıdır. İlk toplantı da bu nisaba ulaşılamazsa ikinci toplantıda herhangi bir nisab aranmaz. Karar yeter sayısı da toplantıda hazır bulunan oyların çoğunludur. 6102 sayılı TTK' da özel denetim isteminin görüşülmesi ve kabul edilmesine ilişkin özel bir yeter sayı öngörülmemiştir. Bu nedenle özel denetim yapılmasına ilişkin kararın 6102 sayılı (TTK m.418)'deki nisaba göre alınacağı bellidir. (Bu konuda Bkz. Topsoy/Ulusoy, **Anonim Şirket Pay Sahibinin Özel Denetim İsteme Hakkı**, s.317., Narbay, **Özel Denetim**, s.306).

<sup>458</sup> Narbay, **Özel Denetim**, s.307.

<sup>459</sup> Moroğlu, "Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi", **Makaleler I-2001**, s.70. Ayrıca yazar, GK'nın özel denetçi atanmasına ilişkin kararın oy çokluğu ile alınacağını belirtmiştir. Bu nisabı ağırlaştırılan esas sözleşme hükümlerinin ise geçersiz olduklarını belirtmiştir. Zira pay sahiplerine ve azlığa kanunen tanınmış olan denetleme hakkı ile ilgili hükümlerin ve eTK m.348'deki özel denetçi seçilmesini isteme hakkının nisbi emredici nitelikte hükümler oldukları, dolayısıyla bu tür hükümleri ortadan kaldıran ya da kısıtlayan esas sözleşme hükümleri ya da buna ilişkin alınan genel kurul kararlarının geçersiz olduklarını ifade etmiştir. (Bkz. Moroğlu, "Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi", **Makaleler I-2001**, s.74-75). Aynı yönde görüş bildiren *Narbay*'da özel denetim isteme hakkını tek bir pay sahibine tanıyan ve bu hususta ayrıca gündeme bağlılık ilkesinin de açık bir istisnası olarak düzenlenen özel denetçi atanması kurumunun amacı ile bağdaşmayacağı için genel kurul toplantı ve karar nisabının ağırlaştırılmayacağını belirtmiştir. (Narbay, **Özel Denetim**, s.308).

<sup>460</sup> Çoğunluk görüşü bu kararın esas sözleşme ile daha ağır yeter sayı getirilebileceğine inanmaktadır. Aksi görüşte olanlar; Gabrielli, 74; ZK-Tanner CO 706b N 37 et 45; Pauli, 113 yazar referans olarak: ATF 120 II 393 c.2, JdT 1995 I 571. (**Commentaire Romand**), s.954, N.23.

<sup>461</sup> (eTK m.348) nisbî emredici nitelikte olup bu nisabı ağırlaştırılan esas sözleşme hükümleri geçerli olmayacaktır. Bu nedenle genel kurulda özel denetçi atanmasına ilişkin kararın oy çokluğu ile alınacağına ilişkin olarak (Bkz. Aday, **Anonim Şirkette Özel Denetçi**, s.34, *Moroğlu*, pay sahiplerine ve azlığa tanınan bu hakkın esas sözleşme

### c. Genel Kurul Tutanağı ve Önemi

Genel kurul istemi kabul etse bile, 6762 sayılı kanunun eTK m.348 ve Alman POK 142'inci paragrafının aksine tarafsızlığın sağlanabilmesi ve kuruma daha çok güven kazandırılması gibi amaçlarla TTK m.438 ve İsviçre sisteminde özel denetçiyi mahkeme atamaktadır<sup>462</sup>. Özel denetim istemi genel kurul sırasında pay sahibi tarafından sözlü (*la forme orale*) olarak, pay sahibinin kendiliğinden genel kurul esnasında sorular yöneltmesi ile yapılabileceği gibi, pay sahibi yazılı (*écrite*) olarak da bu istemini genel kurul dışında da yapabilecektir. Zira özel denetim isteminde ve bu istemin içeriğinde, gündeme bağlılık ilkesi aranmamaktadır CO Art.700/III. Pay sahibi katılım hakkına sahip olmasa bile CO Art.699/3'e göre özel denetim yapılmasına ilişkin önerisini yazılı bir dilekçede belirtmek kaydı ile özel denetim isteyebilme hakkına sahiptir<sup>463</sup>.

Yönetim kurulu her ne kadar pay sahibinin bilgi alma hakkı ile tatmin edici bilgilere sahip olduğunu düşünse de, özel denetim yapılmasına ilişkin istemi genel kurulda oylamak zorundadır. Eğer bunu reddederse pay sahiplerinin alınan bu karar hakkında iptal davası açma (*une action en annulation de la décision*) ya da direkt olarak özel denetçi atanması davası (*l'action en institution du controleur spécial*) açma hakkı vardır. Zira yönetim kurulu tarafından özel denetim yapılmasına ilişkin istemin oylanması isteminin reddedilmesi, konu hakkında negatif bir karar verilmesi gibidir<sup>464</sup>. Bilgi alma hakkında da pay sahibi yönetim kurulundan şirket hakkında bilgiler isteyebilir. Ancak yönetim kurulu sorulan sorulara cevap hazırlayacak yeterli vakit bulamamış olabilir ya da sorulara objektif bir şekilde doğru cevaplar vermemiş de olabilir. Bu gibi durumda bilgi alma hakkı mahkemeden istenir<sup>465</sup>. Yönetim kurulu pay sahibinin bilgi alma ya da inceleme hakkı konusunda hareketsiz kalmışsa bu da

---

ile ya da genel kurul kararı ile ortadan kaldırılabilmesi ya da kısıtlanması (ağırlaştırılmasına) imkân olmadığını belirtmiştir. Bu nedenle (eBK m.20-TBK m.) uyarınca özel denetim hakkını kaldıran ya da kısıtlayan esas sözleşme klozu ya da genel kurul kararı batıldır. Böyle bir durum dürüstlük kuralına aykırı olmaması şartı ile dava ve def'i yolları ile süresiz olarak ileri sürülebilir. Yazar buna karşın, esas sözleşmeye ya da genel kurul tarafından özel denetçi atanması imkânını arttıran kayıtların örneğin esas sermayenin %5'ini temsil eden paylara sahip olan azlığın istemi halinde genel kurulun özel denetçi atamak zorunda olduğunu ifade etmiştir. (Bkz. Moroğlu, "Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi", **Makaleler I-2001**, s.70)., **Altay**'da ana sözleşme ile nisabın ağırlaştırılmayacağını zira bireysel ve azlık pay sahipliği haklarını güvence altına alan hükümlerin kamu düzenine ilişkin olduğunu belirtmiştir. (Altay, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler**, s.59, dipnot:21)., Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s.519.

<sup>462</sup>6102 sayılı TTK m.438'in Gerekçesi, s.212.

<sup>463</sup>Pauli, s.105, (**Commentaire Romand**), s.954, N.21.

<sup>464</sup>BaK-Weber, N.31, (**Commentaire Romand**), s.954, N.22.

<sup>465</sup>Casutt,76; BaK-Weber, N.31; Pauli, 110, (**Commentaire Romand**), s.954, N.22.

genel kurulda negatif bir karar (red kararı) alınmış olması gibi sonuç doğuracaktır<sup>466</sup>. Bu durumda pay sahibi özel denetim isteminde bulunabilecektir.

Genel kurul sırasında özel denetim yapılmasına ilişkin karar alındıktan sonra genel kurul tutanağı (*procès-verbal*) düzenlenecektir. Genel kurul tutanağı bilgi alma hakkının içeriğinin ne olduğunu, diğer bir ifadeyle, bu hak kapsamında verilen cevapların ne olduğunu içermelidir. CO Art.702/2.2. Ayrıca özel denetim yapılması istemine ilişkin yapılan oylama sonucunun da genel kurul tutanağına yazılması gereklidir. Pay sahibinin bilgi alma hakkını kullanması halinde kendisi tarafından sorulan soruların ve bu sorulara verilen cevapların genel kurul tutanağı ile düzenlenmesi önemlidir. Fakat uygulamada yalnızca pay sahibinin bilgi alma hakkını kullanmış olduğu ve sorduğu sorulara yönetim kurulu tarafından cevap verildiği keyfiyetinin tutanağa yansıtıldığı belirtilmiştir<sup>467</sup>.

*Altay*, genel kurul tutanağı ile pay sahibinin genel kurulda bilgi alma hakkını ne şekilde ve nasıl kullandığının ayrıca şirketin pay sahibinin bu hakkını kullanmasını nasıl karşıladığı gibi durumların tespitinin de önemli olduğunu belirtmiştir. Genel kurul tutanağının önemi, özel denetim isteme hakkının ikincilliği (bilgi alma veya inceleme hakkının kullanılmış olması) göz önüne alındığında daha da netleşecektir. Burada, pay sahibinin; özel denetim isteminde bulunabilmesi için, öncelikli olarak bilgi alma ya da inceleme hakkını kullanmış olması ve fakat bunların sonucunda tatmin edici bilgiler elde edememiş olması gerekir. Bununla birlikte, bu iki hak arasındaki bir bağlantı da pay sahibinin bilgi almak isteyip de alamadığı ya da tatmin edilemediği konulara ilişkin özel denetim yapılmasını isteyebilecek olmasıdır. Bu nedenle iki hak yönünden bir koşutluk söz konusudur. Yazarın da belirttiği üzere, bilgi alma hakkının konusunu oluşturan olaylarla özel denetim yapılması istenen konular birbiriyle örtüşmelidir<sup>468</sup>.

Bu durumun tespit edilebilmesi için genel kurul tutanağı son derece önemlidir. Bu noktadan sonra özel denetimin mahkeme süreci zorunlu olarak başlamaktadır. Genel kurul tutanağı, özel denetim isteminin genel kurul sırasında yapıldığına ve özel denetim yapılması istenilen konunun ne olduğuna ilişkin kanıt olmaya hizmet eder. Dolayısıyla pay sahibinin sorularının gerçekliğini ve bütünlüğü sağlayabilmek için özel denetim yapılmasına ilişkin önerisini yazılı olarak vermekte yararlı bulunmaktadır<sup>469</sup>.

<sup>466</sup>Pauli, 105, (*Commentaire Romand*), s.954, N.22.

<sup>467</sup>Altay, *Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler*, s.62.

<sup>468</sup>Altay, *Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler*, s.62.

<sup>469</sup>(*Commentaire Romand*), s.955, N.24.

Burada özel denetim yapılması istenilen hususların yazılı olarak verilmesi mahkeme sürecinde son derece önemlidir. Zira ister genel kuruldan özel denetim yapılmasına ilişkin kabul kararı çıksın ister red kararı çıksın her iki durumda da özel denetçi mahkeme tarafından atanacağı ve özel denetçinin çalışma alanı hâkim tarafından belirleneceği için hâkim dilekçe çerçevesinde hareket edecektir. Üstelik genel kurulda kabul kararı çıkmışsa<sup>470</sup> hâkim özel denetimdeki maddi koşulların oluşup oluşmadığını aramayacağı için usulen de taleple bağlılık ilkesi gereğince dilekçede belirtilen hususlara göre hareket edecektir. Kısacası hâkim dilekçede incelenmesi istenmeyen hususlarda özel denetçiye görev vermeyecektir<sup>471</sup>.

#### d. 6762 Sayılı Kanunda ve 6102 Sayılı Kanunda Özel Denetimde Gündeme Bağlılık İlkesi

6762 sayılı kanun döneminde, özel denetim isteminin eTK m.369-TTK m.413'ün bir istisnası olup olmadığı hususu tartışmalıydı. Konu hakkında doktrinde üç farklı görüş vardı. **Moroğlu**, gündemde yer almayan bir konu ile doğrudan doğruya ilgili olan diğer bir konu için bu konu gündemde yer almasa bile özel denetçi atanmasının istenebileceğini belirtmiştir. Yazar eTK m.369/son'daki gündeme bağlılık ilkesinin gündemle doğrudan doğruya ilgili olan konuların gündemde ayrıca gösterilmesi şeklinde yorumlamalarının doğru olmadığı kanaatinde olduğunu ifade etmiştir. Zira gündeme bağlılık ilkesinin getiriliş nedeni, pay sahiplerinin genel kurula katılırken ve oylarını kullanırken hazırlıklı ve donanımlı olmalarını sağlamak ve onları tabiri caizse oldu-bittilere karşı muhafaza edebilmektir<sup>472</sup>.

<sup>470</sup>Genel Kurulun red kararı karşısında TTK m.439 uyarınca açılacak özel denetim davası, kabul kararı halinde açılacak TTK m.438/2 davadan farklıdır. Zira genel kurulun istemi reddetmesi halinde anonim ortaklık ile denetim yapılmasını isteyen pay sahipleri arasında özel denetimin gerekliliği konusunda ihtilaf bulunmaktadır. Bu nedenle bu ihtilafın mahkeme tarafından giderilmesi gerekecektir. Bu sebeple mahkeme, genel kurulda red kararı çıkmışsa, TTK m.439'a dayanılarak açılmış olan özel denetim davasında, özel denetim koşullarının varlığını sınamakla yükümlüdür. (Bkz. Altay, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler**, s.60).

<sup>471</sup>Özkan, "**Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Özel Denetçi Atanması**", s.41.

<sup>472</sup>Moroğlu, "**Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi**", **Makaleler I-2001**, s.67., Aynı yönde görüş bildiren **Arslanlı** bilançonun müzakere edilmesi sırasında bu husus ile ilgili olarak herhangi bir pay sahibinin özel denetim yapılmasını isteyebileceğini belirtmiştir. Yazar esas olarak gündeme bağlı kalınmasını savunmaktadır. Ancak buna bazı istisnaların getirilebileceğinden söz etmektedir. Bilançonun ya da Yönetim Kurulunun yapmış olduğu bir işlemin onaya sunulduğu GK' da GK ya da azlık, gündemde açıkça bulunmasa bile re'sen özel denetçi tayin edilmesi yoluna başvuru olacaktır. [Yazarın görüşlerine yer veren yazarlar için Bkz. Domaniç, **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması (TTK Şerhi II)**, s.738, Dipnot:(2), Paslı, **Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi**, s.618, dipnot:(32)]. **Teoman**'a göre **Arslanlı**'nın eTK m.348'i ifade tarzından azlığın re'sen yolsuzluk iddialarını ileri sürebileceği ve özel denetçi atanmasını isteyebileceği sonucuna da varılabilir. (Bkz. Ömer Teoman, "**Anonim Ortaklıkta Azınlığın Genel Kuruldan Özel Denetçi Seçilmesini İsteme Hakkı ve Gündeme Bağlılık İlkesi**", **Otuz Yıl Ticaret Hukuku Tüm Makalelerim, C.I, (1971-1982)**, Beta Yayınevi, İstanbul, s.439). **İmregün Arslanlı**'nın görüşüne katılmamaktadır. Yazar gündeme bağlılık ilkesinin zaruri bazı istisnaları

Şayet gündemde yer verilen; bilanço, kâr ve zarar hesaplarının kabul edilmeleri gibi hususlarda yapılan görüşmeler sırasında kurulun aydınlatılabilmesi için özel denetçi atanması istemi gündeme bağlılık ilkesi ileri sürülmek suretiyle önlenirse; hem özel denetim müessesesinin hedefine ulaşmasına zarar verilmiş olacak hem de sırf gündem de yer almadığı gerekçesiyle ayrı bir genel kurul toplantısının yapılarak zaman ve maddi açıdan anonim ortaklığın zarar görmesine neden olunacaktır.

Ayrıca gündeme bağlılık ilkesinin ileri sürülmesi ile ilgililerin bir süre daha şüphe altında kalmaları ya da görevlerinde tutulmaları gibi durumlar ortaya çıkabilecektir. Gündemde yer almadığı gerekçesi ile özel denetimi istenilen hususun ertelenmesi ile ayrıca elde olan birçok delilin de zıya olma riski artacak ve bunun sonucunda gündeme bağlılık ilkesi kötüye kullanılmış olacaktır. Oysa eTK m.348'de “*umumi heyet, bazı muayyen hususların tetkik ve teftişi için lüzumu halinde hususi murakıp seçebilir*” hükmü de **Moroğlu**'nun görüşünü doğrulamaktadır. Ancak yazara göre bu maddenin gündeme bağlılık ilkesinin mutlak bir istisnası olduğunu da söylemek zordur. Zira bu durumda pay sahiplerinin önceden hesaba katabilme olasılığı bulunmayan durumlar karşılıklarına çıkabilir ve bu durum onların hem genel kurula katılma hem de oy kullanma haklarını negatif olarak etkileyebilir. Ayrıca özel denetim isteminin gündemde yer almasa bile kabul edilmesi ile genel kurul ortamı gündem dışı konuların tartışılarak asıl gündem maddelerinin tartışılmadığı bir yer haline getirilmiş de olur<sup>473</sup>.

---

olduğundan söz etmiştir. Sermayenin 1/10'una sahip olan azlığın, bilanço görüşmelerinin bir ay sonraya bırakılmasını, genel kurulun bazı hususların incelenmesi için gündem de olmasa bile özel denetçi seçebilmesini isteme hakkı olduğunu belirtmiştir. Gündemde bulunmasa bile organların GK' da azilleri teklif edilebilir ve bunların yerine yenileri seçilebilir. (Bkz. Oğuz İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, b.2, Kutulmuş Matbaası, İstanbul, 1970, s.92-93). **İmregün** özel denetçi tayin edilmesinin gündemdeki herhangi bir teklif şeklinde değil, müstakil bir talep tarzında olacağını belirtmiştir. Azlık eTK m.366-367-TTK m.411-412'e göre özel denetçi atanmasını istiyorsa bu maddeler uyarınca bu istemini gündeme ithal ettirme yoluna sahiptir. Lakin bu durumda lüzumsuz toplantı tekrarı ve gereksiz masraf yapılmış olacaktır. GK' nın gündemle bağlı olması ilkesinin amacı toplantıya katılmayan azlık pay sahiplerini koruyabilmektir. Yazar eTK m.370'de toplantıda tüm pay sahiplerinin hazır bulunması halinde böyle bir prensibin olmadığını da belirtmiştir. 1/10 azlığa tanınan bu hak, toplantıda ister tüm pay sahipleri hazır bulunsun ve aleyhte oy versin, istimal edilebileceğine ve azlığa tanınan haklar ekalliyet haklarını korumak için sevk edildiğine ve azlığın bu hakkını re'sen bir talep şeklinde izhar ettiğine göre, bu hakkın istimali (kullanımı) gündemle mukayyet (bağlı) değildir. Yazara göre eTK m.348'in ifadesi de bu hakkın gündemde bulunmasa bile kullanılabilmesine işaret etmektedir. (Yazarın görüşüne yer veren yazar için Bkz. Teoman, **Anonim Ortaklıkta Azınlığın Genel Kuruldan Özel Denetçi Seçilmesini İsteme Hakkı ve Gündeme Bağlılık İlkesi**, s.440-441).

<sup>473</sup>Moroğlu, “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi”, **Makaleler I-2001**, s.68., **Çelik, Moroğlu**'nun bu görüşüne katılmamaktadır. Yazar göre gündemdeki konularla bağlı olsun ya da olmasın özel denetçi atanması konusu gündeme bağlılık ilkesinin mutlak bir istisnasını oluşturmaktadır. Zira AO'da çoğunluğu elinde bulunduran pay sahiplerinin denetçileri seçme ve onları azletme gibi yetkileri vardı. Bu nedenle denetçiler çoğunluğun etkisi altında kalmakta ve çoğu zaman görevlerini layıkıyla yerine getirememekteydi. Özel denetimin amacı; yönetim dışında kalan pay sahiplerinin (azlığın) hem yönetimde etkinliğini arttırmak hem de denetimin gereği gibi yapılmasını sağlamaktır. Yani özel denetim pay sahiplerinin haklarını Yönetim Kurulu üyeleri ve denetçiler

Aynı görüşteki **Tunçay** eTK m.362’de sayılan belgelerin tetkik edilmesinden eTK m.348’deki hallerin varlığını anlamının mümkün olmadığını belirtmiştir. Sermayenin 1/10’una sahip olanlar açıklama isteyeceklerdir. Bu açıklamalar ışığında elde ettikleri bilgilere göre eTK m.348’deki hallerin mevcut olup olmadığını anlayabileceklerdir. Bunun aksi düşünülürse eTK m.348’in tatbiki imkânı kalmaz. Yazara göre özel denetçi tayin edilebilmesi imkânı yönetim kurulu raporunun ve bilanço ile kâr- zarar hesabının müzakeresi esnasında doğabilecektir. Dolayısıyla bunlar müzakere edilmeden önce özel denetçi atanmasını gerektiren bir olayın var olup olmadığını anlamak zordur. Ayrıca yönetim kurulu raporu, bilanço, kâr ve zarar hesabının müzakeresine ait gündem maddeleri özel denetçi atanması istemini de içermektedir. Zira özel denetçi atanması isteme adeta bu maddenin neticesi olup müzakerelerin tehiridir<sup>474</sup>.

İkinci görüşte olan **Domaniç**, genel kurulun özel denetçi atayabilmesi için konunun gündemde yer alması gerektiğini belirtmiştir. Özel denetim isteminin yönetim kurulu üyeleri ve denetçiler aleyhine bir istem olması bu iki organın özel denetçi isteğini kendiliğinden gündeme almalarına engeldir. Bu nedenle özel denetim yapılabilmesi için azlık eTK m.366- TTK m.411 pay sahipleri ilgili fıkradaki haklarını kullanmalıdır<sup>475</sup>.

Üçüncü görüşte; özel denetçi atanması için bu konunun gündemde yer almasına gerek olmadığı yönündedir. Bu konu hakkında **Birsel**, azlığın genel kuruldan özel denetçi atanması isteminde bulunması hakkının gündemin belli edilmesi ilkesinin mutlak bir istisnası olduğunu belirtmiştir<sup>476</sup>. Bir başka deyişle, gündemde yer almasa bile özel denetçi atanması genel kurulda görüşülerek karara bağlanabilir.

---

karşısında korumayı amaçlar. Dolayısıyla gündemde yer almasa bile özel denetçi atanması konusunda hazırlıklı olmayan pay sahibinin oldu- bittilerle karşı karşıya kalması anlaşılabilir değildir. Ayrıca özel denetçi atanması hakkının kötüye kullanılması halinde GK kararının iptal veya hükümsüzlüğünün tespit edilebileceği konusunda şüphe yoktur. Bkz. Aydın Çelik, “Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi Tayini”, **Doç. Dr. Mehmet Somer’e Armağan**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2006, s.80., Aynı yönde **Çelik**, özel denetçi atanmasına ilişkin istemin yalnızca azlık hakkı olarak değil pay sahipliği hakkı olarak da gündeme bağlılık ilkesinin bir istisnası olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. (Bkz. Çelik, **Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi Tayini**, s.81.), Gönen Eriş (**Açıklamalı- İctihath Türk Ticaret Kanunu)- Ticari İşletme ve Şirketler II**, Seçkin, b.3, **Eriş**, özel denetçi ya da denetçilerin seçilmesi için GK gündeminde özel bir madde bulunmasının zorunlu olmadığını belirtmiştir. Şayet gündemde buna ilişkin bir madde varsa bu husus görüşülüp karara bağlanacaktır. Ancak gündemde özel denetçi atanmasına ilişkin bir madde yoksa GK sırasında böyle bir istemde bulunulmuşsa, bu takdirde GK’ da alınacak bir kararla gündeme ekleme yapılacak ve konu hakkında koşulların varlığına göre bir karar verilecektir.

<sup>474</sup>Tunçay, **Anonim Şirketlerde Hususi Murakıp Tayini**, s.741.

<sup>475</sup>Domaniç, **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması (TTK Şerhi II)**, s.738.

<sup>476</sup>Mahmut T. Birsel, “Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları”, **İmran Öktem’e Armağan**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s.642., **Paslı**’da azlığın özel denetçi istemesinin gündeme bağlılık ilkesinin mutlak bir istisnası olduğunu belirtmiştir. Ancak bu görüşünde azlığı esas almıştır. Yazara göre diğer görüştekilerin aksine özel denetçi atanması için gündemin herhangi bir maddesi ile bağlantı kurulmasına dahi gerek yoktur. eTK

İsviçre’de CO Art. 700/3’de konu şu şekilde düzenlenmiştir: gündemde yer almayan hiçbir konu genel kurulda karara bağlanamaz. Ancak bir pay sahibinin özel denetim yapılması için veya denetim organının (*organe de révision*) seçilmesi için olağanüstü genel kurulu toplantıya çağırabilmesi bunun istisnasını oluşturmaktadır<sup>477</sup>. Burada şunu belirtmek gerekir ki eski kanun döneminde gündeme bağlılık hususunun özel denetim için istisna olup olmadığı konusunda özel denetimin, azlık tarafından istenmesi ile herhangi bir pay sahibi tarafından istenmesi durumunda da bir fark vardır.

**Pash**’ya göre gündeme bağlılık ilkesi uyarınca eTK m.369/son genel kurulda gündemde yer alan konular görüşülüp karara bağlanabilecektir. Ancak özel denetçi tayini teklifi gündemde bulunan bir madde ile bağlantı kurulmasının mümkün olduğu durumlarda görüşülüp karara bağlanabilecektir. Lakin özel denetçi atanması istemi azlık tarafından yapılıyorsa artık gündemle bağlantı kurulması dahi gerekmemektedir. Bu durumda konunun derhal genel kurulda görüşülüp karara bağlanması gerekir. Yazar, bu ayrımı yaparken ayrımının ölçütü olarak fıkraları değil azlığı esas almıştır. Yazar, genel kurul sırasında azlığa, diğer pay sahiplerine nazaran ayrıcalık tanınması, özel denetçi tayini ile gündeme bağlılık ilkesi arasındaki tartışmada yapılacak olan ayırmda da fıkraların değil azlığın esas alınması gerektiğini belirtmiştir<sup>478</sup>.

**Teoman** eTK m.348/2’de düzenlenen azlık hakkının kesinlikle gündeme bağlılık ilkesinin kapsamına girmediğini belirtmiştir<sup>479</sup>. Usulüne uygun olarak ilan edilmiş olan gündemin herhangi bir maddesi ile arasında bağlantı kurulamasa da, azlık, son iki sene

---

m.348/2’deki şartları haiz olan azlığın özel denetçi tayin ettirmesi teklif değil müstakil bir talep hakkıdır. Bu nedenle azlık diğer ortakların muhalefetine rağmen mahkeme aracılığıyla özel denetçi tayin ettirebilecektir. eTK m.370’in amacı genel kurul toplantısına katılmayan pay sahiplerini korumaktır. Burada pay sahiplerinin korunmaya ihtiyacı yoktur zira onların toplantıya katılmaları azlık hakkı açısından bir değişikliğe neden olmamaktadır. Ayrıca yazar gündemdeki başka maddelerle bağlantı kurulması görüşünde olanlar içinde böyle bir ölçütün yani bağlantı kurulmasının kesinlik taşımadığını ve tespitinin de son derece güç olduğunu ifade etmiştir. (Bkz. Pash, **Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi**, s.619).

<sup>477</sup>(**Commentaire Romand**), s.996. Genel kurul gündemde yer almasa bile yukarıda sözünü ettiğimiz istisnai durumlar hakkında CO Art.700/3 uyarınca karar verme yetkisine sahiptir. (**Commentaire Romand**), s.1000, N.24.

<sup>478</sup>Pash, **Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi**, s. 619. Yazara göre, azlık değil fıkralardaki durumlar esas alınır, eTK m.348/2’de belirlenen şartlara sahip olmasına rağmen genel kurulda, bu şartlara sahip olmadığı örneğin; paylara altı (6) aydır sahip olmadığı ileri sürülen azlık eTK m.348/1’e sokularak isteminin gündemle ilgili olmadığı ileri sürülerek konu genel kurulda müzakere edilemez. Oysa eTK m.348/2’deki şartların sağlanıp sağlanmadığının tespit edildiği yer genel kurul değil, mahkemedir. Dolayısıyla yazar azlığın özel denetçi atanmasına ilişkin tüm tekliflerinin gündeme bağlılık ilkesinin mutlak bir istisnası olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

<sup>479</sup> Aynı yönde Bkz. Aday, **Anonim Şirkette Özel Denetçi**, s.31. **Aday**, azlığın eTK m.348/2’deki hakkını kullanabilmesi için gündemde bu hususta bir maddenin bulunması gerektiğini belirtmiştir. Ancak yazar eTK m.348/1 açısından gündeme bağlılık ilkesinin geçerli olduğunu ve gündemde bulunmasa bile ilan edilmiş olan maddelerden biri ile ilgisi bulunan hususlarda genel kurul tarafından özel denetçi atanabileceğine ilişkin görüşe katıldığını belirtmiştir.

içerisinde ortaklığın kuruluşu ya da yönetim işlemleri ile ilgili bir suiistimal meydana gelmişse ya da yasa veya esas sözleşme hükümlerine önemli bir surette aykırı davranılmışsa, bunları ileri sürerek hem bu aykırılıkların hem de bilançonun gerçekliğinin incelenip araştırılması için genel kuruldan özel denetçi atanmasını isteme hakkına sahiptir. Ancak eTK m.348/1 açısından gündeme bağlılık ilkesi geçerlidir. Dolayısıyla gündemde ilan edilen hususlarla ilgili olduğu takdirde gündemde açıkça yer almasa bile genel kurul tarafından özel denetçi atanabileceğine ilişkin görüşe ilgili kanun maddesinin birinci fıkrası yönünden katıldığını ikinci fıkra bakımından ise katılmadığını belirtmiştir<sup>480</sup>.

*Teoman* yukarıda ifade ettiğimiz bu görüşüne dayanaklar ileri sürmüştür. Bu görüşün dayanaklarından ilki eTK m.348/2'nin lafzıdır. Azlık tarafından bu hakkın kullanılabilmesi için konunun gündemde yer alması ya da gündemde yer alan bir konu ile arasında bağlantı aranması gibi bir sınır aranmamıştır. Ayrıca eTK m.366-367<sup>481</sup> maddelerine herhangi bir atıf yapılmamış olması ile de kanun koyucunun azlığı gündemle bağlı tutmak istemediğinin düşünülebileceğini ileri sürmüştür<sup>482</sup>. İkinci bir neden olarak azlığın gündemle bağlantısı kurulamayan bir yolsuzluk ile ilgili olarak özel denetçi istemini öncelikle gündeme koydurmasını zorunlu kılmak kanunda bağımsız bir madde de düzenlenen bir azlık hakkını eTK m.348/2, diğer bir azlık hakkına eTK m.366-367 bağlamak olacaktır. Yazar böyle bir durumun kabul edilemez olduğunu belirtmiştir.

Böyle bir durumda azlık önce yönetim kuruluna genel kurulda yapacağı açıklama için başvuracak daha sonra sırasıyla denetçilere ve mahkemeye gitmekle yükümlü kalabilecektir. Eğer azlığın özel denetçi istemini mahkeme de reddederse konu gündemde yer almadığı gibi kuruluş ya da yönetim işlemine ilişkin bir yolsuzluğun genel kurulda ileri sürülebilmesi de eTK m.348'in amacıyla bağdaşmayacaktır. Azlığa eTK m.366-367'de öngörülen prosedürün uzun olması ya da gündem daha önce ilan edilmişse ikinci bir toplantı yapılması gibi zorunluluklar hakkın kullanılmasını güçleştirecektir<sup>483</sup>. Bunlar hem gereksiz masraf hem de zaman kaybına yol açacağı gibi, kanıtların yok olması ve kötü niyetli yönetimin azlığa engel

<sup>480</sup> Teoman, **Anonim Ortaklıkta Azınlığın Genel Kuruldan Özel Denetçi Seçilmesini İsteme Hakkı ve Gündeme Bağlılık İlkesi**, s.445.

<sup>481</sup> eTK m.366 ve 367'de azlığın, genel kurulu toplantıya çağırması konusu düzenlenmiştir. Buna göre azlık, gerektirici sebebi belirterek genel kurulun toplantıya çağırılmasını yönetim kurulundan isteyebilir. Yönetim kurulu, azlığın bu talebini kabul edebileceği gibi, reddedebilir. Ayrıca yönetim kurulu, azlığa hiç cevap da vermeyebilir. Bu takdirde azlık denetçilere başvurmak durumundadır. Bu konu hakkında Bkz. Hamdi Yasaman, "Anonim Ortaklıklarda Azınlığın Genel Kurulu Toplantıya Çağırması", **Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan**.

<sup>482</sup> Teoman, **Anonim Ortaklıkta Azınlığın Genel Kuruldan Özel Denetçi Seçilmesini İsteme Hakkı ve Gündeme Bağlılık İlkesi**, s.441.

<sup>483</sup> Teoman, **Anonim Ortaklıkta Azınlığın Genel Kuruldan Özel Denetçi Seçilmesini İsteme Hakkı ve Gündeme Bağlılık İlkesi**, s.442-443.



olması gibi sonuçlar doğuracaktır. Yazara göre eTK m.348/2c.1'deki hak tıpkı eTK m.377'deki hak gibi mücerret azlığın istemini genel kurulda açıklaması ile kullanılacaktır<sup>484</sup>. Bu nedenle aksi görüşte direnilmemelidir.

6102 sayılı TTK m.413/2 uyarınca; gündemde yer almayan konular genel kurulda görüşülemez ve haklarında karar verilemez. Ancak kanunda da belirtildiği üzere bazı istisnalar söz konudur. Bu istisnalardan birisi de özel denetim isteminin gündeme bağlılık ilkesinin açık bir istisnası olduğunun, TTK m.438/'de ifade edilmiş olmasıdır. TTK m.438/1 uyarınca belirli olayların özel denetimle aydınlatılması için genel kurul gündeminde yer almasa bile özel denetim isteminde bulunulabilir. Bu noktada özel denetimin bilgi alma veya inceleme hakkı ile arasında olan önemli bir fark ortaya çıkmaktadır.

TTK m.437/2 c.4'e göre; gündemle ilgili olmasa bile, pay sahiplerinden birine sırf bu sıfatından dolayı verilmiş olan bilgiler, genel kurulda diğer pay sahiplerine de istemleri halinde aktarılacak ise de, bu istisna haricinde bilgi alma veya inceleme haklarının gündemle ilişkili konuları kapsadığını özel denetimin ise, pay sahibinin pay sahipliğine ilişkin haklarını kullanabilmesi için gereklilik arz eden konularla ilgili olarak gündemle ilişkili olmamalarına rağmen haklarında özel denetim yapılması isteminin genel kurula yöneltilebileceğidir<sup>485</sup>.

#### 4. Mahkemeye Başvuru Süresi ve Hak Sahipleri

Özel denetçinin, bağımsızlığını sağlamak ve güvence altına almak için, atanması ve görev tanımı zorunlu olarak hâkim tarafından yapılır. Özel denetçi, CO Art.731a III'den farklı atanmaktadır<sup>486</sup>. Denetim organının atanmasında; ikincillik, pay sahipliği haklarının kullanımı için gereklilik ve hâkim tarafından atanma gibi hususlar yoktur. İsviçre'de denetim organı, genel kurul tarafından atanır. Oysa özel denetçi, genel kurulda istem kabul edilse de edilmese de, hâkim tarafından atanmakta olup, denetçinin atanabilmesi için, özel denetimin yapılmasının, pay sahipliğine ilişkin hakların kullanımı için gerekli olması gibi koşullar aranmaktadır.

<sup>484</sup> Teoman, **Anonim Ortaklıkta Azınlığın Genel Kuruldan Özel Denetçi Seçilmesini İsteme Hakkı ve Gündeme Bağlılık İlkesi**, s.444.

<sup>485</sup> Altay, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler**, s.68., TTK m.437/2'deki gündemle ilgili olmasa da ibaresi, diğer pay sahiplerine genel kurulda bilgi verileceğini ifade etmektedir. (Bkz. Kaya, "Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi", **Batider**, s.74).

<sup>486</sup> (Commentaire Romand), s.955, N.25.

Özel denetçi atanmasına ilişkin başvurunun, genel kurulun kabul kararından itibaren şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesine, (*actor sequit forum rei*)<sup>487</sup> otuz (30) günlük süre içerisinde yapılması gerekir<sup>488</sup> TTK m.438/II. Genel kurul tarafından özel denetim istemi kabul edildiğinde, ortaklık ya da her bir pay sahibi mahkeme sürecini başlatabilir. Burada çekişmesiz yargı (*procédure gracieuse*) söz konusudur. Tüzel kişi olarak, ortaklık adına mahkemeye başvuruyu, yönetim kurulu yapacaktır. Aksi halde, genel kurulda alınan kararın icra edilmemesinden dolayı, yönetim kurulu sorumlu olacaktır. Ayrıca anonim ortaklıkta, aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olan pay sahiplerinin de bireysel olarak mahkemeye başvurma imkânı bulunmaktadır<sup>489</sup>.

Anonim ortaklığın kendisinden başka, özel denetim yapılmasına ilişkin genel kurulda istemde bulunan tüm yasal organların da hâkime başvurma imkânı vardır. Dolayısıyla mahkemeye, başvuruyu yapan kişi ya da kişilerin, genel kurul sırasında özel denetim yapılmasını isteyen kişi ya da kişiler olması (kişisel ayniyet) gerekli ve zorunlu değildir<sup>490</sup>. Ayrıca özel denetim isteyen pay sahibi ile bilgi alma hakkını kullanan pay sahibinin de aynı kişi olması zorunlu değildir<sup>491</sup>. Hisse senetleri borsada işlem gören ortaklıklarda, oy hakkından yoksun pay sahipleri de mahkemeden, özel denetçi atanmasını isteyebilirler<sup>492</sup>.

İntifa hakkı sahiplerinin özel denetim isteme haklarının bulunduğunu belirtmiştik. Dolayısıyla bunlar da, mahkemeden özel denetçi atanmasını isteyebilme hakkına sahiptirler. Ancak şirket alacaklılarının ve tahvil sahiplerinin özel denetçi atanması için mahkemeye başvurma hakları bulunmamaktadır<sup>493</sup>.

<sup>487</sup>Latince ifadenin anlamı; uygulanacak hukuk, davalının (anonim ortaklığın) yerleşim yeri hukukudur. Bir diğer ifadeyle, burada anonim ortaklığın merkezinin bulunduğu yer hukuku uygulanacaktır.

<sup>488</sup>Kunz, Klagen, 129; Vogel/Spühler, 100 s., (**Commentaire Romand**), s.955., N.26.

<sup>489</sup>Topsoy/Ulusoy, **Anonim Şirket Pay Sahibinin Özel Denetim İsteme Hakkı**, s.320.

<sup>490</sup>Pauli, 127, (**Commentaire Romand**), s.955, N.27.

<sup>491</sup>Gabrielli, 53/109; BaK-Weber, N.30; Montavon, t. III, 296; Pauli, 100; aksi yönde görüş: Horber, 357; Böckli, § 16 N.30, (**Commentaire Romand**), s.956, N.33.

<sup>492</sup>SerPK m.14/A; SPK Seri: I, No:15 sayılı Tebliğ m.4'te "oy hakkı hariç, sahibine kâr payı ve tasfiye artığından imtiyazlı olarak yararlanabilme hakkı tanıyan ve diğer ortaklık haklarını sağlayan hisse senedi" şeklindeki hükmün açık ifadesinden, oy hakkına sahip olan bir pay sahibinin, TTK m.437/2 uyarınca genel kurulda bilgi alma hakkı ve TTK m.438 uyarınca özel denetim isteme hakkı ile oydan yoksun olan bir pay sahibinin, bu hakları arasında, gerek kullanım gerekse de içerik açısından herhangi bir fark bulunmamaktadır. Dolayısıyla her iki hak da oy hakkına bağlı olmaksızın, münferit pay sahibi tarafından kullanılabilir. [Bkz. Pulaşlı, **Yönetim Kurulu Üyesinin Bilgi Alma Hakkı ve Mahkemeden Özel Denetim İstemesine İlişkin Koşullar**, (BGE133 III 133) 20/12/2006 T. ve S.4C278/2006 Kararı, s.1875].

<sup>493</sup> Topsoy/Ulusoy, **Anonim Şirket Pay Sahibinin Özel Denetim İsteme Hakkı**, s.320, Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, s.510. *Pulaşlı* İsviçre'de, katılma senetlerinin benzeri olan katılma intifa senedi sahiplerine (KİS) mahkemeden, özel denetçi atanmasını isteme hakkı, TTK m.340 hükmü nedeniyle verilemeyecektir. *Özdamar*, intifa hakkı sahiplerinin, rehin hakkı sahiplerinin ve şirket alacaklılarının, bu haktan yararlanamayacağını ifade etmiştir. Zira yazar, 6102 sayılı TTK' da, esas sözleşmeye konulabilecek hususların sınırlı olduğunu belirten emredici hükümler ilkesi gereğince, pay sahipleri dışındaki ilgililere, TTK m.340

Buna göre TTK m.438/2 uyarınca, genel kurulun istemi kabul etmesiyle birlikte, şirketin ya da her bir pay sahibinin, anonim ortaklığın merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinden, özel denetçi atanmasını isteme hakkı bulunmaktadır. Ancak bir kez daha belirtelim ki özel denetim isteminde bulunmayan bir pay sahibinin de, mahkemeye başvurabilmesi mümkündür.

Genel kurulda özel denetim isteminin kabul edilmesi ile şirket ya da tüm pay sahipleri<sup>494</sup> (mahkemeye başvurmak için genel kurulda mutlaka özel denetim isteminde bulunulması gerekmemektedir) veya özel denetim istemini yapan pay sahibi, 30 gün içerisinde, TTK m.438/II, CO Art.697a/2' ye göre, özel denetçi atanması için hâkime başvurabilir. Genel kurulda özel denetim yapılması hususu müzakere edilirken olumsuz oy veren bir pay sahibi de, sonradan fikrini değiştirerek genel kurulun onay kararına istinaden mahkemeye özel denetçi ataması yönünde başvuru yapabilme hakkına sahip olanlar arasındadır<sup>495</sup>.

Bundan başka ilgili hâkime; pay sahibi olduğunu, özel denetim yapılmasını istediği konuların, genel kurul sırasında özel denetim yapılmasını istemiş olduğu konularla aynı olduğunu (genel kurul tutanağı ile), (30) günlük sürenin geçirilmemiş olduğunu ve pay sahipliği hakları ile özel denetim isteminin içeriğinin bağlantılı olduğunu ispat etmesi gerekir. Federal mahkeme bir kararında, ilgilinin, (*le demandeur*) diğer koşulların yanında, kendisine bilgi alma hakkı kapsamında verilen bilgilerin; bütünlüğü ve doğruluğu hakkında da, CO Art.697b, şüphe duyduğu hususları, ikna edici bir şekilde göstermesi gerektiğini belirtmiştir<sup>496</sup>. Hâkim, genel olarak, özel denetçi atanması için gereken koşulların uygunluğunu incelemeli ve özel denetçiyi atmalıdır. Zurich mahkemesi ise bir kararında; eğer anonim ortaklığın herhangi bir itirazı yoksa hâkimin, ilgilinin özel denetim yapılmasına ilişkin koşullara uygun bir istemde bulunup bulunmadığını incelemesine gerek bulunmadığına

---

uyarınca; özel denetim isteme hakkı tanınmaması gerektiği kanaatindedir. (Bkz. Ulusoy/Özdamar, **Anonim Şirketlerde Özel Denetim**, s.270-271). İsviçre'de de katılma senedi (KİS) sahiplerine bu hak, esas sözleşmede hüküm varsa verilebilir. Bizce hem TTK m.340'daki emredici hükümler ilkesi hem de sözleşme serbestisi ilkeleri dikkate alındığında, katılma intifa senetlerinin (KİS) oy hakkı ve oy hakkına bağlı olan diğer pay sahipliğine ilişkin hakları olmadığından, kendi takdirlerine göre, bu hakları esas sözleşme ile vermeleri söz konusu olmalıdır. Bir diğer ifadeyle eğer esas sözleşmede katılma intifa senedi sahiplerine (KİS'lere) böyle bir hak tanınmışsa, katılma intifa senedi sahiplerinin de genel kuruldan özel denetim (inceleme) yapılmasını isteme hakları bulunacaktır.

<sup>494</sup>Bu paysahipleri; anonim ortaklık da oy hakkı bulunsun ya da bulunmasın, mahkemeden özel denetçi atanması isteminde bulunma hakkına sahiplerdir. Casutt, § 8, N.7, (Narbay, **Özel Denetim**, s.311'den naklen).

<sup>495</sup>Altay, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler (Özel Denetim)**, s.59.

<sup>496</sup>ATF 123 III 261 c.3.a, JdT 1999 I 279. Cf. Également Kunz, Subsidiarität, 4; Pauli, 136 s. (**Commentaire Romand**), s.955, N.28.

karar vermiştir<sup>497</sup>. Başka bir ifadeyle genel kurul, istemi kabul etmişse, mahkeme, özel denetçiyi atamalıdır. Zira çekişme yoktur. Ayrıca genel kurulda, özel denetim isteminde bulunanların istemlerinin koşullarının, oluşup oluşmadığı zaten ele alınmış olduğundan, ayrıca bir kez de hâkim tarafından, bu koşulların doğrulanması gereksiz/lüzumsuz (*superflue*) bulunmuştur<sup>498</sup>.

Türk Hukuku'nda tıpkı İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi genel kurul tarafından, özel denetim yapılması kabul edilirse, 6762 sayılı Kanun ve Alman POK (Paylı Ortaklıklar Kanunu)'nun 142. paragrafının aksine, özel denetçiyi mahkeme atayacaktır. Gerekçede de belirtilmiş olduğu üzere, bu şekilde özel incelemecinin/özel denetçinin tarafsızlığı sağlanmış olacak ve özel denetim kurumuna duyulan güven artacaktır. Ancak hükmün lafzına göre, mahkemenin yapacağı bu incelemenin dosya üzerinden yapılması gerekir.

Mahkemenin hangi şartlara bakacağı ile ilgili olarak doktrinde; **Güven** ve **Narbay**, özel denetçi atanması istemi karşısında mahkemenin yapacağı incelemenin, şekli bir inceleme olduğunu belirtmişlerdir. Dolayısıyla hâkim, TTK m.438/1'de yer alan koşulların, yerine getirilmiş olup olmadığını incelemeyecektir. Zira bu şartların uygun olup olmadıkları daha önce genel kurulda incelenerek kabul edilmiştir<sup>499</sup>. İsviçre'de olduğu gibi ikinci kez böyle bir araştırma yapmak lüzumsuz olacaktır.

**Altay** da burada, bu koşulların bulunup bulunmadığını doğrulayacak ya da çürütecek olan aşamanın, özel denetim raporunun mahkemeye ibraz edildiği aşama olduğunu belirtmiştir. Yazara göre, özel denetim raporunda araştırılmış olan konular, eğer pay sahipliği haklarının kullanımı için gereklilik arz etmiyorsa ya da şirket açısından herhangi bir zararın olmadığı tespit edilmişse, bu durumda istenilen özel denetim (inceleme), haksız bir denetim (inceleme) olacaktır<sup>500</sup>. Genel kurulda özel denetim (inceleme) istemi kabul edildiğinde mahkeme burada sadece, genel kurulda özel denetim yapılması istenen konuyu gösteren dilekçe ile genel kurul tutanağında yer alan özel denetim yapılacak konunun aynı olup olmadığını inceleyecek, aksi halde istemi reddedecektir<sup>501</sup>.

<sup>497</sup>ZR 2002, 36, (**Commentaire Romand**), s.955, N.29.

<sup>498</sup>(**Commentaire Romand**), s.955, N.29., Altay, (**Özel Denetim**), s.60. Yazar, genel kurul tarafından özel denetçi atanması isteminin onaylanması halinde mahkemenin, özel denetçi atanması için gereken koşulların varlığını incelemeksizin anonim ortaklığa özel denetçiyi ataması gerektiğini belirtmiştir.

<sup>499</sup>Güven, **Anonim Şirketler Hukukunda Özel Denetim**, s.152., Narbay, **Özel Denetim**, s.313.

<sup>500</sup>Altay, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler**, s.64.

<sup>501</sup>Narbay, **Özel Denetim**, s.313.

O halde mahkemenin yapacağı şekli incelemede hâkim; mahkemenin görevli olup olmadığı, genel kurulda alınan özel denetimin yapılacağına ilişkin kararın mevcudiyeti, mahkemeye başvuru yapan kişinin bu başvuru yapma yetkisinin bulunup bulunmadığı ve özel denetçi atanmasına ilişkin istemin 30 gün içinde yapılıp yapılmadığı gibi hususlara bakacaktır. Hâkim, ayrıca TTK m.438/1’de yer alan koşulları bir kez daha araştırmayacaktır<sup>502</sup>.

Genel kurulda özel denetim (inceleme) istemi kabul edildiğinde mahkemenin, özel denetçi atanmasına ilişkin kararını vermeden önce, anonim ortaklığın yönetim kurulu üyelerini ile denetçilerini dinlemesi gerekmemektedir. Zira burada anonim ortaklık tüzel kişiliği ile özel denetim isteminde bulunan pay sahibi hasım değildir. Bir başka ifadeyle, genel kurulda özel denetim istemi kabul edildiğinden, şirket ve pay sahipleri arasında herhangi bir anlaşmazlık (çekişme) söz konusu değildir<sup>503</sup>. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, ilgililer talebe bağlı çekişmesiz yargı işini başlatmak üzere hâkime başvuracaklardır.

İsviçre’de de genel kurulun, özel denetim istemini kabul etmesi ile birlikte özel denetim prosedürü, ortaklığın merkezinin olduğu yer mahkemesindeki yetkili hâkimin önünde devam eder. Burada kanton bölgesinin hukuk kuralları uygulanır. Hâkim, burada basit muhakeme usulünü uygular. Zira burada bir çekişmesiz yargı işi söz konusudur. Hâkimin verdiği karar kesindir (*une décision définitive*). Fakat OJ m.46 uyarınca, bu karar için Federal Mahkemeye yapılacak bir itiraz ile üst mahkemesine (istinaf mahkemesine) (*recours en réforme*) başvurulabilir<sup>504</sup>.

Özel denetim kararlarına karşı üst derece mahkemesine başvurma imkânı hususu, aşağıda detaylı olarak incelenmiştir<sup>505</sup>.

### a. Mahkemeye Başvuru Süresinin Hukuki Niteliği

TTK m.438/2’de mahkemeye başvuru süresi 30 (otuz) gün olarak belirlenmiştir. Bu süre genel kurul kararının verildiği günden itibaren başlayacaktır<sup>506</sup>. Gerekçede 30 günlük sürenin bir düzen hükmü olduğu dolayısıyla hak düşürücü süre niteliğinde olmadığı

<sup>502</sup>Narbay, **Özel Denetim**, s.313. İsviçre Hukuku’nda *Killias/ Bertholet*; hâkimin şekli incelemenin yanı sıra maddi hukuka özgü koşulları da araştıracağı belirtilmiştir. (Bkz. Killias/ Bertholet, **Le contrôle spécial**, s.255).

<sup>503</sup>Narbay, **Özel Denetim**, s.314, Güven, **Anonim Şirketler Hukukunda Özel Denetim**, s.152.

<sup>504</sup>Killias/ Bertholet, **Le contrôle spécial**, s.254.

<sup>505</sup>Bkz. Bölüm I, VI/B-2.

<sup>506</sup>Topsoy/Ulusoy, **Anonim Şirket Pay Sahibinin Özel Denetim İsteme Hakkı**, s.321.

belirtmiştir<sup>507</sup>. Ancak doktrinde bu hususta farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlar bu sürenin bir düzen süresi olarak kabul edilmesi gerektiğini zira bunun usul ekonomisine daha uygun olacağını belirtmektedirler<sup>508</sup>.

*Narbay*, buradaki sürenin hak düşürücü olarak kabul edilmesini daha yerinde bulmaktadır. Bu şekilde hem ortaklık devamlı olarak özel denetim baskısı altında kalmayacak ve bir an önce özel denetçi atanıp bu süreç hızlı bir şekilde sonlandırılacaktır. Bununla birlikte bu sürenin hak düşürücü süre olarak kabulü halinde TTK' da öngörülen sürelerin hukuki nitelendirilmeleri bakımından da bir uyum sağlanmış olacaktır. Zira TTK m.439'daki (azlığın genel kurulda özel denetim isteminin reddedilmesi halinde mahkemeye başvurulması gereken) 3 aylık süre hak düşürücü olarak düzenlenmiştir<sup>509</sup>.

Burada ilk olarak düzen hükmü ile hak düşürücü süre arasında ne gibi bir fark olduğunu tespit etmek gerekmektedir. Bazen zamanın geçmesi hakka etki yapmamaktadır. Bu durumda mesela süresi içerisinde görevini yerine getirmeyen kamu görevlisi hakkında disiplin cezası uygulanabilir. Bunun nedeni, kanunlarda öngörülen bazı sürelerin işlerin zamanında görülmesini sağlamak amacıyla ve sadece bir düzen hükmü olarak konulmuş olmaları ile ilgilidir. Örneğin eMK m.532/2'de terekenin defterinin tutulması işleminin tamamlanması için öngörülmüş olan bir (1) aylık süre böyleydi. Oysa yeni kanunda TMK m.590'da herhangi bir süre sınırı konulmamış olup sadece maddenin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere defter tutma işleminin gecikmeksizin tamamlanması gerektiği hususu düzenlenmiştir<sup>510</sup>.

Hak düşürücü süre (*délai de péremption*); hak sahibinin kendisine tanınan, belirli bir süre içerisinde kanun (maddi hukuk) tarafından öngörülen bir davranışta (başka bir ifadeyle bir irade beyanında bulunması ya da dava açması gibi) bulunmaması nedeniyle hakkını kaybetmesidir. Bu özellik hak düşürücü süreyi, süreye bağlı haklardan da ayırt etmemize yardımcı olmaktadır. Zira süreye bağlı haklarda süre devam ettikçe hak da devam etmektedir. Bu durumda zaman hakkın varlığının bir ölçüsü olmaktadır.

<sup>507</sup>6102 sayılı (TTK m.438)'in Gerekçesi, s.212.

<sup>508</sup>Topsoy/Ulusoy, **Anonim Şirket Pay Sahibinin Özel Denetim İsteme Hakkı**, s.321. Yazar özel denetimin en kısa sürede sonuçlandırılmasının gerek pay sahipleri gerekse şirket açısından önemli ve onların lehine olduğunu belirtmiştir. Şirketin devamlı olarak özel denetim baskısında olması faaliyetlerini de olumsuz etkileyecektir. Ayrıca buradaki süre hak düşürücü süre olarak kabul edilse bile yeni bir genel kurul toplantısının yapılmasına ve özel denetim istemine engel oluşturmamaktadır. Bu sebeplerden süreyi düzen hükmü olarak değerlendirmeyi daha yerinde bulmaktadır.

<sup>509</sup>Narbay, **Özel Denetim**, s.313., Aynı yönde görüş için; Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s.519.

<sup>510</sup>M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas (Oğuzman/Barlas) **Medeni Hukuk**, b.19, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s.234, dipnot:248.

Örneğin intifa hakkı sahibi olan tüzelkişinin, yüzyıl süre ile kullanabileceği bir intifa hakkı varsa bu süre boyunca bu haktan faydalanacaktır. Tüzelkişinin bu hakkını kullanabilmesi için sürenin dolmamış olması yeterlidir. Başka bir deyişle, intifa hakkından faydalanabilmesi için ayrıca bu süre içerisinde kendisinden herhangi bir davranışta bulunması beklenmemektedir. Lakin hak düşürücü sürede bir hakkın sahibinin hakkını koruyabilmesi için ya da tüketebilmesi için belirli bir süre içerisinde harekete geçmesi ve kanunun öngördüğü şekilde davranması gereklidir. Aksi takdirde hakkını kaybeder<sup>511</sup>. Hak düşürücü süreye (sukutu hak müddeti, *Verwirkungsfristen*) de denmektedir<sup>512</sup>.

Burada şunu belirtelim ki, hak düşürücü süre hâkim tarafından re'sen nazara alınmaktadır. Zamanaşımının hak düşürücü süreden en önemli farkı, zamanaşımında zamanın geçmesi o süre içerisinde alacaklının alacağını elde etme konusunda hareketsiz kalması bunun sonucunda borçlunun da ifadan süresiz olarak kaçınma hakkına kavuşmasıdır. Lakin zamanaşımında sürenin dolması ile hak düşmemekte ama borçlunun zamanaşımı def'ini ileri sürmesi ile hak talep edilememektedir. Sürenin geçmesi ile hakkın gerçekten düştüğü kurum hak düşürücü süredir<sup>513</sup>. Bu nedenle süreleri tayin etmek hakkın kullanımı bakımından son derece önemlidir. Davanın açılmasına ilişkin konulmuş bir sürenin niteliğinin belirlenmesi sorunu ile karşılaşıldığı zaman kurumun niteliğinin ve süre koyan hükmün amacının dikkate alınması gerekmektedir. Dolayısıyla alacak hakkına bağlı bir talep söz konusu ise sürenin zamanaşımına, yenilik doğuran bir hakkın<sup>514</sup> söz konusu olduğu hallerde sürenin hak düşürücü süreye kural olarak tabii olduğu kabul edilmeli fakat süre koyan hükmün amacı farklı bir sonuca varmamızı gerektiriyorsa bu durumda kurumun niteliğine uygun hareket etmek daha uygun olacaktır<sup>515</sup>.

Gerek TTK m.438/2'deki süreyi gerekse de TTK m.439/1'deki süreyi, her iki düzenlemenin çekişmesiz yargı işi niteliğini dikkate aldığımızda, hak düşürücü süre olarak kabul etmek kurumun amacına uygun olmayacaktır. Burada yer alan 30 (otuz) gün ve üç aylık süreleri düzen hükmü olarak algılamak kanımızca özel denetim (inceleme) müessesesinin

<sup>511</sup>Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s.51-52, N.11-12., Buna karşılık bazı hallerde zamanın geçmiş olmasının bir hakkın sona ermesine neden olma sebebi yalnızca zamanın geçmesinden değil, belirlenmiş olan süre içerisinde hak sahibinin hareketsiz kalması yüzünden ileri gelmektedir. (Bkz. Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.589).

<sup>512</sup>Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.589.

<sup>513</sup>Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.590.

<sup>514</sup>Yenilik doğuran haklarda prensip olarak zamanaşımı söz konusu değildir. Bir yenilik doğuran hakkın kullanılması için öngörülen süre niteliği itibariyle hak düşürücü süre olabilir. (Bkz. (Oğuzman/Barlas) **Medeni Hukuk**, s.164, N. 567).

<sup>515</sup>JdT 1960 I 628, (Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.590, dipnot:170'den naklen, s.591).

amacına daha uygundur. Zira her iki düzenleme de çekişmesiz yargı işi olduğundan, özel denetim istemini yapan kişi başta gerekli koşulları sağlamamakla beraber daha sonradan eksiklikleri tamamlayarak tekrar hâkimden özel denetçi (incelemeci) ataması isteminde bulunabilir. Dolayısıyla buradaki süreleri, hak düşürücü süre olarak algılamamak gerekir. Hak düşürücü sürede hakkın sahibi, hakkını koruyabilmek için ya da tüketebilmek için belirli bir sürede harekete geçmesi gereken ya da kanunun öngördüğü şekilde davranması gereken kişidir. Burada bir hakkın söz konusu olmadığını, özel denetim (inceleme) isteminin ikincil bir hak olduğunu yukarıda belirlemiştik. Ayrıca çekişmesiz yargıda, ilgili tarafından mahkemeye yapılan istem, mahkeme tarafından reddedilese bile, bu red kararının maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediğini, dolayısıyla ilgilinin daha sonradan tekrar aynı istemle mahkemeye başvurabilme imkânı olduğunu tespit etmiştik<sup>516</sup>. Dolayısıyla her iki sürenin de düzen hükmü olduğu kanaatindeyiz.

## **b. Hak Sahipleri**

Çekişmesiz yargıda bir dava söz konusu olmadığı için, birbirine zıt menfaatleri olan karşılıklı iki taraf yoktur. Burada maddi anlamda ilgili ve şekli anlamda ilgililer vardır. Maddi anlamda ilginin, ilgili sıfatını kazanabilmesi için yargılamaya bizzat katılması gerekmez. Bu kişi yargılamaya katılmamış olsa bile, maddi anlamda ilgili olmaya devam eder. Maddi anlamda ilgililer, verilecek olan karardan hukuki durumları etkilenen ya da etkilenme ihtimali olan kişilerdir. Şekli anlamda ilgililer ise, takibi talebe bağlı olan çekişmesiz yargı işlerinde, talepte bulunarak, o çekişmesiz yargı faaliyetinin şekli anlamda ilgilisi sıfatını kazanırlar<sup>517</sup>. TTK m.438/1'de ve TTK m.439/1'de özel denetim (inceleme) isteminin, kimler tarafından yapılabileceği açıkça belirtilmiştir. Ancak özel denetimde kişisel ayniyet konusunda da belirttiğimiz üzere, özel denetim istemini yapan pay sahibi ile mahkemeye başvuran pay sahibinin aynı kişiler olması gerekmediği, her iki istemin çekişmesiz yargı niteliği ile ilgilidir. Bu nedenle genel kurulun, özel denetim istemini kabulü halinde, mahkemeye başvuran pay sahibi ya da pay sahipleri şekli ve maddi anlamda ilgili olabilirler. Mahkemeye başvurmayan pay sahipleri ise özel denetim sonucunda pay sahipliği hakları etkilenecekse, maddi anlamda ilgili olacaklardır.

<sup>516</sup>Aras, **Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü**, s.188-189.

<sup>517</sup>Aras, **Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü**, s.127-128.



## B. Genel Kurul Tarafından Özel Denetim İsteminin Reddi

### 1.Genel Olarak

Genel kurul tarafından özel denetim yapılmasına ilişkin istem reddedilirse pay sahibi, 3 aylık (*délai péremptoire*), kesin süre içerisinde özel denetçi ataması için hâkime başvurabilir. Buradaki sürenin, TTK m.438/2'deki süreden daha uzun olmasının nedeni, mahkemeye başvuracak olan azlık pay sahiplerinin bir araya gelebilmesinin vakit alabileceğidir<sup>518</sup>. Pay sahibi başvurusunu, kendisi ya da diğer azlık pay sahiplerinin desteği ile hâkime yapabilecektir. Hâkim, anonim ortaklığı ve istemde bulunan pay sahibini dinledikten sonra, CO Art.697/c1-TTK m.440/1'e göre kararını verir. Bu durumda da yetkili mahkeme, ortaklığın merkezinin olduğu yer mahkemesidir.

Burada pay sahipliği hakkının bir azlık hakkını dönüştüğü belirtilmiştir<sup>519</sup>. Azlık AktG § 327/a/1 hükmündeki yasal tanıma göre; ilgili şirketin diğer tüm pay sahipleridir (*übrigen Aktionäre*). Bir başka deyişle, şirkette %95 iştirak payına sahip olan büyük pay sahibinin dışında kalan diğer tüm pay sahipleri azlık olarak kabul edilmektedir<sup>520</sup>. İsviçre'de bu hakkın kullanılabilmesi için başvuruyu yapanın, esas sermayenin (%10)'unu temsil ediyor olması ya da payların nominal (itibari) değerinin en az 2 milyon frank olduğunu ispat etmesi gerekmektedir. Eğer bu koşulu tek bir paysahibi sağlamıyorsa, bu hususta ortak çıkarı (*consorts nécessaires*) olan bir ya da birden fazla pay sahibinin birlikte hareket etmesi gerekir. Burada ortak menfaati olanlar usul hukukunun genel kurallarına göre hareket edeceklerdir.

Dolayısıyla ortak menfaat sahiplerinden birinin çekilmesi halinde, mahkemeye yapılan özel denetim başvurusunun, mahkeme tarafından reddedilmesi gerekecektir<sup>521</sup>. Zira yukarıda belirttiğimiz minimum azlık olma koşulu sağlanamamaktadır<sup>522</sup>. Genel kuruldan sonra

<sup>518</sup>(**Commentaire Romand**), s.958, N.1

<sup>519</sup>Killias/ Bertholet, **Le contrôle spécial**, s.255.

<sup>520</sup>Hasan Pulaşlı, "Alman Hukukunda Büyük Pay Sahiplerinin Azınlığı Şirketten Çıkarma Hakkı", **Ünal Tekinalp'e Armağan**, C.I; İstanbul, Beta, 2003, (s.649-661)/654-655.

<sup>521</sup>Ancak, TTK m.439/1'in çekişmesiz yargı niteliğini gözden kaçırmamak gerekir. Çekişmesiz yargıda, ilgili tarafından mahkemeye yapılan istem, mahkeme tarafından reddedilse de, bu red kararı, maddi anlamda kesinlik teşkil etmemektedir. Bu nedenle, ilgili daha sonra aynı istemle mahkemeye başvuru yapabilir. Bkz. Aras, **Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü**, s.188-189. Bu nedenle kanımızca, mahkemeye azlık tarafından yapılacak olan özel denetçi (incelemeci) atanması istemi, hâkim tarafından, eğer TTK m.439/2'deki koşullar sağlanmadığı için reddedilmişse, gerekli koşulları sağlayan azlığın, yeniden mahkemeye başvurusunda bir sakınca bulunmamaktadır.

<sup>522</sup>ATF 133 III 180, (**Commentaire Romand**), s.958, N.5

anonim ortaklıkta pay elde etmek, özel denetim istemeye engel olmamaktadır<sup>523</sup>. Başka bir ifadeyle azlığın, pay sahipliği sıfatını genel kuruldan sonra elde etmiş olması halinde, özel denetim isteme hakkı vardır. Önemli olan bilgi alma ya da inceleme hakkının usulüne uygun olarak kullanılmış olması ve azlık sıfatının mahkemeye başvuru süresinde var olmasıdır.<sup>524</sup>

Fakat burada şunu belirtelim ki, özel denetçi atanmasına ilişkin olarak mahkemeye başvuru süreci sırasında payın nedensiz/sebepsiz olarak devredilmesi halinde doktrinde büyük bir çoğunluk özel denetim istemine ilişkin davanın sebepsiz kalacağını belirtmiştir<sup>525</sup>. Bu durumda davanın devamı beklenemeyecektir. Bazı yazarlar ise davanın (yargılamanın) devam edeceğini belirtmiştir<sup>526</sup>. Buna karşılık genel olarak davacının (istem sahibi azlık) özel denetim süreci sırasında paylarını devredebilmesi mümkündür<sup>527</sup>. Burada özel denetim esnasında paylarını azlığın elinden çıkarabilmesi mümkün olup, azlık statüsünün özel denetim sona erinceye kadar devam etmesi gerekmemektedir<sup>528</sup>. O halde mahkemeye başvuru esnasında azlık paylara sahip olmak bir başka deyişle azlık sıfatını taşımak yeterli olacaktır.

Mahkemeye başvurabilecek payların hesaplanmasında CO Art. 656b/III'e göre katılma senetlerinin kesin sermayenin hesabında esas sermayeye eklenmeleri gerekmektedir. Aynı şekilde oy hakkı bulunmayan payların nominal (itibari) değerlerinin de hesaba katılacağını belirtelim. Oy hakkında imtiyaza sahip olanların bu hesaplamada hiçbir ayrıcalıkları bulunmamaktadır<sup>529</sup>. Burada esas sermayenin (%10)'una sahip olan veya paylarının itibari değeri toplamı 2 milyon francs olan pay sahipleri bir araya gelerek özel denetim yapılmasını isteyebilecektir. Pay sahipleri birleşmek suretiyle gerekli oranı sağlayabilirler<sup>530</sup>.

Bu durumda pay sahibinin CO Art.697/b1'e göre öncelikli olarak yerine getirmesi gereken şekli koşullar vardır. Esas sermayenin (%10)'unu temsil eden pay sahibi ya da paylarının nominal değeri 2000000 (iki milyon francs) CHF olanlar genel kurul kararından sonra 3 aylık süre içinde hâkime başvurabilirler. Burada ifade ettiğimiz eşiklerin; esas sermayenin (%10)'unu temsil etme, vs. esas sözleşme ile kanuna uygun olarak oranlarının düşürülmesi/indirilmesi mümkünken, yükseltilmesi mümkün değildir.

<sup>523</sup>Hirsch, 415; Pauli, 123, (**Commentaire Romand**), s.958, N.6.

<sup>524</sup>Narbay, **Özel Denetim**, s.315.

<sup>525</sup>BaK-Weber N.3; Casutt, 92, (**Commentaire Romand**), s.958, N.6.

<sup>526</sup>Corte civile, 20.10.1999, Pauli, 126s, (**Commentaire Romand**), s.958, N.6.

<sup>527</sup>BaK-Weber, N.3; Casutt, 91s, (**Commentaire Romand**), s.958, N.6.

<sup>528</sup>Weber, Art. 697b, N.3, (Narbay, **Özel Denetim**, s.315'ten Naklen)., Burada azlık pay sahipliği sıfatının özel denetçinin raporunu hazırlama süresinin sonuna kadar elde tutulması zorunluluğu bulunmadığı mahkeme tarafından özel denetçi atandıktan sonra azlığın paylarını devretmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir.

<sup>529</sup>ATF 132 III 707 c,3, (**Commentaire Romand**), s.958, N.7.

<sup>530</sup>Pauli, 192s., (**Commentaire Romand**), s.959, N.8.

## 2. 6762 Sayılı Kanun ve 6102 Sayılı Ticaret Kanunu'nda Özel Denetime İlişkin Mahkeme Kararına Karşı Kanun Yolları Başvurusu

İsviçre Hukuku'nda, genel kurul tarafından özel denetim yapılması istemi reddedilen ve mahkemeye başvuran azlığın, mahkemenin vermiş olduğu karar üzerine olağan kanun yollarına bu konuda Kantonların kanunlarının açıkça öngörmesi halinde başvurma imkânı bulunmaktadır. Dolayısıyla ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu karara karşı eğer dava konusunun (ihtilafli uyuşmazlık) değeri 30 000 CHF ise Yüksek Mahkeme'ye (TF/*Tribunal Fédéral*/ Federal Mahkeme) başvurulabilecektir<sup>531</sup>.

Türk Hukuku'nda, TTK m.440/2 uyarınca, mahkemenin vermiş olduğu kararın kesin olduğu düzenlenmiştir. Yukarıda özel denetçi atanması istemlerinin çekişmesiz yargı işi olduğunu belirtmiştik. HMK m.387 uyarınca, çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararların, kural olarak istinaf edilebileceğini belirtmiştik. Ancak bazı çekişmesiz yargı işleri hakkındaki kararların kesin olacağı belirtilmiştir. Bunlardan biri de, TTK m.440/2'dir. Özel kanun hükümlerinde kesin olacağı düzenlenmiş olan yargı kararlarına karşı üst derece mahkemesine başvuru yapılamayacağından<sup>532</sup>, Türk Hukuku'nda özel denetçi atanmasına ilişkin kararlara karşı istinaf başvurusu yapılamayacaktır.

6762 sayılı kanun döneminde ve yeni kanun döneminde mahkemenin vermiş olduğu kararın niteliği hakkında doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır<sup>533</sup>. Bu tartışmalar aynı

<sup>531</sup>(*Commentaire Romand*), s.958, N.3.

<sup>532</sup>Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku*, s.924.

<sup>533</sup>Benzer bir tartışma kıymetli evrakın ziyai ve iptali hususunda da yapılmıştır. İptal kararının niteliği ile ilgili olarak, mahkemenin verdiği iptal kararının, senetteki hakka etkili olmayıp, sadece senedi etkilediği belirtilmiştir. İptal kararı, senedin teşhis fonksiyonunu ortadan kaldırmaktadır. Ayrıca iptal kararı maddi anlamda kesin hüküm olmadığı için, maddi anlamda mevcut olan hukuki durum aynen devam edecektir. Bu nedenle senedin iptal edilmesinin; senedeki hakkın varlığına, içeriğine ve hakkın sahibinin tasarruf yetkisine bir etkisi yoktur. Ancak burada da bazı yazarlarca kıymetli evrakın iptali konusu, dava olarak nitelendirilmiş ve iptal davası tespit davası olduğu için, iptal kararı ile yeni bir alacak hakkının doğmadığı, yalnızca senedin zayı olduğunun tespit edildiği belirtilmiştir. Ayrıca iptal kararının temyiz edilemeyeceği ancak iptal talebinin reddi kararına karşı temyiz yoluna başvurulabileceği belirtilmiştir. Bkz. Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku*, b.4, Ankara, 1970, s.364. Doktrinde, Göç Gürbüz, İptal davasını tespit davası olarak nitelendirmiştir. Bkz. Diğdem Göç Gürbüz, "Kıymetli Evrakın Ziyai ve İptali", *Legal Hukuk Dergisi* (LHD), C.15, S.173, Y.2017, (s.2239-2274), s.2273. İptal kararının maddi hukuk yönünden bir etkisinin olmadığı belirtilmiş ve bu kararın, senedi elinde bulunduran kişinin hakkının sona erdiği ve onun yerine davacının hak sahibi olduğu şeklinde bir sonucunun da olmadığı tespit edilmiştir. Bkz. İbid, s.2251. Tüm bu tespitlere rağmen, kıymetli evrakın ziyai ve iptali işinin de bir çekişmesiz yargı işi olduğu gözden kaçırılmış ve tespit davası olduğu belirtilmiştir. Aksi yönde Öztürk Dirikkan, *Kıymetli Evrakın Ziyai ve İptali*, s.70. *Öztürk Dirikkan*, nizasız kaza işlerinde, gerçek anlamda bir uyuşmazlığın ve davanın söz konusu olmadığını ve yargılama neticesinde verilen kararın, bir tarafın subjektif hakkını tespit etmediğini belirtmiştir. Dolayısıyla nizasız kaza sonucunda verilecek olan kabul ya da red kararlarının, gerçek anlamda nihai bir karar sayılmaları ve her zaman değiştirilebilmelerinin mümkün olmasından dolayı, temyiz edilmelerinde hukuki menfaat bulunmadığından, temyizlerinin kabil olmadığını ifade etmiştir.

zamanda genel kurul kararlarının iptal edilip edilemeyeceği yönündeki görüşleri de temellendirmektedir. Bu konuya da aşağıda detaylı olarak değinilecektir.

Doktrinde **Domaniç**, özel denetçi atanması ile ilgili olarak mahkemenin vermiş olduğu olumlu ya da olumsuz kararın kesin hüküm teşkil etmeyeceğini belirtmiştir. Özel denetim çalışması, bir bilirkişi çalışması niteliğini aşmayan ve hatta itiraz edilmediği takdirde kesinlik kazanan bilirkişi raporu seviyesine dahi ulaşamayan bir incelemedir. Bu nedenle, bu incelemenin yapılmasını emreden mahkeme kararı, hiçbir ihtilafı kesin olarak karara bağlamamakta,<sup>534</sup> en fazla delil tespiti HMK m.400-406 ya da tedbir HMK m.389-391 niteliğinde bir karar veya belge seviyesinde kalmaktadır. Yazar, azlık ya da belirli itibari değerde paya sahip olan pay sahipleri tarafından yapılması istenilen özel denetimle ilgili olarak verilen, olumlu veya olumsuz mahkeme kararının, eğer özel denetim yapılmasının gerekliliği hakkında, anonim ortaklık ile azlık arasındaki ihtilafı sona erdiren bir karar olarak düşünülürse, bu düşüncenin hatalı olacağını belirtmiştir.

İlaveten bu düşünce, kesin hükmün şartlarını tespit eden HMK m.303; HUMK m.237'ye de aykırı olacaktır. Zira mahkemenin, özel denetim istemi hakkında olumsuz karar verme nedeni, eTK m.348/3'deki yeterli delil ve emareleri mahkemeye sunamamasından ileri gelebilir. Böyle bir durumda mahkeme, azlığın özel denetçi istemini esastan reddedecektir. Fakat azlık, gerekli şartları sağladığında yeniden mahkemeye müracaat edebilecektir<sup>535</sup>. Yazar, mahkemenin özel denetçi ataması hakkındaki olumlu kararın, kesin hüküm teşkil etmediğini ifade etmiştir. Zira özel denetçi atanmasındaki amaç yalnızca bir delil tespiti yapmaktır.

Bununla birlikte özel denetçi raporlarına, bu raporların verilmesinden sonra açılan sorumluluk ya da eTK m.306-308; TTK m.550-551'e göre açılan eda davalarında, itiraz

<sup>534</sup>Aday, **Anonim Şirkette Özel Denetçi**, s. 36

<sup>535</sup>Domaniç, **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması**, s.749-750., Mahkeme tarafından verilen olumsuz karar üzerine tıpkı İİK m.257'de ihtiyati haciz talebinde olduğu gibi eksik şartları sağlayan azlık, aynı sebeplerle mahkemeye yeniden müracaat edebilir. Azlığın özel denetçi istemi, gerekli delil ya da emareleri ibraz edemediği gerekçesiyle reddedilirse, azlık gerekli delilleri tedarik ederek yeniden mahkemeye başvurabilecektir. Üçışık/Çelik, **Anonim Ortaklıklar Hukuku**, C.I, s.698. Bir çekişmesiz yargı işi olarak nitelendirmiş olduğumuz TTK m.439/1'de, azlık özel denetim (inceleme) istemini; yaklaşık olarak ispat edemezse veya azlık olarak nitelendirilen grup bir araya gelemese ve neticede bu nedenlerden dolayı mahkemeye yapılan istem reddedilirse, bizce bu red kararı, TTK m.439/1'in çekişmesiz yargı işi niteliği dikkate alındığında, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediği için, ilgililerin daha sonra tekrardan aynı istemle, mahkemeye başvuruda bulunabilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Buradan da anlaşılacağı üzere, çekişmesiz yargıda, *ne bis in idem* ilkesinin, bir başka deyişle, bir kere karara bağlanmış olan bir işe, yeniden bakılması yasağının uygulanma alanı yoktur. Çekişmesiz yargı kararlarının maddi anlamda kesin hüküm olmadığı ve *ne bis in idem* ilkesinin uygulamasının olmadığı yönünde Bkz. Aras, **Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü**, s.188-189.

edilebilmesinin mümkün olmasından dolayı HUMK m.227,228,283- HMK m.281<sup>536</sup>, özel denetçi vasıtasıyla delil tespiti, sonucu kesin hüküm teşkil eden davalarda ara kararlarına konu teşkil eden ve belirli şartlarla tarafları ve mahkemeyi bağlayan delil ibrazı ve incelemesi seviyesinde dahi olmayan en fazla bu yönü ile tedbir karakteri taşıyan delil tespiti niteliğinde bir karar ve belge olarak ifade edilmiştir<sup>537</sup>.

Konu ile ilgili Yargıtay<sup>538</sup> mahkemenin özel denetçi atanması istemine hakkında vermiş olduğu kararların, kesin olduğu ve davacı vekilinin temyiz isteminin reddedilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir. Mahkeme 6102 sayılı TTK m.440/2'ye göre, özel denetçi atanması istemine ilişkin olarak, mahkeme tarafından verilen kararların kesin olduğunu, dolayısıyla davacı vekilinin temyiz isteminin reddedilmesi gerektiği şeklinde karar vermiştir.

Bunun dışında Yargıtay bir başka kararında<sup>539</sup> da özetle, anonim ortaklığa özel denetçi atanmasına ilişkin istemin kabulüne ilişkin kararının temyiz edilmesi üzerine bu yönde mahkemece verilen kararın kesin olduğunu belirtmiştir. Sözü edilen davada davalı tarafça, TTK m.439 kapsamında, şirkete özel denetçi atanması isteminin kabul edilmesine ilişkin 20.11.2013 tarihli kararı temyiz edilmiş ise de, TTK m.440/2 uyarınca mahkeme tarafından bu yönde verilen kararlar kesindir. HUMK m.432/4'e göre temyizi kabil olmayan kararların temyiz istemleri hakkında mahkemece bir karar verilebileceği gibi, 01.06.1990 gün ve 3/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca Yargıtay da bu konuda karar verebileceğinden, davalı vekilinin temyiz isteminin reddine karar vermek gerekmiştir. Dolayısıyla genel kurulun özel denetim istemini reddetmesi halinde, hâkimin zor bir görevi vardır; o da özel denetim istemini iyi değerlendirmek ve kararını vermektir. Dilekçe sahibi; kurucuların veya organların kanunu ya da şirket ana sözleşmesini ihlal ederek, şirketi ya da pay sahiplerini zarara uğrattığını ikna edici şekilde ortaya koyabilirse, özel denetim yapılacaktır.

<sup>536</sup>HUMK m.283, 6100 sayılı HMK m.281'de bilirkişi raporuna itiraz başlığı altında düzenlenmiştir.

<sup>537</sup> Domanıç, **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması**, s.750., Aynı yönde Çelik, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi Tayini**, s.105. Çelik, özel denetçi atanması istemine ilişkin mahkeme kararlarının, tıpkı delil tespiti ve tedbir kararlarının temyiz edilememesinde olduğu gibi temyiz edilemeyeceğini ancak duruşma yapılmaksızın verilen kararlara karşı tıpkı tedbir ve delil tespiti kararlarında olduğu gibi itiraz edilebileceğini belirtmiştir. Özel denetim istemi ile ilgili mahkeme kararları, delil tespiti HMK m.400-405 ve tedbir kararlarının HMK m.389-398 temyiz edilememesinde olduğu gibi temyiz edilemez. Zira TTK m.440/II hükmü bunu açıkça düzenlemiştir. Ancak mahkemece verilen olumlu ya da olumsuz kararlara karşı, tıpkı tedbir HMK m.394 ve delillerin tespiti HMK m.101 kararlarında olduğu gibi itiraz edilebilir. Yazar özel denetim istemi hakkında mahkemenin olumlu karar vermesine rağmen, şirket idaresince özel denetçinin gerekli araştırma ve incelemeyi yapmasına izin verilmemesi halinde HMK m.393 uyarınca kararın icra dairesi ya da mahkeme tarafından görevlendirilen kişilerce yerine getirilebileceğini belirtmiştir. Bunun dışında azlığın başvurusu ile TMK m. 427/IV uyarınca şirkete yönetim kayyımı atanması ve araştırmaların bu kayyım yardımıyla yapılması veya şirkete ait kayıt ve defterlerin icra yoluyla alınması HMK m.393 ve özel denetçiye bu şekilde verilmesinin de TTK m.83-85'e göre mümkün olduğunu ifade etmiştir. Üçışık/Çelik, **Anonim Ortaklıklar Hukuku**, C.I, s.701.

<sup>538</sup> Yargıtay 11. HD., 11.06.2014; E.2013/16879; K.2014/11122.

<sup>539</sup>Bkz. Yargıtay 11. HD., 27.05.2014, E.2014/3016, K.2014/9744.

**Moroğlu** ise azlık tarafından sunulan delil ve emarelerin mahkeme tarafından yapılan incelemeler sonucunda yolsuzluk, kanun veya esas sözleşmeye aykırılık iddialarının muhtemel/olası görülmemesi halinde, azlığın açtığı özel denetçi atanması davasını reddedeceğini belirtmiş ve red kararının temyizinin mümkün olduğunu ifade etmiştir<sup>540</sup>. Diğer

<sup>540</sup>Moroğlu, “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi”, s.82., Aynı yönde Fahiman Tekil, **Şirketler Hukuku (Anonim Şirketler)** C.II, b.2, İstanbul, Otağ Mat. Koll. Şti.,1978, s.336., Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, b.11, s.394, N.643h. Nitekim Yargıtay’da özel denetçi atanmasına ilişkin istemin reddine ilişkin kararın temyizinin kabil olduğunu ancak kabule ilişkin kararın kesin karar olduğunu belirtmiştir. Gereğe olarak da özel denetçi atanmasına ilişkin istemin reddine ilişkin kararın nihai karar niteliğini haiz olmasından dolayı temyizinin olanaklı olduğunu belirtmiştir. İstemin kabulüne ilişkin kararın ise bir uyumsuzluğun giderilmesi ya da GK kararının kaldırılması için verilmiş bir karar niteliğine sahip olmamasından dolayı temyiz kabiliyetinin bulunmadığını belirtmiştir. (Bkz. Y.11. H.D., 30.06.1980, E.3183/K.3534, Eriş, **Ticari İşletme ve Şirketler 2**, s.2038 ), Aynı konuda Yargıtay 11. HD’ nin E. 980/3183, K.980/3534 sayılı, 30.06.1980 Günlü kararı bulunmaktadır. Bu konudaki karar düzeltme istemi Yargıtay 11.HD’ nin E.980/5866, K.980/5942 sayılı ve 19.12.1980 Günlü kararı ile reddedilmiştir. Buna göre mahkeme eTK m.348 uyarınca, özel denetçi atanması isteminin reddinin nihai bir karar olduğuna ve temyizinin kabil olduğuna ancak istemin kabulüne ilişkin kararın temyiz edilemeyeceğine karar vermiştir. Karşıoy’da mahkeme: eTK m.348/2’de özel denetçi atanması istemini bir dava olarak nitelemiştir. İstemin reddine ilişkin kararın temyizinin kabil olup kabulünün temyizinin kabil olmasının kabul edilemez bir durum olduğunu belirtmiştir. Davada; davacıların vekili, müvekkillerinin (...)Otelcilik ve Turizm Tic. A.Ş’ nin toplam %40 payına sahip ortakları olup, bilançonun gerçeğe uygun olmadığına ilişkin ciddi emarelerin bulunması nedeniyle özel denetçi istemlerini 27.11.1979 tarihli GK’ da ileri sürmüşler ancak istemleri reddedilmiştir. Davacılar da istemlerinin reddedildiğini öne sürerek şirketin işlem ve muhasebesinin denetlenmesi konusunda üç kişilik bir denetleme kurulunun tayin edilmesini ve yasal sebepler mevcut görüldüğü takdirde şirketin feshini talep ve dava etmişlerdir. Davalı vekili eTK m.348’e dayandırılarak açılan davada özellikle hangi belirli konularda özel denetim yapılmasının istendiğinin açık ve seçik olarak belirtilmediğini ifade etmiştir. Ayrıca bu dava dışında kalan, başka bir ortak tarafından adı geçen (mezkûr) genel kurul kararı hakkında ayrıca açılan bir iptal davasının da olduğunu ve açılan iptal davasının sonucunun bu davayı etkileyeceğini dolayısıyla iptal davasının sonucunun beklenmesinin gerektiğini belirtmiştir. Davalı vekili davacıların (F)’nin şirkete borçlu olduğu ve hakkında icra takibi yapıldığı ve iddiasının aksine zikredilen genel kurulda, yönetim kurulunun ibra edildiğini ve diğer hususlarında, bilançonun gerçekliği ile ilgili olmadığını öne sürerek cevabında davanın reddini talep etmiştir. Mahkemece, davacıların iddialarının değerlendirilmesi ve bilançonun gerçeğe uygunluğunun tahkik ve tespit edilmesi üzere şirkete (... 3. Bölge Müdürü E.Ç’nin, ... TL ücretle özel denetçi olarak atanmasına ve kararın derhal infazına karar verilmiştir. Bu karar davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Davadaki istem eTK.348’e göre, genel kurul tarafından %10 paya sahip ortakların istemlerinin reddedilmesi üzerine, özel denetçi atanmasının mahkeme tarafından yerine getirilmesine ilişkindir. Genel olarak genel kurul kararlarının iptal edilmesi için, eTK m.381’e göre iptal davası açılabilir de, burada iptal değil, genel kurul tarafından özel denetçi atanması istemi reddedilen pay sahiplerinin bu istemlerini mahkeme nezdinde kullanmaları ve bunu eTK m.348/2 uyarınca yapmaları söz konusudur. Mahkeme, azlığın maddedeki koşulları haiz olup olmadığına bakarak karar verecektir. Şayet bu koşullara sahip değillerse, bu istemleri reddedilecektir. Bu takdirde verilen karar kesin hüküm teşkil edecek nihai bir karar olduğu için, bu kararın temyizi kabil ve zorunludur. Ancak genel kurulun özel denetçi atanması istemini reddetmesi üzerine, azlığın başvurusu ile özel denetçi atanması durumunda, bu durumun mahkemenin red kararı ile hâsıl olan durumdan farklıdır. Zira eTK m.348/2’de özel denetçi (son iki yıl içerisinde anonim ortaklığın, kuruluşuna ya da idari nitelikli işlemlerine yönelik bir suiistimalin olduğunun veya kanuna ya da esas sözleşme hükümlerine önemli bir aykırılık yapıldığının, hem bunların hem de bilançonun gerçekliğinin tahkik ve tespit etmek amacıyla mahkemece atanacaktır. Bu nedenle mahkeme tarafından özel denetçi atanması, bir uyumsuzluğun giderilmesi ya da genel kurul kararının kaldırılması için verilmiş bir karar niteliğinde karar vermesi sonucunu doğurmaz. Bu sonucu doğurmayan mahkeme kararı; belirli hususların saptanmasını hedefleyen, anonim ortaklık bünyesinde belli işlemleri yapmak üzere, özel denetçi atanması keyfiyeti, bir bakıma delil tespitini yapacak ve ileride açılacak sorumluluk davasına esas olacak denetçiler raporunu hazırlamak üzere özel denetçiler atanmasını hedeflemektedir. Bu yönde bir karar, istemin kabulünü içeren olumlu bir karar olduğu için ve eda davası niteliğini haiz olmadığından temyizinin de kabil olmaması gerekmektedir. Bunun aksini kabul etmek, anonim ortaklık yönetim kurulunun ibrası ve işlerin yürütülmesini sürüncemede bırakmak olur ki böyle bir durum şirket işlerinin yürütülmesi esnasında gözetilmesi gereken ilkelere de aykırılık oluşturur. Burada eTK m.348/II’nin son cümlesinde davadan söz edilmiş olması, müteakip üç ve dördüncü fıkralardaki denetçilerin raporuna göre açıldığı takdirde görülecek olan sorumluluk davasıdır. Yoksa mahkemeye özel denetçi atanması için yapılan

bir görüş de azlığın isteminin mahkemece reddedilse de kabul edilse de, her iki kararın da temyizinin mümkün olduğunu belirtmiştir. Zira konuya ilişkin tıpkı eTK m.299'da olduğu gibi hususi bir hükmün olmadığını belirtmiştir<sup>541</sup>.

**Güven**'de genel kurulda, özel denetim isteminin reddedilmesi durumunda, ortada çekişmeli bir yargının söz konusu olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle yazara göre, uyuşmazlığın taraflarına, mahkemenin vereceği karara karşı bir üst derece mahkemesine başvurabilme imkânının tanınması gerekmektedir. Ancak yazar, TTK m.440/2'de mahkemenin, özel denetçi atanmasına ilişkin kararının kesin olduğunun açıkça düzenlendiğinin altını çizmiştir. Bununla birlikte, özel denetimin mümkün olduğu kadar kısa bir sürede, basit ve hızlı bir şekilde gerçekleştirilmesinde hem şirketin hem de pay sahiplerinin menfaati olduğunu vurgulamıştır<sup>542</sup>.

---

başvurunun dava olarak kabulünü zorunlu kılan bir durum değildir. Nitekim eTK m.348/II son cümlede; özel denetim istemi genel kurul tarafından reddedildiği takdirde azlığın lüzumlu masrafları peşin ödemek, dava sonuçlanıncaya kadar merhun kalmak üzere sahip oldukları pay senetlerini muteber bir bankaya tevdi etmek koşulu ile mahkemeye müracaat edebilme hakkına sahip oldukları düzenlenmiştir. Yukarıda yazılı nedenlerden dolayı davalı vekilinin temyiz dilekçesinin reddine oy çokluğu ile karar verilmiştir.

Karşı oy yazısında ilk önce çoğunluk görüşünün kısa bir özeti ve eleştirilen yerler yazılmıştır. Buna göre eTK m.348 uyarınca özel denetçi istemi mahkemece reddedilirse bu karar kesin hüküm olur ve temyizi mümkündür. Ancak mahkeme özel denetçinin atanmasını kabul ederek özel denetçi atarsa bu kararın temyiz edilmesi mümkün değildir. Zira bu karar genel kurul kararının iptali niteliğinde olmadığı gibi, bir uyuşmazlığı da gidermemektedir. Bunun yanı sıra bir eda davası niteliğinde olmayan bu istemin mahiyeti, sadece bir delil tespiti değildir. İlgili maddenin son cümlesinde geçen dava kelimesi, bu isteme ilişkin değildir. Sonuç olarak özel denetim istemini kabul eden mahkeme kararının temyizi mümkün değildir. Karşı görüşte olan **Okçuoğlu**, bu görüşlere katılmamaktadır. Hukuk ve Usul mantığı açısından aynı istek hakkında red kararı verilirse bunun temyizinin olanaklı, aynı istek hakkında kabul kararı verilirse bunun temyiz edilemeyeceğini kabul etmek mümkün değildir. Zira eTK m.348 uyarınca yapılan istem ya bir dava konusudur ve bu durumda sonuç ne olursa olsun, bu kararın temyizi kabildir ya da bir dava olmayıp, delil tespiti kabul edildiğinde de, verilen karar olumlu ya da olumsuz olsun temyiz kabiliyeti yoktur. Her iki durumda da, çoğunluğun görüşünün çelişkili olduğu görülmektedir. Ayrıca eTK m.348/II'de, genel kurulun red kararı üzerine azlığın, mahkemeden özel denetçi atanmasına ilişkin dava açma hakkı olduğu açıkça düzenlenmiştir. Bu açıklığa rağmen dava kelimesinin maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarında geçen sorumluluk hallerine ilişkin olduğunu söylemek kanunkoyucunun amacına ve kanunun düzenlenme şekline ve gramer kurallarına da aykırılık oluşturur. Madde metni genel kurul reddettiği zaman, özel denetçi atanmasının bir dava şeklinde görüleceği açıklığı karşısında bunu bir delil tespiti diyerek dava niteliğini haiz bulunmadığını da söylemek kabul edilemez. Sonuç olarak özel denetçi atanması bir dava olarak görüleceği için mahkemenin kararının olumlu ya da olumsuz olması arasında bir fark olmaksızın temyizinin mümkün olduğunun kabulü gerekirken, olumlu mahkeme kararının temyizinin kabul olmadığını ileri sürerek temyiz dilekçesinin reddine karşı olduğunu belirtmiştir. Bu karar için Bkz. Yavuz Okçuoğlu, **Yargıtay Kararları ve Karşıoyları**, Batider, Ankara, 1991, (s.229-234).

<sup>541</sup>Tunçay, **Anonim Şirketlerde Hususi Murakıp Tayini**, s.739., Aynı yönde Bkz. Ahmet Sivas, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi**, İstanbul Üniversitesi SBE Hukuk Bölümü (Özel Hukuk ABD), Daktilo edilmiş Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1992, s.54. **Sivas**'a göre, özel denetçi atanması ile ilgili olarak mahkeme tarafından verilen her türlü karar kesin hüküm niteliğini haiz olup temyizi kabildir. eTK m.348/2 azlığın mahkemeye müracaat etmesini, bir dava olarak kabul etmektedir. Bu davanın sonucunda istemin kabul edilmesine ilişkin hükmü delil tespiti niteliğinde sayıp karşı tarafa temyiz hakkını tanımamanın buna karşın, aynı istemin mahkeme tarafından reddine ilişkin verilen hükmü kesin hüküm olarak değerlendirip temyizini kabul saymanın çelişkili bir sonuç doğuracağını ve bu nedenle hukuk mantığı açısından kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.

<sup>542</sup>Güven, **6012 Sayılı TTK' da Özel Denetim**, s.155.

*Narbay*, genel kurulun özel denetim istemini reddetmesi halinde, çekişmeli yargı işine dönüşen özel denetçi atanması davasında taraflara, mahkemenin kararına karşı bir üst derece mahkemesine başvurabilme olanağının tanınması gerektiğini belirtse de yazar, bu sürecin mümkün olduğunca kısa ve hızlı bir şekilde sonuçlandırılması halinde kurumdan beklenen faydanın alınabileceği kanaatindedir. Dolayısıyla, burada basit ve hızlı işleyen bir süreç ihtiyacı vardır. Yazar, burada bilgi alma ve inceleme hakkı kenar başlıklı TTK m.437/5 hükmünden kıyasen yararlanılabileceğini belirtmiştir. Söz konusu maddede, bilgi alma hakkı için mahkemeye yapılan başvurunun, basit yargılama usulüne göre inceleneceğinin belirtilmiş olduğunu belirten yazar, mahkemeye yöneltilen özel denetim isteminde de, başvurunun basit muhakeme usulüne göre incelenmesi gerektiğine ilişkin bir ifadenin kanuna eklenmesinin yerinde olacağı kanaatindedir<sup>543</sup>.

Kanımızca gerek TTK m.438/2 ve gerek TTK m.439/1’de özel denetçinin atanmasına ilişkin işin, çekişmesiz yargı işi olduğu ve bu işlerdeki amacın, yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere, sürecin hızlı bir şekilde yürütülmesi olduğu göz önünde bulundurulduğunda, mahkemece verilen karara karşı üst derece mahkemesine (istinafa) başvurulması özel denetimin niteliğine ve amacına uygun değildir. Öncelikli olarak gerek TTK m.438/2 uyarınca özel denetim istemi genel kurulda kabul edildiğinde gerek TTK m.439/1 uyarınca genel kurul tarafından istem reddedildiğinde, ortada çekişmesiz bir yargı işi söz konusudur. Özellikle TTK m.439/1 açısından bu hususun net olarak ortaya konması gerekmektedir. Zira her iki durumun, çekişmesiz yargı işi niteliği dikkate alındığında, hâkim tarafından özel denetçi atanmasının bir ilâm değil, bir karar olduğu görülmektedir. İlâm kavramı HMK m.301/1, yalnızca çekişmeli yargıya ait bir terim olup, çekişmesiz yargıya

<sup>543</sup>Narbay, **Özel Denetim**, s.321-322., Özel denetim davası ortaklık tüzel kişiliğine karşı açılır. TTK m.1521, eTK m.1460 gereğince bu dava da basit yargılama usulü uygulanır. (Aday, **Anonim Şirkette Özel Denetçi**, s.36). Kanımızca gerek TTK m.437/5, gerek TTK m.438/2 ve TTK m.439/1 çekişmesiz yargı işi olduğu için, burada niteliğine uygun düştüğü ölçüde basit yargılama usulü uygulanacaktır. Bazı çekişmesiz yargı işlerinde, basit yargılama usulünün uygulanacağı açıkça ifade edilmiştir. Örneğin, TTK m.437/5 bilgi alma hakkında ve TTK m.651’de kıymetli evrakın ziyayı ve iptalinde, yargılamanın açıkça basit yargılama usulüne göre yapılacağı düzenlenmiştir. Basit yargılama usulü, HMK m.316’da sayılan ve diğer kanunlarda açıkça belirtilen bazı dava ve işlerde uygulanan bir usüldür. Bunun yanı sıra, basit yargılama usulü yazılı yargılamaya göre daha basit ve çabuk işler. Basit yargılama usulünde de esas olan, duruşma yapılmasıdır. Bkz. Aras, **Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usulü**, s.90-95. Nitekim TTK m.440/1’de de hâkimin, şirketi ve istem sahiplerini dinledikten sonra kararını vereceği düzenlenmiştir. Kanun koyucunun ilgili maddeleri düzenleyiş tarzı, gerek TTK m.437/5’in gerek TTK m.438/2 ve TTK m.439/1’in, çekişmesiz yargı işi olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla her ne kadar özel denetim (inceleme) istemini düzenleyen madde hükümlerinde yargılamanın, basit yargılama usulüne göre görüleceği açıkça belirtilmemiş olsa da, burada da yargılamanın basit yargılama usulü olacağı açıktır. Bu nedenle TTK m.438/2 ve TTK m.439/1’e göre yapılacak olan usulî taleplerde basit yargılama usulü uygulanacaktır. Eğer mahkemenin atama kararını düzenleyen TTK m.440/1 hükmüne; “başvurunun basit muhakeme usulüne göre inceleneceği” ifadesi eklenirse, her iki yargılamanın da çekişmesiz yargı niteliği daha net olarak görülecektir.



yabancıdır. Çekişmesiz yargıda sadece karar terimi kullanılmaktadır<sup>544</sup>. Her ne kadar doktrinde TTK m.439/1'in hukuki niteliği dava olarak değerlendirilse de, kanımızca bu nitelendirme doğru değildir. Zira özel denetimin düzenlendiği TTK m.438-444'üncü maddelerde kanunkoyucunun, her iki durumu da çekişmesiz yargı işi olarak düzenlemeye çalıştığı, ancak gerekçedeki bazı ifadelerin yanıltıcı olduğu görülmektedir<sup>545</sup>.

Çekişmesiz yargıda karar teriminin kullanıldığını belirttik, TTK m.440/2'de; *mahkemenin kararının kesin* olacağını belirlenmiş olması, her iki durumda da çekişmesiz yargı işinin söz konusu olduğunu ortaya koymaktadır. HMK m.387'de; çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlara karşı hukuki yararı olan ilgililerin, özel kanuni düzenlemeler saklı kalmak üzere, kararın öğrenilmesinden itibaren iki hafta içerisinde, istinaf yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir. Bazı çekişmesiz yargı işleri hakkındaki kararların, özel kanun hükümlerinde kesin olduğu açıkça belirtilmiştir. Özel kanunlarda, çekişmesiz yargı işlerinin kesin olacağı yazılı olan kararlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz<sup>546</sup>. TTK m.440/2'de de verilen kararların kesin olacağını açıkça belirtilmiş olduğunu görüyoruz. Bu nedenle HMK m.387/1'de özel kanuni düzenlemeler açıkça saklı kalmak kaydıyla dendiği için ve TTK'nın da HMK karşısında özel bir düzenleme olduğu göz önüne alındığında, mahkemenin, özel denetçi atanmasına ilişkin vermiş olduğu kararlara karşı, bu gerekçelerle istinaf başvurusu yapılamayacağı kanaatindeyiz.

### 3. Özel Denetime Karar Verilmesi için Maddi Hukuka Özgü Koşullar

#### a. 6102 Sayılı Kanun madde: 438/I'deki Ön şartlardan Olan: Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı Kullanılmadan, Azlığın Özel Denetçi Atanmasını İsteyebilip İsteyemeyeceği Sorunu

Türk doktrinde *Kaya*, TTK m.439'da düzenlenen hakkın, belirli oranda ya da belirli miktarda paya sahip olan pay sahiplerine tanınmış olduğunu belirtmiştir. TTK m.438'de

<sup>544</sup>Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku*, s.924.

<sup>545</sup>Aynı yönde *Ayoğlu*, HMK m.382/2(e) hükmünde, ticaret hukukuna ilişkin çekişmesiz yargı işleri arasında, TTK m.437/5, TTK m.438/2 ve 439/1 ve TTK m.410/2-412 hükümlerine dayanan taleplerin sayılmaması olmasına rağmen, HMK m.382/2(e)'de yapılan sayımın tahdidi nitelikte olmadığını ve maddede, komanditer ortağın talebi ile şirket hesaplarını incelemesi için makemece eksper atanması işinin, çekişmesiz yargı işi olarak sayılması, kanun koyucunun, pay sahipliğine ilişkin hakların mahkeme aracılığıyla kullanılmasını sağlamaya ilişkin peosedürleri, çekişmesiz yargı işi olarak görme eğiliminde olduğunu gösterdiğini belirtmiştir. Bkz. *Ayoğlu*, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, s.120, dipnot:265'teki açıklamalar.

<sup>546</sup>Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku*, s.924.

gerçek anlamda bir hak şeklinde düzenlenmemiş olan bir istemin şartlarının, TTK m.439'da azlık hakkı olarak düzenlenen özel denetçi atanması isteminde aranmaması gerektiğini belirtmiştir. Yazar, TTK m.439'da, TTK m.438'deki şartların varlığının aranacağına ilişkin bir açıklık olmadığını ifade etmiştir. Genel kurulun özel denetimi kabul etmesinin şartlarının (ki bu şartlar bilgi alma ve inceleme hakkının daha önceden kullanılmış olması, özel denetim isteminin belirli olayların açıklığa kavuşturulması amacıyla yapılması ve özel denetimin pay sahipliği hakları için gerekli olması) azlık tarafından açılacak olan özel denetim davasında, hâkim tarafından aranmaması gerektiği kanaatindedir. Zira yorum yoluyla hakka getirilebilecek her türlü sınırlamanın, hukukilik ve haklılık unsurundan yoksun olacağı kanaatindedir.

Kanunda, azlığın, mahkemeye gidebilmesi için; elinde genel kurulda istem hakkında verilmiş bir ret kararı olması gerekmektedir. Mahkemenin özel denetçi atayabilmesi için ise, TTK m. 439/II'deki olayların varlığının, azlık ya da belirli itibari değerde paya sahip olan pay sahipleri tarafından, ikna edici bir şekilde ortaya konması gerekir. Kısaca TTK m.439 hükmünde, TTK m.438'deki şartların da aranacağı şeklinde bir şartın yazılmadığı görülmektedir<sup>547</sup>. Bu konuda TTK m.439/II'nin gerekçesinde; mahkemenin, azlığın bu istemi üzerine özel denetçi atayabilmesi için, TTK m.438'deki şartların somut olayda var olup olmadıklarını incelemenin yanı sıra TTK m.439/II'deki ek şartı, başka bir ifadeyle, şirketin ya da şirket organlarının, kanunu veya esas sözleşmeyi ihlal etmesi sonucunda şirketin ya da pay sahiplerinin zarara uğratılmış olduğunun ikna edici bir şekilde ortaya konmasının da aranacağı belirtilmiştir<sup>548</sup>.

Çekişmesiz yargı işinde hâkim, duruşma yapsın ya da yapmasın, çekişmesiz yargı işine ilişkin şartların oluşup oluşmadığını incelemekle yükümlüdür. Hâkimin burada talepte bulunanın; ilgili olma ehliyetini, talepte bulunmaya yetkili olup olmadığını incelemesi gerekmektedir<sup>549</sup>. TTK m.439/1'in çekişmesiz yargı niteliği dikkate alındığında, azlık tarafından yapılan istem doğrultusunda hâkimin, özel denetime (incelemeye) karar vermeden önce, kanımızca TTK m.438/1'deki şartları incelemesi gerekmektedir.

<sup>547</sup>Kaya, "Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi", **Batider**, s.68., Aksi yönde; Kendigelen, (**Türk Ticaret Kanunu (Değişiklikler, Yenilikler, İlk Tespitler)**, s.342, Yazar mahkemece özel denetçi atanabilmesi için öncelikle TTK m.438'de öngörülen prosedür ve şartların sağlanması gerektiğini sonra ayrıca istem sahiplerinin kurucuların ya da şirket organlarının kanunu ya da esas sözleşmeyi ihlal ettiklerinin ikna edici şekilde ortaya konmasının şart olduğunu belirtmiştir., Topsoy/Ulusoy, **Anonim Şirket Pay Sahibinin Özel Denetim İsteme Hakkı**, s.326.

<sup>548</sup>TTK m.439/II'nin Gerekçesi, s.213.

<sup>549</sup>Aras, **Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü**, s.100.

Azlığın, özel denetim isteminde bulunabilmesi için, öncelikle genel kurulda özel denetim (inceleme) isteminin reddedilmiş olduğuna dair genel kurul tutanağını hâkime göstermesi gerekir. Zira özel denetim isteminin kabul edilip edilmediği genel tutanağı ile ispatlanacak ve bu şekilde azlık, TTK m.439/1 uyarınca başvuru yapmada ilgili olduğunu ispat edebilecektir. Bunun dışında pay sahipliği haklarının kullanımı için gerekli olduğuna ilişkin kriter açısından da, azlığın özel denetçi (incelemeci) atanması isteminde bulunmasında hukuki menfaati bulunmalıdır<sup>550</sup>.

HMK m.114/1-h'deki hukuki yarar da, bir dava (yargılama) şartı olarak çekişmesiz yargıda dikkate alınacağından, azlığın, özel denetçi atanması istemiyle mahkemeye başvurmasında, TTK m.438/1'deki; "pay sahipliği haklarının kullanımı için gerekli olması" şartının, hukuki yarar olarak değerlendirilerek, çekişmesiz yargıda hâkim tarafından değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz<sup>551</sup>. Bu nedenle TTK m.439/1'e göre azlık, özel denetçi (incelemeci) isteminde bulunduğu, hâkim tarafından, başvuruyu yapan azlığın; azlık sıfatını haiz olup olmadığı, genel kurulda özel denetim isteminin reddedildiğine ilişkin genel kurul tutanağı ve istemde bulunan azlığın bu başvuruyu yapmakta hukuki menfaatinin olup olmadığı hususlarının incelenmesi gerekir. Zaten TTK m.439/2 uyarınca azlığın; kurucuların ya da şirket organlarının, kanunu veya esas sözleşmeyi ihlal etmek suretiyle, şirketi ya da pay sahiplerini zarara uğrattığını ikna edici şekilde ortaya koyabilmesi, bir başka ifadeyle, hâkimde bu yönde bir kanaat oluşturması, azlığın özel denetçi atanması konusundaki hukuki menfaatini göstermektedir<sup>552</sup>. Zira şirketin zarara uğraması azlığın da menfaatini tehlikeye düşüren bir konudur.

**Özdamar**, genel kurulun red kararı üzerine mahkemeye başvurma hakkının her bir pay sahibine değil, sadece azlık ya da belirli itibari değerde paya sahip olan pay sahiplerine tanındığını belirttikten sonra, bilgi alma ve inceleme hakkı kullanılmadan, azlık statüsüne

<sup>550</sup>Terim olarak dava şartı kullanılsa da, dava şartlarının hemen hemen tamamı aynı zamanda birer yargılama şartı niteliğini haizdir. Bu nedenle her yargılama için bu şartların niteliğine uygun düştüğü ölçüde göz önüne alınarak uygulanması gerekmektedir. Örneğin, çekişmesiz yargı işlerinde, taraf değil, ilgili kavramı esas olduğu için, bu açıdan iki tarafın bulunması şeklindeki dava şartı aranmayacak olsa da, diğer dava (yargılama) şartları dikkate alınmalıdır. Her yargılamada (ve takip işinde) dava şartları, yargılama şartları olarak dikkate alınarak, niteliğine uygun düştüğü ölçüde değerlendirilmelidir. Hakan Pekcanitez/ **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, C.II, s.951.

<sup>551</sup>Takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerinde, ilgili olma ehliyetinin ve hukuki yararın bulunması gerekir. Bkz. Aras, **Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü**, s.105. TTK m.439/1'de azlığın özel denetçi (incelemeci) atanması istemi de takibi talebe bağlı bir çekişmesiz yargı işidir.

<sup>552</sup>Çekişmesiz yargı açısından da değerlendirildiğinde, çekişmesiz yargıda maddi anlamda ilgili kavramı geçerlidir. Burada maddi anlamda ilgili, verilecek olan karardan hukuki durumları etkilenecek ya da etkilenme ihtimali olan kimseler anlaşılmalıdır. Aras, **Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü**, s.127. Özel denetim (inceleme) yapılmasına karar verilmesi durumunda, şüphesiz azlık bu karardan etkilenecektir.

sahip olan pay sahiplerinin, doğrudan doğruya mahkemedен özel denetim isteminde bulunabilip bulunamayacaklarının mümkün olup olmadığı ihtimalini şu şekilde incelemiştir:

Öncelikle **Özdamar**, bilgi alma veya inceleme hakkını her bir pay sahibine tanıyan kanun koyucunun, genel kurulun red kararı üzerine mahkemedен, özel denetçi isteminde bulunabileceklerin belirli bir çoğunluğa sahip olması koşulunu aradığını belirtmiştir. Diğer taraftan da özel denetim isteminde bulunabilmenin ön şartının, pay sahiplerinin daha önceden bilgi alma veya inceleme haklarını kullanmış olmaları olduğunu ifade etmiştir<sup>553</sup>. Yazar kanunun lâfzen yorumundan azlığın, doğrudan doğruya mahkemeye, özel denetçi ataması için başvurabilmesinin mümkün olmadığını, çünkü ön şart niteliğinde olan bilgi alma hakkının kullanılmış olmasının kanunen zorunlu olduğunu belirtmiştir. Ancak somut olayın niteliği, özel denetimin bir an evvel yapılmasını gerekli kılıyorsa, bu durumda azlık pay sahiplerinin, doğrudan doğruya mahkemeye başvurabilme ihtimalinin düşünölebileceğinin de altını çizmiştir. Zira bilgi alma ve inceleme haklarının kullanılması sırasında, şirketin yapmış olduğu usulsüzlükleri gösterecek olan pek çok evrakın, bilgi ya da belgenin kaybolma ihtimali söz konusu olabilir. Ancak TTK m.439'a gidebilmek için, genel kurulda pay sahiplerinin özel denetim istemlerinin reddedilmiş olması şartına bağlı tutulmuş bir azlık hakkının söz konusu olduğu görölmektedir. Dolayısıyla azlığın, bu hakkını kullanılabilmesi için, öncelikle genel kurulda, pay sahiplerinin özel denetim istemleri reddedilmiş olmalıdır. **Özdamar**, mevcut düzenlemenin, doğrudan doğruya özel denetime başvurmaya izin vermediğini belirterek, bu gerekçelerden dolayı, doğrudan böyle bir istemin mümkün olmadığı kanaatinde olduğunu belirtmiştir<sup>554</sup>.

İsviçre Hukuku'nda da, özel denetimin ikincil bir hak olduğu ve bilgi alma ve inceleme haklarını kullanmadan özel denetimin istenemeyeceği ifade edilmiştir. Azlığın, mahkemedен özel denetçi atanmasını isteyebilmesi için, başvuruyu yapacak olan azlığın yerine getirmesi gereken üç genel koşuldан başka<sup>555</sup>, özel denetimin mahkeme önünde kabul

<sup>553</sup>Mehmet Özdamar “Anonim Şirketlerde Özel Denetim ”/ Ulusoy, **Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2016, b.2, s.272.

<sup>554</sup>Özdamar “Anonim Şirketlerde Özel Denetim ”/ Ulusoy, s.273.

<sup>555</sup>Bu üç genel koşuldан biri olan özel denetim yapılmasını isteyebilmek için bunun pay sahipliği haklarının kullanılması için gerekli olması koşulu tamamıyla anonim şirket hukuku karakterinde bir kriterdir. Burada yasa koyucunun, pay sahipliği hakkı olarak göz önünde tuttuğu husus, ilk olarak organların sorumluluğuna ilişkin davadır. Ancak pay sahipliğine ilişkin hak kriteri değerlendirilirken olumsuz azlık haklarının kullanılması da dikkate alınabilir. Örneğin; TTK m.364'e göre münferit Yönetim Kurulu üyelerinin ya da TTK m.399/4 uyarınca denetçinin görevden alınmasını talep etmek ya da TTK m.559'a göre kuruluş ve sermaye artırımında kurucuların, Yönetim Kurulu üyelerinin ibrasına mani olmak, TTK m.424 uyarınca anonim ortaklığın yıl sonu finansal tablolarının (bilançonun) tasdik edilmesine engel olmak, pay sahipliği haklarının kullanılması kıstası olarak dikkate alınabilir. (Böckli, Aktienrecht, 2. Aufl., N. 1870, Pulaşlı, **Yönetim Kurulu Üyesinin Bilgi**

edilmesi için, CO Art.697/b-2 hükmü gereğince yerine getirilmesi gereken, iki ek (tamamlayıcı) maddi koşulun daha olduğu belirtilmiştir<sup>556</sup>.

## **b. Dilekçe Sahiplerinin, Şirketin veya Pay Sahiplerinin Zararını İkna Edici Şekilde Ortaya Koyması Hususu**

İsviçre’de, özel denetim isteminde bulunanların, anonim ortaklık organlarının; kanunu veya esas sözleşmeyi ihlal ettiklerini ve bu durumun, şirketin ya da pay sahiplerinin zararına yol açtığını, ikna edici bir şekilde/İnandırıcı bir şekilde (*rendre vraisemblable*) ortaya koyması gerekmektedir<sup>557</sup>. Burada önemli olan, zarar ile ihlal arasındaki nedensellik bağının varlığıdır. Nedensellik bağından, genel kurul sırasında yapılması istenilen özel denetim isteminin içeriği ile pay sahipliği hakları arasında, bir bağlantının bulunduğu kanıtlanması anlaşılmalıdır<sup>558</sup>. Burada hâkim, özel denetime karar verirken, basit iddia ve suçlamalarla yetinmeyecektir<sup>559</sup>. İsviçre’de, özel denetim isteminin hâkim tarafından kabul edilmesi için

---

**Alma Hakkı ve Mahkemeden Özel Denetim İstemesine İlişkin Koşullar**, (BGE133 III 133) 20.12.2006 T. ve S.4C278/2006 Kararı, s.1878’den Naklen).

<sup>556</sup>(**Commentaire Romand**), s.959, N.9.

<sup>557</sup>Şüphesiz mahkeme özel denetçi atanmasına ilişkin kararını vermeden önce şirketi ve dilekçe sahip/sahiplerini dinlemek zorundadır. Bununla beraber özel denetçi atanmasına ilişkin maddi ve şekli koşulların oluşup oluşmadığını da mahkeme incelemek zorundadır. Yukarıda sözünü ettiğimiz ikna edici olma unsurunun da TTK m.440/1 burada gerçekleşip gerçekleşmediği mahkemede, hâkimin mesleki bilgisi ve deneyimine göre belirlenecektir. Dilekçe sahiplerinin, anonim ortaklığın kurucularının ya da şirketin organlarının kanuna veya esas sözleşmeye aykırı davrandıklarının ya da pay sahiplerini zarara uğrattıklarının inandırıcı gerekçelerle TTK m.439/2 mahkemeye sunulması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, dilekçe sahiplerinin düşüncesine göre ortaklığın yöneticilerinin hangi davranış yükümünü ihlal ettiklerinin (örneğin eşit işlem ilkesine uyulmadığı gerekçesi ile) ve bu kurala uymamanın nasıl bir zarara sebebiyet verdiğinin dolayısıyla şirketin ya da pay sahiplerinin malvarlıklarında bir eksilmenin oluştuğunu ikna edici ve inandırıcı bir şekilde ortaya koyabilmeleri gerekmektedir. Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, s.513, N.21,22.

<sup>558</sup>(**Commentaire Romand**), s.959, N.9.

<sup>559</sup>Özel denetçi atanması için mahkemeye müracaat edildiği zaman öne sürülen iddialarla ilgili olarak yeterli delil ve emareler gösterilirse, mahkeme tarafından özel denetçi atanacaktır. Örneğin, bilançonun gerçekliği araştırılmayacak, belirli kalemlerde aykırılık olduğuna ilişkin alâmetler yeterli olacaktır.(11.H.D., 15.04.1982, 1269/1727, Eriş, no.1305, karar için Bkz. Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, b.11, s.393, N.642g). Nitekim Yargıtay 11.H.D., 15.04.1982- E.1269/K.1727, sayılı kararında “(eTK m.348/2) ’ye göre, azlık pay sahipleri tarafından özel denetçi atanmasına ilişkin nedenlerin varlıklarının kesin olarak kanıtlanması şart değildir. Kanun koyucu özel denetçi atanmasına ilişkin olarak öne sürülen iddiaların varlığını az çok doğrulayan delil ve emareleri yeterli saymıştır. Bu nedenle ilgili madde de yer alan hususların olayda mevcut olup olmadıklarının kesinliği özel denetçinin yapacağı incelemenin sonucunda ortaya çıkacaktır. Ayrıca özel denetçi atanmasına dayanak olacak vakıalar açısından kesin hüküm de söz konusu edilemeyeceğine göre, kesin delil aranmasının dayanağını bulmak güçtür. Özel denetçilerin çalışma alanlarına giren ve bunun sonucuyla ilgili bulunan bilançonun, gerçeği yansıtmadığının araştırılması istemlerinde özel denetçi atanması konusunda daha da ılımlı davranılması zorunluluğu vardır. Davacıların tespit istemi üzerine, mahkemeye şirketin işletme konusuna giren ve Van’da yapımı süren fabrika tesislerinde uzman bilirkişiler aracılığıyla yaptırılan ve yeterli nitelikte görülen inceleme sonucu saptanan inşaat ve ihzarat değeriyle, bunların bilanço değerleri arasında, (olağan) hata payını oldukça aşan miktarda belirgin biçimde çelişki bulunmaktadır. Gerçekten 31.08.1981 günü itibariyle; fabrika inşaatı, makine tesisat ve demirbaşlar ile elektrik donanımının saptanan değeri 81.134.000 liradır. Bilirkişilerce, inşaat doğrudan şirketçe yaptırıldığından, birim fiyatta yer alan %25 müteahhit kar’ının saptanan değerden düşülmesi gereği ayrıca vurgulanmıştır. Böylece, belirlenen

azlığın, özel denetim yapılmasını istedikleri hususları, tam olarak ispat etmesi gerekmemektedir<sup>560</sup>. Azlık tarafından, ileri sürülen iddiaların, hâkimde onların lehine bir kanaat oluşturması yeterlidir<sup>561</sup>.

Her ne kadar CO Art.697b’de, genel kurulda özel denetim isteminin reddedilmesi halinde, taraflar arasında bir çekişme olacağı ve burada çekişmesiz yargı işinin (*la procédure gracieuse*) uygulanmayacağı ifade edilmişse de, CO Art.697b/2 hükmünde kullanılan “*rendre vraisemblable*” teriminin, ne şekilde anlaşılması gerektiğine ilişkin doktrinde<sup>562</sup> belirtilen ifadelerden, burada da, çekişmesiz yargının söz konusu olduğu ve hâkimin, tarafların arasındaki uyuşmazlığın esasını sona erdiren bir karar vermediği görülecektir.

Nitekim Federal Mahkeme de menfaatlerin dengelenmesi suretiyle “*ipuçlarının*” gösterilmesinin, ortaya atılan iddiaların olma ihtimallerini hususunda bir kanaat elde etme hususunda elverişli ise, bunların incelenmesini ve bu şekilde özel denetime karar verilmesini

---

*değerin daha da düşmesi söz konusu iken, davalı şirketçe düzenlenen 31.12.1980 günlü bilançoda anılan kalemler 150.474.990 lira olarak gösterilmiştir. Sadece bu çelişki dahi, (özel denetçi/murakıp) atanması istemini haklı kılacak niteliktedir. Mahkemeye, davanın kabulüne karar vermek gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.”* diyerek, özel denetçi atanması konusunda, davacı tarafa kesin delil getirmesi gibi bir zorunluluk göstermeyerek bu hakkın kullanımını kolaylaştırmak istemiştir. (Bkz. Gönen Eriş, **Ticari İşletme ve Şirketler 2**, b.3, Seçkin Yayıncılık, s.2039). Ayrıca Yargıtay bir kararında da (eTK m.348/2)’ye göre azlık pay sahipleri tarafından özel denetçi atanmasına ilişkin nedenlerin varlıklarının kesin olarak kanıtlanmasının şart olmadığını öne sürülen iddiaları az ya da çok doğrulayan delil ve emarelerin gösterilmesi halinde özel denetçi atanması için bunların yeterli sayılacağını belirtmiştir. (Y.11.H.D., 28.01.2002, E.44/K.577, Eriş, **Ticari İşletme ve Şirketler 2**, s.2044. ).

<sup>560</sup>Türk Hukuku’nda tam ispat, klasik anlamda davalardaki sübjektif hakkı ihlal edilen ya da tahlikeye sokulan ya da kendisinden haksız bir talepte bulunulan (davacının), mahkemeden hukuki koruma istemi olarak ifade edilmiştir. Bu ispat faaliyeti sırasında mümkün olan bütün delillerin incelenmesinden sonra oluşan kanaat tam kanaattir. Tam kanaatin neticesinde verilecek olan hüküm maddi anlamda kesin hüküm olacağı için taraflar arasındaki çekişmeyi de sona erdirecektir. Ancak yaklaşık ispatta durum farklıdır. Zira yaklaşık ispat, niteliği itibariyle dava olmayan, mahkemeden bir takım usuli taleplerin kabulü için incelenmesi gerekli olan, maddi şartların ispat edilemesinde kullanılan bir yöntemdir. Albayrak, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat**, s.30-31. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, TTK m.439/1’deki düzenleme bir dava olarak nitelendirilemez. Zira burada uyuşmazlığın esası hakkında bir karar verilmediğinden, özel denetçi atanması hususunda, yaklaşık ispat yeterli olacaktır. Bir başka deyişle, dava niteliğinde olmadığı için ve TTK m.439/2’ye göre hâkimin, özel denetçiyi (incelemeci) atayabilmesi için, ileri sürülen maddi vakıalar hakkında hâkimde yaklaşık bir kanaat oluşturmak yeterlidir. *Albayrak* Alman Hukuku’nda ZPO §294, yaklaşık ispat durumunda sadece hemen getirilmesi mümkün olan delillerin incelenmesinin mümkün olduğunu belirtmiştir. Yaklaşık ispatın söz konusu olduğu hallerde, her türlü delilin incelenmesi fırsatı olmayabilir. Yaklaşık ispatın söz konusu olduğu durumlarda, taraflar arasındaki sübjektif hak ihlaline ilişkin çekişmeyi, sonsuza kadar çözecek nitelikte bir karar verilmemektedir. Zira yaklaşık ispatın konusunu; sübjektif hak uyuşmazlıkları değil, usuli taleplerdeki maddi vakıaların ispatı oluşturmaktadır. Yaklaşık ispatta hâkim, daha düşük bir kanaat ile yetinebilir. Zira edindiği kanaat ile taraflar arasındaki uyuşmazlığı sona erdirecek bir karar verme yükümlülüğü yoktur. Albayrak, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat**, s.31-32. Tüm bu hususlar TTK m.439/2’deki “ikna edici şekilde” ifadesinin yaklaşık ispat olduğunu göstermektedir.

<sup>561</sup>ATF 120 II 393 c.4, JdT 1995 I 571, (**Commentaire Romand**), s.959, N.10.

<sup>562</sup>ATF 120 II 393 c.4, JdT 1995 I 571’de, CO Art.697b/2 uyarınca yapılacak olan istemin, kabul edilmesi için hâkimin, ileri sürülen olayların varlığına ikna olmasının değil, ileri sürülen iddiaların olma ihtimaline kanaat getirmesi yeterli görülmüştür. Burada da hâkimin tam ispatı (*mesures provisionnelles*) aramayacağı ifade edilmiştir. Pauli, s.132ss, (**Commentaire Romand**), s.958, N.2 ve s.959, N.10.

daha doğru bulmaktadır<sup>563</sup>. Bu yaklaşım (olayların olduğuna ilişkin delilleri ikna edici şekilde ortaya koyma) sadece özel denetim isteminin değerlendirilmesinde dikkate alınması gereken bir yaklaşımdır. Zira ikna edicilik kavramının sıkı bir şekilde yorumlanması özel denetimin az uygulanmasına neden olacaktır. Başka bir ifadeyle, özel denetçinin atanması özel denetimin konusunu oluşturan bir olayın kesin bir delille ispatlanması şartına bağlı değildir<sup>564</sup>.

Özel denetim, yapılan işlerin hukuka aykırı olup olmadıklarının ya da herhangi bir işlemin yetersizliğinin ortaya çıkarılması amacıyla yapılmamaktadır<sup>565</sup>. Özel denetim, başvurucunun (dilekçe sahibinin); yönetim kurulunun (*conseil d'administration*), kurucuların (*les fondateurs*) ya da denetim kurulunun (*organe de révision*) dikkat ve özen yükümünü ihlal ederek CO Art.717/1 ve 722/1 bu ödevini eksik ya da gereği gibi yapmadığını düşündüğü durumlarda yapılmaktadır. Örneğin, eşit koşullardaki pay sahiplerine eşit davranılmadığını, bunun da eşit işlem ilkesine aykırılık oluşturduğunu iddia eden pay sahibinin, bu durumu ikna edici bir şekilde ortaya koyması gerekir. Hâkimde, eğer bu hususla ilgili olarak, azlığın lehine bir kanaat oluşursa, özel denetim yapılmasına karar verir<sup>566</sup>.

Genel kurul tarafından özel denetim yapılması isteminin reddedilmesinden sonra hâkimin, zor bir görevi bulunmaktadır. Bu görev, özel denetim isteminin yerindeliğini doğru bir şekilde takdir edebilmektir. Burada bir kez daha belirtmek gerekirse, dilekçe sahiplerinin, kurucuların (*fondateurs*), veya organların kanunu ya da esas sözleşmeyi ihlal ederek şirketi ya da pay sahiplerini zarara uğrattıklarını ikna edici bir şekilde (*rendent vraisemblable*) ortaya koymaları gerekmektedir<sup>567</sup>.

İkna edicilik kavramının doğru bir şekilde yorumlanması, özel denetime karar verilmesi için belirleyici olacaktır. *Hirsch*'in belirttiği üzere, ikna edici şekilde ortaya koyma koşulunun sıkı bir şekilde yorumlanması halinde, mahkemece özel denetim yapılmasına karar verilemeyecek, böylece özel denetim kurumu hem etkisiz hale getirilmiş olacak hem de işlemez bir hale getirilecektir (*lettre morte*). Ancak bu durumun tersi olursa, başka bir ifadeyle, ikna edici şekilde delillerin ortaya konulması koşulu, geniş olarak yorumlanırsa, bu

<sup>563</sup>ATF 120 II 393, c.4.c, JdT 1995 I 571; argumentation reprise par KGer, GVP- ZG 2001 144. Pauli, 132ss, (**Commentaire Romand**), s.959, N.10.

<sup>564</sup>Message 1983, 936; ATF 120 II 393 C.4.C. JdT 1995 I 571. (**Commentaire Romand**), s.959, N.11.

<sup>565</sup>Killias/ Bertholet, **Le contrôle spécial**, s.255.

<sup>566</sup>Killias/ Bertholet, **Le contrôle spécial**, s.256. Arrêt Du Tribunal Fédéral, 18.10.1994 (ATF 120 II 393).

<sup>567</sup>CEDİDAC Juin 1995 “**Le Contrôle Spécial Dans Le Droit Des Sociétés Anonymes: Un Nouvel Arrêt du Tribunal Fédéral**”, Bulletin d'information NO:24, p.1.

durumda da hâkim kolayca özel denetim yapılmasına karar verebilecektir ki, bu durum da, kanun koyucunun arzu ettiği bir durum değildir<sup>568</sup>.

Federal Mahkemenin incelemesine konu olan olayda birkaç pay sahibi S S.A anonim şirketine karşı iki genel kurul sırasında da özel denetim yapılmasını istemiş ve iki genel kurulda da bu istemleri reddedilmiştir. Bunun üzerine Zoug ilk derece mahkemesine (Kanton mahkemesine) giden pay sahiplerinin burada da özel denetim istemleri kısmen haklı bulunmuş bunun üzerine ikinci derece mahkemesine gitmişlerdir. Burada da özel denetim istemleri reddedilen pay sahipleri, yüksek mahkemeye başvurmuşlardır. Özel denetim pay sahiplerinin özellikle de azlık pay sahiplerinin bilgi alma haklarını iyileştirmek için yapılır. Bu sayede şirket işleri daha şeffaf (*transparente*) hale getirilmiş olur<sup>569</sup>. Genel kurul, pay sahiplerinin özel denetim istemini karşılamazsa, esas sermayenin %10'unu temsil eden pay sahipleri ya da paylarının itibari (nominal) değeri 2 milyon frank olan pay sahipleri, üç (3) ay içerisinde hakimden, özel denetçi atanmasını iddialarını ikna edici şekilde ortaya koyabilirlerse isteyebilecektir. Burada, genel kurul tarafından özel denetim istemi reddedilmiştir. Özel denetim istemine karşı olan taraf (davalı/savunma tarafı) maddi hukuka özgü koşullara, itiraz edebilir. Burada davalı tarafın yapacağı itiraz; özel denetçi atanabilmesine ilişkin maddi hukuka özgü koşulların gerçekleşmediğine ilişkin olabileceği gibi, ortaya konulan delillerin değerlendirilmediği şeklinde de olabilecektir. Özel denetçi atanabilmesi için öncelikle dilekçe sahiplerinin ana iddialarını/asıl iddialarını<sup>570</sup> (*la preuve principale*) ortaya koyması söz konusudur. Buna karşı, davalı tarafın da, karşı iddiasını (*contre-preuve*) ortaya koyması beklenir<sup>571</sup>. Mahkeme bu iddiaları değerlendirirken, sıkı bir

<sup>568</sup> Alain Hirsch, “**Le Contrôle spécial**”, Le Nouveau droit des sociétés anonymes, CEDIDAC NO:23, Lausanne 1993, p.413 ss, p.418.

<sup>569</sup> Message du Conseil Fédéral, FF 1983 II 854; Hirsch, **Le Contrôle spécial**, p.413.

<sup>570</sup> İspat türleri; asıl ispat, karşı ispat ve aksini ispat şeklinde üçe ayrılmaktadır. Asıl ispat, davada ispat yükü kendisine düşen tarafın, hâkimi, davanın çözümüne etkili olan nizalı bir vakıanın doğruluğuna hâkimi inandırmaya çalışması yani, bir vakiaya dayanan ve bu vakiaya ilişkin ispat yükü altında olan tarafın yerine getirdiği, ilk gerçekleşen ispat faaliyeti asıl ispattır. Bkz. Zekeriya Yılmaz, **Hukuk Davalarında İspat ve Deliller Rehberi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.53., Asıl ispat (*Hauptbeweis/ Beweis*), ispat yükü kendinde bulunan tarafça iddia edilen vakıanın gerçek olduğu konusunda hakimi inandırma ve ikna etmeye çalışma faaliyeti olarak da tanımlanmaktadır. Kummer, (Berner Kommentar), s.640; Max Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 1984, s.124, (Gökçen Topuz, **Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat**, Ankara, 2012, s.32’den naklen).

<sup>571</sup> CEDİDAC Juin 1995 “**Le Contrôle Spécial Dans Le Droit Des Sociétés Anonymes**, NO:24, p.2., Karşı ispat (*Gebenbeweis*), iddia edilen vakia için ispat yükünü taşıyan taraf tarafından yapılması gereken ve uygulanacak hukuk normunun/kuralının koşul vakiasını karşılayan somut vakıaların ispatına yönelik bu ispat faaliyetine karşı, henüz ispat sonucuna ulaşılmadan hakimde oluşan geçici kanaati sarsmak ya da çürütmek amaçlarıyla karşı tarafın yaptığı ispattır. (Topuz, **Karinelerle İspat**, s.33). Karşı ispat 6100 sayılı HMK m.191, ’de düzenlenmiştir. Madde de, diğer tarafın ispat yükünü taşıyan tarafın iddialarının doğru olmadığı hakkında delil sunabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca karşı ispat faaliyeti için delil sunan tarafın ispat yükünü (*le fardeau de la preuve*) üzerine almış sayılamayacağı da belirtilmiştir.



*echelle* (ölçüt) uygulamamalıdır. Bir diğer ifadeyle, davacıdan, kendisinde tam kanaatin oluşmasını sağlayacak ve gerçeği tam olarak ortaya koyacak, kesin delillerle ispat zorunluluğu beklememelidir. Mahkeme karşı tarafın karşı iddialarını da bu şekilde değerlendirmelidir. Mahkemeye göre; Art. 8 CC, CO Art.8 sadece ispat hakkı değil aynı zamanda karşı ispat (*contre-preuve*) hakkı da vermektedir.

Türk Hukuku'nda TTK m.439/2'de; dilekçe sahiplerinin; kurucuların veya anonim ortaklık organlarının, kanunu ya da esas sözleşmeyi ihlal etmek suretiyle, şirketi veya pay sahiplerini zarara uğrattıklarını, ikna edici bir şekilde ortaya koymaları halinde özel denetçi atanacağına ilişkin düzenlemenin şirketin ya da pay sahiplerinin zarara uğratıldıkları konusunda belirtiler bulunması halinde özel denetçi atanır şeklinde yumuşatılması gerektiği belirtilmiştir<sup>572</sup>.

Burada kullanılan “ikna edici şekilde” ifadesinin yaklaşık ispat olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira yaklaşık ispatın özelliklerine baktığımızda; yaklaşık ispat, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyen usûlü taleplerin kabulü için verilen ara kararlarda kullanılmaktadır. Yaklaşık ispatta; hem delil serbestisi hem de delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin bulunması, yaklaşık ispatın; hızlı yargılama yapılması gereken durumların<sup>573</sup>, tehlikeli hal durumlarının ve geleceğe yönelik öngörü durumlarının ispatında kullanılması, kural olarak kanunen öngörülen yerlerde kullanılmasının gerekmesi, ve bozulması muhtemel menfaat dengesinin sağlanması gibi hallerde kullanılması, özel denetim (inceleme) de de yaklaşık ispatın olduğunu göstermektedir<sup>574</sup>.

Yaklaşık ispat, usuli işlem niteliğindeki usuli taleplerin kabulündeki, ara kararlarda kullanılmaktadır. Bir başka ifadeyle, hâkimin, usuli bir talebi kabul etmesi için ikna edilmesinin gerekli olduğu her yerde yaklaşık ispat vardır<sup>575</sup>. Yaklaşık ispat, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeye elverişli olmayan kararlarda kullanılabilir. Fakat yaklaşık ispat, tüm usuli işlemlerde ve bütün ara kararlarda değil, sadece usuli talep niteliğinde olan usuli işlemlerde ve o talebin kabul edilmesi için gerekli bazı maddi şartların gerçekleşmesi halinde, o şartların ispatında kullanılır<sup>576</sup>. *Albayrak* ilk olarak, ispat edilmesi gereken bazı maddi

<sup>572</sup>Moroğlu, (**Değerlendirme ve Öneriler**), s.243.

<sup>573</sup>Usulün hızlandırılmasını sağlayacak olan durum; ispat ölçüsünün düşürülmesi ve sadece hemen getirilmesi mümkün olan delil araçlarının kullanılmasıdır. Bir başka deyişle, yaklaşık ispatın söz konusu olduğu durumlarda, hâkim tam olarak ikna olmak zorunda değildir. Bkz. Hakan Albayrak, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s.121.

<sup>574</sup>Albayrak, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat**, s.98.

<sup>575</sup>Albayrak, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat**, s.109.

<sup>576</sup>Albayrak, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat**, s.109.

vakıaların olması gerektiğini ve ilgililerin iddia ettiği bu usuli taleplerin kabulünün, mahkemenin vereceği karara bağlı olması gerektiğini belirtmiştir. Mahkemeye yapılan talebin kabul edilmesi için, talebe yönelik şartların sağlanmış olduğu konusunun yaklaşık ispatı gereklidir. Yazar yaklaşık ispat faaliyetinin, bir iddia ve isteğe yönelik, tek taraflı usuli işlerden, hâkimin kararı ile etkili olan usule ilişkin talep kısmında kullanıldığını ifade etmiştir. Talepte bulunanın<sup>577</sup>, isteminin kabul edilmesi için hâkimde, o istemi yapan kişinin lehine, bir kanaat oluşması gerekmektedir. Bu kanaatin adının da yaklaşık ispat olduğunu belirtmiştir<sup>578</sup>.

Yukarıda ki açıklamalarımız doğrultusunda, TTK m.439/2’de ifade edilen “ikna edici şekilde” ifadesinin, yaklaşık ispat olduğu kanaatindeyiz. Zira yukarıda yaklaşık ispatın, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeye elverişli olmayan kararlarda kullanıldığını belirttik. Ayrıca özel denetçi atanmasına ilişkin olarak azlığın, mahkemeye başvurusunun niteliğinin de bir çekişmesiz yargı işi olduğu hususunu yukarıda ayrıntılı olarak inceledik<sup>579</sup>.

Çekişmesiz yargıya ilişkin kararların HMK m.388 uyarınca, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceği açıkça düzenlenmiştir<sup>580</sup>. Burada azlığın, mahkemeye yapmış olduğu özel denetçi atanması istemi, tek taraflı usuli bir işlemdir<sup>581</sup>. Burada yapılan istem, amaç bakımından da ayrılan taraf usul işlemlerinin, bir iddia ve işleme yönelik işlemler kategorisine benzemektedir. Zira bir iddia veya isteğe bağlı olarak yapılan usuli işlemlerde, bu iddia ve isteğin kabulü için gerekli olan maddi vakıanın ispat edilmesi için yaklaşık ispat

<sup>577</sup>Talepler; mahkemeye ya da bir mahkeme organına yöneltilen, bir karar verilmesini gerektiren, irade açıklamalarıdır. Burada istemde bulunanın isteminin kabul edilmesi için, istemde bulunanın lehine, hâkimde bir kanaat oluşması gerekir. Bkz. Abdurrahim Karşlı, Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler, İstanbul, 2001, s.158, (Albayrak, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat**, s.107’den naklen). TTK m.439/2’de de, hâkimin özel denetçiyi atayabilmesi için kanunda ifade edilen hususlarda azlığın hâkimde bir kanaat oluşturması gerekecektir.

<sup>578</sup>Albayrak, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat**, s.109. O halde yaklaşık ispat; tek taraflı yapılan taraf usuli işlemlerinde, bir iddia ve isteğe yönelik işlemlerde, usuli bir talep içeren işlemlerde kullanılmaktadır.

<sup>579</sup>Bkz. I. Bölüm, s.55 vd; Çekişmesiz yargı işlerinde ve bazı davalarda, fakat kural olarak esas maddi hakkın özüne değil de ona dair tedbirlerde ve bir taraf çağrılmaksızın da verilebilen kararlarda bu derece kanaatle iktifa edilir. Bkz. Sabri Şakir Ansay, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara, 1960, s.339, (Hakan Albayrak, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s.124, dipnot:420’den naklen).

<sup>580</sup>Çekişmesiz yargı kararları şekli açıdan kesinleşmeye elverişli iken, maddi anlamda HMK m.303 kesin hüküm gücünü haiz değildirler. Yine bir çekişmesiz yargı işi olan kıymetli evrakın iptalinde, iptal kararı, senedin geri verilmesine ilişkin davada kesin hüküm teşkil etmemektedir. Bkz. Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılış Medeni Usul Hukuku**, s.926.

<sup>581</sup>İki taraflı usuli işlemlerle usuli sözleşmeler kast edilmektedir. Bu işlemlerde ispat edilmesi gereken herhangi bir maddi vakia yoktur. Tek taraflı usuli işlemler, tek tarafın irade beyanı ile kurulan ve istenilen hukuki neticenin doğması için, karşı tarafın kabulünün gerekmediği işlemlerdir. Bkz. Albayrak, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat**, s. 104-105.

kullanılmaktadır<sup>582</sup>. Talepte bulunanın isteğinin kabul edilmesi için hâkimde, talepte bulunan kişinin lehine bir kanaat oluşması gereklidir<sup>583</sup>. TTK m.439/2’de azlığın mahkemeye yaptığı özel denetçi atanması isteminin kabul edilebilmesi içinde, azlığın, kurucuların ya da şirket organlarının, kanunu veya esas sözleşmeyi ihlal ederek, şirketi ya da pay sahiplerini zarara uğrattıklarına ilişkin hâkimde kanaat oluşturması gerekir. Yaklaşık ispatın özellikleri incelendiğinde, TTK m.439/2’de özel denetçi atanması için hâkimde, oluşturulması gereken kanaatin (ikna edici şekilde) yaklaşık ispat olarak anlaşılması gerekmektedir.

### ba. Özel Denetimde İspat Ölçüsü

Azlığın TTK m.439/1’e göre yapacağı özel denetçi (incelemeci) atanması isteminde, özel denetçinin (incelemecinin) atanabilmesi için, TTK m.439/2 uyarınca; kurucuların veya şirket organlarının, kanunu veya esas sözleşmeyi ihlal ederek, şirketi veya pay sahiplerini zarara uğrattıklarını, *ikna edici bir şekilde* ortaya koymaları gerekmektedir. Burada ispatın ölçüsünün tespiti, hâkimin özel denetçiyi atamaya nasıl karar vereceği konusunda aydınlatıcı olacaktır.

Doktrinde ispatın ölçüsü<sup>584</sup> ile ilgili yapılan tartışmalarda *Altay*, pay sahipliği hakları ile özel denetim arasındaki bağlantının tespitinde yüksek bir eşik uygulanmaması gerektiğini belirtmiştir<sup>585</sup>.

Bu nedenle özel denetimin yapılmasının, pay sahipliği haklarının kullanılması için gerekliliği konusundaki ispat yükünün davacıya yükletilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yazar, davacının özel denetim yapılmasını istediği karanlıkta kalan hususun, pay sahipliği haklarının kullanılması için, bağlantılı olduğunun inandırıcı kılınmasının yeterli görülmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu nedenle yazar hâkimin, özel denetim istemi ile pay sahipliği haklarının

<sup>582</sup>Albayrak, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat**, s.105.

<sup>583</sup>Albayrak, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat**, s.109.

<sup>584</sup>İspat ölçüsü, bir vakıa iddiasının hâkim tarafından ne zaman ispatlanmış kabul edilerek, hukuki neticenin doğduğuna karar verileceğini gösteren, uygulanacak olan normun aradığı kanaatin derecesini ifade etmektedir. Bir diğer ifadeyle, ispat ölçüsü, bir vakıayı düzenleyen normun, o vakıa ile ilgili ispatın yeterliliği hakkındaki talebin derecesidir. İspat ölçüsü, hukuki mesele ilgili olup, delillerin değerlendirilmesi safhasında, hâkim tarafından göz önüne alınması gereken bir kavramdır. Bu kavram, ispat konusu vakıayı düzenleyen hukuk normundan çıkartılır ve delillerin değerlendirilmesi aşamasında hâkime yol gösterir. Bkz. Oğuz Atalay, “Emare İspatı”, **Manisa Barosu Dergisi (MBD)**, Y.18, S.70, (s.7-21), s.15.

<sup>585</sup>Altay, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler**, s. 69. Yazar yüksek bir eşik uygulanmamasından kasdının bilgi alma ya da inceleme haklarını kullanmış olan bir pay sahibinin elde etmeyi düşündüğü bilginin pay sahipliği haklarına ilişkin etkisinin tespitinin yapılması sırasında ancak özel denetim ile tespit edilebilecek olguların daha baştan davacı tarafından kanıtlanmasının aranmaması şeklinde tanımlamıştır.

kullanımı arasındaki bağlantıyı tespit ederken katı bir eşik uygulamasının, hakkaniyete uygun olmayacağını kanatindedir<sup>586</sup>.

Gerekçede de bu ek şartın, usul hukuku anlamında da muteber delillerle ispat edilmesi zorunluluğu getirilmemiş, özel denetim isteminde bulunan tarafça, ikna edici olguların ya da bu olguların inandırıcı bir şekilde ortaya konması yeterli görülmüştür<sup>587</sup>.

Bu hususta **Domaniç**, tüm davalarda olduğu üzere, özel denetçi atanması (davasında) da TTK m.439, delil aranması gerektiğini belirtmiştir. Fakat özel denetçi atanmasına ilişkin olarak verilen mahkeme kararının, kimseyi mahkûm etmemesi ve bir tedbir ya da tespit niteliğinde olup kesin hüküm kuvvetinden yoksun bir karar niteliğinde olması gerekçeleri ile suiistimalleri ya da kanunsuzlukları kesin olarak ispatlayacak delillere lüzum bulunmadığını da ifade etmiştir. Bu nedenle de kanun koyucu emareden söz etmiştir. Yazara göre, özel denetim yapılmasına ilişkin iddialar, haksız fiil iddialarını da kapsayabilmektedir. Anonim ortaklık ile ilgili çekişmeli işlerde de, ticari defterlerin ve kayıtların, delil olarak gösterilmeleri mümkündür.

Ayrıca eTK m.79- TTK m.83'te; ticari uyuşmazlıklarda tarafların, ticari defterlerini de teslim etmelerinin mümkün olması sebebiyle; yönetim kurulu raporları ve denetçi raporları, bilançolar, kar ve zarar hesapları, pay sahipleri cetveli, genel kurul tutanağı, anonim ortaklığın defterleri, genel kurulun davet merasimine ilişkin mektup ve ilanlar, bilirkişiler, tanıklar, vb. hepsi, özel denetçi atanması isteminde bulunulan mahkeme tarafından incelenerek, değerlendirilebilecek deliller arasında sayılmıştır<sup>588</sup>.

İsviçre'de ispat ölçüsü ile ilgili, azlığın ortaya attığı asıl iddia hakkında hâkimin, şüpheye (*doute est suffisante*) düşmesi yeterli görülmüştür<sup>589</sup>. Federal Mahkeme'nin bir kararında, çatışan menfaatlerin, hüküm verilmesi amacıyla tartıldığı özel denetim sürecinde mahkemenin, istemde bulunan dilekçe sahiplerinin, iddia ve şüphe ettikleri olayların, gerçekleşme ihtimallerini incelediği belirtilmiştir. Dolayısıyla olayların değil, iddia edilen olguların inandırıcı olması aranmaktadır<sup>590</sup>. Federal Mahkeme'nin de açıkça belirttiği üzere, mutlak anlamda bir ispat aranmamaktadır. Bu nedenle şirketin ya da pay sahiplerinin zarara uğradıklarının, ikna edici olgularla ortaya konması gerekir. Hâkimde, iddia edilen (vuku

<sup>586</sup>Altay, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler**, s. 69.

<sup>587</sup>TTK Gerekçesi, s.213.

<sup>588</sup>Domaniç, **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması**, s.746-747.

<sup>589</sup>ATF 76 II 188= JdT 1951 I 324.

<sup>590</sup>Karar için Bkz. BGE 120 II 398, (Narbay, **Özel Denetim**, s.319'dan Naklen).

bulup gerçekleştikleri önceden söylenemese de) bu olguların, gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda, bir kanaat oluşması önemlidir<sup>591</sup>.

Hâkimde oluşan kanaatin derecesi, ispat ölçüsü kavramı ile ilişkilidir<sup>592</sup>. Bazı hallerde tam ispat yerine, hakikate yakın gösterme (inanılır kılma)<sup>593</sup> şeklindeki ispat söz konusu olabilir. Bu durumda talepte hakkı olması ihtimalinin bulunması yeterli kabul edilir. Yaklaşık ispatta hâkimin, ispat edilmek istenen olayı muhtemel görmesi gereklidir<sup>594</sup>. Bir diğer ifadeyle, ortaya konulan olayın doğru olma ihtimalinin, doğru olmama ihtimali karşısında ağır basması gereklidir. Yaklaşık ispat, geçici hukuki koruma tedbiri kararlarında olduğu gibi hâkimin, çoğu zaman acele karar vermesi gereken hallerde ve delil gösterilmesinin zor olduğu ve bu nedenle de kesin ispatın beklenemeyeceği durumlarda aranan ispat ölçüsüdür<sup>595</sup>. Türk Hukuku'nda, kanunun açıkça imkân verdiği hallerin dışında, dolaylı olarak da imkân tanıdığı durumlarda, yaklaşık ispat geçerli olacaktır. HMK m 390/3 uyarınca, açıkça kanunen izin verilen ihtiyati tedbirlerin dışındaki alanlarda da, yaklaşık ispat uygulanmaktadır<sup>596</sup>.

Kanuni bir düzenlemede açıkça belirtilmiş olan ve hâkimde, tam kanaati oluşturan delillerin gösterilmesinin objektif olarak, ispat yükünü taşıyan taraftan beklenmesinin dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacağı ispat güçlüğü ya da imkânsızlığı hallerinin söz konusu olduğu durumlarda, kural olarak ispat ölçüsünün de düşürülmesi gerekmektedir<sup>597</sup>. Özel denetim yapılmasına karar verebilmek için hâkimin, ispat ölçüsünü<sup>598</sup> fazla yüksek tutmaması gerekir.

<sup>591</sup>Narbay, **Özel Denetim**, s.319.

<sup>592</sup>Bir başka ifadeyle, hâkimin kanaatinin derecesi, yani tam kanaat mi yoksa yaklaşık kanaat mi aradığı ispat ölçüsü ile ilgilidir. Bkz. Oğuz Atalay, **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, C.II, s.1720.

<sup>593</sup>Bazı hallerde yaklaşık ispat, bir başka ifadeyle, tam olmasada gerçeğe yakın derecede kanaat yeterli görülmektedir. Atalay, **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, C.II, s.1715.

<sup>594</sup>Bir vakia iddiasının, kuvvetle muhtemel olduğunun ortaya konulmasının yeterli kabul edildiği durumlarda, yaklaşık ispat vardır. Bir başka ifadeyle, bir vakia ağır basan ihtimâl derecesi ile kabul edilmiş ise, yaklaşık ispat söz konusudur. Bkz. Oğuz Atalay, **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, C.II, s.1715,1720. O halde azlığın özel denetçi atanabilmesi için TTK m.439/2 uyarınca, iddia ettiği hususları, ikna edici şekilde ortaya koyması, bunların da hâkimde, kuvvetle muhtemel olduğu şeklinde bir kanaat oluşturmaları gerekir.

<sup>595</sup>Ahmet Başözen, "Güncel Yargıtay Kararları Işığında İhtiyati Tedbirlerde Yaklaşık İspat ve İhtimal Kavramı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (**DEÜHFD**), C.16, Özel Sayı, 2014, (s.653-694), s.656., Olay iddiasının ağır basan ihtimali yansıttığı hususundaki kanaati yeterli sayan ispat, yaklaşık ispattır. Ibid., s.657; Tanrıver, **Medeni Usûl Hukuku**, C.I, s.794.

<sup>596</sup>Albayrak, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat**, s.126.

<sup>597</sup>Başözen, **Güncel Yargıtay Kararları Işığında İhtiyati Tedbirlerde Yaklaşık İspat ve İhtimal Kavramı**, s.659., Yaklaşık ispatta ispat ölçüsünün, normal yargılamaya nazaran düşük derecede olma nedeni, ispat yükünün normal yargılamadaki ispat yükü kurallarına nazaran, menfaat dengesinin gerektirdiği yerde değiştirilebilmesi ve kural olarak tüm delillerin toplanabilir olmasıdır. Albayrak, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat**, s.127.

<sup>598</sup>İspat ölçüsü, bir vakia iddiasının hâkim tarafından ne zaman ispat edilmiş kabul edilerek o vakianın karşıladığı koşul vakianın gerçekleşmiş sayılacağı ve kuraldaki hukuki sonucun doğmuş olduğuna karar verileceği sorusuna

TTK m.439/2’de; dilekçe sahiplerinin, kurucuların veya şirket organlarının, kanunu ya da esas sözleşmeyi ihlal ederek, ortaklığı veya pay sahiplerini zarara uğrattıklarını, ikna edici bir şekilde ortaya koyabilmeleri halinde özel denetçinin atanacağı düzenlenmiştir<sup>599</sup>.

Burada azlığın ya da paylarının itibari değeri bir milyon TL olan pay ya da pay sahiplerinin, kanunun ya da esas sözleşmenin ihlal edilmesi sonucunda, şirketin veya pay sahiplerinin zarara uğratıldıklarını, hâkimi ikna edici bir şekilde ortaya koymaları gerekmektedir. TTK m.439/2’de azlığın, ikna edici şekilde; kurucuların, şirket organlarının, kanunu veya esas sözleşmeyi ihlal ederek, pay sahiplerini ya da şirketi zarara uğrattığını ortaya koyması hususunun yaklaşık ispat olarak değerlendirilmesi gerektiğinden, tıpkı ihtiyati tedbir kararlarında olduğu gibi, özel denetçi atanabilmesi için hâkimde, yaklaşık bir kanaatin oluşturulması yeterli olacaktır<sup>600</sup>.

---

cevap verir. Prütting, s.58; Rosenberg/Schwab, s.691; Greger, s.8; Walter, s.5; Koussoulis, s.237; (Oğuz Atalay, **Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001, s.37’den naklen). İspat faaliyetinin başarısı ispat ölçüsüne göre belirlenir. Bir başka deyişle, ispat ölçüsü, bir vakıayı düzenleyen hukuk kuralın o vakıa hakkındaki ispatın yeterliliği konusunda beklediği düzeydir. Koussoulis, (Atalay, **Menfi Vakıaların İspatı**, s.37’den naklen). Bilindiği üzere özel denetim yapılması istemi farklı konularda olabilir. Kanımızca özel denetim çekişmesiz bir yargı işi olduğundan, buradaki ispat ölçüsü yaklaşık ispat olarak kabul edilmelidir. Daha sonra getirilen deliller çerçevesinde, olaya ilişkin olarak hâkimde, azlık lehine bir kanaat oluşmuşsa, özel denetçiyi (incelemeci) atamalıdır. Buradan da anlaşılacağı üzere ispat ölçüsü, bir vakıa iddiasının ne zaman ispatlanmış sayılacağı ile ilgili iken, konu ile ilgili mahkeme önüne getirilen delillerin değerlendirilmesi ise somut davada hâkimin, gerekli kanaat derecesine ulaşip ulaşmadığını, bir başka deyişle, ortaya atılan iddianın ispat edilip edilemediği ile ilgilidir. Prütting, s.59; Maassen, s.19; Koussoulis, s.279, (Atalay, **Menfi Vakıaların İspatı**, s.39’den naklen).

<sup>599</sup>6762 sayılı eTK m.348/3’te; mahkeme tarafından özel denetçinin atanabilmesi için, iddia edilen hususlar hakkında “kâfi delil ve emare” gösterilmesinin gerekli olduğu belirtilmiştir.

<sup>600</sup>Yaklaşık ispatın söz konusu olduğu durumlarda, iddia edilen vakıanın herhangi bir sınırlamaya maruz kalmaksızın, tüm delillerle ispat edilebileceği belirtilmiştir. Çekişmesiz yargıda delil çeşitlerinin, nizalı kazada (çekişmeli yargıda) olduğu gibi sınırlı olmadığı, mahkemenin olay hakkında salim bir kanaate ulaşmak için, her türlü vasıtaya müracaat edebilme serbestisi olduğunun altı çizilmiştir. Çekişmesiz yargı hâkiminin, delilleri serbestçe takdir etme hakkının, çekişmeli yargıya oranla daha mutlak olduğunu belirten **Kuru**, hâkimin vakıaların ikrarı ile bağlı olmadığını, hâkimi bağlayıcı bir yeminin de burada olmayacağını ifade etmiştir. Burada hâkim, ilgilileri (alakadarları) dinleyebilir, resmi makamlardan bilgi isteyebilir. (Bkz. **Kuru**, **Nizasız Kaza**, s.168,170). Hâkim, yaklaşık ispatın söz konusu olduğu hallerde, kullanılan delilleri serbestçe değerlendirmek suretiyle, kendi yaklaşık kanaatini oluşturabilecektir. **Albayrak**, yaklaşık ispatın bünyesine, kanuni delil sisteminin ve kesin delillerle ispat zorunluluğunun uygun olmadığını ifade etmiştir. İhtiyati haczin söz konusu olduğu bir alacak davasında, ihtiyati haciz için alacağın varlığının kesin olarak ispat edilmesi aranmamaktadır. İhtiyati haciz kararı için gereken, alacağın varlığı konusunda hâkimde, yaklaşık bir kanaatin oluşturulmasıdır. Bu yaklaşık kanaatin oluşumunu, tam kanaatin oluşumu için zorunlu olan sisteme tabii tutmak anlamsız olacaktır. **Albayrak**, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat**, s.114., **Kuru**, nizasız kaza hâkimini, bir askeri manevrayı kanunun öngördüğü amaca uygun ve müstakilen idare eden bir kumandan olarak nitelemiştir. Çekişmesiz yargıda da delilin konusunu vakıalar oluşturur. **Kuru**, **Nizasız Kaza**, s.160,168., Tıpkı bir davadaki esas hakın ispat edilmesinde olduğu gibi, belirli bazı taleplerin kabul edilmesi için, o taleplerin koşul vakıalarının ispatı gerekir. Mahkemeden, belirli usuli taleplerde bulunan taraf, bu usuli talebinin kabul edilebilmesi için, gerekli koşul vakıaların gerçekleştiğine dair mahkemede kanaat uyandırabilmek için, gereken delilleri sunarak, bu yaklaşık ispat faaliyetini yapmakla yükümlüdür. **Albayrak**, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat**, s.127.

Daha önce de belirttiğimiz gibi mahkemenin, özel denetçiyi atayabilmesi için ilgililerin, iddialarını kesin delillerle ispat etmesi gerekmektedir<sup>601</sup>. TTK m.439/2 uyarınca atanacak olan, özel denetçi isteminin çekişmesiz yargı işi niteliği dikkate alındığında ve çekişmesiz yargıda delil çeşitlerinin, çekişmeli yargıda olduğu gibi sınırlandırılmamış olması göz önünde bulundurulduğunda, mahkemenin, salim bir kanaate ulaşabilmek için, her türlü vasıtaya müracaat edebilme serbestîsi olduğu görülecektir<sup>602</sup>. TTK m.439/2’de; *ikna edici bir şekilde ortaya konması* ibaresinin, yaklaşık ispat olduğu konusuna yukarıda değinmiştik. O halde TTK m.439/2’deki istemin çekişmesiz yargı niteliği ve özel denetçinin (incelemeci) atanabilmesi için, maddede geçen “ikna edici bir şekilde” teriminin Usul Hukuku’ndaki karşılığının, yaklaşık ispat ölçüsü olduğu gibi hususlar dikkate alındığında, tam ispat için mevcut olan kesin delille ispat kuralının, yaklaşık ispat durumunda uygulanmayacağı açıktır<sup>603</sup>.

*Albayrak*, yaklaşık ispatın söz konusu olduğu durumlarda, serbest delil sisteminin ve bu delillerin serbestçe değerlendirilmesinin gerektiğini belirterek, iddia edilen vakıanın hiçbir sınırlamaya tabii tutulmadan, bütün delillerle ispat edilemesinin gerektiğini ifade etmiştir. Yazara göre, kanuni delil sistemi ve kesin delillerle ispat zorunluluğu, yaklaşık ispatın bünyesine uygun değildir<sup>604</sup>. O halde özel denetçi (incelemecinin) atanabilmesi için azlığın, kesin delil getirmesi beklenmeyecektir<sup>605</sup>.

Tüm bu açıklamalar ışığında, kanımızca TTK m.439/2’deki ispat faaliyeti yaklaşık ispat faaliyeti olup, azlıktan iddialarını ispat edebilmesi için, kesin delil (senet, yemin) getirmesi beklenmeyecektir. TTK m.439/2’nin çekişmesiz yargı işi niteliği ve hâkimin,

<sup>601</sup>Takdirî delillerle ispatın caiz olduğu durumlarda, ispat ölçüsünün düşürülmesi ve yaklaşık ispatla yetinilmesi hususunda bkz. Tanrıver, **Medeni Usûl Hukuku**, C.I, s.794.

<sup>602</sup>Kuru, **Nizasız Kaza**, s.168.

<sup>603</sup>Bkz. Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, İstanbul, 2000, s.613 (Albayrak, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat**, s.113’ten Naklen). Doktrinde *Üstündağ*, yaklaşık ispata, “hakikate yakın gösterme ispatı” demiştir. Ibid, s.113, dipnot:372’den naklen. *Atalay*, “gerçeğe yakın gösterme ispatı” demiştir. (Bkz. Oğuz Atalay, **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, C.II, s.1720).

<sup>604</sup>Albayrak, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat**, s.114.

<sup>605</sup>Çekişmeli yargıdaki, belli miktarı aşan hukuki işlemlerin yalnız senetle ispat edileceğine ilişkin hükümlerin nizasız kazada uygulama sahası yoktur. Kuru, **Nizasız Kaza**, s.170., Kesin deliller, hâkimin bağlı olduğu ve takdir yetkisine sahip olmadığı delillerdir. Bunlara kanuni deliller de denilmektedir. Bir vakıanın ispatı için kesin delil aranıyorsa, artık hâkim başka delilleri inceleyemez. Kanunun, bazı iddiaları yalnızca kesin delillerle ispatını aradığı hallerde, sübjektif hakları güven altına alma fikri vardır. Taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalarda hâkimin kesin delillerle bağlı olduğu, buna karşın kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda; yemin ve senedin, hâkim için bağlayıcı olmadığı belirtilmiştir. Bkz. Oğuz Atalay, **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, C.II, s.1736. Buradan varılacak sonuç, çekişmesiz yargı işi niteliğinde olan TTK m.439/2’de de hâkimin, re’sen araştırma yükümlülüğü bulunduğundan, azlığın iddiasını her türlü delille ispat edebileceğidir.

çekişmesiz yargı işinde re'sen araştırma ilkesinin bir gereği olarak da burada azlık, iddiasını her türlü delil vasıtası ile ispat edebilecek, hâkim de bunları serbestçe değerlendirecektir.

## bb. Delil ve Emare Kavramlarının Özel Denetimde İspat Açısından Değerlendirilmesi

TTK m.439/2'nin hukuki niteliğinin, çekişmesiz yargı işi olduğunu, mahkemenin özel denetçiyi atayabilmesi için azlığın, iddia ettiği hususları, yaklaşık olarak ispat etmesi<sup>606</sup> gerektiğini inceledik. Azlığın, bu ispat faaliyetini yerine getirirken ispat aracı olarak delillerden yararlanması gerekmektedir. Ancak eTK m.348/3'de kanun koyucu; *yeterli delil ve emare* gösterilmesi halinde, özel denetçinin atanabileceğini düzenlemiştir. TTK m.439/2'de ise, delil ya da emare kavramlarının hiçbiri kullanmamış, şirketin ya da pay sahiplerinin zararının, *ikna edici bir şekilde* ortaya konulması halinde özel denetçinin (incelemecinin) atanabileceği düzenlenmiştir. Bu durum delil ve emare kavramlarını konumuz açısından incelemeyi gerektirmiştir.

Medeni Usul Hukuku'nda ve öğretilerde, delil kavramı ile ilgili tanımlamalar yapılmış olup, yine kanuni bir ispat kavramı olan emare konusunda, delil kavramı kadar üzerinde görüş birliği olan bir tanıma ihtiyaç duyulmamıştır.

Emarenin sözlük anlamı, belirli, ipucu, iz, alâmet olarak ifade edilmiştir<sup>607</sup>. Emarenin bir ispat konusu olduğu ve delil vasıtası olmadığı ve dolayısıyla vakıa olarak nitelendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>608</sup>. *Tanrıver*; emareyi, tecrübe kuralları aracılığıyla, uyuşmazlık

<sup>606</sup>İspat, bir olayın ya da hukuksal durumun; varlığı ya da yokluğu hakkında hâkimde, kanaat uyandırmak maksadıyla yapılan inandırma eylemi olarak tanımlanmaktadır. İspatın konusunu; tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasında etkili olabilecek vakıalar oluşturmaktadır. Bu vakıaların ispat edilebilmesi için de delil gösterilmelidir. Kale/Keser, **Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi**, s.703. İspatın gerekli olmadığı bir halde delilden söz edilemez. Ibid, s.713. İspat, dava konusu hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıanın, doğru ya da var olup olmadığı hakkında, mahkemeye kanaat verilmesi işlemi olarak tanımlanmıştır. Hâkim, re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı yargılamada, taraflar arasında çekişmeli olmayan vakıaları da kendiliğinden inceleme konusu yaparak, bu vakıaların ispatı amacıyla, gereken delillere başvurabilir. Bkz. Kuru, **Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı)**, s.230-231.

<sup>607</sup>İlhan Ayverdi, **Misalli Büyük Türkçe Sözlük**, Kubbealtı Yayınevi, İstanbul, s.859; Türk Hukuk Lügatı'nda *emare*, bir fiilin ikamı, ihmali teyid eden ve fakat tek başına delil mahiyetinde ve kuvvetinde olmayan vakıadır ki, diğer delilleri tamamlamak için, hâkim tarafından nazara alınabilir şeklinde tanımlanmıştır. Türk Hukuk Lügatı, Emare Maddesi, s.83, (Atalay, **Emare İspatı**, s.8'den Naklen).

<sup>608</sup>Atalay, **Emare İspatı**, s.8. **Konuralp**, emarenin bir ispat aracı olduğunu belirtmiştir. Emareyi; *bir iddianın doğrulanması hususunda kanaat edinmeye elverişli olan ve fakat temsili niteliği itibarıyla iddia edilen vakıayı ancak ihtimal derecesinde ya da kısmen doğrulayabilen ispat araçları* olarak tanımlamıştır. Halûk Konuralp, **İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, Ankara, 2009, s.29; Aynı yönde, **Göksu**, emare ispatının, hukuki niteliğinin ispat aracı olarak kabul edilmesi halinde, ispat araçlarının yalnızca delillerden ibaret olmadığı; karine, emare gibi başkaca unsurların da, ispat faaliyetinde kullanılan (delil dışında), ispat araçları olduğunun görüleceğini belirtmiştir. Yazara göre, emarenin (belirtinin) bir delil çeşidi olduğu hususunda tereddüt



bağlamında işlerlik kazanacak hukuk kuralının koşul vakıaları hakkında, kendisinden sonuç çıkarılabilen komşu vakıalar olarak tanımlamıştır<sup>609</sup>. Belirtiler, ispat edilecek olayı dolayısıyla göstermektedirler.

**Konuralp** emareyi, delil olmakla birlikte olayın tamamını değil, bir kısmını gösteren “dolayısı ile ispat”<sup>610</sup> aracı olarak ifade etmiştir<sup>611</sup>. Yazar, emarenin vakıa olup olmamasının değil, temsil değerini haiz olup olmamasının önemli olduğunu belirtmiştir<sup>612</sup>.

Ayrıca belirtiler (emarelerin) tek başına ispat kuvveti bulunmayıp, birlikte birbirlerini tamamladıkları takdirde, delil olarak kabul edileceklerdir<sup>613</sup>. Kanun tarafından gösterilen ve hâkimi bağlayacağı kabul edilen ispat vasıtaları delil sayılmakta, bunların dışında kalanlara emare denilmekte ve bunlar ancak birbirlerini takviye ettikleri zaman, hepsi beraber kanuni delil mahiyetini almaktadır<sup>614</sup>.

Medeni Usul Hukuku alanında emare ile ispat konusu **Üstündağ** tarafından, ikili bir ayrımla değerlendirilmiştir. Emareler müstenit ispat, bir dolayısıyla ispat türüdür. İspat edilebilen komşu (civar) vakıaların, kanuni unsurların gerçekleştiğini büyük bir ihtimal dâhilinde göstermiş olduğu durumlarda hâkim, artık bu vakıalara dayanarak hüküm

---

edilmemelidir. Bkz. Mustafa Göksu, Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s.28, (Kale/Keser, **Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi**, s.704, dipnot:24'ten naklen). Aksi yönde, **Atalay** emareyi; *tecrübe kuralları aracılığıyla, kendilerinden uyumsuzluğa uygulanacak hukuk normunun koşul vakıası hakkında sonuç çıkarılabilen diğer vakılardır. Bu nedenle emare, ispat aracı değil, ispat konusunu oluşturur* olarak tanımlamıştır. Bkz. Atalay, **Emare İspatı**, s.9., Aynı yönde Süha Tanrıver, **Medeni Usûl Hukuku**, C.I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s.789,817. **Tanrıver**, delilin, bir ispat aracı olduğunu ancak emarenin bir ispat aracı olmadığını belirtmiştir.

<sup>609</sup>Tanrıver, **Medeni Usûl Hukuku**, C.I, s.789.

<sup>610</sup>Dolaylı ispat çerçevesinde en çok kullanılan kavram emare veya emare ispatıdır. Oğuz Atalay, **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, C.II, s.1619; Dolaylı ispat olarak tanımlanan emare ispatında hâkim, emare vakıaların, asıl ispatın konusunu oluşturan, hukuki sonuç için önemli vakıanın, gerçekleştiğini göstermeye yetip yetmeyeceklerini takdir eder. Atalay, **Emare İspatı**, s.10.

<sup>611</sup>Konuralp, **İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, s.19; **Atalay**, emare ispatını, uygulanacak hukuk kuralındaki koşul vakıaya yabancı komşu vakıaların ispatlanması yoluyla, hayat tecrübesi kurallarına dayanılarak, hukuki netice açısından önem arz eden vakıaların ispatlanması veya ispatlanmış sayılması şeklinde tanımlamıştır. Emare ispatı, bir dolaylı ispat olduğu için, komşu vakıaların ispatı ile asıl vakıalar hususunda hâkimde, bir kanaat oluşturulmaya çalışılmaktadır. Şayet taraflar, komşu vakıaların kanuni unsurlarının gerçekleştiğini ispat edebilirlerse, hâkim de bu vakıalara dayanarak, asıl ispatı gereken vakıanın da büyük ihtimâlle (olasılıkla) gerçekleşmiş olduğuna karar verebilecektir. Emare ispatında, komşu vakılardan, hayat tecrübesi ve bunlarla bağlantılı mantık kuralları çerçevesinde somut vakıa ile ilgili bir netice çıkarılmaya çalışılır. Emare ispatında hâkim, yaşam deneyimine ve mantık kurallarına dayanarak bir sonuç elde etmeye çalışır. Dolaylı ispatta hâkim, tecrübe kurallarından yani hayatın olağan akışına uygun bilgilerden istifade etmektedir. Bkz. Atalay, **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, C.II, s.1620-1621., **Atalay**, çevre vakıalar aracılığıyla ispat, dolaylı ispattır. Yazar, emare ispatının dolaylı ispat ile aynı şey olduğunu belirtmiştir. Atalay, **Emare İspatı**, s.9.

<sup>612</sup>Konuralp, **İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, s.22.

<sup>613</sup>Haluk Konuralp, **Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, Tıpkıbasım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s.18-19.

<sup>614</sup>Konuralp, **İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, s.19.

verebilecektir. Bu yaklaşım komşu vakıalar kavramından yola çıkmaktadır. Yazarın emarelerle ispat konusunda ikinci bir hal olarak nitelediği hal ise, ilk görünüş ispatıdır. Bu ispat türünde olayların tipik akışı denilen durumlar söz konudur. Bu tür ispatın, olayların tam ispatından farkını, bir tecrübe kuralına dayandıran tipik hayat olayında çok genel bir şekilde; *somut olayda da bu böyle olmuştur* faraziyesinden hareket ediliyor olması oluşturmaktadır. Burada tecrübe kuralı yaklaşımından hareket edilmektedir<sup>615</sup>.

HMK' da bazı hususların emare ile ispat edildiğini görüyoruz. Örneğin; HMK m.7/2'de birden fazla davalının bulunduğu yerlerde ...deliller veya belirtilerle anlaşılırsa ..., bu hükümde açıkça belirtilerden söz edilmiştir. Bu maddede kanunkoyucunun, belirtilerden söz etmesinin nedeni davacı tarafın, yetkili mahkemeyi seçme hususundaki kötü niyetinin tespit edilebilmesinin tam anlamı ile kanaat verecek bir şekilde ispatlanabilmesinin mümkün olmamasıdır. Bu nedenle HMK' nın bu hükmünün işletilebilmesi için tam anlamı ile delil niteliğine sahip olan unsurlar aranmayacak böyle bir amaca delalet edecek olan bazı belirtilerin bulunması kâfi (yeterli) olacaktır<sup>616</sup>.

Özel denetim açısından da, eTK m.348/3'de kanun koyucu; *yeterli delil ve emare* gösterilmesi halinde özel denetçi atanacağını düzenlemiştir. Kanunda emarelere yer verilmesinin nedeni, azlığın şirket hakkında yeterli bilgi edinmesinin çoğu zaman zor olmasıdır. Bir başka ifadeyle, azlık bu iddialarını ispat etmekte güçlük çekebilir.

**Tekil**, yeterli delil ifadesinin yanına *ve emare* ifadesinin de eklenmesinin nedeninin; iddia konusu yolsuzlukların, kanun ya da esas sözleşmeye aykırılıklarının, ispat edilmesi doğrultusunda yapılabilecek yanlış bir yorumu, engellemek için olduğunu ifade etmiştir. Fakat amaç sadece emare ile yetinmek de değildir. Şüphesiz ki özel denetçi atanmasını gerektiren ciddi sebepler mahkemeye bu kanaati verecek deliller ve emarelerle doğrulanmalıdır<sup>617</sup>. **Atalay**, emare ispatının dolaylı niteliğinden, yalnızca ispat güçlüğü ya da imkânsızlığı durumlarında, uygulama alanı bulacağına ilişkin bir neticenin çıkarılmasının doğru olmadığını belirtmiştir. Yazar, ispat imkânsızlığının, emare ispatının ön koşulu olarak kabul edilmesine gerek olmadığını ifade etmiştir<sup>618</sup>.

**İmregün**'de, özel denetçi atanmasına ilişkin istemin, mahkemece kabul edilebilmesi için, iddia edilen hususlar hakkında yeterli kanıt ve emare gösterilmesi gerektiğini ifade

<sup>615</sup>Konuralp, **İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, s.21.

<sup>616</sup>Konuralp, **İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, s.22.

<sup>617</sup>Tekil, **Şirketler Hukuku (Anonim Şirketler)**, s.335-336.

<sup>618</sup>Atalay, **Emare İspatı**, s.11.

etmiştir. Yazar azlığın, her ne kadar bunları gösterse de, iddiasını kanıtladığı gibi bir anlamın çıkarılamayacağını, zira iddia olunan hususların gerçekten var olup olmadıklarının özel denetçinin incelemesi sonucunda ortaya çıkabileceğini belirtmiştir. Yazara göre mahkeme, özel denetçi atanmasında, kesin kanıt aramayacak ve bunla ilgili incelemesini derinleştirmeyecektir<sup>619</sup>.

*Moroğlu*, TTK m.439/2’de öngörülen; *şirketin veya pay sahiplerinin zarara uğratıldıklarının ikna edici şekilde ortaya konulması* koşulunun, daha başlangıçta yerine getirilmesinin çoğu defa imkânsız olacağını belirtmiş ve bu koşulun; *şirketin veya pay sahiplerinin zarara uğratıldıkları konusunda belirtiler bulunması halinde* şeklinde yumuşatılması gerektiğini ifade etmiştir<sup>620</sup>.

Delil kavramının sözlük anlamı; yol gösteren, kılavuz, rehber, bir şeyin varlığını, aslını, ne olduğunu ispatlamaya yarayan şey, burhan, kanıt, beyine olarak tanımlanmaktadır<sup>621</sup>. Bunun dışında delilin ispat için başvuru bir araç olduğu şeklinde çok genel bir tanımı da vardır<sup>622</sup>. Delil bir süreç olarak düşünüldüğünde, iddiayı ispat etmek için mahkemeye sunulan delilin incelenmesi neticesinde mahkemeyi ikna eden delil kavramı arasında mantıki ve hukuki bir fark olduğu anlaşılır<sup>623</sup>.

Delilin, temsililik niteliği bulunmaktadır. Bunun anlamı, uyuşmazlık zaman bakımından davadan önce gelmektedir. Davanın sonunda hâkimin görevi hukuk kuralını olaya uygulamaktır. Fakat daha önce uyuşmazlığın temelini oluşturan somut olayın gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin bazı tespitlerin yapılması gerekir. İşte geçmişte kalan bir olayın dava aşamasında yeniden canlandırılmasına temsil edilmesi denilmektedir. Bu nedenle

<sup>619</sup>İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, 1989, s.319., Davacıların, bir zararının doğduğuna ilişkin belirtileri ortaya koymaları halinde, pay sahipliğine ilişkin hakların kullanımı için gerekli olduğu koşulunun da yerine getirilmesiyle, özel denetimin yürütülmesine hükmedilmelidir. Altay, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler**, s. 71.

<sup>620</sup>Moroğlu, (**Değerlendirme ve Öneriler**), s.243., Emare ispatı, tam ispatın mümkün olmadığı durumlarda, ispat ölçüsünün düşürülmesi açısından, ilgisine ispat kolaylığı sağlamaktadır. Tanrıver, **Medeni Usûl Hukuku**, C.I, s.789.

<sup>621</sup>Ayverdi, **Misalli Büyük Türkçe Sözlük**, s.668.

<sup>622</sup>Serdar Kale ve Salih Keser, “Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi”, **Mehmet Akif Aydın’a Armağan**, (s.701-725), s.703, dergipark.gov.tr, (son erişim tarihi: 09.02.2018); Deliller, ispat faaliyetinde kullanılacak olan tüm ispat araçları olarak tanımlanmıştır. Bir başka ifadeyle çekişmeli niteliği haiz maddi vakıaların doğruluğu veya gerçekliği hakkında, mahkemenin inandırılmasında kullanılabilecek olan ispat araçları, delildir. Tanrıver, **Medeni Usûl Hukuku**, C.I, s.817.

<sup>623</sup>Konuralp, **İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, s. 8, dipnot: 13.

kuralları uygulamak için vakıaların ortaya konması önemlidir. Bu sayede delilin temsili niteliği ile olgunun gerçekleştiği hususunda hâkime bir kanaat verilmiş olur<sup>624</sup>.

İsviçre’de mahkemenin özel denetime karar verebilmesi için, azlığın emare göstermesi kabul edilmiştir. Özel denetim kurumunun amacı düşünüldüğünde, bu kuruma işlerlik kazandırmak için, azlığın iddialarını ispat etmeye yarayacak emareleri (belirtileri) ortaya koyması yeterli sayılmıştır<sup>625</sup>.

Özel denetimde ispat ölçüsünü incelerken, ispat ölçüsünün, bir vakıayı düzenleyen normun, o vakıa hakkındaki ispatın yeterliliği hakkındaki talebinin derecesi olduğunu ifade etmiştik. Bu kavram delillerin değerlendirilmesi sırasında hâkime yol göstermektedir<sup>626</sup>.

TTK m.439/2 uyarınca hâkimin, özel denetime (incelemeye) karar verebilmesi için yaklaşık ispat ölçüsü arayacağımı tespit etmiştik. Eğer kanunda geçen *ikna edici şekilde* ifadesini, azlığın elinde yeterli bilgi olmamasından dolayı, emare ispatı ya da ilk görünüş ispatı olarak algıyorsak, bu iki kavramın, yaklaşık ispattan farklı olduğu konusunu kaçırmış oluruz. Bir başka ifadeyle, azlığın elinde yeterli bilgi olmaması nedeniyle, özel denetim istediği ve hâkimin özel denetime karar verebilmesi için dilekçe sahiplerinin emareler getirmesinin yeterli olacağı şeklindeki ifadeleri kanuna eklersek, bu ifadeler; emare ispatı ya da ilk görünüş ispatı olarak algılanabilir. Oysa ilk görünüş ispatının geçerli olduğu durumlarda, tam ispattan vazgeçilmemiştir.

Bir başka ifadeyle, gerek emare ispatı gerekse ilk görünüş ispatı, ispat kolaylıkları türü olup, davacıya ispat kolaylığı sağlanmaktadır. Ancak bunlarda ispat ölçüsünün düşürülmesi<sup>627</sup>, yaklaşık ispatla karıştırılmamalıdır. Zira aralarında çok önemli bir fark vardır. İspat kolaylıklarında önemli olan, hâkimde, hüküm vermeye yetecek derecede tam kanaatin ya oluşması veya bu kanaatin oluştuğunun kabulüdür<sup>628</sup>. Bu durumların hepsinde hâkim,

<sup>624</sup>Konuralp, **İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, s. 10.

<sup>625</sup>ATF 4A 129/2013 du 20.06.201310. Bu kararda şirketin uygun olmayan bir şekilde kredi alması ve bunun sonucunda da zarara uğraması söz konusudur. Eğer Yönetim Kurulu kredi alma nedenini ve neden uygun olmayan piyasa koşullarında böyle bir kredi aldığı genel geçer şekilde cevaplarsa ve pay sahipleri de hâkime bu iddia ile gelirse, yönetim kurulunun bu kaçamak cevabının hâkimde şüphe yaratacağı ve özel denetçi atanmasına karar vereceği belirtilmiştir., ATF 4A 260/2013 du 06.08.2013 Tarihli başka bir kararında da yüksek mahkeme pay sahiplerinin iddialarını, delillerle ya da emarelerle ispat edemediklerinden ilk derece mahkemesince, pay sahiplerinin özel denetçi atanması istemlerinin reddini onamıştır. Olayda pay sahipleri, çoğunluk pay sahipleri ile yönetim kurulu üyelerinin şirkete rakip aynı yerde başka bir şirket kurma aşamasında olduklarını iddia etmişlerdir. Ancak böyle bir olayın varlığına ilişkin ve söylemlerini inandırıcı kılacak somut veriler getiremedikleri için iddialarını dayanaksız bulunmuştur.

<sup>626</sup>Atalay, **Emare İspatı**, s.15.

<sup>627</sup>İlk görünüş ispatı zorunlu olarak ispat ölçüsünü düşürür. Atalay, **Emare İspatı**, s.16.

<sup>628</sup>Albayrak, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat**, s.55.

taraflar arasındaki uyuşmazlığı bitirecek bir hüküm vermektedir. Fakat TTK m.439/2 bir çekişmesiz yargı işi olduğu için hâkimin, özel denetçiyi (incelemeciyi) ataması, bir hüküm değil, bir karardır.

Bir diğer fark ise, ispat kolaylıklarında, ispat ölçüsünün düşürülmesi ile hâkimde yaklaşık bir kanaat oluşmamaktadır. Burada hâkimde oluşan kanaat, onun bir hüküm vermesine yetecek derecedeki tam kanaattir. Tam kanaatin ölçüsünün ispat kolaylıkları nedeniyle düşürülmesi yaklaşık ispat ile karıştırılmamalıdır<sup>629</sup>.

Bizim konumuz açısından ispat ölçüsü kavramının önemi, ispat ölçüsünün, delillerin değerlendirilmesi aşamasında önceden gündeme gelen bir kavram olmasıdır. Bir diğer ifadeyle, hâkim normda aranan ölçüye göre delilleri değerlendirecek ve o ölçüde kanaate ulaştığında vakıa ispatlanmış sayılacaktır<sup>630</sup>.

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda, özel denetimin (incelemenin) takibi talebe bağlı bir usuli talep niteliği de göz önünde bulundurulduğunda, TTK m.439/2 uyarınca hâkimin, özel denetime (incelemeye) karar verebilmesi için yaklaşık ispat ölçüsünün uygulanacağı açıktır. Yaklaşık ispatın amacının, usuli taleplerin şartlarının, talep eden tarafından ispatlanması olması, ancak bu ispatın tam ispat seviyesinde bulunmaması gerektiği de dikkate alındığında, TTK m.439/2'deki ispatölçüsünün emare ispatı ya da ilk görünüş ispatı olmadığı kanaatindeyiz. Ayrıca yaklaşık ispatta, serbest delil sistemi ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkeleri geçerli olduğundan<sup>631</sup>, azlık iddiasını her türlü delille ispat edebilecektir.

Nitekim HMK m.192<sup>632</sup> uyarınca, Türk Hukuku'nda serbest delil sisteminin kabul edilmiş olduğunu görülmektedir. Serbest delil sisteminde, diğer şartların varlığı durumunda,

<sup>629</sup>Albayrak, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat**, s.56. İspat kolaylıkları, bir davada esas hakka ilişkin bir uyuşmazlığın çözülmesinde, ispat zorluğu yaşanan yerlerde hâkimin kanaatinin oluşmasında, bu zorlukların aşılmasına yardım eden araçlardır. Kanaatin ölçüsü ne kabul edilirse edilsin burada, oluşan kanaat tam kanaattir. Albayrak, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat**, s.55; Atalay, **Emare İspatı**, s.16. Yaklaşık ispatta ise, ispat ölçüsünün düşürüldüğüve tam ispattan daha düşük bir ölçünün kabul edildiği görülmektedir. Yaklaşık ispat bazı usuli taleplerin, kabul edilmesi için, bu taleplerin maddi şartlarının, taraflarca ispatının yapılmasının zorunlu olduğunu açıklamak için kullanılan bir terimdir. Yaklaşık ispatın amacı, usuli taleplerin şartlarının talep eden tarafından ispatlanması ve fakat bu ispatın tam ispat seviyesinde olması gerekmediğidir. Bkz. Albayrak, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat**, s.55.

<sup>630</sup>Atalay, **Emare İspatı**, s.16. Oysa emare ispatında yani dolaylı ispatta tam ispat sonucuna ulaşılması mümkündür.

<sup>631</sup>Albayrak, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat**, s.110-111.

<sup>632</sup>HMK m.192'de; *kanunda düzenlenmemiş deliller başlıklı madde; kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngörmediği hallerde, Kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabilir.* Kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğu düzenlemediği durumlarda, kanunda düzenlenmeyen diğer delillere de başvurulabileceği açık olarak düzenlenmiştir. Bu şekilde, senetsiz ispatı caiz olan davalarda; akli, mantıkî ve

her delil ispat aracı olarak kabul edilmektedir<sup>633</sup>. HMK m.192'nin önemi; bu hükmün, delillerin kanunda sayılanlarla sınırlı olmadığını düzenlemesidir. Dolayısıyla kanunda belirli bir delille ispat zorunluluğu öngörülmemişse, azlık kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabilecektir<sup>634</sup>. Bu nedenle bizce kanundaki *ikna edici şekilde* ifadesinin, Usul Hukuku'ndaki karşılığının yaklaşık ispat olduğu, bu ispat türünde de hâkimin delilleri serbestçe değerlendirebileceği göz önüne alındığında, kanuni düzenlemenin yumuşatılmasına gerek olmadığı kanaatindeyiz. Zira azlık, her türlü delille iddiasını ispatlayabilecektir.

### bc. Özel Denetimde Belgelerin İbrazi Mecburiyeti

TTK m.439/2 uyarınca yapılacak başvurunun hukuki niteliğinin bir dava olmadığı, buradaki istemin bir çekişmesiz yargı işi olduğunu tespit etmiştik. İsviçre'de ise TTK m.439/2'nin karşılığı olan, CO Art.697b/II'nin niteliğinin dava olduğu ve ispat yükü (*le fardeau de la preuve*) olan tarafın, karşı tarafın elindeki kanıtlarını (kanunen geçerli olacak delillerini), hâkimin zihnindeki şüpheleri kaldırmak için ve de davacı tarafın iddiasının doğru olmadığını göstermek ve onu başarısızlığa uğratabilmek için mahkemeye sunması gerektiği belirtilmiştir<sup>635</sup>.

Ancak gerek TTK m.438/2 gerek TTK m.439/1'de düzenlenen özel denetim yapılması istemlerinin çekişmesiz yargı işi niteliği göz önünde bulundurulduğunda, çekişmesiz yargı işlerinde de hâkimin re'sen araştırma prensibinin neticesine bağlı olarak, nizasız kazada (çekişmesiz yargıda) bir beyine külfetinden söz etme imkânı yoktur<sup>636</sup>. Bu nedenle taraflar açısından bir ispat yükü kavramından söz etmek doğru olmayacaktır.

---

hukuka uygun yollardan elde edilmiş olmak koşuluyla, davayı aydınlatabilecek ve davanın dayanağı olan vakıaları ispatlayabilecek her türlü unsurun, delil olarak değerlendirilebileceği hususu tereddüt edilmeyecek şekilde düzenlenmiştir. Kale/Keser, **Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi**, s.708, dipnot:53.

<sup>633</sup>Kale/Keser, **Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi**, s.704.

<sup>634</sup>Kale/Keser, **Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi**, s.710,711.

<sup>635</sup>ATF 115 II 305= JdT 1990 I 90.

<sup>636</sup>Kuru, **Nizasız Kaza**, s.168., Çekişmesiz yargıda, ispat yüküne ilişkin kuralların uygulama alanı yoktur. Budak, **Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı**, s.170. Aynı yönde *Aras*, çekişmesiz yargıda, talepte bulunanın dışında, bir karşı taraf olmadığından, ispat yükünün paylaşılmasından söz edilemeyeceğini belirtmiştir. Fakat yazar, çekişmesiz yargıda da talepte bulunan ilgilinin, talebiyle ilgili olarak, mahkemeyi ikna etmeye yönelik ispat faaliyetinde bulunabileceğini ifade etmiştir. Çekişmesiz yargıda her ne kadar ispat yükü paylaşımından söz edilemese de, bu yargılama faaliyetinde de, ispat edilmek istenen vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediği hakkında ki belirsizliğe (rizikoya) her halükârda talepte bulunanın katlanacağını belirtmiştir. Bkz. **Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü**, s.153. Aksi yönde; Alman Hukuku'nda çekişmesiz yargı işlerinde, objektif ispat yükü bulunmaktadır. Talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerinde talepte bulunan ispat yükünü taşımaktadır. (Bkz. Theodor Keidel, *FamFG Kommentar zum Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, München, 2011, s.357, *Aras*, **Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü**, s.152'den

Doktrinde TTK m.439/2'yi dava olarak nitelendiren *Altay*, ispat yükü ile ilgili olarak pay sahibinin inceleme hakkına konu olan belgelerde, TTK m.437/4 ya da genel kurulda müzakere edilen konulara ilişkin olarak, genel kurulda pay sahiplerine aktarılan bilgi ve belgelerde, TTK m.437/2 açıklığa kavuşturulması gereken ve fakat karanlıkta kalan konuların, özel denetim yapılmasına ilişkin maddi hukuk koşulunu sağlamaya aday olduklarını belirtmiştir<sup>637</sup>. Pay sahibinin bilgi alma ya da inceleme hakkını kullanarak elde edebileceği bilgi, bir şekilde şirketin yönetim kurulu ya da denetçileri tarafından aydınlatılmıyorsa, burada pay sahibinin “menfaatini” ilgilendiren ciddi bir durum söz konusudur. Ön koşulu yerine getirmek suretiyle özel denetim yapılmasını isteyen pay sahibinin, genel kurulda reddedilmesi halinde, özel denetim davasının davacısı konumunda olan pay sahibinin (azlık ya da belirli itibari değerde paya sahip olan) kendisine daha ayrıntılı bilgi verilmesini istemesi için, özel denetçi atanmasını istemesinde, bu istemin onun pay sahipliği haklarını ilgilendirdiği konusunda “fiili bir karinenin”<sup>638</sup> oluştuğunu kabul etmenin doğru olacağını belirtmiştir<sup>639</sup>.

*Altay*, pay sahibinin haklarını kullanacağı en temel zeminin genel kurul olduğunu belirttikten sonra, bu hakkın kullanabilmesi için bilgi alma davası dışında, özel denetim isteme hakkının da bulunduğunu, ilk aşamada genel kurulda, ardından dava açılması halinde mahkeme önünde bu istemin, pay sahipliği haklarının kullanılması için gerekli olmadığı hususundaki ispat yükünün şirkete ait olduğunu belirtmiştir. Zira bilginin sahibi olan şirket, bilginin pay sahipliği hakları için gerekli olmadığını ispat edebilme konusunda daha elverişli bir konumda bulunmaktadır<sup>640</sup>. Yazar, aydınlığa kavuşturulması gerekirken, aydınlatılmamış

---

Naklen). Türk Hukuku'nda *Atalay*, ispatın yükünün, yargısal faaliyetin türüne (çekişmeli ya da çekişmesiz olması fark etmeksizin) ve yargılamada taraflarca hazırlama ya da re'sen araştırma ilkesinin uygulanıyor olmasına bakılmaksızın, her zaman var olduğunu ve değişmediğini belirtmiştir. *Atalay*, **Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı**, s.16. Ancak çekişmesiz yargıda çekişmeli yargıda olduğu gibi teknik anlamda bir iddia yükü bulunmamaktadır. Aras, **Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü**, s.153.

<sup>637</sup>Altay, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler**, s.68.

<sup>638</sup>Karine bilinen bir olaydan, özellikle bilinmeyen diğer bir olayın ya da hukuksal durumun varlığı veya yokluğu neticesinin çıkarılmasına imkân tanıyan kuraldır. İspat Hukuku'nda karinenin tanımı; vasıtalı delillerle ispat edilen bir olayın, ispat edilemeyen sonucu olarak tanımlanmıştır. Usul Hukuku'nda karinelerle ispat önemlidir. Böyle bir durumda karineye dayanan tarafın artık bir ölçüde o konuyu ispat etmek durumunda olmadığı kabul edilmektedir. Fiili karine ise, bir hukuk normuna dayanmaksızın, tarafların vakıa iddialarının doğruluğu ya da bir delilin değeri konusunda hâkimin kanaat oluşturmasına yarayan, hayat tecrübesi kurallarına dayanan değer yargıları olup varlığı bilinen bir vakıadan hareketle, tecrübe kurallarına dayanan bir değerlendirme sonucu, tartışmalı olan vakıanın gerçekleşmiş olduğu kanaatine varılmasıdır. Dolayısıyla fiili karineler yaşam deneyi kurallarından hâkimin kanat edinmesini sağlayan karineler olarak tanımlanmıştır. Pekcanitez/*Atalay/Özekes*, **Medeni Usul Hukuku**, s.374-375.

<sup>639</sup>Altay, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler**, s.68.

<sup>640</sup>Altay, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler**, s.68-69. Yazar, pay sahibinin bilgiye vakıf olmadığını, vakıf olmadığı bir bilgiyle de başka pay sahipliği haklarını ispat edebilmesinin de güç olacağını belirtmiştir.

olan bir hususun bulunduğunu davacının, buna karşın aydınlatılması istenilen olgunun pay sahipliği hakları ile ilişkili bulunmadığını ise davalı şirketin kanıtlaması gerektiğini ifade etmiştir<sup>641</sup>.

İspat yükünden bağımsız olarak, özel denetim yapılması için azlığın ve gerektiğinde şirketin elindeki belgeleri mahkemeye ibraz etmesi, belgelerin ibrazı mecburiyeti ile ilgilidir. Usul Hukukundaki belgelerin ibrazı mecburiyeti, usul hukuku gereğince bilgi verme yükümlülüğü getirmekte ve karşı tarafı iddia ve ispat yükü dağılımından bağımsız olarak elindeki belgeleri ibraz etmek zorunda bırakmaktadır<sup>642</sup>. Belgelerin ibrazı mecburiyeti, delillerin etkin bir şekilde toplanmasını ve yargılama sonucunda gerçeğe uygun bir karar verilmesini sağlamaktadır<sup>643</sup>. Ancak belgelerin ibrazı mecburiyetini, ispat yükü ve aydınlatma ödevi ile karıştırmamak gerekir. TTK m.439/2'nin dava olmadığı sonucuna vardığımız için, özel denetçi atanması için hâkimin ikna edilmesi ile ilgili olarak ortaya konulması gereken bilgi ve belgelerin ispat yükü kavramı ile açıklanmasını uygun bulmuyoruz. TTK m.439/2 bir dava olmamakla birlikte, hâkimin özel denetçiyi atayabilmesi için azlığın; TTK m.439/2 uyarınca elindekileri "ikna edici bir şekilde" ortaya koyması gerekmektedir. Bir davada ispat yükü kuralları, tarafların çabalarına rağmen, ihtilafli bir vakıanın açıklığa kavuşturulamadığı durumlarda devreye girmektedir. Burada objektif ispat yükünü üzerinde taşıyan taraf, iddiasını ispat edemediği takdirde bunun sonuçlarına da katlanacaktır<sup>644</sup>.

Aydınlatma ödevi ile ispat yükünün taraflar arasındaki dağılımı arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır<sup>645</sup>. Aydınlatma ödevi, ispat yükünü taşıyan tarafın üzerindeki riskin olumsuz sonuçlarını, karşı tarafın yardımıyla aşmasını sağlamaktadır. Bir davada tarafların, sahip oldukları bilgiler ve ellerindeki deliller, aydınlatma araçları olarak önemlidir. Yargılama sırasında tarafların ellerindeki bu araçların kullanılması için, ispat yükünü taşımayan tarafın da uyuşmazlığın çözümüne katkıda bulunması zorunludur. Bu nedenle daha fazla bilgiye

<sup>641</sup>Altay, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler**, s.69.

<sup>642</sup>Güray Erdönmez, **Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.71.

<sup>643</sup>Erdönmez, **Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti**, s.72.

<sup>644</sup>Erdönmez, **Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti**, s.72. Objektif ispat yükü ya da maddi ispat yükü; hükmün temelini oluşturan olayların, ispat yükü üzerinde olan taraça ispat edilememesi halinde ortaya çıkan belirsizliğin rizikosuna kimin katlanacağını ifade eder. Topuz, **Karinelerle İspat**, s. 36; Objektif ispat yükü bir tür kanuni risk dağılımını ifade etmektedir. Bir başka ifadeyle davacı, davasının dayanağını oluşturan vakıaların aydınlatılamaması; davalı da, itiraz ve def'ilerinin ispatlanamaması riskini üzerinde taşır ve neticilerine katlanır. Bkz. Erdönmez, **Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti**, s.69.

<sup>645</sup>Erdönmez, **Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti**, s.69.



sahip olan karşı tarafı, dava konusu olayları açıklamak ve gerektiğinde ispatlamaya zorlamak için aydınlatma ödevine gidilmektedir<sup>646</sup>.

İspat yükünü taşımayan tarafın, asıl ispatın konusunu teşkil eden delillerin toplanması faaliyetine katkıda bulunmaya özel kanun hükümleriyle zorlandığı hallere, belgelerin ibrazı mecburiyeti örnek gösterilebilir. Aydınlatma ödevinin bir görünümü olan ibraz yükümlülüğü<sup>647</sup>, taraflar arasındaki ispat yükü dağılımından bağımsızdır. HMK m.219'da tarafların belgeleri ibrazı zorunluluğu başlığında düzenlenen belgelerin ibrazı zorunluluğu, delillerin mümkün olduğunca etkin olarak toplanmasına yardım eder.

Kanun koyucu burada, ispat yükünün kimde olduğunu dikkate almaksızın, tarafların ellerinde bulunan ve yargılama için önemli olan belgelerin mahkemeye ibraz edilmesini öngörmüştür. HMK m.219 ile karşı tarafa, ispat yükünü taşıyan tarafın iddiasını dayandırdığı delilleri mahkemeye ibraz etmek ve bu şekilde, asıl ispat faaliyetine katılma yükümlülüğü getirilmiştir. Belgelerin ibrazı zorunluluğunun, ispat yükünden bağımsız olduğunu belirtmiştik. Bu nedenle yargılamada her iki tarafında ellerindeki belgeleri mahkemeye vermeleri zorunludur<sup>648</sup>.

TTK m.439/2 uyarınca, mahkemenin özel denetçiyi atayabilmesi için, gerekçede de ifade edildiği üzere, bu usûli talebi yerinde görmesi gerekmektedir. Özel denetçi atanması talebinin usûli bir talep olduğunu belirtmiştik. Belgelerin ibrazı zorunluluğu da usûli bir talep hakkına istinaden ileri sürülebilir. Usuli ibraz talebinin temelinde; aynı bir hak ya da borç ilişkisi değil, saf usuli bir talep vardır.<sup>649</sup> Burada iddia ve ispat yükünün dağılımına bakılmaksızın ve maddi hukuk hükümlerinden bağımsız olarak, tarafa ibraz yükümlülüğü getirilmiştir<sup>650</sup>.

Usuli bir hakka dayanılarak, başkasının elindeki belgelerin ibrazını isteyebilmek için, istenilen belgenin mahkemenin kararına etkisi olabilecek bir vakıayı ispat edebilmesi

<sup>646</sup>Aydınlatma ödevinin doğması için ispat yükünü taşıyan tarafın, iddialarını tam ve doğru bir şekilde somutlaştırması gerekir. Bir başka ifadeyle, aydınlatma ödevi ile yükümlü kılınabilmek için, ispat yükünü taşıyan tarafın, dava dosyasına getirilmesini istediği delilleri açıkça belirtmesi gerekir. Aksi takdirde keyfi şekilde ileri sürülen iddiaların, karşı tarafın sırlarını öğrenmeye yönelik olduğu varsayılır ve karşı tarafın aydınlatma ödevi doğmaz. Bkz. Erdönmez, **Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrası Mecburiyeti**, s.72-73.

<sup>647</sup>Erdönmez, **Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrası Mecburiyeti**, s.76.

<sup>648</sup>Erdönmez, **Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrası Mecburiyeti**, s.74; Üçüncü kişiler elindeki belgelerin ibrazı hakkındaki çekişmeli yargı hükümleri, çekişmesiz yargı alanında da uygulanabilecektir. Kuru, **Nizasız Kaza**, s.170; Aras, **Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü**, s.162.

<sup>649</sup>Usuli ibraz talebinin temelinin; aynı bir hak ya da borç ilişkisi olmadığı, saf usuli bir talep olduğu yönünde Bkz. Erdönmez, **Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrası Mecburiyeti**, s.79.

<sup>650</sup>Erdönmez, **Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrası Mecburiyeti**, s.80.

yeterlidir. Usuli ibraz talebinin amacı, delillerin ileri sürülmesi olduğundan, burada bir vakianın ispat edilmesindeki menfaatin ortaya konması yeterli olacaktır<sup>651</sup>. Özel denetçinin atanabilmesi için TTK m.440/1’de mahkemenin, şirketi ve istem sahiplerini dinledikten sonra kararını vereceği açıkça düzenlenmiştir. Özel denetim (inceleme) hakkı, bilgi alma ve inceleme hakkının bir uzantısıdır. Özel denetim isteminde bulunan azlığın elinde, yeterli bilgi ve belge olması imkânsızdır. Zaten bilgiye muhtaç olan azlık pay sahipleri, özel denetim neticesinde bilgiye ulaşabileceğinden, TTK m.439/2 uyarınca iddialarını dayandırdıkları vakıaları ortaya koyarken, hâkimin şirketten bazı bilgi ya da belgeleri istemesi mümkündür.

Özel denetim isteminin amacının, karanlıkta kalan hususların aydınlığa kavuşturulması olduğunu belirtmiştik. Azlık tarafından ileri sürülen, ancak şirketin uhtesinde olan bilgi ve belgelerin özel denetim (inceleme) usuli talebine yönelik olarak hâkimde, azlık lehine kanaat oluşturması ve özel denetçi (incelemeci) atamaya karar verebilmesi için, mahkemeye taraflarca sunulacak belgeleri, ispat yükü olarak değerlendirmek TTK m.439/2’nin çekişmesiz yargı niteliğine uygun değildir. Bu nedenle kanımızca gerek azlığın gerekse şirketin hâkim tarafından dinlendikten sonra TTK m.440/1 uyarınca atanabilmesinin, HMK m.219 uyarınca belgelerin ibrazı zorunluluğu olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz<sup>652</sup>.

#### **bd. Zararın Doğması Riskinin Özel Denetim Yapılmasına Neden Olup Olmayacağı Sorunu**

İsviçre’de CO Art. 697b/2 ve TTK m.439/2’de; dilekçe sahiplerinin, kurucuların ya da şirket organlarının, kanunu ya da esas sözleşmeyi ihlal ederek, şirketi ya da pay sahiplerini zarara uğrattıklarının ikna edici bir şekilde ortaya konması halinde, özel denetçi (incelemeci) atanabileceği düzenlenmiştir. TTK m.439/1’e göre yapılacak olan özel denetçi (incelemeci) isteminin yapılabilmesi için, üç maddi koşulun yanında bulunması gereken bir tamamlayıcı koşul olan zararın, anonim ortaklığın (şirketin-ortaklık) malvarlığının ya da pay sahiplerinin malvarlığının düşmesine neden olması gerekmektedir<sup>653</sup>. Üçüncü kişilerin zararı bu kapsamda değerlendirilmemiştir. İsviçre’de zarar riskinin bulunması yeterli görülmüştür<sup>654</sup>.

<sup>651</sup>Erdönmez, **Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti**, s.78-79.

<sup>652</sup>Taraflara ve üçüncü kişilere ellerindeki belgeleri mahkemeye ibraz etme yükümlülüğü getiren hükümler saf usuli nitelik taşımaktadırlar. Erdönmez, **Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti**, s.79.

<sup>653</sup>Gerekece, mahkeme tarafından özel denetçinin atanabilmesi için, TTK m.438’de yer alan şartların incelenmesinin yanında, ayrıca söz konusu ek şartın (kanunun ya da esas sözleşmenin ihlal edilmesi neticesinde,

Şunu belirtelim ki, yürürlükteki CO Art.697b'den farklı olarak konu hakkında İsviçre kanun tasarısı'nda, zararın, *ikna edici bir şekilde ortaya konması* ile ilgili olarak, yürürlükteki kanunun aksine, yapılan ihlallerin somut olarak (*effectif*) zarar vermesi gerekli görülmeyerek, zarar verme ihtimallerinin (*nature à porter préjudice*) bulunması yeterli kabul edilmiştir. Burada sermayenin güncel (*actuel*) zararı ile varsayımsal/farazî zararı (eğer zarar verici olay meydana gelmemişse) farklıdır. Şirketin manevi zararı da hesaba katılmayacaktır. Bu bakımdan, anonim ortaklığın dolaylı zararı yeterli kabul edilmiştir<sup>655</sup>. İsviçre'de gelecek (muhtemel) zararın yeterli olarak kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin doktrinde farklı görüşler söz konusudur<sup>656</sup>.

Özel denetim isteminin genel kurulda reddedilmesi halinde, azlığın mahkemeye yaptığı özel denetçi atanması isteminin, bir çekişmesiz yargı işi olduğunu belirtmiştik.

Çekişmesiz yargıya ilişkin ölçütler; hasım yokluğu ve uyuşmazlık yokluğu, subjektif hakkın yokluğu, re'sen harekete geçme ölçütü ve inşai ve önleyici etki ölçütüdür. İnşai etki ve önleyici etki ölçütü açısından çekişmeli yargıda, mevcut hakların tespit ve muhafazası söz konusu olurken, çekişmesiz yargıda, yeni bir hukuki ilişki tesisi, değiştirilmesi, kaldırılması gibi inşai nitelikte<sup>657</sup> bir etki söz konusudur. Çekişmeli yargıda; özel hukuk ilişkilerine yapılan tecavüzlerin giderilmesi, eski hale iade edilme söz konusu iken, çekişmesiz yargıda, muhtemel tecavüzlerin önlenmesi ile ilgilenilmektedir. Bir başka ifadeyle, çekişmeli yargı bastırıcı niteliği haiz iken, çekişmesiz yargı önleyici niteliktedir<sup>658</sup>.

Çekişmesiz yargının önleyici niteliği göz önüne alındığında, TTK m.439/I uyarınca; özel denetim isteyebilmek için, şirketin ya da pay sahiplerinin zarara uğraması gerekmemektedir. Bir diğer ifadeyle, zararın doğma ihtimali söz konusu ise, mahkemece özel denetçi atanabilmelidir. Burada önemli olan, muhtemel zararın ikna edici şekilde ortaya konabilmesidir. Bu noktada da hâkimin arayacağı ispat ölçüsünün yaklaşık ispat olduğunu

---

şirketin ya da pay sahiplerinin zarara uğratılması) da göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. TTK m.439/2'nin Gereğesi, s. 213.

<sup>654</sup>Killias/ Bertholet, **Le contrôle spécial**, s.256., Aksi yönde Altay, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler**, s.73. Yazar TTK m.439/I uyarınca, özel denetim davası açıldığında, şirket ya da pay sahibinin zarara uğraması koşulunun, mutlak olarak aranacağını, bir başka ifadeyle zararın gerçekleşmiş olması gerektiğini belirtmiştir. Aksi halde (zararın gerçekleşecek olması keyfîyeti) özel denetimin keyfî bir şekilde yürütülmesine neden olacaktır.

<sup>655</sup>Bärtschi, 205; Casutt, 54; Gabrielli, 113; Pauli, 204 s, (**Commentaire Romand**), s.960, N.15.

<sup>656</sup>Muhtemel zararın yeterli olduğunu düşünen yazarlar: Pedroja, 777; Pauli, 206; aksi yönde düşünenler: Casutt, 54; BaK-Weber, N.7, (**Commentaire Romand**), s.960, N.15.

<sup>657</sup>Çekişmeli yargıdaki tespitte, bir hukuki münasebetin mevcudiyeti, tespit davasının amacı iken, çekişmesiz yargıda, bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığının tespiti bir amaç olmayıp, burada ki tespitte, başka hukuki sonuçlar meydana getirmek amacı ile başvurulmaktadır. Kuru, **Nizasız Kaza**, s.31.

<sup>658</sup>Aras, **Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü**, s.30.

bir kez daha altını çizelim. İsviçre doktrininde de büyük bir çoğunluk; oluşan zarar ile yapılan ihlaller (kanunun ya da esas sözleşmenin ihlali) arasında, bir illiyet bağı olması ve aranması gerektiğini düşünmektedir<sup>659</sup>.

### c. Kurucuların veya Organların, Kanunu ya da Esas sözleşmeyi İhlal Etmesi

Azlık (dilekçe sahibi) CO Art.706/II-1 uyarınca; kurucuların veya organların kanunu ya da esas sözleşmeyi ihlal ettiklerini ikna edici bir şekilde ortaya koymalıdır. Burada, anonim ortaklıklar hukuku'nun emredici norm ve düzenlemelerine aykırılıklar kastedilmiştir. Örneğin; özen yükümünün ihlali (*le devoir de diligence*) sadece bunlarda değil aynı zamanda yazılı olmayan hukuk kuralları da örneğin eşit işlem ilkesine aykırı davranma (*le principe d'égalité de traitement*) ve orantısallık ilkesi, çoğunluğun gücünü azlığa karşı kötüye kullanması gibi yazılı olan ve olmayan hukuk normlarının ihlali kast edilmiştir<sup>660</sup>.

İhlalin kurucular tarafından yapılmasından kast edilen, anonim ortaklığın kuruluşunda yer alan kişi veya organlardır. Buradaki sorumluluk CO Art. 754/1, TTK m.553'e göre olan sorumluluktur. Uygunsuz bir yönetim prensipte kanuna aykırılık oluşturmaz ya da esas sözleşmenin büyük paylar dikkate alınarak yönetim kurulu tarafından hazırlanması. Burada bilinmesi gereken soru hangi ölçütlere göre yönetimin ya da bir kararın kesinlikle kötü bir şekilde kanunu ihlal ettiğinin tespiti konusunda açıklık yoktur. Burada dilekçe sahibince muhtemel gösterilmesi gereken şeyler; ortaklık yöneticilerinin davranışlarının ya da eksikliklerinin kanuni bir düzenlemeyi ya da özellikle esas sözleşmeyi ihlal ettiğini ve bu ihlalin neyle bağlantılı olduğunun ortaya konmasıdır<sup>661</sup>.

İsviçre'de kanton mahkemesi, istem sahibinin (davacıdan) ikna edici bir şekilde, yönetim kurulunun; kanuna aykırı davrandığını ve bu davranışında şirkete ya da pay sahiplerine zarar verdiğini ortaya koymasını istemektedir. Mahkeme, ikna edici olma kıstasının, hukuksallıktan ziyade, olayların oluştuğuna ilişkin şüphe uyandırıcı olması gerektiğini belirtmiştir. Özel denetime karar verilebilmesi için, pay sahiplerinin; kurucuların

<sup>659</sup>Böckli, § 16 N.46; BaK-Weber N.7; Horber, 397; Pauli, 208, (**Commentaire Romand**), s.960, N.15.

<sup>660</sup>Riemer, 61; ZK- Tanner, CO 706 N. 166, (**Commentaire Romand**), s.959, N.12., Bunların dışında menfaatlerin gözetilmemesi, bir pay satın alınması durumunda çatışan menfaatlerin dikkate alınmaması, kanunen oy hakkı bulunmamasına rağmen kendi payları hakkında oy kullanmak, elinde bulunan payların sayısı hakkında yanlış bilgi verilmesi, oy hakkının kısıtlanmasına rağmen muvazaalı bir şekilde oy kullanılması, bilanço yapma kurallarına aykırı davranma, Yönetim Kurulu üyelerinin yakınlarına haksız bir menfaat sağlaması gibi örnekler de verilmiştir. (Bkz. Narbay, **Özel Denetim**, s.318-319, dipnot:121).

<sup>661</sup>Gabrielli, 117; Pauli, 201, (**Commentaire Romand**), s.960, N.14.

ihmali davranışlarını ya da anonim ortaklık organlarının şirketin zararına neden olan davranışlarını, ikna edici şekilde mahkemeye sunmaları aranmaktadır. Burada da olayların olduğuna/varlığına ilişkin olarak, mahkemenin tam ispatı aramadığı ve mahkemece bu olguların ya da olayların vuku bulduğuna ilişkin<sup>662</sup> bir olasılığı ortaya koyabilmenin yeterli olacağı belirtilmiştir. Federal Mahkeme, basit iddialarla yetinmeyecek ancak azlığın iddiasını ispat edebilmesi için ondan kesin delil göstermesini de beklemeyecektir. Mahkeme delilleri değerlendirirken dilekçe sahipleri tarafından ortaya atılan şüpheli noktalardan daha ziyade karşılıklı ( tarafların zıt-çatışan menfaatleri) menfaatler açısından bir değerlendirme yapmalıdır. Değerlendirme de bulunurken hâkim elindeki dilekçenin sınırları içerisinde kalmalıdır. Özel denetimin (incelemenin) amacı, pay sahiplerinin (davacı/dilekçe sahibi) bilgi alma haklarını iyileştirmeye yöneliktir<sup>663</sup>. Burada mahkeme, kendisine yapılan istem çerçevesinde, özel denetçinin yaptığı inceleme sonucu ile ilgili olarak, tarafların aydınlatılmasını istediği sorulara bulduğu cevabın kısa bir özetini (raporun) (*examen sommaire*) pay sahiplerine verebilecektir<sup>664</sup>.

İsviçre’de özel denetim yapılmasını isteyebilmek için, CO Art. 697/b-2, TTK m.439/II’deki iddiaların, ikna edici şekilde ortaya konması ve ispatı gerekir<sup>665</sup>. İlk derece kanton mahkemesi, ikna edicilikle ilgili olarak, verdiği bir kararda; davalı yönetim kurulunun, genel kurul yerine alış ve satış işlemi anlaşmaları gerçekleştirmiş olduğunu ve bu işlemlerin yönetim kurulunun yükümlülüklerine ve yetkilerine aykırı olarak yapıldıklarını tespit ettikten sonra, genel kurulun yüküm ve yetkisine giren bir işlemin, yönetim kurulu tarafından yapılmasının özel denetim yapılmasına konu olabileceğine ilişkin karar vermiştir.

Burada gerek ilk derece mahkemesinin kararı, gerekse Federal mahkemenin kararı<sup>666</sup> genel kurul tarafından yapılması gereken bir işlemin, başka bir organ tarafından gerçekleştirilmesini yetki aşımı olarak tespit etmiş ve bunun da bir sorumluluk ihlali olarak değerlendirileceğini belirtmiştir. Mahkeme, kanunen zorunlu olarak verilen yetkilerin, başka organlara yaptırılmasının doğru olmayacağını çünkü özel denetimin, sadece pay sahiplerinin

<sup>662</sup>M. Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3ème “éd., Zurich 1979, p.323 note 27; M. Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4ème éd., Berne 1984, p. 135, (CEDIDAC Juin 1995 “**Le Contrôle Spécial Dans Le Droit Des Sociétés Anonymes**, NO:24, p.3).

<sup>663</sup>Casutt, p.94., (CEDIDAC Juin 1995 “**Le Contrôle Spécial Dans Le Droit Des Sociétés Anonymes**, NO:24, p.3).

<sup>664</sup>Casutt p.99, (CEDIDAC Juin 1995 “**Le Contrôle Spécial Dans Le Droit Des Sociétés Anonymes**, NO:24, p.3).

<sup>665</sup>L. David, Schweizerisches Immaterialgüter und Wettbewerbsrecht, Bâle 1992, I/2, p. 189, (CEDIDAC Juin 1995 “**Le Contrôle Spécial Dans Le Droit Des Sociétés Anonymes**, NO:24, p.3).

<sup>666</sup>ATF 100 II 384 c.2b, p.390= JdT 1975 I 334, p. 339, (CEDIDAC Juin 1995 “**Le Contrôle Spécial Dans Le Droit Des Sociétés Anonymes**, NO:24, p.3).

hak ve menfaatlerini korumayı hedeflemediğini, aynı zamanda şirketin menfaatlerini de korumayı amaçladığını ifade etmiştir<sup>667</sup>.

Türk Hukuku'nda ispat kavramı<sup>668</sup>, hukuki bir terim olarak, yargılama sürecinde, taraflarca iddia edilen ya da hâkim tarafından re'sen göz önünde bulundurulacak olan talebin konusu ile ilgili olarak, uygulanacak bir hukuk kuralının, koşul vakıalarını (öge olaylarını/unsur vakıalarını) karşılamaya elverişli olan somut vakıaların, iddia edildiği gibi oldukları konusunda hâkimde, kanaat oluşturmak amacıyla yapılan ikna etme faaliyeti olarak tanımlanmaktadır.

İspatın konusunu ise, HMK m.187'ye göre; taraflar arasında çekişmeli olan olaylar/vakıalar oluşturmaktadır. Bu husus TMK m.6'da açıkça düzenlenmiştir<sup>669</sup>. Buna göre davacı, asıl iddiasını mahkemeye sunduğu zaman davalı da karşı iddiasını mahkemeye sunma hakkına sahiptir. TTK m.439/1 uyarınca özel denetçi (incelemeci) atanması isteminin hukuki niteliğinin çekişmesiz yargı işi olduğunu belirlemiştir. Çekişmesiz yargıda, çekişmeli yargıda olduğu gibi teknik anlamda bir iddia yükü söz konusu değildir. Çekişmesiz yargıda talepte bulunan dışında, bir karşı taraf olmadığı için, ispat yükünün paylaşılmasından söz etmek mümkün değildir<sup>670</sup>. Fakat çekişmesiz yargılama sırasında talepte bulunan ilgili (azlık), talebi hususunda mahkemeyi ikna etmek için, ispat faaliyetinde bulunabilecektir<sup>671</sup>. Azlık kurucuların; kanunu ya da esas sözleşmeyi ihlal ettiği hususunu ispat edebilmek için, her türlü delili mahkemeye sunmalıdır. Hâkimi ikna edebilmek için azlık, ispat faaliyetinde bulunacaktır.

#### 4. Özel Denetimde Yargılama Masrafları

İsviçre'de *Killias/ Bertholet*, azlık tarafından yapılan özel denetim (inceleme) isteminin, hâkim tarafından reddedilmesi halinde, yargılamaya ilişkin tüm masrafların dilekçe sahibi tarafından ödeneceğini belirtmişlerdir. Hâkim, dilekçe sahibini yargılama masraflarını

<sup>667</sup>Casutt, p.93, note: 27, (CEDİDAC Juin 1995 "Le Contrôle Spécial Dans Le Droit Des Sociétés Anonymes, NO:24, p.3).

<sup>668</sup>İspat, bir önermenin doğruluğu hakkında kanaat verilebilmesi için bir nedenselliğin ortaya konulmasıdır.(Tanım için Bkz. Konuralp, *İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, s.8), Hukuki anlamda ispat özel hukuk uyumsuzlukları bakımından bir iddianın ya da vakıanın doğruluğu hususunda hâkimi ikna etmeye yönelik bir faaliyettir. Bkz. Konuralp, *İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, s.9, dipnot: 14'teki yazarlar).

<sup>669</sup>Hakan Pekcanitez/ Hülya Taş Korkmaz/ Nedim Meriç, *Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu*, b.6, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.87.

<sup>670</sup>Aras, *Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü*, s.153.

<sup>671</sup>Aras, *Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü*, s.153.

(aux frais de la procedure) ödemeye mahkûm edecektir. Ancak dilekçe sahibinin istemi, mahkeme tarafından kabul edilirse, bu durumda hâkim, özel denetim yapılacak konunun sınırlarını tespit ederek, TTK m.440/2, CO Art.697c/2'ye uygun olarak özel denetçiyi (incelemeci) atar. Bu durumda yargılama masraflarını şirket ödemekle yükümlüdür<sup>672</sup>. Azlığın, özel denetçi (incelemeci) atanabilmesi için iddialarını ikna edici delillerle ortaya konması gerektiğini ve buradaki ispatın yaklaşık ispat olduğunu belirtmiştik.

Özel denetimde (incelemede) yargılama giderleri ikinci bölümde detaylı anlatılacağı için burada sadece kısaca bilgi verilmekle yetinilmiştir<sup>673</sup>.

## 5. Özel Denetim İstemini Reddeden Genel Kurul Kararının İptali Sorunu

Pay sahiplerinin, haklarını ihlal eden genel kurul kararlarına karşı, bu kararların iptalini dava edebilmek, ilk başvuracakları yoldur. Bu husus eTK m.381, TTK m.445-446'da düzenlenmiştir. TTK m.445 ve devamı uyarınca, pay sahipleri ile yönetim kurulu ve ayrıca kararın uygulanması sorumluluklarına yol açtığı takdirde yönetim kurulu üyelerinden her biri, kanun ya da esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kuralına aykırı olan genel kurul kararlarının aleyhine, iptal davası açabilecektir. TTK m.446'da sayılan iptal davası açabilecek olanların dava hakları, sınırsız olmayıp, bu haklarını TTK ve HMK'nin ilke ve kurallarına uygun olarak kullanılabilir<sup>674</sup>.

Özel denetim istemi kabul edilmeyen azlık tarafından, genel kurul kararının iptal edilmesinde, azlığın hukuki menfaatinin bulunup bulunmadığı ya da red kararının iptal edilebilip edilemeyeceği, özel denetçi atanması davası (dava olarak nitelendirenler) ile iptal davasının aynı anda açılıp açılmayacağı ya da birinin diğerinin bekletici meselesi yapıp yapılmayacağı gibi farklı hususlarda, doktrinde tartışmalar yapılmıştır. Biz de bu tartışmalar hakkında, doktrindeki görüşlerin neler olduğunu incelemeye çalışacağız.

Öncelikle TTK m.438/1'de ifade edildiği üzere, pay sahipleri, yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerin özel denetçi atanması istemi, belirli konuların tetkik ve teftişine ilişkin

<sup>672</sup>Killias/ Bertholet, **Le contrôle spécial**, s.256.

<sup>673</sup>Özel Denetimde (İncelemede) Yargılama Giderleri için Bkz. Bölüm II, s.226.

<sup>674</sup>Erdoğan Moroğlu, **Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, b.7, 12. Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014., s.189-190. Ayrıca TTK m.438'deki, özel denetim hakkını sınırlandırın, bir genel kurul kararı, TTK m.447/1(a,b) hükmü uyarınca bâtil sayılacaktır. Bkz. İsmail Kırca/Şehirali Çelik, F.H./Manavgat Ç.: **Anonim Şirketler Hukuku C.2/2, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, Sözkese Matbaacılık Tic. Ltd. Şti, Ankara, 2016, s. 40.

olması dışında hiçbir şarta bağlanmamıştır. Ancak genel kurulda bu istem reddedilirse, istemde bulunan organ ve kişilerin daha da ileriye giderek mahkemeden, özel denetçi atanmasını isteme hakları bulunmamaktadır. Zira genel kurulda reddedilmeleri halinde, bu hakkı, sadece azlık pay sahipleri kullanabilecektir. İstemleri reddedilen organ veya pay sahipleri ise sadece red kararına karşı eTK m.381 uyarınca iptal ya da hükümsüzlüğün tespiti davasını açabileceklerdir<sup>675</sup>.

**Poroy**, bu konuda aksi görüştedir. Yazara göre, genel kurulun özel denetçi atanması istemine karşı verdiği red kararına karşı eTK m.381'e göre iptal davası açılmaz. Zira yazara göre, eTK m.348/2; TTK m.439/2 şartları mevcutsa, mahkemeye başvurarak özel denetçi tayin ettirme imkânını tanımaktadır. Dolayısıyla, iptal davası yoluna gidilmesinin hukuk mantığına aykırı olacağını ifade etmiştir<sup>676</sup>.

<sup>675</sup>Çelik, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi Tayini**, s.82., **Şener**, eTK m.348/1, TTK m.438'e göre özel denetçi atanmasını isteyebilecek olanların, bu istemlerinin reddedilmesi halinde, genel kurulun bu kararı aleyhine iptal davası açabilecekleri fakat bu konuda Yönetim Kurulu üyelerinin ve denetçilerin iptal davası açamayacakları yönünde görüş belirtmiştir. Zira yönetim kurulu üyelerinin ve denetçilerin iptal davası açabilmeleri; genel kurul kararlarının infaz edilebilir olması ve kişisel sorumluluklarını gerektirmesi koşuluna tabii tutulmuştur. Oysaki özel denetçi atanmasına ilişkin genel kurul kararının infazı olanağı bulunmamakla beraber yönetim kurulu üyeleri ya da denetçilerin sorumluluğuna neden olacak bir durumun da bulunmadığını belirterek yönetim kurulu üyelerinin ve denetçilerin özel denetçi atanmasına ilişkin istemin reddi kararına karşı iptal davası açamayacakları sonucuna varmıştır. Her ne kadar eTK m.381/II'de, yönetim kurulunun da iptal davası açabileceği düzenlenmiş olsa da, yönetim kurulu üyesi sıfatı ile dava açamayacağını belirtmiştir. Eğer özel denetçi atanması isteminin reddedilmesi kararına karşı yönetim kurulunda çoğunluk tesis edilememişse azınlıkta kalan üyelerin eTK m.312/2 pay sahibi sıfatıyla iptal davası açabileceklerini belirtmiştir. Nitekim eTK m.381/1'de bireysel pay sahiplerinin belirli koşullarla iptal davası açabilecekleri düzenlenmiştir. Bu koşulların gerçekleşmesi durumunda, bireysel pay sahiplerince kanuna, şirket esas sözleşmesine ya da objektif iyi niyet kurallarına aykırılık oluşturan genel kurulun, özel denetçi istemini reddetmesi kararına karşı iptal davası açılarak bu konunun tekrardan genel kurulda görüşülebilmesini sağlama imkânları bulunmaktadır. Dolayısıyla yazara göre genel kurul kararının iptal edilmesi ile pay sahiplerinin elde edebilecekleri hukuki yarar, konunun tekrardan genel kurulda görüşülebilmesini sağlamak olacaktır. Bu durumda belki genel kurul, mahkemenin iptal kararında belirttiği disiplin çerçevesinde bir karar alabilecektir. Ancak genel kurul ilk kararında da direnebilir ve ikinci genel kurulda da özel denetim istemini reddedebilir. Sonuç olarak yazar eTK m.348/1'e göre özel denetim yapılmasını isteyen pay sahiplerinin genel kurulda istemlerinin reddedilmesi durumunda ellerindeki tek imkânın bu kararın iptalini dava etmek olduğunu belirtmiştir. Zira kanunkoyucunun, gerek eski gerekse yeni TTK' da azlığa tanıdığı, mahkemeden özel denetçi atanmasını isteme hakkı bireysel pay sahibine tanınmış bir imkân değildir. Bkz. Şener, **Anonim Ortaklıklarda Azınlık Hakları, Özellikle Özel Denetçi Atanmasını İsteme Hakkı**, s.129,131,132.133. Yazarın özel denetçi atanması isteminin reddedildiği genel kurul kararı aleyhine karşı yönetim kurulunun dava açamayacağı görüşüne katılmıyoruz. Zira 6102 sayılı TTK m.359 ile artık Yönetim Kurulu üyelerinin ayrıca pay sahibi olmaları gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Nitekim Gerekecede de açıkça ifade edilmiştir.

<sup>676</sup> Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, 2009, s.393, N.642f., Yargıtay 11. HD., 24.06.1982- E.2952/K. 3061, sayılı kararında, özel denetçi isteminin reddine ilişkin genel kurul kararının iptalinin istenemeyeceğini belirtmiştir. Kararda özetle; eTK m.348/2 uyarınca özel denetçi seçimi için, önce genel kurula başvurma ve bu istemin reddedilmesi gerekir. Ortada şayet redde dair bir genel kurul kararı mevcut değilse özel denetçi atanması isteminin reddine ilişkin genel kurul kararının iptali yoluna gidilemez. Aksi halde, bu husustaki genel kurul kararının iptali ile özel denetçi atanması için mahkemeye başvurabilme koşulu olan redde ilişkin genel kurul kararının varlığının ortadan kalkacağına ve bu koşulun yokluğu halinde mahkemeden özel denetçi atanması isteminin de reddedilmesi gerekeceğini belirtmiştir. Kanun koyucu işte bu çelişkiyi önlemek amacıyla eTK m.348'i düzenleyerek, istemin reddedilmesi halinde iptal davası yoluna gidilmeyerek, özel denetçi seçiminin mahkeme kararıyla sağlanması hükmünü getirmiştir. Bu nedenle davalının karar düzeltme



Azlığın genel kurul kararını iptal ettirmekte hukuki menfaatinin bulunup bulunmadığı hususunda, **Moroğlu**, özel denetçi atanması davasının bir eda davası niteliğinde olduğunu bu nedenle de özel denetçi atanmasını reddeden genel kurul kararı aleyhine açılacak olan iptal davasında azlığın, hukuki menfaatinin bulunmadığını, bu sebepten böyle bir dava açılmaya çalışıldığı zaman söz konusu iptal davasının dinlenmemesi ve reddedilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>677</sup>. TTK m.439'un sistematığının gereği olarak özel denetçi seçimine ilişkin genel kurulun red kararının, iptalinin dava edilememesi gerekmektedir. Zira özel denetçi atanması için halka kapalı anonim ortaklıklarda sermayenin %10'u, halka açıkta %20'sine sahip olan azlık pay sahibinin mahkemeden özel denetçi atanmasını istemesinin ön koşulu genel kurulun red kararıdır. Eğer genel kurul kararının iptaline izin verilirse, çoğu halde mahkemeden özel denetçi atanmasını isteme hakkı kullanılmaz hale gelecektir. Bu nedenle, TTK m.445 hükmü, aynı kanunun TTK m.439'uncu hükmünün sağladığı hakkı kullanılmaz hale getiren uyumsuz bir hüküm durumuna düşürülmüş olacaktır<sup>678</sup>.

---

isteminin reddi gerekmiştir. Şeklindeki kararında bu açıkça ifade edilmiştir. (Bkz. Eriş, **Ticari İşletme ve Şirketler 2**, b.3, s.2040).

<sup>677</sup>Moroğlu, "Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi", **Makaleler I-2001**, s. 78.,Ancak yazar başka bir eserinde, TTK m.445 uyarınca, iptal davası açmış olan pay sahiplerinin, genel kurul kararının; kanuna, esas sözleşmeye ya da dürüstlük kuralına aykırı olduğunu kanıtlamakla yetinebileceklerini, ayrıca kararın iptal edilmesinde bir menfaatlerinin bulunduğunu ya da bu iptalin şirketin yararına olacağını ispat etmek zorunda olmadıklarını belirtmiştir.Yazar bu görüşünün Yargıtay 11. H.D.'nin 22.04.1985 Gün ve E.85/2196, K.85/3392 sayılı kararında da benimsenmiş olduğunu belirtmiştir. (Bkz. Moroğlu, **Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, İstanbul, 2014, s.253). Aynı yönde görüş için (Bkz. Eriş, **Ticari İşletme ve Şirketler 2**, b.3, s.2037), Yazar, azlığın, özel denetçi atanmasına ilişkin olarak genel kurulda alınan red kararının iptalini istemekte, hukuki menfaatinin bulunmadığını belirtmiştir. Bu sebepten yazara göre azlığın, genel kurul kararının iptalini istemesi gereksiz bir istem olacaktır. Bu yönde aksi görüş bildiren **Teoman**, iptal davasının, özel denetim davasından önce sonuçlanması ihtimalinde, şayet karar iptal edilirse, bir sonraki genel kurulda özel denetim konusunun tekrardan gündemde yer alıp, görüşülebilme ihtimalinin olacağını ve netice de olumlu bir sonuç elde edilebileceğini ifade etmiştir. Yazar, bu durumun azlığın, genel kurul kararı aleyhine iptal davası açmasında hukuki menfaati olduğunu gösteren bir durum olduğunu belirtmiştir. Ancak genel kurulda alınan red kararının, mahkeme tarafından iptal edilmesine rağmen, genel kurul ilk kararında (bir diğer ifadeyle red kararında) direnebilir. Olumsuz bir genel kurul kararının iptal edilmesi sonucunda, sadece o karar iptal edilmiş olmakla kalmaz, genel kurulda öne sürülen konu ya da konuların yapılacak olan yeni genel kurulda tekrardan görüşülebilmesi ihtimali doğar. Bununla beraber azlık, bazı durumlarda mahkemeye özel denetçi atanmasına ilişkin davasını açmadan önce yalnızca iptal davası açmakla da yetinebilir. Dolayısıyla duruma sadece özel denetçi bakımından da değil genel olarak baktığımızda, sakat bir genel kurul kararının iptal edilmesi, konuların bir sonraki genel kurulda tekrardan ele alınabilmesi olanağını sunacağı için, azlığın, iptal davası açmasında hukuki menfaatinin bulunduğu kanısında olduğunu belirtmiştir. (Bkz. Teoman, **Özel Denetçi Atanması İstemi Genel Kurulca Reddedilen Azlığın İzleyebileceği Yollar**, s.492).

<sup>678</sup>Moroğlu, **Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, s.190.Moroğlu özel denetçi seçilmesine ilişkin genel kurulun red kararının, iptal edilemeyeceği görüşünü bu eserinde de tekrar etmiştir. Ayrıca Yargıtay 11. HD' nin 30.06.1980 Gün ve E. 3183, K.3534 sayılı ve 24.06.1982 Gün ve E.82/2952, K.82/3061 sayılı kararlarda da benimsenmiştir. En son kararda, özel denetçi atanması istemi ile ilgili, genel kurul kararının iptalinin istenemeyeceğini belirtilmiştir. Zira eğer genel kurul kararı iptal edilirse, özel denetçi seçilmesi için mahkemeye başvurulmasının ön koşulu olan genel kurulun reddi kararı ortadan kalkmış olacaktır. Sonuçta genel kurul kararı olmadığı için, mahkeme de özel denetçi atanması ile ilgili davayı reddedecektir. Nitekim kanun koyucu da böyle bir çelişkiyi engellemek için, eTK m.348/2,TTK m.439 hükümlerini düzenlemek suretiyle istemin genel kurulda reddedilmesi halinde, kararın iptali yoluna gidilmeksizin, özel denetçi seçiminin mahkeme kanalı ile sağlanmasını murad etmiştir. Bu nedenle düzeltme isteğinin reddilmesi

TTK m.445-446'ya göre açılan, genel kurul kararının iptali davasında, azlığın elde etmek istediği; kanun, esas sözleşme ya da iyi niyet kurallarına aykırı olarak alınmış bir genel kurul kararının iptalini sağlamak ve neticede daha sonraki bir genel kurulda daha iyi bir karar alınabilmesi imkânını yaratmaktır. Fakat genel kurul kararının iptalini sağlamak, doğrudan doğruya olumlu bir sonuç yaratmaz. Başka bir deyişle, özel denetim istemini reddeden genel kurul kararının iptal edilmesiyle, genel kurulda, otomatik olarak özel denetimin kabul edildiği şeklinde bir sonuç da çıkmayacaktır. Genel kurul kararlarının iptali, inşaî niteliği haizdir<sup>679</sup>.

Özel denetim hakkında, mahkeme tarafından verilen kararın, anlaşmazlığı kesin olarak çözüme bağlamaması, ayrıca özel denetime ilişkin mahkeme tarafından verilen; olumlu ya da olumsuz mahkeme kararının, bir tedbir ya da delil tespiti niteliğinde olmasından dolayı, azlığın, genel kurul tarafından özel denetçi atanmasına ilişkin red kararını, iptal ettirebilmek amacıyla mahkemeye başvurmasında, hukuki bir menfaatinin olmadığı yolundaki görüşe *Aday*<sup>680</sup> katılmamıştır. Yazar azlığın, TTK m.445,446, eTK m.381 uyarınca açacağı iptal davasının, TTK m.439/2'ye dayanarak açmış olduğu, davadan önce sonuçlanması ve sonuçta genel kurul kararının iptal edilmesi halinde, toplanacak ilk genel kurulda bu konuların yeniden görüşülebileceğini belirtmiştir. Bu şekilde yapılacak olan yeni genel kurulda özel denetçi atanmasına ilişkin olumlu bir karar alabilmek de mümkün olacaktır<sup>681</sup>.

---

şeklinde karar vermiştir. Karar için Bkz. Moroğlu, **Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, s.190, Dipnot:337.

<sup>679</sup>Ortaklığın feshi ve genel kurul kararlarının iptali inşaî davadır. Bkz.Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **Medeni Usul Hukuku** (Ders Kitabı), s.259, İptal davası, bozucu bir inşaî davadır. Zira iptal davasında, genel kurul kararıyla yaratılan hukuki bir durumun ortadan kaldırılması talep edilmektedir. Bu nedenle mahkemenin verdiği iptal kararı, genel kurul kararıyla yaratılan hukuki durumu ortadan kaldıran, inşaî bir karardır. Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat): **Anonim Şirketler Hukuku**, C.2/2, Ankara, 2016, s.254, Sivas, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi**, s.38.Genel kurul kararının iptali, inşaî nitelikte olduğu için bu kararın, ayrıca yönetim kurulu tarafından uygulanması gerekmez. Bu nedenle, genel kurul kararının iptaline ilişkin hüküm kesinleştikten sonra, genel kurul kararı alındığı tarihten itibaren geçerli olmak üzere, kendiliğinden ortadan kalkar. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere, genel kurul kararının iptal edilmesi, anonim ortaklığa özel denetçi atanacağı sonucunu da doğurmaz. Pay sahipleri özel denetçi atanması istemelerini yeniden genelde sunmaktadır.

<sup>680</sup>Aynı görüş için Bkz. Çelik, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi Tayini**, s.97.

<sup>681</sup>Aday, **Anonim Şirkette Özel Denetçi**, s. 36-37. Aynı yönde görüş bildiren **Çelik** de, genel kurul tarafından özel denetçi istemi reddedilen azlığın, bu kararı iptal ettirebilmesinin mümkün olduğunu belirtmiştir. Yazara göre, eğer iptal davası, özel denetçi atanmasına ilişkin davadan önce sonuçlanarak, genel kurul kararı iptal edilirse, bu durumda, toplanacak ilk genel kurulda bu husus tekrar görüşülebilecek ve olumlu şekilde karara bağlanması halinde, TTK m.439/2, eTK m.348/2'ye göre açılan dava konusuz kaldığı için davaya devam edilmeyecek ve mahkemelerin de iş yükü hafifletilmiş olacaktır. Çelik, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi Tayini**, s.97. **Tekinalp**, genel kurul kararının iptal edilmesinin, genel kurulda yapılmış bir teklifin kabul edilmesi sonucunu doğurmadığını, ancak iptal kararı sayesinde daha önce yapılmış olan teklifin yeniden genel kurula sunularak; kanuna, esas sözleşmeye ve dürüstlük kurallarına uygun bir karar alınmasına ortam hazırlayabileceğini belirtmiştir. Yazar böyle bir imkânın son derece olumlu olduğunu ve eTK m.381'de korunmak istenilen menfaatin aynısı olduğunu ve genel kurul kararlarının iptali hakkındaki kararın red sebeplerinin gerekçeleri için ciddi bir disiplin olduğunu vurgulamıştır. Bkz. Tekinalp, (Poroy/Çamoğlu), **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, b.11, 2009, s. 602, N. 1014.

Kanımızca genel kurulda özel denetim (inceleme) isteminin reddedilmesi halinde, azlığın bu genel kurul kararının iptali dava etmekte hukuki menfaati bulunmamaktadır<sup>682</sup>. Zira TTK m.439/1'e göre, azlığın, özel denetçi (incelemeci) atanması isteminde bulunabilmesi için mahkemeye sunması gereken, bir red kararına ihtiyacı vardır. Bu husus özel denetim (inceleme) isteminin, ikincil bir hak oluşu ve bu ikincil hakkın bazı yüklenitelerinin bulunması ile ilgili bir durumdur. Bu nedenle, eğer azlık tarafından, genel kurulda alınan red kararının iptali istenirse, TTK m.439/1'deki ikincil hak işlemez hale getirilmiş olacaktır.

*Teoman*, hukuki menfaatin haricinde, genel kurulda özel denetçi atanması ile ilgili istemin reddedilmiş olması halinde, azlığın, mahkemeye özel denetçi atanması istemi öncesi genel kurulda alınan red kararının iptalinin istenebilip istenemeyeceği<sup>683</sup> ve iki davanın hukuki sonuçlarının neyi nasıl etkileyeceği hakkında bir takım kuşkularının bulunduğunu belirtmiştir. Yazar asıl meselenin, olumsuz genel kurul kararı aleyhine iptal davası açıldıktan sonra, ayrıca özel denetçi atanması için de dava açıldığı zaman, ikinci davanın derdestlik itirazı ile karşılaşılacağına ilişkin olduğunu ifade etmiştir<sup>684</sup>.

Başka bir deyişle, azlık tarafından açılan iptal davasının olumlu sonuçlanması halinde, genel kurulda, özel denetçi atanması istemini red eden karar iptal edilmiş olacaktır. Bu durumun, usulüne uygun olarak yapılacak yeni bir genel kurulda azlığın, özel denetim istemini haklı gösterip göstermeyeceği tartışmaya açıktır. Özel denetim (davasası) ile iptal davasının, böyle bir dava şartı ile karşı karşıya kalabilmesi için, öncelikle her iki davanın; taraflarının, dava sebeplerinin ve dava konularının aynı olması gerekmektedir. Araştırılması

<sup>682</sup>Dava şartlarının neredeyse tamamı, aynı zamanda birer yargılama şartı niteliğini haizdir. Bu şartların her yargılama açısından dikkate alınması ve uygulanması gerekir. Her ne kadar kavram, dava şartları olarak ifade edilmişse de *Pekcanitez*, bu şartların, ilgili kavramının esas alındığı çekişmesiz yargı işlerinde de dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Hakan Pekcanitez/ *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, s.951. Azlığın, genel kurulda alınan kararı iptal ettirmesinde, hukuki menfaati bulunmamaktadır. Zira olumsuz genel kurulu kararı ile TTK m.439/1'deki çekişmesiz yargı işi olan, özel denetim (inceleme) istemine başvuru yapabilecektir.

<sup>683</sup>Yazar özel denetçinin, ister doğrudan doğruya eTK m.348/1, TTK m.438/2, ister azlığın istemi üzerine eTK m.348/2, TTK m.439/1 atanması halinde, genel kurulun red kararı aleyhine, münferit pay sahibinin de iptal davası açabileceğini belirtmiştir. Bu nedenle genel kurulda, özel denetçi atanması isteminin reddi halinde, gerek pay sahipleri gerekse azlık, koşulları varsa iptal davası açabilecektir. Bkz. Ömer Teoman, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu (Der Stimmrechtsausschluss des Aktionärs)*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1983, s.113.

<sup>684</sup>Doktrinde Demirkapı/Meriç genel kurul kararının iptali davası ile TTK m.399/6'daki denetçi atanması talebi, birbirleriyle bağdaşan talepler değildirler. Zira bunlardan genel kurul kararının iptali çekişmeli yargının faaliyet alanına girerken, denetçi atanması talebi çekişmesiz yargı faaliyetidir. İkinci olarak genel kurul kararı temyize tabii iken, denetçi atanması talebi temyize tabii değildir. Bu nedenlerden dolayı bu iki talebin aynı davada bir araya gelmesinin kuralolarak mümkün olmadığını belirtmişlerdir. Ertan Demirkapı ve Nedim Meriç, "Anonim Şirkette Denetçinin Değiştirilmesi Davasının Azınlık Tarafından Açılması Halinde Usul Hukukuna İlişkin Sorunlar", *Batıder*, Y.2014, C.XXX, S.2, (s.23-75), s.42.

gereken, özel denetçi atanması (davası) ile genel kurul kararının iptali davasının; davacılarının, dava konusunun ve dava sebeplerinin aynı olup olmadığıdır.

*Teoman*, davanın taraflarının ve davanın dayanağını oluşturan olguların (sebeplerin) aynı olduğu söylenebilse de, davaların konuları bakımından aynı neticeye varılamayacağını belirtmiştir. Bu nedenle, TTK m.439/2, eTK m.348/2 uyarınca açılan özel denetçi davasının, derdestlik itirazı ileri sürülmek suretiyle reddedilmesinin, mümkün olmadığını ifade etmiştir.

Zira derdestlik itirazının HUMK m.187/4, başka bir deyişle davanın görülmekte olduğuna ilişkin ilk itirazın ileri sürülebilmesi ve davanın açılmamış sayılabilmesi için, o davanın daha önce aynı ya da başka bir mahkemede açılmış olması, davanın halen görülmekte bulunması (derdest olması) ve daha önce açılmış ve görülmekte olan dava ile ikinci davanın aynı olması gerekmektedir<sup>685</sup>.

<sup>685</sup> Ömer Teoman, “Özel Denetçi Atanması İstemi Genel Kurulca Reddedilen Azınlığın İzleyebileceği Yollar ” **Yasa Hukuk Dergisi**, Eylül, Y. 1981, S.9, s.1153., Nitekim Yargıtay (11. HD., 26.02.1982, E.1982/757, K.1982/770) Genel kurul tarafından, özel denetçi atanması isteminin reddedilmesi halinde, mahkemeye başvurulduğunda, söz konusu genel kurul kararlarının tümünün iptali için dava açıldığı takdirde, derdestlik itirazını kabul etmemiştir. Yargıtay, özel denetçi atanması istemi reddedilen azlığın bu genel kurul kararının aleyhine iptal davası açmasına rağmen, daha sonra eTK m.348’e dayanarak özel denetçi atanması davasının da açabileceği sonucuna varmıştır. [Karar için Bkz. Ömer Teoman, **30 Yıl Ticaret Hukuku Tüm Makalelerim, C.I, (1971-1982)**, “Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Özel Denetçi Konusundaki Bir Kararı Üstüne Kısa Notlar ”, Beta, 2000, İstanbul, s.512-517]. Karar hakkında *Poroy* Yargıtay’ın bu görüşünün yerinde olduğunu zira bu davaların arasında konu birliği olmadığı gibi, red kararı ile mahkemeye müracaat hakkı elde edildiğine göre, bu kararın iptalinin özel denetçi atanması usulünde bir işlevi bulunmayacağını belirtmiştir. Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, 2009, s.393, N.642f. Söz konusu kararda davacılar, davalı şirkette %30 oranında pay sahibidirler. 12.05.1980 günü yapılan genel kurul toplantısında, özel denetçi atanmasını istemişlerdir. Fakat bu istekleri reddedilmiştir. Bunlar da eTK m.348 uyarınca, şirket yöneticilerinin, kanunlara, esas sözleşmeye aykırı işlemlerinin incelenmesi için mahkemeden özel denetçi atanmasını istemişlerdir. Davalı vekili; genel kurul toplantısında alınan tüm kararların iptal edilmesi için İstanbul 3. Ticaret Mahkemesinde dava açıldığını, bu şekilde derdest bir dava söz konusu iken özel denetçi davasının dinlenemeyeceği gerekçesi ile davanın reddine ilişkin karar verilmesini istemiştir. Mahkeme de, genel kurul kararlarının iptal edilmesi için, açılmış olan bir iptal davası var iken, özel denetçi davasının dinlenemeyeceği gerekçesini haklı bularak davanın reddine karar vermiştir. Bu karar, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay da, derdestlik itirazının (6100 sayılı kanunda artık dava şartı) kabul edilebilmesi için, öncelikle her iki davanın; taraflarının ve konusunun aynı olması gerektiğini belirtmiştir. Açılan davanın konusu eTK m.348’e dayanan özel denetçi atanması istemidir. Oysaki Asliye 3. Ticaret mahkemesinin (980/474) sayılı dosyasında 13.05.1980 tarihinde alınmış genel kurul kararlarının iptali, eTK m.381’e göre istenmektedir. Bu davalar arasında konu birliği bulunmamaktadır. Ayrıca genel kurul kararının iptali söz konusu olsa bile, bu durum kendiliğinden özel denetçi atanacağı anlamına gelmez. Ayrıca davacıların eTK m.348/2’ye dayanarak, özel denetçi atanması için mahkemeye başvurma haklarını saklı tuttıkları dilekçelerinden anlaşılmaktadır. Bu nedenlerden işin esasına girilerek hüküm tesisi gerekirken, derdestliğe dayanılmak suretiyle redde karar vermek bozmayı gerektirmiştir. *Teoman*, karar hakkındaki düşüncelerini, yukarıda belirttiğimiz eserlerinde de tekrarlamıştır. İptal davası ve özel denetim davasında, her ne kadar davaların; taraflarının ve sebeplerinin aynı olduğu söylenebilirse de, konularının farklı olduğu açıkça görülmektedir. Zira azlığın, genel kurul kararını iptal ettirmek suretiyle elde etmek istediği; kanuna, esas sözleşmeye veya iyi niyet kurallarına aykırı şekilde alınmış bu kararının iptalini sağlamak ve sonuçta bu sakat kararın ortadan kaldırılması ve genel kurulda bu konunun yeniden daha düzgün ve sağlıklı bir şekilde ele alınmasının sağlanmasıdır. Fakat iptal kararı doğrudan doğruya olumlu bir sonuç yaratmaz. Bir diğer ifadeyle, özel denetçi istemi reddedilen azlık, iptal davası lehine sonuçlansa bile, bu durum özel denetim isteminin de olumlu sonuçlanacağı şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira genel kurul, eski (özel denetimin reddine ilişkin) kararında direnebilir. Azlığın açtığı özel denetçi atanması davasının niteliği

Usul Hukuku'nda davanın esasına girmeye engel olan ve davanın başında ileri sürüldüğünde dikkate alınan usule ilişkin itirazlara ilk itirazlar (dava engelleri) denilmektedir. İlk itirazların neler olduğu kanunda sınırlı olarak sayılmıştır. Burada belirtmemiz gereken 6100 sayılı HMK ile ilk itirazların sayısının üçe indirilmiş olduğu ve derdestliğin HMK m.114/1<sup>686</sup> hükmü ile dava şartı haline getirilmiş olduğudur<sup>687</sup>. Dava şartları, hâkim tarafından re'sen dikkate alınırken, ilk itirazlar, ancak taraflarca ileri sürülmeleri halinde incelenecektir. Dava şartları, davanın her aşamasında ileri sürülebilirken, ilk itirazlar, yalnızca davanın başında, cevap süre içerisinde ve cevap dilekçesinde ileri sürülebilirler<sup>688</sup>.

*Teoman*, TTK m.439/2 uyarınca; azlığın açacağı özel denetçi atanması davasının bir eda davası niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak da, genel kurul kararının iptali davası ile özel denetçi atanması davalarının, konularının kesin olarak birbirlerinden farklı oldukları sonucuna ulaşmıştır. Bu durumda iptal davası sonucunda, iptal edilen genel kurul kararı ile özel denetçi atanmış sayılamayacağına göre, azlığa, dava konusunun aynı olduğu ileri sürülerek özel denetim davasını açmasına engel olunmamalıdır. Başka bir deyişle, azlığın, genel kurul kararının iptal edilmesine yönelik açtığı iptal davası, özel denetim davası açması esnasında karşısına bir dava şartı olarak getirilmemelidir<sup>689</sup>.

Kanımızca genel kurul kararının iptali davası ile TTK m.439/1'deki özel denetçi (incelemeci) atanması istemi, birbiriyle bağdaşan usulî talepler değildir. Zira bunlardan genel kurul kararının iptali, çekişmeli yargı faaliyetinin konusuna girerken, TTK m.439/1'deki usulî talep, takibi talebe bağlı bir çekişmesiz yargı faaliyetidir. Bu nedenle bu iki farklı usulî

---

bir eda davası olmasıdır. İptal davasında ise, alınmış bir genel kurul kararının iptali söz konusu olup, iptal sonucu özel denetçi atanmış sayılamayacağı için, bu iki davanın konusu birbirinden farklıdır. Dolayısıyla mahkeme davacının özel denetçi atanması için mahkemeye başvurma hakkını saklı tuttuğunu belirtmiştir. Fakat bunun hukuki sonuca yukarıdaki nedenlerden dolayı bir etkisi bulunmamaktadır. Davacılar, özel denetçi atanmasını mahkemeden isteme haklarını saklı tutmadan da, iptal davası açtıktan sonra, ayrıca özel denetçi atanması davasını da ikame edebilirler. Sonuçta ikinci dava derdestlik itirazı (yeni kanunda dava şartı) ileri sürülerek reddedilemez. Ayrıca azlık, önce iptal davası değil, özel denetçi atanması davası açıp daha sonra da genel kurul kararının iptalini de dava edebilir. Burada da iptal davası reddedilmemelidir. *Teoman*, **Tüm Makalelerim**, Yargıtay 11. HD' nin Özel Denetçi Kararı Üstüne Kısa Notlar, Aynı yönde (Çelik, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi Tayini**, s.97).

<sup>686</sup>6100 sayılı (HMK m.114/1)'da "aynı davanın, daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olmaması" demektedir.

<sup>687</sup>Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **Medeni Usul Hukuku** (Ders Kitabı), s.293.

<sup>688</sup>Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **Medeni Usul Hukuku** (Ders Kitabı), s.293.

<sup>689</sup>Teoman, "**Özel Denetçi Atanması İstemi Genel Kurulca Reddedilen Azınlığın İzleyebileceği Yollar**", s.1154; Bir davanın derdestlik sebebiyle açılmamış sayılmasına karar verilebilmesi için, aynı davanın iki kere açılmış olması, birinci davanın halen görülmekte ve birinci dava ile ikinci davanın aynı dava olması gerekmektedir. Buradan da anlaşılacağı üzere, iki davanın aynı sayılması için davanın; taraflarının, konusunun ve sebebinin aynı olması gerekir. Böyle bir durum söz konusu olduğunda, ikinci davanın açıldığı mahkemeden, davayı reddetmesi istenecektir. Bkz. Arslandoğan, **Medeni Yargılama Hukukunda Delil Tespiti**, s.32.

talebin, aynı davada bir araya getirilmesi söz konusu değildir. Bu nedenle burada derdestlik dava şartının ileri sürülemeyeceği kanaatindeyiz<sup>690</sup>.

**Kaya**, konuyu bilgi alma ve inceleme hakkı ile paralel olarak ele almıştır. Yazar, TTK m.437/5'e göre açılan ve derdest olan bir bilgi alma davasının görülmesinin, özel denetim istemli dava açılmasına engel olmayacağını belirtmiştir<sup>691</sup>. Zira yazar, her iki davada da, menfaatlerin farklı olduğunu, dolayısıyla aynı mantığın, özel denetim istemi ile ilgili olan genel kurul ya da yönetim kurulu kararlarının iptali veya butlanı davalarında da söz konusu olacağını, ifade etmiştir<sup>692</sup>. Başka bir ifadeyle, açılan iptal davalarının henüz sonuçlanmamış olmasının, özel denetim istemli davaya etkisi bulunmayacaktır. Zira bu davalarda da farklı menfaatler söz konusudur. Yazar, bu sonuca, özel denetim davasının açılmasında güdülen

<sup>690</sup>Delil tespiti yönünden konuyu ele alan **Arslandoğan**, derdestliğin delil tespiti talebiyle doğup doğmadığına ilişkin Alman ZPO §261/III, b.1'de, delil tespiti talebiyle, derdestliğin ortaya çıktığının kabul edilmediğini ifade etmiştir. Delil tespiti, yalnızca kaybolması muhtemel olan ya da ileri sürülmesi güçleşecek olan delillerin muhafaza edilmesi ve maddi vakıaların tespiti amacıyla yapılmaktadır. Dolayısıyla yazar, bu talebin, asıl dava ile ayniyet oluşturmasının mümkün olmadığı kanaatinde. Bkz. Arslandoğan, **Medeni Yargılama Hukukunda Delil Tespiti**, s.33.

<sup>691</sup>**Kuru**, TTK m.437/5 ve TTK m.438/2 ile TTK m.439/1'in çekişmesiz yargı işi olduğu kanaatinde. Bkz. Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku**, s.919; Aynı yönde; Ayoğlu, **Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim**, s.120, dipnot:265. Yazar, TTK m.437/5, TTK m.438 ve 439'un ticari nitelikli bir çekişmesiz yargı işi olduğunu ifade etmiştir. Derdestliğin dava şartı olmasının nedeni, davacının, aynı davayı, birden fazla mahkemede açmasında, hukuken korunan bir menfaatinin olmamasıdır. Zira aynı davanın iki farklı yerde görülmesi hem zaman kaybı olur, hem de gereksiz masraf yapılmasına neden olur. Bununla birlikte, aynı davanın birden fazla kez açılması birbiriyle çelişen kararlar verilmesine neden olabilecektir. Bir davada derdestliğin kabul edilmesi için üç koşul birlikte aranmaktadır. Bunlar; davanın daha önce aynı veya başka bir mahkeme önünde açılmış olması, davanın görülmekte olması (derdest olması), daha önce açılmış ve görülmekte olan o dava ile ikinci davanın aynı olmasıdır. Her iki davanın aynı sayılması için gereken şartlar bakımından, maddi manada kesin hüküm ile derdestlik arasında hiçbir fark bulunmamaktadır. Derdestlikte de her iki davanın aynı olduğunun söylenebilmesi için, maddi manada kesin hükümde olduğu gibi; her iki davanın taraflarının aynı olması, dava konusunun ve sebebinin aynı olması gerekir. Burada çok önemli olan, derdestlikte, dava sebebinin aynı olmasından anlaşılması gereken, hukuki sebepler değil, davanın dayanağını oluşturan vakıalardır. (Pekcanitez/ **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, C.II, s.1183, dipnot:149'daki, Yargıtay, 9. HD, 27.03.2012, 10252/10066 yayınlamamış kararı).

Çekişmesiz yargıda maddi anlamda kesin hükmün yeri yoktur. **Kuru**, maddi anlamda kesin karar müessesesinin çekişmesiz yargıya yabancı olduğunu belirtmiştir. Kuru, **Nizasız Kaza**, s.180,185. Bizce de TTK m.437/5 ve TTK m.438/2 ve TTK m.439/1 çekişmesiz yargı işidir. Çekişmesiz yargı işlerinde de dava şartlarının aranacağını belirtmiştik. Her ne kadar kavram, dava şartları olarak ifade edilmişse de **Pekcanitez**, bu şartların, ilgili kavramının esas alındığı çekişmesiz yargı işlerinde de dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. (Bkz. Hakan Pekcanitez/ **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, C.II, s.951). Ancak bilgi alma hakkı ile ilgili TTK m.437/5'te ki çekişmesiz yargıda ilgililer, bilgiye mahkeme aracılığıyla ulaşmaktadır. Bilgi alma istemi ile yapılan başvuru, özel denetim (inceleme) istemine engel olmayacaktır. Zira TTK m.437/5'te bilgi alma hakkı, mahkeme yoluyla temin edilir, burada mahkeme kararı, bilginin genel kurul dışında verilmesi talimatı ve şekli ile ilgilidir. Oysa TTK m.438/2 ve TTK m.439/1'de ise mahkeme, şirkette ilgililerin iddia ettiği şekildeki gibi işlemlerin yapılıp yapılmadığını incelemesi için, konusunda özel bir uzmanı, bir başka ifadeyle, özel incelemeciye görevlendirir. Özel inceleme isteminin, ikincil hak niteliği, bir başka ifadeyle, bu ikincil hakkın kullanımının, bilgi alma hakkının kullanılmasına ön şartına bağlı olması, her iki çekişmesiz yargı işinin dayanağını oluşturan vakıaların farklı olması, taraflarının farklı olabilmeleri gibi hususlar dikkate alındığında, TTK m.437/5'teki bilgi alma hakkını kullanmak için mahkemeye yapılan usuli talebin, özel inceleme hakkının kullanımına engel oluşturmayacağı kanaatindeyiz. Bu nedenle, bu iki çekişmesiz yargı işi arasında, derdestlik dava şartı söz konusu değildir.

<sup>692</sup>**Kaya**, "Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi", **Batider**, s.82.

amaçla, diğer açılan davalarda ki ispat yüklerinin dikkate alınması sonucunda ulaşılabileceğini ifade etmiştir<sup>693</sup>. Özel denetim sonucu ortaya çıkan özel denetçinin raporu; şirkette yapılan yolsuzlukların varlığını ortaya koyuyorsa, bu durum, şirketi zarara uğratan ilgililer hakkında, sorumluluk davası açılmasında ispat açısından önemli bir delil olacaktır. Yazar, butlan davası ile özel denetim davasına konu olan olayların, benzer ya da aynı olmasının, fakat bu davalardaki amaçların farklı oluşunun ve özel denetim davası sonucu alınan, özel denetçi raporunun, diğer davalarda önemli bir delil olmasının, özel denetim davasının ayrı olarak açılabileceğini gösterdiklerini ifade etmiştir. Bununla birlikte diğer davalardan, özel denetim davasında, bekletici mesele olmamaları gerektiğini belirtmiştir<sup>694</sup>.

**Domaniç**, azlığın, iptal davası açma hak düşürücü süresi içerisinde zorunlu olmamakla birlikte, yine bu süre içerisinde (bu süre dolmadan önce) aynı zamanda, haklarının korunması ve zaman kaybına yol açan dava tartışmalarına son vermek açısından, özel denetçi atanması davasını da açmasının yararlı olacağı kanaatindedir. Zira söz konusu durumda, bir davanın sonucu, diğer davanın sonucuna etki yapmakta olan iki dava vardır. Yazara göre, iptal davası ile özel denetçi atanması davalarının birlikte açılmaları mümkün olduğu gibi, bu davaların birleştirilebilmeleri de mümkündür. Aksi halde, geç tarihte açılan davanın yargılamasının daha önce açılan davanın karara bağlanması sonucuna bırakılabileceğini ve bekletici meselenin söz konusu olacağını ifade etmiştir<sup>695</sup>.

Bu konu ile ilgili olarak **Teoman**, davaların birleştirilebilmesi için veya ikinci davanın bekletici mesele yapılarak, ilk dava karara bağlanıncaya kadar ertelenebilmesi için, iptal davasının, sadece usul hükümlerine aykırılık nedeniyle açılmamış olması ve azlığın iptal davası açarken, tıpkı özel denetçi atanması davasında olduğu gibi, bu iptal istemini haklı gösterecek olan maddi olguları ve kanıtları göstermek zorunda olduğunu belirtmiştir. Bir diğer ifadeyle, eğer azlık, genel kurul kararının iptalini, toplantıya katılmaya yetkili olmadıkları halde katılmış olanlar olduğunu ileri sürerek açmak istiyorsa, bu durumda iki dava arasında bir bağlantı olmayacaktır. Genel kurul kararı, yetkisiz kişilerin toplantıya katılması nedeniyle iptal edilecektir. Ancak bu bile özel denetçi atanabileceği anlamına

<sup>693</sup>Kaya, “Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi”, **Batider**, s.82. Yazar örnek olarak yönetim kurulu davalarını göstermiştir. Böyle bir davada ispat yükü, davacı pay sahibinin üzerindedir. Bu davada görülecek hususlar, davacının (pay sahibinin) gösterdiği delillerle sınırlı olacaktır. Ancak davacı pay sahibinin, şirket dışında olması ve şirket bilgi ve belgelerine ulaşmasının çok da kolay olmadığı göz önüne alındığında, davasında sağlam olgulara, vakıa ve gerekçelere dayanmasının güç olduğunu vurgulamıştır. Bu nedenle, bu davada, özel denetime tabii konuların tartışılacak olması, azlığın, özel denetçi atanması davasına açmasına engel olmamalıdır. Bkz. a.g.e., s.83.

<sup>694</sup>Kaya, “Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi”, **Batider**, s. 83.

<sup>695</sup>Domaniç, **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması**, s. 743.

gelmeyeceğinden, ikinci dava olan özel denetçi atanması davasında iptal davası, bir bekletici mesele yapılamayacaktır. Yazar, genel kurul kararlarının iptalinin, sadece özel denetçi atanması isteminin reddine ilişkin olmadığını belirtmiştir. Başka bir ifadeyle, yazar, diğer konularda da genel kurul kararlarının iptalini istemek mümkün olduğu için, özel denetçi atanması davası ile aynı anda açılmış herhangi bir iptal davasının, birleştirilmesinin ya da bekletici mesele yapılmasının uygulamada sıkıntılara neden olabileceğini ifade etmiştir<sup>696</sup>.

Bekletici sorun, yürütülen yargılama ile ilgili olarak bir karar verilebilmesi için, çözümlenmesi gereken bir ön sorun, bir diğer ifadeyle, başka bir mahkeme ya da merci tarafından karara bağlanması gereken ön sorun, olarak nitelendirilmektedir. HMK m.165/1’de düzenlenen bekletici sorun, bir davada hüküm verilebilmesinin, başka bir davaya, idari makamın tespitine ya da dava konusu ile ilgili bir hukuki ilişkinin var olup olmadığına, kısmen veya tamamen bağlı ise, mahkemenin, o davanın neticelendirilmesine ya da idari makamın konu hakkında karar vermesine kadar, yargılamayı bekletebileceği şeklinde düzenlenmiştir<sup>697</sup>.

Derdest olan bir davanın sonuçlanmasının başka bir davada bekletici sorun olabilmesi için, bekletici mesele yapılacak davanın, başka bir mahkemede görülmekte olması ve iki dava arasında bağlantının bulunması gerekir<sup>698</sup>. Şayet bir mahkemenin kararı, diğer bir mahkemedeki karara ya da idari mercideki tespite veya hukuki ilişkinin var olup olmadığına bağlı ise, bu durumda bekletici sorundan söz edilebilecektir<sup>699</sup>. Derdest olan iki hukuk davasının birleştirilmesinin mümkün olmadığı hallerde, aralarında bağlantı olması ve birisi hakkında verilecek olan kararın, diğerini etkileyecek olması şartıyla, davalardan birinin diğeri için bekletici sorun sayılması gerekir<sup>700</sup>. Hukukumuzda bekletici sorun yapmak ihtiyaridir<sup>701</sup>.

Kanımızca genel kurul kararının iptalinin, TTK m.439/1’e göre yapılacak özel denetçi atanmasına ilişkin çekişmesiz yargı işinde, bekletici mesele yapılabilmesi için, genel kurulda, özel denetçi atanması istemini reddeden kurul kararının iptali için dava açılmış olması gerekir.

<sup>696</sup>Teoman, “Özel Denetçi Atanması İstemi Genel Kurulca Reddedilen Azınlığın İzleyebileceği Yollar ”, s.1155.

<sup>697</sup>Pekcanitez/ Özeker, **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, C.II, s. 1403.

<sup>698</sup>Pekcanitez/ Özeker, **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, C.II, s. 1404.

<sup>699</sup>Bekletici sorun yapılabilmede en çok görülen sebep, farklı mahkemelerde görülen davalar arasında bağlantı olması, dolayısıyla birisi hakkında verilecek olan kararın ötekini bağlamasıdır. Bu durumda, birbirleriyle bağlantılı olan davalar birleştirilemiyorsa, birinin, diğeri için bekletici sorun yapılması uygun olur. Pekcanitez/ Özeker, **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, C.II, s.1406,1408.

<sup>700</sup>Eğer davaların birleştirilmesi mümkün olmuyorsa, o zaman bekletici sorun yapılması tercih edilir. Aynı yönde HGK, 20.09.1978, 78-11/961 sayılı kararı, Bkz. Pekcanitez/ Özeker, **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, C.II, s.1410,1411.

<sup>701</sup>Pekcanitez/ Özeker, **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, C.II, s.1416.



Zira, ancak böyle bir durumda, bu iki yargılama faaliyeti arasında bir bağlantı olduğundan söz edilebilecektir. TTK m.439/1'e göre azlığın, mahkemeye başvurabilmesinin bir şartını oluşturan, red kararı, eğer iptal edilirse<sup>702</sup>, azlık, özel denetçi atanması istemini yapamayacaktır. Bu nedenle, eğer genel kurul kararının iptali, özel denetçi isteminin haksızca reddildiği gerekçesi ile açılmışsa bu durumda, kararın sonucunun beklenmesi ve bu sonuca göre hareket edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

## 6. Özel Denetim İstemini Kabul Eden Genel Kurul Kararlarının İptali Sorunu

Diğer bir mesele de, genel kurulda özel denetçi atanması isteminin kabul edilmesi halinde, bu kararın iptalinin mümkün olup olmayacağına ilişkindir. Bu tartışmanın nedenini, genel kurulun seçtiği özel denetçinin, taraflı olabileceği ve ortaklığın çoğunluğuna sahip kişilerle yakın ilişki kurabileceği gerekçeleri oluşturmaktadır<sup>703</sup>. Bu konuda *Eriş*, ortaklık genel kurul kararlarının eTK m.381 çerçevesinde öngörülen koşullar içinde iptalinin istenebileceğini belirtmiştir.

Konu hakkında *Altay*, yeni kanunda, her ne kadar özel denetçinin mahkeme tarafından atanacağı düzenlenmiş olsa da TTK m.438/2, özel denetim yapılması kararının aleyhine oy kullanan ve bu muhalefeti tutanağa geçiren bir başka pay sahibinin, TTK m.446 uyarınca, özel denetim yapılmasına dair kararı iptal ettirebileceğini belirtmiştir. Yazara göre, özel denetim yapılması kararı alınan genel kurul kararının da iptal ettirilebilmesi mümkündür. Zira iptali talep eden pay sahibine göre, özel denetim yapılmasını gerekli kılan koşullar oluşmamıştır. Örneğin, özel denetim isteminde bulunan pay sahibi; daha önceden bilgi alma ya da inceleme hakkını kullanmamış olabilir. Bununla birlikte, denetimin pay sahipliğine ilişkin haklar açısından “gerekliklik” kriterini taşımadığı ya da şirkette alınan kararların, kanuna ya da dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil etmediği de iddia edebilir. İşte bu durumda, genel kurul tarafından özel denetim istemi onaylanmış olsa bile, iptal davası açılmasının önü kapatılmamalıdır. Yazar, ayrıca TTK m.438/2'ye göre açılan özel denetim davasında

<sup>702</sup>Bir çekişmeli yargı işi olan iptal davasının, hukuki niteliğinin inşai olduğunu belirtmiştik. Ortaklığın feshi ve genel kurul kararlarının iptali inşai davadır. Bkz.Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **Medeni Usul Hukuku** (Ders Kitabı), s.259, İptal davası, bozucu bir inşai davadır. Zira iptal davasında, genel kurul kararıyla yaratılan hukuki bir durumun, ortadan kaldırılması talep edilmektedir. Bu nedenle, mahkemenin verdiği iptal kararı, genel kurul kararıyla yaratılan hukuki durumu ortadan kaldıran, inşai bir karardır. Kirca (Şehirali Çelik/Manavgat): **Anonim Şirketler Hukuku**, C.2/2, Ankara, 2016, s.254. Çekişmeli yargıda verilen inşai hükümler, herkesi bağladığı gibi, çekişmesiz yargı hâkimini de bağlar. Bkz. Aras, **Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü**, s.203.

<sup>703</sup>Eriş, **Ticari İşletme ve Şirketler 2**, b.3, s.2038.

hâkimin, özel denetimin yapılmasına ilişkin koşulların oluşup oluşmadığını incelemediğini belirtmiştir. Bu nedenle TTK m.446'da ki koşulları yerine getiren her pay sahibinin, eğer özel denetimin yapılmasına gerek olmadığı şeklinde iddialara sahipse, iptal davası açma hakkının bulunduğunu kabul etmek yerinde olacaktır<sup>704</sup>.

*Altay*, TTK m.446 uyarınca açılan iptal davasının, TTK m.438/2 uyarınca açılacak olan özel denetim davasına engel olmaması gerektiğini belirtmiştir. Zira iptal davası açılması, özel denetimin amacına hâlel getirmemelidir. Bir başka ifadeyle, TTK m.438/2'ye göre açılmış olan bir özel denetim davasında, başka bir pay sahibinin açtığı iptal davası, bekletici mesele yapılmamalıdır<sup>705</sup>. TTK m.438/2'ye göre istenen özel denetimde, hâkim özel denetimin koşullarını incelemediği için, özel denetim süreci işletilmeli ve özel denetim raporu alınmalıdır. Ancak özel denetim raporu alınmadan ve özel denetim raporunun içeriğinin hangi kapsamda taraflara açıklanacağı tespit edilmeden önce, iptal davasının sonucu kesinleşirse ve sonuçta genel kurul kararı iptal edilirse, bu durumda özel denetim davası konusuz kalacaktır.

Şüphesiz bu durumun tersi de mümkündür. Eğer özel denetim davası, iptal davasından önce sonuçlandırılırsa, bu durumda da devam etmekte olan iptal davası konusuz kalacaktır<sup>706</sup>. Yazar her iki davanın birleştirilmesinin düşünülmesi halinde, bu fikrin, özel denetimin amacı ile ters düşeceğini belirtmiştir. Zira hâkim, birleştirilen davaları incelerken ilk önce iptal istemini, daha sonra ise özel denetimin gerekli olup olmadığını incelemek ve daha sonra özel denetimi yürütüp yürütmemek konusunda karar verecektir<sup>707</sup>. Ama bu durum TTK m.438/2'nin açıklığı karşısında uygulanamaz. Zira bu madde uyarınca özel denetim koşulları zaten genel kurulda incelendiği için ayrıca hâkim tarafından da incelenmeyecektir.

Derdest olan bir davanın sonuçlanmasının, başka bir davada bekletici sorun olabilmesi için, bekletici mesele yapılacak davanın, başka bir mahkemede görülmekte olması ve iki dava arasında bağlantının bulunması gerektiği hususunu yukarıda incelemiştik.<sup>708</sup> Özel denetim (inceleme) isteminin oylandığı sırada, özel denetime (incelemeye) gerek olmadığını düşünen bir pay sahibi, eğer bu muhaletifini tutanağa geçirtmişse, özel denetim (inceleme) kararının alındığı, bu genel kurul kararının iptali için, TTK m.446/1(a) uyarınca, iptal davası açabilmelidir. Ancak, şu hususu bir kez daha belirtelim ki, özel denetçi atanması istemine, yapılan genel kurulda, önce olumlu oy verip, daha sonra bu genel kurul kararının iptalini talep

<sup>704</sup>Altay, *Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler*, s.65.

<sup>705</sup>Altay, *Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler*, s.65.

<sup>706</sup>Altay, *Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler*, s.65.

<sup>707</sup>Altay, *Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler*, s.66.

<sup>708</sup>Pekcanitez/ Özkes, *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, C.II, s. 1404.

eden pay sahibinin böyle bir davranışı, hem kanunun açık hükmü karşısında hem de hukuken çelişkili bir davranış oluşturacaktır. Dolayısıyla özel denetim (inceleme) isteminin kabul edildiği bir genel kurul kararına karşı, TTK m.446/1(a) uyarınca, özel denetimin (incelemenin) yapılmasına olumsuz oy veren ve bu muhalefetini tutanağa geçirten pay sahipleri iptal davası açma hakkına sahiptir.

Özel denetim (inceleme) kararının alındığı genel kurul kararı hakkında, iptal davası açılmış olması, özel denetim (inceleme) yapılması usûli talebinin, mahkemeye yöneltilmesine engel oluşturmayacaktır. Bununla birlikte yukarıda, özel denetim (inceleme) isteminin reddedildiği genel kurulda da belirttiğimiz üzere neticede, genel kurul kararının iptali davası ile TTK m.438/2 uyarınca istenecek olan özel denetçi (incelemeci) atanması istemi, birbiriyle bağdaşan usulî talepler değildir. Zira bunlardan genel kurul kararının iptali, çekişmeli yargı faaliyetinin konusuna girerken, TTK m.438/2'deki usulî talep, takibi talebe bağlı bir çekişmesiz yargı faaliyetidir. Bu nedenle bu iki farklı usulî talebin, aynı davada bir araya getirilmesi söz konusu değildir. Bu nedenle burada da derdestlik dava şartının ileri sürülemeyeceği kanaatindeyiz.

Meseleye bekletici sorun bakımından baktığımızda da, kanımızca, eğer özel denetim (inceleme) isteminin kabul edildiği genel kurul kararının iptali, bu istemin haklı olmadığı, bir diğer ifadeyle; şirkete özel denetçi (incelemeci) atanmasını gerektirecek bir durum olmadığı, istemin haksız olduğu vb. iddialarla istenmişse, bu durumda TTK m.438/2 uyarınca mahkeme, özel denetçiyi (incelemeciyi) atamadan önce, iptal davasının neticelendirilmesini bekletici mesele yapabilmelidir<sup>709</sup>.

İptal kararı, inşai niteliği haiz bir karar olduğundan, şayet genel kurul kararı iptal edilirse, genel kurul kararıyla yaratılan bir hukuki durum da ortadan kaldırılmış olacağı için, TTK m.438/2 uyarınca yapılacak olan usulî talebin şartları oluşmadığından, mahkemenin özel denetçiyi (incelemeciyi) atayamayacağı kanaatindeyiz.

<sup>709</sup>İptal davasının, bozucu bir inşai dava olduğu yukarıda ifade edilmişti. İptal davasında, genel kurul kararıyla yaratılan hukuki bir durumun, ortadan kaldırılması talep edilmektedir. Bu nedenle, mahkemenin verdiği iptal kararı, genel kurul kararıyla yaratılan hukuki durumu ortadan kaldıran, inşai bir karardır. Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat): **Anonim Şirketler Hukuku**, C.2/2, Ankara, 2016, s.254. Çekişmeli yargıda verilen inşai hükümler, herkesi bağladığı gibi, çekişmesiz yargı hâkimini de bağlar. Bkz. Aras, **Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü**, s.203.

## 7. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu madde: 437/V'teki Bilgi Alma Davasının Açılmış Olmasının, Özel Denetçi Atanması İsteminde, Derdestlik Olarak İleri Sürülebilir Sürülemediği Sorunu

Özel denetçinin (incelemecinin) atanmasında, bir ön şart niteliğinde olan, daha önceden bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılmış olması gerektiğini yukarıda ifade etmiştik. TTK m.437/5'e göre açılacak olan, bilgi alma ve inceleme davası ile özel denetçi (incelemeci) atanması isteminin, derdestlik dava şartı ileri sürülmek suretiyle birbirini nasıl etkilediği konusu tartışmalı bir husustur. Bir diğer ifadeyle, bilgi alma ve inceleme hakkı ile ilgili derdest bir dava söz konusu iken, bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılmadığı ileri sürülmek suretiyle, özel denetim istemi ile açılan (davanın)<sup>710</sup>, reddedilmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır.

Konu hakkında, **Kaya**, TTK m.439 uyarınca, azlık tarafından özel denetçi atanmasını isteme hakkının, TTK m.438'deki şartlara tabi olmadığını belirtmiştir. Bu nedenle bu istemin yapılabilmesi için azlığa, daha önceden bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılması gerekir, şeklindeki bir ön koşulun ileri sürülemediği kanaatindedir. Yazara göre, TTK m.438'e göre, bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılmış olduğunun kabul edilmesi için genel kurula bu istemin yöneltilmesi yeterlidir. TTK m.437/5'teki dava, hakkın bir unsuru olmayıp, korunması için getirilmiş bir yoldur<sup>711</sup>. Bu nedenle bu davanın (bilgi alma) derdest bir dava olarak ileri sürülerek, özel denetim davasının bu şekilde engellenmemesi gerekmektedir<sup>712</sup>.

<sup>710</sup>Burada dava kavramını parantez içerisinde verdik. Zira kanımızca gerek TTK m.437/5 gerekse TTK m.438/2 ve TTK m.439/1, bir ticari niteliği haiz çekişmesiz yargı işidir. Aynı yönde Bkz. Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku**, s.919; Ayoğlu, **Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim**, s.120, dipnot:265'teki açıklamalar.

<sup>711</sup>**Kaya**, TTK m.437/5'teki bilgi almaya ilişkin dava hakkının, bilgi alma ya da inceleme hakkının bir parçası olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmiştir. Zira pay sahiplerine, bu madde ile verilmiş olan dava hakkı, ilgili maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, bu hakkı kuvvetlendirmek amacı ile getirilmiştir. Bu sebeple, TTK m.438'deki şartlardan biri olan, bilgi alma veya inceleme hakkının daha önceden kullanılmış olması ile kast edilenin, bu haklara ilişkin istemlerin genel kurulda kullanılması olduğunun altını çizmiştir. Bir başka ifadeyle, yazar bu hakkın kullanılmış sayılması için ayrıca bilgi alma davası açılmasına ve açılan bu davanın sonucunun beklenmesine gerek olmadığını belirtmiştir. Zaten bilgi alma hakkının kullanılmış olduğu TTK m.422'de düzenlenen genel kurul tutanağı ile ispatlanabilecektir. Nitekim, ilgili maddenin birinci fıkrasında tutanağın; pay sahiplerini veya temsilcilerini ve bunların sahip oldukları payları, ..., genel kurulda sorulan soruları, verilen cevapları,...şeklinde dir. Dolayısıyla yazar, genel kurul tutanağından, pay sahibinin bilgi verme yükümlülerine sorular sorduğunun anlaşılması halinde, bilgi alma hakkını kullanmış olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Aksi halde özel denetim kurumu amacına ulaşamayacaktır. Eğer pay sahibine, önce bilgi alma davası açması ve bu davanın sonucunu beklemesi gerektiği daha sonra özel denetim isteminde bulunabileceği gibi bir süreç (prosedür) dayatılırsa, bilgi alma davasının uzun sürebilmesi ihtimali dikkate alındığında, özel denetim isteminin de bu süreçten etkileneceği görülecektir ve erteleneceği görülecektir. Ayrıca şirketin, pay sahibinin şüphe duyduğu hususlar hakkındaki delilleri, bu süreç içerisinde ortadan kaldırabileceği ihtimali de, bu davalardan birinin diğerinin bekletici meselesi yapılmasının hiçbir fayda sağlamayacağını göstermektedir.

Derdestlik dava şartının ileri sürülebilmesi için; davanın konusunun, taraflarının ve taleplerin aynı olması gerekirken, bu (davalarda) farklılıklar söz konusudur. Zira TTK m.437/5'e dayalı istem, davalı şirket organlarının, maddede öngörüldüğü şekliyle, bilgi vermelerine ya da inceleme olanağı tanımalarına ilişkinken, TTK m.439'a dayalı istem, belirtilen konuların, konusunda uzman ve bağımsız olan, özel denetçiler tarafından incelenerek, varılan neticelerin bir rapor olarak hazırlanmasına ilişkindir. Buradan, her iki davada elde edilen menfaatlerin ayrı olduğu görülmektedir. TTK m.437/5'e göre açılan dava sonucunda verilen mahkeme kararı; şirket organlarının, esasları belirtilen şekilde, bilgiyi pay sahiplerinin incelemesine izin vermesine ilişkindir<sup>713</sup>.

Burada elde edilecek olan bilginin kaynağını, mahkeme tarafından atanan uzman/uzmanlar oluşturmamaktadır<sup>714</sup>. Burada bilginin kaynağı şirketin organlarının kendisidir. Oysa yukarıda da belirttiğimiz üzere TTK m.439 ve TTK m.438 uyarınca elde edilen bilgilerin kaynağı, mahkeme tarafından atanan özel denetçi (incelemeci) ya da

---

Yazara göre bu durum, hakkı işlemez hale getirebilecektir.(Bkz. Kaya, “Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi”, **Batider**, s.73-74).

<sup>712</sup>Kaya, “Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi”, **Batider**, s.81., **Kuru**, TTK m.437/5'in ve TTK m.614/3'ün de çekişmesiz bir yargı işi olduğu görüşündedir. Bkz. Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku**, s.919,924.Derdestlik, çekişmesiz yargıda da bir dava engeli oluşturmaktadır. Aynı konunun birden fazla mahkeme önünde derdest olması ve bunların hepsinin yetkili olması durumunda, dosya, talebin kendisine ilk olarak yapıldığı mahkemeye gönderilir. Bkz. Murat Atalı, “Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı”, **Medeni Usûl ve İcra- İflâs Hukukçuları Toplantısı- IV, Medeni Usûl Hukukunda Çekişmesiz Yargı**, Ankara, 30.09-11.10.2005, TBB, 2006, (s.50-105), s.85.

<sup>713</sup>Bilgi alma hakkına dayalı TTK m.437/5'te düzenlenen bilgi alma davasında kanunkoyucu, bilgi alma hakkı; haksız olarak reddedilen, ertelenen ya da cevapsız bırakılan pay sahibinin, reddi izleyen on gün içerisinde bilgi alma davası açabileceğini düzenlemiştir. Böylece, pay sahibinin, bilgi alma ve inceleme hakkını ihlal eden yönetim kurulu kararına karşı, hakkın yerine getirilmesini sağlayan bir eda davası açılmış olmaktadır. Kaya, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı**, s.323, Seda Ulaş Kısa, “Anonim Ortaklıkta Yaşanan Çıkar Çatışmasının Azınlıkta Kalanlara Zarar Vermemesi için Öngörülen Önleyici Hukuki Araçlar”, **Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan**, C.I, Beta, İstanbul, 2003, (s.507-536)-521; **Atalay**, burada maddi hukukun, anonim şirketin, pay sahibine tanıdığı, olumlu bir talep hakkının, şirket tarafından reddedilmesi ya da ihlal edilmesi halinde, bu hakkın, tanınması veya kullandırılması amacıyla, şirketin bir şey yapmaya mahkûm edilmesi talebiyle açılan bir davanın söz konusu olduğunu, bu davaya bilgi alma davası denildiğini belirtmiştir. Davanın kabul edilmesi ile davalı şirket, mahkeme tarafından, istenilen bilginin verilmesine, şirketle ilgili bilgi ve belgelerin pay sahibine verilmesine mahkûm edilmektedir. Bu nedenle verilen karar, davalının bir şey yapmaya mahkûm edildiği bir eda hükmü niteliğini haizdir. **Atalay**, bilgi alma ve inceleme haklarının kullandırılması ile ilgili talebin, bir delil tespiti talebi olmadığını belirtmiştir. Zira ortada somut bir vakia iddiası bulunmuyorken, delilden ve onun dava öncesi tespitinden söz etmek uygun değildir. Bkz. **Atalay**, **Anonim Şirketlerde Bilgi Alma Ve İnceleme Haklarının Mahkeme Aracılığıyla Kullanılması**, s.64-65., Aksi yönde Bkz. **Kuru**, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku**, s.919. **Kuru**, TTK m.437/5'in hukuki niteliğinin, çekişmesiz yargı işi olduğunu belirtmiştir.

<sup>714</sup>Bilgi almak amacıyla mahkemeye müracaat etme imkânı, aslında bilgi alma ve ortaklığın defterleri ile muhaberatını hâkim aracılığıyla incelemeyi sağlama hakkıdır. Bu açıdan baktığımızda pay sahibi bu davanın bilgi alma alacaklısı olup, dava sonucunda bilgi vermeye borçlu olan da anonim ortaklıktır. Bu dava ile hâkim anonim ortaklığı bilgi teminine veya bilgi vermeye aracılık etmeye mahkûm etmektedir. Bizim için önemli olan ve bilgi alma davasını özel denetim davasından ayıran en önemli fark, bilgi alma davasında hâkim kararında; talebin haksız olarak reddedilmiş olduğuna ilişkin bir tespit hükmü ile yetinmeyip aynı zamanda şirketi bir yapma yükümlülüğüne de mahkûm etmektedir. Kaya, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı**, s.323.

denetçilerdir (inceleyicilerdir). Bu denetçiler (inceleyiciler), kanuna uygun olarak yaptıkları inceleme sonucunu, bir rapor olarak sunacaktırlar. Bu raporu hazırlayan özel denetçinin (incelemecinin) uzman olmasının yanı sıra bağımsız olmasının da aranması ve bunun kanunda ayrıca düzenlenmiş olması, hazırlanan rapora duyulan güveni arttırmaktadır. Zira bu rapor, şirkete bağlı olmayan üçüncü kişiler (tüzel ya da gerçek kişiler) tarafından hazırlanmış olduğu için çok daha objektif olacaktır.

**Kaya**, bilgi alma davası sonucunda, şirket organlarınca verilen bilgilerin, sorulan sorulara verilen cevapların ve müsaade ettikleri incelemenin ne kadar doğru, tarafsız ve objektif olduğu konusunun tartışmalı olduğunu belirtmiştir. Ayrıca TTK m.437/5'e göre açılan dava sonucu elde edilen ilamın aynen icrası mümkün değildir<sup>715</sup>. Bu nedenle şirket organları tarafından talebin reddedilmesi halinde, pay sahibi bu yolla hiçbir menfaat elde edememiş olacaktır. Bu nedenle, her iki dava birbirinden tamamen farklı olup, değişik amaçlara hizmet etmektedir<sup>716</sup>.

Kanımızca TTK m.437/5'te düzenlenen bilginin mahkeme aracılığıyla sağlanması hakkı ile TTK m. 438/2 ile TTK m.439/1 bir çekişmesiz yargı işidir. TTK m.437/5'te mahkemenin vermiş olduğu karar, aynen icrası mümkün olan bir ilam değildir<sup>717</sup>. Bu nedenle bunun da bir çekişmesiz yargı işi olduğu kanaatindeyiz. Her iki çekişmesiz yargı işi arasında derdestlik (dava) şartı yönünden bir ilişki söz konusu değildir. Derdestlikte de, her iki davanın aynı olduğunun söylenebilmesi için, maddi manada kesin hükümde olduğu gibi; her iki davanın taraflarının aynı olması, dava konusunun ve sebebinin aynı olması gerekir.

Derdestlikte, dava sebebinin aynı olmasından anlaşılması gereken, hukuki sebepler değil, davanın dayanağını oluşturan vakıalardır<sup>718</sup>. Özel denetçi (incelemeci) atanmasını gerektiren vakıalarla, TTK m.437/5 uyarınca bilgi alma hakkının mahkeme aracılığıyla sağlanmasını sağlayan vakıalar birbirlerinden farklıdır. Bir diğer ifadeyle, pay sahipleri TTK m.437/5'e; genel kurulda bilgi alma ya da inceleme istemlerinin cevapsız bırakılması, haksızca reddedilmesi, ertelenmesi ya da hiç verilmemesi gerekçesiyle başvurmaktadır.

Burada pay sahipleri mahkemeye, bilgiye mahkeme aracılığıyla ulaşmak için başvurmaktadır. Özel denetçi (incelemeci) atanmasında ise, eğer TTK m.438/2 uyarınca

<sup>715</sup>TTK m.437/5'te düzenlenen, mahkemeden bilgi alma isteminin çekişmesiz yargı işi olduğu konusunda Bkz. Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku**, s.924.

<sup>716</sup>Kaya, "Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi", **Batider**, s.82.

<sup>717</sup>Kaya, "Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi", **Batider**, s.82.

<sup>718</sup>Pekcanitez/ **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, C.II, s.1183, dipnot:149'daki, Yargıtay, 9. HD, 27.03.2012, 10252/10066 sayılı yayınlanmamış kararı.

başvuru yapılacaksa, zaten genel kurulda bu istem kabul edildiği için, hâkim özel denetçi (incelemeci) atayacaktır. Eğer TTK m.439/1'e göre özel denetçi (incelemeci) atanması isteniyorsa, burada yukarıda ayrıntılı bir şekilde incelediğimiz üzere, azlığın, kurucuların veya şirket organlarının, kanunu ya da esas sözleşmeyi ihlal ederek, şirketi ve pay sahiplerini zarara uğrattıklarını ikna edici bir şekilde ortaya koyması bir diğer ifadeyle, iddialarını yaklaşık ispat ölçüsü ile ispat etmesi halinde özel denetçi (incelemeci) atanacaktır. Her iki çekişmesiz yargı işininde; sebeplerinin, konularının ve ilgililerinin aynı olmadığı dikkate alındığında, burada derdestliğin söz konusu olamayacağı kanaatindeyiz<sup>719</sup>.

---

<sup>719</sup>Benzer bir tartışma TTK m.399/6'da, bağımsız denetçinin atanması hususunda da yapılmıştır. Burada istenilenin esasen, ilgililerin korunması amacıyla çekişmesiz yargıda verilen geçici hukuki koruma olduğunu belirten **Demirkapı/Meriç**, genel kurulun iptali davası ile TTK m.399/6 uyarınca, denetçi atanması taleplerinin, birbirleriyle bağdaşan talepler olmadıklarını belirtmişlerdir. Yazarlar, genel kurulun iptalinin çekişmeli yargı faaliyeti olduğunu, oysa TTK m.399/6'da denetçinin mahkeme tarafından atanması isteminin ise çekişmesiz yargı alanına girdiğini ifade etmişlerdir. Bu nedenle, yazarlara göre iki talebin aynı davada, kural olarak bir araya gelmesi mümkün değildir. Bkz. Demirkapı/Meriç, **Anonim Şirkette Denetçinin Değiştirilmesi Davasının Azınlık Tarafından Açılması Halinde Usul Hukukuna İlişkin Sorunlar**, s.40,42. TTK m.399/6'nın çekişmesiz yargı işi olduğu hususunda Bkz. Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku**, s.924.

## İKİNCİ BÖLÜM

### ÖZEL DENETİMİN KONUSU, ÖZEL DENETÇİNİN ATANMASI, ATAMANIN SONUÇLARI, ÖZEL DENETİM RAPORU

#### I. Özel Denetimin Konusunun Belirlenmesi

İsviçre Hukuku'nda özel denetimin, vekâlet'e ilişkin kurallardan esinlendiği belirtilmiştir. Böyle olmakla beraber, özel denetimin konusunu belirlemek, denetimin konusunu ve içeriğinin limitini saptamak hâkime aittir. Zira, eğer özel denetimin konusunu ve çerçevesini şirket belirlese bu durumda özel denetim amacına ulaşamaz<sup>720</sup>. Hâkim, TTK m.440/1 uyarınca özel denetim istemine ilişkin tüm şartların sağlanmış olduğunu tespit ettikten sonra anonim ortaklığı ve istem sahiplerini davet ederek konu hakkındaki görüşlerini dinlemek zorundadır<sup>721</sup>.

Şüphesiz, ne ortaklık ne de pay sahipleri özel denetçiye direktif veremeyecektir. Ancak bu kişilerin konu hakkındaki önerilerinin alınması da önemlidir. Bu konuda gerekçede de mahkemenin karar vermeden önce dilekçe sahiplerini dinlemek zorunda olduğu ve bütün maddi ve şekli şartları araması gerektiği belirtilmiştir. Kanunda ifade edilen ikna edici olma unsurunun burada değerlendirileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla hâkim mesleki bilgi ve tecrübesine göre özel denetimin yapılmasına gerek olup olmadığına kanaat getirirken tarafları dinleyerek “ikna edici” olma şartını sağlayıp sağlamadıklarını anlamaya çalışacaktır<sup>722</sup>.

Nitekim TTK m.440/II uyarınca, mahkemenin özel denetim istemini uygun bulması halinde dilekçe sahiplerinin istemleri doğrultusunda inceleme konusunu belirleyerek bir ya da birden fazla bağımsız uzmanı (özel denetçiyi) görevlendirebileceğini düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde de mahkemenin istemi uygun bulması halinde istem çerçevesinde özel denetim konusunu belirleyeceği ifade edilmiştir<sup>723</sup>. Hâkim özel denetimin konusunu denetçiyi

---

<sup>720</sup>Killias/Bertholet, s.256.

<sup>721</sup>Narbay, **Özel Denetim**, s.321.,Özel denetim isteminin gerek TTK m.438/2, gerekse de TTK m.439/2'de takibi talebe bağlı nizasız kaza (çekişmesiz yargı) işi olduğu tespit edilmiştir. Bu durumda mahkeme, yargılama konusunun belirlenmesi bakımından yapılan taleple bağlı olup, talepten fazlasına ya da talep edilenden farklı bir şeye karar veremeyecektir. Kuru, **Nizasız Kaza**, s.156.

<sup>722</sup>Bkz. (TTK m.440/1)'in Gerekçesi, s.213.

<sup>723</sup>TTK m.440/II'nin Gerekçesi, s.213., Narbay, **Özel Denetim**, s.321.,Dilekçe sahiplerinin, özel denetçi atanması için mahkemeye yaptıkları istem genel kurul kararına dayanıyorsa, bir diğer ifadeyle genel kurul özel denetim istemini kabul etmişse, bu durumda mahkeme genel kurula yapılan başvuruya göre, genel kurul bu istemi reddetmişse de bilgi alma ya da inceleme hakkına dayanarak özel denetçinin görevini belirlemelidir.



atamadan evvel tespit etmelidir. Zira konunun tespit edilmesi atanacak olan özel denetçinin de buna göre belirlenmesini ve böylece konu hakkında bilgi sahibi olan kişi ya da kişilerin daha sağlıklı ve güvenilir bir araştırma yapılabilmesi sağlanacaktır<sup>724</sup>. TTK m.440/II uyarınca mahkemenin kararı kesindir. Bu karara karşı üst mahkemesine başvuru yolunu (istinaf kanun yoluna) İsviçre Hukuku'nun tersine kapalıdır. Temyiz kanun yolu uzun süren bir yol olduğu için özel denetim kurumunun işleyişini oldukça zorlaştıracığı için uygun görülmemiştir<sup>725</sup>.

## II. Özel Denetçinin Atanması

Türk Hukuku'nda TTK m. 440'da, İsviçre Hukuku'nda ise CO Art.697c'de özel denetçinin atanması düzenlenmiştir. TTK m. 440/1, CO Art.697c/1'de; hâkimin şirketi ve genel kurulda özel denetim isteyen pay sahiplerini dinledikten sonra kararını vereceği düzenlenmiştir<sup>726</sup>. CO Art.697a ve CO Art.697b'de öngörülen kurallara ek olarak CO Art.697c, usule ilişkin bazı ilave kuralları göstermektedir. Burada dinlenilme hakkı, özellikle de şirketin dinlenilme hakkı söz konusudur. Bu hak hâkimin, özel denetimin konusu ve özel denetçinin kim olacağı kararına etki eden bir durumdur<sup>727</sup>. CO Art. 697c/I'de şirketin ve genel kurulda özel denetim isteminde bulunanların hukuki dinlenilme hakkından söz edilmektedir. İsviçre'de özel denetim isteminde bulunan kişi ya da kişilerin hâkim önündeki sürece davacı (*demandeur*) ya da fer'i müdahil (*intervenant accessoire*) olarak katılabilmeleri mümkündür<sup>728</sup>.

Ancak dinlenilme hakkının kapsamı genel kurulda özel denetim lehine karar verilmesi ya da aleyhe karar verilmesine göre farklıdır<sup>729</sup>. Eğer genel kurul özel denetim istemini kabul ederse şirket sadece özel denetçi tarafından dinlenilmek zorundadır. Diğer bir deyişle, hâkim tarafından dinlenilmesi gerekmemektedir<sup>730</sup>. Buna karşın, genel kurulda özel denetimin kabul edilmemesi halinde şirket taraf olma sıfatını kullanarak kanundan ileri gelen tüm hukuki

---

Dolayısıyla özel denetçinin mahkemenin tespit ederek sınırlarını belirlemiş olduğu görev konusunun dışına çıkacak bir inceleme yapması mümkün değildir. (Bkz. Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, s.514).

<sup>724</sup>Aynı yönde (Bkz. Narbay, **Özel Denetim**, s.322). Hâkim, denetim konusunda kendisini ispat eden ve özel denetim yapılmak üzere belirlenen konu hakkında bilgisi olan bir uzmanı görevlendirecektir. Ancak denetçinin, konuya hâkim olması yeterli olup özel yeteneklere de sahip olması gerekmemektedir. Ancak genel olarak istediği şeyleri kabul ettirebilme gibi bir özelliği olması da arzu edilmektedir.

<sup>725</sup>Narbay, **Özel Denetim**, s.323.

<sup>726</sup>Killias/Bertholet, s.256.

<sup>727</sup>(**Commentaire Romand**), s.961, N.1.

<sup>728</sup>Casutt, 84; Frank/ Sträuli/ Messmer; Kommentar, N.1b ad § 204, (**Commentaire Romand**), s.961, N.2.

<sup>729</sup>Pauli, 139, (**Commentaire Romand**), s.961, N.3.

<sup>730</sup>SairGroup, ZR 2002, 35; Pauli, 139, (**Commentaire Romand**), s.961, N.3.

imkânlarını kullanabilir. Bu durumda şirket hukuki dinlenilme hakkını sınırsız bir şekilde kullanacaktır<sup>731</sup>.

Her ne kadar İsviçre’de açıkça düzenlenmemiş olsa da davacının (pay sahipleri) da hukuki dinlenilme hakkı bulunmaktadır. Zira hukuki dinlenilme hakkı anayasal bir haktır Cst. 29/II<sup>732</sup>. Diğer pay sahipleri de gerektiğinde dava sürecine tanık (*témoins*) olarak katılabilirler<sup>733</sup>. TTK m. 440/2, CO Art.697c/II’de, hâkimin dilekçeyi kabul etmesi halinde bağımsız bir uzmanı özel denetimi yürütmesi için görevlendireceği belirtilmiştir. Hâkim dilekçede belirtilenlere göre özel denetimin sınırlarını belirleyecektir. Görüldüğü üzere bu fıkroda hâkim özel denetimin konusunun sınırlarını belirlemekle yükümlü tutulmuştur. Bu belirlemenin özel denetçi atanmadan önce yapılması gereklidir. Zira özel denetçinin seçimini yaparken hâkimin sınırlarını belirlediği ve özel denetim yapılması için incelenmesi istenilen konuda o atanacak kişinin bilgi sahibi olması gereklidir<sup>734</sup>. Özel denetimin konusu dilekçeye riayet edilmek suretiyle belirlenmelidir. Bu kural “*ne eat iudex ultra petita*<sup>735</sup> prensipine” uygundur<sup>736</sup>. Hâkime yapılan istem genel kurulda özel denetim yapılması için önerilen istemden fazla olmamalıdır. (materyalin ikincilliği/ *subsidiarité matérielle*)<sup>737</sup>.

TTK m. 440/2, CO Art.697/II’ye göre, hâkim konusunda yetkin (*compétent*) ve bağımsız (*indépendant*) özel denetçiler atamalıdır. Özel denetçinin şirket tarafından değil, hâkim tarafından atanması ile amaçlanan özel denetçinin görevini doğru şekilde yapabilmesini sağlayacak olan yetkinliğin ve bağımsızlığın güvence altına alınmasıdır<sup>738</sup>.

### III. Özel Denetçi/Denetçilerin Nitelikleri

Özel denetçi olarak atanacak kişi öncelikle iyi bir özel denetim süreci yürütebilme konusunda uzman olmalıdır. Özel denetçinin sahip olması istenilen nitelikler özel denetimin konusuna da bağlıdır. Zira hâkim öncelikli olarak özel denetimin neler hakkında olacağını

<sup>731</sup>Pauli,140; Killias/Bertholet, s.255, (**Commentaire Romand**), s.961, N.3.

<sup>732</sup>Frank/ Sträuli/Messmer, Ergänzungsband, N.1 ad § 56; Hohl, N.887; Vogel/Spühler, 117, (**Commentaire Romand**), s.961, N.3.

<sup>733</sup> Bu durum ancak kantonların hukuklarının müsaade ettiği hallerde uygulanabilir. Böckli, §16 N.52; Pauli, 140, (**Commentaire Romand**), s.961, N.3.

<sup>734</sup>BaK- Weber, N.5; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 35 N.58s., (**Commentaire Romand**), s.961, N.4.

<sup>735</sup>*Ultra Petita* taleple bağlılık ilkesidir.

<sup>736</sup>Böckli, § 16 N.55, (**Commentaire Romand**), s.961, N.4.

<sup>737</sup>(**Commentaire Romand**), s.961, N.4.

<sup>738</sup>Message 1983, 856; Killias/Bertholet, s.256., (**Commentaire Romand**), s.961, N.5.

(içeriğini) ve bunun sınırı hakkında karar verir<sup>739</sup>. Bu uzmanlığın genel olarak şirket yönetimine ya da ekonomisine ilişkin olması beklenir<sup>740</sup>.

Her ne kadar kanunda bir uzmanın atanacağı belirtilmiş olsa da spesifik (özel) bir ihtisas zorunlu değildir. Ama yukarıda da belirttiğimiz üzere şirket yönetimi ile ilgili az da olsa bilgili olmak, ekonominin ve hukukun genel prensipleri hakkında da bilgiye sahip olmak gereklidir<sup>741</sup>. Bu durumda özel denetçi olarak atanabilecek kişiler; avukatlar, hesap uzmanları, mali müşavirler, yeminli mali müşavirler (YMM), üniversite hocaları, şirket danışmanları ya da mühendisleri sayılabilir<sup>742</sup>. Özel denetçi dava konusu bilginin ne olduğunu ortaya koyacak özelliğe sahiptir. Özel denetçi incelemesi sonucu elde ettiği bu bilgileri pay sahipleri için raporuna yazar<sup>743</sup>. Hâkim özel denetçiyi atarken pay sahiplerinin dava dilekçesindeki istemlerini göz önünde bulunduracaktır. Ancak onların her dediğini göz önünde bulundurmamak zorunluluğu da yoktur<sup>744</sup>.

İkinci olarak, özel denetçinin özel denetime konu şirketten bağımsız olması gerekmektedir<sup>745</sup>. Bu koşul özel denetçi açısından kesin ve sıkı bir koşuldur. Aynı koşul bağımsız denetçi açısından da (CO Art. 726) geçerlidir<sup>746</sup>. Özel denetçinin görevi bağımsızca ifa etmesinin tanımı; başkalarından talimat almayacağı şeklinde yapılmıştır<sup>747</sup>. Bu bağımsızlık herkese karşı olmalıdır. Özel denetçi, şirkete özellikle yönetim kuruluna ve onun talimatlarına karşı, aynı gruba ait başka şirketlere karşı, denetim makamına karşı (bağımsız denetim yapan kişi ya da şirketlere) ve pay sahiplerine karşı bağımsız olmalıdır<sup>748</sup>.

Bunun dışında özel denetçinin inceleyeceği şirkette pay sahibi olmaması gerekir. Zira özel denetçi olarak şirkete atandığında diğer pay sahiplerine nazaran şirket hakkında özel denetim yaptığı konu hakkında çok daha fazla bilgiye sahip olacaktır. Bu durumda pay

<sup>739</sup>Killias/Bertholet, s.257.

<sup>740</sup>Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 35 N.54; BaK-Weber, N.7, (**Commentaire Romand**), s.962, N.5.

<sup>741</sup>Killias/Bertholet, s.257.

<sup>742</sup>Killias/Bertholet, s.257.

<sup>743</sup>Pauli, 22, (**Commentaire Romand**), s.962, N.5.

<sup>744</sup>BaK-Weber, N.7; SairGroup, ZR 2002, 35s; Gabrielli, 122, (**Commentaire Romand**), s.962, N.5.

<sup>745</sup>Killias/Bertholet, s.257. Özel denetçi AO'nun organı olmadığı gibi kamusal bir görev de üstlenmemektedir. Aday, **Anonim Şirkette Özel Denetçi**, s.43.

<sup>746</sup>BaK-Weber, N.8; Böckli § 16 N. 58, (**Commentaire Romand**), s.962, N.5.

<sup>747</sup>BaK-Weber, N.8, (**Commentaire Romand**), s.962, N.5.

<sup>748</sup>Pauli,168; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 35 N.56; BaK-Weber, N.8; Casutt, 130, (**Commentaire Romand**), s.962, N.5., Yani özel denetçi mali denetim yapacak olan bağımsız denetçiye karşı, Yönetim Kuruluna karşı ve pay sahiplerine karşı da bağımsız olmalıdır. Özel denetçi bunların talimatları doğrultusunda hareket etmemelidir.

sahipleri arasındaki eşit işlem ilkesine aykırılık oluşturur<sup>749</sup>. Bununla birlikte özel denetçi inceleyeceği şirkette işçi ya da şirkete bağımlı bir kişi de (şirketin vekili) de olmamalıdır. Ayrıca şirkette önemli bir pay sahibi olamayacağı gibi, şirkette yönetim kurulu ile ilgisi veya denetim organı ile de ilgisinin bulunmaması gerekir<sup>750</sup>.

Özel denetçinin bağımsız olması gerektiğinden, özel denetimin konusu uzmanlık alanına giren pay sahiplerinden biri ya da birkaçının da özel denetçi olarak atanmaması gerekir. Bununla beraber menfaat çatışması sebebiyle şirketin halen görev başında olan denetçisi ya da şirkette bağımsız denetim faaliyetini gerçekleştiren bağımsız denetçi ya da denetçilerinde (bağımsız denetleme kuruluşunun) da özel denetçi olamayacağını belirtelim<sup>751</sup>.

TTK 440/2, CO Art.697c/III'de hâkimin birden fazla uzmanı (özel denetçiyi) atayabileceği hususu düzenlenmiştir. Bu durum tek bir özel denetçinin özel denetimin yürütmede yeterli bilgiye sahip olmadığı durumlarda zorunluluk arz eder. Tek bir özel denetçi kendisine verilen uygun süre içerisinde işleri yürütmeye yetişemiyorsa bu durumda yanına başka özel denetçiler de verilebilir<sup>752</sup>. Hâkim her zaman ek (*supplementaire*) özel denetçi atayabilir<sup>753</sup>. Özel denetim birden fazla özel denetçi ile birlikte yapılabilir ve hâkim yukarıda da belirttiğimiz üzere duruma göre her zaman ek özel denetçilerde atayabilir. Bundan başka kanunda açıkça belirtilmemiş olsa da özel denetçi bir tüzel kişi (*personne morale*)<sup>754</sup> ya da bir gerçek kişi olabilir<sup>755</sup>. Birden fazla özel denetçi atanması yararlıdır. Zira şirkette incelenecek ve farklı uzmanlık alanı gerektirecek çok çeşitli alanlar bulunmaktadır.

Özel denetim yapan şirketler farklı uzmanlık alanlarında olabilirler. Karmaşık bir özel denetim söz konusu olduğunda bu tarz şirketler sorunların çözümünde oldukça faydalı olacaklardır. Zira özel denetimin başarılı bir şekilde sonuçlanması için özel denetçinin eksiksiz

<sup>749</sup>(**Commentaire Romand**), s.962, N.5., Özel denetçi olarak atanacak kişilerin AO ile doğrudan ya da dolaylı olarak bağlantıları olmaması gerekir. (Çelik, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi Tayini**, s.99, dipnot:75); Merih Kemal Omağ, “Anonim Şirketler Hukukunda Eşit İşlem İlkesi”**Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 1986, C.I., S.I, s. 3.

<sup>750</sup>Killias/Bertholet, s.257.

<sup>751</sup>Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, s.514.

<sup>752</sup>BaK-Weber, N.9, (**Commentaire Romand**), s.962, N.6.

<sup>753</sup>Killias/Bertholet, s. 257, (**Commentaire Romand**), s.962, N.6.

<sup>754</sup>**Pulaşlı**, denetime tabii olan AO'ları denetlemek için sermaye şirketi olarak kurulmuş olan ve bağımsız denetim yapmak üzere yetkilendirilen bir sermaye şirketinin TTK m.404/3 özel denetçi olarak atanabileceğini belirtmiştir. Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, s.514.

<sup>755</sup>Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel,§ 35 N.55; Bak-Weber, N.9; Casutt, 132, (**Commentaire Romand**), s.962, N.6., Killias/Bertholet, s.257.

ve konusunda bilgili olması mühimdir. Bu durumda hâkim konusunda uzman bir şirketi atayarak özel denetimin amacına ulaşmasını kolaylaştırmış olur<sup>756</sup>.

Özel denetçinin bir şirket olduğu varsayımında incelemeyi yapan şirketin, bir yandan inceleyeceği şirkete karşı öbür yandan incelemeyi yapacak olan özel denetçilere karşı yeterince bağımsız olduğu hususunda güven sağlaması gerekir. Ancak bağımsız denetim yapan şirket denetçileri hiç bir koşulda özel denetçi olarak aynı şirkete atanamazlar<sup>757</sup>. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere özel denetçi tamamen bağımsız olmalı ve bu bağımsızlık sadece taraflara karşı değil şirket denetçilerine karşı da olmalıdır. Özel denetim süresince özel denetçi ile hâkim arasında her zaman bir bağlantı vardır. Bu nedenle özel denetçi kendisine incelemesi gerekli belge ve bilgilerin elde edebilmek için hâkimin müdahalesini isteyebilecektir<sup>758</sup>.

Yukarıda daha önce belirttiğimiz gibi her ne kadar özel denetçi hâkim tarafından atansa da, özel denetçinin bu atamayı kabul etmesi ve sözleşme yapması zorunlu değildir. Özel denetçiye bu hususu düşünmesi için kısa bir düşünme süresi verilir (*délai de réflexion*) ve incelenecek hususta gerekli niteliklere sahip olup olmadığına karar verilir. Özel denetçinin inceleme görevi, kabul ile başlar. Bununla birlikte özel denetçinin görevi zımnen kabulü de mümkündür<sup>759</sup>.

#### IV. Özel Denetimin İcrası

Özel denetim pay sahiplerinin haklarını etkili bir şekilde icra edebilmeleri için yararlı bir süre içerisinde gerçekleştirilmelidir<sup>760</sup>. Bu konuda İsviçre Kanun Tasarısı (AP-CO) terminolojik bir değişikliğe giderek CO Art.697d/I'deki (*un délai utile*) ibaresi yerine (*un délai raisonnable*) terimini kullanmıştır. İsviçre Kanunkoyucusu özel denetimin uygun bir süre içerisinde gerçekleştirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Zira özel denetim, pay sahiplerinin açacağı sorumluluk davası ya da haklı sebeple fesih davasında bir etap olarak görülmektedir. Dolayısıyla özel denetim incelemesi, şirketin pay sahiplerine verebileceği zararları

<sup>756</sup>Killias/Bertholet, s.257.

<sup>757</sup>Böckli, § 16, N.58, (Narbay, **Özel Denetim**, s.322, den naklen).

<sup>758</sup>Killias/Bertholet, s.258.

<sup>759</sup>Killias/Bertholet, s.257.

<sup>760</sup>Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 35 N.68, (**Commentaire Romand**), s.964, N.5., Özel denetimin faydalı bir süre (*Innert nützlicher Frist*) zarfında yapılması gerekir. Özkan, “**Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Özel Denetçi Atanması**”, s.42.

engellemek için hızlı bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekir. Bu süreci uzatacak olan her türlü şey özel denetim müessesesinin amacını gerçekleştirebilmesinden uzaklaştıracaktır<sup>761</sup>.

Türk Hukuku'nda bu husus TTK m.441/I'de özel denetimin amaca yararlı bir süre içerisinde ve şirket işlerini gereksiz yere aksatmadan yapılacağı şeklinde düzenlenmiştir. Bu konuda gerekçe yararlı süre ibaresinin açıklamaya muhtaç olduğunu belirtmiştir. Zira yararlı süreden maksat makul süre değildir. Ancak kanunumuzdaki bu ibare İsviçre'de (mehaz kanunda) olduğu gibi bilinçli kullanılmıştır. Özel denetimin pay sahipliğine ilişkin hakların kullanılması ile ilgili bağlantısından dolayı bu inceleme faaliyeti amaca yararlı bir sürede sonlandırılmalı ve aynı süre içerisinde rapor verilmelidir.

Zira özel denetim raporunun gecikmesi bu kurumdan beklenen faydanın alınmamasına neden olacaktır. Dolayısıyla kanundaki yaralı süreden anlaşılması gereken amaca uygun süre içerisinde incelemenin sonuçlandırılmasıdır<sup>762</sup>. İsviçre'de bu süre hazırlanan raporun bir sonraki olağan genel kurula sunulması olarak belirlenmiştir<sup>763</sup>. Şüphesiz ki özel denetim süresi mantıksal olarak aydınlatılması istenilen işin niteliğine, takdim edilen belgelere, işin karmaşıklığına bağlı olarak birkaç hafta ya da en fazla bir yıl arasında değişebilir. Duruma göre hâkim özel denetimin gerçekleştirilmesi için kesin bir süre tespit de edebilir<sup>764</sup>. Bundan başka CO Art.697d/I'e göre özel denetçi şirket işlerini boş yere (gereksiz) aksatmamalı ve şirkete zarar vermemelidir<sup>765</sup>.

Kanımızca “özel denetim için kesin bir süre belirlemek yerine sürenin üst limitini koymak ve bu sürecin fazla uzamamasını sağlamak daha yerinde olur. Bu nedenle özel denetim en fazla bir yıl sürebilir ya da bir sonraki olağan genel kurula kadar hazır olmalıdır” şeklindeki bir hükmün TTK m.441/I'e eklenebilecektir. Ancak özel denetimin kanunda öngörülen süreden daha fazla sürmesini haklı kılan nedenler varsa sürenin uzatılması taraflar açısından hak kaybına neden olmayacaksa hâkimden ek süre vermesi istenebilmelidir. Aksi halde özel denetimden beklenen verim alınmayabilir.

Eğer özel denetim uzun sürerse şirketin kredi alması ya da almış olduğu kredinin özel denetim aşamasında olduğu için kesilmesi gibi bir durum söz konusu olabilir. Şirkete

<sup>761</sup>**Rapport explicatif relatif à la modification du code des obligations (Droit de la Société Anonyme)**, s.110, <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/vn-ber-f.pdf>.

<sup>762</sup>(TTK m.441/I)'in gerekçesi, s.213.

<sup>763</sup>Killias/Bertholet, s.258.

<sup>764</sup>Killias/Bertholet, s.258.

<sup>765</sup>Killias/Bertholet, s.258; Casutt,141; BaK-Weber, N.6; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel,§ 35 N.68, (**Commentaire Romand**), s.964, N.6.

yatırımcı olarak girmek isteyen yeni pay sahipleri özel denetime tabi olmuş bir şirket hakkında olumlu düşüncelere sahip olmayabilirler. İşte bu tür olumsuzlukları engellemek için inceleme faaliyetinin hızlı olması gerekir.

Mehaz kanununun ilgili hükmünde özel denetim şirket işlerini gereksiz yere aksatmadan uygun bir süre içerisinde gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak burada özel denetim ile ilgili evrakları araştırarak ve/veya bakacak olan kişinin konu ile ilgili bilgisi de önemlidir<sup>766</sup>. Özel denetçinin şirket belgelerini zamanında incelemesi şirket personeli için de yararlı olacaktır. Bazı yazarlarca özel denetçinin görevi ve şirketin bilgi vermekle yükümlü olması düşünüldüğünde karışıklıkların ve aksamaların yaşanması kaçınılmazdır<sup>767</sup>. CO Art.398/3'de belirtildiği gibi özel denetçi görevini bizati ifa etmekle yükümlüdür. Ancak görevi ifa sırasında yanına yardımcıları alabilecektir. Teknik ya da özel bir ekonomi bilgisine sahip olunmasını gerektiren konuları açıklamaları için bağımsız uzmanlardan yardım alabilir. Kararsızlık halinde, özel denetçi üçüncü kişileri görevlendirmesi ya da ek denetçiler ataması için hâkime müracaat edebilir<sup>768</sup>.

CO Art.397/I, TBK m.505<sup>769</sup>'e uygun olarak özel denetçi kendisine talimat verenin talimatlarına uymakla yükümlüdür. Burada, inceleme faaliyeti boyunca hâkimden gelen talimatlara uygun davranmakla yükümlü olup şirketten talimat alamaz. Hâkim tarafından önce özel denetimin kapsamı belirlenecek, daha sonra hâkim dilekçe sahiplerinin istemi üzerine ya da re'sen onların da istemlerini dinledikten sonra ek bazı talimatlar da verebilecektir. Özel denetçi, özel denetimin konusunu oluşturan olayların ve olguların incelenmesinin limitini kendisine verilen talimata uygun olarak yerine getirir. Dolayısıyla özel denetçinin yapacağı inceleme kendisine verilenler dışındaki olayları içermemektedir.

Son olarak özel denetçi CO Art.400'e uygun olarak görevinin sona ermesi ile elindeki tüm dokümanları teslim edecektir<sup>770</sup>. Kanunda özel denetimin nasıl icra edileceği açık ve kesin bir şekilde haklı olarak tam anlamıyla anlatılmamıştır. Zira incelenecek olan işlerin çok farklı niteliklerde olması özel denetimin de yönünü belirlemektedir. Özel denetçi yukarıda da belirttiğimiz üzere hâkimin belirlediği sınırlar içerisinde ve incelenmesi istenilen konularla

<sup>766</sup>Killias/Bertholet, s.259; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 35 N.66 ve 70; BaK-Weber, N.2, (**Commentaire Romand**), s.964, N.6.

<sup>767</sup>BaK-Weber, N.6, (**Commentaire Romand**), s.964, N.6.

<sup>768</sup>Killias/Bertholet, s.259.

<sup>769</sup>TBK m.505, talimata uygun ifa başlığı altında düzenlenmiş bir hükümdür. Buna göre vekil, vekâlet verenin açık talimatlarına uymakla yükümlüdür. Burada özel denetçi şirket ya da özel denetim isteminde bulunan pay sahiplerinden talimat alamayacağı için talimatı hâkim verecektir. Özetle hâkimin belirlediği sınırlar içerisinde özel denetim görevi ifa edilecektir.

<sup>770</sup>Killias/Bertholet, s.259.

sınırlı olarak görevini icra etmelidir. Başka bir ifadeyle özel denetçi tesadüfen pay sahiplerinin hakkını ilgilendiren bir durumu bulsa da, suç sayılabilecek işlemler olduğunu görse de ya da şirketin organları tarafından işlenen suçları bulsa bile kendi inisiyatifiyle inceleme alanının kapsamını genişletemeyecektir. Dolayısıyla kazara/tesadüfen özel denetçi tarafından keşfedilen usulsüzlükler özel denetçinin raporunda yer almayacaktır<sup>771</sup>.

## V. Özel Denetçinin Hakları

### A. Özel Denetçinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı

Özel denetçinin raporunu hazırlayabilmesi için şirketin bilgi verme yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülük özel denetçiyi bilgilendirmek ve ona hâkim tarafından sınırları belirtilen konularda incelemesi için tüm dokümanları vermektir. Böylece özel denetçi, özel denetimin sona ermesi için önemli olan bilgileri toplamış olur<sup>772</sup>. Özel denetçi tarafından istenilen bilgilerin özel denetçinin görevini doğru bir şekilde ifa edebilmesi için doğru olması gerekmektedir. Bu konu ile ilgili herhangi bir ihtilafta hâkimin vereceği karar kesindir.

Mehaz kanunda, özel denetçinin şirketin dokümanlarını inceleyebilmesi imkânından her ne kadar açıkça söz edilmemişse de bu konu CO Art.697d/II'de kanunda sayılan kişilerin özel denetçiye bilgi vermeleri gerektiği şeklinde düzenlenmiştir<sup>773</sup>. CO Art.697d/II'de; kurucular, şirket organları, vekiller, çalışanlar, kayımlar ve tasfiye memurları önemli olaylarla ilgili özel denetçiye bilgi vermelidirler. Aynı şekilde şirketteki denetçide denetim görevi çerçevesinde bilgi vermekle yükümlüdür<sup>774</sup>. Burada şirketteki tüm kontrol ve denetim mekanizmaları gerekli bilgileri özel denetçiye verirse hem şirket hem de tüm pay sahipleri için faydalı, objektif ve esaslı bir incelemenin gerçekleştirilmesi sağlanmış olacaktır. Bu konudaki uyuşmazlıklarda hâkimin vereceği karar kesindir.

TTK m.441/II, III'de özel denetçinin denetimi kapsamında bilgi alma ve inceleme hakkı düzenlenmiştir. İlgili maddeler de yönetim kurulunun, anonim ortaklığa ait defterleri, yazışmaları, kasasını, kıymetli evrak ve malları incelenmesi için özel denetçiye vereceği

<sup>771</sup>BaK-Weber, N.7; Casutt, 199s. (**Commentaire Romand**), s.964, N.7.

<sup>772</sup>Killias/Bertholet, s.260; Pauli, 169; Message 1983, 856s, (**Commentaire Romand**), s.964, N.8.

<sup>773</sup>BaK-Weber, N.11; Casutt, 158; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 35 N.77, (**Commentaire Romand**), s.964, N.9.

<sup>774</sup>Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, s.515.



belirtilmiştir<sup>775</sup>. Üçüncü fıkrada ise, kurucuların, organların, vekillerin, çalışanların, kayımlar ve tasfiye memurlarının önemli olgular hakkında bilgi vermekle yükümlü oldukları ve herhangi bir ihtilaf halinde kararın mahkeme tarafından kesin olarak verileceği düzenlenmiştir<sup>776</sup>. Başka bir ifadeyle, TTK m.441/II'de özel denetçinin inceleme hakkından bahsedilmiştir.

**Güven**, inceleme hakkının pratik açıdan oldukça mühim olduğunu bu nedenle özel denetçinin hem bilgi hem de inceleme hakkının olmasının özel denetimin icrası açısından gerekliliğini belirtmiştir. Zira inceleme hakkının bulunmaması halinde özel denetçinin görevini yapabilmesi için merak ettiği her konuda şirket yöneticilerinden veya denetçilerinden bilgi istemesi ya da danışması hem şirketin işleyişine hem de özel denetimin yürütülmesine olumsuz etkide bulunacaktır<sup>777</sup>. Bizce de özel denetçinin hem bilgi alma hem de belgeleri inceleme hakkının bulunması bu müesseseden beklenen faydanın elde edilmesine hem de hazırlanacak raporun daha güvenilir olmasını sağlayacaktır.

Bu konuda mehzaz kanunun ilgili maddesinde bir düzenleme bulunmamaktadır. CO Art.697d/II'de özel denetçinin bilgi alma hakkı (*renseigner le contrôleur spécial*) düzenlenmiş olup inceleme hakkından açıkça söz edilmemiştir<sup>778</sup>. Ancak İsviçre hukuk doktrini, şirkete ait ve aydınlatılması istenilen bütün dokümanların sağlanmasını ve bilgi alma hakkının inceleme hakkını da kapsadığını savunmuştur<sup>779</sup>.

Özel denetçinin inceleme hakkı da vardır. Bu anlamda şirkete ait tüm evrakları ki bunlar; şirketin muhasebesine ilişkin evraklar, şirketin ticari yazışmaları veya mektupları, şirkete ait tutanaklar ve belgeler, şirketin stratejik veya operasyonel planları, şirketin pay sahipleri defteri, şirkete ait vergisel işlemler (vergi suretleri ve özetleri), vb. özel denetçi

<sup>775</sup>Özel denetçi raporunu hazırladığı sırada şirkete ait; defterleri, bilanço, belgeleri, şirketin kasasını, taşınır ve taşınmaz mallarını ve gerektiğinde Yönetim Kurulu üyeleri ve diğer yöneticilerden ve denetçilerden kendi incelemeleriyle ilgili olan bilgi ve belgeleri isteyebilecektir. Moroğlu, "Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi", **Makaleler I-2001**, s.79.

<sup>776</sup>Madde de sayılan ve bilgi vermekle yükümlü olan kişiler için sınırlı sayı ilkesi (*numerus clausus*) benimsenmemiştir. Ayrıca maddedeki kayımlar kelimesinin yed-i emin ve benzer koruyucuları da kapsayacak şekilde geniş olarak yorumlanması gerektiği belirtilmiştir.

<sup>777</sup>Güven, **Özel Denetim**, s.160.

<sup>778</sup>TTK m.441/III'ün gerekçesi, s.213. Gerekçede, özel denetçinin görevini yapabilmesi bilgi almasından daha çok şirkete bizati inceleme yapması gerektiği için inceleme hakkı tıpkı (Alman POK 145/1)'de olduğu gibi bizim kanunumuzda da açıkça düzenlenmiştir. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere özel denetim belirli olaylar hakkında yapılacak olup bu incelemenin çerçevesi belirlenmiştir. Dolayısıyla incelenecek evraklar sınırları belirtilmiş olan olay ya da olgulara ilişkin olup şirkete ait tüm bilgi ve belgeler istenemeyecektir.

<sup>779</sup>Killias/Bertholet, s.260.

inceleyebilecektir<sup>780</sup>. Burada bilgi vermekle yükümlü olanlar özel denetçiye karşı sır saklama yükümlülüklerini ileri süremezler. Zira CO Art.697d/II bu hususta özel bir düzenleme olup ceza hukuku ve banka hukukuna üstün gelmiştir<sup>781</sup>. TTK m.441/5 uyarınca sır saklama yükümlülüğü olan özel denetçinin kendisi olup denetçinin incelemeleri hakkında münferit pay sahiplerine özellikle de özel denetim isteminde bulunan dilekçe sahiplerine doğrudan doğruya bilgi vermesi yasaktır. Zira özel denetimin icrası sırasında anonim ortaklığın gizlilik alanına girerek şirket işleri ya da olayları hakkında özel denetçi bilgi sahibi olmaktadır. İşte bu nedenle de sır saklamakla yükümlüdür. Ancak özel denetçi görevi ifa ederken bilgi talep ettiği kişilerin sır saklama yükümlülüğü bulunmamaktadır<sup>782</sup>.

Burada tartışmalı olan husus dokümanların üçüncü kişilerde bulunması durumunda bunların da istenebilir istenemeyeceği ile ilgilidir. Örneğin grup ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda eğer evrak bir yavru şirkette ise bu durumda ne olacağı tartışmalıdır. Özel denetçinin başka bir grup şirkete direkt olarak müdahale etmesi acaba mümkün müdür? Müdahale konusundan anlaşılması gereken şirketten incelenmek üzere dokümanların istenmesi ya da organlarından bilgi alınmasıdır. Konzern (topluluk) ilişkilerinde özel denetçinin inceleme yapacağı yavru şirketle ilgili bilgiler ana şirkette bulunuyor ise özel denetçi bunları ana şirketten isteyebilecektir. Özel denetçinin, gerekli bilgileri elde edebilmek için yavru şirketle ilgili olarak ana şirketten bilgi alma hakkı bulunmaktadır. Ancak eğer bu bilgiler (elde edilmek istenilen) ana şirkette (ana şirketin organlarında) bulunmuyorsa, bu takdirde özel denetçinin, inceleme yapacağı yavru şirketle ilgili bilgileri, yavru şirketin organlarından (konuyla alakalı evrakı) isteyebilecektir<sup>783</sup>. **Weber**, bu hususta özel denetçinin yavru şirketin organlarından direkt olarak bilgi alamayacağını belirtmiştir<sup>784</sup>. Bunun dışında

<sup>780</sup>Killias/Bertholet, s.260; Casutt,158, (**Commentaire Romand**), s.965, N.9., TTK m.441/III'ün gerekçesi, s.213.

<sup>781</sup>Killias/Bertholet, s.261.

<sup>782</sup>Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, s.517.

<sup>783</sup>Pauli, 269; HGer SG, GVP-SG 2001 14, (**Commentaire Romand**), s.953, N.19.

<sup>784</sup>(**Commentaire Romand**), s.953, N.19, Aksi görüşte olanlar; Pauli, 272/274; Böckli § 16, N.12; ATF 129 III 301, JdT 2003 I 232.,Bilgi alma hakkı kapsamında konuya değinen **Tekinalp**, hâkim ortaklığın GK' sının bağlı ortaklıkta, bağlı ortaklıkla ilgili olan belge ve defterlerin incelenmesine karar verme yetkisi olmadığını belirtmiştir. Zira her GK' nin yetkisi kendi ortaklığı ile sınırlıdır. TTK m.200 uyarınca, hâkim ortaklığın pay sahiplerinin bağlı ortaklıkların finansal durumlarının ve malvarlıklarının durumu ile ilgili hesap sonuçları hakkında bilgi alabilecekleri belirtilmiştir. Hâkim ortaklık pay sahiplerinin bu bilgiyi alabilmeleri için illa yapılan işlemlerde bir yolsuzluk şüphesi olması gerekmeyip, TTK m.437/1 uyarınca aydınlanma amaçlı kendilerine bu bilginin verilmesi gerekir. TTK' da hâkim ortaklığın pay sahiplerine, bağlı ortaklıkları hakkında bilgi alma imkânı verilmiş olmakla birlikte, bağlı ortaklıkları doğrudan inceleme hakkı verilmemiştir. İnceleme hakkı açısından eğer bağlı ortaklık denetime tabii bir ortaklık ise TTK m.1524 uyarınca ortaklığın internete koyduğu bilgiler pay sahiplerinin incelemesine açık olacaktır. (Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, s.378, N.14-79a, s.381, N.14-86,14-87. Dolayısıyla özel denetçinin de inceleyeceği evrak, hâkim ortaklıkta bulunmuyorsa bu evrak bağlı ortaklıkta ise, bu evrakı bağlı ortaklığın organlarından istemesi gerekecektir.

özel denetçinin şirketler topluluğu ya da konzernin denetçisinden de bilgi alma hakkı bulunmaktadır<sup>785</sup>.

Mehaz kanun CO Art.697d/II'de bilgi verme yükümlülerini bir çember halinde vermiştir. Burada kuruculardan (kurulusta yer alan üyeler), şirketle özel bir güven ilişkisi olan vekillerden, işçilerden, kayyumlardan, tasfiye memurlarından ve organlardan söz edilmiştir. Bu maddeye göre özel denetçi önemli bilgileri bu kişilerden alabilecektir. Özel denetçi görevi çerçevesinde yapacağı inceleme belirli bir konu ile ilgili olduğu için, sahip olduğu bilgi alma ve inceleme hakkını bu çerçevede kalmak kaydıyla sınırsız olarak kullanabilecektir<sup>786</sup>.

Başka bir ifadeyle, bilgi alma veya inceleme hakkının sınırını da incelenecek olan konu hakkındaki bilgi ve belgeler oluşturacaktır. Özel denetçinin şirket sırları ve olayları hakkında bilgisi olacağını belirtmiştik. Yukarıda bilgi verme yükümlüsü olarak saymış olduğumuz bu kişiler özel denetçiden bu bilgileri saklayamazlar. Yukarıda sözünü ettiğimiz organlardan kast edilen; yönetim kurulu, denetim makamı, şirketler topluluğu söz konusu ise konsolide hesap organları, ve fiili organlardır. Burada fiili organlardan anlaşılması gereken; şirket işlerine belirleyici tarzda katılan ve şirketteki görevlerini bağımsız olarak yerine getirmekte olan herkestir<sup>787</sup>. Dolayısıyla şirkette önemli ya da çoğunluk hissesi olan pay sahipleri, pay sahipleri sözleşmesi ile birbirine bağlı olup fiili organ olarak nitelendirilebilir<sup>788</sup>.

CO Art.697d/II ve TTK m.441/3'de bilgi verme konusunda taraflar arasındaki ihtilaflarda hâkimin karar vereceği düzenlenmiştir<sup>789</sup>. Hâkimin müdahalesini gerektiren hal, özel denetçinin yukarıda bilgi verme yükümlüsü olarak sayılan kişiler tarafından gerekli

<sup>785</sup>Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, s.516.

<sup>786</sup>Killias/Bertholet, s.260.

<sup>787</sup>Killias/Bertholet, s.260, Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 35 N.75; BaK-Weber, N.9, (**Commentaire Romand**), s.965, N.10.

<sup>788</sup>Killias/Bertholet, s.260.

<sup>789</sup>Özel denetçi inceleme yaptığı sırada ya da bilgi alırken herhangi bir zorlukla karşılaşır ya da şirkete girişine engel olunursa, şirket defterlerine, belgelerine, evraklarına, yazışmalarına ulaşımı engellenirse veya istediği bilgilerin verilmesinin reddedilmesi gibi bir davranışta bulunulursa bu tavrın görev çerçevesi ihtilafı olarak tanımlanması mümkündür. İşte kanunumuzda özel denetçinin bu gibi muamelelere maruz kalması durumunda hâkime başvurabileceğine ilişkin bir hak kendisine tanınmıştır. Gerekçe de madde de geçen "ihtilaf" kelimesinin geniş olacak şekilde yorumlanması gerektiği bu nedenle yalnızca görev konusunun sınırları ile ilgili olan ihtilafların değil aynı zamanda özel denetçinin çalışmasına ve netice de görevini ifa etmesine engel teşkil edecek olan tüm davranışların anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Böyle bir durumla karşılaşan özel denetçi mahkemeye başvurabilme hakkına sahiptir. Mahkemenin de özel denetçinin çalışmasını sağlayacak olan kararı vermesi gerekir. Özel denetçinin çalışabilmesi cezai hüküm ile güçlendirilmiştir. (Bkz. Gerekçe, s.213).

bilgileri elde etmek için başvurduğunda reddedilmesi halinde söz konusu olur<sup>790</sup>. Hâkimin kararından sonra da bu kişiler istenilen bilgileri özel denetçiye vermeyebilirler.

Bu durumda yetkili olan hâkim, kanton hukukunu uygulayarak bu yükümlülüğüne aykırı davranışta bulunanlara ceza verir. Bu ceza hürriyeti bağlayıcı ceza olabilir. Görüldüğü üzere özel denetçinin bilgi alabilmesi için cezai bir hüküm getirilerek bilgi vermekten kaçınan kişiler yaptırıma tabii tutulmuştur. Böylece özel denetçinin bilgi alabilme ya da inceleme hakkı korunmuştur. Ayrıca bu kişiler bilgi vermediklerinden dolayı temeli anonim ortaklık alanına özgü olan bir sorumlulukla da karşı karşıya kalırlar<sup>791</sup>. Özel denetçinin de raporunda bilgi verme yükümlülüğünü ihlal edenleri ya da inceleme hakkını engelleyenleri belirtmesi gerekir<sup>792</sup>.

Pay sahibinin prensip olarak özel denetçiye bilgi verme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak ana pay sahibi (*actionnaire principal*) şirket üzerindeki işlemlere doğrudan ve aktif olacak şekilde karışmışsa şirketin fiili organı olarak, şekli ve maddi şirket organlarıyla aynı konumda olduğu kabul edildiğinden bu durumda özel denetçiye bilgi vermekle yükümlüdürler<sup>793</sup>. Bu kişiler özel denetçiye sadece raporunu hazırladığı sırada değil raporu sona erinceye kadar bilgi vermekle yükümlüdürler<sup>794</sup>. Kurucuların CO Art.629 uyarınca ve tüm vekillerin ve kuruluşa destek olan herkes özel denetçiye bilgi vermekle yükümlüdür. Her ne kadar kanunda açıkça belirtilmemişse de özel denetçi şirketin eski organlarından, vekillerinden ve işçilerinden de bilgi isteyebilir<sup>795</sup>.

## B. Özel Denetçinin Ücret Hakkı

Mahkeme özel denetçi atanmasını kabul etmişse, şirketin özel denetçiye ödeyeceği avans ve giderleri de belirtir TTK m.444/I, CO Art.697g/I. Gerekçede bu hükmün özel denetim ile ilgili önemli bir sorunu çözdüğü ve yargılama giderlerinin avans olarak şirket tarafından ödeneceğine yer verdiğini belirtmiştir<sup>796</sup>. İsviçre'deki revizyon çalışmaları sırasında anonim şirketler alanında özel denetçiye ödenecek ücret konusu çok tartışmalı

<sup>790</sup>Killias/Bertholet, s.261, Pauli, 169, (**Commentaire Romand**), s.966, N.16.

<sup>791</sup>Pauli, 169; Müller/Lipp/Plüss, 343; BaK-Weber, N.12, (**Commentaire Romand**), s.966, N.16.

<sup>792</sup>BaK-Weber, N.12, (**Commentaire Romand**), s.966, N.16.

<sup>793</sup>Casutt, 154; BaK-Weber N.9; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 35 N.75, (**Commentaire Romand**), s.965, N.10., Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, s.516.

<sup>794</sup>BaK-Weber, N.9; Gabrielli, 125; Killias/Bertholet, s.260, (**Commentaire Romand**), s.965, N.10.

<sup>795</sup>Killias/Bertholet, s.260.

<sup>796</sup>TTK m.444/I'in Gerekçesi, s.214.

olmuştur. Zira pay sahiplerinin özel denetim ücretini (ki bu ücret şirketin büyüklüğüne ve özel denetçiye verilen görevin zorluk derecesine göre değişir) ödeme riskine maruz kalmayı istemedikleri açıktır. Ancak ücretin pay sahipleri tarafından ödenecek olmasının kötü niyetli istemde bulunanları engelleyeceği belirtilmiştir<sup>797</sup>. CO Art.697g/I, TTK m.444/I uyarınca prensip olarak özel denetime ilişkin tüm ücretler ve masraflar şirket tarafından ödenir<sup>798</sup>.

## VI. Özel Denetçinin Yükümlülükleri

### A. Özel Denetçinin Sır Saklama Yükümlülüğü

Şirket menfaatlerini korumak için özel denetçi görevinin başından itibaren sır saklamakla yükümlüdür CO Art.697d/IV, TTK m.441/V. Bu görev mutlak olup aslında CO Art.697e/I'deki şirket sırrı kavramı ile bağlantılıdır. Zira bazı durumlarda özel denetçi raporunda şirket sırrı olarak nitelendirilen bilgileri de belirtmek zorundadır. Ancak şirketin menfaatleri ile bilgiye ihtiyacı olan pay sahipleri arasındaki denge gözetilirken hâkim objektif olarak karar vermeli ve pay sahiplerine pay sahipliğine ilişkin haklarını kullanabilmelerine imkân verecek derecedeki bilgiyi vermelidir.

Ancak şirket işleri hakkında önemli nitelikte olan bilgilerin (sırların) olabildiğince özel denetçi raporunda yer almaması gerekmektedir. Kısaca pay sahiplerine verilecek rapor bu tarz bilgileri içermemelidir<sup>799</sup>. Özel denetçinin görevi sona erse dahi vekâlet sözleşmesinde vekilin devam edecek olan sır saklama yükümlülüğüne benzer şekilde vekilin ve CO Art.730b'de düzenlenen özel denetçilerin öğrenmiş oldukları sırları saklama yükümlülükleri devam eder<sup>800</sup>. Özel denetçiye bilgi vermekle yükümlü bulunan kişiler medeni hakları içinde sayılan ve CO Art.730b'de düzenlenen meslek sırrı hakkını ileri sürerek, işbirliği yapmaktan kaçınamayacakları gibi bu gibi gerekçelerle özel denetçinin bilgi alma talebini de reddedemezler.

<sup>797</sup>(**Commentaire Romand**), s.976, N.1.

<sup>798</sup>Killias/Bertholet, s.265.

<sup>799</sup>BaK-Weber, N.4; Casutt, 207; Pauli, 201, (**Commentaire Romand**), s.969, N.8; Pay sahiplerine verilecek bilgiler, onların pay sahipliğine ilişkin haklarını kullanmalarını sağlamak açısından önemlidir. Ancak bu bilgilerin verilmesinin şirketin özel menfaatlerine aykırı olup olmadığının da incelenmesi gerekir. Eğer verilecek bilgiler şirket menfaatlerine aykırı düşüyorsa, pay sahiplerinin bilgi almadaki menfaatlerinin, şirketin iş sırlarını korumadaki menfaatlerine üstün gelip gelmediğini belirlemek amacıyla, karşı karşıya bulunan menfaatleri tartmak gerekmektedir. Bkz. Selçuk Öztekin, “Şirketler Gruplarında Yavru Şirketlerdeki Azınlık Pay Sahiplerinin Türk Ticaret Kanunu m. 363/İsviçre Borçlar Kanunu m. 697 Çerçevesinde Bilgi Alma Hakkı”, **Ernst E. Hirsch'nin Hatırasına Armağan**, Batider, Ankara, 1986, (s. 293/333), s. 326.

<sup>800</sup>Killias/Bertholet, s.259, Pauli,169; BaK-Weber N.15; Gabrielli,128, (**Commentaire Romand**), s.966 N.13.

Burada özel denetçinin kendisi sır saklamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğü CO Art.697d/IV, TTK m.441/V'de düzenlenmiştir. Özel denetçinin bu yükümlülüğü sadece anonim ortaklığa karşı değil aynı zamanda pay sahiplerine de karşıdır<sup>801</sup>. Zira ticari sırların korunmasının en önemli sebeplerinden birisi de; sadece o sırrı ya da sırrın şekillendiği ürünü korumak değildir. Sır niteliğindeki bilginin elde edilmesi için ortaya konulan emek, beceri ve masrafların korunması da amaçlanmaktadır<sup>802</sup>.

Herkesin özellikle de özel denetim isteminde bulunan pay sahiplerinin özel denetçinin bu yükümlülüğüne saygı göstermesi gerekir<sup>803</sup>. Özel denetçinin söz konusu sır saklama yükümü (şirketin sırrı) toplumla paylaşılmayan tüm bilgilere ilişkindir. Özel denetçinin raporu onun değerlendirmelerini ve hipotezlerini (varsayım, faraziye) içerir<sup>804</sup>. Ancak özel denetçinin görevi esnasında inceleme konusu dışında tesadüfen tespit etmiş olduğu suç oluşturan eylem ya da işlemlere raporunda yer vermesi gibi bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Fakat özel denetçi bu tespitleri (suç teşkil eden fiil ya da işlemler) hakkında hâkime bilgi verebilecektir. Aslında burada tartışmalı olan özel denetçinin yaptığı tespitler sonucunda şirketi şikâyet hakkı olup olmadığıdır (*porter plainte*)<sup>805</sup> Kanımızca bu durumda hâkim ilgili yerleri haberdar etmelidir.

Özel denetçinin sır saklama yükümlülüğü; sadece şirket işleri ile ilgili olarak değil aynı zamanda herkesçe bilinmeyen, ifşa edilmemiş olan olaylarla ve olgularla da ilgilidir. Bunlar da şirketin korunmaya değer menfaatleri söz konusudur. Dolayısıyla, bu bilgilerinde saklanması gerekir. Özel denetçinin sır saklama yükümlülüğü görevi icrası sırasında ve görevi sonunda da zaman sınırı söz konusu olmaksızın bulunmaktadır<sup>806</sup>. Özel denetçiye bilgi vermekse kanuni bir zorunluluk olup bu hak genel sırlardan daha üstün bir haktır<sup>807</sup>. Özel denetçinin sır saklama hususundaki görevi çok önemlidir.

**Yasaman** rakiplerin ticari sırları öğrenmek için açtıkları davaların sayılarının azınsanamayacağını belirtmiş ve bu kişilerin gizli olduğu için ulaşamadıkları bilgilerin, mahkemeye getirilmesi yoluyla dosyaya girmesini sağlayarak bilgiye ulaşmaya çalıştıklarını belirtmiştir. Yazar ticari sırların yargı süresi boyunca mahkemeler aracılığıyla korunduğunu

<sup>801</sup>TTK m.441/5'in Gereğesinde de sır saklama yükümlülüğünün sadece şirkete karşı değil, herkese karşı olduğu belirtilmiştir., Killias/Bertholet, s.259.

<sup>802</sup>Yasaman, **Patent Hukukunda Ticari Sırların Korunması**, s.369.

<sup>803</sup>Böckli, §16 N.6; BaK-Weber, N.15, (**Commentaire Romand**), s.966, N.14.

<sup>804</sup>BaK-Weber, N.15, (**Commentaire Romand**), s.966, N.14.

<sup>805</sup>Killias/Bertholet, s.259; Casutt, 182; BaK-Weber, N.15, (**Commentaire Romand**), s.966, N.14.

<sup>806</sup>Killias/Bertholet, s.259.

<sup>807</sup>BaK-Weber N.10; Casutt, 161s; Killias/Bertholet, s.261, (**Commentaire Romand**), s.965, N.11.

da ifade etmiştir<sup>808</sup>. Bu bakımdan özel denetçinin raporunda yer alan şirket sırlarının korunması çok önemlidir. Başka bir ifadeyle özel denetim isteminin rakiplerin, şirket sırlarını öğrenmeye çalıştığı bir yol olarak kullanılmaması için, gerek incelemeyi yapan özel denetçi (incelemeci) gerekse de hâkim dikkatli davranmalıdır.

Özel denetçinin raporu hakkındaki ihtilafli noktalarda hâkimin, raporda yer alan ve şirketin, mesleki sırlarını ihlal eden yerleri çıkartabilme ya da düzeltebilme yetkisine sahiptir<sup>809</sup>. Bunlarla birlikte özel denetçinin ceza hukukuna göre iş sırrı yükümlülüğü de vardır. Bu bir hukuk davasında kendisini gösterir. Örneğin; organlara karşı hukuki ya da cezai sorumluluğu doğabilir<sup>810</sup>.

## B. Özel Denetçiye Bilgi Vermekle Yükümlü Bulunanlar

Özel denetçi denetim esnasında kendisine bilgi vermekle yükümlü bulunan şirket organlarını görevini tamamlaması için ve gerekli değerlendirmeleri yapabilmek adına dinleyebilir<sup>811</sup>. Şirket organları, özel denetçiye, denetimi için gerekiyorsa bilgi verebilir<sup>812</sup>. Şirket organlarının dinlenilmesi, raporun hazırlanmasından önce, inceleme sonucuna etki edebilecek tüm yanlış anlaşılmalara önlemek için gereklidir. Böylece, eğer bir yanlışlık varsa kolayca düzeltilebilecektir<sup>813</sup>. Şirket organları aynı zamanda şirket işlerine zarar verebilecek gibi gözükten noktaları (muhtemel riskleri) CO Art.697e, TTK m.442/II'de belirtildiği üzere, raporun kendilerine takdimi sırasında da belirtebileceklerdir.

O halde özel denetçi incelemesinin sonucunu olan raporunu, ilk önce şirkete sunacaktır. Bu şekilde, CO Art.697d/III'de yazıldığı üzere, raporun sonucunu şirketle tartışma

<sup>808</sup>Hamdi Yasaman, “Patent Hukukunda Ticari Sırların Korunması”, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı**, 2009, editör: Tekin Memiş, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, (s.367-389), s.369,384. Mahkemelerin bu bilgileri kasada saklaması ve rakip tarafa göstermemesi gerekir.

<sup>809</sup>BaK-Weber N.10; Casutt, 161, Şirket sırrı konusundan aynı zamanda CO Art.697e/II'de de söz edilmiştir. İlgili madde de mahkeme tarafından özel denetçinin raporunun şirkete tebliğ edileceği ve raporun şirketin sırlarını ya da şirketin korunmaya değer menfaatlerini zarara uğratması halinde hâkimin gerektiğinde rapordaki bu yerlerin çıkarılarak istem sahiplerine sunulması hakkında karar vereceği düzenlenmiştir. Aynı konu TTK m.442/2'de düzenlenmiştir.

<sup>810</sup>Casutt, 185; BaK-Weber N.8, (**Commentaire Romand**), s.966, N.15. (Benzer Bir durum TCK m.239).

<sup>811</sup>Gerek TTK m.438/2, gerekse de TTK m.439/1'in, çekişmesiz yargı işi olduğunu ve burada basit yargılama usûlünün uygulanacağını belirtmiştik. Çekişmesiz yargıda, re'sen araştırma ilkesi uyarınca, hâkim, gerekli gördüğü durumlarda, her ilgilinin dinlenmesine karar verebilecektir. Bu HMK m.31'de düzenlenen, hâkimin aydınlatma ödevi ile ilgilidir. Çekişmesiz yargıda, ilgililerin dinlenilmesi, kişilerin hak arama hürriyetlerinin bir gereğidir. Bkz. Aslı Aras, **Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s.133-134.

<sup>812</sup>BaK-Weber, N.13; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 35 N.73, (**Commentaire Romand**), s.965, N.12.

<sup>813</sup>Marolda Martínez, 261; BaK-Weber, N.13; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 35 N.73, (**Commentaire Romand**), s.965, N.12.

ve istişare etme imkânı olacaktır<sup>814</sup>. Raporun ilk önce şirkete sunulması, şirketin ticari sırlarının korunması amacıyla yapılmaktadır. Şirket sırlarını korumak organlarının sorumluluğundadır. Şirketin özel incelemeceyle yapacağı ön görüşme sayesinde, hazırlanan rapor taslağında, şirketle ilgili hatalı tespitler varsa bu tespitlerin sonuçları da düzeltilmiş olacaktır<sup>815</sup>.

Burada belirtmek gerekir ki, özel denetçinin şirketi dinlemesi, onun tarafsızlığına gölge düşürmez. Zira özel denetçi, incelemesini, bağımsız ve tarafsız bir şekilde üstelik ne şirketten ne de dilekçe sahiplerinden incelemesine ilişkin bir talimat almaksızın gerçekleştirir. TTK m.441/IV'te, özel denetçinin, özel denetim hakkında şirketin görüşlerini alabileceği düzenlenmesi, özel denetimin (incelemenin) bir çekişmesiz yargı işi olduğunu göstermektedir<sup>816</sup>.

Aynı husus mehzaz kanunda da bulunmaktadır. Özel denetçi, raporun ilgililere teslim edilmesinden önce, tüm yanlış anlaşılmaları ve yönlendirmeleri engellemek amacıyla, tespit etmiş olduğu sonuçları ve bu sonuçların *inter alia* doğru olup olmadıklarını, yanlış anlamalara dayanıp dayanmadığını, hatalı belirlemeler (tespitler) içerip içermediğini, şirketle (şirketin organı) paylaşıp tartışabilecektir. Türk Hukuku'nda, raporun paylaşıldığı organ, yönetim kuruludur<sup>817</sup>.

## VII. Özel Denetçinin Raporu

### A. Raporun Şekli

Yukarıda belirttiğimiz üzere, özel denetçi, ilk olarak hazırlamış olduğu rapor taslağını; yanlış anlaşılmaları ve yönlendirilmeleri engellemek amacıyla, şirkete (Yönetim Kurulu'na) sunar ve şirketin görüşünü alır. Bu aşamadan sonra özel denetçi, yapmış olduğu incelemenin sonuçlarını anonim ortaklığın sırlarını koruyarak mahkemeye raporunu sunar TTK m.442/1. Gerekçede de belirtilmiş olduğu üzere, özel denetçi, kendisine verilen görevi çerçevesinde incelemesini yapar ve fakat tespit ettiği her bilgiyi raporuna koyamaz. Zira özel denetçi,

<sup>814</sup>Killias/Bertholet, s.262.

<sup>815</sup>Killias/Bertholet, s.262.

<sup>816</sup>Çekişmesiz yargıda, maddi anlamda ilgililerin dinlenilmesi önemlidir. Hukuki dinlenilme hakkı, medeni usûl hukukunun bir amacı olan, maddi gerçeğin tespit edilmesini amaçlamaktadır. Aras, **Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s.134.

<sup>817</sup>Bkz. TTK m.441/IV'ün Gerekçesi, s.213.



inceleme görevini ifa sırasında şirketin sırlarını öğrenmiş olup bu sırları şirketin izni olmaksızın paylaşamaz. Bu nedenle özel denetçinin, şirketin sırlarını ve korunacak diğer menfaatlerini gözetmesi gerekmektedir<sup>818</sup>. Müşterilerin ya da tedarikçi firmaların listesi, maliyetler, fiyat oluşumları, patentler ve diğer fikri mülkiyet haklarına ilişkin bilgiler şirketin sırlarının başında yer almaktadır. Sonuç olarak şirketin sırrı, özel denetimin amacı ve konusu yönünden gerekli ve zorunlu ise ancak bu şekilde açıklanabilir. Aynı kural, şirketin korunmaya değer menfaatleri içinde geçerlidir ki bunlar; projeleri, yatırımları, kurduğu ya da kurma sürecinde olduğu ticarî, sınaî ve finansal ilişkiler gibi<sup>819</sup>.

İsviçre’de CO Art.697e/1’de ve Türk Hukuku’nda TTK m.442/1’de, özel denetçinin, incelemesinin sonucunu detaylı bir şekilde şirketin tüm sırlarını korumak suretiyle ortaya koyması gerektiği ve özel denetçinin raporunu, hâkime sunacağı düzenlenmiştir. Özel denetçi, görevinin sonunda araştırması esnasında meydana gelmiş olan olayları içeren bir rapor ortaya koyar. Kanunda, özel denetçinin raporunun şekli düzenlenmemiştir. Ancak CO Art.728b/II’yi kıyasen uyguladığımızda bu raporun yazılı ve imzalı olması gerekmektedir<sup>820</sup>. Şayet birden fazla özel denetçi görevli ise, bu durumda ortak bir rapor hazırlanabileceği gibi, rapora ilişkin görüş farklılıkları söz konusu ise bu durumda farklı görüşteki bu kişilerin (özel denetçilerin) kimler oldukları ve görüşleri raporda yer almalıdır<sup>821</sup>. Bu rapor pay sahiplerini ilgilendirmekte olup amacı pay sahiplerinin durumlarını ve haklarını doğru bir şekilde değerlendirebilmelerini imkânı verir. Aynı zamanda özel denetçi raporunda incelemesine esas teşkil eden tüm olay ve olgular anlatılır.

Özel denetçiden inceleme görevini ve raporunu; ayrıntılı bir şekilde, eksiksiz ve kuşuklara yer vermeyecek şekilde açıklayıcı ve objektif olarak yazması beklenir. Zira bu rapor sadece bir belge olmayacaktır<sup>822</sup>. Özel denetim raporu, açıkça özel denetçinin hâkim tarafından sınırları çizilmiş olan görevi ve bu belirleme çerçevesinde incelemesi esnasında tespit etmiş olduğu, özellikle de bilgi alma talebinde bulunup bu talebini reddeden şirket organlarının hangileri olduğunu içermelidir. Raporda özel denetim sürecine iştirak etmiş olan

<sup>818</sup>TTK m.442/1’in Gerekçesi, s.214.

<sup>819</sup>TTK m.442/2’nin Gerekçesi, s.214.

<sup>820</sup>Yazılı olarak hazırlanması gereken raporda tespit edilen sonuçların delillere dayalı ve gerekçeli olması zorunludur. (Bkz. Moroğlu, “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi”, **Makaleler I-2001**, s.83).

<sup>821</sup>BaK-Weber, N.1; Casutt, 204s, (**Commentaire Romand**), s.967, N.1.,Birden fazla denetçinin raporu müştereken tanzim etmesi mümkündür. Ancak denetçilerin inceleme sonucu hakkında oybirliğine varamamış olma ihtimalleri de vardır. İşte bu durumda her bir denetçinin ayrı rapor vermesi mümkün olabileceği gibi raporun belirli bir bölümü hakkında oybirliği ile mutabık olan ve imzalayan denetçilerin her birinin muhalefet şerhi vermesi ve raporu bu şartla imzalamaları da mümkündür. Domaniç, **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması (TTK Şerhi II)**, s.754.

<sup>822</sup>Killias/Bertholet, s.261.

tüm kişiler ve şirketler belirtilmelidir. Özel denetçi raporunda tüm esas kaynaklarını ve kullanmış olduğu ispat vasıtalarını raporuna eklemelidir. Özel denetçi aynı zamanda raporunda özel denetime katılan tüm kişilerden (bu kişiler yukarıda sözünü ettiğimiz özel denetçiye bilgi vermekle yükümlü kişilerdir), şirketlerden (ana şirket, bağlı şirket ve şubelerinden) de söz etmelidir. Böylece istemde bulunan pay sahipleri şirkete karşı başlattıkları süreçte bunları referans olarak gösterebilecektir<sup>823</sup>. Özel denetçi raporunu hazırlarken kanunda da belirtildiği üzere şirket sırlarını korumak zorundadır. Buradan anlaşılması gereken sadece şirketin sırları olmayıp aynı zamanda şirketin korunmaya değer menfaatleridir.

CO Art.697e/I ve TTK m.442/1'de özel denetim raporunun ayrıntılı olması gerektiğinden anlaşılması gereken, özel denetçinin raporunu kısaltamayacağı, bir diğer ifadeyle, tespitlerini kısa bir özet şeklinde veremeyeceğidir. Bu nedenle özel denetim raporu; özel denetçinin incelemekle yükümlü olduğu ve kendisine yöneltilen soruların cevaplarını ve bunlarla ilgili olayları kapsamalıdır. Zira pay sahiplerinin, bu rapora bakarak doğru kararlar alabilmeleri mümkündür<sup>824</sup>. Özel denetim raporunda, olayların değerlendirilmesi ya da özel denetçinin (incelemecinin) hukuki görüşü yer almamaktadır.

Özel denetim raporu; objektif, gerçeğe uygun (gerçekleri yansıtan), eskizsiz ve açık olmalıdır. Ayrıca, sadece hâkim tarafından belirlenen hususları içermelidir<sup>825</sup>. Bir diğer ifadeyle, özel denetçinin inceleme konusu, görevi çerçevesinde kendisine verilen konularla sınırlıdır<sup>826</sup>. Özel denetçi, şirket organlarının başka bir konuda hatalı davranışlarını tespit etmiş olsa da ve bu konuyu da pay sahiplerinin pay sahipliğine ilişkin haklarını daha iyi kullanabilmeleri için raporuna eklemek istese de kendi kendisine belirlenmiş olan konuların dışına çıkamaz, başka bir deyişle, bu sınırı genişletemez<sup>827</sup>.

<sup>823</sup>Killias/Bertholet, s.261.

<sup>824</sup>Message 1983, 937; Gabrielli, 133, (**Commentaire Romand**), s.968, N.3.

<sup>825</sup>BaK-Weber, N.3; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 35, N.79, (**Commentaire Romand**), s.968, N.3.

<sup>826</sup>Türk Hukuku'nda TTK m.438 ve TTK m.439'un takibi talebe bağlı ticari nitelikli bir çekişmesiz yargı işi olduğunu belirtmiştik. Takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerinde, yargılama konusu, tıpkı çekişmeli yargıda olduğu gibi, talepte bulunan tarafından belirlenmektedir. Bir diğer ifadeyle, bu yargılamada da mahkeme, taleple bağlıdır. Dolayısıyla talep edilenden fazlasına ya da başka bir şeye karar veremez. Aras, **Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü**, s.107.

<sup>827</sup>BaK-Weber, N.3; Casutt, 200; (**Commentaire Romand**), s.968, N.3.

## B. Özel Denetim Raporunun Sunulması ve Raporun Ayıklanması

Özel denetim sonucu, ilk olarak şirkete sunulur. Özel denetçi, CO Art.697d/III'de düzenlendiği üzere şirketle ilgili tespitlerini belirtir. Aslında bu madde ile hedeflenen, şirketin sırlarına zarar verebilecek hususların, bulunup bulunmadığının müzakere edilmesidir. Yukarıda belirttiğimiz üzere böyle bir önceliğin sebebi, olası yanlışlıkların önüne geçebilmek ve hataları düzeltmektir.

İşte bu aşamadan sonraki en önemli ikinci aşama CO Art.697e/I, TTK m.442/I'de düzenlenen raporun mahkemeye verilmesi aşamasıdır. Mahkemeye sunulan raporu hâkim önce şirkete tebliğ eder. Burada şirketin rapora ilişkin düşünceleri dikkate alınıp şirket sırlarına aykırı olan bölümlerinin çıkarılması (ayıklanması) söz konusudur. Ancak tüm bunlara rağmen hâkim, önemli olduğunu düşündüğü ve dikkatini çeken bölümleri her ne kadar şirketçe bu bölümlerin çıkarılması istenmiş olsa da çıkarmama kararı alabilir. Tüm bu değerlendirilmelerin sonucunda hâkim, özel denetçiden nihai raporu, belirtilen hususlara dikkat edecek şekilde tamamlamasını ister.

TTK m.442/II uyarınca mahkeme, önce raporu şirkete tebliğ eder. Şirket raporu inceler. Hazırlanan raporun, şirket sırlarını ya da şirketin korunmaya değer diğer menfaatlerini zarara uğratıp uğratmayacağına ve buna göre hâkimden raporun istemde bulunan pay sahiplerine sunulmaması hakkında karar vermesini ister. Aynı husus CO Art.697e/II'de özel denetçinin raporunda; şirketin sırları ya da korunmaya değer başka menfaatleri varsa şirketin hâkimden raporda yer alan bu bölümlerin pay sahiplerinin incelemesinden çıkarılmasını isteyeceği şeklinde düzenlenmiştir. Aslında burada raporun tekrardan şirkete tebliğ edildiği bir durum söz konusudur.

Özel denetçinin, raporu ile ilgili şirketi dinlemesi, varsa yanlış anlaşılmalara engel olmak ve raporun doğru bir şekilde düzenlenmesini sağlamak içindir. Denetçi, TTK m.441/IV uyarınca raporu düzeltip mahkemeye sunar. Mahkeme, kendisine sunulan özel denetim raporunu tekrar şirkete yollar. Bunun nedeni, şirkete zarar verebilecek tehlikeli bölümlerin, şirket sırlarının ihlaline neden olabilecek bilgilerin veya şirketin korunmaya değer başka menfaatlerine zarar verebilecek bölümlerin varlığı söz konusu ise, bunların mahkemeye

bildirilmesi ve hâkimin, bu değerlendirmelere göre rapora müdahale edebilmesidir. Pay sahipleri ya da istemde bulunan pay sahipleri ayıklama işlemine iştirak etmemektedirler<sup>828</sup>.

Hâkim, özel denetim isteminde bulunanları dinlemeden, ama şirketin sırları ve pay sahiplerinin bilgi alma hakkı arasındaki menfaat dengesini temin ederek raporu sonuca bağlar. Hâkim, şirketin maruz kalabileceği zararı göz önüne alır ve gerekmediği sürece şirketin sırlarını tehlikeye atmaz. Ancak pay sahipleri için, pay sahipliğine ilişkin haklarını kullanabilmek açısından raporda yer alan bilgiler gerekli ise, bu takdirde bu bilgiler raporda kalacaktır<sup>829</sup>. Başka bir ifadeyle, şirket tarafından raporda yer alan bazı bölümlerin, şirketin sırlarını ihlal ettiği belirtilmiş olsa da, eğer özel denetçi ve hâkim, bu bölümlerin gerekli olduğunu düşünüyorsa, şirketin düşüncesine rağmen bilgilerin raporda kalacağı belirtilmiştir.

Böyle bir durumda, raporda şirketin, sırları ya da korunmaya değer başka menfaatleri var ise, bunların raporda yer alıp almayacağına neticede karar verecek olan hâkimdir. Nitekim TTK m.442/II'nin gerekçesinde, raporla ilgili hangi bilgilerin açıklanıp açıklanmayacağı kararının özel denetçiye değil, hâkime bırakıldığı ifade edilmiştir. Mahkeme, şirketin sırları ve korunmaya değer başkaca menfaatleri yönünden raporda (taslakta) bir ayıklama/temizleme işlemi yaptırır. Mahkemenin yapacağı bu ayıklama işlemi, düzenlemenin taraflar açısından menfaatler dengesini sağlayan bir özelliğidir. Zira sistem, özel denetçinin raporu yazıp vermesine, şirketin ve dilekçe sahiplerinin bir sürpriz veya oldubitti ile karşılaşmalarına müsait değildir<sup>830</sup>.

Hâkim belirtilen prensiplere bariz bir aykırılığın olduğunu düşünüyorsa re'sen de özel denetçiden raporun düzeltilmesini isteyebilir<sup>831</sup>. Şirketi bir kenara koyup başkaca bir karar alamaz. Dolayısıyla raporun şirkete tebliğ edilip şirket sırlarının ya da diğer korunmaya değer menfaatinin ne olduğunun belirlenmesi önemlidir. Hâkim şirketten gelen değerlendirmeye göre kararını verecek, hangi bölümlerin dilekçe sahiplerinin incelemesine sunulmayacağını tespit eder. Hâkimin ayıklama işleminde bulunacağı bölümler; özel denetimin konusuna girmeyen ve hukuki değerlendirmeler içeren kısımlar, şirketin sırlarını ihlal edebilecek

<sup>828</sup>(**Commentaire Romand**), s.968, N.4.

<sup>829</sup>Killias/Bertholet, s.262.

<sup>830</sup>TTK m.442/2'nin Gerekçesi, s.214.

<sup>831</sup>Killias/Bertholet, s.262, Casutt, 206; BaK-Weber, N.6, (**Commentaire Romand**), s.968, N.5.

nitelikte olan bilgiler, pay sahiplerinin pay sahipliğine ilişkin haklarını kullanmasına katkısı olmayacak olan bilgilerdir<sup>832</sup>.

Üçüncü aşamada hâkim, CO Art.697e/III, TTK m.442/3 uyarınca ayıklanmış (düzeltilmiş) raporu taraflara tebliğ edecektir. Mahkemeye verilecek olan özel denetçinin raporunun en az üç nüsha olarak düzenlenmesi gerekir. Ancak istemde bulunan azlığın birden fazla olması halinde bunlara da birer nüsha verilecek sayıda rapor düzenlenmelidir. Raporun bir nüsha olarak mahkemeye verilmesi halinde HMK m.280 burada kıyasen uygulanabilir ve özel denetçi raporunun tasdikli birer sureti taraflara tebliğ edilebilir<sup>833</sup>.

Burada şirketin, taraflara tebliğ edilecek olan raporun içeriğini sınırlama imkânının olmasından amaç şirketin menfaatlerinin daha iyi korunabilmesidir. Bu aşamada taraflara rapor hakkında değerlendirmelerini bildirmek ve ek sorular sorma imkânı tanınmaktadır. Mahkeme sorulan soruların özel denetçinin incelemesi kapsamında olup olmadığına karar verecektir. Eğer hâkim sorulan sorularla özel denetimin başlangıçtaki hedefinden uzaklaştığını düşünüyorsa bu takdirde pay sahiplerinden yeni bir özel denetim prosedürü başlatmalarını isteyecektir. Bu yeni istemde aynı usuli süreçlere tabii olarak yürütülecektir<sup>834</sup>.

Çalışmamızda sıkça kullanmış olduğumuz ve özel denetçinin de raporunda dikkat etmesi gereken en önemli konu şirketin sırlarını korumaktır. Bu nedenle şirket sırrı kavramının ne olduğunu açıklamakta fayda görüyoruz.

### C. Özel Denetimde Sırrın Önemi ve Sır Kavramı

Sır kavramının kökeni Arapça olup, bilinmesi, duyulması, açığa vurulması istenmeyen, gizli tutulan şey anlamına gelmektedir<sup>835</sup>. Genel olarak sır kavramı; işitmek, görmek ya da başka suretlerle öğrenilen ve maddi bir varlığa sahip olamayan, gizli, aleni olmayan ya da sınırlı sayıda kişinin bildiği ve saklı tutulması gereken bir husus olarak tanımlanmıştır<sup>836</sup>. Halk dilinde ifade edilmek istenilen konulara göre çeşitli şekillerde

<sup>832</sup>BaK-Weber, N.8; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 35 N.87; Gabrielli, 135, (**Commentaire Romand**), s.968, N.6.

<sup>833</sup>Domaniç, **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması (TTK Şerhi II)**, s754.

<sup>834</sup>Killias/Bertholet, s.263.

<sup>835</sup>Ayverdi, **Misalli Büyük Türkçe Sözlük**, s.2815.

<sup>836</sup>Erem/ Altıok/ Tandoğan, s.333, (Zühtü Aytaç, "Anonim Ortaklık Denetçilerinin Sır Saklama Yükümlülüğü", **Batider**, 1979, S.1, C.X, s.183)., sırrın (secret, geheimnis) sözlük anlamı, kimseye söylenmemesi, gizli tutulması gerekli olan şey olarak yapılmıştır. Bkz. Aslı E. Gürbüz Usluel, **Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s.5.

kullanılan sır kavramı hukuk dilinde de kapsam ve nitelik açısından bir bütünlük göstermemektedir. Fakat rekabet ve ortaklıklar hukuku açısından bir hususun sır olarak kabul edilip nitelendirilebilmesi için gerçeklik, bilinmezlik, gizli tutma iradesi, sır konusunun saklanması bir yararın bulunması gibi kriterlerin aranacağı belirtilmiştir<sup>837</sup>.

Ortaklıklar hukuku bakımından bir konunun sır sayılıp hukuki açıdan korunabilmesi için bazı koşullar vardır. Bunlardan birincisi, sırrın sahibi gerçek ya da tüzel kişinin gerçekte onun gizli tutulması yönündeki iradesinin varlığıdır. Buna gizli tutma iradesi denir. İrade teorisi (*Willenstheorie*) denilen bu teoriye göre bir konunun sır olarak kabul edilip edilmemesi sırrın sahibinin iradesine bağlıdır<sup>838</sup>. Bir konu pay sahipleri ya da üçüncü kişiler tarafından biliniyor veya bilinmesi gerekiyorsa, bu konu yönetim kurulu tarafından sır olarak nitelendirilse bile objektif kıstaslara göre sır olarak nitelendirilemez<sup>839</sup>.

Yukarıda belirttiğimiz üzere bir şeyin sır olarak kabul edilebilmesi için sır olarak nitelendirilen hususun saklanması özellikle ekonomik menfaatin bulunması gerekir. Böyle bir şeyde anonim ortaklığın menfaatinin bulunduğunu iddia eden gerçek ya da tüzel kişinin bu iddiasını ispat etmesi gerekir<sup>840</sup>. Tıpkı gerçek kişilerde olduğu gibi, tüzel kişilerin de kişi özgürlüğü bağlamında değerlendirilebilecek bir ekonomik özgürlük ve gizlilik alanı bulunmaktadır. Bir anonim ortaklığın ekonomik kişilik alanı olarak nitelendirilen alan; şirketin iş sırlarını, teknik sırlarını (buna fabrika sırları da denilmektedir) kapsayıp aynı korumadan yararlanmaktadır. Her iki alan (iş sırrı ve teknik sır) “ortaklık sırrı”<sup>841</sup> üst kavramı ile ifade edilmektedir<sup>842</sup>.

<sup>837</sup> Aytaç, **Anonim Ortaklık Denetçilerinin Sır Saklama Yükümlülüğü**, s.184.

<sup>838</sup> Kaya, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı**, s.264, Aytaç, **Anonim Ortaklık Denetçilerinin Sır Saklama Yükümlülüğü**, s.184.

<sup>839</sup> Kaya, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı**, s.264. Bu yaklaşım pozitif hukuka da etki etmiştir. AktG § (131/4) uyarınca eğer bir pay sahibi GK dışında bir bilgi edinirse, her bir pay sahibinin şirket sırrı engeline takılmaksızın bu bilginin GK’ da kendisine ya da GK’ ya verilmesini isteme hakkı bulunmaktadır., a.g.e., s.264, Dipnot:260.

<sup>840</sup> Aytaç, **Anonim Ortaklık Denetçilerinin Sır Saklama Yükümlülüğü**, s.184.

<sup>841</sup> Doktrinde kavram genel olarak farklı şekillerde kullanılmıştır. Örneğin *İmregün*, bilgi alma hakkı ile ilgili olarak pay sahibine genel kurul ya da yönetim kurulu tarafından şirkete ait defterleri ve muhaberatı inceleme yetkisi verildiğinde eğer pay sahibi “ortaklığa ait ticari sırları” öğrenirse ve daha sonra pay sahibi olma sıfatını kaybederse, bu takdirde bile ortaklığa ait olan sırları saklamak zorundadır. İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, b.4, s.307, *Tekil*, ister görevde iken ister ayrıldıktan sonra olsun, “işletmenin sırlarını” saklama ve dosyalarını iade etme şeklindeki borçların güven ilişkisi üzerine kurulu olan ilişkinin doğal bir gereği olduğunu belirtmiştir. Yazar işletme sırrı olarak bu kavramı ifade etmiştir. Tekil, **Şirketler Hukuku (Anonim Şirketler)**, s.255., *Tekinalp*, ortak sırrı kavramının *inter alia*; yatırım, alan itibarıyla genişleme, rekabet ve hedef kitlelere yönelme, onları elde etme stratejisi gibi hususlarda yeni ortaklık ve iş birliği olanaklarının araştırılması, ortaklıklarla, iş birliği olanakları ile alakalı temasların neticelerinin değerlendirilmesi, sağlanması düşünülen teknoloji ve fikri mülkiyet hakları, yeni ürünler, maliyet ve fiyatı ile buna benzer konuları kapsadığını belirtmiştir. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, b.4, s.379, N.14-81a.

<sup>842</sup> Kaya, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı**, s.265.

Nitekim **Kaya**, üçüncü kişilere ya da pay sahiplerine karşı açıklanması tehlikeli olabilecek ve tüm sırları kapsayacak olması ve daha geniş bir kavram olduğu için iş sırları yerine ortaklık sırrı kavramının kullanılmasını daha uygun görmektedir. Zira fabrika (teknik sırlar) ve ticaret sırları (iş sırları) ortaklık sırlarının bir bölümünü oluşturmaktadır<sup>843</sup>.

**Aytaç**, iş ve işletme sırlarının ve ticari sırların, bir ticari ortaklıkta hususiyetle de anonim ortaklıkta ortaklık sırrı olarak karşımıza çıktığını ancak ortaklık sırlarının her daim bu sıklardan oluşmadığını belirtmiştir. İş ve ticaret sırları ortaklık sırlarının sadece bir bölümünü teşkil etmektedir. Zira, iş ve işletme sırlarının ortaklık için ekonomik bir değeri bulunmakta olup bunların açıklanması halinde ortaklığın malvarlığına ilişkin bir zarar söz konusu olabilecektir. Hâlbuki bir tüzel kişilik olan anonim ortaklıklarda, ortaklığa ilişkin sırların açıklanması, her zaman ekonomik bir zararın doğumuna neden olmaz. Ancak ekonomik nitelikte olmayan manevi bir takım zararlar da doğabilir<sup>844</sup>.

TTK m.404/I'de, denetçilerin sır saklama yükümlülüğünün düzenlendiği madde de denetçilerin faaliyetleri sırasında öğrenmiş oldukları ve denetimle ilgili olan “iş ve işletme sırlarını” izin almaksızın kullanamayacakları düzenlenmiştir. Kanun da iş ve işletme sırrı olarak kavramın kullanıldığını görüyoruz. 6335 sayılı kanun değişikliği öncesi işlem denetçisinin de TTK m.404/I uyarınca denetlediği ortaklıkta öğrenmiş olduğu iş ve işletme sırlarını izinsiz olarak kullanamayacağı belirtilmiştir. **GürbüzUsluel** burada esas olarak kullanılmaması gereken sırların, ortaklığın ticari sırları olduğunu belirtmiştir<sup>845</sup>. Yazar ticari sır tanımını şu şekilde yapmıştır;

*Ticari sır, bir ticari işletme ya da şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları veya diğer görevlileri tarafından bilinen, elde edilebilen, gizliliği nedeniyle rakiplerince bilinmemesi ve üçüncü kişilere açıklanmaması gereken, ancak mevzuatın gerekli kıldığı hallerde yetkili mercilere verilebilen, ticari işletmenin ve şirketin ekonomik hayattaki başarı ve verimliliği için büyük önemi bulunan ve ekonomik menfaat sağlayan; işletme ya da şirketin gizli kalması için hal ve şartlara göre gerekli güvenlik önlemlerini aldığı, hâlihazırda ya da olası bir ekonomik değer taşıyan, sahibinin sırrın gizli*

<sup>843</sup>Kaya, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı**, s.265-266. Gerçekten de sırlar çeşitlidir. Banka sırları, iş ve işletme sırları, ticari sırlar, imalât sırları, ihtira sırları, istatistik sırları, meslek sırrı, ortaklık sırrı, vb. **Aytaç**, **Anonim Ortaklık Denetçilerinin Sır Saklama Yükümlülüğü**, s.185.

<sup>844</sup>Aytaç, **Anonim Ortaklık Denetçilerinin Sır Saklama Yükümlülüğü**, s.187.

<sup>845</sup> Ticari sırlar, öncelikli olarak bu sırlara ulaşmak isteyen kişilere karşı korunmalıdır. Bu kişiler rakipler ve o alandaki uzmanlardır. Ticari sırlara ulaşmakta en çok menfaati olan kişiler bu kişilerdir. Bkz. Hamdi Yasaman, “Patent Hukukunda Ticari Sırların Korunması”, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı**, 2009, editör: Tekin Memiş, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, (s.367-389), s.369.

*kalması yönünde açık veya örtülü iradeye sahip olduğu gizli bilgidir.* şeklinde tanımlamıştır<sup>846</sup>.

Ortaklık sırrı, daha genel anlamda korunması gereken ortaklık menfaatine karşılık gelmektedir. Konu hakkında Federal mahkeme bir kararında sırrın, ortaklığın meşru menfaatlerinin ifşa edilmemesinin gerektirdiği ekonomik hayata ilişkin tüm verileri kapsamakta olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle Türk Hukuku açısından da ortaklık sırrı kavramından anlaşılması gereken korunması gereken ortaklık menfaatleridir. Başka bir ifadeyle, bir olayın veya konunun açıklanması ile şirketin güncel ve görünen bir menfaati zarar göreceksenin rekabet gücü azalacaksa bu tarz bilgilerin yöneticiler veya denetçiler tarafından açıklanmaması gerekir<sup>847</sup>.

Bilgi alma ve inceleme hakkının düzenlendiği TTK m.437/III'de ise, bilgi verilmesi, sadece, istenilen bilgi verildiği zaman “şirket sırlarının” açıklanacağı veya “korunması gereken diğer şirket menfaatlerinin” tehlikeye girebileceği gerekçesi ile reddedilebileceği düzenlenmiştir<sup>848</sup>. Bu nedenle, özel denetim raporunda yer alan bir konunun, şirket sırrı teşkil edip etmediği hakkında karar verebilmek için, rapor ilk olarak sırrın sahibi şirkete tebliğ edilmektedir.

İsviçre’de, özel denetçinin sır saklama yükümlülüğü iş sırları ile ilgilidir. Özel denetçi sır saklamakla yükümlülüğü mutlak olup şirketin sırlarının korunması ile ilgilidir. CO Art.697e/I uyarınca özel denetçi raporunu düzenlerken şirketin sırlarını korunmalıdır. Kanunun bu düzenlemesi yanlıtıdır. Zira özel denetçi, şirket sırlarına zarar verebilecek bir konumdadır. Ancak görevi gereği gerekli gördüğü bilgileri de raporuna koymalıdır. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere bu konu hakkında son karar, hâkime aittir. Hâkim, objektif kıstaslara göre o bilginin ya raporda yer almasına ya da çıkartılmasına karar verecektir. Bu son süreçte hâkim menfaatler dengesini (*pondération des intérêts*) sağlamalıdır. Hâkim, o bilginin şirkete zarar verme ihtimalini görse de, eğer bilgi pay sahipleri için gerekli ise, özel

<sup>846</sup>Aslı Elif Gürbüz Usluel, “Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticaret Ortaklıklarının Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmesinde İşlem Denetçisi ve Hukuki Sorumluluğu”, **Batider**, Y.2011, S.21, C.XXVII, s.150-151.

<sup>847</sup>Kaya, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı**, s.266.

<sup>848</sup>Burada amaç şirketin üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesi sakıncalı olan ve şirketin rekabet etme gücünü olumsuz etkileyecek ve şirkete zarar verecek olan bilgilerin açıklanması önlenmek istenmektedir. Bir bilgi kanunun amacına aykırı olarak isteniyorsa ya da bilginin yayılması şirketin önemli bir menfaatini tehlikeye düşürüyorsa ya da düşürecekse şirket açısından zarar ya da zarar tehlikesi var demektir. Yukarıda belirttiğimiz üzere bu zararın mutlaka ekonomik olması gerekmez. Şirketi manevi açıdan da yıpratacak her tür bilgi korunmaya değer bilgidir. Bilginin verilmesi şirketin müşteri kaybetmesine neden olabilir ya da şirkete kredi verenlerin ya da vermeyi düşünenlerin kararını etkileyebilir. İşte sözünü ettiğimiz zarar ya da zarar tehlikesi bu örneklerde kendini göstermektedir. Kaya, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı**, s.268.



denetimin içeriğine de bakarak, kalması gereken bilgi, sınırları belirlenen konu ile ilgili ise, raporda yer almasına karar verecek, aksi halde bu bilginin olduğu bölümün çıkartılmasına karar verecektir. Bu açıdan şirket sırlarının, pay sahibinin bilgi alma hakkına, mutlak anlamda bir önceliğinin bulunmadığı görülmektedir.

Özel denetim müessesesi ile kanun koyucu aslında, şirketin iç işleri ile ilgili bilgilerin ifşa edilebilme riski ile karşı karşıya kalabileceğın baştan kabul etmektedir. Şirketin zarar görebilme riski söz konusu olacaktır zira denetçinin pay sahiplerinin bilgi istemine cevap verebilmesi için şirket hakkındaki bilgilere ihtiyacı olup görevi ifa sırasında bu bilgileri elde etmektedir. Bu gelişmelerin uzun vadede şirketler açısından da global ve pozitif etkileri olacağı umulmaktadır<sup>849</sup>.

Taraflar arasındaki denge sağlanırken, hâkimin objektif kriterleri göz önüne alması gerektiğini belirttik. Bu nedenle pay sahipleri açısından baktığımızda bilgi pay sahiplerinin pay sahipliğine ilişkin haklarını kullanmaları için gerekli ise bilgiler raporda yer alacaktır. Fakat mümkün olduğu ölçüde şirket açısından son derece hassas olan bilgilere raporda yer vermemek gerekir<sup>850</sup>. Burada şirket açısından hassasiyet arz eden bilgilere örnek olarak; şirketin fabrika bilgileri, teminatlarının içeriği, müşterilerinin listesi ve bunun gibi benzer bilgilerdir.

Bu bilgiler hakkında prensipte pay sahiplerinin bilgi almaları gerekli değildir. Ayrıca bunlarla pay sahipliğine ilişkin haklarını daha iyi kullanacaklarını da ileri süremezler. Bu nedenle bu tarz bilgilerin raporda yer almaması gerekir. Doktrinde bazı yazarlar şirket sırrı kavramının geniş şekilde yorumlanması gerektiğini ve bu kavramın aynı zamanda şirketin korunmaya değer menfaatlerini de içine alacak şekilde algılanması gerektiğini düşünmektedirler<sup>851</sup>. Biz de şirket ya da ortaklık sırrı denen kavramın ortaklığın/şirketin korunmaya değer menfaatlerini de kapsayacak bir kavram olarak algılanması ve kararın buna göre verilmesi gerektiğini düşünüyoruz<sup>852</sup>.

Burada şunu belirtmeliyiz ki eğer şirkete zarar verme ihtimali olan bilgilerin (mesela şirkette kötü bir yönetim varsa bu bilginin verilmesi direkt olarak kamunun o şirkete olan

<sup>849</sup>BaK-Weber, N.7, (Commentaire Romand), s.969, N.7.

<sup>850</sup>BaK-Weber, N.4; Casutt, 207; Pauli, 201, (Commentaire Romand), s.969, N.8.

<sup>851</sup>BaK-Weber, N.5; Message 1983, 856; Pauli, 171, (Commentaire Romand), s.969, N.10.

<sup>852</sup>Aynı yönde; Kaya, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, s.266, Ayaç, Anonim Ortaklık Denetçilerinin Sır Saklama Yükümlülüğü, s.187.

güvenini etkileyecekse) çıkartılması istenirse o zaman da özel denetimin yapılma amacı kalmayacaktır<sup>853</sup>.

Doktrinde bir başka akımda şirketin herhangi bir menfaatinin olduğunu iddia ettiği konuda bu bilginin ifşa edilmesinin kendisini bir zarara maruz bırakabileceğini ikna edici bir şekilde ortaya koyabilmesi halinde (ancak bu bilgilerden kanuna ya da esas sözleşmeye aykırılık teşkil edenler hariç) ya da kamusal bir menfaat söz konusu ise bu takdirde bu bilgilerin açıklanması (internetten ya da başka yollardan) engellenmelidir<sup>854</sup>. Özel denetçi tarafından belirlenip tespit edilen her konu şirket sırlarını ihlal etmez. Bu nedenle her tespit rapordan çıkarılması talep edilemez. Eğer raporda gerçekten çıkartılması (ayıklanması) gereken önemli bilgiler varsa bu takdirde özel denetçi gerekirse tarafları rapor hakkında görüşlerini dinlemek için çağırabilir<sup>855</sup>.

#### **D. Şirketin ve Özel Denetim İsteminde Bulunan Pay Sahiplerinin Rapor Hakkında Görüşleri, Raporun İşleme Konulması ve Açıklanması**

Yukarıda belirttiğimiz üzere üçüncü aşamada hâkimin ayıklanmış raporu şirkete ve pay sahiplerine (dilekçe veren) yolladığı belirtilmiştir CO Art.697e/III. İlgili madde uyarınca istemde bulunan pay sahipleri ile şirket, rapor taslağının içeriği hakkında görüşlerini bildireceği gibi ek sorular sorma imkânına da sahiptir. TTK m.442/3 uyarınca, mahkeme tarafından şirkete ve istem sahiplerine kendilerine tebliğ edilen (açıklanan) özel denetim rapor taslağı ile ilgili olarak değerlendirmelerde bulunmak ve ek soru sorma imkânı tanır.

Gerekçede de ifade edildiği üzere ayıklanmış rapor taslağı hakkında şirketin ve dilekçe sahiplerinin görüş beyan edip ek sorular sormasına imkân verilerek amaca hizmet etmeyen ve şirkete zarar verebilecek nitelikte olan bir raporun verilmesine engel olunmak istenmiştir<sup>856</sup>. Bu kişiler özel denetçiye raporu hakkında ek sorular sorabilirler. Ancak bu sorulan sorularda rapor yeterli açıklıkta değilse sorulacaktır. Ayrıca sorulan soruların çerçevesini yine özel denetim yapılan konunun sınırları oluşturmaktadır.

Özel denetçinin hukuki bir değerlendirmede bulunması istenemez. Ayrıca, özel denetçi görevini ifa esnasında inceleme konusunu da kendisine göre genişletemez. Zira, daha

<sup>853</sup>Pauli,171; Casutt, 212; Forstmoser,113, (**Commentaire Romand**), s.969, N.10.

<sup>854</sup>Casutt, 211, (**Commentaire Romand**), s.969, N.10.

<sup>855</sup>BaK-Weber, N.7; Böckli, § 16 N.70, (**Commentaire Romand**), s.969, N.11-12.

<sup>856</sup>TTK m.442/III'ün Gerekçesi, s.214.

başta hâkim özel denetimle açıklığa kavuşturulacak konu ya da konuların sınırlarını tespit etmiştir<sup>857</sup>. Burada, ek sorulara verilecek cevaplar istemde bulunan pay sahiplerinin, pay sahipliğine ilişkin hakları için gerekli nitelikli olmalıdır<sup>858</sup>. Özel denetçiye ek sorular sorularak, ondan inceleme işini nasıl yaptığı ya da incelenmesi istenilen konunun tekrardan araştırılması gibi bir istemde bulunulamaz.

Eğer hâkim, tamamlayıcı (ek) sorular sormaya izin verirse, özel denetçiyi raporunu tamamlaması için görevlendirir. Buna karşılık sorulan sorularla özel denetim başlangıçtaki amacından çok uzaklaşıyorsa, belirlenen sınırların ötesine geçme gibi bir durum söz konusu ise pay sahiplerinin bu gibi bir durumda yeni bir özel denetim prosedürü başlatmaları gerekir<sup>859</sup>.

Özel denetçinin raporu hakkında görüş bildirme CO Art.697f/I, TTK 443/2 uyarınca aynı zamanda genel kurula da verilmiştir. İlgili kanunda yönetim kurulunun denetçi raporunu bir sonraki genel kurulun görüşüne sunmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Özel denetçi raporunun genel kurulda pay sahiplerinin değerlendirmesine sunulması pay sahipleri açısından büyük önem arz etmektedir. Zira böyle bir imkân ile pay sahipleri tüm özel denetim sürecini ortaya yatıracaklar ve görüş bildireceklerdir. CO Art.697f/I özel denetim raporunun, taraflar (hem şirketin hem de istemde bulunan pay sahiplerinin rapor hakkındaki görüşleri) bir sonraki genel kurulda (ki bu genel kurul olağan ya da olağanüstü olabilir) yönetim kurulu tarafından sunulacağı şeklindedir. Burada özel denetim istemi reddedilse bile raporun son halinin sunulacağı yer genel kuruldur<sup>860</sup>.

TTK m.443/I, yönetim kurulunun ilk genel kurula özel denetçinin raporunu sunarak buna ilişkin değerlendirmelerini alacağı düzenlenmiştir. Özel denetim incelemesi sonucunda ağır kusurların işlendiği tespit edilmişse raporun yalnızca istemde bulunan dilekçe veren pay sahiplerine verilmesi, özel denetimin amacına ulaşması açısından verimli bir sonuç alınmasına engel olabilir. Bu nedenle TTK' da ve kaynak kanunda yönetim kurulunun özel denetçi raporunu genel kurulun değerlendirmesine sunması önemlidir. Burada önemli olan yukarıda da belirttiğimiz üzere genel kurul tarafından özel denetim istemi kabul edilmemiş bile olsa yönetim kurulunun özel denetçi raporunu ve mahkeme aşamasında verilmiş bulunan değerlendirmeleri ilk genel kurula sunmasıdır. O halde özel denetçinin raporunun son hali,

<sup>857</sup>Pauli,172; Casutt, 219; BaK-Weber, N.9, (**Commentaire Romand**), s.970, N.13.

<sup>858</sup>Pauli,173; Casutt, 220; Horber, 406, (**Commentaire Romand**), s.970, N.13.

<sup>859</sup>Killias/Bertholet, s.261; BaK-Weber, N.9; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 35 N 90ss, (**Commentaire Romand**), s.970, N.14.

<sup>860</sup>Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 35 N.100; BaK-Weber, N.1, (**Commentaire Romand**), s.974, N.1.

( tarafların görüşleri alındıktan sonraki hali) yönetim kurulu tarafından bir sonraki olağan ya da olağanüstü genel kurulda pay sahiplerinin önüne sunulur<sup>861</sup>. Raporun sunulması için genel kurulun mutlaka olağanüstü toplantıya çağırılması gibi bir zorunlulukta bulunmamaktadır. Fakat azlık TTK m.411 uyarınca genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırabilir.

İsviçre Hukuku'nda da, özel denetim isteminde bulunan azlık pay sahiplerinin CO Art.699/III<sup>862</sup> uyarınca azlık pay sahibi olduklarını belirterek genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırabilecekleri düzenlenmiştir<sup>863</sup>. Raporun sunulması için belirli bir süre öngörülmemiş olmakla beraber genel olarak hem Türk hem İsviçre Hukuku'nda bir sonraki genel kurula sunulması öngörülmüştür. Fakat özel denetim isteminde bulunan azlık pay sahiplerince TTK m.411, CO Art.699/III uyarınca genel kurulun olağanüstü olarak toplanması istenebilir.

Her ne kadar kanunda açık olarak belirtilmemişse de CO Art.696'nin kıyasen uygulanması ve raporun genel kurul sırasında daha sağlıklı bir şekilde tartışılabilmesi için genel kurul toplantısından 20 gün önceden pay sahiplerinin bilgisine sunulması gerekir<sup>864</sup>.

Özel denetçinin raporu yönetim kurulunun veya azlığın bu konuya ilişkin bir talebi olmadan genel kurul kararına konu olamaz. Başka bir deyişle, raporun genel kurulda tüm pay sahipleri ile müzakere edilebilmesi için gündemde gösterilmiş/belirtilmiş olması gerekir<sup>865</sup>. Bu şekilde özel denetim raporu genel kurul sırasında tüm pay sahiplerinin önünde ve mümkünse özel denetçi tarafından okunarak ve yorumlanarak sunulmalıdır.

## E. Özel Denetim Raporlarının Sonuçları

İsviçre doktrininde özel denetim raporunun niteliği ve müzakeresinin sonuçları hakkında farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlarca özel denetim raporu bir yönlendirme, başvuru ve bilgi alma kaynağı ve mütalâa olup bağlayıcı özelliği bulunmamaktadır. Bu raporu bağlayıcı (*acceptation formelle*) olarak kabul etmek imkânsızdır<sup>866</sup>. Rapor bir sorumluluk

<sup>861</sup>Killias/Bertholet, s.263.

<sup>862</sup>CO Art.699/III'de esas sermayenin %10'unu temsil eden bir ya da birden fazla pay sahibinin GK' nın toplanmasını isteyebileceği düzenlenmiştir. (**Commentaire Romand**), s.990.

<sup>863</sup>Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §35, N.101, (**Commentaire Romand**), s.974, N.3.

<sup>864</sup>Dettwiler, 85; Böckli, N.1890; BaK-Weber N.2; aksi yönde, Casutt, 221, (**Commentaire Romand**), s.974, N.3.

<sup>865</sup>Pauli,174; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §35 N.102, (**Commentaire Romand**), s.974, N.4.

<sup>866</sup>Pauli, 174; Böckli § 16 N.79; Montavon, t.3, 273; aksi görüştekiler; Casutt, 221; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel § 55 N.102; BaK-Weber, N.2, (**Commentaire Romand**), s.974, N.5.

davası açıldığı zamanda bu niteliğini korur. Genel kurulda özel denetçinin raporunun muhtemel sonuçları hakkında karar verilir<sup>867</sup>. Özel denetim raporunun sonucuna göre sorumluluk davası açmaya yer olup olmadığı hakkında karar verilecektir<sup>868</sup>.

Genel kurul, bir önceki faaliyet yılı için şirket organlarının ibra<sup>869</sup> edilmesine ilişkin kararı onaylayabileceği gibi, bu kişiler hakkında sorumluluk davası açılmasına ilişkin bir karar da verebilir. Özellikle azlık pay sahipleri bu konuda dava açıp açılmayacağı hakkında karar vermektedir<sup>870</sup>. Özel denetçinin genel kurul toplantısında bulunması gerektiği TTK m.407/II<sup>871</sup>'nin geniş yorumundan çıkartılmaktadır<sup>872</sup>. Gerekçede TTK m.407/II'nin amacının; pay sahiplerinin, yönetim ve denetime ilişkin sorularının cevaplandırılması olduğu belirtilmiştir. Kanunda yönetim kurulu üyelerinin, denetçilerin açıkça görüş açıklayabilme hakları düzenlenmiştir<sup>873</sup>.

Bu nedenle özel denetçilerin (özel incelemecilerin) genel kurul müzakerelerine katılmaları ve pay sahiplerinin kendilerine yöneltecekleri soruları cevaplandırmaları

<sup>867</sup>Killias/Bertholet, s.263; Hirsch, 420, (**Commentaire Romand**), s.974, N.5.

<sup>868</sup>Killias/Bertholet, s.263.

<sup>869</sup>Özel denetim yapılan bir şirket için her ne kadar raporun bağlayıcılığı olmasa da denetçinin raporda tespit ettiği hususlar pay sahipleri açısından önemlidir. Nitekim Yargıtay 11. H.D.'nin 14.12.1992 Tarihli, E. 7040/K. 11360 Kararında bir AO'da özel denetçi seçilmişse, bu denetçilerin raporu incelenip bir değerlendirme yapılmadan genel kurul tarafından ortaklık bilançosunun görüşülerek, bu bilançonun onanmasına ya da reddine karar verilemeyeceğine hükmetmiştir. Karar için Bkz. Gönen Eriş, Anonim Şirketler Hukuku, 1995, Seçkin Yayınevi, s.444-445.

<sup>870</sup>Killias/Bertholet, s.263.

<sup>871</sup>TTK m.407/2 uyarınca... Denetçi genel kurulda hazır bulunur. Üyeler ve denetçiler görüş bildirebilirler.

<sup>872</sup>TTK m.443'ün Gerekçesi, s.214. TTK m.407/I'in Gerekçesinde, genel kurulun şirket işlerine ilişkin kararların alındığı bir iç organ olduğu ve şirketin iradesinin oluşumuna aracı olan pay sahipliği haklarının kural olarak bu organda kullanıldığı düzenlenmiştir. TTK m.407/II hükmü ise yeni bir hüküm olup genel kurula katılacak olan kişileri tespit eden bir düzen hükmüdür. Bu fıkrada belirtilen kişilerin genel kurula katılmaması genel kurulda alınan kararların geçerliliğini etkilememektedir. Ancak yönetim kurulu üyesinin, murahhas üyenin ve denetçinin genel kurula katılımı ile pay sahiplerinin bilgi alma hakkı arasında bir bağlantı kurulduğu görülmektedir. Anonim Ortaklık yöneticilerinin ve denetçilerinin genel kurulda bulunmasının nedeni, TTK m.437/II uyarınca pay sahiplerine gerekli açıklamaları yapmak ve sorularına cevap vermektir. Dolayısıyla bilgi alma hakkı kapsamında genel kurula katılan pay sahiplerinin, yönetim kurulundan şirketin işleri hakkında, denetçilerden de denetimin yapılaş şekli ve sonuçları hakkında bilgi isteme hakları bulunmaktadır. Bu nedenle bu kişilerin yani Yönetim Kurulu üyelerinin, denetçilerin genel kurula katılmadıkları zaman pay sahiplerinin bilgi alma haklarını da engellemiş olacakları görülmektedir. Eğer bilgi alma hakkının kullanılmaması ile genel kurulda alınan kararlar arasında böyle bir bağlantı bulunuyor ise yönetim kurulu üyelerinin, murahhas üyelerin ve denetçilerin toplantıya katılmamaları halinde alınan kararların (genel kurul kararlarının) iptali istenebilecektir. **Huysal** yönetim kurulu üyesinin toplantıya katılmaması nedeniyle bilgi alma hakkı ihlal edilen ama bu hakkını kullanmak isteyip de kullanmamış olan pay sahibinin bilgi almayı talep ettiği konu ile ilişkili olan genel kurul karar veya kararlarının iptalini isteme hakkı olduğunu belirtmiştir. Bilgi alma hakkını kullanmamış olan pay sahibinin böyle bir durumda olumsuz oy kullanıp bilgi alamadığı konuda karar alınmasına ilişkin muhalefetini şerh ettirmesi gerekir. Ancak toplantıya katılmamış, bilgi alma hakkını kullanmamış olan pay sahibinin genel kurul kararının iptali isteyemeyeceğini belirtelim. Yazar şirketin, bilgi alma hakkını kullanmamış olan pay sahibinin oyunun karara etkisinin olmadığını ileri sürememesi gerektiğini düşünmektedir. Zira pay sahiplerinin bilgi alma hakkı genel kurulda kullanılır ve genel kurulda aktarılan bilgiler pay sahiplerinin o konu hakkındaki kararlarına etki etmektedir. Huysal, **Şirketler Hukuku- (9. Bölüm "Genel Kurul")**, s.510.

<sup>873</sup>(TTK m.407/II)'nin Gerekçesi, s.197.

kanımızca son derece önemlidir. Her ne kadar özel denetim raporu taslağı ile ilgili olarak hem şirketin hem de istemde bulunan pay sahiplerinin, rapor son halini almadan önce görüş bildirme ve TTK m.442/3 uyarınca ek soru sorabilme hakkı bulunsa da, genel kurulda tüm pay sahiplerine raporun açıklanması ve pay sahiplerinin konular hakkında bilinçlendirilmesi ve pay sahipliği haklarını daha doğru bir şekilde kullanabilmelerine fırsat vermesi açısından, kanımızca özel denetçinin TTK m.443/1 uyarınca, genel kurula geçerli bir mazereti olmadığı sürece katılımı zorunludur. Fakat İsviçre Hukuku'nda da, özel denetçinin genel kurula katılması zorunlu değildir<sup>874</sup>.

Özel denetim raporunun aynı zamanda genel kurulda sunulması, bir diğer ifadeyle, aleniyet kazanması, özel denetim konusunun müzakere edilmesine ve istemde bulunan pay sahiplerinin raporla ilgili görüşlerini ve yorumlarını diğer pay sahipleri ile paylaşmasına ve onların önerilerini alabilmelerine imkân vermektedir. Özel denetçinin raporunun genel kurulda sunulması, tarafların rapor karşısında pozisyon almalarına, bir başka anlatımla, bir araya gelip tartışmalarına ve birbirlerinin kişisel düşüncelerini öğrenebilmelerine ve incelemesi yapılan olayların hukuki değerlendirmesini yapabilmelerine imkân vermektedir<sup>875</sup>. Yönetim kurulunun, pay sahiplerini hem özel denetim raporu (tez) hem de kendi değerlendirmeleri (anti-tez) hakkında bilgilendirmesi gerekir. Burada tıpkı şirketin yılsonu finansal tablolarında olduğu gibi, özel denetim raporunun ve yönetim kurulunun raporla ilgili görüşünün de şirket merkezinde pay sahiplerinin görüşüne sunulması yerinde görülmektedir<sup>876</sup>.

Özel denetim raporu İsviçre Hukuku'nda Ticaret Sicili Gazetesinde yayımlanmamaktadır<sup>877</sup>. Bu özel denetimin doğal bir sonucudur. Zira özel denetim pay sahipliğine ilişkin bir haktır<sup>878</sup>. Ancak doktrinde bazı yazarlar<sup>879</sup>, pratikte konu ile ilgili olan alacaklıların, işçilerin ya da diğer üçüncü kişilerin ancak pay sahipleri yanında rapora ulaşabilmelerinin mümkün olduğunu belirtmişlerdir. Bu kişiler ancak pay sahiplerinin yanında rapora bakabilirler. Zira bu kişilerin (alacaklılar, işçiler, üçüncü kişiler) şirkete karşı

<sup>874</sup>Killias/Bertholet, s.263., Pedroja, 708ss; BaK-Weber, N.2, (**Commentaire Romand**), s.974, N.3.

<sup>875</sup>Pauli,173; Casutt, 219; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel § 35 N.92, (**Commentaire Romand**), s.970, N.15.

<sup>876</sup>Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, s.519.

<sup>877</sup>BaK-Weber, N.3; Böckli, § 16 N.82, (**Commentaire Romand**), s.974, N.2.

<sup>878</sup>Killias/Bertholet, s.263; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 35 N.104; BaK-Weber, N.2, (**Commentaire Romand**), s.974, N.2.

<sup>879</sup>Pauli, 173; Horber, 407; Casutt, 190, (**Commentaire Romand**), s.974, N.2.

sadakat yükümlülükleri yoktur. Bu nedenle bu kişilere rapor verilirse raporu, üçüncü kişilere gönderme ihtimalleri olduğu için bu kişilere raporun verilmesi uygun görülmemiştir<sup>880</sup>.

TTK m.443/II, CO Art.697f/II, her bir pay sahibinin genel kurul toplantısını izleyen bir yıllık süre içerisinde şirketten raporun ve yönetim kurulunun görüşünün bir suretinin verilmesini isteyebilir. TTK m.443/II'de konu ile ilgili açıklama yapılmamakla birlikte kanunun açık lafzı karşısında alacaklıların ya da işçilerin raporu inceleme hakkının bulunmadığını zira bu hakkın pay sahiplerine özgü bir hak olduğu ve pay sahiplerinin pay sahipliğine ilişkin haklarının kullanılması için gerekli olduğu zaman istenebileceğini belirtmiştik. Dolayısıyla pay sahipleri dışındaki kişilerin raporu inceleyemeyeceği görüşündeyiz<sup>881</sup>.

Özel denetim süreci hâkimin CO Art.697f/I uyarınca raporun genel kurula sunulmasına izin vermesi ile son bulur. Bu aşamadaki süreçte hâkimin görevi sadece raporun ve rapor hakkındaki değerlendirmelerin tamamlanmasının sağlanmasıdır. Yani bu aşamada artık raporun içeriğine müdahalede bulunmaz. Hâkim hiçbir zaman tarafların görüş bildirmelerine ilişkin sürece müdahale de edemez. Özel denetim sürecinin yararlı bir süre içerisinde yürütülmesine gerekmektedir. Zira özel denetim amaca yararlı bir süre içinde yapılmalı ve tamamlanmalıdır. Dolayısıyla süreci uzatacak her türlü işlem özel denetimden beklenen faydanın alınmasına engel oluşturacaktır. Bu sebeple hâkimde özel denetim sürecini çok uzatmamalıdır.

## **F. Özel Denetim Raporunun Suretinin Alınması Hakkı**

CO Art.697f/II ve TTK m.443/II uyarınca her pay sahibinin, genel kurul toplantısını izleyen bir yıllık süre içerisinde şirketten özel denetim raporunun ve yönetim kurulunun görüşünün bir suretinin verilmesini isteyebilir. Burada her pay sahibinin şirketten raporun ve raporla ilgili görüşlerin birer suretinin verilmesini isteme hakkı bulunmaktadır. Alacaklıların, işçilerin ya da üçüncü kişilerin rapor sureti ve rapora ilişkin görüşleri isteme hakkı yoktur. Bu hak sadece pay sahipliğine ilişkin yani onları ilgilendiren bir hak olduğu için bu süre içerisinde yani bir yıllık süre içinde şirketten pay elde edinen ve bu nedenle pay sahibi sıfatını

<sup>880</sup>Pauli, 173; Horber, 407; Casutt, 190, (**Commentaire Romand**), s.974, N.2.

<sup>881</sup>Aynı yönde görüş, Killias/Bertholet, s.263. Bu sonuç özel denetimin pay sahipliğine ilişkin bir hak olmasının doğal sonucu olarak kabul edilmektedir., Güven, **Özel Denetim**, s.163. Yazar özel denetimin pay sahiplerinin menfaatlerini korumaya hizmet ettiğini belirtmiştir.

kazanlar özel denetim raporunu ve raporla ilgili görüşleri isteyebilir<sup>882</sup>. Bu konu ile ilgili masraflar şirket tarafından karşılanır<sup>883</sup>.

## G. Özel Denetim Raporunun Hukuki Niteliği

Özel denetim raporunun, şirket yönetimine doğrudan doğruya bir etkisi bulunmamaktadır. Özel denetim (inceleme) raporun etkisini, pay sahiplerinde gösterir. Bir diğer ifadeyle, özel denetim (inceleme) raporu, pay sahipliği haklarının bilinçli bir şekilde kullanabilmesi için, ihtiyaç duyulan gerekli bilgiyi sağlamaktadır. Daha sonra pay sahipleri, ellerindeki bu rapora göre gerekli adımları atacaklardır<sup>884</sup>. Yukarıda belirttiğimiz üzere özel denetimin (incelemenin) sonucuna göre pay sahiplerinin, bir sorumluluk davası CO Art.752 açması ya da genel kurul kararının iptalini istemesi CO Art.706 mümkündür<sup>885</sup>.

Özel denetçinin hazırladığı bu rapor sonraki süreçlerde, örneğin; pay sahipleri tarafından sorumluluk davası açıldığında, hâkimi bağlamayacaktır<sup>886</sup>. Fakat özel denetçinin hazırladığı rapor, olağan bir bilirkişi raporu değerinde olup, inandırıcılığı yüksektir<sup>887</sup>. Zira bu raporu düzenleyen özel denetçi (incelemeci) netice de her iki ilgiliye de eşit mesafede olan, bağımsız bir uzmandır<sup>888</sup>.

Bu nedenle bilirkişi raporunun hukuki nitelendirilmesinde olduğu gibi, bizce de özel denetim raporu, hâkimi bağlamayacak hâkim, bu raporu diğer delillerle birlikte serbestçe takdir edecektir. Bu nedenle özel denetçi raporunun (takdiri) bir delil olarak kabul edilebileceği kanaatindeyiz<sup>889</sup>. Burada hâkim özel denetim sonucuna göre açılacak olan

<sup>882</sup>BaK-Weber, N.4; Casutt, 222, (**Commentaire Romand**), s.975, N.6.

<sup>883</sup>Casutt, 223; Horber,408; BaK-Weber, N.5, (**Commentaire Romand**), s.975, N.6.

<sup>884</sup>(**Commentaire Romand**), s.975, N.7.

<sup>885</sup>Killias/Bertholet, s.267.

<sup>886</sup>BaK-Weber, N.4; Binder,276s; Casutt, 224, (**Commentaire Romand**), s.975, N.8., Hâkim özel denetçinin raporunda gösterdiği olaylarla bağlı değildir. Killias/Bertholet, s.267., **Üçüçük/Çelik**, özel denetçinin raporunun (takdiri) bir delil niteliğinde olduğunu ve azlığın, şirket ya da diğer şirket ortaklarının bu raporla bağlı olmadıklarını belirtmişlerdir. Zira özel denetçi raporu sorumluluk davası açılması ile ilgili olarak ilgililere bir fikir verme niteliğinde görülmüştür. Üçüçük/Çelik, **Anonim Ortaklıklar Hukuku**, C.I, s.706.

<sup>887</sup>İsviçre’de bazı yazarlar, özel denetçi raporunun bir ispat vasıtası olduğunu belirtmişlerdir. Dolayısıyla özel denetçi raporu hâkimin serbestçe takdir edebileceği bir delil vasıtası olarak kabul edilmiştir. Killias/Bertholet, s.267.

<sup>888</sup>BaK-Weber, N.4; Casutt, 225; Pedroja,781, (**Commentaire Romand**), s.975, N.8.

<sup>889</sup>Takdiri deliller, koşullarını ve hükümlerini kanunun tayin etmediği delillerdir; Bu tür deliller hâkimi bağlamamakta olup, hâkim bunları serbestçe tayin etmektedir. Kale/Keser, **Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi**, s.714; Bilirkişinin faaliyetinin ürünü olarak hazırladığı rapor (görüş), tıpkı tanık beyanı gibi yalnızca bir ispat aracı işlevini yerine getirmektedir. Bkz. Tanrıver, **Bilirkişinin Sorumluluğu**, s.368.



sorumluluk davasında özel denetçinin raporuna göre karar vermek zorunda değildir. Özel denetçinin hazırladığı rapor, hâkimin kanaatinin oluşmasında bir yardımcıdır.

İsviçre doktrinde özel denetçinin prensip ceza hukuku bakımından da sır saklama yükümlülüğü vardır. Ancak gerekli hallerde, özel hukuk ya da ceza hukukuna ilişkin bir konuda örneğin şirket organlara karşı açılmış bir sorumluluk davasında, denetçinin tanık olarak dinleneceği belirtilmiştir<sup>890</sup>. Zira özel denetçi ilgililere karşı bağımsız ve tarafsız olduğundan, özel denetçinin tanıklığına başvurulabileceği belirtilmiştir<sup>891</sup>.

Özel denetçi, denetimi sırasında şirket sırlarını öğrendiğinden, bu bilgilerin dışarı sızması, bir diğer ifadeyle üçüncü kişilerin öğrenmemesi için gerekli tüm önlemlerin alınmasını da zorunlu kılar<sup>892</sup>. Bu nedenle ihtiyati tedbir kararı verilerek özel denetçinin mahkemeye açıkladığı bilgilerin dışarıya sızmasına yönelik tedbirler alınabilir. Örneğin mahkeme sırların dışarı sızması için gizlilik kararı alabilir. Özel denetçi tanıklık ederken inceleme sürecinin aksine, hukuki değerlendirmelerde bulunabilir<sup>893</sup>. Özel denetçinin, özel hukuk ya da ceza hukukuna ilişkin davalarda, tanıklık yapabileceğine ilişkin kanton mahkemelerinin kanunlarında konuyla ilgili bir düzenleme olması gerekir<sup>894</sup>. Özel denetçinin tanık olarak dinlendiği bir davada aynı zamanda bilirkişi olarak atanamayacağı belirtilmiştir<sup>895</sup>.

### VIII. Özel Denetime İlişkin Giderler

Mahkeme, özel denetçi atadığında, şirketin, özel denetçiye ödeyeceği, avans ve giderleri de belirtir TTK m.444/I, CO Art.697g/I. Gerekçede bu hükmün, özel denetim ile ilgili olarak önemli bir sorunu çözdüğü ifade edilmiştir. Yargılama giderlerinin avans olarak, şirket tarafından ödeneceği belirtmiştir<sup>896</sup>. Gerekçede yer alan; *yargılama giderlerinin avans olarak şirket tarafından ödeneceği* şeklindeki ifadeden anlaşılması gereken; hem özel denetimin yürütülmesi ile ilgili masraflar hem de yargılama giderleridir. Konuyu daha iyi anlamak açısından, yargılama giderlerini kısaca açıklayalım.

<sup>890</sup>Casutt,184ss; Gabrielli, 128 s; BaK-Weber, N.16, (**Commentaire Romand**), s.966, N.15.

<sup>891</sup>Killias/Bertholet, s.267.

<sup>892</sup>Killias/Bertholet, s.267.

<sup>893</sup>Casutt, 226, (**Commentaire Romand**), s.975, N.9.

<sup>894</sup>Killias/Bertholet, s.267.

<sup>895</sup>BaK-Weber, N.4; Casutt, 227, (**Commentaire Romand**), s.975, N.9. Killias/Bertholet, s.267.

<sup>896</sup>TTK m.444/I'in Gerekçesi, s.214. Buna göre yargılama giderleri avans olarak şirket tarafından ödenecektir. Ancak özel şartlar gerekli kılıyorsa, bu giderler kısmen ya da tamamen istem sahiplerine de yükletilebilecektir.

Yargı organları, kişilerin özel hukukla ilgili çıkarları hakkında karar vereceğinden, bu hizmetin yürütülmesi amacıyla yapılan harcamaların bir kısmı, bu hizmetten faydalananlar tarafından karşılanacaktır. Yargılama giderleri; harçlar, masraflar ve vekâlet ücreti olarak üçe ayrılmıştır<sup>897</sup>. Burada masraflar, bir davada harçların ve vekâlet ücretinin dışında yapılan ve yargılama için zorunlu olan bir hizmetin ya da işin gerektirdiği bütün harcamalardır. Bunlara taraf masrafları da denilmektedir.

Nitekim masrafların neler olduğu HMK m.323'te belirtilmiştir. Bunların dışında bir de vekâlet ücreti dediğimiz ve davada, tarafların ya da sadece bir tarafın, kendisini avukat aracılığıyla temsil ettirmiş olması halinde, mahkemenin HMK m.323/I,ğ uyarınca, dava sonucunda haksız çıkan taraf aleyhine, Avukatlık kanunu AvK m.169 uyarınca, vekâlet ücretine hükmettiği ücret vardır. Bu ücret de, yargılama giderlerinden (masraflardan) sayılmaktadır. Ancak bu ücreti, davada kendisini avukatla temsil ettirmiş ve bu temsilin neticesinde davayı kazanmış olan taraf ile kendisini temsil eden avukat arasında kararlaştırılan vekâlet ücreti (avukatlık ücreti) ile karıştırmamak gerekir. Anlaşılacağı üzere iki farklı vekâlet ücreti bulunmaktadır. Bunlardan biri Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre hesap edilen ve yargılama gideri sayılan vekâlet ücreti, diğeri de müvekkil (taraf) ile vekili (avukatı) arasındaki vekâlet (avukatlık ücreti) ücretidir<sup>898</sup>.

Çekişmesiz yargıda da, avukatla temsil zorunluluğu yoktur. Çekişmesiz yargı, çekişmeli yargıya nazaran daha sade olup, hukuki problemler daha azdır<sup>899</sup>. Medeni Usûl Hukukumuzda, avukatla temsil zorunluluğu bulunmamaktadır. Üstelik çekişmesiz yargıda vekâletle ilgili olarak da, kanunumuzda bir düzenleme mevcut değildir. Fakat tüm bunlara rağmen, çekişmeli yargının vekâlete ilişkin hükümlerinin, niteliğine uygun düştüğü oranda, çekişmesiz yargıda da kullanılabileceği belirtilmiştir<sup>900</sup>. O halde çekişmesiz yargıda ilgili, HMK m.71 uyarınca, çekişmesiz yargı işini dilerse; bizzat kendisi ya da bir vekil vasıtasıyla yürütebilir. Ancak çekişmesiz yargı işlerinde hâkim, hâkimin re'sen araştırma prensibinin bir gereği olarak, gerçeğin ortaya çıkartılması amacıyla, ilgilinin kendisini bizzat çağırarak dinleyebilir<sup>901</sup>. Tüm bu açıklamalar ışığında, kanımızca TTK m.438/II ve TTK m.439/I'deki istemler, birer çekişmesiz yargı işi olduklarından, ilgililerin, burada kendilerini avukat aracılığıyla temsil ettirmesi gibi bir zorunluluk yoktur. Ancak özellikle TTK m.439/I

<sup>897</sup>Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **Medeni Usul Hukuku** (Ders Kitabı), s.589.

<sup>898</sup>Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **Medeni Usul Hukuku** (Ders Kitabı), s.591.

<sup>899</sup>Aras, **Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü**, s.131-132.

<sup>900</sup>Aras, **Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü**, s. 132.

<sup>901</sup>Aras, **Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü**, s.132-133.

açısından, azlığın ya da paylarının itibari değeri toplamı en az birmilyon Türk Lirası olan azlık pay sahiplerinin yapacağı özel denetim isteminde, ilgililer arasında bir çekişme olduğundan, buradaki istem sırasında ilgililerin kendilerini bir avukat vasıtasıyla temsil ettirebileceği kanaatindeyiz.

Bunun dışında yargılama giderleri avansı ve delil avansı olarak ifade edilen yargılama giderleri de bulunmaktadır<sup>902</sup>. Davacı, yargılama harçları ile her sene Bakanlık tarafından çıkarılacak olan gider avansı tarifesinde belirlenen tutarı dava açarken mahkeme veznesine yatırmak zorundadır. Gider avansı HMK m.114/1,g dava şartları arasında kabul edilmiş olup, davanın başında yatırılması gerekmektedir<sup>903</sup>. Ancak bu şart varlığını, dava boyunca koruyacağı için, avansın yeterli olmadığı ya da eksilmesi halinde bu eksikliğin tamamlanması için, davacıya iki haftalık kesin süre verilmektedir HMK m.120/II. Gider avansı; davanın başında peşin olarak yatırılması gereken ve davanın başında dilekçe ve eklerinin tebliğ edilmesi için gerekli muhtemel tebligat ücretleri ile yapılması gereken zorunlu yazışmalar için gerekli olan masraflar ve dava dosyasında yapılacak zorunlu harcamalar için alınan ücrettir<sup>904</sup>.

Özel denetim isteminde de, mahkemenin yapacağı masraflar olacaktır. HMK m.324'te gider avansı gibi bir dava şartı olmayan, delil avansı bulunmaktadır. Gider avansı, davanın yürütülmesi için zorunlu olan; tebligat ve dosyada yapılması zorunlu işlemlere ilişkin masrafları içermektedir. Oysa delil avansı, delillerin dosyaya sunulması, dinlenmesi, getirilmesi için gerekli olan masraflarla ilgilidir. Delil avansı ödenmesine; dilekçeler aşamasında, ön inceleme aşamasında ya da tahkikatın ilk duruşmasında karar verilebilir<sup>905</sup>. Özel denetim yapılmasını isteyen azlık, şirketin usulsüz işlemleri olduğunu, bu usulsüzlüğünde şirketin ticari defterleri ya da yazışmalarından anlaşılabilirliğini iddia ediyorsa, TTK m.83 uyarınca bunların verilmesini isteyebilir. Bunun yanı sıra şirketin başkaca bir usulsüz işlemi hakkında bir delil varsa o delilin mahkemeye getirilmesi için bazı masraflara gerek olabilir. Bu durumda özel denetim çekişmesiz yargı işinde, bu masrafların da alınması gerekecektir. Bu açıklamalar ışığında, TTK m.444'te giderler başlığı altında düzenlenen bu madde hükmünün, incelemiş olduğumuz tüm yargılama masraflarını ve özel denetçiye (incelemeciye) ödenecek ücreti de kapsadığı kanaatindeyiz.

<sup>902</sup>Yargılama giderleri, çok genel olarak; bir yargısal faaliyetin yürütülmesi için ortaya çıkan ve ödenmesi gereken giderler olarak tanımlanmıştır. Yargılama faaliyetini Devlet, bir kamu hizmeti olarak ifa etmektedir. Bu hizmetin görülmesine, hizmetten yararlanan kişilerin de katılması çok normaldir. Burada yapılan giderlerin tam bir karşılığı alınmasa da, bir katılım payı söz konusudur. Aras, **Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü**, s. 241.

<sup>903</sup>Gider avansına ilişkin HMK m.120 çekişmesiz yargı işlerinde de uygulanacaktır. Aras, **Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü**, s.242.

<sup>904</sup>Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **Medeni Usul Hukuku** (Ders Kitabı), s.596.

<sup>905</sup>Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **Medeni Usul Hukuku** (Ders Kitabı), s.596.

Bir davada harç ve masraflar, kural olarak işlemin yapılmasını talep eden kişi tarafından peşin ödenir. Ancak HMK m.326/1 uyarınca, bu giderler dava sonucunda, haksız çıkan ve aleyhine hüküm verilen tarafa yükletilir<sup>906</sup>. Gerek TTK m.438/II gerek TTK m.439/1'e göre yapılacak olan istemin, bir çekişmesiz yargı işi olduğunu tespit etmiştik. Çekişmesiz yargıda, karşılıklı iki taraf olmadığından, yargılamaya ilişkin giderlerin, haksız çıkan tarafa yükletilmesi gibi bir durum söz konusu değildir<sup>907</sup>. Üstelik özel denetçi (incelemeci) atanması sonucunda, şirketin haksız olduğunun söylenemeyeceğini de belirtmiştik.

Çekişmesiz yargıda birden fazla ilgili mevcut olduğundan, burada yargılamaya ilişkin giderlerin, ilgililerden hangisine yükletileceğini hâkim takdir edecektir. Mahkeme, hakkaniyete uygun olarak, yapılan masrafların ya belli bir kısmını ya da tamamını belli bir ilgiliye yüklemek veya masrafları ilgililer arasında paylaşacaktır<sup>908</sup>. Özel denetim (inceleme) isteminin, takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işi<sup>909</sup> niteliği dikkate alındığında, yargılama giderlerinden sorumluluğun talepte bulunan ilgiliye ait olması gerekmektedir<sup>910</sup>. Ancak yargılama masraflarının usûli talepte bulunan ilgililere ait olması, bir diğer ifadeyle, özel denetim (inceleme) yapılmasını isteyen ilgililerin bu yargılama giderlerinden sorumlu tutulması anonim ortaklıklar hukuku alanına özgü özel denetim (inceleme) müessesesini işlemeyemez hale getirebilir. Zira bilgiye ulaşmaya çalışan pay sahipleri bu giderleri üstlenmek konusunda isteksiz olabilirler ve bu durum onların özel denetim (inceleme) istemini yapmalarına engel oluşturur. Böylece pay sahiplerinin pay sahipliğine ilişkin haklarını etkin olarak kullanabilmeleri için getirilen ve ikincil bir hak niteliğini haiz özel denetim (inceleme) müessesesi kullanılamaz bir hale getirilmiş olur. Bu nedenle TTK m.444/1'deki, *bu giderlerin şirket tarafından karşılanacağı* şeklindeki düzenleme, başta özel

<sup>906</sup>Aras, **Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü**, s.242.

<sup>907</sup>Ibid, s.242.

<sup>908</sup>Kuru, **Nizasız Kaza**, s.229. Mahkeme, hakkaniyete uygun düştüğü takdirde, masrafların ilgililerden (alâkadarlardan) yalnız birine tahmil edilmesine karar verebilir. Ancak, bir ilgilinin ağır kusuru ile sebep olduğu muhakeme masraflarının, bu kişiye yükletilmesi gerekir.

<sup>909</sup>Takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerinde, yargılama giderlerinden sorumluluğun, talepte bulunan kişiye ait olacağını belirten *Aras*, re'sen takip edilen çekişmesiz yargı işlerinde giderlerden, hukuki menfaati korunan, bir diğer ifadeyle, yargılama sonucunda hukuki durumları iyileştirilen kimselerin sorumlu olacağını belirtmiştir. Aras, **Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü**, s.242.

<sup>910</sup>*Kuru*, takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerinde, yargılama masraflarından talepte bulunanın borçlu olacağını belirtmiştir. Kuru, **Nizasız Kaza**, s. 230.

denetim (inceleme) sisteminin amacına ve bu yolla sağlanmak istenen sonuca daha uygun olacaktır<sup>911</sup>.

İsviçre'deki revizyon çalışmaları sırasında anonim şirketler alanında özel denetçiye ödenecek ücret konusu çok tartışmalı olmuştur. Zira pay sahiplerinin özel denetim ücretini (ki bu ücret şirketin büyüklüğüne ve özel denetçiye verilen görevin zorluk derecesine göre değişir) ödeme riskine maruz kalmayı istemedikleri açıktır. Ancak ücretin, pay sahipleri tarafından ödenecek olması ihtimalinin, kötü niyetli istemde bulunanları engelleyebileceği belirtilmiştir<sup>912</sup>.

CO Art.697g/I, TTK m.444/I uyarınca prensip olarak, özel denetime ilişkin tüm ücretler ve masraflar şirket tarafından ödenir<sup>913</sup>. İsviçre'de bugüne kadar hiçbir mahkemenin kararında (*aucun jugement connu*) özel denetim ücretinin dilekçe sahibi pay sahipleri tarafından ödeneceği şeklinde bir karar verildiği görülmemiştir. Bu durumun istisnasını; şirketin iflas etmesi<sup>914</sup> ya da konkordato talep etmesi durumları oluşturmaktadır. Bir diğer ifadeyle şirket iflas etmişse ya da konkordato talep etmişse, özel denetim ücreti, dilekçe sahibi pay sahipleri tarafından ödenebilecektir<sup>915</sup>. Zira şirket iflas etmiş olmasına rağmen, özel denetim (inceleme) istemde bulunan pay sahipleri bu süreci devam ettirmek niyetindeyse, özel denetim (inceleme) sürecinin devam etmesi için gerekli olabilecek giderleri de karşılamalıdır<sup>916</sup>.

Özel denetim de ödenecek olan ücreti; özel denetim süreci ile ilgili yargılama giderleri<sup>917</sup> (*le frais de la procédure*) ve özel denetçiye ödenecek olan ücret (*le frais du*

<sup>911</sup>Takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı niteliği dikkate alındığında, TTK m.444/1 düzenlemesinde yer alan, gider ve avansların; genel kurulda özel denetçi (incelemeci) atanması isteminin kabul edilip edilmemesinden bağımsız olarak, dilekçe sahiplerine, bir diğer ifadeyle, usuli talepte bulunan ilgililere yükletilmesi gerektiği düşünülebilir. Ancak böyle bir düşünce özel denetim (inceleme) isteminin amacına aykırılık oluşturacağından kanımızca yargılama giderlerinden sorumluluğun, genel kurulda özel denetim (inceleme) isteminin kabulünden bağımsız olarak, şirkete ait olması gerekmektedir. Ancak özel hâl ve şartların haklı göstermesi halinde giderler kısmen ya da tamamen istemde bulunan pay sahiplerine yükletilebilmelidir. Kanımızca TTK m.444 düzenlemesi, genel kurulun kabulünden bağımsız olarak şu şekilde düzenlenebilir: Mahkeme tarafından özel denetçi (incelemeci) atandığında, hâkim, şirket tarafından ödenmesi gereken avans ve giderleri de belirler. Ancak özel hal ve şartların haklı göstermesi halinde giderler kısmen ya da tamamen istem sahibi ilgililere yükletilebilir.

<sup>912</sup>(**Commentaire Romand**), s.976, N.1.

<sup>913</sup>Killias/Bertholet, s.265.

<sup>914</sup>Killias/Bertholet, s.265.

<sup>915</sup>BaK-Weber, N.3, (**Commentaire Romand**), s.976, N.5.

<sup>916</sup>Killias/Bertholet, s.265.

<sup>917</sup>Çekişmesiz yargı işlerinin yürütülmesi sırasında ortaya çıkan ve ödenmesi gereken giderler olabilir. Bu hizmetten faydalananların, bu hizmetin görülmesi amacıyla yapılan harcamaların bir kısmına katılması gerekir. 492 Sayılı Harçlar Kanun m.1'de İhtilafsız Yargı Konuları da mahkeme harçlarına tabi tutulmuş olduğundan, çekişmesiz yargı işlerinde de başvuru harcı, maktu karar ve ilam harcı alınması uygundur. Bununla birlikte, gider avansına ilişkin HMK m.120, çekişmesiz yargı işlerinde de uygulanacaktır. Aras, **Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü**, s.241-242.

*contrôleur*) şeklinde iki ayırarak aradaki farkı ortaya koymak gerekir. Özel denetim süreci ile ilgili yargılama giderleri, doğrudan hukuki sürece ilişkindir. Yargılama giderleri; mahkemeye ilişkin giderler ve karşı taraf ücretinden (vekâlet ücretinden) oluşur ve medeni usul hukukundaki kurallara uygun olarak bölüştürülür. Kısaca buradaki giderler davaya ilişkin ve dosyanın yürütülmesine ilişkin tüm zorunlu ve gerekli masrafları kapsamaktadır.

Özel denetçinin ücreti ise; özel denetçinin incelemesini yürütülmesine ilişkin ücrettir. Buradaki ücret; özel denetçinin (incelemecinin) alacağı ücret ve incelemesi sırasında yaptığı masraflarından oluşur. Ücrete ilişkin düzenleme, aynı zamanda özel denetçiye ödenecek avansı da (*l'avance des frais*) içermektedir. Bu da şirketin sorumluluğundadır. Buradaki avans, özel denetçiye ödenecek ücretin dışında, denetçinin yapacağı her türlü masrafı kapsamaktadır. Özel denetçiye ödenecek ücretin net olarak tespit edilmesi (bir diğer ifadeyle, hem özel denetçinin incelemesi esnasındaki masrafları hem de özel denetçinin ücreti) CO 394/3'e uygun olarak inceleme sonucunda belli olacaktır<sup>918</sup>.

Özel denetim ücretini kimin ödeyeceği ile ilgili olarak, istemin genel kurulda kabul edilmesi ile edilmemesi arasında bir fark vardır. Eğer genel kurul tarafından özel denetim istemi kabul edilmişse bu durumda, her koşulda özel denetim ücreti şirket tarafından karşılanacaktır CO Art.697g/II<sup>919</sup>, TTK m.444/II.

Eğer genel kurul özel denetim istemini reddetmişse, özel denetim ücreti kural olarak yine şirketin sorumluluğundadır. Bununla birlikte bazı özel durumlar varsa ve bunlar ispat edilmişse istemde bulunan pay sahiplerinin özel denetim ücretinin bir kısmına ya da tamamına mahkûm edilebileceğini belirtelim CO Art.697g/I, TTKm.444/I<sup>920</sup>. İsviçre'de özel denetim istemi genel kurul tarafından kabul edilmişse yargılama giderleri ve özel denetçinin ücreti şirket tarafından ödenecektir. Ancak genel kurulda istem kabul edilmese de kural olarak tüm yargılama giderleri yine şirket tarafından karşılanacaktır. Ancak bazı durumlarda karşı tarafın yargılama giderlerine mahkûm edilebileceği de belirtilmiştir.

<sup>918</sup>BaK-Weber, N.5, (**Commentaire Romand**), s.976, N.4.

<sup>919</sup>CO Art.697g/II uyarınca genel kurul özel denetim yapılmasına razı olmuşsa ücreti karşılayacaktır şeklindedir. Bu konuda değişik görüşler de bulunmaktadır. (Bkz. Casutt,282; Kunz, Minderheitenschutz, 39; ZR 2002, 39; Pauli, 162s, (**Commentaire Romand**), s.976, N.2.

<sup>920</sup>(**Commentaire Romand**), s.976, N.3. , Türk Hukuku açısından yargılama giderlerinden; dava harç ve masraflarından kural olarak ilgili işlemin yapılmasını isteyen taraf sorumludur. Bu masraflar peşin olarak ödenir. Fakat yargılama giderlerinin, mahkeme tarafından kural olarak davada haksız çıkan tarafa, bir diğer ifadeyle, aleyhine hüküm verilen tarafa yükletileceği belirtilmiştir HMK m.326/I. Mahkeme tarafından, davayı kaybeden tarafın yargılama giderlerine mahkûm edilmesi için, karşı tarafın talebine ihtiyaç yoktur. Hâkim burada re'sen karar verir. Davada iki taraf da kısmen haklı çıkmışsa, mahkemece yargılama giderlerinin haklı çıkma oranına göre paylaşılacağı HMK m.326/II'de açıkça düzenlenmiştir. (Bkz. Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **Medeni Usul Hukuku** (Ders Kitabı), s.596-597).

İsviçre doktrininde bazı durumlara örnek olarak; pay sahiplerinin iyi niyet kurallarına aykırı davrandığı, bir başka deyişle, kötü niyetle hareket etmiş olduğu haller gösterilmiştir. Eğer pay sahipleri, özel denetim yapılması için, acele hareket etmişlerse ya da şirketi zarara uğratmak amacıyla böyle bir istemde bulunmuşlarsa, bu takdirde pay sahiplerinin iyi niyetli olmadıkları belirtilmiştir<sup>921</sup>. Buna ilaveten, pay sahibi, şirkette bir takım usulsüzlükler yapıldığını bildiği halde susmuş, daha sonra bunlar hakkında özel denetim yapılmasını istemişse veya özel denetim yapılmasını gerektiren bir hal olmamasına rağmen; haksız, mesnetsiz iddialarda bulunmuşsa, kötü niyetli davranmış kabul edilmektedir<sup>922</sup>. Böyle bir durumda özel denetim (inceleme) faaliyeti sırasında yapılan giderler, dilekçe veren pay sahipleri arasında orantılı bir şekilde ve müteselsil sorumluluk esaslarına göre dağıtılacaktır<sup>923</sup>. Burada şirketin, özel denetim isteminde bulunan pay sahiplerinin kötü niyetini ispat edebilmesi oldukça zordur<sup>924</sup>.

Kanımızca özel denetim isteminde, özel denetçi atanması ile özel denetçiyi atayan mahkeme, kimin haklı ya da kimin haksız olduğu konusunda bir karar vermeyip, sadece bağımsız ve alanında uzman olan bir gerçek ya da tüzelkişiyi görevlendirerek, şirket işlerinin incelemesini yaptırmakta ve bu sürecin mümkün olduğunca hızlı ve objektif bir şekilde yürütülmesini sağlamaktadır. Özel denetim (inceleme) istemin çekişmesiz yargı niteliği dikkate alındığında ve çekişmesiz yargıda da, dilekçe sahiplerinin yargılama masraflarından sorumlu olduğu göz önüne alındığında, TTK m.444/1'in aksine, yargılama giderlerinden, usuli talepte bulunan dilekçe sahiplerinin sorumlu olması gerektiği düşünülebilir. Ancak TTK m.438-444 arasında düzenlenen özel denetim (inceleme) müessesesinin, şirketler hukuku alanına özgü niteliği göz önünde bulundurulduğunda ve gerek pay sahiplerinin gerekse de azlık pay sahiplerinin şirketteki durumları dikkate alındığında, böyle bir düşüncenin pek de doğru olmayacağı görülecektir.

Bu nedenle özel denetçi atanmasına karar verilmesi halinde şirketin haksız olduğunu söylemek pek de doğru olmayacaktır. Zira şirkette gerçekten bir usulsüzlüğün yapıp yapılmadığı hususu ancak, özel denetçinin vereceği rapora göre tespit edilebilecektir. Bu açıklamalarımız ışığında, her iki durumda da özel denetçiye ödenecek ücretin şirket tarafından ödenmesi ve şayet özel denetim istemi haklı bir nedene dayanmamışsa bu durumda da kötü

<sup>921</sup>Böckli, § 16 N.84; Casutt, 286; BaK-Weber, N.4, (**Commentaire Romand**), s.976, N.5.

<sup>922</sup>Killias/Bertholet, s.265.

<sup>923</sup>BaK-Weber, N.3, (**Commentaire Romand**), s.976, N.5.

<sup>924</sup>Aynı yönde Bkz. Moroğlu, "Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi", **Makaleler I-2001**, s.85).

niyetle hareket eden<sup>925</sup> ilgililere (dilekçe sahiplerine) şirketin, tazminat davası açması ve yapmış olduğu masrafları talep etmesi gerektiği kanaatindeyiz.



---

<sup>925</sup> eTK m.348/3,4 fıkralarında, istemin mahkeme tarafından reddedildiği ya da özel denetçi raporuna göre haklı bir nedene dayanmadığı anlaşıldığında, kötü niyetle hareket ettikleri ispat edilen davacıların, şirketin uğramış olduğu zarardan müteselsilen sorumlu olacakları düzenlenmiştir. Hatta eTK m.348/3 ve 4'üncü fıkralar aynı konuyu düzenlemiş olduğu için eski kanun döneminde fıkraların ikisinden birinin fazla olduğu ve bu nedenle birinin çıkartılması gerektiği belirtilmiştir. Davacıların başta kötü niyetli olduklarının ispatı oldukça güçtür. Bu nedenle *Moroğlu*, özel denetçi atanması davasında mahkemelerin, davacı tarafın kanunlarda öngörülen şartları yerine getirip getirmediğini dikkatle araştırması gerektiğini belirtmiştir. Yazar, davacılar tarafından sunulmuş olan delil ve emarelerin, davalı ortaklık tarafından sunulan diğer delillerle birlikte dikkatlice değerlendirilmesi gerektiğinin altını çizmiştir. Bir diğer ifadeyle ortaya konulan delillerle, iddia edilen usulsüzlüklerin ya da aykırılıkların varlıklarının muhtemel olup olmadığına dikkat edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. (Bkz. *Moroğlu*, "Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi", **Makaleler I-2001**, s.84-85).



## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### ÖZEL DENETİMİN SONA ERMESİ ve SORUMLULUK

#### I. Özel Denetimin Sona Erme Halleri

##### A. Olağan Sona Erme

Özel denetimin olağan şekilde sona ermesi, ne kaynak İsviçre Hukuku'na ne de Türk Hukuku'nda düzenlenmemiştir. Özel denetimin olağan şekilde sona ermesi özel denetçinin görevini tamamlaması, bir diğer ifadeyle, özel denetçinin (incelemecinin) raporunu sunmasıdır<sup>926</sup>. Burada raporun mahkemeye sunulması ile özel denetçinin görevinin sona ereceğinden kasdımız, raporun son halidir. Özel denetçi, önce hazırlamış olduğu rapor taslağını, mahkemeye vermektedir. Şirket, özel denetçinin hazırladığı rapor taslağında, şirketin sırlarının ya da korunmaya değer diğer menfaatlerini tehlikeye düşürebilecek nitelikte bilgiler olduğunu söylüyorsa, bu bilgilerin rapordan çıkartılması konusundaki isteğini gerekçeleri ile birlikte mahkemeye bildirmelidir. Bundan sonra ayıklanmış rapor taslağı (*le rapport épuré*), mahkeme tarafından tüm ilgililere tebliğ edilerek, hem rapor taslağı hakkında ilgililerden görüşlerini bildirmeleri istenir, hem de ek sorular sorabilmelerine imkân verilir<sup>927</sup>.

##### B. Özel Denetimin Olağanüstü Sona Ermesi

Özel denetçinin görevinin hangi şekillerde sona ereceğine ilişkin bir hüküm, ne İsviçre Hukuku'nda ne de Türk Hukuku'nda bulunmamaktadır<sup>928</sup>. Ancak İsviçre doktrininde, özel denetçinin görevini, kendisinin sona erdirebileceği veya mahkeme tarafından re'sen ya da ilgililerce ileri sürülen sebeplerden dolayı mahkeme tarafından sona erdirilebilmektedir<sup>929</sup>. Ancak burada şunu belirtelim ki, ne şirketin ne de istemde bulunan pay sahiplerinin özel

<sup>926</sup>Özel denetçi, pay sahiplerine özel denetim raporunun sunulacağı genel kurul toplantısına katılabilir. **Commentaire Romand**, s.970, N.18. eTK döneminde de, özel denetçinin görevinin nasıl sona ereceğine ilişkin bir düzenleme yoktu. Doktrinde **Sivas**, kanundaki bu boşluğun, organ denetçilerin görevlerinin sona ermesine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması suretiyle çözümlenebileceği kanaatinde olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle, özel denetçinin raporunu hazırlayarak (raporun son halini) onu atayan makama (mahkemeye) sunması en olağan sona erme şekli olarak kabul edilmiştir. Bkz. Sivas, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi**, s.74.

<sup>927</sup>Killias/Bertholet, s.264. Tüm bu işlemler tamamlandıktan sonra (ayıklama işlemi), rapor son halini almış olur ve hâkime teslim edilir.

<sup>928</sup>Sivas, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi**, s.74.

<sup>929</sup>Killias/Bertholet, s.264, (**Commentaire Romand**), s.970, N.19. Güven, **Özel Denetim**, s.164.

denetçinin görevini kendiliğinden sona erdirme hakkı bulunmamaktadır. Bunu ancak onu atayan hâkimden isteyebilirler<sup>930</sup>. Zira mahkeme tarafından atanan bir görevlinin görevi yine mahkeme tarafından geri alınabilir<sup>931</sup>.

Özel denetimin olağanüstü sona ermesi farklı şekillerde olabilir. İlk olarak özel denetim yetkili hâkim tarafından özel denetim yapılmasını isteyen pay sahiplerinin istemi ile sona erdirilebilir.<sup>932</sup> Özel denetim yapılmasını isteyen pay sahipleri, eğer denetçinin, inceleme yapacağı konuda gereken bilgiye sahip olmadığını düşünüyorsa, hâkimden, özel denetçiyi görevden almasını isteyebileceklerdir. Ancak bu hususun istemde bulunan pay sahipleri tarafından ispat edilmesi gerekir<sup>933</sup>. Hâkimin, özel denetçinin, konusunda yeterli bilgiye sahip olmadığını anlaması durumda, re'sen özel denetçiyi görevden alabileceği kabul edilmiştir<sup>934</sup>. Özel denetçinin görevine son verilmesi talebi, isteminde bulunan pay sahipleri tarafından yapılabilecektir. Bir diğer ifadeyle, özel denetim isteminde bulunmayan pay sahiplerinin hâkimden özel denetçinin ya da özel denetimin sona erdirilmesine ilişkin böyle bir talep haklarının olmadığı belirtilmiştir<sup>935</sup>.

Bunun yanında özel denetçinin görevine devam etmesinde pay sahiplerinin menfaati kalmamışsa ve bu konuda genel kurulda oybirliği ile denetimin sona erdirilmesine ilişkin bir karar alınmışsa, böyle bir karar neticesinde, hâkim özel denetçinin görevine son verebilecektir<sup>936, 937</sup>. Kanımızca özel denetçi atanması istemi bir çekişmesiz yargı işi

<sup>930</sup>Killias/Bertholet, s.264.

<sup>931</sup>HMK m.272/3'te, ret sebeplerinden birinin bilirkişinin şahsında gerçekleşmesi halinde, tarafların, bilirkişinin reddini hâkimden talep edebileceği düzenlenmiştir. Burada da tıpkı bilirkişinin reddinde olduğu gibi, hâkimin atadığı bir görevlinin görevine yine hâkim son verecektir.

<sup>932</sup>BaK-Weber, N.12; Casutt,231. İsviçre doktrininde, özel denetim isteminde bulunan azlığın talebi ile hâkim, özel denetime son verebilir. Burada hâkimden yeni bir özel denetçi atanması istenir. Azlığın burada hâkime atanmış olan özel denetçinin, inceleme görevini gereğince icra edemediğini göstermesi gerekli ve yeterlidir. Bunun yanı sıra azlık, şirket ile özel denetçi arasında bir bağlantı olduğunu bu nedenle şirket karşısında özel denetçinin bağımsızlığını kaybetmiş olduğunu düşünüyorsa, bu iddiasını ispatlayarak özel denetçinin görevden alınmasını talep edebilir. *Pauli*, hâkimin yapacağı usuli inceleme sonucunda, bir eksiklik olması halinde, denetimi sona erdirebileceğini belirtmiştir. (**Commentaire Romand**), s.970, N.19.

<sup>933</sup>Killias/Bertholet, s.265. Özel denetçi, görevini yerine getirmek için gerekli özellikleri taşıyorsa görevine son verilmesi istenir.

<sup>934</sup>Pauli,181; BaK-Weber, N.16; Casutt, 241, (**Commentaire Romand**), s.971, N.19.

<sup>935</sup>(**Commentaire Romand**), s.971, N.19.

<sup>936</sup>Pauli,181; BaK-Weber, N.13, (**Commentaire Romand**), s.971, N.19., Hukuk sistemimizde TTK m.421/II'de hangi kararların genel kurulda oybirliği ile alınacağı düzenlenmiştir. İsviçre ve Türk Hukuku'nda hâkimin; denetçinin yetersiz olması, ölümü, ehliyetsiz olması gibi hallerde gerek tarafların istemi üzerine gerekse re'sen görevine son verebileceği düzenlenmiştir. Bunun için hâkimin, genel kurul kararına ihtiyacı bulunmamaktadır. Bunun dışında, İsviçre doktrininde hâkimin, özel denetçinin görevine genel kurulda oybirliği ile bu konuda karar alınması halinde de son verebileceği belirtilmiştir. İsviçre'de ne şirketin ne de özel denetim isteyen tarafların özel denetimi devam ettirmekte bir yararı kalmamışsa özel denetimin sona erdirilebileceği belirtilmiştir. Örneğin; azlık payları, çoğunluk pay sahipleri tarafından satın alınmışsa ya da yönetim kurulu tarafından, pay sahiplerine istenilen bilgiler verilmişse, bu durumda genel kurulda oybirliği ile alınacak bir kararla, hâkime özel denetimi sona erdirmesi için başvurulabilecektir. Bu durumda, hâkime başvurabilmek için, genel kurulda özel

olduğundan, pay sahiplerinin, özel denetim yapılması hususunda menfaatleri kalmamışsa, hâkimden özel denetçinin görevine son verilmesini isteyebilmelerini, yine özel denetçi (incelemeci) atanması isteminin, takibi talebe bağlı usûli niteliği ile açıklanabilir.

Zira bir çekişmesiz yargı işine dair karar verildikten sonra, meydana gelen bazı değişiklikler nedeniyle hâkim, verdiği kararı; talep üzerine ya da re'sen değiştirebilecektir. Örneğin çekişmesiz yargı işi hakkında karar verildikten sonra ortaya çıkan bazı haklı nedenler, önceki kararın değiştirilmesini gerektirebilir. Buradaki değişiklikleri maddi hataların düzeltilmesi olarak anlamamak gerekir. Zira kararlarda yer alan maddi hatalar çekişmesiz yargıda ve çekişmeli yargıda her zaman düzeltilebilir. Çekişmesiz yargıda verilen kararlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemelerinin bir sonucu olarak, bu kararların daha sonradan haksız görülmesi ya da kararın verilmesinden sonra ortaya çıkan değişiklikler sonucunda değiştirilebilmeleri mümkündür<sup>938</sup>.

Genel kurulda alınacak bir kararla, yönetim kuruluna özel denetçinin görevine son verebilme yetkisi tanınmaz. Eğer yönetim kuruluna böyle bir yetki verilirse, kendi sorumluluklarını doğuracak bir incelemeye engel olmak amacıyla, özel denetçinin görevine son verebilirler. Bu da özel denetimden beklenen sonucun alınmasına engel olur. Böyle sakıncalı bir duruma engel olmak için yönetim kuruluna, genel kurul kararı ile bile böyle bir yetki verilmemelidir<sup>939</sup>.

Hâkim, şirketin ya da pay sahiplerinin istemi üzerine, özel denetçinin görevine son verebilir. Özel denetçinin kişiliği ile ilgili sorunlar ortaya çıkmışsa örneğin; yükümlülüklerini ihlal ediyorsa, bağımsız ve tarafsız davranmıyorsa, sır saklama yükümlülüğünü ihlal ediyorsa, şirket, özel denetçinin görevden alınmasını mahkemeden isteyebilecektir. Eğer özel denetçi ile şirket arasındaki güven ilişkisi bozulmuş ya da sarsılmışsa, şirket adına, yönetim kurulu, hâkime, özel denetçinin görevine son vermesi için başvurur<sup>940</sup>. Şirketin, özel denetçiye duyduğu güven duygusunun ortadan kalktığını ya da özel denetçinin şahsına ilişkin önemli

---

denetimin sona ermesine ilişkin oybirliği ile alınacak bir kararın varlığı aranmaktadır. Killias/Bertholet, s.265. Kararın oybirliği ile alınmasının nedeni, azlığın korunmasıdır. (Bkz. Güven, **Özel Denetim**, s.167).

<sup>937</sup>Pauli, 181; Casutt, 232, (**Commentaire Romand**), s.971, N.19.

<sup>938</sup>Aras, **Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü**, s. 193-194.

<sup>939</sup>Sivas, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi**, s.75.,Yönetim kuruluna ya da genel kurula özel denetime son verme hakkı verilmesi, özel denetimin amacı olan azlık pay sahiplerinin korunması hedefine ters düşer. Bu nedenle ne yönetim kurulu ne de genel kurulun böyle bir hakkı söz konusu değildir. (Güven, **Özel Denetim**, s.167).

<sup>940</sup>Şirket, özel denetçiye güven duymuyorsa ya da denetçinin (incelemecinin) inceleme faaliyetini yapabilmesi için gereken nitelikleri taşımadığını düşünüyorsa, özel denetçinin (incelemecinin) görevine son verilmesi için mahkemeye başvuracaktır.

çekinceleri olduğunu ileri sürerek, özel denetçinin görevine son vermesini hâkimden isteyebilir<sup>941</sup>. Burada CO Art. 727’de denetim makamına ilişkin hükümlerin, kıyasen burada da uygulanabileceği belirtilmiştir.

Türk Hukuku’nda, denetçinin şahsına ilişkin haklı bir sebebin varlığı halinde, hususiyetle de onun taraflı davrandığı yönünde bir kuşku olması halinde, TTK m.399/4(b) uyarınca; asliye ticaret mahkemesinin ilgilileri ve denetçiyi dinledikten sonra, başka bir denetçiyi atayabileceği düzenlenmiştir<sup>942</sup>. TTK m.399’da, denetçilerin görevden alınması ve denetim sözleşmesinin feshi düzenlenmiştir. TTK m.399/II uyarınca denetlenen ortaklık denetçiyi, yalnızca dava yoluyla görevden alabilecektir<sup>943</sup>.

TTK m. 399/IV’te geçen, “haklı neden” kavramına örnek olarak gerekçe; denetçinin mesleki yetersizliğini, denetleme elemanlarının bilgilerindeki eksiklikleri, okul sonrası uyum eğitimlerindeki eksiklikleri, yardımcı elemanların, uzmanların ve cihaz donanımının eksikliğini, itibar kaybı gibi nedenleri göstermiştir. Bunların dışında, denetçinin çalışma tarzı, şirkete gerekli zamanı ayıramaması, bilgi sızdırması, taraflı davranması da haklı neden olarak sayılabilecektir<sup>944</sup>. İlgililer tarafından ileri sürülen nedenin, haklı bir neden olup olmadığına hâkim karar verecektir. İsviçre’de ve Türk Hukuku’nda, özel denetçinin incelemesini yapabilmesi için gerekli nitelikleri taşıyor olması, bağımsız olmaması (taraf tutması), gibi nedenler, haklı neden olarak kabul edilmiştir. Ancak hâkim denetçiyi bu gibi durumlarda hemen görevden almayacaktır. Böyle durumda, ilgililerin haklı nedenlerini, ispat etmeleri gerekir<sup>945</sup>.

Özel denetçinin bağımsızlığının ve tarafsızlığının en büyük teminatı, TTK m.438/2 ve TTK m.439/1 uyarınca, hâkim tarafından atanmasıdır<sup>946</sup>. Bu nedenle ilgililer (şirket ya da özel

<sup>941</sup>Killias/Bertholet, s.264.

<sup>942</sup>Denetçinin şahsı ile ilgili bir itiraz özellikle de taraflı davrandığına ilişkin bir kuşku varsa yönetim kurulu ya da sermayenin %10’unu, halka açık şirketlerde esas ya da çıkarılmış sermayenin %5’ini oluşturan pay sahiplerinin şirket merkezinin bulunduğu asliye ticaret mahkemesinden başka bir denetçiyi seçerek mevcut denetçiyi görevden almasını talep edebileceği düzenlenmiştir.

<sup>943</sup>Maddenin gerekçesinde, denetçinin, ancak mahkeme kararı ile görevden alınacağı ifade edilmiştir. Buna göre mahkeme haklı bir neden varsa denetçiyi görevden alacaktır. Haklı neden denetçinin tarafsızlığını bozan bir olgu ya da davranış olabilir.

<sup>944</sup>TTK m.399/IV’ün Gerekçesi, s.192.

<sup>945</sup>Köksal, **Bağımsız Denetim Sözleşmesi**, s.378, dipnot:12.

<sup>946</sup>Bağımsız denetçinin görevden alınmasının düzenlendiği TTK m.399/II denetçinin bağımsızlığını koruma amacını taşıdığı gibi, denetçinin görevine dava yolu ile son verme denetçiye bir güvence de sağlar. (Köksal, **Bağımsız Denetim Sözleşmesi**, s.376).Özel denetçinin nasıl atanacağını düzenlenmiş olmakla birlikte, görevinin nasıl son verileceği hususu düzenlenmemiştir. Kanımızca denetçiyi atayan mahkemenin, yine denetçinin görevine son vermesi yerinde olur. Şirket organlarına tek başına, özel denetçinin görevini sona erdirmeye yetkisi verilmiş olsaydı, bu özel denetçinin inceleme görevini istenilen şekilde ve objektif olarak yerine getirmesine engel olurdu. Kanımızca özel denetçinin görevine, onu atayan mahkemenin son vermesi gerekir. Bu nedenle,

denetim isteminde bulunanlar) tek taraflı olarak bu ilişkiyi sonlandıramazlar. Hâkim özel denetçiye incelemesi sırasında sadece talimat vermekle kalmaz. Eğer denetçinin, incelemeyi icra edebilecek yeterli bilgisi bulunmuyorsa ya da ehliyetini kaybetmişse veya iflas etmişse hâkim tarafından re'sen görevine son verilir. Bu durumlarda özel denetim isteminde bulunan pay sahipleri talep etmese bile hâkim, böyle bir durumu fark ederse, özel denetçinin görevini re'sen sonlandıracaktır<sup>947</sup>. Buna karşın, hâkim özel denetçinin görevine yukarıda belirttiğimiz haller yoksa re'sen son veremez<sup>948</sup>. Hâkimin özel denetçinin görevine re'sen son vereceği haller; özel denetçinin yetersiz olması, yeterli bilgiye sahip olmaması ya da aniden iflas etmesi gibi haller verilebilir. Ayrıca hâkim atadığı özel denetçinin uzmanlığı hakkında yanılığa düşmüşse, bu durumda da atadığı özel denetçiyi görevden alabilecektir<sup>949</sup>.

Özel denetçiyi her ne kadar mahkeme atıyor olsa da ve gerekli talimatları mahkeme veriyor olsa da, özel denetim görevinin sona erdirilmesine ilişkin mehzaz kanunda ve Türk Hukuku'nda, özel bir düzenleme olmadığı için doktrinde bazı yazarlar, TBK m.502/II uyarınca; vekâlet sözleşmesinin sona erme sebeplerinin, özel denetim sözleşmesinin sona ermesine de kıyasen uygulanabileceği kanaatinde olduklarını belirtmişlerdir<sup>950</sup>.

Özel denetçinin görevinin sona ermesi ile ilgili olarak vekâlete ilişkin hükümlerden kıyasen yararlanılabileceğini düşünenler, CO Art.405, TBK m.513 uyarınca; özel denetçinin ölümü ya da şirketin sona ermesi, ehliyetin kaybedilmesi ya da iflas etmesi durumlarının da, özel denetçinin görevinin sona erme sebepleri arasında sayılabileceğini ifade etmişlerdir. Bu durumda hâkim, özel denetim faaliyetinin devam edebilmesi için, yeni bir özel denetçi atamakla yükümlüdür<sup>951</sup>. İsviçre'de, şirketin iflas etmesi ya da konkordato açılması halinde, özel denetimin devam edeceği belirtilmiştir. Şirketin iflas etmesi halinde, şirketin tasfiyesi, tasfiye memurları tarafından yerine getirileceği için, şirket organları da varlıklarını tasfiye sona erinceye kadar devam ettireceklerinden, özel denetim de tasfiye sonuna kadar devam edecektir<sup>952</sup>.

---

özel denetçinin (incelemecinin) atamasını düzenleyen, TTK m.440/2'ye; mahkemece atanan özel denetçinin görevine yine mahkemenin son vereceği ve kararın kesin olacağı şeklinde bir ifadenin eklenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

<sup>947</sup>Killias/Bertholet, s.264; Pauli, 180; BaK-Weber, N.16, (**Commentaire Romand**), s.971, N.19.

<sup>948</sup>Pauli, 180, (**Commentaire Romand**), s.971, N.19.

<sup>949</sup>Killias/Bertholet, s.264.

<sup>950</sup>Aynı yönde; Killias/Bertholet, s. 264, Güven, **Özel Denetim**, s.164, (**Commentaire Romand**), s.971, N.19.

<sup>951</sup>Güven, **Özel Denetim**, s.164.

<sup>952</sup>(**Commentaire Romand**), s.971, N.20; Aday, **Anonim Şirkette Özel Denetçi**, s.45. Türk Hukuku'nda **Aday**, şirketin iflas etmesi durumunda tasfiyenin iflas idaresi memurları tarafından yapılacağını belirtmiştir. Nitekim konu ile ilgili TTK m.534'te, şirket organlarının varlıklarını sürdürecekleri ancak temsil yetkilerini, iflas idaresi tarafından temsil edilmedikleri hususlar için korudukları düzenlenmiştir. Şirketin tazminat taleplerini takip

Türk Hukuku'nda TTK m.399/8'de, denetçinin denetim sözleşmesini, haklı bir neden varsa ya da hakkında görevden alınma davası açılmışsa sona erdirebileceği düzenlenmiştir. Gerekçede haklı neden halleri; denetçinin çalışma şartlarının müsait olmaması, ücret ve giderlerin vaktinde ödenmemesi, denetçinin görevini yerine getirmesinin engellemesi halleri gösterilmiştir<sup>953</sup>. Denetçinin görevini yapmaktan engellenmesi ile fiziki engelleme ve denetçinin yanında çalışan elemanlarının istifa etmesi, grev, lokavt vb. durumlar da haklı neden kabul edilmiştir<sup>954</sup>. Denetim elemanının, denetlenen şirket çalışanları tarafından şirkete girişinin engellenmesi ya da istemiş olduğu belge veya bilgilerin kendisine verilmemesi ve raporunu hazırlamasına engel olunması fiziki engellemeye örnek gösterilebilir. Ancak, tüm bu engellemeler yapılan görüşmeler sonucunda ortadan kaldırılmış ise artık haklı bir neden kalmadığı için denetçinin sözleşmeyi sona erdirmek istemesi haklı sebep olarak gösterilemez<sup>955</sup>. Haklı nedenler sınırlı sayıda olmadığından, ilgililerin gösterdikleri hallerin haklı bir neden<sup>956</sup> oluşturup oluşturmadığını hâkimin takdir edecektir. Hâkim haklı nedenleri somut olayın niteliğine göre değerlendirilecektir.

Şirketin, denetçinin görevden alınmasını gerektiren haklı nedenlerini, gerekçeleri ile birlikte hâkime iletmelidir. Aynı husus denetçinin denetim sözleşmesini haklı nedenlere dayalı olarak feshetmesi halinde de geçerlidir. TTK m.399/8 uyarınca; denetçinin, denetim sözleşmesini, yazılı olarak ve gerekçesini belirterek feshetmesi gerekir. Bununla beraber denetçi fesih tarihine kadar TTK m.402 uyarınca elde etmiş olduğu verileri de bir rapor olarak genel kurula sunmalıdır. Bu husus bağımsız denetçilerle ilgili olup, özel denetçi ile şirket arasında sözleşme ilişkisi olmadığını belirtelim. Ancak özel denetçi de, haklı nedenlerle mahkemeden görevine son verilmesini talep etmişse, o ana kadar incelemeleri ile ilgili yapmış olduğu tespitlerini de mahkemeye sunmalıdır<sup>957</sup>. İsviçre'de vekâlet hükümlerinin düzenlendiği CO Art.400'ün kıyasen uygulanmasıyla, özel denetçinin incelemek için almış olduğu tüm

---

edecek olan iflas idaresidir. Bu nedenle özel denetim yapılmasını gerektiren konularla da iflas idaresi ilgilenecektir. Özel denetçi şirketi onun sorumluluğu altında inceleyecektir.

<sup>953</sup>TTK m.399/8'in Gerekçesi, s.192.

<sup>954</sup>TTK m.399/VI'nın Gerekçesi, s.192.

<sup>955</sup>Köksal, **Bağımsız Denetim Sözleşmesi**, s.384.

<sup>956</sup>*Narbay*, özel denetçinin denetim faaliyetlerini icra ederken, gerekli niteliğe sahip olmadığını anlamışsa ya da çalışma koşulları anonim ortaklık tarafından son derece zorlaştırılmışsa ya da şirket bünyesindeki özel denetçiye gereken saygıyı göstermiyorsa, bu hususu kendisini atayan mahkemeye gecikmeksizin bildirmek suretiyle, görevine son verilmesini isteyebileceğini belirtmiştir. Yazara göre böyle bir durum varsa, özel denetçiye herhangi bir zaman kısıtlaması yapmaksızın, görevi bırakma hakkının verilmesi gerekmektedir. Zira böyle bir durumda özel denetçiden görevini tamamlaması beklenemez. [Bkz. *Narbay*, **Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi**, s.285, (Güven, **Özel Denetim**, s.166'dan naklen)].

<sup>957</sup>Bu husus TTK m.399/8 ile benzerdir. İlgili kanun uyarınca, denetçinin fesih tarihine kadar elde etmiş olduğu sonuçları genel kurula sunma yükümlülüğü vardır. Bu maddeyi kıyasen, özel denetçiye de uygularsak, özel denetçinin denetimi (incelemesi) haklı nedenlerle sona ererse, o ana kadar yapmış olduğu tespitlerini mahkemeye sunması gerekmektedir.

dokümanları iade yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>958,959</sup>. Özel denetçi, incelemeleriyle ilgili kişisel notlarını, evrak ve fotokopilerini yok etmeli ya da şirkete iade etmelidir. Zira incelemeleri sırasında şirketin sırlarını öğrenmiş olacağından, sırlarla ilgili bilgileri içeren incelemesini şirkete iade etmesi ve başkalarının öğrenmemesi için yok etmesi önemlidir<sup>960</sup>.

Özel denetimin sona erme nedenleri, İsviçre ve Türk Hukuku'nun özel denetime ilişkin maddelerinde düzenlenmemiştir. Ancak sınırlı sayıda olmaması şartıyla belirli bazı sona erme sebeplerinin bir kanun maddesi ile belirlenmesi uygun olacaktır. Zira özel denetçi (incelemeci) atanması da tıpkı HMK m.266-285 arasında düzenlenen bilirkişi atamasına benzemektedir. Burada da mahkeme aracılığıyla atanan bir uzman söz konusudur. O halde, tıpkı HMK m.272/1'de olduğu gibi, özel denetçinin görevine hangi hallerde son verileceğine ilişkin bir madde hükmünün konulması uygun olacaktır.

## II. Özel Denetçinin Sorumluluğu

### A. Özel Denetçinin Hukuki Sorumluluğu

İsviçre'de özel denetçi, CO Art.752-754'te düzenlenen denetçi gibi anonim ortaklığın bir organı olmadığından, denetçinin sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin özel denetçi hakkında uygulanması uygun bulunmamıştır. İsviçre'de özel denetçinin sorumluluğu, vekâlete ilişkin hükümlere tabii tutulmuştur. Buradan anlaşılacağı üzere, mehzaz kanunda, özel denetçinin görevini ifa ederken göstermesi gereken özen ve sadakat yükümlülükleri bulunmaktadır CO Art.398/II<sup>961</sup>. Özel denetçi benzer alan ve konularda basiretli bir özel denetçinin göstermesi gereken özeni göstererek hareket etmelidir<sup>962</sup>. Vekâlete ilişkin hükümler uyarınca, özel denetçi, görevini ifa ederken; genel ahlak, meslek etik ve ahlakına uygun davranmakla yükümlü tutulmuştur<sup>963</sup>. Özel denetçilerin sadakat yükümlülüğünün kapsamına müvekkilin (şirketin) sırlarını saklamak da girmektedir. Eğer vekil, vekâlet

<sup>958</sup>BaK-Weber, N.14; Casutt, 150, (**Commentaire Romand**), s.971, N.21.

<sup>959</sup>Killias/Bertholet, s.264.

<sup>960</sup>Casutt, 150, (**Commentaire Romand**), s.971, N.21.

<sup>961</sup>Mehaz kanunda CO Art.398/II'de, vekilin, müvekkiline karşı, kendisine tevdi edilen işi doğruluk ve özenle (*la bonne et fidèle exécution*) yerine getirmeden dolayı sorumlu olacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla vekil (özel denetçi) görevini iyi bir şekilde ifa etmelidir.

<sup>962</sup>BaK-Weber, N.18; Killias/Bertholet, s.266; Tercier, Contrats, N.4665, (**Commentaire Romand**), s.972, N.22., Türk Hukuku'nda TBK m.506/2'de vekilin, üstlendiği iş ve hizmetleri, vekalet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. TBK m.506/III'de de, vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmet üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınacaktır.

<sup>963</sup>BaK-Weber, N.18; Casutt, 249s; Tercier, Contrats, N.4667ss, (**Commentaire Romand**), s.972, N.22.

borcunu meslek icabı kabul ve ifa etmekteyse, bu konuda ayrıca meslek sırlarını<sup>964</sup> da saklamakla yükümlüdür<sup>965</sup>.

Özel denetçinin, denetimi sırasında şirket organlarından, kanuna uygun olmayan şekilde bilgi almaya çalışması şirketin zarar görmesine neden olabilir<sup>966</sup>. Başka bir ifadeyle, özel denetimin haksız yere yapılması sonucunda, şirketin ününe bir zarar verilmiş olabileceği gibi özel denetçinin şirket organlarına karşı uygunsuz tavırları da şirketin zarar görmesine neden olabilecektir. Şirket, özel denetçinin sorumluluğuna gidebilmek için, özel denetçinin hukuka aykırı davranışı sonucunda maruz kaldığı zarar arasında uygun illiyet bağı olduğunu ispatlamalıdır<sup>967</sup>. Bir diğer ifadeyle, özel denetçinin hukuka aykırı eylemini, bu eylemin oluşturduğu zarar ve zararlar özel denetçinin hukuka aykırı fiili arasında uygun illiyet bağı olduğunun ispatı (ispat yükünü) şirkete aittir. Özel denetçi, kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ileri sürüyorsa, bu durumu ispat etmelidir. Hâkim, tazminatın miktarını CO Art.43-44, TBK m.51-52'e uygun olarak belirleyecektir<sup>968</sup>.

Özel denetçinin sorumluluğu kusura dayanmaktadır. Özel denetçi, hâkimin belirlediği inceleme sınırlarının dışına çıkarsa, özel denetimi amaca yararlı bir süre içerisinde gerçekleştirmezse, konu ile ilgili yeterli bilgisi olmamasına rağmen incelemesini devam ettirerek ilgililerin zamanını çalarsa, incelemesi sırasında öğrendiği ticari sırları, görevi gerektirmediği halde açıklarsa ve bundan dolayı ortaklık bir zarar görürse, kusurlu davranmış olacaktır. Bu nedenle sorumluluğu söz konusu olacak ve ortaklığın zararını tazmin etmesi gerekecektir. Burada şirketin uğramış olduğu zarar sebebiyle açacağı dava, CO Art.127, TBK m.146' daki on yıllık zamanaşımı süresine tabiidir<sup>969</sup>. Özel denetçi, kendi kusurlu davranışlarından ya da yanında çalışanlarının/yardımcı kişilerin kusurlu davranışlarından dolayı sorumludur. Bu sorumluluğun kaynağı CO Art.399/II,101/I; TBK m.507/II, 116/I<sup>970</sup>den ileri gelmektedir. CO Art. 399/II uyarınca, özel denetçinin sorumluluğu,

<sup>964</sup>Meslek sırrı, meslekle ilgili faaliyet sonucunda öğrenilen sırdır. Bir mesleğin yerine getirilmesi esnasında öğrenilen, sır sahibi tarafından açıklanmaması öngörülen ve objektif olarak başkalarının bilinmeyen, bireyin özel hayatına ilişkin bilgi ve olaylar meslek sırlarını oluşturmaktadır. Buna örnek olarak; bir bankada çalışan kişilerin müşterilerinin kişisel ve ekonomik işlerini gizli tutması gerekir. Aytaç, "Anonim Ortaklık Denetçilerinin Sır Saklama Yükümlülüğü", **Batider**, s.185.

<sup>965</sup>Hatemi, (Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukuku (Özel Bölüm)**, s.417.

<sup>966</sup>BaK-Weber, N.18; Pedroja, 782; Killias/Bertholet, s.266, (**Commentaire Romand**), s.972, N.23.

<sup>967</sup>BaK-Weber, N.18; Killias/Bertholet, s.266, (**Commentaire Romand**), s.972, N.23.

<sup>968</sup>Killias/Bertholet, s.266.

<sup>969</sup>Killias/Bertholet, s.266., Casutt, 259, (**Commentaire Romand**), s.972, N.26.

<sup>970</sup>İsviçre'de özel denetçinin sorumluluğunun vekâlete ilişkin sorumluluk kurallarına ve yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı olan sorumluluğa dayandırıldığını görüyoruz. TBK m.116/I'de borçlu (özel denetçi), borcun ifasını ya da borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi



inceleme görevinin bir kısmı ya da tamamı için, üçüncü kişileri yetkilendirme konusunda yetkili olup olmamasına göre değişir<sup>971</sup>. Eğer özel denetçinin, kendi yerine başkasını tayin etme konusunda yetkisi varsa, CO Art.399/II TBK m.507/II'ye göre, yetkisi yoksa CO Art.399/I CO Art.97 TBK m.507/I, TBK m.112' ye göre sorumlu olur.

Türk Hukuku'nda **Moroğlu**, özel denetçi ile ortaklık arasında bir sözleşme ilişkisi bulunduğunu, özel denetçinin, ortaklığa vermiş olduğu zararlardan dolayı kendisine, herhangi bir kusur yüklenemeyeceğini ispat edemediği sürece TBK m.112'ye göre sorumlu olacağı görüşündedir. Özel denetçinin sorumlu olabilmesi için, bir zararın olması, bu zararın özel denetçinin kusuruna (kasdına ya da ihmeline) dayanması ve özel denetçinin hukuka aykırı fiili ile vermiş olduğu zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir<sup>972</sup>.

**Pulaşlı**, tıpkı İsviçre'de<sup>973</sup> olduğu gibi, özel denetçinin sorumluluğunun temelini, vekâlete ilişkin hükümlere dayandırmaktadır. Yazara göre, özel denetçi, pay sahiplerince verilen görev alanı ve kanunda belirtilen kapsam çerçevesinde, mahkemece belirlenen sınırlar içerisinde hareket ettiğinden, burada sözleşme benzeri bir sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Ayrıca özel denetçi vekâletsiz iş görme kurallarına göre de sorumlu değildir. Zira özel denetçi vekâletsiz olarak değil, mahkemenin kendisine verdiği görev çerçevesi içerisinde inceleme görevini icra etmektedir. Bu nedenle yazar özel denetçinin sorumluluğunun, vekâlet hükümlerine dayandırılması gerektiği kanaatindedir.<sup>974</sup>

İsviçre'de özel denetçinin sorumluluğunu düzenleyen bir hüküm kanunda yoktur. Bu nedenle anonim ortaklık ile özel denetçi arasındaki ilişkiye niteliğine uygun düştüğü ölçüde, vekâlet sözleşmesine ilişkin kuralların uygulanmaktadır. Bir diğer ifadeyle, mehaz kanunda özel denetçinin sorumluluğunun esaslarını vekâlet hükümleri oluşturmaktadır. İsviçre'de pay sahipleri ile özel denetçi arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmadığından, pay sahipleri özel denetçinin denetimi ile ilgili bir zarar görürlerse bu zararlarının tazminini, vekâlete ilişkin hükümlere dayandıramayacaklardır. Pay sahiplerinin zararlarının tazminini, haksız fiil sorumluluğuna (*la responsabilité délictuelle*) dayandırabilecekleri belirtilmiştir<sup>975</sup>. İsviçre'de, şirket alacaklılarının, maddi tazminat isteme hakkı yoktur. Zira özel denetimin amacı şirketi

---

yardımcılarına (*auxiliaire*) kanuna uygun bir şekilde bırakmış olsa bile, onların işi yürüttüğü esnada diğer tarafa verdikleri zararları gidermekle yükümlü olacaktır.

<sup>971</sup>Killias/Bertholet, s.266, Casutt, 259, (**Commentaire Romand**), s.972, N.24.

<sup>972</sup>Moroğlu, "Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi", **Makaleler I-2001**, s.79, Aynı yönde Sivas, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi**, s.71.

<sup>973</sup>Killias/Bertholet, s.266. İsviçre Hukuku'na göre, özel denetçinin sorumluluğunun temelini vekâlet hükümleri oluşturmaktadır.

<sup>974</sup>Hasan Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, b.2, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.647-648.

<sup>975</sup>Killias/Bertholet, s.266.

ve pay sahiplerini korumaktır. Dolayısıyla alacaklıların özel denetçiden böyle bir talepleri olamaz<sup>976</sup>.

6102 sayılı TTK m.438-444 de, özel denetim konusunun düzenlendiği maddelerde özel denetçinin sorumluluğu ile ilgili bir düzenleme yoktur. Ancak denetçinin sorumluluğu başlıklı TTK m.554 de, bağımsız denetçilerin ve özel denetçilerin kanuni görevlerini yerine getirirken kusurlu hareket etmeleri halinde, hem ortaklığa hem de pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı vermiş oldukları zarar dolayısıyla sorumlu oldukları ve kusuru iddia edenin ispat edeceği düzenlenmiştir<sup>977</sup>. Hükümdeki son cümle, *kusuru iddia edenin ispat edeceği* ifadesinin, 6335 sayılı kanunla TTK' dan çıkartılmış olduğunu belirtelim.

TTK m.554, hem şirketin, hem şirketler topluluğunun denetçilerinin, hem de özel denetçilerin sorumluluklarını düzenleyen bir hükümdür<sup>978</sup>. Ancak 6335 sayılı kanun ile yapılan değişiklik sonrası, işlem denetçilerinin kanundan çıkarılmış olduğunu belirtelim. TTK m.554'te düzenlenen sorumluluk bir kusur sorumluluğudur. Zira kanunda denetçilerin, kusurlu hareket etmiş oldukları takdirde; şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı verdiği zarardan sorumlu olacakları düzenlenmiştir. Bununla birlikte denetçilerin ayrıca sır saklamadan doğan sorumluluğu da TTK m.404'te denetçilerin sır saklamadan doğan sorumluluğu başlığı altında özel olarak düzenlenmiştir.

## 1. Özel denetçinin Sır Saklamadan Dolayı Sorumluluğu

TTK m.441/5'te özel denetçinin sır saklamakla yükümlü olduğu, bunun denetçinin bir görevi olduğu hususu düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra TTK m.404/I'de de özel denetçinin denetimini; dürüst ve tarafsız bir şekilde yapması ve sır saklamakla yükümlü olduğu

<sup>976</sup>Killias/Bertholet, s.266.

<sup>977</sup>Özel denetçinin sorumluluktan kurtulabilmesi için *Moroğlu*, TBK m.112 uyarınca, kendi kusursuzluğunu ispat etmesi gerektiğini belirtmiştir. *Moroğlu*, TTK m.553'te; kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluklarının düzenlenmiş olduğu maddede, hukuki sorumluluk hususunda kusur karinesine yer verilmişken, denetçilerin ve özel denetçilerin sorumluluğu konusunda kusuru iddia eden ispatlar denilmek suretiyle hukuki sorumluluk konusunda kusur karinesine yer verilmemesini hatalı bulmuştur. Bunun üzerine 6335 sayılı kanun ile kusuru iddia eden ispatlar cümlesi TTK m.554'ten çıkartılmıştır. Buna göre kanunda kusur karinesi, bir başka ifadeyle, özel denetçilerin ve bağımsız denetçilerin sorumlu olmaktan kurtulabilmeleri için kusurlu olmadıklarını ispatlamaları gerektiği, şeklinde açıkça belirtilmese de, TBK m.112'deki hükmün, kanundaki bu eksikliği gidereceğini belirtmiştir. (Bkz. *Moroğlu*, (**Değerlendirme ve Öneriler**), s.327).

<sup>978</sup>TTK m.554'ün Gerekeşi, s.257., *Moroğlu*, maddede özel denetçinin de sorumluluğu düzenlenmiş olduğu için maddenin kenar başlığına özel denetçinin de eklenmesi gerektiğini belirtmiştir. *Moroğlu*, (**Değerlendirme ve Öneriler**), s.327.

düzenlenmiştir. Gerekçede özel denetçi, sır saklama yükümlülüğünü ihlal ederse, TTK m.554'ün değil, TTK m. 404'ün uygulanacağı belirtilmiştir<sup>979</sup>.

Sırlar belirtildiği üzere; meslek sırrı ya da şirket sırrı olarak adlandırılmaktadır. Burada denetçiye sır saklama borcunu yüklemekle şahsi (sübjektif) bir menfaatin değil, genel (objektif) bir menfaatin zedelenmesi engellenmeye çalışılmaktadır<sup>980</sup>. Özel denetçinin mesleki sır<sup>981</sup> kapsamına hem kendi mesleklerine ilişkin bilgiler, hem de mesleğin icrası sırasında öğrenmiş oldukları ticari sır<sup>982</sup> niteliğini haiz bilgiler girer. Bu bilgiler unsurlarının bulunması halinde incelenen ortaklığın ticari sırlarıdır. Gizli tutulmasında şirketin menfaatinin olduğu ve açıklanması halinde şirkete maddi ve manevi açıdan zarar verme tehlikesi olan bilgilerin, özel denetçi tarafından saklı tutulması gerekir<sup>983</sup>. Aksi halde denetçi sorumlu olacaktır. Denetçilerin bu yükümlülüğü görevleri sona erdikten sonra da devam edecektir<sup>984</sup>. Özel denetçinin sırrı saklama yükümlülüğü, görev süresi ile sınırlı değildir. Bir diğer ifadeyle, denetçinin sır saklama yükümlülüğü inceleme görevi sona erdikten sonra da devam eder<sup>985</sup>.

<sup>979</sup>TTK m.554'ün Gerekçesi, s.257. TTK m.404 özel olarak düzenlenmiş olduğu için bu maddenin kapsamına giren konularda TTK m.554 uygulanmayacaktır. Türk Hukuku'nda, denetçinin sorumluluğu ile ilgili olarak TTK m.404 hükmünün özel sorumluluk hükmü olduğu, TTK m.554'ün de genel sorumluluk niteliğini haiz olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla TTK m.404'ü genel sorumluluk mahiyetine dönüştürerek, denetçinin tüm yükümlülüklerini bu sorumluluğun kapsamında değerlendirmek, hem genel kabullere hem de kanunun sistematiğine uygun olmayacaktır. Bkz. Sami Kocabıyık, **Bağımsız Denetçinin Üçüncü Kişilere Karşı Hukuki Sorumluluğu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.163.

<sup>980</sup>Turanboy, **İnsider Muameleleri**, s.166. Burada objektif bir menfaatin korunması söz konusudur. Örneğin, bir anonim ortaklıkta, yönetim kurulu tarafından dağıtılacak kâr oranının yükseltilmesi kararı alınmıştır. Yönetim Kurulu üyelerinden biri, bu konuyu bir tanıdığına iletmiş ve anonim ortaklığın piyasada bulunan tüm hisselerini toplamasını söylemiştir. Burada, yatırımcıların aynı şans ve bilgiye sahip olma hususundaki menfaatleri zedelenmiştir. Zedelenen menfaat de genel (objektif- umuma ait) bir menfaattir.

<sup>981</sup>Bağımsız denetim kuruluşlarının saklamak zorunda olduğu sırlar meslek sırrı olarak ifade edilmektedir. Denetim görevinin icrası sırasında elde edinilen bilgilerin, hiçbir şekilde üçüncü kişilere aktarılmaması muhasebe firmaları tarafından kabul edilmiş bir mesleki kuraldır. Yasin Ulusoy, **Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Bağımsız Dış Denetim**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007, s.173.

<sup>982</sup>1/517 Esas Numaralı, Ticari Sır ve Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı'nın 2. maddesinde *ticari sır; bir ticari 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, mali, iktisadi, kredi ve nakit durumu, araştırma ve geliştirme (ar-ge) çalışmaları, faaliyet stratejisi, ham madde kaynakları, imalatın teknik özellikleri, fiyatlandırma politikaları, pazarlama taktikleri ve masrafları, Pazar payları, toptancı ve perakendeci müşteri potansiyeli ve ağırları, izne tabii veya tabii olmayan sözleşme bağlantılarına ilişkin veya bu gibi bilgi ve belgeleridir.* olarak tanımlanmıştır.

<sup>983</sup>Yavuz, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, s.633,634.

<sup>984</sup>Köksal, **Bağımsız Denetim Sözleşmesi**, s.336-337., 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m.73'te; kurul başkan ve üyeleri ile kurum personeli, Fon kurulu başkan ve üyeleri ile Fon personeli görevleri sırasında öğrendikleri bankalara ve bunların bağlı oldukları ortaklık, iştirak, birlikte kontrol edilen ortaklıkları ve müşterilerine ait sırları bu kanuna ve özel kanunlara göre yetkili olanlardan başkasına açıklayamaz ve kendilerinin veya başkalarının yararlarına kullanamazlar. Bu yükümlülük görevden ayrıldıktan sonra da devam eder.

<sup>985</sup>Killias/Bertholet, s.259; Pauli, 169; BaK-Weber, N.15; Gabrielli, 128, (**Commentaire Romand**), s.966, N.13.

Ancak bu yükümlülüğün ne kadar süre ile devam edeceği kanunda belirtilmemiştir<sup>986</sup>.Ancak bir bilginin, sır olma niteliği sona erer ya da sır sahibi tarafından sırrın açıklanabileceğine ilişkin yazılı izin<sup>987</sup> verilirse, özel denetçinin de sır saklamayükümlülüğü sona erecektir. Zira artık şirketin korunmaya değer bir menfaati kalmayacaktır<sup>988</sup>.

Türk Hukuku'nda, *Turanboy* sır saklama yükümlülüğünün temelinde, akdi bir ilişkinin olduğunu belirtmiştir. Yazar, sır saklama yükümlülüğünün, görevin icrasından sonra da devam etmesinin temelinde, vekilin, sadakat yükümlülüğü bulunduğunu ifade etmiştir<sup>989</sup>.

*Arı*, denetim sözleşmesinin vekâlet sözleşmesine benzediğini, vekâlet sözleşmesinin de karşılıklı güvene dayanan ilişkilerde uygulanması nedeniyle denetçinin, sır saklama yükümlülüğü bakımından, vekâlete ilişkin hükümlerin uygulanmasının mümkün olduğunu belirtmiştir<sup>990</sup>.

*Bilge*, ticari sırların, sır sahibi ile herhangi bir sözleşme ilişkisi içerisinde olmayan üçüncü kişilere karşı korunmasının da önemli olduğunu belirtmiştir. Yazar, üçüncü kişi kavramının; sır sahibi ile bir sözleşme ilişkisi içerisinde olmayan dürüst veya dürüst olmayan yollarla sırlara ulaşmış olan tüm kişilerin anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir. Bu kişiler ticari sırları bizzat, sırrın sahibinden öğrenmiş olabilirler<sup>991</sup>.

Özel denetçi ile anonim şirket arasında sözleşme ilişkisi olmadığını belirtmiştik. Ancak özel denetçinin sır saklama yükümlülüğünün bulunması, *Bilge*'nin<sup>992</sup> de belirttiği

<sup>986</sup>Zekeriyya Arı, Anonim Şirketlerde Denetçi Sorumluluğunun Sınırlanması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s.134, dipnot:398.

<sup>987</sup>1/517 Esas Numaralı, Ticari Sır ve Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı'nın m.3/I(b)'de sır sahibinin açıklanması konusunda yazılı izni (muvafakati) bulunduğu hallerde, bilgi ve belgelerin açıklanmasının, kullanılmasının, verilmesinin ve aktarılmasının bu kanuna aykırılık oluşturmayacağı düzenlenmiştir.

<sup>988</sup>Arı, **Anonim Şirketlerde Denetçi Sorumluluğunun Sınırlanması**, s.135-136.

<sup>989</sup>Sadakat borcu bir taraftan ihtimam borcunu, diğer yandan sır saklama yükümlülüğünü kapsamaktadır. Asuman Turanboy, **İnsider Muameleleri (Şirkete ait Gizli Bilgilerin Haksız Kullanımı)**, Batider, Ankara, 1990, s.165. Bağımsız denetimden kaynaklanan zararlar bakımından, denetim sözleşmesine ve bağımsız denetçinin sorumluluğuna ilişkin özel kanun hükümlerine dayanılarak, zarar tazmin edilebilir. Kocabıyık, **Bağımsız Denetçinin Üçüncü Kişilere Karşı Hukuki Sorumluluğu**, s.174. Ancak özel denetim (incelemede) özel inceleme elemanı ile şirket arasında yapılan bir sözleşme söz konusu değildir.

<sup>990</sup>Arı, **Anonim Şirketlerde Denetçi Sorumluluğunun Sınırlanması**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s.135. Özel denetçinin atanması ile şirket ile arasında bir güven ilişkisi oluşur. Bir diğer ifadeyle, burada hukuki güvene dayalı bir görünüş yaratıldığı için, özel denetçinin, inceleme görevi sona erdikten sonra TTK m.404 uyarınca, sır saklama yükümlülüğü altında olmasını, vekâlete değil, geniş anlamda güven sorumluluğuna dayandırmak gerekir. Zira özel incelemeci şirketin vekili olmayıp, şirketten emir ve talimat almamaktadır. Bu nedenle, özel denetçinin sır saklama yükümlülüğünün temelini, vekâlete ilişkin hükümlere dayandırmayı uygun görmüyoruz.

<sup>991</sup>Mehmet Emin Bilge, **Ticari Sırların Korunması**, Asil Yayın Dağıtım Ltd., Şti., Ankara, 2005, b.2, s.179.

<sup>992</sup>Ticari sırların üçüncü kişiler tarafından ihlal edilmesi hali, haksız rekabete ilişkin hükümlere dayandırılmıyorsa, haksız fiile ilişkin TBK m.49 hükümlerine başvurulabilir. Bilge, **Ticari Sırların Korunması**, s.180-181. Haksız rekabetin oluşmamış olduğu durumlarda, TBK m.49 vd. hükümleri geçerli olup,

üzere, ticari sırların, sözleşme ilişkisi içerisinde olmayan, üçüncü kişilere karşı da korunmasıdır. Burada özel denetçi, üçüncü kişi olarak ve mesleği gereği öğrenmiş olduğu şirket sırları korumakla yükümlüdür.

Şirket ile özel inceleme elemanı arasında sözleşme ilişkisi olmadığından, özel incelemecinin sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi sonucunda, zarar gören şirket için, özel denetçinin sır saklama yükümlülüğünü düzenleyen TTK m.404 özel hükmünün temelini TBK m.49 oluşturmaktadır<sup>993</sup>. Denetçiler TTK m.398'de denetim görevlerini mesleki gereklere ve etiğe uygun olarak yerine getirmektedirler. Burada özel denetçilerde (incelemeciler), inceleme faaliyetlerini mesleki gereklere ve etik kurallarını uygun olarak yerine getirmekle yükümlüdür. O halde sır saklama yükümlülüğü mesleki etik ilkelere biridir<sup>994</sup>. Özel denetçi ile şirket arasında sözleşmesel bir ilişki olmadığından, sır saklama yükümlülüğünün temelini geniş anlamda güven sorumluluğuna ilişkin esaslara<sup>995</sup>, dar anlamda da TBK m.49 ve devamındaki haksız fiil hükümlerine dayandırmayı uygun buluyoruz.

Bu kapsamda, özel denetçi (incelemeci) yarattığı hukuki güven çerçevesinde, incelemesini gerçekleştirdiği süre boyunca ve incelemesi sona erdikten sonra, şirket hakkında öğrendiği sırları saklamakla yükümlü olacaktır. Özel denetçiler mesleklerini icra ederken şirketten gereken belge ve bilgileri alırlar. Her şeyden önce denetçilerin saklamakla yükümlü oldukları sırlar, bir meslek sırrı niteliğindedir. Zira denetçiler inceleme faaliyetlerini yerine getirirken şirkete ait bazı bilgileri denetçi oldukları için kolayca almaktadırlar.

---

haksız fiil esaslarına göre tazminat talep edilebilir. Aynı yönde, Kocabıyık, **Bağımsız Denetçinin Üçüncü Kişilere Karşı Hukuki Sorumluluğu**, s.174. *Kocabıyık*, bağımsız denetimle denetlenen şirketlerin, dayanabileceği kanuni sorumluluk hükümlerinden birinin de, haksız fiile ilişkin TBK m.49 vd. hükümleri olduğunu belirtmiştir.

<sup>993</sup>Menfaat sahibi üçüncü kişilerin, haksız fiil sorumluluğuna dayanabilmeleri için, hukuka aykırılığın, zararın ve uygun illiyet bağının varlığı aranacaktır. Bağımsız denetçinin üçüncü şahıslara karşı sorumluluğunun haksız fiil hükümlerine göre talep edilebilmesi, ancak TBK m.49/1 ya da TBK m.49/II hükümlerinden birine dayanılması ile mümkün olacaktır. Bir başka ifadeyle, bağımsız denetçi üçüncü kişilere verdiği zarardan ya TBK m.49/I'deki hukuka aykırı davranışıyla ya da TBK m.49/II kasten ahlaka aykırı davranışı nedeniyle sorumlu olacaktır. Kocabıyık, **Bağımsız Denetçinin Üçüncü Kişilere Karşı Hukuki Sorumluluğu**, s.175. Özel denetçi ile şirket arasında sözleşme ilişkisi olmadığından, TTK m.404'teki özel düzenlemenin temeli TBK m. 49 vd. hükümleridir. Buradaki sorumluluk da bir kusur sorumluluğudur. Şirket, üçüncü kişi olarak, sır saklama yükümlülüğünün ihlal edilmesinden doğrudan doğruya zarar görecektir. Buradaki zararın tazmin talebini de, haksız fiil hükümlerine dayandırmak gerekir.

<sup>994</sup>BDY. 21/I-ç; Bağımsız denetçilerle ilgili olarak, KGK mesleki etik kuralları belirlemektedir DenKHK. 9/I-g. Sır saklama, mesleğin icrası sırasında elde edilen bilgilerin gizliliğini korumaktır. Kocabıyık, **Bağımsız Denetçinin Üçüncü Kişilere Karşı Hukuki Sorumluluğu**, s.164.

<sup>995</sup>Güven sorumluluğu başka bir kişide haklı bir nedenle güven duygusu yaratan kişinin bundan sorumlu tutulması olarak tanımlanmıştır. Bağımsız denetim açısından konuyu inceleyen Kocabıyık, bağımsız denetimde ortaya çıkan güven sorumluluğunun bilgi vermeden kaynaklandığını belirtmiştir. Hukuki işlem alanında, davranışları ile bilgi veren ve güven oluşturan kişi ile üçüncü şahıslar arasında oluşan ve edim yükümünden bağımsız kanuni borç ilişkisinin ihlali halinde ortaya çıkan sorumluluk güven sorumluluğudur. İşte üçüncü kişinin bu haklı güveni ihlal edilirse, zararın tazmin edilmesi gerekir. Kocabıyık, **Bağımsız Denetçinin Üçüncü Kişilere Karşı Hukuki Sorumluluğu**, s.210.

Diğer yandan denetçilerin saklamakla yükümlü oldukları sırları, ortaklık sırrı kapsamında geniş olarak ele almak gerekir. Bu sebeple ortaklığın faaliyetleri, üretimi, unvanları, borsa işlemleri, her türlü ekonomik işlemleri, vb. alanlarda denetçilerin elde etmiş olduğu bilgiler, saklamakla yükümlü oldukları sır kavramının içinde düşünülmelidir<sup>996</sup>. Sır saklamakla yükümlü olanlar, bu yükümlülüklerine aykırı hareket edemezler. Özel denetçinin sır saklama yükümlülüğü mutlak mı yoksa nisbi midir diye baktığımızda, ortaklık sırlarının mutlak sırlar olduğunu belirtelim<sup>997</sup>.

Özel denetçi raporunu hazırlamak için, bu incelemesini pay sahiplerinin, pay sahipliğine ilişkin haklarını etkin olarak kullanabilmeleri için yapmaktadır. Pay sahipleri, özel denetim ile şirket tarafından verilmeyen bilgilere ulaşabilmektedirler. Bu nedenle özel denetim sonucunda hazırlanan raporda, şirketle ilgili ticari niteliğinde bilgiler yer alıyorsa, bu bilgiler pay sahipleri ile paylaşılmadan önce raporun şirkete verilmesi gerekir. Özel denetçinin bu yükümlülüğü, sır saklama yükümlülüğü kapsamında dikkate alınması gereken bir husustur<sup>998</sup>.

Sır saklama yükümlülüğünü ihlal eden özel denetçilerin, hem hukuki hem de cezai sorumlulukları bulunmaktadır. TTK m.404/I'in gerekçesinde ifade edildiği üzere; TTK m.554'ten farklı olarak, denetçinin, davranış yükümünden doğan sorumluluğu düzenlenmiştir. Maddenin gerekçesinde, davranış tabiri; dürüstlüğü, tarafsızlığı, şirket sırlarına bağlılığı içeren ve ifade eden bir kelime olarak, dürüstlük kavramı ise; mesleki etik kurallar dâhil, diğer ahlaki kuralları da içeren bir kelime olarak ifade edilmiştir. Uygulamada dürüst kelimesine; özenli, güvenilir, vicdanlı, sorumluluğunun bilincinde gibi anlamlarda yüklenmeli ve bunlarda aranmalıdır. Maddedeki davranış yükümleri ise, denetimi nitelemekte olup, denetim faaliyetini yapanların, bu görevlerini icra ederken; dürüst, ahlaki değerlere ve kurallara saygılı, mesleki etik kurallara uygun ve tarafsızca hareket etmeleri gerekir. Sır saklamak da, denetim ile ilgili olduğundan, denetçi, sır saklamakla yükümlüdür<sup>999</sup>.

Denetim sırasında öğrenilen sırla ilgili iki yasak söz konusudur. İlki, denetçilerin denetimleri sırasında öğrendikleri sırları açıklayamayacaklarına ilişkin yasak (denetçinin sır

<sup>996</sup>Aytaç, **Anonim Ortaklık Denetçilerinin Sır Saklama Yükümlülüğü**, s.188.

<sup>997</sup>Aytaç, **Anonim Ortaklık Denetçilerinin Sır Saklama Yükümlülüğü**, s.187., Arı, **Anonim Şirketlerde Denetçi Sorumluluğunun Sınırlanması**, s.137. Yazar ticari sırda sır sahibinin mutlak olarak korunduğunu ifade etmiştir.

<sup>998</sup>Denetim kapsamında yapılması gereken zorunlu açıklamalar ile kanuna göre kamuyu aydınlatmak amacıyla yapılması gerekli olan açıklamaların sır kapsamında sayılmadığı belirtilmiştir. Ulusoy, **Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Bağımsız Dış Denetim**, s.173.

<sup>999</sup>TTK m.404/I'in Gerekçesi, s.195-196.

saklama yükümü), ikincisi ise, denetçiler tarafından öğrenilen sırların kendilerinin ya da üçüncü şahısların yararına kullanmayacakları yasağıdır (içerden öğrenenlerin ticareti/ *insider trading*)<sup>1000</sup>. Sırrın kullanılması kavramı, içerden öğrenenlerin ticareti kavramı ile açıklanmaktadır<sup>1001</sup>.

Kanımızca, denetçilerin sır saklama yükümlülüğünü düzenleyen TTK m.404/1'in, *faaliyetleri sırasında öğrendikleri, denetleme ve inceleme ile ilgili olan iş ve işletme sırlarını izinsiz olarak kullanamazlar*, şeklinde düzenlenmesi, özel incelemecinin yaptığı inceleme faaliyetinin niteliği ve sonuçları dikkate alındığında, “denetleme ve inceleme sırasında öğrenilen” olarak düzenlenmesi uygun olacaktır. Ayrıca madde başlığının da “denetçi ve özel incelemecilerin sır saklama yükümlülüğü” olarak değiştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Madde metni “denetçiler ve özel incelemeciler ve bunların yardımcıları ve bu faaliyetlerini icra edebilmelerine yardımcı olan temsilcileri, denetim ve inceleme faaliyetlerini yaparken sır saklamakla yükümlüdürler” şeklinde düzenlenebilir. Zira özel incelemecinin yaptığı bir denetim değil bir araştırma, inceleme tabiri caizse şirketin fotoğrafının çekilmesidir. Şüphesiz ki bu görevi icra ederken, şirket sırlarını öğrenecekleri için, özel incelemecilerin de sır saklama yükümlülüğü doğmaktadır. Nitekim TTK m.441/5 hükmü de bunu göstermektedir.

eTK m.358'de denetçilerin sır saklama yükümlülüğü düzenlenmişti. Denetçilerin görevlerini ifa sırasında öğrenmiş olduğu hususları münferit pay sahiplerine ya da üçüncü kişilere açıklaması (ifşası) yasaklanmıştı. Burada ifşadan kasıt, sır teşkil eden konuların pay sahiplerine ya da üçüncü kişilere açıklanması, diğer bir anlatımla, sır sahibinin dışında kalan kimselere bildirilerek, onların, bu konuda bilgi sahibi olmalarının sağlanmasıdır. Ancak bazı zamanlarda sır teşkil eden hususlar açıklanmayıp, denetçiler tarafından bizzatı

<sup>1000</sup>Köksal, **Bağımsız Denetim Sözleşmesi**, s.335.

<sup>1001</sup>Köksal, **Bağımsız Denetim Sözleşmesi**, s.335, dipnot:192., Bir *insider* muamelesinin varlığından söz edebilmek için şirketteki pozisyonu ve görevinin kendisine sağladığı bilgilerle, menkul kıymetin ilerdeki kur değerini etkileyecek bir kişinin varlığı (*insider*), bu kişinin menkul kıymetin ilerdeki kur değerini etkileyecek bilgiye sahip olması, bu bilginin henüz kamuya açıklanmamış olması, kişinin (*insider*) doğrudan doğruya kendisine ya da başkasına bu bilgilerle menfaat sağlaması gerekir. Murakıplar (denetçiler) şirkete yakın olan *insider*'lar olarak kabul edilmektedir. Bunlar görevleri dolayısıyla şirketin iç işlerini öğrenebilirler. Şirkette bu pozisyonda bulunan kişiler otomatik olarak *insider* olarak kabul edilmektedirler. Bu kişiler belirli nitelikteki bilgileri öğrenip henüz kamuya açıklanmamış bu bilgileri kendileri yararına ya da başkalarına yarar sağlamak üzere kullanırsa *insider* işlemi gerçekleştirmiş olurlar. Turanboy, **İnsider Muameleleri**, s.76. Burada önemli olan bir diğer konu da *insider* muamelesinin varlığından söz edebilmek için belirli vasıflarda olan bilginin yalnızca elde edilmiş olmasının yeterli olmayıp bu bilginin aynı zamanda kullanılmış olması da önemlidir. Her bilginin *insider* işlemine konu olmayacağını bunun için bilginin bazı niteliklere de sahip olması gerektiğini belirtelim.

kullanılmaktadır. Bir başka ifadeyle, denetçi şirkette incelemesi sırasında öğrenmiş olduğu bilgileri, başkalarına aktarmayıp, bizzat kendisi de kullanabilir<sup>1002</sup>.

Şirket yöneticilerinin ya da denetçilerinin öğrenmiş oldukları sırları, üçüncü kişilere açıklamayıp, bizzat kullanmaları bir *insider* işlemi oluşturmaktadır<sup>1003</sup>. *Insider* işlemleri, sırlardan haksız olarak yararlanmayı ifade etmektedir. Denetçilerin sır saklama yükümlülüğü, görevleri esnasında öğrenmiş oldukları bilgileri açıklamamayı ve bu bilgilerden haksızca yararlanmamayı da içermektedir. Şirketin gizli planlarını öğrenen denetçi, örneğin; şirketin pay senetlerinin borsada değerlendirilerek, değer artışı göstereceğini öğrenmişse ve bu nedenle ortaklığa ait hisseleri ele geçirmeye çalışıyorsa, burada haksız bir yararlanma söz konusudur. Bu işlem bir *insider* işlemidir. *Insider* işlemlerinde, görevi sebebiyle önemli ve gizli bilgilere ulaşanlar, bu bilgileri, ya kendi ya da üçüncü kişiler yararına kullanabilmektedirler. Henüz piyasada duyulmayan ve ilgili üçüncü kişiler tarafından bilinmeyen gizli konu ve bilgilerden, bu kişiler spekülasyon kazanç sağlamak ya da zarardan kurtulmak amacıyla haksızca yararlanmaktadırlar<sup>1004</sup>.

**Aytaç**, TTK' da *insider* işlemleri ile ilgili, bir düzenleme olmamasına karşın, eTK m.358'de düzenlenen, sır saklama yükümlülüğünün, geniş olarak yorumlanması ve bu işlemlerin de yasak olduğu sonucuna varılması gerektiğini belirtmiştir. Yazar, bunu aynı zamanda, sözleşmeden doğan bağlılık yükümlülüğünün de bir gereği olarak ifade etmiştir. Şirketin ve pay sahiplerinin güven duydukları denetçilerin bu güveni kötüye kullanmaması gerekir<sup>1005</sup>.

**Turanboy**, eTK m.358'de düzenlenen denetçilerin sır saklama yükümlülüğüne ilişkin maddede, yalnızca murakıpların (denetçilerin) görevlerini ifa sırasında öğrendikleri konuları, münferit pay sahiplerine ve üçüncü kişilere ifşa etmesinin yasaklanmış olduğunu belirtmiştir. İfşa, şirket sırlarının pay sahiplerine ve üçüncü kişilere açıklanması, bir başka ifadeyle, şirket açısından sır niteliğinde olan bir konunun, sırrı bilmeyen kişilere bildirilip onların bu konuda bilgi sahibi olmasının sağlanmasıdır. Bu nedenle yazara göre, ifşa tabiri sırların açıklanmadan "kullanılması" hususunu kapsamamaktadır<sup>1006</sup>.

<sup>1002</sup>Turanboy, **İnsider Muameleleri**, s.167.

<sup>1003</sup>Turanboy, **İnsider Muameleleri**, s.167.

<sup>1004</sup>Aytaç, **Anonim Ortaklık Denetçilerinin Sır Saklama Yükümlülüğü**, s.206,207.

<sup>1005</sup>Aytaç, **Anonim Ortaklık Denetçilerinin Sır Saklama Yükümlülüğü**, s.208.

<sup>1006</sup>Turanboy, **İnsider Muameleleri**, s.168-169. Yazar eTK m.363,358'in kapsamına bir sırrın, üçüncü kişilere açıklanmamış ve saklı tutulmuş olmasına rağmen bizzat denetçilerin ya da Yönetim Kurulu üyelerinin (kendilerinin) menfaatleri veya üçüncü bir kişinin menfaati doğrultusunda "kullanılması" halinin de girip



Özel denetçinin (incelemecinin) bir *insider* olarak nitelendirilebilip nitelendirilemeyeceğinin de üzerinde durmak gerekir. eTK’ da, denetçilerin sorumluluğunun düzenlendiği, denetçilerin sır saklamakla yükümlü olduğunu belirten m.358’in, kıyasen özel denetçi içinde uygulanacağı, dolayısıyla özel denetçinin sır saklamakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Sır saklama yükümlülüğünün denetim görevinin sona ermesinden sonrada devam edecek olması, denetim sırasında öğrenilen ve gizli kalması gereken bilgilerin açıklanmamasını ve haksız olarak kullanılmamasını gerektirir. Burada **Sivas**, özel denetçinin de bir *insider* olduğunu belirtmiştir<sup>1007</sup>.

Gerekçede belirtildiği üzere, özel denetçinin saklaması gereken sır, inceleme faaliyeti sırasında öğrendiği bilgilerdir. Özel denetçinin sorumluluğuna gidebilmek için, sırrın kullanılmış olması gerekir. Kullanmanın anlamı, mahkeme kararlarına ve doktrine bırakılmıştır. Gerekçede “kullanmanın”, içeriden öğrenenlerin ticaretine ve borsaya özgülenmemesi gerektiği belirtilmiştir. Kullanılma ile *inter alia*, üçüncü kişiye aktarmanın anlaşılacağı ifade edilmiştir<sup>1008</sup>. Ancak sırrın kullanılması neticesinde, özel denetçinin bir yarar veya menfaat elde etmiş olması şart değildir. Buna karşın, sır, izin sonucu kullanılmışsa,

---

girmeyeceği meselesi üzerinde durmuştur. Zira *insider trading* (içerden öğrenenlerin ticareti) işlemlerinin çoğunun şirket sırlarının *insider*’lar tarafından açıklanmadan kullanılmak suretiyle gerçekleştirildiğini belirtmiştir.

<sup>1007</sup>Sivas, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi**, s.70. Aynı yönde, Değirmencioğlu Aydın, **Anonim Şirketlerde Özel Denetim İsteme Hakkı**, s.102, Köksal, **Bağımsız Denetim Sözleşmesi**, s.342-344. **Köksal**, bağımsız denetçilerin, denetimleri sırasında öğrendikleri sırları, kendilerinin ya da üçüncü kişilerin yararına kullanamayacaklarını belirtmiştir. Bu nedenle yazar, bağımsız denetçilerin şirkete yakın olan *insider* grubunun içinde yer aldığını ve bağımsız denetim faaliyetini icra ederken şirketin, sır niteliğindeki bilgi ve belgelerine doğrudan ve kolaylıkla ulaşabildiklerini dolayısıyla bunların da *insider* olarak nitelendirileceğini belirtmiştir. İçerden öğrenenlerin ticareti SerPK ile yasaklanmıştır SerPK m.106. SerPK m.106/1c’de; bilgi suiistimali başlığı altında düzenlenen madde de; doğrudan ya da dolaylı olarak sermaye piyasası araçları veya ihraççılar hakkında, ilgili sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini ya da yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek nitelikteki ve henüz kamuya duyurulmamış olan bilgilere dayalı olarak ilgili sermaye piyasası araçlarının alım ya da satım emrini veren ya da verdiği emri değiştiren veya iptal eden ve bu şekilde kendisi ya da bir başkasına menfaat temin eden; iş, meslek ve görevlerinin icrası nedeniyle bu bilgilere sahip olan kişilerin hapis ya da adli para cazası alacağı düzenlenmiştir. eSerPK m.47/1-A(1)’de içerden öğrenenlerin ticaretini tanımlanmıştır. İçerden öğrenenlerin ticaretinin yasaklanmasının nedeni, sermaye piyasasına duyulan güvenin korunmasıdır. Zira sermaye piyasası mevzuatı açısından sır kavramının, her zaman kamuyu aydınlatma ilkesi ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. **Turanboy**, kamuyu aydınlatma prensibi, gereği gibi yerine getirilmezse, bilginin herkes tarafından öğrenilememesine neden olunur. Kamuyu aydınlatma prensibinin amacı gerekli bilginin verilerek *insider* durumunda olan kişilerin bilgide avantajlı durumda olmalarına engel olup, bilgide eşitliği sağlamaktır. (Bkz. Turanboy, **İnsider Muameleleri**, s.58). Bu nedenle şirkette, pay sahibi olanların ya da yatırımcı sıfatını kazanacak olan kişilerin, eşit bilgi ile donatılmaları gerekir. Aksi halde içerden öğrenenlerin ticareti suçu oluşur. (Bkz. Asuman Turanboy, “Ticari Sır”, **Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan**, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2006, s.361-363.

<sup>1008</sup>TTK m.404/1-II’nin Gerekçesi, s.196, Doktrinde **Narbay**, kullanmadan kast edilenin, anonim ortaklığa ait ticari sırların, kanunen bilinmesi gerekenler dışında başka kişi ya da kişilere, ortaklığın onayı olmaksızın açıklanması olduğunu ifade etmiştir. [Bkz. Narbay, Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi, s.323, (Güven, **Özel Denetim**, s.36, Dipnot:190’dan naklen)].

artık denetçinin sorumluluğundan söz edilemeyecektir. Bir başka ifadeyle, özel denetçiye (incelemeciye) sırrı kullanması için izin verilmişse, bu izin sorumluluğu ortadan kaldıracaktır.

**Turanboy**, denetçilerin görevleri sırasında öğrendikleri sırların ifşa edilmelerinin yasaklanmış olduğunu belirtmiştir. Eğer bu sırlar, üçüncü kişilere açıklanmayıp, bizzat denetçi tarafından kullanılırsa, denetçi eTK m.358'e göre değil, TMK m.2'de yer alan dürüstlük ve güven kurallarına göre sorumlulu olcaktır<sup>1009</sup>.

TTK m.404/I'in gerekçesinde kullanım tabirinin yalnızca içerden öğrenenlerin ticaretine özgülenmemesi gerektiği ifade edilmiştir. **Narbay**' da kullanmadan kast edilenin anonim ortaklığa ait ticari sırların, kanunen bilinmesi gerekenler dışında başka kişi veya kişilere, ortaklığın onayı/izni olmaksızın "açıklanması" olduğunu ifade etmiştir<sup>1010</sup>.

Kanımızca özel denetçi bir *insider* olarak nitelendirilebilecektir. Zira incelemiş olduğu şirkete ait bilgileri, açıklamadan kendisinin ya da üçüncü kişilerin menfaatine kullanması mümkündür. Bu nedenle, kullanmayı geniş olarak yorumlarsak, bir diğer ifadeyle özel incelemeci şirket sırrını kendisi ya da üçüncü kişi için kullanırsa, bu durumda TTK m.404/1'e göre sorumluluğu söz konusu olacaktır. Burada sorumluluğun temelini taraflar arasında sözleşme ilişkisi olmadığı için, yukarıda da açıkladığımız üzere geniş anlamda güven sorumluluğuna<sup>1011</sup>, dar anlamda da haksız fiil sorumluluğuna dayandırmak mümkündür.

Özel denetçinin (incelemecinin) sorumlu olabilmesi için; dürüstlük, tarafsızlık ve sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi gerekir. Sır saklama yükümlülüğünün ihlali için sırrın inceleme esnasında öğrenilmiş ve kullanılmış olması gerekir<sup>1012</sup>. Burada kusur sorumluluğu söz konusu olduğu için, özel denetçinin (incelemecinin), özel denetimden kaynaklanan incelemesini, dürüst ve tarafsız bir şekilde yapmayarak, sır saklama yükümlülüğüne aykırı hareket etmiş olması gerekir. Şirket ve bağlı şirket, özel denetçinin (incelemecinin) eyleminin, hukuka aykırı olduğunu, bu eylemin şirkete zarar verdiğini ve zarar ile hukuka aykırı eylem arasında uygun illiyet bağı olduğunu ispatlamalıdır. Denetçinin (özel incelemecinin) de sorumluluktan kurtulabilmesi için kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispatlaması

<sup>1009</sup>Turanboy, **İnsider Muameleleri**, s. 169-170.

<sup>1010</sup>Narbay, Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi, s.323.

<sup>1011</sup>Güven sorumluluğunun meydana gelmesinde, kişisel güven unsuru önemlidir. Bilgi verenin, özel mesleki konumu özel anlamda bir güven yaratmaktadır. Bilgi verenin, sorumlu olabilmesi için, karşı tarafın haklı bir güveni olmalıdır. Bkz. (Kalkan) Oğuztürk, **Güven Sorumluluğu**, s. 255. Özel incelemeciyi, mahkemenin atıyor olması da, bağımsız ve tarafsız olduğu hususunda, ilgililerin haklı bir güveninin oluşmasına neden olmaktadır.

<sup>1012</sup>TTK m.404/II'nin Gerekçesi, s.196.

gerekir<sup>1013</sup>. Denetçinin bu yükümlülüğünü ihlal etmesinin en önemli sonucu tazminat ödeme borcudur<sup>1014</sup>.

Özel denetçinin sır saklama yükümlülüğünün iki ayrı maddede ayrı düzenlenmiş olma sebebi (hem TTK m.441/V hem TTK m.404) TTK m.441/V'in CO Art.697d/IV'ten alınmış olması, TTK m.404'ün de Alm. POK § 323'ten alınmış olmasıdır<sup>1015</sup>.

İsviçre Hukuku'nda, CO Art.697d/IV'de, özel denetçinin bu yükümlülüğü herkese (pay sahipleri de dâhil) karşıdır. Nitekim TTK m.441/V'in gerekçesinde de bu yükümlülüğün, yalnızca şirkete karşı değil, herkese karşı olduğu belirtilmiştir. Oysa TTK m.404/I özel denetçinin sorumlu olacağı kişileri; şirket ve bağlı şirket olarak belirtmiş, bunların zararının tazminini öngörmüştür<sup>1016,1017</sup>.

Özel denetçinin TTK m.404'te iki çeşit yükümlülüğü bulunmaktadır. İlki, özel denetimi dürüst ve tarafsız olarak icra etmek, ikincisi de sır saklamaktır. Özel denetçinin diğer yükümlülüğü olan, sır saklama yükümlülüğünün muhatabı ilk olarak incelemesi yapılan şirkettir. Ancak bunun haricinde TTK m.404/I'de zarar görmesi halinde özel denetçinin bağlı şirkete karşı da sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Sonuçta özel denetçi TTK m.404/I uyarınca şirketin ve bağlı şirketin sırlarını saklamakla yükümlü olup, bunların sırlarını ifşa ederse sorumlu olacaktır<sup>1018</sup>.

<sup>1013</sup>Killias/Bertholet, s.266.

<sup>1014</sup>Arı, **Anonim Şirketlerde Denetçi Sorumluluğunun Sınırlanması**, s.149.

<sup>1015</sup>Güven, **Özel Denetim**, s.169.

<sup>1016</sup>TTK m.404/1-c1 ve 2'de genel bir yükümlülük olarak denetimin; dürüst, tarafsız yapılmasının ve sır saklama yükümlülüğüne uyulmasının, zorunlu olduğu görülmektedir. Fakat TTK m.404/1-c3'te, yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde, yalnızca denetlenen şirketin ve bağlı şirketin zararlarının karşılanacağı düzenlenmiştir. Maddenin ilk cümlesinde, bütün ilgililerin manfaatlerinin korunması amaçlanmışken, üçüncü cümlesinde, yalnızca denetlenen şirketin ve bağlı şirketin zararının karşılanacağını belirtmesi, koruma amacını sınırlandırmaktadır. Bir diğer ifadeyle, maddenin koruma amacına giren çevre, denetlenen şirket ve bağlı şirkettir. Kocabıyık, **Bağımsız Denetçinin Üçüncü Kişilere Karşı Hukuki Sorumluluğu**, s. 179, dipnot:166'daki açıklamalar.

<sup>1017</sup>Güven, **Özel Denetim**, s.169. Ancak şirketin ya da bağlı şirketin pay sahiplerinin tazminat davası açmaya ehil olmadıkları belirtilmiştir. Yazar bunun bir çelişki olduğunu belirtmiştir.

<sup>1018</sup>Arı, **Anonim Şirketlerde Denetçi Sorumluluğunun Sınırlanması**, s.145-147. Yazar, şirketler topluluğu bünyesinde yer alan şirketlerden birisinin denetimini yapan denetçinin, aynı zamanda topluluk içinde bulunan diğer şirketler hakkında da bilgi elde edebileceği için, bu şirketlerinde korunmasının isabetli olduğunu belirtmiştir. Ayrıca denetçinin, üçüncü kişilerden de, denetçi olma sıfatını kullanarak, bilgi temin edebileceğini ifade etmiştir. Kanımızca özel denetçi (incelemeci), incelemesi sırasında, hem şirkete ait hem de üçüncü kişilere ait bilgileri öğrenebilecektir. Bu konuda TTK m.404'te bir açıklık bulunmamaktadır. Fakat özel denetçi (incelemeci) incelemesi sırasında, şirkete ait bilgilerin yanı sıra, pay sahiplerine ait önemli bilgileri de öğrenebilir. Bu sebeple, pay sahibinin, bir sırrını açıklanması ve bu durumdan pay sahibinin zarar görmesi mümkündür. Şu halde, sadece şirket ve şirketler topluluğunun değil, bunların pay sahiplerinin ve bilgi alınan üçüncü kişilerin de korunması önemlidir. Zira yukarıdaki açıklamamızda da belirttiğimiz üzere, mahkemenin atadığı özel incelemeciye, hem ilgililer (pay sahipleri) hem de şirket güven duymaktadır. Bu güven neticesinde oluşan zararın tazmin edilmesi için, geniş anlamda güven sorumluluğu, dar anlamda da haksız fiil hükümlerine

**Kocabıyık**, 5411 sayılı Bankalar Kanunu<sup>1019</sup> m.33'te, bağımsız denetim kuruluşlarının bu kanun çerçevesinde yapmış olduğu işlerden dolayı, üçüncü kişilere karşı sorumlu olacaklarının, açıkça düzenlendiğini belirtmiştir. Maddenin koruma kapsamına; finansal tablolara güvenen üçüncü kişiler ve bankanın malvarlığının girdiğini ifade etmiştir. Bu koruma sayesinde, üçüncü kişilerin zarar görmesi engellenmiş olacaktır. Yazar, bu niteliklerinden dolayı ilgili maddenin, özel bir koruma normu olduğunu belirtmiştir<sup>1020</sup>.

İsviçre Hukuku'nda, sır saklama yükümlülüğünün düzenlendiği CO Art.730b/II'de denetim organının kanunen açıklamasında bir sakınca olmadığı haller dışında, inceleme sırasında elde ettiği bilgileri saklaması gerekir. Denetçi, genel kurul sırasında öğrendiği bilgileri ve raporunu hazırlamak için elde ettiği bilgilerdeki şirket sırlarını korumakla yükümlüdür. Bu madde, denetim organının pay sahipleri ve üçüncü kişilerden, şirketle ilgili olarak aldığı bilgileri düzenlemektedir. Denetçi, denetimi ile ilgili gerekli olan tüm bilgileri almak zorundadır. Denetim organı pay sahipleri ve üçüncü kişilerden öğrendiği sırları saklamakla yükümlüdür<sup>1021</sup>. Bu bilgiler denetimi sırasında elde etmiş olduğu mesleki bilgileri kapsamaktadır<sup>1022</sup>. Ancak şirket, denetim organını bu yükümlülükten her zaman başışık tutabilir. Bu hususta yönetim kurulu tarafından verilecek bir karar yeterlidir. Denetim organı tarafından elde edilen bilgiler tek tek pay sahiplerine bireysel olarak açıklanmamakla beraber, elde edilen bilgiler genel kurulda verilmektedir<sup>1023</sup>. Burada önemli olan husus, denetim organının pay sahiplerine ve üçüncü kişilere karşı da, sır saklamakla yükümlü olduğunun

---

başvurulabileceği için, sır saklama yükümlülüğünü ihlal eden özel incelemecinin, ilgililerin zararını tazmin etmesi gerekmektedir. TTK m.404/1-c3'te, yalnızca şirket ya da şirketler topluluğunun koruma kapsamındadır. Özel inceleme açısından, pay sahiplerinin de koruma kapsamında olması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak TTK m.441/5 uyarınca, pay sahiplerine karşı da sır saklama yükümlülüğü olan özel incelemecinin, mevcut TTK m.404/1c3 uyarınca, sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde, TTK m.404/1-c3'e göre, pay sahiplerinin ve üçüncü kişilerin, zararlarının bu maddeye göre tazminini talep edebilmeleri mümkün değildir. Bu kişiler ancak, TBK m.49'a göre zararlarının tazminini talep edebilirlerdir. TTK m.404'ün özel bir koruma normu olduğu dikkate alındığında, üçüncü kişilerin ki burada, şirket ile özel inceleme arasında bağımsız denetimin aksine bir sözleşme ilişkisi olmadığı göz önüne alınırsa, hem şirket hem de pay sahiplerinin üçüncü kişi olduğu görülecektir. Bkz. Kocabıyık, **Bağımsız Denetçinin Üçüncü Kişilere Karşı Hukuki Sorumluluğu**, s. 179. Yazar, TTK m.404 ve 554'ün özel koruma normu olduğunu belirtmiştir. Bağımsız denetim kuruluşlarının sorumluluğunu düzenleyen SerPK'daki hükümler koruma normu olarak kabul edilmektedir. Halka açık anonim şirketlerin finansal tabloları ve finansal bilgileri doğru ve tam olarak kamunun bilgilendirilmesini sağlamak için yapılmakta ve kamuya duyurulmaktadır. Bu hükümlerde kanun koyucu, denetlenen finansal tablolara ve bilgilere güvenerek işlem yapan üçüncü kişileri korumayı amaçlamaktadır. Hazırlananbu raporlara güvenerek işlem ya da yatırım yapan üçüncü kişi, TBK m.49'daki haksız fiil sorumluluğuna dayanabilir. Aynı yönde Bkz. Güven, **Özel Denetim**, s.169.

<sup>1019</sup>5411 sayılı yasa uyarınca bağımsız denetim kuruluşları, bu kanuna göre yaptıkları faaliyetler dolayısıyla, üçüncü kişilere vermiş oldukları zarar sebebiyle sorumludurlar. Bkz. R.G No:25983, T.01.11.2005, R.G: 19.10.2005.

<sup>1020</sup>Kocabıyık, **Bağımsız Denetçinin Üçüncü Kişilere Karşı Hukuki Sorumluluğu**, s. 181.

<sup>1021</sup>BaK-Watter, CO Art.730, N.2; (**Commentaire Romand**), s.1254, N.16.

<sup>1022</sup>Message 2004, 3806, (**Commentaire Romand**), s.1254, N.18.

<sup>1023</sup>BaK-Watter, CO Art.730, N.4, (**Commentaire Romand**), s.1255, N.19.

belirtilmiş olmasıdır. Nitekim İsviçre’de sır saklama yükümlülüğü CO Art.697d/IV’te de CO Art.730b/II’de de herkese karşıdır. Başka bir ifadeyle, bu yükümlülüğünün muhatapları sadece şirket ve şirketler topluluğu olmayıp, pay sahipleri ve üçüncü kişiler de<sup>1024</sup> muhatap olarak kabul edilmiştir.

İsviçre Hukuku’nda denetim makamının, bu yükümlülüğünü ihlal etmesinin hem hukuki hem cezai bir takım yaptırımları bulunmaktadır. CP (*Code Pénal*) Art.321’de denetçiler ve yardımcıları kanun uyarınca sır saklamakla yükümlüdürler. Denetçiler ve yardımcıları denetimleri sırasında öğrendikleri sırları ifşa etmeleri halinde, şikâyet üzerine hapis ya da para cezasına çarptırılır<sup>1025</sup>. Denetçinin sır saklama yükümlülüğü yukarıda da belirttiğimiz üzere görevi sona erdikten sonra da devam eder. Başka bir ifadeyle, görevi bittikten sonra da sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranan denetçinin ya da yardımcılarının hapis ya da para cezası alacağını belirtelim<sup>1026</sup>. Sırrın sahibi şirketin kendisi olup, şirketi, genel kurul değil, yönetim kurulu temsil eder. Şirketin yönetim kurulu denetçiyi sır saklamadan başışık tutabilir. Örneğin, bir birleşme ya da devralmada, üçüncü kişilere, bazı bilgilerin verilmesine izin verilebilir<sup>1027</sup>.

## 2. Denetçinin Kanuni Görevlerini Yerine Getirmesinde Kusurlu Hareket Etmesi Sonucu Doğan Hukuki Sorumluluğu

Özel denetçinin sır saklama yükümlülüğü dışında TTK m.554’te, kanuni görevlerini yerine getirirken kusurlu hareket ettiği takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına vermiş olduğu zarardan dolayı sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Özel denetçinin sorumlu olabilmesi için, kanuni görevlerini yerine getirirken, kusurlu davranmış olması gerekir. Buradaki sorumluluk bir kusur sorumluluğudur. Denetçinin sorumluluğunun oluşması açısından kusurun kast ya da ihmal neticesinde oluşması önemli değildir. Ancak kusurun derecesinin meydana gelen zararın tazmin edilmesinde önemli olduğunu

<sup>1024</sup>(*Commentaire Romand*), s.1255, N.20.

<sup>1025</sup>İsviçre Borçlar Kanunu uyarınca, sır saklamakla yükümlü olan denetçilerin, meslek sırrını açıklaması halinde, cezalandırılacakları hükme bağlanmıştır. Türk Hukuku’nda, bağımsız denetçinin; TCK m.157 ve 158 uyarınca sorumlu olacağı düzenlenmiştir. TCK m.227’de özel belgede sahtecilik, TCK m.161-162 iflasa neden olma, TCK m.239’da düzenlenen ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin açıklanması, SerPK m.106’da bilgi suistimali suç, SerPK m.107/II’de belirlenen piyasa dolandırıcılığı, Bankalar Kanunu m.156’da gerçeğe aykırı olarak düzenlendiğini bildiği halde belgeleri onaylayan bağımsız denetim kuruluşu görevlilerinin cezai sorumlulukları bulunmaktadır. Bkz. Kocabıyık, , **Bağımsız Denetçinin Üçüncü Kişilere Karşı Hukuki Sorumluluğu**, s. 182.

<sup>1026</sup>(*Commentaire Romand*), s.1256, N.23.

<sup>1027</sup>(*Commentaire Romand*), s.1256, N.24-25.

belirtelim<sup>1028</sup>. Örneğin, özel denetçinin denetimi esnasında şirket organlarının işlerini aksatacak davranışlarda bulunması, denetim görevini gerçekleştirebilecek nitelikte olmamasına rağmen, bu durumunu hâkime bildirmemesi, taraflı davranması, vb. örnekler gösterilebilir.

Özel denetçi, raporunu hazırlarken, sorumluluğu söz konusu olursa (yanlış veya yanıltıcı bilgi veririrse), bu sorumluluğun süjesi ve tek başına davalıdır. Ancak, özel denetçinin birden fazla olması halinde, birlikte sorumlulukları söz konusu olacaktır. Bunun haricinde, zayıf bir ihtimal olmakla birlikte, şirketin yöneticileri ile birlikte sorumlu olma ihtimali de vardır<sup>1029</sup>. Örneğin, yönetim kurulu şirkete bir zarar vermiş, denetçide denetim görevlerini gereği gibi yerine getirmedeğinden, meydana gelen zararın artmasına ve devam etmesine neden olmuşsa, sorumlu olacaktır. Bir başka anlatımla, denetçinin görevini ifa etmemesi ya da gereği gibi ifa etmemesi ile zararın oluşumu arasında nedensellik bağı olmalı ve bu zarara neden olan denetçi ya da denetçilerin kusur oranları ayrı ayrı belirlenmelidir. Bu nedenle, zarara neden olan yönetim kurulu üyesi ya da üyeleri ile denetçi ya da denetçilerin; şirketi, pay sahiplerini ya da şirket alacaklılarını zarara sokan eylem nedeni ile *prima facie* (eş düzeyde) sorumlu olduklarının kabulü mümkün değildir<sup>1030</sup>.

**Teoman**, bir mütalâasında, anonim ortaklıkta denetçilerin, yönetim kurulu tarafından hukuki konumları zedelenen ya da zarara uğratılan üçüncü kişilerin koruyucusu olmadıklarını, denetçilerin görevlerinin denetim yaptıkları şirkete karşı olduğunu belirtmiştir<sup>1031</sup>.

<sup>1028</sup>Ulusoy/Özdamar, **Anonim Şirketlerde Özel Denetim**, s.282.

<sup>1029</sup>İsviçre’de de zarardan sorumlu olanların birden fazla olması halinde (örneğin; rücu davasında) özel denetçiler dış ilişkide müteselsilen sorumludurlar. Bu sorumluluğu farklılaştırılmış teselsül olarak kabul edilmektedir. Hafif kusur halinde CO Art.759/II’deki tazminat miktarının indirilmesi konusunun burada da kıyasen uygulanabileceği belirtilmiştir. Burada hâkim, takdir yetkisini kullanarak karar verecektir. Burada TTK m.557’de aynı zarar kavramı kullanılmakla beraber, madde gerekçesinde bu tür sorumluluğun birden fazla kişinin birlikte verdikleri zarardan zarar görene karşı birlikte sorumlu olma hali anlamına geldiği belirtilmiştir. Ancak CO Art.759’da yer alan zarara, birlikte sebebiyet verilmesi gerekmemektedir. Bu nedenle TTK m.557/I’de düzenlenen farklılaştırılmış teselsül yalnızca ortak kusurla verilen zararı (birlikte zararı) değil farklı hukuki sebeplerle verilen zararları da kapsamaktadır. (Bkz. Akdağ Güney, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, s. 272). (**Commentaire Romand**), s. 972, N.25., Ulusoy/Özdamar, **Anonim Şirketlerde Özel Denetim**, s.283., eTK m.359’da ihtimam derecesi başlığı altında düzenlenen madde de denetçilerin, kanunen ya da esas sözleşme ile kendilerine verilen görevi hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesinden kaynaklanan zararlardan dolayı denetçiler, kusursuz olmadıklarını kanıtlayamadıkları sürece müteselsilen sorumlu tutulmuşlardı. Eski kanunda, denetçiler için bir kusur karinesi bulunmaktaydı. Burada denetçi, zararın meydana gelmesinde kusuru olmadığını ispatlayarak, sorumluluktan kurtulabilirdi. Nitekim TTK m.554’de, 6335 sayılı kanun öncesi yer alan; *kusuru iddia eden ispatlar* ifadesi çıkarılmıştır.

<sup>1030</sup>Ömer Teoman, **Yaşayan Ticaret Hukuku (Hukuki Mütalâalar)**, **Kitap:13, Y. 2008-2009**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, “Anonim Ortaklıkta Denetçi Sorumluluğu”, (s.38-54); s.50.

<sup>1031</sup>Teoman, **Anonim Ortaklıklarda Denetçi Sorumluluğu**, s.52.

Özel denetim açısından da özel denetçi; hem denetlenen ortaklığa hem de denetim isteminde bulunan pay sahiplerine ve azlığa karşı denetimin; tam, dürüst ve tarafsız olarak gereği gibi yerine getirilmesi konusunda sorumludur. Denetçinin sorumluluğunun düzenlendiği TTK m.554'ün gerekçesinde, şartları bulunuyorsa burada da TTK m.557'de düzenlenen teselsüle ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir<sup>1032</sup>.

### 3. Türk Ticaret Kanununda Hukuki Sorumluluğa İlişkin Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi

6102 sayılı TTK İsviçre Borçlar Kanununda 1991 tarihinde yapılan değişiklikten sonra, müteselsil sorumluluk sistemi yerini, bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide de ileri sürülebilmesine imkân veren, farklılaştırılmış teselsül sistemine bırakmıştır<sup>1033</sup>. Farklılaştırılmış teselsülün anlamı, aynı zarardan sorumlu olanların her birinin, dış ilişkide bireysel indirim sebeplerini ileri sürerek, zararın kendilerine isnad edilebilecek olan kısmı kadar sorumlu tutulmalarıdır<sup>1034</sup>.

O halde denetimi (incelemeyi) birlikte gerçekleştiren özel denetçilerin her birinin müteselsil sorumluluğu kendi fiili sonucu ortaya çıkan durumu tazmin etmekle sınırlıdır. Başka bir ifadeyle zarara neden olan özel denetçiler arasında diğer denetçilere nazaran kusuru

<sup>1032</sup> **Kendigelen**, TTK m.554'ün gerekçesinde açıkça, özel denetçinin de sorumlular arasında sayılmış olmasına rağmen, maddenin kenar başlığında, sadece denetçiden söz edilmiş olmasını, maddenin içeriği ile kenar başlığı arasında bir uyumsuzluk olarak nitelendirmiştir. Yazar, özel denetçinin kusurunun TBK m.112'ye uygun olarak, karine olarak kabul edilmiş olduğunu, buna göre sorumluluktan kurtulmak isteyen özel denetçinin, kendi kusursuzluğunu ispat etmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Kendigelen, **Türk Ticaret Kanunu (Değişiklikler, Yenilikler, İlk Tespitler**, 2.Bası, s.461. Aynı yönde **Moroğlu**'da, özel denetçilerin, sorumluluklarının düzenlenmesi bakımından, maddenin kenar başlığına, özel denetçilerin de eklenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bununla birlikte 6335 sayılı kanun öncesinde, kusuru iddia edenin ispatlayacağı ifadesini, anayasadaki eşitlik ilkesine aykırı bulan yazar, denetçilerin, özel denetçilerin, uzman meslek mensupları olmalarına rağmen; kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin ise uzman meslek mensubu olmalarının gerekmediği düşünüldüğünde, bu ifadenin ne kadar hatalı olduğunu daha net anlaşılacağını belirtmiştir. Dolayısıyla yazar, 6335 sayılı yasa ile bu ifadenin kaldırılmasının isabetli olduğunu ve TBK m.112'deki kusur karinesine de uygun olduğunu belirtmiştir. **Moroğlu**, **6102 sayılı TTK (Değerlendirme ve Öneriler)**, s.328. Bizce TTK m.554'ün son cümlesindeki "kusuru iddia eden ispatlar" ifadesinin kaldırılmasını, TBK m.112'ye dayandırmak uygun değildir. Zira özel incelemede, ilgililer arasında sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Ancak TTK m.554'ün kenar başlığının, içerik ile uyum sağlanması bakımından, denetçilerin ve özel denetçilerin (incelemecilerin) sorumluluğu şeklinde değiştirilmesi bizce de uygun olacaktır. Burada menfaat sahibi üçüncü kişilerin, haksız fiil sorumluluğuna dayanabilmeleri; hukuka aykırılığın, kusurun ve uygun illiyet bağının varlığına bağlıdır. Menfaat sahibi üçüncü şahıslar, zararlarının, denetçilerin hukuka aykırı ve kusurlu davranışı sonucunda oluştuğunu ispatlamakta oldukça zorlanacaklardır. Zira menfaat sahiplerinin, şirketin finansal tablolarını ve bunlara dayanak teşkil eden defterlerini ve belgelerini, denetim kanıtlarını, denetçinin çalışma kâğıtlarını inceleme imkânları çoğu zaman bulunmamaktadır. İşte bu durum menfaat sahiplerinin haksız fiil hükümlerine dayanarak, zararlarının tazminini talep etmelerini oldukça güçleştirmektedir. Kocabıyık, **Bağımsız Denetçinin Üçüncü Kişilere Karşı Hukuki Sorumluluğu**, s.175. Bu nedenle kanımızca zararlarının talebini, geniş anlamda güven sorumluluğu esaslarına dayandırabilmeleri uygun olabilir.

<sup>1033</sup> Necla Akdağ Güney, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s.254.

<sup>1034</sup> Akdağ Güney, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, s.254.

daha hafif (*faute légère*) olan kişinin sorumluluğu bu kişinin tek başına sorumluluğuna gidilseydi mahkûm olacağı tazminat miktarıyla sınırlı tutulmuştur<sup>1035</sup>.

İsviçre Hukuku'nda, CO Art.759'da düzenlenen farklılaştırılmış teselsül hükmünün özelliği, birden fazla kişi adına açılmış olan bir tazminat davasında, hâkimden, sorumlu olan kişilerin, her birinin sorumluluklarının miktarının belirlenmesidir. Bununla birlikte, iç ilişkide de sorumlu olanların sorumluluk miktarlarının eski metinde olduğu üzere, yalnızca kusurun derecesine bakılarak değil, durumun bütün gerekleri göz önünde bulundurularak belirlenecektir<sup>1036</sup>.

Farklılaştırılmış teselsül ilkesi uyarınca, her davalı, uygun illiyet bağı çerçevesinde sebep olduğu toplam zararda, kusuru oranında ve TBK m.51,52'inci maddeleri uyarınca indirimden de yararlanmak suretiyle müteselsil sorumlu olduğu miktarı ödemekle yükümlüdür. Daha sonra kusurları oranında da, diğer müteselsil davalılara başvurabilecekler<sup>1037</sup>. Farklılaştırılmış teselsül ile müteselsil sorumluluk arasındaki en önemli fark; müteselsil sorumlulukta zarar görenin alacağını en iyi şekilde elde etmesini sağlayarak, alacaklıyı borçlulardan herhangi birinin aczine karşı korumak söz konusu olup, borçlunun kusurunun derecesi dış ilişkide değil, iç ilişkide dikkate alınmaktadır. Oysa farklılaştırılmış teselsül sisteminde, indirim sebeplerinin dış ilişkide de alacaklıya karşı ileri sürülmektedir<sup>1038</sup>.

TTK m.557, hem teselsülü hem de başvuruyu (rücuyu) düzenlenmiştir. Zarara sebep olanlar dış ilişkide, bu zarardan kusurlarının derecesine ve zararın kendilerine isnad edilebildiği ölçüde diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır<sup>1039</sup>. Hâkim TBK

<sup>1035</sup>Mehmet Helvacı, "Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğunun Müteselsil Olmasının Anlamı ve İsviçre Borçlar Kanunu 759. Maddesi ile Getirilen Müteselsil Sorumluluğunun Anlamının Tanıtılması", **Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı**, C.I, Beta, İstanbul, 2001, (s.219-232), s.239., Başka bir ifadeyle borçlu, başkaları ile birlikte verdiği zararın tamamından müteselsil sorumlu olmayıp, sorumluluğunun miktarı bu zarara tek başına sebebiyet verseydi sorumlu olacağı miktarla sınırlıdır. (Bkz. Akdağ Güney, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, s. 254), **Aytaç**, eTK döneminde sorumluluğun müteselsil oluşunun fazla katı yorumlanmaması gerektiğini belirtmiştir. Yazar birden fazla denetçinin söz konusu olduğu bir denetimde, sadece bir denetçinin yükümlülüklerine aykırı davranması halinde doğacak olan zarardan, diğer denetçilerle birlikte müteselsil sorumlu olmaması gerektiğini belirtmiştir. Yazar, denetçilerin kusurlarının derecesine göre, bir diğer ifadeyle, farklılaştırılmış teselsül sistemine göre sorumluluklarının tespit edilmesi gerektiğini öngörmüştür. (Bkz. Aytaç, **Anonim Ortaklık Denetçilerinin Sır Saklama Yükümlülüğü**, s.213).

<sup>1036</sup>Helvacı, "Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğunun Müteselsil Olmasının Anlamı ve İsviçre Borçlar Kanunu 759. Maddesi ile Getirilen Müteselsil Sorumluluğunun Anlamının Tanıtılması", s.229.

<sup>1037</sup>Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, C.II, b.2, s.676, N.57.

<sup>1038</sup>Akdağ Güney, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, s.255.

<sup>1039</sup>Zarara tek bir özel denetçi sebebiyet vermiş olup da, diğer özel denetçiler kusursuz iseler, bu kişiler zarar görene karşı sorumlu tutulmayacaktır. Ancak bu durum farklılaştırılmış teselsülün sağladığı bir sonuç



m.51<sup>1040</sup> ve 52<sup>1041</sup> uyarınca, her bir tazmin sorumlusunun, tazminat borcunu tespit edecektir. Birden fazla özel denetçinin icra etmiş olduğu denetimden, zarar gören, zararının tamamını talep edebileceği gibi, her bir sorumlunun tazminat borcunun belirlenmesini de isteyebilir. Burada zararın tamamı kavramı; ilk olarak birden çok kişinin müteselsil olarak tazmin etmeye yükümlü oldukları zararı, ikinci olarak da her bir sorumlu tarafından tazmin edilmesi gereken münferit zararları ifade etmektedir<sup>1042</sup>.

#### 4. Özel Denetçinin Kanuni Görevlerini Yerine Getirmesinde Kusurlu Davranması Sonucunda Sorumluluk Davası Açabilecek Olanlar

TTK m.554'te, özel denetçinin (incelemecinin), kanuni görevlerini yerine getirirken kusurlu hareket etmesi halinde; şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı sorumlu tutulacağı düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere sorumluluk davasının davacıları, üç grup olarak sayılmıştır. Burada **Özdamar**, şirket alacaklılarının, özel denetçi hakkında sorumluluk davası açılmasının oldukça zayıf bir ihtimal olduğunu belirtmiştir. Zira özel denetçi, pay sahiplerinin istemi üzerine mahkeme tarafından atanmakta olup, şirket iş ve işlemlerini görev sınırları içerisinde incelemekte, daha sonra hazırladığı raporu ilgililerle paylaşmaktadır. Özel denetim yapılmasını şirket alacaklıları değil, pay sahipleri ya da azlık isteyebilmektedir. Burada özel denetçi sadece, lokal bir denetleme yapmaktadır. Denetçinin hazırlamış olduğu raporu, şirket alacaklıları kullanmamaktadır. Bu nedenle, yazara göre, özel denetçi raporuna dayanarak, herhangi bir işlem tesis edemeyen şirket alacaklılarının, özel denetçiye karşı sorumluluk davası açma ihtimalleri düşüktür<sup>1043</sup>.

Bizce de, özel denetçiye (incelemeciye), şirket alacaklılarının sorumluluk davası açma ihtimalleri zayıftır. Zira özel denetim (inceleme), pay sahiplerinin, pay sahipliğine ilişkin haklarını, daha etkin olarak kullanabilmeleri amacıyla yapılan bir incelemedir. Bu incelemeyi kimlerin isteyebileceğini de birinci bölümde belirtmiştik. Bu kişiler arasında, şirket

---

olmayıp, kusur prensibinin bir sonucudur. Dolayısıyla kusursuzluğunu ispat eden denetçi sorumlu tutulamaz. Akdağ Güney, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, s.276.

<sup>1040</sup>CO Art.43/I'e göre tazminatın miktarı tayin edilirken; bir yandan failin kusurunun derecesi, diğer yandan hal ve mevkiin (durumun gereği) dikkate alınmalıdır. Burada hâkim, kusurun derecesini tespit ederken tüm hal ve şartları dikkate alarak takdir yetkisini kullanacaktır. Akdağ Güney, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, s.264.

<sup>1041</sup>CO Art.44/I'de tazminattan indirim sebepleri düzenlenmiştir. Buna göre zarar görenin bizati kusurlu olması halinde tazminattan indirim yapılabileceği gibi, bazı hallerde tazminat tamamen kalkabilir. İkinci fıkrada da tazminatın davalıyı müzayakaya düşürmesi gibi bir durum söz konusu ise, bu takdirde de indirim yapılabileceği düzenlenmiştir.

<sup>1042</sup>Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, b.4, s.461-462, N.16-128.

<sup>1043</sup>Ulusoy/Özdamar, **Anonim Şirketlerde Özel Denetim**, s.284-285.

alacaklıları olmadığından, özel denetçinin (incelemecinin) şirket alacaklılarına karşı sorumlu olması, sorumluluğun alanını genişletecek ve doğru olmayacaktır.

İsviçre Hukuku'nda, özel denetim yalnızca şirketi ve pay sahiplerini korumayı amaçladığından, üçüncü kişilerin özellikle de alacaklıların tazminat davası açamayacakları belirtilmiştir<sup>1044</sup>. İsviçre Hukuku'nda da Türk Hukuku'nda olduğu gibi özel denetçi, şirketin bir organı değildir. Eğer şirket, özel denetçinin incelemesi esnasında bir zarar görmüşse, kusur sorumluluğu esasları uyarınca, özel denetçinin sorumluluğuna başvurabilmesi için, özel denetçinin, hukuka aykırı eylemi ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağı bulunduğunu ispat etmesi gerekir. Burada açılacak tazminat miktarını hâkim, CO Art.43-44'teki genel hükümlere göre belirlenecektir. Eğer özel denetçi incelemesi sırasında yardımcı kişilerden yardım alırsa, bunların eylemlerinden de CO Art.101/I; 399/II ya da CO Art.97, 399/1'e göre sorumlu olur. İsviçre'de pay sahipleri ile özel denetçi arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmadığı için pay sahipleri, haksız fiil (*responsabilité délictuelle*) hükümlerine göre zararlarının tazminini isteyeceklerdir<sup>1045</sup>.

Türk Hukuku'nda TTK m.554 düzenlemesi uyarınca; pay sahipleri ve ortaklık alacaklıları, denetçiler aleyhine sorumluluk davası açabilmektedirler<sup>1046</sup>. Buradaki sorumluluk kusura dayanan bir sorumluluktur<sup>1047</sup>. TTK m.554 ile pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının da sorumluluk davası açabilmesi, sorumluluk hukuku'nda iki kuruma istisna getirmiştir. Bu istisnalardan ilki, bağımsız denetçinin görevini gereği gibi yerine getirmemesi nedeniyle; pay sahiplerinin ve alacaklıların dolayısıyla, hatta doğrudan doğruya zararlarının tazmin

<sup>1044</sup>Killias/Bertholet, s.266.

<sup>1045</sup>Killias/Bertholet, s.266.

<sup>1046</sup>Sözleşmenin nisbiligi ilkesi, sözleşme tarafları arasında hak ve borçlar doğurmaktadır. Böylece sözleşmeye aykırı davranıldığında tazminat talep edebilme hakkı, sadece alacaklıya ait iken, tazminat borçlusu da sözleşmeye aykırı davranan diğer taraftır. Sözleşmesel sorumluluk tazminat talebinin borçlusu ve alacaklısını bu şekilde sınırlamıştır. İşte bu nedenle, üçüncü kişi yararına bir sözleşme yapılmadığı ya da kanuni bir dayanağın bulunmadığı hallerde, üçüncü şahıslar sözleşme ilişkisine dayanarak zararlarının tazminini talep edemezler. Teoman Akünal, "Sorumluluk Hukuku'nda Sözleşmenin Nisbiligi Prensibinin Anlaşılması", YD, 1988, C.14, S.1-2, (s.222-237), s.224. Bağımsız denetimde taraflar, bağımsız denetim sözleşmesine dayanabilirler. Ancak mahkeme tarafından atanan özel incelemeci ile şirket ya da pay sahipleri arasında sözleşmesel bir ilişki yoktur. Bunlar TTK m.554'teki sorumluluk hususunda getirelen özel düzenlemeye dayanarak dava açma hakkına sahiptirler. TTK m.554'ün özel koruma normu olduğu hususunda Bkz. Kocabıyık, **Bağımsız Denetçinin Üçüncü Kişilere Karşı Hukuki Sorumluluğu**, s. 178-179. Yazar, bir kanun hükmünün özel koruma niteliğini haiz olabilmesi için, bireylerin yararlarını korumayı amaçlaması gerektiğini belirtmiştir. Zarar verilen değer, koruma normunu içeren kanunun korumayı hedeflediği bir menfaat olmalıdır. Ayrıca zarar görenin, kanun tarafından belirlenen bu koruma çevresi içinde bulunması gerekir.

<sup>1047</sup>Köksal, **Bağımsız Denetim Sözleşmesi**, s.289. Denetçiler kendilerine verilen görevi hiç veya gereği gibi ifa etmezlerse, TBK m.112, eBK m.96'ya göre sözleşmenin ihlali söz konusu olur. Buradaki sorumluluk kusura dayanan bir sorumluluktur. **Tekinalp**, burada sözleşmenin ihlali değil, kanuni görevlerin gereği gibi yerine getirilmemesinden kaynaklı bir sorumluluğun düzenlenmiş olduğunu belirtmiştir. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, b.4, s.448, N.16-95.

edilmesini isteyebilecek olmalarıdır<sup>1048</sup>. Böyle bir imkân sayesinde uğradıkları zarar için tazminat davası açabilmektedirler.

İkinci istisna ise, haksız fiil sorumluluğu olan hallerde, dolayısıyla zarar gören şahsın, bunun tazminini talep edemeyeceği kuralına getirilmiştir. Pay sahiplerine ve alacaklılara, dolayısıyla zararlarını talep etme hakkı eTK m.340 ve 309, TTK m.554 vd.'na dayanmaktadır<sup>1049</sup>. Bir anonim ortaklık zarar gördüğü zaman bu zarar, pay sahiplerine ve alacaklılara da yansımaktadır. Ancak pay sahipleri ve alacaklıların her zaman dolaylı zararı olamayabilir. Bazı hallerde denetçinin bir eylemi doğrudan doğruya pay sahiplerine ya da şirket alacaklılarına zarar verebilir<sup>1050</sup>.

Kanun koyucu TTK m.554 ile özel denetçinin, denetim görevini gereği gibi ifa etmemesinden kaynaklanan zararın etkilerinden (ikinci derecede de olsa), pay sahipleri ve şirket alacaklılarını da korumayı öngörmüştür<sup>1051</sup>. Bu nedenle sorumluluk hukuku kurumuna bu iki istisnayı getirmiştir. Ancak tüzelkişi olarak şirketin görmüş olduğu zararın nihai yüklenicileri, pay sahipleri ve şirketin malvarlığı azalacağından şirket alacaklılarıdır<sup>1052</sup>. Buna göre özel denetçinin raporu; eksik, özensiz ya da asılsız ithamlar içeriyorsa, şirket bundan bir

<sup>1048</sup> **Tekinalp**, bağımsız denetçilerin sözleşmeyi ihlal etmesinden kaynaklanan sorumluluğunun, genel hükümlere tabi olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle, denetçi şirketle arasındaki sözleşmeye aykırı hareket etmişse sorumluluğu, TTK m.554'e göre olmayıp, genel hükümlere göre olacaktır. Ayrıca yazar, sözleşmenin ihlal edilmesinden kaynaklanan tazminat davasını yalnızca anonim ortaklığın açabileceğini belirtmiştir. Böyle bir dava kural olarak pay sahipleri ve şirket alacaklıları tarafından açılmaz. Meğerki üçüncü kişinin zararı öğretisinin aradığı şartlar somut olayda bulunsun. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, b.4, s.448, N.16-96. Yazar maddede anılan her iki denetçinin anonim ortaklığa hizmetini bir sözleşme bağlamında sunduğu halde, sözleşmede öngörülen görevlerin yerine getirilmemesinin anılan maddede zikredilmemiş olduğunu ifade etmiştir. Yazar sözleşmenin ihlalini TTK m.554'teki hukuki sorumluluğun nedeni olarak kabul etmemiştir. Zira özel denetim ve bağımsız denetim her ne kadar pay sahiplerinin menfaatine yapılsa da aslında kamu adına yapılan denetimlerdir. Sözleşmenin ihlalinden doğan bir davayı sadece anonim ortaklık açabilecekken, burada pay sahipleri ve şirket alacaklılarında da dava açma hakkı vardır. Bkz. **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, b.4, s.448, N.15-95. Kanımızca özel denetçi (inceleci) ile anonim ortaklık arasında sözleşmesel bir ilişkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle TTK m.554'teki sorumluluğun temelini, geniş anlamda güven sorumluluğuna, dar anlamda haksız fiil sorumluluğuna dayandırmak daha uygun olacaktır. Bu kapsamda da zararın tazminini üçüncü kişiler olarak, anonim ortaklık, pay sahipleri ve şirket alacaklıları bu temellere dayanak isteyebileceklerdir.

<sup>1049</sup> eTK m.340 yollamasıyla eTK m. 309 uyarınca pay sahipleri ve şirket alacaklıları, yönetim kurulu üyelerine karşı; doğrudan doğruya ya da dolayısıyla uğramış oldukları zarar nedeniyle sorumluluk davası açabilirler. Hakan Pekcanitez, **Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (s.439-495), s.448., Denetçilerin sorumluluğu hakkında eTK m.359/son yollamasıyla Yönetim Kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmişti. Ancak 6102 sayılı TTK ile Yönetim Kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve denetçilerin sorumlulukları ayrı maddelerde düzenlenmiştir. (Bkz. Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, C.II, b.2, s.658, N.18).

<sup>1050</sup> Ersin Çamoğlu, **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, b.3, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s.124.

<sup>1051</sup> Özel denetçi aleyhine açılacak sorumluluk davasında asıl dava hakkının ortaklıkta olduğu belirtilmiştir. (Bkz. Sivas, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi**, s.71).

<sup>1052</sup> Çamoğlu, **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, s.125.

zarar görmüşse, özel denetçiye karşı sorumluluk davası açabilecektir. Açılacak olan sorumluluk davası neticesinde ödenecek tazminatın şirkete ödenmesi gerekir<sup>1053</sup>.

**Tekinalp**, bağımsız denetçinin, şirkete denetim hizmetini bir sözleşme kapsamında sunmasına rağmen, TTK m.554'üncü maddede, *sözleşmede öngörülen görevlerin gereği gibi yerine getirilmemesinden* söz edilmemiş olmasından dolayı, sözleşmenin ihlalini, TTK m.554'teki hukuki sorumluluğun nedeni olarak kabul etmediğini belirtmiştir<sup>1054</sup>. Yalnızca kanuni görevlerin gereği gibi yerine getirilmemesinin TTK m.554'teki sorumluluğun konusu oluşturmasının nedeni, her iki denetçinin de denetimlerini, kamu adına yapmalarından kaynaklanmaktadır. Yazara göre TTK m.438 vd. maddelerinde düzenlenmiş olan özel denetim her ne kadar pay sahiplerinin menfaati amacıyla yapılsa da aslında kamu adına yapılmaktadır<sup>1055</sup>. Yazar özel denetimin; yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerinin sorumluluklarına yol açan ve finansal tablolarla yakından ilgili olan bir denetim olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle, TTK m.554 ile bağımsız denetçinin sorumluluğuna özel denetçinin sorumluluğunun da dâhil edilmiş olması, özel denetimin de kamusal nitelikte bir denetim olduğunu göstermektedir<sup>1056</sup>.

TTK m.554'deki sorumluluk kusur sorumluluğunu düzenlemektedir. Özel denetçinin bu madde uyarınca sorumlu olabilmesi için, esas sözleşmeye aykırı hareket etmiş olması değil, kanundan doğan görevlerini ihlal etmiş olması gerekir<sup>1057</sup>. TTK m.554'deki sorumluluk; kanuna dayanan, asli edimi bulunmayan ve kanuni yükümlülüklerden doğan bir sorumluluktur. Bu nedenle TTK m.554'e göre açılacak sorumluluk davasının davacıları; şirket, pay sahipleri ve alacaklılardır<sup>1058</sup>.

<sup>1053</sup>Ulusoy/Özdamar, **Anonim Şirketlerde Özel Denetim**, s.285.

<sup>1054</sup>Aksi yönde, **Sivas**, yazar şirketin, özel denetçi aleyhine açacağı sorumluluk davasının temelini özel denetçi ile şirket arasındaki sözleşmeye aykırılığın oluşturduğunu belirtmiştir. Sivas, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi**, s.72.

<sup>1055</sup>Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, b.4, s.448, N.16-95.

<sup>1056</sup>Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, b.4, s.450, N.16-100.

<sup>1057</sup>**Arı**, bağımsız denetçinin sorumluluğunun esas olarak kanundan kaynaklandığını belirtmekle beraber ve bu tespitin bağımsız denetçi ile şirket arasında var olan sözleşmeden dolayı, denetçinin sorumlu olmayacağı anlamına da gelmeyeceğinin altını çizmiştir. Yazar denetçilerin sorumluluğu söz konusu olduğunda, kanundan doğan sorumluluk ile sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerinin birbiriyle yarışabileceğini belirtmiştir. Ancak yarışan hükümler söz konusu olduğunda bunlardan hangisinin uygulanacağına ilişkin gerek TTK' da gerekse TBK' da bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat TBK m.60'da sorumluluk sebeplerinin çokluğu kenar başlıklı madde de sebeplerin yarışması alt başlığında; bir kişinin sorumluluğunun birden çok sebebe dayandırılabilirdiği durumlarda, hâkimin zarar gören aksini istemedikçe ya da kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı tanıyan sorumluluk sebebine göre karar vereceği düzenlenmiştir. (Bkz. Arı, **Anonim Şirketlerde Denetçi Sorumluluğunun Sınırlanması**, s.158-159).

<sup>1058</sup>Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, b.4, s.450, N.16-101.

*Arı* burada, TBK m.60 uyarınca sorumluluk sebeplerinin çokluğunun söz konusu olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle hâkim, zarar gören aksini istemedikçe ya da kanunda aksine bir düzenleme yoksa, zararı en iyi giderim imkânı veren, sorumluluk sebebine göre karar verir. Bu kuralı hâkimin, zararı en üst düzeyde karşılayacak hukuki sebebe göre karar vereceği şeklinde algılamamak gerekir. Zira hâkim, talepten fazlasına hükmedemez. O halde sorumluluk sebebinin birden fazla olduğu hallerde, zarar gören için, onun yararına olacak olan hukuki sebebe dayanmak gerekir. Bu nedenle bakılacak hususlar; zamaşaşımı, ispat yükünün dağıtımını, sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliği gibi konulardır<sup>1059</sup>.

Kanun koyucunun pay sahipleri ile şirket alacaklılarına da dava hakkı tanınmasının nedeni, yönetim kurulu üyelerinin kanuni görevlerini ihlal etmeleri halinin, pay sahiplerini de izrar edebileceğinin düşünölmüş olmasına benzer. Şöyle ki, şirket tüzel kişiliğine ait olarak görünen haklar o şirketi kuran pay sahiplerine aittir. Bu nedenle şirket bir zarar gördüğü zaman bu zarardan gerçekte zarar görecek olanlar pay sahipleridir<sup>1060</sup>. Nitekim özel denetçi kanuni görevlerini ihlal ederek şirkete zarar verdiğinde bu zarardan pay sahipleri ve şirket alacaklıları da etkilenecektir.

Şirketin (şirket adına yönetim kurulu) özel denetçiye karşı sorumluluk davası açabilmesi için, genel kuruldan alınmış bir kararın gerekip gerekmediği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu konuda, eTK döneminde, genel kuruldan bu yönde bir karar alınması aranıyordu<sup>1061</sup>. Her ne kadar TTK m.554'te bu konuda bir düzenleme bulunmasa da, doktrinde<sup>1062</sup> şirketin, özel denetçi aleyhine dava açabilmesi için, genel kurulda bu hususla ilgili olarak alınmış bir kararın olması gerektiği kabul edilmektedir..

<sup>1059</sup>Hatemi/ Gökyayla, **Borçlar Hukuku (Genel Bölüm)**, b.3, s.291., N.34.

<sup>1060</sup>Sait Kemal Mimaröğlu, **Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mes'uliyeti**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1967, s.113.

<sup>1061</sup>eTK m.341'de, yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılabilmesi için, genel kuruldan bu konuda bir karar alınması gerekiyordu. Bu hüküm eTK m.359'un yollamasıyla denetçiler için de uygulanmaktaydı., Nitekim Yargıtay'ın bazı kararlarında, genel kuruldan izin alınmaksızın, yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açılması halinde, bu eksikliğin daha sonradan alınacak bir genel kurul kararı ile tamamlanabileceği belirtilmiştir. Başka bir ifadeyle, bu eksikliğin, mutlak bir dava şartı olarak kabul edilerek, davanın reddedilemeyeceği görüşünün benimsenmiş olduğu görölmekteydi. (Kararlar için bkz; 11. HD, 12.06.1989, E.6367/K.3541; 15. HD, 15.05.1990, E.2265/K.2183; 11. HD, 14.11.1994, E.4599/K.8574, Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, C.II, b.2, s.678, dipnot:130).

<sup>1062</sup>Sivas, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi**, s.72. Yazar, genel kuruldan bu yönde bir karar alınmazsa, özel denetçinin hazırladığı rapordan rahatsız olan yönetim kurulu üyelerinin, özel denetçi aleyhine dava açarak, denetçiyi gereksiz yere meşgul edebileceklerini belirtmiştir. eTK döneminde genel kurulda, özel denetçi aleyhine dava açılmayacağı şeklinde karar alınmasına rağmen, azlık pay sahiplerince dava açılması doğrultusunda oy kullanılması durumunda eTK m.341/I uyarınca özel denetçi aleyhine dava açılması zorunlu idi. Buna göre azlık, bu hakkını kullandığı zaman şirketin bir ay içerisinde özel denetçi aleyhine sorumluluk davasını açması gerekirdi. Dava açma hakkını kullanan azlık, dava sonuna kadar merhun kalmak üzere, paylarını bir bankaya teminat olarak yatırmalıydı. Azlığa tanına bu hakkın bilgi alma hakkı ile de yakın ilgisi bulunduğu zira kanunda

Pay sahibi,<sup>1063</sup> uğradığı doğrudan zararı için, özel denetçiye karşı tazminat davası açabilir. Burada şirketin uğradığı zarardan bağımsız olan, pay sahibinin doğrudan doğruya uğradığı bir zarar vardır<sup>1064</sup>. O halde, pay sahipleri ya da alacaklılar özel denetçinin inceleme faaliyetini sonucunda doğrudan bir zarar görürlerse, açtıkları tazminat davasında hükmedilecek tazminatın da kendilerine ödenmesi gerekecektir<sup>1065</sup>. TTK m.554 uyarınca, özel denetçiye karşı dava açabilmek için, özel denetçinin kanuni yükümlülüklerini yerine getirirken kusurlu davranması gerekir. Özel denetimde (incelemede), özel inceleme ile pay sahipleri ve şirket arasında sözleşme ilişkisi olmadığından, bu kişilere karşı TTK m.554'teki kanuni yükümlülükler aykırı bir davranış ya da sır saklama yükümlülüğünün ihlali dışında bir zarar verilmişse, koşulları varsa özel incelemecinin haksız fiil sorumluluğu<sup>1066</sup> söz konusu olacaktır.

TTK m.554'teki sorumluluğun genel olarak bağımsız denetçi esas alınarak ele alınmış olduğunu görüyoruz. Ancak bağımsız denetçi ile şirket arasında bağımsız denetim sözleşmesi bulunurken, özel denetime (incelemede) ilgililer arasında sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle özel incelemecinin, şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı

---

sorumluluk davasının özel denetçi tarafından hazırlanacak olan rapordaki bulgulara dayanılarak açılacağı belirtilmişti. Bu sebeple eTK m.341'de düzenlenen hakkın özel denetçi atanması hakkının düzenlendiği eTK m.348 ile sıkı bir bağlantısı olduğu kabul edilmişti. (Bkz. Seda Ulaş Kısa, "Anonim Ortaklıkta Yaşanan Çıkar Çatışmasının Azınlıkta Kalanlara Zarar Vermemesi İçin Öngörülen Önleyici Hukuki Araçlar", **(Bilgi Toplumunda Hukuk) Ünal Tekinalp'e Armağan**, C.I, Beta, İstanbul, 2003, s.524-525). **Tekinalp**, yönetim kurulu aleyhine açılacak sorumluluk davasının, özel denetçinin hazırlayacağı ve durumu aydınlatacağı varsayılan özel denetim raporuna göre açılabilir. Azlık (eTK m.341)'e dayanarak, bu davayı açabilecektir. Ünal Tekinalp, "Azlık Hakları ve Bireysel Haklar", **40. Yılında Türk Ticaret Kanunu**, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyeleri ve Araştırma Görevlilerinin Değerlendirmeleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İstanbul, 1997, (s.152-154), s.152.

<sup>1063</sup>Anonim şirket şayet katılma intifa senedi ya da oydan yoksun hisse senetleri eSerPK m.14/A çıkarmışsa, bu senetlere sahip olanlar da, tıpkı pay sahipleri gibi doğrudan ya da dolaylı bir zarar söz konusu olduğunda dava açma hakkına sahiptirler. Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, C.II, b.2, s.678, N.64.

<sup>1064</sup>Zekeriya Arı, "Alacaklı veya Ortakların Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Doğrudan Zararlar Nedeniyle Açılabilir Davalarda Zamanaşımı", (Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu üyelerine Karşı Doğrudan Zararlar), **EÜHFD**, C.XIV, S.1-2, 2010, (s.171-198), s.172. Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, C.II, b.2, s.677, N.60.

<sup>1065</sup>Doğrudan zarar, pay sahipleri ile alacaklıların, yönetim kurulu üyelerinin fiilleri sonucunda şirketin uğradığı zarardan bağımsız olarak uğradığı zararı ifade etmektedir. Bu durumda zarar, şirketin malvarlığı üzerinde değil, doğrudan doğruya pay sahibinin ya da alacaklının malvarlığı üzerinde doğmuştur. Bu nedenle TTK m.554'te tanınan dava hakkı, her bir pay sahibine ve alacaklıya kişisel olarak tanınmış olup, diğer pay sahiplerinin, alacaklıların ve şirketin tazminat talebinden tamamen bağımsız niteliktedir. (Bkz. Tolga Ayoğlu, "Pay Sahipleri ile Alacaklıların " Dolayısıyla Zarar" Nedeniyle Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Sorumluluk Davası Açma Hakkı ve Bu Tür Davalarda Alınan İlamları İcraya Koyma Yetkisi", **Legal Hukuk Dergisi** (LHD), Ocak, 2009, Y.7, S.73, (s.67-85), s.69). Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, C.II, b.2, s.677, N.60.

<sup>1066</sup>**Pulaşlı**'da pay sahipleri tarafından açılacak olan tazminat davasının TBK m.49'da düzenlenen haksız fiil hükümlerine dayandırılmıştır. Lakin sorumluluk davasındaki zamanaşımına TTK m.560 ve yetkili mahkemeye de TTK m.561'deki özel hükümlerin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. (Bkz. Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, C.II, b.2, s.677,678, N.62). Yukarıda belirttiğimiz üzere bazı yazarlar, pay sahipleri tarafından, denetçinin kanuna aykırı hareketinden dolayı açılan davanın niteliğini haksız fiile ya da sözleşmeye dayandırırken, **Tekinalp**, asli edimi bulunmayan kanuni yükümlülükler öğretisi bağlamında davanın temelini sözleşme olduğunu belirtmiştir. (Bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, b.4, s.454, N.16-112).

sorumluluğu, sözleşmesel değildir. TTK özel denetçinin (incelemecinin) sorumluluğunu iki farklı hükümde özel olarak düzenlemiştir. Sır saklama yükümlülüğü TTK m.404'te, kanuni görevlerin gereği gibi yerine getirilmemesindeki sorumluluğu da TTK m.554'te özel olarak düzenlenmiştir. Özel denetçinin (incelemecinin) tıpkı bilirkişi atanmasında olduğu gibi mahkeme aracılığıyla atanması, bu ilişkinin sözleşmesel olmadığını göstermektedir. Bu nedenle kanımızca, özel denetçinin (incelemecinin) her iki düzenleme açısından üçüncü kişi olarak ifade edeceğimiz ilgililere (şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına) karşı sorumluluğunun temelini, geniş anlamda güven sorumluluğuna dayandırabiliriz. Güven sorumluluğunda, meydana getirilen haklı güvenin ihlal edilmesi neticesinde ortaya çıkan sorumluluk, kanundan kaynaklanan davranış ve koruma ödevlerinin (asli ve yan edim yükümlerinden ayrılan ve bütüncül borç ilişkisini yansıtan yükümlülükler) ihlaline dayandırılmaktadır<sup>1067</sup>.

**Kocabıyık**, bağımsız denetçinin bilgi veren olarak sorumluluğu hususunda, özel bağlantı unsurunun arandığını belirtmiştir. Özel bağlantı unsuru, *culpa in contrehendo* ilkesinin temelini oluşturan olguya benzeyen, özel güven ve sadakat ilişkisidir. Özel bağlantı, edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisinin kaynağıdır. Bilgi verenin mesleki konumu özel güven oluşturulmasını kolaylaştırmaktadır. Yazar, özel bağlantının varlığı için, üçüncü kişilerle, denetçi arasında bir karşılaşma ya da yoğun bir kişisel ilişkinin olmasının gerekmediğini de ifade etmiştir<sup>1068</sup>. Bu açıklamalar ışığında, kanımızca özel denetçinin, üçüncü kişilere karşı sorumluluğunun temelini, geniş anlamda güven sorumluluğuna, dar anlamda da TBK m.49'daki haksız fiil sorumluluğuna dayandırabiliriz.

Anonim ortaklık zarara uğradığı zaman, bu zararın tazminini kimlerin talep edebileceğini, TTK m.555 ve 556 düzenlemiştir. TTK m.555 de, şirket faaliyette iken bir zarara uğrarsa, bu zararı kimin talep edeceği düzenlenmiştir. Buna göre şirket faaliyette iken, özel denetçi, inceleme görevini gereği gibi yerine getirmediği için, bir zarara uğramışsa, bu zararın tazminini şirket ya da pay sahibi talep edebilecektir. Burada şirket doğrudan zararını talep ederken, pay sahibi dolayısıyla zararını talep etmektedir.

Anonim ortaklığın zararını pay sahibinin de talep edebilmesinin nedeni, şirketin malvarlığı ve pay sahibinin katılma payının değerini korumaktır<sup>1069</sup>. Şirket bir zarar

<sup>1067</sup>Kocabıyık, **Bağımsız Denetçinin Üçüncü Kişilere Karşı Hukuki Sorumluluğu**, s. 211.

<sup>1068</sup>Kocabıyık, **Bağımsız Denetçinin Üçüncü Kişilere Karşı Hukuki Sorumluluğu**, s. 212-213-216. Güven sorumluluğu, üçüncü kişilerin haksız fiile dayanarak taleplerini dile getirmelerine engel değildir.

<sup>1069</sup>Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, b.4, s.451, N.16-105.

gördüğünde, bundan dolayı olarak pay sahipleri de etkilenmektedir. Dolayısıyla zarar; anonim ortaklığın malvarlığının azalması neticesinde, şirketin doğrudan doğruya gördüğü zarardır. Şirket zarar görürse, pay sahiplerinin paylarının değeri, kâr payları vb. diğer şeyleri etkilenecektir. Ayrıca bu durum alacaklıların da, şirketten olan alacaklarını elde edememelerine neden olacaktır. Bu nedenle şirketin, doğrudan zararı, pay sahipleri ve şirket alacaklılarının dolayısıyla zararını oluşturmaktadır<sup>1070</sup>. Gerekçede belirtildiği üzere, şirketin uğradığı zararları TTK m.553,554'te yer alan sorumlulardan isteyebilmesi, bir diğer ifadeyle, şirketin aktif dava ehliyetine sahip olması normaldir. Ancak şirket, uğradığı zarar sebebiyle sorumlulara karşı dava açmayı ihmal ederse ya da sorumluların şirkete hâkim olması nedeniyle dava açmayabilecekleri ihtimali olduğundan kanunkoyucu zararın tazmin edilmesi için pay sahiplerine de dava açma imkânı vermiştir. Buna karşın, şirket alacaklılarının eTK m.309'un aksine böyle bir hakkı bulunmamaktadır<sup>1071</sup>. Zira TTK sistemine göre alacaklıların alacaklarının dolayısıyla zarar davasıyla korunmasına gerek görülmemiştir<sup>1072</sup>.

TTK m.555/I'de, eTK m.309'dakinden farklı olarak, doğrudan ya da dolaylı zarar ayrımı yapılmamaktadır. Şirket, doğrudan zararının varlığı halinde, tazminat davası açabilecektir. Zira TTK m.553 vd. maddelerinde şirketin dolayısıyla zarara uğraması olanağı bulunmamaktadır. Fakat pay sahiplerinin hem doğrudan hem de dolaylı zararı söz konusu olabilir. Nitekim şirketin zarara uğraması halinde pay sahipleri dolaylı olarak bu zarardan etkilenmektedirler. Zira şirketin doğrudan zararı, pay sahipleri açısından dolayısıyla zarar olarak nitelendirilebilmektedir<sup>1073</sup>. Pay sahibinin, dolayısıyla bir zarara uğraması halinde açtığı davada hükmedilecek tazminatın şirkete verilmesi ile pay sahibinin payındaki değer düşüklüğü de giderilmiş olur<sup>1074</sup>.

TTK m.555/I'de; dolaylı ve doğrudan zarar ayrımı yapılmadığına ilişkin gerekçede yer alan açıklamanın yanıltıcı olduğu belirtilmiştir. Burada doğrudan doğruya zarar görecektir. Şirketin gerekçede de belirtildiği üzere dolayısıyla zarar görme olasılığı bulunmamaktadır. Ancak dolayısıyla zarar, pay sahipleri bakımından geçerlidir. Bu nedenle

<sup>1070</sup>Zekeriya Arı, "Alacaklı veya Ortakların Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Doğrudan Zararlar Nedeniyle Açılabilir Davalarda Zamanaşımı", (Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Doğrudan Zarar), **EÜHFD**, C.XIV, S.1-2, 2010, (s.171-198), s.171, dipnot:1.

<sup>1071</sup>TTK m.555'in Gerekçesi, s.257., Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, C.II, b.2, s.677, N.61. Alacaklılar şirketin iflası halinde, tazminatın şirkete ödenmesini talep edebilme hakkına sahiptirler. Kanun koyucu şirketin borçlarını ödediği sürece alacaklıların zarara uğramadığı varsayımını kabul etmiştir.

<sup>1072</sup>Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, b.4, s.451, N.16-105., Kendigelen, (**Türk Ticaret Kanunu (Değişiklikler, Yenilikler, İlk Tespitler)**), 2.Bası, s.462. Ancak alacaklılara şirketin iflası haliyle sınırlı olmak üzere sorumluluk davası açma hakkının verildiğini belirtelim TTK m.556.

<sup>1073</sup>Kendigelen, (**Türk Ticaret Kanunu (Değişiklikler, Yenilikler, İlk Tespitler)**), 2.Bası, s.462.

<sup>1074</sup>TTK m.555'in Gerekçesi, s.257.



gerekçedeki ayırım yapılmadığına ilişkin açıklamanın şirket açısından algılanması gerekir. Zira pay sahiplerinin doğrudan zararı söz konusu olduğunda ödeme şirkete değil, doğrudan pay sahibine yapılacakken, dolayısıyla zarar görmesi halinde zararın giderimi için yapılacak olan ödemenin şirkete yapılması gerekir<sup>1075</sup>.

İsviçre CO Art.756'ya göre, şirketin uğradığı zararın tazminini talep edebilme hakkı, şirkete ve pay sahibine verilmiştir. Uğranılan zararın tazmin edilmesi için bu kişiler tazminat davası açabilecektir. Şirketin iflas etmesi hali dışında, yalnızca pay sahipleri şirketin zararı için tazminat davası açabilme imkânına sahip olup, bu imkân alacaklılara verilmemiştir<sup>1076</sup>. İflas halinde, iflas idaresi tarafından bu dava açılmadığı takdirde, pay sahipleri ya da alacaklılar bu davayı açabilir.

Şirketin özel denetçinin kusurlu hareketi sonucunda zarar görmesi halinde, dava açmaya yetkili olanlar, dava giderleri, avukatlık ücreti, işin takibi vb. diğer nedenlerden dolayı bu haklarını kullanamamaktadırlar<sup>1077</sup>. TTK m.555/II uyarınca, pay sahibi, ortaklık faaliyette iken dolayısıyla zararının giderilmesi için sorumluluk davası açarsa, hukuki ve maddi sebeplerin haklı göstermesi halinde, mahkeme dava giderlerinin ve avukatlık ücretinin, davalı/davalılara yükletilemediği hallerde, davacı pay sahibiyile, lehine tazminat talep edilen şirket arasında hakkaniyete göre paylaşır. Bu paylaştırmada; şirkete ödenen tazminatın miktarının ve pay sahibinin elde edeceği menfaatin dikkate alınacağını belirtelim<sup>1078</sup>.

Şirketin iflası durumunda, özel denetçinin kanuni yükümlülüklerini yerine getirmemesinden dolayı bir zarara uğradığı hallerde TTK m.556 madde uyarınca tazminatın, şirkete ödenmesini isteme hakkı pay sahipleri ile şirket alacaklılarına aittir<sup>1079</sup>. Burada şirket

<sup>1075</sup> **Kendigelen**, pay sahibinin dolayısıyla uğramış olduğu zarar sebebiyle açtığı tazminat davasındaki tazminatın şirkete ödenmesini istemesinin bir zorunluluk olduğunu belirtmiştir. Kendigelen, (**Türk Ticaret Kanunu (Değişiklikler, Yenilikler, İlk Tespitler)**), 2.Bası, s.462., Dolayısıyla zarar ancak, kanunda bu zararın istenebilmesine açık bir hükümlerle izin vermişse bir başka deyişle, dava hakkı tanıyorsa istenebilir. Kanunun bu olanağı tanıdığı hallerde dolayısıyla zararını talep eden kişi, mahkemeden tazminatın doğrudan zarar gören kişiye ödenmesini isteyebilecektir. Ancak bu dolayısıyla zararın tazmin edilebilmesinin olmazsa olmaz şartı değildir. Zira dava giderleri, takipteki güçlükler bu davaları açacak kişileri caydırabilir. Bu nedenle pay sahiplerinin dolayısıyla zararları nedeniyle dava açmalarını teşvik etmek amacıyla dava giderlerine destek olma ya da buna benzer bazı kolaylıklar kendilerine tanınabilir. (Bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, b.4, s.453, N.16-107).

<sup>1076</sup> (**Commentaire Romand**), s.1389, N.37.

<sup>1077</sup> TTK m.555/II'nin Gereği, s.257. Şirketin uğradığı zarar karşısında hareketsiz kalması ve dava açmaması durumunda, dolayısıyla zararını talep için, dava açacak olan pay sahibinin, dava giderlerini de düşünerek davadan vazgeçmemesi için ikinci fıkranın düzenlenmiş olduğu belirtilmiştir.

<sup>1078</sup> Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, b.4, s.453, N.16-109.

<sup>1079</sup> Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, b.4, s.455, N.16-114.

alacaklısı kendi dolayısıyla zararını talep edebilecektir. Şirketin iflas etmesi durumunda, şirketin zararını öncelikle iflas idaresi dava edecektir<sup>1080</sup>.

TTK m.556/II uyarınca iflas idaresince dava açılmadığı takdirde, davayı pay sahipleri veya şirket alacaklıları açabilecektir<sup>1081</sup>.

## **B. Türk Ticaret Kanunu Denetçilerin Sır Saklamadan Doğan Sorumluluğuna İlişkin Madde 404 ile Denetçilerin Sorumluluğuna İlişkin Madde 554'ün Birlikte Değerlendirilmesi**

TTK m.404'te denetçilerin, sır saklamadan doğan sorumluluğu düzenlenmiştir. Bununla beraber özel denetçi ve bunların yardımcıları denetimi dürüst ve tarafsız bir şekilde yapmakla da yükümlü tutulmuştur. Nitekim gerekçede de dürüstlüğü, tarafsızlığın ve sır saklamamanın ihlal edilmesinin sorumluluğa neden olacağı belirtilmiştir<sup>1082</sup>. Buradan da anlaşılacağı üzere, TTK m.404 ile denetçinin yalnızca sır saklama yükümlülüğü değil, kanunla öngörülen denetimini de gereği gibi yerine getirmemesi halindeki sorumluluğu düzenlenmiştir<sup>1083</sup>. Özel denetçinin sorumluluğu şirkete ve bağlı şirkete karşıdır. Özel denetçinin kendisi ile birlikte incelemesi sırasında ona yardımcı olan yardımcılarının da sorumluluğun kapsamında olduğu ve bu sorumluluğun müteselsil olduğunu belirtelim.

TTK m.404'te ki sorumluluğunda kusur sorumluluğu olduğunu yukarıda ifade etmiştik. TTK m.404/II'de düzenlenmiş olan, denetçinin sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde, sorumluluğunun bir üst sınırı bulunmaktadır. Buna göre TTK m.404/I'de öngörülen yükümlülük (sır saklama yükümlülüğü ile denetimin dürüst ve tarafsız bir şekilde icrası)<sup>1084</sup> ihlal edilirse, ihmali bulunan kişiler hakkında, verdikleri zarar nedeniyle her bir

<sup>1080</sup>Nitekim TTK m.556/I'in gerekçesinde de şirket iflas etmiş olsa da doğrudan zararı gören yine şirketin kendisidir. Bunun doğal sonucu olarak, iflas etmiş bir şirketin davasının davacısı da iflas idaresi olabilir. Dolayısıyla pay sahipleri ve alacaklılardan önce bu hakkın ilk olarak iflas idaresi tarafından kullanılması gerektiği belirtilmiştir. s.258.

<sup>1081</sup>6102 sayılı TTK m.506/II'nin eTK m.309/II'den farkı şuradadır: eTK m.309/II uyarınca; iflas idaresi tarafından sorumluluk davası açılmadığı takdirde dava hakkı, kanunen pay sahibi ve alacaklılara tanınmamıştı. İcra İflas Kanununun 245. madde hükmünün cari olduğu belirtilmişti. Yani alacaklıların ve pay sahiplerinin dava hakkının kendilerine devredilmesini istemeleri hakkı onlara verilmişti. 6102 sayılı TTK ile şirket iflasta iken iflas idaresi tarafından sorumluluk davası açılmadığı takdirde dava hakkını kanunen hem alacaklılar hem de pay sahipleri kazanmakta olup kendilerine dava hakkının temlik edilmesini istemeleri gerekmemektedir.

<sup>1082</sup>TTK m.404/II'nin Gerekçesi, s.196.

<sup>1083</sup>Ayşe Odman Boztosun, **Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Denetçilerin Sorumluluğu, Alman Sistemi mi, İsviçre Sistemi mi?** Arslanlı Bilim Arşivi, s.1.

<sup>1084</sup>TTK m.404/I'de sır saklama yükümlülüğün yanı sıra dürüst ve tarafsız davranma yükümlülüğüne de aykırı hareket etmenin tazminat sorumluluğuna yol açacağı açıkça düzenlenmiş olduğundan **Kendigelen**, madde başlığının sadece sır saklama yükümlülüğünden bahsetmiş olmasının, hükmü tam olarak kapsamadığı için eksik

denetim için (100.000) yüzbin TL'ye, pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketlerde ise (300.000) üçyüzbin TL'ye kadar tazminata hükmedilecektir.

İsviçre'de ise, CO Art730b/II'de denetçinin sır saklama yükümlülüğünden doğan sorumluluğunu düzenleyen hükümde, herhangi bir üst sınır getirilmemiştir.

Sır saklama yükümlülüğüne ilişkin benzer bir düzenleme Alman Ticaret Kanunu (HGB.323/II)'de de yer almaktadır<sup>1085</sup>. Ancak denetçilerin sorumluluğunun sınırlanması için zararın, denetçinin, ihmalleri sonucunda meydana gelmesi gerekir. Bu yükümlülüklerin kasten yerine getirilmemesi halinde sorumluluğun herhangi bir üst sınırı kanunda belirlenmemiştir<sup>1086</sup>. Burada TBK m.51'de hâkimin yerini kanun almakta ve kanun kusurunun derecesine göre tazminat tutarının sınırlı olup olmadığını belirlemektedir<sup>1087</sup>. TTK m.404/II ve TTK m.404/IV uyarınca, denetçinin sorumluluğu tespit edilirken, hâkimin, denetçilerin kusurunu ve durumun gereklerini dikkate alınmasına bir engel yoktur. Bu nedenle hâkim, denetçinin sorumluluğunu TBK m.51,52 ve TTK m.557'ye göre belirleyebilir. Hâkimin yaptığı değerlendirme sonucunda, özel denetçinin sorumluluğunu, yasal üst sınırın altında belirlemesi de mümkündür. Bu durum TTK m.404/II'ye aykırılık oluşturmayacaktır<sup>1088</sup>.

TTK m.404/IV uyarınca, bu maddeden doğan tazminat yükümlülüğünün sözleşme ile kaldırılamayacağı ve sorumluluğun daraltılamayacağı da emredici bir şekilde düzenlenmiştir. Bir diğer ifadeyle, denetçinin sorumluluğu bakımından getirilen üst sınır sözleşme ile ortadan kaldırılamayacağı gibi daraltılması da söz konusu değildir. Bu nedenle denetçinin sorumluluğu ister akdi isterse akit dışı olsun, bir üst sınırı bulunmaktadır<sup>1089</sup>.

Ayrıca TBK m.115'te sorumsuzluk anlaşması başlığı altında düzenlenen maddenin üçüncü fıkrasında; *uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan*

---

görülmüştür. (Bkz. Kendigelen, (Türk Ticaret Kanunu (Değişiklikler, Yenilikler, İlk Tespitler), 2.Bası, s.303).

<sup>1085</sup>Odman Boztosun, **Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Denetçilerin Sorumluluğu, Alman Sistemi mi, İsviçre Sistemi mi?**, s.2, Karahan/Zekeriya Arı, **Şirketler Hukuku**, "Denetim ve Hesaplar", s.474.

<sup>1086</sup>Karahan/Zekeriya Arı, **Şirketler Hukuku**, "Denetim ve Hesaplar", s.473., Nitekim TTK m.404/II'nin Gereğesinde, zarara ihmalleri ile sebep olanlar için üst sınırın gösterilmiş olduğu lakin kasıtlı eylemde bulunanlar için böyle bir sınırın olmadığı ifade edilmiştir. Böyle bir farklılaşmanın TBK m.51'de yer alan düşünceye de paralel olduğu belirtilerek, yalnızca değişik bir kurala bağlandığı belirtilmiştir. (Bkz. Gereğçe s.196)., Kendigelen, (Türk Ticaret Kanunu (Değişiklikler, Yenilikler, İlk Tespitler), 2.Bası, s.302., Bu sonucun farklılaştırılmış teselsül anlayışı ile uyumlu olduğu görüşü için (bkz. Karahan/Zekeriya Arı, **Şirketler Hukuku**, "Denetim ve Hesaplar", s.473).

<sup>1087</sup>TTK m.404/II'nin Gereğesi, s.196.

<sup>1088</sup>Karahan/Zekeriya Arı, **Şirketler Hukuku**, "Denetim ve Hesaplar", s.478.

<sup>1089</sup>Arı, **Anonim Şirketlerde Denetçi Sorumluluğunun Sınırlanması**, s.160.

*sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.* Başka bir ifadeyle, özel denetçi ile şirket arasında özel denetçinin hafif kusurundan doğan zararlardan dolayı sorumlu olmayacağına ilişkin sözleşme hükümleri ya da sözleşmeler yapılamayacaktır<sup>1090</sup>.

Denetçinin sorumluluğunun sınırı, TTK m.404/II'de her bir denetim için sınırlandırılmış olmakla beraber, sorumluluğun sınırlanmasının zamanı ve kapsamı her bir denetim için belirlenmiştir. Ancak her bir denetim kavramı ile neyin kast edildiği açıkça belirtilmemiştir. Özel denetçi açısından baktığımızda, özel denetçiye incelemesi için belirli olaylar gösterildiği için, sorumluluğu da kendisine incelemesi için verilen belirli olaylarla sınırlıdır. Fakat bağımsız denetçiler açısından baktığımızda onların denetimlerinin kapsamı daha geniştir<sup>1091</sup>.

TTK m.404'de zarar görenler; şirket ve bağlı şirket olarak sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla özel denetçi denetimi sırasında pay sahiplerine ya da bağlı şirketin pay sahiplerine zarar verirse, TTK m.404/I uyarınca zararlarının tazminini talep edemeyeceklerdir. Ancak şunu unutmamak gerekir ki, sır saklama yükümlülüğünü ihlal eden özel denetçi yüzünden şirket bir zarara uğradığında şirketin itibarının zedelenmesi, ününe hanel gelmesi nedeniyle, paylar değer kaybederse, bundan pay sahipleri etkilenmiş olacaktır<sup>1092</sup>. Böyle bir durumla karşılaşan pay sahiplerinin zararını kanunen TTK m.404 uyarınca dava edebilme hakkı olmadığından, özel denetçi ile aralarında sözleşmesel bir ilişki de bulunmadığı için şartları varsa TBK m.49'da düzenlenen haksız fiil hükümlerine göre isteyebilmeleri gerekir.

TTK m.554'ün kaynağını İsviçre Borçlar Kanununun CO Art.755 oluşturmaktadır. İsviçre'de denetçinin sorumluluk sınırı yoktur. Türk Hukuku'nda, TTK m.554'te de denetçinin sorumluluğunun bir üst sınırı olmadığını belirtelim. Denetçinin sorumluluğunun düzenlendiği TTK m.554'te, TTK m.404/IV'te olduğu gibi sorumluluğun sözleşmeyle kaldırılması ya da daraltılması konusunda da açık bir hüküm yoktur. Denetçi sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde CO Art.755'de yer alan yaptırımlar hakkında uygulanacaktır<sup>1093</sup>.

<sup>1090</sup>Odman Boztosun, **Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Denetçilerin Sorumluluğu, Alman Sistemi mi, İsviçre Sistemi mi?**, s.2.

<sup>1091</sup>Karahan/Zekeriya Arı, **Şirketler Hukuku**, "Denetim ve Hesaplar", s.474-475.

<sup>1092</sup>Güven, **Özel Denetim**, s.169.

<sup>1093</sup>Arı, **Anonim Şirketlerde Denetçi Sorumluluğunun Sınırlanması**, s.156, Odman Boztosun, **Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Denetçilerin Sorumluluğu, Alman Sistemi mi, İsviçre Sistemi mi?**, s.7.

TTK'da denetçilerin kendilerine verilen görevi gereği gibi yerine getirmemesinden kaynaklanan sorumluluk iki farklı hükümde düzenlenmiştir. TTK m.404'ün başlığına baktığımızda, ilk olarak maddede sadece denetçinin sır saklama sorumluluğunun düzenlendiği algılansa da denetimin dürüst ve tarafsızca yapılmaması da sorumluluğu doğuracaktır. Bu nedenle TTK m.554'te denetçinin kanuni görevlerini gereği gibi icra edememesinden kaynaklanan sorumluluğu düzenlenmesine rağmen, TTK m.404/I'de de benzer bir düzenlemenin oluşu karışıklığa neden olmaktadır. TTK m.404 ile tıpkı İsviçre Borçlar Kanunu CO Art.730b/II'de olduğu gibi denetçinin, sır saklama yükümlülüğü ayrı bir maddede düzenlenmek istenmişse de, madde gerekçesinden ayrı olarak düzenlenmek istenmiş olduğunu anlamak mümkün değildir.<sup>1094</sup>

TTK m.404'ü denetçinin sadece sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde uyguladığımızı düşünürsek, denetçinin görevini dürüst ve tarafsız olarak yerine getirmesine aykırı hareket etmesine de TTK m.554'ü uygularsak, TTK m.404/I'de açıkça belirtilen denetimin dürüst ve tarafsızca yapılmasına ilişkin hükme açıkça aykırı davranmış oluruz<sup>1095</sup>.

**Köksal**, denetçinin tarafsız ve dürüstçe görevini yapmasını sır saklama yükümlülüğünden ayrı, bağımsızlık yükümlülüğüne ise sıkı sıkıya bağlı bir genel sorumluluk sebebi olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte TTK m.404'de özel bir sorumluluk halinin düzenlenmesi ve iki hükmün uygulama alanlarının farklılığı sebebiyle, bu yükümlülüklerin

<sup>1094</sup>TTK m.404/I'nin gerekçesinde, bu maddenin TTK m.554'den farklı olarak denetçinin davranış yükümlülüğünü düzenlediği belirtilmiştir. Davranış; dürüstlüğü, tarafsızlığı ve şirketin sırlarına bağlı olmayı içerir ve ifade eder. Yani denetçi sadece sır saklama yükümlülüğünü ihlal ederse değil, dürüst davranmazsa ya da taraflı davranırda da TTK m.404'e göre sorumlu olacaktır. **Odman Boztosun**, TTK m.404 ile denetçinin sadece sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi halindeki sorumluluğu düzenlenmek istenmişse de gerekçedeki açıklamaların böyle bir yoruma izin vermediğini belirtmiştir. Yazar eğer bir yanlışlık söz konusu ise, en uygun çözüm olarak TTK m.404'ün yeniden düzenlenerek "denetimin dürüst ve tarafsız bir şekilde yapılmasına" ilişkin kısmın maddeden çıkarılması gerektiğini belirtmiştir. Ancak bu durumda bile denetçinin sır saklama yükümlülüğünü ihmalen ihlal etmesi halinde ödeyeceği tazminatın üst sınırı söz konusudur TTK m.554. Oysa denetçi, denetleme görevini gereği gibi yerine getirmeyerek şirketi zarara uğrattırsa, böyle bir sınır söz konusu olmayacaktır. Yazara göre tutarlı olması için denetçinin sorumluluğunun aynı rejime tabii olması daha uygun olur. (Bkz. **Odman Boztosun, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Denetçilerin Sorumluluğu, Alman Sistemi mi, İsviçre Sistemi mi?**, s.3 ve dipnot:4'teki açıklamalar)., **Köksal, Bağımsız Denetim Sözleşmesi**, s.355. TTK m.404/II'de denetçinin TTK m.404/I'deki yükümünü ihlal etmesi halinde ödenecek tazminatta üst sınır öngörülmüşken, TTK m.554'te denetçinin kanuni görevlerini gereği gibi yerine getirmemesinden kaynaklanan sorumluluğu açısından böyle bir sınırlama söz konusu değildir. **Arı**, denetimin dürüst ve tarafsız bir şekilde yapılması gerektiği ibaresinin aynı zamanda denetçinin kanuni görevlerini yerine getirmesini de kapsamakta olduğunu belirterek, denetçinin şirkete ve bağlı şirkete karşı sorumluluğunda, sorumluluğun kaynağını ister TTK m.404 isterse TTK m.554 oluştursun, TTK m.404/II'te öngörülen üst sınırın her iki ihtimal açısından da geçerli olduğunu kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu durumda şirket dışında, TTK m.554 uyarınca denetçiye karşı pay sahipleri ya da alacaklılar tarafından dava açıldığı takdirde TTK m.404/II'de öngörülen tazminata ilişkin üst sınırın uygulanma kabiliyetinin olmadığını ifade etmiştir. (Bkz. **Arı, Anonim Şirketlerde Denetçi Sorumluluğunun Sınırlanması**, s.157-158).

<sup>1095</sup>Arı, **Anonim Şirketlerde Denetçi Sorumluluğunun Sınırlanması**, s.156.

(dürüstlük ve tarafsızlık), TTK m.404'ten çıkartılması gerektiğini ifade etmiştir<sup>1096</sup>. TTK m.554'ün gerekçesinde açık olarak denetçilerin, özel denetçilerin sır saklama yükümlülüğünü ihlal ettiğinde tabii oldukları sorumluluk TTK m.404'te ayrı olarak düzenlendiği için, TTK m.554'ün, TTK m.404'ün kapsamına giren hallerde uygulanmayacağı belirtilmiştir<sup>1097</sup>.

İsviçre Hukuku'nda, denetçinin sorumluluğunun düzenlendiği CO Art.755'te denetçinin sorumluluğu belirli bir miktarla sınırlandırılmamıştır<sup>1098</sup>. Burada düzenlenen sorumlulukta kusura dayalı bir sorumluluktur. Ayrıca denetçinin, denetim görevini yerine getirirken göstermesi gereken özen ve bağlılık yükümlülüğü de belirtilmiştir. Denetçi görevini yerine getirirken, kanuna ve esas sözleşmeye uygun hareket etmelidir. Burada denetçinin göstermesi gereken özen, objektif özen yükümlülüğüdür. Denetçinin bağlılık yükümlülüğü ise, CO Art.730b/II'de açıkça düzenlenmiştir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, denetçi denetimi sırasında öğrenmiş olduğu şirket sırlarını (müşteri listeleri, yatırımlar) korumak ve saklamakla yükümlüdür. Öğrenmiş olduğu bilgileri denetçi ve özel denetçiler kişisel olarak pay sahipleri ya da üçüncü kişilerle paylaşamazlar. Ancak kanuna ya da esas sözleşmeye önemli bir aykırılığı tespit etmişse bu durumu genel kurula bildirmeleri gerekir<sup>1099</sup>.

İsviçre Hukuku'nda, CO Art.755'te düzenlenen denetçi sorumluluğu bir kusur sorumluluğudur. Bu kusur (*la faute*) kasten ya da ihmalen olabilir<sup>1100</sup>. Sorumluluğun doğması için hafif kusur yeterlidir. Bunun dışında, denetçinin, denetim görevini icra ederken kusurlu davranması ile neden olduğu zarar arasında uygun illiyet bağı da bulunmalıdır<sup>1101</sup>. Denetçinin sorumlu olabilmesi için; göstermesi gereken dikkati göstermemiş, yapması gerekenleri yapmamış veya gerekli tespitleri yapmamış olması gerekir. Denetçi, bir problemin olduğunu bildiği halde, sorumlu olanların üstünü örtmek için ve denetim görevini kaybetmemek için bu bilgiyi saklamışsa kusurlu davranmış demektir. Bu davranış; cesaretsizliğinden, aldırmaçlığından ya da buna benzer sebeplerden ileri geliyor olabilir. Ancak özel denetçi, inceleme faaliyetini yapabilmek için gerekli bilgiye sahip olmadığı için görevi kabul

<sup>1096</sup>Köksal, **Bağımsız Denetim Sözleşmesi**, s.355. Yazar yalnızca sır saklama yükümlülüğünden mi yoksa diğer yükümlülüklerinin (dürüstlük ve tarafsızlık) ihlal edilmesi halinde de mi denetçinin sorumlu olacağını ne kanundan ne de gerekçeden açıkça anlamadığını belirtmiştir. (Aynı yönde Bkz. Odman Boztosun, **Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Denetçilerin Sorumluluğu, Alman Sistemi mi, İsviçre Sistemi mi?**, s.3).

<sup>1097</sup>TTK m.554'ün Gerekçesi, s.257.

<sup>1098</sup>Odman Boztosun, **Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Denetçilerin Sorumluluğu, Alman Sistemi mi, İsviçre Sistemi mi?**, s.2.

<sup>1099</sup>(**Commentaire Romand**), s.1385, N.8.

<sup>1100</sup>ATF 127 III 453 c.5a.

<sup>1101</sup>ATF 129 III 129 c.8, 127 III 453 c.5a.

etmemişse, kusurlu davranmış kabul edilemez. Bilakis gereken bilgiye sahip olmadığı halde bunu açıklamayarak görevi kabul etmesi kusurlu bir davranış olacaktır. Bununla birlikte, denetim ve inceleme görevinin icrası için yeterli zamanın ayrılmaması kabul edilebilir bir sebep değildir<sup>1102</sup>.

İsviçre Hukuku'nda, şirketle bağımsız denetçi arasındaki ilişki sözleşmeseldir. Bu sözleşmesel ilişki şirketin, denetçiye karşı sorumluluk davası açmasının temelini oluşturur CO Art.97/I, TBK m112<sup>1103</sup>. *Code Civil*, CC Art.8 uyarınca, aslında kusurun varlığını iddia eden tarafın ispat etmesi gerekecektir. Fakat burada davanın temeli sözleşmesel olduğundan, kusursuzluğunu CO Art.97/I, TBK m.112 uyarınca, denetçinin ispat etmesi gerekir<sup>1104</sup>.

Denetçinin sorumlu olması için bir zarar olmalıdır<sup>1105</sup>. Bu zararın malvarlığına ilişkin olması gerekir. Hâkim CO Art.42/II, TBK m.50/II uyarınca, tazminat miktarının tam olarak ispat edilemediği hallerde, olayların olağan akışı ve zarar görenin aldığı önlemleri de dikkate alarak hakkaniyete uygun olarak tazminatın miktarını belirleyecektir<sup>1106</sup>. Zararın tamamının tazmin edilmesi gerekli değildir. Bu nedenle tazminat miktarı belirlenirken kusurun ağırlığı CO Art.43/I, TBK m.51/I ya da indirim sebepleri CO Art.44, TBK m.52 dikkate alınacaktır<sup>1107</sup>. Tazminatın indirilmesi için, zarara birlikte neden olunmuşsa örneğin pay sahibi göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermeyerek yanlış bir denetçi raporuna göre şirkette pay edinmişse ve bundan bir zararı doğmuşsa kendisi de dikkatsiz davranmış olduğu için hâkim tazminatın miktarını indirebilir<sup>1108</sup>. Bunun dışında hafif kusurda indirim söz konusu olabilir CO Art.43/I, TBK m.51/I<sup>1109</sup>.

İsviçre Hukuku'nda, denetçilerin sorumluluğunda farklılaştırılmış teselsül uygulanacaktır. Buna göre CO Art.759/I uyarınca her bir sorumlu, vermiş olduğu zararlarla ilgili olarak kendi kusurunun ağırlığına göre ve diğer sorumluların kusurlarının ağırlığından bağımsız olarak sorumlu olacaktır<sup>1110</sup>.

Her iki maddeden de anlaşılacağı üzere, denetçilerin kanunla kendilerine verilen denetim görevini gereği gibi yerine getirmemeleri halinde sorumlu olacakları iki farklı

<sup>1102</sup>(*Commentaire Romand*), s.1387, N.19.

<sup>1103</sup>(*Commentaire Romand*), s.1387, N.20.

<sup>1104</sup>(*Commentaire Romand*), s.1390, N.39.

<sup>1105</sup>ATF 127 III 453 c.5a.

<sup>1106</sup>(*Commentaire Romand*), s.1387, N.22.

<sup>1107</sup>BaK-Widmer/Banz, N.23, (*Commentaire Romand*), s.1387, N.23.

<sup>1108</sup>*Ibid*, (*Commentaire Romand*), s.1387, N.25.

<sup>1109</sup>ATF 4C 117/1999, 16. 11. 1999.

<sup>1110</sup>BaK-Widmer/Banz, N.22, (*Commentaire Romand*), s.1387, N.26.

hükümle düzenlenmiştir<sup>1111</sup>. Yukarıda da belirttiğimiz üzere TTK m.404 ile sadece denetçinin sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi halindeki sorumluluğunun düzenlenmesi amaçlansaydı gerekçede ayrıca denetimin dürüst ve tarafsız bir şekilde de yapılması şeklinde bir ibare yer almazdı. Eğer HGB§323 kanunumuza yanlılıkla alınmışsa bu durumda en uygun çözümün kanunun yeniden düzenlenerek denetimin dürüst ve tarafsız bir şekilde yapılmasına ilişkin hükmün madde metninden çıkartılması olduğu belirtilmiştir<sup>1112</sup>.

Denetimin dürüst ve tarafsız bir şekilde yapılması ile denetçilerin kanuni görevlerini yerine getirirken kusurlu davranmaları aynı olgulara dayandırılabilirler de farklı nitelendirmelerdir. Örneğin, denetçi denetimini TDS (Türkiye Denetim Standartları)'ye uygun olarak yürütmüş olmakla birlikte mesleki tecrübesi ya da bir şekilde farkına vardığı veya önceden bildiği konuları bilmiyormuş gibi hareket ederek dürüst ve tarafsız davranma yükümlülüğünü ihlal edebilir. Şüphesiz bu hareketlerin ayrımını yapmak kolay değildir.

Kanuni yükümlülüklerin gereği gibi yerine getirilmesi ibaresinin, dürüst ve tarafsız davranmayı da kapsadığı ileri sürülebilir. Zira özel denetçinin yükümlülükleri konusunda, sır saklama dışında, denetçinin bağımsız, tarafsız olması gerektiğini, denetimini objektif olarak yürütmekle yükümlü olduğunu belirtmiştik. Bu durumda anonim ortaklık, denetçiye karşı hem TTK m.404 hem de TTK m.554'e dayanarak dava açabilir<sup>1113</sup>. Tüm bu açıklamalardan hareketle kanun koyucunun, denetimin; dürüst ve tarafsız bir şekilde yürütülmesinin ihlali ile kanuni yükümlülüklerin ihlal edilmesi arasında bir ayırım yapmaya çalıştığını belirtmek zorlama bir yorum olur. Bu nedenle HGB§323'üncü maddenin kanunumuza yanlılıkla alındığı ileri sürülmüştür<sup>1114</sup>.

<sup>1111</sup>Odman Boztosun, **Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Denetçilerin Sorumluluğu, Alman Sistemi mi, İsviçre Sistemi mi?**, s.3, Güven, **Özel Denetim**, s.170.

<sup>1112</sup>Odman Boztosun, **Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Denetçilerin Sorumluluğu, Alman Sistemi mi, İsviçre Sistemi mi?**, s.3.Tarafsızlık ve dürüstlikle ilgili davranış yükümlülüklerin ihlal edilmesinden doğan sorumluluğun hem TTK m.404 hem de TTK m.554'te düzenlenmiş olması iki hükmün arasında; zamanaşımı, uygulanma ve sorumluluk davası açabilmeye yetkili taraflar açısından farklılıklar olduğundan çeşitli problemlerin doğmasına neden olacaktır. Bu nedenle **Köksal**, tarafsız ve dürüst davranma yükümlülüklerinin, sır saklama yükümlülüğünden ayrı, bağımsızlık yükümüne ise sıkı sıkıya bağlı genel bir sorumluluk sebebi olması, TTK m.404'te özel bir sorumluluk durumunun düzenlenmesi ve iki hüküm arasında belirttiğimiz üzere farklılıklar bulunması gerekçeleriyle, denetimin dürüst ve tarafsız bir şekilde yapılmasına ilişkin yükümlülüklerin TTK m.404'ten çıkartılmasının gerektiğini belirtmiştir. (Bkz. Köksal, **Bağımsız Denetim Sözleşmesi**, s.355).

<sup>1113</sup>Odman Boztosun, **Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Denetçilerin Sorumluluğu, Alman Sistemi mi, İsviçre Sistemi mi?**, s.4.

<sup>1114</sup>Odman Boztosun, **Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Denetçilerin Sorumluluğu, Alman Sistemi mi, İsviçre Sistemi mi?**, s.5.



İsviçre Hukuku'nda, denetçinin sır saklama yükümlülüğünü CO Art.730b/II'nin düzenlendiğini belirtmiştik<sup>1115</sup>. Maddede, denetim makamının, sır saklamakla yükümlü (meslek sırrı ve işletme sırrını) olduğu düzenlenmiştir. Denetçinin bu yükümlülüğüne aykırı davranması halinde ise, CO Art.755'e göre sorumlu olacağını ifade edilmiştir. Zira CO Art.755/I uyarınca, denetçiler, şirketin ve grup şirketin yıllık raporlarının, kuruluş işlemlerinin esas sermaye artırımı ya da azaltımı işlemlerini denetlerken kanuni görevlerini gereğince yerine getiremezlerse, şirkete karşı olduğu gibi, pay sahiplerine ya da alacaklılara kasden ya da ihmalen vermiş olduğu zarardan sorumlu tutulmuştur. Burada kanuni yükümlülüklerinin arasında denetçinin özen ve bağlılık yükümünün yanı sıra sır saklama yükümlülüğünden de söz edilmiştir<sup>1116</sup>. Görüldüğü üzere CO Art.755 denetçinin kanuni yükümlülüklerini sır saklama yükümlülüğünü de içerecek şekilde geniş olarak düzenlemiştir.

Türk Hukuku açısından iki madde arasındaki çatışma ya TTK m.404'ün tamamen kanundan çıkartılarak<sup>1117</sup> ya da TTK m.404'de yer alan denetimin dürüst ve tarafsız olarak yapılması yükümlülüğünün ihlali ibaresinin kaldırılarak giderilebileceği belirtilmiştir. Tıpkı mehaz İsviçre Hukuku'ndaki gibi, denetçinin sır saklama yükümlülüğünün ayrı bir madde ile düzenlenerek, sır saklama yükümlülüğünün ihlalinin hukuki sonuçlarının ne olacağını belirlenmesi gerekir.

Kanımızca, özel incelemecinin sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda, sorumluluğunun bir üst sınırı olmaması ve somut olayın özelliğine göre hâkimin, sorumluluğun miktarını TBK m.51,52 ve TTKm.557'deki teselsül hükümlerine göre belirlemesi gerekmektedir. Zira özel incelemecinin, şirkete ait bir sırrı başkasına vermesi ya da kullanması sonucunda oluşan zarar, TTK m.404'te belirlenen miktarların çok daha üstünde ya da altında olabilir. Bu nedenle İsviçre'de olduğu gibi sınırın olmaması gerektiği kanaatindeyiz. Yine mehaz kanunda olduğu gibi, TTK'da da sır saklama yükümlülüğü ayrı bir maddede düzenlenmiş olmakla beraber, TTK m.554/1'de geçen, *özel denetçiler; kanuni*

<sup>1115</sup>CO Art.730/I'e göre; Yönetim Kurulu, denetim makamına denetim görevini yerine getirebilmesi için ihtiyacı olan tüm bilgileri ve dokümanları vermekle yükümlüdür. İstek halinde bilginin yazılı olarak verilmesi mümkündür. Aynı maddenin ikinci fıkrası denetim makamı sır saklama yükümlülüğünü düzenlemektedir.

<sup>1116</sup>(**Commentaire Romand**), s.1385., N.8.

<sup>1117</sup>**Odman Boztosun**, TTK m.404'üncü maddenin tamamen çıkartılmasını daha uygun bulmaktadır. Yazar, tıpkı İsviçre'de olduğu gibi CO Art.730b'ye paralel bir düzenlemeyle denetçinin sır saklama yükümlülüğünün öngörülmesini ancak TTK m.404 muhafaza edilecekse de en azından direkt bir çatışmayı engellemek açısından TTK m.404/I'de yer alan denetimin dürüst ve tarafsız bir şekilde yapılmasına ilişkin ibarenin kanun metninden kaldırılmasını önermektedir. Yazar, bu iki çözüm önerisinden birinin yapılmaması halinde şirkete davasını bu iki davranıştan birine dayandırarak açma olanağı tanınmış olacağını belirtmiştir. Yazar, böyle ikili ve çelişik bir yapı ile denetçinin sorumluluğunu düzenlemenin rasyonel bir gerekçesi olmadığını dolayısıyla sistemin yeniden düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir. (Bkz. **Odman Boztosun, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Denetçilerin Sorumluluğu, Alman Sistemi mi, İsviçre Sistemi mi?**, s.7).

*görevlerinin yerine getirilmesinde kusurlu hareket ettikleri takdirde*, ifadesinin kapsamına, TTK m.404/I'de geçen, *denetimi dürüst ve tarafsız bir şekilde yapmak* ifadesinde girebileceği dikkate alındığında, TTK m.404/I'de yer alan *denetimi dürüst ve tarafsız bir şekilde yapmak* ifadesinin, TTK m.404/1 düzenlenmesinden kaldırılarak, bu maddenin yalnızca denetçi ve özel incelemecinin sır saklama yükümlülüğü ve onun yaptırımına özgülenmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz. TTK m.554/I'de düzenlenen sorumlulukta geçen *kanuni görevlerinin yerine getirilmesinde* ifadesinin de, denetçinin ve özel incelemecinin niteliğini kapsayacak şekilde yorumlanması daha uygun olacaktır. Zira TTK m.440/II'de açıkça mahkemenin atayacağı özel denetçinin uzman ve bağımsız olması gerektiği düzenlenmiştir. Özel incelemecinin kanuni görevi, inceleme faaliyetini tarafsız ve bağımsız olarak gerçekleştirmektir. Bu nedenle taraflı davranması sonucunda oluşacak zararların tazmininin, TTK m.554'e göre yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

## Sonuç

1- Özel denetim bir denetim olmayıp, yapılan faaliyet bir incelemedir. Zira özel denetçinin (özel incelemecinin) hazırladığı raporun bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Dolayısıyla burada yapılan faaliyeti bağımsız denetim faaliyeti gibi düşünmenin doğru olmayacağı kanaatindeyiz. Kaldı ki özel denetim (özel incelemeyle) ile, muhasebe denetimi yapılmamaktadır. Ayrıca İsviçre kanun tasarısında da “*le contrôle spécial*” terimi yerine “*examination special*” teriminin kullanıldığını görüyoruz. Özel denetim (inceleme); bilgi alma ve inceleme hakkının bir uzantısı olduğundan, kurumun niteliği ve sonuçları da dikkate alındığında, denetim kavramıyla yanlış anlaşılmanın önüne geçebilmek için, terminolojik açıdan özel inceleme terimini kullanmayı daha uygun buluyor ve kanundaki ifadenin de bu şekilde düzeltilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Özel denetleme (özel inceleme) faaliyeti sonucunda özel denetçinin (özel incelemecinin) hazırladığı raporu belge olarak nitelemek, kanımızca yeterli değildir. Zira, daha sonra açılacak olan sorumluluk ya da haklı nedenle fesih davaları göz önünde bulundurulduğunda ve raporun içeriği dikkate alındığında, raporun pay sahipleri açısından önemli bilgileri içerdiği görülmektedir. Bu itibarla özel denetçi, (özel incelemeci) hazırladığı rapor ile; sadece şirket işleri hakkında belge toplayıcılığı yapmamakta, aynı zamanda denetçi (incelemeci) bir tespit de bulunmaktır. HMK m.192 uyarınca ispat aracı niteliğindeki her şeyin delil olarak kabul edildiği ve serbest delil sisteminin geçerli olduğu hukuk sistemimizde, özel denetim raporu (özel inceleme raporu) hâkimi bağlamamakla beraber, hâkim; bu raporda yer alan tespitleri, diğer delillerle birlikte serbestçe takdir edebilecektir. Dolayısıyla özel denetçinin (incelemecinin) raporunun, (takdiri) delil olarak kabul edilebileceği kanaatindeyiz.

2- TTK m.438/1'deki özel denetim isteme hakkının (özel inceleme isteme hakkının), bir pay sahipliği hakkı (birel hak) olduğu değerlendirmesini yaparken, hak kavramının tanımına bakmış ve hakkın hukuk düzeni tarafından tanınan yetki olduğu belirtmiştik. Hakkın söz konusu olması için hukuk düzeni tarafından tanınan menfaati kullanıp kullanmama yetkisi hak sahibinin iradesine bırakılmıştır. Hakkın varlığının bir diğer şartı da, muhataplarının uyma mecburiyetlerinin olmasıdır. TTK m.438/1'deki özel denetim isteminin (özel inceleme isteminin) kullanılması ise genel kurulun kabulüne bağlanmıştır. Bir diğer ifadeyle, genel kurul, önce TTK m. 438/1'de yer alan şartların varlığına bakmakta, buna göre özel denetim (özel inceleme) yapılmasına karar vermektedir. Bu istemin genel kurul tarafından reddedilmesi halinde, pay sahiplerinin özel denetim istemlerinin (özel inceleme istemlerinin) korunmasına yer verilmemiştir. Burada pay sahipleri, genel kuruldan hakkın konusu olan

edimi doğrudan doğruya yerine getirilmesini isteyememektedir. Dolayısıyla burada gerçek anlamda kişisel bir pay sahipliği hakkının bulunduğunu söylemek güçtür. Bu nedenle TTK m.438/1'i, maddi hukuk (medeni hukuk) anlamında, birincil bir hak (talep) olarak nitelendirmeyi uygun görmüyoruz. Özel denetim istemi (özel inceleme istemi); ister genel kurulda kabul edilsin, ister kabul edilmeyerek azlık ya da payları belirli değerde olan pay sahipleri/sahibi bu istemi mahkemeye yöneltsin, her iki halde de özel denetçi (özel inceleme) mahkeme tarafından atanmaktadır. Bu itibarla, TTK m.439/2'deki istemin de, maddi hukuk anlamında talep hakkı olarak nitelendirilemeyeceği kanaatindeyiz. Burada hakkın kullanımının genel kurulun onayına tabi tutulması, azlık hakkının niteliği ile bağdaşmamaktadır. Zira, azlık hakları genel kurulun kabulüne bağlı olmayan ve kullanılmakla sonuç doğuran haklardır. TTK m.439/1 uyarınca azlık; özel denetçi atanması için mahkemeye başvurduğunda, mahkeme doğrudan özel denetçiyi (incelemeyi) atamamakta, şayet azlığın yaklaşık ispat faaliyeti sonucunda özel denetim (inceleme) yapılmasına kanaat getirirse, denetçiyi (incelemeyi) atamaktadır. Bir diğer ifadeyle, mahkemenin azlık istediği için özel denetçiyi (incelemeyi) atama zorunluluğu yoktur. Burada azlığın mahkemeye yaptığı talep, usûli bir taleptir. İkincil haklar, talep yetkisi vermeyen ve birincil hakları doğuran ilişkiler dolayısıyla hak sahibine tanınan haklar olarak tanımlanmaktadır. Bu nedenle biz TTK m.438/1 ve TTK m.439/1'deki istemlerin, ikincil haklardan örgüt- içi hak olarak nitelendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

3-Özel denetim (inceleme) yapılması için, gerek TTK m.438/1 gerekse TTK m.439/2 uyarınca mahkemeye yapılan başvuru, istemin ikincil hak niteliği dikkate alındığında, usûl hukuku bakımından çekişmesiz yargı niteliğinin değerlendirilmesini gerektirmiştir. Burada tıpkı, HMK m.382/2(e) b.4 hükmünde, komanditer ortağın talebi üzerine TTK m.310/2-3 uyarınca şirket hesaplarını incelemesi için mahkeme tarafından eksper tayin edilmesine benzeyen bir iş söz konusudur. Çekişmesiz yargı ölçütleri göz önünde bulundurularak yapılan incelemede, ilgililer arasında bir uyuşmazlığın söz konusu olmaması ve pay sahiplerinin ileri sürebileceği sübjektif bir (birincil) hakkın bulunmaması nedeniyle, TTK m.438/1'in ticari niteliği haiz bir çekişmesiz yargı işi olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Aynı kıstaslar TTK m.439/1 için de ele alınmış ve azlığın mahkemeden özel denetçi (incelemeyi) atanması isteminin, çekişmesiz yargı ölçütlerinden sübjektif (birincil) hakkın yokluğu kıstasına girdiği tespit edildiğinden, azlığın mahkemeye yaptığı istemin bir dava değil, çekişmesiz yargı faaliyeti olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Burada mahkemenin özel denetçiyi (incelemeyi) ataması sonucunda azlığa herhangi bir hak intikali olmamaktadır. Gerek TTK m.438/2 gerek

TTK m.439/1’de mahkemeye başvurulması, her iki istemin takibi talebe bağı olan bir çekişmesiz yargı işi olmasındandır. Bunun yanı sıra, TTK m.439/2’de azlığın; kurucuların veya şirket organlarının, kanunu veya esas sözleşmeyi ihlal ederek, şirketi ve pay sahiplerini zarara uğrattıklarını ikna edici şekilde ortaya koyması gereği, bir yükümlülük değil, bir yükümlüdür. İkincil hakların yerine göre bazı şartlara bağlanabileceklerini tespit etmiştik. Azlığın yükümlüsü de, iddialarının varlığına hâkimi inandırmaktır. Gerek TTK m.438/1 gerek TTK m.439/2 uyarınca mahkemeye özel denetçi (özel incelemeci) atanması için yapılan başvuru (asliye ticaret mahkemesine), ne dava dışı kullanılan yenilik doğuran haklarda olduğu gibi bir ifa davası, ne de yenilik doğuran bir davadır. Hâkim önce bir durum belirlemesi yapsa da, bu istemlerin tespit davası olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir.

4- Özel denetçinin (incelemecinin) özellikle sorumluluğu hususundaki tartışmalarda anonim ortaklık ile arasında bir ilişki olduğu ve bu ilişkinin de sorumluluğu temellendirdiği belirtilmektedir. Ancak özel denetçi (incelemeci) de tıpkı bilirkişi atamasında olduğu gibi mahkeme tarafından atanan bir uzman olup, ne atandığı şirketten ne de pay sahiplerinden herhangi bir emir ve talimat almamaktadır. Dolayısıyla, özel denetçi (incelemeci) ile şirket arasında ne sözleşmesel bir ilişki ne de vekâlete benzeyen bir ilişki olduğunu söyleyemeyiz. Bu nedenle özel denetçinin (incelemecinin) ne şirket ne de pay sahipleri ile arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi olmadığı kanaatindeyiz.

5- Özel denetim isteme hakkına (özel inceleme isteme hakkına) sahip olanlar konusunda, pay üzerinde intifa hakkı bulunanlar incelenmiştir. Kural olarak, payın üzerinde intifa hakkı tesis edilmişse, aksi kararlaştırılmadığı sürece genel kurulda oy kullanma hakkı, intifa hakkı sahibine aittir. Oy hakkı, diğer pay sahipliği haklarının kullanımına etki eden bir hak olduğundan, ayrıca TMK’deki intifa hakkına ilişkin hükümler de göz önüne alındığında, oy hakkına sahip olan intifa hakkı sahibinin, özel denetim isteme hakkına (özel inceleme isteme hakkına) da sahip olduğu kanaatindeyiz. Bununla birlikte, katılma intifa senedi sahiplerinin, özel denetim isteme hakkı olup olmadığı konusunun da, tıpkı mehzar kanunda olduğu gibi çözümlenmesi gerektiği, bir diğer ifadeyle, esas sözleşmede buna ilişkin bir hükmün olması koşuluyla, katılma intifa senedi sahiplerinin de özel denetim (inceleme) isteminde bulunabileceği kanaatindeyiz. Bununla birlikte, özel denetim (inceleme) istemi genel kurulda oylanırken, oyda imtiyazlı payların durumunun tespit edilmesi hususu önemlidir. Kanımızca özel denetim (inceleme) yapılmasını zorlaştırmamak ve kurumun amacına hâle gelmemesi için TTK m.479/3’e tıpkı mehzar kanunda olduğu gibi, özel denetim

(inceleme) oylamasında oyda imtiyazın kullanılmayacağına ilişkin bir hükmün konulması yerinde olacaktır.

6-Pay sahibinin; genel kurulda bilgi alma ya da inceleme hakkını kullanmış olduğunun genel kurul tutanağı ile ispatlanması yeterli olup, özel denetim isteme hakkını(özel inceleme isteme hakkını) kullanabilmesi için TTK m.437/5'te düzenlenen bilgi alma davasını açması gerekmemektedir. Dolayısıyla, bilgi alma veya inceleme hakkı haksızca reddedilen ya da cevapsız bırakılan pay sahibi, isterse TTK m. 437/5'te düzenlenen bilgi alma davasını açabilir, isterse de doğrudan genel kurula özel denetim(özel inceleme) isteminde bulunabilir.

7- Özel denetçi (özel incelemeci), şirkette yaptığı inceleme hakkında hukuki bir değerlendirmede (*interdiction d'appréciation juridique*) bulunmaya ya da bir olasılık denetimi yapmaya yetkili değildir. Başka bir ifadeyle, özel denetçi (özel incelemeci), olayların kanuna ya da esas sözleşmeye aykırı olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapmamaktadır.

8- Mahkeme tarafından özel denetçi atanması kararlarına karşı kanun yollarına başvurulup başvurulamayacağı hususu açıklanırken, gerek TTK m.438/1 gerekse TTK m.439/2'nin bir ticari çekişmesiz yargı işi olduğunun tespit edilmesi sonucu, HMK m.387düzenlemesini incelemeyi gerektirmiştir. Hükümde özel kanuni düzenlemeler saklı kalmak koşuluyla, çekişmesiz yargı kararlarının kural olarak istinaf edilebileceği düzenlenmiştir. Özel denetçinin (incelemecinin) atanmasını düzenleyen TTK m.440/2 hükmü, konu ile ilgili özel bir düzenleme olduğundan ve özel denetçi (incelemeci) atanması kararlarının kesin olduğu belirtilmiş olduğu için, biz mahkeme kararına karşı istinaf başvurusu yapılamayacağı kanaatindeyiz.

9- TTK m.438/1'de yer alan önşartlardan biri olan bilgi alma ve inceleme hakları kullanılmadan, azlığın TTK m.439/1 uyarınca özel denetçi (incelemeci) atanmasını isteyip isteyemeyeceği sorunsalı, özel denetim (inceleme) isteminin çekişmesiz yargı niteliği dikkate alınarak incelenmeyi gerektirmiştir. Bu bağlamda, HMK m.114/1-h'de bir dava (yargılama) şartı olarak yer alan hukuki yarar, her ne kadar dava şartı terimi ile ifade edilse de, tüm yargılama faaliyetleri açısından hukuki yararın varlığının aranması gerektiği kanaatindeyiz. Bir ticari niteliği haiz çekişmesiz yargı faaliyeti olarak ifade ettiğimiz TTK m.439/1'e göre, azlığın özel denetim (inceleme) isteminde bulunduğu mahkemenin; TTK m.438/1'de yer alan şartları incelemesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira, azlığın mahkemeye başvurabilmesi için, elinde genel kurulda alınmış bir red kararına ihtiyacı olması, özel denetim (inceleme) istemini yapmaktaki hukuki menfaatinin pay sahipliğine ilişkin hakların etkin kullanımı olması ve

hangi olayların incelenmesi gerektiği hususunun da hâkime iletilmiş olması gibi hususlar dikkate alındığında, TTK m.439/1'e göre yapılan istemde, hâkimin TTK m.438/1'de yer alan şartları da değerlendirmesi gerektiği kanaatindeyiz.

10- TTK m.439/2'de dilekçe sahiplerinin; kurucuların veya şirket organlarının, kanunu veya esas sözleşmeyi ihlal ederek, şirketi veya pay sahiplerini zarara uğratıklarını ikna edici bir şekilde ortaya koyması halinde, mahkemenin özel denetçiyi (incelemeciyi) atayacağı düzenlemesindeki, "ikna edici şekilde" ifadesinin, yaklaşık ispat olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira yaklaşık ispat, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyen usûli taleplerin kabulü için verilen ara kararlarda ve yargılamanın hızlı bir şekilde sonuçlandırılması gereken durumların ispatında kullanılmaktadır. Yaklaşık ispatta, talepte bulunanın isteminin kabul edilmesi için, hâkimde o istemi yapan kişinin lehine bir kanaat oluşması gereklidir. İşte oluşan bu kanaatin adı da yaklaşık ispattır. TTK m.439/2'nin usûl hukuku açısından değerlendirilmesi yapılırken, burada ticari nitelikli bir çekişmesiz yargı işi olduğunu tespit etmiştik. Hem çekişmesiz yargı niteliği hem de yaklaşık ispatta ilgililerin iddia ettiği usûli taleplerin kabul edilmesi için, talebe yönelik şartların sağlanmış olduğunun ispatı gibi hususlar dikkate alındığında, maddede geçen ikna edici ifadesinin yaklaşık ispat olarak anlaşılması gerekir.

11- Özel denetimin (özel incelemenin) gerçekleştirilme süresi hakkında da, kesin bir süre belirlemekten ziyade, sürenin üst limitini tespit etmek, sürecin fazla uzamamasını sağlayacaktır. Bu nedenle, "özel denetim (özel inceleme) en fazla bir yıl sürebilir" ya da "özel denetçi (incelemeci) bir sonraki olağan genel kurula kadar raporu hazırlamalıdır" şeklindeki bir hükmün TTK m.441/I hükmüne eklenmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz. Ancak, özel denetimin (özel incelemenin) kanunda öngörülen süreden daha fazla sürmesini haklı kılan nedenler varsa ve sürenin uzatılması ilgililer açısından hak kaybına neden olmayacaksa, hâkimden ek süre vermesi de istenebilmelidir.

12-Özel denetim (inceleme) istemini reddeden veya kabul eden genel kurul kararı ile özel denetçi (incelemeci) atanması isteminin aynı anda yapılmasının derdestlik dava şartı olarak ileri sürülüp sürülemeyeceği sorunu da, özel denetim (inceleme) isteminin bir çekişmesiz yargı işi olduğu hususu dikkate alınarak incelenmiştir. Zira, genel kurulun iptali davası bir çekişmeli yargı faaliyeti iken, TTK m.439/1'de azlığın özel denetçi (incelemeci) atanması istemi bir çekişmesiz yargı faaliyeti olup, her iki talep birbiriyle bağdaşan usûli talepler olmadıklarından, burada derdestlik dava şartının ileri sürülemeyeceği kanaatindeyiz.

Ancak meseleye bekletici sorun bakımından baktığımızda durum değişiklik göstermektedir. Eğer genel kurul kararının iptali, özel denetim (inceleme) isteminin haksızca reddedilmiş olduğu gerekçesiyle yapılmışsa, iptal davasının sonucunun beklenmesi, bir diğer ifadeyle, özel denetçiyi atayacak olan çekişmesiz yargı hâkiminin genel kurul kararının iptali davasının sonucunu beklemesi (bekletici mesele) gerekecektir. Zira TTK m.439/1'e göre azlığın mahkemeye başvurabilmesi için, genel kurulda alınmış bir red kararına ihtiyacı vardır. Eğer iptal davası sonucunda bu red kararı iptal edilirse, azlık mahkemeye başvuramayacaktır. Aynı şekilde, eğer genel kurulda özel denetçi atanmasına ilişkin olumlu bir karar alınmışsa ve fakat bu kararın haksız olduğu düşünülerek iptali için dava açılmışsa, bu durumda da, inşâî niteliği haiz iptal kararının sonucunun beklenmesi yerinde olacaktır. Zira alınan genel kurul kararı iptal edilirse, yaratılan hukuki durumda ortadan kaldırılmış olacaktır.

13- TTK m.437/5'teki bilgi alma hakkının mahkeme aracılığıyla kullanılmasını dava olarak nitelendirenler, hakkının mahkeme aracılığıyla kullanımının sağlanması için açılmış bir dava söz konusu iken, özel denetim (inceleme) isteminin yapılmasının derdestlik olarak ileri sürülüp sürülemeyeceğini tartışmışlardır. Meselenin incelemesi yapılırken, ilk olarak TTK m.437/5'te bilginin mahkeme aracılığıyla sağlanması için yapılan başvurunun da, ticari nitelikli bir çekişmesiz yargı faaliyeti olduğu tespit edilmiştir. Özel denetim (inceleme) isteminin; ilgililerinin, işin dayanağını oluşturan vakıalarının, işin konusunun TTK m.437/5'tekilerden farklı olduğu tespit edildiğinden, burada da derdestlik dava şartının ileri sürülemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır. Özel denetim (inceleme) yapılmasını gerektiren vakıalar; şirkette yolsuzluk yapıldığı, kurucuların ya da şirket organlarının kanun ya da esas sözleşmeyi ihlal ederek zarara sebep olduklarına ilişkin iddialardan oluşurken, TTK m.437/5'teki iddialar; genel kurulda bilgi alma hakkının cevapsız bırakıldığı, haksızca reddedildiği ya da hiç verilmediğine ilişkindir.

14- TTK m.444'te giderler başlığı altında düzenlenen hükmün, tüm yargılama masraflarını ve özel denetçiye (özel inceleme) ödenecek ücreti kapsadığı kanaatindeyiz. Özel denetimde (özel incelemede) ödenecek olan ücreti; özel denetim süreci ile ilgili yargılama giderleri (*le frais de la procédure*) ve özel denetçiye (özel incelemeciye) ödenecek olan ücret (*le frais du contrôleur*) şeklinde ikiye ayırmak gerekir. Özel denetçiyi (incelemeciyi) atayan mahkeme kimin haklı ya da kimin haksız olduğuna karar vermemektedir. Bu nedenle özel denetçi (incelemeci) atandığında, şirketin haksız olduğuna ilişkin bir sonuca varmak pek de doğru olmayacaktır. Zira şirkette gerçekten bir usulsüzlüğün yapıp yapılmadığı, ancak özel denetçinin (incelemecinin) hazırlamış olduğu rapora göre belli olacaktır. Gerek TTK m.438/2



gerek TTK m.439/1 uyarınca yapılan usûli taleplere ait yargılama giderlerinin şirkete ait olması gerekir. Ancak özel denetim (inceleme) istemi haklı bir nedene dayanmamışsa, kötü niyetli pay sahiplerine karşı şirketin tazminat davası açarak, yapmış olduğu yargılama masraflarını isteyebileceği kanaatindeyiz.

15- TTK' nın "Pay Sahibinin Kişisel Hakları" büyük başlığının, özel denetim isteme hakkı alt başlığında düzenlenen, TTK m.438-444'te özel denetim konusuna ilişkin maddelerinde, özel denetçinin sorumluluğu düzenlenmemiştir. Ancak TTK m.554'te denetçinin sorumluluğu başlıklı düzenlemede; bağımsız denetçilerin ve özel denetçilerin kanuni görevlerini yerine getirirken kusurlu hareket etmeleri halinde, hem ortaklığa hem de pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı vermiş oldukları zarar dolayısıyla sorumlu oldukları ve kusuru iddia edenin ispat edeceğinin düzenlenmiş olduğunu görüyoruz. Burada madde başlığının denetçinin sorumluluğu olarak düzenlenmesi, maddenin içeriği dikkate alındığında eksik bir başlık olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle, madde başlığının içerik ile uyumlu olması adına, "bağımsız denetçi ve özel incelemecinin sorumluluğu" şeklinde düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

16- Özel denetçinin (incelemecinin) bir *insider* olarak nitelendirilebileceği ve sorumluluğunun da TTK m.404/1'e göre olacağı kanaatindeyiz. Bu nedenle TTK m.404/1'de geçen "kullanım" tabirinin, sadece bilginin üçüncü kişilere aktarılması olarak değil, özel denetçinin (incelemecinin) şirkete ait sırlarını bizzat kendisinin kullanmasını da kapsayacak şekilde geniş olarak yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz. Özel denetçinin, sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesindeki sorumluluğunun ve kanuni görevlerini ihlal etmesindeki sorumluluğunun temelini, geniş anlamda güven sorumluluğuna, dar anlamda da haksız fiil sorumluluğuna dayandırılabilir kanaatindeyiz. Özel denetçi (incelemeci) ile şirket ve pay sahipleri arasında sözleşme ilişkisi olmadığı için, şirket, pay sahipleri ve alacaklıların; üçüncü kişi olarak, özel denetçinin (incelemecinin) sorumluluğunu ihlal etmesi sonucu uğradıkları zararlarını, bu iki temele dayandırabilecekleri kanaatindeyiz. Özel denetçinin (incelemecinin) sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda, sorumluluğun bir üst sınırı olmaması ve somut olayın özelliğine göre hâkimin sorumluluğun miktarını TBK m.51,52 ve TTK m.557'deki teselsül hükümlerine göre belirlemesi gerektiği kanaatindeyiz. Yine mehz kanunda olduğu gibi, TTK'da da sır saklama yükümlülüğü ayrı bir maddede düzenlenmiş olmakla beraber, TTK m.554/1'de geçen, *özel denetçiler; kanuni görevlerinin yerine*

*getirilmesinde kusurlu hareket ettikleri takdirde*, ifadesinin kapsamına, TTK m.404/I'de geçen, *denetimi dürüst ve tarafsız bir şekilde yapmak* ifadesinde girebileceği dikkate alındığında, TTK m.404/I'de yer alan *denetimi dürüst ve tarafsız bir şekilde yapmak* ifadesinin, TTK m.404/1 düzenlenmesinden kaldırılarak, bu maddenin yalnızca denetçi ve özel incelemecinin sır saklama yükümlülüğü ve onun yaptırımına özgülenmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz. TTK m.554/I'de düzenlenen sorumlulukta geçen, *kanuni görevlerinin yerine getirilmesinde* ifadesinin de, denetçinin ve özel incelemecinin niteliğini kapsayacak şekilde yorumlanması daha uygun olacaktır. Zira TTK m.440/II'de açıkça, mahkemenin atayacağı özel denetçinin uzman ve bağımsız olması gerektiği düzenlenmiştir. Özel denetçinin (incelemecinin) kanuni görevi, inceleme faaliyetini tarafsız ve bağımsız olarak gerçekleştirmektir. Bu nedenle taraflı davranması sonucunda oluşacak zararların tazmininin TTK m.554'e göre yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

### Kaynakça

- Aday Nejat**, “Anonim Şirkette Özel Denetçi”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1995, (s.21-47).
- Aday Nejat**, Özel Hukukta Yükümlü Kavramı ve Sonuçları, Beta Yayınları, İstanbul, 2000.
- Akdağ Güney Necla**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.
- Akman Sermet /Burcuoğlu Haluk /Altop Atilla**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.
- Aksoy Tamer**, Tüm Yönleriyle Denetim, C.I, 2. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006.
- Akünel Teoman**, “Sorumluluk Hukuku’nda Sözleşmenin Nisbîliği Prensibinin Anlaşılması”, YD, Y.1988, C.14, S.1-2, (s.222-237).
- Albayrak Hakan**, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Altay Sıtkı Anlam**, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkileri, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.
- Altay Sıtkı Anlam**, “Anonim Ortaklıkta Bağımsız Denetimin Ortaklık Düzeni Üzerindeki Etkileri”, Anonim Şirketler ve Sermaye Piyasası Hukuku’nda Güncel Gelişmeler, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Menkul Kıymetler Borsası, Sermaye Piyasası Kurulu, Türk- Alman Uluslararası Sempozyumu (25-26 Haziran 2010), İstanbul, 2011.
- Altay Sıtkı Anlam**, “Anonim Ortaklıklar Hukukunda Denetim Komitesinin Hukuki İşlevleri”, BATİDER, Y.2009, C.XXV, S.4 (s.595-617.)
- Altay Sıtkı Anlam**, “Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Saygı Sempozyumu, 26.10.2013, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GSÜHFD), S.2/2013, Y.2015., (s.55-76).
- Altay Sıtkı Anlam**, “Bağımsız Denetim Karşısında Anonim Ortaklık Organlarının İşleyişi”, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GSÜHFD), Y.2010/I, C.II (s.963-988).
- Ansay Tuğrul**, “Anonim Şirketin Murakabesi Yolları”, BATİDER, Y.1961,C.I, S.I, (s.37-60)
- Apak Sudi ve Taşçıyan Kamer Hagop**, “Kurumsal Yönetim İlkeleri ve Türkiye Uygulaması”, Anonim Şirketler ve Sermaye Piyasası Hukuku’nda Güncel Gelişmeler, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası, Sermaye Piyasası Kurulu, (Türk-Alman Uluslar arası Sempozyumu (25-26 Haziran 2010), İstanbul, 2011.
- Aral Fahrettin**, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), 7. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.
- Aras Aslı**, Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Arı Zekeriya**, “Alacaklı veya Ortakların Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Doğrudan Zararlar Nedeniyle Açılacak Davalarda Zamanaşımı”, (Anonim Şirket Yönetim Kurulu üyelerine karşı Doğrudan Zararlar), (s.171-198), EÜHFD, C.XIV, S.1-2, 2010. (s.171-198).
- Arı Zekeriya**, Anonim Şirketlerde Denetçi Sorumluluğunun Sınırlanması, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012.
- Arkan Sabih**, Halka Açık Anonim Ortaklıkların Özellikleri ve Dış Denetimleri, BATİDER, Ankara, 1976.
- Arslandoğan Birce**, Medeni Yargılama Hukukunda Delil Tespiti, Emirler Matbaacılık ve Reklamcılık Tic. Ltd. Şti, İstanbul, 2014.

- Atalay Oğuz**, “Anonim Şirketlerde Bilgi Alma Ve İnceleme Haklarının Mahkeme Aracılığıyla Kullanılması”, DEÜHFD, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, C.16, Özel Sayı, Y.2014, (s.53-76).
- Atalay Oğuz**, “Emare İspatı”, Manisa Barosu Dergisi (MBD), Y.18, S.70, (s.7-21).
- Atalay Oğuz**, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001.
- Atalı Murat**, “Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı”, Medeni Usûl ve İcra- İflâs Hukukçuları Toplantısı- IV, Medeni Usûl Hukukunda Çekişmesiz Yargı, Ankara, 30.09-11.10.2005, TBB, 2006, (s.50-105).
- Aydın Alihan**, “Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlığa Karşı Korunması”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999, (s.29-51).
- Ayoğlu Tolga**, “Pay Sahipleri ile Alacaklıların “Dolayısıyla Zarar” Nedeniyle Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Sorumluluk Davası Açma Hakkı ve Bu Tür Davalarda Alınan İlamları İcraya Koyma Yetkisi”, (s.67-85), Legal Hukuk Dergisi (LHD), Ocak, Y.2009, S.73., (s.67-85).
- Ayoğlu Tolga**, Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Aytaç Zühtü**, “Anonim Ortaklık Denetçilerinin Sır Saklama Yükümlülüğü” BATİDER, Y.1979, S.I, C.X., (s.177-218).
- Aytaç Zühtü**, “Borsa Şirketleri ve Riskin Erken Saptanması Komitesi”, BATİDER, 60. Yıl Armağanı, Ankara, 2015., (s.21-57).
- Ayverdi İlhan**, Misalli Büyük Türkçe Sözlük, Kubbealtı Yayınevi, İstanbul.
- Bahtiyar Mehmet**, Ortaklıklar Hukuku, 8. Bası, İstanbul, Beta, 2014.
- Bilge Mehmet Emin**, Ticari Sırların Korunması, Asil Yayın Dağıtım Ltd., Şti., Ankara, b.2, 2005.
- Bilgili Fatih**, İsviçre ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıkların Organlarının Davranışlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısındaki Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Birsel Mahmut T.**, “Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları”, İmran Öktem’e Armağan, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970., (s.623-659).
- Bloch Olivier**, Les Conventions D’actionnaires et Le Droit De La Société Anonyme en Droit Suisse, Schulthess, b. 2, 2011.
- Bouère J-P.** L’information Du Conseil D’administration: JCP 92, éd: E,I, 190.
- Bozdemir Enver**, Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Muhasebe Mesleğine ve Uygulamalarına Etkisi, İstanbul, Türkmen Kitabevi, 2014.
- Börü Levent ve Koçyiğit İlker**, “Kıymetli Evrakın İptaline İlişkin Çekişmesiz Yargı İşinde Görevli Mahkemenin Belirlenmesine İlişkin Değerlendirme”, Batıder, Y.2012, C.XXVIII, S.1, (s.313-319).
- Börü Levent ve Koçyiğit İlker**, Ticari Dava (Commercial Action), Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- Budak Ali Cem**, “Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı”, Medeni Usul ve İcra- İflas Hukukçuları Toplantısı- IV,(Medeni Usûl Hukukunda Çekişmesiz Yargı, İcra ve İflas Kanunu’nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi), 30 Eylül-11 Ekim 2005, Ankara, 2006, (s.127-230).
- Bulletin 2006 IV**, no:40.
- CEDİDAC**, “Le Contrôle Spécial Dans Le Droit Des Sociétés Anonymes: Un Nouvel Arrêt Du Tribunal Fédéral”, Bulletin D’information, No:24., Juin, 1995.
- Chartier Y**, Revision Sur Les Sociétés, 1974.
- Contin Raphael et Hovasse Henri**, L’expert De Minorité Dans Les Sociétés Par Actions, 1971.

- Çamoğlu Ersin**, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Çamoğlu Ersin**, “Limited Ortağın Bilgi Alma ve İnceleme Hakkının Kullanılması ve Sınırları” Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık A.Ş, 2017, (s.143-162)
- Çeker Mustafa**, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, BATİDER, Sözkese Matbaacılık Tic. Ltd. Şti. Ankara, 2000.
- Çelik Aydın**, Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi Tayini, Doç. Dr. Mehmet Somer’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2006. (s.77-113).
- Çelik Aytakin**, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirketlerin Denetimi”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara, 2006., (s.545-597).
- Çetin Nusret, Töremiş Hatice Ebru ve Cantimur Zeynep**, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun Sistemik Analizi, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.
- Davies Paul L./ Worthington Sarah**, Gower and Davies Principles of Modern Company Law, 9. Bası, Sweet&Maxwell, 2012.
- Değirmencioğlu Aydın Nihan**, Anonim Şirketlerde Özel Denetim İsteme Hakkı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2015.
- Demirkapı Ertan ve Meriç Nedim**, “Anonim Şirkette Denetçinin Değiştirilmesi Davasının Azınlık Tarafından Açılması Halinde Usul Hukukuna İlişkin Sorunlar”, (s.23-75), BATİDER, Y.2014, C.XXX, S.2.
- Deryal Yahya**, Türk Hukukunda Bilirkişilik, 5. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.
- Domanıç Hayri**, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması TTKŞerhi II), İstanbul, Temel Yayınları, 1988.
- Dorresteijn Adriaan, Monteiro Tiago, Teichmann Christoph, Werlauff Erik**, European Corporate Law, 2. Bası, Wolters Kluwer International, Netherlands, 2009.
- Durak Gündoğan**, “Bağımsız Denetim-İç Denetim”, İç Denetim, **Kıral Halis** (Editör), İç Denetim Koordinasyon Kurulu Yayınları, Yayın No: I.
- Edis Seyfullah**, Medeni Hukuk’a Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 2. Bası, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983.
- Erdönmez Güray**, Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Eren Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015.
- Eriş Gönen**, (Açıklamalı- İctihatlı Türk Ticaret Kanunu)- Ticari İşletme ve Şirketler II, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Eriş Gönen**, Anonim Şirketler Hukuku, 1995, Seçkin Yayınevi.
- Garner A. Bryan**, Black’s Law Dictionary, 8. Bası, Thomson/West, United States of America, 2007.
- Göç Gürbüz Diğdem**, “Kıymetli Evrakın Ziyatı ve İptali”, Legal Hukuk Dergisi (LHD), C.15, S.173, Y.2017, (s.2239-2274).
- Gümüş Mustafa Alper**, Borçlar Hukuku (Özel Hükümler), İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.
- Gürbüz Usluel Ashı Elif**, Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- Gürbüz Usluel Ashı Elif**, “Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticaret Ortaklıklarının Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmesinde İşlem Denetçisi ve Hukuki Sorumluluğu”, (s.123-153), BATİDER, Y.2011, C.XXVII, S.21.
- Güven Şirin**, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirketler Hukukunda Özel Denetim, Çankaya University Journal of Law”, 7/2 (Kasım 2011), C.8, S.2, (s.133-175).
- Guyon Yves**, La Semaine Juridique, édition générale, No:11, 11.03.1998, II-10036, “L’expertise De Gestion N’a Pas Un Caractère Subsidiare”.

- Guyon Yves**, La Semaine Juridique, No:16, 21.04.1993, II 22029, Sociétés Anonymes, Contrôle- Expertise De Gestion, Art.226.
- Hatemi Hüseyin**, Borçlar Hukuku (Genel Bölüm), b.4, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Hatemi Hüseyin**, Borçlar Hukuku (Özel Bölüm), İstanbul, Filiz Kitabevi, 1999.
- Hatemi Hüseyin**, Medeni Hukuk'a Giriş, 7.Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Hatemi Hüseyin, Gökyayla Kadir Emre**, Borçlar Hukuku (Genel Bölüm), 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015.
- Hatemi/Serozan/Arpacı**, Borçlar Hukuku (Özel Bölüm), İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.
- Helvacı İlhan**, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, 1. Bası, İstanbul, 12. Levha Yayıncılık, 2011.
- Helvacı Mehmet**, “Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı”, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, No:715, İstanbul, 1998.
- Helvacı Mehmet**, “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğunun Müteselsil Olmasının Anlamı ve İsviçre Borçlar Kanunu 759. Maddesi ile Getirilen Müteselsil Sorumluluğun Anlamının Tanıtılması”, (s.219-239), Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C.I, Beta, İstanbul, 2001.
- Hirsch Alain**, Le Contrôle Spécial, Le Nouveau Droit Des Sociétés Anonymes, Cedidac, No:23, Lausanne, 1993.
- İmregün Oğuz**, Anonim Ortaklıklar, 4. Bası, Ankara Yasa Yayıncılık, 1989.
- İmregün Oğuz**, Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunları Telif Çareleri, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1962.
- İmregün Oğuz**, Anonim Ortaklıklar, 2. Bası, Kutulmuş Matbaası, İstanbul, 1970.
- İmregün Oğuz**, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul, Gün Matbaası, 1974.
- Jacques Derthal Albas**, Le Contrôle De La Société Anonyme Par Les Actionnaires, L'université de Lomé, DEA, 2007.
- Karadeniz Ö**, Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri, Ankara, 1976.
- Karasu Rauf**, Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Karahan Sami (Editör)**, Şirketler Hukuku, 1. Bası, Konya, Mimoza Yayınları, 2012.
- Karayalçın Yaşar**, “İsviçre Borçlar Kanunu'nda Anonim Şirketler Hukuku Alanında Yapılan Değişiklikler”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (Batider), Y.1993, C.XVII, S.1, (s.3-48).
- Kardeş Sevimoğlu Seval, Özbirecikli Mehmet, Uzay Şaban, Uyar Süleyman**, Bağımsız Denetim, Türmob Yayınları-479, Ankara, 2015.
- Kaya Arslan**, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, BATİDER, Ankara, Sözkese Matbaacılık, 2001/IX.
- Kaya Arslan**, “Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi”, (s.61-83), Ankara, BATİDER, C.XXXI, S.I, Mart, 2015.
- Kendigelen Abuzer**, İsviçre Hukuku'nda Oy Hakkında İmtiyazlı Paylar (*Stimmrechtsaktie*), Makalelerim, C.I, 1986-2001, İstanbul, 2006.
- Kendigelen Abuzer**, Türk Ticaret Kanunu (Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler), 2. Bası, İstanbul, 12.Levha Yayıncılık, 2012. Ve 2. Basıdan Tıpkı 3. Bası, 2016.
- Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku, C.I, Ankara, BATİDER, 2013.
- Kırca İ./Şehirali Çelik, F.H./Manavgat, Ç.**, Anonim Şirketler Hukuku, C.2/2, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Sözkese Matbaacılık Tic. Ltd. Şti, Ankara, 2016.
- Killias Pierre-Alain/Bertholet Julie**, Le contrôle spécial, CEDİDAC, 2005., (p.241-271).

- Kocabıyık Sami**, Bağımsız Denetçinin Üçüncü Kişilere Karşı Hukuki Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.I, 4. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2008.
- Konuralp Haluk**, Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Tıpkıbasım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Köksal Aytaç**, (Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Sermaye Piyasası Mevzuatı Bankacılık Mevzuatı açısından ve karşılaştırmalı olarak) Bağımsız Denetim Sözleşmesi, İstanbul, Beta, 2009.
- Kuru Baki**, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016.
- L'expertise de Gestion en Droit Des Sociétés**, Le Droit Des Affaires.com (son erişim tarihi:01.03.2017).
- L'expertise De Gestion en Droit Des Sociétés**, 16.10.2014, Le Droit Des Affaires.com (son erişim tarihi:01.03.2017).
- Maitland Frederic William**, Political Theories of The Middle Age, Cambridge University Press, 1913.
- Maliye Hesap Uzmanları Derneği**, Denetim İlke ve Esasları, C.I, 1. Bası, Temmuz, 2015.
- Manavgat Çağlar**, “Anonim Ortaklıklarda Bağımsız Denetimin Kapsamı”, BATİDER, C.XXX, S.3,Y.2014, (s.41-61).
- Manop Burcu**, Anonim Ortaklıklardaki Azınlık Haklarının Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununu Tasarısının Getirdiği Yenilikler Işığında Değerlendirilmesi, Süleyman Demirel Üniversitesi, SBE, İşletme ABD/Ticaret Hukuku, Isparta, 2008, Yayınlanmamış YL tezi.
- Marteau- Petit M.**, La Notion D'acte De Gestion et Le Droit Des Sociétés, Paris.
- Memiş Tekin ve Turan Gökçen**, Sermaye Piyasası Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Mimaroğlu Sait Kemal**, Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mes'uliyeti, Sevinç Matbaası, Ankara, 1967.
- Moroğlu Erdoğan**, “Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 7. Bası, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Moroğlu Erdoğan**, “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi”, (s.341-358), İ.Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.XLII, Y.1976, S.1-4, Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, Özel Sayı.
- Moroğlu Erdoğan**, “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi”, Makaleler I-2001, 2. Bası, İstanbul, 12. Levha Yayıncılık, 2010.
- Moroğlu Erdoğan**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (Değerlendirme ve Öneriler), 7. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Narbay Şafak**, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıklarda Özel Denetim Yapılması Şartları ve Özel Denetçinin Atanması Usulü”, (s.287-327), Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C.I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007.
- Odman Boztosun Ayşe**, “Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Denetçilerin Sorumluluğu, Alman Sistemi mi, İsviçre Sistemi mi?”, Arslanlı Bilim Arşivi.
- Oğuzman M. Kemal / Öz M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 10. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.
- Oğuzman M. Kemal /Barlas Nami**, Medeni Hukuk, 19. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- Oğuztürk (Kalkan) Burcu**, Güven Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- Okçuoğlu Yavuz**, Yargıtay Kararları ve Karşı Oylarım, BATİDER, Ankara, 1991.

- Omağ Merih Kemal**, “Anonim Şirketler Hukukunda Eşit İşlem İlkesi” Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1986, C.I., S.I.
- Önder Türkan**, Batan Bankalar, Bağımsız Denetim ve Meslek Ahlakı, İstanbul, Beta, 2001.
- Özkan Ömer**, “Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Özel Denetçi Atanması”, (s.27-49), BATİDER, C.XX, S.2, Aralık, 1999.
- Özkorkut Korkut**, Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri, BATİDER, Ankara, 2007.
- Özkorkut Korkut**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Açısından Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim, Ankara, BATİDER, 2013.
- Özkorkut Korkut**, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Anonim Şirketlerin Denetimine İlişkin Hükümleri Yargıtay Kararlarında Neleri Değiştirecek?” XXV. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 17 Aralık 2011, Ankara, BATİDER, 2012.
- Özsunay Ergun**, Medeni Hukuka Giriş, 5. Bası, İstanbul, 1986.
- Öztek Selçuk**, “Şirketler Gruplarında Yavru Şirketlerdeki Azınlık Pay Sahiplerinin Türk Ticaret Kanunu m. 363/İsviçre Borçlar Kanunu m. 697 Çerçevesinde Bilgi Alma Hakkı”, Ernst E. Hirsch’nin Hatırasına Armağan, Batider, Ankara, 1986, (s. 293/333).
- Öztürk Dirikkan Hanife**, Kıymetli Evrakın Ziyatı ve İptali, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1990.
- Paslı Ali**, “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi Tayini” (s.611-647), (Bilgi Toplumunda Hukuk) Ünal Tekinalp’e Armağan, C.I, Beta, İstanbul, 2003.
- Pekcanitez Hakan**, Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, b.15, C.II, C.III, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Pekcanitez Hakan**, “Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar”, (s.439-495), DEÜHFD.
- Pekcanitez Hakan/ Atalay Oğuz/ Özekes Muhammet**, Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı), 2. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.
- Pekcanitez Hakan/ Taş Korkmaz Hülya/ Meriç Nedim**, Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- Pekcanitez Hakan**, “Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi”, (s.397-418), Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009.
- Pierre-Henri Conac, Luca Enriques, Martin Gelter**, Constraining Dominant Shareholders’ Self-Dealing: The Legal Framework In France, Germany and Italy.
- Pierre Tercier, Marc Amstutz** (editör), Commentaire Romand, Code Des Obligations II, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2008.
- Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 11. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009.
- Pulaşlı Hasan**, “Alman Hukukunda Büyük Pay Sahiplerinin Azınlığı Şirketten Çıkarma Hakkı”, (s.649-661), Ünal Tekinalp’e Armağan, C.I, İstanbul, Beta, 2003.
- Pulaşlı Hasan**, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 3. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.
- Pulaşlı Hasan**, Şirketler Hukuku Şerhi, C.II, 2. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.
- Pulaşlı Hasan**, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Oy Hakkındaki İmtiyazın Sınırı ve Etkisiz Olduğu Haller”, (s.19-31), BATİDER, C.XXIV, S.3, Y.Haziran-2008.
- Pulaşlı Hasan**, “Yönetim Kurulu Üyesinin Bilgi Alma Hakkı ve Mahkemeden Özel Denetim İstemesine İlişkin Koşullar, İsviçre Federal Mahkemesinin (BGE133 III 133) 20 Aralık 2006 Tarih ve 4C278/2006 Sayılı Kararı”, (1857-1883), Prof. Dr. Fırat Öztan’ a Armağan C.II, Turan Kitabevi, Ankara, 2010.
- Rapport explicatif relatif à la modification du code des obligations (Droit de la Société Anonyme)** <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/vn-ber-f.pdf>.
- Saraç Tahsin**, Grande Dictionnaire Français- Turc, Adam Yayınları, İstanbul, 2003.



- Schmidt D.**, Les Droit De La Minorité Dans La Société Par Actions, 1970.
- Scyboz Georges, Scyboz Pierre, Gilliéron Pierre-Robert, Braconi Andrea**, Code Civil Suisse et Code Des Obligations Annotés, 8. Bası, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2008.
- Sivas Ahmet**, Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi, İstanbul Üniversitesi SBE Hukuk Bölümü (Özel Hukuk ABD), Daktilo Edilmiş Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1992.
- Société Générale (S.A)** Paris Merkezi Fransa, İstanbul Türkiye Şubesi, (01.01.2015-31.12.2015) **Hesap Dönemine Ait Bağımsız Denetim Raporu**, R.G. 01.04.2016 Tarih, S.29671.
- Şahin Ayşe**, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- Şener Oruç Hami**, Anonim Ortaklıklarda Azınlık Hakları, Özellikle Özel Denetçi Atanmasını İsteme Hakkı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (AÜHF) Yüksek Lisans (YL) Tezi, Ankara, Y.1990.
- Şener Oruç Hami**, Ortaklıklar Hukuku, 2.Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Tahiroğlu Bülent ve Erdoğan Belgin**, Roma Hukuku Dersleri, İstanbul, Der Yayınları, 2009.
- Tanrıver Süha**, Medeni Usûl Hukuku, C.I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Tanrıver Süha**, “Bilirkişinin Sorumluluğu”, Medenî Usû ve İcra- İflâs Hukukçuları Toplantısı II-III, (İstinaf Derecesi, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Bilirkişilik, İflâsın Ertenilmesi, Eskişehir, 03-05.10.2003 ve 01-02.10.2004, Türkiye Barolar Birliği, Şen Matbaa, Ankara, 2007, (s.367-411).
- Tekil Fahiman**, Şirketler Hukuku (Anonim Şirketler), C.II, 2. Bası, İstanbul, Otağ Mat. Koll. Şti, 1978.
- Tekin Yılmaz** (Derleyen), Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Ankara, Tek Ağaç, 2007.
- Tekinalp Ünal**, “Anonim Ortaklıklara İlişkin Yeni Hukuk Politikalarının Dinamikleri ve Bunlar Arasındaki İlişki”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan.
- Tekinalp Ünal**, “Azlık Hakları ve Bireysel Haklar”, ( s.152-154), 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyeleri ve Araştırma Görevlilerinin Değerlendirmeleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1997
- Tekinalp Ünal**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015.
- Tekinalp Ünal**, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku İle Tek Kişi Ortaklığının Esasları, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.
- Teoman Ömer**, “Anonim Ortaklıkta Azınlığın Genel Kuruldan Özel Denetçi Seçilmesini İsteme Hakkı ve Gündeme Bağlılık İlkesi”, (s.436-445), 30. Yıl Ticaret Hukuku Tüm Makalelerim (1971-1982), C.I, İstanbul, Beta Yayınevi, 2000.
- Teoman Ömer**, “Anonim Ortaklıkta Denetçi Sorumluluğu” (s.38-54), Yaşayan Ticaret Hukuku (Hukuki Mütalâalar) Kitap:13, Y.2008-2009, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Teoman Ömer**, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu/ Der Stimmrechtsausschluss des Aktionärs (Oy Hakkından Yoksunluk)**, BATİDER, Ankara, 1983.
- Teoman Ömer**, “Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu Konusundaki Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, (s.37-69), Otuz Yıl Ticaret Hukuku- Tüm Makalelerim, C.II, 1982-2001, Beta Yayınevi.
- Teoman Ömer**, “Anonim Ortaklıkta Paylar Üzerinde İntifa Hakkı Bulunması Durumunda Oy Hakkı Dışındaki Yönetim Haklarının Kimin Tarafından Kullanılacağı Sorunu” (Pay Üzerinde İntifa Hakkı ve Yönetim Hakları), (s.332-341), 30. Yıl Ticaret Hukuku Tüm Makalelerim (1971-1982), C.I, İstanbul, Beta Yayınevi, 2000.
- Teoman Ömer**, “Özel Denetçi Atanması İstemi Genel Kurulca Reddedilen Azınlığın İzleyebileceği Yollar”, (s.488-493), Otuz Yıl Ticaret Hukuku Tüm Makalelerim, C.I,

- (1971-1982), İstanbul, Beta, 2000, ve Yasa Hukuk Dergisi, Eylül, Y.1981, S.9. (s.1152-1156).
- Teoman Ömer**, “Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Özel Denetçi Konusundaki Bir Kararı Üstüne Kısa Notlar”, (s.512-517)., 30. Yıl Ticaret Hukuku Tüm Makalelerim (1971-1982), C.I, İstanbul, Beta Yayınevi, 2000.
- Tulum Mertol**, Osmanlı Büyük El Sözlüğü Türkçesi, Kapı Yayınları, İstanbul, 2013.
- Topuz Gökçen**, Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat, Ankara, 2012.
- Tunçay Yıldız**, “Anonim Şirketlerde Hususi Murakıp Tayini”, (s.737-745), İstanbul Barosu Dergisi (İBD), Kasım/Aralık, Y.1974, C.III.
- Turanboy Asuman**, Insider Muameleleri (Şirkete ait Gizli Bilgilerin Haksız Kullanımı), BATİDER, Ankara, 1990.
- Turanboy Asuman**, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Sermaye Piyasası Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, (s.11-27), 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, 2-3 Haziran 2011, Ankara Barosu Yasa İzleme Enstitüsü, Ankara, 2011.
- Turanboy Asuman**, “Ticari Sır”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, (s.349-369), Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2006.
- Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu**, Uluslar arası Finansal Raporlama Standartları (IFRS/IAS) ile Uyumlu TMS/TFRS, Ankara, 2010.
- Ulaş Kısa Seda**, “Anonim Ortaklıkta Yaşanan Çıkar Çatışmasının Azınlıkta Kalanlara Zarar Vermemesi İçin Öngörülen Önleyici Hukuki Araçlar”, (s.507-536), Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C.I, Beta, İstanbul, 2003.
- Ulusoy Erol** (Editör), Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları, 2. Bası, Ankara, Bilge Yayınevi, 2016. **Özdamar Mehmet**, “Anonim Şirketlerde Özel Denetim”, (s.259-290).
- Ulusoy Erol** (Editör), Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları, 2. Bası, Ankara, Bilge Yayınevi, 2016. **Topsoy Fevzi**, “Anonim Şirket Pay Sahibinin Özel Denetim İsteme Hakkı”., (s.291-337).
- Ulusoy Yasin**, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Bağımsız Dış Denetim, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.
- Üçışık Güzin ve Çelik Aydın**, Anonim Ortaklıklar Hukuku, C.I, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- Ülgen Hüseyin, Helvacı Mehmet, Kendigelen Abuzer, Kaya Arslan**, Kıymetli Evrak Hukuku, b.7, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2013.
- Ünal Oğuz Kürşat**, Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı, Ankara, Asil YAYIN Dağıtım Ltd. Şti., 2005.
- Yasaman Hamdi**, “Anonim Ortaklıklarda Azınlığın Genel Kurulu Toplantıya Çağırması”, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını:708, Kent Basımevi, İstanbul, 1995, (s.450-454).
- Yasaman Hamdi**, “Patent Hukukunda Ticari Sırların Korunması”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, 2009, editör: Tekin Memiş, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, (s.367-389).
- Yasaman Hamdi**, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda Hâkimin Genişleyen Rolü”, (s.73-94), Prof. Dr. Reha Poroy’ un Anısına Armağan, BATİDER, Y.2009, C.XXV, S.4.
- Yavuz Cevdet**, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul, Beta, 2013.
- Yılcı Münevver**, İç Denetim (Türkiye’nin 500 Büyük Sanayii İşletmesi Üzerine Bir Araştırma), 2. Bası, Nobel Yayın, Ankara, 2006.
- Yıldırım Kamil**, “Alman Hukukunda Çekişmesiz Yargı”, Medenî Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı- IV, Medeni Usûl Hukukunda Çekişmesiz Yargı, Ankara (30.09-11.10.2005), TBB, 2006, (s.18-48).
- Yılmaz Ejder**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

**Yılmaz Zekeriya**, Hukuk Davalarında İspat ve Deliller Rehberi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

### **Yararlanılan Mevzuat**

- **Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname**, T.26.09.2011, R.G. 02.11.2011/28103.
- **TBMM, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu**, (1/324), S.96.
- **Bankacılık Kanunu**, S.5411, 19.10.2005.
- **Sermaye Piyasası Kanunu ve İlgili Mevzuat**, T.06.12.2012, R.G. 30.12.2012/28513.
- **1/517 Esas Numaralı, Ticari Sır ve Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı**

### **İsviçre Federal Mahkeme Kararları ve Cour De Cassation**

- ATF 76 II.
- ATF 100 III 384
- ATF 115 II 305.
- ATF 120 II 393.
- ATF 123 III 261. (s.84-129)
- ATF 127 III 453.
- ATF 129 III 129.
- ATF 132 III 71. (s.119)
- ATF 133 III 180.(s.156).
- FF 1983 II 854.
- JdT 1951 I 324.
- JdT 1975 I 334.
- JdT 1990 I 90.
- JdT 1995 I 571. (s.141)
- JdT 1999 I 279.
- TF 4A 129/2013, 20.06.201310
- TF 4A 260/2013, 06.08.2013.
- TF 4C 117/1999, 16.11.1999.
- Cour de Cass. 30.05.1989, JCP 90, II.21405.
- Cour de Cass. 15.07.1987.
- Cour de Cass.10.05.1988, JCP 88, Bulletine Civile IV, No:160.
- Cour de Cass. 25.03.1974, jcp 74, II-17853.
- JORF (Journal Officiele), 10.08.1994, 21.09.2000.

## Özgeçmiş

İstanbul doğumlu olan Gözde Engin GÜNAY, ilk ve orta öğretimini Fevziye Mektepleri Vakfı Özel Işık İlköğretim okulunda tamamladıktan sonra, liseyi Sainte- Pulchérie Fransız lisesinde başarıyla tamamlamıştır. Üniversite öğrenimini Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesinde, fakülte dördüncüsü olarak tamamlayan Gözde Engin Günay, aynı zamanda Anadolu Üniversitesi İktisat Fakültesi'nde de iktisat bölümünü tamamlayarak başarıyla mezun olmuştur. Yüksek lisans eğitimini İstanbul Ticaret Üniversitesi'nde yarı burslu olarak Türk Hukuku'nda Akreditif isimli tez çalışması ile tamamlamıştır. Doktora eğitimini Galatasaray Üniversitesi Özel Hukuk bölümünde devam ettiren Günay, iyi derecede İngilizce ve Fransızca (DALF C1) bilmektedir. Günay'ın, İstanbul Barosu Dergisinin Kasım-Aralık 2013, sayısında "Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu"<sup>1118</sup> isimli makalesi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisinde "Türk Ticaret Kanunu ve Karşılaştırmalı Hukukta Acentenin Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Anlaşması"<sup>1119</sup> isimli makalesi bulunmaktadır. Günay'ın, Ece Deniz Günay'la birlikte United Kingdom Supreme Court Yearbook 2015<sup>1120</sup> te yayınlanan bir çalışması bulunmaktadır.

---

<sup>1118</sup>İstanbul Barosu Dergisi (İBD), Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu, Y. Kasım-Aralık 2013, S.87, (s.163-182).

<sup>1119</sup>Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Türk Ticaret Kanunu ve Karşılaştırmalı Hukukta Acentenin Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Anlaşması, Y. Temmuz-Aralık 2015, S. 131-132., (s.145-181).

<sup>1120</sup>European Union Law, Vol.6, 2015, (s.382-389), (Ece Deniz Günay'la Birlikte).

## TEZ ONAY SAYFASI

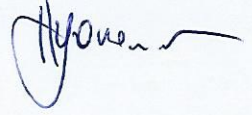
Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ  
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
Adı Soyadı : Gözde Engin GÜNAY  
Tez Başlığı :Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Özel Denetim  
Savunma Tarihi :20.03.2018  
Danışmanı :Prof. Dr. İbrahim Hamdi YASAMAN

## JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı

İmza

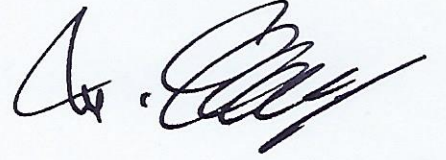
Prof. Dr. İbrahim Hamdi YASAMAN



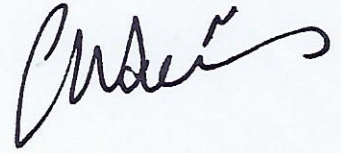
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ

Hüseyin Hatemi

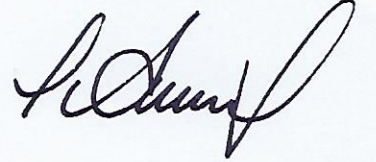
Prof. Dr. Merih Kemal OMAĞ



Prof. Dr. Güray ERDÖNMEZ



Doç. Dr. Tolga AYOĞLU



Enstitü Müdürü

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK

