

ANONİM ORTAKLIKLARDA ÖZEL DENETİMİN KONUSUDOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.644547>**Dr. Direnç AKBAY*****Öz**

Özel denetim anonim ortaklıklara özgü bilgilendirme sisteminin önemli bir parçasıdır. Bu nedenle bilgi alma ve inceleme hakkı gibi bilgilendirme sisteminin diğer unsurlarıyla amaç birliği içindedir. Bu çalışmada, söz konusu amaç birliği göz önünde tutularak, özel denetimin konusu incelenmiştir. Özel denetimin konusuna ilişkin olarak TTK m. 438 ve m. 439 soyut düzenlemeler getirilmektedir. Bu nedenle çalışmada özel denetimin konusu sistemli bir biçimde incelenmiştir. Soyut koşulların anlaşılabilir kılınması için öğreti ve yargı kararlarından faydalanılmıştır.

Özel denetimin konusunu mahkeme aşamasından önce etkileyen koşullar, ikincillik, gereklilik ve belirliliktir. İkincillik özel denetim talebinden önce bilgi alma veya inceleme hakkının kullanılmış olmasını ifade eder. Dolayısıyla somut olayda özel denetim talebinin konusunu etkiler. Gereklilik koşulu, özel denetimin pay sahipliği haklarının kullanılması bakımından gerekli olması anlamındadır. Belirlilik koşulu da özel denetimin sadece belirli olayların aydınlatılması amacıyla istenebileceğini ifade eder.

Özel denetim talebi genel kurulda reddedilirse, azınlık mahkemeden talepte bulunabilir. Fakat bunun için talep konusunun ek bazı özellikler taşıması gerekir. Mahkemeden özel denetim talep edilebilmesi için, ortaklığın ya da pay sahiplerinin zarara uğraması gerekmektedir. Keza bunun kurucuların veya şirket organlarının kanunu ya da esas sözleşmeyi ihlali neticesinde olması gereklidir.

Anahtar Kelimeler

Özel denetim, ikincillik, gereklilik, belirlilik, ticaret hukuku, anonim ortaklık

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (e-posta: direnc.akbay@gmail.com) ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9925-9255> (Makalenin Geliş Tarihi: 06.09.2019) (Makale Gönderilme Tarihi: 10.09.2019/Makale Kabul Tarihi: 04.11.2019)

SUBJECT OF THE SPECIAL AUDIT IN CORPORATIONS

Abstract

Special audit is an important part of information system, dedicated to public limited companies. Therefore, there is a unity of goals between components of information system, like rights of information and investigation, and special audit. In this study is the subject of special audit investigated in the light of the above-mentioned unity of goals. Art. 438 and Art. 439 of Turkish Commercial Code, which regulate the subject of special audit, are abstract rules. Because of this, in this study the subject of special audit is systematically examined. In order to make it understandable, it is benefited from doctrine and decisions of courts.

Conditions, which effects the subject of special audit before court phase, are subsidiarity, necessity and definiteness. Subsidiarity means that, before demanding a special audit, the right of information or investigation must be used. Therefore, it effects the subject of the claim of special audit in each case. Necessity means that, special audit must be necessary in order to use of shareholder rights. Definiteness means that, special audit can only be claimed if there are certain events to clarified.

If general meeting of shareholders denied the claim of special audit, a minority can demand it from the court. But this time subject of the claim must have some additional properties. In order to claim a special audit from the court, company or shareholders must have damage. And this must be a result of an act of founders' or organs' of the company, which violates law or statute of the company.

Keywords

Special audit, subsidiarity, necessity, definiteness, commercial law, corporation

GİRİŞ

Özel denetim anonim ortaklıklara özgü bilgilendirme sisteminin önemli bir parçasıdır. Bu nedenle bilgi alma ve inceleme hakkı gibi bilgilendirme sisteminin diğer unsurlarıyla amaç birliği içindedir. Bu çalışmada, söz konusu amaç birliği göz önünde tutularak, özel denetimin konusu incelenmiştir. Keza çalışma konu itibarıyla TTK m. 438-444 hükümleri arasında düzenlenmiş bulunan özel denetim ile sınırlandırılmış olup TTK m. 207 ve m. 406'da düzenlenen özel denetim hususları inceleme konusu yapılmamıştır.

Çalışmada özel denetime ilişkin yasal düzenlemeler değerlendirilerek ikili bir ayırım yapılmıştır. Bunlar, genel kurulda özel denetim talebinin konusuyla azınlığın mahkemenen özel denetim talebinin konusudur. Yasanın bu iki durum için belirlediği farklı şartlar incelenmiş ve uygulamayla öğretilen bazı örnekler verilerek özel denetimin konusu somutlaştırılmıştır.

Özel denetim konusunun genel kurulda belirlenmesi ikincillik, gereklilik ve belirlilik koşullarının incelenmesini gerektirmektedir. İkincillik ilkesi doğrudan özel denetimin konusuna yönelik bir ilke olmasa da her somut olayda özel denetimin konusunu etkileyen bir özelliğe sahiptir. Genel kurulda talebin reddedilmesi durumunda TTK m. 439'daki koşul vakıalar değerlendirilmiştir. Bu hükmün de özel denetimin konusuyla olan ilişkisi ortaya konulmuştur.

I. KONUNUN BELİRLENMESİNDE TEMEL AYRIM: GENEL KURULUN KABUL YA DA RED KARARI

TTK m. 438 vd. ile anonim ortaklıklarda özel denetim düzenlenmiştir. Özel denetim, anonim ortaklıklar hukukuna özgü bilgilendirme sisteminin bir parçasıdır. Pay sahiplerinin bilgilendirilmesine hizmet eder. Soyut bu tespit, asıl sorunu ortaya koymamaktadır. Aslında sorun özel denetimin somut uygulama alanının ne olacağı noktasındadır¹. Somut olayda, özel denetime karar verecek veya genel kurul kararı çerçevesinde atama yapacak hâkimin, TTK m. 440/2 uyarınca özel denetim konusunu belirlemesi gerekir. Bu konunun hangi ilke ve esaslara göre belirleneceği değerlendirilmelidir.

Özel denetimin konusu TTK m. 438 ve 439 düzenlemelerine göre belirlenir. Somut olayda özel denetimin TTK m. 438'e göre genel kurulun bir kabul kararı ile mi talep edildiği yoksa TTK m. 439'a göre genel kurulun ret kararına rağmen azınlık tarafından mı istendiği hususları incelenmelidir.

¹ Buna ilişkin olarak bkz. **Casutt**, Anderas: Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht, Zürich, 1991, s. 36.

TTK m. 438 konu bakımından özel denetimin en dış sınırını oluşturmaktadır. Burada üç koşul ön plana çıkar. Birincisi, özel denetimin bilgilendirme sisteminin bir parçası olmasıyla açıklanabilir. TTK m. 438'e göre özel denetim daha önceden kullanılan bilgi alma ve inceleme haklarına göre ikincildir. İkincillik koşulu genel kurulda gelecek özel denetim talebini somutlaştıran ilk koşuldur. Böylelikle önce kullanılan bilgi alma veya inceleme hakkıyla genel kurulda kullanılan özel denetim talebine yönelik hak arasında bir paralellik sağlanmaktadır. İkinci koşul gereklilik koşuludur. Buna göre özel denetimle öğrenilmek istenen husus pay sahipliği haklarının kullanımı bakımından gerekli olmalıdır. Özel denetimin genel kurulun kabul kararına dayalı yürütüleceği aşamada konu bakımından aranan bir diğer koşul da belirliliktir. Buna göre özel denetimin konusu belirli olayların açıklığa kavuşturulmasıdır.

Genel kurulun özel denetim talebini reddetmesi durumunda TTK m. 438'in öngördüğü konuya ek olarak TTK m. 439'da yer verilen koşullar da konu bakımından oluşturulmalıdır². TTK m. 439 özel denetimin konu bakımından uygulama alanını daraltır. Zira TTK m. 439/2'ye göre, özel denetim talep edenlerin, kurucuların veya şirket organlarının, kanunu veya esas sözleşmeyi ihlal ederek, şirketi veya pay sahiplerini zarara uğrattıklarını, ikna edici bir şekilde ortaya koymaları gerekmektedir.

II. GENEL KURULDA ÖZEL DENETİM TALEBİNİN KONUSU

A. İkincillik Koşulunun Anlamı ve Özel Denetimin Konusu Üzerindeki Etkisi

1. İkincillik Koşulunun Anlamı

TTK m. 438/1'e göre, genel kuruldan özel denetim talebi, ancak daha önce bilgi alma veya inceleme hakkı kullanılmışsa mümkündür. Bu durum anonim ortaklıklar hukukuna özgü üç aşamalı bilgilendirme sisteminin doğal bir sonucudur. Özel denetim bilgi alma veya inceleme hakkından umulduğu gibi istifade edememiş pay sahibine yeni bir bilgilendirme olanağı tanımaktadır.

Özel denetimin ikincilliğinin gerçekleşmesi için bilgi alma veya inceleme hakkının önceden ve usulüne uygun olarak kullanılmış olması yeterlidir. Olası bir yargılamada hakkın daha önce kullanılmış olduğunu, bunu iddia eden taraf ileri sürmeli ve ispatlamalıdır. Bilgi alma veya inceleme

² Bu bağlamda bkz. Casutt, Sonderprüfung, s. 36.

hakkının usule uygun olarak kullanılmış olması, hiç ya da yeterli bilgi alamamış pay sahibinin önce dava yoluyla bu haklarını kullanmasını kapsamamaktadır³. Başka bir ifadeyle hakkın kullanımını karşısında bilgi alma ve inceleme davasıyla özel denetim yoluna başvurma arasında pay sahibi/pay sahipleri seçim yapmalıdır⁴.

Hukukumuzda azınlığın TTK m. 439 uyarınca dava yoluna başvurusu halinde, TTK m. 438'deki koşulları ayrıca sağlamak zorunda olup olmadığı tartışılmaktadır. Bu durum azınlığın mahkemeden özel denetim talebinin de bilgi alma hakkına göre ikincil olup olmadığı sorununu beraberinde getirmektedir. Bir görüşe göre, azınlığın TTK m. 439 uyarınca mahkemeden özel denetim talebinde bulunabilmesi için TTK m. 438'deki tüm koşulları sağla-

³ Uygulamamızda dava yoluyla bilgi alma hakkının kullanılmasının özel denetim açısından ön şart olduğuna dair yerel mahkeme kararları bulunmaktadır. Yargıtay'ın TTK m. 440/2 uyarınca kararın kesin olduğu gerekçesiyle kanun yoluna gidilmesini uygun bulmadığı bir kararı vardır. Anılan karardan anlaşıldığı kadarıyla yerel mahkeme, bilgi alma hakkının dava yoluyla kullanımını ikincillik ilkesine dâhil saymıştır. Karara göre, "Mahkemece, somut olayda bilgi alma, inceleme ve devamındaki prosedürün halen derdest bir davanın konusunu oluşturduğundan, özel denetçi tayini için Kanun'un aradığı anlamda ön koşulun gerçekleşmediği gerekçesiyle 26.3.2014 tarihli karar ile davanın reddine karar verilmiştir" (karar için bkz. Yargıtay 11. HD. 2015/97 E., 2015/13293 K., 10.12.2015 T., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/>, E.T. 11.02.2019). Yerel mahkeme kararındaki gibi dava yolunun ön şart olarak nitelenmesi kanımızca hukuka aykırıdır. Somut olay hem bilgi alma davası hem de özel denetim yol-larına birden başvurulmasının sonucunun ne olacağı noktasında tartışılabilir. Örneğin, **Kaya**, "derdest bir bilgi alma ve inceleme davası olmasının özel denetim istemli bir davanın görülmesine engel olmayacağını" savunmaktadır (bkz. **Kaya**, Arslan: "Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi", BATİDER, (XXXI) 1, 2015, s. 82).

⁴ Bu yönde bkz. **Forstmoser**, Peter/**Meier-Hayoz**, Arthur/**Nobel**, Peter: Schweizerisches Aktienrecht, Bern, 1996, § 35, No: 19, s. 403; **Horber**, Felix: Die Informationsrechte des Aktionärs, Zürich, 1995, No: 1074, s. 345. Hukukumuzda da bilgi alma veya inceleme talebinin reddinin özel denetim talebi bakımından yeterli olduğu belirtilmektedir (bkz. **Altay**, Sıtkı Anlam: "Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2, 2013, s. 64; **Değirmencioglu Aydın**, Nihan: Anonim Şirketlerde Özel Denetim İsteme Hakkı, İstanbul, 2015, s. 32; **Uçar Bulut**, Gülnur Ceren: Anonim Şirketlerde Özel Denetim, Ankara, 2018, s. 73-74; **Kaya**, s. 73 ve özellikle 75; **Günay**, Gözde Engin: Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Özel Denetim, İstanbul, 2018, s. 144; **Şener**, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ankara, 2017, s. 523; **Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin/(**Tekinalp**, Ünal): Ortaklıklar Hukuku II, İstanbul, 2017, s. 65). Karşı görüş için bkz. **Narbay**, Şafak: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim Yapılması Şartları ve Özel Denetçinin Atanması Usulü", Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C.1, İstanbul, 2007, s. 302.

ması gerekmektedir⁵. Anılan görüş çerçevesinde, TTK m. 439'da tam anlamıyla bir hak düzenlenmiştir ve bunun m. 438'de düzenlenen talebin şartlarıyla sınırlandırılmaması gereklidir. Ayrıca görüşe göre, TTK m. 438 ve m. 439'u birbirine bağlayan açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Yine bu görüşün bir diğer gerekçesi, m. 438 ve m.439'da farklı ispat konu ve ölçütlerinin düzenlenmiş olmasıdır. Bunlardan başka, azınlığın ortaklıktaki konumu değerlendirildiğinde, azınlığı her iki düzenlemenin koşullarına tâbi tutmanın kanunun sistematigine ve ruhuna uygun olmayacağı ifade edilmektedir⁶.

Egemen görüşse aksi yöndedir. Bu görüşe göre, genel kurulun red kararı karşısında, azınlık mahkemeye başvururken TTK m. 438'deki koşullara ek olarak m. 439'daki koşulları da sağlamalıdır⁷. Çalışmamızın sınırlarını aşacağı gerekçesiyle tartışmanın detaylarına girememekle beraber, bu hususta egemen görüşe katıldığımızı belirtebiliriz. Zira hem bilgi alma davası hem de özel denetime yönelik süreç bakımından ön koşul kanunda açıkça bilgi alma hakkının kullanılması olarak düzenlenmiştir. TTK m. 439/1'de bahsedilen genel kurulun reddettiği özel denetim istemi TTK m. 438/1'de yer verilen özel denetim istemidir. Bu istem de öncelikle bilgi alma hakkının kullanılmasına bağlanmıştır. Gerçekten de TTK m. 438 ve m. 439'un madde başlıkları da aynı karar önerisinin kabulü veya reddi olasılıklarına bağlı olarak birbirinin devamı şeklinde düzenlenmiştir. Başka bir ifadeyle kanunun sistematik yorumu bu durumu desteklemektedir. Ayrıca kanun yapılırken de aynı durum gözetilmiş ve TTK m. 439'un madde gerekçesinde azınlığın açacağı dava bakımından m. 438'deki koşullara ek olarak m. 439'daki koşulların aranacağı belirtilmiştir. Kanunun yaklaşımı bilgiye dayalı olası bir uyuşmazlığın mahkemeden önce ortaklık içinde çözümlenmesini sağlamaya yöneliktir. Keza bu şekilde özel denetçi isteminin kötüye kullanılması ve şirkete zarar vermesi tehlikesinin azaltılmasının amaçlandığı öğretilerde belirtilmektedir⁸. Ayrıca hukukumuzda TTK m. 439 uyarınca açılacak dava bakımından bilgi alma veya inceleme hakkının kullanılmasının bir dava şartı

⁵ Bu görüşte bkz. **Kaya**, s. 70.

⁶ Bu hususlarda bkz. **Kaya**, s. 68-70.

⁷ Bu yönde bkz. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/(Tekinalp)**, C. 2, s. 68; **Değirmencioğlu Aydın**, s. 61; **Narbay**, s. 317-318; **Uçar Bulut**, s. 108; **Güven**, Şirin: "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirketler Hukukunda Özel Denetim", Cankaya University Journal of Law, (7) 2, 2011, s. 154; **Günay**, s. 204-205.

⁸ Bkz. **Pulaşlı**, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, Ankara, 2014, No: 34, s. 1563; **Günay**, s. 135.

olduğu da ifade edilmiştir⁹. Son olarak düzenlemelerimize kaynak teşkil eden İsviçre öğretisi de aynı görüştedir¹⁰. Dolayısıyla özel denetim, azınlığın mahkemeye başvurması noktasında da bilgi alma hakkına göre ikincillik özelliğini sürdürmektedir.

Özel denetimin ikincilliği hususu çalışma kapsamında detaylı olarak incelenemeyecektir. Ancak ikincillik koşulunun özel denetimin konusu ile de ilişkisi vardır. Bu nedenle özel denetimin konusu ile ilgili olduğu çerçevede ikincillik koşulu dikkate alınacaktır.

2. Koşulun Özel Denetim Konusu Üzerindeki Etkisi

a. Koşulun Özel Denetim Konusu Üzerindeki Etkisine İlişkin Görüşler

İkincillik koşulu özel denetimin konusunu her somut olayda etkiler. Zira özel denetimin konusu genel kurulda verilen özel denetime yönelik karar önerisine göre belirlenir. Diğer koşullar da oluşmuşsa, söz konusu karar önerisi genel kurul başkanı tarafından oylamaya sunulmak zorundadır¹¹. Genel kurulda özel denetim istemi pay sahiplerince oylanır ve kabulü için olağan yetersayı aranır¹².

Bu noktada konumuz bakımından önemli olan husus ise şudur: Oylamaya sunulan karar önerisiyle önceden kullanılan bilgi alma veya inceleme hakkı arasında ne ölçüde bir benzerlik aranmalıdır? Önerinin, önceden kullanılan bilgi alma ve inceleme hakkıyla bağlantısını ortaya koyan iki görüşten bahsedilebilir¹³. Birincisine göre, kullanılan bilgi alma hakkı çerçevesinde yöneltilen soruların kapsamı özel denetim önerisinin en geniş kapsamını oluşturabilir. Başka bir ifadeyle özel denetime ilişkin karar önerisi,

⁹ Bkz. **Altay**, s. 64.

¹⁰ Bu yönde bkz. **Kunz**, Peter V.: “Zur Subsidiarität der Sonderprüfung”, SJZ, 92, 1996, s. 5; **Böckli**, Peter: Schweizer Aktienrecht, Zürich, 2009, No: 41, s. 2267; **Honsell**, Heinrich/**Vogt**, Nedim Peter/**Watter** Rolf/(**Weber**, Rolf H.): Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 ÜBest GmbH, Basel, 2012, Art. 697b, No: 5, s. 896; **Gabrielli**, Fabrizio: Das Verhältnis des Rechts auf Auskunftserteilung zum Recht auf Einleitung einer Sonderprüfung, Zürich, 1997, s. 109; **Casutt**, Sonderprüfung, s. 93; **Horber**, No: 1214, s. 394-395; **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, §35, No: 41, s. 406.

¹¹ Bu yönde bkz. **Şener**, s. 524.

¹² Bkz. **Şener**, s. 524; **Günay**, s. 170.

¹³ İki görüşe dayalı tasnif için bkz. **Kunz**, Subsidiarität, s. 3; **Gabrielli**, s.160-161; **Jänig**, Ronny: Die Aktienrechtliche Sonderprüfung, Norderstedt, 2008, s. 51-52.

bilgi alma hakkının kullanılması sırasında sorulan soruların kapsamını aşmaz¹⁴.

Bu görüşe göre, bilgi alma hakkından, özel denetim karar önerisine ve nihayetinde özel denetim raporuna kadar geçen süreçte, daralan bir seyir gözlenecektir. Haliyle, ilk görüş bağlamında, özel denetime ilişkin karar önerisi, bilgi alma hakkının kullanımını sırasında sorulan sorulardan dar kapsamlı olarak belirlenebilir¹⁵. En geniş haliye kullanılmış olan bilgi alma ve inceleme hakkının kapsamındadır. Örneğin, bilgi alma hakkı kapsamında pay sahibi üç hususta soru sormuşsa, özel denetime ilişkin karar önerisi, bu üç hususa veya bunlardan bazılarına ilişkin olabilir. Bu üç hususla bağlantı dâhilinde olan başka hususlar özel denetimin konusunu oluşturamaz.

Her iki talebin özdeşliğini esas alan bu görüşü savunanlar, lafzi bir özdeşliği kast etmemektedirler. Dolayısıyla, özdeşlik, önce kullanılan bilgi alma hakkının konusuyla içerik ve amaç açısından anlamsal bir uyuşmayı ifade etmektedir¹⁶. Hukukumuzda bilgi alma istemiyle özel denetim konusunun aynı (özdeş) olması gerektiği ya da birbiriyle örtüşmesi gerektiği savunulmaktadır¹⁷. Eğer, konu yönünden bir farklılık varsa, mahkemenin davayı reddetmemesi, sadece dava dilekçesinin buna göre düzeltilmesini davacıdan istemesi ya da koşulları oluşmayan farklı konuları özel denetim kapsamından çıkarması gerektiği öğretide ifade edilmektedir¹⁸. Bu savunu anılan görüşe uygundur.

Özel denetime ilişkin karar önerisinin içerik sınırlarını belirleyen diğer görüşe göre, önerinin kapsamı bilgi alma hakkının kullanılması sebebiyle sorulan soruların kapsamını aşabilir. Buna göre, özel denetim karar önerisinin, bilgi alma hakkı nedeniyle sorulan sorularla belirli bir bağlantı içerisinde olması gerekir. Ancak özel denetime ilişkin karar önerisi kullanılan bilgi alma hakkıyla bağlantı sergilemesine rağmen bundan geniş kapsamda olabilecektir¹⁹. Dolayısıyla birinci görüşten farklı olarak, kullanılan bilgi

¹⁴ Kural olarak bu görüşte bkz. **Horber**, No: 1137, s. 369; **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 35, No: 50, s. 407; **Casutt**, Sonderprüfung, No: 16, s. 72.

¹⁵ Bu görüşte bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, No: 16, s. 72.

¹⁶ Özel denetimin dava aşamasına ilişkin olarak bu yönde bkz. **Horber**, No: 733, s. 227. Görüşe ilişkin bu yönde açıklama noktasında bkz. **Gabrielli**, s. 160.

¹⁷ Bu yönde bkz. **Uçar Bulut**, s. 79; **Pulaşlı**, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I, Ankara, 2014, No: 28, s. 1250; **Pulaşlı**, Hasan: "Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Özel Denetim İsteminin Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, İstanbul, 2017, s. 598; **Narbay**, s. 301; **Altay**, s. 63.

¹⁸ Bkz. **Kaya**, s. 76.

¹⁹ Bu yönde bkz. **Kunz**, Subsidiarität, s. 3.

alma hakkıyla bağlantılı olmak kaydıyla, özel denetim talebi ondan dar olabileceği gibi, onu aşabilir de. Bu görüş de uygulama kolaylığı ve talepte bulunanların bir daha bilgi alma veya inceleme hakkına yönlendirilmesinin yapmacık görüldüğü gerekçesiyle savunulmaktadır²⁰.

b. Görüşlerin Değerlendirilmesi

aa. Lafzî Yorumun Reddedilmesi

Aktarılan görüşlerin ortak bir yanı vardır. Daha önceden bilgi alma ve inceleme hakkının kullanımı vesilesiyle sorulan sorunun lafzına bağlı kalınmamaktadır. Aksi yönde bir yaklaşım özel denetimin gerçekleşmesini ve anlamını önemli ölçüde zedeleyebilir. İsviçre hukukunda, birçok özel denetim isteminin mahkemelerin çok dar bir ölçü uygulayıp lâfzî inceleme yapması nedeniyle başarısızlıkla sonuçlanması eleştirilmektedir²¹. Gerçekten de sonradan uygulamanın bu yöndeki tutumu Federal Mahkeme'nin içtihatlarıyla değişme eğilimi göstermiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi, ikincilliğin özel denetimin konusu üzerindeki etkisiyle ilgili bir karar vermiştir. Karara göre, özel denetimin konu sınırlamasında esas olan, istemde bulunan pay sahiplerinin bilgi alma gereksinimidir. Yalnız, pay sahiplerinin önceden kullandıkları bilgi alma veya inceleme haklarının içeriğinden yönetim kurulunun dürüstlük kuralına göre çıkarması gerektiği anlam ölçüsünde bir konu sınırlaması yapılacaktır. Ancak yönetim kurulu bunu yaparken, lafzi bir yorumun arkasına sığınamamalı ve açıkça sorulmuş soruları cevaplamalıdır. Diğer taraftan pay sahiplerinin, belirli bir özen dâhilinde, bilgi alma veya inceleme isteminde bulunmaları gerekmektedir. Ayrıca pay sahiplerinin bilgi durumuna göre mümkün olduğunca açık bir şekilde, başka hangi bilgileri istediklerini de ifade etmeleri gerekir²². Bu karar lafzi yorumun terki anlamına gelmektedir. Dolayısıyla öğretilde bu kararın, gelecekte talepte bulunan pay sahiplerinin yararına olacak şekilde hareket alanı oluşturacağı düşüncesi hakimdir²³. Gerçekten de Zürih Bölge Mahkemesi'nin sonradan verdiği bir karara göre, hali hazırdaki

²⁰ Bu yolda bkz. **Gabrielli**, s. 161; daha ayrıntılı olarak bkz. **Kunz**, Subsidiarität, s. 3.

²¹ Bu hususta bkz. **Casutt**, Anderas: "Was brachte die Sonderprüfung als neues Instrument des Aktionärsschutzes? Praktische Erfahrungen der ersten zehn Jahre", Der Schweizer Treuhänder, 5, 2002, s. 508.

²² Bkz. BGE 123 III, 261, s. 265 (https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F123-III-261%3Ade&lang=de&zoom=&type=show_document ET. 03.04.2019).

²³ Bu anlamda bkz. **Casutt**, Was brachte die Sonderprüfung, s. 509.

konu veya soruları derinleştiren veya tamamlayan nitelikteki soruların sorulabileceği kabul edilmiştir. Böylelikle ikincillik ilkesinin lafzi olarak denetlenmesinden haklı olarak ayrıldığı belirtilmektedir²⁴.

bb. Değerlendirmeyi Etkileyecek Ölçütler

İkincillik koşulu değerlendirilirken özel denetim kurumunun ve özellikle ikincillikğin öngörülme nedenleri yol gösterici olmalıdır. Burada gözetilmesi gereken iki husus vardır. Öncelikle, söz konusu ilkeyle sorunlar ortaklık içi yöntemlerle bertaraf edilmeye çalışılmaktadır. Diğer taraftan, usul ekonomisine uygun bir bakış açısı da kaçınılmazdır²⁵. Dolayısıyla özel denetime ilişkin karar önerisinin kapsamı (veya reddedilen karar önerisi üzerine mahkemeye başvurunun kapsamı) belirlenirken bu iki husus arasında denge tesis edilmelidir. Özellikle pay sahibinin konuyla ilgili öğrendiği bilgiler çerçevesinde yeni soru formüle etmesine izin verilmemesi, onun sürekli bir sonraki genel kurula yönlendirilmesi, hülasa bilgilendirme sisteminin tamamını etkisiz hale getirebilir.

Özel denetimin konusu ikincillik bakımından değerlendirilirken, dikkat edilecek hususlardan bir diğeri de, pay sahiplerinin bilgi durumudur. Pay sahiplerinin bilgi talep ettikleri anda konuyla ilgili çok az bilgileri varsa, genel kurul sırasında veya sonrasında (öğrendikleriyle) bazı sonuçlara ulaşmaları veya bazı sonuçlar arasında bağlantılar kurmaları olasılığı vardır. Bu nedenle özel denetim istemi bağlamında ilk hedeften önemli ölçüde sapan detaylandırmalar veya düzeltmeler gündeme gelebilir²⁶.

Özel denetimin konusu önce kullanılan hakka göre belirlenirken somut olay çerçevesinde etkili olabilecek üçüncü bir husus da, ele alınan anonim ortaklığın yapısal özellikleri olabilir. Konuşma sürelerinin uzun tutulduğu, yönetim kuruluyla karşılıklı tartışma ortamının tesis edildiği ortaklıklarda, pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkını kullanması daha kolaydır. Örneğin küçük çaplı ve şahıs ögesinin ön planda olduğu bir anonim ortaklık genel kurulunda, bilgi alma veya inceleme hakkının kullanımı böyledir. Pay sahibinin devam eden sorularla sorusunu belirli bir düzeye indirgemek imkânı olabilecektir. Fakat büyük bir ortaklıkta karşılıklı bir tartışma çok da olanaklı olamaz. Zira bu tip ortaklıkların genel kurullarında müzakerelere katılma hakkının süre bakımından kısıtlanması gibi durumlarla karşılaşılabilir. Ayrıca böyle ortaklıklarda icabında pay sahiplerinin paylaşılan bilgiler

²⁴ Bu hususta bkz. **Casutt**, Was brachte die Sonderprüfung, s. 509.

²⁵ Bkz. **Gabrielli**, s. 162.

²⁶ Bu hususta bkz. **Gabrielli**, s. 161.

üzerinde çalışmaları gerekebilir. Devam eden sorularını ortaya koymaları ancak daha sonra olanaklı olacaktır²⁷. Tartışma ortamının yetersiz olduğu, kısa söz sürelerinin tanındığı ortaklıklar bakımından özel denetim talebi önce kullanılan bilgi alma hakkıyla ilişkilendirilmek koşuluyla bazen onu aşar şekilde oluşturulabilir. Tartışma ortamının yeterli olduğu az pay sahipli ortaklıklar bakımından önce kullanılan bilgi alma hakkına bağlılık daha katı bir şekilde aranabilir.

cc. Sonuç ve Yasal Değişiklik Önerisi

Açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere, özel denetime yönelik karar önerisinin konusu belirlenirken somut olay büyük önem kazanır. Somut olayda, pay sahiplerine bilgi vermekle görevli olanların, özellikle yönetim kurulunun, hareket tarzı değerlendirilmelidir²⁸. Bilgi alma hakkının kullanımını karşısında yönetim kurulunun hiç bilgi paylaşmaması veya yetersiz bilgi paylaşması halinde, ikincilik koşulunun geniş bir çerçevede oluştuğunu kabul etmek gerekir. Çünkü artık, bilgi alma veya inceleme hakkının başarıyla kullanılmayacağı sabittir²⁹. Dolayısıyla yönetimin açık olan tutumu karşısında, pay sahibinin sırf bilgi alma hakkının devamındaki haklarını koruyabilmek için tüm olası soruları sormasını beklemek uygun olmayacaktır³⁰. Haliyle böyle bir durumda karar önerisi, ölçüsü daha geniş olan ikinci modele uygun bir değerlendirmeye tâbi tutulabilir. Buna karşılık yönetimin açıklıkla bazı bilgileri vermesi ve sadece belirli alanlarda bilgiler vermemesi halinde, özel denetime ilişkin karar önerisinin bilgi verilmeyen bu alanlarla sınırlandırılması gerekmektedir³¹. Yönetimin yeterli bilgileri vermeye çalıştığı bu olasılıkta karar önerisinin ölçüsü sınırlanırken daha dar olan birinci görüşe yaklaşılabilir.

İsviçre hukukunda gündeme gelen bir değişiklik anılan soruna azınlık istemine dayanan özel denetim talepleri bakımından bir çözüm getirmeye çalışmaktadır. Buna göre, birinci olarak talep, önceden kullanılan bilgi alma ve inceleme hakkındaki sorulara ilişkin olmalıdır. Diğer taraftan da pay sahipliği haklarının kullanımı bakımından gerekli olması koşuluyla, özel denetim müzakereleri sırasında genel kurulda sorulan sorular da özel denetimin

²⁷ Bu konuda bkz. **Gabrielli**, s. 161-162.

²⁸ Bu bağlamda bkz. **Gabrielli**, s. 162.

²⁹ Bu hususta bkz. **Gabrielli**, s. 162.

³⁰ Benzer anlamda bkz. **Gabrielli**, s. 162-163.

³¹ Bu hususta bkz. **Gabrielli**, s. 163.

konusunu oluşturabilir³². Böylelikle bağdaştırıcı bir çözüm ortaya konulmaya çalışılmıştır. Yine de öğretide, bunun özel denetim bakımından gerçek anlamda bir kolaylaştırıcı değişiklik olmadığı eleştirisi vardır. Buna göre, söz konusu değişiklik günümüz uygulamasının açıklanmış halidir³³. Eğer İsviçre’de mevcut kural, özel denetim müzakerelerini de kapsayacak şekilde uygulanabiliyorsa, Türk hukuku bakımından da benzer bir esneklik tanınmalıdır. Ancak İsviçre’de planlanan yasa değişikliğinin bizim açımızdan da yapılması özel denetim ile bilgi alma ve inceleme hakkı arasındaki bağlantının ortaya konulması bakımından isabetli olabilir.

B. Gereklilik Koşulu ve Özel Denetimin Konusu Üzerindeki Etkisi

1. Gereklilik Koşulu

a. Tüm Pay Sahipliği Haklarını Kapsaması

TTK m. 438’e göre azınlık teşkil etsin etmesin her pay sahibi genel kuruldan özel denetim talep edebilir³⁴. Bu talebin konusu da TTK m. 438 çerçevesinde belirlenir. Genel kurulun özel denetime yönelik karar önerisini kabul etmesi, genel kurulda bir çoğunluk oluşmasına bağlıdır. Her ne kadar anonim ortaklıklarda çoğunluk ilkesi uygulanmakta olsa da çoğunluğun kabulü üzerine yapılacak bir özel denetim de konu bakımından belli sınırlara tâbidir. Bunlardan birisi gereklilik koşuludur. Buna göre, özel denetimin konusu, pay sahipliği haklarının kullanılması için gerekli olmalıdır.

Pay sahibinin anonim ortaklıklar hukukunun kendine bahsettiği hakları makul bir şekilde kullanabilmesi, ihtiyaç duyduğu hususlarda bilgili olmasını gerektirir³⁵. Bu nedenle TTK m. 438’de ifade edilmiş bulunan pay sahipliği haklarının kullanılması için gerekli olma koşulu anlamlıdır ve özellikle oy hakkını kapsamaktadır³⁶. Ancak bu kapsam sadece oy hakkının kullanımıyla sınırlı değildir. Hükmün sistematik yorumundan hareketle gereklilik koşulunun sadece denetleme haklarını kastettiği sonucuna ulaşmak da yanlıtıcı

³² Bu bağlamda bkz. **Schnyder**, Orsolya Fercsik/**Weber**, Rolf H.: “Von der SOnderprüfung zur Sonderuntersuchung”, GesKR, Sondernummer, 2008, s. 114-115; **Schenker**, Urs: “Die Sonderprüfung - ein schwieriges Instrument”, GesKR, 1, 2019, s. 31.

³³ Bu hususta bkz. **Schenker**, s. 31.

³⁴ Bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 35, No: 33, s. 405.

³⁵ Bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 35, No: 2, s. 401.

³⁶ Bu hususta bkz. **Jänig**, s. 50. Hukukumuzda da oy hakkı özellikle vurgulanmaktadır (bu hususta bkz. **Değirmencioğlu Aydın**, s. 36; **Uçar Bulut**, s. 80).

olur³⁷. Malvarlıksal olan ve olmayan tüm pay sahipliği hakları gereklilik koşulunun oluşmasını sağlar³⁸. Bunlar arasında pay sahibinin paylarını devretme hakkı ve özellikle sorumluluk davası açabilme hakları da sayılmaktadır³⁹. Gereklilik koşuluna dâhil “pay sahipliği hakları” geniş yorumlanır⁴⁰. Bunlara yıllık hesapların onaylanmaması, yönetim kurulunun azli gibi hususların da dâhil olduğu öğretilerde ifade edilmektedir⁴¹. Ayrıca elde edilen bilgilerin haklı bir sebebin varlığına işaret etmesi durumunda haklı sebeple fesih davası açılabilmesi de mümkündür⁴². Bu da pay sahipliği haklarının içinde değerlendirilmelidir. Keza iptal davası açılması bakımından bir görüş oluşturması dahi gereklilik koşulu için yeterli sayılmalıdır⁴³. Gereklilik koşulu, özel denetleme talebiyle pay sahipliği haklarının kullanımı arasında maddi bir bağlantı aramaktadır. Böylelikle, ortaklığın sürekli olarak özel denetim yoluyla bilgi alma talebiyle karşı karşıya gelmesi de azalacaktır⁴⁴.

b. Gerekliliğin Ölçüsü ve İspatı

Gereklilik koşulunun ifade edilme biçiminin iki önemli sonucu beraberinde getirdiği belirtilebilir. Birincisi, özel denetim talebi mahkemeye bir

³⁷ Bilgi alma hakkıyla ilgili olarak İsviçre hukukunda bu yönde bkz. **Martinez**, Larissa Marolda: Information der Aktionäre nach Schweizerischem Aktien- und Kapitalmarktrecht, Zürich, 2006, s. 143.

³⁸ Yasada belirlenmiş tüm pay sahipliği hakları gereklilik koşulunun kapsamında olarak anlaşılmaktadır. Tespitte ilgili olarak bilgi alma hakkı bakımından İsviçre hukukunda bkz. **Martinez**, s. 143-144; **Jänig**, s. 50. Hukukumuz açısından bkz. **Özdamar**, Mehmet: “Anonim Şirketlerde Özel Denetim”, içinde: **Ulusoy**, Erol (ed), Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, Ankara, 2014, s. 45-74, s. 53-54.

³⁹ Bu bağlamda bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 39; **Martinez**, s. 144; **Böckli**, No: 50, s. 2270. Hukukumuzda sorumluluk davasına yönelik vurgu için bkz. **Narbay**, s. 304; **Pulaşlı**, C. I, No: 30, s. 1250; **Pulaşlı**, Hasan: “Yönetim Kurulu Üyesinin Bilgi Alma Hakkı ve Mahkemedeki Özel Denetim İstemesine İlişkin Koşullar - İsviçre Federal Mahkemesi'nin (133 III 133) 20 Aralık 2006 Tarih ve 4C278/2006 Sayılı Kararı”, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. 2, Ankara, 2010, s. 1878; **Özkan**, Ömer: “Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Özel Denetçi Atanması”, BATİDER, (XX) 2, 1999, s. 37.

⁴⁰ Bkz. **Schenker**, s. 21. Türk öğretisinde, bilhassa sorumluluk davası açma, seçim ve oy haklarının kullanılması ya da kar dağıtım kararının butlanının talebi bakımından gerekli olması durumunda özel denetçi atanmasının olanaklı olduğu belirtilmektedir (bkz. **Şener**, s. 523).

⁴¹ Örnekler için bkz. **Honsell/Vogt/Watter/(Weber)**, Art. 697a, No: 26, s. 892.

⁴² **Altay**, s. 67.

⁴³ Bilgi alma hakkı bakımından İsviçre hukukunda bu yönde bkz. **Böckli**, No: 152, s. 1395.

⁴⁴ İsviçre hukuku bakımından bilgi alma hakkıyla ilgili olarak bu yönde bkz. **Martinez**, s. 141-142.

şekilde taşındığında bu gerekliliğin talepte bulunanlar tarafından ispatlanması gerekir. Bu da, pay sahiplerinin ilgili bilgiye olan menfaatlerini⁴⁵ ve bunun gerekliliğini kanıtlamaları anlamını taşır. Kullanılan “gerekli olma” ifadesinin etkisini burada göstereceği belirtilebilir. Buna göre, ispat faaliyetini yürüten pay sahibi, yalın iddialarla yetinmemelidir. Tam tersine bu bağlamda kendisinden meselenin ayrıntılı olarak özele indirgenmesi beklenmektedir⁴⁶.

Gereklilik koşulunun getirdiği ikinci önemli sonuç da gerekliliğin ölçüsünün belirlenmesi lüzumudur. Pay sahipliği haklarının kullanımı bakımından özel denetimle ilgili talebin hangi noktada gerekli kabul edileceği önemlidir. Bu bağlamda, pay sahibinin almak istediği bilgi, makul ve ortalama bir pay sahibinin haklarını bilinçli olarak kullanması bakımından lüzumlu ise gereklilik koşulu sağlanmış kabul edilebilir⁴⁷. Özellikle genel kurulun özel denetim talebini reddetmesi durumunda, söz konusu talebi mahkemeye taşıyan azınlık pay sahipleri (bkz. TTK m. 439), yukarıda değinilen birinci sonuç çerçevesinde talepte bulunurken, istenilen bilgiyle bunun gerekliliği arasındaki bağlantıyı özele indirgeyerek kuracaklardır. Talebin değerlendirilmesinde de bahsedilen ölçüye göre, talebin pay sahipliği haklarının kullanımı bakımından gerekli olup olmadığına karar verilecektir.

Gerekliliğin oluşup oluşmadığının denetlenmesinde pay sahibinin geçmişte haklarını nasıl kullandığı önem taşımaz. Örneğin, özel denetim isteminde bulunan kişinin ibra oylamasında olumsuz oy verip vermemesi ya da sorumluluk davası açıp açmamasının istem bakımından önemi yoktur⁴⁸.

c. Özel Bir Menfaat Koşulu Olması

Öğretide istem sahibinin güncel korunabilir bir hukuki menfaati olması gerektiği ifade edilmektedir. Söz konusu menfaat gereklilik koşulu içinde değerlendirilmektedir⁴⁹. Gereklilik koşulu bağlamında incelenen korunabilir hukuki menfaat, özel bir menfaattir. Pay sahibinin koşulun oluştuğunu de-

⁴⁵ İlgili bilgiye olan menfaatlerini pay sahiplerinin ispatlamaları gerektiği yolunda bkz. **Martinez**, s. 146.

⁴⁶ Bu doğrultuda bkz. **Kunz**, Peter V.: Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern, 2001, dipn. 274, No: 73, s. 852-853. Karş. **Altay**, s. 68.

⁴⁷ İsviçre hukukunda bilgi alma hakkı bakımından bkz. **Forstmoser**, Peter: “Informations- und Meinungsäusserungsrechte des Aktionärs”, içinde: **Forstmoser**, Peter/**Druey**, Jean Nicholas (ed.), Rechtsfragen um die Generalversammlung, Zürich, 1997, s. 94.

⁴⁸ Bkz. **Honsell/Vogt/Watter/(Weber)**, Art. 697a, No: 25, s. 892.

⁴⁹ Bu bağlamda bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 38. Hukukumuzda bu yönde bkz. **Kaya**, s. 77; **Değirmencioğlu Aydın**, s. 37; **Uçar Bulut**, s. 81; **Narbay**, s. 303; **Güven**, s. 149; **Pulaşlı**, Mukayeseli Hukuk, s. 595-596; **Günay**, s. 157.

taylandırabildiği ölçüde detaylandırması beklenmektedir. Bunu da talep ettiği bilgiyi pay sahipliği haklarının kullanımıyla ilişkilendirerek yapacaktır.

Öğretide ifade edilen güncel korunabilir hukuki menfaat kavramını usul hukukundaki dava şartı olan dava açmadaki hukuki yarar ile karıştırmamak gerekir⁵⁰ (bkz. HMK m. 114/1 h). Örneğin verilen bilgiler ışığında açığa çıkarılacak olay tam anlamıyla aydınlanmış bulunuyorsa⁵¹, buna dava şartı yokluğuna bağlanan sonuçlar bağlanmalıdır (bkz. HMK m. 115). Her dava gibi özel denetim talebinde de talepte bulunanın buna yönelik bir hukuki yararı olmalıdır. Özel denetim talep edenin sorduğu soruların cevapları zaten bilinmekteyse hukuki yarar yokluğuna yönelmek gerekir⁵². Dolayısıyla gereklilik koşulunun incelenmesine de lüzum kalmaz.

Gereklilik koşulunda istenilen bilgiyle pay sahipliği haklarının kullanımını arasındaki ilişki ortaya konulmaktadır. İlişkisi ortaya konulan haklar halen kullanılabilir olmalıdır. Başka bir ifadeyle söz konusu özel hukuki menfaat güncel olmalıdır. İstem sahibinin ilişki kurduğu hak, zamanaşımı, hak düşürücü süre veya başka sebeplerle kullanılamayacak durumda olursa gereklilik koşulu oluşmayacaktır⁵³. Mesela, özel denetim talebini sadece iptal davası açma hakkıyla temellendirmeye çalışmak çoğu durumda yanlış olacaktır. Zira dava bitene kadar iptal davasının tâbi olduğu hak düşürücü süre dolacaktır⁵⁴.

2. Özel Denetim Konusu Üzerindeki Etkisi

a. Konuyu Sınırlandırmaması

Gereklilik koşulu, özel denetimin bir sınırı değildir. Ortaklığın durumunu değerlendirmek bakımından anlam ifade eden her husus özel dene-

⁵⁰ Bu bağlamda bkz. **Kostkiewicz**, Jolanta Kren/**Wolf**, Stephan/**Amstutz**, Marc/**Fankhauser**, Roland/(**Roth Pellanda**, Katja): OR Kommentar - Schweizerisches Obligationenrecht, Zürich, 2016 Art. 697a, No: 12.

⁵¹ Öğretide, genel kurulda yönetim kurulu etraflıca bilgi paylaştıysa, özel denetime yer kalmayacağı ifade edilmektedir (**Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 35, No: 30, s. 405; **Özkan**, s. 38). Hukukumuzda bu noktada dava şartı yokluğundan ziyade gereklilik koşulunun yokluğuna yönelinmektedir (bkz. **Uçar Bulut**, s. 82).

⁵² İsviçre öğretisinde Federal Mahkeme'nin bu yöndeki eğilimi hakkında bkz. **Schenker**, s. 28.

⁵³ Bkz. **Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser/(Roth Pellanda)**, Art. 697a, No: 12; **Gabrielli**, s. 82; **Pulaşlı**, Yönetim Kurulu Üyesinin Mahkemeden Özel Denetim İstemesi, s. 1878.

⁵⁴ İsviçre hukukunda bu anlama gelmek üzere bkz. **Casutt**, Was brachte die Sonderprüfung, s. 509.

timin konusunu oluşturabilmektedir. Burada önemli olan özel denetim iste-miyle pay sahipliğinden kaynaklanan hakların kullanımı arasında bir bağ-lantı kurulabilmesidir.

Özel denetimin konusu ortaklığa ilişkin her husus olabilir. Ortaklığın ve bununla birlikte pay sahiplerinin ekonomik ve finansal durumunu etkileyebilece her şey özel denetim konusu olabilmelidir. Pay sahipliği haklarının kullanımıyla bağlantısı olmak koşuluyla ortaklığın üçüncü kişilerle olan ilişkileri de özel denetimin konusu olabilir. Bu nedenle özel denetim sadece ortaklığın içine dönük olarak işletilmek zorunda değildir. Ayrıca gereklilik koşulu dar değerlendirilmemelidir. Dolayısıyla, gereklilik koşulu üzerinden, hakkın kullanılmasının aşırı şekilde sınırlandırılması olanaklı değildir⁵⁵.

b. Bilgi İle Pay Sahibi Arasında Konu Bakımından İlişki Kurma

Gereklilik koşulu değerlendirilirken, bilginin pay sahibiyle olan ilişkisi kurulmalıdır. Açığa çıkarılacak olan olaylar sadece rakiplerin⁵⁶ bilgiye yö-nelik menfaatine hizmet etmekteyse ya da sadece pay sahibinin merakının⁵⁷ giderilmesine yönelikse, bunlar gereklilik koşulu bakımından uygun değildir. Keza bu koşul sayesinde gereksiz ve keyfi konularda soruların yönetilme-sinin önlendiği de öğretide belirtilmektedir⁵⁸. Özel denetim bilgilendirme sisteminin bir parçasıdır ve sistemin amaçlarına uygun bir bilgi talebi olma-lıdır. Keza diğer pay sahipliği haklarında olduğu gibi özel denetim talebinde de pay sahibinin ortaklıktaki menfaatlerinin korunması esas alınmıştır. Yoksa diğer özel ya da kamusal menfaatlerin korunması hakkın kapsamında değildir⁵⁹.

Organ üyelerinin, çalışanların, pay sahiplerinin şahsi ilişkileri, pay sa-hipliği haklarının kullanılmasyla özel denetim arasındaki bağlantıyı sağla-maz. Örneğin yönetim kurulu üyelerinin aldıkları huzur hakları, ikramiye, prim ve ücretler özel denetimin konusunu oluşturabilir. Ancak üyelerin bun-

⁵⁵ Bkz. **Gabrielli** s. 97.

⁵⁶ **Günay**'a göre: "İhtiyaç 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" (bkz. **Günay**, s. 159).

⁵⁷ Pay sahibinin salt merakı yeterli değildir. Bu yönde bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 35, No: 28, s. 404; **Uçar Bulut**, s. 80; **Pulaşlı**, C. I, No: 30, s. 1250; **Pulaşlı**, Yönetim Kurulu Üyesinin Mahkemenen Özel Denetim İstemesi, s. 1878; **Pulaşlı**, Mukayeseli Hukuk, s. 596; **Özkan**, s. 38.

⁵⁸ Bkz. **Pulaşlı**, Mukayeseli Hukuk, s. 595

⁵⁹ Son iki hususla ilgili olarak bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 40.

ların vergilerini ödeyip ödemedikleri gibi hususlar özel denetimin konusu olmaz⁶⁰.

Özel denetim pay sahipliği haklarının kullanılmasına yönelik bilgilendirme amacı taşıdığından, özel denetim hükümlerinin amaçlarına aykırı talepler de bu çerçevede engellenmiş olur. Bazen ortaklığın durumunun değerlendirilmesi bakımından önem taşıyan olaylar söz konusu olabilir. Bu durumlarda dahi, özel denetim isteminin pay sahipliği haklarının kullanılmasıyla ilişkilendirilebilmesi gerekir⁶¹. Söz konusu koşulun hakkın kötüye kullanılması teşkil eden sorular için aranması söz konusu olmaz⁶². Çünkü böyle istemler zaten yasanın özel denetimin öngörme amacına ve MK m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralına aykırı olacaktır. Yalnız hakkın kötüye kullanılması sonucuna ulaşılmasının da kolaylıkla kabul edilemeyeceği belirtilmelidir. Örneğin, meşru bir amacın yanında, ortaklık tarafından iddia edilen başka amaçların da takip edilmesi söz konusuysa, öğretilde buna rağmen koşulun sağlandığı kabul edilmektedir⁶³.

C. Belirlilik Koşulu: Konunun Belirli Olaylardan Oluşması

1. Olay Kavramı

a. Vakıalar Bütünüünün Ortaya Çıkarılması

Özel denetimin konusunu “belirli olaylar” oluşturur. Bu şart, talebin bir veya birden çok belirli, somut, açıkça tanımlanmış olayı içermesini zorunlu hale getirmiştir⁶⁴. Olay tabiriyle ifade edilmek istenen husus bir vakıalar bütünüdür. Zira öğretilde belirtildiği üzere, özel denetim raporu, pay sahiplerinin sorguladığı olayı doğru değerlendirmelerini mümkün kılan, vakıalara odaklanmış açıklayıcı bir rapordur⁶⁵. Bu vakıalar, sözleşme içeriği, indirimler, akraba ilişkileri gibi vakıalardır⁶⁶. Ortaklık işlerini ilgilendiren hususlar özel denetime ilişkin olay kavramı içinde yer alır. Yoksa bir sektörün piyasa

⁶⁰ Bu hususlarda bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 40.

⁶¹ Bu bağlamda bkz. **Honsell/Vogt/Watter/(Weber)**, Art. 697a, No: 25, s. 891.

⁶² Bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 40-41; **Honsell/Vogt/Watter/(Weber)**, Art. 697a, No: 25, s. 891-892.

⁶³ Bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 41. Tabii bu bağlamda, ispat faaliyetinin ortaklık tarafından yürütüleceği ve bunun zor olabileceği noktasında aynı yerde bkz. d.pn. 247.

⁶⁴ Bkz. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/(Tekinalp)**, C. 2, s. 65.

⁶⁵ “Açıklayıcı rapor” tabiri hukukumuzda da kullanılmaktadır. Bu bağlamda bkz. **Pulaşlı**, C. I, No: 29, s. 1250; **Pulaşlı**, Yönetim Kurulu Üyesinin Mahkemeden Özel Denetim İstemesi, s. 1878; **Günay**, s. 150.

⁶⁶ **Honsell/Vogt/Watter/(Weber)**, Art. 697a, No: 16, s. 889.

durumu ile ilgili genel bir araştırma yapılması gibi hususlar özel denetim bağlamında olay teşkil etmez⁶⁷.

TTK m. 438'in olaylar olarak ifade ettiği vakıalar bütününe çoğunlukla ortaklık yönetiminin eylem ve işlemleri oluşturur. Buradan sağlanacak bilgi, özellikle ortaklık içi ilişkileri ilgilendirmelidir⁶⁸. Ancak dış ilişkide etkili olan olayların içerikleri de pay sahiplerinin haklarının kullanılmasını ilgilendirdiği ölçüde özel denetimin konusu olabilir. Örneğin, sözleşme taraflarının, rakiplerin veya müşterilerin davranışlarını ilgilendiren sorular sorulamaz. Buna karşın hâkim pay sahibinin ilişkileri olan bir ortaklığa, çok düşük bir fiyattan ürün satılması halinde, söz konusu ürünlerin ilgili işletmeye hangi fiyat üzerinden satıldığı sorulabilir. Zira bu durum ortaklık içi ilişkileri ilgilendirmektedir. Ancak söz konusu ürünlerin piyasa değeri, özel denetimin konusunu oluşturamaz⁶⁹.

Özel denetimin konusunu teşkil edecek vakıalar bütünü, özellikle yönetsel olayların denetlenmesini amaçlar. Bu husus Alman hukuku bakımından AktG § 142 ile vurgulanmaktadır. Söz konusu yönetsel olaylar geniş olarak anlaşılmalıdır. Buna, organizasyonel tedbirler veya bir işin hazırlık tedbirleri gibi ortaklık içi olaylar da girmektedir⁷⁰. Keza yönetime ilişkin olaylar icra edilebileceği gibi ihmali de olabilir⁷¹. Alman hukukunda yönetime ilişkin olaylara benzer olarak yönetim ifadesi de geniş⁷² anlaşılmakta, yönetim kurulu veya tasfiye memurlarının tüm eylemleri bu çerçevede değerlendirilmektedir. Hatta yönetim kurulunun işlerin yürütümüyle ilgili görevlendirdiği ortaklık çalışanları da bu kapsamda dikkate alınmaktadır⁷³. Aynı hususlar hukukumuz açısından da kabul edilebilir.

⁶⁷ Bu hususlarda özel denetim talep edilemeyeceği noktasında bkz. **Honsell/Vogt/Watter/(Weber)**, Art. 697a, No: 23, s. 890; **Narbay**, s. 305; **Uçar Bulut**, s. 83; **Günay**, s. 154; **Pulaşlı**, C. I, No: 29, s. 1250; **Güven**, s. 148; **Pulaşlı**, Yönetim Kurulu Üyesinin Mahkemededen Özel Denetim İstemesi, s. 1877.

⁶⁸ Özel denetimin konusunu özellikle ortaklık içi vakıaların teşkil ettiği doğrultusunda bkz. **Şener**, s. 523.

⁶⁹ Bu bağlamda bkz. **Schenker**, s. 20-21.

⁷⁰ Bkz. **Hopt**, Klaus J./**Wiedemann**, Herbert/(**Bezenberger**, Gerold): Aktiengesetz Großkommentar, Berlin, 2008, § 142, No: 11.

⁷¹ Bkz. **Bürgers**, Tobias/**Körber**, Torsten/(**Holzborn**, Timo/**Jänig**, Ronny): Aktiengesetz-Heidelberger Kommentar, Heidelberg, 2011, § 142, No: 6.

⁷² Bkz. **Bürgers/Körber/(Holzborn/Jänig)**, § 142, No: 6.

⁷³ Bkz. **Hopt/Wiedemann/(Bezenberger)**, § 142, No: 11. Buna Eski TTK dönemine ilişkin Türk öğretisinde de işaret edilmiştir (bkz. **Aday**, Nejat: "Anonim Şirkette Özel Denetçi", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, İstanbul, 1995, s.33).

b. Değerlendirme Yapılamaması

Özel denetimin konusu, olayların açığa çıkarılmasıdır. Olayların değerlendirilmesi özel denetimin konusuna girmez⁷⁴. Gerçekten de İsviçre hukukunda gündeme getirilen bir değişiklikte kurumun adı, doğasına da uygun olarak “özel araştırma” şeklinde değiştirilmektedir⁷⁵. Böylelikle özel denetçinin faaliyetinin, denetçinin faaliyetiyle karıştırılmasının önüne geçileceği öğretilerde belirtilmektedir⁷⁶. Açığa çıkarılan olayları değerlendirmek pay sahibinin ya da hâkimin meselesidir⁷⁷. Bu hususta lafzî bir karşılaştırma yapmak da mümkündür. Alman hukukunda AktG § 142/1, belirli olayların denetlenmesi için özel denetim kurumunu öngörmüşken, hukukumuzun da takip ettiği İsviçre sisteminde, OR m. 697a belirli olayların açığa çıkarılması için özel denetimi öngörmüştür. TTK m. 438 de buna paralel olarak düzenlenmiştir. Özel denetimin konusu bu nedenle olayların değerlendirilmesinden ziyade, vakıaların ortaya çıkarılmasıdır. Özel denetim ile bilgi verilir ve ortaklıktaki şeffaflık bu yolla sağlanır. Özel denetçi hukukiliği değerlendiremediği gibi fırsatlardan faydalanılıp faydalanılmadığını da değerlendiremez⁷⁸. Bu nedenle özel denetçinin olaylar içindeki vakıaları ortaya çıkarıp sunacağı, bunları değerlendirmeyeceği belirtilebilir. Dolayısıyla özel denetimin konusu aslında denetleme veya değerlendirme değil, bir araştırmadır. Özel denetim yolu gerçekleri ortaya çıkarmak amacıyla işletilmelidir. Açıklanan veya ortaya çıkarılan hususların pay sahiplerinin araştırılan olayla ilgili doğru bir kaniya ulaşmalarına müsait⁷⁹ olması gerekir. Sonuç olarak özel denetimin konusunu, olaylar, özellikle üstü kapalı bazı olayların açığa çıkarıl-

⁷⁴ Bu yönüyle ayrıca bkz. **Casutt**, Was brachte die Sonderprüfung, s. 507.

⁷⁵ İsviçre hukukunda bu yönde değişiklik tasarısı ve gerekçelerinin iki kez resmîyet kazandığını belirtmek mümkündür. 21.12.2007 tarihli tasarısı 18.3.2008 tarih ve 11 sayılı İsviçre Resmî Gazetesi’nde (BBI 2008 1589) s. 1589 vd. yer almaktadır (Erişim için: <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2008/1589.pdf>, E.T. 22.10.2019). Yine aynı yönde 23.10.2016 tarihli tasarısı, 31.1.2017 tarih ve 4 sayılı İsviçre Resmî Gazetesi’nde (BBI 2017 399) s. 399 vd. yer almaktadır. Son kaynakta özellikle bkz. s. 543 (Erişim için: <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2017/399.pdf>, E.T. 22.10.2019).

⁷⁶ Bkz. **Schnyder/Weber**, s. 115; **Schenker**, s. 30. Sonuncu yazar isim değişikliğinin pay sahiplerinin hakları bakımından bir önem arz etmediğini de belirtmektedir.

⁷⁷ Bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 44; **Horber**, No: 1146, s. 372. Değerlendirme yapılamayacağı noktasında ayrıca bkz. **Narbay**, s. 304; **Uçar Bulut**, s. 85.

⁷⁸ Bu hususlarda bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 44.

⁷⁹ Gerçekten de öğretilerde, raporun talep sahiplerini bilinçle karar verebilecek bir konuma getirmesi gerektiği belirtilmektedir (bu hususta bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 35, No: 79, s. 411). Keza benzer olarak bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, No: 17, s. 44.

ması oluşturmaktadır. Özel denetçiden meselenin değerlendirilmesi istenmemelidir. Örneğin yönetim kurulu üyesinin kazanç payının makul bir miktar olup olmadığı ya da bunun TTK m. 512 çerçevesinde geri istenip istenebileceği gibi sorular sorulamamalıdır⁸⁰. TTK m. 440/2 uyarınca hâkim, özel denetimin konusunu belirlerken, kararını buna uygun vermelidir.

Özel denetçinin özel denetim konusuyla ilgili olarak yorum yapmayacağı, sadece olayları açıklayacağı şeklindeki tespit, özel denetçinin olayı oluşturan vakıalar arasındaki ilişkileri yahut anlamsal bağlantıları ortaya koymayacağı anlamına da gelmez. Dolayısıyla özel denetçi vakıaları sadece arka arkaya dizmez, olayı oluşturan unsurlar arasındaki bağı da raporunda gösterir⁸¹. Bu bir değerlendirmeden ziyade, araştırma sonucunda ortaya çıkan verilerin, anlaşılabilir hale getirilip bilgi formuna sokulmasıdır. Sonuçta özel denetim kurumu, ikincillik özelliği de dikkate alınırca, anonim ortaklıklara özgü bilgilendirme sisteminin bir parçasıdır. Ancak bu mesele özel denetimin konusundan ziyade özel denetçinin raporunu hazırlamasıyla ilgili olduğu için çalışma kapsamında detaylı olarak incelenmeyecektir.

Hukukî sorunlar özel denetimin konusunu oluşturmaz. Talep sahiplerine, kimin hangi sözleşmeleri yaptığı veya kimin hangi meblağları aldığı gibi, fiili meseleler aktarılmalıdır. Bunun amacı, talep sahibinin devamında başka hukuki adımlar atıp atmayacağına karar vermesinde kolaylık sağlamaktır⁸². Özel denetimin konusunu somut olayda vakıaların hukuka uygun olup olmadığı oluşturamaz. Ancak hangi yönetim kurulunun hangi eylemi yaptığı ve oluşan zararın bu eylemin doğal bir sonucu olup olmadığının tespiti özel denetçiden istenebilmelidir. Hatta zararın miktarı da konuyu oluşturabilmelidir⁸³. Ancak eylemin hukuka aykırılığını ve hukuki olarak zararlar arasında illiyet bağı kurulup kurulamayacağını tespit etmek hâkimin görevidir. Keza özel denetimin konusu yönetim kurulu üyelerinin kusuru sonucu bu zararın oluşup oluşmadığının tespitini de kapsamaz⁸⁴. Zira bu da hukukî bir değerlendirme teşkil eder.

⁸⁰ İsviçre hukukunda huzur hakkı bağlamında bkz. **Schenker**, s. 20.

⁸¹ Bkz. **Honsell/Vogt/Watter/(Weber)**, Art. 697a, No: 16, s. 889-890.

⁸² Bu hususta bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 46; **Casutt**, Was brachte die Sonderprüfung, s. 509. Özel denetimin hukukilik denetimine dönüşmeyeceği konusunda ayrıca bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 35, No: 26, s. 404; **Değirmencioğlu Aydın**, s. 35; **Pulaşlı**, C. I, No: 9, s. 1245; **Narbay**, s. 304; **Özkan**, s. 37; **Güven**, s. 148; **Günay**, s. 153.

⁸³ Bu yönde bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 46.

⁸⁴ Bu anlama gelmek üzere bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 46.

Özel denetçi, organların takdiri kararlarını veya işletmesel kararların yerindeliğini ya da amaca uygunluğunu yargılayamaz⁸⁵. Örneğin bir edimin karşı edime uygunluğu gibi hususlar özel denetimin konusu haline getirilemez. Yine öğretide ücretlerin ya da maaşların uygun olup olmadığı hususunun özel denetimin konusunu oluşturamayacağı belirtilmektedir. Özel denetçi bu noktada ancak ilgili ücret ya da maaşları gösterebilecektir. Bunların hukuka uygun olup olmadıklarının denetimi, hâkimin karar vereceği bir husustur⁸⁶. Özetle, özel denetimin bir yerindelik ya da hukukilik denetimine dönüştürülmemesi gerekmektedir. Bu sınır gözetilerek özel denetçi talebinde bulunulmalıdır. Aksi halde konu bakımından özel denetimin olayları açığa çıkarma işlevi aşılmış olur.

2. Olayların Belirli Olması

Yasaya göre, sadece belirli olayların açıklanması için özel denetim talebinde bulunulabilir. Farklı ifade etmek gerekirse, açıklanması istenen vakıalar bütünü sınırlandırılmalıdır. Türk öğretisinde de belirli olaylar ile kastedilenin içeriği ve sınırları belli olan genel nitelik taşımayan somutlaştırılmış olaylar olduğu ifade edilmektedir⁸⁷. Başka bir ifadeyle, sadece sınırlandırılabilir ve somut olaylar özel denetimin konusunu oluşturabilir. Bu nedenle özel denetim, ortaklık yönetiminin genel olarak araştırıldığı bir kuruma dönüştürülemez. Keza işletme politikasının genel incelemesi özel denetimin konusunu oluşturamaz⁸⁸. Özel denetim konusunun belirli olması, konunun maddi ve zamansal açıdan sınırlandırılması anlamını taşır⁸⁹. Belirlilik nedeniyle zaman bakımından sınırlı olsa da maddi anlamda sınırlandırılmamış vakıalar özel denetimin konusunu oluşturamaz. Belirlenmiş bir faaliyet dönemi için yönetimin yaptığı işlerin araştırılması özel denetimin konusunu oluşturamaz⁹⁰. Yine uzun bir zaman dilimi içinde yönetimin aldığı esaslı

⁸⁵ Bkz. **Honsell/Vogt/Watter/(Weber)**, Art. 697a, No: 17, s. 890; özel denetimin yerindelik denetimine dönüşmeyeceği konusunda ayrıca bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 35, No: 26, s. 404; **Casutt**, Sonderprüfung, s. 47; **Pulaşlı**, C. I, No: 9, s. 1245; **Narbay**, s. 304; **Özkan**, s. 37; **Güven**, s. 148.

⁸⁶ Bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 47. Benzer olarak bkz. **Honsell/Vogt/Watter/(Weber)**, Art. 697a, No: 17, s. 890.

⁸⁷ **Değirmencioglu Aydın**, s. 34; **Güven**, s. 149; **Kaya**, s. 77; **Pulaşlı**, Yönetim Kurulu Üyesinin Mahkemededen Özel Denetim İstemesi, s. 1877.

⁸⁸ Bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 47; **Jänig**, s. 50; **Hopt/Wiedemann/(Bezenberger)**, § 142, No: 12; **Horber**, No: 1147, s. 372.

⁸⁹ Bkz. **Bürgers/Körber/(Holzborn/Jänig)**, § 142, No: 3.

⁹⁰ Eski TTK döneminde de benzer sonuca ulaşılmıştır. “Özel inceleme eksiklik bulmak amacıyla büyükçe işlem alanının araştırılmasına hizmet etmez” (**Özkan**, s. 37). Benzer

nitelikteki tedbirlerin denetimi gibi bir konu, belirlilik kıstasını karşılamayacaktır⁹¹. Örneğin, beş yıllık bir süre içinde yönetim kurulunun yüz bin Türk Lirası'nı aşan işlemlerinin neler olduğu veya nakit sıkışıklığını gidermek için ne tür önlemler aldığı gibi sorular belirlilik kıstasını karşılamaz.

Yasanın belirlilik ilkesi karşısında yılsonu finansal tablolarının tamamının özel denetimle incelenmesi olanaksızdır⁹². Çünkü bu tablolarda ortaklığın tüm işlemleri ya da belirsiz sayıda iş yer almaktadır⁹³. Öğretide özel denetçinin görevinin finansal tabloların kurallara uygunluğunu denetlemek olamayacağı belirtilmektedir⁹⁴. Birleşme sözleşmeleri, şirketin yapmış olduğu bir sözleşmenin içeriği, yapılan indirimler, yönetim kurulu üyelerinin davranışları, ortaklığa katılımlar, şirket çalışanlarının akrabalık ilişkileri ve şirketin işleyişindeki rolü gibi örnekler ise uygun örnekler olarak Türk ögre-

yönde bkz. **Pashı**, Ali: "Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi Tayini", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. 1, İstanbul, 2003, s. 620.

⁹¹ Bkz. **Bürgers/Körber/(Holzborn/Jänig)**, § 142, No: 3.

⁹² Bu, uygulamamızda da kabul edilmektedir. Yargıtay'ın TTK m. 440 nedeniyle temyiz incelemesini reddettiği bir karardan, yerel mahkemenin metinde anılan şekilde hüküm tesis ettiği anlaşılmaktadır. Buna göre, "Mahkemeye, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamı uyarınca; davacı E. T. vekili A. S. K.'ın A... Alüminyum Tic. San. Tic. A.Ş. 2010 yılı faaliyetine dair 12.5.2011 tarihinde yapılan olağan genel kurul toplantıda şirket hesap kayıtlarının soyut ifade ile özel denetçi tarafından incelenmesi talep ettiği, talebe dayanak bilgi ve belgelerin bulunmadığı, şirketin 2010 yılına ait yönetim kurulu faaliyet raporu ile denetçi M. A. tarafından sunulan denetim raporunun genel kurula sunulduğu, genel kurul toplantısında davacı vekilinin özel denetçi atanması talebinin reddedildiği, TTK'nın 438. maddesinde, özel denetim isteme hakkının bilgi alma veya inceleme hakkı daha önce kullanılmamışsa belirli olayların özel bir denetim ile açıklığa kavuşturulması gerektiği hallerde söz konusu olduğunun ifade edildiği, davacının denetimle açıklığa kavuşması gereken olayı belirtmediği gerekçesiyle şartları oluşmayan davanın reddine karar verilmiştir" (karar için bkz. Yargıtay, 11. HD., 2013/16879 E., 2014/11122 K., 11.6.2014 T., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com>, E.T. 11.2.2019)

⁹³ Eski TTK döneminde verdiği bir kararda Yargıtay, 11. HD., 2000/6576 E., 2000/8928 K., 14.11.2000 T. (karar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com>, E.T. 4.4.2019) 1997 ve 1998 tarihli bilançoların gerçeğe aykırı düzenlendiği iddiasıyla bu yıllar için inceleme yapılmak üzere özel denetçi atanması talebini reddeden yerel mahkeme kararını onamıştır. Karara göre: "Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve esasen dava konusunu teşkil eden davalı şirketin 13.4.1999 tarihli genel kurul toplantısındaki özel denetçi tayinine ilişkin istek genel nitelikte olup, TTK.nun 348.maddesinde öngörülen unsurları taşımamakla bu talebin genel kurulca reddolunmasında yasaya aykırılık görülmediğinden mahkemeye davanın reddine ilişkin karar yerinde görülmekle davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile hükmün onanması gerekmektedir".

⁹⁴ Bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 49.

tisinde vurgulanmaktadır⁹⁵. Keza, şirket ile ilgili belli olayların, ihalelerin, projelerin, inşaatların yapımı ve akıbeti hakkında pay sahiplerinin bilgi sahibi olabilmeleri için söz konusu müessesenin tahsis edildiği de ifade edilmektedir⁹⁶.

Belirlilik ibaresi dar bir şekilde de yorumlanmamalıdır⁹⁷. Bunun nedeni talepte bulunan pay sahibinin konuyu tam olarak belirleyebilecek bilgiden yoksun olmasıdır. Aslında genel olarak dar-geniş yorum ikileminden çok, burada olası bir davada hâkimin ispat ölçüsünü düşürmesi etkin bir yol olarak kabul edilmelidir. Ancak belirsizliklerin arttığı ve pay sahiplerinden detay beklenmesinin zorlaştığı durumlarda konunun belirli olmasına yönelik ilkeden kısmen taviz verilebileceğini de kabul etmek gerekir. Bu hususta örnek olarak kuruluş işlemleri verilebilir. Şirketin kuruluş döneminde yapılan tüm işlemlerin araştırılıp ortaya çıkarılmasına yönelik bir talep, zamansal ve maddi açıdan uygun bir kısıtlama olarak kabul edilebilir. Bu nedenle özel denetimin konusunu oluşturabilir⁹⁸.

III. AZINLIĞIN MAHKEMEDEN ÖZEL DENETİM TALEBİNİN KONUSU

A. Ön Açıklama: Sorumluluk Davasından Bağımsızlık

Genel kurul, pay sahiplerinin özel denetim talebini reddederse, TTK m. 439/1 uyarınca azınlığın mahkeme yoluyla özel denetim talep edebilmesinin önü açılır. Fakat azınlığın mahkemedен özel denetim talebi TTK m. 438'deki koşullara ek bazı koşulları da gerektirmektedir⁹⁹. TTK m. 439/2'den açıkça anlaşılacağı üzere özel denetimin konusu da bu yeni durumdan etkilenmektedir. TTK m. 439/2 özel denetimin konusu bakımından iki maddi koşulu düzenlemektedir. Birincisi özel denetimin konusu, ortaklık kurucu ya

⁹⁵ **Değirmencioğlu Aydın**, s. 35; **Uçar Bulut**, s. 84.

⁹⁶ **Özdamar**, s. 54.

⁹⁷ **Uçar Bulut**, s. 83.

⁹⁸ Bu hususta özellikle bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 49; **Jänig**, s. 50. Eski TTK döneminde hukukumuz öğretisinde kuruluş işlemlerinin incelenmesi gibi bir özel denetim talebinin yasaда geçen "muayyen hususlar" ifadesine aykırı olacağı ifade edilmiştir (bkz. **Paslı**, s. 620; **Moroğlu**, Erdoğan: "Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi", içinde: **Moroğlu**, Erdoğan, Makaleler I, İstanbul, 2001, s. 66). Buna karşın TTK Tasarısı ve TTK'ya yönelik çalışmalarda, özel denetçiye kuruluş ve sermaye artırımı süreçlerine ilişkin daha geniş bir hareket kabiliyetinin tanınması gerektiği ifade edilmektedir (bkz. **Narbay**, s. 305; **Kaya**, s. 77).

⁹⁹ Bu husus ikincillik koşuluyla ilgilidir ve Türk hukukunda tartışmalıdır. Tartışmalar ve kabul ettiğimiz görüşe ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda II/A/1.

da organlarının kanun veya esas sözleşmeyi ihlâl etmesine ilişkin olmalıdır. İkincisi ortaklık veya pay sahiplerinin zarara uğradıkları ikna edici şekilde ortaya konulmalıdır.

TTK m. 439/2'nin denetimin konusuna ilişkin olarak çizdiği çerçeve, özel denetim kurumunun özellikle yönetim kurulu üyeleri ve kurucuların sorumluluğuyla olan yakın ilişkisini yansıtmaktadır. Bu nedenle azınlığın özel denetim talebinin sadece sorumluluk davalarıyla mı ilişkilendirilmesi gerektiği sorunu akıllara gelebilir. Hemen belirtmek gerekir ki, öğretide, özel denetimin bağımsız bir hak olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁰. Dolayısıyla TTK m. 439/2, azınlığın sadece sorumluluk davasına yönelik bir istemi varsa özel denetim talep edebileceği şeklinde anlaşılabilir. Özel denetim ve sorumluluk davası birbirine bağlanabilir. Ancak bu bağlantı zorunlu değildir¹⁰¹.

B. Kurucuların veya Şirket Organlarının Kanunu veya Esas Sözleşmeyi İhlâl Etmesi

Azınlığın mahkemeden talebi halinde özel denetime konu olacak olayın, kanunu veya esas sözleşmeyi ihlal eden bir karakteri olmalıdır. Azınlık ancak böyle bir ihlali konu alan olay hakkında özel denetim talep edebilir. Söz konusu ifadenin genel kurul kararlarının iptaline yönelik TTK m. 445 ile paralel olduğu belirtilebilir.

TTK m. 439'da belirtilen "kanun" kavramından tüm hukuk düzeni anlaşılmalıdır. Bu nedenle genel hukuk kurallarına ya da anonim ortaklıklar hukukunun yazılı olmayan temel ilkelerine olan aykırılıkların da söz konusu kapsamda değerlendirileceği öğretide ifade edilmiştir¹⁰². Anonim ortaklıklar hukukuna ilişkin olanların yanında genel ve soyut nitelikli tüm kamusal düzenlemeler ifadenin kapsamındadır¹⁰³. Mesela Eski TTK döneminde çevre ile ilgili mevzuata aykırılıklar nedeniyle özel denetimin mümkün olduğu ve "kanun" tabirinin içinde değerlendirileceği ifade edilmiştir¹⁰⁴. Tabiidir ki, öncelikle söz konusu olan anonim ortaklıklar hukukuna ilişkin kurallardır.

¹⁰⁰ Casutt, Sonderprüfung, s. 51.

¹⁰¹ Casutt, Sonderprüfung, s. 52; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 35, No: 20, s. 403. Türk öğretisinde, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu davası ile özel denetimin sıkı bir bağlantı içinde olduğu belirtilmektedir. Özel denetimin, sorumluluk davasının etkin bir silahı olduğu ifade edilmektedir (bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/(Tekinalp), C. 2, s. 63).

¹⁰² Bkz. Casutt, Sonderprüfung, s. 52; Jänig, s. 59.

¹⁰³ Bkz. Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser/(Roth Pellanda), Art. 697b, No: 9.

¹⁰⁴ Bkz. Aday, s. 33. Aynı dönemde, yürürlükteki tüm kanun hükümlerine aykırılığın madde kapsamına gireceği ifade edilmiştir. Bu yönde bkz. Pashi, s. 628-629.

Anonim ortaklıklar hukukunun yazılı olmayan temel ilkeleri de “kanun” ifadesinin içinde kabul edilmektedir. Öğretide “hakların sakınılarak kullanılması” ilkesi buna örnek olarak verilmektedir¹⁰⁵. Keza esas sözleşmeyi ihlal eden olaylar da özel denetimin konusu olmaktadır.

Yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğünün ihlali nedeniyle özel denetim talep edilebilmesi mümkündür. Keza istem sahipleri organların pay sahipliği haklarını hukuka aykırı şekilde kısıtladıklarını, özellikle eşit işlem ya da hakların sakınılarak kullanılması ilkelerine aykırı davranıldığını öne sürebilirler. Fakat örneğin yönetim kurulunun ortaklığın menfaatlerini amaca uygun şekilde koruyamadığı gibi bir olayın ortaya konulması özel denetime mahal verecek türden bir olay değildir¹⁰⁶. Zira özel denetimde amaç olayların açığa çıkarılmasıdır. Bu bağlamda, özel denetim bir yerindelik veya amaca uygunluk denetimine dönüştürülemez¹⁰⁷.

Kanun ya da esas sözleşmeye aykırı olay icraî de ihmali de olabilir. Yalnız kanun ya da esas sözleşmeye aykırılık bir organdan veya kuruculardan kaynaklanmalıdır. Burada, organ kavramının maddi anlamda organı kapsadığını kabul etmekte fayda vardır¹⁰⁸. Özellikle hâkim pay sahibinin durumu TTK m. 439/2 kapsamında dikkatle değerlendirilmelidir. Eğer hâkim pay sahibi maddi anlamda organ¹⁰⁹ olarak nitelenebilecek durumdaysa

¹⁰⁵ Bu bağlamda bkz. **Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser/(Roth Pellanda)**, Art. 697b, No: 10.

¹⁰⁶ Örneklerle ilgili olarak bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 53; **Jänig**, s. 59.

¹⁰⁷ Bu hususta bkz. II/C/1/b.

¹⁰⁸ Bu yönde bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 53; **Jänig**, s. 59-60.

¹⁰⁹ Organ kavramı öğretide değişik kıstaslara göre tasnif edilmektedir. Organ, biçimsel kıstaslardan hareketle değerlendirildiğinde, şekli anlamda organ; maddi kıstaslardan hareketle değerlendirildiğinde, maddi anlamda organ veya fiili organ olarak sınıflandırılabilir. Türk öğretisinde bu ayırım şu şekilde vurgulanmıştır: “Organ sıfatı, kural olarak kanun veya tüzel kişinin kuruluş senedi (örneğin, derneklerde tüzük, ticaret ortaklıklarında esas sözleşme ve vakıfta vakıf senedi) veya bunlara dayanılarak hazırlanan iç yönetmelikler veya yüksek bir organın, örneğin genel kurulun kararlarından kaynaklanır. Buna “biçimsel kıstas” adı verilir. Bununla beraber, organ sıfatının kazanılması için mutlaka böyle biçimsel kıstasın gerçekleşmiş olması şart değildir. Doktrin ve uygulamada organ sıfatının belirlenmesi bakımından maddi kıstaslara da ağırlık tanınmakta ve bu suretle tüzel kişiye ait önemli fonksiyonlar bir kişi veya kurul tarafından bağımsız olarak ve süreklilik gösteren bir biçimde yerine getiriliyorsa, bunların da (biçimsel kıstas gerçekleşmiş olmasa dahi) organ sayılması mümkün olmaktadır” (alıntı için bkz. **Akünel**, Teoman: Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul, 1995). Maddi anlamda veya fiili organı, şekli anlamda organdan ayıran “en önemli kıstas, fiili organın kanunda veya ana sözleşmede yer almamasına veya şirketin iç işleyişinde herhangi bir yetki ve görevlendirme yapılmamasına rağmen fiilen iradenin teşekkülüne veya idare ve

hükmün kapsamında ona bağlanabilen olaylar da değerlendirilmelidir. Keza kanun ya da esas sözleşmeyi ihlal eden olay, ortaklığın bir çalışanından kaynaklanabilir. Bu durumda yönetim kurulunun üst gözetim görevi nedeniyle denetiminde olması gereken kişilerden bahsedilebiliyorsa (örneğin bkz. TTK m. 375/1 e), söz konusu olay yönetim kuruluyla da ilişkilendirilebilir. Dolayısıyla bu koşulla ilgili hususların özel denetimin konusu haline getirilebilmesi mümkündür.

C. Ortaklığın ya da Pay Sahiplerinin Zarara Uğraması

Özel denetimin konusu olacak olayın salt esas sözleşme veya kanunu ihlali etmesi yeterli değildir. Ayrıca ortaklığın veya pay sahiplerinin zarara uğraması gerekir. Burada zarar ile ifade edilmek istenen, malvarlığının rıza dışı olarak azalmasıdır¹¹⁰. Türk hukukunda, borçlar hukuku öğretisine atfla, zarar, ortaklığın veya pay sahibinin malvarlığında, istemeden meydana gelen bir azalma veya borçlarında artış ya da uğradığı kazanç kaybı olarak ifade edilmektedir¹¹¹. Ortaklığın doğrudan zararı ve bu sebeple pay sahibinin dolaylı zararı hükmün kapsamındadır. Türk öğretisinde, genel olarak ortaklığın gördüğü doğrudan doğruya zararın, ortaklar ve alacaklılar yönünden dolaylı zarar olacağı ifade edilmektedir¹¹². Örneğin, spekülâtif krediler açılması veya ortaklık vasıtalarının ortaklık amacı dışında kullanılması gibi sebeplerle ortaklığın bir zararı oluşursa, bu, pay sahiplerinin de dolaylı zararı anlamını taşımaktadır¹¹³. Ayrıca pay sahiplerinin doğrudan zararları da düzenlemenin kapsamı içinde yer almaktadır¹¹⁴. Pay sahibinin doğrudan zararı, yönetim kurulu üyelerinin eylemleri neticesinde ortaklığın zararından bağımsız olarak pay sahibinin uğradığı zarardır¹¹⁵. Buna karşılık üçüncü kişilerin zarar gör-

temsil görevlerine katılmalarıdır. Bu kimseler idare ve temsil ile görevli organlara özgü işlevleri, şirketin bu yönde bir düzenleme veya kararı olmadığı halde icra ederler” (alıntı için bkz. **Akdağ Güney**, Necla: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanuna Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul, 2012, s. 240).

¹¹⁰ Bkz. **Honsell/Vogt/Watter/(Weber)**, Art. 697b, No: 7, s. 897.

¹¹¹ Bkz. **Güven**, s. 155.

¹¹² Bu yönde bkz. **Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin/(Çamoğlu, Ersin): Ortaklıklar Hukuku I**, İstanbul, 2014, s. 397.

¹¹³ Bu hususta bkz. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/(Çamoğlu)**, C. 1, s. 397.

¹¹⁴ Bu yönde bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 54.

¹¹⁵ Örneğin, “bir kimsenin, kanuna aykırı olarak düzenlenmiş bilançoya güvenerek pay sahibi olması veya paylarını elden çıkarması, sermaye artırımında ortakların yeni pay alma haklarının ihlâl edilmesi, bir ortağın payının kanuna aykırı şekilde iptâli veya sermaye payına uygun temettü hissesi ödenmemesi” böyledir (kavram ve örnekler için bkz. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/(Çamoğlu)**, C. 1, s. 399).

müş olması düzenleme bakımından özel denetimin konusu olamamaktadır¹¹⁶. Üçüncü kişiler alacaklılar veya birlikte iş yapılan kişiler hatta Devlet de olabilir. Bu durumda yönetim kurulunun gelirini düzgün vergilendirmemiş olması ikna edici şekilde ortaya konulsa dahi özel denetimin konusu olmaz¹¹⁷.

Kanunun lafzı, zararın hali hazırda var olmasını aramaktadır. Dolayısıyla azınlık gelecekte doğacak veya doğması muhtemel zararlar için özel denetim yoluyla bir araştırma talep edememektedir¹¹⁸. Başka bir ifadeyle, genel kurulun özel denetim talebini reddi halinde, azınlığın talebine konu olacak olayın aynı zamanda ortaklığa zarar vermiş bir olay olması gerekmektedir. Lafzın bu açıklığı öğretide eleştirilmektedir¹¹⁹. Yasanın söz konusu lafzı azınlığın zararı önlemek üzere özel denetim aracılığıyla müdahale edebilmesi yolunu kapatmaktadır. Ayrıca azınlık bakımından özel denetim talebinin olumlu sonuçlanması da güçleşmektedir. Gerçekten yasanın mevcut lafzı özel denetimi ciddi anlamda sorumluluk davasıyla ilişkilendirmektedir. Oysa özel denetim istemi bağımsız bir haktır ve aslen anonim ortaklıklar hukukuna özgü bilgilendirme sisteminin bir parçasıdır. Burada azınlığın müdahalesi sadece sorumluluk davasını amaçlamamakta, yönetim kurulu üstündeki gözetim ve denetim baskısını artırmayı da amaçlamaktadır. Dolayısıyla yasanın lafzında bu koşulu hafifletici bir değişikliğe gitmekte büyük bir fayda vardır. Hakikaten İsviçre’de yapılması planlanan bir değişiklikle bu durum farklılaşmaktadır. Buna göre hukuka aykırılık zarara sebebiyet vermeye uygun olmalıdır¹²⁰. Böylelikle temelsiz iddialar özel denetim için yeterli olmazken, azınlık bakımından da daha avantajlı bir durum sağlanmış olacaktır. Yasada olası bir değişikliğe kadar, amaca uygun bir yorum yapılmalı ve muhtemel zararların da hükmün kapsamında olduğu

¹¹⁶ **Honsell/Vogt/Watter/(Weber)**, Art. 697b, No: 7, s. 897; **Narbay**, s. 319.

¹¹⁷ Bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 55.

¹¹⁸ Türk öğretisinde de bu duruma işaret edilmektedir. “ ‘yakın ve yoğun bir zarar tehlikesi’ yeterli görülmemelidir; çünkü bu zarar hiç gerçekleşmediği takdirde özel denetim keyfi bir şekilde yürütülmüş olur” (**Altay**, s. 73).

¹¹⁹ Bkz. **Gabrielli** s. 113; **Jänig**, s. 60. İsviçre öğretisinde muhtemel zararın yeterli olup olmadığı noktasında tartışma olduğu, Türk öğretisi tarafından da ifade edilmiştir (bu bağlamda bkz. **Günay**, dipn. 648, s. 237).

¹²⁰ Bkz. **Heizmann**, Reto: “Sonderuntersuchung statt Sonderprüfung - Hundertmetersprint statt Hürdenlauf?”, içinde: **Weber**, Rolf H./**Stoffel**, Walter A./**Chenau**, Jean-Luc/**Sethe**, Rolf (ed), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts - Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich, 2017, s. 123; **Honsell/Vogt/Watter/(Weber)**, Art. 697a, No: 35, s. 895; **Böckli**, No: 44, s. 2268; **Schenker**, s. 31.

değerlendirilmelidir. Türk öğretisinde farklı bir yaklaşımla aynı sonuca ulaşan bir görüş bulunmaktadır. Anılan görüşe göre, özel denetim isteminin genel kurulda reddi halinde, azınlığın mahkemeye yaptığı başvuru çekişmesiz yargı işi teşkil etmelidir. Çekişmesiz yargının bir özelliği de önleyici niteliğidir. Çekişmesiz yargının önleyici niteliği de göz önüne alınarak muhtemel zararlar hükmün kapsamında değerlendirilmelidir¹²¹.

Azınlığın sadece kurucuların ya da organların hukuka aykırı hareket etmelerini ikna edici şekilde ortaya koyması yeterli değildir. Azınlık ortaklığın ya da pay sahiplerinin zarara uğradığını da ikna edici şekilde ortaya koyabilmelidir. Söz konusu hususlar azınlığın özel denetçi talebinin başarıya ulaşmasını ciddi ölçüde zorlaştırıcı bir etki gösterir. Örneğin, katılma haklarının (oy hakkı gibi), pay sahibine haksız yere kullandırılmamış olması hukuka aykırıdır. Ancak bu yolla pay sahibi ya da ortaklığın bir zarara uğraması söz konusu değilse, özel denetim istenememektedir¹²².

SONUÇ

Çalışmada özel denetimin konusu sistemli bir şekilde değerlendirilmiştir. Özel denetimin konusunu mahkeme aşamasından önce etkileyen koşullar; ikincillik, gereklilik ve belirliliktir. İkincillik koşulu değerlendirilirken lafzi bir özdeşlik yerine anlamsal bir özdeşliğe önem verilmesi gerektiği sonucu kural olarak vurgulanmıştır. Ancak somut olayın koşullarının gerektirmesi durumunda, istisnai de olsa özel denetime ilişkin sorunun, önceden kullanılan bilgi alma hakkının kapsamını az da olsa aşmasına müsaade edilebileceği belirtilmiştir. İsviçre hukukunda ikincillik koşulunu ilgilendiren bir değişiklik planlanmaktadır. Buna göre, pay sahipliği haklarının kullanımı bakımından gerekli olması koşuluyla özel denetim müzakereleri sırasında genel kurulda sorulan sorular da özel denetimin konusunu oluşturabilecektir. Söz konusu değişiklik ikincillik ilkesi bağlamında gündeme gelen görüşler arasında bağdaştırıcı bir çözüm oluşturmaktadır. Hukukumuzda da benzer bir değişikliğin isabetli olabileceği sonucuna ulaşılmıştır. Ancak olası bir değişikliğe kadar da mevcut düzenlemenin geniş bir yorumla değerlendirilmesi mümkündür. Metinde İsviçre hukuku da değerlendirilmek suretiyle bu yönde bir sonuca ulaşılmıştır.

Özel denetimin konusunu etkileyen bir diğer koşul da gerekliliktir. Özel denetimin konusu pay sahipliği haklarının kullanılması için gerekli olmalıdır. TTK m. 438'de düzenlenen bu koşulda geçen pay sahipliği ifadesi tüm

¹²¹ Görüş için bkz. **Günay**, s. 237.

¹²² Bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 55.

pay sahipliği haklarını kapsamaktadır. Gereklilik koşulunun ispatı, talepte bulunan pay sahiplerine ait bir yüküdür. Kanunda bunun ölçüsü belirlenmemiştir. Pay sahibinin almak istediği bilgi, makul ve ortalama bir pay sahibinin haklarını bilinçli olarak kullanması bakımından lüzumlu ise gereklilik koşulu oluşur. Gereklilik koşulunda, istenilen bilgiyle pay sahipliği haklarının kullanımı arasındaki ilişki ortaya konulmaktadır. Bu manada hukuki menfaate ilişkin özel bir koşuldur ve dava şartı olan dava açmadaki hukuki yarar ile karıştırmamak gerekir. Gereklilik koşulu özel denetim konusunu sınırlandıran bir koşul değildir.

Özel denetimin konusu belirli olaylardan oluşmalıdır. Bu anlamda olay tabiri birer birer vakıaları aşan bir vakıalar bütününe ifade etmektedir. Özel denetimin konusu belirlenirken gizli kalmış vakıalar bütününe ortaya çıkarılması amaçlanır. Bu nedenle özel denetimin konusu bir hususun değerlendirilmesine, hukukilik denetimine ve yerindelik denetimine yönelik olamaz. Belirlilik ise özel denetim konusu olacak olayın maddi ve zamansal açıdan sınırlı olmasını, soyut ve genel olamamasını ifade eder.

Kanundaki sistem esas alındığında genel kurulda reddedilen bir özel denetim talebi bakımından azınlık mahkeme kanalıyla özel denetim yapılmasını talep edebilmektedir. Ancak bu durumda TTK m. 439 özel denetimin konusu üzerinde iki koşulu daha aramaktadır. Birincisi, konunun, kurucuların veya şirket organlarının, kanunu veya esas sözleşmeyi ihlal etmesine yönelik olması gerekir. Burada kanun ile ifade edilmek istenen tüm hukuk düzenidir ve hatta anonim ortaklıklar hukukunun yazılı olmayan temel ilkeleri de bu ifadenin içinde kabul edilmelidir. Kurucular ifadesi yasal olarak açıktır. Ancak organlar ifadesinin içine sadece şekli değil maddi organların da girdiği kabul edilmelidir.

TTK m. 439'un konu bakımından belirttiği bir diğer koşul da ortaklığın ya da pay sahiplerinin zarara uğramasıdır. Burada koşul özel denetim kurumunu sorumluluk davasına bağlyormuş gibi düşünülse de özel denetim isteme hakkı bağımsızdır. Tüm pay sahipliği haklarının kullanımı bakımından bu talepte bulunulabilir. Ancak zarar bunun bir koşulu haline getirilmiştir. Zarar tehlikesi bu koşulun kapsamında değildir. Fakat İsviçre hukukunda yapılacak bir değişiklikle zarara sebebiyet vermeye uygun hukuka aykırılıklar da bu koşulun kapsamına dâhil edilecektir. Benzer bir düzenlemenin hukukumuzda alınması isabetli olacaktır. Yasada olası bir değişikliğe kadar amaca uygun bir yaklaşımla muhtemel zararların da hükmün kapsamında olduğu değerlendirilebilir.

KAYNAKÇA

- Aday**, Nejat: “Anonim Şirkette Özel Denetçi”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e Armağan, İstanbul, 1995, s. 21-48.
- Akdağ Güney**, Necla: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanuna Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul, 2012.
- Akünel**, Teoman: Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul, 1995.
- Altay**, Sıtkı Anlam: “Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2, 2013, s. 55-76.
- Böckli**, Peter: Schweizer Aktienrecht, Zürich, 2009.
- Bürgers**, Tobias/**Körber**, Torsten: Aktiengesetz-Heidelberger Kommentar, Heidelberg, 2011 (Anılış: **Bürgers/Körber/(İlgili Bölüm Yazarı)**).
- Casutt**, Anderas: “Was brachte die Sonderprüfung als neues Instrument des Aktionärsschutzes? Praktische Erfahrungen der ersten zehn Jahre”, Der Schweizer Treuhänder, 5, 2002, s. 506-511 (Anılış: Was brachte die Sonderprüfung).
- Casutt**, Anderas: Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht, Zürich, 1991 (Anılış: Sonderprüfung).
- Değirmencioğlu Aydın**, Nihan: Anonim Şirketlerde Özel Denetim İsteme Hakkı, İstanbul, 2015.
- Forstmoser**, Peter/**Meier-Hayoz**, Arthur/**Nobel**, Peter: Schweizerisches Aktienrecht, Bern, 1996.
- Forstmoser**, Peter: “Informations- und Meinungsäuserungsrechte des Aktionärs”, içinde: **Forstmoser**, Peter/**Druey**, Jean Nicholas (ed.), Rechtsfragen um die Generalversammlung, Zürich, 1997, s. 85-129.
- Gabrielli**, Fabrizio: Das Verhältnis des Rechts auf Auskunftserteilung zum Recht auf Einleitung einer Sonderprüfung, Zürich, 1997.
- Günay**, Gözde Engin: Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Özel Denetim, İstanbul, 2018.
- Güven**, Şirin: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirketler Hukukunda Özel Denetim”, Cankaya University Journal of Law, (7) 2, 2011, s. 133-175.
- Heizmann**, Reto: “Sonderuntersuchung statt Sonderprüfung - Hundertmetersprint statt Hürdenlauf?”, içinde: **Weber**, Rolf H./**Stoffel**, Walter A./**Chenau**, Jean-Luc/**Sethe**, Rolf (ed), Aktuelle

Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts - Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich, 2017.

Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 ÜBest GmbH, Basel, 2012 (Anılış: **Honsell/Vogt/Watter/(İlgili Bölüm Yazarı)**).

Hopt, Klaus J./Wiedemann, Herbert: Aktiengesetz Großkommentar, Berlin, 2008 (Anılış: **Hopt/Wiedemann/(İlgili Bölüm Yazarı)**).

Horber, Felix: Die Informationsrechte des Aktionärs, Zürich, 1995.

Jänig, Ronny: Die Aktienrechtliche Sonderprüfung, Norderstedt, 2008.

Kaya, Arslan: “Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi, BATİDER, (XXXI) 1, 2015, s. 61-83.

Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland: OR Kommentar - Schweizerisches Obligationenrecht, Zürich, 2016 (Anılış: **Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser/(İlgili Bölüm Yazarı)**).

Kunz, Peter V.: “Zur Subsidiarität der Sonderprüfung”, SJZ, 92, 1996, s. 1-5 (Anılış: Subsidiarität).

Kunz, Peter V.: Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern, 2001.

Martinez, Larissa Marolda: Information der Aktionäre nach Schweizerischem Aktien- und Kapitalmarktrecht, Zürich, 2006.

Moroğlu, Erdoğan: “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi”, içinde: **Moroğlu, Erdoğan**, Makaleler I, İstanbul, 2001, s. 65-81.

Narbay, Şafak: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim Yapılması Şartları ve Özel Denetçinin Atanması Usulü”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C.1, İstanbul, 2007.

Özdamar, Mehmet: “Anonim Şirketlerde Özel Denetim”, içinde: **Ulusoy, Erol** (ed), Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, Ankara, 2014, s. 45-74.

Özkan, Ömer: “Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Özel Denetçi Atanması”, BATİDER, (XX) 2, 1999, s. 27-49.

Paslı, Ali: “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi Tayini”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. 1, İstanbul, 2003, s. 611-647.

- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin:** Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul, 2014 (Anılış: **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/(İlgili Bölüm Yazarı)**, C. 1).
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin:** Ortaklıklar Hukuku II, İstanbul, 2017 (Anılış: **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/(İlgili Bölüm Yazarı)**, C. 2).
- Pulaşlı, Hasan:** “Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Özel Denetim İsteminin Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, İstanbul, 2017, s. 589-612 (Anılış: Mukayeseli Hukuk).
- Pulaşlı, Hasan:** “Yönetim Kurulu Üyesinin Bilgi Alma Hakkı ve Mahkemeden Özel Denetim İstemesine İlişkin Koşullar - İsviçre Federal Mahkemesi’nin (133 III 133) 20 Aralık 2006 Tarih ve 4C278/2006 Sayılı Kararı”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C. 2, Ankara, 2010, s. 1857-1883 (Anılış: Yönetim Kurulu Üyesinin Mahkemeden Özel Denetim İstemesi)
- Pulaşlı, Hasan:** Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I, Ankara, 2014 (Anılış: C. I).
- Pulaşlı, Hasan:** Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, Ankara, 2014.
- Schenker, Urs:** “Die Sonderprüfung - ein schwieriges Instrument”, GesKR, 1, 2019, s. 18-36.
- Schnyder, Orsolya Fercsik/Weber, Rolf H.:** “Von der Sonderprüfung zur Sonderuntersuchung”, GesKR, Sondernummer, 2008, s. 113-117.
- Şener, Oruç Hami:** Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ankara, 2017.
- Uçar Bulut, Gülnur Ceren:** Anonim Şirketlerde Özel Denetim, Ankara, 2018.