



T.C.

ANKARA BAM

9.HUKUK DAİRESİ

ESAS NO : 2023/6
KARAR NO : 2023/935
KARAR TARİHİ : 14.03.2023
G K Y TARİH : 03/04/2023

I. TALEP:

Davacı vekili; davalı ile davacı arasında hile ile imzalatılan 30.09.2019 tarihli 2020/10129 numaralı ihtiyari arabuluculuk son tutanağının ve anlaşma belgesinin iptalini ve geçersizliğini, anlaşma belgesinde belirtilen bedelin davacının ücret alacağına ilişkin olduğunun tespitini, talep etmiştir.

II. CEVAP:

Davalı vekili; davacıya tüm işçilik alacaklarının ödendiğini, buna dair dekontlarının bulunduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur.

III. İLK DERECE MAHKEME KARAR ÖZETİ:

İlk derece mahkemesince arabuluculuk son tutanağında anlaşma sağlanan alacaklar belirtilip davacı yanca imzalanmış olduğundan ve baskı yoluyla tutanağın imzalandığı iddiası kanıtlanamadığından arabuluculuk süreci usul ve yasaya uygun gerçekleştiğinden davanın reddi yönünde hüküm kurulmuştur.

IV. İSTİNAF SEBEPLERİ:

Davacı vekili; usulüne uygun arabuluculuk görüşmesi yapılmadığı, işten çıkış tarihi ile aynı gün arabuluculuk belgesinin hile ile imzalandığı, dava konusu belgeleri düzenleyen arabulucu E.... T....'ın adresi ile davalı vekilinin adreslerinin aynı olduğu davacının arabuluculuk görüşmesi yapıldığını dahi bilmediği, arabuluculuk tutanağında yazılanın sadece ücret alacağı olduğu davacının kıdem ihbar tazminatı, fazla mesai, yıllık izin alacaklarının arabuluculuk tutanağında yazan miktar olamayacağı, davacının bilgisizliğinden yararlanılarak davacıdan aşırı yararlanıldığı, dava arabuluculuk tutanağının iptali olduğundan ve bu dava için arabulucuya başvurulmadığından arabuluculuk giderine

hükmedilmesinin hatalı olduğu hususlarını ileri sürerek yasal süresi içerisinde istinaf kanun yoluna başvurmuştur.

V. GEREKÇE:

Dairemizce, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 355. maddesi uyarınca başvuranın sıfatına göre istinaf sebepleri ve kamu düzenine aykırılık halleriyle sınırlı olarak istinaf incelemesi yapılmıştır.

Taraflar arasında arabuluculuk tutanağının iptalinin gerekip gerekmediği, arabuluculuk tutanağında yer alan alacak noktalarında çekişme bulunduğu görülmüştür.

Dosya kapsamında yer alan ihtiyari arabuluculuk ilk tutanağının 30.09.2019 tarihli olduğu kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, ücret alacağı, hafta tatili, yıllık izin, prim alacağı ulusal bayram genel tatil alacağı, ikramiye ve AGİ alacağını ihtiva ettiği son tutanak anlaşma belgesinin de aynı tarihli olduğu, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, ücret alacağı, hafta tatili, yıllık izin, prim alacağı ulusal bayram genel tatil alacağı, ikramiye ve AGİ alacağına mahsuben davacıya 3.552,50 TL ödemenin kabul edildiği, davacıya 10.10.2019 tarihinde 30.09.2019 maaş ödeme ibaresi ile 3.412,50 TL ödenmiş olduğu görülmüştür.

Davalı vekili ile arabulucu E.... T....'ın adreslerinin aynı olduğu görülmüştür.

Arbuluculuk Kanun'da *"Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi"* olarak tanımlanmıştır.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3/1.maddesinde *"kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebi ile açılan davalarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır"* şeklinde düzenlemeye yer verilerek dava şartı olarak arabuluculuk öngörülmüştür. Aynı Kanun'un 3/21.maddesi uyarınca uygulanan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 15/3.maddesinde ise *"Taraflarca kararlaştırılmamışsa arabulucu; uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözümlenmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütür"* denilmek sureti ile arabuluculuk faaliyetinin ne şekilde sürdürüleceği belirlenmiştir.

Arbuluculuk ile ilgili gerek 7036 sayılı Kanun gerekse de 6325 sayılı Kanunda başvurunun kapsamı ve başvurunun şekline dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple **başvuru esnasında dile getirilmeyen bir alacak kaleminin görüşmeler kapsamında talebe konu edilmesi her zaman**

mümkün olduğu gibi müphem durumlar olması halinde ise uyuşmazlığın kapsamı arabulucu tarafından belirlenir. Zira arabuluculuk faaliyeti bir yargılama faaliyeti olmadığından **görüşmeler sırasında talepler artırılabilir, değiştirilebilir.**

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 17/2.maddesinde "*Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaştıkları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanak ile belgelendirilir. Arabulucu tarafından düzenlenecek bu belge, arabulucu, taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanır*" şeklinde düzenlemeye yer verilerek son tutanağın arabulucu tarafından düzenleneceği açıkça kurala bağlanmıştır.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin 23/3. maddesinde, başvurunun dilekçe ile veya bürolarda bulunan formların doldurulması suretiyle yahut elektronik ortamda yapılabileceği belirtilmiştir.

Yönetmeliğin 20.maddesinde arabuluculuğun sona ermesi düzenlenmiş olup bu maddenin (3) bendinde arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen son tutanağa, faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına tarafların karar vereceği ancak arabulucunun bu tutanak ve sonuçları konusunda taraflara gerekli açıklamaları yapacağı belirtilmiştir. Şu hale **göre son tutanağın tarafların beyanına göre oluşturulması asıl ise de arabulucunun görevleri arasında tutanağın içeriği ve düzenlenme şekli konusunda tarafları bilgilendirmesi de gerekir.**

Somut uyuşmazlıkta **arabulucunun, tutanak içeriğinin dava şartını karşılayıp karşılamadığı noktasında bilgilendirme yaptığı anlaşılamamaktadır.**

İş Hukukunun ortaya çıkışının temel sebebi; esasen eşit olmayan işçi ve işveren arasındaki hukuki ilişkileri düzenlemesidir. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun genel gerekçesinde, "*dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin madde ile diğer düzenlemelerde iş yargısının temeli olan çabukluk, basitlik, emredicilik, zayıfın korunması ve ucuzluk ilkeleri*"nin dikkate alındığı açıklanmıştır. İşçinin, hak ve alacaklarını en kısa sürede ve en basit yoldan almasını sağlamaya yönelik getirildiği anlaşılan bir kurumun, işçinin aleyhine yorumlanması doğru olmaz. Aksine Yasa'nın gerekçesinde belirtildiği gibi zayıf konumda olan işçinin korunması esastır.

Dava açma yasağının mutlak biçimde kabul edilmesi düşünülemez. Arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaya varılması durumunda anlaşma belgesi düzenlenmiş ve anlaşmaya varılan hususlar açık ve net bir şekilde ortaya konmuş olsa da yine de çözümlenen uyuşmazlık hakkında dava açılmasının mümkün olduğu **çeşitli ihtimaller bulunmaktadır. Bunlardan ilki anlaşma belgesine karşı ileri sürülebilecek irade fesadı hâlleridir.** Bu durumda anlaşmaya varılan hususlarla ilgili olarak bu sözleşmenin iptali Türk Borçlar Kanunu (m.30 vd., m.39) hükümleri çerçevesinde talep edilerek dava açılabilir. Elbette **anlaşma belgesinin ehliyetsizlik, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, ahlaka, kişilik haklarına ve**

şekle aykırılık gibi sebeplerle mutlak butlanla sakatlanması da düşünülebilir. Böyle bir durumda butlanın tespiti mahkemeden istenebilir. Bu anlamda, Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesindeki **kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin hükümsüzlüğüne dayanılabilir. Aşırı yararlanmanın koşulları varsa bu konuda da mahkemede dava açılabilir** (TBK m. 28).

6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda arabuluculuk *“Sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi”* olarak tanımlanmıştır.

Yine Yargıtay 9.H.D.nin 18/12/2017 tarihli ve 2019/3698 Esas No-2019/13044 Karar No sayılı ilamı *“..arabulucunun davalı şirketin avukatı olarak görev yaptığı halde arabuluculuk görüşmeleri öncesinde davacı tarafı bu yönde bilgilendirdiği ortaya konulamamıştır. Anlaşma belgesinde bu yönde bir açıklamaya yer verilmemiştir. Arabulucunun aynı zamanda diğer tarafın avukatı olduğu hususunda özellikle davacı tarafın açıkça bilgilendirildiğinin ve buna rağmen arabuluculuk görüşmelerine devam etmek istediğinin ispatı gerekir. Bu yönüyle ilgili mevzuat çerçevesinde arabulucunun tarafsızlığından şüphe duyulmasını gerektiren önemli hal ve şartların varlığı kabul edilmelidir.”* şeklindedir.

Davacı iddiasını doğrulayan davacı tanık beyanları ile birlikte tüm deliller değerlendirildiğinde **davacı işçinin ihtiyari arabuluculuk görüşmesi öncesi davalı işverenlikçe vekalet verilen avukat NG ile arabulucu ET ve aynı adreste bulunduğu ve arabuluculuk faaliyeti hususunda bilgilendirilmediğinin anlaşılması karşısında bahse konu davalı vekilinin bulunduğu aynı adreste bulunan bir avukatın davacı işçi bilgilendirilmeksizin Arabulucu olarak görüşmeleri sürdürmesi ve tutanağa bağlamış olması arabulucunun tarafsız olması ilkesini zedeleyeceğinden** bu durumda usulüne uygun bir ihtiyari arabuluculuk başvurusunun ve görüşmesinin yapılmadığı gibi **mevzuat hükümleri çerçevesinde arabuluculuk anlaşma belgesinin düzenlenmediği sonucuna varılmaktadır.** Tüm bu tespitler karşısında, dava tarihi itibarıyla taraflar arasında 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu hükümleri dikkate alındığında geçerli ihtiyari arabuluculuk faaliyeti yürütüldüğünden ve tarafların dava konusu hususlarda anlaştığından söz edilmesi mümkün değildir. Mevzuat hükümleri çerçevesinde usulüne uygun, geçerli bir tutanak düzenlenmediği sabit olup davacının bu yöne ilişkin istinaf sebepleri yerindedir.

Ayrıca; Tarafların yapmış oldukları sözleşmede, borçlandıkları edim ve karşı edim arasında açık bir oransızlık bulunabilir. Gerçekten taraflardan birinin borçlandığı edim, diğerinin ediminden açık bir şekilde fazla veya az olabilir. Ancak, **edimler arasında mevcut olan her açık oransızlık aşırı yararlanmayı**

meydana getirmez. Zira sözleşme hukukunda geçerli olan **irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkeleri gereğince taraflar sözleşmenin şartlarını, dolayısıyla edim ve karşı edim arasındaki denge ve oranı diledikleri gibi kararlaştırabilirler.** Kanun bu konuda edimler arasında bulunması gereken denge ve oran hususunda objektif bir ölçü koymuş değildir. Yalnız, taraflardan biri karşı tarafın içinde bulunduğu zayıf durumdan yararlanarak onu sömürmek isteyebilir. İşte **aşırı yararlanmadan bahsedebilmek için edim ve karşı edim arasındaki açık oransızlık, taraflardan birinin diğerinin içinde bulunduğu zayıf durumdan yararlanmak suretiyle gerçekleştirilmelidir.**

“Kanun koyucu TBK. m. 28’i düzenlemekle sözleşmede zayıf olan tarafa edimler arasındaki değer ilişkisini gözden geçirme ve şartları gerçekleşmişse aşırı yararlanmaya dayanarak sözleşmeyi iptal etme ya da edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteme imkânı vermiştir.” (Fikret Eren – Borçlar Hukuku Genel Hükümleri -2012- Sayfa 417)

Borçlar Kanunu aşırı yararlanmayı bir irade bozukluğu hali olarak öngörmemiştir. Bu nedenle, aşırı yararlanma irade bozukluğu sebepleri arasında değil sözleşmenin kurulması (akdin inikadı) ile ilgili hükümler arasında düzenlenmiştir. Buna göre, aşırı yararlanmada sözleşmenin kurucu unsurlarıyla ilgili bir kurumdur.

“Borçlar Hukukunda sözleşmeler alanında yer alan en önemli temel ilkelerden birisi de sözleşme özgürlüğüdür. Sözleşme özgürlüğü, tarafların diledikleri koşullarda sözleşme yapabilme özgürlüğünü de kapsar. Bunun sonucu olarak, taraflar sözleşmenin koşullarını ve karşılıklı olarak edimlerini diledikleri gibi belirleyebilirler. Ancak tarafların bu koşulları ve karşılıklı edimleri tayin ederlerken, diğer tarafın içinde bulunduğu olumsuz koşullardan yararlanılmış, bu olumsuz koşullar nedeniyle bir taraf haksız yararlar temin etmişse, buna rağmen sözleşmenin geçerli olduğunu iddia etmek adalet duygularını sarsabilir. İşte aşırı yararlanma denilen kurum bu amaçla kabul edilmiştir. Aşırı yararlanma, taraflardan birinin içinde bulunduğu olumsuz koşulların, diğer tarafın sömürülmesini ve dolayısıyla aşırı yararlanılmasını engelleyen bir hukuksal koruma yoludur.” (Ahmet Kılıçoğlu – Borçlar Hukuku Genel Hükümler – 2012 – Sayfa 215)

“Taraflardan birinin diğer tarafın zor durumundan, deneyimsizliğinden (tecrübesizliğinden) veya düşüncesizce hareket etmesinden yararlanarak bir sözleşmenin kurulmasını sağlaması ve bu sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlığın bulunması haline aşırı yararlanma denilmektedir. Edimler arasında açık bir oransızlığın bulunup bulunmadığı (objektif koşul), taahhüt edilen edimlerin sözleşmenin kurulması anındaki objektif değerlerine göre belirlenir. Aşırı yararlanmadan söz edebilmek için ayrıca bir tarafta zor durumda kalma, deneyimsizlik veya düşüncesizlik hallerinden birisinin bulunması ve diğer tarafın bu durumu bilerek ve hatta bu durumdan yararlanma kastıyla hareket etmiş olması gerekir. (Sübjektif koşul) Somut olayda bu koşulların gerçekleştiği her türlü delille ispat edilebilir. Aşırı yararlanmanın varlığı halinde, buna maruz kalan taraf sözleşme ile bağlı olmaz. Sözleşme baştan itibaren

her iki taraf içinde hüküm doğurmaz." (Haluk N. Nomer- Borçlar Hukuku Genel Hükümler – 2013- Sayfa 78)

"Sözleşme özgürlüğü, liberal hukuk teorisinin ve piyasa ekonomisinin vazgeçilmezi haline gelmiş en temel ilkesidir. Ancak bireylerin sözleşme özgürlüğü tıpkı diğer bütün özgürlükler gibi sınırsız değildir. Zayıf durumda olanı korumak ve sözleşme ilişkisi içerisinde güçlü konumda olan kişinin zayıf olan tarafı sömürmesine, ekonomik olarak mahvına yol açmasına engel olmayı amaçlayan aşırı yararlanma kavramının sadece hukuk teorisi ile açıklanamayacağı açıktır. Aşırı yararlanma kavramı karmaşık ekonomik, felsefi, sosyolojik ve hukuki ilişkileri bir bütün olarak bünyesinde barındırmaktadır.

Türk pozitif hukukunda aşırı yararlanma kavramından söz edebilmek için birtakım şartların, aynı zaman diliminde bir arada bulunması gerekmektedir ve bu şartların neler olduğu TBK m. 28'de açıkça belirtilmiştir.

Öğretide aşırı yararlanma kavramına dair birçok tanımlama yapılmıştır. Fakat bu tanımlamaların 01.07.2012 tarihi itibarıyla yürürlükte olan hukuk göz önüne alınarak güncellenmesi gerekmektedir. Buna göre, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, sözleşmenin kurulması anında taraflardan birinin zor durumda olmasını veya deneyimsizliğini veya düşüncesizliğini karşı tarafın bilip, bu durumu sömürme kastı ile kullanması sonucunda edimler arasında açık bir oransızlığın meydana gelmesine aşırı yararlanma denir. Aşırı yararlanma kavramını bu şekilde tanımlamak, elbette ki tarihsel bir arka planla birlikte okunduğunda daha anlamlı olacaktır. Zira; TBK düzenlemesi her ne kadar oldukça yeni olsa da tarihsel kökenleri ve BK'nın aşırı yararlanma kavramını ele alış biçimi, yürürlükte olduğu dönemde uygulamanın anılan kurumu değerlendirişi, hem bu tanımın geçerliliğinin hem de kanun koyucunun hükmü getiriş amacına hizmet edip etmediğinin belirlenmesinde yol gösterici olacaktır." (Seda İrem Çakırca- 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Aşırı Yararlanma Kavramı - 2015- Sayfa 15-16)

"Sözleşme (kural olarak) taraflar, ona uygun davranmaya razı olduklarında ve bu rıza hakkı bir vekaletin meyvesi olduğunda "meşru" addedilir. Taraflardan birinin bu sözleşme ile iyi veya kötü, hatta çok iyi veya çok kötü bir iş yapmış olmasının önemi yoktur.

Bununla birlikte, ehliyet eksikliği veya irade bozukluğu sonucu çıkan imkanların yanında, kanun taraflardan birine, diğerinin aşırı bir avantaj elde etmesi halinde, özel şartlar altında devreye girebilecek olan özel bir koruma sağlamıştır. (bkz. UNIDROIT 3. 10; PECL 4: 109; DCFR II- 7:207) Bu koruma, aşırı yararlanma rejimi tarafından sağlanmaktadır.

TBK. 28'e göre, taraflardan birinin kendisinininkiyle aşırı orantısız olan bir edim vaadi elde etmek için diğer tarafın zayıflığından yararlanması halinde aşırı yararlanma (gabin, la lesion; die Übervorteilung; la Lesione; lat.; laesio enormis) söz konusu olur.

Kanundaki yerinden de anlaşılabilceğı üzere bu kurum konu sakatlığı (oransızlık) ve irade bozukluğu (zayıflıktan yararlanma) arasında yer almaktadır. Kanunun aşırı yararlanma halinde zarar görenin irade beyanında bulunarak bir sene içinde borcundan kurtulabilmesini düzenlemesi (TBK 39) irade bozukluğu halleri ile yakınlığını gösterir. Aşırı yararlanma, ceza hukukundaki tefecilik yasağının bir yansıması olarak görülebilir. (bkz. TCK. 241)

TBK 28'de, TBK. 39'a paralel bir şekil de "...sözleşme ile bağılı olmadığı diğer tarafa bildirerek..." ifadeleri yer almakta ve ayrıca, aşırı yararlanmaya maruz kalan tarafın, "...sözleşme ile bağılı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteme" hakkı düzenlenmiştir. Bu ifadelerden, Türkiye'de kanun koyucunun gerçek anlamda "iptal edilebilirlik" rejimini tercih ettiğı sonucuna varılabilir." (Pierre Tercier- Pascal Pichonnaz - H. Murat Develioğlu - Borçlar Hukuku Genel Hükümler - 2016- Sayfa 837 vd.)

Aşırı yararlanma kavramı konusunda öğretideki açıklamalardan sonra, bir de bu kurumun unsurlarını da açıklamakta fayda bulunmaktadır.

TBK madde 28'de unsurlar şöyle açıklanmıştır. Bir sözleşmede öncelikle karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık bulunacak. Bunun yanında bu oransızlık zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle meydana gelecek. Bu iki unsur öğretilde objektif ve subjektif unsur olarak açıklanmaktadır.

Bu konuda öğretilde görüşler şöyledir.

"Gabin, karşılıklı taahhütleri ihtiva eden bütün sözleşmelerde söz konusu olabilir. Buna karşı, tek taraflı işlemlerde ve taraflardan yalnız birine borç yükleyen sözleşmelerde gabinden bahsedilemez.

Gabinin (aşırı yararlanmanın) biri objektif diğeri de subjektif olmak üzere iki unsuru vardır.

Objektif unsur, karşılıklı edimler arasındaki açık değer farkından ibarettir. Böyle açık bir değer farkının, diğeri söyleyişle oransızlığın bulunup bulunmadığı, edimlerden her birinin sözleşme kurulurken, taşıdığı ekonomik kıymet araştırılarak tayin edilir. Bu karşılaştırma yapılırken edimlerden birinin diğeriinden daha değerli olup olmadığına değil, edimlerin değerleri arasında açık bir fark, göze çarpan bir oransızlık bulunup bulunmadığına önem verilecektir.

Subjektif unsur taraflardan birinin diğeri tarafından sömürülmesi olarak ifade edilebilir. Kanun edimler arasındaki açık oransızlığın ancak şu şartla gabin teşkil edeceğini kabul ediyor: Eğer sözü edilen oransızlık, zarar görenin müzayaka halinde bulunmasından veya hiffetinden, yahut tecrübesizliğinden istifade suretiyle meydana getirilmişse.

Müzayaka, esas itibariyle ciddi bir mali sıkıntı ifade eder. Bir kimse böyle bir sıkıntı için de, diğer tarafın ileri sürebileceği ağır şartlara kolaylıkla razı olabilir. Müzayaka mutlaka fakir olmayı ifade etmez. Servet sahibi bir kimsede ani olarak para sıkıntısı içine düşebilir.

Hafiflik olaylar karşısında aşikâr güçsüzlüğü kapsayan bir irade zayıflığıdır. Çok yaşlı veya çok genç insanlarda daha sık görülen hafiflik hali, bir kimsenin kendi menfaatlerini iyi hesaplamadan karar vermedeki düşüncesizliğini veya aceleciliğini anlatır.

Tecrübesizlik, iş hayatını yeteri kadar bilmemek ve ekonomik değerler arasında karşılaştırma yapabilmek için gerekli bilgi seviyesine ulaşmamış olmak anlamına gelir. Hafiflik bir irade zayıflığı olduğu halde, tecrübesizlik bir bilgi zayıflığıdır; işlere karşı yabancılıktır." (Bkz. Tekinay- Akman - Burcuoğlu- Altop - Borçlar Hukuku Genel Hükümler - 1993 - Sayfa 458 vd.)

Yine bu doğrultuda Tercier- Pichonnan ve Develioğlu şu izahta bulunmuştur.

"Aşırı yararlanmaya maruz kaldığını ileri süren kişi iki şartın gerçekleştiğini ispatlamak durumundadır. Vaat edilen edimler arasında açık oransızlık bulunması gerekir. Bir sözleşmede edimler arasında bir oransızlık olması olağan bir durumdur ve sözleşmenin geçersizliğinin gündeme gelmesi için yeterli değildir. Aşırı yararlanmadan söz edebilmek için özel bir sebebe dayanarak dahi açıklanamayacak derecede önemli bir oransızlık olmalı ve bu oransızlık edimleri mantık kuralları çerçevesinde kıyaslayan herkesin gözüne batmalıdır. Bu aşırı yararlanmanın objektif şartıdır.

İkinci şart diğer tarafın zayıflığından yararlanmak gerekmektedir. Edimler arasında objektif oransızlık, aşırı yararlanmadan söz edebilmek için yeterli değildir; ayrıca zarar görenin diğer tarafın kendi içinde bulunduğu zayıflık halini ve bu durumdan bilinçli olarak (kasıt unsuru) yararlandığını ispat etmesi gerekir. Bu aşırı yararlanmanın subjektif şartıdır.

Kanun örnek kabilinden üç zayıflık hali saymıştır. (Karş UNIDROIT 3.10 Ia; PECL4; 109La; DCFRII- 7:207La) Zor durumda olma, deneyimsizlik, düşüncesizlik" (Tercier-Pichonnaz-Develioğlu-Borçlar Hukuk Genel Hükümler-2016-sayfa 842 vd.)

Aşırı yararlanmanın unsurları açısından öğretide diğer görüşlerde şöyledir.

"Edimler arasında aşırı oransızlık (objektif unsur) 818 sayılı BK madde 21'de açık oransızlık sözleriyle anlatılmıştır. Şu hâlde edimler arasında oransızlık aşikar olmalı, işten anlayan herkesin gözüne çarpacak yükseklikte bulunmalıdır. Bu hususu saptarken yargıç, edimin sözleşmenin yapıldığı andaki objektif değerini esas almak zorundadır.

Subjektif unsur ise, karşı yanın özel durumu, onun darda kalması (müzayakası), hafifliği (hiffeti) veya tecrübesizliği halinde ortaya çıkar. Bu haller yasada sınırlı olarak sayılmıştır. Öte yandan, aşırı yararlanmanın varlığından söz edebilmek için, darda kalma, hafiflik ve tecrübesizliğin birlikte bulunmasına gerek yoktur; bu hallerden bir tanesinin gerçekleşmesi bile, öbür koşullarda varsa yetiştir.

Darda kalma (müzayaka) BK madde 21'de sayılı hallerden en önemlisidir. Bu terim sadece ekonomik ihtiyaçları değil aynı zamanda kişisel ve bedensel ihtiyaçları da içerir.

Hafiflik (hiffet), iş konusunda eksik yetenek, ileriye görememe durumunda bulunmayı anlatır. Bu durumdaki kimseler temyiz kudretinden yoksun değildirler; fakat akıl ve zeka yönünden gerekli ölçüde gelişmemişlerdir. Sonra hafiflikten yararlanma bazen aldatma (hile) ile de birleşebilir.

Deneyimsizliğe (tecrübesizlik) gelince, burada daha çok gençler söz konusu olacağı için, kural olarak, işlem ehliyetsizliğine ilişkin kurallar uygulanacaktır. Ancak istisnai bazı durumlarda, eksik öğretim veya uzmanlık yönünden büyüklerinde BK 21 anlamında deneyimsiz (tecrübesiz) sayılabilmesi olasılığı doğabilecektir." (Tunçomağ- Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler-1976- Sayfa 380 vd, bu doğrultudan benzer bkz. Tekil, s 97, Ataay, S 269, Çakırca, s 127 vd., Eren, s 418 vd., Kılıçoğlu s 216 vd.)

Sayın Tunçomağ TBK m. 28'de (818 sayılı BK m. 21) açıklanan aşırı yararlanma kavramını sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlama olması sebebiyle istisnai bir kurum olduğundan, bu maddede sayılan hallerin dar yorumlanması gerektiğini savunmuştur. Aksi bir tutumun, TBK m. 28'in istisnai niteliğine aykırı olacağı ileri sürülmüş ve şartları gerçekleşmişse zor durumda kalma, düşüncesizlik veya deneyimsizliğin yokluğunda TBK m. 27 hükmüne ve irade bozukluğu hallerine başvurulabileceği belirtilmiştir. (bkz. Tunçomağ, s. 383)

"Günümüzde hâkim görüş ise aşırı yararlanılmada bulunması gereken subjektif şartların, TBK m. 28'in metninde sayılanlarla sınırlı olarak ele alınmaması gerektiğini iddia etmektedir. Buna göre, zor durumda, düşüncesiz ve deneyimsiz olmak halleri kanunda sadece örnek kabilinden sayılmıştır. Dolayısıyla; alkol ve uyuşturucu bağımlılığı gibi, ileri derecede yaşlılık, şaşkınlık veya aşırı yorgunluk, bir kişiye bağımlı olmaktan kaynaklanan minnet duygusu içerisinde olmakta sözleşme tarafının zayıf konumda olmasına yol açabilir." (Seda İrem Çakırca-6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Aşırı Yararlanma Kavramı-2015-Sayfa 165 vd)

Sayın Kocayusufpaşaoğlu'nun bu husustaki görüşleri şöyledir.

"Türk Hukukunda hâkim olan ve eski İsviçre öğretisinde kabul edilen görüşe göre, BK. 21'de öngörülen üç hal sınırlayıcı (tahdidi) olarak gösterilmiştir ve bunların dışında kalan herhangi bir zayıflık durumuna dayanarak BK. m 21'den yararlanmak imkânı yoktur.

Bugün İsviçre öğretisindeki büyük çoğunluk tarafından kabul edilen hâkim görüş ise, BK. m.21'deki sayımın sırf örnek göstermek kabilinden olduğunu, bu sebeple kanunda öngörülen üç hal dışında kalan ve bunlarla kıyaslanabilen başka hallerde de (örneğin "uyuşturucu veya alkol bağımlılığı", ileri derecede yaşlılık", "hasta veya bitik olma durumları", "bir kimseye karşı minnet duygusu içinde olmak", "saldırgan satış metotlarının etkisi altında kalmak" vs.) BK. m.21'in uygulama alanı bulabileceği kabul ediyor.

Bu görüşlerden hangisine üstünlük tanımak gerekir. Kanunun ifade tarzında, maddedeki sayımın sırf örnek vermek amacı ile yapıldığını gösteren bir işaret yoktur. Ne var ki, aksi sonuca götürecek bir açıklıkta kanunda yer almamaktadır. Bu durumda yapılacak şey kanun koyucunun (bugünün şartlarına ve ihtiyaçlarına göre değerlendirilecek) amacını (ruhunu) esas alarak bir sonuca varmaktır. BK. m. 21'in çok açık olan amacı, zayıf durumdaki kişilerin karar verme serbestileri çiğnenmek suretiyle güçlüler tarafından istismar edilmesini önlemektir. Bütün düzenleyici kurallar kaldırılarak, her şeyin serbest piyasanın özgürlük fakat aynı zamanda acımasızlık dolu rekabet kurallarına terk edildiği çağımızda, sözü edilen istismar tehlikesi en yüksek düzeydedir. Bu gelişme karşısında durumu seyretmekle yetinmek istemeyen hukukçuların ve yargı organlarının yapmaları gereken şey, hukuk düzenimizde mevcut koruyucu hükümleri, çağın gereklerine uygun biçimde yorumlamaktadır. Özel hukukta, zayıf durumdaki kişileri koruyan hükümlerin başında, bir yandan kişilik haklarına (TMK. m.23) ve ahlaka (BK. m. 20/I) aykırılık butlanını düzenleyen hükümler, öbür yandan da gabin (BK. m.21) hükmü yer alır. O halde, BK. m. 21 hükmünün zayıfları koruyucu amacına uygun düşen ve bu hükmünde öngörülen üç hali sınırlayıcı saymayan görüşe üstünlük tanımak çok yerinde olur.

Öğretide zaman zaman, burada sözleşme serbestisinin sınırlamasının söz konusu olduğunu ve "pacta sunt servanda" ilkesi esas sayılmak gerektiği için gabin hükümlerinin dar yorumlanması gerektiğini, hatta BK. m.21 hükmünün sadece marjinal bir öneme sahip bulunduğunu ileri süren görüşlere rastlanmıştır. Ne var ki yeni eğilimler, daha ziyade aksi yöndedir. Her halde, sözleşme serbestisi asıldır diyerek, gittikçe yaygınlaşan zayıfları ezici uygulamalara seyirci kalmak kabul edilebilir bir tutum olamaz." (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/ Serozan/Arpacı-Borçlar Hukuku Genel Bölüm-2014-Sayfa 39 vd.)

Peki aşırı yararlanmanın hukuki sonuçları nelerdir. TBK. m.28'e göre; zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek edimin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.

Bu yöndeki görüşlerde şöyledir.

"TBK. M.28/I, aşırı yararlanmanın unsurları yanında, hukuki sonuçlarını da düzenlemiştir. Zarar gören karşı tarafa sözleşme ile bağlı olmadığını bildirerek ifa ettiği edimin geri verilmesini ister. Sözleşme ile bağlı olmamak, aslında yaptırım olarak sözleşmeyi iptal etmek demektir. Dolayısıyla hâkim görüşe göre, aşırı yararlanma halinde de aynen irade bozukluğunda olduğu gibi iptal yaptırımı uygulanmalıdır. Hâkim,

iptali kendiliğinden (resen) göz önünde tutamaz.

Zarar gören TBK. m.28/I'e göre sözleşmenin tam iptali yerine kısmi iptalini, yani edimler arasındaki açık oransızlığın giderilmesini de isteyebilir. Böylece zarar görenin borçlandığı aşırı edim, karşı edim düzeyine indirilmek suretiyle edim ve karşı edim arasında denge sağlanarak sözleşme ayakta tutulmaktadır.

TBK. M.28/I'e göre zarar gören taraf, borçlanmış olduğu edimi yerine getirmişse, bunu geri isteyebilir. Karşı tarafında bu edimi geri vermesi gerekir. Aksi halde, zarar gören aynen irade bozukluğunda olduğu gibi ya mülkiyet (istihkak) davası ya da sebepsiz zenginleşme iddiası ile ifa ettiği edimi geri isteyebilir." (Eren-Borçlar Hukuku Genel Hükümler-2012-Sayfa 422 vd.)

"Eski BK. m 21. "gabin"ın koşullarının gerçekleşmesi halinde sömürülen kişinin "akdi fesih" hakkından söz etmiş idi. Maddede kullanılan "fesih " sözcüğü isabetli olmayıp bununla " sözleşmenin iptal" hakkının anlatılmak istendiği kabul edilmekteydi.

Yeni TBK m.28 sömürülen kişiye "sözleşme ile bağlı olmama iradesini " açıklama yetkisinden söz etmiştir. Bununla yeni TBK'da irade bozukluğu hallerinde olduğu gibi "iptal" yaptırımı yerine "hükümsüzlük" yaptırımı kabul edilmiştir.

Aşırı yararlanma nedeniyle sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri sürme hakkı sadece gerçek değil, tüzel kişiler içinde söz konusu olabilir. Tüzel kişilerde aşırı yararlanmanın subjektif koşulları tüzel kişinin organları açısından gerçekleşmiş olmalıdır.

Aşırı yararlanma nedeniyle sözleşmenin hükümsüzlüğüne ilişkin irade açıklaması bozucu yenilik doğurucu bir hakkın kullanılmasıdır. Bu iradenin diğer tarafa varması ile istenilen hukuksal sonuç doğar. Bunun açıklanması herhangi bir geçerlilik koşuluna bağlı değildir.

Aşırı yararlanma koşullarının mevcudiyeti halinde eski BK. m.21 sömürülen kişiye bir tek yasal olanak tanımış idi. Sömürülen kişi sadece sözleşmenin iptalini talep hakkına sahiptir. Yeni TBK. m.28.f.I.'de bu yönde yenilik oluşturan bir hüküm getirmiştir. Maddeye göre aşırı yararlanma nedeniyle zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirilerek edimin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir." (Kılıçoğlu-Borçlar Hukuku Genel Hükümler-2012-Sayfa 219. vd.)

"Gabinle sakatlanmış bir sözleşme batıl değildir. Burada "askıdaki hükümsüzlük" hali vardır. Gabinli sözleşmenin hüküm ifade edip etmemesi zarar gören tarafın iradesine bırakılmıştır. Alman Medeni Kanun'u ise gabini bir butlan sebebi sayar.

BK. 21/I maddesi metninde sözleşmenin feshinden bahsedilmesi yanlıştır. Zira fesih, geçerli bir sözleşmenin hükümlerini kaldırmak için söz konusu olur. Gabin ise bir geçersizlik sebebidir. Hâkim doktrin, gabindeki durumun irade sakatlıklarındaki gibi olduğunu kabul ediyor. O halde gabin, sözleşmeyi doğuştan itibaren hükümsüz kılar; ancak gabinen zarar gören taraf diğer tarafa sözleşme ile bağlı olmadığını bir yıl içinde bildirmeyecek olursa iş o takdirde hüküm ifade edecektir." (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop- Borçlar Hukuku Genel Hükümler-1993-Sayfa 464 vd.) (Aynı görüş doğrultusunda bkz. Tunçomağ-Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler-1976-Sayfa 393 vd., daha ayrıntılı bilgi için bkz. Seda İrem Çakırca -6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Aşırı Yararlanma Kavramı-2015- Sayfa 175 vd.)

Somut olayda taraflar arasında düzenlenen arabuluculuk tutanağındaki edimler arasında aşırı nispetsizlik hali bulunmakla arabuluculuk tutanağının 6098 Sayılı Yasa'nın 28. Maddesi hükümleri gereği gabin nedeniyle de iptali gerekmiştir.

Açıklanan nedenlerle, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353/1-b-2 maddesi gereğince, yargılamada eksiklik bulunmamakla birlikte kanunun olaya uygulanmasında hata edilip yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmaması nedeniyle, duruşma yapılmadan davacı istinaf isteminin kısmen kabulü ile esas hakkında aşağıdaki şekilde yeniden hüküm kurulmuştur.

VI. HÜKÜM: Yukarıda açıklanan nedenlerle

1- Davacı vekilinin istinaf başvurusunun KABULÜYLE; yukarıda tarih, esas ve karar sayısı belirtilen İlk Derece Mahkemesi'nin kararının HMK'nun 353/1-b.2 maddesi gereğince düzeltilerek yeniden hüküm kurulmak üzere KALDIRILMASINA, İlk Derece Mahkemesi hükmü yerine geçmek üzere;

a- Davanın KABULÜ ile,

b- 30.09.2019 tarihli 2020/10129 numaralı ihtiyari arabuluculuk son tutanağının ve anlaşma belgesinin İPTALİNE, tutanak ve anlaşma belgesi iptal edilmiş olmakla davacının tespit talebi hususunda KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

c- İstinaf karar ve ilam harcı 179,90 TL'den peşin alınan 59,30 TL'nin mahsubu ile bakiye 120,60 TL nin davalıdan alınarak hazineye irad kaydına,

ç- Davacı tarafça sarf olunan 127,10 TL harç, 190 TL tebligat ve müzekkere masrafı olmak üzere toplam 317,10 TL'nin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

d- Davalı tarafça yapılan yargılama giderinin davalı üzerinde bırakılmasına,

e- Davacı kendisini vekille temsil ettirdiğinden, karar tarihinde yürürlükte bulunan AAÜT uyarınca hesaplanan 9.200,00 TL vekalet ücretinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine,

2- Davacı tarafça sarf olunan istinaf peşin harcı ve istinaf başvuru harcının istemi halinde davacıya

iadesine,

3- İstinaf aşamasında duruşma açılmadığından taraflar lehine vekalet ücretine hükmedilmesine yer olmadığına,

4- İstinaf aşamasında davacı tarafından yapılan 98,00 TL yargılama giderlerinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

5- 6100 sayılı HMK'nın 302/5.maddesi uyarınca kararın tebliği, talep halinde kesinleşme şerhi ve harç işlemlerinin ilk derece mahkemesi tarafından yapılmasına,

Dair, dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda Dair, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7/3. maddesi yollamasıyla Hukuk Muhakemeleri Kanununun 362/I-(a) maddesi uyarınca miktar itibarıyla kesin olmak üzere 14.03.2023 tarihinde oy birliği ile karar verildi.