

**ORD. PROF. DR.**  
**ŞEVKET MEMEDALİ**  
**BİLGİŞİN'İN**  
**ANISINA ARMAĞAN**

**YAYINA HAZIRLAYANLAR**

**PROF. DR. ARSLAN KAYA**

**PROF. DR. ABUZER KENDİGELEN**

**DR. ÖĞR. ÜYESİ MUSTAFA HALİL ÇONKAR**

**DR. ÖĞR. ÜYESİ İBRAHİM ÇAĞRI ZENGİN**

**ARAŞ. GÖR. AHMET ÖZSOY**

**İSTANBUL 2021**

**onikilevha**  
YAYINLAMA VE DAĞITIM

YAYIN NO: 1875

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ ARMAĞANLAR DİZİSİ: 4

---

**ORD. PROF. DR. ŞEVKET MEMEDALİ BİLGİŞİN'İN ANISINA ARMAĞAN  
YAYINA HAZIRLAYANLAR:**

PROF. DR. ARSLAN KAYA / PROF. DR. ABUZER KENDİGELEN /

DR. ÖĞR. ÜYESİ MUSTAFA HALİL ÇONKAR /

DR. ÖĞR. ÜYESİ İBRAHİM ÇAĞRI ZENGİN / ARAŞ. GÖR. AHMET ÖZSOY

ISBN 978-625-7528-99-3

1. BASKI - İSTANBUL, KASIM 2021

---

© **ON İKİ LEVHA YAYINCILIK A. Ş.**

*Adres* Prof. Nurettin Mazhar Öktel Sokak No: 4/1 Şişli / İstanbul

*Telefon* (212) 343 09 02

*Faks* (212) 224 40 02

*Web* www.onikilevha.com.tr

*E-Posta* bilgi@onikilevha.com.tr

**f** facebook.com/onikilevha

**t** twitter.com/onikilevha

*Baskı/Cilt* Berdan Matbaa - Sadık Daşdoğan  
Davutpaşa Cad. Güven İş Merkezi  
C. Blok No: 215/216 Topkapı/İstanbul  
Tel : 0 212 6131211  
Sertifika No: 45750

## İÇİNDEKİLER

➤ ARSLAN KAYA, PROF. DR. Önsöz	XXXI
➤ <i>İçindekiler</i>	XXXV
➤ İLKAY BİLGİŞİN Babam Şevket Memedali Bilgişin	XXXIX
➤ M. HALİL ÇONKAR, DR. ÖĞR. ÜYESİ Ord. Prof. Dr. Şevket Memedali Bilgişin'in Hayatı ve Eserleri	XLIII
➤ HÜSEYİN ÜLGEN, PROF. DR. Ord. Prof. Dr. Bilgişin Hocamıza Dair Birkaç Söz	LXXIX
➤ <i>Genel Kısaltma Cetveli</i>	LXXXIII

## MAKALELER

1. HASAN ONUR AKAY, ARAŞ. GÖR. Türk Ticaret Kanunu m. 122/5 Çerçevesinde Sürekli Sözleşme İlişkilerinden Kaynaklı Denkleştirme İstemi Bakımından Tekel Hakkı Şartı: Farklı Bir Yorum Mümkün mü?	1
2. HALİL AKKANAT, PROF. DR. ELİF BEYZA AKKANAT ÖZTÜRK, ARAŞ. GÖR. Riskli Yapının Yıkılmasından Sonra Hak Sahiplerinin Durumu	19
3. SERVET ARMAĞAN, PROF. DR. İslâm Hukukunda Şirket Türleri	51
4. A. FÜSUN ARSAVA, PROF. DR. Devletlerin Yargı Bağışıklığı	65

5. AYHAN BAKIR, ARAŞ. GÖR. DR. 81  
Anonim Şirketlerde "Iskat Edilen Pay Sahipleri Açısından" Iskatın Hukuki Sonuçları
6. İCLAL NİHAL BARAÇ EVCI, ARAŞ. GÖR. 95  
Anonim Şirkette Özel Denetim İsteme Hakkı: Özellikle Hakkın Şartları, Diğer Bilgi Alma Hakları ile İlişkisi ve Kapsamının Belirlenmesinde Hâkimin Rolü
7. ALİ CEM BUDAK, PROF. DR. 151  
Bilgişin'in Ticaret Hukuku Prensipleri Başlıklı Eserinde Ticari Defterlerle İspat Usulü
8. ERSİN ÇAMOĞLU, PROF. DR. 177  
Anonim Şirket Ortaklarının Haksız Kâr Alımı Nedeni İle İade Yükümlülüğü
9. M. HALİL ÇONKAR, DR. ÖĞR. ÜYESİ 191  
TTK 376 Tebliğinde 2020 Yılında Yapılan Değişikliklerin Getirdikleri
10. KORAY DEMİR, DOÇ. DR. 223  
Tacirin Sükûtu İkrar mıdır?
11. MÜGE EVLEK, ARAŞ. GÖR. 247  
Türk Ticaret Kanunu'nda Öngörülen Azınlık Haklarının Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Uygulanması
12. ELNUR KARİMOV 299  
Fikri Hukukta Vücuda Getirilmemiş ve Tamamlanacak Eser Kavramları ve Tasarruf İşlemleri

13. ARSLAN KAYA, PROF. DR. 327  
Sınai Mülkiyet Hukukunun Güncel Sorunları-  
Görüşler  
(IV. Coğrafi İşaret Korumasının Ürünün Öz Adı  
Sınırlandırmasına Tabi Tutulması ve Önceki  
Marka ile İlişkisi: Mahreç İşaretleri Özelinde  
Değerlendirmeler)
14. HASAN TAHSİN KEÇELİGİL, PROF. DR. MED. LLM. JUR 347  
HÜLYA KEÇELİGİL  
Türkiye’de Siyasal Partilere Devlet Yardımı:  
Tarihsel ve Güncel Durum
15. HABIL ARDA KEL, Av. 401  
Fiyatlama Algoritmaları ve Rekabetçi Endişeler
16. ABUZER KENDİGELEN, PROF. DR. 441  
M. HALİL ÇONKAR, DR. ÖĞR. ÜYESİ  
Bilgişin’in Ticaret Hukukçuluğu Üzerine Bir İnce-  
leme
17. İSMAİL KIRCA, PROF. DR. 459  
UFUK TEKİN, DR. ÖĞR. ÜYESİ  
Suç Gelirlerinin Aklanması ve Terörün  
Finansmanı ile Mücadele Çerçevesinde OECD  
Malî Eylem Görev Grubunun Hamiline  
Yazılı Paylarla İlgili Tavsiye Kararı ve Ulusal  
Mevzuatlarda Buna Uyum Çabaları
18. MAHMUT ARİF KOÇAK, ARAŞ. GÖR. 489  
Denetçinin Görevden Alınması ve Yeni Denetçi  
Atanması Davası -Azınlık Planından-
19. M. TOLGA ÖZER, DR. ÖĞR. ÜYESİ 523  
Adi Ortaklığın Bir Görünüm Şekli Olarak Evlilik  
Dışı Birliktelikler

20. AHMET ÖZSOY, ARAŞ. GÖR. 547  
Türk Ticaret Kanunu'nun 512. Maddesinin Genel Borçlar Hukuku Müesseseleriyle İlişkisi
21. A. FURKAN SORKUN, ARAŞ. GÖR. 571  
Tasarımın Gasbı Hâlinde İnhisari Olmayan Lisans Talebi ve Buna Bağlı Sonuçlar (SMK md. 72)
22. MUHAMMED SULU, DR. ÖĞR. ÜYESİ 613  
İtirazın İptali Davalarının Dava Şartı Ticari Arabuluculuk Kapsamında Değerlendirilmesi
23. UFUK TEKİN, DR. ÖĞR. ÜYESİ 631  
HAKAN HASIRCI, DR. ÖĞR. ÜYESİ  
Ticari Davalarda Dava Yığılması Halinde Arabuluculuğa Başvurulmasının Dava Şartı Olmadığına İlişkin Bir Yargıtay Kararı Hakkında
24. İMGE HAZAL YILMAZ, ARAŞ. GÖR. 655  
Ebeveynlerin Çocuklarına İlişkin Sosyal Medya Paylaşımlarının Çocuğun Kişilik Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi ve Çocuğun Korunması
25. HAZALCAN YURTMAN, Av. 679  
Genel Kurulun Toplanmaması Nedeniyle Bilgi Alma Hakkını Kullanamayan Pay Sahibinin Başvurabileceği Hukuki Mekanizmalar
26. İBRAHİM ÇAĞRI ZENGİN, ARAŞ. GÖR. DR. 711  
Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Müzakereye Katılma Yasağının (TK 393) Yeter Sayılara Etkisi

## ADİ ORTAKLIĞIN BİR GÖRÜNÜM ŞEKLİ OLARAK EVLİLİK DIŞI BİRLİKTELİKLER

DR. ÖĞR. ÜYESİ  
M. Tolga ÖZER\*

**Özet:** Toplumumuzda aile kavramı hala evlilik üzerinden tanımlanmakta ve dar anlamda ailenin karı, koca ve çocuklardan meydana geldiği kabul edilmektedir. Benzer şekilde ülkemizdeki aile hukukuna ilişkin düzenlemelerin temel hareket noktası da evliliğdir. Bununla birlikte, evlilik dışı birlikteliklerin dünyada olduğu gibi ülkemizde de giderek yaygınlaşmakta olduğu bir gerçektir. İnsanları evlilik bağı olmadan birlikte yaşamaya iten sebepler bazen eşcinsel çiftlerde olduğu gibi hukukun bazı kişiler arasında resmi evlilik bağı kurulmasına imkân tanımaması bazen de insanların evlilik hukukunun sıkı kurallarıyla bağı olmak istememesidir. Toplumumuzda yaygın olan diğerk bir sosyal olgu da çiftlerin resmi nikâhları olmadan sadece dini nikâh kıyarak, birlikte yaşamalarıdır. Batılı ülkelerden farklı olarak, ülkemizde evlilik dışı yaşayan çiftlerin sayısına ilişkin bir istatistik tutulmamaktadır<sup>1</sup>. Ancak nüfusu yaklaşık 84 milyon olan bir ülkede bu sayının az olamayacağı açıktır. Buna rağmen, hukuk sistemimiz evlilik dışı birlikteliklere herhangi bir hukuki statü tanımakta, toplumsal bir gerçek hukuk tarafından adeta yok sayılmaktadır. Bunun sonucunda ise özellikle birlikteliğın sona ermesi durumunda tarafların hukuken birbirlerinden herhangi bir talepte bulunmalarının mümkün olup olmadığı, birliktelik içerisinde tarafların elde etmiş olduğu malvarlığı değerlerinin bir paylaşımına tabi tutulup tutulmayacağı vb. soru

\* Türk Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta adresi: ozer@tau.edu.tr ORCID: 0000-0003-4576-4699.

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

<sup>1</sup> Örneğın; Alman İstatistik Kurumu 2015 yılı itibariyle Almanya'da 2,8 milyon evlilik dışı yaşayan çift bulunduğunu açıklamıştır. Bkz. [https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemittelungen/Zahl-der-Woche/2017/PD17\\_24\\_p002.html](https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemittelungen/Zahl-der-Woche/2017/PD17_24_p002.html)

ve sorunlar gündeme gelmektedir. Çalışmamız kapsamında değerlendirmek istediğimiz husus, evlilik dışı birlikteliklerin birer adi ortaklık olarak kabul edilmesinin ve mevcut soru ve sorunların adi ortaklık hükümleri doğrultusunda çözümünün mümkün olup olmadığıdır.

**Anahtar Kelimeler:** Evlilik dışı birliktelik, adi ortaklık, ortaklık, aile hukuku, dini nikâh

### THE NONMARITAL PARTNERSHIP AS AN ORDINARY PARTNERSHIP

**Abstract:** The concept of family, which is generally accepted in our society, is still defined through marriage. For this reason, the starting point of family law regulations in our country is based on marriage. However, it is an undoubtful fact that nonmarital partnerships are becoming widespread in our country as well as in the world. The reasons that motivate people to live together without a marital bond are basically lack of legal ground for formal marriage between them, as is the case with same-sex couples, and sometimes people do not want to adhere to strict rules of marriage law. Another common social phenomenon in our society is that couples live together by simply having a religious marriage, without having a formal marriage. Unlike in the Western countries, there is no statistics regarding the number of unmarried couples in our country. However, it is clear that this number cannot be minor in a country with a population of approximately 84 million. Despite this fact, our legal system does not recognize any legal status for nonmarital partnerships, a social fact ignored by law. As a result of this, questions and problems arise regarding whether it is possible for the parties to make legal requests from each other, especially when the partnership ends, and whether the assets acquired by the parties in the partnership will be shared. The subject we want to evaluate within the scope of our study is whether it is possible to accept nonmarital partnerships as ordinary partnerships and to resolve existing questions and problems in line with the provisions of ordinary partnership.

**Keywords:** *Nonmarital Partnership, Ordinary Partnership, Partnership, Family Law, Religious Marriage*



## I. GİRİŞ

Evlilik dışı birlikte yaşama<sup>2</sup> olgusu dünyada, özellikle batılı toplumlarda giderek yaygınlaşmaktadır. Ülkemizde konuya ilişkin az sayıda araştırma yapılmakla birlikte, yapılan bu araştırmalarda özellikle gençlerin azımsanamayacak bir kısmının “evlilik dışı birlikte yaşama” kavramına soğuk bakmadıkları görülmektedir<sup>3</sup>. Batılı ülkeler toplumdaki “evlilik dışı birlikte yaşama” olgusuna kayıtsız kalmamış ve bu birlikteliklere ilişkin çeşitli hukuki düzenlemeler getirmişlerdir<sup>4</sup>. Ülkemizde ise bu olgu adeta yok sayılmakta ve evlilik dışı birlikte yaşayan çiftlere herhangi bir hukuki statü tanınmamaktadır. Ancak bu olgunun yok sayılması, bu birlikteliklere ilişkin hukuki sorunları ortadan kaldırmamaktadır. Özellikle birliktelik sona erdiğinde tarafların birbirlerinden herhangi bir mali talepte bulunmasının mümkün olup olmadığı; ilişki süresince elde edilmiş olan malların paylaşılıp paylaşılmayacağı, eğer paylaşılacaksa bu paylaşımın ne şekilde yapılacağı vb. sorular cevapsız kalmaktadır.

Yargıtay konuya ilişkin kararlarında evliliğe dair yöresel gelenekleri yerine getiren ancak resmi nikâhları bulunmayan birlikte yaşayan çiftlerin ayrılması durumunda, ilişkinin kadın tarafının ileride resmi nikâh yapılacağı inancıyla karı koca hayatı yaşamayı kabul ettiği yorumunu yapmakta ve toplumumuzun geleneksel yapısı nedeniyle ilişkinin sona ermesi durumunda kadının yeni bir evlilik yapmasının zorlaştığını, iliş-

<sup>2</sup> Çalışmamız kapsamında “evlilik dışı birlikte yaşama” ve “evlilik dışı birliktelik” terimleriyle kastedilen aralarında resmi evlilik bağı bulunmayan farklı veya aynı cinsiyetten kişilerin bir çift olarak evlilik benzeri ilişki yaşadığı birlikteliklerdir. Bu bağlamda, aralarında bu tür bir ilişki bulunmayan ev arkadaşları çalışmamızın kapsamı dışında bırakılmıştır.

<sup>3</sup> 2007 yılında üniversite son sınıf öğrencileri arasında yapılan bir araştırmada ankete katılan öğrencilerin %27,8’i evlilik dışı birlikte yaşamayı onayladığını, %57,4’ü ise bu tarz bir birlikteliği onaylamadıkları ifade etmiştir. Öğrencilerin %14,8’i konuya ilişkin olumlu veya olumsuz fikir beyan etmemiştir. Bu araştırmadan da görüldüğü üzere öğrencilerin yaklaşık yarısı evlilik dışı birlikte yaşamayı açık olarak reddetmemektedir. Araştırma sonucu için bkz. **Nesrin Türkaslan ve Semra Yurtkuran**, Üniversite Son Sınıf Öğrencilerinin Evliliğin Kuruluşuna İlişkin Görüş ve Düşünceleri (T.C. Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara, 2007), s. 96.

<sup>4</sup> Farklı ülkelerin evlilik dışı birlikte yaşam modellerinin incelemesi için bkz. **Işıl S. Tekdoğan Bahçivancı**, “Evlilik Dışı Birlikte Yaşam Modellerine Uygulanacak Hukuk”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Yıl 2018 Sayı 33, s. 625 vd.

kinin karşı tarafının bu hususları dikkate alması gerektiğini belirterek, kadının “evlilik vaadi ile kandırıldığı”<sup>5</sup> gerekçesiyle karşı taraf aleyhine (manevi) tazminata hükmetmektedir<sup>6</sup>. Bu kararlar incelendiğinde her ne kadar açıkça belirtilmese de yüksek mahkemenin evliliğe ilişkin geleneksel adetlerin yerine getirilmesini özellikle taraflar arasında dini nikâh kıyılmasını nişanlanma (evlenme vaadi) olarak kabul ettiği ve ilişkinin bitmesiyle birlikte bu nişanın haksız olarak bozulduğu gerekçesiyle tazminata hükmettiği sonucuna varılmaktadır (bkz. TMK. m. 120, 121)<sup>7</sup>. Ancak Yargıtay’ın bu çözümü yeterli değildir<sup>8</sup>. Zira resmi nikâhları olmadan birlikte yaşayan çiftlerin birçoğu, evliliğe ilişkin sıkı kurallara bağlı olmak istemedikleri veya evlilik kavramına inanmadıkları için bu tür bir birlikteliği tercih etmektedir. Ayrıca bu birlikteliklerin bir kısmını da ülkemizde evlenmeleri hukuken mümkün olmayan eşcinsel çiftler oluşturmaktadır<sup>9</sup>. Bunlara ek olarak söz konusu kararlarda dini nikâhlı çiftler açısından da sadece manevi tazminata hükmedilmekte, birliktelik sırasında edinilen (ve muhtemelen edinilmesine tarafların birlikte katkı sağladığı) malvarlığına ilişkin bir değerlendirme yapılmamaktadır. Bu nedenle, evlilik dışı birlikteliklere ilişkin “evlilik vaadi/nişanlanma” kurumu üzerinden bir çözüme varılması sorunu tam olarak çözememektedir.

<sup>5</sup> Yargıtay kararlarında “evlenme vaadi ile kandırmayı” adeta bir haksız fiil olarak konumlandırmıştır. Ancak evlilik vadinin hukuki niteliği nişanlanmadır (bkz. TMK. m. 118). Şu hâlde; evlenme vaadine rağmen bir kişinin, karşı tarafla evlenmekten vazgeçmesi ancak nişanın bozulması / nişanlanmadan dönme olarak nitelendirilebilir.

<sup>6</sup> Örnek kararlar için bkz. Yargıtay 4 HD., 170/7430, 06.06.2016; Yargıtay 4 HD., 6000/5100, 14.04.2016.

<sup>7</sup> Yargıtay’ın bu görüşünün öğretilerde de temelleri bulunmaktadır. Dini nikâh ile olan birleşmelerde bu nikâhın tahvil yoluyla nişanlanma olarak kabul edilebileceği görüşünde bkz. **Reşit Belgesay**, “Fiili Evliliğin ve Evlilik Dışı Doğan Çocukların Himayesi”, MHAD 1958 II/2, s. 21 vd.

<sup>8</sup> Dini nikâh kıyılmış olsa dahi tarafların birbirlerine resmi nikâh yapma vadinde bulunmadıkları hallerde, onların iradelerine mevcut olmayan bir muhteva eklenerek nişanlanma sonucuna varılmayacağı görüşünde bkz. **Hüseyin Hatemi**, Hukuka ve Ahlakla Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul, 1976), s. 372.

<sup>9</sup> Ülkemizde eşcinsel çiftler aralarında bir hukuki ilişki kurabilmek adına partnerlerden birinin diğerini evlat edinmesi gibi uç yöntemlere başvurmaktadır. Basında bu yönde çıkan bir haber için bkz. <https://t24.com.tr/haber/ferdi-ozbegen-hayatini-paylastigi-hilmi-mutluyu-evlat-edinmistir,301909>

İsviçre Federal Mahkemesi ise 1980’li yıllardan beri vermiş olduğu kararlarında konuya başka bir açıdan yaklaşmakta, evlilik dışı birlikte-likleri (gerekli şartların bulunması durumunda) birer adi ortaklık olarak kabul etmekte ve özellikle mal paylaşımına ilişkin adi ortaklık hükümlerinden yararlanmaktadır<sup>10</sup>.

Bizim de bu çalışma kapsamındaki amacımız mehz hukuk siste-mindeki adi ortaklık hükümlerinden yararlanılarak bulunan çözümün ülkemizde de uygulama alanı bulmasının mümkün olup olmadığı soru-suna cevap aramaktır. Bu amaçla aşağıda ilk olarak adi ortaklık kavramına ilişkin genel bir bilgilendirme yapılacak, daha sonra evlilik dışı birlik-teliklerin birer adi ortaklık olarak kabul edilebilmesinin mümkün olup olmadığı hususu incelenecektir.

## II. EVLİLİK DIŞI BİRLİKTE YAŞAYAN ÇİFTLER ARASINDA ADİ ORTAKLIK İLİŞKİSİNİN KURULMASI

### 1. Genel Olarak Adi Ortaklık Kavramı ve Bu Ortaklığın Unsurları

Ülkemizde adi ortaklık kurumu mehz İsviçre Hukuku’nda olduğu gibi Borçlar Kanunu içerisinde düzenlenmiştir (bkz. TBK. m. 620-645). Kanunda adi ortaklığa ilişkin doğrudan bir tanım yapılmamış, TBK. m. 620 f. 1’de “adi ortaklık sözleşmesi” üzerinden dolaylı bir tanıma yer verilmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca adi ortaklık sözleşmesi, “*iki veya daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşme*”dir. Öğretide ise bu tanım adi ortaklığı diğer ortaklık türlerinden ayırabilmek için gerekli unsurları içermemesi nedeniyle eleştirilmektedir<sup>11</sup>. Gerçekten de kanunda yer alan tanım adi ortaklıktan

<sup>10</sup> Örnek kararlar için bkz. BGE 108 II 204; BGE 109 II 228. Bu yönde bir değerlendirme için bkz. **Michelle Cottier ve Cécile Crevoisier**, “Die nichteheliche Lebensgemeinschaft als einfache Gesellschaft”, *Pratique Juridique Actuelle* 1/2012, s. 33.

<sup>11</sup> **Nami Barlas**, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 13; **Aynur Yongalık**, *Adi Şirkette Sermaye Payı*, Ankara, 1991, s. 2; **Y. Ümit Doğanay**, *Adi Şirket Akdi*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1968, s. 4; **Ahmet Ayar**, *Adi Ortaklıkta İç ve Dış İlişkiler*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 9 vd.

çok ortaklık sözleşmesine ilişkin genel bir tanımdır. Adi ortaklığa ilişkin bu ortaklığa özgü unsurları da içeren bir tanım yapılması durumunda ise adi ortaklık “iki veya daha fazla kişinin emek veya her türlü değeri ortak bir amaç doğrultusunda birleştirmeyi ve bu amaca ulaşmak için birlikte çaba göstermeyi sözleşmeyle birbirlerine taahhüt ettikleri, tüzel kişiliği bulunmayan bir şahıs birliği” olarak tanımlanabilir<sup>12</sup>. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere adi ortaklık için gerekli unsurlar; iki veya daha fazla kişinin bir araya gelmesi, bu kişiler arasında bir adi ortaklık sözleşmesi kurulması, tarafların bu ortaklık sözleşmesi kapsamında müşterek bir amacın gerçekleştirilmesi konusunda anlaşmış olmaları ve bu amaca erişebilmek için katılım payı olarak birtakım değerleri ortaklığa tahsis etmeyi ve birlikte çaba sarf etmeyi üstlenmeleridir.

Adi ortaklık bir şahıs birliği olduğu için bu ortaklık türüne ilişkin gerekli unsurlardan ilki kişidir. TBK. m. 620 f. 1’de adi ortaklığı oluşturacak kişi yani ortak sayısının asgari iki olması gerektiği hüküm altına alınmış, ancak herhangi bir üst sınır belirtilmemiştir<sup>13</sup>. Kanunda, adi ortaklığı oluşturacak kişilerin niteliklerine ilişkin bir sınırlama da bulunmamaktadır. Bu nedenle adi ortaklığı meydana getiren kişilerin hem gerçek hem de tüzel kişi olabilmeleri mümkündür.

Adi ortaklığa ilişkin ikinci unsur ortaklar arasında sözleşmesel bir bağın bulunmasıdır. Adi ortaklık temelde sözleşmesel bir ilişkidir<sup>14</sup>. Bu husus, TBK. m. 620 f. 1’de adi ortaklığın, adi ortaklık sözleşmesi üzerinden tanımlanmasından da açıkça anlaşılmaktadır<sup>15</sup>. Bir adi ortaklığın varlığından söz edilebilmesi için bu ortaklığın kimlerden oluştuğu, ortaklığın amacı, bu amacın gerçekleştirilmesi için ortakların katılım payı

<sup>12</sup> Barlas, s.18; Doğanay, s. 5.

<sup>13</sup> Adi ortaklık temelde bir sözleşme ilişkisi olduğundan ve bir sözleşmenin en az iki tarafının bulunması gerektiğinden, adi ortaklığın en az iki kişiden oluşması gerektiği hususunun ayrıca belirtilmesine ihtiyaç olmadığı yönünde haklı bir yorum için bkz. Barlas, s.18.

<sup>14</sup> Adi ortaklık sözleşmenin hem borç hem de organizasyon sözleşmelerinin özelliklerini taşıyan çift karakterli bir sözleşme olduğu yönünde bkz. Barlas, s. 65; Ayar, s. 18-19.

<sup>15</sup> TBK’nın adi ortaklığı düzenleyen 18. bölümünün başlığının “Adi Ortaklık Sözleşmesi” olmasının da adi ortaklığın sözleşmesel bir ilişki olduğunu gösterdiği yönünde bkz. Barlas, s. 59.

koymakla<sup>16</sup> ve birlikte çaba göstermekle yükümlü olduğu gibi adi ortaklığın esaslı unsurları üzerinde taraflarca anlaşılmış olmalıdır. TBK.'nın sözleşmelerin geçerliliğine ilişkin düzenlemeleri bu sözleşme açısından da uygulama alanı bulacaktır. Bu sebeple adi ortaklık sözleşmesinin hükümlerinin kanunun emredici düzenlemelerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve imkânsız olmaması gerekir (bkz. TBK. m. 27. f 1).

Adi ortaklık sözleşmesinin kuruluşu ise özel bir şekil şartına bağlanmamıştır. Bu sözleşmenin sözlü hatta iradeyi dışı vuran örtülü davranışlarla dahi kurulabilmesi mümkündür<sup>17</sup>. Bununla birlikte, adi ortaklığa katılım payı olarak devir taahhüdü şekil şartına bağlanmış bir mal veya hakkın (örneğin, bir taşınmazın) getirilmesi durumunda, sözleşmenin (en azından ilgili kısmının) bu şekil şartına uyularak yapılması gerekir<sup>18</sup>. Aksi durumda adi ortaklık sözleşmesi şekle aykırılık nedeniyle hükümsüz olacaktır.

<sup>16</sup> Adi ortaklığın meydana gelmesi için adi ortaklık sözleşmesinde ortakların katılma payı olarak neyi koyacaklarının kesin şekilde yer almasına gerek yoktur. Ortaklığın amacının gerçekleşmesi için her ortağın katkı sağlamayı sözleşmeyle birbirlerine karşı taahhüt etmeleri adi ortaklığın kurulması için yeterlidir (Walter Fellmann ve Karin Müller, Berner Kommentar Art. 530-544 OR, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2006, Art. 531, N. 29). Katılma payı miktarının sözleşmede belirlenmemiş olması durumunda TBK. m. 621 f. 2'de yer alan eşitlik ilkesi gereğince ortaklar eşdeğer miktarda katılım payı koymakla yükümlüdür (Barlas, s. 49).

<sup>17</sup> Arthur Meier-Hayoz ve Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrechts, Stämpfli Verlag, 2012), § 12, N. 77; Barlas, s. 74; Lukas Handschin ve Reto Vonzun, Zürcher Kommentar 530-551 OR, Schulthess Juristische Medien AG 2009, Art. 530, N. 127; Yongalık, s. 7; Oruç Hami Şener, Adi Ortaklık, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 10; Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 52. Adi ortaklık sözleşmesinin geçerliliği kural olarak herhangi bir şekil şartına bağlı olmasa da sözleşme bedelinin HMK. m. 200 f. 1'de yer alan sınırı aşması durumunda, sözleşmenin senetle ispat edilmesi gerekecektir (Barlas, s. 78-79; Yongalık, s. 9-10; Şener, s. 37). Adi ortaklık sözleşmesinin ispatına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Vildan Peksöz, Medeni Usul Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 23 vd.

<sup>18</sup> Meier-Hayoz ve Forstmoser, § 12, N. 78; Handschin ve Vonzun, Art. 530, N. 146; Barlas, s. 75 vd.; Yongalık, s. 8; Doğanay, s. 71; Ayar, s. 21; Şener, s. 24 vd.; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 1477; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, s. 52.

Adi ortaklığa ilişkin asli unsurlardan bir diğeri müşterek amaç unsurudur. Adi ortaklığın kuruluş amacı, ortakların kararlaştırdığı müşterek amacın gerçekleştirilmesidir. Müşterek amaca sahip olmadan iradi veya kanuni herhangi bir sebeple bir araya gelen kişilerin adi ortaklık olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir.

Kanunda adi ortaklığın “*ortak bir amaca erişmek*” için kurulabileceği belirtilmiş, ancak bu amaca ilişkin herhangi bir sınırlamaya yer verilmemiştir. Buradan hareketle bizim de katıldığımız hâkim görüş, adi ortaklığın amacının iktisadi olabileceği gibi ideal de olabileceğini kabul etmektedir<sup>19</sup>. Kararlaştırılan amacın geçici veya sürekli olması da adi ortaklık açısından fark yaratmamaktadır<sup>20</sup>. Müşterek amaca ilişkin tek sınırlama bu amacın kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kişilik haklarına aykırı ve imkânsız olmamasıdır<sup>21</sup>. Bu sınırlama dahilinde ortaklığın amacının istenildiği gibi kararlaştırılması mümkündür<sup>22</sup>.

Müşterek amaca ilişkin üzerinde durulması gereken bir diğer husus, ortakları adi ortaklık kurmaya iten bireysel saikler ile ortaklığın müşterek amacının birbiriyle karıştırılmamasıdır. Zira ortakların bireysel saikleri ile müşterek amacın birbirlerinden farklı olabilmeleri mümkündür. Bu farklılık adi ortaklığın kurulmasını etkilememektedir<sup>23</sup>. Ancak bunun

<sup>19</sup> **Fellmann ve Müller**, Art. 530, N. 479; **Meier-Hayoz / Forstmoser**, § 12, N. 107; **Barlas**, 33; **Yongalık**, s. 10; **Doğanay**, s. 49; **Yavuz, Acar ve Özen**, s. 1476; **Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu**, s. 54-55. Öğretide azınlıkta kalan bazı yazarlar ise adi ortaklığın ideal amaçla da kurulabileceğinin kabul edilmesi durumunda adi ortaklık ile vakıf ve dernekler arasında bir farkın kalmayacağını; her ne kadar TBK. m. 620’de müşterek amaca ilişkin bir sınırlama yapılmamış olsa da TBK. m. 622’de ortaklığın elde ettiği kazancın paylaşılmasına ilişkin bir düzenleme getirilerek, bu ortaklık türünün sadece iktisadi amaçla kurulabileceğine işaret edilmiş olduğunu savunmaktadır bkz. **Ayar**, s. 32-33; **Şener**, s. 103.

<sup>20</sup> **Fellmann ve Müller**, Art. 530, N. 479; **Barlas**, s. 32; **Doğanay**, s. 51; **Yavuz, Acar ve Özen**, s. 1475. Kanunda herhangi bir sınırlama bulunmasa da adi ortaklığın sadece geçici amaçlar için elverişli bir ortaklık türü olduğu görüşünde bkz. **Yaşar Karayalçın**, *Ticaret Hukuku / Cilt: II-Şirketler Hukuku*, Ankara, 1973, s. 181 vd.

<sup>21</sup> **Fellmann ve Müller**, Art. 530, N. 478; **Barlas**, s. 32-33; **Yongalık**, s. 10; **Doğanay**, s. 51; **Yavuz, Acar ve Özen**, s. 1475.

<sup>22</sup> Ticari işletme işletmek amacıyla adi ortaklık kurulmasının mümkün olup olmadığına ilişkin tartışma için bkz. **Barlas**, s. 35 vd.

<sup>23</sup> **Fellmann ve Müller**, Art. 530, N. 473-476; **Barlas**, s. 26 vd. İsviçre Federal Mahkemesi konuya ilişkin bir kararında; rehinli makinelerin üzerindeki rehni bunlara ilişkin borcu ödeyerek kaldırıp, daha sonra bu makineleri satarak, elde edilen geliri paylaşmak ama-

zıttı bir durumda yani kişilerin çıkarlarının birbirlerine benzer olmasına rağmen, müşterek bir amacın bulunmaması ihtimalinde ise bu kişiler arasında adi ortaklık bağı bulunduğu söylenemeyecektir<sup>24</sup>.

Adi ortaklık için gerekli olan unsurlardan bir diğeri de ortakların kararlaştırdıkları müşterek amacının gerçekleştirilebilmesi için katılım payı koymayı taahhüt etmeleridir. Adi ortaklık sözleşmesinin tanımlandığı TBK. m. 620 f. 1’de bu husus “*iki veya daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri*” ifadesiyle belirtilmiştir. Benzer şekilde TBK. m. 621 f. 1’de de “*her ortak, para, alacak veya başka bir mal ya da emek olarak, ortaklığa bir katılım payı koymakla yükümlüdür*” denilerek, katılım payı taahhüdünün adi ortaklığın olmazsa olmaz bir unsuru olduğu açıkça hükme bağlanmıştır. Kanunda ortakların katılım payı olarak; para, alacak, mal ve emek koymayı taahhüt edebilecekleri belirtilmiştir. Ancak kanunda yapılan bu sayım tahdidi değildir. Ortaklığın amacının gerçekleştirilmesine hizmet edecek her türlü somut veya soyut değer katılım payı olarak getirilmesi mümkündür<sup>25</sup>.

ciyla bir araya gelen iki kişiden birinin bunu sadece iktisadi amaçla yapmasına, diğersinin ise akrabasına (eniştesine) yardım amacıyla yapmasına rağmen bu kişiler arasında bir adi ortaklık bağı kurulduğu, ortakların bireysel sakilerinin farklı olmasının adi ortaklık açısından önemli olmadığı sonucuna varmıştır. Karar için bkz. BGE 40 II 114.

<sup>24</sup> **Fellmann ve Müller**, Art. 530, N. 476. İsviçre Federal Mahkemesi’nin bu yönde bir kararı için bkz. BGE 94 II 126. Fransızca bu kararın Almanca özeti için bkz. **Fellmann ve Müller**, Art. 530, N. 476.

<sup>25</sup> **Meier-Hayoz ve Forstmoser**, § 12, N. 39; **Fellmann ve Müller**, Art. 531, N. 8 ve 27; **Handschin ve Vonzun**, Art. 531, N. 36; **Barlas**, s. 51; **Yongalık**, s. 43; **Şener**, s. 194; **Yavuz, Acar ve Özen**, s. 1474; **Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu**, s. 53. Patent, marka, faydalı model gibi fikri hakların hatta bir hak halini almamış olmakla birlikte ortaklığın ileride üzerinden hak elde edebileceği fikir veya planların dahi katılım payı olarak taahhüt edilebilmesinin mümkün olduğu yönünde bkz. **Fellmann ve Müller**, Art. 531, N. 39-40. Öğretide yüksek kredibilitesi olan bu sayede ortaklığın dışarıdan sermaye bulmasına imkân sağlayan kişilerin ortaklığa girerek, ortaklığın borçlarından birlikte sorumlu olmayı kabul etmelerinin dahi katılım payı olarak değerlendirilebileceğini savunan yazarlar bulunmaktadır. Bu yazarlar İBK. m. 544 f. 3 (TBK. m. 638 f. 3)’de yer alan; ortakların, ortaklık ilişkisi çerçevesinde üstlendikleri borçlardan müteselsil olarak sorumlu olduklarına ilişkin düzenleme nedeniyle aslında ortaklık borçlarından birlikte sorumlu olmayı taahhüt etmenin tek başına katılım payı taahhüdü olarak kabul edilemeyeceğini, ancak taahhütte bulunan kişinin bu sayede sahip olduğu yüksek bireysel kredibilitayı ortaklık için kullanması durumunda, bunun katılım payı olarak değerlendirilebileceğini belirtmektedir (**Fellmann ve Müller**, Art. 531, N. 56). Ticari itibarın ortaklığa sermaye olarak getirilmesine müsaade edilen or-

Katılım payı taahhüdüne ilişkin tek kıstas, taahhüt edilen değer in ortaklığın amacının gerçekleştirilmesine hizmet edip etmediğidir.

Adi ortaklık için aranan son unsur ortakların müşterek amacın gerçekleşmesi için birlikte çaba göstermeyi üstlenmeleridir<sup>26</sup>. Ortakların müşterek amaç konusunda anlaşmış olmaları adi ortaklığın kurulabilmesi için tek başına yeterli değildir. Bu amacın gerçekleşmesi için birlikte çaba göstermeyi de üstlenmeleri gerekir. Adi ortaklığa ilişkin bu unsur Roma Hukuku'ndan gelen "*affectio societatis*" kavramıyla ifade edilmektedir. *Affectio societatis* adi ortaklığa ilişkin temel unsurlardan biridir. Bu nedenle söz konusu unsuru içermeyen bir sözleşmenin adi ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir<sup>27 28</sup>. Birlikte çaba gösterme

taklık türlerinde, ticari itibara sahip bir kişinin o ortaklıkta salt ortak sıfatıyla bulunuyor olmasının sermaye olarak kabul edilebileceği yönünde bkz. **M. Halil Conkar**, Anonim Ortaklıklarda Aynı Sermaye, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 265

- <sup>26</sup> Kanunda doğrudan doğruya birlikte çaba unsurunu düzenleyen bir hüküm bulunmakla birlikte, öğretide bazı yazarlar TBK. m. 620 f. 1'de yer alan "*ortak bir amaca erişmek üzere birleştirme*" ifadesiyle bu unsuru işaret edildiğini savunmaktadır bkz. **Yavuz, Acar ve Özen**, s. 1475. Kanunda yer alan ortaklara ilişkin rekabet yasağının (TBK. m. 626) ve denetin hakkının (TBK. m. 631) temelinde de yine ortakların müşterek amacın gerçekleşmesi için birlikte çaba gösterme yükümlülüğü yer almaktadır (**Barlas**, s. 42-43; **Ayar** (n 11) 36; **Yavuz, Acar ve Özen**, s. 1475).
- <sup>27</sup> **Fellmann ve Müller**, Art. 530, N. 525; **Barlas**, s. 39-40; **Ayar** (n 11) 35. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi de bir kararında "... ilişkinin yalın ortaklık olarak tanımlanabilmesi için ilişkide ayrıca sözleşme, sözleşmeyi yapan kişiler, katılma payı, ortak amaç ve iş birliği öğeleri (unsurları) bulunmalıdır. Öğelerden sözleşmenin varlığı ise ya bağlayıcı (iltizami) işlem ya da amaç doğrultusunda bir çalışmanın varlığı ile belirlenir. Amaç doğrultusunda çalışma ise az-çok iş birliğini (*affectio societatis*) gerektirir" diyerek, hem *affectio societatis* unsurunun adi ortaklığın temel unsurlarından biri olduğunu hem de taraflar arasında müşterek amaca ulaşmak için iş birliği yapılmasının aralarında bir adi ortaklık sözleşmesi bulunduğuna işaret ettiğini belirtmiştir. Karar metni için bkz. Yargıtay 3. HD., 17444/12349, 01.11.2016. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında; taraflar arasında miras ortaklığının sona erdirilerek, bunun yerine bir adi ortaklık kurulduğu sonucuna varılabilmesi için tarafların müşterek amacın gerçekleştirilmesi uğruna çaba gösterecekleri konusunda anlaşmış olmalarını aramıştır. Karar metni için bkz. BGer. 5A\_304/2015. İsviçre Federal Mahkemesi'nin adi ortaklıktan söz edilebilmesi için ortakların tamamının müşterek amacın gerçekleşmesi için birlikte çaba göstermeyi üstlenmiş olmaları gerektiğinin ilişkin bir başka kararı için bkz. BGer. 4A\_509/2010.
- <sup>28</sup> Müşterek amaç için birlikte çaba sarf etme (*affectio societatis*) unsurunun adi ortaklığın asli bir unsuru olmadığı, ortaklık sözleşmesinden bunun aksinin kararlaştırılabileceği



yükümlülüğü ortaklar arasında bir sürekli borç ilişkisi doğurmaktadır<sup>29</sup>. Bu bağlamda, sözleşmede müşterek amacın gerçekleştirilmesine yönelik sadece bir defalık / ani edimli bir katılma yükümlülüğün kararlaştırılmış olması durumunda taraflar arasında adi ortaklık bağının bulunduğu sonucuna varılmayacaktır<sup>30</sup>.

Adi ortaklığa ilişkin açıklamış olduğumuz bu unsurların evlilik dışı birliktelikler açısından mevcut olup olmadığı ve bu bağlamda evlilik dışı birliktelikleri birer adi ortaklık olarak kabul edilmesinin mümkün olup olmadığı aşağıda ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

## 2. Adi Ortaklık İçin Aranılan Unsurların Evlilik Dışı Birliktelikler Açısından Mevcut Olup Olmadığı Hususu

Evlilik bağı olmadan birlikte yaşamaya karar veren çiftler arasında ipso iure bir adi ortaklık bağı oluştuğu sonucuna varılması elbette ki mümkün değildir<sup>31</sup>. Zira iki kişinin birlikte yaşamaya karar verdiği her durumda bu kişiler arasında bir adi ortaklık sözleşmesi kurulduğu yorumu yapılamaz. Bununla birlikte, evlilik dışı birlikteliklerin hiçbir zaman adi ortaklık olarak nitelendirilmeyeceği yönünde genel geçer bir yaklaşımın kabul edilmesi de fikrimizce doğru değildir<sup>32</sup>. Yukarıda genel hatla-

yönünde bkz. Karayalçın, s. 62.

<sup>29</sup> Fellmann ve Müller, Art. 530, N. 524; Barlas, s. 43; Ayar, s. 37.

<sup>30</sup> Barlas, s. 43; Ayar, s. 37.

<sup>31</sup> Cottier ve Crevoisier, s. 36; Bernhard Pulver, Unverheiratete Paare, Hebling und Lichtenhahn, 2000, s. 23-24.

<sup>32</sup> Evlilik dışı birliktelik kurmaya karar veren taraflar arasında bir adi ortaklık sözleşmesi kurulduğu sonucuna varılamayacağı, evlilik birliğine ilişkin hükümlerin kamu düzenine ilişkin olduğu ve tarafların adi ortaklık yolu ile bu sonuca ulaşmak istemeleri halinde bu ortaklık sözleşmesinin batıl kabul edilmesi gerektiği görüşünde bkz. Hatemi, s. 395. Yazar her ne kadar evlilik dışı birliktelik kuraya karar veren çiftler arasında bir adi ortaklık ilişkisi kurulmayacağını kabul etse de bu durumda taraflar arasındaki sözleşmenin "fili evlilik ilişkisi sözleşmesi" şeklinde isimsiz bir sözleşme olacağını ifade etmektedir (ibid. 395). Yazara göre ilişkinin tek tarafı olarak sona erdirilmesi durumunda ise taraflar birbirlerinden culpa in contrahendo ilkesi gereği tazminat talebinde bulunabileceklerdir (Hatemi, s. 290). Ancak evlilik birliğine ilişkin hükümlerin kamu düzenine ilişkin olduğu, bu nedenle ortaklık sözleşmesi ile bu konuda düzenleme yapılamayacağını ileri süren yazarın, "fili evlilik sözleşmesi" şeklinde isimsiz bir sözleşme ile kamu düzenine

rıyla açıklamış olduğumuz unsurların bu birliktelikler açısından mevcut olduğu hallerde, İsviçre Federal Mahkemesi'nin de kararlarında işaret etmiş olduğu üzere, çiftler arasında adi ortaklık bağı kurulduğu sonucuna varılabilecektir<sup>33</sup>. Şu hâlde asıl cevaplanması gereken soru, adi ortaklığa ilişkin unsurların hangi şartlar altında evlilik dışı birliktelikler açısından mevcut olduğudur. Bu sorunun cevaplanabilmesi için adi ortaklığa ilişkin unsurların evlilik dışı birliktelikler açısından ayrı ayrı ele alınması isabetli olacaktır.

### a. Kişi Unsuru

Evlilik dışı bir birlikteliğin adi ortaklık olarak kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin incelenmesi gereken ilk unsur kişidir. Birlikte olma olgusu yapısı gereği en az iki kişiden meydana gelecektir. Bu durumda adi ortaklığın asgari iki kişiden oluşmasına yönelik şartın evlilik dışı birliktelikler açısından mevcut olduğuna kuşku yoktur.

Burada akla gelen soru ise ikiden fazla kişiden meydana gelen bir birlikteliğin yani poligaminin<sup>34</sup> mevcut olması durumunda, bu kişiler arasında (gerekli diğer şartların da bulunması halinde) bir adi ortaklık ilişkisi bulunduğu kabul edilip edilemeyeceğidir. Ancak belirtmemiz gerekir ki burada erkek veya kadının bir kişiyle resmi olarak evliken, bir başkasıyla evlilik dışı ilişki yaşadığı durumları kast etmemekteyiz. Zira bu gibi hallerde evli çift arasında kanunun evliliğe ilişkin düzenlemeleri uygulama alanı bulacaktır. Evlilik dışı birliktelik ise yine iki kişi arasında meydana geleceğinden, kişi unsuru açısından incelenmesi gereken özel bir durum yoktur. Burada asıl kast ettiğimiz birlikteliğin tarafları arasında hiçbir şekilde resmi evlilik bağının bulunmadığı poligamik ilişkilerdir.

---

ilişkin bu hususların düzenlenebileceği sonucuna varması birbiriyle çelişmektedir.

<sup>33</sup> Somut olaydaki şartlar dikkate alındığında adi ortaklığa ilişkin unsurların bulunduğu sonucuna varılabilmesi halinde adi ortaklık hükümlerinin evlilik dışı birlikteliklere yönelik olarak uygulanabileceği yönünde bkz. **Meier-Hayoz ve Forstmoser**, § 12, N. 107; **Cottier ve Crevoisier**, s. 36 vd.; **Pulver**, s. 23.

<sup>34</sup> Burada "poligami" terimini bir kimsenin aynı anda birden fazla kişiyle evli değil, birlikte olunması anlamında kullanmaktayız.

Ülkemizde, özellikle doğu bölgelerinde erkeklerin birden fazla kadınla dini nikâh kıyması ve bu kişilerin aynı mekân içerisinde hayatlarını birlikte sürdürdükleri toplumsal bir gerçektir<sup>35</sup>. Şu hâlde bu tip poligamik birlikteliklerde taraflar arasında bir adi ortaklık bağı bulunduğu sonucuna varılıp varılamayacağı ve ülkemizin şartları düşünüldüğünde bu sayede özellikle birlikteliğin kadın olan taraflarına hukuki bir koruma sağlanmasının mümkün olup olmadığı incelenmelidir<sup>36</sup>.

TMK. m. 130'da “yeniden evlenmek isteyen kimse, önceki evliliğinin sona erdiğini ispat etmek zorundadır” denilerek, bir kimsenin aynı anda iki kişiyle evli olmasının mümkün olmadığı hükme bağlanmıştır. Benzer şekilde TMK. m. 145 b. 1'de de “eşlerden birinin evlenme sırasında evli bulunması” evliliğin mutlak butlan sebepleri arasında sayılmıştır. Bu hükümlerden anlaşıldığı üzere ülkemizde tek evlilik sistemi yani evlilik açısından monogami geçerlidir. Ancak evlilik dışı poligamik birliktelikleri yasaklayan herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle bu tür poligamik birlikteliklerin adi ortaklık olarak kabul edilmesine engel olan herhangi bir emredici kanun hükmü mevcut değildir.

Konuya ilişkin akla gelen diğer bir soru bu tür bir hukuki ilişkinin ahlaka ve/veya kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle TBK. m. 27 f. 1 uyarınca geçersiz sayılıp sayılmayacağıdır. TBK. m. 27 f. 1 uyarınca bir hukuki işlemin içeriğinin veya amacının ahlaka aykırı olması söz konusu işlemi kesin hükümsüz hale getirmektedir. Burada ahlak kavramı ile kastedilen toplumda kabul görmüş genel ahlak kurallarıdır. Ancak toplumdaki genel ahlak kuralları bölgesel veya sosyo-ekonomik gruplar açısından

<sup>35</sup> 2010 yılında Van'da yaşayan ve yaşları 15-49 arasında değişen 462 kadın arasında yapılan bir araştırmada, bu kadınların 52'sinin (%11,3'ünün) poligamik bir hayat sürdürdükleri ortaya çıkmıştır. Bkz. **Sebahat Gücük, Seçil Günher Arıca, Zafer Akan, Vefik Arıca ve Servet Alkan**, “Van İlindeki Çok Eşlilik Oranları ve Etkileyen Faktörler: Kesitsel Çalışma”, Kartal Eğitim ve Araştırma Hastanesi Tıp Dergisi 21(3), s. 128.

<sup>36</sup> TBK. m. 632 uyarınca adi ortaklığa yeni bir ortak alınabilmesi bütün ortakların rızasına bağlıdır. Bu tür poligamik birlikteliklerin adi ortaklık olarak görülmesi için evdeki kadının yeni gelen kadınla birlikte yaşamayı kabul etmesi yani bu duruma onay vermesi gerekir.

farklılık gösterebilir. Bu farklılıklar da bir sözleşmenin ahlaka aykırı olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapılırken dikkate alınmalıdır<sup>37</sup>.

Toplumda yer etmiş genel ahlak kurallarının tespitinde inceleme konusu uygulamanın bir sosyal olgu yani sosyolojik anlamda gelenek / alışkanlık haline gelip gelmediği; toplumdaki ortalama bir birey tarafından makul karşılanıp karşılanmadığı ve yaygın olan dini inanışlara aykırılık oluşturup oluşturmadığı değerlendirilmelidir<sup>38</sup>. Bu bilgiler ışığında ülkemizde (özellikle doğu bölgelerinde) yaygın olarak görülen dini nikâhla birden fazla kadınla yaşama olgusu incelendiğinde<sup>39</sup>, bu olgunun temelinde söz konusu bölgede yaygın olan geleneklerin ve dini inanışların rol oynadığı açıktır<sup>40</sup>. Bölge insanı tarafından da bu tür ilişkiler doğal karşılanmaktadır. Bu durumda, toplumda hem sosyolojik hem ahlaki hem de dini açıdan kabul gören bu tür birlikteliklerin birer adi ortaklık şeklinde nitelendirilmesi durumunda, bu ortaklıkların ahlaka aykırı olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı düşüncesindeyiz. Zira bu görüşün aksinin kabulü, toplumda yerleşmiş genel ahlak kuralları yerine üstenci bir bakış açısıyla birileri tarafından belirlenmiş kuralların topluma ahlak kuralları olarak dayatılması anlamına gelecektir.

Kamu düzeni açısından konu ele alındığında ise bu tür birliktelikler ülkenin gerçeğidir. Bu tür çok eşli birlikteliklere ilişkin hukuki bir nitelendirme yapılması bunların sayılarının çoğalmasına neden olmayacak, buna karşılık ilişkilerin genellikle güçsüz olan kadın taraflarına en azından belli oranda hukuki koruma sağlayacaktır. İlişkilerin kadın olan tarafına

<sup>37</sup> Aynı toplum içindeki daha küçük topluluklarda dahi farklı genel ahlak kurallarının söz konusu olabileceği; toplumdaki coğrafi, ekonomik, kültürel farklılıkların genel ahlak anlayışı üzerinde etki doğurduğu yönünde bkz. **Derya Ateş**, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlak Aykırılık, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 89.

<sup>38</sup> Bu yönde bkz. **Ateş**, s. 91 vd.

<sup>39</sup> Bkz. 35. dipnotta yer alan araştırma sonuçları

<sup>40</sup> Toplumdaki geleneklerin, dini inançların, toplumsal örgütlenmenin poligamiye neden olabileceğine yönünde bkz. **Gücük, Günher- Arıca, Akan, Arıca ve Alkan**, s. 128. Türkiye'deki kumalık olgusuna ilişkin bir inceleme için bkz. **Hasan Şen ve Kezban Gümmüş**, "Türkiye'de Kuma Evliliklerinin Nedenleri Üzerine Sosyolojik Bir Analiz: Hatay-Samandağ Örneği", Akdeniz Kadın Çalışmaları ve Toplumsal Cinsiyet Dergisi Sayı III (2), s. 212-232.

sağlayacağı bu koruma nedeniyle, bu tür birlikteliklerin adi ortaklık şeklinde nitelendirilmesinin kamu düzenine aykırılık da teşkil etmeyeceği düşüncesindeyiz.

Toplumumuzda kadınların çok eşliliği yani poliandri ise yaygın değildir. Hatta bu tür birlikteliklerin Türk toplumunun ahlak yapısına uygun olmadığı da ileri sürülebilir. Ancak cinsiyet ayrımı gözetmeksizin herkesin kanun önünde eşit olduğunu hükme bağlayan Anayasa'nın 10. maddesi gereği, erkeğin birden çok kadınla birlikte yaşadığı evlilik dışı birlikteliklere ilişkin yaptığımız hukuki yorumun poliandrik ilişkiler için de geçerli olduğu kabul edilmelidir<sup>41</sup>.

### b. Sözleşme Unsuru

Resmi evlilik bağı olmadan birlikte yaşamaya karar veren çiftlerin aralarındaki hukuki ilişkiyi düzenlemek amacıyla açık bir adi ortaklık sözleşmesi kurmaları karşılaşılması gerçekten düşük bir ihtimaldir. Bununla birlikte, taraflar arasında bu yönde örtülü bir adi ortaklık sözleşmesinin kurulması ise mümkündür. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, adi ortaklık sözleşmesinin kurulması herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Kişiler arasında adi ortaklık sözleşmesi kurulduğu sonucuna varılabilmesi için tarafların aralarındaki ilişkinin niteliğinin adi ortaklık olduğunun bilincinde olmalarına dahi gerek yoktur<sup>42</sup>. Tarafların davranışlarının güven ilkesi ışığında yorumlanması sonucunda aralarında bir adi ortaklık kurulduğu sonucuna varılması yeterlidir. Somut olayların çoğunda da çiftler arasındaki adi ortaklık sözleşmeleri bu şekilde kurulacak, evlilik dışı birliktelik yaşayan taraflar aralarındaki ilişkinin hukuki olarak adi ortaklık şeklinde nitelendirilebileceğinin bilincinde olmayacaktır<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi gereğince ahlak kurallarının Anayasa ilkelerine göre değerlendirileceği, kişilerin sözleşme hürriyetinin ahlaka aykırılık nedeniyle sınırlandırılabilmesi için bu ahlak kuralının Anayasa'nın sözü ve özüne uygun olması gerektiği yönünde bkz. **Hatemi**, s. 104-105.

<sup>42</sup> **Meier-Hayoz ve Forstmoser**, § 12, N. 77. Bu yönde bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 116 II 707.

<sup>43</sup> Öğretide bazı yazarlar tarafların her ikisinin de aralarında sözleşmesel bir ilişki kurulduğunun farkında olmaması durumunda dahi güven ilkesinden hareketle taraflar arasında

Bu bağlamda özellikle çiftlerin gelirlerini ve/veya emeklerini birleştirip ortak bir bütçe oluşturarak, hayat masraflarını bu bütçeden karşılamaları; çiftlerin gelir, sermaye veya emeklerini birleştirerek birlikte yatırım yapmaları (örneğin; bir taşınmaz satın almaları) durumunda taraflar arasında örtülü bir adi ortaklık ilişkisi bulunduğu sonucuna varılabilir. İsviçre Federal Mahkemesi de konuya ilişkin bir kararında tarafların elde ettikleri gelirleri birleştirerek, ortak bir kasa oluşturmaları durumunda aralarında bir adi ortaklık sözleşmesinin varlığından söz edilebileceğini, buna karşılık tarafların bağımsızlıklarını güçlü şekilde muhafaza ettiği durumlarda bu yorumun yapılamayacağını ifade ederek, benzer bir görüş benimsemiştir<sup>44</sup>.

Yargıtay uygulaması incelendiğinde ise yüksek mahkemenin evlilik dışı birlikteliklerin adi ortaklık olarak değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığına dair herhangi bir kararına rastlanmamaktadır. Bununla birlikte Yargıtay'ın evli çiftler arasındaki yasal mal rejiminin mal ayrılığı olduğu 743 sayılı eski Medeni Kanun döneminde verdiği ve eşler arasında örtülü bir adi ortaklık bulunduğu yönündeki kararlarının konumuz açısından önemli olduğu düşüncesindeyiz.

Örneğin, Yargıtay 2. HD. bir kararında; *“Karı koca tüm yaşamlarını birlikte geçirecekleri evin yapımı için karar vermekte ve gelirleri oranındaki katkılarını birleştirerek konutun tamamlanmasını sağlamaktadırlar. Karı koca arasında oluşan bu ilişki bir ortaklık sözleşmesidir. Zira iki veya daha çok kişinin kazançlarını (sayilerini ve mallarını) ortak bir gayeye erişmek için*

---

bir adi ortaklık ilişkisi kurulabileceğini kabul etmektedir bkz. **Cottier ve Crevoisier**, s. 37. Ancak, bir adi ortaklık sözleşmesi kurulduğu sonucuna varılabilmesi için taraflardan en az birinin karşı taraf ile aralarında bir hukuki ilişki kurulduğunun bilincinde olması gerekir. Aksi halde her iki tarafın da aralarında bir hukuki ilişki kurulduğunun bilincinde olmaması durumunda güven ilkesinden hareketle bir adi ortaklık ilişkisi kurulduğu sonucuna varılabilmesi mümkün değildir. Adi ortaklık kurulduğu sonucuna varılabilmesi için taraflardan en az birinin sözleşmesel bir ilişki içine girdiğinin bilincinde olması gerektiği, aksi halde taraflar arasında bir adi ortaklık ilişkisi kurulduğu sonucuna varılamayacağı yönünde bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. 4C.24/2000.

<sup>44</sup> BGE 108 II 204. Evlilik dışı birlikteliklerde tarafların ekonomik bağımsızlıklarını koruduğu durumlarda bunlar arasında bir adi ortaklık ilişkisi bulunduğu yorumunun yapılamayacağı yönünde bkz. **Cottier ve Crevoisier**, s. 37.

*bir araya getirmeleri ile adi ortaklık kendiliğinden kurulmuş olur (B.K. Md. 520). Ayrıca yazılı veya sözlü bir anlaşmanın yapılması zorunluluğu yoktur* diyerek, evli çiftlerin gelirlerini birleştirerek yatırım yapmaları (konut almaları) durumunda aralarında örtülü bir adi ortaklık sözleşmesi kurulduğu sonucuna varmıştır<sup>45</sup>.

Mal ayrılığının yasal mal rejimi olduğu dönemde eşler arasında örtülü bir adi ortaklık ilişkisi kurulduğu şeklinde yorum yapan Yargıtay'ın benzer bir yorumu günümüzde evlilik dışı birliktelikler açısından da yapılması mümkündür. Zira edinilmiş mallara katılma rejiminin yasal mal rejimi olmadığı 2002 öncesi dönemde Yargıtay'ı eşler arasında adi ortaklık kurulduğu yorumunu yapmaya iten sebep, evlilik sırasında eşlerin ortak katkısı ile elde edilmiş olan malvarlığı değerlerini paylaşmak için hukuki bir temel arayışıdır. Benzer şekilde günümüzde de evlilik dışı birlikteliklerde, birliktelik sırasında elde edilen malvarlığı değerlerinin nasıl paylaşılacağına ilişkin herhangi bir düzenleme yoktur. Şu hâlde, Yargıtay'ın söz konusu dönemde evli çiftler için yapmış olduğu adi ortaklık yorumunun günümüzde evlilik dışı birliktelikler açısından da yapılması, evlilik dışı birlikte yaşama olgusunun ülkemizde hukuki bir statüye kavuşturulduğu zaman kadar mevcut sorunların çözümü için isabetli olacaktır.

### c. Müşterek Amaç Unsuru

Evlilik dışı bir birlikteliğin adi ortaklık olarak kabul edilebilmesi için gerekli olan diğer bir unsur müşterek amaçtır. Müşterek amacın bulunup bulunmadığı tespit edilirken, yukarıda da işaret ettiğimiz üzere, tarafların bireysel saikleri dikkate alınmamalıdır. Zira tarafları bu tür bir birliktelik kurmayan iten sebepler birbirlerinden farklı olabilir. Örneğin; taraflardan

<sup>45</sup> Yargıtay 2 HD., 8430/9507, 13.10.1994 (kararda "adi ortaklığın bir ticari ortaklık olduğu, evlilik birliğinin devamı sırasında karı kocanın birbirlerine yaptıkları parasal yardımların, özellikle eşlerden birinin mal edinmesi sırasında ihtiyacı sebebiyle diğer eşten aldığı nakdi yardımların hemen adi ortaklık olarak nitelendirilmemesi gerektiği" yönünde bir muhalefet şerhi bulunduğunu da ifade etmeliyiz). Yargıtay'ın eşler arasında adi ortaklığa ilişkin benzer sonuca vardığı bir başka kararı için bkz. Yargıtay 2. HD., 13716/682, 22.01.1998.

biri evlilik kurumuna inanmamak gibi felsefi bir saikle hareket ederken, diğerinin benzer bir saikle hareket etmemesi mümkündür. Tarafları evlilik dışı birliktelik yaşamaya iten sebepler birbirinden farklı olmakla birlikte, bu tür bir ilişkiyle elde etmek istedikleri amacın ortak olduğu hallerde müşterek amaç unsurunun bulunduğu kabul edilmelidir.

Resmi evlilik bağı olmadan birlikte yaşamaya karar veren çiftlerin sahip olduğu ortak amaç en basit tanımıyla hayatın birlikte/müşterek yaşanmasıdır. Bununla birlikte her somut olayda "hayatın müşterek yaşanması" kavramının kapsamı farklı olabilir<sup>46</sup>. Zira evlilik kurumundan farklı olarak, ülkemizde bu tür birlikteliklerde tarafların hak ve yükümlülüklerine ilişkin mevcut bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle somut olayda tarafların amacı sadece hayat/ev masraflarını birlikte karşılamak ile sınırlı olabileceği gibi daha kapsamlı da olabilir. Öğretide özellikle tarafların gelir ve/veya emeklerini birleştirerek taşınmaz, otomobil vb. pahalı mallar satın alarak yatırım yapmaları; birlikte bir ticari işletme işletmeleri vb. durumlarda artık tarafların müşterek amacının sadece ev giderlerini paylaşmak olmadığı kabul edilmektedir<sup>47</sup>. Bizce de tarafların sermaye ve/veya emeklerini birleştirerek birlikte yatırım yaptıkları veya bir işletme işlettikleri hallerde artık bu yatırımların da müşterek amaç kapsamında değerlendirilmesi isabetli olacaktır.

Evlilik bağı olmadan hayatın müşterek yaşanmasına yönelik bu amacın TBK. m. 27 uyarınca kanuna, ahlaka ve kamu düzenine aykırı olduğunun söylenebilmesi de fikrimizce mümkün değildir<sup>48</sup>. Kanun koyucu, kişilerin bir aile olarak birlikte yaşamalarına yönelik evlilik kurumunu getirmiştir. Ancak söz konusu düzenleme çift olarak birlikte yaşamak isteyen herkesin evlenmesi gerektiği gibi kişi özgürlüğünü sınırlayıcı şe-

<sup>46</sup> Taraflar arasındaki ortaklığın kapsamının her somut olayda mevcut şartlara göre değişebileceği yönünde bkz. **Cottier ve Crevoisier**, s. 37; **Meier-Hayoz ve Forstmoser**, § 12, N. 107.

<sup>47</sup> **Cottier ve Crevoisier**, s. 37. Ortak çocuk sahibi olmaları durumunda taraflar arasında sadece masrafların paylaşımına ilişkin bir ortaklık bulunduğu söylenemeyeceği yönünde bkz. **Cottier ve Crevoisier**, s. 37.

<sup>48</sup> Evlilik dışı birlikte yaşamamanın kural olarak ahlaka aykırı kabul edilemeyeceği, ancak somut olaydaki şartların bu sonucu doğurabileceği yönünde bkz. **Hatemi**, s. 259-266 ve 380.



kilde yorumlanamaz<sup>49</sup>. Benzer şekilde bu tür birlikteliklerin ahlaka aykırı olduğunun kabul edilmesi de mümkün değildir. Aksinin kabulü kişiden kişiye değişebilecek öznel bir etik ve ahlak anlayışının topluma adeta bir hukuk kuralı gibi dayatılması anlamına gelecektir. Benzer şekilde kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle toplumun bir kesiminde hâkim olan ahlak anlayışının kişilerin özel hayatına müdahale için gerekçe olarak ileri sürülmesi imkânı da yoktur. Bu tür bir müdahale hem Anayasa'nın özel hayatın korunmasına ilişkin 20. maddesine hem de (ülkemizin de taraf olduğu) AİHS'nin 8. maddesine aykırılık oluşturacaktır. Öğretide de isabetli şekilde belirtildiği üzere; AİHS'nin 8. maddesi uyarınca kamu düzenine aykırılığa ilişkin bir tespit yapılırken kişilerin özel hayatlarına saygı ve hoşgörü gösterilmeli, bu bağlamda kişilerin tercihleri toplumun bir kısmı için şok edici olsa dahi sadece bu nedenle somut olayda kamu düzenine aykırılıktan söz edilememelidir<sup>50</sup>.

Evli olmadan hayatın müşterek yaşanmasına ilişkin bir anlaşmanın kural olarak TBK. m. 27'ye aykırılık oluşturmayacağını kabul etmekle birlikte, somut olaydaki şartlar nedeniyle aksi bir sonuca varılabilmesi ihtimali de her zaman mümkündür. Örneğin; zaten evli olan birinin bir başkası ile ortak bir hayat kurmak istemesi<sup>51</sup> veya yaşı küçük olan kişilerin

<sup>49</sup> Ülkemizde evlenmeleri hukuken mümkün olmayan eşcinsel çiftler açısından konu ele alındığında da her ne kadar eşcinsel evliliğe ülkemizde kanunen izin verilmese de bu düzenlemenin eşcinsel birliktelikleri tamamen yasakladığı ve bu kişilerin birlikte bir hayat kurmalarının mümkün olmadığı şeklinde yorumlanamayacağı açıktır.

<sup>50</sup> **Özge Okay Tekinsoy**, "Avrupa Kamu Düzeni Kavramı", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 2011 (1), s. 73 vd. Kişinin suç oluşturulmaması şartıyla istediği kişi ile ilişki ve bu arada cinsel ilişki kurmasının Anayasa tarafından korunmuş bir özgürlük olduğu, bu hususa hukukun karışmayacağı yönünde bkz. **Rona Serozan**, "Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümüne Aykırılıktan Ötürü Tazminat Talebine Yer Olabilir Mi?", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15 Sayı 1-2 (2016), s. 454.

<sup>51</sup> Öğretideki bir görüş zinanın suç olmaktan çıkarıldığı bir hukuk düzeninde evli bir kişi ile birlikte olmanın ahlaka aykırı kabul edilmesinin ancak toplumun bir kısmının sahip olduğu subjektif ahlak anlayışı açısından mümkün olduğu; bu subjektif ahlak anlayışının ise genel bir ahlak kuralı olarak kabul edilemeyeceğini savunmaktadır bkz. **Başak Baysal**, "Kişisel İlişkilere Hukuki Bir Müdahale: Ahlaka Aykırılık", Prof. Dr. Necla Giritlioğlu'na Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 200 vd. Yargıtay ise evli bir kişi ile birliktelik kurmayı genel ahlaka aykırı olarak kabul etmektedir. Yargıtay'ın bu yönde bir değerlendirmesi için bkz. Yargıtay İBBGK., 5/79, 06.07.2018.

tarafı olduğu bu tür birlikteliklerin TBK. m. 27 uyarınca geçerli bir adi ortaklık ilişkisi olarak nitelendirilememesi ihtimali bulunmaktadır<sup>52</sup>.

#### d. Sermaye/Katılım Payı ve Birlikte Çaba Unsuru

Evlilik bağı olmadan hayatı müşterek yaşamak amacıyla bir araya gelinmesinin adi ortaklık olarak kabul edilebilmesi için gerekli olan son unsur tarafların bu amacı gerçekleştirebilmek için bir sermaye koymayı ve bu uğurda birlikte çaba göstermeyi birbirlerine karşı taahhüt etmeleridir.

Amacın gerçekleştirilmesine hizmet edecek her türlü soyut veya somut değer sermaye olarak taahhüt edilebilmesi mümkündür. Ancak, taşınmaz gibi devir taahhüdü şekil şartına bağlanmış bir malın sermaye olarak getirilmek istenmesi durumunda, taraflar arasındaki ortaklık sözleşmesinin de bu şekil şartına uyularak yapılması gerektiği unutulmamalıdır<sup>53</sup>.

Tarafların belli bir miktar para veya malın yanında emeklerini de bu tür bir birlikteliğe sermaye olarak getirebilmeleri mümkündür. Bu bağlamda özellikle taraflardan birinin, diğerinin sahip olduğu iş yerinde herhangi bir ücret almadan veya normalde alması gerekenden çok daha düşük bir ücrete çalışmayı kabul etmesi İsviçre Federal Mahkeme kararlarında sermaye taahhüdü olarak kabul edilmektedir<sup>54</sup>. Örneğin; Federal Mahkeme bir kararında çiftlerden birinin diğerinin sahibi olduğu pansiyonda ücret almadan çalıştığı bir olayda, taraflar arasında bir adi ortaklık bulunduğunu belirterek, ücretsiz olarak karşı tarafın işletmesinde çalışılmasının kabul edilmesini bir sermaye taahhüdü olarak görmüştür<sup>55</sup>.

Benzer şekilde taraflardan birinin ortak yaşanan konutun işlerini görmesi ve/veya ortak çocuğun bakımını üstlenmesinin de sermaye

<sup>52</sup> Öğretide verilen bir başka örnek para karşılığı metreslik ilişkisi şeklindeki evlilik dışı birlikteliklerin ahlaka aykırı olduğudur. Bu yönde bkz. **Hatemi**, s. 388.

<sup>53</sup> Sermaye olarak taşınmazın mülkiyetinin değil de sadece kullanımının taahhüt edilmesi durumunda ise adi ortaklık sözleşmesinin herhangi bir şekil şartına uyularak yapılmasına ihtiyaç yoktur (**Cottier ve Crevoisier**, s. 39).

<sup>54</sup> **Cottier ve Crevoisier**, s. 41.

<sup>55</sup> BGE 109 II 228.

olarak kabul edilmesi mümkündür<sup>56</sup>. Bununla birlikte; İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında birlikteliğin kadın olan tarafının 18 yıl boyunca ev işlerini ve ortak çocuğun bakımını üstelendiği, bu sırada diğer tarafın ise mevcut işini ve malvarlığını büyüttüğü bir olayda, taraflar arasındaki ortaklığın amacının sadece evin ortak ihtiyaçlarının karşılanması ile sınırlı olduğunu (Verbrauchsgemeinschaft), bu nedenle ortaklığın sona ermesi nedeniyle kadının, karşı tarafın sahip olduğu malvarlığına ilişkin herhangi bir talepte bulunamayacağını hükme bağlamıştır<sup>57</sup>. Fikrimizce Federal Mahkeme'nin bu kararı isabetsizdir. Zira birlikteliğin kadın tarafının ev işleri ve çocuğun bakımı gibi hizmetleri yerine getirmediği bir ihtimalde, karşı tarafın bu hususlarla da ilgilenmesi gerekecek ve işletmesinde elde ettiği ekonomik başarı da bu durumdan etkilenecektir. Bu nedenle kadın tarafından yerine getirilen bu görevlerin de karşı tarafın gerçekleştirdiği ekonomik başarıya katkı sağladığının kabul edilmesinin ve taraflar arasındaki ortaklığın amacının sadece evin ortak ihtiyaçlarının karşılanması ile sınırlı bir ortaklık olarak görülmemesinin daha yerinde olduğu düşüncesindeyiz<sup>58</sup>.

Birlikte çaba unsuru açısından evlilik dışı birlikteliklere bakıldığında ise hayatı müşterek yaşamak amacıyla bir araya gelen çiftlerin bu amaç için birlikte çaba göstermeyi birbirlerine karşı taahhüt ettikleri açıktır. Bu nedenle, adi ortaklık için gerekli olan “ortak amaç için birlikte çaba gösterme” unsurunun evlilik dışı birliktelikler açısından mevcut olduğuna kuşku yoktur.

<sup>56</sup> **Cottier ve Crevoisier**, s. 41. İsviçre Federal Mahkemesi de bazı kararlarında ev işlerinin üstlenilmesinin sermaye olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir. Bkz. BGE 108 II 204 (208 vd.); 4C\_195/2006 (E. 2.4.1.). Yargıtay ise mal ayrılığının yasal mal rejimi olduğu 2002 öncesi dönemde eşler arasında adi ortaklık bulunup bulunmadığına ilişkin vermiş olduğu bir kararda “Kadın gücünün yettiği oranda kocasına yardım etmekle yükümlüdür (MK 151). Onun için kadının kocasına ait tarlada çalışmış olması aralarında ortaklık bulunduğunun kabulünün delili olmaz” diyerek, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararı bozmuştur. Karar için bkz. Yargıtay 2. HD., 8840/9119, 26.12.1978. Söz konusu kararın temel aldığı görüş evlilik dışı birliktelikler açısından ise geçerli değildir. Zira bu birlikteliklerde, evlilikten farklı olarak, tarafların birbirlerine karşı kanuni bir yardım yükümlülüğü bulunmamaktadır.

<sup>57</sup> Karar için bkz. 4A\_441/2007.

<sup>58</sup> Benzer yönde bir değerlendirme için bkz. **Cottier ve Crevoisier**, s. 42 vd.

### 3. Evlilik Dışı Birlikteliklerin Adi Ortaklık Olarak Kabul Edilmesinin Sonucu

Evlilik dışı birlikteliklerin adi ortaklık olarak kabul edilmesinin sonucu her ortaklığın amacına göre değişiklik gösterecektir. Taraflar arasındaki ortaklığın amacının sadece hayat masraflarını birlikte karşılamak gibi sınırlı olduğu durumlarda, ortak yaşamın sona ermesiyle birlikte ortaklık da sona erecektir. Amacı hayat masraflarının karşılanmasıyla sınırlı ortaklıklarda, ortaklığın herhangi bir kazanç elde etmesi hemen hemen mümkün değildir. Ortaklığın tasfiyesi sırasında taraflar koydukları sermayeleri geri olacaklar ve tasfiye tamamlanacaktır. Tarafların koymuş oldukları sermayenin mevcut borçların tamamını karşılamaya yetmediği hallerde ise aralarında aksine bir anlaşma yoksa taraflar bu borçlardan TBK. m. 623 f. 1 uyarınca eşit oranda sorumludur. Ancak, ortakların zarardan eşit olarak sorumlu olduğunu hükme bağlayan TBK. m. 623 iç ilişkiye dair bir düzenlemedir. Tarafların üçüncü kişiler karşı olan sorumluluğunda ise TBK. m. 637 dikkate alınmalıdır. Buna göre, borcun olduğu hukuki işlemi yapan ortak bu işlemi kendi adına ve ortaklık hesabına yapmış ise sadece işlemin tarafı olan ortak üçüncü kişiye karşı sorumlu olacaktır (TBK. m. 637 f. 1). İşlemi yapan ortağın, diğerinin de temsilcisi olarak hareket ettiği hallerde ise taraflar üçüncü kişiye karşı müteselsil olarak sorumludurlar (TBK. m. 637 f.1 ve 638 f. 3)<sup>59</sup>.

Ortaklık ilişkisinin kapsamının daha geniş olduğu tarafların sermayelerini birleştirerek birlikte yatırım yaptıkları hallerde ise tarafların sermayelerini geri alması sonucunda geriye herhangi bir kazanç kalmış ise bu kazancın paylaşılması gerekir. Kural olarak ortaklar, ortaklığın malvarlığı üzerinde elbirliği şeklinde hak sahibidirler (bkz. TBK. m. 638 f. 1). Ancak olayların çoğunda bu tür birlikteliklerde taraflar arasında bir gizli ortaklık söz konusu olacaktır<sup>60</sup>. Gizli ortaklıklarda ortaklardan biri ortaklığa ilişkin bütün işlemleri diğerlerinin temsilcisi sıfatıyla değil, kendi nam ve hesabına yapmaktadır. Bu nedenle, ortaklığın faaliyetleri

<sup>59</sup> Ortağın diğer ortağı temsil yetkisine haiz olmadığı hallerde ise yetkisiz temsile ilişkin düzenlemeler uygulama alanı bulacaktır.

<sup>60</sup> Cottier ve Crevoisier, s. 40.

sonucunda elde edilen hak ve borçlar sadece bu ortak üzerinde doğar<sup>61</sup>. Evlilik dışı birlikteliğin bu tür bir gizli ortaklık niteliği taşıdığı hallerde ortaklığın sona ermesi ile birlikte diğer tarafın birliktelik süresince elde edilen kazanımlara ilişkin kendi payı oranında alacak hakkı, zararlara ilişkin ise yine kendi payı oranında sorumluluğu söz konusu olur<sup>62</sup>. Tarafların kazanca ve zarara katılmasına ilişkin bu oran aksi kararlaştırılmadıysa eşittir (TBK. m. 623).

İsviçre Federal Mahkemesi de evlilik dışı birlikte yaşayan bir çiftin Fransa'dan ev aldıkları ve bu evin bedelinin büyük bir kısmının erkek tarafından üstlenilmesine rağmen, evin mülkiyetinin kadın üzerine yapıldığı bir olayda; taraflar arasında gizli bir ortaklık ilişkisi kurulduğu sonucuna varmış ve evin değerinin yarısının erkek olan tarafa ödenmesine karar vermiştir<sup>63</sup>.

### III. SONUÇ

Ülkemizce evlilik dışı birlikteliklerde çiftlerin arasındaki hukuki ilişkiyi dair herhangi bir düzenleme yoktur. Evlilik dışı birlikteliklerin hukuk tarafından yok sayılması ise bu tür birlikteliklere ilişkin mevcut problemleri ortadan kaldırmamaktadır. Yargıtay'ın resmi evlilik bağı olmadan sadece dini nikâhla birlikte yaşayan çiftlere ilişkin "evlilik vaa-di" üzerinden bulmuş olduğu çözüm de yeterli değildir. Zira evlilik dışı birlikte yaşayan çiftlerin birçoğu arasında dini nikâh bulunmamaktadır. Hatta eşcinsel ilişkilerde olduğu gibi bu çiftlerin bazılarının ülkemizde evlenmesi ve buna bağlı olarak birbirlerine evlilik vaadinde bulunmaları da mümkün değildir. İsviçre Federal Mahkemesi ise 1980'li yıllardan beri vermiş olduğu kararlarında farklı bir çözüm yolu benimsemiş ve gerekli şartların varlığı halinde evlilik dışı birliktelikleri birer adi ortaklık olarak kabul etmiştir. Ülkemiz açısından da bu çözümün kabul edilmesi isabetli

<sup>61</sup> Meier-Hayoz ve Forstmoser, § 15, N. 15.

<sup>62</sup> Cottier ve Crevoisier, s. 40; Meier-Hayoz ve Forstmoser (n 17) § 12, N. 48. Gizli ortaklık ilişkisine dair ayrıntılı bilgi için bkz. Meier-Hayoz ve Forstmoser, § 15; Barlas, s. 194 vd.

<sup>63</sup> Karar için bkz. 4A\_383/2007.

olacaktır. Buna göre; taraflar arasında adi ortaklığa ilişkin bir sözleşmenin kurulduğu yorumunun yapılabildiği hallerde bu birliktelikleri adi ortaklık olarak nitelemek mevcut sorunların çözümünde yarar sağlayacaktır. Taraflar arasında bir adi ortaklık ilişkisi bulunup bulunmadığının tespiti ise şedid davranılmamalıdır. Buna göre; tarafların hayat masrafları için ortak bir bütçe kullanmaları ve/veya birlikte yatırım yapmaları durumunda taraflar arasında bir adi ortaklık ilişkisi kurulduğu sonucuna varılabilir. Bu sayede en azından ilişkinin sona ermesiyle birlikte tarafların bu ilişki süresince elde etmiş oldukları malvarlığı değerlerinin veya ilişki içerisinde meydana gelen borçların paylaşılmasına ilişkin hukuki bir temel sağlanacaktır.