

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (KARŞILAŞTIRMALI HUKUK)
ANABİLİM DALI

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA CEZALANDIRICI TAZMİNAT
(PUNITIVE DAMAGES)

Doktora Tezi

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Arzu OĞUZ

Selin ÖZDEN MERHACI

07921903

Ankara-2012

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR CETVELİ	IX
BİBLİYOGRAFYA	XVI
GİRİŞ	1

BÖLÜM I

COMMON LAW'UN TARİHİ GELİŞİMİ, GENEL BAZI KAVRAMLAR VE CEZALANDIRICI TAZMİNAT

I) <i>COMMON LAW</i> 'UN TARİHİ GELİŞİMİ VE TEMEL ÖZELLİKLERİ....	4
A) İNGİLİZ HUKUKUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ	5
B) <i>COMMON LAW</i> 'UN TEMEL ÖZELLİKLERİ.....	9
C) <i>COMMON LAW</i> 'UN DİĞER ÜLKE HUKUKLARI VE AMERİKAN HUKUKU ÜZERİNDEKİ ETKİSİ	12
II) <i>COMMON LAW</i> 'DA GENEL OLARAK HAKSIZ FİİLLER, TAZMİNAT KAVRAMI VE TÜRLERİ	14
A) TELAFİ EDİCİ TAZMİNATLAR (<i>COMPENSATORY DAMAGES</i>)...	22
1) BEDENSEL ZARAR HALİNDE.....	25
a) Tedavi Giderleri (<i>Medical Expenses</i>)	26
b) Kazanç Kayıpları ve Kazanç Kabiliyetinin Kaybı/Gelecekteki Kazanç Kayıpları (<i>Loss of Earnings and Loss of Earning Capacity/Future Loss of Earnings</i>).....	29

c) Elem ve İstirap (<i>Pain and Suffering</i>)	32
2) ÖLÜM HALİNDE	36
3) MALA VERİLEN ZARARLARDA	40
B) TELAFİ EDİCİ OLMAYAN TAZMİNATLAR (<i>NON-COMPENSATORY DAMAGES</i>)	43
1) AŞAĞILAYICI TAZMİNAT (<i>CONTEMPTUOUS DAMAGES</i>)	44
2) NOMİNAL TAZMİNAT (<i>NOMINAL DAMAGES</i>)	45
3) AĞIRLAŞTIRILMIŞ TAZMİNAT (<i>AGGRAVATED DAMAGES</i>)	47
4) İADE TAZMİNATI (<i>RESTITUTIONARY DAMAGES</i>)	51
5) CEZALANDIRICI TAZMİNAT (<i>PUNITIVE DAMAGES</i>)	53
a) Terim	53
b) Tanım	55
C) <i>COMMON LAW</i> TAZMİNAT HUKUKU AÇISINDAN GENEL DEĞERLENDİRME	57
III) CEZALANDIRICI TAZMİNATIN TARİHİ GELİŞİMİ VE İŞLEVLERİ	58
A) CEZALANDIRICI TAZMİNATIN TARİHİ GELİŞİMİ	58
1) İNGİLİZ HUKUKUNDA CEZALANDIRICI TAZMİNATIN GELİŞİMİ	60
2) AMERİKAN HUKUKUNDA CEZALANDIRICI TAZMİNATIN GELİŞİMİ	65

B) CEZALANDIRICI TAZMİNATIN İŞLEVLERİ..... 70

1) CEZALANDIRMA 72

2) ÖNLEME..... 76

3) TAZMİN ETME 79

BÖLÜM II

COMMON LAW’DA CEZALANDIRICI TAZMİNATIN UYGULANMASI

**I) İNGİLİZ HUKUKUNDA CEZALANDIRICI (ÖRNEK NİTELİĞİNDE)
TAZMİNAT (*EXEMPLARY DAMAGES*) 84**

**A) CEZALANDIRICI TAZMİNATIN KABULÜ VE
SINIRLANDIRILMASI 84**

1) KATEGORİ TESTİ 86

a) Bir Kimsenin Kamu Görevlilerinin Baskıcı, Keyfi veya Anayasaya
Aykırı Davranışı Sonucu Zarar Görmesi 86

i) Fiilin Baskıcı, Keyfi veya Anayasa’ya Aykırı Olması 87

ii) Fiilin Kamu Görevlileri Tarafından İşlenmesi 89

b) Zarar Veren, Zarar Görene Ödeyeceği Tazminatı Aşan Bir Fayda Elde
Edeceğini Hesaplayarak Fiili İşlemesi 91

i) Şeref ve Haysiyetin İhlali (*Defamation*)..... 91

ii) Kiracının Kiralanan Taşınmazdan Hukuka Aykırı Tahliyesi
(*Unlawful Eviction*)..... 94

c) Kanunla Kabul Edilen Haller 96

2) CEZALANDIRICI TAZMİNATI SINIRLANDIRAN DİĞER KURALLAR	99
a) <i>Cause of Action</i> Testi	100
b) Davacının Cezalandırılması Gereken Bir Fiilin Mağduru Olması	104
c) Telif Edici Tazminatın Zarar Vereni Cezalandırmaya Yetecek Miktarda Olması (<i>If But Only If Test</i>).....	105
d) Davalının Aynı Eylem için Bir Ceza Mahkemesinde Yargılanarak Ceza Almış Olmaması.....	105
e) Haksız Fiil Sonucunda Birden Fazla Zarar Görenin Bulunması.....	107
f) Davalının İyiniyeti.....	108
g) Davalının Ekonomik Gücü	109
B) İNGİLİZ HUKUKUNDA CEZALANDIRICI TAZMİNATA İLİŞKİN DİĞER BAZI ÖZELLİKLER	110
1) CEZALANDIRICI TAZMİNATIN TALEP EDİLMESİ VE İSPAT KURALLARI.....	110
2) TAZMİNATIN HESAPLANMASI VE JÜRİNİN ROLÜ.....	113
3) ALTERNATİF ÖNERİLERİ.....	119
a) Cezalandırıcı Tazminatın Reddedilmesi	121
b) <i>Rookes v. Barnard</i> 'la Kabul Edilen Kategorilerin Reddi	122
II) AMERİKAN HUKUKUNDA CEZALANDIRICI TAZMİNAT	126
A) GENEL OLARAK	126

B) AMERİKAN HUKUKUNDA CEZALANDIRICI TAZMİNATIN

ÖZELLİKLERİ 130

1) CEZALANDIRICI TAZMİNATA SEBEBİYET VEREN EYLEMİN

AĞIR KUSURLU BİR EYLEM OLMASI 133

a) Kötüniyet veya Kötülük Etme Saiki: Zarar Verme Kastı 137

b) Kayıtsızlık veya Davacının Haklarını Bilinçli Olarak Hiç Sayma 141

c) Ağır İhmal 147

2) CEZALANDIRICI TAZMİNATIN GERÇEK (MADDİ) BİR ZARAR VE

TELAFİ EDİCİ BİR TAZMİNAT GEREKTİRMESİ 149

3) CEZALANDIRICI TAZMİNATIN HESAPLANMASINDA ROL

OYNAYAN FAKTÖRLER 152

a) Cezalandırıcı Tazminat ve Telafi Edici Tazminat Arasındaki Oran.... 153

b) Haksız Fiilin Kınanmaya Değerlik Derecesi 155

c) Davalının Ekonomik Durumu 156

C) AMERİKAN HUKUKUNDA CEZALANDIRICI TAZMİNATA

KARŞI GETİRİLEN ELEŞTİRİLER 158

BÖLÜM III

KITA AVRUPASI HAKSIZ FİİL HUKUKUNDA CEZALANDIRMA DÜŞÜNCESİ VE CEZALANDIRICI TAZMİNATIN BAZI KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

I) KITA AVRUPASI SORUMLULUK HUKUKUNUN TEMEL

İLKELERİ 163

A) DENKLEŞTİRME İLKESİ (ZARARIN TELAFİSİ) 164

1) TAM TAZMİN İLKESİ 166

2) ZENGİNLEŞME YASAĞI İLKESİ..... 167

3) CEZALANDIRMA DÜŞÜNCESİNİN REDDİ..... 169

B) ÖNLEME İLKESİ 171

C) HAKKIN DEVAM ETTİRİLMESİ (*RECHTFORTSETZUNG*) 172

II) KITA AVRUPASI TAZMİNAT HUKUKUNDA CEZALANDIRMA

DÜŞÜNCESİ..... 173

A) TAZMİNAT HUKUKUNDA CEZALANDIRMA DÜŞÜNCESİ

KAPSAMINDA MEDENİ CEZA KAVRAMI..... 173

1) MEDENİ CEZA KAVRAMI 173

2) GÜNÜMÜZ HUKUKLARINDA MEDENİ CEZANIN YERİ 176

B) KITA AVRUPASI HUKUKUNDAKİ MEDENİ CEZA KAVRAMI

KAPSAMINDA CEZALANDIRICI TAZMİNATIN

DEĞERLENDİRİLMESİ 182

III) KITA AVRUPASINDA BAZI HUKUK KURUMLARI KAPSAMINDA	
CEZALANDIRMA DÜŞÜNCESİ	183
A) MANEVİ TAZMİNAT VE CEZALANDIRMA DÜŞÜNCESİ.....	185
1) MANEVİ TAZMİNATIN İŞLEVLERİ: DENKLEŞTİRME VE	
TATMİN	189
2) MANEVİ TAZMİNATIN TATMİN İŞLEVİ KAPSAMINDA	
CEZALANDIRMA AMACI	191
3) ŞEREF VE HAYSIYETİN İHLALİNDE MANEVİ TAZMİNATIN	
ÖNLEME VE CEZALANDIRMA İŞLEVLERİ	194
4) MANEVİ TAZMİNATIN CEZALANDIRICI TAZMİNAT İLE	
KARŞILAŞTIRILMASI.....	199
B) ÇOKLU TAZMİNATLAR (<i>MULTIPLE DAMAGES</i>) VE	
CEZALANDIRMA DÜŞÜNCESİ	203
1) GENEL OLARAK ÇOKLU TAZMİNATLAR VE CEZALANDIRICI	
TAZMİNAT İLE İLİŞKİSİ	203
2) KITA AVRUPASI HUKUKUNDA ÇOKLU TAZMİNATLAR VE	
CEZALANDIRICI TAZMİNAT İLE İLİŞKİSİ.....	207
a) Rekabetin Korunması Kapsamında Üç Kat Tazminat	208
i) Genel Olarak.....	208
ii) Değerlendirme	211
b) Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Çoklu Tazminatlar	212

i) Telif Hakkının İhlali Halinde Öngörülen İki Kat Tazminat	212
ii) Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Üç Kat Tazminat	217
iii) Değerlendirme	220
C) İŞ VE HİZMET SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN TAZMİNATLAR VE CEZALANDIRMA DÜŞÜNCESİ	221
1) HAKSIZ FESİH VE KÖTÜNİYET TAZMİNATLARI	221
2) İŞ HUKUKUNDA AYRIMCILIĞINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER ..	227
3) DEĞERLENDİRME	235
a) İş ve Hizmet Sözleşmelerinin Feshi Açısından.....	235
b) Ayrımcılığa İlişkin Düzenlemeler Açısından	237
D) TÜRK HUKUKUNDA İCRA İNKÂR VE KÖTÜNİYET TAZMİNATLARI VE CEZALANDIRMA DÜŞÜNCESİ	238
E) TEMERRÜT FAİZİ VE CEZALANDIRMA DÜŞÜNCESİ	243
SONUÇ.....	249
ÖZET.....	254
SUMMARY	256

KISALTMALAR CETVELİ

A.	: Atlantic Reporter
AGG	: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897)
A2d	: Atlantic Reporter, Second Series
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
A.C.	: Law Reports, Appeal Cases
AcP	: Archiv für die civilistische Praxis
Ala L. Rev.	: Alabama Law Review
All ER	: All England Law Reports
ALR	: American Law Reports
ALR3d	: American Law Reports, Third Series
Ariz.	: Arizona Reports
Art.	: Artikel
Aufl.	: Auflage
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BB	: Der Betriebsberater
BBl	: Bundesblatt
Bd.	: Band
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHZ	: Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu

Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CCC	: Kaliforniya Medeni Kanunu
C.P.	: Common Pleas
CA	: California Appellate Reports
Cal.	: California Reports (Supreme Court)
Cal. Rptr	: West's California Reporter
Cert.	: certiorari
Ch.	: Chapter
CLY	: Current Law Year Book
Co.	: Company
Conn.	: Connecticut Reports
çev.	: Çeviren
Dick. L. Rev.	: Dickenson Law Review
dp.	: dipnot
Drake L. Rev.	: Drake Law Review
E.	: Esas
ed.	: Editör
Eng. Rep.	: English Reports
EWCA Civ.	: Court of Appeal, Civil Devision
EWHC	: England and Wales, High Court
F. 2d.	: Federal Reporter, Second Series
F. Supp.	: Federal Supplement
Fs.	: Festschrift
FSEK	: 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu

FSR	: Fleet Street Reports
Ga.	: Georgia Reports
GEMA	: Gesellschaft für musikalische Aufführungsrechte und mechanische Vervielfältigungsrechte
GIG	: Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG)
GRUR	: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
H.D.	: Hukuk Dairesi
HAVE	: Haftung und Versicherung
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HLR	: Housing Law Reports
Hrgs.	: Herausgegeben
Ill.	: Illinois Reports
Ill. 2d.	: Illionis Reports, Second Series
Ill. App. 2d.	: Illinois Appellate Court Reports, Second Series
Ill. App. 3d.	: Illinois Appellate Court Reports, Third Series
Ill. Dec.	: Illinois Decisions
Inc.	: Incorporated
Ind.	: Indiana Reports
Ins. L. J.	: Insurance Law Journal
IRLR	: Industrial Relations Law Report
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İHSGHD	: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
J. Marshall Rev.	: John Marshall Law Review
JURA	: Juristische Ausbildung

JuS	: Juristische Schulung
JZ	: Juristen Zeitung
K.	: Karar
Kan.	: Kansas Reports
KG	: Kammergericht
L.T.	: Law Times Reports
Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J.	: Loyola Los Angeles International and Comparative Law Journal
Marq. L. Rev.	: Marquette Law Review
Md.	: Maryland Reports
md.	: Madde
Me.	: Maine Reports
Mich. L. Rev.	: Michigan Law Review
Minn. L. Rev.	: Minnesota Law Review
Misc.	: New York Miscellaneous Law Reports
Mo.	: Missouri Reports
Mo. App.	: Missouri Appeals Reports
Mont.	: Montana Reports
ND	: North Dakota Reports
N.H.	: New Hampshire Reports
N.J.L.	: New Jersey Law Reports
N.M.	: New Mexico Reports
NE2d	: North Eastern Reporter, Second Series
NI	: Northern Ireland Law Reports
NJL	: New Jersey Law Reports
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift

Nr.	: Nummer
NW.	: North Western Reporter
NW2d	: North Western Reporter, Second Series
OLG	: Oberlandesgericht
OR	: Obligationenrecht, Bundesgesetz über das Obligationenrecht, vom 30 März 1911/ 18. Dezember 1936
P.	: Part
P.2d	: Pacific Reporter, Second Series
Pa.	: Pennsylvania State Reports
para	: Paragraf
Pa. Super	: Pennsylvania Superior Courts Reports
QB	: Queens Bench
RabelZ	: Rabels Zeitschrift für ausländisches und Internationales Privatrecht
RdW	: Österreichische Recht der Wirtschaft
RICO	: Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act
RIW	: Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	: Randnummer
Rptr	: Reports
S. Ct.	: U.S. Supreme Court Reporter
s.	: sayfa
S.	: Sayı
S. Cal. L. Rev.	: South California Law Review
SCL	: South Carolina Reports
S.D.N.Y	: Southern District of New York
S.E.2d	: South Eastern Reporter, Second Series

Sec.	: Section
sic!	: Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations-, und Wettbewerbsrecht
SJZ	: Schweizerische Juristenzeitung
St.Mary's L.J.	: St. Mary's Law Journal
SUISA	: Genossenschaft der Urheber und Verlänger von Musik
SW2d	: South Western Reporter, Second Series
T.	: Tarih
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
Tenn.	: Tennessee Reports
TİSK	: Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
Tul. Civ. L. F.	: Tulane Civil Law Forum
UFITA	: Archiv für Urheber- Film- Funk- und Theaterrecht
U. Rich. L. Rev.	: University of Richmond Law Review
U.S.	: United States
UKHL	: United Kingdom House of Lords
UMKC L. Rev.	: University of Missouri-Kansas City Law Review
UrhG	: Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte
USA	: United States of America
v.	: versus
Vand. L. Rev.	: Vanderbilt Law Review
vd.	: ve devamı
Vill. L. Rev.	: Villanova Law Review
Vol	: Volume
Vorbem.	: Vorbemerkungen

Vt.	: Vermont Reports
Wis.	: Wisconsin Reports
WL	: West Law Transcripts
WLR	: Washington Law Reporter
YD.	: Yargıtay Dergisi
ZGB	: İsviçre Medeni Kanunu
ZSR	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht

BİBLİYOGRAFYA

I. Kitap ve Makaleler

Alangoya Y.: İcra ve İflas Uygulamasında Güncel Sorunlar Sempozyumu, Tartışmalar, İstanbul 1978, s. 42 vd.

Allen D.K./Hartshorne J. T./Martin R. M.: Damages in Tort, London 2000.

Arslanlı H.: Fikri Hukuk Dersleri II, İstanbul 1954.

Assman H.D.: Schadensersatz in mehrfacher Höhe des Schadens, BB 1/1985, s. 15 vd.

Atamer Y.: Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, İstanbul 1996.

Ay E.: Amerikan Mahkemesi Tarafından Verilen Cezalandırıcı Tazminat Hükmünün Fransa'da Tenfizine İlişkin Fransız Yargıtay'ının 1 Aralık 2010 Tarihli Kararının Tercümesi ve Değerlendirilmesi, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, C. 1, S. 1, 2012, s. 157 vd.

Ayan S.: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, Özel Sayı-2010 (2012), s. 717 vd.

Ayrancı H.: Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar (BK 105), Ankara 2006

Başterzi F.: Eşitlik Kurumu: Bir Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Modeli, TİSK Akademi, 1/ 2007, s. 107 vd.

Belgesay M. R.: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 4.B., C. I, İstanbul 1955.

Bell G. B./Pearce P. E.: Punitive Damages and the Tort System, 22 U. Rich. L. Rev., 1987-1988, s. 1 vd.

Belli M.M.: Punitive Damages: Their History, Their Use and Their Worth in Present-Day Society, 49 UMKC L. Rev., 1980-1981, s. 1 vd.

Bentert H.: Das Pönale Elemente –Ein Fremdkörper im Deutschen Zivilrecht, Berlin 1996.

Blakely G. R.: Of Characterization and Other Matters: Thoughts About Multiple Damages, 60 Law and Contemporary Problems 1997, s. 97 vd.

Borghetti J.S.: Punitive Damages in France, Punitive Damages Common Law and Civil Law Perspectives (Koziol H./Wilcox V. eds.), Wien 2009, s. 55 vd.

Boston G. W.: Punitive Damages in Tort Law, P. I, Ch. 2, 1993 (P. I, Ch. I); (P. I, Ch. 2); (P. I, Ch. 3); (P. III, Ch. 3).

Brehm R.: Berner Kommentar Bd. VI/1/3/1, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, 2006.

Brockmeier D.: Punitive damages, multiple damages und deutscher ordre public, Tübingen 1999.

Buckland W. W./McNair A. D.: Roman Law & Common Law, A Comparison in Outline, Cambridge 1936.

Burckhardt C.C.: Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf Schadensersatzrecht, Referat am 41. Schweizerischen Juristentag 1903, ZSR 22/1903, s. 31 vd.

Burrows A.: The Law of Restitution, USA 2002.

Cain K.G.: And Now the Rest of the Story; The McDonald's Coffee Lawsuit, Journal of Consumer and Commercial Law, Vol.11, No.1, 2007, s. 14 vd.

Cooke J.: Law of Tort, Edinburgh 2005.

Cruz P.D.: Comparative Law in a Changing World, London 1999.

Çağlayan P.: Avrupa Birliği Yönergeleri ve Alman Hukukundaki Deneyimler Işığında Mal ve Hizmet Tedarikinde Geç Ödemenin Sonuçları (TTK MD. 1530), BATİDER, C. XXVII, S. 2, s. 171 vd.

Çelik A. Ç.: Cana Gelen Zararlarda Tazminatın Ölçüsü ve Kazanç Kavramı, İstanbul 2006.

Damar D.: Wilful Misconduct in Internartional Transport Law, Berlin-Heidelberg 2011.

Daniels S./Martin J.: Myth and Reality in Punitive Damages, 75 Minn. L. Rev. 1990-1991, s. 1 vd.

Dasser F.: Punitive Damages: Vom “fremden Fötzel” zum “Miteidgenoss”?, SJZ 96/2000, s. 10 vd.

David R./Brierley J.E.C.: Major Legal Systems in the World Today, London 1968.

Davran B.: Mukayeseli Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 1963.

Deakin S./Johnston A./Markesinis B.: Markesinis and Deakin’s Tort Law, Oxford 2008.

Deutsch E.: Haftungrecht, Bd. 1, Allgemeine Lehren, Köln 1976.

Deynekli A./Kısa S.: İtirazın İptali Davaları, Ankara 2005.

Diamond J.L. /Levine L.C. /Madden M. S.: Understanding Torts, USA 1996.

Dobbs D.B.: Law of Remedies, St Paul-Minn. 1993.

Dobbs D.B: Ending Punishment in “Punitive” Damages: Deterrence Measured Remedies, 40 Ala L. Rev. 831, 1989, s. 831 vd. (Ending Punishment).

Drolshammer J./Schärer H.: Die Verletzung des materiellen ordre public als Verweigerungsgrund bei der Vollstreckung einer US-amerikanischen “punitive damages-Urteils”, SJZ 82/1986, s. 309 vd.

Dural M./Öğüz T.: Türk Özel Hukuku C.II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2006.

Ebert I.: Pönale Element im deutschen Privatrecht, Tübingen 2004.

Elliott C./Quinn F.: Tort Law, Edinburgh 2007.

Ellis D.D.: Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages, 56 S. Cal. L. Rev. 1982-1983, s. 1 vd.

Epstein R.A.: Torts, New York 1999.

Erel Ş.: Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara 2009.

Eren F.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2012.

Ergin H.: Almanya’da “Genel Eşit Davranma Yasası”nın İş Hukukuna İlişkin Hükümleri, Legal İHSGHD, S. 14, 2007, s. 635 vd.

Feldthusen B.: Punitive Damages in Canada: Can the Coffee Ever Be Too Hot?, 17 Loy. L.A. Int’l & Comp. L.J. 1994-1995, s.793 vd.

Fischer J.M.: Understanding Remedies, USA 2000.

Fischer W.: OR Kommentar, schweizerisches Obligationenrecht, 2009, Art. 47-48 (Kommentar).

Franco N. İ.: Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini, Ankara 1973.

Glannon J.W.: The Law of Torts, New York 2005.

Gordley J./von Mehren A. T.: An Introduction to the Comparative Study of Law, Cambridge 2006.

Göthel S. R.: Zu den Funktionen des Schmerzensgeldes im 19. Jahrhundert, AcP 205/2005, s. 36 vd.

Grossfeld B.: Die Privatstrafe, Ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrecht, Frankfurt Berlin 1961.

Grube E. J.: Punitive Damages: A Misplaced Remedy, 66 S. Cal. L. Rev. 1992-1993, s. 839 vd.

Hellwege P.: Buchbesprechungen, Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avntprojet de réforme du droit des obligations et de la prescription (the Avant-projet Catala), RabelZ 76/2012, s. 443 vd.

Honsell H.: 100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, ZSR 2011/II, s. 5 vd., (100 Jahre).

Honsell H.: Der Strafgedanke im Zivilrecht –ein juristischer Atavismus, <http://www.honsell.at/Publikationen/FSWestermann.pdf>, s.16, erişim tarihi: 09.11.2012 (Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, Köln 2008, s. 315 vd.).

Honsell H.: Zukunft des Privatrechts, http://www.honsell.at/Publikationen/ZukPR_11.06.2007-1.pdf, s. 12 (Zukunft) (ZSR 1/2007-erişim tarihi; 09.11.2012)

Howarth D.R./O'Sullivan J.A.: Tort Cases&Materials, London 2000.

Howarth, D.: Textbook on Tort, London 1995.

Hugueney L.: L'idée de peine privée en droit contemporain, Dijon 1904.

İstemi M.: Sözleşmenin Cüretkârhane İhlali ve Cezalandırıcı Tazminat, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. III, s. 2685 vd.

Jacoby F. W.: The Relationship of Punitive Damages and Compensatory Damages in Tort Actions, 75 Dick. L. Rev. 1970-1971, s. 585 vd.

Jansen N.: Die Struktur des Haftungsrechts, Tübingen 2003.

Jansen N./Rademacher L.: Punitive Damages in Germany, Punitive Damages Common Law and Civil Law Perspectives (Koziol H./Wilcox V. eds.), Wien 2009, s. 75 vd.

Jaun M.: Diskriminierungsschutz durch Privatrecht-Die Schweiz im Schatten der europäischen Rechtsentwicklung, ZJBV 143/2007, s. 457 vd.

Jenny R. M.: Zum Verletzterzuschlag im schweizerischen Urheberrecht, sic! 2004, s. 651 vd.

Karadeniz Çelebican Ö.: Roma Eşya Hukuku, Ankara 2008.

Karaca A.: İcra İnkâr Tazminatı, Adalet Dergisi, S. 4, 1953, s. 374 vd.

Karayağçın Y.: Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması, AÜHFD, C. 19, s. 1-4, 1962, s. 251 vd.

Kern B. R.: Die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes-ein pönales Element im Schadensrecht?, AcP 191/1991, s. 247 vd.

Kılıçoğlu A.: Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği, Ankara Barosu Dergisi, 1984/1, s. 15 vd.

Kılıçoğlu A.: Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırıdan Hukuksal Sorumluluk, Ankara 1993 (Sorumluluk).

Kılıçoğlu A.M.: Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara 2006 (Fikri Haklar).

Kırca Ç.: Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği, Yargıtay Dergisi, Cilt 25, No. 3, Temmuz 1999, s. 242 vd.

Koschaker P./Ayiter K.: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1977.

Koziol H./Wilcox V. (eds.): Annex, Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, Wien 2009, s. 309 vd.

Koziol H.: Patentverletzungen und Schadenersatz, RdW 226/2007, s. 198 vd.

Körner M.: Zur Aufgabe des Haftungsrechts-Bedeutungsgewinn präventiver und punitiver Elemente, NJW 2000, s. 241 vd.

Kuru B.: İcra İnkâr Tazminatı, Yargıtay 100. Yıldönümü Armağanı, İstanbul 1968, s. 725 vd.

Kuru B./Arslan R./Yılmaz E.: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2012.

Landolt H.: Obligationenrecht, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar), 2007, Art. 47/49.

Lange H./Schiemann G.: Schadenersatz, Tübingen 2003.

- Larenz K.: Lehrbuch des Schuldrechts B. I, Allgemeiner Teil, München 1987.
- Lenz C.: Amerikanische Punitive Damages vor dem Schweizer Richter, Zürich 1992.
- Levit V.B.: Punitive Damages: Yesterday, Today and Tomorrow, Ins. L. J. 1980, s. 257 vd.
- Long J. D.: Punitive Damages: An Unsettled Doctrine, 25 Drake L. Rev. 1975-1976, s. 870 vd.
- Lunney M./Oliphant K.: Tort Law, New York 2008.
- Lütje S.: Urheberrechtsgesetz (Möhring/Nicolini), München 2000.
- Mannsdorfer T. M.: Schadenersatzansprüche aus dem Arbeitsverhältnis (Employment Practices Liability) Eine rechtsvergleichende Einführung, HAVE 2008, s. 309 vd.
- Markesinis B./Coester M./Alpa G./Ullstein A.: Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law, Cambridge 2005.
- McBride N. J./Bagshaw R.: Tort Law, Edinburgh 2008.
- Melchiar F. (Hrsg: Loewenheim): Handbuch des Urheberrechts, München 2010.
- Merkt H.: Abwehr der Zustellung von “punitive damages” Klagen, Heidelberg 1995.
- Mertens H. J.: Der Begriff des Vermögensschaden im Bürgerlichen Recht, Stuttgart 1967.
- Mohr J.: Grundlagen des Schadensersatzrechts, JURA, 3/2010, s. 168 vd.
- Molitoriz M.: Tabakprozesse in den USA, Deutschland und anderen europäischen Ländern, NJW 2004, s. 3662 vd.

Mommsen F.: Beitrage zum Obligationenrecht, Zweite Abtheilung, Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig 1855.

Murphy J.: Street on Torts, New York 2007.

Müller P.: Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht, Berlin 2000.

Neuberger (Lord of Abbotsbury): Law Reporting and the Doctrine of Precedent: The Past, The Present and the Future, Halsbury's Laws of England, Centenary Essays 2007.

Nomer H.N.: Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996.

Oğuz A.: Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003.

Oğuzman M. K.: Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955.

Oğuzman M. K./Öz T.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2009.

Olgaç S.: İcra İflas C. I, Ankara 1978.

Owen D. G.: A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform, 39 Vill. L. Rev. 1994, s. 363 vd. (Overview).

Owen D. G.; Punitive Damages in Product Liability Litigation, 74 Mich. L. Rev. 1975-1976, s. 1257.

Özsunay E.: Kartel Hukuku, İstanbul 1985.

Öztan F.: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008.

Pınar H./Nal T./Goldmann B.: Müzik Eserleri Üzerindeki Telif Hakları ve Uluslararası Uygulamalar, İstanbul 2007.

Piroğlu Ü.: Fikri Hak İhlallerinin Tazmininde FSEK 68. maddenin farklı Konumu ve Niteliği, Yargıtay Dergisi 30/2004, S. 4, s.433 vd.

Postacıoğlu İ. E.: İcrada İnkâr Tazminatı Üzerine Düşünceler ve Bazı İhtilaflı Noktalar, BATİDER, C. IX, S. 4, 1978, s. 951 vd.

Postacıoğlu İ. E./ Altay S.: İcra Hukuku Esasları, İstanbul 2010

Prinz M.: Geldetschädigung bei Persönlichkeitlichkeitsverletzungen durch Medien, NJW 1996, s. 953 vd.

Rey H.: Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 2003.

Ridges E. W. (Özyörük M. H.): İngiliz Anayasa Hukuku, AÜHFD, C. 8, S. 3-4, 1951, s. 183 vd.

Roberto V.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002.

Rosengarten J.: Der Präventionsgedanke im deutschen Zivilrecht Höheres Schmerzensgeld, aber keine Anerkennung und Vollstreckung US-amerikanischer punitive damages?, NJW 1996, s. 1935 vd.

Rowan S. (Cartwright J./Vogenauer S./Whittaker S. ed.): Comparative Observations on the Introduction of Punitive Damages in French Law, Reforming the French Law of Obligations, Comparative Reflections on the Avant-projet de reforme du droit des obligations et de la prescription (the Avant-projet Catala), Oxford 2009.

Rudden B.: Tortious, 67 Tul. Civ. L. F. 1991-1992, s. 111 vd.

Ryan P. S.: Revisiting the United States Application of Punitive Damages: Separating Myth from Reality, ILSA Journal of International ve Comparative Law, Vol. 10, No.1, s. 69 vd.

Sales B. J./Cole K. B.: Punitive Damages: A Relic That Has Outlived Its Origins, 37 Vand.L.Rev. 1984, s. 1117.

Sales B. J.: The Emerge of Punitive Damages in Product Liability Actions: A Further Assault on the Citadel, 14 St.Mary's L.J. 1982-1983, s. 351.

Sanlı K. C.: Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, İstanbul 2007.

Sanlı K.C.: Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I (4 Nisan 2003), Kayseri 2003, s. 211 vd. (Sempozyum).

Saymen F.H.: Manevi Zarar ve Tazmini Sureti, İstanbul 1940.

Schäfer C.: Strafe und Prävention im Bürgerlichen Recht, AcP 202/2002, s. 397 vd.

Schlobach K.: Das Präventionprinzip im Recht des Schadensersatzes, Baden-Baden 2003.

Schlueter L.L.: Punitive Damages Vol I, USA 2010.

Schmuhl T. R.: Punitive Damages in the United States, 22 Int'l Legal Prac. 1997, s. 128 vd.

Schmidt-Kessel M.: Die Zahlungsverzugsrichtlinie und Ihre Umsetzung, NJW 2001, s. 97 vd.

Schulte-Braucks R.: Zahlungsverzug in der Europäischen Union, NJW, 2001, s. 103 vd.

Schwarz A.B.: İngiliz Hukuku ve Kontinental Hukuk, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 3, 1937, s. 215 vd.

Schwenzer I.: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2006.

Sebok A. J.: Punitive Damages in the United States, Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, (Koziol H./Wilcox V. eds.), Wien 2009, s. 155 vd.

Sebok A.J./Wilcox V.: Aggravated Damages, Punitive Damages Common Law and Civil Law Perspectives (Koziol H./Wilcox V. eds.), Wien 2009, s. 257 vd.

Senyen Kaplan E. T.: Belirli Süreli Sözleşmelerin Haksız Feshi ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yeni Düzenlemeler, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara 2010, s. 213 vd.

Serozan R.: Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Anısına Armağan, Ankara 1990, s. 67 vd.

Shulze R.: Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 2012, BGB § 288 Verzugszinsen.

Siebert W. (çev. Öztan B.): Şahsiyet Haklarıyla İlgili Meseleler, AÜHFD, C. 26, S. 1-2, 1969, s. 217 vd.

Soyer M. P.: Türk Borçlar Kanunu Tasarısının “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008, s.149 vd.

Speiser S.M./Krause C.F./Gans A.W.: The American Law of Torts, Vol 2, 2003.

Speiser S.M./Krause C.F./Gans A.W.: The American Law of Torts, Vol. 2A, 2009 (Vol 2A).

Staehelin A.: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar), B. V/2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362, 1996.

Stoll H.: Penal Purposes in the Law of Torts, 18 Am. J. Comp. L 1970, s. 3 vd.

Stoll H.: Punitive Damages im Englishen Recht, Festschrift für Dieter Henrich zum 70. Geburtstag, Bielefeld 2000, s. 593 vd. (punitive damages).

Stoll H.: Schadensersatz und Strafe, Eine rechtsvergleichende Skizze, Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag am 5. Juli 1969, B. II, Tübingen 1969, s. 569 vd. (Schadensersatz und Strafe).

Streiff U./von Kaenel A.: Arbeitsvertrag-Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 2005, Art. 336a.

Süzek S.: İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976 (Fesih).

Süzek S.: İş Hukuku, İstanbul 2012.

Tekinalp Ü.: Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2004.

Thüsing G.: Münchener Kommentar zum BGB Band 1 AGG, München 2012.

Tiryakioğlu B.: Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara 1997.

Topçuoğlu M.: Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri, AÜHFD 2000, C. 50, S. 4, s. 129 vd.

Topçuoğlu M.: Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), Ankara 2009, s. 5 vd. (Üç Kat Tazminat).

Tunçomağ K.: Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963.

Uyar T.: İcra İnkâr Tazminat, Bursa Barosu Dergisi, S. 25-26, 1986, s. 2 vd.

Üstün G.: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda 4630 sayılı Kanun ile yapılan Değişiklikler ve Eleştirilerimiz, İstanbul Barosu Dergisi, C. 75, S. 1-3, s.139 vd.

Üstündağ S.: İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2000.

Van Dam C.: European Tort Law, New York.

Virgo G.: The Principles of the Law of Restitution, Oxford 2006.

Volmer M.: "Punitive Damages im deutschen Arbeitsrecht?", BB 31/1997, s. 1582 vd.

von Bar C.: The Common European Law of Torts Vol.I, Oxford 1998.

Wagner G./Potsch N.: Haftung für Diskriminierungsschäden nach dem Allgemein Gleichbehandlungsgesetz, JZ 22/2006, s. 1085 vd.

Wagner G.: Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht-Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206/2006, s. 352 vd.

Walther D. L./Plein T. A.: Punitive Damages: A Critical Analysis: Kink v. Combs, 49 Marq.L.Rev., 1965-1966, s. 369 vd.

Wilcox V.: Punitive Damages in England, Punitive Damages Common Law and Civil Law Perspectives (Koziol H./Wilcox V. eds.), Wien 2009, s. 7 vd.

Yenisey K. D.: İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum 4/2006, s. 63 vd.

Yıldız G.B.: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008.

Yılmaz E.: İcra Tazminatı, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. II, Ankara 2009, s. 675 vd.

Zimmermann R.: The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford 1996.

Zitzer K. M.: Punitive Damages: A Cat's Clavicle in Modern Civil Law, 22 J. Marshall Rev. 1988-1989, s. 657 vd.

Zweigert K./Kötz H.: Introduction to Comparative Law, Oxford 1998.

II. Mahkeme Kararları

A v. Bottrill [2003] 1 AC 449.

AB v. South West Water Services Ltd [1993] QB 507.

Archer v. Brown [1984] 2 All ER 267.

Asghar v. Ahmed (1985) 17 HLR 25.

Attorney General for St Christopher, Nevis and Anguilla v. Reynolds [1980] A.C. 637.

Baker v. Bolton 170 Eng. Rep. 1033 (1808).

Bass v. Chicago & Northwestern Railway Company 42 Wis. 654 (1877).

Behrens v. Ragleigh Hills Hospital, Inc. 675 P2d 1179(1983, Utah).

Benson v. Frederick 97 Eng. Rep. 1130 (K.B. 1766).

BMW of North America, Inc v. Gore 116 S. Ct. 1589.

Bogle & Ors v McDonald's Restaurants Ltd. [2002] EWHC 490 (QB) (25th March, 2002).

Bon v. Blackwell 541 S.E.2d 242, 243-245 (S.C. 2001).

Borders (UK) Ltd. v. Commissioner of Police of the Metropolis [2005] EWCA Civ 197.

Brewer v. Home-Stake Production Co. 200 Kan 96, 434 P2d 828, 30 ALR3d 1435 (1967).

Browning-Ferris Indus. of Vermont, Inc. v. Kelco Dsposal, Inc. 492 U.S. 257, 109 S.Ct. 2909 (1989).

Cala Homes (South) Ltd v. McAlpine Homes East Ltd [1995] EWHC 7 (Ch); [1995] FSR 818.

Cassell & Co. Ltd. v. Broome [1972] A.C. 1027.

Collier v. Burke [1987] CLY 1143.

Coryell v. Colbaugh 1 N.J.L. 90 (1791).

Coty v. Ramsey Assoc., Inc. (1988) 149 Vt 451.

Day v. Woodworth 54 U.S. 363 (1851).

Doroszka v. Lavine 111 Conn. 575, 578, 150 A. 692, 69 ALR 1279 (1930).

Dorsey v. Honda Motor Co. 655 F.2d 650 (5th Cir. 1981).

Drane v. Evangelou [1978] 2 All ER 437.

Duffy v. Eastern Health and Social Services Board [1993] IRLR 251.

Fay v. Parker 53 N.H. 342 (1873).

Ferguson v. Evening Chronicle Publishing Co. 72 Mo. App. 462 (1897).

Field v. Philadelphia Electric Co. (1989) 388 Pa. Super 400, 565 A2d 1170, 1182-1183.

Fisher v. Carrousel Motor Hotel, Inc. (1967, Tex) 424 SW2d 627.

Foss v. Maine Turnpike Authority 309 A2d 339, 345 64 ALR3d 1230, (197, Me).

Genay v. Norris 1 SCL 6 (1784).

General Chemical Corp. v. De La Lastra 815 SW2d 750 (1991, Tex App Corpus Christi).

Gregg v. U.S. Industries, Inc. (1989, CA11 Fla) 887 F2d 1462, 1476.

Grimshaw v. Ford Motor Co. 119 Cal. App. 3d 757, 174 Cal. Rptr. 348 (1981).

Grobbelaar v. News Group Newspapers Ltd. [2002] UKHL 40.

Gryc v. Dayton-Hudson Corp. 297 NW2d 727, 741, 1980.

Harris v. Harris [1973] 1 Lloyd's Rep 445.

Hibschman Pontiac, Inc. v. Batchelor (1977) 266 Ind 310, 362 NE2d 845, 847.

Hodges v. Toof (1992, Tenn) 833 SW2d 896.

Holden v. Chief Constable of Lancashire [1987] QB 380.

Hosp. Auth. of Gwinnett County v. Jones 261 Ga. 613, 409 S.E.2d. 501 (1991).

Housecroft v. Burnett [1986] 1 All ER 332.

Huckle v. Money 95 Eng. Rep. 768 (C.P. 1763).

Hughes v. McKeow [1985] 3 All ER 284, [1985] 1 WLR 963.

International Electronics Co. v. N. S. T. Metal Products Co. 370 Pa 213, 88 A2d 40 (1952).

John v. Mirror Group Newspapers Ltd. [1997] QB 586.

Jolley v. Puegro Co. 94 Idaho 702, 496 P2d 939,1972.

Kelsay v. Motorola, Inc. (1978) 74 Ill 2d 172.

Kemmer v. Monsanto Co. 217 Ill. App. 3d. 188, 160 Ill. Dec. 192, 576 N.E.2d. 1146 (5th Dist. 1991).

Kemner v. Monsanto Co. (1991, 5th Dist.) 217 Ill App 3d 188.

Kinane v. Fay 111 NJL 553, 168 A 724 (1933).

Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire [2002] 2 AC 122.

Lauer v. YMCA 57 Hawaii 390 (1976), 557 P2d 1334, 1342.

Ley v. Hamilton (1935) 153 L.T. 384.

Liebeck v. McDonald's Restaurants 1995 WL 360309 (N.M. Dist.) Unpublished Opinion.

Loitz v. Remington Arms Co. 138 Ill 2d 404 (1990).

Loveridge v. Chartier 161 Wis 2d 150 (1991).

Manson v. Associated Newspapers Ltd. [1965] 1 WLR 1038.

McCarey v. Associated Newspapers Ltd. (No.2); [1965] 1 WLR 805.

McCartney v. Sunday Newspapers Ltd. [1988] NI 565.

McDougal v. Gerber 536 N.E.2d 372,375-377.

McMillan v. Singh (1985) 17 HLR 120.

Miles v. Kohli & Kaliher Assoc. Ltd. 917 F2d 235, 252-253 (1990, CA6 Ohio).

Monongahela Navigation Co. v. US 148 US 312, 326 (1893).

Monteleone v. Bahama Cruise Line, Inc. 664 F. Supp. 744 (S.D.N.Y. 1987).

Mosley v. News Group Newspapers Ltd. [2008] EWHC 1777 (QB).

Mountain View Coach Lines, Inc. v. Hartnett 99 Misc. 2d 271; 415 N.Y.S.2d 918 (1978).

Newton v. Hornblower, Inc. (1978) 224 Kan 506, 582 P2d, 1136, 1150.

Oelrichs v. Spain 82 US 211, 21 L Ed 43 (1972).

Oliver v. Ashman [1962] 2 QB 210.

Owens-Illinois, Inc. v. Zenobia (1992) 325 Md 420.

Philip Morris USA v. Williams 546 U.S. 346 (2007); 127 S. Ct. 1057 (2007).

Polk, Wilson & Co. v. Fancher 1 Head 336, 38 Tenn. 336 (Tenn.), 1858 WL 2918 (Tenn.).

Preston v. Murty 32 Ohio St 3d 334 (1987).

Ranburger v. Souther Pacific Transp. Co. 157 Ariz 551 (1988).

Ratzen v. Mirror Group Newspapers Ltd. [1994] QB 670.

Redrow Homes Ltd v. Bett Brothers plc 1998 S.C. [H.L.] 64 3.

Reid and Reid v. Andreou [1987] CLY 2250.

Riches v. News Group Newspapers Ltd. [1986] QB 256.

Riegel v. Aastad 272 A2d 711, 714 (1970, Del. Sup).

Rookes v. Barnard [1964] A.C. 1129.

Rowlands v. Chief Constable of Meyerside Police [2006] EWCA (Civ.) 1773.

Sampson and Another v. Wison and Others (1994) 26 HLR 486.

Sanders v. Daniel International Corp. (1984, Mo) 682 SW 2d 803, 807.

Shahrokhfar v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co. 194 Mont. 76, 634 P2d 653, 659 (1981), 27 ALR4th 309.

Smith v. Wade 461 US 30, 48-49, 103 Ct. 1625, 75 L Ed 2d 632 (1983).

Spangler v. Sears, Roebuck & Co. (1990, SD Ind) 752 Supp 1437.

St. Luke Evangelical Lutheran Church, Inc. v. Smith 318 Md 337, 568 A2d 35 (1990).

Stacey v. Portland Publishing Co. 68 Me. 279 (1878).

Stoner v. Nash Finch, Inc. (1989, ND) 446 NW2d 747, 754.

Storrs v. Los Angeles Traction Co. 134 Cal. 91, 93 [66 P. 72].

Taylor v. Superior Court of Los Angeles County 24 Cal. 3d 890, 895 (1979).

The Mediana [1900] A.C. 113, 116.

Thompson v. Commissioner of Police of the Metropolis [1998] QB 498.

Thompson v. National R.R. Passenger Corp. 621 F.2d 814,824 (6th Cir.) cert. denied, 449 U.S. 1036 (1980).

Tideway Oil Programs, Inc. v. Serio (1983, Miss) 431 So 2d 454, 465.

Toole v. Richard-Merrell Inc. 251 Cal. App. 2d 689, 60 Cal. Rptr. 398 (1967).

Toyota Motor Co. v. Moll 438 So. 2d 192 (1983).

Tuttle v. Raymond (1985, Me) 494 A2d 1353, 1361, 58 ALRth 859.

TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp. 11 3 S. Ct 2711, 2723, n 29 (1993).

United Australia Ltd. v. Barclays Bank Ltd. [1941] AC 1.

Watkins v. Secretary of State for the Home Department and Others [2006] WLR 807.

White Constr. Co. v. Dupont (1984, Fla) 455 So 2d 1026, 1028-1029.

Wilkes v. Wood; 98 Eng. Rep. 489 (C.P. 1763).

Williams v. Steves Industries, Inc. (1985, Tex) 699 SW2d 570, 573.

Wise v. Daniel 221 Mich 229, 190 NW 746, 747 (1922).

WMH, Inc. v. Thomas 260 Ga 654, 398 SE2d 196, (1990, Ga).

GİRİŞ

Kıta Avrupası hukuk sistemi ile *Common Law* hukuk sistemi birçok açıdan birbirinden ayrılmaktadır. Bu tez bakımından önem arz eden farklılıklardan biri de hukuk düzeninin cezalandırma düşüncesini ele alış biçimidir. Özel hukuk alanında cezalandırma fikri *Common Law* hukuk düzenine yabancı değilken, günümüz kıta Avrupasında kural olarak cezalandırma düşüncesinin özel hukukta yeri olmadığı düşüncesi hakimdir.

Common Law'da özel hukuk alanında cezalandırma düşüncesinin en önemli yansıması cezalandırıcı tazminat adı verilen kurumdur. Cezalandırıcı tazminat, bir başkasına kusurlu davranışı ile zarar veren kişinin cezalandırılması ve benzer davranışların önlenmesi amacına hizmet eden ve zararı aşan bir meblağın zarar görene ödenmesi sonucunu doğuran bir tazminat türüdür. İlk bakışta bu kurumun kıta Avrupası hukuklarında kabul edilmesi mümkün görünmemektedir. Bunun sebebi kıta Avrupasında tazminata ilişkin kuralların temel amacının, zararın denkleştirilmesi olmasıdır. Hal böyleyken zarar görenin zarardan fazla bir tazminat alarak zenginleşmesine de izin verilmemektedir. Buna karşın sadece genel ilkeler çerçevesinde yapılacak bir değerlendirme doğru bir sonuca ulaşmak için yeterli değildir. Çünkü özellikle Bölüm III'de görüleceği üzere, kıta Avrupası tarihi gelişim sürecinde özel hukuk alanında cezalandırma düşüncesi tamamen reddedilmemiştir ve kanımızca bu gelişim sürecinden gelen cezalandırma düşüncesi, halen bazı hukuk kurumları açısından geçerlidir. Bu şartlar altında cezalandırıcı tazminat kurumunun karşılaştırmalı hukuk bakış açısıyla incelenmesi zorunluluğu doğmuştur.

Tezimizin ilk bölümü *Common Law*'un tarihi gelişimi, temel özellikleri, genel olarak tazminat kavramı, tazminat türleri ve cezalandırıcı tazminatın tarihi gelişimi ve işlevlerine ayrılmıştır. Çalışmamızda bu bölüme yer verilmesinin sebebi, *Common Law* hukuk düzeninin, kıta Avrupası hukukundan farklı bir gelişim süreci izlemiş ve farklı bir hukuk sistemi benimsemiş olması sebebiyle konunun daha da anlaşılabilir kılınmasıdır. İkinci bölümde cezalandırıcı tazminatın *Common Law* hukuk düzenine dahil en önemli iki ülke olan İngiliz ve Amerikan hukukunda ele alınış biçimi açıklanmıştır. Bu bölümde İngiliz ve Amerikan hukukunda cezalandırıcı tazminatın derinlemesine incelenmesi amaçlanmış olup, bu iki hukuk düzeninin cezalandırıcı tazminata yaklaşımlarının bazı açılardan farklılık arz ettiği sonucuna varılmıştır. Tezimizin son bölümünde ise kıta Avrupası hukukunun cezalandırma düşüncesine bakışı kapsamında sorumluluk hukukunun temel ilkelerine, cezalandırma düşüncesi çerçevesinde medeni ceza kavramına yer verilmiş ve son olarak da bazı hukuk kurumlarının bünyesinde cezalandırma düşüncesini barındırıp barındırmadığı ve bunların cezalandırıcı tazminat ile işlevsel olarak denk kurumlar olup olmadığı tespit edilmeye çalışılmıştır.

Bu çalışma karşılaştırmalı hukukun metodu olan işlevsel denklik ilkesi gözetilerek hazırlanmıştır. Bu ilke, aynı olan değil, aynı işlevi gören hukuk kurumlarının karşılaştırılmasını ifade eder. Her hukuk düzeni benzer toplumsal sorunlara hukuki çözüm aramaktadır ve bu sorunları benzer yollarla çözmektedir. Karşılaştırmalı hukuk çalışması yapacak olan araştırmacı, ulusal hukukunun bakış açısından kendini soyutlamalı ve toplumsal sorun üzerine yoğunlaşmalıdır. Genellikle araştırmacılar, belli bir hukuk kurumunun bir başka hukuk düzeninde bulunmadığını belirtmekle yetinmektedir. Bu halde araştırmada cevaplanmaya

Çalışılan soru tekrar düşünölmeli ve düzenlenmelidir. Araştırmacı yabancı hukuk düzeninde bu kurumun olmadığına kanaat etse bile, o zamanda bu yabancı hukuk düzeninin neden bu soruna çözüm arama ihtiyacı duymadığını sormalıdır. İşlevsel denklik ilkesinin negatif yönü, araştırmacının kendi hukukunun önyargılarından tamamen arındırması gerekliliğini ifade ederken, pozitif yönü araştırmacının ele aldığı sorunun çözümünü bulmak için yabancı hukuk düzeninin hangi alanlarını araştırması gerektiğini ifade eder. İşlevsel denklik ilkesinin karşılaştırılacak hukuk düzenlerinin seçiminde, araştırmanın kapsamının belirlenmesinde, araştırma sonucunda varılan sonuçların değerlendirilmesinde de işlevi bulunmaktadır¹. Bu kapsamda bu çalışma ile sadece konunun derinlemesine incelenmesi değil, aynı zamanda işlevsel denklik ilkesinin de doğru olarak kullanılması amaçlanmıştır.

¹ Zweigert K./Kötz H.: Introduction to Comparative Law, Oxford 1998, s. 34 vd.; Oğuz A.: Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003, s.70 vd.

BÖLÜM I

COMMON LAW'UN TARİHİ GELİŞİMİ, GENEL BAZI KAVRAMLAR VE CEZALANDIRICI TAZMİNAT

I) COMMON LAW'UN TARİHİ GELİŞİMİ VE TEMEL ÖZELLİKLERİ

Common Law terimi müşterek hukuku ifade eder. Müşterek hukuk örf ve adet hukukuna dayanır. Bu hukuk sistemi İngiltere'de geliştirilmiş ve birkaç istisna dışında İngilizce konuşulan tüm ülkeleri etkilemiştir². *Common Law* tabiri başka anlamlara da sahiptir. Bu terim; 12. yüzyılda krallık veya *Common Law* mahkemeleri tarafından yaratılan hukuku ve bu çalışmada da kullanıldığı anlamda sömürgecilik hareketleriyle veya gönüllü olarak birçok ülkede benimsenen hukuku yani Anglo-Amerikan hukuk sisteminin tümünü ifade eder³.

Common Law, Normanların İngiltere'yi işgali sonucunda krallık mahkemelerinin faaliyetleriyle var olmuştur. Bu hukuk düzeni, birkaç istisna ile birlikte İngilizce konuşulan veya İngiltere ile siyasi ve tarihi bir bağlantısı olan ülkelere oluşmaktadır. Bu ülkeler, belli alanlarda kendi geleneklerini ve kurumlarını korumuş olsalar da, hukuki ve idari yapıları ve yargılama usulleri üzerinde İngiltere'nin etkisi büyüktür. Bu nedenle *Common Law* üzerinde yapılacak olan bir araştırma İngiliz hukuk tarihinin kısaca incelenmesini gerektirir⁴.

² Bu istisnalar, İskoçya, Güney Afrika ve Louisiana'dır; David R./Brierley J. E. C.: Major Legal Systems in the World Today, London 1968, d. 258, dp. 1.

³ Cruz P. D.: Comparative Law in a Changing World, London 1999, s. 101; Zweigert/Kötz, s. 188.

⁴ David/Brierley, s. 258.

A) İNGİLİZ HUKUKUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ

İngiliz hukukunun tarihi gelişim sürecini dört bölüme ayırmak mümkündür. Bunlardan ilki, 1066'da Normanların İngiltere'yi işgal etmesinden önceki dönem, ikincisi 1066'dan 1485'te Tudor'ların tahta çıkmasına kadarki dönem, üçüncü dönem *Common Law*'un uygulandığı ve *Equity*'nin geliştiği dönem olan 1485 ve 1832 yılları arası ve son dönem ise modern dönem olarak adlandırabileceğimiz, 1832'den günümüze kadar olan süreçtir⁵.

İlk dönemde İngiltere'de uygulanan hukuka, Anglo-Sakson hukuku adı verilmekteydi. Bu dönem hakkında günümüzde çok az şey bilinmektedir. Ancak diğer ülkelerde de olduğu gibi bu dönemde geçerli olan kuralların sosyal ilişkilerin belirli türleriyle sınırlı kurallar olduğu ve yerel gelenek hukukunun uygulandığı bilinmektedir. Normanların işgali ise İngiliz hukukunun tarihsel gelişimi içerisinde önemli bir yere sahiptir çünkü bu işgal İngiltere'ye güçlü ve merkezileşmiş bir idari yapıyı getirmiştir⁶. Bu sebeple de İngiltere'de hukuk tarihinin Normanların İngiltere'yi işgal etmesiyle başladığı söylenebilir⁷.

Normanların İngiltere'yi işgalinden sonra en büyük gelişmelerden biri hukukta merkezileşmenin etkisi ve İngiliz hukukunun birleştirilmesiyle *Common Law* adı verilen hukukun doğmasıdır. Böylece 12. yüzyıldan itibaren *Common Law* mahkemelerinde uygulanan ve İngiltere'ye özgü örf ve adet hukukuna dayanan hukukun gelişimi mümkün olmuştur. Bu gelişime benzer bir gelişimin Fransa'da 16.

⁵ David/Brierley, s. 260.

⁶ David/Brierley, s. 261-262.

⁷ Zweigert/Kötz, s. 182.

yüzyılda, Almanya’da ise 19. yüzyılda gerçekleştiği görülmektedir. Ancak kıta Avrupasında aydınlanma düşüncesi ve doğal hukukçuların görüşleriyle şekillenen kanunlaştırma fikri İngiltere’de ortaya çıkmamıştır⁸.

Ortaçağ’da yargılama hukukunun temeli *writ*’lere dayanmakta olup, İngiliz hukukunda devlet veya yetkili kişi adına yazılmış, muhataba belirli davranışları yapma veya yapmama emri veren mahkeme emirlerine *writ* adı verilirdi⁹. *Writ*, aslında bir usul hukuku kavramıydı ve mahkemeye başvurabilmek için yargı sistemin başı olan *Lord Chancellor* adı verilen ve en yüksek memur olarak kabul gören krallık görevlisinden alınan bir belgeyi ifade etmekteydi. Eğer *writ* elde edilemezse dava açılabilmesi de mümkün değildi. *Writ*’ler olay grupları ve sayı bazında sınırlandırılmıştı ve her bir *writ* kendi usul hukuku düzenlemelerine tabiydi. Eğer davacı yanlış *writ* kullanarak dava açarsa, davası başka bir *writ* çerçevesinde değerlendirilebilen bir talep olsa da reddedilmekteydi¹⁰. *Writ*’ler zamanla sadece davacının adı ve adresinin yazılması gereken standart formlar halini almıştır. 12. yüzyılın sonlarına doğru yaklaşık yetmiş beş çeşit *writ* kullanılmaya başlamış ve bu sayı 13. yüzyılda daha da artmıştır¹¹.

Chancellor tarafından düzenlenen bu *writ* adı verilen belgeler sınırlı sayıdaydı ve *Chancellor* yeni *writ*’ler yaratma konusunda özgür değildi. Mahkemeler yeni *writ*’leri geçersiz addedebilmekte ve baronlar yeni *writ*’lerin ortaya çıkmasından rahatsız olabilmekteydi. Bu gelişmeler üzerine 1285 yılında çıkartılan *Westminster*

⁸ Zweigert/Kötz, s. 183-184; Oğuz, s. 256.

⁹ Black’s Law Dictionary (8th ed.), 2004, s. 1640.

¹⁰ Zweigert/Kötz, s. 184-185; Van Dam C.: European Tort Law, New York, s. 87.

¹¹ Zweigert/Kötz, s. 184; Oğuz, s. 256.

II yasasıyla *Chancellor*'ların eğer var olan *writ* ile benzerlik gösteren bir olay söz konusu değilse, yeni *writ*'ler yaratması yasaklanmıştır¹².

Hukukun gelişiminin üçüncü döneminde tüm bu gelişmeler *Equity* adı verilen başka bir hukukun doğmasına yol açmıştır. Özellikle 14. yüzyılın sonlarına doğru, krallık mahkemelerinin hukuk yaratma faaliyetleri azalmaya başlamıştır. Bu mahkemelerin yargılama usullerinin karmaşık olması, şahitlerin rüşvet alması veya diğer tarafın politik gücü gibi teknik hatalar sebebiyle kaybedilen davaların sayıca artması, yeni bir alternatifin geliştirilmesi zorunluluğunu doğurmuş ve böylece *Equity* adı verilen hukuk doğmuştur. Krallık mahkemelerinde bu sebeplerle dava kaybeden veya kendi olayına uygun bir *writ* bulamadığı için uyuşmazlığı mahkeme önüne getiremeyen kişiler, doğrudan krala başvurarak uyuşmazlığın ahlak ve vicdana göre çözülmesini talep etmiştir. Kral bu talepleri doğrudan *Chancellor*'a iletmekteydi. Zamanla bu talepler doğrudan *Chancellor*'a yapılmaya başlandı ve böylece *Chancellor* hukuk yaratma faaliyetine başlamış oldu. 15. yüzyıl boyunca mahkemeler uyuşmazlıkları *Chancellor* makamındaki din adamlarının kişisel tercihlerine göre çözmeye devam ettiler. Böylece *Chancellor* tarafından hukuk yaratma faaliyetleri giderek arttı ve bu makam ayrı bir mahkemeye dönüştü (*Court of Chancery*). 18. yüzyılda *Court of Chancery* tarafından uygulanan kurallar *Equity* adı altında *Common Law* kuralları gibi teknik yasal düzenlemeler halini aldı¹³.

Kısaca ifade etmek gerekirse *Equity*, *Court of Chancery* tarafından geliştirilen ve sadece bu mahkeme tarafından uygulanmış kurallar bütünüdür. *Common Law* ve

¹² Zweigert/Kötz, s. 185; David/Brierley, s. 266-267; Oğuz, s. 257

¹³ Zweigert/Kötz, s. 187-188; Davran B.: Mukayeseli Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 1963, s. 185-186; Oğuz, s. 257-258.

Equity ayrımından doğan bu ikilik İngiliz hukukunun önemli bir özelliğidir. *Common Law*'un yanı sıra, bu hukuku tamamlayan ve düzelten *Equity* kuralları İngiliz hukukunun temelini oluşturur¹⁴. Günümüzde *Equity*, İngiliz hukukçuları için tarihsel gelişim sürecinde İngiliz hukuk kurallarını düzelten ve günümüzde de bu hukuku tamamlayan kurallardan ibarettir¹⁵.

19. yüzyılla birlikte İngiliz hukukunun modern dönemi başlamıştır. 1832, 1833 ve 1852 yıllarında özellikle yargılama usulü alanında büyük değişiklikler yapılmıştır. 1873 ve 1875 yıllarında da mahkemeler teşkilatı yeniden yapılandırılmış ve *Common Law* mahkemeleri ve *Court of Chancery* arasındaki ayrım ortadan kalkmış; bütün İngiliz mahkemeleri *Equity* ve *Common Law* kurallarını ortak olarak uygulamaya başlamıştır¹⁶. *Writ* sisteminde de bu dönemde değişiklik yapılmış ve tüm *writ*'ler "*writ of summons*" adı verilen tek bir *writ*'te toplanmıştır. Böylece davacının yanlış *writ* seçimi sebebiyle dava kaybetmesi ihtimali ortadan kalkmıştır¹⁷.

İngiliz hukukunun tarihi gelişim sürecinde önem taşıyan bir diğer kurum da *Statutory Law* adı verilen kanunlar hukukudur. Kanun koyma faaliyeti 13. yüzyıldan beri var olsa da 19. yüzyılda önem kazanmıştır. Kanunlar, *Common Law*'un bir parçası olarak İngiliz hukukunun içinde yer almaktadır¹⁸.

¹⁴ David/Brierley, s. 277; Davran, s. 188.

¹⁵ David/Brierley, s. 277.

¹⁶ David Brierley, s. 279; Zweigert/Kötz, s. 198-199;

¹⁷ Zweigert/Kötz, s. 199; Oğuz, s. 262.

¹⁸ Davran, s. 189.

B) COMMON LAW'UN TEMEL ÖZELLİKLERİ

Common Law hukuk düzeninin en temel özelliği, bu hukuk sisteminin içtihat hukukuna (*case law*) dayanmasıdır. Temel olarak içtihat hukukunda, *doctrine of precedents* veya *stare decisis* denilen ve alt derece mahkemeleri üst derece mahkemelerinin verdiği karar ile bağlı olması prensibi olarak adlandırabileceğimiz kural geçerlidir¹⁹. Başka bir ifadeyle bu hukuk düzeninde “mahkeme kararlarının bağlayıcı kudreti” prensibi söz konusudur²⁰.

Teorik olarak bu kural İngiliz hukukuna özgü üç temel duruma sebebiyet verir. Bunlardan ilki hem İngiltere’de hem de kuzey İrlanda ve İskoçya’da en yüksek mahkeme olarak kabul edilen Lordlar Kamarası’nın (*House of Lords*²¹) içtihatlarının tüm mahkemeleri ve bir takım istisnalar dışında mahkemenin kendisini bağlaması, ikinci olarak Temyiz Mahkemesi’nin (*Court of Appeal*) kararlarının Lordlar Kamarası dışında tüm mahkemeleri ve yine bir takım istisnalar dışında kendini bağlaması ve üçüncü olarak Yüksek Mahkeme’nin (*High Court of Justice*) kararlarına katı bir zorunluluk olmasa da alt derece mahkemeleri tarafından uyulması

¹⁹ David/Brierley, s. 316; Cruz, s. 103; Davran, s. 190; Neuberger (Lord of Abbotsbury): Law Reporting and the Doctrine of Precedent: The Past, The Present and the Future, Halsbury’s Laws of England, Centenary Essays 2007, s. 70.

²⁰ Schwarz A. B.: İngiliz Hukuku ve Kontinental Hukuk, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 3, 1937, s. 225.

²¹ İngiliz hukukunda en yüksek temyiz mahkemesi olarak görev yapan *House of Lords*’un bu görevi, 1 Ekim 2009’dan itibaren *Supreme Court* adı altında oluşturulan yeni bir mahkeme tarafından yerine getirilmeye başlanmıştır.

ve bu kararlara değer atfedilmesidir²². Bu bağlayıcılık prensibi, sadece üst derece mahkemelerinin kararları açısından geçerlidir. Diğer mahkemeler tarafından verilen kararların ikna edici bir kuvveti olduğu kabul edilmekle birlikte, bağlayıcılık ilkesi bu kararlar için uygulanmaz²³.

İngiliz hukuku tarihi gelişim süreci içersinde Alman ve Fransız hukuk çevrelerinin gelişiminde olduğu gibi, Roma hukukunun etkisi altına girmemiş ve kodifikasyon düşüncesinden etkilenmemiştir. Bu hukuk düzeninde geleneksel olarak benzer olaylarda mahkemelerin kendinden önce başka bir mahkeme tarafından verilen hüküm ile bağlı olması ilkesi baskın bir işleve sahip olsa da, kanunlar da hukukun kaynağı olarak kabul edilmektedir. *Cruz*'a göre İngiltere'de yasama sadece hukukun temel bir kaynağı olarak değil, aynı zamanda içtihatların henüz gelişmediği alanlarda hukukun ilk kaynağı olarak ele alınmaktadır. Hatta içtihatlarla düzenlenmiş alanlarda da bazen kanunlar, hukukun ilk kaynağı olabilmektedir²⁴. Buna karşılık *David*, klasik teoriye göre kanunların hukuk kaynağı olarak ikinci dereceden öneme sahip olduğunu, hukukun ilk kaynağının içtihatlar olduğunu belirtmektedir. Kanunlar sadece birkaç istisna dışında, var olan hukuku pekiştirmek veya açıklığa

²² David/Brierley, s. 317; Bu bilgilerden sonra İngiliz mahkeme kararlarının atıf usullerinden de bahsetmek gerekir. Bu hukuk düzeninde mahkeme kararları, "*Launder v. Asse* [1905] 2 K. B. 184" şeklinde ifade edilmektedir. Bu atıf usulünde ilk ifade davacının adı, ikinci ifade davalının adı ve aradaki "v.-versus" ise "karşı" anlamındadır. Bundan sonra gelen ifadelerden ilki kararın yayınlandığı yılı (1905), ikinci ifade yayınlandığı yeri (2. King's Bench serisi), üçüncüsü ise sayfa sayısını (184. sayfadan itibaren) göstermektedir; David/Brierley, s. 322.

²³ David/Brierley, s. 317; Davran, s. 191.

²⁴ Cruz, s. 103.

kavuşturmak için, içtihat hukukuna uygun şekilde hazırlanmaktadır²⁵. Ayrıca İngiliz hukukunda genel bir medeni kanun, ticaret kanunu, ceza kanunu veya usul kanunları bulunmamaktadır. İngiliz hukukunda yazılı bir Anayasa da yoktur²⁶. Bu sebeple de hukukun ilk kaynağının içtihatlar olduğunu ve hukukun hakimler tarafından şekillendiğini (*judge made law*) belirtmek gerekir.

İngiliz hukukunda hukukun içtihatlar ve kanunlardan sonra gelen üçüncü kaynağı da örf ve adettir (*custom*). Ancak hukukun bu kaynağının işlevi diğer ikisine oranla daha azdır. İngiliz hukuku bir gelenek hukuku değildir. *Common Law*, yerel örf ve adet hukukunu dikkate almış olsa da aslında temelde Anglo-Sakson döneminde geçerli olmuş ve *Common Law* döneminde hakimlerin yarattığı hukuk ile değiştirilmiştir²⁷. Günümüzde İngiliz hukukunun diğer bir kaynağı da Avrupa Birliği hukukudur. *UK European Communities Act 1972* ile topluluk hukukunun iç hukuka uyarlanmasına gerek olmadan doğrudan bir etkiye sahip olduğu kabul edilmiştir²⁸.

Bu hukuk düzeninin diğer bir özelliği de kamu hukuku ve özel hukuk ayrımının 19. yüzyılın sonlarına doğru pekişmesidir. Bu geç gelişimin bir sonucu olarak da İngiliz hukukçusu için kamu ve özel hukuk arasındaki ayrım çok kesin değildir. İngiliz hukukunda kamu hukukuna ilişkin kurallar genel *Common Law* kurallarından ayrılmamaktadır²⁹. Benzer şekilde medeni hukuk ve ticaret hukuku ayrımı da net değildir. *Common Law*'dan ayrı şekilde gelişen ticaret hukuku, bugün

²⁵ David/Brierley, s. 322.

²⁶ Cruz, s. 103-104.

²⁷ David/Brierley, s. 325.

²⁸ Cruz, s. 104.

²⁹ Cruz, s. 105.

Common Law'un bir parçası olup, genel sözleşme hukuku hükümlerine ve ticari karaktere sahip özel işlemlere dayanmaktadır³⁰.

C) COMMON LAW'UN DİĞER ÜLKE HUKUKLARI VE AMERİKAN HUKUKU ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Bugün, dünyada her üç kişiden biri *Common Law*'un az ya da çok etkisi altında olan bir hukuk sistemine dahildir. Bunun en önemli sebebi, Birleşik Krallığın yoğun sömürgecilik faaliyetleri ile birlikte, bu hukuk sisteminin birçok ülkeye yayılmış olmasıdır. Bu sömürgecilik hareketleri sırasında göçmenler, tacirler ve devlet görevlileri *Common Law*'un, Kuzey Amerika, Hindistan, Avustralya, Yeni Zelanda ile Afrika ve Asya'nın bir kısmına yayılmasına sebep olmuşlardır. Bu ülkeler daha sonra bağımsızlıklarını ilan etmiş olsalar da bazıları halen Birleşik Krallık'a politik ve ekonomik açıdan bağlıdır. Bununla birlikte bu ülkelerin hukuk sistemleri sadece maddi hukuk değil, yargılama usulü, yargı örgütü, hukukçuluk mesleği ve hukuki düşünce biçimi açısından da *Common Law*'un kurum ve metotlarının etkisi altındadır³¹.

Bu ülkelerden Amerika Birleşik Devletleri özel bir öneme sahiptir. Bunun en önemli sebebi Amerika Birleşik Devletleri'nin politik, ekonomik ve askeri anlamda dünyadaki en güçlü devletlerden biri olmasıdır. Bugün yapısı itibarıyla Amerikan hukuku, *Common Law* hukuk çevresinin en önemli üyelerinden biridir. İngiliz ve Amerikan hukuku, genel hukuk düşüncesi ve kavramları açısından büyük benzerlik göstermektedir. Hukukun bir dalı olarak *Common Law*, *Equity*, haksız fiiller (*torts*),

³⁰ Cruz, s. 107.

³¹ Zweigert/Kötz, s. 210-220; Oğuz, s. 286.

sözleşmeler hukukuna ilişkin temel kavramlar ve *trust* gibi bu hukuk düzenine özgü kurumlar açısından çok büyük benzerlikler mevcuttur. Aynı zamanda kamu hukuku-özel hukuk, medeni hukuk-ticaret hukuku gibi ayrımlar İngiliz hukukuna olduğu kadar Amerikan hukukuna da yabancıdır ve her iki hukuk düzeni de hakimler tarafından yaratılan hukuka dayanır³².

Buna karşılık Amerikan hukukunun *Common Law*'dan ayrılan yönleri de vardır. Bu farklılıklar ağırlıkla Amerika Birleşik Devletleri'nin siyasi yapısından kaynaklanmaktadır. Federe ve federal devlet ayrımı sebebiyle oluşan federe-federal hukuk, üniter yapısı sebebiyle İngiltere'ye yabancı olduğu için İngiliz hukuku ve Amerikan hukuku bazı alanlarda birbirinden farklılaşmaktadır³³. Bu farklılaşmanın diğer bir sebebi de İngiliz hukukunda yazılı bir Anayasa olmamasına rağmen, Amerika Birleşik Devletleri'nin yazılı bir Anayasası'nın bulunmasıdır. Anayasa belirli alanlarda düzenleme yapma yetkisini Amerikan meclisine bırakmışken, diğer bazı alanlarda düzenlemeler federe devletlerce yapılmaktadır. Anayasa'ya göre Amerikan Meclisi sadece para basma, vergiler, dış ilişkiler ve savunma, vatandaşlık, ticaretin ve telif haklarının korunması, iflas hukuku, deniz hukuku ve yabancı ülkelerle ve federe devletler arasında ticaretin düzenlenmesi gibi alanlarda yetkilidir. Buradan da anlaşılmaktadır ki, özel hukukun büyük çoğunluğu federe devletlerin düzenleme yetkisi altındadır. Başka bir ifadeyle her federe devlet, aile, miras, sözleşmeler, haksız fiiller, eşya, sigorta ve kıymetli evrak hukuku gibi alanlarda kendi kanuni düzenlemelerini yapabilmektedir. Bunun yanı sıra federe devletlerde

³² David/Brierley, s. 343-344.

³³ David/Brierley, s.344.

sadece yazılı hukuk değil, içtihat hukuku da birbirlerinden bağımsız gelişebilmektedir³⁴.

II) *COMMON LAW*'DA GENEL OLARAK HAKSIZ FİİLLER, TAZMİNAT KAVRAMI VE TÜRLERİ

Common Law hukuk çevresinde haksız fiiller (*torts*³⁵), mahkemelerin özel hukuk sorumluluğu yüklediği zarar doğuran ihlali eylem olarak tanımlanmaktadır³⁶. *Common Law*'da haksız fiil hukuku bir kimsenin sözleşme veya sebepsiz zenginleşme dışında doğan temel yükümlülüklerini inceler. Bir kimsenin haklarını ihlal eden diğer bir kimseye karşı, hukuk düzeninin bir hak ihlali olduğunu kabul ettiği ölçüde yasal yollardan zararını tazmin edebilmesini sağlar³⁷.

Haksız fiil hukuku özel hukukun bir alt dalıdır. Yani kıta Avrupasında olduğu gibi *Common Law* hukuk düzeninde haksız fiiller, borçlar hukuku başlığında bir alt başlık olarak ele alınmaz. Günümüzde sözleşmeler ve sebepsiz zenginleşmeyle birlikte haksız fiilleri de dahil ederek tüm bunlar için bir üst başlık olarak borçlar

³⁴ Zweigert/Kötz, s. 250-251; Oğuz, s. 295.

³⁵ *Common Law* hukuk çevresinde haksız fiilin karşılığı olarak “*tort*” kelimesi kullanılmaktadır. Hâlbuki kıta Avrupası hukukunda kullanılan anlamdaki haksız fiiller “*delict*” olarak nitelendirilir. *Delict* ve *tort* işlevsel olarak denk kurumları ifade eder çünkü her iki kavram da hukuken tazmin yükümlülüğü doğuran zarar veren eylemleri ifade eder. Ancak bu haksız fiillerin kapsamının ve esasının tespitinde benimsenen yaklaşımlar birbirinden tamamen farklıdır; Zimmermann R.: *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, s. 907.

³⁶ Van Dam, s. 88.

³⁷ Murphy J.: *Street on Torts*, New York 2007, s. 3-4.

hukukundan bahsedilse de, yine de geleneksel yaklaşım ağır basmakta ve haksız fiil hukuku ayrı bir başlık altında değerlendirilmektedir³⁸.

Common Law'da haksız fiil hukukunun tazmin etme, önleme işlevlerinin bulunduğu, düzeltici adalete ve özellikle ihmalle işlenen haksız fiillerin bir davranışın makul olup olmadığının tespitine hizmet ettiği kabul edilir³⁹.

Genel olarak bakıldığında haksız fiil hukukunu, ceza hukukundan ayırmak zordur⁴⁰ çünkü *Common Law*'da özel hukukun kişilerin uğradığı zararları tazmin etme amacı, ceza hukukunun ise cezalandırma amacı taşıyor olması bu hukuk düzeni için pek de ayırt edici bir özellik değildir⁴¹. Başka bir ifadeyle bir kıta Avrupası hukukçusuna *Common Law* haksız fiil hukuku, kendi hukuk düzenindeki ceza hukukunu hatırlatabilir. Kıta Avrupasında ülkeler arasında küçük farklarla da olsa haksız fiil hukuku genel bir kurala bağlıdır; "her kim kasten ya da ihmal ile bir başkasının hakkına veya hukuken korunan değerlerine zarar verirse, bu zararından dolayı sorumludur". Aynı zamanda haksız fiillerin bazı unsurları bulunduğu kabul edilir. Bu unsurlar hukuka aykırılık, kusur, zarar ve nedensellik bağıdır ve bu unsurları içinde barındıran her fiil tazminat talep hakkı doğurur. *Common Law*'da ise haksız fiiller belirli başlıklar altında toplanmıştır ve kıta Avrupası hukukunda olduğu gibi hepsini kapsayan ve tazmin edilebilirliği tespit eden unsurlar oluşturulmamıştır. Başka bir ifadeyle bu hukuk düzeninde haksız fiillere ilişkin genel bir kural

³⁸ Murphy, s. 18-19.

³⁹ Howarth D.: Textbook on Tort, London 1995, s. 13.

⁴⁰ Nitekim *Common Law*'da ceza ve haksız fiil hukuku ayrımının 14. yüzyılda netleştiği belirtilmektedir. Epstein R.A.: Torts, New York 1999, s. 71.

⁴¹ Howarth, s. 13.

bulunmamakta, kabul edilen her haksız fiil türünün kendine has bir uygulama alanı ve şartları bulunmaktadır⁴².

Kıta Avrupası ceza hukukuna gelindiğinde suçların belirli tiplerle sınırlandırılmış ve sınırlı sayıda olduğu görülmektedir. *Common Law*'da da haksız fiiller suçlara benzer şekilde belirli tiplerle sınırlandırılmıştır⁴³. Bu sınırlı haksız fiil tipleri genel ve kesin ifadelerle tanımlanabilir bir bütün oluşturmaz. Her bir haksız fiil birbirinden bağımsız bir sorumluluk sebebi oluşturmaktadır. Bu haksız fiillerin her birinin kendine özgü unsurları bulunmakta ve hepsi farklı değerleri korumaktadır⁴⁴. Diğer bir ifadeyle *Common Law* haksız fiil hukukunda isimli haksız fiillerden (*nominate torts*) söz edilmektedir. *Rudden*, yaklaşık 70 tipte haksız fiil saymış olup haksız fiillerin bunlardan ibaret olduğunu söylemenin mümkün olmadığını da belirtmiştir⁴⁵. Tüm bu gerekçelerle de bu hukuk düzeninde tek bir haksız fiil hukukundan (*law of tort*) değil, haksız fiiller hukukundan (*law of torts*) söz edilir⁴⁶.

Bu hukuk düzeninde haksız fiiller kendi aralarında çeşitli ayrımlara tabi tutulmuştur. Bu kategoriler ele alındığında İngiliz hukuku ve Amerikan hukuku

⁴² Van Dam, s. 87.

⁴³ von Bar C.: *The Common European Law of Torts Vol.I*, Oxford 1998, s. 281 vd., s. 270; Zweigert /Kötz, s. 605.

⁴⁴ Zimmermann, s. 907.

⁴⁵ Rudden B.: *Tortious*, 67 Tul. Civ. L. F. 1991-1992, s. 111-120.

⁴⁶ Van Dam, s. 87.

arasında da farklılıklar gözlemlenmektedir⁴⁷. Ancak her iki hukuk düzeninde ortak özelliği kasıtlı işlenen haksız fiiller⁴⁸ (*intentional torts/tresspass*) ve ihmalle işlenen haksız fiillerin⁴⁹ (*negligent torts-negligence*) haksız fiil hukukunun en önemli

⁴⁷ Genellikle Amerikan hukukunda kasıtlı işlenen haksız fiiller ve ihmalle işlenen haksız fiiller ayrımı yapılmaktadır. Ancak İngiliz hukukunda bu ayrım bu kadar net değildir. İngiliz hukukunda bazı yazarlar kasıtlı işlenen fiillerin (*tresspass*) özelliğinin kasıtlı işlenmiş olması değil, direk bir elem sonucu, ihmalle işlenen haksız fiillerin ise dolaylı bir eylem sonucu doğduğundan bahsetmektedir. Ancak bu hususta mahkeme kararlarında da, doktrinde de bir kesinlik yoktur; Gordley J./von Mehren A. T.: *An Introduction to the Comparative Study of Law*, Cambridge 2006, s. 240.

⁴⁸ Kasıtlı işlenen haksız fiiller kişiye tecavüz, taşınır mala tecavüz ve taşınmaz mala tecavüz olarak üçe ayrılır. Kişiye tecavüz; kişinin vücut bütünlüğüne direk ve kasıtlı tecavüz olan *battery*, kasıtlı zarar verici ya da incitici bir fiil ile mağdurda fiziksel bir zarara maruz kalacağına dair makul bir endişe yaratılması hali olan *assault*, zarar verenin hukuka aykırı bir şekilde zarar göreni sınırları belli bir alanda hapsedmesi veya kısıtlaması hali olan *false imprisonment*'dir. Taşınmaz mala tecavüz (*tresspass to land*), bir kimsenin fiili hakimiyetindeki taşınmaza karşı yapılan kasıtlı fiziksel saldırıları konu alan bir haksız fiildir. Taşınır mala tecavüzün (*tresspass to chattel/goods*) ise iki türü bulunmaktadır. Bunlardan ilki zilyetliğe kasıtlı müdahaleden kişiyi korumak amacı taşıyan *tresspass to chattels/goods*, diğeri ise bir taşınırın kasıtlı olarak, idare ve hakimiyetinin başkası tarafından ele geçirilmesi olan *conversion*'dir (dönüştürme).

⁴⁹ *Common Law* hukukunda kıta Avrupası hukukunun anladığı anlamda haksız fiillere benzer olan haksız fiil kategorisi ihmale dayanan haksız fiillerdir. *Common Law*'da ihmale dayanan haksız fiiller, kötü veya gerektiği gibi davranmamak sonucunda doğan zararların tazmin edilmesi sonucunu doğurur. Genel olarak *Common Law* haksız fiil hukukunda, diğer haksız fiiller zarar görenin belirli bir menfaatini korumayı amaçlarlar. İhmale dayanan haksız fiiller ise birçok menfaati aynı anda korumaya hizmet eder ve bu menfaatler arasında tek ortak özellik zarar verenin fiili ve bu fiilin ihmalle işlenmiş olmasıdır. İhmale dayanan haksız fiillerin şartları şu şekilde sıralanabilir; Özen yükümü (*duty of care-reasonable care*), özen yükümünün ihlali, nedensellik bağı ve zarar.

parçalarını oluşturmaktadır⁵⁰. Nitekim *Common Law* hukukunda haksız fiiller kasıtlı (*intention*), ihmalle (*negligence*) veya kötüniyetle (*malice*) işlenir. Eğer haksız fiilin unsuru olarak, kasıt, ihmal veya kötüniyet aranmıyorsa bu halde haksız fiil kusursuz sorumluluk (*strict liability*) çerçevesinde değerlendirilen haksız fiillerdendir⁵¹.

İhmalle işlenen haksız fiiller ve kasıtlı işlenen haksız fiiller arasındaki en büyük fark, ihmal halinde davacının zarar gördüğünü kanıtlaması gerekliliğidir. Oysaki kasıtlı işlenen haksız fiiller de fiil sonucu bir zarar doğduğunun kanıtlanması gerekmez. Bu tür haksız fiiller zarar görene zararın doğduğunu kanıtlama şartı olmaksızın bizatihi dava açma hakkı (*actionable per se*) verir⁵². Ancak tek bizatihi dava açma hakkı veren yani zararın kanıtlanması şartı aranmayan haksız fiiller kasıtlı işlenen haksız fiiller değildir. Bu haksız fiillerin yanı sıra hakaret (*libel*), iftira (*malicious prosecution*), sözleşmeye müdahale (*interference with contract*) veya marka veya telif hakkı gibi gayrimaddi mallara müdahale (*interference with other intangible interests*) gibi haksız fiiller de zararın kanıtlanmasına gerek kalmadan dava edilebilir⁵³.

Tecavüz (*trespass*) *Common Law*'ın haksız fiil olarak kabul edilen ilk kategorisidir. Tarihsel gelişim sürecinde *writ of trespass*'ın hem bir ceza davasına

⁵⁰ Kasıtlı işlenen haksız fiiller (*intentional torts*) ve ihmal (*negligence*) dışındaki haksız fiillerden bazıları; bir taşınmaz üzerindeki yararlanma hakkını koruyan *nuisance* (yararlanma hakkının ihlali), hakaret (*libel*) ve sövme (*slander*) olarak iki türü bulunan *defamation* (şeref ve haysiyetin ihlali), kötüniyetle bir suç ithamı olan *malicious prosecution*'dır (iftira).

⁵¹ Cooke J.: *Law of Tort*, Edinburgh 2005, s. 9.

⁵² Howarth D.R./O'Sullivan J.A.: *Tort Cases&Materials*, London 2000, s. 711.

⁵³ Allen D.K./Hartshorne J. T./Martin R. M.: *Damages in Tort*, London 2000, s. 113-114.

hem de bir tazminat davasına sebep olduğu görülmektedir. Bu *writ*, bir kimsenin zorla ve kamu huzurunu bozacak şekilde bir başka kimsenin taşınmaz veya taşınır mülkiyetini ya da fiziksel bütünlüğünü ihlal ettiği hallerde düzenlenmekteydi. Tecavüz, zarar görenin iradesi dışında şahsına ya da malına doğrudan bir saldırı gerektirmekteydi. Eğer zarar dolaylı bir eylem nedeniyle doğmuşsa veya doğrudan olmasına rağmen ihmal suretiyle gerçekleşmişse, bu durumda tecavüze ilişkin talep mümkün değildi. Ancak daha sonraları bu hukuk düzeninde haksız fiillerin eylemin dolaylı sonuçlarını da kapsaması için çözümler getirilmeye başlanmıştır⁵⁴.

İlk başlarda tecavüz yani kasıtlı işlenen haksız fiiller ve ihmal ile işlenen haksız fiiller ayrımı açık değildi. Hatta ihmal suretiyle işlenen haksız fiiller ise 19. yüzyıla kadar ayrı bir haksız fiil olarak kabul edilmemekteydi⁵⁵. Ancak teknolojinin gelişmesi, makineleşme ve özellikle taşımacılık alanında kazaların artması sebebiyle haksız fiil alanında yeni düzenlemeler yapma ihtiyacı doğmuştur. Nitekim kazalardan doğan zararlar çoğunlukla kasıtlı işlenen haksız fiiller kategorisinde değerlendirilememekteydi. Sonraları bu tür zararların ortak özelliğinin bir kimsenin ihmali olduğu fark edilerek ihmal suretiyle işlenen haksız fiillerin de haksız fiil türleri arasında yer alması sağlanmıştır⁵⁶.

Tarihsel gelişim süreci içerisinde sorumluluk hukukunun, kıta Avrupası hukukunda olduğu gibi kusur veya ihmalle işlenen haksız fiiller ve kusursuz sorumluluktan oluştuğu kabul edilmiştir. Ancak *Common Law* hukuk çevresi bunu

⁵⁴ Zweigert/Kötz, s. 605-606

⁵⁵ Zweigert/Kötz, s. 605-606; Gordley /von Mehren, s. 336.

⁵⁶ Zweigert/Kötz, s. 608.

ancak 20. yüzyılda kabul etmişken, kıta Avrupası hukukunda asırlardır bu ayrım mevcuttur⁵⁷.

Common Law'da zarar⁵⁸ (*damage*) ve tazminat (*damages-compensation*) kavramlarının terim olarak kullanılması da kıta Avrupası hukukçusuna göre anlaşılması güç kavramlardır. Çünkü Anglo-Amerikan hukukunda zarar, tazminat kavramıyla iç içe geçmiş bir biçimde kullanılmaktadır. Nitekim hukuk doktrininde

⁵⁷ Gordley/von Mehren, s. 338.

⁵⁸ *Common Law*'da zarar kavramından ne anlaşılması gerektiği konusu, kıta Avrupasında olduğu gibi doktrinde sıklıkla ele alınan bir konu değildir. *Common Law* hukukçuları bir haksız fiil sonucunda hangi zararların tazmin edileceği sorusunu genellikle sormaz. Bunun tarihsel bir sebebi bulunmaktadır. Yakın geçmişe kadar davalının eğer bir haksız fiil işlediği kanıtlanırsa, zararın tespiti jüriye bırakılmıştı. Bu sebeple de sorumluluğun sınırlarını belirlemek tamamen hakim ve jürinin takdirine kalmıştı. Bu sınırın tespitinde ise özen yükümü ve nedensellik bağı kullanılan araçlardı. Özellikle İngiliz hukukundaki zarar anlayışının haksız fiilin türüne göre değiştiği görülmektedir. Nitekim zararın ispatı olmadan dava edilebilir olan haksız fiiller yani kasıtlı işlenen haksız fiillerde zarar kavramı daha esnekken, ihmalle işlenen haksız fiillerde daha katı bir zarar anlayışı mevcuttur. Zarar anlayışı katılaştıkça zararın sınırlandırılması için daha çok nedensellik bağı unsuruna başvurulduğu görülmektedir. Zararın ispatı şart olmadan dava edilebilir haksız fiiller bir kenara bırakılacak olursa, davacı, bir malvarlığı değerinin azaldığını ve zararlar arasında sıkı bir nedensellik bağının bulunduğunu ispatlamalıdır. Nitekim mahkemeler, kişiye veya mala verilen bir zarar söz konusu olduğunda zararı özen yükümü ve nedensellik bağında yakınlık ile sınırlandırırken, manevi zararlar veya salt malvarlığı zararlarında zararın ispatını güçleştirmektedirler. Ancak bu halde de sorumluluğu, zarar doğmadığı sebebiyle değil, özen yükümü ve yakınlık prensibiyle reddetmektedirler. Deakin S./Johnston A./Markesinis B.: Markesinis and Deakin's Tort Law, Oxford 2008, s. 940.

“damages” kelimesi, kıta Avrupası hukukçusunun anladığı anlamda “tazminat”a karşılık gelmektedir⁵⁹.

Common Law’da tazminatlar, çareler (*remedies*) üst başlığı altında sınıflandırılır. Çareler, maddi hukukun davacının haklarının ihlal edildiği sonucuna vararak kendisine hukuki bir talep hakkı verdiği hallerde söz konusu olur ve tazminat, mahkeme emri, tespit kararı veya bunların bir kombinasyonundan oluşabilir⁶⁰.

Genel olarak tazminat, yapılan eylem veya hukuka aykırılık sonucu ortaya çıkan zararın tazmini veya telafisi için hukukun dayattığı veya hükmettiği belirli miktarda para olarak tanımlanmaktadır. *Restatement*⁶¹ tazminatı bir kimsenin haksız fiili ile zarar gören kimseye hükmedilen belirli miktar para olarak tanımlamaktadır⁶².

Amerikan hukukunda tazminat kavramına genel bir çerçeve çizmek gerekirse karşımıza üç temel başlık çıkmaktadır. Bunlardan ilki “nominal tazminat”, ikincisi “telafi edici tazminat”, sonuncusu ise “cezalandırıcı tazminat”tır. İngiliz hukukunda

⁵⁹ *Damage*; bir kişide veya bir şeyde doğan kayıp veya hasardır. *Damages*; bir kişinin kayıp veya hasarının tazmin edilmesi için talep edilen veya ödenmesi emredilen paradır. Black’s Law Dictionary, (8th ed), 2004.

⁶⁰ Dobbs D. B.: *Law of Remedies*, St Paul-Minn. 1993, s. 21.

⁶¹ *Restatement (Second) of Torts*, § 902; *Restatement of Laws*, hukuk akademisyenleri ve uygulayıcıları tarafından kurulan, Amerikan Hukuk Enstitüsü’nün bazı hukuk kurum ve kurallarını içtihat hukukunun belirsizliğini gidermek amacıyla derleyen kitaplardır. *Restatement*’lar bağlayıcı olmamakla birlikte olması gereken hukuku açıklar ya da içtihat hukukuyla kabul edilen kuralları derler. *Restatement*’larda kuralın arkasından kıta Avrupası hukukundaki şerhlerde olduğu gibi kurala ilişkin yorum (*comment*) yer alır.

⁶² Speiser S. M./Krause C. F./Gans A.W.: *The American Law of Torts*, Vol 2, 2003, s. 488.

ise tazminatlar aşağılayıcı (*contemptuous*), nominal, abartılı (*aggravated*), cezalandırıcı veya örnek niteliğinde (*exemplary*) ve telafi edici tazminatlar olarak sınıflandırılır. Her iki hukuk düzeninde ise bazı yazarlar telafi edici tazminatlar ve telafi edici olmayan tazminatlar ayrımı yapmaktadır⁶³.

A) TELAFİ EDİCİ TAZMİNATLAR (*COMPENSATORY DAMAGES*)

Common Law'da telafi edici tazminatlar, bir kimsenin hukuka aykırı eylemiyle başka bir kişiye verdiği zararının tazmin edilmesi veya eski halin iadesi için hükmedilen para olarak ifade edilmektedir. Tazminatlarla hem maddi hem de manevi kayıpların giderilmesi amaçlanır⁶⁴.

İngiliz hukukunda sözleşmelere ilişkin klasik doktrine göre, eğer sözleşmenin bir tarafı sözleşmenin ihlal edilmesi sebebiyle herhangi bir zarara uğrarsa, tazminat ile sözleşme ifa edilseydi o tarafın olacağı durum sağlanmalıdır. Haksız fiillerde de zarar görenin, fiil işlenmeseydi hangi hale gelecek olsaydı o hale getirilmesi amaçlanır. Eğer zarar, zarar görenin mal varlığında yerine aynen konulabilir bir mal üzerinde doğmuşsa, bu halde temel kural eski halin iadesidir (*restitutio in integrum*)⁶⁵. Eğer zarar, yeri doldurulamaz bir mal veya şahıs üzerinde doğmuşsa, bu durumda eski hale getirmeden değil, tazmin etmeden söz edilir. Her durumda temel kural tam ve uygun tazminat olup, telafi edici tazminat sistemi, tam tazmin kuralı

⁶³ Cooke, s. 451; Elliott C./Quinn F.: Tort Law, Edinburgh 2007, s. 383; McBride N. J./Bagshaw R.: Tort Law, Edinburgh 2008, s. 499 vd.

⁶⁴ Fischer J. M.: Understanding Remedies, USA 2000, s. 17; Diamond J. L. /Levine L. C. /Madden M. S.: Understanding Torts, USA 1996, s. 232.

⁶⁵ Cooke, s. 453; Elliot/Quinn, s. 367.

üzerine kurulmuştur⁶⁶. Nitekim Amerikan hukukunda da tazminatın amacının, zarar görenin zarar verici eylem olmasaydı bulunacağı duruma getirilmesi olduğu kabul edilmektedir. Teoride tazminat, zarar göreni zarar verici eylem olmasaydı olacağı durumdan daha iyi veya daha kötü bir hale getirmemelidir⁶⁷.

Common Law'da tazminatlar genel ve özel tazminatlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Genel ve özel tazminatlar ayrımı birden fazla anlam ifade eder. Öncelikle eğer zarar, eylemin normal akışı sonucunda oluşmuşsa, bu zarardan doğan tazminatlar, genel tazminattır. Buna karşılık tazminatın, eylem sonucu doğduğunun kanıtlanması gerekiyorsa bu tür zararlardan doğan tazminatlar özel tazminatlardır. Başka bir ifadeyle genel (doğrudan) tazminatlar fiilin kaçınılmaz sonucu olan tazminatlardır. Özel (dolaylı) tazminatlarda ise zararın, haksız fiilin kaçınılmaz sonucu olduğu kabul edilmez, davacının zarar ile fiil arasındaki nedensellik bağına kanıtlaması gerekir⁶⁸. Bir diğer ayrım da tazminatın hesaplanmasına ilişkindir. Eğer tazminat miktarı tam olarak parasal bir değerle ifade edilemeyen bir zararı kapsıyorsa bu durumda genel zarar, eğer tam olarak hesaplanabilen ve para ile ifade edilebilen bir zarar söz konusuysa bu durumda özel zarar söz konusudur. Bu kapsamda genel tazminatlar mahkeme sonrasında doğması muhtemel zararları kapsamaktayken, özel tazminatlar zarar verici eylemle mahkeme süreci arasındaki zararları kapsar. Özel tazminatlar geçmiş bir zaman diliminde doğan zararları kapsadığından, hesaplanması da kolaydır. Genel tazminatlar ise mahkeme sürecinden sonra doğması muhtemel

⁶⁶ Deakin/Johnston/Markesinis, s. 951.

⁶⁷ “Tazminatlar, zarar gören tarafı eski hale getirmek içindir, ödüllendirmek için değil”; Bkz.: *Mountain View Coach Lines, Inc. v. Hartnett* 99 Misc. 2d 271; 415 N.Y.S.2d 918 (1978)

⁶⁸ Dobbs, s. 216; Fischer, s. 21; Speiser/Krause/Gans, s. 514.

olan zararlara ilişkin olduğundan farazi bazı değerlere dayanılarak hesaplanmaktadır. Bu kapsamda örneğin zarar görenin mahkeme sürecinden önce doğan tıbbi giderleri ve kazanç kayıpları özel tazminatlar kapsamında değerlendirilirken, mahkeme sürecinden sonra doğacak tıbbi giderler ve gelecekteki kazanç kayıpları genel zararlardandır⁶⁹.

Diğer bir ayrım da ekonomik ve ekonomik olmayan tazminatlar ayrımıdır. Bu ayrıma göre para ile ölçülebilen değerler ekonomik, ölçülemeyenler ise ekonomik olmayan tazminatlardır. Ekonomik tazminatlar, tıbbi masraflar, kazanç veya kâr kayıpları, tamir masrafları gibi tazminat kalemlerini kapsar. Ekonomik olmayan tazminatlar ise, acı ve elem, sıkıntı, şeref ve haysiyete verilen zararlar gibi parayla ölçülemeyen zarar kalemlerinden oluşur⁷⁰. Amerikan hukukunda ekonomik ve ekonomik olmayan tazminatlar ayrımı önemli bir ayrımdır. Bunun sebebi sigorta maliyetlerindeki aşırı artıştan dolayı bazı eyaletlerde ekonomik olmayan tazminatlar için bir üst limit belirlenmiş olmasıdır. Örneğin 2010 Idaho Kanunu 6-1603 maddesine göre kişiye verilen zararlarda ve ölüm halinde ekonomik olmayan zararlar için 250.000 dolar üst limit belirlenmiştir. Benzer şekilde diğer bazı eyaletler de özellikle malpraktis davalarında ekonomik olmayan tazminatlar için üst limit belirlenmiştir. Bu sınırlar, davacıyı ve avukatlarını memnun etmese de tam tazmin kuralı ve sınırlı kaynaklar arasında bir denge kurmayı amaçlamaktadır⁷¹.

Bu ayrım maddi ve gayri maddi tazminat olarak da yapılmaktadır. Başka bir ifadeyle ekonomik tazminatlar, maddi (*pecuniary*), ekonomik olmayan tazminatlar

⁶⁹ Howarth, s. 593; Murphy, s. 634; Allen/Hartshorne/Martin, s. 15.

⁷⁰ Glannon J.W.: The Law of Torts, New York 2005, s. 349; Fischer, s. 24.

⁷¹ Glannon, s. 349-350.

ise gayri maddi (*non-pecuniary*) tazminatlardır. Ancak telafi edici tazminatlar üst başlığı altında *Common Law* hukuk çevresinde kıta Avrupası hukukunda olduğu gibi maddi tazminat ve manevi tazminat ayrımı yoktur. Bu hukuk çevresinde hukuk doktrini tazminatları aşağıda incelendiği şekilde yani kıta Avrupası hukukçusunun “tazminatın hesaplanması” üst başlığı altında ele aldığı şekilde incelemektedir.

1) BEDENSEL ZARAR HALİNDE

Temel olarak kişiye verilen zararlarda hukukun ve mahkemenin amacı, eylemin tüm doğal ve yakın sonuçlarını gidermektir. Geleneksel teoriye göre bedensel zararlar için hükmedilen telafi edici tazminatlar, zarar görenin zararını telafi etmek veya zararın yakın sonucu olan kayıplarını gidermek amacı taşır⁷². Bu noktada Amerikan ve İngiliz hukukları arasındaki fark yargılama kurallarından doğmaktadır. İngiliz hukukunda Amerikan hukukundan farklı olarak, bedensel zararlara ilişkin davaların %95’i jüri değil, hakim tarafından çözülmektedir⁷³.

Bu kapsamda bedensel zararlarda tazminat üç unsurdan oluşur; kazanç ve kazanç kabiliyetinin kaybı, zarar sebebiyle doğan masraflar ki bu masraflar genellikle tedavi giderlerini kapsar ve her türlü elem ve ıstırapı içerir. Bu tür tazminatlardan tedavi giderleri ve kazanç kayıpları maddi tazminatları, elem ve ıstırap ile İngiliz hukukunda ayrı bir tazminat türü olarak kabul edilen hayattan zevk alınmasının engellenmesine ilişkin tazminatlar ise gayri maddi tazminatları oluşturur.

⁷² Dobbs, s. 647.

⁷³ Speiser/Krause/Gans, s. 614.

a) Tedavi Giderleri (*Medical Expenses*)

Zarar gören, farazi bir hesaplamaya dayanmadığından özel zarar olarak tedavi giderlerinin hepsini zarar verenden talep edebilir. Gelecekteki tedavi giderleri ise varsayımsal şekilde hesaplanan genel zararlardan sayılır. Tedavi giderleri, geçmiş ve gelecekteki doktor, hastane ve laboratuvar masrafları, fizik terapi, ilaçlar, protezler, hemşire veya hastabakıcı ve hatta estetik ameliyat masrafları gibi masrafları içerir⁷⁴.

Tedavi giderleri açısından tazminat, her türlü tıbbi harcama ve diğer bağlantılı makul harcamaları kapsar. Bağlantılı harcamalar terimi geniş bir kapsama sahiptir. Bu harcamalar doğan zararın azaltılması için kullanılan araç gereç olabileceği gibi zarar sebebiyle beyinde hasar oluşan zarar gören hakkında kısıtlanma karar alınması için yapılan dava masrafları bile olabilmektedir⁷⁵.

Eğer olayın şartları, zarar görenin gelecekte de tedavi giderlerinde bulunması olasılığını makul bir şekilde gösteriyorsa, bu giderler de tazminata dahil edilir. Özellikle zarar gören günlük işlerini göremez duruma gelmişse gelecekteki bakım ve tıbbi masrafları ciddi meblağlara ulaşmaktadır ve bunların da zarar veren tarafından tazmin edilmesi gerekir. Yanı sıra, rehabilitasyon masrafları da tedavi giderlerine dahildir. Genellikle mahkemeler, bu tür hizmetlerin aile bireyleri tarafından giderilmesi halinde de belirli bir tazminata hükmetmektedir. Zarar gören, aile bireylerine herhangi bir ücret ödemese de, aile bireylerinin yaptığı hizmet bedeli de tazminata eklenmektedir⁷⁶. Bu zararların tazmin edilmesi için zarar görenin zarar

⁷⁴ Dobbs, s. 651; Speiser/Krause/Gans, s. 670-671; Fischer, s. 380; Epstein, s. 441; Murphy, s. 669.

⁷⁵ Deakin/Johnston/Markesinis, s. 985.

⁷⁶ Speiser/Krause/Gans, s. 680-681; Fischer, s. 381; Murphy, s. 670.

sebebiyle gelecekte tedavi giderlerinin doğacağını kanıtlaması gerekir. Gelecekteki kazanç kayıplarında olduğu gibi gelecekteki tedavi giderlerinin hesaplanmasında da makul tahmini tedavi giderlerinin gösterilmesi gerekir ve genellikle bu hesaplanmanın yapılmasında uzman görüşüne başvurulur⁷⁷.

Amerikan hukukunda vücut bütünlüğüne verilen zararlar söz konusu olduğunda tedavi giderlerinin tazmininde, tazminata esas teşkil eden *makul* tedavi giderleridir. Makul tedavi giderleri zarar görenin alması gereken zorunlu masrafları kapsar. Hastane faturaları her zaman makul tedavi giderlerini göstermese de genellikle faturalar makul giderlere delil teşkil eder. Mahkemeler genellikle doktorların, uygun tedaviyi sağladıklarını ve bu masrafların tazmin edilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Ancak bunun da bazı sınırları vardır. Özellikle gelecekteki tedavi giderlerinin hesaplanmasında bazen mahkemeler tedavi kurumlarının veya doktorların çıkardıkları giderlerden kısıntıya gitmektedirler⁷⁸.

İngiliz hukukunda da 1948 tarihli *Law Reform (Personal Injuries) Act* ile sadece *makul* tedavi giderlerinin tazminata dahil edileceği açıkça kabul edilmiştir. Tedavi giderlerine yapılan harcamalar hem zarar görenin durumu hem de yapılan giderlerin miktarı açısından makul olmalıdır. Örneğin eğer zarar gören hayatını özel bir kurumda veya özel olarak hazırlanmış bir alanda devam ettirmesi gerekiyorsa ek masraflarının veya bu alanın oluşturulması için yapılan harcamanın talep edilmesi

⁷⁷ Fischer, s. 380-381; Speiser/Krause/Gans, s. 673.

⁷⁸ Bkz. *Monteleone v. Bahama Cruise Line, Inc.* (664 F. Supp. 744 (S.D.N.Y. 1987)); Olayda mahkeme zarar görenin çektiği acının kalıcı olduğunu ve tıbbi bir tedavinin mümkün olmadığını belirterek gelecekteki tedavi giderlerini aşırı olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, zarar görenin tıbbi bir fayda alamayacağı bir tedavi için tazminata hak kazanmasını makul bulmamıştır. Fischer, s. 380.

mümkündür. Ancak zarar görenin bu özel alanın mülkiyetini almak için yaptığı masraflar makul olarak kabul edilmez, çünkü zarar gören bu alana zarar sebebiyle ihtiyaç duymuş olsa bile hayatını devam ettirdiği sürece mal, kendi mülkiyetinde kalacaktır⁷⁹.

İngiliz Ulusal Sağlık Hizmetleri (*National Health Service-NHS*) tedavi giderlerini ve ilaç masraflarını karşılamaktadır. Bu sebeple de Amerikan hukukunda olduğu gibi, İngiliz hukuk düzeninde aşırı meblağlara ulaşan tedavi giderleri doğmamaktadır. Ancak *NHS*, bir sağlık kurumundan diğerine nakledilmesi veya zarar görenin evini ihtiyacını giderecek şekilde düzenlemesi için gerekli masraflar gibi her türlü gideri karşılamamaktadır⁸⁰.

Bu noktada İngiliz hukukunda tartışılan husus, özel hastane masraflarının makul gider sayılıp sayılmayacağıdır. Çoğunlukla zarar görenin özel bir hastanede tedavi görmesi sonucunda doğan masrafların, makul kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Nitekim *Law Reform (Personal Injuries) Act*'in 2(4) maddesi zarar görene kamu hastanesi veya özel hastanede tedavi görme seçeneği tanımıştır. Kanun'a göre zarar görenin *NHS* hizmetlerinden faydalanmak yerine özel bir hastanede tedavi almayı tercih etmesi makul olmayan bir harcama oluşturmaz. Ancak eğer kişi *NHS* hizmetlerinden faydalanmayı tercih ederse tüm masraflar devlet tarafından karşılanacağından, genellikle zarar görenin talep edebileceği bir tedavi gideri doğmaz⁸¹.

⁷⁹ Murphy, s. 669.

⁸⁰ Howarth, s. 616.

⁸¹ Deakin/Johnston/Markesinis, s. 980; Cooke, s. 457; Howarth, s. 616.

b) Kazanç Kayıpları ve Kazanç Kabiliyetinin Kaybı/Gelecekteki Kazanç Kayıpları (*Loss of Earnings and Loss of Earning Capacity/Future Loss of Earnings*)

Zarar gören kişinin kazanç kayıpları da tedavi giderlerinde olduğu gibi gelecek kazanç kayıpları ve mevcut kazanç kayıpları olarak ikiye ayrılır⁸².

Mahkeme önüne kadar geçen süre içindeki kazanç kayıplarının hesaplanmasında herhangi bir zorluk yoktur. Eğer vücut bütünlüğüne verilen bir zarar söz konusuysa işveren, işçi izinleyken eğer belirli bir miktar ücret ödemeye devam ediyorsa, ödemediği miktar tazminat olarak talep edilir. Eğer hiç ödeme yapmıyorsa bu durumda aylığı, işe devam edemediği süre oranında tazminata dahil edilir. Bunun yanı sıra işçinin iş sözleşmesiyle elde ettiği bazı avantajlar da tazminata eklenir. Bunlar genellikle işçinin kullanımına verilmiş şirket aracı, işveren tarafından karşılanan öğlen yemekleri gibi para ile ölçülebilen şeylerdir. Başka bir ifadeyle kazanç kayıpları sadece maaş miktarından ibaret değildir, bu tür tazminatlar maaş dışında verilen haklar ve ek olanakları da kapsar⁸³.

Gelecekteki kazanç kayıplarının ise hesaplanması zordur. Özellikle eğer zarar gören daha önce herhangi bir işte çalışmamışsa kazanç kabiliyetinin kaybı tamamen farazi rakamlar üzerinden hesaplanır. Mahkemeler gelecekteki kazanç kayıplarını hesaplarken, genellikle zarar görenin yıllık geliri temel alır. Başka bir ifadeyle mahkeme, zarar görenin bir senede kazanacağı miktardan, kaza olduktan sonra bir senede kazanabileceği miktarı çıkararak tazminatı hesaplar. Daha sonra mahkeme zarar gören kişinin kaç sene daha çalışacağını tespit ederek, bulduğu bu sayıyla

⁸² Dobbs, s. 649; Cooke, s. 455; Howarth, s. 609; Murphy, s. 666.

⁸³ Dobbs, s. 649; Howarth, s. 609.

çarpar⁸⁴. Bulunan rakam üzerinden kişinin gelecekteki çalışma imkanı göz önünde bulundurularak, indirim yapılır⁸⁵. Bu çerçevede zarar görenin kaç sene daha yaşayacağı veya çalışmaya devam edeceği, enflasyon, vergi kesintileri ve bunun gibi hususlar tamamen varsayımsal şekilde ele alınmakta ve tazminatın hesaplanmasında kullanılmaktadır⁸⁶.

Başka bir ifadeyle zarar verici eylem sebebiyle, kişinin kazanç kayıplarının tazmininde zarar görenin çalışması karşılığında aldığı ücret, tazminatın hesaplanması sırasında mahkemelere yol gösterir. Ancak kişinin tazminatın hesaplanmasında yol gösterecek mevcut bir ücreti yoksa da kişinin zararı tazmin edilmelidir. Bu konuya ilişkin *Storrs v. Los Angeles Traction Co.* davasında⁸⁷ mahkeme, ne kadar ücret aldığı belli olmayan 75 yaşındaki davacının kazanç kabiliyeti olduğuna karar vererek tazminata hükmetmiştir. Böylece mahkemeler işsizlerini emeklilerin, ergin olmayan kimseler ve bunun gibi zarar verici eylemden önce ücreti karşılığı herhangi bir meslek icra etmeyen kimselerin de kazanç kabiliyetinin kaybı sebebiyle tazminat talep edebileceklerini kabul etmiştir. Bu tür kazanç kayıplarının giderilmesinde davacının sunduğu delillerle kazanma kabiliyeti veya kapasitesi hesaplanır. Bu deliller yaş, sağlık durumu, eğitim, tecrübe ve terfi etme imkanları gibi hususları gösteren delillerdir⁸⁸.

⁸⁴ Howarth, s. 612; Cooke, s. 455-456, Murphy, s. 666.

⁸⁵ Murphy, s. 666.

⁸⁶ Deakin/Johnston/Markesinis, s. 987 vd.; Glannon, s. 344.

⁸⁷ *Storrs v. Los Angeles Traction Co.* 134 Cal. 91, 93 [66 P. 72].

⁸⁸ Fischer, s. 371-372.

Gelecekteki kazanç kayıplarının hesaplanmasında bir başka husus da İngiliz mahkemelerinde görülen *Harris v. Harris* davasında⁸⁹ karşımıza çıkmaktadır. Davada *Lord Denning*, eğer zarar gören bekâr bir kadınsa tazminatın hesaplanmasında kadının evlenme veya çocuk doğurması sebebiyle işi bırakma ihtimalini hesaba katarak tazminattan bir miktar indirim yapılabileceğine karar vermiştir. Ancak *Lord Denning*, bu tür zarar görenlerin evlenme ihtimalleri de azaldığından, bu kimselerin hayattan zevk alınmasının engellenmesine ilişkin tazminata hak kazandıklarını belirtmiştir. *Hughes v. McKeow* davasında⁹⁰ ise bu yaklaşım eleştirilmiştir. Davada mahkeme zarar gören kadın evlendikten veya çocuk sahibi olduktan sonra işi bıraksa da kadının yine de çalışıyor sayılması gerektiğine, herhangi bir ücret almasa da çocuk bakımı ve evin işleri gibi aslında maddi değeri olan bir iş icra ettiğine dikkat çekmiştir. Aynı zamanda bu kimselerin bir eşin refakatinden ve duygusal desteğinden yoksun kaldığı için gayri maddi tazminata da hak kazandıklarını belirtmiştir. *Housecroft v. Burnett* davasında⁹¹ yüksek mahkeme evlenme ihtimalinin azalmasına ilişkin tazminatın hayattan zevk almanın engellenmesine ilişkin tazminat içinde yer alması gerektiği yaklaşımını desteklemiştir. Ancak, eşin refakatinden yoksun kalma ve kazanç kaybının birbirinden tamamen farklı tazminatlar olduğuna karar vermiş ve *Harris* davasında benimsenen yaklaşım olan bekâr kadının evlenerek veya çocuk doğurarak işi bırakma ihtimali sebebiyle gelecekteki kazanç kayıplarına ilişkin tazminattan indirim

⁸⁹ *Harris v. Harris* [1973] 1 Lloyd's Rep 445.

⁹⁰ *Hughes McKeow* [1985] 3 All ER 284, [1985] 1 WLR 963.

⁹¹ *Housecroft v. Burnett* [1986] 1 All ER 332.

yapılması yaklaşımı, kadın erkek arasındaki eşitliğe aykırı olacağından reddedilmiştir⁹².

Gelecekteki kazanç kayıplarının hesaplanmasına ilişkin diğer bir sorun da zarar veren eylem sonucu zarar görenin hayat süresinin kısalması durumudur. 1962 yılında İngiliz mahkemeleri⁹³, kişinin yaşam süresinin zarar veren eylem sebebiyle kısalması halinde, kısalan zaman dilimi için kazanç kaybına ilişkin tazminata hükmedilemeyeceğine karar vermiştir. Her ne kadar eğer zarar verici eylem olmasaydı zarar görenin yaşam süresi daha uzun olacağından gelecekteki kazanç imkanı da daha fazla olacak olsa da, kısalan yaşam süresi tazminatın hesabında dikkate alınmaz. Yüksek mahkeme kişinin yaşam süresinin kısalması halinde kazanç kaybının daha yüksek olduğunu kabul etmekte ancak kişinin yaşam süresinin kısalması sebebiyle giderlerinin de azalacağını belirtmektedir. Özellikle yaşam süresinin kısaldığı hallerde kısalan zaman dilimi için tazminata hükmedilmemesi zarar görenin bakmakla yükümlü olduğu kimseler olduğunda sorun yaratmaktadır⁹⁴.

c) Elem ve İstirap (*Pain and Suffering*)

Mahkeme, vücut bütünlüğünü ihlalden doğan elem ve ıstırap için belirli bir miktar tazminata hükmedebilir. Bu tür tazminatlar hem geçmişteki, hem de

⁹² Howarth, s. 611-612.

⁹³ *Oliver v. Ashman* [1962] 2 QB 210; davasında kazanın olduğu anda iki yaşında ve dava sırasında yaklaşık 5 yaşında olan davacı normalde 66 olarak öngörülen yaşam süresinin otuzaltı inmesi sebebiyle kaybettiği otuz yıl için kazanç kaybını talep etmiştir. Davada mahkeme, davacının kısalan yaşam süresi boyunca kazancı olsa da yaşamak için herhangi bir harcama da bulunmayacağını belirterek talebi reddetmiştir; Deakin/Johnston/Markesinis, s. 998-990.

⁹⁴ Howarth, s. 613; Cooke, s. 455-456.

gelecekteki elem ve ıstırap göz önüne alınarak hesaplanır. Elem ve ıstıraba ilişkin tazminat, zarar sonucu doğan fiziksel acıyı kapsayabileceği gibi, devam eden bir yaranın acısını veya uzun süreli bir rahatsızlığı da kapsayabilir. Yanı sıra bu kavram zararın yol açtığı aşağılanma, azap, utanç, zararın yol açtığı engelle başa çıkma, yaralanma sonrası ortaya çıkan depresyon veya travma sebebiyle oluşan korku gibi ruhsal acıları da kapsar⁹⁵. Bu tazminat sadece haksız fiil ile doğan elem ve ıstırabı kapsamaz. Eylemin sonuçlarını gidermeye yönelik tedavi sırasında oluşan veya eğer eylemin yakın sonucuysa, tedavi sonrasında yapılan ilaç tedavisinin doğurduğu duygusal veya fiziksel acıyı da kapsar⁹⁶.

Amerikan hukukunda son zamanlarda en çok tartışılan husus uykusuzluk (*insomnia*) sebebiyle elem ve ıstıraba ilişkin tazminat talepleridir. Mahkemeler uykusuzluğun kişisel zararlar kapsamında tazmin edilmesi gerektiğine karar vermişlerdir. Çoğunlukla haksız fiil davalarında uykusuzluk, fiziksel, zihni ve duygusal hasarın sonuçlarından biridir. Ayrıca tazminat, haksız fiilden doğan fiziki zarar sonucunda oluşan aşağılanma ve utancı da kapsar. Özellikle kişinin vücut parçalarından birinin kaybı veya kalıcı yara gibi fiziki bütünlüğünün bozulması sonucu ortaya çıkan aşağılanma ve utanç, elem ve ıstıraba dahil edilir⁹⁷.

Eğer zarar görenin bilinci yerinde değilse elem ve ıstırap için tazminata hükmedilemez, bu tür bir tazminata hak kazanabilmesi için zarar görenin bilincinin

⁹⁵ Glannon, s. 345-346.

⁹⁶ Dobbs, s. 652; Speiser/Krause/Gans, s. 619.

⁹⁷ Speiser/Krause/Gans, s. 620-622.

açık olması, başka bir ifadeyle elem ve ıstırabı hissedebilecek durumda olması gereklidir⁹⁸.

Common Law'da mahkemeler hayatın çeşitli yönlerinden zevk alınmasının veya normal bir yaşam sürülmesinin engellenmesine ilişkin bir tür tazminata da hükmedebilmektedir. Bu tür tazminatlara “*Loss of Amenity* veya *Loss of Enjoyment of Life*” adı verilmektedir⁹⁹. Bu tazminat, sportif faaliyetlerden alınan zevkin engellenmesi; görme, duyma, işitme yetisinin azalması; eş bulma veya cinsel aktivitelerden zevk alma imkanının azalması gibi kayıpları kapsar¹⁰⁰. İngiliz hukukunda bu tür tazminatlar gayri maddi tazminat başlığı altında ayrı bir tazminat türü olarak ele alınır. Amerikan hukukunda da bu tür tazminatlara hükmedilmesi mümkün olmakla birlikte, tartışılan husus bu tazminatların elem ve ıstıraba ilişkin olup olmadığıdır. Bir görüş İngiliz hukukunda olduğu gibi bu tür tazminatların ayrı bir tazminat türü olarak ele alınması gerektiğini belirtmektedir. Bu görüşe göre elem ve ıstıraba ilişkin tazminatlar, zararın yol açtığı fiziksel ve ruhsal acıyı tazmin etmeye yarar. Hayattan zevk almaya ilişkin tazminatın amacı ise, kişinin zarar sebebiyle hayatında doğan engelleri tazmin etmektedir. Bu nedenle de jüri, elem ve ıstırabın yanı sıra, ayrıca hayattan alınan zevklerin kaybı sebebiyle tazminata hükmetmelidir. Amerikan hukukunda baskın olan diğer görüş ise, jürinin ayrı bir tazminat tutarı belirlemesi durumunda elem ve ıstıraba ilişkin hükmedilen tazminata tekrar başka bir başlık altında hükmedildiğini bunun da aynı zararın iki kez tazminata

⁹⁸ Howarth, s. 621; Cooke, 458.

⁹⁹ Howarth, s. 622; Elliot/Quinn, s. 378.

¹⁰⁰ Murphy, s. 675; Elliot/Quinn, s. 378.

dahil edilmesi olduğunu belirtmektedir¹⁰¹. Bu konuda genel kural hayattan zevk almanın azalmasına ilişkin tazminatların, elem ve ıstıraba ilişkin tazminatlar içinde yer almasıdır¹⁰².

Hangi yaklaşım uygulanırsa uygulansın burada önemli olan kişinin gördüğü zarar sonucunda “tam bir insan gibi işlev görmesi yeteneğinin” sınırlandığı durumlarda, bu yeteneğin azalmasının da zarar olarak nitelendirilmesidir¹⁰³.

İngiltere’de bu tür tazminatlara zarar görenin bilinci yerinde olmasa da hükmedilebilmektedir. Amerikan hukukunda ise mahkemeler bu tür tazminatları ayrı bir başlık altında ele almak konusunda çekingen davrandıklarından ve çoğunlukla elem ve ıstıraba ilişkin tazminatlarda zarar görenin bilincinin açık olması şartını aradıklarından, bu tür tazminatlarda da bilincin yerinde olması tazminata hükmetmek için zorunlu bir unsur olarak kabul edilmektedir¹⁰⁴.

Özellikle Amerikan hukukunda tartışılan diğer gayri maddi tazminatlardan biri de olası yaşam süresinin kısılmasına ilişkindir. Amerikan hukukunda genel görüş yaşam süresinin kısılması halinde ayrı bir tazminata hükmedilemeyeceği yönündedir. Fakat İngiliz hukukunda, zarar görenin, yaşam süresinin kısaldığını

¹⁰¹ Amerikan hukukunda hayattan keyif alınmasının engellenmesine ilişkin tazminatların, elem ve ıstıraba ilişkin tazminatlar arasında ele alınması için bkz.: *McDougal v. Gerber* 536 N.E.2d 372,375-377; Ayrı bir tazminat türü olarak ele alınması için bkz.: *Thompson v. National R.R. Passenger Corp.* 621 F.2d 814,824 (6th Cir.) *cert. denied*, 449 U.S. 1036 (1980); *Bon v. Blackwell* 541 S.E.2d 242, 243-245 (S.C. 2001); Glannon, s. 347-348.

¹⁰² Dobbs, s. 654-656; Fischer, s. 388.

¹⁰³ Glannon, s. 347-348.

¹⁰⁴ Dobbs, s. 636.

bilmesi halinde bu hususun kendisinde ruhsal bir acı yaratması sebebiyle ayrı bir gayri maddi tazminat türü olarak ele alınmaktadır¹⁰⁵.

2) ÖLÜM HALİNDE

Ölüm halinde ölen kimsenin yakınlarının zarar verenden tazminat talep etme hakkı İngiliz hukukunda 1976 tarihli *Fatal Accidents Act* (Ölümcül Kazalar Kanunu) ile düzenlenmiştir. Tarihsel olarak *Common Law*'da üçüncü kişilerin, bir kimsenin ölümüne sebebiyet veren kişiye karşı herhangi bir hak iddiasında bulunmasına izin verilmemektedir¹⁰⁶. Ancak demir yollarının yaygın kullanımıyla birlikte ölümcül kazaların da sayısı arttığından 1846 yılında İngiliz Parlamentosu ilk Ölümcül Kazalar Kanunu'nu kabul etmiş ve böylece üçüncü kişilerin zarar verene karşı tazminat talebinde bulunabilmesinin temelleri atılmıştır. Bu kapsamda ölenin sınırlı sayıda sayılmış bulunan yakınları zarar verenden, destekten yoksun kalmaya ilişkin zararları ve cenaze masraflarını talep edebilir¹⁰⁷. Destekten yoksun kalma halinde acı ve elem için tazminat talep etmek mümkün değildir¹⁰⁸. Ancak bir gayri maddi tazminat türü olarak mahrumiyet (*bereavement*) için tazminat talep edilebilir.

Kanun'a göre tazminat talebinde bulunabilecek kişiler sınırlı sayıdadır. Bunlar eşler, eski eşler, kayıtlı aynı cinsiyette hayat arkadaşları, kayıtlı aynı cinsiyette eski hayat arkadaşları, çocuklar, torunlar, baba, anne, üvey ebeveynler,

¹⁰⁵ Speiser/Krause/Gans, s. 638-641; Cooke, s. 457.

¹⁰⁶ *Baker v. Bolton* 170 Eng. Rep. 1033 (1808); "... Medeni yargılamada bir insanın ölümü zarar olarak nitelendirilemez..."; Glannon, s. 390; Epstein, s. 454.

¹⁰⁷ Murphy, s. 679; Howarth, s. 626.

¹⁰⁸ Howarth, s. 628.

nine veya dede, kardeşler, amca veya teyze, evlatlık veya bakmakla yükümlü olduğu kimseler ve üvey çocuklardır¹⁰⁹.

Bu kapsamda zarar verenden talep edilebilecek ilk tazminat cenaze masraflarıdır. Bu halde kanun, kişinin ölümü halinde destekten yoksun kalanların, kişinin cenazesi sebebiyle yaptığı masrafları zarar verenden talep edilebileceğini kabul etmiştir¹¹⁰.

Bu kişiler zarar verenden talep edebilecekleri ikinci tazminat destekten yoksun kalma tazminatıdır. Bunun için kişinin dava açma ehliyeti olan kişilerden biri olması gerekir. Aynı zamanda dava açma ehliyetine sahip kişinin ölen kimseye bağımlı olması ve kişinin ölen kişinin hayatta kalması halinde ondan gelecekte mali bir fayda sağlayacağını kanıtlaması gerekir¹¹¹. Bu halde ölen kimsenin yukarıda sayılan bazı yakınlarının kişinin ölmemesi durumunda elde edecekleri destek oranınca tazminat almaya hak kazanır. Ölen kimsenin farazi olarak eline geçen miktardan kendi harcamalarının çıkarılarak kalan miktar üzerinden ne kadarının destek olarak tazminat talep eden kişiye gideceği hesaplanır ve bu miktar kişinin beklenen yaşam süresi ile çarpılarak tazminat hesaplanır¹¹².

Son olarak kanunun öngördüğü tazminat türü, gayri maddi tazminat olarak mahrumiyete (*bereavement*) ilişkin tazminattır. Tazminat, kişinin ölümüyle talep hakkı sahiplerine, o kişiden mahrum kalmaları sebebiyle çektikleri ruhsal acı nedeniyle verilir. Bu tür bir talep hakkı sadece ölen kişi evliyse eşine, evli değilse

¹⁰⁹ *Fatal Accidents Act* 1976, S 1(2)-(5); Murphy, s. 68; McBride/Bagshaw, s. 632.

¹¹⁰ *Fatal Accidents Act* 1976, S 3(5); McBride/Bagshaw, s. 638.

¹¹¹ McBride/Bagshaw, s. 634.

¹¹² Howarth, s. 629.

ebeveynlerine tanınan bir haktır. Bu tür tazminatların miktarı kanunla 10.000 sterlin olarak belirlenmiştir. Başka bir ifadeyle bu tür tazminat almaya hak kazanılması halinde mahkeme bu kanunla belirlenen miktara hükmeder¹¹³.

Bu belirtilen tazminatlar, destekten yoksun kalmaya ilişkin tazminatlardır. Zarar gören kişinin ölümü halinde talep edilmesi mümkündür. Ancak zarar gören kimse zarar verici eylemden sonra hemen ölmezse ve bir süre geçtikten sonra ölürse bu durumda zarar verenden başka tazminatların talep edilmesi de mümkündür. İngiliz hukukunda 1934 tarihli *The Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act*, bu halde mirasçılarının zarar verene karşı tazminat talebinde bulunabilmelerini sağlamıştır. Bu halde davacılar, zarar verenden zarar görenin ölümüne kadar geçen süre için elem ve ıstırap, tedavi giderleri ve kazanç kayıplarına ilişkin zararları talep edebilir¹¹⁴.

Amerikan hukukunda da ölüm halinde talep edilmesi muhtemel iki tazminat türü karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki zarar görenin fiilden ölümüne kadar geçen süre içinde zarar gören kimsenin kanuni temsilcisi tarafından talep edilen ve zarar görenin ölmeden önceki zararını karşılamaya yönelik tazminatlar (*survival claim*) veya zarar gören öldükten sonra yakınlarının talep edebileceği ölüm tazminatlardır (*wrongful death*). Bu tazminatlardan her ikisi de zarar görenin ölmesi halinde talep edilebilecek tazminatlar olmakla birlikte, tazminatlardan ilki zarar görenin ölmesinden önceki zararlarını (elem ve ıstırap, tedavi giderleri, kâr kayıpları) ikincisi

¹¹³ McBride/Bagshaw, s. 638; Elliot/Quinn, s. 383; Cooke, s. 461; Murphy, s. 683.

¹¹⁴ Murphy, s. 678; Cooke, s. 460.

ise ölenin yakınlarının ölenin desteğinden yoksun kaldıkları için doğan zararlarını kapsamaktadır¹¹⁵.

Zarar gören kişi hemen ölmez ve ölüme kadar geçen süre içinde tedavi giderleri, kazanç kayıpları ve elem ve ıstırap gibi bazı maddi veya gayri maddi kayıplar doğarsa bu zararların kişi ölmeden önce kendisi tarafından veya zarar görenin ölümünden sonra kanuni temsilcisi tarafından talep edilmesi gerekir. Ölenin yakınları bu zararları direk olarak talep edemez. Başka bir ifadeyle talep hakkı zarar görene veya kanuni temsilcisine tanınmıştır¹¹⁶. Ancak zarar görenin kanuni temsilcisinin dava açma hakkı ancak zarar görenin ölümü halinde mümkündür. Zarar gören ölmeden önce kendi başına dava açabilmesi mümkün olduğundan yasal temsilcisinin dava açmasına izin verilmez¹¹⁷. Bu halde tazminat haksız fiilden kişinin ölümüne kadar geçen süre boyunca oluşan tedavi giderleri, kâr kayıpları ve elem ve ıstırapı kapsar. Başka bir ifadeyle kişi zarar sonucu öldüğünden gelecekteki kâr kayıplarından bahsedilemez¹¹⁸.

Bu tazminatlardan ikincisi olan ölüm tazminatı (*wrongful death*) kanundan doğan bir talep hakkıdır. Bu sebeple de eyaletler arasında farklılıklar mevcuttur. Ancak genel olarak bu tür tazminatlar ölenin yakınlarının maddi ve duygusal kayıplarını tazmin etme amacı taşır. Hemen hemen tüm kanunlar ölenin yakınları kavramını da bazı kişi gruplarıyla sınırlandırmıştır. Dava açma ehliyetine sahip

¹¹⁵ Glannon, s. 389-390; Fischer, s. 404-405.

¹¹⁶ Glannon, s. 398; Fischer, s. 401.

¹¹⁷ Fischer, s. 401.

¹¹⁸ Fischer, s. 401.

kişiler genellikle ölen kimsenin eşi, çocukları, ebeveynleri, kardeşleri gibi akrabalık bağı olan kimselerdir¹¹⁹.

Bu kapsamda talep edilebilecek zararlar, ölenin maddi desteği ve cenaze ve defin masrafları gibi maddi tazminatlar ve eşin duygusal desteğinden veya evlilik birliğinden mahrum kalma sebebiyle doğan zararlar gibi gayri maddi tazminatlardır¹²⁰. Bir gayri maddi tazminat türü olarak ölenin arkadaşlığından yoksun kalmaya ilişkin tazminat (*loss of society*) her federe devlette kabul edilmemekle birlikte, bazı devletlerde kabul edilen bir tazminattır. Bu tür tazminatı ölen kimsenin eşi veya ebeveyni ve çocukları, ölenin sevgisinden, arkadaşlığından, şefkatinden, manevi desteğinden veya cinsel yakınlığından mahrum kaldığı için talep edebilir¹²¹.

3) MALA VERİLEN ZARARLARDA

Malvarlığına verilen zararlarda tazminatın amacı paranın izin verdiği ölçüde eski hale geri getirmedir. İngiliz hukukuna göre, eğer mal telef olursa zarar veren, aynı malın yeniden elde edilmesi için gerekli miktarı yani malın piyasa değerini tazmin etmelidir. Eğer mal, zarar yüzünden işlevini yerine getiremezse, malın tamir masrafı ve tamir için geçen sürede yerine malın benzerinin kiralanması için harcanan bedel tazmin edilir. Eğer zarar gören mal, malikin yeniden satma amacıyla edindiği bir malsa, zarar malın piyasa değerindeki azalmaz¹²². Başka bir ifadeyle ana kural malın zarar görmesi halinde tamir masrafının, telef olması halinde ise piyasa değerinin tazmin edilmesidir.

¹¹⁹ Glannon, s. 392.

¹²⁰ Glannon, s. 393.

¹²¹ Fischer, s. 408-409.

¹²² Howarth, s. 622; Murphy, s. 677.

İngiliz hukukunda mahkemeler bu kurallara göre tazminat miktarını belirlerler. Malın telef olması halinde tazminat malın telef olduğu andaki piyasa değeri üzerinden hesaplanır. Bu genellikle dava anındaki piyasa değerinden düşük bir miktara denk gelse de arada fazla bir fark oluşmaz. Malın benzerinin kiralanması halinde kira bedelinin tazminat kapsamına alınması için makul bir bedel olması gerektiği öne sürülmektedir. Örneğin malın kiralama bedeli, satın bedelinden yüksekse bu durumda kiralama bedelinin makul olmadığı söylenebilir. Kâr kayıpları, eğer mal kâr getiren bir malsa tazmin edilmelidir. Ancak bu bedelin de tazminat kapsamına alınması için makul olması şarttır. Örneğin malın benzerinin satın alınması makul olacaksa bu halde kâr kayıplarının tazmin edilmesi makul olarak değerlendirilemez¹²³.

Mala verilen zararlarda tazminat çoğunlukla, makul tamir masrafları üzerinden hesaplanır. Genellikle mal tamir gördüğü için aynı zamanda piyasa değeri de azalır, bu durumda malik hem tamir masraflarını hem de azalan piyasa değerini talep edebilir¹²⁴. Taşınmaz mallarda ise tazminat çoğunlukla malın azalan piyasa değeridir¹²⁵.

Tazminatın hesaplanmasında genel kural olan tamir masrafının veya telef olan mallarda piyasa değerinin esas alınmasının üç istisnası vardır. Bunlardan ilki belirtildiği üzere malın tamir masrafının, malın yenisinin satın alınmasından pahalı olduğu hallerdir. Bu durumda tazminat malın piyasa değeri üzerinden hesaplanır. Diğer bir hal malın değersiz bir mal olmasıdır. Zarar verenin eylemiyle zarar gören

¹²³ Howarth, s. 622.

¹²⁴ Howarth, s 622-623; Deakin/Johnston/Markesinis, s. 1019-1020.

¹²⁵ Howarth, s. 623; Deakin/Johnston/Markesinis, s. 1019.

mal eğer malik için değersiz bir malsa, örneğin malikin zaten çöpe atacağı bir malsa, bu durumda mal için herhangi bir tazminata hükmedilmez. Üçüncü ve son hal ise malın zarar görmeden önce de tamire ihtiyaç duyan bir mal olmasıdır. Mal eğer zarar görmeden de işlevini yerine getiremeyen bir malsa ve eğer zarar verenin eylemi malın tamir edilmesine ilişkin masrafı arttırmıyorsa bu durumda da zarar gören mal için herhangi bir tazminata hükmedilmez¹²⁶.

Amerikan hukukunda ise, eğer mal tamamen telef olmuşsa, malın makul değeri veya telef anındaki piyasa değeri tazminata esas teşkil eder. Eğer mal telef olmamış sadece hasara uğramışsa malın zarar görmeden önceki piyasa değeri ile zarar oluşuktan sonraki piyasa değeri arasındaki fark tazminatı oluşturur. Başka bir ifadeyle Amerikan hukukunda genel kural, mal eğer hasara uğramışsa hasara uğramadan önceki piyasa değeri ile hasara uğradıktan sonraki piyasa değeri arasındaki farkın, malın telef olması halinde ise malın telef anındaki piyasa değerinin, tazminatın hesaplanmasında göz önüne alınmasıdır¹²⁷.

Eğer malın tamiri makulse bazı hallerde azalan piyasa değeri yerine malın tamir bedeline de tazminat olarak hükmedilebilmektedir. Bu hallerde zarara uğrayan malın maliki tamir masraflarını ve malın tamir görmesi sebebiyle azalan piyasa değerini talep edebilir¹²⁸.

Mahkemeler malın telef olması halinde piyasa değerini, malın hasara uğradığı andaki yani haksız fiilin işlendiği andaki değeri üzerinden tespit etmektedir. Bu

¹²⁶ McBride/Bagshaw, s. 607-608.

¹²⁷ Speiser S.M./Krause C.F./Gans A.W.: The American Law of Torts, Vol. 2A, 2009, s. 22 (Vol 2A); Dobbs, s. 546; Fischer, s. 426-427.

¹²⁸ Dobbs, s. 546; Diamond/Levine/Madden, s. 233; Fischer, s. 427.

miktar, malın hüküm anındaki değerinden düşük olsa da genellikle yakın bir miktar tutmaktadır. İkame malın kira bedeli ise makul olduğu ölçüde tazmin edilmektedir. Eğer kira bedeli, malın piyasa değerinden yüksekse bu durumda ikame malın kira bedeline hükmedilmeyebilir¹²⁹.

B) TELAFİ EDİCİ OLMAYAN TAZMİNATLAR (NON-COMPENSATORY DAMAGES)

Dobbs, bazı hallerde mahkemelerin belli miktarda paraya hükmettiğini ancak bu hükmedilen miktara geleneksel olarak tazminat adı verilse de bunların tazminat olmadığını belirtmektedir. Başka bir ifadeyle bu tür meblağlar tazminat adını taşısa bile, hukuki niteliği tazminat değildir ve bu tür tazminatlar zararın tazmin edilmesi amacını taşımaz¹³⁰. Bu sebeple de bazı tazminatlar telafi edici olmayan tazminatlar başlığı altında değerlendirilmektedir. Fakat İngiliz hukukunda bazı tazminatların telafi edici olup olmadığı konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Bu sebeple de telafi edici-telafi edici olmayan tazminatlar ayrımı yerine, telafi edici tazminatlar-katı bir şekilde telafi etmeye dayanmayan tazminatlar (*damages not strictly based on compensation*) ayrımı da tercih edilmektedir¹³¹.

Amerikan hukukunda telafi edici olmayan tazminatlar nominal ve cezalandırıcı tazminattan ibarettir. İngiliz hukukunda ise bu iki tür tazminatın yanı sıra aşağılayıcı ve ağırlaştırılmış tazminatlar da telafi edici olmayan tazminatlar başlığı altında ele alınmaktadır. İade tazminatı ise her iki hukuk düzeninde kabul

¹²⁹ Diamond/Levine/Madden, s. 233.

¹³⁰ Dobbs, s. 3.

¹³¹ McGregor, para.10-001 vd.

edilmektedir. Ancak bu tazminat türü işlevsel olarak kıta Avrupası hukukundaki sebepsiz zenginleşmenin iadesi kurumuna denk gelmektedir.

1) AŞAĞILAYICI TAZMİNAT (*CONTEMPTUOUS DAMAGES*)

Aşağılayıcı tazminatlar, genellikle çok küçük bir miktardan ibarettir ve şeref ve haysiyetin ihlali (*defamation*) davaları dışında genellikle hükmedilmez. Davacı, davalının bir haksız fiil işlediğini kanıtlasa da, davacının hal ve tutumunu aşağılamak için mahkeme, davalının tazminat olarak çok küçük bir miktar para ödemesine karar verebilir. Bunun yanı sıra genellikle davacı, normalde davalının ödemesi gereken yargılama masraflarına katılmak ya da tamamına katlanmak zorunda kalabilir¹³². Örneğin *Grobbelaar v. News Group Newspapers Ltd. and others*¹³³ davasında Liverpool futbol takımının kalecisi *Bruce Grobbelaar*, hakkında çıkan görüntülerden sonra maçı karşı takıma satmakla itham edilmiş ve ceza mahkemesinde yargılanmıştır. 1994 yılında sonuçlanan ceza davasında *Grobbelaar* o görüntülerin polis için çekildiğini belirtmiş ve davadan beraat ettikten sonra görüntüleri ortaya çıkaran *The Sun* gazetesine karşı şeref ve haysiyetin ihlali (*defamation*) iddiasıyla tazminat davası açmıştır. İlk derece mahkemesi davayı kabul etmiş ancak gazete, temyize başvurmuştur. Bunun üzerine yüksek mahkeme, tazminat miktarını 1 sterline indirmiş ve *The Sun* gazetesinin yargılama masraflarının 2/3'ünün *Grobbelaar* tarafından ödenmesine hükmetmiştir. Kararda mahkeme *The Sun* gazetesinin eyleminin şeref ve haysiyet kırıcı bir haksız fiil olduğuna hükmetmiş ancak

¹³² Lunney M./Oliphant K.: Tort Law, New York 2008, s. 865; Cooke, s. 45; Allen/Hartshorne/Martin, s. 114.

¹³³ *Grobbelaar v. News Group Newspapers Ltd.* [2002] UKHL 40; *Murphy*, bu davayı nominal tazminatlara örnek olarak vermiştir. bkz: *Murphy*, s. 634.

Grobbelaar'ın düzgün ve dürüst bir sporcunun davranması gerektiği gibi davranmadığını, milyonların saygınlığını ve desteğini kazanmış bir oyuncuya yakışır tavırlar sergilemediğini belirtmiştir.

2) NOMİNAL TAZMİNAT (*NOMINAL DAMAGES*)

Nominal tazminatlar da sembolik bir miktardan (genellikle 1 dolar, 5 sterlin gibi...) ibarettir. Bu tür tazminatlar haksız fiil sonucunda herhangi bir zarar doğmaması halinde hükmedilen tazminatlardır. Burada amaç, kişinin bir haksız fiil işlediğini tespit etmek ve zarar görenin hakkının sınırlarını çizmektir¹³⁴. Örneğin bir taşınmaza tecavüz halinde herhangi bir zarar doğmuş olmasa bile nominal tazminata hükmedilebilir ve böylece zarar görenin mülkiyet hakkının sınırları tespit edilmiş olur¹³⁵.

İngiliz hukukunda nominal tazminatlar şu şekilde ifade edilmiştir¹³⁶; “*bir hakkın ihlali söz konusu olmasına rağmen, bu sana gerçek bir tazminat hakkı vermemektedir, ama bu sana yargılama ve hüküm hakkı verir çünkü senin bir hakkın ihlal edilmiştir.*”

Nominal tazminat *Restatement*'ta¹³⁷ da benzer şekilde, bir talep veya dava açma hakkı verilen ancak telafi edici tazminata hak kazanmayan davacı için hükmedilen önemsiz bir miktar para olarak tanımlanmıştır. Genel olarak nominal tazminata zararın varlığının kanıtlanamadığı veya zararın hesaplanamadığı hallerde

¹³⁴ Dobbs, s. 222; McBride/Bagshaw, s. 680; Diamond/Levine/Madden, s. 232.

¹³⁵ Diamond/Levine/Madden, s. 232.

¹³⁶ *The Mediana* [1900] A.C. 113, 116.

¹³⁷ *Restatement (Second) of Torts*, § 907.

hükmedilir¹³⁸. Bu tür tazminatlar çoğunlukla haksız fiilin dava edilebilmesi için zararın kanıtlanmasının şart olmadığı, bizatihi dava edilebilir (*actionable per se*) haksız fiillerde talep edilebilir¹³⁹. Bazı tür haksız fiillerde ise nominal tazminat talep edilemez. Bu haksız fiiller, ihmale dayanan haksız fiiller gibi zararın kanıtlanmasının bir dava şartı olduğu haksız fiillerdir¹⁴⁰.

İngiliz hukukunda bu tür tazminatların iki işlevi bulunduğu belirtilmektedir. Bunlardan ilki bir hakkın mevcudiyetinin tespiti ve ifşasıdır. Bu şekilde hakkın gelecekte bir başkası tarafından ihlal edilmesinin de önüne geçilmiş olur. Hakkın tespitini sağlayan başka hukuki çareler mevcut olsa da nominal tazminat elde eden tarafın davanın diğer tarafına yargılama giderlerini yüklemesi söz konusu olacaktır. Bu da zararı kanıtlamayan ancak bir hakkı ihlal edilen davacı açısından faydalıdır¹⁴¹.

Nominal tazminatları İngiliz hukukundaki aşağılayıcı tazminattan ayıran husus, nominal tazminata sadece zararın ispatı şart olmadan dava edilebilir haksız fiillerde hükmedilebilmesi ve bu tür tazminatlarda yargılama masraflarının davacıya yükletilmesi gibi bir durumun söz konusu olmamasıdır. Oysaki aşağılayıcı tazminatlarda eylemin bizatihi dava hakkı veren bir fiil olması gerekmez. Nominal tazminatlarda, tazminat almaya mahkum olan tarafın aynı zamanda yargılama masraflarına katılması da söz konusu değildir¹⁴².

¹³⁸ Speiser/Krause/Gans, s. 510.

¹³⁹ McBride/Bagshaw, s. 679; Lunney/Oliphant, s. 865; Allen/Hartshorne/Martin, s. 113.

¹⁴⁰ Dobbs, s. 221; Speiser/Krause/Gans, s. 510; Diamond/Levine/Madden, s. 232.

¹⁴¹ McGregor, parag. 10-009; Allen/Hartshorne/Martin, s. 114.

¹⁴² Murphy, s. 634.

3) AĞIRLAŞTIRILMIŞ TAZMİNAT (AGGRAVATED DAMAGES)

Ağırlaştırılmış tazminatlar İngiliz hukukunda ayrı bir tazminat türü olarak ele alınmaktadır. Amerikan hukukunda ise ağırlaştırılmış tazminat terimi cezalandırıcı tazminatı ifade etmek için kullanılmaktadır.

İngiliz hukukunda kabul edilen ağırlaştırılmış tazminat ise zarar verenin kibirli ve küstahça davranışı sonucunda zarar görende oluşan öfkeyi hafifletmek amacı taşır. *Duffy v. Eastern Health and Social Services Board* davasında¹⁴³ Katolik olduğu için işvereni tarafından kalıcı bir kadroya atanmayan davacı, 15.000 sterlin manevi tazminat almaya hak kazanmış, bunun yanında mahkeme davalının kibirli ve küstahça davranışı yüzünden 5.000 sterlin ağırlaştırılmış tazminat ödemesine karar vermiştir. Ağırlaştırılmış tazminata hükmedilebilmesi için davacının bunu talep etmesi gerekmez. Davacı, telafi edici ya da nominal tazminatın yanı sıra ağırlaştırılmış tazminata hak kazanabilir. Bunun için zarar verenin, kibirli ve küstahça bir fiilde bulunması dolayısıyla zarar görenin manevi bir acı duyması ve fiilin ağırlaştırılmış tazminat talep edilebilen haksız fiillerden biri olması gerekir¹⁴⁴.

Kibirli veya küstah davranışın tespiti için mahkemeler, zarar verenin haksız fiili bilerek işlemesi kıstasını kullanmaktadır. Başka bir ifadeyle zarar veren, haksız fiil işlediğini bilerek hareket ediyorsa, kibirli ve küstahça bir davranışta bulunduğu kabul edilir. Zarar veren haksız fiili bilerek işlemese de, eğer eylemi gerçekleştirirken aşağılayıcı veya küçük düşürücü ise bir şekilde davranırsa, bu durumda da kibirli ve küstahça bir davranışta bulunduğu kabul edilir. Örneğin

¹⁴³ *Duffy v. Eastern Health and Social Services Board* [1993] IRLR 251.

¹⁴⁴ McBride/Bagshaw, s. 682-684.

Thompson v. Commissioner of Police of the Metropolis davasında¹⁴⁵ mahkeme haksız yere tutuklanan ve haksız yere hapse (*false imprisonment*) dayanarak dava açan davacıya ağırlaştırılmış tazminat ödenmesine karar verilmiştir. Olayda tutuklamayı gerçekleştiren polis, tutuklama sırasında eylemin haksız fiil oluşturduğunu bilmesi de, aşağılayıcı ve küçük düşürücü bir davranışta bulunduğundan mahkeme ağırlaştırılmış tazminata hükmetmiştir. Bazı hallerde fiil işlenirken değil, fiilin işlenmesinden sonraki süreçte de kibirli ve küstah davranış oluşabilir. *Ley v. Hamilton* davasında¹⁴⁶, davacının zimmetine para geçirdiği iddiasında bulunan ve iş ortaklarından gelen mektubu yayınlayan davalı, mahkeme sırasında davacının zimmetine para geçirdiğini ısrarla ifade etmeye devam etmiştir. Davalının bu davranışı kibirli ve küstahça bulunmuş ve ağırlaştırılmış tazminata hükmedilmiştir¹⁴⁷. Cezalandırıcı tazminatın İngiliz hukukunda temeli olarak kabul edilen *Rookes v. Barnard* davasında¹⁴⁸, ağırlaştırılmış tazminat talebi için eylemin zarar görenin onur ve gururunu kırması, aşağılanmaya veya acıya yol açması gerektiği belirtilmiştir. Zarar görenin eylemin saldırgan olduğunu, kötüniet, kin, aşağılama veya küstahlık içerdiğini ve bu sebeple de manevi bir acı hissettiğini düşünmesi gerekir¹⁴⁹.

¹⁴⁵ *Thompson v. Commissioner of Police of the Metropolis* [1997] EWCA Civ 3083.

¹⁴⁶ *Ley v. Hamilton* (1935) 153 L.T. 384.

¹⁴⁷ McBride/Bagshaw, s. 684.

¹⁴⁸ *Rookes v. Barnard* [1964] A.C. 1129.

¹⁴⁹ *Law Commission Report on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, No. 247 (1997) (Buradan sonra Rapor olarak anılacaktır), s. 11-12.

Ağırlaştırılmış tazminatın ikinci şartı ise eylemin ağırlaştırılmış tazminat talep edilebilen bir haksız fiil türü olmasıdır. Bu haksız fiiller, şeref ve haysiyetin ihlali, kişiye tecavüz halleri, taşınmaz mala tecavüz, yararlanma hakkının özel ihlali ve ırk ayrımcılığına dayanan taleplerdir¹⁵⁰. İhmale dayanan haksız fiillerde ve sözleşmelerin ihlalinde ağırlaştırılmış tazminata hükmedilemez¹⁵¹.

İngiliz hukuk doktrinde ağırlaştırılmış tazminatlar ile cezalandırıcı tazminatlar arasındaki ilişki üzerinde tartışılmıştır ve özellikle zarar veren açısından bu iki tazminatın da aynı işleve sahip olduğu belirtilmiştir. Cezalandırıcı tazminat ile ağırlaştırılmış tazminatların her ikisinin de sıklıkla şeref ve haysiyetin ihlali ve haksız yere hapis davalarında ve her iki tazminat türünde de zararı aşan bir miktara hükmedilmesi sebebiyle birbirlerine benzedikleri belirtilmektedir. Buna karşılık aynı yazarlar benzerliklerin sadece bu ikisinden ibaret olduğunu ve ağırlaştırılmış tazminatların zarar görenin, zarar görmüş onur ve gururunu telafi etme amacı taşıdığını buna karşılık cezalandırıcı tazminatın ise zarar vereni cezalandırma amacı taşıdığını belirterek bu iki tazminatı birbirinden ayırmaktadır¹⁵². *Deakin/Johnston/Markesinis* ve *Cooke* de her iki tazminatın amaç unsurunun bu iki tazminat türünü birbirinden ayırdığını ifade ederek ağırlaştırılmış tazminatların telafi edici tazminatlardan olduğunu belirtmektedir. Başka bir ifadeyle ağırlaştırılmış tazminatlara zarar görenin zararı dikkate alınarak hükmedildiğini, cezalandırıcı

¹⁵⁰ McBride/Bagshaw, s. 684-687; Rapor, s. 14.

¹⁵¹ Rapor, s. 14; Sebok A.J./Wilcox V.: Aggravated Damages, Punitive Damages Common Law and Civil Law Perspectives (Kozioł H./Wilcox V. eds.), Wien 2009, s. 5.

¹⁵² Markesinis B./Coester M./Alpa G./Ullstein A.: Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law, Cambridge 2005, s. 3

tazminatta ise zarar verenin fiilinin değerlendirildiğini belirtmektedir. Ancak bu yazarlar, hesaplanan tazminat miktarının hangi meblağdan sonra cezalandırma amacına hizmet edeceğinin tespitinin de güç olduğunu belirtmektedirler¹⁵³. Benzer şekilde *Howarth* ağırlaştırılmış tazminatlarda, ağır bir manevi zarara uğramış bir kimseye fazladan tazminata hükmedilmesi ile davalının cezalandırılması fikrini birbirinden ayırmanın son derece güç olduğunu belirtmiştir¹⁵⁴. *Howarth* ve *Elliot/Quinn* de cezalandırıcı tazminat ve ağırlaştırılmış tazminatı birbirinden ayıran unsurun amaç unsuru olduğunu ve cezalandırıcı tazminatın cezalandırma ve önleme amacı taşıdığını, ağırlaştırılmış tazminatın ise bu amacı haiz olmadığını belirtmektedir¹⁵⁵. Son olarak İngiliz Hukuk Komisyonunun 1997 yılında hazırladığı Ağırlaştırılmış, Örnek Niteliğinde ve Eski Hale Getirmeye İlişkin Tazminatlar Hakkında Rapor'da ağırlaştırılmış tazminatların, zarar verenin eylemi ve bu eylemle hedeflediği amaç ile zarar görenin öfke ve hakarete maruz kalması ve bu sebeple de manevi zararının (*mental distress*) artmasıyla doğan zararlarının telafisi amacı taşıdığı belirtilmiştir. Bu sebeple de ağırlaştırılmış tazminatların, cezalandırıcı tazminatların aksine telafi edici tazminatlardan olduğu belirtilmektedir¹⁵⁶. Başka bir ifadeyle ağırlaştırılmış tazminatlar manevi zararı giderme amacı taşıyan bir telafi

¹⁵³ Deakin/Johnston/Markesinis, s. 944; Cooke, s. 453.

¹⁵⁴ Howarth, s.594.

¹⁵⁵ Howarth, s. 595; Elliot/Quinn, s. 384.

¹⁵⁶ *Law Commission Report on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, No. 247 (1997) (Rapor), s. 10.

edici tazminat olarak değerlendirilmelidir. Ancak uygulamada terminolojik kesinlik henüz oluşmamıştır¹⁵⁷.

4) İADE TAZMİNATI (*RESTITUTIONARY DAMAGES*)

Bu tazminat, ayrı bir tür olarak *Common Law* hukuk çevresi tarafından kabul edilmiştir ve tazminat ile sadece davacıya verilen zararın telafi edilmesi amacına aykırı olduğu kabul edilen bir tazminat türüdür. Haksız fiillerde tek çare (*remedy*) telafi edici tazminat değildir. İşte bu diğer çarelerden biri de iade tazminatıdır¹⁵⁸.

Uygun şartlar altında haksız fiil sonucu zarar gören kimsenin haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeye ilişkin talebinde seçimlik bir hakka sahip olduğu kabul edilir. Örneğin bir taşınır mala tecavüz olayında mal sahibi, malı alan kişiye karşı haksız fiil sebebiyle dava açabilir veya sebepsiz zenginleşme ile davalının elde ettiği bedelin kendisine iadesini talep edebilir. Ancak bu tür bir seçimlik hak her türlü haksız fiilde doğmaz. Özellikle taşınır ve taşınmaz mallara tecavüz veya hile gibi haksız fiillerde söz konusu olabilir¹⁵⁹.

Bazı hallerde zarar veren, eylemi sonucunda bir fayda elde edebilir ve bu fayda zarar görenin zararını aşabilir, hatta eylemden zarar gören üzerinde herhangi bir zarar doğmayabilir. Bu hallerde davacının haksız fiile dayanmak yerine iade talep etmesi lehine olabilir. Nitekim iade, özellikle davalının zenginleştiği ancak davacının bu zenginleşme karşısında herhangi bir zarara maruz kalmadığı için telafi edici bir

¹⁵⁷ Deakin/Johnston/Markesinis, s. 943.

¹⁵⁸ Virgo G.: *The Principles of the Law of Restitution*, Oxford 2006, s. 454.

¹⁵⁹ Murphy, s. 661.

tazminata hak kazanmamış olduğu hallerde kullanılmaktadır¹⁶⁰. Başka bir ifadeyle haksız fiil sonucu zarar gören, haksız fiile dayanarak zararını talep etmek yerine, iadeye dayanarak zarar verenin elde ettiği faydayı talep edebilir¹⁶¹.

Haksız fiilden vazgeçme terimi (*waiver of tort*) davacının haksız fiilden doğan tazminat talep hakkı yerine iadeyi tercih ettiği halleri ifade etmek için kullanılır¹⁶². Ancak bu, davacının haksız fiilden doğan dava hakkı yerine, iadeden doğan dava hakkını kullanması anlamına gelmez. Başka bir ifadeyle bu terim haksız fiilden vazgeçme anlamına gelmemekte, iade lehine haksız fiilden doğan tazminat talep etme hakkından vazgeçme anlamına gelmektedir¹⁶³. Nitekim bu durum *United Australia Ltd. v. Barclays Bank Ltd.* davasında¹⁶⁴ Lordlar Kamarası tarafından da tartışılmıştır. Olayda banka, davacıya ait çeki başka bir şirkete ödemiştir. Bunun üzerine davacı, bankanın ödeme yaptığı şirkete karşı sebepsiz zenginleşme sebebiyle iade talep etmiştir. Aynı zamanda davacı, davalıya karşı taşınır mala tecavüz sebebiyle haksız fiile dayanarak da dava açmıştır. Davalı savunmasında kendisine karşı açılmış olan bir iade davası bulunduğunu ve bu talebin davacının haksız fiil talebinden vazgeçtiği anlamına geldiğini belirtmiştir. Fakat Lordlar Kamarası, bu tür bir haksız fiilin seçimlik değil, kümülatif bir hak sağladığını ve davacının haksız fiil talebinden vazgeçtiği anlamına gelmediğini, davacının sadece haksız fiilden doğan talep hakkı yerine iadeden doğan talep hakkını kullandığını belirtmiştir. Lordlar

¹⁶⁰ McGregor, para. 12-004.

¹⁶¹ Allen/Hartshorne/Martin, para. 5-057.

¹⁶² Allen/Hartshorne/Martin, para. 5-058; Burrows A.: The Law of Restitution, 2002, s. 462.

¹⁶³ Virgo, s. 455.

¹⁶⁴ *United Australia Ltd. v. Barclays Bank Ltd.* [1941] AC 1.

Kamarası, haksız fiil tazminatının ancak davacının tazminat yerine iadeyi kabul etmesi halinde reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir. Başka bir ifadeyle haksız fiilden vazgeçme terimi dava açma hakkından değil, haksız fiil tazminatından vazgeçme anlamına gelmektedir¹⁶⁵.

5) CEZALANDIRICI TAZMİNAT (*PUNITIVE DAMAGES*)

a) Terim

Common Law haksız fiil hukukunda mahkemeler, gerçek zararın yanında temel amacı zarar vereni cezalandırmak ve benzer davranışları önlemek olan belli bir miktar tazminata daha hükmedebilmektedir. Bu tür tazminatlar Amerikan hukukunda *punitive damages* (cezalandırıcı tazminat) olarak ifade edilmekte, İngiliz hukukunda ise genellikle *exemplary damages* (örnek niteliğinde tazminat) terimi kullanılmaktadır. Ancak bu tür tazminatlar için *Common Law* doktrininde *smart money*, *punitive*, *additional*, *vindictive* veya *retributory damages* gibi isimler de kullanılmaktadır. Bu ifadelerin hepsi, zarar verenin davranışını cezalandırmak için, zarar görenin gerçek zararını aşan bir tazminat elde etmesi halini anlatan ifadelerdir.

Ancak cezalandırıcı tazminat yerine en sık kullanılan bir diğer terim özellikle İngiliz hukukunda kullanılan “örnek niteliğindeki tazminat¹⁶⁶” (*exemplary damages*) terimidir. Genellikle bu iki terim özellikle Amerikan hukukunda birbirinin yerine kullanılmaktadır. Ancak Michigan’da cezalandırıcı tazminat ve örnek niteliğindeki

¹⁶⁵ Virgo, s. 455-456.

¹⁶⁶ İstemi, “*exemplary damages*” teriminin Türkçe karşılığı olarak “ibret tazminatı” terimini kullanmaktadır; İstemi M.: Sözleşmenin Cüretkârhane İhlali ve Cezalandırıcı Tazminat, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. III, s. 2693.

tazminat terimleri cezalandırıcı tazminatın farklı işlevlerini vurgulamak için birbirleri yerine kullanılmaktadır. Bu eyalette cezalandırıcı tazminata zarar vereni eylemi sebebiyle cezalandırmak ve benzer eylemleri önlemek için hükmedilirken, örnek niteliğindeki tazminatlara ise zarar görenin manevi zararını ve yaşadığı aşağılanmayı tazmin etmek için hükmedilir. Ancak özellikle belirtilmelidir ki bu tür bir ayrım Michigan gibi sadece cezalandırıcı tazminatın tazmin etme işlevini kabul eden eyaletlerde mevcuttur¹⁶⁷.

Alman ve İsviçre hukuk doktrinde ise *Common Law*'a özgü bu kurumu ifade etmek için “*Strafschaden(s)ersatz*” terimi kullanılmaktadır. Türk hukukunda bu tür tazminatlar için genel bir kavram oluşturulmamıştır. Bu kavram aslına uygun olarak “cezai tazminat”, “ceza tazminatı” veya “cezalandırıcı tazminat” şeklinde Türkçeye çevrilebilir. Ancak ilk iki terim yerine bu kurumun en önemli işlevinin cezalandırma olduğu da göz önüne alınarak bu çalışmada cezalandırıcı tazminat teriminin kullanılması uygun görülmüştür¹⁶⁸. Özellikle İngiliz hukuk düzeninde kullanılan örnek niteliğinde tazminat terimi de bazı yerlerde cezalandırıcı tazminat terimi yerine kullanılmıştır.

¹⁶⁷ Schlueter L.L.: Punitive Damages Vol I, USA 2010, s. 24-25.

¹⁶⁸ *İstemi* ve *Ay* da cezalandırıcı tazminat terimini tercih etmişlerdir. *İstemi*, kurumun amacının cezalandırma olsa da bir özel hukuk yaptırımı olduğunu, bir ceza olmadığını ve bu sebeple de medeni ceza terimini tercih etmediğini belirtmektedir. *İstemi*, s. 2693; *Ay* E.: Amerikan Mahkemesi Tarafından Verilen Cezalandırıcı Tazminat Hükümünün Fransa’da Tenfizine İlişkin Fransız Yargıtay’ının 1 Aralık 2010 Tarihli Kararının Tercümesi ve Değerlendirilmesi, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, C. 1, S. 1, 2012, s. 157 vd.

b) Tanım

Tazminatlar özel hukuk alanında zarar veren aleyhine yöneltilen yaptırımlardır. Ancak bazı hallerde mahkemeler, ceza içeren özel hukuk yaptırımlarının en uygun çözümü sağlayacağı kanaatine vararak, özel hukuk tazminatı yanında ceza amacı taşıyan bir tazminata da hükmedebilirler. Cezalandırıcı tazminat kavramı ise ceza ve tazminat hukukları arasındaki sınırda yer almaktadır¹⁶⁹.

Tazminatın ilk amacı zarar görenin, eylem sebebiyle oluşan zararın telafisidir. Muhtemel ikinci amacı ise, zarar verici eylemlerin önlenmesi ve zarar vereni bu eyleminden dolayı cezalandırmaktır. Bu amaç ise *Common Law* haksız fiil hukukunda cezalandırıcı tazminat adı verilen ve zarar verenin kasıt ve kötüniyet benzeri hislerle karşısındakine zarar vermesi halinde telafi edici tazminata ek olarak hükmedilen bir tür tazminatla gerçekleştirilir¹⁷⁰. Cezalandırıcı tazminat ile zarar görenin gerçek zararından daha fazla bir tazminata hükmedilmesi söz konusu olduğundan bu tür tazminatlarda zarar verenin zarar verici eylemi işlerkenki niyeti önemlidir¹⁷¹.

Amerikan hukuk doktrinde bazı telafi edici tazminatların cezalandırma amacı taşıdığı, bazı cezalandırıcı tazminatların ise tazmin etme amacı taşıdığı belirtilmektedir. Tazminat miktarının gerçek zararı aştığı hallerde bu aşan kısım cezalandırıcı tazminat olarak adlandırılrsa da geleneksel doktrine göre bir tazminatın cezalandırıcı tazminat kabul edilebilmesi için o tazminata telafi edici tazminattan

¹⁶⁹ Ellis D.D.: Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages, 56 S. Cal. L. Rev. 1982-1983, s. 2.

¹⁷⁰ McCormick, s. 275; Dobbs, s. 312.

¹⁷¹ Bkz.: Bölüm II, II, B, 1.

ayrı ve açıkça cezalandırma ve önleme amacı taşıdığı belirtilerek hükmedilmiş olması gerekir¹⁷².

Amerikan hukukunda cezalandırıcı tazminat hem *Restatement (First) of Torts* hem de *Restatement (Second) of Torts* da tanımlanmıştır¹⁷³. İlk tanıma göre “cezalandırıcı tazminat, telafi edici ve nominal tazminatlardan farklı olarak, ağır kusurlu eylemi için bir kimseyi cezalandırmak için hükmedilen tazminatlardır”. *Restatement (Second) of Torts* ise cezalandırıcı tazminatı “telafi edici ve nominal tazminatlardan farklı olarak, ağır kusurlu eylemi için bir kimseyi cezalandırmak ve onu ve onun gibi diğerlerini gelecekteki benzer eylemleri önlemek için hükmedilen tazminatlar” olarak tanımlamaktadır. Bu tanım üç önemli ifade içermektedir. Bunlardan ilki cezalandırıcı tazminatın tazmin edici ve nominal tazminatlardan farklı olduğu, ikincisi cezalandırma ve önleme amacına hizmet ettiği, üçüncüsü ise cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için eylemin ağır kusur ile işlenmiş olması gerektiğidir. Her ne kadar doktrinde azınlık görüş cezalandırıcı tazminatın tazmin etme işlevinin de bulunduğunu belirtse de¹⁷⁴ *Restatement*’ın bu tanımı, cezalandırıcı tazminata hükmü içeren Amerikan mahkeme kararları ile uyum içerisindedir¹⁷⁵.

¹⁷² Dobbs, s. 312-313.

¹⁷³ *Restatement (First) of Torts* § 908: “Punitive damages” are damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct.

Restatement (Second) of Torts § 908: Punitive damages are damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and to deter him and others like him from similar conduct in the future.

¹⁷⁴ Bkz.: Bölüm I, III, B, 3.

¹⁷⁵ Boston G. W.: Punitive Damages in Tort Law, P. I, Ch. I, 1993, s. 3 (P. I, Ch. I).

C) COMMON LAW TAZMİNAT HUKUKU AÇISINDAN GENEL DEĞERLENDİRME

Common Law hukuk düzeninde Amerikan Yüksek Mahkemesi¹⁷⁶,nin de belirttiği üzere tazminatın amacı zararı “tam ve eksiksiz karşılık” sağlamaktır. Bu açıdan bir takım farklılıklar olsa da *Common Law*’da telafi edici tazminatlar, sistematik açıdan Kıta Avrupası hukuk sistemine benzer bir yapı sergilemektedir. Tazminat, zarar gören üzerinde hukuka aykırı eylem sebebiyle doğan zararlarının giderilmesini amaçlar. Telafi edici tazminatlar açısından hal böyleyken, telafi edici olmayan tazminatlar açısından *Common Law* hukuk düzeni, kıta Avrupası hukuk düzeninden tamamen ayrılmaktadır. Nitekim kıta Avrupası sorumluluk hukuku düzeni denkleştirme ilkesi üzerine kurulmuş olup, tazminatın ilk amacının zararın telafisi olduğu kabul edilmektedir. O halde telafi edici olmayan tazminatların hukuk sistemimize yabancı olduğu yanlış bir tespit olmayacaktır. Ancak telafi edici olmayan tazminatların temelinde yatan bazı düşünceler, kıta Avrupası hukuklarına da yabancı değildir. Her ne kadar kural olarak tazminatın cezalandırma amacı kabul edilmiyor olsa da, kıta Avrupası özel hukuklarında da ileride görüleceği üzere cezalandırma fikrini barındıran bazı özel hukuk kurumları bulunmaktadır¹⁷⁷. *Common Law* tazminat hukukunda diğer bir düşünce ise önleme düşüncesidir ki, bu düşünce kıta Avrupası hukuklarında tazminatın işlevlerinden biri olarak kabul edilmiştir¹⁷⁸.

¹⁷⁶ *Monongahela Navigation Co. v. US* 148 US 312, 326 (1893).

¹⁷⁷ Bkz: Bölüm III.

¹⁷⁸ Bkz.: Bölüm III, I, B.

III) CEZALANDIRICI TAZMİNATIN TARİHİ GELİŞİMİ VE İŞLEVLERİ

A) CEZALANDIRICI TAZMİNATIN TARİHİ GELİŞİMİ

Tarihi gelişim sürecinde cezalandırıcı tazminat kavramının ilk örnekleri, kişinin gerçek zararından fazlasına hükmedilmesine izin veren hükümlerde yer almaktadır. Bu örneklerden ilki yaklaşık M.Ö. 2000 yılında uygulanan Hammurabi Kanunları'dır. Babil kanunları hırsızlık olaylarında gerçek zararın iki katından otuz katına kadar çıkabilen bir tazminat aralığı getirmiştir¹⁷⁹. Tazminatın cezalandırma amacı taşıyan örnekleri M.Ö. 1400 yılında yürürlükte bulunan Hitit Kanunları ve M.Ö. 200 yılında yürürlükte bulunan ve bir Hint kanunu olan Manu Kanunu'nda da bulunmaktadır. Hatta İncil'de de Musevilikte olduğu gibi hırsızlık gibi bazı suçlarda çoklu tazminat hükmedilmesine izin veren bazı emirler yer almaktadır¹⁸⁰.

Roma hukukunda cezalandırıcı tazminatın tanınıp tanınmadığı konusunda ise doktrinde görüş birliği yoktur¹⁸¹. Doktrinde bir görüşe¹⁸² göre cezalandırıcı tazminat

¹⁷⁹ Hammurabi Kanunlarının 8. bölümü öküz, koyun, eşek, domuz veya keçi çalan kişinin otuz kat, eğer mal sahibi özgür bir kişiye on kat tazminat ödemesini düzenlemişti; Walther D. L./Plein T. A.: Punitive Damages: A Critical Analysis: Kink v. Combs, 49 Marq.L.Rev., 1965-1966, s. 269; Belli M.M.: Punitive Damages: Their History, Their Use and Their Worth in Present-Day Society, 49 UMKC L. Rev., 1980-1981, s. 2.

¹⁸⁰ Schlueter, s. 2-3; Walther/Plein, s. 369; Sales B. J./Cole K. B.: Punitive Damages: A Relic That Has Outlived Its Origins, 37 Vand.L.Rev. 1984, s. 1119; Belli, s. 2; Bell G. B./Pearce P. E.: Punitive Damages and the Tort System, 22 U. Rich. L. Rev., 1987-1988, s. 3.

¹⁸¹ Sales/Cole, s. 1119; Lenz C.: Amerikanische Punitive Damages vor dem Schweizer Richter, Zürich 1992, s. 13.

Roma hukukunda yer almamış ve bu kurum Anglo-Amerikan hukukunda jüri sistemiyle geliştirilmiştir. Ancak diğer görüş taraftarları Roma hukukunda tazminatların çoğunun temelde cezalandırma amacını taşıdığını, tazmin etme amacının ise ikincil nitelik taşıdığını belirtmekte ve bu sebeple de cezalandırıcı tazminatın temellerinin Roma hukukunda görülebileceğini savunmaktadır. Bizim de katıldığımız bu görüş Roma hukukunda *Actio Legis Aquilia* davalarını örnek göstermektedir. Bu davanın konusu başkasının malına verilen zarar olmasına rağmen, dava bir tazminat davası değil, bir ceza davasıdır¹⁸³. Aynı zamanda Roma hukukunda iki, üç ve dört katı kadar tazminat öngören davaların, zarar görenin zararının tazmininden ziyade cezalandırma amacına hizmet ettiği belirtilmektedir¹⁸⁴.

¹⁸² Walther/Plein, s. 369; Sales/Cole, s. 1120; Sales B. J.: The Emerge of Punitive Damages in Product Liability Actions: A Further Assault on the Citadel, 14 St.Mary's L.J. 1982-1983, s. 353.

¹⁸³ Roma tazminat hukuku haksız fiil hukukundan çok ceza hukuku ile bağlantılıdır. Tazminat devlet yerine zarar gören kişiye ödense de tazminat değil, ceza söz konusudur. Buckland W. W./McNair A. D.: Roman Law & Common Law, A Comparison in Outline, Cambridge 1936, s. 267-268; “Klasik hukukta kişisel ceza davasının gayesi, failin mağdura mameleki bir cezayı (poena) -kaideten para olarak- ödemesiydi....şeylere verilen zararlar da böyle tazminat davaları yoktu. Bunlarda ceza (poena) tazminat vazifesi görüyordu. (actionis quae rei persecutionem continent=tazminatı da içeren ceza davaları...)” Koschaker P./Ayiter K.: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1977, s. 261.

¹⁸⁴ Boston, P. I, Ch. I, s. 2. Bu davaların bir örneği de *Actio de tigno iuncto* davasıdır. Bu dava, başkasına ait malzeme ile kendi arazisinde inşaat yapan kötüniyetli kişiye karşı malzeme sahibine malzeme bedelinin iki katını talep etme yetkisi tanımaktaydı. Dava, 12 Levha Kanunu'nda ceza davası niteliğindeyken, *Iustiniaus* zamanında ise karma bir niteliğe kavuşarak hem tazminat hem de ceza niteliği kazanmıştır; Schwind F.: Römisches Recht, Wien 1950, s. 216; Karadeniz Çelebican Ö.: Roma Eşya Hukuku, Ankara 2008, s. 159.

Bu örnekler günümüzde anladığımız anlamda bir cezalandırıcı tazminat örneği olmasa da Roma hukukunun cezalandırıcı tazminat fikrine uzak olmadığını göstermektedir.

1) İNGİLİZ HUKUKUNDA CEZALANDIRICI TAZMİNATIN GELİŞİMİ

Günümüzde anlaşılan anlamda cezalandırıcı tazminat, İngiliz hukukunda geliştirilmiş bir kavramdır. Ancak İngiliz hukukunda bu kavramın doğuşu hakkında birden fazla görüş bulunmaktadır.

Bu görüşlerden ilkinde göre, İngiliz mahkemeleri, tarihi gelişim sürecinde tazminatı tespit edebilmek için zararı tespit etmek zorunda kalmamışlardır çünkü tazminat davaları, sadece davacının belirli bir maldan yoksun kalması sebebiyle açılmaktaydı ve bu sebeple de zararın tespitine veya hesaplanmasına gerek duyulmamaktaydı. Yaklaşık 13. yüzyılda jüri, mala verilen zararlar dışındaki tazminat davalarında içtihat hukuku geliştirilmemiş olduğundan kendi başlarına tazminata hükmetmeye başlamış ve böylece aşırı ya da yetersiz tazminatlar ortaya çıkmıştır. Bu gelişme sonucu İngiliz hukuku bu sorunu, jüriyi denetleyerek çözme yoluna gitmiştir¹⁸⁵. 17. yüzyılın ortalarına kadar İngiliz hukukunda jürinin tazminat kararlarının yüksek mahkemelerce denetlenmesi mümkün değildi. Jürinin dürüst ve adil davranması ise bir *writ* ile sağlanıyordu. Eğer jürinin davada sorumluluk veya zarar hakkında yanlış karar verdiği sonucuna varılırsa, jürinin bu *writ* altında cezalandırılması söz konusu olabiliyordu. Jürinin denetlenmemesi kuralına istisna ise vücut bütünlüğüne verilen zararlar için açılan tazminat davalarıyla getirilmiştir. 17. yüzyılın ortalarında temyiz mahkemeleri vücut bütünlüğüne verilen zarara ilişkin

¹⁸⁵ Belli, s. 3.

tazminat davalarında jürinin verdiği tazminat miktarını denetleyerek, jüri kararlarının bazılarını aşırı tazminata hükmedildiği gerekçesiyle bozmaya başlamıştır. Ancak mahkemeler bozma kararına çekinceli yaklaşarak tazminat davalarında aşan kısım için bir özür bulmaya çalışmışlar ve zararı aşan kısmın amacını cezalandırma olarak nitelendirmişlerdir. Bir görüşe göre cezalandırıcı tazminatın temeli de mahkemelerin aşan kısma ilişkin bulmaya çalıştığı bu özürden doğmuştur¹⁸⁶.

Cezalandırıcı tazminatın temelini İngiliz jüri sistemine dayandıran diğer bir görüş ise bu tazminatın davacının acı, aşağılanma, gururunun zedelenmesi, elem ve üzüntü veya utanç gibi maneviyata ilişkin zararlarının karşılanması amacı ile doğduğunu ileri sürmektedir. Anglo-Amerikan hukukunun tarihi gelişiminde, önceleri elem ve ıstırap gibi gayri maddi varlıklara verilen zararın tazminata dahil edilmediği görülmektedir. Bu görüşe göre jüri cezalandırıcı tazminata hükmederek, davacının tazmin edilemeyen zararlarının tazmin edilmesini amaçlamıştır¹⁸⁷.

Diğer bir görüş ise *Common Law* ceza hukukunun tarihi gelişim sürecinde suçluların malvarlığına verilen bir zarar söz konusu olduğunda daha ağır bir biçimde cezalandırıldığını, buna karşılık kişi haklarına verilen zararlarda ceza hukukunun daha hafif cezalar öngördüğünü bu sebeple de aradaki dengenin özel hukuk tarafından cezalandırıcı tazminat kurumu ile sağlandığını ve cezalandırıcı tazminatın bu şekilde ortaya çıktığını ileri sürmektedir¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Walther/Plein, s. 370; Sales, s. 354; Sales/Cole, s. 1120-1121; Lenz, s. 13-14.

¹⁸⁷ Walther/Plein, s. 370-371; Sales, s. 354; Sales/Cole, s. 1121-1222; Lenz, s. 14.

¹⁸⁸ Walther/Plein, s. 371; Sales, s. 355; Sales/Cole, s. 1123-1124.

Bir görüşe göre ise çoklu tazminatlar ve dolayısıyla cezalandırıcı tazminat, 13. yüzyıldan beri İngiltere tarihinin bir parçasıdır. Bu açıdan cezalandırıcı tazminatın ilk örneği 1278 yılında Kral I. Edward tarafından çıkarılan *Gloucester Kanunu*'nun 5. bölümünde yer almaktadır. Kanun'un bu bölümünde, zarar verenin zararının üç katı tutarında tazminat ödemesi gerektiğini düzenlemiştir¹⁸⁹.

Hangi şekilde doğmuş olursa olsun cezalandırıcı tazminat doktrini *Common Law*'da gelişmiş bir kavram olup örnek niteliğinde tazminat (*exemplary damages*) terimi ilk kez 1763'de İngiltere mahkemeleri önünde görülen *Huckle v. Money* davasında¹⁹⁰ zikredilmiştir¹⁹¹.

Aynı yıllarda görülen diğer bir dava olan *Wilkes v. Wood* davasında¹⁹² da mahkemeler cezalandırıcı tazminat kurumunun işlevine ilişkin temelleri tespit etmiştir. Olayda *North Briton* adlı gazetenin eki olarak krala hakaret eden bir broşür yayımlayan *John Wilkes*'in, bu olay üzerine Kral'ın emriyle evi aranmış ve bazı eşyalarına el konulmuştur. Bunun üzerine *Wilkes*, taşınmaz mala tecavüz sebebiyle mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme, tazminatın sadece zarar görenin, zararının

¹⁸⁹ Schlueter, s. 5; Levit V.B.: Punitive Damages: Yesterday, Today and Tomorrow, Ins. L. J. 1980, s. 258.

¹⁹⁰ *Huckle v. Money* 95 Eng. Rep. 768 (C.P. 1763); Davacı *Huckle*, Krala bağlı memurları yasa dışı araştırma ve haciz, müessir fiil ve hatalı mahkûmiyet sebebiyle dava etmiş ve mahkeme, gerçek zarar 20 £ olmasına rağmen, mahkeme 300 £ örnek niteliğinde tazminata hükmetmiştir.

¹⁹¹ Walther/Plein, s. 371; Sales/Cole, s. 1120; Lenz, s. 14.

¹⁹² “...jüri, gerçekleştirilen zarardan fazla bir tazminata hükmetme yetkisine sahiptir. Tazminatlar, sadece zarar gören kişiyi tatmin etme amacıyla değil, ancak benzer şekilde zarar vereni cezalandırma, aynı davranışın gelecekte yapılmasını engelleme ve jürinin davranışı kınadığının göstergesi olma amacıyla tasarlanmıştır...” *Wilkes v. Wood* 98 Eng. Rep. 489 (C.P. 1763).

tazmin edilmesine değil, aynı zamanda zarar vereni cezalandırma ve zarar verici hareketin önlenmesi amacına da hizmet etmesi gerektiğini belirtmiştir. Böylece cezalandırıcı tazminatın amacı ilk kez bir mahkeme kararıyla tespit edilmiş olup amacın, cezalandırma ve önleme olduğunu açıkça belirtilmiştir¹⁹³.

Aynı yıllarda mahkemeler, cezalandırıcı tazminat için bir açıklama bulma gayretine de girişmişlerdir. 18. ve 19. yüzyıllarda genel bir kural olarak haksız fiillerde sadece maddi zararların tazminine izin verilmekteydi. Manevi zararlar ise, şeref ve haysiyetin ihlali, vücut bütünlüğünün kasıtlı ihlali gibi, sadece tanınmış belli başlı haksız fiil türleri için mümkün olabilmekteydi. Cezalandırıcı tazminat gün geçtikçe tazmini mümkün olmayan manevi zararların tazmini amacına hizmet etmeye başlamıştır. Bağlantılı olarak, olarak cezalandırıcı tazminat, aşağılanma ve itibarın zedelenmesi gibi gerçek bir zararın bulunmadığı veya çok az olduğu hallerde de kullanılmıştır. Son olarak mahkemeler bu süreçte cezalandırıcı tazminatı, kamu düzenini koruma adına zarar verenden intikam almaya hizmet ettiğini belirtmişler ve bu amaca hizmet etmesi için de kullanmışlardır¹⁹⁴.

19. yüzyılın ortalarına kadar cezalandırıcı tazminat İngiltere’de birçok tazminat davasında yer bulmuştur. Cezalandırıcı tazminatın lehine ve aleyhine birçok görüş ortaya atılmıştır. Ancak 1964 yılında cezalandırıcı tazminata *Rookes v. Barnard* davasıyla¹⁹⁵ sınırlamalar getirilmiş ve o tarihten itibaren de İngiliz hukukunda cezalandırıcı tazminat etkisini ve önemini yitirmiştir¹⁹⁶. Bu dava ile

¹⁹³ Schuluter, s. 5; Belli, s. 4; Sales/Cole, s. 1120, dp. 8; Lenz, s. 14; Boston, P. I, Ch. I, s. 6-7.

¹⁹⁴ Boston, P. I, Ch. I, s. 7-10.

¹⁹⁵ *Rookes v. Barnard* [1964] A.C. 1129.

¹⁹⁶ Belli, s. 4; Lenz, s. 15.

cezalandırıcı tazminatın ancak üç halde söz konusu olabileceği kabul edilmiştir. Bu üç hal, açık bir yasa hükmünün var olması, kamu görevlilerinin vatandaşlara karşı yetkilerini kötüye kullanması ve zarar verenin bir tazminatla karşı karşıya kalacağını bilmesine rağmen, fayda maliyet analizi yaparak zarar verene tazminat ödemesinin kendi yararına olacağını tespit ederek zarar verici davranışta bulunması halidir¹⁹⁷. Bu hallerin ortak özelliği zarara eşit olarak hükmedilen tazminatın yeterli bir caydırıcılığa sahip olmaması sebebiyle cezalandırıcı tazminata izin verilmesidir. *House of Lords*'un cezalandırıcı tazminatı belli kategorilerle sınırlandıran bu kararı birçok alt derece mahkemesinde ve diğer *Commonwealth* ülkelerinde eleştirilmekle birlikte, mahkeme bu görüşünden vazgeçmemiş ve 1972 tarihli *Cassell & Co. Ltd. v. Broome* davasında¹⁹⁸ bu görüşünü tekrar ederek, pekiştirmiştir¹⁹⁹.

¹⁹⁷ *Rookes v. Barnard* [1964] A.C. 1129; Owen D. G.; Punitive Damages in Product Liability Litigation, 74 Mich. L. Rev. 1975-1976, s. 1264, dp. 23; Lenz; s. 15-16; Wilcox V.: Punitive Damages in England, Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, (Koziol H./Wilcox V. eds.), Wien 2009, s. 9.

¹⁹⁸ *Cassell & Co. Ltd. v. Broome* [1972] A.C. 1027; olayda bir deniz subayı, 1942 senesinde deniz kuvvetleri eşliğinde Rusya'ya giden bir konvoyun yok edilmesi hakkında bir kitap yayınlayan ve kitabın arka kapağında bu olaydan dolayı kendisini sorumlu tutan bir kitabın yazarına ve yayıncısına karşı hakaret sebebiyle dava açmıştır. Davada ilk derece mahkemesi cezalandırıcı tazminat talebini kabul etmiştir. Daha sonra karar temyiz edilmiş ve temyiz mahkemesi kararı onaylamıştır ancak kararda *Rookes v. Barnard*'la oluşturulan kategori testi reddedilmiştir. Bunun üzerine davalılar Lordlar Kamarası'na başvurmuşlardır. Lordlar Kamarası da temyiz talebini reddetmiş ancak *Rookes v. Barnard*'la oluşturulan kategorileri tekrar kabul etmiş ve onaylamıştır. Davada aslında davacı *Broome*, davalı ise *Cassell & Co. Ltd.*'dir. Ancak temyizde davalı ve davacı değiştiğinden davanın resmi adı *Cassell & Co. Ltd. v. Broome* olmakla birlikte davalı ve davacının anlaşılmasını güçleştirmemek için buradan sonra dava *Broome v. Cassell* olarak anılacaktır.

İngiliz tarihinde önemli bir gelişme de İngiliz Hukuk Komisyonu'nun 1993 yılında Ağırlaştırılmış, Örnek Niteliğinde ve Eski Hale Getirmeye İlişkin Tazminatlar Hakkında Görüş Yazısı ve 1997 yılında Ağırlaştırılmış, Örnek Niteliğinde ve Eski Hale Getirmeye İlişkin Tazminatlar Hakkında Raporudur²⁰⁰. Raporun büyük çoğunluğu örnek niteliğindeki tazminatlara ayrılmıştır ve Rapor bu tür tazminatlar hakkında yeknesak bir uygulama geliştirme amacı taşımaktadır. Komisyon tarafından bu rapor ile getirilen öneriler 09.11.1999 tarihinde parlamento tarafından reddedilmekle birlikte²⁰¹, İngiliz hukukunda cezalandırıcı tazminatın tespiti açısından önem arz etmektedir.

2) AMERİKAN HUKUKUNDA CEZALANDIRICI TAZMİNATIN GELİŞİMİ

Amerikan hukukunda da cezalandırıcı tazminatın gelişimi İngiliz hukukuna benzer bir yapı sergilemektedir. Bu hukuk düzeninde de mahkemelerin cezalandırıcı tazminatın amaçları açısından tutarsız kararlar verdiği görülmektedir. Cezalandırıcı tazminat doktrininin ilk kez açıkça zikredildiği dava, 1784 yılında görülen *Genay v.*

¹⁹⁹ Owen, s. 1264, dp. 23; Lenz, s. 16.

²⁰⁰ *Law Commission Report on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, No. 247 (1997) (Rapor); *Counsultation Paper on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages* No 132 (1993) (Görüş Yazısı); Rapor'a ilişkin bilgi ve cezalandırıcı tazminata ilişkin getirilen öneriler için bkz.: Bölüm II, I.

²⁰¹ Wilcox, s. 8; Hükümetin raporu reddettiği oturumun tutanakları için bkz.: Hansard, HD Debates, Vol. 337 col. 502 (09.11.1999); http://www.publications.parliament.uk/pa/cm199899/cmhansrd/vo991109/text/91109w11.htm#91109w11.htm_sbhd2 (erişim tarihi: 09.11.2012)

Norris davasıdır²⁰². Davalı, davacı ile bir tavernada içki içerken, davalı şaka yapmak için davacının içkisine bir madde atmış ve bu sebeple davacı hastalanmıştır. Bunun üzerine mahkeme, olayda ağır kusurlu bir davranışın bulunduğunu ve davacının örnek niteliğinde tazminat (*exemplary damages*) almaya hak kazandığını belirtmiştir²⁰³.

1791 yılında *Coryell v. Colbaugh* davasında²⁰⁴ mahkeme, jüriye tazminata zarar görenin mağduriyeti veya gerçek kaybı üzerinden değil, bu tür zararların verilmesi açısından örnek olması amacıyla cezalandırma amaçlı olarak hükmetmesi gerektiği yönünde bir yükümlülük yüklemiştir. Aynı zamanda mahkeme cezalandırıcı tazminata hükmedilmesinin jürinin davalıyı kınadığının bir göstergesi olacağını ve başkalarına örnek teşkil edeceğini belirtmiştir²⁰⁵. Bu gelişmelerle birlikte Amerikan mahkemeleri tazminatın telafi etme amacını bir kenara bırakarak, cezalandırıcı tazminatı davalının kötünietli davranışını kınamak amaçlı olarak kullanmıştır. Bu şekilde de Amerikan hukukunda cezalandırıcı tazminatın temel amacının ve hukuki dayanağının cezalandırmak olduğu kabul edilmiştir²⁰⁶.

Benzer şekilde Amerikan Yüksek Mahkemesi 1851 yılında *Day v. Woodworth* davasında²⁰⁷ verdiği kararda cezalandırıcı tazminatın işlevinin tazmin etmek değil, cezalandırmak olduğunu ve jürinin haksız fiil davalarında cezalandırıcı

²⁰² *Genay v. Norris* 1 SCL 6 (1784).

²⁰³ Boston, P. I, Ch. I, s. 11.

²⁰⁴ *Coryell v. Colbaugh* 1 N.J.L. 90 (1791).

²⁰⁵ Sales/Cole, s. 1124; Bell /Pearce, s. 3; Lenz, s. 16.

²⁰⁶ Walther/Plein, s. 371.

²⁰⁷ *Day v. Woodworth* 54 U.S. 363 (1851).

tazminata hükmedebilmesinin *Common Law*'un yerleşik bir kuralı haline geldiğini belirtmiştir. Buna karşılık 1873 yılında *Fay v. Parker* davasında²⁰⁸ mahkeme, cezalandırıcı tazminat aleyhine görüşünü beyan etmiş ve cezalandırıcı tazminatin yanlış ve hukukun bütünlüğünü bozacak bir kavram olduğunu ifade etmiştir. Böylece 19. yüzyılda Amerikan hukukunda tazminatin, tazmin etme amacı dışında herhangi bir amaca hizmet etmesi gerekip gerekmediği hususunda tartışmalar başlamıştır²⁰⁹.

1935 yılına kadar Louisiana, Massachusetts, Nebraska ve Washington dışındaki eyaletlerde cezalandırıcı tazminat değişik şekillerde benimsenmiştir²¹⁰. Cezalandırıcı tazminatı benimseyen eyaletlerde cezalandırıcı tazminat farklı şekillerde uygulanmakta ve farklı sınırlamalara tabi tutulmaktadır. Örneğin, New Hampshire ve Michigan hukuklarında cezalandırıcı tazminata ağır manevi zararın giderilmesi için hükmedilmektedir. Yani bu hukuk düzenlerinde cezalandırıcı tazminat İngiliz hukukundaki ağırlaştırılmış tazminatlara benzer şekilde ele alınmaktadır. Indiana'da cezalandırıcı tazminata ancak davalının eyleminin ceza hukuku açısından aynı zamanda bir suç olarak kabul edilmediği hallerde hükmedilirken, Connecticut'ta ise cezalandırıcı tazminat davacının yargılama

²⁰⁸ *Fay v. Parker* 53 N.H. 342 (1873).

²⁰⁹ Belli, s. 4; Sales/Cole, s. 123; Boston, P. I, Ch. I, s. 14.

²¹⁰ Bu eyaletlerde cezalandırıcı tazminat tamamen reddedilmiştir. McCormick, s. 279; Owen, s.1264, dp. 23; Levit, s. 257; Sales/Cole, s. 1125, dp. 43; Stoll H.: Penal Purposes in the Law of Torts, 18 Am. J. Comp. L 1970, s. 12.

masrafları tutarıyla sınırlıdır²¹¹. Bu sebeple de cezalandırıcı tazminat kurumunu tüm Birleşik Devletler için ortak bir paydada açıklamak zordur²¹².

Özellikle 60'lı yıllarda cezalandırıcı tazminat, üreticinin sorumluluğu açısından önem kazanmıştır. Mahkemeler cezalandırıcı tazminatı özellikle ilaç üreticilerinin sorumluluğunda kullanmışlardır²¹³. Daha sonraki gelişmeler ise araç üreticilerinin sorumluluğu konusunda mahkemelerin cezalandırıcı tazminata hükmettiğini göstermektedir²¹⁴. Üstelik bu davalarda hükmedilen cezalandırıcı tazminat miktarı milyon dolarlarla ifade edilmektedir. 80'li yıllarda ise cezalandırıcı tazminat hükmü içeren kararların sayısı hızla artış göstermiştir. Bunun ilk sebebi, zarar gören kişilerin cezalandırıcı tazminat talep ederek gerçek zarardan fazla tazminat elde edebileceklerini öğrenmiş ve bu sebeple de cezalandırıcı tazminat taleplerinin artmış olmasıdır. İkinci sebebi avukatlık ücretinin kazanılan tazminat

²¹¹ McCormick, s. 279; Stoll, s. 12

²¹² Lenz, s. 17.

²¹³ *Toole v. Richard-Merrell Inc.* 251 Cal. App. 2d 689, 60 Cal. Rptr. 398 (1967); Olayda Richard-Merrell şirketi yanlış test sonuçlarına dayanarak onayını aldığı damar sertliği tedavisinde kullanılan bir ilacı piyasaya sürmüştür. Ancak ilacın üretici tarafından bilinen yan etkileri tüketiciden saklanmıştır. Şirket, bu yan etkilerin varlığı hakkında uyarılmasına rağmen ilacı piyasadan toplatmamıştır. Dava sonucunda mahkeme şirketi 250.000 \$ cezalandırıcı tazminat ödemeye mahkum etmiştir. Ayrıca bkz: Lenz, s. 18.

²¹⁴ *Grimshaw v. Ford Motor Co.* 119 Cal. App. 3d 757, 174 Cal. Rptr. 348 (1981); *Dorsey v. Honda Motor Co.* 655 F.2d 650 (5th Cir. 1981); *Toyota Motor Co. v. Moll* 438 So. 2d 192 (1983).

oranında hesaplanması (*contingent fee*) sistemini²¹⁵ kabul eden Amerika Birleşik Devletleri'nde cezalandırıcı tazminatın avukatlar içinde çekici hale gelmiş olmasıdır. Son sebep ise genelde şirketlerin özellikle sorumluluk sigortalarını cezalandırıcı tazminatı da kapsayacak şekilde genişletmiş olmalarıdır. Bunun neticesinde zarar gören kişiler, tazminatın sigorta şirketi tarafından karşılanacak olduğunu bilerek, talep miktarını arttırmaya başlamıştır²¹⁶.

Günümüzde halen beş eyalet cezalandırıcı tazminatı reddetmektedir. Bu eyaletler Louisiana, Massachusetts, Nebraska, New Hampshire ve Washington'dur²¹⁷. Kıta Avrupası hukuk çevresine yakın bir hukuk sistemi benimseyen Louisiana'da aksi kanunla öngörülmedikçe cezalandırıcı tazminata izin verilmeyeceği ilkesi benimsenmiştir. *Common Law*'a dahil eyaletlerden Nebraska ve New Hampshire cezalandırıcı tazminatı tamamen reddetmiş, Massachusetts ve Washington ise Louisiana gibi ancak kanuni bir düzenleme olması halinde cezalandırıcı tazminata hükmedilebileceği ilkesini benimsemiştir²¹⁸. Ayrıca New Hampshire'da cezalandırıcı tazminatın bir nevi manevi tazminat olarak ele alındığı görülmektedir. Connecticut cezalandırıcı tazminatın zarar görenin yargılama masraflarını aşamayacağına ilişkin bir düzenleme getirmiştir ve bu yüzden de bu

²¹⁵ Bu sistemde avukatlar ancak mahkeme önünde davayı kazanmaları halinde avukatlık ücreti hak etmektedir. Avukatlık ücreti ise dava sonunda elde edilen tazminat miktarına göre hesaplanmaktadır. Black's Law Dictionary, s. 338.

²¹⁶ Lenz, s. 18-19.

²¹⁷ McCormick, s. 279; Long J. D.: Punitive Damages: An Unsettled Doctrine, 25 Drake L. Rev. 1975-1976, s. 873; Sebok A. J.: Punitive Damages in the United States, Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, (Koziol H./Wilcox V. eds.), Wien 2009, s. 155.

²¹⁸ Sebok, s. 155.

eyalette cezalandırıcı tazminatın telafî edici tazminatlardan olduğu belirtilmektedir. Michigan’da da bu tür tazminatların amacının telafî etmek olduğu, cezalandırma amacıyla bu tazminatlara hükmedilemeyeceği belirtilmektedir²¹⁹. Diğer eyaletler ise çeşitli sınırlamalara bağlı olarak cezalandırıcı tazminatı benimsemişlerdir²²⁰.

B) CEZALANDIRICI TAZMİNATIN İŞLEVLERİ

Bu tür tazminatların amacı ağır kusurlu eylemi için bir kimseyi cezalandırmak ve zarar verenin ve diğerlerinin gelecekteki benzer eylemlerini önlemektir. Bu sayılan amaçlar ceza hukukunun amaçlarına benzer olmakla birlikte, *Common Law*’un tarihsel gelişim sürecinde haksız fiil hukuku ceza hukukundan etkilenmiştir. Nitekim *Common Law*’da bazı haksız fiiller, ceza hukukunda yer alan suçlarla aynı adları taşır. Örneğin, kişinin vücut bütünlüğüne direk ve kasıtlı tecavüz olan *battery*, kasıtlı zarar verici ya da incitici bir fiil ile mağdurda fiziksel bir zarara maruz kalacağına dair makul bir endişe yaratılması hali olan *assault*, yararlanma hakkının ihlali olan *nuisance* ve *tresspass* (tecavüz) hem birer haksız fiil hem de ceza hukukuna ait suç tipleridir ve hem haksız fiil hukukunda hem de ceza hukukunda aynı isimlerle anılmaktadır. Bu ortak gelişim süreci sebebiyle, cezalandırıcı tazminat da hem ceza hukukuna hem de haksız fiil hukukuna ait özellikler içermektedir²²¹.

Cezalandırıcı tazminatın ana işlevleri cezalandırma ve önleme olsa da, başka bazı işlevlerine de değer atfedilmektedir. Nitekim *Ellis* tüm görüşleri toparlayarak, cezalandırıcı tazminatın yedi ana işlevinin bulunduğunu tespit etmiştir. Yazara göre

²¹⁹ Schlueter, s. 31.

²²⁰ Diğer eyaletler için bkz.: Koziol H./Wilcox V. (eds.): *Annex, Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wien 2009, s. 309-323.

²²¹ Boston G. W.: *Punitive Damages in Tort Law*, P. I, Ch. 2, 1993, s. 4-5 (P. I, Ch. 2).

bu sebepler şunlardır²²²; Davalının cezalandırılması, davalının zarar verici davranışının önlenmesi, sadece davalının değil, genel olarak zarar verici eylemin önlenmesi, genel barışın korunması, özel hukuk yaptırımlarının teşvik edilmesi, zarar görenin tazmin edilmesi mümkün olmayan zararlarının ve davacının yargılama masraflarının giderilmesi.

Yazar bu görüşleri değerlendirerek cezalandırıcı tazminatın işlevlerini iki ana başlığa indirmiştir ve bunların cezalandırma ve önleme olduğunu belirtmiştir. Özellikle zarar görenin, tazmin edilmesi mümkün olmayan zararlarının ve davacının yargılama masraflarının giderilmesi sebeplerine karşı çıkmıştır. Bu iki sebebin bazı hallerde cezalandırıcı tazminata hükmedilirken neden bazı hallerde hükmedilmediğini açıklayamadığını belirtmiştir²²³. Bunların yanı sıra doktrinde cezalandırıcı tazminatın işlevlerini eğitime, ıslah (cezalandırma), önleme, tazmin etme ve hukukun uygulanması olarak tespit eden yazarlar da bulunmaktadır²²⁴.

Başka bazı görüşler bulunmakla birlikte Anglo-Amerikan hukuk doktrin ve mahkeme kararlarında cezalandırıcı tazminatın esas olarak iki işlevi bulunduğu yönünde bir görüş birliği bulunmaktadır. Nitekim cezalandırıcı tazminatı benimseyen eyaletlerin büyük bir çoğunluğunda, cezalandırıcı tazminatın işlevinin cezalandırma ve önleme olduğu kabul edilmektedir²²⁵. Bazı hukuk düzenleri cezalandırıcı

²²² Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ellis, s. 3.

²²³ Ellis, s. 10-12.

²²⁴ Owen D. G.: A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform, 39 Vill. L. Rev. 1994, s. 374 (Overview).

²²⁵ Sales/Cole, s. 1126; Jacoby F. W.: The Relationship of Punitive Damages and Compensatory Damages in Tort Actions, 75 Dick. L. Rev. 1970-1971, s. 587-588.

tazminata sadece cezalandırma işlevi yüklerken diğer bazı eyaletler sadece önleme amacı taşıdığını da kabul etmektedir. Ancak azınlıkta da olsa halen bazı eyaletler cezalandırıcı tazminatın amacının tazmin edilebilir zararlara ek bir mükâfat olarak görmektedir²²⁶.

1) CEZALANDIRMA

Cezalandırıcı tazminatı benimseyen eyaletlerin, zarar görenin zararını telafi etme amacı taşımayan bu tür tazminatların işlevinin, cezalandırma ve önleme olduğunu kabul ettiği görülmektedir. Nitekim cezalandırıcı tazminatın en temel felsefesi büyük bir zarara sebep olan kişinin cezalandırılmasıdır. Özellikle Amerikan hukuku açısından değerlendirildiğinde bu tür tazminatları kabul eden eyaletlerin çoğunda toplum tarafından kabul edilemez bulunan eylemlerin cezasız ve karşılıksız kalmayacağı fikri ağır basmaktadır²²⁷.

Bu tür bir cezalandırma, Amerikan hukuk doktrini tarafından hukukun iki temel ilkesi olan eşitlik ve özgürlüğün korunması açısından da uygun görülmektedir. Nitekim bu yöndeki görüşler, cezalandırılan eylemi suç benzeri bir eylem olarak nitelendirmektedir. Bu sebeple de zarar verenin cezalandırılması, hem zarar veren hem de toplum için bir ıslah mekanizması olarak görülmektedir. Eğer zarar veren kişi sadece verdiği zarar kadar tazminat ödemeye mahkum edilirse ıslah amacı gerçekleştirilememiş olur. Bu tür bir tazminat ile zarar verenin cezalandırılması, zarar görenin ihlal edilen hakları için gereklidir. Böylece hukuk, eşitliği ve kişilerin birbirlerinin haklarına karşı saygı duymalarını da garanti altına almaktadır. Benzer

²²⁶ Sales/Cole, s. 1126.

²²⁷ Speiser/Krause/Gans, s. 233.

şekilde cezalandırıcı tazminat, tüm toplumun çıkarlarını korumaya yönelik bir ıslah işlevine de sahiptir. Nitekim kişiler kendi haklarını, başka kişilerin haklarının başladığı yerle sınırlı olarak kullanırlar. Zarar veren kişi bir kimsenin hakkını ihlal ederken toplum tarafından çizilmiş bu sınırların ötesine geçmektedir. Bu sınırın ötesine geçen zarar veren, bu davranışıyla birlikte tüm toplumun haklarını ihlal etmiş olur. Cezalandırıcı tazminat sayesinde bu toplumsal hakları ihlal eden kişinin de cezalandırılmak suretiyle ıslahı söz konusu olur²²⁸.

Genellikle bu tür tazminatlar, zarar verenin davranışının cezalandırılması amacı taşımakta olduğundan davranışın cezalandırılacak kadar ağır, tazminatın da cezalandırılacak kadar fazla olması gerekir. Bu durumda problem hangi miktardaki tazminatın zarar vereni cezalandırma amacını gerçekleştirmeye hizmet edeceğinin tespitidir. Bu nedenle jüri, karar vermeden önce zarar verenin mali durumunu araştırmaktadır. Ancak bu şekilde mahkeme, tazminatın ceza amacına hizmet etmesini sağlayabilir²²⁹. Kural olarak davalının mali durumu tazminat hukuku ve telafi edici tazminatlar açısından önem taşımamaktadır. Tazminatlar zarar görenin gördüğü zarara göre hesaplanır. Ancak cezalandırıcı tazminatta davalının mali durumu önem arz etmektedir²³⁰. Nitekim cezalandırıcı tazminata getirilen eleştirilerden biri de cezalandırma amacının gerçekleştirilmesi için tespit edilecek tazminat miktarının kişiye göre değişiklik göstermesidir.

²²⁸ Owen, s. 711-712; Owen, Overview, s. 375-376.

²²⁹ Jacoby, s. 588.

²³⁰ Long, s. 885.

Kökeni İngiltere mahkemelerinde görülen *Wilkes v. Wood*²³¹ davasında bulunan cezalandırma işlevi, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 1851 yılında *Day v. Woodworth* davasında²³² “*davacının zararı yerine davalının eylemini dikkate alarak hükmettiği cezalandırıcı tazminat Amerikan hukukunun iyi düzenlenmiş bir kuralıdır. Ortak hukuk, kanuna dayanan hukukta olduğu gibi kişileri hukuka aykırı fiilleri için cezalandırılır. Özel hukuk ve tazminat davalarında da zarar gören tarafa bir miktar para ödenmesi ceza olarak verilebilir*” şeklinde ifade edilmiştir.

Bunun gibi *Restatement (First) of Torts* (1939) § 908, cezalandırıcı tazminatı “*...hukuka aykırı eylemi işleyen kişinin cezalandırılması için aleyhine hükmedilen miktar*” olarak tanımlamıştır. Yine aynı maddenin yorumunda cezalandırıcı tazminatın amacı “*hukuka aykırı eylemi yapan kişinin cezalandırılması ve kişinin ve diğerlerinin, gelecekteki benzer eylemleri için cesaretini kırma*” olarak tespit edilmiştir. *Restatement (Second) of Torts* (1979) § 908’de de cezalandırıcı tazminatın amacı benzer şekilde düzenlenmiştir.

Illinois mahkemesi tarafından verilen bir kararda ise cezalandırma işlevi açıkça ifade edilmiştir²³³; “*Bugün Illinois’de cezalandırıcı tazminatın işlevi açıkça bir tanedir –o da davalıya ceza vermektir. Bu ceza sırasıyla üç hususu desteklemek için tasarlanmıştır; (1) davalıya ödetmek (retribution) için hareket etmek, (2) davalının gelecekteki benzer aykırılıklarının önlenmesi, (3) başkalarının benzer davranışlarının önlenmesi*”. Bu karardan da anlaşılacağı üzere cezalandırıcı tazminat

²³¹ *Wilkes v. Wood* 98 Eng. Rep. 489 (C.P. 1763); bkz: s. Dp.

²³² *Day v. Woodworth* 54 U.S. 363 (1851).

²³³ *Kemmer v. Monsanto Co.* 217 Ill. App. 3d. 188, 160 Ill. Dec. 192, 576 N.E.2d. 1146 (5th Dist. 1991).

temelde ceza hukukunun işlevlerini yerine getirmeyi amaçlayan bir yapıya sahiptir²³⁴.

Cezalandırıcı tazminatın özel işlevlerinden en önemlisinin ağır bir eylem ile zarara uğramış kimsenin tazminat ile tatmin edilmesi, başka bir ifadeyle intikam hislerinin yatıştırılması olduğu da kabul edilmektedir. Ayrıca belirtmelidir ki mahkemeler cezalandırıcı tazminatın cezalandırma (*punishment*) işlevini kararlarında açıkça belirtmek yerine ödetme-öç alma anlamına gelen *retribution* ifadesini kullanmayı tercih etmişlerdir. Çoğu kararda cezalandırıcı tazminatın ödetme (*retribution*) ve önleme (*deterrence*) amaçlarına hizmet ettiği belirtilmiştir. Mahkemeler cezalandırmanın ise cezalandırıcı tazminatın hesaplanmasında kullanılan bir etmen olduğunu belirtmiştir²³⁵. Buna karşılık çok az mahkeme kararında bu tür tazminatların ilk ve temel amacının cezalandırma olduğu görüşü vurgulanmıştır. Örneğin bir davada Minnesota Yüksek Mahkemesi, cezalandırıcı tazminata davalının haksız eylemini cezalandırmak amacıyla hükmettiğini belirtmiştir. Montana Yüksek Mahkemesi ise kararında, cezalandırıcı tazminatın amacının davacıyı tazmin etmek değil, davalıyı cezalandırmak olduğunu tespit etmiştir. Benzer şekilde Hawaii ve Delaware Yüksek Mahkemeleri de kararlarında cezalandırma işlevine özellikle vurgu yapmışlardır²³⁶. Bu örnekler dışında hemen

²³⁴ Speiser/Krause/Gans, Vol 2A, s. 233; Boston, P.I, Ch. 2, s. 13.

²³⁵ Ayrıntılı bilgi ve mahkeme kararları için bkz.: Speiser/Krause/Gans, Vol 2A, s. 234-235; Boston, P.I, Ch. 2, s. 14-16

²³⁶ *Gryc v. Dayton-Hudson Corp.* 297 NW2d 727, 741, 1980; *Shahrokhfar v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co.* 194 Mont. 76, 634 P2d 653, 659 (1981), 27 ALR4th 309; *Lauer v. YMCA* 57 Hawaii 390 (1976), 557 P2d 1334, 1342; *Riegel v. Aastad* 272 A2d 711, 714 (1970, Del. Sup)

hemen diğ er bütün kararlarda cezalandırıcı tazminatın temel iki işlevinin bulunduğ u ve bu işlevlerin cezalandırma ve önleme olduğ u belirtilmiştir²³⁷.

2) ÖNLEME

Cezalandırıcı tazminatın ikinci işlevi önlemedir. Doktrinde kabul edilen görüş e göre genel olarak cezalar ve özellikle bir tazminat türü olarak cezalandırıcı tazminat, caydırma yani gelecekteki benzer davranışların önlenmesi amacını taşımaktadır. Bu tür tazminatların önleme amacına hizmet etmesi, temelde iki sebebe dayanmaktadır. Bunlar, hukukun açıkça bir diğ er kimsenin haklarını ihlal eden kişiyi cezalandırması ve ileride zarar verme ihtimali olan kişilerin, eylemin hukuk tarafından yasaklandığ ını ve bu nedenle de cezalandırılacaklarını bilmesidir. Genel görüş, haksız fiilin sadece verilen zarar kadar tazminat sonucu doğuracağı yönündedir. Ancak bu tür tazminatlar zarar verenin yasal bir müeyyide ile karşılaşacağını bilerek hem eğ itme işlevini yerine getirecek, hem de verilen zarardan fazla tazminat ödemesi sonucunu doğuracağı için kişiyi bu davranıştan caydırarak olası zararları önleyecektir²³⁸.

Önleme işlevi özel ve genel önleme olarak iki şekilde ele alınabilir. Özel önleme işlevi cezalandırıcı tazminatın zarar verenin aynı davranış ı tekrar etmekten caydırılmasını ifade eder. Genel önleme işlevi ise zarar verenin değ il, zarar verici eylemi henüz işlememiş üçüncü kişilerin, gelecekte benzer eylemleri yapmaktan caydırılması amacına hizmet eder. Bu açıdan cezalandırıcı tazminat örnek niteliğindedir. Ancak cezalandırıcı tazminatın üçüncü kişilerin benzer davranışları

²³⁷ Speiser/Krause/Gans, Vol 2A, s. 234-235; Boston, P.I, Ch. 2, s. 14-16.

²³⁸ Owen, Overview, s. 377-378.

önleme amacına hizmet eden bu işlevi doktrinde eleştirilmektedir. Çünkü bu halde cezalandırıcı tazminat haksız fiilin tarafı olmayan üçüncü kişilerin davranıştan caydırılması amacına hizmet ederken, zarar verenin aşırı bir tazminat ödemesine yol açmaktadır²³⁹.

Önleme işlevinin özellikle zarar verici davranışın yapılmasından önce kâr amacı güderek hareket eden ticari işletmeler açısından önem taşıdığı savunulmaktadır. Örneğin üreticinin sorumluluğu ele alındığında, ürün de bir ayıp olduğunu bilen üreticinin cezalandırıcı tazminat ödemeye mahkum bırakılacağını bilmesi halinde bu tür malları piyasaya sürmekten cayabileceği ve cezalandırıcı tazminatın üreticiye karşı herhangi bir yasal yola başvurmamış ancak ayıplı maldan zarar görmüş diğer kişilerin de uğradığı zararların davacı lehine olmakla birlikte, üreticinin cebinden tazminat olarak çıkması amacına hizmet edeceği belirtilmektedir²⁴⁰.

Bu amaç ceza hukukunun ulaşmaya çalıştığı amaç ile benzerlik göstermektedir. Burada amaç, hapis cezasında olduğu gibi özel hukuk alanında zarar vereni yaptığı zarar verici eylemden alıkoymaktır. Bu kapsamda kişi bir suç işlediğinde nasıl özgürlüğünden mahrum kalacağını biliyorsa, zarar verici eylemin sonucunda da yüksek miktarda para ödemesi gerektiğini bilecek ve bu zarar verici eylemi işlemekten kaçınacaktır²⁴¹.

²³⁹ Dobbs D.B: Ending Punishment in “Punitive” Damages: Deterrence Measured Remedies, 40 Ala L. Rev. 831, 1989, s. 846-847 (Ending Punishment).

²⁴⁰ Owen, Overview, s.378.

²⁴¹ Jacoby, s. 589.

Önleme işlevi Tennessee Yüksek Mahkemesi tarafından 1858’de görülen *Polk, Wilson & Co. v. Fancher* davasında²⁴² ifade edilmiştir. Alt derece mahkemesi cezalandırıcı tazminata hükmetmemiş ancak Yüksek Mahkeme kararı bozmuştur. Yüksek Mahkeme bozma kararında “*ilk derece mahkemesi olayın sadece gerçek zararın tazmin edilmesi gereken ve cezalandırıcı tazminata hükmedilmeyecek bir olay olduğu hususunda yanılmıştır. Bu tür zararlar da sadece davacıyı tazmin etmek amacıyla değil davalıyı cezalandırmak ve diğer kimselerin benzer davranışlarını önleme amacıyla da tazminata hükmedilmelidir*” ifadesini kullanmıştır.

Cezalandırıcı tazminat açısından önleme işlevi Maine Yüksek Mahkemesi tarafından “uygun bir gerekçe” olarak nitelendirilmiştir. Georgia Yüksek Mahkemesi ise özellikle özel önleme işlevi üzerinde durmuş ve tazminatın zarar verenin benzer davranışlardan caydırılması amacına hizmet ettiğini vurgulamıştır. Idaho Yüksek Mahkemesi ise önleme işlevini ana sebep olarak göstermekle kalmamış, tüm haksız fiil tazminatları açısından uygun bir sebep olarak nitelendirmiştir. Hatta mahkeme davalarda cezalandırma değil, önleme işlevinin ağırlıkla göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiş, cezalandırmanın ise ceza hukukuna ait bir işlev olduğunu özellikle vurgulamıştır²⁴³.

Yine *Restatement (First) of Torts* (1939) ve *Restatement (Second) of Torts* (1979) § 908’in yorumunda cezalandırıcı tazminatın diğer bir işlevinin önleme olduğu belirtilmektedir. Ancak *Restatement (Second) of Torts* cezalandırıcı

²⁴² *Polk, Wilson & Co. v. Fancher* 1 Head 336, 38 Tenn. 336 (Tenn.), 1858 WL 2918 (Tenn.).

²⁴³ *Foss v. Maine Turnpike Authority* 309 A2d 339, 345 64 ALR3d 1230, (197, Me); *WMH, Inc. v. Thomas* 260 Ga 654, 398 SE2d 196, (1990, Ga); *Jolley v. Puegro Co.* 94 Idaho 702, 496 P2d 939, 945-946, 1972.

tazminatın önleme amacını hükümde açıkça düzenlemektedir. *Restatement (First) of Torts* ise maddede bu amacı açıkça belirtmemekte, önleme amacı hükmün yorumunda ele alınmaktadır. Böylece *Restatement (First) of Torts* cezalandırma amacına öncelik vermekte ancak *Restatement (Second) of Torts* her iki amacı da eşit şekilde ele almaktadır²⁴⁴.

3) TAZMİN ETME

Bazı eyaletlerde cezalandırıcı tazminatın zarar vereni cezalandırmak ve önlemek dışında zarar verene ek bir tazminat ödenmesini sağladığı ve bu sebeple de tazmin etme işlevinin bulunduğunu belirtilmektedir. Bu görüşe göre bu tür tazminatlar, zarar görenin maddi olmayan veya ispatı mümkün olmayan zararlarının tazmini işlevini görür. Eyaletlerin çoğunda bu görüş reddedilse de bazı eyaletler zarar verenin cezalandırılması işlevinin ceza hukukuna ait olması sebebiyle cezalandırıcı tazminatın tazmin etme işlevi olduğunu da vurgulamaktadır²⁴⁵.

Connecticut mahkemeleri bu görüşü benimsemiş ve bunu şu şekilde ifade etmiştir; “*cezalandırıcı tazminatın amacı, davalıyı eylemi için cezalandırmak değil, davacıyı gördüğü zarar sebebiyle tazmin etmektir ve cezalandırıcı veya örnek niteliğindeki tazminat adı verilen tazminatlar davacının yargılama masraflarını geçemez.*” Benzer şekilde Michigan mahkemelerine göre de cezalandırıcı tazminat, telafi edici tazminat miktarını genişletir ancak bu örnek veya ceza niteliğinde ayrı bir tazminata izin verildiği anlamına gelmez. Teksas Yüksek Mahkemesi de, cezalandırma ve önleme işlevi dışında cezalandırıcı tazminatın tazmin etme işlevini

²⁴⁴ Lenz, s. 22.

²⁴⁵ Boston, P. I, Ch. 2, s. 21

vurgulamıştır. Mahkemeye göre, cezalandırıcı tazminatın takdirinde zarar görene verilen rahatsızlık, yargılama masrafları, aşağılanma ve zarar görme hissi ve gerçek zararlardan uzak olan diğer kayıplar göz önüne alınmalıdır²⁴⁶.

Amerikan mahkeme kararlarında görüldüğü üzere bazı mahkemeler, yargılama masrafları açısından cezalandırıcı tazminatın tazmin etme işlevinin bulunduğunu belirtmektedir. Klasik doktrini benimseyen İngiliz hukukunda kural olarak davayı kazanan tarafın vekalet ücreti ve yargılama masrafları da davayı kaybeden taraf tarafından karşılanır (İngiliz Kuralı-Kaybeden Öder). Ancak klasik doktrin Amerikan hukuku tarafından benimsenmemiştir²⁴⁷. Amerikan hukukunda kabul edilen kurala göre aksi herhangi bir kanun ile düzenlenmemişse, davayı kaybeden taraf yerine herkes kendi yargılama masraflarına ve özellikle avukatlık ücretine kendisi katlanır. Bu kural “Amerikan Kuralı (*American Rule*)” adıyla anılır²⁴⁸. Cezalandırıcı tazminat bazı eyaletlerde bu yargılama giderlerinin tazmini amacı taşımaktadır. Bu sebeple de özellikle Amerikan hukukunda cezalandırıcı tazminatın tazmin etme amacı taşıdığı da belirtilmektedir. Söz konusu eyaletlerde

²⁴⁶ *Doroszka v. Lavine* 111 Conn. 575, 578, 150 A 692, 69 ALR 1279 (1930); *Wise v. Daniel* 221 Mich 229, 190 NW 746, 747 (1922); *General Chemical Corp. v. De La Lastra* 815 SW2d 750 (1991, Tex App Corpus Christi).

²⁴⁷ McCormick, s. 234; Dobbs, *Ending Punishment*, s. 888.

²⁴⁸ Schlueter, s. 37; Fischer, s. 773; Boston, P.I, Ch. 2, s. 25; “Amerikan Kuralı”nın ana amacı mahkemelerin gereksiz yer işgal edilmesini engellemektir. Amerika’da hukuk ve mahkeme kararları gibi yargı işlemlerinin tümü sadece tarafların değil tüm kamunun yararına olduğu düşüncesi hakimdir. Bu sebeple uyuşmazlıkların mahkeme dışı yollarla çözüme kavuşturulmasına öncelik verilir. Amerikan kuralıyla toplumsal huzurun korunması ve çözüm bekleyen olay sayısının azaltılması da hedeflenmiştir; Fischer, s. 773-774. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz.: McCormick, s. 234 vd.

mahkemeler, zarar görenin yargılama giderlerinin cezalandırıcı tazminatın hesaplanmasında dikkate alınmasına izin vermektedir. Bunun altında yatan fikir, zarar gören kişinin yargılama giderlerine katlanarak zararının arttırılmasına izin verilmemesidir²⁴⁹. Aynı zamanda amaç, davada elde edilen tazminat üzerinden vekalet ücreti hak eden avukatın zarar miktarı ve dolayısıyla telafi edici tazminat miktarı az olan davalarda zaman ve emek harcamasını teşvik etmektir²⁵⁰.

Fakat mahkemelerin cezalandırıcı tazminat kapsamında yargılama ve vekalet giderlerini tazmin etme eğilimi eleştirilmektedir. Nitekim cezalandırıcı tazminat ve yargılama masraflarına davayı kaybeden tarafın katlanması fikrinin temelde aynı amaca hizmet etse de birbirinden farklı iki kavram olarak ayrı ayrı değerlendirilmeleri gerektiği belirtilmektedir. Vekalet ücretlerinin ve yargılama masraflarının cezalandırıcı tazminat olarak hükmedilmesi cezalandırma ve önleme amacına hizmet etmediğinden bu masraflara cezalandırıcı tazminat altında hükmedilmesi eleştirilmektedir²⁵¹. Doktrinde yargılama masraflarının giderilmesi işlevinin cezalandırıcı tazminat hükmünün amacı olmadığı, sadece hükmün bir sonucu olduğu da vurgulanmıştır²⁵².

Bu görüşlere paralel olarak Amerikan Yüksek Mahkemesinin *Day v. Woodworth* davasında verdiği kararda cezalandırıcı tazminatın zarar verenin kötüniyetli davranışının sonucu olduğu belirtilmiş, dava masraflarının ve avukatlık ücretinin ise zarar verenin fiilindeki kötüniyeti değerlendirmede kullanılamayacağını

²⁴⁹ Schlueter, s. 37.

²⁵⁰ Speiser/Krause/Gans, Vol 2A, s. 239.

²⁵¹ Schlueter, s. 38.

²⁵² Boston, P. 1, Ch. 2, s. 23-24.

belirtilmiştir. Nitekim genel görüş de yargılama masrafları ve avukatlık ücretlerinin cezalandırıcı tazminatın tespitinde dikkate alınmaması gerektiği yönündedir²⁵³. Bazı eyaletlerde bu görüş esas alınmakla birlikte, Amerikan Yüksek Mahkemesi *Day v. Woodworth* davasından yirmibir yıl sonra verilen *Oelrichs v. Spain* davasında²⁵⁴ cezalandırıcı tazminatın tespitinde yargılama giderlerinin de değerlendirilmesine ilişkin eyalet mahkemesi kararını bozmuştur. Mahkeme bozma kararında böyle bir uygulamanın kötüye kullanılma ihtimali bulunduğunu belirtmiştir. Bu yolla avukatların normal şartlarda talep edeceğinden daha fazla avukatlık ücreti talep edebilmesi ihtimalinin doğacağına karar vermiştir. Mahkeme yargılama giderleri hariç tutularak, sadece zarar verenin davranışı göz önünde bulundurularak hesaplanacak tazminat miktarının, objektif bir hesaplama olacağını belirtmektedir²⁵⁵. Nitekim eyalet mahkemelerinin çoğunda da Yüksek Mahkemenin bu görüşü benimsenmiştir. Örneğin *International Electronics Co. v. N. S. T. Metal Products Co.* davasında²⁵⁶ Pennsylvania Yüksek Mahkemesi cezalandırıcı tazminatın amacının cezalandırma olduğunu, yargılama giderlerinin tazminata dahil edilmesinin cezalandırma amacıyla bağdaşmadığını bu sebeple de cezalandırıcı tazminatın hesabında dikkate alınması gereken bir unsur olmadığını belirtmiştir..

Buna karşılık bazı mahkemeler cezalandırıcı tazminatın temelinde ve hesaplanmasında yargılama giderleri ve özellikle vekalet ücretlerinin önemli bir rol oynadığı kanısına varmıştır. Nitekim, *Brewer v. Home-Stake Production Co.*

²⁵³ Schlueter, s. 39; Boston, P.I, Ch. 2, s. 25-26.

²⁵⁴ *Oelrichs v. Spain* 82 US 211, 21 L Ed 43 (1972).

²⁵⁵ Boston, P.I, Ch. 2, s. 27.

²⁵⁶ *International Electronics Co. v. N. S. T. Metal Products Co.* 370 Pa. 213, 88 A.2d 40 (1952).

davasında²⁵⁷ Kansas Yüksek Mahkemesi yargılama giderleri esas alınarak hesaplanan cezalandırıcı tazminat hükmünü onaylamıştır. Mahkeme cezalandırıcı tazminatın cezalandırma ve önleme işlevlerini yerine getirmek amacıyla yargılama giderlerinin kapsam dahiline alınmasını uygun bulmuştur. Mahkemeye göre, bu yolla hesaplanan tazminat miktarı telafi edici değildir, bu tür bir tazminat ceza niteliğindedir ve bu sebeple de cezalandırıcı tazminatın niteliğine uygundur. Bu gerekçe Maryland Temyiz Mahkemesi ve Idaho Yüksek Mahkemesi tarafından da kullanılmıştır²⁵⁸.

Görüldüğü üzere aksi görüşler bulunmakla birlikte çoğunluk görüş cezalandırıcı tazminatın tazmin etme işlevi olmadığını belirtmektedir. Nitekim *Restatement*'ta da cezalandırıcı tazminatın cezalandırma ve önleme işlevlerine değinilmiş, tazmin etme işlevinden bahsedilmemiştir. Nitekim bazı eyaletlerde de kanuni düzenlemelerle cezalandırıcı tazminatın işlevleri açıkça ele alınmış ve tazmin etme işlevine değinilmemiştir. Örneğin Kaliforniya'da "*zarar gören telafi edici tazminata ek olarak, örnek olması için ve zarar vereni cezalandırmak amacıyla ek tazminat almaya hak kazanabilir*"²⁵⁹, düzenlemesi getirilmiştir²⁶⁰. Buna karşılık Amerikan hukukunun doğası gereği cezalandırıcı tazminatın aynı zamanda yargılama giderleri ve avukatlık masraflarının tazmini açısından yan bir amaç olarak tazmin etme amacını taşıdığı görülmektedir.

²⁵⁷ *Brewer v. Home-Stake Production Co.* 200 Kan 96, 434 P2d 828, 30 ALR3d 1435 (1967).

²⁵⁸ *St. Luke Evangelical Lutheran Church, Inc. v. Smith* 318 Md 337, 568 A2d 35 (1990); *Jolley v. Puregro Co.* 94 Idaho 702, 496 P2d 939, 947 (1972).

²⁵⁹ Kaliforniya Medeni Kanunu § 3294.

²⁶⁰ Schlueter, s. 32.

BÖLÜM II

COMMON LAW'DA CEZALANDIRICI TAZMİNATIN UYGULANMASI

I) İNGİLİZ HUKUKUNDA CEZALANDIRICI (ÖRNEK NİTELİĞİNDE) TAZMİNAT (*EXEMPLARY DAMAGES*)

A) CEZALANDIRICI TAZMİNATIN KABULÜ VE SINIRLANDIRILMASI

Cezalandırıcı veya İngiliz hukukunda anıldığı şekilde örnek niteliğindeki tazminatların temeli 18. yüzyılda verilen bazı mahkeme kararlarına dayanmıştır. İngiliz hukukunda cezalandırıcı tazminatın, jürinin veya hakimın zarar verenin kınanması gereken davranışı sebebiyle zarar gören üzerinde doğan gayrimaddi zararların telafisinden farklı bir amaca hizmet ettiği kabul edilir. Muhtemel bir cezalandırma ve önleme işlevine rağmen gayrimaddi tazminatların ve ağırlaştırılmış tazminatların doğasında telafi etme amacı yattığı belirtilmektedir. Bu sebeple de İngiliz hukukunda cezalandırıcı tazminat ve gayrimaddi tazminatlar birbirlerinden tamamen farklıdır²⁶¹.

1964 yılında görülen *Rookes* davasından beri, cezalandırıcı tazminatın ayrı bir tazminat türü olarak ele alınıp alınmaması gerektiği konusunda İngiliz hukukunda tartışmalar bulunmaktadır. Bu davanın konusu tehdit olmakla birlikte davanın konusu fazla da önem taşımamaktadır, davada önemli olan *Lord Devlin*'in cezalandırıcı tazminat konusunda yaptığı açıklamalardır²⁶². Hakim, telafi edici

²⁶¹ Wilcox, s. 7.

²⁶² “...örnek niteliğinde tazminatlar, temelde sıradan tazminatlardan farklıdır. Tazminatın amacı olağan anlamıyla tazmin etmektir. Örnek niteliğinde tazminatın amacı ise cezalandırmak ve

tazminatların amacının telafi etmek, cezalandırıcı tazminatın amacının ise zarar vereni cezalandırmak ve benzer davranışlarını önlemek olduğunu açıkça belirtmiştir. Nitekim sonraki davalarda da zarar görenin zararı üzerinde değil, zarar verenin eylemi üzerinde durulmuştur²⁶³.

Bu davada, cezalandırıcı tazminatın ceza hukuku ve özel hukuk arasındaki çizgiyi ortadan kaldırdığı üzerinde de durulmuş ve bu hususun İngiliz mahkemelerini rahatsız ettiği belirtilmiştir. Nitekim benzer şekilde ceza muhakemesi hukukunun sağladığı tedbirler ve önlemler olmadan kişinin bir özel hukuk mahkemesinde yargılanması da rahatsız edici bulunmuştur²⁶⁴. Tüm bu sebeplerle davada *Lord Devlin*, cezalandırıcı tazminatın üç halle sınırlı olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Böylece İngiliz hukukunda cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi mümkün olan haller tespit edilmiş ve sınırlandırılmıştır. Nitekim bir kişinin kamu görevlilerinin baskıcı, keyfi veya Anayasaya²⁶⁵ aykırı davranışından dolayı zarar görmesi, zarar verenin zarar görene ödenecek tazminatı aşan bir kâr elde edeceğini hesaplayarak bir haksız fiili işlemesi ve kanunla düzenlenen hallerden ibaret olan bu

önlemektir. Bu, özel hukuk ve ceza hukukuna ilişkin işlevlerin karıştırıldığını düşündürtebilir... Gerçekten de büyük meblağlarda tazminata hükmedilen davalar incelendiğinde...tazmin etme fikrinin mi, cezalandırma fikrinin mi üstün geldiğini tespit etmek kolay değildir.” Rookes v. Barnard [1964] AC 1027.

²⁶³ Deakin/Johnston/Markesinis, s. 944.

²⁶⁴ Murphy, s. 637.

²⁶⁵ İngiliz hukukunda yazılı bir Anayasa bulunmamakla birlikte temel hak ve özgürlükler *Magna Carta*, *Act of Settlement*, *Bill of Rights*, 1911 tarihli *Parliament Act* ve 1931 tarihli *Statute of Westminster* gibi tarihi bildirgelere dayanır: İngiliz Anayasa hukuku hakkında bkz.: Ridges E. W. (çev. Özyörük M. H.): İngiliz Anayasa Hukuku, AÜHFD, C. 8, S. 3-4, 1951, s. 183 vd.

üç kategori *Broome v. Cassell* ²⁶⁶ davasıyla da onaylanmış ve kategori testi adını almıştır.

1) KATEGORİ TESTİ

a) Bir Kimsenin Kamu Görevlilerinin Baskıcı, Keyfi veya Anayasaya Aykırı Davranışı Sonucu Zarar Görmesi

İlk grup kamu görevlilerinin, bir kimseye baskıcı, keyfi veya Anayasaya aykırı davranışları sonucu zarar vermesi halidir. Bu kategori 18. yüzyılda örnek niteliğindeki tazminatların genel doktrinsel çerçevesini çizen içtihatlarla²⁶⁷ dayanmakta olup, *Rookes* davasında şu şekilde ifade edilmiştir²⁶⁸; “*bir insanın bir diğerinden daha güçlü olduğu durumda, bu kişinin gücünü amacına ulaşmak için kullanmaya çalışması kaçınılmaz olacaktır; ve eğer bu kişinin gücü bir başkasından çok daha fazlaysa, belki onun bunu baskıcı bir şekilde kullandığı söylenebilir. Eğer bu kişi gücünü hukuka aykırı şekilde kullanırsa, tabii ki bu hukuka aykırılığın cezasını olağan yollardan çekmelidir; ancak sadece daha güçlü olduğu için cezalandırılmamalıdır. İdare söz konusuysa durum daha farklıdır, kamu görevlileri aynı zamanda halkın görevlileridir ve kullandıkları güç, her zaman yaptıkları hizmet yükümlülüğü ile bağlıdır.*”

Özellikle 1980’lerden sonra bu kategori altında cezalandırıcı tazminata hükmedilen hallerin sayısı artmıştır. Bunlardan biri Karayip Adaları halkı tarafından Anayasaya aykırı davranışla haksız yere hapis iddiasıyla polise karşı açılan *Attorney*

²⁶⁶ *Broome v. Cassell* [1972] AC 1027

²⁶⁷ Bkz.: *Wilkes v. Wood, Huckle v. Money, Benson v. Frederick*.

²⁶⁸ *Rookes v. Barnard* [1964] A.C. 1129, 1226.

General for St Christopher, Nevis and Anguilla v. Reynolds davasıdır²⁶⁹. Davada *Privy Council* olayın ilk kategori içinde değerlendirilmesi gerekip gerekmediğini tartışmadan örnek niteliğindeki tazminata hükmetmiştir. Ancak *Holden v. Chief Constable of Lancashire* davasında²⁷⁰ mahkeme polisin bu tür davranışlarının ilk kategori içinde değerlendirilmesi hususunu tartışarak, eylemlerin bu kategori içinde değerlendirilebileceğine karar vermiştir. Böylece de bu kategori, çoğunlukla polisler tarafından işlenen haksız fiiller sonucunda cezalandırıcı tazminat taleplerini değerlendirmek için kullanılmaya başlanmıştır²⁷¹.

Bir fiilin bu kategori altında değerlendirilebilmesi için fiilin iki unsura sahip olması gerekir. Bunlardan ilki fiilin baskıcı, keyfi veya Anayasa'ya aykırı olması, diğeri ise kamu görevlileri tarafından işlenmesidir.

i) Fiilin Baskıcı, Keyfi veya Anayasa'ya Aykırı Olması

Kamu görevlisinin eyleminin baskıcı, keyfi veya Anayasa'ya aykırı olması cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için şarttır ve eylemin, baskıcı veya keyfi veya Anayasaya aykırı olması yeterlidir. Nitekim *Holden v. Chief Constable of Lancashire* davasında mahkeme, hukuka aykırı tutuklama sebebiyle yirmi dakika tutuklu kalan bir kişinin açtığı davada, tutuklamayı yapan polis memurunun davranışının baskıcı veya keyfi olduğuna dair herhangi bir delil olmasa da

²⁶⁹ *Attorney General for St Christopher, Nevis and Anguilla v. Reynolds* [1980] A.C. 637.

²⁷⁰ *Holden v. Chief Constable of Lancashire* [1987] QB 380.

²⁷¹ McGregor, para. 11-018.

cezalandırıcı tazminata hükmetmiştir. Mahkeme olayın sadece Anayasa'ya aykırı olmasının cezalandırıcı tazminata hükmetmek için yeterli olduğunu belirtmiştir²⁷².

Daha yeni bir dava olan *Rowlands v. Chief Constable of Meyerside Police* davasında²⁷³ ise ilk derece hakimi, olayda olağanüstü herhangi bir durum olmaması sebebiyle jürinin cezalandırıcı tazminatı, tazminatın hesaplanması sırasında göz önüne almasına izin vermemiştir. Temyiz mahkemesinde ise Hakim *Moore-Blick*, baskıcı veya keyfi olmasa da, polisler tarafından işlenen bu tür eylemlerin ilk kategori içinde değerlendirilmesi gerektiğini ve ilk derece mahkemesi hakiminin bu eylemde herhangi bir olağanüstü durum olmadığını ifade etmiş olmasının önemli olmadığını belirtmiştir²⁷⁴.

O halde İngiliz hukukunda fiilin baskıcı veya keyfi olmasa da Anayasa'ya aykırı olması yeterlidir. Bunun için değerlendirilmesi gereken bir husus da Anayasaya aykırı davranışın ne olduğudur. Anayasayla korunan temel haklardan birinin ihlali her halde cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi gereken bir fiil olarak ilk kategori içerisinde değerlendirilecek midir? Bu soruya, temyiz mahkemesi *Watkins v. Secretary of State for the Home Department and Others* davasında²⁷⁵ olumlu yanıt vermiştir. Mahkeme, Anayasa tarafından korunma altına alınmış bir hakkın ihlali halinde, zararın kanıtlanmasına gerek olmadan dava açılabileceğini kabul etmiştir. Hapiste olan davacı *Watson*'ın hapisane memurları tarafında özel

²⁷² Deakin/Johnston/Markesinis, s. 945; McGregor, para. 11-019; Rapor, s. 55; McBride/Bagshaw, s. 691-692; Wilcox, s. 9.

²⁷³ *Rowlands v. Chief Constable of Meyerside Police* [2006] EWCA (Civ.) 1773.

²⁷⁴ Wilcox, s. 10.

²⁷⁵ *Watkins v. Secretary of State for the Home Department and Others* [2006] WLR 807.

mektuplarının okunması sebebiyle açılan kamu görevlisinin görevini kötüye kullanması davasında²⁷⁶ temyiz mahkemesi, davacı *Watkins*'in nominal tazminata hak kazanması ve cezalandırıcı tazminatın da göz önünde bulundurulması gerektiğini belirterek hükmü bozmuştur. Buna karşılık Lordlar Kamarası, temyiz mahkemesinin verdiği hükmü, görevin kötüye kullanılması sebebiyle açılacak haksız fiil davalarında davacının maddi veya manevi bir zararın varlığını kanıtlaması gerektiğini belirterek bozmuştur. Bu dava sonucunda cezalandırıcı tazminat talebi için eylemin tek başına Anayasa'ya aykırı olmasının yeterli olduğu ancak eylemin ilgili haksız fiil türünün tüm unsurlarını içinde barındırması gerektiğine karar verilmiştir²⁷⁷.

ii) Fiilin Kamu Görevlileri Tarafından İşlenmesi

Bu hallerde hukukun zarar vereni cezalandırmasının sebebi bir kişiye verilen zarar değil, bir kamu görevlisinin keyfi veya Anayasaya aykırı hareketidir²⁷⁸. Kamu görevlisinden anlaşılması gereken ise *Broome v. Cassel* davasında da kabul edildiği üzere sadece Kraliyet görevlileri değil, polis ve cezaevi görevlileri de dahil olmak üzere merkezi ve yerel tüm kamu görevlileridir. Nitekim ilk kategori altında

²⁷⁶ *Common Law*'da kamu görevlisinin görevini kötüye kullanması (*misfeasance in public office*) bir haksız fiil türüdür. Bir kimse ilgili kamu görevlisinin hukuka aykırı olduğunu bilerek yaptığı bir idari eylem sebebiyle zarara uğraması halinde bu kayıp veya hasarın haksız fiil çerçevesinde tazmini mümkündür. Bu haksız fiil kamu gücünün, sadece kamu yararına kullanılmasını sağlar. Bununla birlikte bu haksız fiil bizzatihi dava edilebilir bir haksız fiil değildir. Dava açılabilmesi için davacının zarar gördüğünü kanıtlaması gerekir.; Murphy, s. 584.

²⁷⁷ Wilcox, s. 10.

²⁷⁸ Deakin/Johnston/Markesinis, s. 945.

değerlendirilen eylemler çoğunlukla kolluk kuvvetlerinin eylemleridir. Kamu hizmeti veren özel kurumlar veya özelleştirilmiş kamu kurumu çalışanları ise idari bir yetki kullanmadıklarından kamu görevlisi sayılmamaktadır²⁷⁹. Mahkemeler sonraları kamu görevlisi olma şartını eskisi kadar sıkı uygulamayı bırakmış olsalar da *AB v. South*²⁸⁰ *West Water Services Ltd* davasında mahkeme, kanunla kurulmuş ve daha sonra da özelleştirilmiş bir içme suyu tedarik eden bir şirketin kamu görevi yapmadığına karar vermiş ve cezalandırıcı tazminat talebini reddetmiştir. Mahkeme, davada cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için fiili işleyen bir kamu görevlisi olmasını ya da en azından fiili işlerken kamu gücünü kullanmasının şart olduğuna karar vermiştir²⁸¹.

Doktrinde eleştirilse de bu kategori sadece kamu görevlilerinin eylemlerini içerir. Diğer kişilerin eylemleri bu kategori altında cezalandırıcı tazminat hükmedilebilmesine izin verilen haksız fiiller olarak değerlendirilemez. Nitekim bu kategorinin kamu görevlileriyle sınırlandırılması hem cezalandırıcı tazminatı sınırlandırmak amacıyla hem de kamu görevlilerinin kullandıkları gücün, kamu gücü olması sebebiyledir. Diğer kişiler ise bu kategori altında değil, eğer şartları gerçekleşmişse ikinci kategori altında değerlendirilmelidir²⁸².

²⁷⁹ Murphy, s. 638-639.

²⁸⁰ *AB v. South West Water Services Ltd* [1993] QB 507.

²⁸¹ Allen/Hartshorne/Martin, para. 5-020; McBride/Bagshaw, s. 691; Rapor, s. 55.

²⁸² Deakin/Johnston/Markesinis, s. 947.

b) Zarar Verenin, Zarar Görene Ödeyeceği Tazminatı Aşan Bir Fayda Elde Edeceğini Hesaplayarak Fiili İşlemesi

İkinci kategori zarar verenin eylemin sonucunda ödemek zorunda kalacağı tazminatın kendi elde edeceği faydadan daha az olacağını hesaplayarak fiili işlediği hallerdir. Lord *Devlin* bu kategoriyi şu şekilde ifade etmiştir; “*davalının, zarar görenin haklarını küçümseyen bir aldırmaazlıkla zarar vermesi halinde, kendi yanlış davranışı sonucu elde edeceğini kestirdiği paranın, muhtemelen göze aldığı tazminatı aşacağını hesapladiysa hukuk, bunun cezasız kalmayacağını göstermek zorundadır.*”

Bu kategori altında değerlendirilen fiiller, şeref ve haysiyetin ihlali ve kiracının kiralanandan hukuka aykırı tahliyesidir.

i) Şeref ve Haysiyetin İhlali (*Defamation*)

Bu kategori altında ele alınması gereken ilk haksız fiil şeref ve haysiyetin ihlalidir. Özellikle bu tür haksız fiillerde “hesaplama” terimi çeşitli tartışmalara yol açmıştır. *Broome v. Cassell* davasında mahkeme hesaplama teriminin kesin bir denkleştirmeyi gerektirmediğini belirtmiştir. *Riches v. News Group Newspapers* davasında²⁸³ ise mahkeme hakimin gazete sahiplerinin haberi yayımlamanın getirisinin tazminat ödeme riskinden daha ağır bastığını düşündüklerine ilişkin herhangi bir delil olması halinde olayı jüriye bırakmanın uygun olacağını kabul etmiştir²⁸⁴. *John v. Mirror Group Newspapers Ltd* davasında²⁸⁵ da mahkeme,

²⁸³ *Riches v. News Group Newspapers Ltd*. [1986] QB 256.

²⁸⁴ Deakin/Johnston/Markesinis, s. 948.

²⁸⁵ *John v. Mirror Group Newspapers Ltd*. [1997] QB 586.

matematiksel bir hesaplama yapılmasının şart olmadığını, zarar verenin hukuka aykırı bir davranışta bulunduğunu ve buna rağmen zarar veren eylemin getirisinin ödeyeceği tazminattan yüksek olacağını bilmesinin yeterli olduğu belirtmiştir²⁸⁶. Benzer şekilde Rapor da, ticari bir işle ilgili olan her haksız fiilin bu kategori altında değerlendirilmesi gerektiğine değinmiştir. Ancak işin sadece gelir elde etme amacını taşıması yeterli değildir. Aynı zamanda davalının bu eylemi yanlış –hukuka aykırı- olduğunu bilerek yapması da gerekir²⁸⁷.

Nitekim mahkeme *McCarey v. Associated Newspapers* davasında²⁸⁸ ödeyeceği tazminatı aşan bir kâr elde etme amacıyla kasten şeref ve haysiyeti ihlal eden bir yayım yapan gazetenin bu kategori altında değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Ancak *Broome v. Cassell* davasında Lord Reid, her gazetenin kâr elde etme amacı güttüğünü bu sebeple de bu kategori altında değerlendirilmesi gerektiğini ancak bunun yayımcıları zorladığını ve işlerini yaparken özgürlüklerini sınırladığını belirtmiştir²⁸⁹. Mahkeme bu görüşe paralel olarak *Manson v. Associated Newspapers* davasında²⁹⁰ her gazetenin kâr amacı güderek yayım yaptığını ve yayımlanan her kelimenin kâr elde etme amacını taşıdığını ancak bu amacın her olayda örnek niteliğinde tazminat hükmetmeye yeterli olmayacağını belirtmiştir. Böylece haksız fiilin sadece kâr elde etme amaçlı olarak işlenmesi bu kategori altında kabul edilmesi için yeterli olmamıştır. Aynı zamanda zarar verenin fiili, bir haksız fiil olduğunu

²⁸⁶ Deakin/Johnston/Markesinis, s. 948; McGregor, para. 5-024.

²⁸⁷ Rapor, s. 57.

²⁸⁸ *McCarey v. Associated Newspapers Ltd. (No.2)* [1965] 1 WLR 805.

²⁸⁹ Wilcox, s. 12.

²⁹⁰ *Manson v. Associated Newspapers Ltd.* [1965] 1 WLR 1038.

bilerek veya sonuçlarına kayıtsız kalarak (*reckless*) işlemiş olması gerekmektedir. Davada mahkeme, yayımcının kuvvetli bir temeli olmadan ve hesaplı bir kasıtlı haberi yayımlaması halinde cezalandırıcı tazminata hükmedilebileceğini belirtmiştir²⁹¹.

Şeref ve haysiyetin ihlali davalarının çok azından davacı, davalının eylemin bir haksız fiil olduğunu bilerek işlediğini kanıtlayabilmektedir. Kayıtsız kalma söz konusu olduğunda ise davalının yayınladığı haberinin gerçekliği konusunda samimi bir inancının olmadığı kanıtlanmalıdır. *John v. Mirror Group Newspapers Ltd.* davasına konu olan olayda, yaptığı diyet yüzünden hakkında *bulimia* hastalığına yakalandığı haberi yayınlanan *Elton John*, *Mirror* gazetesinden cezalandırıcı tazminat talep etmiştir. Temyiz mahkemesi olayda davalının tedbirsizlik ve dikkatsizlik ile davrandığına kanaat getirmiştir. Mahkeme olayda gazetenin haberin doğruluğunu kontrol ederek yayınlaması gerektiğini, davacının temsilcisinin bu bilginin doğru olmadığı konusunda yayımcıyı uyarmış olduğunu, yayınlanan makalenin herhangi bir aciliyeti olmadığını ve yayımcının gerekli kontrolleri yaparak bir sonraki sayıda aynı haberi yayımlayabileceğini ve kamuya mal olmuş bir kişi hakkında yapılan bu haberin kesinlikle zarar verici olduğunu belirterek olayda kayıtsızlıkla hareket edildiğini belirtmiştir²⁹².

²⁹¹ McGregor, para. 11-022.

²⁹² Wilcox, s. 13.

ii) Kiracının Kiralanan Taşınmazdan Hukuka Aykırı Tahliyesi (*Unlawful Eviction*)

Bu kategori altında değerlendirilebilecek fiiller ev sahibinin kiracıya karşı işlediği fiiller ve genellikle taşınmaz maldan hukuka aykırı tahliye dir. Bu durumun en açık örneği *Drane v. Evangelou* davasında²⁹³ görülmektedir. Davada davacı, davalıdan ev kiralamış ancak daha sonra kira bedeli Kiralama Kanunu sebebiyle düşürülmüştür. Buna sinirlenen ev sahibi davalı, birkaç arkadaşıyla birlikte kiracıya ait eşyaları kendisi evde yokken dışarı atmış, kiracının eve girmesine izin vermemiş ve eve kendi akrabalarını yerleştirmiştir. Bu dava, cezalandırıcı tazminata hükmedilmesini gerektiren ve bu kategori altında değerlendirilen önemli bir örnektir. Benzer şekilde *Reid and Reid v. Andreou* davasında²⁹⁴ da davalı akrabalarını yerleştirebilmek için hukuka aykırı şekilde davacıyı tahliye etmiştir ve mahkeme cezalandırıcı tazminata hükmetmiştir. Buna karşılık *McMillan v. Singh* davasında²⁹⁵ kiracısının odasına el koyan ve daha yüksek bir ücretle başkasına kiralayan ev sahibinden cezalandırıcı tazminat talep eden kiracının cezalandırıcı tazminat isteği, davacının zaman zaman kira parasını aksattığı gerekçesiyle reddedilmiştir. İlk derece mahkemesi olayda kiracının mahkeme önüne “temiz ellerle” gelmediğini ifade etmiştir. Fakat temyiz mahkemesi ilk derece mahkemesinin bu ifadesini cezalandırıcı tazminatın reddedilmesi için yeterli bulmamış ve hükmü bozmuştur²⁹⁶.

²⁹³ *Drane v. Evangelou* [1978] 2 All ER 437.

²⁹⁴ *Reid and Reid v. Andreou* [1987] CLY 2250.

²⁹⁵ *McMillan v. Singh* (1985) 17 HLR 120.

²⁹⁶ Wilcox, s. 14-16.

Görüldüğü üzere çoğunlukla ev sahibi tarafından kiracının hukuka aykırı şekilde taşınmazdan tahliyesi ve bu tahliye sonucunda bir fayda elde etmesi halinde mahkemeler cezalandırıcı tazminata hükmetmektedir. *Sampson and Others v. Wilson and Others*²⁹⁷ da olduğu gibi fiilin ev sahibi tarafından işlenmiş olması da şart değildir. Bu olayda olduğu gibi ev sahibinin vekili tarafından işlenen fiillerde de cezalandırıcı tazminata hükmedebilmektedir. Hatta *Collier v. Burke* davasında²⁹⁸ olduğu gibi tam anlamıyla bir tahliye söz konusu olmasına da gerek yoktur. Olayda mahkeme, çeşitli tamiratlar yapabilmek amacıyla aynı bina içinde kiracının odasını değiştiren ancak tamiratın bitiminden sonra aynı odaya dönmesine izin vermeyen ev sahibinin cezalandırıcı tazminat ödemesi gerektiğine karar vermiştir²⁹⁹.

Özetle, bu kategori altında değerlendirilen fiiller zarar verenin sadece parasal anlamda “kâr” elde etme amacı gütmesi şeklinde anlaşılmamalıdır. Zarar verenin, herhangi bir şey elde etmek amacıyla bir haksız fiil işlemesi halinde de cezalandırıcı tazminata hükmedilebilir. Diğer bir ifadeyle cezalandırıcı tazminat zarar verene haksız fiillerin bir kimseye yarar sağlamayacağını anlatma amacına hizmet eder³⁰⁰. Benzer şekilde *Broome v. Cassell* davasında da Lord *Morris*, davacının herhangi bir şekilde bir kazanç elde etme amacı gütmesinin yeterli olduğunu belirtmiştir³⁰¹.

²⁹⁷ *Sampson and Another v. Wilson and Others* (1994) 26 HLR 486.

²⁹⁸ *Collier v. Burke* [1987] CLY 1143.

²⁹⁹ Wilcox, s. 15-16.

³⁰⁰ *Rookes v. Barnard* [1964] AC 1129, 1227; Rapor, s. 56; Deakin/Johnston/Markesinis, s. 948; Wilcox, s. 16.

³⁰¹ McGregor, para. 11-023.

c) Kanunla Kabul Edilen Haller

İngiliz Parlamentosu, örnek niteliğindeki tazminatların kanunla düzenlenmesi açısından herhangi bir girişimde bulunmamaktadır. Nitekim cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesine izin veren yasal düzenlemelerin sayısı oldukça azdır. Hatta *Rookes v. Barnard*'dan sonra cezalandırıcı tazminata hükmedilmesine izin veren herhangi bir yasal düzenleme yapılmamıştır³⁰². 2007 yılında hükümet tarafından yayınlanan Tazminat Hukuku Görüş Yazısında³⁰³ da bu durum açıkça ele alınmıştır. Yazıda, cezalandırıcı tazminatın ceza hukukuna daha uygun bir kavram olduğu ve özel hukuk ve ceza hukuku arasındaki çizgiyi bulandırdığı belirtilmiş ve bu sebeple de Hükümetin, cezalandırıcı tazminata hükmedilmesine izin veren düzenlemeleri arttırmak istemediği açıkça ifade edilmiştir³⁰⁴.

Örnek niteliğindeki tazminatların en açık görüldüğü yasal düzenleme, Koruma ve Yardımcı Kuvvetler (Özel Menfaatleri Koruma) Kanunu'nun (1951)³⁰⁵ 13(2) maddesidir. Bu Kanun, silahlı kuvvetlere hizmet eden kişilerin mahkeme kararı ile bazı haklarının kısıtlanmasını engellemeyi amaçlamaktadır. Buna göre,

³⁰² Deakin/Johnston/Markesinis, s. 948; McGregor, para. 11-029.

³⁰³ *Department of Constitutional Affairs (DCA), The Law on Damages – Consultation Paper-CP 9/07*, Mayıs 2007 (Görüş Yazısı (2007)).

³⁰⁴ Görüş Yazısı (2007), s. 78.

³⁰⁵ Kanun, gönüllü veya zorunlu olarak, deniz, hava veya kara kuvvetlerine katılan veya 1948 tarihli Ulusal Hizmet Kanunu kapsamında çalışan kimselerin medeni haklarını korumak amacıyla çıkarılmıştır. Reserve and Auxiliary Forces (Protection of Civil Interest) Act 1951 Sec.13(2); “*In any action for damages for conversion or other proceedings which lie by virtue of any such omission, failure or contravention, the court may take account of the conduct of the defendant with a view, if the court thinks fit, to awarding exemplary damages in respect of the wrong sustained by the plaintiff*”

mahkemenin izni olmadan bu kişilerin haklarının kısıtlanması halinde, cezalandırıcı tazminata hükmedilebilir. Kanunun açıkça örnek niteliğindeki tazminatlardan bahsetmekle birlikte, *Brookes* davasında Hakim Lord *Kilbrandon* bu hükmün cezalandırıcı tazminatı değil, ağırlaştırılmış tazminatları düzenlediğini belirtmiştir. Bunun sebebi ise Kanunun 13(6). maddesi cezalandırıcı tazminata izin veren hükmün İskoçya’da da uygulanacağı belirtmesi, buna karşılık İskoç hukukunda cezalandırıcı tazminatın açıkça reddedilmesidir. Bu sebeple de Hakim, bu madde ile kastedilenin cezalandırıcı tazminat değil, ağırlaştırılmış tazminat olduğunu belirtmektedir. Benzer şekilde Görüş Yazısı’nda da kanunun iki tazminat türünü birbirine karıştırdığı ifade edilmektedir³⁰⁶.

Bunun yanı sıra Telif Hakkı, Tasarım ve Patent Kanunu’nun (1988) 97(2). maddesinin³⁰⁷ de cezalandırıcı tazminata izin verdiği belirtilmektedir. Benzer bir hüküm 1977 Patent Kanunu’nun A1 numaralı ekinin 12(4). maddesinde³⁰⁸ de vardır. Ancak bu iki madde hükmü de açıkça cezalandırıcı veya örnek niteliğinde tazminat

³⁰⁶ Wilcox, s. 17; Görüş Yazısı (2007), s. 78-79.

³⁰⁷ Copyright, Designs and Patents Act 1988, S. 97(2); “*The court may in an action for infringement of copyright having regard to all the circumstances, and in particular to—*

(a)the flagrancy of the infringement, and

(b)any benefit accruing to the defendant by reason of the infringement,

*award such **additional** damages as the justice of the case may require.”*

³⁰⁸ Patents Act 1977, Schedule A1, S. 12(4); “*In any action for damages under sub-paragraph (3) the court must have regard, in particular to—*

(a)how flagrant the defendant was in providing the false information, and

(b)any benefit which accrued to him as a result of his providing false information,

*and shall award such **additional** damages as the justice of the case may require.”*

terimini kullanmadan sadece hakimın ek (*additional*) bir tazminata hükmedebilmesine izin veren düzenlemeler getirmiştir. Bu düzenlemelerde bahsedilen “ek” tazminatın ise ağırlaştırılmış tazminat mı yoksa cezalandırıcı tazminat mı olduğu konusunda doktrinde ve mahkeme kararlarında görüş birliğine varılamamıştır³⁰⁹. Nitekim İngiliz mahkemeleri telif hakkının ihlaline ilişkin benzer iki davada farklı sonuçlara varmışlardır. *Cala Homes (South) Ltd v. McAlpine Homes East Ltd* davasında³¹⁰ mahkeme, ek tazminat kavramının herhangi bir mali talebi içerebileceğini ve bunun örnek niteliğindeki tazminatı da kapsayabileceğini, başka bir ifadeyle Kanun’un bu hükmünün davacının örnek niteliğindeki tazminat talep etmesine izin verdiğini belirtmiştir. Fakat *Redrow Homes Ltd v. Bett Brothers plc* davasında³¹¹ farklı bir karar verilerek ek tazminat kavramının ağırlaştırılmış tazminatı ifade ettiğini ve davacının cezalandırıcı tazminat talep edemeyeceğini belirtmiştir.

Nitekim bu Kanunlardan önce yürürlükte olan telif hakkında ek tazminatları düzenleyen Telif Hakkı Kanunu’nun (1956) 17(3). maddesinin örnek niteliğindeki tazminatları kapsamadığı kabul edilmekteydi. Mahkemeler bu maddenin ağırlaştırılmış tazminatlar ile zararın uzaklığı ve kanıtlanmasıyla ilgili engellere takılarak tazminat kapsamı dışında bırakılan telafi edici tazminatların talebine izin verdiğinden bahsetmekteydi. Fakat buna rağmen Telif Hakları Komitesi’nin (*Whitford Committee*) 1977 senesinde hazırladığı raporda aynı maddenin örnek

³⁰⁹ Deakin/Johnston/Markesinis, s. 948, dp. 53; Wilcox, s. 18.

³¹⁰ *Cala Homes (South) Ltd v. McAlpine Homes East Ltd*. [1995] EWHC 7 (Ch); [1995] FSR 818.

³¹¹ *Redrow Homes Ltd v. Bett Brothers plc* 1998 S.C. [H.L.] 64 3.

niteliğindeki tazminatlara izin verdiğini kabul etmiştir³¹². Başka bir ifadeyle bu maddenin hem içtihat hukukunda uygulanma şekli, hem de tarihi gelişimi, madde hükmünün davacının örnek niteliğindeki tazminat talebini desteklediğine dair bir kesinliğe ulaşmakta yardımcı olamamaktadır.

Son zamanlarda İngiliz hukukunda bu kanunlarda yer alan belirsizliğin giderilmesi amacıyla bazı düzeltme önerileri getirilmektedir. Kanunlarda yer alan “ek tazminat” ifadesinin “ağırlaştırılmış tazminat ve iade tazminatı”, Koruma ve Yardımcı Kuvvetler (Özel Menfaatleri Koruma) Kanunu’nda yer alan “örnek niteliğinde tazminat” ifadesinin ise “ağırlaştırılmış tazminat” şeklinde değiştirilmesi görüşleri gündeme gelmiştir³¹³. Bu önerilerin hayata geçirilmesi halinde üçüncü kategori tamamen ortadan kalkacak ve örnek niteliğindeki tazminatların sadece ilk iki kategori altında hükmedilmesi mümkün olacaktır.

2) CEZALANDIRICI TAZMİNATI SINIRLANDIRAN DİĞER KURALLAR

Cezalandırıcı tazminat içtihatlarla sadece üç kategoriyle sınırlı olarak kabul edilmiş olsa da bazen mahkemeler, kategori testinin yanı sıra cezalandırıcı tazminatı sınırlandırmak için bazı kurallar geliştirmektedir. Nitekim eylem, Lord *Devlin* tarafından geliştirilen bu üç kategori içinde olsa da cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi mahkemelerin takdirine bırakılmıştır. Hal böyleyken mahkemeler kendilerine özgü sebeplerle tazminat taleplerini reddedebilmektedir. Ancak doktrinde

³¹² Rapor, s. 60.

³¹³ Görüş Yazısı (2007), s. 85.

bu sebeplerden çoğunun tazminat miktarının hesaplanmasına ilişkin olduğu belirtilmektedir³¹⁴.

a) *Cause of Action* Testi

Kategori testinin yanı sıra mahkemelerce, 2002 yılında görülen *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire* davasına³¹⁵ kadar *cause of action* test adı verilen başka bir sınırlama daha uygulanmaktaydı ve 1964 yılından yani *Rookes*'dan önce cezalandırıcı tazminata izin verilen tazminat davaları dışında kalan haksız fiillere ilişkin davalarda cezalandırıcı tazminata izin verilemeyeceği belirtilmekteydi. Bu test daha sonra mahkemeler tarafından ortadan kaldırılmış olmakla birlikte, halen başka bazı durumlar cezalandırıcı tazminatı sınırlandırmak için İngiliz mahkemeleri tarafından kullanılmaktadır.

Broome v. Cassell davasında Lord Diplock, *Rookes* davasında Lord Devlin'in cezalandırıcı tazminat sınırlandırmayı amaçladığını bu sebeple de her haksız fiil türü için cezalandırıcı tazminatın kabul edilmesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir³¹⁶. Bu görüş ise *AB v. South West Water Services Ltd*³¹⁷ davasında destek bulmuş ve cezalandırıcı tazminat açısından yeni bir test geliştirilmiştir. Davada temyiz mahkemesi, cezalandırıcı tazminata hükmedilemeyecek haksız fiillerden bahsederek, bazı haksız fiillerde davacıya, cezalandırıcı tazminat talep etme yetkisinin tanınmadığını belirtmiştir. Nitekim mahkeme, *Rookes v. Barnard*'dan önce cezalandırıcı tazminata hükmedilmiş olaylarla sınırlı olarak bu tür bir tazminata

³¹⁴ Rapor, s. 63; Bkz.: Wilcox, s. 25; McGregor, para. 11-032

³¹⁵ *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire* [2002] 2 AC 122.

³¹⁶ Allen/Hartshorne/Martin, para. 5-028.

³¹⁷ *AB v. South West Water Services Ltd* [1993] QB 507.

hükmedilebilmesine ve bu davadan önce cezalandırıcı tazminat talebinin kabul edilmediği haksız fiiller ile bu davadan sonra ortaya çıkan haksız fiil türleri açısından bu tür tazminatların kabul edilmemesi gerektiğine karar vermiştir³¹⁸. Bu teste ise *cause of action* testi adı verilmiştir.

Rapora göre örnek niteliğindeki³¹⁹ tazminatlara hükmedilebilmesi için zarar verici eylemin hem *Rookes v. Barnard*'la kabul edilmiş kategorilerden birine dahil olması hem de *cause of action* testi adı verilen ve eylemin *Rookes v. Barnard*'dan önce örnek niteliğindeki tazminata hükmedilmiş bir eylem türü olması gerekmektedir. Ancak zarar veren eylem bu her iki şartı da sağlamış olsa da mahkemenin örnek niteliğindeki tazminata hükmetmek zorunda olmadığı da belirtilmiştir³²⁰.

Tazminata hükmedilebilmesi için bu iki şartın aranıyor olması İngiltere'nin diğer *Commonwealth* ülkelerinden ayırt edici bir özelliğidir. Kanada³²¹, Yeni Zelanda ve Avustralya da cezalandırıcı tazminata ilişkin genel şartları kabul etmiştir ancak *Rookes v. Barnard* davasının oluşturduğu kategoriler veya cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesine izin verilen haksız fiil kategorileri oluşturulmamıştır.

³¹⁸ Deakin/Johnston/Markesinis, s. 945-946; Wilcox, s. 19.

³¹⁹ Raporun tümünde İngiliz hukukundaki aslına uygun olarak cezalandırıcı tazminat (*punitive damages*) yerine örnek niteliğinde tazminat (*exemplary damages*) kavramı kullanılmıştır.

³²⁰ Rapor, s. 54.

³²¹ Kanada hukukunda cezalandırıcı tazminat hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Feldthusen B.: Punitive Damages in Canada: Can the Coffee Ever Be Too Hot?, 17 Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J., 1994-1995, s. 793-807.

Bu ülke mahkemeleri, her tür haksız fiilde cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesine izin vermektedir³²².

Cause of action teste göre cezalandırıcı tazminat talebi ancak ve ancak eylemin *Rookes* davasından önce cezalandırıcı tazminat talebine izin verilmiş haksız fiil türlerinden biri olması halinde mümkündür. Bu haksız fiiller ise şunlardır; iftira (*malicious prosecution*), kişiye tecavüz halleri (*assault, battery* ve *false imprisonment*), şeref ve haysiyetin ihlali (*defamation*), taşınır veya taşınmaz mala tecavüz (*trespass*), yararlanma hakkının özel ihlali ve işletmenin haksız fiil ile kesintiye uğraması (*tortious interference with business*). Bu haksız fiillerden ilk ikisi aynı zamanda bir kamu personeli tarafından işlenirse *Rookes v. Barnard* ile kabul edilen kategorilerden ilki içerisinde, diğerleri ise bir fayda elde etme amaçlı işlenmesi halinde ikinci kategori içerisinde değerlendirilir³²³.

Cause of action testine göre cezalandırıcı tazminat talep hakkına izin verilmeyen haksız fiiller ise şunlardır; ihmale dayanan haksız fiiller (*negligence*), yararlanma hakkının kamusal ihlali (*public nuisance*), hile (*deceit*), patent hakkının ihlali (*patent infringement*), ırk, cinsiyet veya engellilik hali sebebiyle ayrımcılık (*unlawful discrimination on grounds of sex, race or disability*) ve İngiliz hukuku tarafından özel hukuk yaptırımına bağlanmış topluluk hukuku düzenlemeleri. Bu kapsamda bakıldığında *Rookes v. Barnard* davasından sonra haksız fiil olarak kabul

³²² Rapor, s. 54-55

³²³ Rapor, s. 61; Wilcox, s. 19.

edilen bütün fiillerin aksi yönde kanuni bir düzenleme olmadıkça bu testi geçemeyecekleri belirtilmektedir³²⁴.

Ancak *cause of action* test olarak adlandırılan yaklaşım bir takım eleştirilere maruz kalmıştır³²⁵. Nitekim daha sonra Lordlar Kamarası *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire* davasında görevi kötüye kullanma halinde cezalandırıcı tazminata hükmedilmesine izin vererek *cause of action* testi olarak adlandırılan cezalandırıcı tazminatın bazı haksız fiillerle sınırlı olarak kabul edilmesi anlayışını reddetmiştir³²⁶. Davada Lord *Slynn, Broome v. Cassell* davasında *cause of action* testi lehine açık ve kesin bir sonuca varılmadığını ifade etmiştir. Mahkeme aynı zamanda temyiz mahkemesinin de *AB* davasında *cause of action* testin uygulanması gerekliliğine dair bir ifade kullanmadığını belirtmiştir³²⁷. Böylece ihmal, yararlanma hakkının kamusal ihlali ve kanuni bir yükümlülüğün ihlali (*breach of statutory duty*) sebebiyle açılan bu davada cezalandırıcı tazminata bazı haksız fiil türleriyle sınırlı olarak hükmedilebilmesine ilişkin görüşler bertaraf edilmiştir³²⁸.

³²⁴ Rapor, s. 61-62; Deakin/Johnston/Markesinis, s. 945-946; Wilcox, s. 19.

³²⁵ Bu yaklaşım özellikle Raporda eleştiriye uğramıştır. Nitekim Rapor bu hususu “Örnek niteliğinde tazminatların 1964’den önce belirli tipteki hukuka aykırılıklar için hükmedilmemiş olması bugün bu hukuka aykırılıkları tazmin etmeyi reddetmek için iyi bir neden sayılmaz” şeklinde ifade etmektedir; Rapor, s. 54-55; Deakin/Johnston/Markesinis, s. 946.

³²⁶ Deakin/Johnston/Markesinis, s. 946, McGregor, para. 11-011.

³²⁷ Deakin/Johnston/Markesinis, s. 946.

³²⁸ Murphy, s. 638; Cooke, s. 452.

b) Davacının Cezalandırılması Gereken Bir Fiilin Mağduru Olması

Cezalandırıcı tazminatın önemli bir şartı, davacının cezalandırılabilir bir eylemin mağduru olmasıdır. Bu şart *Rookes* davasıyla kabul edilmiştir³²⁹. Başka bir ifadeyle zarar veren, cezalandırılmayı hak etmelidir³³⁰.

Davacının cezalandırılması gereken bir fiilin mağduru olması demek, davalının ceza hukuku anlamında bir suç işlemiş olması anlamına gelmemektedir. Benzer şekilde her haksız fiil işleyen kişinin cezalandırılmayı hak ettiği de söylenemez. Bir haksız fiil sonucu cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi için fiilin zarar doğuran bir fiilden “daha fazlası” olması gerekir. *A v. Bottrill* davasında³³¹ *Privy Council*, daha fazladan kastın ne olduğu konusunda ikiye bölünmüştür. Davada 4 yıl boyunca her sene tahlil yaptıran davacının tahlil sonuçları, patoloji uzmanı tarafından değerlendirilerek temiz olduğuna dair rapor verilmiştir. Ancak davalı, davacıya ait tahlilleri incelerken gerekli dikkat ve özeni göstermediğinden davacının kansere dönmesi ihtimali bulunan hastalığı tedavi edilmemiş ve sonuç olarak davacı rahim ağzı kanserine yakalanmıştır. Olayda *Privy Council*’in büyük çoğunluğu davalının eyleminin kınanmayı gerektirecek kadar aşırı olduğunu bu sebeple de cezalandırıcı tazminat talebinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Buna karşılık Hakim Lord *Millett* ve *Hutton* cezalandırıcı tazminat talebinin zarar verenin, zarar verici fiili bilerek ve isteyerek yapmış olması halinde kabul edilmesi gerektiği yönünde görüş bildirmiştir. Sonuç olarak davacının cezalandırılması gereken bir

³²⁹ Rapor, s. 65; McGregor, para. 11-033; Allen/Hartshorne/Martin, para. 5-036; Wilcox, s. 25.

³³⁰ McBride/Bagshaw, s. 689.

³³¹ *A v. Bottrill* [2003] 1 AC 449.

fiilin mağduru olmasının, davalının eyleminin kınanmayı gerektirecek kadar aşırı olması anlamına geldiği kabul edilmiştir³³².

c) Telif Edici Tazminatın Zarar Vereni Cezalandırmaya Yetecek Miktarda Olması (*If But Only If Test*)

Cezalandırıcı tazminata, ancak ve ancak (*if but only if*) mahkeme tarafından hükmedilecek telif edici tazminat miktarının, davalıyı cezalandırmaya ve önlemeye yetmediği hallerde hükmedilebilir. Nitekim Lord *Devlin*, *Rooges* davasında jürinin cezalandırıcı tazminata hükmedebilmesi için cezalandırıcı tazminat dışında hükmedilen toplam tazminat miktarının davalının fiilini cezalandıracak kadar çok olmaması gerektiğini belirtmiş ve bu görüş *Broome v. Cassell* davasında da onaylanmıştır³³³. Ayrıca kategori testinin aksine telif edici tazminat miktarının cezalandırıcı tazminat talebinin değerlendirilmesinde rol oynaması, diğer *Commonwealth* ülkelerince de benimsenmiş bir yaklaşımdır³³⁴.

d) Davalının Aynı Eylem için Bir Ceza Mahkemesinde Yargılanarak Ceza Almış Olmaması

Davalının haksız fiili aynı zamanda ceza hukuku anlamında bir suç sayılıyor olabilir ve hakkında ceza hukuku bağlamında süren bir takibat veya dava mevcut olabilir. Bu hal, mahkemeler tarafından cezalandırıcı tazminata hükmedilirken değerlendirilmektedir. Nitekim eğer fail, aynı zamanda ceza mahkemesinde yargılanırsa ve bu suçtan dolayı da bir ceza alırsa, bu durumda cezalandırıcı

³³² McBride/Bagshaw, s. 689.

³³³ Rapor, s. 64; McGregor, para. 11-039, Allen/Hartshorne/Martin, para. 5-035; Wilcox, s. 26.

³³⁴ Rapor, s. 65.

tazminata hükmedilmesi halinde fail aynı eylemden dolayı birden fazla kere cezalandırılmış olacaktır³³⁵. *Archer v. Brown* davasında³³⁶ mahkeme, suç işlediği sabit olan ve hapis cezası alan davalı aleyhine cezalandırıcı tazminata hükmedilemeyeceğine karar vermiştir. Davada mahkeme çok basit bir ceza hukuku kuralına dayanmıştır. Bu hususu hakim şu şekilde ifade etmiştir; “...*bu talebi mahkeme dışında tutan örnek niteliğindeki tazminatların amacının cezalandırma olmasıdır ve davalı cezalandırılmıştır. Temyizi kazansa bile, hapiste uzun bir süre geçirmiş olacaktır.... Ben kararımı bir kişinin aynı eylemden dolayı birden fazla kere cezalandırılmaması kuralına dayandırıyorum. Şüphesiz bir biçimde bir kez cezalandırıldığından davalıyı ikinci kez cezalandırarak davacıyı yüceltmemeliyim.*”

Benzer şekilde *AB v. South West Water Services Ltd* davasında³³⁷ da temyiz mahkemesi ilk neden olmasa da davalının mahkûmiyet cezasını, cezalandırıcı tazminat talebini reddetmek için ek bir neden olarak kullanmıştır. Bu davada cezanın ağırlığı veya etkinliği üzerinde durulmamıştır, sadece davalının ceza almış olması yeterli görülmüştür³³⁸.

Ancak *Archer* davasında varılan sonuç tüm mahkemelere yol gösterici nitelikte olamamıştır. Bunun sebebi olarak davalının makul bir süre boyunca cezaevinde olması ve temyiz başvurusu olumlu sonuçlansa bile uzun bir süre daha cezaevinde kalacak olması dikkate alınarak hüküm verilmesi gösterilmektedir. Görüş Yazısı’nda da verilen cezanın yetersiz olduğu düşünülen hallerde veya *Rookes*’la

³³⁵ Rapor, s. 65; McGregor, para. 11-041; Allen/Hartshorne/Martin, para. 5-032.

³³⁶ *Archer v. Brown* [1984] 2 All ER 267.

³³⁷ *AB v. South West Water Services Ltd.* [1993] QB 507.

³³⁸ Rapor, s. 66; McGregor, para. 11-041.

oluşturulan kategorilerden ilkinde dahil bir haksız fiil söz konusu olduğunda ceza mahkemesi tarafından verilen cezanın, cezalandırıcı tazminatı engellememesi gerektiği belirtilmektedir³³⁹.

Görüldüğü üzere İngiliz hukukunda cezalandırıcı tazminatın reddedilmesi için çifte cezalandırma yasağı mahkemelerce kullanılmıştır. Ancak bunun bir kural haline geldiğini söylemek mümkün değildir. Nitekim *Asghar v. Ahmed* davasında³⁴⁰ davalı aynı zamanda ceza mahkemesinde yargılanmış ve para cezası almış olmasına rağmen, mahkeme cezalandırıcı tazminata hükmetmiştir³⁴¹. Benzer şekilde *Borders (UK) Ltd. v. Commissioner of Police of the Metropolis* davasında³⁴² sanık, kitap çalmak ve pazarlamak eyleminden dolayı otuz yıl hapis cezasına çarptırılmış olmasına rağmen davacılar cezalandırıcı tazminat almaya hak kazanmıştır³⁴³. Başka bir ifadeyle ceza mahkemesi kararlarının cezalandırıcı tazminata etkisi tam anlamıyla açıklığa kavuşturulamamıştır.

e) Haksız Fiil Sonucunda Birden Fazla Zarar Görenin Bulunması

Bir eylem sebebiyle birden fazla zarar görenin bulunması, cezalandırıcı tazminat talebinin reddi için bazen mahkemeler tarafından kullanılmaktadır. Yine *AB v. South West Water Services Ltd* davasında³⁴⁴ temyiz mahkemesi, kullanma hakkının ihlaline ilişkin davada birden fazla zarar görenin bulunmasını, cezalandırıcı

³³⁹ Allen/Hartshorne/Martin, para. 5-032; Görüş Yazısı (2007), s. 79-80.

³⁴⁰ *Asghar v. Ahmed* (1985) 17 HLR 25.

³⁴¹ Rapor, s. 67; McGregor, para. 11-041.

³⁴² *Borders (UK) Ltd. v. Commissioner of Police of the Metropolis* [2005] EWCA Civ 197.

³⁴³ Wilcox, s. 28.

³⁴⁴ *AB v. South West Water Services Ltd* [1993] QB 507.

tazminat talebini reddetmek için kullanmıştır. Bu durumun tazminatın reddi için kullanılmasının sebebi, tazminat miktarının hesaplanması ve zarar görenler arasında paylaşılması açısından sıkıntı doğuracak olmasıdır. Özellikle zarar görenlerin belirsiz bir sayıda olması halinde mahkemelerce tazminat talebi reddedilmektedir. Çünkü bu hallerde tazminatın hesaplanmasında sadece yargı yoluna başvurmuş olanlar değil, başvuracak olan zarar görenler de dikkate alınmalıdır. Mahkemeler açısından büyük problemlere yol açma ihtimali bulunduğundan, bu durum tazminata hükmedilirken dikkate alınmaya ve tazminat taleplerinin reddi için kullanılmaya başlanmıştır³⁴⁵.

Birden fazla davacının bulunması ise tazminatın hesaplanması ve davacılar arasında bölüştürülmesi problemine yol açmaktadır. Mahkemelerin uygun cezalandırıcı tazminat miktarını hesaplarken *Riches v. News Group Newspapers* davasında kullanılan metodu kullanmaktadır. Hakaret davası olan bu davada mahkeme, on davacı için tazminatın şu şekilde hesaplanması gerektiğini belirtmiştir; öncelikle her bir davacı için hükmedilen toplam telafi edici tazminat miktarı toplanır. Eğer bu toplam miktar cezalandırma amacını haiz değilse cezalandırmaya yetecek bir miktar bu toplama eklenir. Bu miktar ise davacılar arasında eşit olarak dağıtılır³⁴⁶.

f) Davalının İyiniyeti

Her ne kadar *Huckle v. Money* davasında davacının kısa bir süre hapiste kalması ve kendisine iyi davranılması söz konusu olmuş olsa da mahkeme cezalandırıcı tazminata hükmetmiştir. Ancak daha sonraki gelişmeler davalının

³⁴⁵ Rapor, s. 68-69.

³⁴⁶ Wilcox, s. 30.

iyiniyetinin mahkemenin cezalandırıcı tazminatı reddetmesi için bir sebep oluşturduğunu veya cezalandırıcı tazminat hesaplanırken, tazminatın indirilmesi sonucunu doğurduğunu göstermektedir. Nitekim *Holden v. Chief Constable of Lancashire* davasında³⁴⁷ mahkeme, davalının birinci kategori altında değerlendirilecek eyleminde hafifletici etkenlerin var olup olmadığının cezalandırıcı tazminat talebinin değerlendirilmesinde göz önüne alınması gerektiğini belirtmiştir. Temyiz mahkemesi bu sınırlamanın, aksi halde her Anayasaya aykırı davranışta cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi sonucu doğurmasını engelleyerek ilk kategorinin aşırı genişlemesine engel olduğunu belirtmektedir. Bu kapsamda eğer davalı dürüst veya iyiniyetli davranmışsa jüri veya hakim cezalandırıcı tazminat talebini reddedebilir³⁴⁸.

g) Davalının Ekonomik Gücü

Lord *Devlin* tarafından tazminatının kabulünde ve ya hesaplanmasında ortaya atılan diğer bir unsur da tarafların malvarlığıdır. Hakim bu hususu şu şekilde ifade etmiştir; “*Tarafların ekonomik durumu tazminatın hesaplanmasıyla ilgisi yoktur, cezalandırıcı tazminatı hesaplarken ise önemlidir*”. Eğer davalı zenginse az bir meblağ davalıyı cezalandırmaya yetmeyecekken fakir bir davalı için aynı miktar cezalandırıcı olabilir³⁴⁹. Cezalandırıcı tazminatın ilk örneklerinden olan *Benson v. Frederick* davasında³⁵⁰ da yeni bir dava olan *John v. Mirror Group Newspapers Ltd.* davasında da davalının maddi durumunun tazminat ile ilgili olduğu kabul edilmekle

³⁴⁷ *Holden v. Chief Constable of Lancashire* [1987] QB 380.

³⁴⁸ Rapor, s. 69; Wilcox, s. 31.

³⁴⁹ McGregor, para. 11-038; Rapor, s. 77; Wilcox, s. 25.

³⁵⁰ *Benson v. Frederick* 97 Eng. Rep. 1130 (K.B. 1766)

birlikte, uygulamada bunun cezalandırıcı tazminat miktarını nasıl etkilediği açıkça belirlenmemiştir³⁵¹. *McCartney v. Sunday Newspapers Ltd.* davasında³⁵² mahkeme davalının mali durumuna ilişkin detaylı hesaplamalar içeren delilleri kabul etmemiş ve bu delillerin jüriye cezalandırıcı tazminatın hesaplanmasında yol gösteremeyeceğini, aksine büyük bir külfet getireceğini, bu sebeple de jürinin cezalandırıcı tazminatın hesaplanmasında gazetenin büyüklüğü, tirajı ve kaynakları gibi genel unsurların yol göstermesi gerektiğini belirtmiştir³⁵³.

B) İNGİLİZ HUKUKUNDA CEZALANDIRICI TAZMİNATA İLİŞKİN DİĞER BAZI ÖZELLİKLER

1) CEZALANDIRICI TAZMİNATIN TALEP EDİLMESİ VE İSPAT KURALLARI

Öncelikle belirtmelidir ki, mahkemenin cezalandırıcı tazminata hükmedebilmesi için tazminatın davacı tarafından talep edilmesi gerekir. Nitekim bu husus, 22.04.1999 tarihinden sonra açılan özel hukuk davalarında uygulanacağı kabul edilen, Medeni Yargılama Kurallarının (*Civil Procedural Rules*) 16(4)(1)(c) maddesi ile düzenlenmiştir. Bu maddede özel hukuka ilişkin bir talebin içermesi gereken unsurlar sayılmaktadır. Maddenin ilgili fıkrasına göre talep, davacı eğer ağırlaştırılmış veya örnek niteliğinde tazminat talep ediyorsa, açıkça tazminat talebini ve talebin dayanaklarını içermelidir. Dolayısıyla cezalandırıcı tazminat

³⁵¹ McGregor, para. 11-037

³⁵² *McCartney v. Sunday Newspapers Ltd.* [1988] NI 565.

³⁵³ Wilcox, s. 26.

mahkemeden davacı tarafından talep edilmelidir, jüri veya hakim kendiliğinden cezalandırıcı tazminata hükmedemez³⁵⁴.

Zarar görenin mirasçılarının cezalandırıcı tazminat talepleri etmeleri de mümkün değildir. Bu husus *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934* ile hüküm altına alınmıştır. Nitekim Kanun'un 1(2)(i). maddesine³⁵⁵ göre, miras bırakanın terekesi yararına talep edilen tazminatlara cezalandırıcı tazminat dahil edilemez. Ancak zarar görenin ölmesi halinde cezalandırıcı tazminat talep edilememesi kuralı yani cezalandırılmayı hak eden davalının zarar görenin ölmesi sebebiyle cezalandırıcı tazminat ödemekten kurtulması, doktrinde eleştirilmektedir³⁵⁶.

Mahkemeler zarar görenin ölümünü olduğu gibi, zarar verenin ölümünü de tazminata hükmederken göz önünde bulundurmaktadır. *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934*'ün 1(1). maddesi³⁵⁷ zarar verenin ölmesi halinde doğan dava

³⁵⁴ Wilcox, s. 46-47.

³⁵⁵ *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934, 1(2); Where a cause of action survives as aforesaid for the benefit of the estate of a deceased person, the damages recoverable for the benefit of the estate of that person,*

a)shall not include—

(i)any exemplary damages

(ii) any damages for loss of income in respect of any period after that person's death

³⁵⁶ McGregor, para. 11-033; Wilcox, s. 45-46.

³⁵⁷ *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934, 1(1); "Subject to the provisions of this section, on the death of any person after the commencement of this Act all causes of action subsisting against or vested in him shall survive against, or, as the case may be, for the benefit of, his estate. Provided that this subsection shall not apply to causes of action for defamation"*

haklarının, zarar verenin mirasçılarına karşı kullanılabileceğini kabul etmiştir. Bu madde hükmüne göre zarar verenin mirasçılarından cezalandırıcı tazminat talep edilebilmesi mümkündür. Ancak doktrinde bu husus da eleştirilmektedir. Cezalandırıcı tazminatın amacı zarar vereni cezalandırmak olduğundan, tazminat talebinin kabulü zarar verenin mirasçılarının cezalandırılması anlamına geleceğinden, bu husus cezalandırıcı tazminatın amacına aykırıdır³⁵⁸. Bu nedenle Raporda, kanunun ilgili maddesinin örnek niteliğindeki tazminatları kapsam dışında bırakacak şekilde yeniden düzenlenmesi önerilmiştir³⁵⁹.

John v. Mirror Group Newspapers davasında mahkeme cezalandırıcı tazminat talebinde ispat yükü hususunda ceza hukuku değil, özel hukuk kurallarının uygulanması gerektiğini kabul etmiştir. Dolayısıyla cezalandırıcı tazminatın ispatında, en düşük standartlarda ispat kuralları geçerli olacaktır ve bu kurala olasılıklar dengesi (*balance of probabilities*) adı verilmektedir³⁶⁰. Cezalandırıcı tazminat talebi içeren davalarda geçerli olan bu ispat kuralları eleştirilmekte ve

³⁵⁸ Wilcox, s. 46; Rapor, s. 177-178.

³⁵⁹ Rapor, s. 177-178.

³⁶⁰ Rapor, s. 87; McBride/Bagshaw, 694; *Common Law* hukuk düzeninde ispat kuralları katı olup olmamalarına göre üçe ayrılmıştır. Bunlardan ilki kesin deliller gerektiren, makul şüphenin ötesinde olarak tanımlanan (*beyond reasonable doubt*) hallerdir ve genellikle ceza davalarında bir kişinin suçlu olup olmadığının tespitinde kullanılır. Diğer bir ispat şekli, açık ve ikna edici delillerle (*clear and convincing evidence*) ispattır ve genellikle Amerikan medeni yargılama hukukunda istenen ispat türüdür. İspat türlerinin sonuncusu ve en düşük standartta olanı ise *balance of probability* veya *preponderance of the evidence* olarak bilinen olasılıklar dengesi veya delillerin üstünlüğü ilkesidir. Bu son tür ispat türünde jüri zihnin, makul şüpheden arındırmasına gerek yoktur, ancak adil ve tarafsız şekilde zihninin bir tarafının olayın olduğuna inanması yeterlidir. Black's Law Dictionary, 9th ed.

cezalandırıcı amacı taşıyan bir tazminat talebinin bulunduğu bir davada özel hukuk ispat kurallarının geçerli olması “tuhaf” olarak nitelendirilmektedir³⁶¹. Ancak bu tür davaların bazılarında ispat kurallarının katılaştığı da görülmektedir. Nitekim *John v. Mirror Group Newspapers* davasında mahkeme jüriye, jürinin görevi ne kadar önemliyse, delillerin de o kadar açık olması gerektiğini hatırlatmıştır. Tüm *Commonwealth* ülkelerinde medeni yargılama hukukuna ilişkin ispat kuralları cezalandırıcı tazminat talebi içeren davalara uygulansa da, yine tüm ülkelerde bu tür davalarda ispat kurallarının katılaştırıldığı görülmektedir³⁶².

2) TAZMİNATIN HESAPLANMASI VE JÜRİNİN ROLÜ

Cezalandırıcı tazminatın hesaplanmasında genel kural, tazminatın zarar vereni cezalandırmaya yetecek miktarda olmasıdır³⁶³. Ancak bu genel kural dışında cezalandırıcı tazminatın nasıl hesaplanacağı belirsizdir ve bu sebeple de cezalandırıcı tazminat öngörülemez ve kontrol edilemez olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bu belirsizliğin sebebi tazminatın hesaplanmasında birçok faktörün rol oynaması ve bu faktörlerinde bazılarının kendi içinde belirsiz olmasıdır. Hesaplama sırasında mahkeme, eylemdeki kusur oranını ve eylemin cezalandırılması gereken bir eylem olup olmadığını tespit etmektedir. Lord *Devlin*’e göre “*davalının eylemini ağırlaştıran ya da hafifleten her unsur önemlidir*”³⁶⁴.

³⁶¹ McBride/Bagshaw, s. 694-695.

³⁶² Rapor, s. 87-88.

³⁶³ McBride/Bagshaw, s. 693.

³⁶⁴ Rapor, s. 72.

Rapor’a göre cezalandırıcı tazminatın hesaplanmasındaki belirsizliğin en büyük sebebi tazminatın jüri tarafından hesaplanmasıdır³⁶⁵. Nitekim hesaplamanın jüri tarafından yapılması, jürinin tazminatın hesaplanmasına tutarlı bir çerçeve çizemediği gerekçesiyle de eleştirilmektedir³⁶⁶.

1990’dan önce jürinin hükmetmiş olduğu aşırı tazminat miktarının temyiz mahkemesi tarafından bozulması genellikle işe yaramamaktaydı. Çünkü bozma kararından sonra, temyiz mahkemesi tazminat miktarını kendi hesaplayamıyor, tazminat yeni kurulan bir jüri tarafından hesaplanıyor ve bu hallerde yeni jürinin daha yüksek bir tazminat hesaplaması da mümkün olabiliyordu. Ancak bu durum 1990 yılında *Courts and Legal Services Act* ile değişmiştir. Kanunla birlikte temyiz mahkemesine, kararı bozarak yeni bir duruşma yapılması yerine jürinin verdiği tazminatın uygun bir tazminat ile değiştirebilmesi yetkisi verilmiştir. Temyiz mahkemesinin yeni bir duruşma lehine hükmü bozma hakkı devam etmekle birlikte uygulamada mahkeme genellikle tercihini, yeni duruşma masrafları doğmaması için, tazminat miktarının değiştirilmesi yönünde kullanmaktadır³⁶⁷.

Rapor, tazminatın takdiri ve hesaplamasının jüriden alınarak hakimlere verilmesi gerektiğini belirtmektedir³⁶⁸. Ancak Komisyon’un Rapor’unda getirdiği bu öneri de 1999 yılında hükümet tarafından reddedilmiştir³⁶⁹. Tazminatın jüri tarafında hesaplanmasının önemi *Thompson v. Commissioner of Police of the Metropolis*

³⁶⁵ Rapor, s. 72.

³⁶⁶ Wilcox, s. 37.

³⁶⁷ Wilcox, s. 38.

³⁶⁸ Rapor, s. 102.

³⁶⁹ Hansard, HD Debates, Vol. 337 col. 502 (09.11.1999); Wilcox, s. 38.

davasında³⁷⁰ şu şekilde ifade edilmiştir; “*Çoğunlukla güvenilirlikle ilgili çok önemli sorunlar çözümlenmek zorunda olacaktır. Bunların hakim yerine, vatandaşlar tarafından belirlenmesi arzulanmaktadır. Benzer şekilde jüri yapısı sebebiyle, bu tür ihtilafların örnek niteliğindeki veya ağırlaştırılmış tazminat gerektirip gerektirmediği de dahil olmak üzere, özellikle tazminatın nihai olarak hesaplanması için oluşturulan bir topluluktur ve jürinin bu önemli görevlere sahip olması bireysel olarak vatandaşların özgürlüğü açısından önemli bir güvencedir*”.

Tazminatın hesaplanmasında jürinin rol oynadığı davalarda mahkemeler birden fazla unsuru dikkate almaktadır. Son yıllarda özellikle ilk kategoriye dahil ve davalının polis teşkilatı olduğu davalarda, hem telafi edici tazminatların hem de cezalandırıcı tazminatların hesaplanmasında jüriye yol gösterici bazı ilkeler belirlenmiştir³⁷¹. Bu ilkeler *Thompson v. Commissioner of Police of the Metropolis* davasında Lord Woolf M.R. tarafından tespit edilmiş olup, polise karşı açılan hürriyetin kanun dışı sınırlandırılması ve kötünietli suç ithamı davalarında cezalandırıcı tazminatın hesaplanmasına ilişkindir. Bu davada verilen karar, sadece tazminatın hesaplanmasında göz önüne alınacak ilkeleri tespit etmekle kalmamış, polise karşı açılan davalarda maksimum tazminat miktarının sınırını da çizmiştir³⁷². Bu ilkelere göre tazminatın hesaplanmasında hakim, jürinin şu hususları dikkate alması gerektiğini hatırlatmalıdır³⁷³;

³⁷⁰ *Thompson v. Commissioner of Police of the Metropolis* [1998] QB 498, 513.

³⁷¹ Rapor, s. 85; Wilcox, s. 39; Allan/Hartshorne/Martin, s. 127.

³⁷² Rapor, s. 85.

³⁷³ Wilcox, s. 39.

- Davacının eylemden doğan her türlü zararı telafi edici veya ağırlaştırılmış tazminat ile giderilmiştir, o halde cezalandırıcı tazminat davalının durumu esas alınarak tespit edilmelidir;
- Jüri eğer telafi edici ve ağırlaştırılmış tazminatların, davalının baskıcı, keyfi veya Anayasaya aykırı davranışını cezalandırmaya uygun olmadığını düşünürlerse cezalandırıcı tazminata hükmetmelidir;
- Cezalandırıcı tazminat davacı için beklenmeyen bir hediye olacaktır ve bu tazminata hükmedilmesi polis tarafından o miktarda paranın kamu hizmetine harcanamayacağı anlamına gelebilir; ve
- Cezalandırıcı tazminat miktarı davalının eylemi karşısında jürinin hoşnutsuzluğunu gösterebilecek azami değerden fazla olmamalıdır.

Cezalandırıcı tazminatın sınırları ise şu şekilde belirlenmiştir;

- Cezalandırıcı tazminatın uygun olduğu hallerde miktarının 5.000 sterlinden az olması ihtimali azdır. Eğer bu miktardan azsa, muhtemelen dava cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi gereken davalardan değildir³⁷⁴.
- Eylem en az 25.000 sterlin kadar bir telafi edici tazminat miktarını gerektirmelidir ve toplam tazminat miktarı en fazla 50.000 sterlin olmalıdır³⁷⁵.

³⁷⁴ Rapor, s. 85-86; Wilcox, s. 39; Allan/Hartshorne/Martin, s. 127; Stoll H.: Punitive Damages im Englishen Recht, Festschrift für Dieter Henrich zum 70. Geburtstag, Bielefeld 2000, s. 598 (punitive damages).

³⁷⁵ Rapor, s. 85-86; Wilcox, s. 39; Allan/Hartshorne/Martin, s. 127; Stoll, Punitive Damages, s. 598.

- Telafi edici tazminat miktarının çok az olduğu haller dışında, cezalandırıcı tazminat ile birlikte toplam tazminat miktarının, telafi edici tazminat miktarının üç katından fazla olması olağanüstü olur³⁷⁶.

Ancak bu dava ile getirilen ilkelerin etkisi belirsizdir. Yüksek cezalandırıcı tazminatları sınırlamada bu ilkelerin rolü olduğu görölmektedir. Nitekim bu ilkeleri koyan Lord Woolf M.R.'da "her davaya uygun bir formülasyon"un olmadığını belirtmiştir. Gerçekten bu sayılan unsurlar kanuni bir düzenlemeye de dayanmadığından olaya göre uygulanmaları değişiklik göstermektedir³⁷⁷.

İngiliz hukukunda özellikle ikinci kategoride yer alan ve basın yayın kuruluşlarına karşı açılan şeref ve haysiyetin ihlali davalarında tazminatın takdirini ve hesaplanmasını etkileyen bir husus da İnsan Hakları Kanunu³⁷⁸,nın ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesidir. Kanunun ifade özgürlüğüne ilişkin bu maddesinin ikinci fıkrasına göre; *"Bu hakların kullanımı, beraberinde yükümlölükler ve ödevler getirdiğinden hukuk tarafından tanımlanan formalitelere, şartlara, sınırlamalara veya cezalara tabi kılınabilir ve demokratik bir toplumda, ulusal güvenlik, bölgesel bütünlük veya kamu güvenliği yararına, düzensizlik ve suçun önlenmesi için, manevi değerlerin ve sağlığın korunması için, başkalarının şeref ve diğer haklarının korunması için, gizli bir bilginin ifşasını engellemek için veya*

³⁷⁶ Wilcox, s. 40.

³⁷⁷ Wilcox, s. 41.

³⁷⁸ Human Rights Act (1998) S. 10; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (European Convention on Human Rights) 10. maddesi İnsan Hakları Kanunu madde 10'a aynen aktarılmıştır.

yargının otoritesini veya bağımsızlığını sürdürmek için gereklidir”³⁷⁹. *Ratzen v. Mirror Group Newspapers Ltd.* davasında³⁸⁰ temyiz mahkemesi, “fade özgürlüğünün tazminatın takdirine etkisini belirtmiştir³⁸¹. Benzer şekilde *John v. Mirror Group Newspaper Ltd.* davasında da mahkeme, “kural, örnek niteliğindeki tazminat hükmünün bu tür tazminatların temelinde yatan davalıyı cezalandırmak, haksız fiilin yanına kalmayacağını belirtmek ve diğerlerini önlemek olan kamusal sebepleri yerine getirmek için gerekli asgari miktarı aşmamalıdır. Bu sonuca madde 10’un uygulanmasıyla da varılır. İfade özgürlüğü, şerefın kesinlikle korunması için gerekli görüldüğü hallerden başka örnek niteliğindeki tazminatlarla sınırlandırılmamalıdır” hükmüne varmıştır³⁸². Yine, daha yeni bir dava olan *Mosley v. News Group Newspapers* davasında³⁸³ da mahkeme, cezalandırıcı tazminatın kabulünün Kanun’un 10(2). maddesini ihlal edeceğini belirterek, gizliliğin ihlaline ilişkin bir davada davacının talebini reddetmiştir. Mahkeme basın organlarının yarı cezai bir yaptırımla cezalandırılmak gibi öngörülemeyen bir risk ile karşı karşıya kalmasını

³⁷⁹ Human Rights Act (1998) Sec. 10(2); “The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.”

³⁸⁰ *Ratzen v. Mirror Group Newspapers Ltd.* [1994] QB 670.

³⁸¹ Allan/Hartshorne/Martin, s. 128; Wilcox, s. 41-42; Rapor, s. 75.

³⁸² Wilcox, s. 42; Rapor, s. 76-77.

³⁸³ *Mosley v. News Group Newspapers Ltd.* [2008] EWHC 1777 (QB).

ihtiyaçları karşılamadığını ve olayda acil bir sosyal ihtiyaç bulunmadığını belirtmiştir³⁸⁴.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin yanı sıra şeref ve haysiyetin ihlali davalarında cezalandırıcı tazminat miktarını etkileyen bir diğer husus da, belirtildiği üzere davalının malvarlığıdır. Davalının bir basın yayın kuruluşu olduğu davalarda genellikle cezalandırıcı tazminat miktarı yüksek bir meblağa tekabül eder. Yine ikinci kategori altında değerlendirilen taşınmaz sahibi-kiracı davalarında yani hukuka aykırı tahliye davalarında ise tazminat miktarı, şeref ve haysiyetin ihlali davalarına göre daha istikrarsızdır. Mahkemeler çok yüksek miktarlara hükmedebildiği gibi, tazminat miktarını düşük de tutabilmektedir³⁸⁵.

Olay temelli değerlendirme dışında genel olarak tazminatın hesaplanmasında dikkate alınan unsurlar olan birden fazla zarar görenin bulunması, birden fazla zarar verenin bulunması, zarar görenin haksız fiil sonucu ölmesi, zarar görenin ölmesi gibi tazminatı sınırlandıran haller ve davalının iyiniyeti, tazminatın hesaplanması sırasında mahkemelere yol göstermektedir³⁸⁶.

3) ALTERNATİF ÖNERİLERİ

İngiliz hukuk doktrini ve mahkemeleri, cezalandırıcı tazminatı birçok yönden eleştirmiş ve bir takım alternatif önerilerinde bulunmuştur. Bu eleştiriler temelde bu tür tazminatların, ceza hukuku ve medeni hukukun işlevlerini karıştırdığı noktasına dayanmaktadır. Özellikle ceza hukukundaki kuralların daha katı olması, ispat

³⁸⁴ Wilcox, s. 42

³⁸⁵ Wilcox, s. 42.

³⁸⁶ Bkz: Bölüm II, I, A, 2.

kurallarının daha sıkı olması, davalının masumiyet karinesinden yararlanması ve ceza davalarında jürinin davalıya verilecek cezayı değil, sadece davalının suçlu olup olmadığına karar vermesi gibi kuralların bulunmasına karşılık özel hukuk davalarında bunların olmaması eleştiri konusu olmuştur³⁸⁷. Ceza ve medeni hukukun işlevlerine ilişkin olarak getirilen diğer bir eleştiri de ceza olarak hükmedilen miktarın devlet yerine zarar görene ödenmesi sebebiyledir³⁸⁸.

Buna karşılık cezalandırıcı tazminatın lehine olan görüş, telafi edici tazminatın zarar vereni cezalandıracak miktarda olması halinde cezalandırıcı tazminata hükmedilememesi (*if but only if*) kuralının, telafi edici tazminatların da cezalandırma işlevi olduğunu vurguladığını ve ayrıca nominal tazminat ve iade tazminatı gibi tazminatların cezalandırıcı tazminat gibi zarar görenin zararı esas alınmayarak hesaplanan tazminatlar olmasının genel olarak tazminatların amacının sadece telafi etmek olmadığını gösterdiğini belirtmekte ve bu şekilde cezalandırıcı tazminata karşı getirilen eleştirilere karşı çıkmaktadır³⁸⁹.

Cezalandırıcı tazminata getirilen bir diğer eleştiri ise özellikle Rapor'da ayrıntılı olarak tartışılan, cezalandırıcı tazminata izin veren kategorilere ilişkindir. Belirtildiği üzere münferit olarak kategorilere getirilen eleştiriler yanında, kategorilerin toptan kaldırılması da getirilen öneriler arasındadır.

Bu kapsamda cezalandırıcı tazminata getirilen eleştiriler temelde iki başlık altında değerlendirilebilir. Bunlardan ilki cezalandırıcı tazminatın belirtilen

³⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Wilcox, s. 33.

³⁸⁸ McGregor, para. 11-001.

³⁸⁹ Wilcox, s. 32.

nedenlerle tamamen reddedilmesi, ikincisi ise cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi mümkün halleri sayarak sınırlandıran kategori testinin reddedilmesidir.

a) Cezalandırıcı Tazminatın Reddedilmesi

İlk öneri cezalandırıcı tazminatın tüm haksız fiil türleri açısından reddedilmesidir. Nitekim *Rookes v. Barnard*'da Lord *Devlin*'in esas amacının bu olduğu düşünülmektedir. Ancak Lord *Devlin*, kendini daha önceki davalarla bağlı hissettiğinden, en iyi çözüm olarak cezalandırıcı tazminatı bazı olay tipleriyle sınırlı olarak kabul etmeyi seçmiştir. Nitekim Lord *Scott* da, *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary* davasında bu tür tazminatları sınırlandırmıştır. Burada sınırlandırmanın temelinde cezalandırıcı tazminatın reddilmesi arzusu olduğu belirtilmektedir³⁹⁰.

Doktrinde özellikle *McBride/Bagshaw* cezalandırıcı tazminatın kaldırılmasına karşı görüş bildirmiş ve hatta yazarlar, cezalandırıcı tazminatın kaldırılmaması gerektiğini destekleyen güçlü argümanlar bulunduğundan bahsetmişlerdir. Özellikle bir haksız fiilden zarar gören bir kimseye cezalandırıcı tazminat talep hakkı verilmemesi halinde, kişilerin hukuka uygun hareket etmesini sağlayan sebeplerden birinin azaldığından, buna bağlı olarak hukuk kuralının yaptırım gücünün de azalacağını belirtmektedirler. *Rookes v. Barnard*'da Lord *Devlin*'in de belirttiği gibi cezalandırıcı tazminatın, hukukun gücünü teşvik etme gibi faydalı bir amaca hizmet ettiğini savunmaktadırlar. Yazarlar, *Kuddus* davasında da Lord *Nichols*'ün kabul ettiği üzere cezalandırıcı tazminatın medeni hakların korunmasında büyük rol oynadığını ve zarar verene böyle bir davranışın hoş görülmesinin mümkün

³⁹⁰ McBride/Bagshaw, s. 697.

olmadığını da ifade ettiğini belirterek, cezalandırıcı tazminat hükmü olmadan adaletin yerine getirilmesinin mümkün olmadığı görüşünü desteklemektedirler. Tüm bu sebeplerle de reform önerilerinden biri olan cezalandırıcı tazminatın reddedilmesinin mümkün olmadığını savunmaktadırlar³⁹¹.

b) *Rooges v. Barnard*'la Kabul Edilen Kategorilerin Reddi

Bazı eleştiriler ise *Rooges* davasıyla kabul edilen kategorilere ilişkindir. Bu görüş, cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi mümkün fiiller ve mümkün olmayan fiiller ayırımına dayanan kategorilere karşı çıkmakta ve bu kategorileri “mantıksız” olarak tanımlamaktadır. Ancak bu kategorilerin kaldırılması halinde cezalandırıcı tazminatın sınırlarının nasıl çizilmesi gerektiği de belirsizdir. *McBride/Bagshaw*, kategorilerin kaldırılmasının istenmeyen sonuçlara yol açabileceğini, yargının kazanma şansı olmadan açılan davalarla uğraşmak zorunda kalacağını belirterek kategori testinin kaldırılmasına karşı çıkmaktadır³⁹².

Rapor ile de cezalandırıcı tazminata ilişkin birçok öneri getirilmiştir. Nitekim Raporun 5. Bölümü getirilen bu önerilere ayrılmıştır. Komisyon, Görüş Yazısı'na gelen eleştiriler doğrultusunda cezalandırıcı tazminata ilişkin üç tür model önerisi ortaya koymuştur. Buna göre cezalandırıcı tazminat açısından uygulanabilecek ilk model, “genişleme modeli-*expansionist model*”dir. Bu modele göre cezalandırıcı tazminat talebi, sözleşmeye aykırılık hariç, özel hukuka ilişkin her türlü hukuka aykırılık halinde eğer, davacının haklarının kasten ve ağır kusur ile ihlal edilmesi (*deliberate and outrageous disregard of the plaintiff's right's*) söz konusu ise,

³⁹¹ McBride/Bagshaw, s. 698-699.

³⁹² McBride/Bagshaw, s. 700.

mümkün olmalıdır yani kategori testi kaldırılmalıdır. Yine Rapor’da, bu modellerden en çok kabul görenin ilk model olduğu belirtilmektedir³⁹³. Nitekim tüm Rapor’a hakim olan düşünce biçimi ve reform önerileri bu modele göre şekillendirilmiştir³⁹⁴.

İkinci model “kaldırma modeli-*abolitionist model*”dir. Bu modelde ise cezalandırıcı tazminatın tamamen kaldırılması önerilmektedir. Ancak bunun için davalının her türlü manevi zararının giderilmesi ve iade tazminatının tamamen kabul edilmesi ön şart olarak tespit edilmiştir³⁹⁵.

Üçüncü model olan “karma model-*hybrid model*”e göre ise, cezalandırıcı tazminat ancak kamu görevlilerinin idare tarafından verilen kamu gücü kullanarak yaptıkları eylemlerde davacının haklarını kasten ve ağır kusur ile ihlal edilmesi söz konusu ise kabul edilmeli, diğer hallerde ise cezalandırıcı tazminat talebi reddedilmelidir³⁹⁶.

Rapor’da bu önerilerden en çok kabul görenin ilk model olduğu ve ikinci model taraftarlarıyla birlikte çoğunluk görüşünün cezalandırıcı tazminatın kaldırılmaması yönünde olduğu belirtilmiştir. Bu kapsamda Rapor, önerilerini bu görüş doğrultusunda ve özellikle ilk model çerçevesinde yapılandırmıştır. Ayrıca Rapor, cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi mümkün hallerin genişletilmesi taraftarı olmakla birlikte, bu tür tazminatların hukuk tarafından makul bir temele oturtulması, mahkemeler tarafından “en son çare” olarak kullanılması ve tazminatın hesaplanmasında “ölçülülük” ve “orantılılık” gibi kriterlerin göz önünde

³⁹³ Rapor, s. 96.

³⁹⁴ Stoll, Punitive Damages, s. 599.

³⁹⁵ Rapor, s. 96.

³⁹⁶ Rapor, s. 96.

bulundurulması gerektiğini belirtmektedir. Bu tazminatın en son çare olması, telafi edici tazminat miktarının davalıyı cezalandırmaya yetecek miktarda olmaması, davalının herhangi bir ceza mahkemesi hükmü ile eylemi sebebiyle cezalandırılmamış veya bu sebeple iş sözleşmesinin feshedilmesi gibi herhangi bir mahrumiyetle karşılaşmamış olması anlamına geldiği belirtilmektedir³⁹⁷. Ölçülülük ise cezalandırıcı tazminatın davalıyı cezalandırmaya, davalı ve diğer 3. kişileri gelecekteki benzer davranışları önlemek ve mahkemenin benzer bir davranışı kınadığını göstermeye yetecek derecede olmasını ifade eder. Orantılılık ise davalının eylemi ile cezalandırıcı tazminat miktarının birbiriyle orantılı olması anlamına gelir³⁹⁸. Bu kapsamda Rapor tarafından getirilen önerilerden bazıları şu şekilde sıralanabilir³⁹⁹;

- Cezalandırıcı tazminat, jüri tarafından değil, hakim tarafından hükmedilmeli ve hesaplanmalıdır.

- Cezalandırıcı tazminata eylem ile davalı, davacının haklarını isteyerek ve ağır kusur ile ihlal etmesi hallerinde hükmedilmeli ve *Rookes v. Barnard* ile kabul edilen kategori testi reddedilmelidir.

- *AB v. South West Water Services Ltd.* davasıyla kabul edilen *cause of action* testi kaldırılmalı onun yerine cezalandırıcı tazminat sözleşmeye aykırılık hariç, özel hukuka ilişkin her türlü hukuka aykırılık halinde kabul edilmelidir.

³⁹⁷ Rapor, s. 105 vd.; Stoll, Punitive Damages, s. 600.

³⁹⁸ Rapor, s. 135-136.

³⁹⁹ Rapor, s. 106 vd.

- Cezalandırıcı tazminata mahkeme, herhangi bir sınırlama olmadan, diğer tazminatların yanı sıra hükmedilebilmelidir ancak diğer tazminatların miktarın toplamının davalının cezalandırılmasına yetip yetmeyeceği hakim tarafından göz önüne alınmalıdır.

-Cezalandırıcı tazminatın miktarının hesaplanmasında hakim, tazminat miktarının zarar vereni cezalandırmaya yetecek asgari miktarı aşmamasına ve davalının zarar veren eyleminin ağırlığı ile orantılı olmasına dikkat etmelidir.

- Cezalandırıcı tazminatın hesaplanmasında hakim, uygun olduğu müddetçe, davalının niyeti, davalı tarafından ihlal edilen hakların, davalının gördüğü zararın ve eylem sonucunda elde edeceği veya elde etmeyi amaçladığı faydanın türü ve kapsamı ve son olarak hakimin tazminat ile ilgili olduğunu düşündüğü diğer her konu hesaba katılmalıdır.

Belirtildiği üzere Rapor, kategori testi yerine, “davacının haklarının kasten ve ağır kusur ile ihlal edilmesi (*deliberate and outrageous disregard of the plaintiff's right's*)” testini önermektedir. Bu genel teste göre cezalandırıcı tazminat, kusurlu ve cezalandırılmayı hak eden fiillerin hepsinde söz konusu olabilmelidir. Nitekim Rapor’da, Avustralya, Kanada ve Amerika gibi ülkelerde cezalandırıcı tazminatın mümkün olduğu halleri tanımlamak için de benzer terimlerin kullanıldığı ifade edilmektedir. Raporda kusurlu ve cezalandırılmayı hak eden fiillerin tespitinde ise, fiilin kasıtlı olup olmadığı, davacıya verilen zararın kapsamı ve türünün ve davalının saikinin (*motive*) göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmektedir⁴⁰⁰.

⁴⁰⁰ Rapor, s. 107-108.

Rapor ile cezalandırıcı tazminata ilişkin yapılan bu öneriler, hükümet tarafından 1999 yılında doktrin ve mahkeme kararlarıyla görüş birliğine varılamadığı gerekçesiyle reddedilmiştir⁴⁰¹.

Bu kategoriler açısından getirilen eleştirilerin bir diğeri ise kategorilerin toptan kaldırılmasına ilişkin olmayıp, ikinci kategoriye karşı geliştirilmiştir. İkinci kategori olan “zarar verenin, zarar görene ödeyeceği tazminatı aşan bir fayda elde edeceğini hesaplayarak fiili işlemesi halleri” dahilinde ele alınan fiillerde, haksız fiil yerine sebepsiz zenginleşmeye başvurulması önerilmiştir. Bu sayede zarar gören davacı, İngiliz hukukunda kabul edilen iade tazminatını talep edebilecek ve böylece zarar veren eylemle elde edilen fayda, cezalandırıcı tazminata gerek kalmadan zarar verenden alınıp, zarar görene verilecektir. *McGregor*, örnek niteliğindeki tazminatları, zarar verenin zenginleşmesini önlemek için bulunmuş geçici ve keyfi bir çözüm olarak tanımlamakta ve tazminatların bu özelliği sebebiyle bu tür tazminatların yerini, iade tazminatının alabileceğini belirtmektedir⁴⁰².

II) AMERİKAN HUKUKUNDA CEZALANDIRICI TAZMİNAT

A) GENEL OLARAK

Cezalandırıcı tazminatın Amerika hukukunda nasıl uygulandığının anlaşılması açısından öncelikle dünya medyasında⁴⁰³ geniş yer bulan ve cezalandırıcı

⁴⁰¹ Hansard, HD Debates, Vol. 337 col. 502 (09.11.1999).

⁴⁰² *McGregor*, s. 382; *Wilcox*, s. 51-52.

⁴⁰³ Davanın Avrupa basınına nasıl yansıdığına dair bkz.: Ryan P. S.: Revisiting the United States Application of Punitive Damages: Seperating Myth from Reality, *ILSA Journal of International ve Comparative Law*, Vol. 10, No.1, s. 77 vd.

tazminat üzerinde tartışmalara yol açan *Liebeck v. McDonald's Restaurants (Kahve Davası)*⁴⁰⁴ ve *Philip Morris USA v. Williams*⁴⁰⁵ davalarının kısaca ele alınması uygun olacaktır⁴⁰⁶.

Kahve davası olarak da anılan *Liebeck v. McDonald's Restaurants* kararında jüri davacıya 160.000 dolar telafi edici tazminat ve 2,7 milyon dolar cezalandırıcı tazminat ödenmesine hükmetmiş, daha sonra hakim tarafından cezalandırıcı tazminat miktarı indirilmiş ancak karar temyiz aşamasındayken davalı ve davacı kamuoyuna açıklanmayan bir miktar üzerinde anlaşarak davadan vazgeçmişlerdir.

Olayda 1992 yılında yetmişdokuz yaşında olan davacı *Stella Liebeck*, *New Mexico* eyaletinde bulunan bir *McDonald's* restoranının arabaya servis bölümüne, torununun kullandığı araba ile yaklaşmış ve bir bardak kahve almıştır. Torunu *Liebeck*'in kahvesine şeker atabilmesi için arabayı park etmiş, *Liebeck* iki bacağına arasına sıkıştırdığı bardağın üzerindeki plastik kapağı açarken kahve üstüne dökülmüştür. Hastaneye götürülen *Liebeck* vücudunun %6'sında oluşan üçüncü derece yanıklar sebebiyle sekiz gün süreyle hastanede tedavi görmüş ve bu tedavi sırasında vücudunun yanık yerlerine deri nakli yapılmıştır. Daha sonraki iki yıl boyunca da tedavisi devam etmiştir. *Liebeck*, *McDonald's* ile anlaşmak istemiş ve gelecekteki tedavi giderleri dahil 20.000 dolar talep etmiş ancak *McDonald's* 800 dolar önermiş ve tarafların bu şekilde anlaşması mümkün olmamıştır. Bunun üzerine

⁴⁰⁴ *Liebeck v. McDonald's Restaurants* 1995 WL 360309 (N.M. Dist.) Unpublished Opinion.

⁴⁰⁵ *Philip Morris USA v. Williams* 549 U.S. 346, 127 S.Ct. 1050.

⁴⁰⁶ Amerikan hukuk doktrininde cezalandırıcı tazminata ilişkin çok sayıda önemli dava bulunmakla birlikte bu iki dava Türkiye de dahil olmak üzere dünya medyasında geniş yankı uyandırdığı için seçilmiş ve kısaca özetlenmiştir.

New Mexico eyalet mahkemesine avukatı aracılığıyla başvuran *Liebeck*, davalının tehlikeli ve ayıplı bir ürün ürettiği ve sattığı gerekçesiyle olayda ağır ihmalinin (*gross negligence*) bulunduğunu iddia etmiştir. Davada *Liebeck*'in avukatları *McDonald*'sın franchise alanlara kahveyi 82–88 °C arasında sunmak zorunda bıraktığını ve bu sıcaklıkta kahvenin bir insanda döküldüğü andan itibaren iki ila sekiz saniye arasında üçüncü derece yanığa yol açabileceğini tespit etmişlerdir. Avukatlar normal şartlarda kahvenin 60 °C'den fazla bir sıcaklıkta servis edilmemesi gerektiğini aksi takdirde tehlikeli olacağını iddia etmişlerdir ve nitekim diğer bazı restoranların, *McDonald*'stan daha düşük sıcaklıkla servis yaptıklarını belirtmişlerdir. *McDonald's* ise arabaya servis bölümünden kahve satın alan müşterilerin uzun süre araba kullandıklarını ve bu sebeple de kahvenin uzun süre sıcak kalması gerektiğinden normalden daha sıcak kahve servisi yaptıklarını ve ayrıca müşterilerin de bu yönde talepleri olduğunu belirtmiştir. Buna karşılık davacı avukatları, 1982-1992 yılları arasında kahve sebebiyle oluşan yanıklar yüzünden *McDonald*'sın 700 kişiye 500.000 dolardan fazla tazminat ödemek zorunda kaldığını tespit etmiştir. 18 Ağustos 1994'te kararını açıklayan jüri, *McDonald's*ı olay sebebiyle %80 kusurlu bulmuştur⁴⁰⁷. Jüri davalı *McDonald*'sın iki günlük kahve

⁴⁰⁷ İngiliz hukukunda ise benzer bir olay *Bogle & Others v. McDonald's Restaurants Ltd.* davasına konu olmuştur. Davada Amerika'dakine benzer bir olayda vücudunun çeşitli yerlerinde yanıklar oluşan bir grup davacı tazminat istemiyle mahkemeye başvurmuştur. İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelen olayların çoğu 1996 -1998 yılları arasında yaşanmış ve olay olduğu sırada çoğu dört yaşından küçük olan otuzaltı davacı, *McDonald*'stan alınan sıcak içecek sebebiyle zarar gördüğünü iddia etmiş ve tazminat talep etmiştir. Olayda mahkeme davalının ihmali bir davranışının olup olmadığı, davalının özen yükünün bulunup bulunmadığı, bulunuyorsa bu özen yükünün içeceğin derecesinin yüksek tutulması ile ihlal edilip edilmediği, ihlal edildiyse sıcak

satışı bedeli olan 2,7 milyon doların cezalandırıcı tazminat olarak davacıya ödenmesine karar vermiştir. Hakim cezalandırıcı tazminat miktarını telafi edici tazminatın üç katı olan 480.000 dolara indirmiş ve davalının toplamda 640.000 dolar ödemesine hükmetmiştir. Her iki taraf da kararı temyiz etmiş ancak taraflar dava üst derece mahkemesi önüne gitmeden anlaşarak davadan vazgeçmişlerdir⁴⁰⁸.

Cezalandırıcı tazminat konusunda uzun yıllar tartışmalara sebep olmuş diğer bir dava olan *Philip Morris USA v. Williams* davası⁴⁰⁹ da hem Amerikan basınında hem de Avrupada⁴¹⁰ geniş yankı uyandırmıştır. Davada, eşi sigaradan kaynaklanan

içeceklerin kaç derecede servis edilmesi gerektiği, davalının sıcak içecek servisinde kullandığı bardakların uygun olup olmadığı, bardaklara takılan kapakların sıcak içecek servisine uygun olup olmadığı, davalının davacıları sıcak içecek sebebiyle yanma riski olduğuna dair uyarma yükümlülüğünün olup olmadığı, varsa bunun yerine getirilip getirilmediği, servis yapılan sıcak içeceklerin ayıplı olup olmadığı ve bu yolla Tüketicinin Korunması Kanunu'nu (1987) ihlal edip etmediği sorularına cevap aramıştır. Mahkeme, *McDonald's* restoranlarında kullanılan kahve bardakları ve kahve makineleri yanında diğer çevresel faktörlerden *McDonald's*ın müşterilerin sıcak içecek yüzünden yaralanma ihtimalleri bulunduğu hususunun farkında olduğu kanısına varmıştır. Ancak dava sonucunda Hakim *Field*, *McDonald's*ın sıcak içeceklerin özellikleri gereği bu ısıda servis edilmeleri gerektiği tüketicilerinde yanma riski bulunduğunu bilerek bu içecekleri tüketmeyi tercih ettiklerini belirterek *McDonald's*ın olayda ihmali bulunmadığına karar vermiştir; *Bogle & Ors v McDonald's Restaurants Ltd.* [2002] EWHC 490 (QB).

⁴⁰⁸ Ayrıca bkz.: Cain K.G.: And Now the Rest of the Story; The McDonald's Coffee Lawsuit, *Journal of Consumer and Commercial Law*, Vol.11, No.1, 2007, s. 14-19;

⁴⁰⁹ *Philip Morris USA v. Williams* 546 U.S. 346 (2007); 127 S. Ct. 1057 (2007).

⁴¹⁰ Avrupa ülkelerinde sigara üreticilerine karşı açılan davalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Molitoriz M.: Tabakprozesse in den USA, Deutschland und anderen europäischen Ländern, NJW, 2004, s. 3362 vd.

akciğer kanserinden vefat eden davacı sigara üreticilerinden *Philip Morris*'e dava açan *Williams* vefat eden eşinin davalı şirket tarafından sigara içmenin zararsız ve güvenli olduğuna inandırıldığını iddia etmiştir. İlk derece mahkemesi, 821.000 dolar telafi edici tazminata ve 79,5 milyon dolar cezalandırıcı tazminata hükmetmiştir ve bu hüküm *Orgeon Temyiz Mahkemesi* tarafından onaylanmıştır. Daha sonra Amerikan Yüksek Mahkemesi önüne giden dava, bu mahkeme tarafından da onaylanarak davacının hak kazandığı tazminat miktarı kesinleşmiştir.

Görüldüğü üzere Amerikan hukukunda cezalandırıcı tazminatın ele alınış biçimi bir hayli ilginçtir. Bu hukuk düzeninde cezalandırıcı tazminat konusunda ana hukuk düzeni olan İngiliz hukukundan son derece farklı bir uygulama söz konusudur. O nedenle de hem Amerikan hem de Avrupa hukuk doktrininde “cezalandırıcı tazminat” ifadesi Amerikan hukukundaki uygulamayı ifade etmek üzere kullanılmaktadır.

B) AMERİKAN HUKUKUNDA CEZALANDIRICI TAZMİNATIN ÖZELLİKLERİ

Cezalandırıcı tazminat *Restatement* tarafından “telafi edici ve nominal tazminatlardan farklı olarak, ağır kusurlu eylemi için bir kimseyi cezalandırmak ve onu ve onun gibi diğerlerinin gelecekteki benzer eylemleri önlemek için hükmedilen tazminatlar” olarak tanımlamıştır. Bu tanım üç hususu vurgulamaktadır. Öncelikle bu tür tazminatların, nominal ve telafi edici tazminatlardan farklı olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu tanımla açıklığa kavuşturulan bir diğer husus, cezalandırıcı tazminatın işlevleridir ve bunlar cezalandırmak ve önlemektir. Son olarak ise cezalandırıcı tazminatın, zarar verenin eyleminde kusurun ağırlığı esas alınarak tespit

edildiği vurgulanmaktadır. Bazı federe devletler cezalandırıcı tazminatın cezalandırma ve önleme amacı dışında telafi etme amacıyla kabul etmiş olsalar da, *Restatement*'daki bu tanım cezalandırıcı tazminata izin veren mahkeme kararları ve yasal düzenlemelere uygun şekilde kaleme alınmıştır⁴¹¹.

Bu tanımla da anlaşılacağı üzere Amerikan hukukunda cezalandırıcı tazminat açısından İngiliz hukukunda olduğu gibi kategori temelli bir yaklaşım mevcut değildir. Bu hukuk düzeninde cezalandırıcı tazminat hükmüne izin verilen haksız fiil türlerinden bahsedilmemekte, cezalandırıcı tazminata, haksız fiile temel oluşturan eylemdeki kusurun derecesine göre izin verilmektedir.

Bu kapsamda Amerikan hukuku açısından cezalandırıcı tazminata ilişkin temel kurallar şunlardır⁴¹²;

- Cezalandırıcı tazminat sadece kasıt, kötüniet veya başkalarının haklarının kayıtsız/umursamaz bir şekilde hiçe sayıldığı hallerde gündeme gelir.

Cezalandırıcı tazminat açısından ayırteci en önemli özellik, kin, kötülük etme saiki veya sonuçların bilincinde olarak eylemin işlenmesidir. Bu tür tazminatlar tazmin etme değil, cezalandırma amacı taşıdığından davacının cezalandırıcı tazminat elde edebilmesi için, davalının ya kin, kötüniet veya kötülük etme saiki ile hareket ettiğini ya da hile ile veya kasıtlı veya kayıtsız şekilde başkalarının haklarının hiçe saydığını göstermesi gerekir⁴¹³.

⁴¹¹ Speiser/Krause/Gans, Vol 2A, s. 230.

⁴¹² Dobbs, s. 310.

⁴¹³ McCormick, s. 280.

- Cezalandırıcı tazminatın amacı cezalandırma ve önlemedir. Bazen amaç, davacının yargılama giderlerini finanse etmek de olabilir.
- Eğer hakim jüriye cezalandırıcı tazminatı değerlendirmesi iznini verirse bu halde jüri, tazminatın ödenip ödenmeyeceğine ve tazminatın amacıyla sınırlı olarak miktarına karar verir.
- Bazı eyaletlerde cezalandırıcı tazminat bazı açılardan sınırlandırılmıştır. Ayrıca telafi edici tazminatın iki veya üç katına kadar cezalandırıcı tazminata izin veren kanunlar da cezalandırıcı tazminata bir takım sınırlamalar getirmiştir.
- Cezalandırıcı tazminat kural olarak özel hukuk da uygulanan ispat kurallarına tabi kılınmıştır. Ancak bazı mahkemeler bu tür tazminatlar açısından daha katı ispat kuralları aramaktadır.
- Kural olarak cezalandırıcı tazminat ancak ve ancak gerçek bir zararın varlığı halinde talep edilebilir. Ancak bazı mahkemeler bu şartı, cezalandırıcı tazminat talep edilebilmesi için dava açma şartının yerine getirilmesi gerekir şeklinde yorumlamakta ve genişletmektedir.
- Bazen mahkemeler cezalandırıcı tazminat miktarının gerçek zarar miktarıyla orantılı olması gerektiğini belirtmektedir. Ancak bu kural başka bazı kurallarla çatışabilmektedir.

1) CEZALANDIRICI TAZMİNATA SEBEBİYET VEREN EYLEMİN AĞIR KUSURLU BİR EYLEM OLMASI

Amerikan haksız fiil hukukunda husumet, kötülük etme saiki, zarar verenin zarar verici eylemi bilinçli olarak işlemesi, başka bir ifadeyle kusurun ağırlığı, eylemin sonucu olan zararın giderilmesini talep etme açısından bir önem taşımaz. Ancak cezalandırıcı tazminat, telafi etmek amacı değil, cezalandırma amacı taşıdığından zarar verenin, zarar verme hususunda bilinçli olması şartı aranır. Başka bir ifadeyle zarar verenin husumet, kötüniyet, kötülük etme saiki veya hile kastı ile hareket ettiği ispatlanmalıdır⁴¹⁴.

Cezalandırıcı tazminatın hizmet ettiği amaçlar cezalandırma ve önleme olduğundan, bu tür tazminatlara ancak davalının eyleminin türünün buna uygun olması halinde hükmedilebilir. Bu eylemin ise ağır kusurlu (*outrageous conduct*) bir eylem olması gerekir. *Restatement (Second) of Torts*, cezalandırıcı tazminata izin veren eylemi şu şekilde tanımlamaktadır: “Cezalandırıcı tazminat, davalının kötülük etme saiki (*evil motive*) veya başkalarının haklarına kayıtsız (*reckless*) aldırmazlığı sebebiyle ağır kusurlu eylemler için hükmedilir”. Bu ifadeden anlaşıldığı üzere, iki halde cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi mümkündür. Bunlar eylemin kötülük etme saiki ile veya başkalarının haklarına kayıtsız/umursamaz bir aldırmazlıkla işlenmiş olması halleridir. “Kötülük etme saiki” ifadesi doktrinde kötüniyetle

⁴¹⁴ McCormick, s. 280.

(*malicious*), kin veya husumet ile zarara sebebiyet verme olarak da anlaşılmaktadır⁴¹⁵.

Bu kapsamda *Ellis*, zarar veren eylemin kötünietli olmasını “başkasına zarar verme arzusu içeren ve kasıtlı bir davranışa sebep oluşturan ruh hali” olarak, kayıtsız/umursamaz eylemi ise; “eylemden elde edilen faydaya oranla, bir başkasına orantısız büyük bir zarar verme ihtimalinin bilinçli olarak seçildiği ve makul kimse üzerinde doğacak zararın bilinçli şekilde üstlenildiği eylem” olarak tanımlamaktadır⁴¹⁶.

Günümüzde eyaletlerin büyük çoğunluğu, *Restatement*’a uygun olarak, eylemin, zarar verme kastı (veya kötülük etme saiki) veya başkalarının haklarına kayıtsız aldırmazlıkla işlenmesi gerektiğini kabul etmektedir. Ancak tüm devletlerde ortak bir terminoloji bulunmamakla birlikte genellikle kusurun ağırlığını ifade etmek için, kötüniet (*malice*), husumet (*ill will*), kötülük etme niyeti (*evil intent*), zulüm (*oppression*), hile (*fraud*), kasten/bilerek ve isteyerek (*willful and wanton*) veya bilinçli veya kayıtsız/umursamaz ihlal (*conscious and reckless disregard*) gibi ifadeler kullanılmaktadır⁴¹⁷. Nitekim Amerikan Yüksek Mahkemesi de bu hususu,

⁴¹⁵ Speiser/Krause/Gans, Vol 2A, s. 242; Boston G.W.: Punitive Damages in Tort Law, P.I, Ch.3, 1993, s. 3 (P. I, Ch. 3).

⁴¹⁶ Ellis, s. 21.

⁴¹⁷ Boston, P.I, Ch. 3, s. 5.;“Kusurun derecesine ilişkin Anglo-Amerikan hukukuna ait bu kavramları kıta Avrupası hukukçusunun anlayacağı dilde ifade etmek zordur.Ancak bir genelleme yapmak gerekirse cezalandırıcı tazminat hükmü için en az kıta Avrupası hukukçusunun anladığı anlamda ağır ihmal gerekir; Lenz, s. 39.

Smith v. Wade davasında⁴¹⁸ *Restatement*'a atıfta bulunarak “eyaletlerin ortak hukukun çoğu, haksız fiil davalarında cezalandırıcı tazminatı, sadece gerçek zarar verme kastı için değil, başkalarının haklarına ciddi aldırılmazlık veya ciddi hiçe sayma veya hatta ağır ihmal halinde hükmedilmesi kabul ederek, değişen terminolojiye rağmen, aşağı yukarı aynı kuralı benimsemişlerdir” şeklinde ifade etmiştir.

Wisconsin Eyalet Mahkemesi, 1991 yılında cezalandırıcı tazminat sorumluluğuna yol açan eylemin “davacının haklarının isteyerek ve bilerek/kasıtlı ihlal edilmesi” olarak genel bir ifadeyle tanımladıktan sonra, şu şekilde yeniden ifade etmiştir⁴¹⁹; “cezalandırıcı tazminata yol açan eylem genellikle iki şekilde olabilir; İlk türde davalı, davacının uğradığı zarara sebep olmayı arzu etmektedir veya eyleminin sonucu olarak zararın doğacağına gerçekten inanmaktadır. İkinci eylem türünde davalı, sadece eyleminin makul olmayan bir zarar ihtimali doğurduğunu değil, aynı zamanda gerçek bir kesinlikle olmasa da güçlü bir olasılıkla zararın doğacağını bilmesi gerekmesine rağmen eylemin sonuçlarını kayıtsızlıkla veya bilinçli şekilde hiçe sayarak eyleme devam etmesi söz konusudur”.

Eylemin türü, Ohio Yüksek Mahkemesi tarafından da benzer şekilde ifade edilmiştir⁴²⁰; “Cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için şart olan gerçek kötünîyet için; (1) kişinin eyleminin altında yatan ruh hali, nefret, kin veya intikam ile şekillenmeli (2) başkalarının haklarına ve güvenliğine maddi bir zarar verilmesine ilişkin kuvvetli ihtimalin bilinçli olarak hiçe sayılması gerekir.”

⁴¹⁸ *Smith v. Wade* 461 US 30, 48-49, 103 Ct. 1625, 75 L Ed 2d 632 (1983).

⁴¹⁹ *Loveridge v. Chartier* 161 Wis 2d 150 (1991)

⁴²⁰ *Preston v. Murty* 32 Ohio St 3d 334 (1987)

Arizona⁴²¹, Illinois⁴²² ve Utah⁴²³ Yüksek Mahkemeleri de eylemi benzer şekillerde tanımlamaktadır. Kaliforniya Eyaletinde ise cezalandırıcı tazminat kanun ile düzenleme altına alınmıştır. Medeni Kanun'un 3294. maddesinin a bendine göre⁴²⁴ davacı açık ve ikna edici delillerle davalının, “zulüm, hile ve kötünîyet”ten sorumlu olduğunu kanıtlayabilirse, gerçek tazminata ek olarak örnek olması için ve davalıyı cezalandırmak amacıyla tazminat alabilmesi mümkündür. Kanun’a göre kötünîyet⁴²⁵, davalı tarafından davacıya zarar vermek kastıyla yapılan eylem veya davalı tarafından kasten ve bilinçli olarak başkalarının haklarının ve güvenliğinin hiçe sayarak işlenen, alçakça (*despicable*) eylemdir. Zulüm⁴²⁶ ise bir kimsenin haklarının bilinçli olarak hiçe sayarak haksız ve acımasız bir sıkıntı vermeyi amaçlayan alçakça eylemdir. Son olarak Kanun hileyi⁴²⁷; maddi bir olguya ilişkin

⁴²¹ *Ranburger v. Souther Pacific Transp. Co.* 157 Ariz 551 (1988).

⁴²² *Loitz v. Remigton Arms Co.* 138 Ill 2d 404 (1990)

⁴²³ *Behrens v. Ragleigh Hills Hospital, Inc.* 675 P2d 1179(1983, Utah).

⁴²⁴ CCC § 3294 (a); *In an action for the breach of an obligation not arising from contract, where it is proven by clear and convincing evidence that the defendant has been guilty of oppression, fraud, or malice, the plaintiff, in addition to the actual damages, may recover damages for the sake of example and by way of punishing the defendant.*

⁴²⁵ CCC § 3294 (c) (1); “*Malice*” means conduct which is intended by the defendant to cause injury to the plaintiff or despicable conduct which is carried on by the defendant with a willful and conscious disregard of the rights or safety of others.

⁴²⁶ CCC § 3294 (c) (2); “*Oppression*” means despicable conduct that subjects a person to cruel and unjust hardship in conscious disregard of that person's rights.

⁴²⁷ CCC § 3294 (c) (3); “*Fraud*” means an intentional misrepresentation, deceit, or concealment of a material fact known to the defendant with the intention on the part of the defendant of thereby depriving a person of property or legal rights or otherwise causing injury.

yalan beyan, kötüye kullanma veya gizleme ile kasıtlı olarak bir kimsenin mülkiyet veya yasal haklarından mahrum bırakılması olarak tanımlamıştır.

Eyaletler arasında tanım farklılıkları bulunsa da, görüldüğü üzere cezalandırıcı tazminat talebi iki tür eylem halinde kabul görmektedir. Bunlardan ilki davalının, kötülük düşüncesiyle davacıya zarar verdiği haller; ikincisi ise eylemin yüksek derecede zarar doğurma ihtimali bulunmasıdır⁴²⁸. Başka bir ifadeyle cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için zararın hafif ihmalden (*ordinary negligence*) daha ağır nitelikte bir davranış sonucu ortaya çıkmış olması gerekir⁴²⁹.

a) Kötüniyet veya Kötülük Etme Saiki: Zarar Verme Kastı

Restatement kötüniyet ve kötülük etme saiki ile kayıtsız kalmayı birbirinden ayırmaktadır. Kötüniyet, davacıya zarar verme isteği içeren kasıtlı eylemdir. Aynı zamanda hukuk, zararlı sonucun doğmasını isteyerek işlemesi dışında, o sonucu istemese de esaslı bir kesinlikle o sonucun doğacağını bilerek işlemesi halinde de eylemde kastın varlığını kabul etmektedir. Bu suretle davalının eyleminin cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi mümkün bir eylem olması için, eylemin kötülük etme saikiyle veya davacıya zarar verme kastıyla veya belirgin ve açık bir kötüniyetle işlenip işlenmediği tespit edilmelidir. Kasıtlı işlenen bir haksız fiilde genellikle cezalandırıcı tazminat için gereken kötüniyet kastı veya kötülük etme saiki bulunmaktadır⁴³⁰.

⁴²⁸ Speiser/Krause/Gans, Vol 2A, s. 243 vd.; Boston, P. I, Ch. 3, s. 8.

⁴²⁹ Lenz, s. 39.

⁴³⁰ Speiser/Krause/Gans, Vol 2A, s. 248; Boston, P. I, Ch. 3, s. 9.

Cezalandırıcı tazminata hükmedilen olayların çoğunda kasıtlı bir haksız fiil söz konusu olmaktadır. Örneğin Kaliforniya’da görülen bir davada mahkeme, kasıtlı işlenen bir haksız fiilde kötüniet için, davalı tarafından kin veya sadece bu fiili işlemekle elde edeceği tatmin için zarar vermek istemiş olmasının ispatının yeterli olduğunu belirtmiştir. Kasıtlı işlenen haksız fiillerden *battery* halinde mahkemeler, herhangi bir zarar doğmasa da cezalandırıcı tazminata hükmedebilmektedir. *Fisher v. Carrousel Motor Motel Inc.* davasında⁴³¹ Teksas Yüksek Mahkemesi, davacının yemek sırasında elindeki tabağın çekilerek alınmasını, ırk ayrımcılığı sebebiyle kötünietli ve davacının haklarını ve hislerinin kasten hiçe sayılması olarak değerlendirerek cezalandırıcı tazminata hükmetmiştir⁴³².

Vermont Yüksek Mahkemesi, yararlanma hakkının ihlaline ilişkin bir davada⁴³³, kötülük etme saiki ve zarar verme kastını tanımlamıştır. Olayda davalılar, davacıya ait ve üzerinde otel inşa etmeyi planladığı taşınmaza komşu taşınmaz üzerinde, sırf otel inşaatına engel olmak ve karşılık vermek amacıyla bir domuz çiftliği kurmuşlardır. Davalılar, onaltı kamyon tavuk gübresini davalının taşınmazının karşısına döktürmüşlerdir. Gübre kamyonlarından birinin şoförü de polise davalının intikam aldığını söylemiştir. Davalılar daha sonra yüz adet domuz ve danayı davacının arazisine en yakın yere yerleştirerek beslemeye başlamıştır. Kış geldiğinde hayvanlar açlıktan ölmüş ve hayvanların cesetleri bulundukları yerde bırakılmıştır. İlk derece mahkemesi davalıların çiftliği sırf yan taşınmaza zarar vermek ve maddi bir zarar vermek için kurduklarını belirterek 380.000 dolar

⁴³¹ *Fisher v. Carrousel Motor Hotel, Inc.* (1967, Tex) 424 SW2d 627.

⁴³² Boston, P. I, Ch. 3, s. 11.

⁴³³ *Coty v. Ramsey Assoc., Inc.* (1988) 149 Vt 451.

cezalandırıcı tazminata hükmetmiştir. Yüksek mahkeme, cezalandırıcı tazminat için gerçek kötünîyetin kanıtlanması gerektiğini belirtmiştir. Ancak bu ispat için davalının akli durumuna ilişkin bir kanıt gerekmiyip, eylemin doğası ve çevresel faktörlerin gösterilmesinin yeterli olacağına işaret etmiştir⁴³⁴.

Genellikle kötünîyet kastını ispatlamak zor olduğundan mahkemeler, kötünîyetin ispatında çevresel faktörleri değerlendirmektedir. North Dakota Yüksek Mahkemesi⁴³⁵, kötünîyeti gerçek ve varsayımsal kötünîyet olarak ikiye ayırmıştır. Buna göre gerçek kötünîyet eylemi işleyen kişinin akli hal ve durumudur. Varsayımsal kötünîyet ise hukuku ve bir kimsenin haklarını kayıtsızca hiçe sayan ruh halidir. Bu kapsamda mahkeme gerçek kötünîyete ilişkin ispatı aramamaktadır. Bunun yerine, çevresel faktörlerle birlikte eylemi işlerken zarar verenin saikinin belirlenmesi veya ruh halini etkileyen sebeplerle birlikte eylemin karakterinin tespiti gerekir. Bu değerlendirmeler sonucunda zarar verenin saiki uygunsuz veya haksız bulunursa, hukuk jürinin eylemi kötünîyetli olarak tanımlamasına izin vermektedir⁴³⁶.

Florida mahkemesi ise 1989 yılında verdiği kararda⁴³⁷ kötünîyeti tespit açısından bir yöntem ortaya koymuştur. Bu karara göre, açık delillerin olmaması halinde, kötünîyetin ispatı için kapsam veya çevresel faktörlerle, makul bir insan ile uyuşmayan ve hukuka uygun bir amaç için yapılmayan, planlı veya garez, kin veya kötülük etme saiki içeren bir davranış dizisinin ispatı yeterlidir.

⁴³⁴ Boston, P. I, Ch. 3, s. 10.

⁴³⁵ *Stoner v. Nash Finch, Inc.* (1989, ND) 446 NW2d 747, 754.

⁴³⁶ Boston, P. I, Ch. 3, s. 12.

⁴³⁷ *Gregg v. U.S. Industries, Inc.* (1989, CA11 Fla) 887 F2d 1462, 1476.

Mahkemeler kötünîyetin ispatı için çeşitli yöntemler geliştirmiş olmakla birlikte *Restatement* kötünîyet terimi yerine, kötülük etme saiki, zarar verme kastı ve ağır kusurlu eylem gibi terimleri tercih etmiştir. Bununla birlikte, federe devletlerarasında da kötünîyet açısından bazı farklılıklar bulunmaktadır. Mahkeme kararları aynı tanımlamayı kullanmamakta ve terimler birbirleriyle uyumsuz, değişiklik gösterecek şekilde ve hatta bazen yanlış kullanılmaktadır. Bu temel farklılıkların bir sebebi, kanuni düzenlemelerinde veya içtihatlarında kötünîyet kavramı cezalandırıcı tazminata hükmetmek için şart koşulmuş olsa da, bazı eyaletlerde kayıtsızlık veya ağır ihmal içeren fiillerde de cezalandırıcı tazminata izin verilmiş olmasıdır. Bu eyaletler, kötünîyetin tanımını kayıtsızlık ve ağır ihmalle işlenen fiilleri de içine alacak şekilde genişletmişlerdir. Böylece mahkemeler kötünîyet benzeri, farazi, zımni kötünîyet gibi kavramlar oluşturmuştur⁴³⁸.

Missouri mahkemesi⁴³⁹, kötünîyeti üç dereceye ayırmıştır. İlk derecede kötünîyet, kin, garez, şahsi nefret ve intikam saiki anlamında kullanılmaktadır. İkinci derece kötünîyet, daha geniş bir kapsama sahiptir ve her türlü uygun olmayan ve haksız saiktir. Ayrıca umursamaz, kayıtsız veya bilerek ve isteyerek bir kimsenin haklarını göz ardı etmeyi de içerir. Kötünîyetin bu türü, cezalandırıcı tazminatla yakından ilgilidir çünkü genellikle cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi mümkün fiillerde gerçek kötünîyet tespit edilemez. Kötünîyetin bu türü genellikle kayıtsızlık terimi ile ifade edilir ve davalının gerçek ruh halini değil, yüksek derecede tehlike yaratma ihtimali bulunan eylemini ifade eder. Üçüncü derecede kötünîyet ise haklı bir sebep veya gerekçe olmadan yapılan kasıtlı hukuka aykırı eylemi ifade eder.

⁴³⁸ Boston, P. I, Ch. 3, s. 18-19.

⁴³⁹ Bkz.: *Sanders v. Daniel International Corp.* (1984, Mo) 682 SW 2d 803, 807.

Bu derecelendirme, hukukçular açısından anlam ifade etse de cezalandırıcı tazminata karar verecek olan jüri için yol gösterici olamamaktadır. Bu sebeple de gerçek kötünîyet ve kayıtsızlık arasında farkı vurgulayan ve gerçek zarar verme kastı ile ilgili olan kötünîyet kavramı cezalandırıcı tazminat doktrini açısından daha çok anlam ifade etmektedir⁴⁴⁰.

b) Kayıtsızlık veya Davacının Haklarını Bilinçli Olarak Hiç Sayma

Cezalandırıcı tazminat hükmüne yol açan ikinci eylem türü, davacının haklarını kayıtsızlıkla⁴⁴¹ veya bilinçli olarak hiç sayan eylemlerdir.

“Kasıt”, davalının davacının çıkarlarını ihlal etmek için hareket etmesi veya eylemin sonucunun önemli bir kesinlikle davacının haklarını ihlal edeceğini bilmesi ve istemesidir. Kötünîyet de kasıt ile benzer bir anlam ifade etmektedir. Bu halde zarar veren, zarar verme amacıyla, inat, kin veya kötülük ile hareket etmektedir. İhmal, kasttan daha hafiftir ve *Restatement*’ın kabul ettiği *Hand* formülüne göre, zararı önlemek için alınacak önlemlere ilişkin maliyetler (B), zarar doğma ihtimali (P) ile zararın ağırlığının (L) çarpımından büyük olmasıdır ($B < PL$). Başka bir ifadeyle zararın doğma olasılığı ile doğacak zararın çarpımının, zararı önlemek için alınacak önlemlerin maliyetinden yüksek olması halinde zarar verenin eyleminde ihmal söz konusudur⁴⁴². Nitekim zararın doğma riski ile doğması halinde zarar

⁴⁴⁰ Boston, P. I, Ch. 3, s. 20.

⁴⁴¹ *Damar*’a göre, *Common Law*’da anlaşılan anlamda kayıtsızlık (*recklessness*), kıta Avrupası hukukunda “dolaylı kast” kavramına denk gelmektedir; bkz.: Damar D.: *Wilful Misconduct in Internartional Transport Law*, Berlin-Heidelberg 2011, s. 290.

⁴⁴² Boston, P. I, Ch. 3, s. 21; Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz.: Sanlı K. C.: *Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi*, İstanbul 2007, s. 205 vd.

verene yüklenecek maliyetin, zararın doğmasını engellemek için alınacak önlemlerin maliyetinden az olması halinde, zarar veren önlem almak yerine, zarara katlanmayı tercih edecektir.

Kayıtsızlık ise ihmal ve kasıt arasında yer alır. Kayıtsızlıkta PL, B'den belirgin bir şekilde büyüktür. Yani, zarar ihtimali ile doğacak zararın ağırlığı ihmale göre belirgin şekilde büyük veya önleme maliyetleri belirgin şekilde küçüktür. Aynı zamanda kasıтта davalının haklarının ihlali açısından önemli bir kesinlik aranırken, kayıtsızlıkta gerçek bir ihtimal veya daha az önem arz eden bir kesinlik ölçütü aranmaktadır. Bunların yanı sıra ihmalde, zarar verenin zarar ihtimalini bilip bilmediği veya biliyor olması gerekip gerekmediği araştırılmaktayken, kayıtsızlıkta ise *Restatement* § 500'e göre zarar verenin bu ihtimali bilip bilmediği veya bilmesi için bir sebep olup olmadığı araştırılır. Bu durumda zarar verenin biliyor olması gerekip gerekmediğinin araştırılması, bilmesi için bir sebep olup olmadığının araştırılmasından farklıdır. Zarar verenin bilmesi için bir sebep bulunup bulunmadığının araştırılması, gerçek bilgi veya farkındalık ölçütüne daha yakındır⁴⁴³.

Restatement hem zarar veren yerine konulacak makul bir üçüncü kişinin tehlikenin farkına varması ve bunu önlemek için bir eylemde bulunmaması anlamında objektif ölçütü, hem de eylemin zarar verennin bilerek eyleme devam etmesi veya bilinçli olarak hiçe sayarak veya aldırmazlıkla hareketsiz kalması anlamında subjektif ölçütü benimsemiştir. Objektif ve subjektif ölçüt arasındaki bu fark mahkeme kararlarında çeşitli şekillerde ifade edilmiştir. Mahkemeler genellikle

⁴⁴³ Boston, P. I, Ch. 3, s. 22.

“bilinçli” hiçe sayma ifadesiyle subjektif ölçüte, “kayıtsız” veya “dikkatsiz” hiçe sayma ile objektif ölçüte işaret etmektedir⁴⁴⁴.

Bu açıklamalar çerçevesinde cezalandırıcı tazminata yol açan ikinci tür eylem, genel olarak kayıtsızlıkla işlenen eylemler olarak ifade edilmektedir. *Restatement* § 500’de kayıtsız eylem şu şekilde tanımlanmıştır; “Zarar verenin, makul bir kimsenin bir başkasına sadece eylemin makul olmayan bir fiziksel zarar doğurma ihtimali olduğunu bilebileceği veya bilebilmesi için bir sebep bulunmasına rağmen ve aynı zamanda bu ihtimalin, eylemi ihmali bir eylem olması için gerekenden büyük oranda yüksek olmasına rağmen, bir başkasına karşı yapma yükümlülüğü bulunan bir eylemi ifa etmezse veya kasıtlı olarak yapmaktan kaçınırsa, eylem, başkalarının güvenliğini kayıtsızlıkla hiçe saymaktadır.” Maddenin yorumunda, eylemin sadece makul olmamasını değil, aynı zamanda zarar doğması ihtimali açısından değerlendirildiğinde, eylemin ihmali bir eylem olması için gerekenden daha önemli bir zarar ihtimalini içermesi gerektiği belirtilmiştir. Eylem, kolaylıkla fark edilebilir bir ölüm veya önemli bir fiziksel zarar tehlikesini içermelidir ve bu tehlike ihmal halinde söz konusu olan tehlikeden büyük olmalıdır. Bu kapsamda ihmal ve kayıtsızlık halinde tehlikenin dereceleri farklıdır⁴⁴⁵.

Amerikan hukukunda kayıtsız davranışla işlendiği kabul edilen eylemlere örnek olarak, alkollü şekilde araç kullanmak verilmektedir. Özellikle çoğu olayda mahkemeler araç kullanacağını bilerek yüksek miktarda alkol tüketen kişinin kayıtsız bir davranışla zarar verdiğini kabul ederek, cezalandırıcı tazminata hükmetmektedir.

⁴⁴⁴ Boston, P. I, Ch. 3, s. 22-23.

⁴⁴⁵ *Restatement (Second) of Torts*; § 500, comment (a) ve (g).

Taylor v. Superior Court of Los Angeles County davasında⁴⁴⁶ Kaliforniya Yüksek Mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını bozarak, araç kullanan kişinin araç kullanacağını bilmesi ve bilerek sarhoş olması kayıtsızlıkla hareket ettiğini ve cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Mahkeme, davalının sadece başkalarına zarar verme kastıyla hareket etmesi halinde değil, başkalarının haklarını bilinçli olarak hiçe saydığı hallerde de cezalandırıcı tazminata hükmedilebileceğini belirtmiştir. Bu kararda Hakim *Clark*, karşı oy kullanmış ve alkollü araç kullanma halinde cezalandırıcı tazminata izin verilmemesi için bunun için birkaç sebep öne sürmüştür. Hakim, özellikle bilinçli hiçe saymanın mevcut olup olmadığı üzerinde durmuştur ve zararın doğması için gerekli olasılığın gerçekleşmediğini belirtmiş ve bunu şu şekilde ifade etmiştir; “İkinci olarak davacının haklarının bilinçli olarak hiçe sayılması halinde kesin olmasa da, ağır kusurlu eylemin, ya bir başkasına zarar verecek bir duruma yol açarak ya da tehlikeli bir ürünün yayılmasını sağlayarak zarar ile sonuçlanması **olasıysa**, cezalandırıcı tazminata hükmedilir. Bir başkasına verilen zarar davalının eyleminin kesin sonucuysa veya belirsiz kişilere verilen zarar davalının eyleminin olası sonucuysa, davalı zararın doğmasını niyetlediği tespit edilebilir... Birçok sarhoş şoför evine kaza yapmadan döndüğü için –mümkün ve vuku bulan talihsiz tekrarlara rağmen- tehlikeli sonuçlar olası değildir. Olasılık ölçütü açıkça ifade edilse de, çoğunluğun bu ölçütü uygulamak istemediği açıktır. Bu ölçüt, başkalarına zarar verme açısından hızlıca somut ihtimalin –olasılığın değil- farkındalığına ilişkin ölçütlerden biri olmuştur. Esas itibariyle bu ölçüt ihmalin ölçütüdür.”

⁴⁴⁶ *Taylor v. Superior Court of Los Angeles County* 24 Cal. 3d 890, 895 (1979).

Taylor davasında, *olası* terimiyle anlatılmak istenenin “olma ihtimalinin olmama ihtimalinden fazla olması-*more likely than not*” değil, “belirli ihtimal-*significant possibility*” olduğu belirtilmiştir. Diğer mahkemeler de olasılığı bazı kararlarında ele almıştır. Örneğin *Miles v. Kohli & Kaliher Assoc. Ltd.* davasında⁴⁴⁷ Ohio hukukunu uygulayan Temyiz Mahkemesinin 6. dairesi, cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için davacının, davalının nefret, kin veya intikam ile hareket ettiğini kanıtlayamaması halinde, kayıtsızlıkla ve başkalarının haklarını bilinçli olarak hiçe sayarak hareket ettiğini kanıtlaması gerektiğini belirtmiştir. Bu kapsamda cezalandırıcı tazminata ancak iki halde hükmedilebilir. Bunlardan ilki davalının “tasarlayarak veya kasıtlı” bir davranışta bulunmuş olmasıdır. Bu da davalının eylemin sonucunda zararın doğma ihtimali olduğu bilgisine sahip olmasını gerektirir. İkinci olarak da sadece ihmalden fazla bir şey olması gerekir. Mahkeme bunu şu şekilde açıklamıştır; Bu kavram, zararın doğma ihtimalinin büyük ve zararın maddi olmasını gerektirir. Tek başına olasılık, eylemi ihmalden ayırmak için yeterli değildir. Sonuç olarak mahkeme, talebin “bilinçli hiçe saymaya” dayandırılması halinde, jüriye cezalandırıcı tazminat talebini değerlendirmesine izin vermeden önce davalının eylemin sonucunda maddi zarar doğacağına ilişkin büyük bir olasılığın var olduğu hususunda yeterli delil olduğuna kanaat getirmelidir. Dahası mahkeme, davalının zarar gören kişinin haklarını ve güvenliğini bilinçli olarak hiçe saydığını tespit etmiş olmalıdır. Bu karar, zararın doğması ihtimalinin doğmaması ihtimalinden fazla olmasını veya zararın doğmasına ilişkin gerçek bir ihtimalin bulunması

⁴⁴⁷ *Miles v. Kohli & Kaliher Assoc. Ltd.* 917 F2d 235, 252-253 (1990, CA6 Ohio).

anlamında kullanıldığını ve bu görüşün, Hakim *Taylor*'ın görüşüne uygun düştüğü belirtilmektedir⁴⁴⁸.

Bazı mahkemeler ise kayıtsızlığın tespitinde “davalının eylemiyle doğurduğu zarar ihtimalinin farkında olması” kriterini kullanmaktadır. Örneğin Pensilvanya mahkemesi⁴⁴⁹, kayıtsızlığın tespitinde ölçüt olarak, davacının sunduğu delillerin davalının eylem sonucunda, maddi zarar doğurmasına ilişkin yüksek bir ihtimal olduğunu bildiği veya bilebilecek durumda olduğunu göstermesini beklemektedir. Dahası davalının eylemi, riski bilinçli olarak hiçe sayarak veya aldırmaazlıkla işlediği tespit edilmelidir. Eğer davalı, gerçekten zarar riskini fark edemediyse, makul bir kimse bu riski fark edecek olsa bile, Pensilvanya kanunlarına göre cezalandırıcı tazminata hükmetmek için gerekli eylem oluşmamıştır.

Spangler v. Sears, Roebuck & Co., davasında⁴⁵⁰ ise Indiana mahkemesi, otomatik kapanma özelliği olmayan çim biçme makinesini kullanırken yaralanan davalının, üreticinin bu özelliğin olmaması sonucu doğabilecek zararlar konusunda herhangi bir uyarıda bulunmadığı gerekçesiyle talep ettiği cezalandırıcı tazminatı kabul etmiştir. Davacı mahkemede Indiana hukukunun davalının eylemin sonuçlarına aldırış etmeden hiçe sayması halinde cezalandırıcı tazminata izin verdiğini iddia etmiştir. Mahkeme önceki davaları da dikkate alarak Indiana hukukunun, davalının bilerek ve isteyerek davranması halinde zarar verme kastı veya kötüniyet olmasa da cezalandırıcı tazminata izin verdiğini tespit etmiştir. Davalının yakın bir tehlikenin farkında olarak ve sonuçlarını aldırmadan hiçe sayarak hareket etmesi sonucunda

⁴⁴⁸ Boston, P. I, Ch. 3, s. 29-30.

⁴⁴⁹ *Field v. Philadelphia Electric Co.* (1989) 388 Pa Super 400, 565 A2d 1170, 1182-1183.

⁴⁵⁰ *Spangler v. Sears, Roebuck & Co.* (1990, SD Ind) 752 Supp 1437.

cezalandırıcı tazminata izin verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Burada da mahkeme gerçek bir farkındalık aramaktadır⁴⁵¹.

c) Ağır İhmal

Restatement cezalandırıcı tazminata izin verilmesi için eylemin ağır kusur ile işlenmiş bir eylem olması gerektiğini açıkça vurgulamıştır. Aynı zamanda *Restatement* hafif ihmal halinde bu tür tazminatlara hükmedilemeyeceğini de açıklığa kavuşturmuştur. Buna karşılık, ağır ihmalin cezalandırıcı tazminata yol açıp açmayacağı hususunda değişik görüşler mevcuttur. Bu hallerde davalının aldırma davranışı, menfaati belirgin şekilde aşan bir zarar ihtimalini ortaya çıkarabilir. Ancak bu, kayıtsızlıkla aynı kapsamda olmaz⁴⁵².

Kusurun derecelendirmesi açısından ağır ihmal, hafif ihmal ile kayıtsızlık arasında ele alınmakta ve ağır ihmalin failin veya makul bir kimsenin aynı şartlar altında nasıl davranması veya davranmaması gerektiği araştırılarak tespit edilmektedir. Ağır ihmal halinde, zarar verme kastı, kötülük etme saiki, açık bir kötüniyet veya kayıtsızlık yoktur. Bu nedenle de ağır ihmalin, eylemi ağır kusur ile işlenmiş bir eylem haline getirip getirmediğinin açık olmadığı belirtilmektedir⁴⁵³.

Hal böyleyken mahkeme kararları ikiye bölünmüştür. Bazı mahkemeler ağır ihmali cezalandırıcı tazminata hükmetmek için yeterli görürken, bazıları eylemin en az kayıtsızlıkla işlenmiş bulunması gerektiğini belirtmektedir. Ağır ihmali yeterli

⁴⁵¹ Boston, P. I, Ch. 3, s. 31.

⁴⁵² Boston, P.I, Ch.3, s. 24.

⁴⁵³ Boston, P. I, Ch. 3, s. 41.

bulan eyaletlerden biri olan Illinois'de, Illinois Yüksek Mahkemesi⁴⁵⁴, cezalandırıcı tazminat talebinin kabul edilebilmesi için davalının ihmalinin başkalarının haklarına kasıtlı bir aldırma oluşturacak şekilde ağır olması gerektiğine hükmetmiştir. Florida mahkemesi⁴⁵⁵ ise, başkalarının güvenliğini ve kamunun refahını ağır bir özensizlikle hiçe saymanın yeterli olduğunu belirtmiştir. Indiana⁴⁵⁶ ve Kansas⁴⁵⁷ mahkemeleri cezalandırıcı tazminat hükmü için eylemin hile, kötünîyet veya ağır ihmal ile işlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Mississippi Yüksek Mahkemesi⁴⁵⁸ ise, davalının eyleminin bilinçli ve kasıtlı olması halinde veya eylemdeki ihmal veya kayıtsızlığının benzer bir eylem oluşturacak derecede ağır olması halinde cezalandırıcı tazminata hükmedilebileceğini belirtmektedir⁴⁵⁹.

Buna karşılık birçok eyalette ağır ihmali cezalandırıcı tazminat hükmü için yeterli olmadığı kabul edilmiştir. Örneğin Maine Yüksek Mahkemesi⁴⁶⁰ ağır ihmali çok geniş bir uygulama alanı yarattığı ve bu şekilde bir uygulamanın haksız ve verimsiz sonuçlar doğuracağı gerekçesiyle reddetmiştir. Benzer şekilde Maryland Temyiz Mahkemesi de *Owens-Illinois, Inc. v. Zenobia* davasında⁴⁶¹, ihmali büyük veya ağır kusurlu bir ihmal olsa da cezalandırıcı tazminata yol açmayacağını

⁴⁵⁴ *Kelsay v. Motorola, Inc.* (1978) 74 Ill 2d 172; *Kemner v. Monsanto Co.* (1991, 5th Dist.) 217 Ill App 3d 188.

⁴⁵⁵ *White Constr. Co. v. Dupont* (1984, Fla) 455 So 2d 1026, 1028-1029.

⁴⁵⁶ *Hibschman Pontiac, Inc. v. Batchelor* (1977) 266 Ind 310, 362 NE2d 845, 847.

⁴⁵⁷ *Newton v. Hornblower, Inc.* (1978) 224 Kan 506, 582 P2d, 1136, 1150.

⁴⁵⁸ *Tideway Oil Programs, Inc. v. Serio* (1983, Miss) 431 So 2d 454, 465.

⁴⁵⁹ Boston, P. I, Ch. 3, s. 42.

⁴⁶⁰ *Tuttle v. Raymond* (1985, Me) 494 A2d 1353, 1361, 58 ALRth 859.

⁴⁶¹ *Owens-Illinois, Inc. v. Zenobia* (1992) 325 Md 420.

belirtmiştir. Tennessee Yüksek Mahkemesi⁴⁶² de ağır ihmali fazlasıyla geniş bir alan yarattığından bahsederek, cezalandırıcı tazminat için en azından kayıtsızlığın ispatının şart olduğunu belirtmiştir⁴⁶³.

Ağır ihmalin tespitinde hem objektif hem de subjektif standardın kullanıldığı görülmektedir. Bu kapsamda Teksas Yüksek Mahkemesi⁴⁶⁴, ağır ihmalin, tespitinde bilinçli olarak hiçe sayma kriterinin subjektif olarak tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Buna göre davacı, davalının eylemin sonucunda yüksek bir risk yarattığını bildiğini kanıtlaması gerekir. Bunun yanı sıra davacının, benzer durumda makul bir kimsenin, eylemin başkalarının güvenliği açısından aşırı bir risk oluşturduğunu bilmesi gerektiğini kanıtlaması da yeterlidir. Ancak çoğunlukla mahkemeler ağır ihmalin tespitinde objektif kriteri kullanmaktadır⁴⁶⁵.

2) CEZALANDIRICI TAZMİNATIN GERÇEK (MADDİ) BİR ZARAR VE TELAFİ EDİCİ BİR TAZMİNAT GEREKTİRMESİ

Genel bir kural olarak davalının cezalandırıcı tazminat elde edebilmesi için ön şart, davada jüri tarafından davacı lehine telafi edici bir tazminata hükmedilmiş olmasıdır. Eyaletlerin büyük bir çoğunluğu bu şartı benimsemiştir. Bu kapsamda telafi edici bir tazminata hükmedilebilmesi için gerçek bir zararın olması şart olduğundan somut olayda davacı, eylem sonucunda bir zarar gördüğünü de

⁴⁶² *Hodges v. Toof* (1992, Tenn) 833 SW2d 896.

⁴⁶³ Boston, P. I, Ch. 3, s. 43.

⁴⁶⁴ *Williams v. Steves Industries, Inc.* (1985, Tex) 699 SW2d 570, 573.

⁴⁶⁵ Boston, P. I, Ch. 3, s. 43.

ispatlamalıdır⁴⁶⁶. Ancak bazı eyaletlerde davacının, davalının eylemiyle bir yükümlülüğün ihlal edildiğinin kanıtlanmasını yeterli bulunmakta veya bu kuralı hiçbir şekilde uygulanmamaktadır⁴⁶⁷.

Kural, görüldüğünden daha karmaşık bir yapı arz etmektedir ve kuralın uygulanabilmesi için iki hususun açıklığa kavuşturulması gerekir. Açıklanması gereken bu hususlar şunlardır: Cezalandırıcı tazminat hükmünün ön şartı olan telafi edici tazminat miktarı ne kadar olmalıdır? Dava sonucunda telafi edici bir tazminata hükmedilmiş olması şart mıdır yoksa davacının gerçek bir zarar gördüğünü kanıtlaması yeterli midir⁴⁶⁸?

İlk soru açısından mahkemelerin ikiye bölündüğü görülmektedir. Bazı mahkemeler sadece nominal bir tazminatı yeterli bulurken, diğer bazıları gerçek bir zararın varlığını ya da en azından nominal tazminattan daha fazlasını aramaktadır⁴⁶⁹. Nominal tazminattan daha fazlasını aramayan mahkemeler nominal tazminatın amacının davacının zararını telafi etmek değil, daha çok davalının eyleminin hukuka aykırı olduğunu ifade etmek olduğunu vurgulamıştır⁴⁷⁰. Hukuka aykırı eylemin varlığı da cezalandırılmayı hak eden bir eylemin olduğu anlamına gelebilir. Buna karşılık nominal tazminattan fazlasını arayan diğer mahkemeler ise özellikle nominal tazminata hükmedilen olaylarda davacının zarar görmediğini ve bu sebeple de olayda

⁴⁶⁶ Jacoby, s. 591-592; Dobbs, s. 341; Lenz, s. 38; Boston G. W.: Punitive Damages in Tort Law, P. III, Ch. 31, 1993, s. 1 (P. III, Ch. 31).

⁴⁶⁷ Dobbs, s. 341; Lenz, s. 38

⁴⁶⁸ Kararlar için bkz.: Jacoby, s. 591-592.

⁴⁶⁹ Kararlar için bkz.: Jacoby, s. 592.

⁴⁷⁰ Jacoby, s. 592.

cezalandırılmaya değer bir eylem olmadığını belirtmektedir⁴⁷¹. *Ferguson v. Evening Chronicle Publishing Co.* davasında⁴⁷² mahkeme, nominal tazminata hükmedilmesi halinde cezalandırıcı tazminat talebinin de reddedilmesi gerektiği yönünde verilen diğer kararların mantıksızlığına değinmiştir. Mahkeme sadece nominal tazminata hükmedilmesi halinde cezalandırıcı tazminatin reddedilmesinin, jüri tarafından cezalandırıcı tazminatin işlevlerinin bertaraf edilmesi anlamına geldiğini belirtmiştir. Hakarete ilişkin bu davada mahkeme, davacının gerçek bir zararının bulunmamasının hakaret edenin cezalandırılması ihtiyacına gerek bulunmadığı anlamına gelmeyeceğini ifade etmiştir.

Nitekim kuralı benimseyen eyaletler arasında kuralın uygulanma şekli ve yukarıda yanıt aranan ikinci soru açısından da belirgin farklılıklar göze çarpmaktadır. Bazı mahkemeler bu soruyu davalı, ağır kusurlu bir eylem işlemiş olsa da eğer gerçek bir zararın varlığı kanıtlanamıyorsa veya jüri tarafından maddi tazminata hükmedilmemişse cezalandırıcı tazminata hükmedilemeyeceği şeklinde cevaplarırken, diğer bazı mahkemeler ise herhangi bir zararın ispatının yeterli olduğu ve maddi tazminat hükmünün zorunlu olmadığı şeklinde cevaplamaktadır. Yine bazı mahkemeler nominal tazminat halinde de cezalandırıcı tazminatin mümkün olduğunu savunmaktadır. Son olarak bazı mahkemeler zararın dava şartı olduğu hallerde cezalandırıcı tazminat için de zararın kanıtlanması gerekliliğini ararken, zararın dava

⁴⁷¹ *Stacey v. Portland Publishing Co.* 68 Me. 279 (1878).

⁴⁷² *Ferguson v. Evening Chronicle Publishing Co.* 72 Mo. App. 462 (1897).

şartı olmadığı hallerde cezalandırıcı tazminat için de gerçek bir zararın varlığının gerekmediğini belirtmektedir⁴⁷³.

Dobbs, mahkemeler tarafından çeşitli şekillerde yorumlanan bu kuralın, cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için, gerçek bir zararın kanıtlanması şartını ifade ettiğinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Gerçek bir zararın varlığının kanıtlanması birçok haksız fiil türü için bir dava şartı olarak kabul edilmektedir. Bu halde bir dava şartı olan zararın kanıtlanması şartı cezalandırıcı tazminat hükmü içinde dolaylı bir şart olarak karşımıza çıkmaktadır. Dava açma hakkı elde eden zarar görenin zararın maddi bir zarar olmamasının veya jürinin sadece nominal tazminata hükmetmesinin cezalandırıcı tazminat talebinin reddi için makul bir sebep oluşturmadığını ve cezalandırıcı tazminat hükmü için gerçek bir zararın varlığının aranması şartının makul bir sınırlandırma olmadığını belirtmektedir. Nitekim mahkemelerin de kuralı benzer şekilde yorumlamak yönünde bir eğilim içerisinde olduklarını ifade etmektedir⁴⁷⁴. Benzer şekilde *Boston*'da kuralın yeniden ifade edilmesi gerektiğini ve cezalandırıcı tazminata, davacının dava açma şartını yerine getirmiş olması halinde izin verilmesi gerektiğini belirtmiştir⁴⁷⁵.

3) CEZALANDIRICI TAZMİNATIN HESAPLANMASINDA ROL OYNAYAN FAKTÖRLER

Restatement (Second) of Torts § 908(2)'de cezalandırıcı tazminatın tayininde değerlendirilmeye alınması gereken etmenler açıkça ifade etmiştir. Bu hükme göre; “

⁴⁷³ Kararlar için bkz.: *Dobbs*, s. 341.

⁴⁷⁴ *Dobbs*, s. 342-343.

⁴⁷⁵ *Boston*, P. III, Ch. 31, s. 2.

cezalandırıcı tazminatın tayininde, olayı çözüme bağlayacak kimseler, davalının davranışını, davalının sebep olduğu veya olmayı amaçladığı zararın kapsamı ve doğasını ve davalının malvarlığını uygun bir şekilde dikkate almalıdır”.

Tazminat miktarının hesabı konusunda dikkate alınacak etmenleri Amerikan Yüksek Mahkemesi⁴⁷⁶ ise şu şekilde ifade etmiştir; “*cezalandırıcı tazminatın tayininde eğer varsa, eylemin doğası, uğranılan zararın kapsamı, eylemi işleyen tarafın kusuru, zarar verenin malvarlığı, tazminat miktarını indirmeye yarayan hafifletici şartları da içerecek şekilde olayı çevreleyen bütün şartlar dikkate alınmalıdır*”. Bu davada Yüksek Mahkeme’nin de belirttiği üzere jürinin tazminat miktarını tayin bakımından tüm şartları dikkate alması gerekir. Ancak özellikle aşağıdaki hususların tazminat miktarının hesaplanmasında önemli bir yere sahip olduğu görülmektedir⁴⁷⁷.

a) Cezalandırıcı Tazminat ve Telif Edici Tazminat Arasındaki Oran

1980’lerin sonlarında davalılar, federe veya federal anayasalarda yer alan aşırı cezalandırma yasağına ilişkin kurallar sebebiyle telif edici ve cezalandırıcı tazminat arasında bir oranın olması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bunun cezalandırıcı tazminat miktarının sınırlandırılması gerektiği ve tazminat miktarının telif edici tazminat ile makul bir orana tekabül edecek şekilde düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu kural ise orantı kuralı adını almıştır. Ancak bu kural genel bir görüş olarak ileri sürülmüş ve hiçbir zaman kesin bir oran belirlenmemiştir⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.* 11 3 S Ct 2711, 2723, n 29 (1993).

⁴⁷⁷ Schmuhl T. R.: Punitive Damages in the United States, 22 Int’l Legal Prac. 1997, s. 131.

⁴⁷⁸ Sales/Cole, s. 1145-1146; Dobbs, s. 343.

Orantı kuralının mahkemelere yol göstereceği ve öngörülebilirliği arttıracakı iddia edilse de doktrin tarafından eleştirilmektedir⁴⁷⁹. Bu eleştiriler özellikle cezalandırıcı tazminatın hesabında kullanılacak bir oranın, cezalandırıcı tazminatın cezalandırma ve özel önleme işlevine aykırı olduğu yönündedir. Cezalandırıcı tazminatın amacı ve işlevleri dikkate alındığında tazminatın, zarar verenin eyleminin ağırlığı dikkate alınarak ve cezalandırma ve önleme işlevlerini yerine getirecek miktarda tayin edilmesi gerektiği belirtilmektedir⁴⁸⁰. Nitekim *Dobbs*'a göre de orantı kuralı başka bir ifadeyle cezalandırıcı tazminat miktarı ile gerçek tazminat arasında belirli bir oran olması gerektiğine ilişkin kural, cezalandırıcı tazminatın amacı ile çelişmektedir. Yazar, cezalandırıcı tazminatın cezalandırma amacı ele alındığında tazminat miktarının eylem ile orantılı olması gerektiğini, önleme amacının gerçekleşebilmesi içinse tazminat miktarının da benzer eylemlerin olması olasılığı ile orantılı olması gerektiğini ifade etmektedir⁴⁸¹.

Bu orana getirilen eleştiriler bazı mahkeme kararlarında da ele alınmıştır; *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.* davasında⁴⁸², *TXO* şirketinin avukatları telafi edici tazminatın beşyüzyirmialtı katı oranındaki cezalandırıcı tazminatın aşırı olduğunu ve dolayısıyla da Federal Anayasa'daki adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini öne sürmüştür. Hem West Virginia Eyaleti Yüksek Mahkemesi, hem de Amerikan Yüksek Mahkemesi bu iddiayı reddetmiş ve telafi edici tazminat ile cezalandırıcı tazminat arasında herhangi bir oranın bulunmadığını

⁴⁷⁹ Ellis, s. 58.

⁴⁸⁰ Lenz, s. 59.

⁴⁸¹ Dobbs, s. 344.

⁴⁸² *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp* 113 S. Ct. 2711 (1993).

belirtmiştir. Davada Amerikan Yüksek Mahkemesi, cezalandırıcı tazminat miktarının hesaplanmasında davacının maruz kaldığı potansiyel zarar miktarı üzerinde durulması gerektiğini vurgulamıştır⁴⁸³.

Gözönünde bulundurulması gerektiği ileri sürülen bir diğer oran ise eylem ile tehlikeye atılan veya doğması muhtemel zarar arasındaki farazi orantıdır. Buradaki orandan kasıt, eylemde kusurun derecesi ile cezalandırıcı tazminat miktarının orantılı olmasıdır. Başka bir ifadeyle bu orantı, zarar verenin eyleminin ciddiyetiyle cezalandırıcı tazminat miktarı arasındaki orana tekabül eder ve tazminat miktarının belirlenmesinde bu orantının göz önünde bulundurulması hususunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Bazı mahkemeler bu kuralı, telafi edici ve cezalandırıcı tazminat arasındaki orana ilişkin kuralla birlikte uygulama eğiliminde olsalar da temelde bu iki kural birbirinden farklıdır. Nitekim zamanla mahkemeler de bu iki orana ilişkin kuralları birbirlerinden ayrı olarak uygulamaya başlamışlardır⁴⁸⁴.

b) Haksız Fiilin Kınanmaya Değerlik Derecesi

Cezalandırıcı tazminatın, telafi edici tazminat ile orantılı olması gerektiğine ilişkin görüşler *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.* davasında reddedilmiş olmakla birlikte, *BMW of North America, Inc v. Gore* davasında⁴⁸⁵

⁴⁸³ Schmuhl, s. 131.

⁴⁸⁴ Dobbs, s. 344; Ayrıca bkz.: *Hosp. Auth. of Gwinnett County v. Jones* 261 Ga. 613, 409 S.E.2d. 501 (1991); “Gerçek tazminat miktarı ile yapılan karşılaştırma bir olay için uygun olurken... bir diğeri için olmayabilir. Bize göre Jones olayı ikinci türden bir olaydır. O’Kelley’nin gerçek zararı hafiftir, ancak diğer hallerde hastaların maruz kaldığı zarar ihtimali bu olayda cezalandırıcı tazminat hükmünü desteklemektedir.”

⁴⁸⁵ *BMW of North America, Inc v. Gore* 116 S Ct. 1589.

mahkeme farklı bir karara hükmetmiştir. Mahkeme, telafi edici tazminatın beşyüz katı tutarındaki cezalandırıcı tazminat miktarını aşırı bulmuştur. *TXO* davasından farklı olarak mahkeme, potansiyel zarar etmeninin bu davada bulunmadığından bahsetmiştir. Hem davacının, hem de potansiyel *BMW* müşterilerinin, şirketin eylemi sebebiyle ek bir zarar görme tehdidi altında olmadığını belirtmiştir. Mahkeme bunun yanı sıra, ayırt edici bir etmen olarak eylemin kınanmaya değerlik derecesinden de bahsetmiştir. Davada davalılar, hileli bir davranışla davacıları yanıltarak değil, muhtemelen iyiniyetle bir bilgiyi gizli tutarak haksız fiili işlemiş olduklarından eylemin kınamaya değerlik derecesinin düşük olduğunu tespit etmiştir⁴⁸⁶. Böylece davalının eylemindeki hafifletici sebepler ve davalının iyiniyeti gibi etmenlerin İngiliz hukukunda olduğu gibi tazminatın hesaplanmasına etki edeceği kabul edilmiştir.

c) Davalının Ekonomik Durumu

Cezalandırıcı tazminatın tayininde rol oynayan diğer bir etmen de davalının malvarlığı veya geliridir. Kural olarak tazminatın tespitinde ve hesabında davalının ekonomik durumu önem taşımaz. Ancak cezalandırıcı tazminat açısından davalının ekonomik durumu, tazminatın tespiti ve hesaplanmasında önemli bir rol oynamaktadır. Bu husus özellikle *Restatement* da açıkça ifade edilmiştir. Nitekim *Restatement (Second) of Torts* § 908(2)'de açıkça davalının malvarlığının tazminat miktarının tespitinde önem taşıdığı vurgulanmıştır. Bu sebeple de mahkemeler davacıdan, davalının ekonomik durumunu gösteren bir takım delilleri sunmasını talep etmektedir. Davacının, davalının ekonomik durumunu kanıtlamasına ilişkin bu

⁴⁸⁶ Schmuhl, s. 131-132.

kuralın temelinde, davalının sahip olduğu maddi gücün, davacının haklarının hiçe sayılması ve ihlal edilmesi için kullanılması halinde, davacının özellikle manevi zararının daha fazla olacağı düşüncesi yer almaktadır. Ancak günümüzde bu kural, mahkemenin davalının cezalandırıldığını hissedebileceğı bir miktara hükmedebilmesini sağlama amacına hizmet etmektedir. Başka bir ifadeyle cezalandırıcı tazminat ile verilecek ceza, davalının ekonomik durumu ile orantılı olarak uygun bir ceza olmalıdır⁴⁸⁷.

Nitekim bu husus da *TXO* davasında ele alınmıştır. Bu husus, jürinin sadece varlıklı olması sebebiyle cezalandırıcı tazminata hükmetmesi ihtimaline mahal vermemek için jüriye yol gösterecek bir etmen olarak gösterilmek istenmese de davalının malvarlığı, jüri tarafından ele alınan yerleşik bir etmendir. Cezalandırıcı tazminatın hesaplanmasında bu etmen üzerinde özellikle durulmasının sebebi açıktır; eğer ceza önlemek içinse, bu amaca hizmet edecek büyüklükte olmalıdır⁴⁸⁸.

Dobbs cezalandırıcı tazminatın hesaplanmasında eğer davalı bir işletmeyse, davalının ekonomik durumundan ziyade eylem sonucu elde ettiğı kârın esas alınması gerektiğini vurgulamıştır. Mevcut duruma bakıldığında eylem ile elde edilen kârâ hemen hemen hiç değeri atfedilmediğı görülmektedir. Yazar, davalının maddi durumu ile elde ettiğı kârın her olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini, çünkü bir davalı maddi olarak güçlü olmasına rağmen eylem ile herhangi bir kazanımda bulunmazken, maddi gücü zayıf olan bir diğeri davalının eylem ile elde ettiğı kârın

⁴⁸⁷ Sales/Cole, s. 1147; Dobbs, s. 329.

⁴⁸⁸ Schmuhl, s. 132.

yüksek olmasının söz konusu olabileceğini ifade etmektedir⁴⁸⁹. *Ellis* ise bu oranın adalet, eşit davranma kuralı ve orantılılık ilkeleri çerçevesinde ele almakta ve eleştirmektedir. Yazara göre zengin bir davalının daha fakir bir davalıya nazaran daha az cezalandırılması bu ilkelere aykırılık teşkil etmektedir⁴⁹⁰. Nitekim *Sales/Cole*, davalının ekonomik durumunun mahkeme önüne getirilmesi halinde başka bazı problemlerin doğabileceğini vurgulamaktadır. Yazarlar özellikle davalının belli bir ekonomik güce sahip olduğuna dair kanıtların mahkemeye sunulması halinde jürinin gerektiğinden fazla tazminata hükmetme veya müşterek davalıların söz konusu olması halinde ekonomik durumu diğerine göre daha kötü olanın da durumu iyi olan gibi sorumlu tutulması ihtimali bulunduğuna dikkat çekmektedir⁴⁹¹.

C) AMERİKAN HUKUKUNDA CEZALANDIRICI TAZMİNATA KARŞI GETİRİLEN ELEŞTİRİLER

Cezalandırıcı tazminat özellikle Amerikan hukuk doktrinde yoğun eleştirilere maruz kalmıştır. Eleştiriler temelde, bu tür tazminatların özel hukuk alanından çıkartılarak bir ceza hukuku yaptırımı haline gelmesi gerektiği yönündedir⁴⁹². Nitekim New Hampshire Yüksek Mahkemesinde 1873 yılında bu görüş dile getirilmiştir. Kararda⁴⁹³ Hakim *Foster*, cezanın ve cezalandırma amacı taşıyan bir tazminatın, bir özel hukuk yaptırımı olmadığını belirterek bir tazminatın, cezalandırma düşüncesine dayanmasının yanlış olduğunu belirtmiştir.

⁴⁸⁹ Dobbs, *Ending Punishment*, s. 873-874.

⁴⁹⁰ Ellis, s. 61.

⁴⁹¹ Sales/Cole, s. 1148.

⁴⁹² Long, s. 884.

⁴⁹³ *Fay v. Parker* 53 N.H. 342 (1873).

Cezalandırıcı tazminat, özellikle kişinin ceza muhakemesi hukukunun koruma tedbirleri olmadan bir özel hukuk mahkemesi tarafından cezalandırılması açısından eleştirilmektedir. Aynı şekilde özel hukukta ispat sorununun ceza hukukundan farklı olduğu belirtilmekte ve bir tazminat türü de olsa cezalandırma amacı taşıyan bir kurumun bu önlemler ve ispat araçları kullanılmadan hükme bağlanmasının hukuka aykırı olduğu vurgulanmaktadır⁴⁹⁴. Hatta cezalandırıcı tazminat için özel hukuk ispat araçlarından daha ağır bir ispat standardı getirilmesi gerektiğini belirtilmektedir⁴⁹⁵.

Bir diğer eleştiri ise zarar verenin cezalandırıcı tazminat ile iki kez cezalandırılma ihtimali olduğuna dikkat çekmektedir. Özellikle bazı zarar verici eylemlerin aynı zamanda bir ceza hukuku yaptırımı ile karşı karşıya kalması muhtemeldir. Amerikan hukukunda kişinin hem bir özel hukuk hem de bir kamu hukuku yaptırımı ile cezalandırılmasının ise Anayasa'ya⁴⁹⁶ aykırı olduğu ve kişinin aynı eylemden iki kez cezalandırılmayacağı belirtilmektedir. O halde cezalandırıcı tazminat, Amerikan Anayasası ile hüküm altına alınmış mükerrer cezalandırma yasağına ilişkin Değişiklik 5'in yanı sıra, Değişiklik 8⁴⁹⁷ ve Değişiklik 14⁴⁹⁸'ü de

⁴⁹⁴ Long, s. 885; Daniels S./Martin J.: Myth and Reality in Punitive Damages, 75 Minn. L. Rev. 1990-1991, s. 7-8.

⁴⁹⁵ Sales/Cole, s. 1166-1167.

⁴⁹⁶ Amerikan Anayasası Değişiklik 5'e göre "... hiç kimsenin yaşam veya özgürlüğü aynı eylem için iki kez tehlikeye atılamaz." Bu kural Kıta Avrupası hukuklarında mükerrer veya çifte cezalandırma yasağını (*non bis in idem*) ifade eder ve bir kimsenin aynı eylem veya konudan dolayı iki kez yargılanamayacağı ve cezalandırılmayacağını anlamına gelir.

⁴⁹⁷ Amerikan Anayasası Değişiklik 8'e göre "...aşırı para cezaları yüklenemez, çekilmez veya olağandışı cezalar verilemez".

ihlal etmektedir⁴⁹⁹. Nitekim Amerikan Anayasası Değişiklik 8, kişilerin aşırı şekilde cezalandırılmayacağına ilişkin olup, doktrinde cezalandırıcı tazminatın zarar veren kişinin aşırı cezalandırılması yasağına aykırı olduğu yönünde görüşler bulunmaktaysa da, Amerikan Yüksek Mahkemesi Anayasa'nın bu maddesinin ceza yargılamasına ilişkin olduğunu belirterek cezalandırıcı tazminatın Anayasa'ya bu yönden aykırı olmadığı sonucuna varmıştır⁵⁰⁰. Anayasa Değişiklik 14'e göre ise hukuka, hangi eylemlerin ceza yaptırımına tabi olduğunu kanun yolları ile tespit etme yükümlülüğü yüklemiştir. Bir görüşe göre madde hükmünde yer alan kanun yolları klozu ile güvence altına alınan bu hak, cezalandırıcı tazminat ile ihlal edilmektedir⁵⁰¹.

Cezalandırıcı tazminat talebi ile birden fazla zarar görenin aynı zarar verene karşı dava açması hali de tazminat talebi açısından eleştiri konusu olmuştur. Bu şekilde önce dava açan davacıların cezalandırıcı tazminat alması mümkün olacakken daha sonra açılan davalarda, davalının malvarlığının tükenmesi ve bu sebeple de davacıların gerçek zararlarını bile elde edememesi ihtimalinin doğabileceği belirtilmektedir. Aynı zamanda, aynı davalıya karşı farklı eyalet mahkemelerinde dava açılması sonucunda davacıların bazıları cezalandırıcı tazminat elde

⁴⁹⁸ Amerikan Anayasası Değişiklik 14'e göre "...hiçbir devlet hiçbir kişiyi normal kanun yolları olmadan hayatından, özgürlüğünden veya malından yoksun bırakamaz..."

⁴⁹⁹ McCormick, s. 276; Long, s. 884; Zitzer K. M.: Punitive Damages: A Cat's Clavicle in Modern Civil Law, 22 J. Marshall Rev. 1988-1989, s. 666-667.

⁵⁰⁰ *Browning-Ferris Indus. of Vermont, Inc. v. Kelco Dsposal, Inc.* 492 U.S. 257, 109 S.Ct. 2909 (1989)

⁵⁰¹ Zitzer, s. 669-670.

edebilecekken, diğ er bazıları bu tür bir tazminata hak kazanamayabilecek olması da cezalandırıcı tazminatın eleştirilen bir yönüdür. Bu ihtimal 1960’lı yıllarda *Richardson-Merrell* olayında gerçekleşmiştir. Bir kolesterol ilacı piyasaya süren şirkete yan etkilerinden dolayı zarar gören kişilerin açtığı davalarda şirket, bazı mahkemeler önünde cezalandırıcı tazminat ödemeye mahkum edilmiş, bazılarında ise edilmemiřtir⁵⁰².

Cezalandırıcı tazminata getirilen en ağır eleştirilerden biri ise cezalandırıcı tazminat kurumuna artık gerek kalmadığı ve tamamen reddedilmesi gerektiği yönündedir. Özellikle cezalandırıcı tazminatın, tazminat hukuku alanındaki son gelişmeler ve tazminatın tüm zararları kapsayacak şekilde genişletilmesi üzerine işlevini yitirdiği belirtilmektedir⁵⁰³.

Tüm bu eleştiriler üzerine cezalandırıcı tazminata ilişkin doktrinde bazı çözüm  nerileri geliştirilmiştir. Özellikle cezalandırıcı tazminatın zarar gören için beklenmeyen bir k r oluşturarak, zenginleşmesi sonucunu doğurduğu belirtilmektedir. Nitekim bu husus 1877 yılında *Bass v. Chicago & Northwestern Railway Company*⁵⁰⁴ davasında Hakim Ryan tarafından şu şekilde ifade edilmiştir “*haksız fiil sonucu zarar gören kişinin tüm zararının tazmin edilmesine rağmen, bundan daha fazlasının tazmin edilmesi prensibinin anlaşılması zordur. Ve eğer zarar veren cezalandırıcı tazminat ile cezalandırılacaksa bunun namına cezalandırılan halka değil de zararı tazmin edilmiş kişiye gitmesi eşit derecede anlaşılmazdır*”. Amerikan Barolar Birliği 1987 yılında cezalandırıcı tazminat olarak

⁵⁰² Long, s. 887.

⁵⁰³ Long, s. 888.

⁵⁰⁴ *Bass v. Chicago & Northwestern Railway Company* 42 Wis. 654 (1877).

hükmedilen meblağın bir miktarının zarar görene, belirli bir miktarının ise devlete aktarılmasını önermiştir⁵⁰⁵. Benzer şekilde bu tür tazminatların kamu hizmetinde kullanılmak üzere bir fona aktarılması da getirilen önerilerden biridir⁵⁰⁶.

Doktrindeki önerilerden bir diğeri cezalandırıcı tazminatın ceza hukuku alanına alınması yönündedir. Ancak bu öneri de zarara yol açan her eylemin, aynı zamanda bir suç oluşturmayacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Aynı zamanda doktrinde ceza hukuku yaptırımların zarar verenin bu eylemini önlemeye yetecek miktarda tazminata hükmedilmesine izin verecek kadar esnek olmadığı belirtilmektedir. Tüm bunların yanı sıra medeni hukuk yargılamasının usul ekonomisine daha iyi hizmet edeceği de öne sürülmektedir⁵⁰⁷.

Yine çözüm önerilerinden bir diğeri de cezalandırıcı tazminatın belirsizliğini gidermek amacıyla kanuni düzenlemeler yapılmasına ilişkindir. Bu öneriler özellikle cezalandırıcı tazminata ilişkin bir üst sınır getirilmesi yönündedir. Tazminatın hesabına ilişkin diğeri bir öneri ise tazminat miktarının jüri değil de hakim tarafından tespit edilmesidir. Cezalandırıcı tazminatın daha adil bir sistemle düzenlenmesini savunan görüş ise açık ve kesin delillerde ispat şartı getirilmesini, cezalandırıcı tazminata sadece ceza hukukuna ilişkin bir yaptırımın mevcut olmaması halinde hükmedilebilmesini veya zarar veren için yargılama kurallarının oluşturulmasını önermiştir⁵⁰⁸.

⁵⁰⁵ Grube E. J.: Punitive Damages: A Misplaced Remedy, 66 S. Cal. L. Rev. 1992-1993, s. 842.

⁵⁰⁶ Long, s. 886-887.

⁵⁰⁷ Grube, s.847.

⁵⁰⁸ Grube, s. 848-849.

BÖLÜM III

KITA AVRUPASI HAKSIZ FİİL HUKUKUNDA CEZALANDIRMA DÜŞÜNCESİ VE CEZALANDIRICI TAZMİNATIN BAZI KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

I) KITA AVRUPASI SORUMLULUK HUKUKUNUN TEMEL İLKELERİ

Günümüzde ceza ve tazminat birbirlerinden tamamen ayrılmış kurumlar olarak görülmektedir. Buna karşılık tazminat hukuku ile cezanın hangi noktada birbiriyle temas halinde olduğunun ve tazminatın amacının ne olduğunun tespiti gerekir. Bu sorunun cevabı olarak doktrinde genellikle tazminatın tek amacının yol açılan zararın telafisi, denkleştirilmesi olduğu ifade edilmektedir. Buna karşılık *Grossfeld*, tazminatın bu amaç üzerine oturtulması konusunda şüphelerini ifade etmektedir. Bilindiği üzere sosyal düzen “*casum sentit dominus*-zarara zarar gören katlanır” ilkesi üzerine kurulmuştur. Başka bir ifadeyle zarar gören kişi, kural olarak bu zarara kendisi katlanmalıdır. Hal böyleyken, neden hukuk düzeni bazı olaylarda, zarar doğuran insan davranışlarını tazminat yaptırımına tabi tutmuştur? Bu şekilde düşünüldüğünde hukuk düzeninin tazminat yükümlülüğünü zarar verenin kusuruna bağladığı sonucuna varılmaktadır. Peki, zarar verenin kusuru bulunmadığı bazı hallerde neden zarar veren bu zararı telafi etmek zorundadır? Dahası hukuk, neden zarar veren eylem olmadan önceki durumu yaratmaya çabalamaktadır? Zarar veren, eylemden herhangi bir fayda sağlamamış olsa bile zarar niçin oluştuğu şekilde bırakılmamaktadır? Öncelikle belirtilmelidir ki zarar verici eylem sonucunda oluşan durumun tamamıyla geri alınması mümkün değildir. Tazminat en basit ifadesiyle zarar görende oluşan zararın, zarar verene transferinden ibarettir. Bu açıdan

bakıldığında bu transferin gerçekleşmesi için harcanan çaba gereksiz addedilebilir. *Grossfeld*, bu soruların cevaplanması gerektiğini ve bu halde tazminat hukukunun tek bir amaç üzerine oturtulmasının mümkün olmadığını belirtmektedir⁵⁰⁹.

Nitekim doktrinde tazminatın ilk amacının zararın denkleştirilmesi olduğu genel kabul görmüş bir kural olmakla birlikte, tazminatın başka bazı işlevlerinin de bulunduğu kabul edilmektedir. Özellikle tazminat hukukunda önleme fikrinin kıta Avrupasına yabancı bir kavram olmadığı belirtilmektedir. Bu açıdan tazminat hukukunun ana amaçları, zararın denkleştirilmesi, zararın önlenmesi ve hakkın devam ettirilmesi olarak tespit edilmiştir⁵¹⁰.

A) DENKLEŞTİRME İLKESİ (ZARARIN TELAFİSİ)

Zararın denkleştirilmesi tazminatın ilk amacıdır. Denkleştirme ilkesinin altında yatan temel fikir, zarar görenin çıkarlarının dengelenmesidir. Söz konusu ilke uyarınca denkleştirme, zarar verenin verdiği zararı eski hale getirmekle yükümlü olmasını (*naturalrestitution*) veya bu durumun yaratılması için gerekli bir parayı ödemesini (*geldersatz*) ifade eder⁵¹¹. Alman Medeni Kanunu tercihini öncelikle

⁵⁰⁹ Grossfeld B.: Die Privatstrafe, Ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrecht, Frankfurt Berlin 1961, s. 75-77.

⁵¹⁰ Lange H./Schiemann G.: Schadenersatz, Tübingen 2003, s. 9; Wagner G.: Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht-Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206/2006, s. 352 vd.; Eren F.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 514-515; Atamer Y.: Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, İstanbul 1996, s. 98.

⁵¹¹ Nitekim *Common Law*'da da telafi edici tazminatlar açısından aynı kural benimsenmiştir. Bkz.: Bölüm I, II, A.

aynen iadeden yana kullanmıştır (*BGB* § 249/1). İsviçre Borçlar Kanunu ise herhangi bir seçim yapmayarak, bu seçimi hakimine bırakmıştır (*OR* md. 41)⁵¹².

Her ne şekilde olursa olsun kıta Avrupası tazminat hukukunun yaklaşımı, denkleştirme düşüncesine dayanmakta olup ve bu ilke *BGB* § 249/1’de⁵¹³ açıkça ele alınmıştır. “Tazminatın Türü ve Kapsamı” başlıklı bu maddede denkleştirme ilkesi, “zarar veren, zarar görenin uğradığı zararın tümünü tazmin etmek zorunda olup, zarar göreni tazminat yükümlülüğü doğuran olay olmasaydı, hangi durumda olacaksa o duruma getirmekle yükümlüdür” şeklinde ifade edilmiştir. O halde tazminatın ilk amacı zarar görenin zararının telafi edilmesi, denkleştirilmesidir. Aynı zamanda bu yolla tazminat, sosyal tatminin gerçekleşmesini de sağlar. Hukukun genel amacı olarak kabul edilen sosyal tatminin sağlanması denkleştirme fikri ile bağlantılı olsa da, tek başına zararın denkleştirilmesi ile değil, kabul edilebilir, adil ve uygun bir tazminat ile mümkündür. Hal böyleyken tazminatın amacı tüm zararları tazmin etmek ve denkleştirmek değildir, hukukun tazmin edilebilir zararlar arasında bir ayırım yapması gerekir. Başka bir ifadeyle sadece tazmin etmek değil, tazminat ile hakkaniyeti sağlamak da önemlidir. O halde tazminat hukukun ilk amacı denkleştirme ilkesi çerçevesinde hakkaniyeti sağlamaktır⁵¹⁴.

Kıta Avrupası tazminat hukukunun temel kavramları değerlendirildiğinde, tazminat yükümlülüğü kurulduktan sonra zarar verenin davranışının değil, zarar

⁵¹² Peter H./v. Tuhr A.: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, B. I, Zürich 1984, s. 114; Schwenger I.: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2006, N. 15.01.

⁵¹³ *BGB* § 249/1; “Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.”

⁵¹⁴ Jansen N.: Die Struktur des Haftungsrechts, Tübingen 2003, s. 36-37.

görenin menfaatinin esas alındığı görülmektedir⁵¹⁵. Zarar verenin davranışı ise sadece verilen zarardan kanuni olarak sorumlu olup olmadığının tespiti aşamasında ele alınır. Ancak bu sorunun bir ön soru olarak yanıtlanması gerekir. Çünkü sorumluluğun doğmasına ilişkin kurallar tazminata ilişkin kurallardan önce gelir⁵¹⁶.

Denkleştirme ilkesinden tazminat hukukunun temel prensiplerinden olan “tam tazmin” ve “zenginleşme yasağı” ilkelerinin doğduğu kabul edilmekte olup, kıta Avrupası hukuk doktrininde bu ilkelerin tazminat hukukunda cezalandırma düşüncesinin reddine yol açtığı da belirtilmektedir⁵¹⁷.

1) TAM TAZMİN İLKESİ

Denkleştirme ilkesinin sonucu olarak, zararın mümkün olduğu kadar aynen ve tamamen telafi edilmesi gerekmektedir. O halde sorumluluk hukukunda kural olarak tam tazmin ilkesi geçerlidir⁵¹⁸. Alman hukukunda bu kural “hep ya da hiç prensibi” (*Alles oder Nichts Prinzip*) olarak ifade edilmektedir. Buna göre, zarar verici eylem sonucu ortaya çıkan zarar, aynen ve tamamen denkleştirilmek zorundadır. Tazminat miktarının olayın şartlarının veya kusurun ağırlığının dikkate alınarak belirlenmesi Alman hukuk düzeninde kabul edilmemiştir. Zarar görene

⁵¹⁵ Lange/Schiemann, s. 10; Larenz K.: Lehrbuch des Schuldrechts B. I, Allgemeiner Teil, München 1987, s. 424.

⁵¹⁶ Müller P.: Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht, Berlin 2000, s. 72-73; Schlobach K.: Das Präventionprinzip im Recht des Schadensersatzes, Baden-Baden 2003, s.8.

⁵¹⁷ Mohr J.: Grundlagen des Schadensersatzrechts, JURA, 3/2010, s. 173.

⁵¹⁸ Mohr, s. 173; Schlobach, s. 9

kusur atfedilemeyen hallerde, tam tazmin kuralı geçerli olup zarar görenin uğradığı tüm zararın tazmini esastır⁵¹⁹.

İsviçre hukukunda da temel kural zarara sebebiyet veren kimsenin zararın tamamından sorumlu olmasıdır. O halde tazminat zarar görenin malvarlığında doğan eksilmenin tümünü karşılamalıdır⁵²⁰. Ancak bu hukuk düzeninde, zararın ortaya çıkmasında zarar verenin kusurunun ağır olmadığı veya zarar görenin de kusurunun bulunduğu durumlarda, tam tazmin ilkesinin uygulanması yumuşatılarak, hakime tazminattan indirim yapma yetkisi tanınmıştır. Nitekim İsviçre ve Türk borçlar kanunları tazminat miktarının hesaplanmasında olayın tüm şartlarını, zarar verenin kusurunun ağırlığını ve tarafların ekonomik durumlarını hakim dikkate almasına izin vermektedir (OR md. 43/1, md. 44/2-TBK md. 51/1, md. 52/2)⁵²¹.

2) ZENGİNLEŞME YASAĞI İLKESİ

Denkleştirme ilkesi, zarar görenin tazminat ile zenginleşmesini engelleyerek, hükmedilecek tazminatı zenginleşme yasağı ilkesiyle sınırlandırılmaktadır. Zenginleşme yasağı ilkesi ise, zarar görenin zarar verici olay sonucunda elde ettiği tazminat ile herhangi bir fayda veya kazanç sağlamamasını ifade eder.

⁵¹⁹ Bu kuraldan sadece ortak kusur halinde sapma söz konusudur; Schlobach, s. 9; Oğuzman/Öz, s. 578, dp. 350; Nomer H.N.: Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996, s. 72, dp. 49.

⁵²⁰ Oftinger/Stark, § 7, N. 1; Nomer, s. 63.

⁵²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Oğuzman/Öz, s. 578.

Kanunlarda açıkça yer verilmemekle birlikte bu ilkeye, denkleştirme ilkesinin yorumu ile ulaşılmaktadır⁵²². Nitekim denkleştirme ile zenginleşme yasağı ilkeleri birbirleriyle tamamen bağdaşan iki ilkedir. Buna göre zarar görenin zararı tamamen telafi edilmeli ancak zarar gören tazminat ile olması gerektiğinden daha iyi bir duruma getirilmemelidir⁵²³. Bir başka ifadeyle zarar, tazminat miktarına üst sınır teşkil eder⁵²⁴.

⁵²² Rey H.: *Ausservertragliches Hafpflichtrecht*, Zürich 2003, N. 13; Schubert: *Beck'scher Online-Kommentar* (eds. Bamberger/Roth), BGB § 249, Rn. 1-4; Schlobach, s. 9; Müller, s. 58.

⁵²³ Bununla birlikte Almanya'da müzik eserleri alanında faaliyet gösteren ve bu eserlerin temsil ve çoğaltma haklarını koruyan bir kurum olan GEMA'nın tazminat talepleri ve fikri mülkiyet haklarının ihlali tazminatının hesaplanması metodlarının (fikri mülkiyet hakkı sahibinin hakkın ihlali söz konusu olmasaydı elde edeceği muhtemel gelire göre, fikri mülkiyet hakkını ihlal eden kimsenin elde ettiği gelire göre, hakkın bir lisans anlaşmasına konu olması halinde lisans alanın ödeyeceği bedele göre hesaplanması) zenginleşme yasağı ilkesine aykırılık teşkil ettiği belirtilmektedir; Schubert, BGB § 249, Rn. 1-4. Doktrinde bazı yazarlar, özellikle fikri mülkiyet hukukundaki bu yoksun kalınan kârın hesaplanma biçimlerinden son ikisinin fark teorisine aykırı olduğunu ve tazminatın bu şekilde hesaplanması biçiminin cezalandırma amacını haiz olduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte bizim de katıldığımız görüşe göre bu yolla hesaplanan tazminatlar cezalandırma amacı taşımaz, bu halde sebepsiz zenginleşme ve vekaletsiz işgörme hükümlerinin bir hüküm içinde birleştirilmesi söz konusudur ve kanun bu yolla tazminatın hesaplanmasını kolaylaştırma amacı gütmüştür; Jansen/Rademacher, s. 82; Ayrıntılı bilgi için bkz.: Müller, s. 101 vd; Benzer şekilde Türk hukuku açısından da bazı istisnaların bulunduğu kabul edilmektedir. Bu hükümlerin amacı, mağdurun zararını gidermekten çok muhtemel faillerin cezalandırılması olarak tespit edilmiştir. *Oğuzman/Öz'e* göre, kişilik haklarının ihlal edilmesinde failin elde ettiği kazancın vekaletsiz işgörme hükümlerine göre mağdura verilmesi (MK 25/3), kötüniyetli haksız zilyedin elde ettiği hatta elde etmeyi ihmal ettiği kazançların iade talep edene verilmesi (MK 995/1), izni ve rızası olmaksızın başkasının işine müdahale ederek çıkar sağlayanın elde ettiği çıkarın iş sahibine verilmesi (BK 414), başkasına ait

3) CEZALANDIRMA DÜŞÜNCESİNİN REDDİ

Alman kanun koyucusu ahlaki ve cezai bakış açısını bilinçli olarak reddederek, Prusya Medeni Kanunu'nda yer alan tazminatın kusurun türü ve derecesine göre belirlenmesi ilkesini⁵²⁵ BGB'ye almamıştır. Özellikle Alman hukukunda kusurun derecesine göre tazminatın tespitinin reddedilmiş olması, sorumluluk hukukunun amacının, zarar vereni bir ceza ile yükümlü hale getirmek olmaması ile ilişkilendirilmektedir⁵²⁶.

Alman hukuk doktrininde denkleştirme ilkesinin cezalandırıcı tazminatı reddettiği açıkça ifade edilmektedir. Tazminat hukukunun temel ilkesi olan denkleştirme ilkesi, bu açıdan zarar görenin zararı dışında bir tazminata hükmedilmesini engellemektedir⁵²⁷. Nitekim Alman hukukunda, cezalandırıcı tazminat hükmü içeren Amerikan mahkeme kararlarının da Alman kamu düzenine aykırılığı nedeniyle tanıma ve tenfizi kabul edilmemektedir. Zira mahkemeler,

eserde sahibinin fikri haklarını ihlal ederek kazanç sağlayanın bu kazancının fikri hak sahibine verilmesi (FSEK 70/3) bu tür hükümlere örnektir ve bunlar birer “medeni hukuk cezası”dır; bkz.: Oğuzman M. K./Öz T.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2009, s. 573.

⁵²⁴ Oftinger/Stark, § 2, N. 79; Brehm R.: Berner Kommentar Bd. VI/1/3/1, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, 2006, Art. 43, N. 25; Rey, N. 13; Nomer, s. 63. Nitekim Alman Federal Mahkemesi de zenginleşme yasağı ilkesini Alman kamu düzenine ait bir kural olarak nitelendirmektedir; BGHZ, 118, 312, 338.

⁵²⁵ Prusya Medeni Kanunu'nun hükme bağladığı kusurun ağırlığına göre tazminatta yaptığı derecelendirme, Avusturya Medeni Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu'na alınmıştır fakat bu ilke Fransız ve Alman Medeni Kanunlarında yer almamaktadır; bkz.: Nomer, s. 71-72.

⁵²⁶ Lange/Schiemann, s. 12-13; Müller, s. 72.

⁵²⁷ Lange/Schiemann, s. 12-13; Larenz, s. 423; Mohr, s. 173.

cezalandırma ve caydırma amacı içeren tedbirlerin devletin tekelinde olduğunu belirtmektedir⁵²⁸.

Benzer şekilde İsviçre sorumluluk hukukunun ana amacı da zararın denkleştirilmesidir. Bu açıdan İsviçre doktrini de İsviçre hukukunda cezalandırıcı tazminatın reddedildiğini açıkça ifade etmektedir⁵²⁹. Fakat, İsviçre Borçlar Kanunu'nun tazminatın hesaplanmasında kusurun ağırlığını dikkate almasına izin vermesi, İsviçre hukukunda tazminatın amacının cezalandırma olup olmadığı hususunda tereddütlere yol açmaktadır⁵³⁰. Nitekim Alman hukukunda cezalandırma amacının reddi, kusurun ağırlığının tazminatın hesaplanmasında dikkate alınmaması ile desteklenmektedir. Buna karşılık *Rey*, cezalandırıcı tazminatın İsviçre hukukunda da reddedildiğini, kusurun ağırlığının tazminatın hesaplanmasında dikkate alınmasının farklı bir etkiye yol açmadığını belirtmektedir. Yazara göre, Amerikan hukukundaki cezalandırıcı tazminattan farklı olarak kusurun ağırlığının dikkate alınması, ancak tazminat miktarında indirim yapılması işlevi görmektedir. Yine Amerikan hukukundan farklı olarak ağır kusur kapsam dışında bırakılmıştır, o halde ağır kusur halinde tazminattan indirim yapılması mümkün değildir. Hal böyleyken bunun cezalandırıcı tazminata izin verdiği söylenemez, İsviçre hukukunda da cezalandırma işlevinin ceza hukukunun görevi olduğu kabul edilmektedir⁵³¹.

⁵²⁸ BGH: Vollstreckbarerklärung eines US-amerikanischen Schadensersatzurteils auf "punitive damages" und deutscher ordre public; NJW 1992, s. 3096.

⁵²⁹ Oftinger/Stark, § 2, N. 79, dp. 113; Rey, N. 17; Roberto V.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, N. 23-24.

⁵³⁰ Peter/v. Tuhr, s. 104; Rey, N. 17; Eren, s. 514; Nomer, s. 35.

⁵³¹ Rey, N. 17.

B) ÖNLEME İLKESİ

Tazminat yükümlülüğünün ikinci işlevinin önleme olduğu kabul edilmektedir. Zarar verici olayın tekrarlanmasının engellenmesini sağlamaya yönelik olan bu ilke, tazminat hukukunun doğasından kaynaklanmaktadır. Zarar sonucunda tazminat gibi bir olumsuz sonucun doğması, bu eylemin önlenmesi ve zararın engellenmesi amaçlarına hizmet etmektedir. Bu açıdan önleme ilkesinin kusur sorumluluğunun yanı sıra tehlike sorumluluğu bakımından da işlev gördüğü, ancak zararın önlenmesi amacının tazminatın ana amacı olmadığı, telafi-denkleştirme amacı yanında tali bir amaca hizmet ettiği belirtilmektedir. Bir başka ifadeyle önleme amacı, zararın denkleştirilmesi amacının bir yan ürünüdür⁵³². Bu tali işlev zararın önlenmesi, toplumun yönlendirilmesi, bireylerin kendilerine ait alanının sınırlarını çizilmesi veya muhtemel mağdurların sigortalanması gibi ifadeler ile tanımlanmaktadır⁵³³.

Önleme, özel önleme ve genel önleme olarak iki şekilde karşımıza çıkabilir. Özel önleme eylemin failinin gelecekte benzer davranışlarının önlenmesiyle, genel önleme zarar verenin değil, hukuka aykırı eylemi işlemesi muhtemel diğer kişilerin bu davranışlarının önlenmesidir⁵³⁴.

Ancak İsviçre hukukunda önleme ilkesi Alman hukukunda olduğu kadar büyük bir öneme sahip değildir. Alman hukuk düzeninde cezalandırma düşüncesinin reddinde olduğu gibi, kusurun ağırlığına göre tazminat miktarının belirlenmesi

⁵³² Larenz, s. 423; Lange/Schiemann, s. 11; Rey, N. 14; Oetker H.: Münchener Kommentar zum BGB, BGB § 249, München 2012, Rn. 8-9 vd; Schubert, BGB § 249, Rn. 1-4; Nomer, s. 35-36.

⁵³³ Jansen, s. 37.

⁵³⁴ Mertens H. J.: Der Begriff des Vermögensschaden im Bürgerlichen Recht, Stuttgart 1967, s. 94.

hususunun reddedilmiş olması, önleme ilkesi ile ilişkilendirilmektedir⁵³⁵. Kusurun ağırlığının dikkate alınmaması halinde zarar veren hafif ihmal ile bir zarara yol açmış olsa dahi, zarardan kasıt ile zarara yol açan kişi ile aynı derecede sorumlu olacaktır. Hal böyleyken bu hukuk düzenlerinde kişilere, zarar vermemek için daha dikkatli ve tedbirli davranma yükümlülüğü yüklenmiş olacak ve bu yolla önleme ilkesi Alman hukuk düzeni açısından daha özel bir anlam kazanacaktır.

C) HAKKIN DEVAM ETTİRİLMESİ (*RECHTFORTSETZUNG*)

Tazminatın bir diğer amacının da hakkın devam ettirilmesi olduğu ifade edilmektedir. Tazminat ödeme yükümlülüğü bir hakkın ihlali veya ifa edilmeyen bir edim sonucunda doğar. Bu halde tazminat talep hakkı, ihlal edilen hakkın veya edimin yerine geçer⁵³⁶. Böylece ihlal edilen hakkın, tazminat talep hakkına dönüşerek devam etmesi söz konusudur. Tazminatın bu amacını kabul eden görüş, bu amacın da aslında denkleştirme amacından doğduğunu belirtilmektedir⁵³⁷. Ancak aksi görüşe göre tazminatın amacı hakkın devam ettirilmesi değildir. Nitekim tazminat ile sağlanan amaç hakkın başka bir hak görünümünde devam ettirilmesi değil, zararın telafi edilmesidir. Tazminat talebi zararlı sonucun bulunması halinde doğmakta, tek başına bir hakkın ihlal edilmesi yeterli olmamaktadır⁵³⁸. O halde hakkın devam ettirilmesi tazminatın amacı değil ancak olumlu bir sonucudur.

⁵³⁵ Atamer, s. 99.

⁵³⁶ Lange/Schiemann, s. 12; Eren, s. 515; Nomer, s. 34.

⁵³⁷ Larenz, s. 425; Atamer, s. 98.

⁵³⁸ Lange/Schiemann, s. 12; Nomer, s. 34.

II) KITA AVRUPASI TAZMİNAT HUKUKUNDA CEZALANDIRMA DÜŞÜNCESİ

A) TAZMİNAT HUKUKUNDA CEZALANDIRMA DÜŞÜNCESİ KAPSAMINDA MEDENİ CEZA KAVRAMI

1) MEDENİ CEZA KAVRAMI

Kıta Avrupasında cezalandırma düşüncesi denildiğinde akla ilk gelen medeni ceza kurumudur. Bir yandan denkleştirme düşüncesinin sürekli geliştiği tazminat hukuku, diğer yandan cezanın sadece devlet tarafından verilebileceği düşüncesi, yani ceza hukuku, medeni ceza fikrinin arka planda kalmasına yol açmıştır⁵³⁹. Hal böyleyken özel hukuk içinde cezalandırma düşüncesinin yavaş yavaş kaybolduğu düşünülmektedir. *Jhering* bu gelişmeyi “insanlığın zulüm, kör ihtiras ve intikamdan; ılımlılık, adalet ve insanlığa ilerlemesi” olarak görmektedir. Özel hukuk alanından ceza ilkesinin çıkarılması hukuki farkındalık ve ilerlemenin bir göstergesi olarak yorumlanmıştır. *Jhering*’e göre hukuk düşüncesi geliştikçe, medeni hukukta cezalandırma fikri ölecektir. Bu düşünce borçlar kanunundan tazminat hukukuna ilişkin cezalandırma düşüncesinin atılmasıyla doruk noktasına ulaşmıştır⁵⁴⁰.

Bu gelişmeler çerçevesinde modern hukukta cezalandırma düşüncesini özel hukuk dışında bırakılması ve cezalandırmanın devlet tekeline geçmesi gerektiği fikri savunulmaktadır. Bu sebeple de kıta Avrupası hukukuna dahil ülkelerde cezalandırma düşüncesinin, çoğunlukla özel hukuka yabancı olduğu görüşü

⁵³⁹ Grossfeld, s. 12.

⁵⁴⁰ Von Jhering R.: Das Schuldmoment im römischen Privatrecht: Vermischte Schriften juristischen Inhalts, Leipzig 1879, s. 158 (Grossfeld, s. 12’den naklen).

benimsenmiştir⁵⁴¹. Buna karşılık günümüzde halen bazı kurumların medeni ceza olarak nitelendirildiği görülmektedir. Bu sebeple öncelikle medeni ceza kavramından ne anlaşılması gerektiği ve temel özelliklerinin ne olduğunun tespiti gerekmektedir.

Tarihi gelişim süreci içerisinde, hukuka aykırı bir fiil işleyen kişinin cezalandırılması gerektiği düşüncesi hakim olmuştur. Eski zamanlarda bu cezanın medeni ceza kurumu ile yerine getirilebileceği düşünülmüştü. Eski hukuk düzenleri, medeni cezayı kişiliğin korunmasında bir araç olarak kullanmaktaydı. Haksız fiiller ve cezalandırma arasındaki ilişki, medeni cezanın sadece hakka tecavüzün bir cezası ve zararın telafisi değil, hesaplanamayan zararın toptan tazmin edilmesi amacını da taşıdığını göstermekteydi⁵⁴². O zamanlar medeni ceza kurumunun şu özellikleri bulunduğu kabul edilmekteydi: Hukuka aykırılık sonucu bir karşılığın gerekip gerekmediği zarar görene bağlıydı; cezanın miktarı zarar gören tarafından belirlenmekteydi; ceza zarar gören tarafından infaz edilmekteydi; zarar veren aleyhine hükmedilen zarar ve ceza, zarar gören lehine direk bir fayda sağlamaktaydı⁵⁴³.

Grossfeld, medeni cezanın maddi, etik ve amaçsal açıdan tazminat kavramından ayrıldığını belirtmektedir. *Grossfeld*'e göre medeni ceza ve tazminatin farkları şu şekilde özetlenebilir: Öncelikle maddi açıdan farklılıklar bulunmaktadır. Tazminatin çıkış noktası zarardır. Tazminat, zararın denkleştirilmesini amaçlar, bu

⁵⁴¹ Çeşitli ülkelerin yaklaşımı için bkz.: Von Bar, s. 628-629.

⁵⁴² Stoll H.: Schadensersatz und Strafe, Eine rechtsvergleichende Skizze, Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag am 5. Juli 1969, B. II, Tübingen 1969, s.570 (Schadensersatz und Strafe).

⁵⁴³ Grossfeld s. 9.

nedenle zararı aşamaz, zarar ile sınırlıdır. Oysaki ceza bundan farklıdır. Bu halde de zarar göz önünde bulundurulmakla birlikte, cezanın ilk amacı zararın denkleştirilmesi değil, zarar verenin cezalandırılmasıdır. O halde zarar gören değil, zarar veren esas alınır. Diğer bir farklılık ise etik açısından kendini göstermektedir. Tazminat hukukunda zarar görenin kusuru, sorumluluk için gereken sebeplerden sadece birisidir. Nitekim sorumluluk hukukunda kusursuz sorumluluk da mümkündür. Kaldı ki özellikle Alman hukuku için geçerli olmak üzere, tazminatın tespitinde kusurun ağırlığının dikkate alınmaması da tazminatı medeni cezadan ayırır. Ancak cezanın tespitinde kusur, tazminattan daha büyük bir rol oynar. Son olarak medeni ceza ile tazminat farklı amaçlara hizmet etmektedir. Tazminat bir zararın giderilmesini, mevcut durumun eski hale getirilmesini sağlamaktayken ceza, fail üzerinde bir zarara sebep olur. O halde medeni cezanın hedef aldığı kişi zarar verirken, tazminatın hedef aldığı kişi zarar görendir⁵⁴⁴.

Hugueney medeni cezayı üçe ayırmaktadır⁵⁴⁵; “*peine priv e quantitative*,” “*peine priv e qualitative*” ve “*peine priv e imitative*”. Bu ayrıma göre nicel medeni ceza olarak adlandırabileceğimiz ilk türde, hükmedilecek tazminat miktarıyla eski halin iadesi ve aynı zamanda parasal bir cezanın verilmesi amaçlanmaktadır. Bu tür medeni ceza günümüzde anlaşılan anlamda medeni cezaya karşılık gelmektedir. İkinci tür olan “nitel medeni ceza” zarar verenin belirli bir haktan mahrum kalması halidir. Medeni ceza benzeri olarak adlandırabileceğimiz üçüncü tür medeni ceza ise,

⁵⁴⁴ Grossfeld, s. 11-12.

⁵⁴⁵ Hugueney L.: L’id e de peine priv e en droit contemporain, Dijon 1904, s.106 vd (Grossfeld, s. 11, dp. 6’dan naklen).

bir hakkın ihlal edildiğinin tespiti ve sembolik bir miktarın zarar görene ödenmesidir⁵⁴⁶.

2) GÜNÜMÜZ HUKUKLARINDA MEDENİ CEZANIN YERİ

Günümüzde yukarıda bahsedilen türde bir medeni ceza kavramının bulunmadığı açıktır. Öncelikle cezanın miktarının tespitinin zarar görenin keyfiyetine bırakılması mümkün değildir. Günümüz modern hukuklarında cezanın, mağdur tarafından infaz edilmesi de söz konusu olamaz. Nitekim, ceza miktarının zarar gören tarafından belirlenmesi ve cezanın zarar gören tarafından infaz edilmesi hususları günümüz modern hukuklarında medeni cezanın özellikleri olarak görülmemektedir. Buna karşılık, ceza hukukunda takibi şikayete bağlı suçlar bakımından her ne kadar mağdurun bir rolü bulunsa da, bu husus özel hukuka değil, ceza hukukuna ait bir kurumdur⁵⁴⁷.

Günümüzde hukuklarında gerçek anlamda medeni ceza, belirli bir paranın zarar görene ödenmesidir. Eğer sembolik bir miktar söz konusu ise veya zarar veren sadece özür dileme, tekzip gibi bir yaptırımla karşı karşıya ise bu halde medeni ceza sembolik bir özellik arz etmektedir⁵⁴⁸.

Bugün her ne kadar cezalandırma düşüncesinin ceza hukukuna ait bir düşünce olduğu kabul edilse de, medeni ceza olarak nitelendirilen bazı kurumlar halen, özel hukuk içinde yerini korumaktadır. Özellikle son yıllarda mahkemeler tarafından da başta kişi haysiyetine ilişkin davalarda hükmedilen tazminatlar olmak üzere, çeşitli

⁵⁴⁶ Grossfeld, s. 11.

⁵⁴⁷ Grossfeld, s. 9.

⁵⁴⁸ Grossfeld, s. 10.

kurumların medeni ceza olarak nitelendirildiği görülmektedir. Alman ve İsveç mahkemelerinin de önleme düşüncesinin tazminatın hesaplanmasında ele alınması gerektiğine ilişkin kararları bulunmaktadır ve bu kararların, açıkça medeni cezaya ilişkin unsurlar içerdiği kabul edilmektedir⁵⁴⁹.

Günümüzde özel hukukta cezalandırma düşüncesi denildiğinde akla ilk gelen kurum cezai şarttır. Borçlunun alacaklıya karşı borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi üstlendiği edim olarak ifade edilen bu kurum kıta Avrupası hukuklarında yer bulmuştur⁵⁵⁰. Cezai şartın asıl alacağı teminat altına almak veya başka bir ifadeyle borçluyu ifaya zorlama işlevi, bir görüşe göre, medeni ceza özelliği taşımaktadır⁵⁵¹. Fakat cezai şart, sözleşmeler hukuku alanına dahil bir kurum olup, tarafların özgür iradesiyle kararlaştırılmış bir cezadır. Ancak *Brockmeier*'e göre, bu örnek bize kıta Avrupası hukukunda cezalandırma düşüncesinin ve zararı aşan bir tazminatın zarar görene ödenmesi fikrinin pek de yabancı olmadığını göstermektedir⁵⁵². Nitekim İsviçre hukuku açısından *Lenz* de, İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer alan cezai şart kurumunun cezalandırma düşüncesinin bir örneği olduğunu belirtmektedir. Cezai şart bir yandan sözleşmenin taraflarından birinin sözleşmeyi ihlal etmesini önleyici bir etkiye sahipken, diğer

⁵⁴⁹ BGH NJW 1995, 861; İsveç hukuku hakkında bkz.: Von Bar, s. 629.

⁵⁵⁰ Tanım hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Eren, s. 1181 vd; Tunçomağ K.: Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963, s. 5 vd; Gauch P./Schluep W. R.: Schweizerisches Obligationenrecht B. II, Zürich 2008, s. 309, N. 3783.

⁵⁵¹ BGH NJW 1993, 2993; BGHZ 105, 24, 27; Schlobach, s. 47; Cezai şartın hukuki niteliği hakkında görüşler için bkz.: Tunçomağ, s. 21-24 vd.

⁵⁵² Brockmeier D.: Punitive damages, multiple damages und deutscher ordre public, Tübingen 1999, s. 47.

tarafından sözleşmenin ihlal edilmesi halinde, ihlal eden tarafı cezalandırmaktadır. Cezai şart tamamen tarafların iradesiyle sözleşmenin parçası haline getirilmiş olduğundan cezalandırıcı tazminattan ayrılmaktadır⁵⁵³ ancak bu kurum, özel hukukta cezalandırma düşüncesinin varlığını göstermek açısından önem arz etmektedir.

Cezalandırma düşüncesinin başka bir yansımasının, Avrupa Birliği'nin 1997 yılında sipariş edilmeyen malların gönderilmesini ele alan bir Direktifiyle⁵⁵⁴ günümüz hukuklarında yerini bulduğu kabul edilmektedir. Direktif'in 9. maddesi üye ülkelere, tüketiciye karşılığında ödeme gerektiren, sipariş edilmeyen bir malın gönderilmesini veya bir hizmetin sunulmasını engellemek yükümlülüğü yüklemiştir. Aynı maddeye göre sipariş edilmeyen bir malın gönderilmesi veya hizmetin sunulması halinde tüketicinin malı kullanması veya geri göndermemesi kabul beyanı olarak nitelendirilemez. Bu Direktif hükümlerinin kabul edilmesiyle birlikte kıta Avrupası kanunlarına sipariş edilmeyen malların gönderilmesi ile ilgili bazı hükümler eklenmiştir (*BGB* § 241a, *OR* md. 6a, *TBK* md. 7). Doktrinde bazı yazarlar bu hükümlerin tüketicinin korunması amacına hizmet etmesinin yanı sıra özel hukuktaki cezalandırma düşüncesinin bir yansıması olduğunu kabul etmektedir⁵⁵⁵.

⁵⁵³ Lenz, s. 89 vd.

⁵⁵⁴ Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, Official Journal L 144 , 04/06/1997 P. 0019 – 0027..

⁵⁵⁵ Honsell H.: 100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, ZSR 2011/II, s. 51; Wagner, s. 369; İnceoğlu M./Başoğlu B.: Sipariş Edilmemiş Malların Gönderilmesi, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan C. II, İstanbul 2010, s. 983.

Medeni ceza, özellikle Fransız hukuk doktrinini etkilemiş bir kurumdur. Fransa’da genel olarak sorumluluk hukukunun tek amacının zararın telafisi olmadığı, önleme ve cezalandırma amaçlarına hizmet ettiği ve tazminatın medeni ceza işlevi gördüğü de kabul edilmektedir⁵⁵⁶. *Borghetti*, Fransız hukukunda medeni cezanın birçok türü bulunduğu ve bu medeni ceza örneklerinin çoğunun cezalandırıcı tazminata benzemediğini tespit etmekle birlikte bazı hallerde zarar verenin, verdiği zararı aşan bir tazminat ödemeye mahkum bırakıldığını belirtmektedir. Bu haller çoğunlukla sözleşmeler hukuku, fikri mülkiyet hukuku veya hukukun uygulanmasıyla ilgilidir⁵⁵⁷.

19. yüzyılın ikinci yarısından beri, Fransız hukuku daha sonra Belçika ve Lüksemburg hukukları kısmen cezalandırıcı, kısmense zorlayıcı bir kurum olan ve günümüz hukuklarında bir medeni ceza örneği olarak kabul gören *astreinte* kurumunu kabul etmiştir. Buna göre borçlu, mahkeme hükmünü yerine getirmemesi sebebiyle bir miktar para ödemeye mahkum edilebilmektedir. Bu ceza, verilen zarardan bağımsız olarak, borçlunun kusurunun derecesi ve mali durumu göz önüne alınarak hesaplanır⁵⁵⁸. *Astreinte*, mahkeme hükmünü yerine getirmeyen borçluya karşı hükmedilen bir ceza olarak nitelendirilmektedir ve böylece borçlu, mahkeme tarafından hükmedilen tazminat miktarının yanı sıra bu yükümlülüğünü yerine getirene kadar genellikle günlük olarak hesaplanan belirli bir miktar parayı da ödemekle yükümlü tutulur. Bu miktar alacaklıya ödenir ve bu kurum, hem bu açıdan

⁵⁵⁶ Borghetti J.S.: Punitive Damages in France, Punitive Damages Common Law and Civil Law Perspectives (Koziol H./Wilcox V. eds.), Wien 2009, s. 56 ve ayrıca bkz. s. 56, dp. 4.

⁵⁵⁷ Borghetti, s. 56.

⁵⁵⁸ Von Bar, s. 630; Stoll, Punitive Damages, s. 575-576.

hem de tazminat miktarının verilen zararı aşması sebebiyle cezalandırma amacına hizmet ettiği kabul edilmiştir⁵⁵⁹.

Bu aşamada belirtmek gerekir ki, Fransız hukukunda bir medeni ceza türü olarak cezalandırıcı tazminatın, legislatif yöntemlerle hukuk düzeni içine alınmasına ilişkin görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşün çıkış noktası, cezalandırma ve önleme fikrinin özel hukuka alınması gerektiğidir. Hal böyleyken, Fransız hukukunda medeni cezayı canlandırma çabaları artmış ve cezalandırıcı tazminat bu amacı gerçekleştirmek için uygun bir araç olarak görülmüştür. Özellikle cezalandırıcı tazminatın, zarar verenin eylem sonucunda karşı karşıya kalacağı sorumluluğun elde ettiği faydadan daha az olacağını bildiği hallerde, caydırıcı bir etki yaratacağı savunulmuştur. Bu halde cezalandırıcı tazminat, özellikle tüketicinin korunması hukuku, çevre hukuku, rekabet hukuku veya kişilik haklarının korunması gibi alanlara etki edecektir⁵⁶⁰.

Fransız hukukunda medeni cezanın canlandırılması çabalarının artması sonucu *Avant-Projet Catala* adı verilen ve *Code Civil*'in borçlar hukukuna ilişkin bölümünün revize edilmesi amacıyla hazırlanmış bir tasarı, Eylül 2005'te Fransız Adalet Bakanlığına sunulmuştur. Ancak tasarı hiçbir zaman parlamentoya getirilmemiştir. Tasarıda tam tazmin ilkesi benimsenmiş ve aksi kanunla hüküm altına alınmadıkça veya sözleşmeyle kararlaştırılmadıkça tazminatın, zarar göreni

⁵⁵⁹ Ancak *Borghetti*'ye göre bu kurum cezalandırıcı tazminattan önemli bazı yönler açısından ayrılmaktadır. Öncelikle *astreinte*, kanun koyucu tarafından tazminattan tamamen ayrı bir kurum olarak düzenlenmiştir. Ayrıca bu ceza, genellikle sözleşme sorumluluğunda veya emredici bir hukuk kuralının ihlali halinde söz konusu olur; *Borghetti*, s. 57-58.

⁵⁶⁰ *Borghetti*, s. 69.

zarar veren olay gerçekleşmeseydi olacağı duruma getirme amacını taşıdığı ve zarar görenin tazminat ile bir fayda elde edemeyeceği açıkça düzenleme altına alınmıştır (md. 1370). Ancak bir sonraki maddede, bu kurala bir istisna getirilerek, belirli hallerde cezalandırıcı tazminata izin verileceği kabul edilmiştir. Bu maddeye göre, bir kimse açıkça ağır kusur ve bilhassa bir kazanç sağlamak maksadıyla bir haksız fiil işlemişse telafi edici tazminatlara ek olarak, cezalandırıcı tazminat ödemeye mahkûm edilebilir ve mahkeme bu tazminatın bir kısmının hazineye ödenmesine karar verebilir (md. 1371)⁵⁶¹.

Avant-Projet ağır eleştirilere de maruz kalmıştır. Bu eleştiriler, cezalandırıcı tazminatın özel hukuka alınmasının, sorumluluk hukuku ile ceza hukukunun birbirine karışması anlamına geleceği veya madde hükmünde düzenlenen “açık ağır kusur” ifadesinin muğlak olduğu noktasında toplanmaktadır. Yine yapılan eleştirilerde cezalandırıcı tazminata ilişkin hükmün, özellikle tazminat miktarının hesaplanmasında mahkemeleri yönlendirecek herhangi bir açıklama yapmamış olması ve cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi halinde ceza hukuku yaptırımlarının ne olacağının belirsizliği gibi hususlar üzerinde yoğunlaşmıştır. Bu şekildeki

⁵⁶¹ Borghetti, s. 69-70; Ayrıca bkz.: Rowan S. (Cartwright J./Vogenauer S./Whittaker S. ed.): Comparative Observations on the Introduction of Punitive Damages in French Law, Reforming the French Law of Obligations, Comparative Reflections on the Avant-projet de reforme du droit des obligations et de la prescription (the Avant-projet Catala), Oxford 2009, s. 325 vd.; Hellwege P.: Buchbesprechungen, Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avntprojet de réforme du droit des obligations et de la prescription (the Avant-projet Catala), RabelZ 76/2012, s. 447.

eleştirilerin yoğunluğu sebebiyle *Avant-projet* rafa kaldırılmış ve cezalandırıcı tazminatın Fransız hukuk düzenine girmesi projesi hayata geçirilememiştir⁵⁶².

B) KITA AVRUPASI HUKUKUNDAKİ MEDENİ CEZA KAVRAMI KAPSAMINDA CEZALANDIRICI TAZMİNATIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Common Law hukuk düzeninde cezalandırıcı tazminatın telafi edici bir tazminat olmadığı ve cezalandırma ve önleme amaçlarına dayandığı açıktır. Bu tür tazminatların en önemli özelliği, kıta Avrupası tazminat hukukunun önemli bir ilkesi olan zararın denkleştirilmesi ilkesine dayanmamasıdır. Pek az eyalette cezalandırıcı tazminatın, tazmin-denkleştirme işlevi de bulunduğu kabul edilmektedir. Bu tazminatların hesaplanması esnasında her ne kadar telafi edici tazminat ile cezalandırıcı tazminat arasında belirli bir oran olması gerektiği görüşleri öne sürülmüş olsa da⁵⁶³, tazminatın hesaplanmasında zarar görenin zararı değil, zarar verenin davranışı esas alınmaktadır. Tazminat, zarar verenin saiki ve hareketin türüne bağlıdır. Aynı zamanda mahkeme tarafından cezalandırıcı tazminat olarak hükmedilen miktarın tamamı devlete değil, zarar görene ödenir. Bu anlamda ele alındığında cezalandırıcı tazminat ile kıta Avrupası hukukunda medeni ceza olarak adlandırılan iki kurum büyük benzerlikler göstermektedir.

Grossfeld, örnek niteliğindeki tazminatların bazı önemli özelliklerinin medeni ceza ile benzerlik arz ettiğini belirtmiştir. Bunlardan ilki tazminatın zarardan bağımsız olmasıdır. Örnek niteliğindeki tazminatlara, zarar maddi ya da manevi bir zarar olsa da hükmedilmektedir. Ayrıca bu tazminatların ilk amacı zararın

⁵⁶² Borghetti, s. 71-72.

⁵⁶³ Bkz.: Bölüm II, II, B, 3, a.

denkleştirilmesi değildir. Diğer bir benzerlik de zarar verenin kusurunun ağırlığının tazminatın hesaplanmasında dikkate alınmasıdır. Örnek niteliğindeki tazminatın hesaplanmasında zarar görenin zararı değil, zarar verenin davranışı göz önünde bulundurulmaktadır. Son olarak ise örnek niteliğindeki tazminatlar öç alma ve caydırma amaçlarına hizmet ederler, oysaki telafi edici tazminatların böyle bir işlevi bulunmadığı açıktır. Tüm bu benzerlikler kapsamında *Grossfeld*, örnek niteliğindeki tazminatların gerçek bir medeni ceza örneği olduğunu belirtmektedir⁵⁶⁴. Nitekim doktrinde cezalandırıcı tazminat bir medeni ceza olarak nitelendirilmekte ve medeni cezanın cezalandırıcı tazminata işlevsel olarak denk bir kurum olduğu belirtilmektedir⁵⁶⁵. Bizim görüşümüz de cezalandırıcı tazminatın, kıta Avrupası hukukunun anladığı anlamda bir medeni ceza olduğu yönündedir.

III) KITA AVRUPASINDA BAZI HUKUK KURUMLARI KAPSAMINDA CEZALANDIRMA DÜŞÜNCESİ

Bir tazminatın hangi hallerde cezalandırma düşüncesinden doğduğunu tespit etmek güç olmakla birlikte, tazminatın hangi hallerde cezalandırma amacına hizmet ettiğinin tespitinde kullanılacak ölçütler açıktır. Bunlar; tazminat miktarının gerçek zarardan⁵⁶⁶ fazla olması ve tazminatın zarar verenin kusuru göz önüne alınarak

⁵⁶⁴ Grossfeld, s. 44-48.

⁵⁶⁵ Grossfeld, s. 36 vd; Brockmeier, s 42; Von Bar, s. 630.

⁵⁶⁶ Klasik teori olan fark teorisine göre zarar malvarlığının zarar verici eylemden sonraki durumu ile zarar verici eylem meydana gelmeseydi olacağı farazi durumu arasındaki farktır. 1855 yılında *Friedrich Mommsen*, “menfaat” kavramından yola çıkarak zararı bir kimsenin malvarlığının bir zaman dilimindeki durumu ile yine aynı zamanda zarar verici eylem olmaması halinde bulunacağı durum arasındaki fark olarak belirtmiştir; Mommsen F.: *Beitrage zum Obligationenrecht, Zweite Abtheilung*,

hesaplanmasıdır⁵⁶⁷. O halde bu şartları tamamlayan tazminatların cezalandırma amacına hizmet ettiğini söylemek ve cezalandırıcı tazminat olarak tanımlamak mümkündür. Ancak çoğunlukla zararın tespiti bir varsayıma dayanır ve tam olarak mümkün değildir. Özellikle manevi zararın tespiti için genel bir ölçüt yoktur. Diğer taraftan mahkemelerin, tazminatın hesaplanmasında zarar verenin kusurunu dikkate alması, tek başına bir tazminatın cezalandırma amacına hizmet ettiğini haklı göstermeye yetecek bir sebep değildir. Zarar verenin kusurunun tazminatın hesaplanmasında dikkate alınması gerektiğini kabul eden hukuk düzenleri, bu hususun cezalandırma düşüncesinden uzak olduğunu kabul etmekte ve cezalandırıcı tazminat kurumunu reddetmektedir. Nitekim İsviçre hukukunda kusurun ağırlığı tazminatın hesaplanmasında dikkate alınmakta ve tazminatın kusurun ağırlığına göre belirlenmesinin cezalandırma amacı açısından tereddüte yol açtığı belirtilmekle birlikte, doktrinde tazminat hukukunun tali de olsa cezalandırma amacını taşımadığı vurgulanmaktadır. Nihayetinde kıta Avrupası hukuk düzenlerinde tazminatın cezalandırma işlevi kabul görmemektedir.

Yine tazminatın hesabında zarar verenin kusurunun dikkate alındığı başka bir tazminat örneği de, İngiliz hukuk düzenindeki ağırlaştırılmış tazminatlardır. Bu tür

Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig 1855, s. 3; *Mommsen* tarafından geliştirilen fark teorisi (*Differenztheorie/Differenzhypothese*) kıta Avrupası hukuk sistemleri tarafından benimsenen yaklaşım olup zararın malvarlığındaki durum ile zarar verici eylem olmasaydı malvarlığının olacağı durum arasındaki fark olarak tanımlanmasını sağlamıştır. Yani zarar, fiili durum ve farazi durum arasındaki farktır. Nitekim bu teori hem doktrinde hem de yargı kararları tarafından benimsenerek zararın tanımı için de kullanılmaktadır; Fark teorisi İsviçre-Türk hukuk sistemi tarafından benimsendiği gibi bazı farklarla da olsa Alman hukuk sisteminde de benimsenmiştir.

⁵⁶⁷ Stoll, s. 3.

tazminatlarda da zarar verenin kusurunun ağırlığı tazminatın hesaplanmasında dikkate alınmasına rağmen, İngiliz hukukundaki çoğunluk görüşe göre, bu bir cezalandırıcı tazminat değildir⁵⁶⁸. O halde kıta Avrupasında sorumluluk hukukunun ilk amacının zararın denkleştirilmesi, telafi edilmesi olduğu, bu nedenle cezalandırıcı tazminatın peşinen reddedilmesi gerektiği yanlış bir tespit olacaktır. Çünkü zararın denkleştirilmesi amacı *Common Law* hukuk düzeninde telafi edici tazminatlar açısından da geçerli bir ilke olup, genel sorumluluk hukuku düzeninde tazminatın işlevleri açısından bağlantı kurmak yeterli değildir. Cezalandırıcı tazminatın reddi veya kabulü daha ayrıntılı bir inceleme gerektirir.

Bölüm I ve II’de yaptığımız açıklamalar altında cezalandırıcı tazminatın tespiti açısından işlev unsurunun önemli bir rol oynadığını belirtmek gerekir. Ancak cezalandırıcı tazminatın en önemli özelliğinin zararı aşan bir tazminat miktarına hükmedilmesi olduğu unutulmamalıdır. Tazminatın amacı ne olursa olsun, önemli olan tazminatın, zarardan fazla olması, kusurun ağırlığı dikkate alınarak hesaplanan tazminatın, zararı aşan kısmı aracılığıyla cezalandırma ve önleme amacının gerçekleştirilmesidir. Tüm bu açıklamalar altında kıta Avrupasında cezalandırıcı tazminatın tespitinin genel olarak tazminatın işlevlerinin irdelenmesiyle değil, cezalandırıcı tazminata ilişkin tüm unsurların bazı hukuk kurumları açısından tek tek değerlendirilmesiyle mümkündür.

A) MANEVİ TAZMİNAT VE CEZALANDIRMA DÜŞÜNCESİ

Kıta Avrupası hukukunda cezalandırıcı tazminat ifadesi, ilk olarak bir tazminat türü olarak manevi zararın tazminini akla getirmektedir. Bunun sebebi

⁵⁶⁸ Bkz.: Bölüm I, II, B, 3.

doktrin ve mahkemelerin uzun bir süre boyunca manevi tazminatın fonksiyonlarını tartışmış bulunmalarından kaynaklanmaktadır.

Brockmeier'e göre cezalandırıcı tazminat ile manevi tazminat arasında yapılacak bir karşılaştırma, ancak ve ancak manevi tazminat kurumuna işlevsel anlamda denk bir kurumun Amerikan hukukunda bulunmaması halinde mümkündür. Buna karşılık Amerikan hukukunda daha önce de belirttiğimiz üzere kıta Avrupası hukukundaki manevi tazminat kurumuna benzer bir kurum mevcut olup, mahkemeler tarafından elem ve ıstırap⁵⁶⁹ (*pain and suffering*) adı altında bir miktar paranın zarar görene ödenmesine hükmedilebilmektedir. Bu sebeple de kıta Avrupası hukukundaki manevi tazminatın tatmin işlevinin (*Genugtuungsfunktion*), Amerikan hukuk sistematüğinde cezalandırıcı mı yoksa denkleştirici mi olduğı üzerinde durulmalıdır. Bu karşılaştırmanın yapılması halinde cezalandırıcı tazminatın kıta Avrupası hukukunda anlaşılan anlamda manevi tazminatın mı yoksa telafi edici elem ve ıstırap adı verilen tazminat türünün mü işlevsel anlamda dengi olduğı tespit edilebilir⁵⁷⁰.

Amerikan hukukunda manevi tazminatın hesaplanmasında zarar görenin maruz kaldığı fiziki ve psikolojik acının ölçüsü ve süresi dikkate alınmakla birlikte, zarar verenin durumu dikkate alınmaz. Bu anlamda zarar verenin kusurunun derecesi veya mali durumu gibi hususlar tazminatın hesaplanmasında rol oynamaz. Kıta Avrupasında manevi tazminatın hesaplanmasında ise olayın tüm şartları dikkate alınır. Amerikan hukukunda da olduğı gibi zararın ağırlığı ve ölçüsü, fiziksel acının yoğunluğu ve süresi, kişinin gelecekteki yaşamına etkisi ve zararın tedavi

⁵⁶⁹ Bkz.: Bölüm I, II, A, 1, c.

⁵⁷⁰ Brockmeier, s. 59.

sürecindeki etkisi de tazminatın hesaplanmasında değerlendirilir. Ayrıca zarar görenin yaşı ve kişisel özellikleri de önemli bir işlev görür. Amerikan hukukundan farklı olarak, zarar veren de manevi tazminatın hesaplanmasında dikkate alınmaktadır. Bu anlamda zarar verenin ekonomik durumu, kusurunun derecesi gibi hususlar göz önünde tutulur⁵⁷¹.

Bu iki hukuk düzeni karşılaştırıldığında manevi tazminatın hesaplanmasında zarar verenin özelliklerinin de dikkate alındığına buna karşılık Amerikan hukukunda zarar görenin zararı üzerinde durulduğunu görmekteyiz. Bu açıdan bakıldığında kıta Avrupası hukukunda manevi tazminatın hesaplanmasında ele alınan faktörlerin, sadece Amerikan hukukunda elem ve ıstıraba ilişkin tazminatların değil, cezalandırıcı tazminatın hesaplanmasında ele alınan faktörlerle de benzerlik gösterdiği görülmektedir. Aynı zamanda mahkemelerce yüksek miktarlarda manevi tazminata hükmedildiği hallerde tazminatın, cezalandırıcı tazminat ile benzer bir amaca hizmet ettiği görülür. Bu nedenlerle *Brockmeier*, manevi tazminatın kısmen de olsa cezalandırıcı tazminata denk bir kurum olduğunu ifade etmekte ve bu kurumun medeni ceza kavramının bir görünümü olduğunu belirtmektedir⁵⁷².

Manevi tazminatın tarihi gelişimine bakıldığında bu kurumun medeni cezanın reddedilmesine kadar ceza işlevinin öne çıktığı görülmektedir. Özellikle Roma hukukunda manevi tazminat, kişilik haklarını koruyan davalardan en önemlisi olan *actio iniuriarum aestimatoria (iniuria)* davasına dayandırılmıştır. Bu davada hakim olayın özelliklerine göre ceza miktarını belirlemekteydi. Önceleri sadece vücut

⁵⁷¹ Brockmeier, s. 59-60.

⁵⁷² Brockmeier, s. 60.

bütünlüğünün ihlali hallerinde açılan bu dava, daha sonra her türlü kişilik haklarının kasıtlı ihlali eylemleri için kabul edilmiştir⁵⁷³.

Almanya’da 18. ve 19. yüzyıllarda *iniuria* davası ortadan kalkmış ve manevi tazminatı hukuki temellere dayandırma çabaları bu yüzyıllarda yoğunluk kazanmıştır. Bu dönemde içtihat hukukunda iki ayrı durum ortaya çıkmıştır. Az sayıda bir grup kararda manevi tazminat reddedilmiş, buna karşılık kararların büyük çoğunluğunda manevi tazminat kabul edilmekle birlikte, bu kararlar da kendi içinde iki gruba ayrılmıştır: Manevi tazminatı ceza olarak nitelendirenler ve bir özel hukuk tazminat talebi olarak değerlendirenler. Manevi tazminatı ceza olarak nitelendiren görüş *iniuria* davasına dayanmıştır. Buna karşılık zararın tazmini görüşü ise manevi tazminatın vücut bütünlüğüne verilen zararlarda tedavi masrafları ve kazanç kaybının tazmin edildiği *actio legis Aquiliae* davasının bir devamı olarak görmektedir⁵⁷⁴. Hal böyleyken Alman Yüksek Mahkemesi’nin de birbirinden farklı kararlar verdiği görülmektedir. Mahkeme, bazı kararlarında manevi tazminat talebini diğer zarar talepleriyle birlikte değerlendirirken, bazı kararlarında ise Roma hukukuna tamamen aykırı olması sebebiyle reddetmiştir. Aynı dönemde içtihat hukukunda yapılan bu tartışma doktrine de yansımıştır. Bu dönemde Alman doktrininde *Windscheid*’ın etkisiyle manevi tazminatın, gerçek bir ceza olduğu görüşünün ağırlık kazandığı görülmektedir. Buna karşılık 1874’te *Waechter*’in etkisiyle doktrinde, manevi tazminatın da zararın tazmini içinde değerlendirilebileceği kabul edilmeye başlanmıştır. *Waechter*’e göre, manevi tazminat, zarar gören için “acı verici bir

⁵⁷³ Bkz.: Göthel S. R.: Zu den Funktionen des Schmerzensgeldes im 19. Jahrhundert, AcP 205/2005, s. 36 vd.

⁵⁷⁴ Göthel, s. 40-44.

duygudan hoş bir duygu” yaratılmasıdır. Bu yeni görüş doktrin tarafından da benimsenmiştir⁵⁷⁵. İmparatorluk mahkemesi de 1882 tarihli bir kararında⁵⁷⁶ manevi tazminatın “teknik anlamda bir medeni ceza olmadığı”na ve tazminatın “çekilen acının büyüklüğü, yoğunluğu ve süresi” göz önüne alınarak hesaplanması gerektiğine hükmetmiştir. Bundan sonraki gelişmeler özellikle 19. yüzyılın sonlarında hem mahkeme kararlarında hem de doktrinde manevi tazminatın telafi edici yönünün ağır bastığını göstermekle birlikte, Alman doktrininde manevi tazminatın işlevleri halen tartışılmaya devam etmekte olup, özellikle son yıllarda cezalandırma işlevi birçok yazar tarafından ele alınmıştır⁵⁷⁷.

1) MANEVİ TAZMINATIN İŞLEVLERİ: DENKLEŞTİRME VE TATMİN

Manevi tazminatın işlevlerinden ilki denkleştirmedir (*Ausgleichsfunktion*)⁵⁷⁸. Buna göre manevi tazminat, zarar görenin acı, elem ve ıstırap duygularını, yaşam sevincindeki azalmanın ve benzer zihinsel acıların bir miktar para ile giderilmesini

⁵⁷⁵ Bkz.: Göthel, s. 51; Bentert H.: Das Pönale Elemente –Ein Fremdkörper im Deutschen Zivilrecht, Berlin 1996, s. 59-60; Kırca Ç.: Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği, Yargıtay Dergisi, Cilt 25, No. 3, Temmuz 1999.

⁵⁷⁶ RG, 17.11.1882 Rep. III 321/82 RGZ 8, s. 117.

⁵⁷⁷ Bkz.: Müller, s. 259, Schäfer C.: Strafe und Prävention im Bürgerlichen Recht, AcP 202/2002, s. 398 vd.; Körner M.: Zur Aufgabe des Haftungsrechts-Bedeutungsgewinn präventiver und punitiver Elemente, NJW 2000, s. 243; Kern B. R.: Die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes-ein pönales Element im Schadensrecht?, AcP 191/199, s. 247 vd.

⁵⁷⁸ Peter/v. Tuhr, s. 126, Rey, N. 448; Brehm, Art. 47, N. 9; Fischer W.: OR Kommentar, schweizerisches Obligationenrecht, 2009, Art. 47-48, N. 2 (Kommentar); Landolt H.: Obligationenrecht, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar), 2007, Art. 47/49, N. 17; Kırca, s. 245-246.

ifade eder. Böylelikle manevi tazminata hükmedilmesi neticesinde zarar görene yapılacak ödeme, onun acı ve ıstırabını azaltacak ve yaşam sevincinde artış meydana getirecektir. O halde manevi tazminatın amacı denkleştirmedir ve tazminat zarar göreni mutlu edecek miktarda olmalıdır⁵⁷⁹.

Manevi tazminatın diğer işlevi ise tatmindir (*Genugtuungsfunktion*). Buna göre, acı, elem, ıstırap gibi manevi hisler para ile giderilemez, para çekilen acının telafisini sağlamaz. Ancak hükmedilen bu para, hukuka aykırılığın tanınmasını ve ortaya çıkmasını sağlar⁵⁸⁰. O halde manevi tazminat zarar veren tarafın bir miktar para ödemesi sonucunda, zarar gören tarafın duygusal açıdan tatmin olması amacının gerçekleştirilmesine hizmet eder. Böylece eylem sonucunda ortaya çıkan acı dengelenir ve zarar görenin öç duygusu yatıştırılmış olur⁵⁸¹.

Özellikle Alman hukukunda manevi tazminatın işlevleri uzun yıllar tartışılmıştır. 1955 yılında Alman Federal Mahkemesi verdiği bir kararında, diğer tazminat türlerinin aksine manevi tazminatın iki işlevi bulunduğunu belirtmiştir. Buna göre manevi tazminatta denkleştirme amacı ön plandadır. Denkleştirme işlevi, zarar görenin çektiği acı ve kaybettiği yaşam sevinci nedeniyle tazminat elde etmesi

⁵⁷⁹ Peter/v. Tuhr, s. 127; Brehm, Art. 47, N. 40; Lenz, s. 95; Saymen F.H.: Manevi Zarar ve Tazmini Sureti, İstanbul 1940, s. 83 vd.; Franko N. İ.: Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini, Ankara 1973, s. 126; Kılıçoğlu A.: Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği, Ankara Barosu Dergisi, 1984/1, s. 20 vd; Kırca, s. 246.

⁵⁸⁰ Oftinger/Stark, § 8, N. 1. İsviçre doktrini tatmin işlevi açısından ikiye bölünmüştür; bkz.: Landolt, Art. 47/49, N. 22.

⁵⁸¹ Oftinger/Stark, § 8, N. 11; Peter/v. Tuhr, s. 126; Lenz, s. 94; Eren, s. 784; Kırca s. 247.

amacına hizmet eder. Tatmin işlevi ise incinen adalet duygusunu yatıştırma ve önleme amaçlarına hizmet eder⁵⁸².

Denkleştirme işlevi, çekilen acı ve kaybedilen yaşam sevincini gidermeyi amaçlar. Bu açıdan katı bir denkleştirme mümkün değildir, çünkü manevi zararlar açısından ortak bir payda ve ödenecek belli bir miktar para yoktur. Hal böyleyken manevi acının görülmesi, tespit edilmesi ve hesaplanması mümkün değildir, ancak tahmin edilmesi söz konusu olabilir. Bu anlamda tazmin, denkleştirmeye dayanmakla birlikte bu denkleştirme ancak ve ancak sembolik olabilir. Tatmin işlevi ise farklı açılardan denkleştirme işlevini dengelemekte ve desteklemektedir. Tatmin işlevinin en az üç etkisi bulunduğu kabul edilir; zarar görenin tatmin duygusuna ulaşmasını sağlamak ve incinen adalet duygusunu yatıştırmak, zarar verene hissedilir maddi bir külfet yüklemek ve bu şekilde önleyici ve cezalandırıcı bir etki sağlamaktır⁵⁸³.

2) MANEVİ TAZMİNATIN TATMİN İŞLEVİ KAPSAMINDA CEZALANDIRMA AMACI

Hukuka aykırı eylem sonucunda zarar görenin acısını gidermek için manevi tazminat ödenmesi ve bu yolla telafi ve tatmin amaçlarının gerçekleştirilmesi haksız fiil hukukunun önemli bir amacıdır. Bu açıdan tarihi gelişim çerçevesinde manevi tazminat, özel hukuk ve ceza hukuku arasında bir kurum olarak görülmektedir. Önceleri özellikle tatmin işlevi, ceza hukuku içinde değerlendirilmekte olup, eski ceza kanunlarının birçoğu zarar görene ödenecek “medeni tatmin-*privatgenugtuung* (manevi tazminat)”den bahsetmekteydi. Bu meblağ genellikle zarar gören lehine

⁵⁸² BGHZ (GS) 18, 148, 149.

⁵⁸³ Kern, s.248-249; Deutsch E.: Haftungrecht, Bd. 1, Allgemeine Lehren, 1976, s. 473 vd.

belirlenen bir miktar paradan ibaret olup, özellikle şeref ve haysiyetin ihlali davalarında zarar gören lehine tekzip, özür dileme gibi tedbirlerle birlikte hükmedilmekteydi. Tazminat hukuku ile cezanın birbirinden ayrılmasını savunan doktrinin etkisiyle, medeni tatmin kurumu ceza hukukundan çıkarılmıştır. Dahası zarar gören lehine alınacak bütün tedbirlerin özel hukuk kapsamında ele alınması gerektiği düşüncesi hakim olmuştur. Böylece bu hükümler manevi zararın tazmini başlığı altında özel hukuka alınmıştır. Bunun sonucunda kişiliğin korunması amacıyla manevi zarar için ödenecek nakdi bir tazminatın kabul edilmediği veya yetersiz bulunduğu ve bu suretle de tatmin işlevinin benimsenmediği hukuk düzenlerinde tekzip, özür dileme gibi kurumlar kişilik haklarının korunması bakımından özel hukuka girmiştir. Bunun örneklerine özellikle Alman, Macar ve Romen kanunlarında rastlamak mümkündür. İsviçre özel hukukunda ise mahkemeler tarafından kınama kararı veya özür gibi telafi biçimleri tanınmakla birlikte, manevi zararın tazmini açısından asıl olan manevi zararın para ile tazmini olduğu kabul edilmektedir⁵⁸⁴.

Tatmin işlevinin ceza niteliği taşıyıp taşımadığı özellikle Alman hukukunda tartışılmıştır. Alman Federal Mahkemesi bir kararında⁵⁸⁵ manevi tazminatın bir ceza ya da medeni ceza olmadığı, manevi zararın denkleştirilmesi amacıyla yapılan bir talep olduğunu kabul etmiştir. Buna karşılık Alman doktrininde tatmin işlevinin altında yatan düşüncenin ceza olduğu görüşü ve dolayısıyla da manevi tazminatın bir

⁵⁸⁴ Stoll, Schadensersatz und Strafe, s. 579-582.

⁵⁸⁵ BGHZ 128, 117, 121.

medeni ceza olduğu fikri şiddetle savunulmaktadır⁵⁸⁶. Bu görüşün temelinde halen *Windscheid*'ın manevi tazminatın bir tazminat değil, bir ceza olduğu görüşü yatmaktadır. Her tür tazminatın tanımı denkleştirme işlevi ile yapılmaktadır. O halde tatmin işlevi bunun bir tazminat değil, ceza olduğu anlamına gelmektedir⁵⁸⁷. Manevi tazminat, bir taraftan zarar görenin kendi başına zarar verenden öç almasını engeller ve bu anlamda sosyal düzeni korur. Diğer taraftan zarar görenin, zarar verenin ödeyeceği para ile tatmin olması sağlanır⁵⁸⁸. Alman hukukunda 2002 yılında yapılan değişiklikle manevi tazminat, kusursuz sorumluluk halleri açısından da kabul edilmiştir. Fakat Alman hukukunda manevi tazminatın –özellikle şeref ve haysiyetin ihlalinde- cezalandırıcı bir karaktere sahip olduğu görüşleri mevcuttur. Manevi tazminatın cezalandırıcı karakteri şundan kaynaklanmaktadır; tazminat miktarını zarar verenin özellikleri belirlemektedir, tazminat miktarı hukuka aykırı davranışı cezalandırma yeterliliğine sahip olmalıdır ve ayrıca kusur prensibinin de dikkate alınması bu görüşleri desteklemektedir⁵⁸⁹. Böylelikle *BGB* 253'den doğan manevi tazminatın (eski *BGB* 847), Alman Yüksek Mahkemesinin manevi tazminatın denkleştirme işlevinin yanı sıra tatmin işlevinin de kabul etmesiyle birlikte, tazminatın önleme amacının gerçekleştirilmesi için bir kaçış noktası olarak kullanılmaya başlandığı kabul edilmiştir. Hal böyleyken manevi tazminat sadece

⁵⁸⁶ Grossfeld, s. 102 vd.; Kern, s. 254; Stoll, Schadenersatz und Strafe, s. 579; Ayrıca bkz.: Serozan R.: Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Anısına Armağan, Ankara 1990, s. 88.

⁵⁸⁷ Brockmeier, s. 58.

⁵⁸⁸ Lenz, s. 94.

⁵⁸⁹ Prinz M.: Geldetschädigung bei Persönlichkeitsverletzungen durch Medien, NJW 1996, s. 954.

tazmin etme amacına değil, tatmini gerçekleştirmeye yarayan ya da başka bir ifadeyle cezalandırma işlevine sahip bir araç haline gelmiştir⁵⁹⁰.

İsviçre doktrinde ise manevi tazminatın ceza olduğu görüşü reddedilmekte ve manevi tazminatın denkleştirme amacına hizmet ettiği belirtilmektedir. Ayrıca İsviçre hukukunda tatmin işlevi bazı yazarlar tarafından kabul edilmiş olmakla birlikte bu işlevin kabulü, manevi tazminatın bir ceza olduğu anlamına gelmemektedir⁵⁹¹. *Honsell*, İsviçre hukukunda, kusurun derecesinin göz önünde bulundurulduğunu, hakime tazminatın tayininde takdir yetkisi tanındığını, İsviçre Medeni Kanunu'nun 4. maddesine göre hakimin hukuka ve hakkaniyete göre karar vermesi gerektiğini düzenlediğini ve bu yönde başkaca hükümler de bulunduğunu (OR md. 39/2, md. 47, md. 422/1 gb...) ve bunların yanı sıra manevi tazminatın tehlike sorumluluğunda da kabul edildiğini, bunun da cezalandırma düşüncesiyle bağdaşmadığını belirtmektedir⁵⁹².

3) ŞEREF VE HAYSİYETİN İHLALİNDE MANEVİ TAZMİNATIN ÖNLEME VE CEZALANDIRMA İŞLEVLERİ

Alman hukukunun tarihi gelişim sürecinde genel kişilik haklarının korunması *BGB*'ye yabancı bir kavram olarak görülmüş ve kanunda genel kişilik haklarına ilişkin ayrı bir düzenleme yapılmamıştır. İmparatorluk Mahkemesi kişilik haklarının

⁵⁹⁰ Wagner, s. 383.

⁵⁹¹ Oftinger/Stark, s. 422; Ayrıca bkz.: Kırca, s. 248-249.

⁵⁹² Honsell H.: Der Strafgedanke im Zivilrecht –ein juristischer Atavismus, <http://www.honsell.at/Publikationen/FSWestermann.pdf>, s.16 (Strafgedanke), erişim tarihi: 09.11.2012 (Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, Köln 2008, s. 315 vd.); Aynı yönde bkz.: BGE 102 II 22; 115 II 15.

BGB § 823/I kapsamındaki haklardan⁵⁹³ kabul edilmesi ve korunması hususunu reddetmiş⁵⁹⁴, sadece kanunda belirtilen kişilik haklarının korunmasını kabul etmiştir. İkinci Dünya Savaşı sonrasında ise Alman Yüksek Mahkemesi, 1954 yılında verdiği bir karar ile kişilik haklarının *BGB* § 823/ I’de yer alan “diğer haklar” olarak bahsedilen haklardan olduğu fikrini benimsemiştir. Buna karşılık *BGB*, manevi tazminata sadece kanunla düzenlenen hallerde izin verdiğinden, kişilik haklarının korunması açısından manevi tazminat ilk kez 1958 yılında, kaldırılan *BGB* § 847 hükmünün kıyasen kişilik haklarının ihlaline uygulanmasıyla kabul edilmiş ve mahkemeler manevi tazminata hükmetmeye başlamıştır. Sonraları kişilik haklarının korunması açısından manevi tazminat, Alman Anayasası’nın 1 ve 2 I maddeleri⁵⁹⁵ kapsamında değerlendirilmiştir. Günümüzde de geçerli olan bu düşünce ile genel kişilik haklarının korunması konusundaki boşluk sebebiyle bu hakların tazminat dışı

⁵⁹³ *BGB*’nin haksız fiil sorumluluğuna ilişkin bu maddesinin en belirgin özelliği kanunla yaratılan bir mutlak haklar listesinin bulunmasıdır. Bu kapsamda kanun yaşam, vücut bütünlüğü, sağlık, özgürlük ve mülkiyet haklarının yanında bir de “diğer haklar”dan bahsederek ancak bu hakların ihlali halinde tazminat yükümlülüğünün doğacağını hükme bağlamıştır. Yani haksız fiil hukukunda hukuka aykırılık unsuru, zararın, bu sayılan haklara karşı yapılan bir eylem sonucunda doğması halinde gerçekleşmiş olacaktır.

⁵⁹⁴ RGZ 69, 401, 403.

⁵⁹⁵ Alman Anayasasının 1. maddesi insan onuru ve insan haklarını, 2. maddenin 1. fıkrası ise kişilik haklarını düzenlemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Gören Z.: Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 9, 1992, s. 165-184.

bırakılmasının, Anayasa ile bağdaşmadığı kabul edilmiş ve koruma, Anayasa hükümlerinin özel hukuk ilişkilerine yatay uygulanmasına dayandırılmıştır⁵⁹⁶.

Manevi tazminatın şeref ve haysiyetin ihlali alanında cezalandırıcı tazminat ile özellikle önleme işlevi açısından benzerlik arz ettiği hususu da Alman doktrini tarafından ele alınmış bir konudur. Alman doktrininde kişilik haklarının ihlalinde hükmedilen tazminatın, manevi tazminat gibi denkleştirme ve tatmin işlevleri bulunduğu kabul edilmekle birlikte, bu tazminatlarda tatmin düşüncesinin arka planda kaldığı, buna karşılık önleme düşüncesi ön plana çıktığı ve özel bir önem arz ettiği kabul edilmektedir. Önleme düşüncesinin, belli bir çıkar sağlama amacıyla ve özellikle basın yoluyla yapılan kişilik hakları ihlallerinde büyük bir işleve sahip olduğu belirtilmektedir⁵⁹⁷.

⁵⁹⁶ Lange/Schiemann, s. 450; Dural M./Öğüz T.: Türk Özel Hukuku C.II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2006, s. 96-97; Karayalçın, s. 271. Ayrıca bkz.: Siebert W. (çev. Öztan B.): Şahsiyet Haklarıyla İlgili Meseleler, AÜHFD, C. 26, S. 1-2, 1969, s. 217-230.

⁵⁹⁷ Prinz, s. 954; Brockmeier, s. 62-63; Ayrıca bkz.: Kırca, s. 251. Türk doktrininde de bu tür tazminatların işlevleri üzerinde durulmuştur. Serozan, manevi tazminatın basına gözdağı verme amacı üzerinde durmuştur. Ayrıca Karayalçın açıkça tazminatın önleme ve cezalandırma işlevlerinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir.; Serozan, s. 100; Karayalçın Y.: Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması, AÜHFD, 1962/19, s. 273 vd; Aksi görüş için bkz.: Franko, s. 126; Kılıçoğlu A.: Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırıdan Hukuksal Sorumluluk, Ankara 1993, s. 243 (Sorumluluk); “Kişilik hakları hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan kimse manevi tazminata hükmedilmesini isteyebilir. Hakim manevi tazminatın miktarını tayin ederken saldırı teşkil eden eylem ve olayın özelliği yanında tarafların kusur oranını, sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate almalıdır. Miktarın belirlenmesinde her olaya göre değişebilecek özel hal ve şartların bulunacağı da gözetilerek takdir hakkını etkileyecek nedenleri karar

Bu kapsamda kişilik haklarının korunması açısından manevi tazminatın işlevleri ve özellikle önleme fikrinin önem kazanması Alman Anayasa Mahkemesi'nin 1973 yılında verdiği bir karar⁵⁹⁸ ile ortaya çıkmıştır. *Soraya* davası olarak anılan bu davada, Anayasa Mahkemesi, Federal Mahkeme tarafından cezalandırma ve önleme düşüncesi esas alarak verdiği kararı onaylamıştır. Buna rağmen ilk derece mahkemeleri medyada büyük yankı uyandıran “*Caroline von Monaco*” davalarına⁵⁹⁹ kadar kişilik haklarının ihlalinde yüksek miktarda tazminata hükmetmek hususunda çekingen davranmışlardır. Kişilik haklarının ihlalinde tazminat miktarının hesaplanması açısından önem arz eden *Caroline I* davasında Alman Federal Mahkemesi, manevi tazminata, önleme düşüncesinin de dikkate alınarak hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir. Olayda bir gazetenin Monaco Prensesi *Caroline* ile uydurma bir röportaj yayınlanması suretiyle kişilik haklarının ihlal edildiğine hükmeden Federal Mahkeme, bu halde önleme düşüncesinin tazminatın hesaplanmasında rol oynaması gerektiğini ve bu sebeple de tazminat

yerinde objektif olarak göstermelidir. Çünkü kanunun takdir hakkı verdiği hususlarda hakimın hukuka ve hakkaniyete göre hüküm vereceği Türk Medeni Kanunu'nun 4. maddesinde belirtilmiştir. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. ***Bir ceza olmadığı gibi*** malvarlığı hukukuna ilişkin bir zararın karşılanması da amaç edinmemiştir. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır.”; Yargıtay 3. H.D., E. 2010/13352, K. 2010/15544, T. 30.9.2010; (www.kazanci.com.tr adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi: 16.11.2012)

⁵⁹⁸ BVerfG, NJW 1973, 1221.

⁵⁹⁹ BGHZ 128, 1 (*Caroline I*); 15 NJW 984 (*Caroline II*); BGHZ 131, 332 (*Caroline III*); NJW 1995, s. 861; NJW 1996, s. 984.

miktarının arttırılması gerektiğine hükmetmiştir. İlk derece mahkemesi ve Hamburg Eyalet Mahkemesi Prensesin kişilik haklarının ihlal edilmesi sebebiyle manevi tazminat olarak 30.000 mark'ın ödenmesine karar vermiş, Federal Mahkeme'nin bozma kararından sonra Hamburg mahkemesi tazminat miktarını 180.000 marka çıkarmıştır. Mahkeme, gazetenin kendi ticari çıkarlarını gözeterek davacının kişilik haklarını ihlal ettiğine ve bunu çıkar amaçlı kullandığına hükmetmiştir. Mahkeme, tazminatın hesaplanmasında geleneksel yöntemlerin kullanılması ile tespit edilen tazminat miktarının, kişilik haklarının ihlali ile elde edilen çıkarın çok altında kaldığını ve bu sebeple de etkili bir önleme işlevinin bulunmadığını belirtmiştir. O halde kişilik haklarının ihlali, kasıtlı bir şekilde kazanç sağlamak amacıyla yapılmışsa, tazminatın yükseltilmesi gerekir. Mahkemenin bu yorumu, başka bir ifadeyle önleme düşüncesinin tazminatın hesaplanmasında dikkate alınması fikri, doktrinde kişilik haklarının ihlalinde manevi tazminatın cezalandırıcı bir amaca hizmet ettiği şeklinde yorumlanmıştır⁶⁰⁰.

Bugün Alman hukukunda kişilik haklarının korunması açısından manevi tazminat, artık *BGB* § 253/II anlamında manevi tazminat olarak nitelendirilmemekte ve kendine özgü işlevleri bulunduğu kabul edilmektedir. Bu halde manevi tazminatın denkleştirme ve tatmin işlevlerinin yanı sıra şeref ve haysiyetin basın yoluyla

⁶⁰⁰ Müller, s. 277 vd; Körner, s. 243 vd; Wagner, s. 384; Ebert, I.: Pönale Element im deutschen Privatrecht, Tübingen 2004, s. 469 vd.; Rosengarten J.: Der Präventionsgedanke im deutschen Zivilrecht Höheres Schmerzensgeld, aber keine Anerkennung und Vollstreckung US-amerikanischer punitive damages?, NJW 1996, s. 1935 vd.

ihlalde önleme düşüncesinin de tazminatın hesaplanmasında dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir⁶⁰¹.

4) MANEVİ TAZMİNATIN CEZALANDIRICI TAZMİNAT İLE KARŞILAŞTIRILMASI

*Lenz*⁶⁰², cezalandırıcı tazminat ile manevi tazminatın farklarını şu şekilde açıklamaktadır: Öncelikle manevi tazminat nakdi bir ödeme ile fiziksel acı, ıstırap, yaşamdan alınan zevkin azalması ve benzer manevi sıkıntıların dekleştirilmesini, tazmin edilmesini amaçlar. Bu açıdan manevi tazminat ile zarar görenin manevi bir memnuniyete ulaşması amaçlanır. Eski hale getirme işlevi, manevi tazminat bakımından ikinci planda kalmaktadır. Cezalandırıcı tazminat ise, zarar verenin cezalandırılması ve gelecekteki davranışların önlenmesi amacını taşır. Bu halde her iki tazminat amaç açısından birbirlerinden farklıdır. İsviçre doktrininde manevi tazminatın cezalandırma işlevinin kabul edilmemekte, manevi tazminatın amacının ruhsal acının telafi edilmesi veya en azından hafifletilmesi olduğunu kabul edilmektedir. Cezalandırma işlevinin reddedilmesi sonucunda cezalandırıcı tazminat ile manevi tazminat açısından önemli bir fark doğmuştur. Yine diğer bir fark da, manevi tazminata hükmedilebilmesi için haksız fiil ile ihlal edilen hakkın niteliği önemliyken (*ZGB* md. 28a, *OR* md. 49, *ZGB* md. 29, *ZGB* md. 93, *ZGB* md. 151/2, *OR* md. 47), cezalandırıcı tazminat içinse ihlal edilen hakkın niteliği önem taşımaz. Ayrıca manevi tazminat açısından ağır kusurun şart değilken, cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için eylemin kötüniyetle (zarar verme kastıyla), kayıtsızlık veya

⁶⁰¹ Lange/Schiemann, s. 451.

⁶⁰² Bkz.: Lenz, s. 95-98.

ağır ihmal ile işlenmiş olması gerekmektedir⁶⁰³. Son farklılık ise cezalandırıcı tazminatın maddi bir zarar ve telafi edici bir tazminat gerektirmesidir⁶⁰⁴. Ancak manevi tazminatta böyle bir şart yoktur. Herhangi bir maddi zarar olmasa dahi manevi tazminata hükmedilebilmesi mümkündür.

Lenz, bu farklılıklara dayanarak cezalandırıcı tazminat ile manevi tazminatın birbirlerinden tamamen ayrı iki kurum olduğu görüşünü benimsemiştir. Ayrıca bu özelliklerin esaslı noktalara ilişkin olduğunu da vurgulamış ve özellikle en önemli farkının manevi tazminatın cezalandırma amacının bulunmaması olduğunu belirtmiştir⁶⁰⁵.

Alman hukukçularında *Stoll* ise İsviçre, Türk ve Alman hukuklarında “tatmin-*Genugtuung* (manevi tazminat)” düşüncesinin önem arz ettiğini, ancak konuda bir yanda Türk ve İsviçre hukukunun, diğer yanda Alman hukukunun tam bir görüş birliğine varamadığını belirtmiştir. Yazar, mevcut İsviçre ve Türk hukuklarında manevi tazminatın, manevi zararın giderilmesi olarak algılandığını ve cezalandırma işlevine pek de değer atfedilmediğini belirtmektedir⁶⁰⁶. *Stoll*, İsviçre doktrininden *Burckhardt*’a⁶⁰⁷ atıf yaparak, “tatmin”in cezalandırma amacına hizmet etmediğini, çünkü manevi tazminatın zarar gören kişiyle ilgili olduğunu ve cezanın temelinde zarar verene acı vermek olduğunu buna karşılık manevi tazminatın

⁶⁰³ Bkz.: Bölüm II, B, I, a, b, c.

⁶⁰⁴ Bkz: Bölüm II, B, 2.

⁶⁰⁵ *Lenz*, s. 98.

⁶⁰⁶ *Stoll*, s. 6.

⁶⁰⁷ *Burckhardt C.C.: Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf Schadensersatzrecht, Referat am 41. Schweizerischen Juristentag 1903, ZSR 22/1903, s.473.*

amacının ise bir yarayı iyileştirmek olduğunu ifade etmiştir. *Stoll*, günümüzde birçok İsviçreli hukukçunun bu farklılığı kabul ettiğini belirtmektedir. Bazı hukukçuların cezalandırma fikrini manevi tazminat için kabul ettiklerini belirtse de özellikle bu görüşlerin kusursuz sorumluluk söz konusu olduğunda eksik kaldığını, çünkü kusur olmaması halinde hükmedilen manevi tazminatın, cezalandırma fikrine dayandırılmadığını belirtmiştir. Yazar, Türk hukukunda ise Yargıtay'ın verdiği bir karara atıf yaparak⁶⁰⁸, yüksek mahkemenin açıkça manevi tazminatın cezalandırma amacı bulunmadığını ifade ettiğini vurgulamıştır⁶⁰⁹. Alman hukukunda ise manevi zarar fikrinin İsviçre hukukunun etkisiyle ortaya çıktığını buna karşılık Alman hukukunun “tatmin” işlevini, tazmin işlevini tamamlamak için kullandığını belirtmektedir. Bu hukuk düzeninde de baskın görüşe göre, manevi tazminatın cezalandırma amacının reddedildiğini vurgulamaktadır⁶¹⁰.

⁶⁰⁸ Yargıtay İBGK, E. 1966/7, K. 1966/7, T. 22 Haziran 1966; (www.kazanci.com.tr adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi: 16.11.2012). Ayrıca bkz.: “Borçlar Kanunu'nun 47. maddesi hükmüne göre hakimin özel halleri göz önünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği bir para tutarı adalete uygun olmalıdır. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. **Bir ceza olmadığı gibi** mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanması da amaç edinmemiştir. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır.” Yargıtay HGK, E. 2006/4-319, K. 2006/344, T. 07/06/2006; (www.kazanci.com.tr adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi: 16.11.2012).

⁶⁰⁹ *Stoll*, s. 8.

⁶¹⁰ *Stoll*, s. 9.

Buna karşılık yazar, İsviçre, Türk ve Alman hukuklarında manevi tazminatın, medeni cezanın bir türü olduğunu görüşünü savunmaktadır. Manevi tazminatın, telafi amacının ötesine geçtiği ölçüde, cezalandırma amacını da içerdiğini ve eylem ile zedelenen adalet duygusunun ancak bir ceza ile yatıştırılabileceği belirtilmektedir. Bu tür bir medeni cezanın başka diğer amaçlarla birlikte zarar görenin teskin edilmesini sağladığını ve sadece zarar vereni cezalandırma amacı güden bir medeni cezanın varolmadığını, o halde manevi tazminatın bir medeni ceza olarak nitelendirilmesine bir engel bulunmadığını vurgulamaktadır⁶¹¹.

Kanaatimizce cezalandırıcı tazminat ile manevi tazminat arasında işlev yönünden önem arz eden bir benzerlik bulunduğunu söylemek manevi tazminatın bir cezalandırıcı tazminat olduğu sonucuna varmak için yeterli olmayacaktır. Özellikle manevi tazminatın –Alman hukuk doktrinde kabul edildiği üzere- cezalandırma işlevinin bulunması manevi tazminat ile cezalandırıcı tazminat açısından büyük bir benzerliktir. Ancak tazminatın amaçları bakımından yapılacak bir değerlendirme subjektif bir değerlendirme olup, manevi tazminatın kıta Avrupasında bir cezalandırıcı tazminat türü olduğu tespitini yapmak açısından yeterli değildir⁶¹².

Buna karşılık kişilik haklarının basın yoluyla ihlalinde önleme amacı gözetilerek hükmedilecek manevi tazminatın cezalandırıcı bir işlev görebileceği ve bu halde tazminatların kıta Avrupası hukukunda cezalandırıcı tazminat örneği oluşturabileceğini düşünmekteyiz. Nitekim *Caroline* davasında hükmedilen tazminat

⁶¹¹ Stoll, s. 13.

⁶¹² Aksi görüş için bkz.: Çelik A. Ç.: *Cana Gelen Zararlarda Tazminatın Ölçüsü ve Kazanç Kavramı*, İstanbul 2006, s. 53, dp. 6; Yazar açıkça manevi tazminatın bir özel hukuka özgü bir ceza (cezalandırıcı tazminat-*punitive damage*) olduğunu belirtmektedir.

kanaatimizce, bir cezalandırıcı tazminat örneğidir. Alman hukukunda ortaya çıkan bu düzenlemenin diğer kıta Avrupası hukuk düzenine dahil ülkelerde de benimsenmesi mümkün görünmektedir. Bu yolla, İngiliz hukuk düzenindeki şeref ve haysiyetin ihlali hallerinde olduğu gibi, tazminat hem önleyici hem de cezalandırıcı bir işlev görebilecektir.

B) ÇOKLU TAZMİNATLAR (*MULTIPLE DAMAGES*) VE CEZALANDIRMA DÜŞÜNCESİ

1) GENEL OLARAK ÇOKLU TAZMİNATLAR VE CEZALANDIRICI TAZMİNAT İLE İLİŞKİSİ

Anglo-Amerikan tazminat hukukunda önem arz eden diğer bir kurum da “çoklu tazminatlar-*multiple damages*”dır⁶¹³. Kanunların öngördüğü hallerde, çoklu tazminatlar ile zarar veren, verdiği zararın iki veya üç katını tazminat olarak zarar görene ödemekle yükümlü tutulmuştur. Bu tazminatlar eylemin ifa edilemesini önleyici bir role sahiptir. Aynı zamanda zarar gören, zararının birkaç kat fazlasını kendi haklarının korunması altında yatan kamu menfaatleri adına ödül olarak alır. Zarar görenin, zarar miktarını tam olarak kanıtlamasının güç olması sorunu da, çoklu tazminatların tazminatın hesaplanmasında kullanılması ile aşılmaktadır⁶¹⁴.

Amerikan hukukunda bazı kanunlarda çoklu tazminatların hükmedilmesine izin verilmektedir. Genellikle bu kanun hükümleri münferit olayları düzenlemektedir. Bunlardan en önemlileri, serbest piyasa düzeninde rekabetin

⁶¹³ Çoklu tazminatların tarihi gelişimi için bkz.: Blakely G. R.: Of Characterization and Other Matters: Thoughts About Multiple Damages, 60 Law and Contemporary Problems 1997, s. 101-105.

⁶¹⁴ Stoll, Schadensersatz und Strafe, s.574-575.

sağlanması gibi bazı sosyal ve ekonomik hakların ihlali ile tüketicinin korunması alanındaki çoklu tazminata izin veren kanun hükümlerdir. Günümüzde en çok bilinen çoklu tazminat örneği rekabetin korunması alanındakiler olmakla birlikte, marka ve patent haklarının korunması hususunda da federal kanunlarda yer alan düzenlemeler bulunmaktadır. Yanı sıra federal ve federe devlet *RICO*⁶¹⁵ yasalarında da çoklu tazminatlara izin verilmektedir⁶¹⁶.

Çoklu tazminatlar, çoğunlukla cezalandırıcı tazminatın bir türü olarak nitelendirilmektedir⁶¹⁷. Ancak cezalandırıcı tazminat ile çoklu tazminatların bazı açılardan birbirlerinden ayrıldığı görülmektedir. Bir kanun hükmü ile belirlenen çoklu tazminatlar, cezalandırıcı tazminattan farklı olarak belirli bir miktar veya üst sınıra sahiptir. O halde hakim cezalandırıcı tazminatın tespitinde takdir yetkisini kullanırken, çoklu tazminatlarda kanunun öngördüğü şekilde tazminatın hesaplanması söz konusu olup, hakim zarar verenin kusurunun ağırlığını veya ekonomik durumunu göz önünde tutamaz. En önemli farklılık, çoklu tazminata izin veren kanun hükümlerinden bazılarının cezalandırma amacından tamamen bağımsız olarak hazırlanmış olmalarıdır. İki veya üç kat tazminatı kabul eden bazı hükümler “medeni ceza-civil penalty” olarak nitelendirilirken, bu hükümlerden bazıları

⁶¹⁵ *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*; Bu kanun, organize suç eylemlerini engelleme ve piyasanın bütünlüğünü tehlikeye atanları kontrol etme ve soruşturma amaçlı hazırlanmış bir kanundur. *RICO* Kanunları sadece ceza değil, hukuk davaları açma hakkı da tanımaktadır; Black’s Law Dictionary, s. 1286.

⁶¹⁶ Dobbs, s. 359; Merkt H.: Abwehr der Zustellung von “punitive damages” Klagen, Heidelberg 1995, s. 91.

⁶¹⁷ Schlueter, s. 25; Dobbs, s. 359; Brockmeier, s. 23.

kanıtlanamayan veya tam olarak hesaplanamayan zararların tazmin edilmesini amaçlamıştır. Hatta bazı hükümlerin, mahkeme önünde davanın görülmesinde kamu yararı bulunması sebebiyle avukat veya davacıları özendirmek için konulduğu kabul edilmektedir⁶¹⁸.

O halde çoklu tazminata izin veren her kanun hükmünün cezalandırıcı tazminata bir örnek teşkil ettiği söylenemez. Özellikle ağır kusurun arandığı çoklu tazminata izin veren kanun hükümlerinin cezalandırıcı niteliğe sahip olduğu söylenebilirken, ağır kusurun aranmadığı çoklu tazminat örneklerinin sadece zararın tazminini sağlamaya yönelik olduğu belirtilmelidir. Nitekim *Dobbs*, özellikle ciddi bir hukuka aykırılığın söz konusu olmadığı hallerde çoklu tazminat öngören hükümlerin cezalandırma amacından bağımsız olduğunu belirtmektedir⁶¹⁹. Mahkeme kararlarına bakıldığında ise, bazı mahkemelerin çoklu tazminatın zarar vereni cezalandırma amacı içerdiğini ve çoklu tazminatları cezalandırıcı tazminatın kamu düzeni sebebiyle hükme bağlanmış bir türü olarak nitelendirdiği görülmektedir⁶²⁰. Diğer bazıları ise bu tür tazminatları telafi edici olarak nitelendirmektedir⁶²¹.

Buna karşılık *Schlueter*, cezalandırıcı tazminatın önem arz eden özelliklerinin bazı çoklu tazminatlar için de geçerli olduğu sonucuna varmıştır. Bu ortak özellikler şunlardır; İlk olarak çoklu tazminatlarda genellikle zarar verenin eylemini dikkate alır ve kusurunun ağırlığını değerlendirir. Ayrıca cezalandırıcı tazminatta olduğu gibi

⁶¹⁸ *Dobbs*, s. 359.

⁶¹⁹ *Dobbs*, s. 360.

⁶²⁰ *Missouri P.R. Co. v. Humes* 115 US 512, 521-523 (1885).

⁶²¹ *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.* 429 US 477, 485 (1977); *Schlueter*, s. 26.

çoklu tazminatlara hükmedilebilmesi, ancak ve ancak gerçek zararın tazmininden sonra mümkündür⁶²².

Bu noktada doğan bir sorun da hem çoklu tazminata hem de cezalandırıcı tazminata aynı anda hükmedilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Hal böyleyken, çoklu tazminatların bir cezalandırıcı tazminat türü olmadığı kabul edilen hallerde hem çoklu tazminata hem de cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi mümkün görünmektedir. Bir görüşe göre, çoklu tazminatın amacı eğer zarar vereni cezalandırmak değilse, bu halde çoklu tazminatlar davacının dava açmaya özendirilmesi amacıyla hizmet eder ve her iki tazminata bir arada hükmedilebilmesi mümkündür⁶²³. Buna karşılık diğer görüş, çoklu tazminatların cezalandırma amacı taşıdığını ve iki tazminat türüne aynı anda hükmedilmesi halinde çifte cezalandırma söz konusu olacağını ve bunun da Federal Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiğini belirtmektedir⁶²⁴. Sonuç olarak özellikle Federal Mahkeme, çoklu tazminata hükmedilen hallerde cezalandırıcı tazminat taleplerini kabul etmemektedir. Bu kural özellikle rekabet hukuku alanında geçerlidir⁶²⁵. Federal mahkemenin bu görüşü de çoklu tazminatların bir cezalandırıcı tazminat örneği olduğu görüşünü desteklemektedir.

⁶²² Schlueter, s. 26.

⁶²³ *Colonial Lincoln-Mercury Sales, Inc. v. Molina*, 152 Ga. App. 379, 262 SE 2d 820, 823 (1979).

⁶²⁴ *In Re "Dalkon Shield"* Litig. 526 F. Supp. 887, 889 (N.D. Cal 1981).

⁶²⁵ *Arnott v. American Oil Co.* 609 F2d 873, 888 (8th Cir.)1979; *Hometowne Bldrs., Inc. v. Atlantic Nat'l Bank*, 477 F.Supp.717, 719-720 (E.D. Va. 1979); Schlueter, s. 27-28; Dobbs, s. 360-361.

2) KITA AVRUPASI HUKUKUNDA ÇOKLU TAZMİNATLAR VE CEZALANDIRICI TAZMİNAT İLE İLİŞKİSİ

Brockmeier, çoklu tazminatları Alman hukuku açısından değerlendirdiği çalışmasında, bu tazminatların ceza olarak mı yoksa tazminat olarak mı nitelendirilmesi gerektiğini tartışmıştır. Yazar, Alman hukukunda genel olarak tazminatların tamamen cezalandırma amacından uzak olduğunu belirtmiş, ancak konu çoklu tazminatlar olduğunda bu ayrımın net olmadığını ifade etmiştir. *Brockmeier*, *Grossfeld*'in tazminat ile medeni ceza ayrımı⁶²⁶ çerçevesinde çoklu tazminatların incelenmesi halinde, amaçsal ayrımın kolaylıkla yapılamadığını belirtmiştir. Bu kapsamda yazar, çoklu tazminatların amacının sadece tazmin etmek, denkleştirmek olduğunun net bir şekilde ifade edilemediğini belirtmektedir⁶²⁷.

İsviçre doktrininde de başta üç kat tazminat olmak üzere çoklu tazminatların bir yandan manevi zararın telafi edilmesini diğer yandan cezalandırma, eğitime, zarar verenin korkutulması ve zarar veren eylemin tekrarlanmasını önleme amaçlarını taşıdığı belirtilmektedir. Bu işlevlerin genel cezalandırıcı karakter taşıdığı belirtilmekte olup, çoklu tazminat hükmü içeren yabancı mahkeme kararlarının, tanıma ve tenfiz aşamasında bir ceza mahkemesi kararı gibi değerlendirildiği görülmektedir⁶²⁸.

Kanaatimizce de çoklu tazminatların cezalandırma amacı taşıyıp taşımadığının tespiti güçtür. Nitekim tazminat hukukunun genel amacının

⁶²⁶ Bkz: Bölüm III, II, A.

⁶²⁷ Brockmeier, s. 26.

⁶²⁸ Drolshammer J./Schärer H.: Die Verletzung des materiellen ordre public als Verweigerungsgrund bei der Vollstreckung einer US-amerikanischen "punitive damages-Urteils", SJZ 82/1986, s. 310.

cezalandırmak olmadığı belirtilmekle birlikte çoklu tazminatların tamamen telafi etme, denkleştirme amacı taşıdığını belirtmek pek de kolay olmayacaktır. O halde çoklu tazminatlarda cezalandırma işlevi, zarar verenin kusurunun tazminatın kabulünde dikkate alınıp alınmadığına göre tespit edilmelidir. Buna göre, eğer çoklu tazminata hükmedilebilmesi için zarar görenin kusurunun ağırlığı önemli ise bu halde bir cezalandırıcı tazminatın söz konusu olduğu kabul edilmelidir. Aksi halde yani kusurun dikkate alınmadığı hallerde ise cezalandırıcı tazminat söz konusu olmayacaktır.

a) Rekabetin Korunması Kapsamında Üç Kat Tazminat

i) Genel Olarak

Çoklu tazminatların en önemli örneğini Amerikan rekabet hukukunda yer alan üç kat tazminat (*treble damages*) kurumu oluşturur. *Sherman Act*'in 7. maddesi ve *Clayton Act*'in⁶²⁹ 4. maddesi zarar gören kişiye uğradığı zararın üç katı oranında bir tazminat talep edebilme hakkı tanımaktadır. Bu kurum Avrupa Birliği hukuklarını da etkilemiş olup, Komisyon, yatay anlaşmalar ile rekabetin ihlal edilmesi halinde iki kat tazminat kurumunu bir öneri olarak getirmiştir⁶³⁰.

Buna karşılık kıta Avrupası hukukunda, rekabet hukukunun ihlali kapsamında çoklu tazminatlar kabul edilmemiştir. Rekabet hukukunda çoklu tazminat önerileri

⁶²⁹ *Sherman Act* ve *Clayton Act* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Özsunay E.: Kartel Hukuku, İstanbul 1985, s. 15 vd.

⁶³⁰ Commission Staff Working Paper (Brüksel, 19.12.2005, SEC (2005), 1712), p. 150, s. 43; http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/sp_en.pdf, (erişim tarihi: 09.11.2012).

getirilmiş olsa da İsviçre Kartel Kanun’da⁶³¹ üç kat tazminat sistemi kabul edilmemiştir⁶³². Kanun, haksız fiile dayanan tazminat taleplerini Borçlar Kanunu’nun genel hükümlerine yaptığı atıfla düzenlemiştir. O halde tazminat talepleri OR 41-49 hükümlerine dayanacak ve bu hükümlerde yer alan şartların yerine getirilmesiyle mümkün olacaktır⁶³³.

Alman rekabet hukukunda da üç kat tazminat sistemi benimsenmemiştir. Rekabet Kısıtlamalarına Karşı Kanun⁶³⁴,un tazminat taleplerine ilişkin 33. maddesi de genel hükümlere atıf yaparak haksız fiil hukukunun genel esaslarına göre tazminat talep edilebileceğini belirtmektedir. O halde tazminat talepleri BGB § 823 ve 249 ve devamı maddelerine tabiidir⁶³⁵.

Üç kat tazminat kıta Avrupası hukuk düzeni içinde, Türk rekabet hukukuna alınmış bir kurumdur. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu’nun genel sistematigi Avrupa hukuklarına dayanmaktaysa da, söz konusu hüküm Amerikan hukuk sistemini benimsemiştir⁶³⁶. Kanunun 58/2. maddesine göre “ortaya çıkan zarar,

⁶³¹ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG)

⁶³² Walter R.: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz vom 6.Oktober 1995 und dazugehörenden Verordnungen, Zürich 1997, Art. 12-17, N. 4.

⁶³³ Hahn A.C.: Stämpflis Handkommentar Kartellgesetz (KG), Bern 2007, Art. 12, N. 35.

⁶³⁴ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), 26.08.1998.

⁶³⁵ Rehbindner M.: Kartellrecht (Loewenheim/Meessen/Riesenkampff), München 2009, GWB § 33, Rn. 31.

⁶³⁶ İnan N.: 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Özel Hukuka İlişkin Düzenlemelerine Eleştirisel Bir Bakış, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II (9 Nisan 2004), Kayseri 2004, s. 52.

tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hakim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebilir”. Madde hükmü, üç kat oranında arttırılması mümkün olan tazminat miktarının nasıl hesaplanacağını da göstermiştir. Buna göre uğranılan maddi zararın veya zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel kârın üç katı tazminat olarak talep edilebilir. Hukukumuzda bu tazminat türüne hükmedilebilmesi için eylemin kasıt veya ağır ihmal ile işlenmiş olması şarttır⁶³⁷.

Türk doktrininde üç kat tazminatın niteliği tartışılmış ve bu tazminat türünün cezalandırma ve caydırma amacının bulunduğu kabul edilmiştir. *Sanlı*, rekabet hukukundaki haksız fiil hükümlerinin amacının zararın önlenmesi ve caydırıcılığın sağlanması olduğunu açıkça ifade etmiştir⁶³⁸. *Tiryakioğlu* ise bu tür tazminatları kamu hukuku ve özel hukukun kesiştiği gri alana girdiğini belirtmektedir⁶³⁹. Nitekim *Yılmaz* ve *İnan* üç kat tazminatın cezai tazminat veya medeni ceza olduğu ifade etmiştir⁶⁴⁰. *Topçuoğlu* ise bu tazminatı “kanundan doğan cezai şart-kanuni ceza şartı” olarak nitelendirmektedir⁶⁴¹. Son olarak *Aksoy*, üç kat tazminata ilişkin bu

⁶³⁷ Aslan İ. Y.: Rekabet Hukuku, Bursa 2007, s. 794-795; İnan, s. 52.

⁶³⁸ Sanlı K.C.: Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I (4 Nisan 2003), Kayseri 2003, s. 220 (Sempozyum).

⁶³⁹ Tiryakioğlu B.: Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara 1997, s. 22.

⁶⁴⁰ Aslan, s. 793; İnan, s. 52.

⁶⁴¹ Topçuoğlu M.: Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri, AÜHFD, C. 50, S. 4, 2000, s. 147; Topçuoğlu M.: Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), Ankara 2009, s. 8 (Üç Kat

düzenlemenin tazminatın genel amaçlarına ve tazminatın zararı aşmayacağı ilkesine aykırı bir düzenleme teşkil ettiğini belirtmektedir⁶⁴².

ii) Değerlendirme

Kanaatimizce, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan üç kat tazminat ile cezalandırıcı tazminat arasında büyük benzerlik bulunmaktadır. Amaç açısından incelendiğinde cezalandırıcı tazminatın ana amaçlarının cezalandırmak ve önlemek (caydırmak) olduğunu belirtmiştik. Benzer şekilde rekabet hukukundaki üç kat tazminat hükümleri de benzer bir amaca hizmet etmektedir. Her ne kadar amaç açısından yapılacak bir değerlendirme tatmin edici bir sonuca ulaşmaya yardımcı olmayacağını ve subjektif bir değerlendirme kriteri olduğunu düşünsek de cezalandırıcı tazminat ile rekabet hukukundaki üç kat tazminat başka yönlerden de benzerlik arz etmektedir. Bu benzerliklerden ilki, üç kat tazminatta zararı aşan bir miktarın davacıya ödenmesidir. O halde tazminat miktarı, zarardan fazladır. Bu durum tazminat hukukunun genel amaçlarıyla uyum sağlamamakta olup, diğer tazminatlardan bu yönden ayrılmaktadır. Bu açıdan üç kat tazminat kıta Avrupası hukuklarındaki tazminat türlerinden uzaklaşma, Amerikan hukukundaki cezalandırıcı tazminat kurumuna yaklaşmaktadır. Bir diğer benzerlik de tazminatın belirlenmesinde zarar verenin kusurunun ağırlığının dikkate alınmış olmasıdır. Nitekim bu düzenleme ile Türk hukuku hakime, zarardan fazla bir tazminata

Tazminat); Ancak kanaatimizce bu tazminatın kanundan doğan bir cezai şart olarak nitelendirilmemesinde isabet bulunmamaktadır. Çünkü cezai şart taraf iradelerine dayandığından dolayı, cezai şartın kanunla düzenlenmesi mümkün değildir. bkz.: Eren, s. 1182.

⁶⁴² Aksoy M. N.: Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Ankara 2004, s. 58.

hükmetmesine izin vermiştir. Oysaki genel sorumluluk hukuku düzenlemelerinde hakimın zararı aşan bir tazminata hükmedebilmesi mümkün olmayıp, kusurun ağırlığı, zarardan az bir tazminata hükmedilmesi amacıyla dikkate alınmaktadır.

Dolayısıyla kanaatimizce, rekabet hukukunda üç kat tazminat düzenlemeleri, açıkça bir cezalandırıcı tazminat örneğidir. Nitekim bu tazminat, Amerikan hukuk düzeninde cezalandırma amacını haiz olduğu kabul edilen bir çoklu tazminat örneğidir. Cezalandırıcı tazminatın açıkça kabul edildiği bir hukuk düzeni olan Amerikan hukukunda bu tazminatın bir cezalandırıcı tazminat örneği olduğu kabul görmüşken, aynı hususun Türk hukukundaki üç kat tazminat kurumu açısından da belirtilmesine herhangi bir engel bulunmamaktadır.

b) Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Çoklu Tazminatlar

i) Telif Hakkının İhlali Halinde Öngörülen İki Kat Tazminat

Almanya’da GEMA⁶⁴³, müzik eserleri alanında faaliyet gösteren ve bu eserlerin temsil ve çoğaltma haklarını koruyan bir kurumdur. GEMA söz yazarları, besteci ve editörlerin haklarını korumaktadır ve günümüzde GEMA kendi alanında en çok gelire sahip meslek birliği konumunda olup, eser arşivinde yaklaşık sekiz milyon eser bulunmaktadır⁶⁴⁴. GEMA’ya standart yetkilendirme sözleşmesi ile “büyük haklar” olarak ifade edilen müzikal-drama eserlerinin yayınlanması ve teatral olarak sahnelenmesi hakları ile müzik eserleri üzerindeki “küçük haklar” olarak

⁶⁴³ *Gesellschaft für musikalische Aufführungsrechte und mechanische Vervielfältigungsrechte*-Müzik Eserleri Temsil ve Mekanik Çoğaltma Hakları Birliği.

⁶⁴⁴ Pınar H./Nal T./Goldmann B.: Müzik Eserleri Üzerindeki Telif Hakları ve Uluslararası Uygulamalar, İstanbul 2007, s. 75.

adlandırılan temsil hakları ve televizyon ve radyo ile iletim hakları devredilmiş olur. Sözleşme ile müzik eserlerinin radyo ve televizyon aracılığıyla umuma erişilebilir kılma hakkı, dijital kullanım hakları ile mekanik çoğaltma hakları GEMA'ya devredilir⁶⁴⁵.

Eser üzerindeki hakların ihlali halinde ihlal eden, Telif Kanunu (*UrhG*) § 97/1'e göre tazminat ödemekle yükümlüdür. Eğer söz konusu eser GEMA gibi bir meslek birliğine devredilmiş bir eser ise zarar veren, diğer zararın hesaplanması metotlarındaki zorluklardan dolayı, tazminat olarak uygun lisans bedeli ödemekle yükümlüdür. Meslek birliklerine ödenecek tazminat, mahkemeler tarafından uzun zaman önce tespit edilmiş olup, bu tazminatın normal tarife bedeli üzerinden hesaplanacağı kabul edilmekteydi. 1913'de Krallık Mahkemesi⁶⁴⁶, GEMA kurulmadan önce faaliyet gösteren müzik eserleri alanındaki meslek birliğinin (*Genossenschaft Deutscher Tonsetzer*) açtığı davada gözetim ve denetim bedeli olarak talep ettiği iki kat lisans bedelinin tazminat olarak ödenmesine hükmetmiştir. Böylece GEMA, ihlal edilen eserin tespiti ve takibi için de lisans bedeli oranında bir tazminat almaya hak kazanmıştır. 1936'dan beri⁶⁴⁷ ise GEMA'ya lisans bedelinin iki katı oranında tazminat ödenmesi yerleşik bir uygulama halini almış⁶⁴⁸ ve GEMA-(Denetim) Zammı (*GEMA-(Kontroll)Zuschlag*) olarak adlandırılmıştır⁶⁴⁹. Federal

⁶⁴⁵ Melchiar F. (Hrgs: Loewenheim): Handbuch des Urheberrechts, München 2010, § 48, Rn. 34; Pınar/Nal/Goldmann, s. 150.

⁶⁴⁶ Karar için bkz.: Melchiar, Rn. 34, dp. 4.

⁶⁴⁷ KG UFITA Bd. 11 (1938), s. 55 vd.

⁶⁴⁸ BGH GRUR 1955, 549.

⁶⁴⁹ Melchiar, § 48, Rn. 33-34.

mahkeme kararlarında GEMA'nın telif haklarının ihlalinin tespiti için yaptığı harcamalara ve bu sebeple kullanılan gözetim ve denetim araçlarının masraflarına zarar verenin katlanması gerektiğini ifade etmektedir⁶⁵⁰.

Buna karşılık Federal Mahkeme, müzik eserleri dışındaki telif haklarının ve diğer fikri mülkiyet hakları ihlali açısından gözetim ve denetim masrafları olarak lisans bedelinin iki katı oranında tazminat taleplerine izin vermemektedir⁶⁵¹. Benzer şekilde mağaza hırsızlığı olaylarında mağazalar, yaptıkları gözetleme masraflarına karşılık olarak iki kat tazminat talep etmişler, ancak bu talepler de kabul edilmemiştir⁶⁵².

Federal mahkeme tarife bedelinin iki katı tazminatı sadece önleme amacına hizmet eden ve cezalandırma işlevi bulunmayan bir denetim zammı olarak tanımlamaktadır⁶⁵³. Buna karşılık doktrinde bu tarife zammının tazminat hukukunun cezalandırma işlevi olan kurumları arasında yer aldığı belirtilmektedir. Nitekim meydana gelen zararın iki katı bir tazminat alan GEMA, zenginleşmektedir⁶⁵⁴. Aynı zamanda GEMA'nın bu iki kat tazminata hak kazanması zarar verenin meydana

⁶⁵⁰ Jansen N./Rademacher L.: Punitive Damages in Germany, Punitive Damages Common Law and Civil Law Perspectives (Koziol H./Wilcox V. eds.), Wien 2009, s. 82-83.

⁶⁵¹ BGHZ 17, 376, 383; BGHZ 77, 16, s6 vd.; Aynı yönde bkz.: Brockmeier, s. 55; Lange/Schiemann, s. 267.

⁶⁵² BGHZ 75, 230 vd.; Aynı yönde bkz.: Jansen/Rademacher, s. 82-83.

⁶⁵³ BGH GRUR 1988, 296/299.

⁶⁵⁴ Brockmeier, s. 53 vd.; Müller, s. 131.

getirdiği zarar ile sorumlu olması ilkesi ile de çelişki içindedir⁶⁵⁵. O halde zararın iki katı oranında tazminat hükmü, kanundan doğan bir medeni cezadır⁶⁵⁶.

Buna karşılık Alman doktrininde bu tür tazminatların tamamen zarar verenin davranışı sonucunda yol açtığı zarar ile ilişkili bulunduğu ve cezalandırıcı tazminat ile bağlantısını aramanın yanlış olacağı da vurgulanmıştır⁶⁵⁷. Yüksek Mahkeme zararın ekonomik analizi sonucunda ortaya çıkan bu tazminat miktarının, zararın telafisi ile ilintili olduğunu belirtmektedir⁶⁵⁸.

İsviçre hukukunda da benzer bir tazminat türüne rastlanmaktadır. Bu hukuk sisteminde yine Alman hukukuna benzer şekilde meslek birliklerinde SUIA'ya⁶⁵⁹ eser üzerinde bir hakkın ihlali halinde lisans bedelinin iki katı oranında bir tazminatın ödenmesi, mahkeme kararlarıyla geliştirilmiş bir kurumdur⁶⁶⁰. 1997 yılında Federal Mahkeme önüne gelen bir davada iki kat tutarındaki tazminatın İsviçre kamu düzenine aykırı olup olmadığını tartışmış ancak bu sorunun cevabını yanıtsız bırakmıştır⁶⁶¹. Bu davada bir fotoğraf üzerindeki hakkın ihlali mahkeme, ihlal edenin ödemesi gereken ve lisans bedeli üzerinden hesaplanacak tazminatın İsviçre Fotoğraf Ajans ve Arşiv Birliği'nin tarifesi üzerinden hesaplanması

⁶⁵⁵ Lange/Schiemann, s. 297.

⁶⁵⁶ Lütje S.: Urheberrechtsgesetz, (Möhring/Nicolini), München 2000, § 97, Rn. 223.

⁶⁵⁷ Jansen/Rademacher, s. 83.

⁶⁵⁸ BGHZ 32, 280, 284 vd.

⁶⁵⁹ *Genossenschaft der Urheber und Verlänger von Musik*.

⁶⁶⁰ Dasser F.: Punitive Damages: Vom "fremden Fötzel" zum "Miteidgenoss"?, SJZ 96/2000, s. 106; Jenny R. M.: Zum Verletztterzuschlag im schweizerischen Urheberrecht, sic! 2004, s. 653.

⁶⁶¹ BGE 122 III 463.

gerektiğine hükmetmiş, ancak Federal Mahkeme ilk derece mahkemesinin yaptığı %20 oranındaki tarife zammını (*Verletzerzuschlag*) reddetmiştir. Federal mahkeme, tarafların sözleşme ile bir cezai şart tespit etmedikleri hallerde, böyle bir ücret artırımının kabul edilemeyeceğini ve bu tür bir artırımın kabul edilmesinin, cezalandırıcı tazminatın hukuk düzenine girmesine yol açacağını ifade etmiştir⁶⁶². Bununla birlikte bir yıl sonra verdiği bir kararda mahkeme, SUIA'nın tarife bedelinin iki katı oranında tazminat elde etmesine izin vermiştir⁶⁶³. Hal böyleyken, doktrinde özellikle bu tür tazminatların İsviçre sorumluluk hukukunun genel kavramlarına ve özellikle zenginleşme yasağı prensibine aykırı olduğu görüşleri ileri sürülmüştür. Aynı zamanda ceza hukukunun temel kavramları açısından da bu tazminatın kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Özellikle *ne bis in idem* (çifte cezalandırma yasağı) ilkesine aykırı bir durumun söz konusu olduğu kabul edilmektedir. Çünkü eser üzerindeki bir hakkın ihlalinde hem tazminat ile hem de ceza hukukuna ilişkin kurallar ile ihlal eden cezalandırılmış olacaktır. Ayrıca bu tazminatın herhangi bir kanun hükmüyle düzenlenmesi söz konusu olmadığından⁶⁶⁴ ceza hukukunda yer alan *nulla poena sine lege* (kanunsuz ceza olmaz) ilkesine de aykırılık söz konusu olacaktır⁶⁶⁵. Görüldüğü üzere özellikle İsviçre hukukunda bu tür

⁶⁶² BGE 122 III 467.

⁶⁶³ Tarif S; Bundesgericht, 20 Juni 1997, 1998/1 sic!, s. 38.

⁶⁶⁴ Aynı kuruma Avusturya hukukunda da rastlanmaktadır. Hatta Avusturya hukukunda iki kat oranındaki bu tazminat Telif Hakları Kanunu (*Urheberrechtgesetz-UrhG*) 87. maddesinin 3. fıkrasında açıkça düzenlenmiş olup ve bu düzenlemenin Avusturya özel hukukuna cezalandırıcı tazminat kurumunun alınması anlamına geldiği belirtilmektedir; bkz.: Koziol H.: Patentverletzungen und Schadenersatz, RdW 226/2007, s. 198 vd.

⁶⁶⁵ Jenny, s. 658-659.

tazminatlar açısından yaşanan bu tartışmalar, *Common Law* hukuk düzeninde cezalandırıcı tazminatın karşılaştığı eleştiriler çerçevesinde devam etmektedir. Sonuç olarak belirtmek gerekir ki İsviçre hukukunda bu tazminat türü, cezalandırıcı tazminat ile karşılaştırılabilir bir kurum olarak değerlendirilmektedir⁶⁶⁶.

ii) Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Üç Kat Tazminat

Bir başka çoklu tazminat türü de Türk Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda yer almaktadır. Türk hukukunda önem arz eden bu düzenleme, Türk Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)'nin 68. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında düzenlenmiştir. Mali hakların ihlalinde tecavüzün durdurulması davasını konu edinen bu maddenin ilk fıkrasına göre “Eseri, icrayı, fonogramı veya yapımları hak sahiplerinden bu Kanuna uygun yazılı izni almadan, işleyen, çoğaltan, çoğaltılmış nüshaları yayan, temsil eden veya her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletenlerden, izni alınmamış hak sahipleri sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilir”. İzinsiz kopyaların satışa çıkarılmadığı halleri düzenleyen ikinci fıkrada ise “İzinsiz çoğaltılan kopyalar satışa çıkarılmamışsa hak sahibi çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhasını veya üretim maliyet fiyatını geçmeyecek uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini ya da sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını talep edebilir. Bu husus, izinsiz çoğaltanın hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmaz” hükmü getirilmiştir.

⁶⁶⁶ Dasser, s. 106; Assman H.D.: Schadensersatz in mehrfacher Höhe des Schadens, BB 1/1985, s. 21 vd.

Bu hükümlere göre hak sahibi, eserden doğan haklarının ihlal edilmesi halinde sözleşme yapılmış olsaydı isteyebileceği bedelin en çok üç katını veya emsal yahut rayiç bedelin üç katını talep edebilir. Bu konuda seçme yetkisi davacıya aittir, hal böyleyken davacı sözleşme bedeli veya rayiç bedel seçenekleri arasından birini seçebilir.

Bu tür tazminatların bir cezalandırıcı tazminat türü olup olmadığının tespiti için öncelikle hukuki niteliğinin tespiti gerekir. *Tekinalp*'e göre bu bedel bir tazminat değildir, hak sahibine ödenen bir kanuni cezadır. Ancak bu bir para cezası değil, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 158. maddesi (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu-TBK md. 179) anlamında bir cezadır⁶⁶⁷. *Öztan* da bu düzenlemede yer alan tazminatın aslında ceza olduğu görüşünü benimsemiştir. Yazar'a göre buradaki ceza, ceza hukukundaki ya da BK 158. madde anlamında bir ceza değil, bir özel hukuk cezası, başka bir ifadeyle "medeni ceza"dır. Bu ceza ile eser üzerindeki hakları ihlal eden kişinin davranışının sonuçlarına katlanması ve benzeri olayların önlenmesi amaçlanmaktadır⁶⁶⁸. *Kılıçoğlu* ise telif tazminatı olarak bahsettiği bu tür tazminatlarda yasa koyucu tarafından telif ücreti ile sınırlı bir yaklaşımın, mali haklar yönünden caydırıcı olmayacağını düşünülerek, telif ücretinin üç katını talep hakkı getirildiğini belirtmektedir. Aynı zamanda tazminatın hesaplanmasında taraflar arasındaki farazi sözleşme ilişkisinden hareket edildiğini vurgulamaktadır⁶⁶⁹. *Erel* ise

⁶⁶⁷ Tekinalp Ü.: Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2004, § 20, N. 53.

⁶⁶⁸ Öztan F.: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008, s. 649.

⁶⁶⁹ Kılıçoğlu A.M.: Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara 2006, s. 393-395 (Fikri Haklar); Aynı yönde bkz.; Piroğlu Ü.: Fikri Hak İhlallerinin Tazmininde FSEK 68. maddenin farklı Konumu ve Niteliği, Yargıtay Dergisi 30/2004, S. 4, s. 446.

farazi sözleşme görüşüne katılmamaktadır. Yazar’a göre burada bir sözleşme ilişkisi yoktur, haksız fiilden doğan bir borç söz konusudur. Bu hüküm sadece eser sahibini zararı ispat yükünden kurtarmayı amaçlamış olup, sözleşme faraziyesinin amacı eser sahibinin uğradığı zararın hesabını kolaylaştırmaktır. Hal böyleyken burada bir sözleşmeye aykırılık değil, haksız fiil sorumluluğu söz konusudur. O nedenle de zararın hesaplanabildiği, tespit edilebildiği hallerde bu faraziyeyle başvurulmamalı, zarar gerçek kanıtlara göre hesaplanmalıdır. Ancak farazi sözleşme ilişkisi nedeniyle faraziyeyle başvurulması hali ile zararın hesaplanabildiği haller arasında zamanaşımı ve ödenecek tazminat miktarı arasında haksız bir fark doğacaktır⁶⁷⁰.

FSEK’in 68. maddesi 2001 yılında 4630 sayılı kanun ile değiştirilmiş ve “mutat bedelin en çok %50 fazlasını isteyebilir” ifadesi yerine “üç kat fazlası” ifadesi getirilmiştir. Değişiklikten önce doktrinde mutad bedelin %50 fazlasının bir ceza vasfı taşıdığı kabul edilmekteydi. O sebeple de kusur unsurunun bulunması şartı aranmaktaydı⁶⁷¹. Oysa *Tekinalp*, *Erel*, *Kılıçoğlu* ve *Öztan*, kanunun değişik bu hükmünün kusur şartını aramadığını belirtmektedir. *Tekinalp*’e göre⁶⁷², “kanuni cezanın talep edilebilmesi için kusur aranmaz”, *Erel*’e göre ise⁶⁷³ “hükmün yeni halinde kusur unsurundan söz edilmediğine göre, genel olarak tecavüzün ref’i davalarında kusur aramayan FSEK md. 66/III uygulanacak ve rayiç bedel itibariyle uğranılan zararın en çok üç katının istenebilmesine ilişkin talep için kusur şartı aranmayacaktır”. *Kılıçoğlu* da “saldırı nedeniyle eser sahibi talep edebileceği telif

⁶⁷⁰ Erel Ş.: Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara 2009, s. 340.

⁶⁷¹ Arslanlı H.: Fikri Hukuk Dersleri II, İstanbul 1954, s. 214; Erel, s. 339.

⁶⁷² Tekinalp, § 20, N. 55.

⁶⁷³ Erel, s. 339.

hakkından mahrum kalmıştır. Mahrum kalınan bu hakkın ödenmesi de zarar ve kusur koşulunu gerektirmez” şeklinde kusurun şart olmadığını ifade etmiştir⁶⁷⁴. *Öztan*’da “kusur sadece mahkemece alınacak tedbirlerin türü ve niteliğini tayin açısından önem taşır” ifadesiyle kusur şartının aranmayacağını belirtmiştir⁶⁷⁵. Nitekim Yargıtay’da kusur unsuru bakımından aynı görüştedir⁶⁷⁶.

iii) Değerlendirme

Yukarıdaki açıklamalar ışığında Türk hukukunda cezalandırıcı tazminatla benzer özelliklere sahip olduğunu tespit ettiğimiz rekabet hukukundaki üç kat tazminat ile eser sahipliğinden doğan hakların ihlali bakımından üç kat tazminat arasında bir takım farklılıklar bulunmaktadır. Öncelikle rekabet hukukundaki üç kat tazminata hükmedilebilmesi için kusurun ağırlığı önem arz eder. O halde bu tür bir tazminata hükmedilebilmesi için kasıt veya ağır ihmal ile eylemin işlenmiş olması şarttır. Buna karşılık, eser sahibinin üç kat tazminat talep edebilmesi için kusur şart değildir. Bu husus cezalandırıcı tazminat kurumu açısından da önem arz eden bir

⁶⁷⁴ Kılıçoğlu, Fikri Haklar, s. 394-395; Aynı yönde bkz.; Piroğlu, s. 443; Üstün G.: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda 4630 sayılı Kanun ile yapılan Değişiklikler ve Eleştirilerimiz, İstanbul Barosu Dergisi, C. 75, S. 1-3, s. 168.

⁶⁷⁵ *Öztan*, s. 649.

⁶⁷⁶ “ ...Bu itibarla ve davacı bu davasında davalıların, mali haklarına tecavüzde bulundukları iddiasıyla FSEK.nun 68/f.1. maddesi hükmüne dayanarak tazminat talep ettiğine ve bu madde hükmünde mali haklara tecavüzde bulunanların tazminatla sorumlu tutulabilmeleri için kusur şart edilmemiş olduğundan, davalı Kaan dışındaki diğer davalıların da sorumlu tutulmaları gerekirken, mahkemece yazılı olduğu şekilde haklarındaki davanın reddi doğru görülmemiştir.”; Yargıtay 11. H.D., E. 2002/8451, K: 2003/791, T. 27.1.2003 (www.kazanci.com.tr adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi: 16.11.2012).

husus olup, bu açıdan eser sahibinin tazminat talep hakkı ile cezalandırıcı tazminat birbirinden ayrılmaktadır. Amaç açısından da her ne kadar doktrinde bu kurumun bir medeni ceza örneği olduğu belirtilse de, “kusur” şartının kaldırılmasıyla cezalandırma amacının dışına çıkıldığı düşünülmektedir. Hal böyleyken bu düzenleme cezalandırıcı tazminattan bir yönüyle daha ayrılmaktadır. En önemli farklılık ise FSEK’de düzenlenen bu kurumun bir tazminat olmaması, bu kurumun tecavüzün durdurulmasına, tecavüz izlerinin tamamen silinmesine hizmet ettiğinin kabul edilmesidir⁶⁷⁷.

C) İŞ VE HİZMET SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN TAZMİNATLAR VE CEZALANDIRMA DÜŞÜNCESİ

1) HAKSIZ FESİH VE KÖTÜNİYET TAZMİNATLARI

İsviçre Borçlar Kanunu’nun 336a, 337c maddeleri ile Türk İş Kanunu 17. maddesi ve Türk Borçlar Kanunu’nun 434 ve 438. maddeleri genel tazminat hukukunun ana ilkelerine aykırı tazminat türleri öngörmüştür.

Türk hukukunda İş Kanunu’nun 17. maddesinin 6. fıkrasına göre, (Deniz İş Kanunu 16/D, 2) “...18 inci maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir. Fesih için bildirim şartına da uyulmaması ayrıca dördüncü fıkra uyarınca tazminat ödenmesini gerektirir”. Bu hükme göre iş güvencesine tabi olmayan işçiler, iş sözleşmesinin kötüniyetle feshi halinde bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında bir tazminata hak kazanırlar. Eğer hem usulsüz

⁶⁷⁷ Tekinalp, § 20, N. 53.

fesih hem de kötünietli fesih söz konusuysa aynı fıkranın son cümlesine göre dört kat tutarında tazminata hükmedilir⁶⁷⁸. Benzer şekilde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun hizmet sözleşmesine ilişkin 434. maddesi de “hizmet sözleşmesinin fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işveren, işçiye fesih bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında tazminat ödemekle yükümlüdür” hükmünü getirmiştir. Türk Borçlar Kanunu’nda da yer alan bu hükmün benzeri İsviçre Borçlar Kanunu (OR)’nun 336a maddesinde yer almaktadır. İsviçre hukukundaki düzenlemeye göre, hizmet sözleşmesinin taraflarından biri, sözleşmeyi kötünietle feshederse, diğer taraf bir tazminat (*Entschädigung*) talep edebilir. Bu tazminat hakim tarafından olayın tüm şartları göz önünde bulundurularak belirlenir ancak her halükârda işçinin altı aylık ücretinden fazla olamaz⁶⁷⁹. Hükmün açık

⁶⁷⁸ Süzek S.: İş Hukuku, İstanbul 2012, s. 554.

⁶⁷⁹ OR Art. 336a;

b. Sanktionen

Die Partei, die das Arbeitsverhältnis missbräuchlich kündigt, hat der anderen Partei eine Entschädigung auszurichten.

Die Entschädigung wird vom Richter unter Würdigung aller Umstände festgesetzt, darf aber den Betrag nicht übersteigen, der dem Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate entspricht. Schadenersatzansprüche aus einem anderen Rechtstitel sind vorbehalten.

die Kündigung nach Artikel 336 Absatz 2 Buchstabe c missbräuchlich, so darf die Entschädigung nicht mehr als den Lohn des Arbeitnehmers für zwei Monate betragen.

TBK md. 434;

Hizmet sözleşmesinin fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işveren, işçiye fesih bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında tazminat ödemekle yükümlüdür.

ifadesi gereği, bu tazminat dışında taraflara, kötüniyetli fesihden doğan başka bir talep imkânı tanınmamıştır⁶⁸⁰.

Türk Borçlar Kanunu’nun 434. maddenin gerekçesinde, İş Kanunu’nun 17. maddesi ile paralel bir düzenleme getirildiği belirtilmektedir. Nitekim madde gerekçesinde, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 336 ve 336a maddelerinin TBK’nın 434. maddesindeki düzenlemeye kaynak teşkil ettiği belirtilse de, bildirim süresine ait ücretin üç katı kadar bir tutarın tazminat olarak ödenmesi sistemi İsviçre hukukunda benimsenmemiştir. Ancak bu farklılığın Türk hukukunun genel sistematığından kaynaklandığını ve İş Kanunu’nda yer alan düzenlemeye paralel bir düzenleme getirme çabasının bir ürünü olduğu düşünülmektedir⁶⁸¹.

Benzer şekilde OR md. 337c ve TBK md. 438⁶⁸² yine kötüniyet tazminatında olduğu gibi sorumluluk hukukunun genel ilkelerine aykırı bir tazminat türü daha

⁶⁸⁰ Streiff U./von Kaenel A.: Arbeitsvertrag-Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 2005, Art. 336a, N.8; Staehelin A.: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar), B. V/2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362, 1996, Art. 336a, N. 8.

⁶⁸¹ Soyer M. P.: Türk Borçlar Kanunu Tasarısının “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul 2008, s. 163; OR ile TBK arasındaki diğer bir farklılık da OR md. 336’nın kötüniyetli fesih hallerini örnek vermek suretiyle saymış bulunmasından doğmaktadır. Oysaki TBK’da bu şekilde herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

⁶⁸² **OR Art. 337c;**

Entlässt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer fristlos ohne wichtigen Grund, so hat dieser Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist oder durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit beendet worden wäre.

öngörmüştür. Her iki hukuk düzeninde yer alan bu düzenlemelere göre, işveren hizmet sözleşmesini fesih hakkını kötüye kullanırsa, işçiye ayrıca bir tazminat (*Entschädigung*) talep etme hakkı daha tanınmıştır. Bu tazminat, hakim tarafından olayın bütün şartları göz önünde bulundurularak belirlenir ve işçinin altı aylık ücretinden fazla olamaz. Tazminatın hesaplanmasında göz önünde bulundurulması gereken unsurların, işverenin davranışının cezalandırılabilirliği, kişilik hakları ihlalinin ağırlığı, işçinin yaşam koşulları, iş ilişkisinin süresi, feshin özel şartları, haksız feshin hukuka aykırılığının ağırlığı, tarafların maddi durumu, gibi unsurlar olduğu kabul edilmektedir⁶⁸³.

Der Arbeitnehmer muss sich daran anrechnen lassen, was er infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erspart hat und was er durch anderweitige Arbeit verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat.

Der Richter kann den Arbeitgeber verpflichten, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zu bezahlen, die er nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände festlegt; diese Entschädigung darf jedoch den Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate nicht übersteigen.

TBK md. 438;

İşveren, haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhâl feshederse işçi, belirsiz süreli sözleşmelerde, fesih bildirim süresine; belirli süreli sözleşmelerde ise, sözleşme süresine uyulmaması durumunda, bu sürelere uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı, tazminat olarak isteyebilir.

Belirli süreli hizmet sözleşmesinde işçinin hizmet sözleşmesinin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir, tazminattan indirilir.

Hâkim, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, ayrıca miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verebilir; ancak belirlenecek tazminat miktarı, işçinin altı aylık ücretinden fazla olamaz.

⁶⁸³ Streiff/von Kaenel, Art. 337c, N. 8; Staehelin, Art. 337c, N. 18.

OR 336a, OR 336'da sayılmış kötünîyetle fesih hallerinin hukuki sonuçlarını düzenlemiştir. Bu madde kaynağını, yürürlükten kaldırılan OR 336g/3'ten almaktadır. Madde, askerlik görevi sebebiyle işinden olan işçinin bir tazminat talep etmesine izin vermektedir ve bu tazminat işçinin altı aylık ücretinden fazla olamayacaktır. Bu tazminat, doktrinde cezai şart karakterine sahip maddi bir ceza olarak görülmektedir⁶⁸⁴. Kanun'un 336a ve 337c maddeleri ise 1 Ocak 1989'da yürürlüğe girmiştir. Federal meclis tazminatın üst sınırını oniki ay olarak önermiş bulunsa da⁶⁸⁵, mecliste bu süre altı aya indirilmiştir. İsviçre kanunundaki bu hükümlerin medeni hukuktan doğan bir ceza ve tatmin (*Genugtuung*) olduğu ve bu kurumun bir tazminat olmadığı Federal Meclis tarafından kabul edilmiştir⁶⁸⁶. Doktrinde de yasama organının iradesine uygun olarak bunun bir tatmin ve ceza niteliğini haiz bir medeni hukuk cezası olduğu görüşü hakimdir⁶⁸⁷. Ayrıca doktrinde işçinin altı aylık ücretini aşmayacak şekilde hesaplanacak bu ödemenin, cezalandırma ve tazmin etme işlevleri bulunduğu ve bunun bir maddi veya manevi tazminat olmadığı, OR 160. madde ile karşılaştırılabilir ve fakat kanundan kaynaklanan bir cezai şart olduğu görüşleri de bulunmaktadır⁶⁸⁸. Türk doktrininde de özellikle iş kanununda yer alan fesih bildirim süresine ait ücretin üç katı oranında tazminatın hukuki niteliği tartışılmıştır. Kötünîyet tazminatının kesin ve götürü bir tazminat olup, genel sorumluluk hukuku alanındaki tazminat türleriyle

⁶⁸⁴ Lenz, s. 100.

⁶⁸⁵ BBl 1984 II, s. 633-634.

⁶⁸⁶ BBl 1984 II, s. 600-601.

⁶⁸⁷ Streiff /von Kaenel, Art. 336a, N.2.

⁶⁸⁸ Staehelin, Art. 336a, N. 3.

bağdaşmayacağı kabul edilmiştir. O halde bu tür tazminatların doktrinde bir “medeni ceza” olduğu belirtilmektedir⁶⁸⁹. Benzer şekilde TBK md. 438’de yer alan tazminat da bir ceza olarak nitelendirilmiştir⁶⁹⁰.

Bir diğer hüküm olan OR 337c ise 336a hükmü ile benzer özellikler taşımaktadır. Buna karşılık bu iki hüküm arasında bazı farklılıkların bulunduğu da kabul edilmektedir. İsviçre doktrininde tartışılan husus, hakimin bu tazminata hükmetmek zorunda olup olmadığıdır⁶⁹¹. Hükümün ifadesi hakime, tazminata hükmedip hükmedilmemesi hususunda takdir hakkı tanındığı yönündedir. Madde görüşmelerinde yasama meclisi hakimin bu tazminata hükmetmesinin zorunlu olduğu görüşünü savunmuş buna karşılık Federal Konsey’de bu görüşe itiraz edilmiş hatta bu hükmün kanundan çıkarılması bile gündeme gelmiştir. Hükümün son hali üzerinde uzlaşmış ve bu şekilde hakime tazminata hükmetmeme hakkı tanınmıştır. Buna karşılık uygulamada kanton mahkemeleri ve federal mahkeme bölümüş durumdadır. Federal mahkeme ise, ancak istisnai hallerde tazminata hükmedilmemesinin söz konusu olabileceğini belirtmektedir⁶⁹². Bu hakimin takdir hakkının öyle ya da böyle sınırlandırılmış olduğunu göstermektedir. Bunun yanı sıra iki madde arasındaki fark, bu maddenin düzenlenme şekli itibariyle, işverenin bu tür

⁶⁸⁹ Oğuzman M. K.: Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s. 282; Süzek S.: İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976, s. 163 (Fesih).

⁶⁹⁰ Senyen Kaplan E. T.: Belirli Süreli Sözleşmelerin Haksız Feshi ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yeni Düzenlemeler, Osman Güven Çankaya’ya Armağan, Ankara 2010, s. 224-225.

⁶⁹¹ Bkz.: Streiff/von Kaenel, Art. 337c, N.8 ve burada yer alan yazarlar.

⁶⁹² BGE 116 II 300, BGE 120 II 243.

bir tazminat talep edemeyeceğini kabul etmesinden doğmaktadır. Maddeye göre tazminat talep hakkı sadece işçiye tanınmıştır. Diğer bir fark da zamanaşımı süresiyle ilgilidir. Bu madde kapsamında tazminat talepleri 5 yıllık zamanaşımı süresine tabiiyken, 336a maddesinden doğan talepler OR 336b maddesindeki sürelerle tabiidir ve buna göre tazminat talepleri sözleşmenin feshinden itibaren 180 gün içinde ileri sürülmelidir⁶⁹³. Bu farklılıklara karşılık, haklı bir sebebe dayanmayan feshi düzenleyen bu maddenin de amacının cezalandırmak ve tatmin etmek olduğu kabul edilmektedir⁶⁹⁴.

2) İŞ HUKUKUNDA AYRIMCILIĞINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Avrupa Birliği hukukunda ayrımcılık yasağı birden çok düzenlemeye konu olmuş bir kurumdur. Özellikle Avrupa Birliği Anlaşması'nın 141. maddesinde kadın ve erkek işçilere eşit ücret ödenmesi öngörülmüştür. Sonrasında bu alan Topluluk tarafından birçok Direktiflerle düzenlenmiş ve üye ülkelerin özellikle iş hukuku mevzuatlarının Direktiflerle uyumlu hale getirilmesi zorunluluğu doğmuştur⁶⁹⁵.

Kanunun öncesinde eşitliğe ilişkin hükümler Alman hukukunda *BGB*'de yer almaktaydı. *BGB* § 611a, iş ilişkisinde cinsiyet ayrımcılığını yasaklamaktaydı. Hukuk tekniği ve politikası açısından yetersiz bir hüküm olan bu hüküm, AB Direktiflerinin iç hukuka aktarılmasında başarısız olduğu gerekçesiyle iki kez

⁶⁹³ Streiff/von Kaenel, Art. 337c, N. 8.

⁶⁹⁴ BB1 1884 II, s. 613.

⁶⁹⁵ AB hukukunda eşitlik ilkesinin tarihi gelişimi ve Direktifler için bkz.: Thüsing G.: Münchener Kommentar zum BGB Band 1 AGG, München 2012, Rn. 11 vd; Yenisey K. D.: İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum 4/2006, s. 63 vd.; Başterzi F.: Eşitlik Kurumu: Bir Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Modeli, TİSK Akademi, 1/2007, s. 107 vd.

değişikliğe uğramıştır. Aynı zamanda Adalet Divanı kararlarıyla Almanya'nın, ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeler öngören Direktiflere aykırı davrandığı sonucuna varılmıştır⁶⁹⁶. Bunun üzerine 18 Ağustos 2006'da, 76/207/ AET sayılı Kadın ve Erkek İşçilere Eşit Davranılmasına İlişkin Direktif, ırk ve etnik kökene ilişkin ayrımcılığı yasaklayan 2000/43/ AT sayılı Direktif ve din, inanç, özürlülük, yaş ve cinsel kimliğe ilişkin ayrımcılığı yasaklayan 2000/78/AT sayılı Direktifin iç hukuka alınması kapsamında Eşit Muamele Kanunu (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz-AGG*) yürürlüğe girmiştir.

AGG'nin amacı Kanunun 1. maddesinde ırk, etnik köken, cinsiyet, din veya inanç, özürlülük, yaş veya cinsel kimliğe dayanan ayrımcılığı-haksızlığı (*Benachteiligung*) engellemek ve ortadan kaldırmak olarak belirtilmiştir. Kısaca bu kanun; meslekte, mesleki eğitim ve ilerlemede, iş ve istihdam koşullarında,

⁶⁹⁶ Bu davalardan en önemlisi Draehmpaehl davasıdır. Davada bir şirketin gazete ilanından bayan çalışan istihdam edeceğini öğrenen Bay Draempaehl ilan üzerine işe başvurmuş ve yanıt alamamıştır. Bunun üzerine şirkete karşı BGB § 611a'ya dayanarak dava açmış ve üçbuçuk aylık maaş tutarında tazminat talep etmiştir. BGB § 611a maddesi taraflar arasında sözleşme olmadığı hallerde güven sorumluluğuna dayanarak sadece başvuru yapan kişinin başvuru için yaptığı masrafların tazminine izin vermektedir. Mahkeme davada üye devletlerin bir tazminat ile ayrımcılık yapan işverenin cezalandırılması söz konusu olduğunda tazminat miktarının gerçek ve etkili bir hukuki koruma sağlamayı teminat altına alan, işveren üzerinde önleyici bir etkiye sahip ve her halükârda uğranılan zarara uygun bir tazminata hükmedilmesi gerektiğini belirtmiştir. Aynı zamanda mahkeme tazminat miktarının üst sınırının tespit edilmiş olmasının 76/207/AT sayılı direktifle bağdaşmadığına da hükmetmiştir. (*Nils Draehmpaehl v Urania Immobilienservice OHG*, 22 April 1997, C-180/95; Ayrıntılı bilgi için bkz.: Volmer M.: "Punitive Damages im deutschen Arbeitsrecht?", BB 31/1997, s. 1582 vd.).

sendikacılık faaliyetlerinde ve belki de en önemlisi işe alınmada ayrımcılığı yasaklamaktadır. Hal böyleyken Kanunun düzenleme amacı dışında kalan konularda AGG uygulanmayacaktır. Doktrinde AGG'nin adına rağmen bir genel eşit davranma kanunu değil, belirli türde ayrımcılığı engelleme amacı taşıyan bir kanun olduğu belirtilmektedir. Kanun, genel bir eşit davranma yükümlülüğü yüklememekte, yalnızca kanunun düzenleme alanı içinde kalan belirli hallerde ayrımcılığı yasaklamaktadır. Aynı zamanda kanunda düzenlenen ayrımcılık yasağı ile iş hukukunda kabul edilen eşitlik ilkesinin birbirinden farklı olduğu da vurgulanmıştır. Bu çerçevede eşitlik ilkesi hak ve yükümlülüklerin eşit olarak dağılımını sağlamayı hedeflerken, belirli sebeplerle ayrımcılığın önlenmesine ilişkin düzenlemeler insan onurunu korumaya hizmet etmektedir⁶⁹⁷.

AB'nin ayrımcılığa ilişkin Direktiflerinde, üye devletlere ayrımcılık halinde kişiye tazminat ödenmesini ve bu tazminatın uygun, etkili ve caydırıcı olmasına ilişkin düzenlemeler yapma yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu Direktiflere paralel şekilde AGG § 15/1 ve 2'de ayrımcılık halinde hükmedilmesi gereken tazminat düzenlenmektedir. AGG § 15/1 hükmü ile işveren ayrımcılık yasağını ihlal etmişse, ayrımcılığa uğrayan işçinin tazminat talep edebileceği kabul edilmiştir. Ancak eğer işveren bu ihlalden sorumlu değilse, işçiye tazminat talep imkanı tanınmamıştır. İkinci fıkrada ise malvarlığı dışındaki zararlardan dolayı işçinin tazminat talebi düzenlenmiştir. Buna göre, zarara uğrayan işçi belirli bir miktar para ödenmesini talep edebilir. Ancak işe alınmama halinde bu miktar ayrımcılık olmadan yapılan

⁶⁹⁷ Thüsing, AGG § 1, Rn. 4-6; Ayrıca bkz.: Ergin H.: Almanya'da "Genel Eşit Davranma Yasası"nın İş Hukukuna İlişkin Hükümleri, Legal İHSGHD, S. 14, 2007, s. 636 vd.

seçim sonucunda işçi işe alınmayacak olsaydı bile, işçinin üç aylık ücret tutarını geçemez. Özellikle bu hüküm *BGB*'den çıkartılan § 611a hükmü ile aynıdır.

Alman doktrinde bu hükümle düzenlenen tazminatın cezalandırma amacına hizmet edip etmediği, bir nevi cezalandırıcı tazminat olup olmadığı konusunda tartışmalar yaşanmıştır. *Thüsing*'e göre ikinci fıkrada yer alan ödeme bir cezalandırıcı tazminat türü değildir. Kanun'da, yukarıda belirtilen AB Direktifleri hükümlerine ve sonraki ihlalleri önlemeye uygun bir tazminat miktarı belirlenmiştir. Hal böyleyken bu tazminat türünün önleme düşüncesinden etkilendiği belirtilmelidir. Bu maddedeki hüküm, maddi olmayan zararların giderilmesi amacıyla düzenlenmiş olup, manevi tazminatın para olarak ödenmesinin ancak kanunla belirtilen hallerde mümkün olduğunu belirten *BGB* § 253/1 hükmünün bir örneğini oluşturur. O halde tazminat miktarı tazminatın önleme amacı değil, manevi zarar göz önünde bulundurularak tespit edilmelidir. Sonuç olarak bu tazminat, bir cezalandırıcı tazminat türü değildir⁶⁹⁸. Diğer bir görüşe göre ise, işe alınmayan işçinin bu hüküm kapsamında aldığı tazminat, şans kaybının tazmini olup⁶⁹⁹, bu görüş fazlaca taraftar bulamamıştır. Son olarak doktrinde bir görüş⁷⁰⁰, bu tazminat türünün ve özellikle bu maddeye temel teşkil eden *BGB* § 611a hükmünün bir cezalandırıcı tazminat örneği olduğunu kabul etmektedir. *BGB* § 611a hükmünün değişmeden önceki hali, ancak başvuru masraflarının tazminat olarak ödenmesini hükme bağlamıştı. Buna karşılık Avrupa Adalet Divanı, madde hükmünün 76/207/AET sayılı Direktif'e uygun

⁶⁹⁸ Thüsing, AGG § 15, Rn. 14.

⁶⁹⁹ Bkz.: Wagner G./Potsch N.: Haftung für Diskriminierungsschäden nach dem Allgemein Gleichbehandlungsgesetz, JZ 22/2006, s. 1095 vd.

⁷⁰⁰ Müller, s. 148 vd; Brockmeier, s. 66-67; Schäfer s. 410-411; Jansen/Rademacher, s. 84-85.

olmadığına ve yaptırımın gerçek ve etkili bir hukuki koruma öngörmediğine hükmetmiştir. Bunun üzerine yasa koyucu bu etkiyi sağlamak üzere madde hükmünde değişikliğe giderek, işçiye altı aya kadar olan ücreti tutarında bir tazminatın ödenmesine izin vermişlerdir. Hal böyleyken bu tazminat, zararın denkleştirilmesi, telafi edilmesi ilkesine aykırı bir tazminat olarak yeniden düzenlenmiştir. Aynı zamanda bu görüşe göre, bu tazminatın bir manevi tazminat hükmü olarak nitelendirilmesi doğru değildir. Kanun koyucunun bir üst sınır belirlemiş olması, tazminatın denkleştirme amacı ile bağdaşmaz. Benzer şekilde tazminatın miktarının işverenin davranışının saikine bağlı olması da bu kurumun Kıta Avrupasında cezalandırıcı tazminata işlevsel olarak denk bir kurum olduğu görüşüne sebep olmuştur⁷⁰¹.

İsviçre hukukunda benzer bir hüküm, Kadın ve Erkek Eşitliği Hakkında Kanun'da⁷⁰² (*GIG*) yer almaktadır. Kanunun amacı işe alınmada, iş dağılımında, çalışma şartlarının idaresinde, ücret, mesleki eğitim ve ilerlemede, yükselme ve işten çıkarmada eşitliği sağlamak ve cinsiyet, medeni hal, ailevi durum veya hamilelik gibi sebeplerle ayrımcılığı yasaklamaktır (*GIG* md. 3/2)⁷⁰³. *GIG* 4. maddesi ise cinsel tacizi yani kadın ve erkeğin onurunu etkileyecek cinselliğe dayalı eylem ve davranışları yasaklamaktadır. Kanunun 5. maddesi, manevi ve maddi tazminat talepleri saklı kalmak kaydıyla, Kanunun 3. ve 4. maddesine göre ayrımcılığa uğrayan kişinin belirli bir miktar tazminat talep etmesine izin vermiştir. 5. maddenin

⁷⁰¹ Brockmeier, s. 66-67.

⁷⁰² 24.02.1993, Bundesgesetz über Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz-GG)

⁷⁰³ Mannsdorfer T. M.: Schadenersatzansprüche aus dem Arbeitsverhältnis (Employment Practices Liability) Eine rechtsvergleichende Einführung, HAVE 2008, s. 315.

ikinci fıkrası iş sözleşmesinin feshinde veya işe alınmada ayrımcılığa uğrayan işçinin tazminat talep edebilme hakkını düzenlemiştir. Buna göre işçi, işe alınmada ayrımcılığa uğramışsa, üç aylık maaş oranını aşmayacak şekilde bir tazminat almaya hak kazanabilir. Eğer işçi, iş sözleşmesinin feshinde ayrımcılığa uğramışsa veya madde 4 kapsamında cinsel taciz uğramışsa bu halde tazminat işçinin 6 aylık ücreti üzerinden hesaplanır.

Görüldüğü üzere madde hükmü maddi ve manevi tazminat taleplerini kapsam dışı bırakarak üst sınırları kanun koyucu tarafından belirlenmiş bir başka tazminatın daha işçiye ödenebilmesine izin vermiştir. Hal böyleyken bu tazminat türünün bir maddi veya manevi tazminat, başka bir ifadeyle telafi etmeyi amaçlayan bir tazminat olduğunu söylemek güçtür. Nitekim bu maddede yer alan tazminatın, tazmin ve özellikle manevi zararın giderimi dışında cezalandırma amacına da hizmet ettiği kabul edilmektedir⁷⁰⁴. Hal böyleyken genel görüş cezalandırma amacı ve düşüncesinin bu şekilde İsviçre özel hukukunda da ifadesini bulduğu yönündedir⁷⁰⁵.

Türk hukukunda İş Kanunu madde 5’de eşit davranma ilkesi başlığı altında bazı düzenlemeler getirilmiştir. Bu maddenin ilk fıkrası, iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayrımı yasaklamıştır. Aynı maddenin üçüncü fıkrası ise işe alımda, ücret ve çalışma koşullarında ve sözleşmenin sona ermesinde cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasaklamaktadır. Bu fıkraya göre işveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının

⁷⁰⁴ Landolt, Art.49, N. 246; BGE 131 II 361.

⁷⁰⁵ Dasser, s. 106-107; Honsell, s. 51; Jaun M.: Diskriminierungsschutz durch Privatrecht-Die Schweiz im Schatten der europäischen Rechtsentwicklung, ZJBV 143/2007, s. 489.

oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz. Benzer bir hüküm Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde de yer almaktadır.

Tazminat talepleri ise 5. maddenin 6. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, iş ilişkisinde veya sona ermesinde eşit davranma borcuna aykırı davranış halinde işçinin 4 aylık ücretini aşmamak kaydıyla bir tazminata hükmedilebileceği kabul edilmektedir. Doktrinde ayrımcılık tazminatı olarak adlandırılan bu tazminatın yanı sıra işçi eşit davranma ilkesine aykırılık sebebiyle yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. O halde iş ilişkisinin devamı süresince işveren dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri nedenlerle ayırım yasağını ihlal eden işveren, işçiye yoksun bıraktığı haklarının yanı sıra işçinin dört aya kadar ücretini tazminat olarak ödeme yükümlülüğü altındadır⁷⁰⁶. Maddenin bu fıkrasındaki tazminat ancak iş ilişkisi veya sona ermesinde ayrımcılık söz konusu ise uygulanacaktır. Nitekim madde hükmü açıktır; “İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır” (İK md. 5/6). Hal böyleyken işe alma esnasında yapılan ayrımcılık söz konusu olduğunda İK md. 5 hükmü uygulanmayacak ve işçi dört aylık ücreti tutarında tazminata hak kazanamayacaktır⁷⁰⁷.

⁷⁰⁶ Süzek, s. 487.

⁷⁰⁷ Süzek, s. 488; Yenisey, s. 67-68; Yıldız G.B.: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008, s. 198.

İş ilişkisinde ve sona ermesinde işverenin ayrımcılık yapması halinde işçiye ödenecek dört aylık ücreti tutarında tazminatı düzenleyen hüküm zarar şartına bağlı bir tazminat değildir. Kabul edildiği üzere, işçi herhangi bir zararı olmasa da tazminat talep edebilir⁷⁰⁸. Tazminat miktarı ise hakim tarafından olayın şartları, yapılan ayrımcılığın ağırlığı, işçinin işyerindeki kıdem ve konumuna göre belirlenecektir⁷⁰⁹.

Türk hukukunda bu tazminatın niteliği konusunda fazlaca tartışma yaşanmamıştır. *Yenisey* iş hukukunda sıkça rastlanan şekilde bu tazminatın da götürü bir tazminat olduğunu tespit etmekle yetinmiş ve kanunla getirilen bu düzenlemenin dört aylık bir üst sınır getirmesi sebebiyle AB düzenlemeleriyle çeliştiğini, üye devletlere yaptırımın türünü seçme hakkının tanındığını ancak seçilen bu yaptırımın gerçek ve etkin bir hukuki koruma sağlamasının yanı sıra işveren üzerinde caydırıcı bir etkiye sahip olması ve bu sebeple de zarar ile bağlantılı olması gerektiğini belirtmiştir⁷¹⁰. Benzer şekilde *Yıldız* da ayrımcılık tazminatının AB direktiflerinde öngörülen caydırıcılık ve etkililik unsurlarını barındırmadığını ve hatta üst sınırın kaldırılması gerektiğini belirtmiştir⁷¹¹.

⁷⁰⁸ Süzek, s. 488.

⁷⁰⁹, "...4 ay üst sınır olduğundan tazminatın 1 ile 4 ay arasında hakim tarafından ihlalin ağırlığına, işçinin kıdemine göre belirlenmesi isabetli olacaktır"; Yargıtay 9. H.D., E. 2010/26762, K. 2011/6747, T. 14.3.2011; (www.kazanci.com.tr adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi: 16.11.2012).

⁷¹⁰ *Yenisey*, s. 77.

⁷¹¹ *Yıldız*, s. 114 ve s. 125.

3) DEĞERLENDİRME

a) İş ve Hizmet Sözleşmelerinin Feshi Açısından

Cezalandırıcı tazminatı İsviçre hukuku bakımından değerlendirdiği çalışmasında *Lenz*, cezalandırıcı tazminat ile OR 336a ve 337c maddelerinde düzenlenen tazminat arasında bazı farklılıkların bulunduğunu belirtmektedir. Yazara göre, ilk fark talebin doğasından kaynaklanmaktadır. Buna göre, OR'nin ilgili maddelerinin uygulanabilmesi taraflar arasında iş ilişkisinin bulunmasına bağlıdır. Taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin olmadığı hallerde bu hükümlerin uygulanması mümkün değildir. Her iki hüküm de hizmet sözleşmesinin hukuka aykırı feshi halini düzenlemektedir. O halde tazminat talebi, haksız fiile değil, sözleşmeye dayanır. Bu sebeple de tazminatlar, cezai şart kurumu ile benzerlik arz ederek, kanunda emredici şekilde açık olarak düzenlendikleri için, taraflar arasındaki sözleşmenin de doğal bir parçası niteliğindedirler. Buna karşılık cezalandırıcı tazminat talepleri haksız fiile dayanmaktadır. Diğer bir farklılık da bu taleplerin hizmet ilişkisi ile sınırlı olmasıdır. Cezalandırıcı tazminat ise herhangi bir hukuki ilişki türü ile sınırlandırılmamıştır. Son olarak tazminatın hesaplanması açısından da farklılık arz etmektedir. Cezalandırıcı tazminatın hesaplanmasında herhangi bir üst sınır belirlenmemişken, OR'de tazminatın üst sınırı kanun koyucu tarafından tespit edilmiştir. *Lenz* bu farklılıkları ortaya koyduktan sonra, bu tazminat türü ile cezalandırıcı tazminat arasında başta tazminatın amacı olmak üzere, bazı benzerlikleri bulunduğunu da belirtmektedir. O halde özel hukuk alanında cezalandırma fikrinin İsviçre hukuk düzenine tamamen yabancı bir kurum olduğu

ifadesinin yanlış bir sonuç olacağını belirtmiştir⁷¹². *Dasser* ise, bu ödemenin tam tazminatın yanı sıra ayrı bir ödeme olduğunu ve bu sebeple de haksız veya kötünietli fesih sebebiyle doğan bir ceza olduğunu belirtmektedir. Yazara göre Federal Mahkeme yeni uygulamalarında tatmin işlevine değer atfetse de, bu tazminatın cezalandırıcı karakterini değiştirmemektedir. Tazminatın ana fikri, cezalandırıcı tazminatta olduğu gibi ders vermektir⁷¹³.

Kanaatimizce hem Türk, hem de İsviçre hukukunda yer alan söz konusu düzenlemeler, tazminat hukukunun genel ilkelerine aykırıdır. Çünkü bu tazminat türünün sadece zararın telafisine hizmet etmediği açıktır. Aynı zamanda sözleşmenin bir tarafının davranışının ağırlığının değerlendirilmesi de önemli bir benzerliktir. Bu tür tazminatlar, her ne kadar Amerikan hukukunda anlaşıldığı anlamda tam bir cezalandırıcı tazminat olarak nitelendirilemese de, amaç ve işlev açısından benzerlik arz etmektedir. Bununla birlikte bu iki kurum arasında *Lenz*'in tarafından tespit edilen farklılıklar kayda değer farklılıklar olsa da, bu farklılıkların hukuk düzeninin genel karakteristik özelliklerinden kaynaklandığını düşünmekteyiz. Nitekim bir hukuk düzenine ait bir kurumun her hukuk düzeninde aynısını bulmaya çalışmak karşılaştırmalı hukukun metoduna da aykırıdır. O halde yabancı doktrinde de kabul edildiği üzere, iş ve hizmet sözleşmesinin feshi halinde düzenlenen bu kurumun, Amerikan hukukundaki cezalandırıcı tazminatın kıta Avrupası hukuklarına uyarlanmış bir türü olarak nitelendirmek yanlış olmayacaktır.

⁷¹² *Lenz*, s. 104-105.

⁷¹³ *Dasser*, s. 106.

b) Ayrımcılığa İlişkin Düzenlemeler Açısından

Belirttiğimiz üzere ayrımcılık yasağı ve buna ilişkin tazminat AB müktesabati kapsamında hukuk düzenlerine alınmış bir kurum olup, ayrımcılık halinde etkin, gerçek ve caydırıcı bir yaptırım öngörülmüştür. O halde bu noktadan hareket ederek tespit edilen tazminat ile cezalandırıcı tazminat arasında önem arz eden benzerlikler bulunmaktadır. Bu benzerlikle sadece tazminatin işlevleri ve amacından ibaret değildir. Nitekim bir benzerlik de tazminatin zarar ile değil, işverenin fiili ile bağlantılı olmasıdır. Buna karşılık tazminatin, kanun koyucu tarafından belirlenen sınırlar dahilinde tespit edilmesi cezalandırıcı tazminat ile bir farklılığa yol açsa da, kurumun amacını ve kapsamını değiştirmemektedir. Tespit edildiği üzere, Alman ve İsviçre doktrini de bu tazminati, cezalandırma amaç ve fikrinin bir yansıması olarak değerlendirmektedir. Hatta *Honsell* bu ödemenin bir tazminat değil bir ceza olduğunu açıkça belirtmiştir⁷¹⁴. Hal böyleyken Türk hukuku açısından da farklı bir durumun söz konusu olduğunu düşünmek için herhangi bir sebep yoktur. Türk hukuku açısından doğan tek farklılık, taraflar arasında bir iş ilişkisinin bulunması zorunluluğundan kaynaklanmaktadır. Nitekim Alman ve İsviçre hukuklarında sadece iş ilişkisinde değil, işe alımda da aynı yaptırım öngörülmüşken, Türk hukukunda bu yaptırım iş ilişkisi sırasında veya iş ilişkisinin sona ermesi halinde söz konusu olacaktır. Buna karşılık bu farklılığın önem arz eden bir ayrıma yol açtığını söylemek güçtür. Her halükârda ayrımcılığa ilişkin tazminatların amaç açısından cezalandırıcı tazminata benzerlik teşkil ettiği ve bu sebeple de bu kurumun kıta Avrupası hukuklarına özgü bir yansıması olduğunu belirtmek gerekir.

⁷¹⁴ Honsell H.: Zukunft des Privatrechts, http://www.honsell.at/Publikationen/ZukPR_11.06.2007-1.pdf, s. 12 (Zukunft) (ZSR 2007/1-erişim tarihi; 09.11.2012); Honsell, Strafgedanke, s.16

D) TÜRK HUKUKUNDA İCRA İNKÂR VE KÖTÜNİYET TAZMİNATLARI VE CEZALANDIRMA DÜŞÜNCESİ

1932 tarih ve 2004 sayılı Türk İcra ve İflas Kanunu, kötüniyetle mücadele etme amacıyla konulmuş bazı hükümler içermektedir. Bu hükümler, alacaklı ve borçlunun yanı sıra, üçüncü kişileri de etkiler niteliktedir. İcra ve İflas Kanunu'ndaki kötüniyetle mücadele etme amacı taşıyan hükümler, 2004 sayılı Kanun'un kabulü sırasında mehzat İsviçre Kanunu'nda yer almamasına rağmen⁷¹⁵, ekonomik, toplumsal ve kültürel sebeplerden ötürü, muhafaza edilmiştir. Nitekim günümüzde bu yaptırım kıta Avrupası hukuk sistemlerine alınmış bir kurum değildir. Bu tazminatların tamamen Türk hukukuna özgü bir buluş olduğu belirtilmektedir⁷¹⁶.

İcra ve İflas Kanunu, hak arama özgürlüğünün istisnalarından biri olan hakkın kötüye kullanılmasını engelleyen dürüstlük kuralı çerçevesinde, bazılarında kötüniyetin arandığı, bazılarında ise aranmadığı çeşitli tazminatlar öngörmüştür. *Yılmaz*, inkâr tazminatı, haksız takip tazminatı, haksız çıkma tazminatı gibi temelinde dürüstlük kuralına dayanan bu tazminatları genel bir üst başlık olarak "icra

⁷¹⁵ Kuru B.: İcra İnkâr Tazminatı, Yargıtay 100. Yıldönümü Armağanı, İstanbul 1968, s. 727; Yılmaz E.: İcra Tazminatı, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. II, Ankara 2009, s. 677; Postacıoğlu İ. E.: İcrada İnkâr Tazminatı Üzerine Düşünceler ve Bazı İhtilaflı Noktalar, BATİDER, C. IX, S. 4, 1978, s. 953; Deynekli A./Kısa S.: İtirazın İptali Davaları ve İcra İnkâr ve Kötüniyet Tazminatı, Ankara 2005, s. 171; *Postacıoğlu*'na göre benzer bir kurum, Roma hukukunda haksız iddia ve haksız borç inkârları ile mücadele için para borçlarının iddia ve iadesi için açılan *actio certae creditae pecuniae* isimli davada yer almaktadır; bkz.: Postacıoğlu, s. 952; Postacıoğlu İ. E./ Altay S.: İcra Hukuku Esasları, İstanbul 2010, s. 232.

⁷¹⁶ Uyar T.: İcra İnkâr Tazminatı, Bursa Barosu Dergisi, S. 25-26, 1986, s. 2; Karaca A.: İcra İnkâr Tazminatı, Adalet Dergisi, S. 4, 1953, s. 374.

tazminatı” olarak nitelendirmiştir⁷¹⁷. Bu tazminatlar İcra ve İflas Kanunu’nun 67, 68, 68a, 69, 72, 89, 97 ve 170. maddelerinde düzenlenmiş bulunmakla birlikte, uygulama ve doktrini en çok meşgul eden tazminat 67. maddede yer alan tazminatlardır.

Kanun’un genel haciz yoluyla takipte “itirazın iptali”ni düzenleyen 67. maddesine göre “Bu (*itirazın iptali davasında*) davada borçlunun itirazının haksızlığına karar verilirse borçlu; takibinde haksız ve kötü niyetli görülürse alacaklı; diğer tarafın talebi üzerine iki tarafın durumuna, davanın ve hükmolunan şeyin tahammülüne göre, red veya hükmolunan meblağın yüzde yirmisinden⁷¹⁸ aşağı olmamak üzere, uygun bir tazminatla mahkûm edilir”, “İtiraz eden veli, vasi veya mirasçı ise, borçlu hakkında tazminat hükmolunması kötü niyetin sübutuna bağlıdır”. Bununla birlikte 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı kanun ile madde hükmüne yeni bir fıkra daha eklenmiştir. Maddenin bu son fıkrasına göre; “Bu Kanunda öngörülen icra inkâr tazminatı, kötü niyet tazminatı ve benzeri tazminatların tespitinde, takip talebi veya davadaki talep esas alınır”.

Kanunun 67. maddesi iki tazminat türünü düzenlemektedir. Bunlardan ilki, icra inkâr veya inkâr tazminatı adı verilen, alacaklının, ödeme emrine itiraz eden borçluya karşı açtığı itirazın iptali davası sonucunda alacaklı lehine hükmedilen tazminattır. İkinci tazminat türü ise yine itirazın iptali davasında alacaklının yaptığı takipte haksız ve kötüniyetli olduğunun anlaşılması halinde borçlu lehine hükmedilen ve kötüniyet şartı arandığından doktrinde kötüniyet tazminatı olarak da adlandırılan tazminattır.

⁷¹⁷ Yılmaz, s. 680-681.

⁷¹⁸ 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı kanunun 11. maddesi ile bu oran, %40’tan %20’ye indirilmiştir.

İcra inkâr tazminatının şartları; alacaklının ilamsız icra takibine başvurusu, buna karşılık borçlunun kendisine gönderilen ödeme emrine süresi içinde itiraz etmiş olması, alacaklının itiraz üzerine itirazın iptali davası açması ve dava esnasında icra inkâr tazminatı talep etmiş bulunması ve son olarak borçlunun itirazının haksızlığına karar verilmiş olmasıdır. İtirazın iptali davasında alacaklı lehine inkâr tazminatına hükmedilebilmesi için, borçlunun kötünietli olması şartı aranmaz. Ancak itiraz eden veli, vasi veya mirasçı ise, alacaklının tazminat alabilmesi için itiraz edenin kötünietli olması şarttır⁷¹⁹.

Kötüniet tazminatının şartları ise, yine icra inkâr tazminatında olduğu gibi alacaklının ilamsız icra takibine başvurusu, borçlunun ödeme emrine itiraz etmiş bulunması ve bunun üzerine itirazın iptali davası açılmasıdır. Diğer şartlar ise, alacaklının takibinin haksızlığına karar verilmesi, alacaklının kötünietli olması ve borçlunun tazminat talebinde bulunmasıdır⁷²⁰. Burada alacaklının kötünietli olduğu haller, alacaklının haksız olduğunu bildiği veya bilmesi gerektiği haller olarak kabul edilmektedir⁷²¹.

Tazminatın hesaplanması her iki tazminat türü açısından da aynıdır. Kanun, tazminat miktarı açısından belirli bir oran getirmiştir. Buna göre tazminat, red veya hükmolunan miktarın %20'sinden aşağı olamaz. O halde %20'den az olmamak üzere mahkemenin tazminat miktarını belirlemesi mümkündür. Kanun değişikliği ile açıklığa kavuşturulan diğer bir husus da tazminatın hangi meblağ üzerinden

⁷¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Kuru, s. 728 vd.; Karaca, s. 375 vd.; Yılmaz, s. 687 vd.; Kuru B./Arslan R./Yılmaz E.: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2012, s. 168 vd.; Deynekli/Kısa, s. 175 vd.

⁷²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Yılmaz, s. 718 vd.; Deynekli/Kısa, s. 186 vd.

⁷²¹ Postacıoğlu/Altay, s. 237-238; Üstündağ S.: İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2000, s. 136.

hesaplanacağına ilişkindir. Değişiklikten önce icra inkâr ve kötünîyet tazminatlarının asıl alacak üzerinden mi yoksa asıl alacak ile birlikte işlemiş faiz üzerinden mi hesaplanması gerektiği konusunda tartışmalar bulunmaktaydı⁷²². Ancak kanun değişikliğiyle birlikte bu husus açıklığa kavuşturulmuş olup, tazminatın takip talebi veya davadaki talep üzerinden hesaplanacağı hüküm altına alınmıştır⁷²³.

Yılmaz, icra inkâr tazminatı açısından itirazın iptali davası sebebiyle alacağına geç kavuşan tarafın uğradığı zararın, kanunda götürü olarak tespit edildiğini belirtmektedir. Başka bir ifadeyle itiraz üzerine duran icra takibi ile alacağına geç kavuşan alacaklının zararının, kanun koyucu tarafından önceden götürü bir biçimde belirlenmesi söz konusudur⁷²⁴. Buna karşılık kötünîyet tazminatı borçlu lehine bir tazminattır ve bu durumda kötünîyetli alacaklının alacağına geç kavuşması gibi bir durum söz konusu değildir. Ödeme emrine itiraz eden borçlunun, alacaklının alacağına geç kavuşmasında olduğu gibi arada geçen süre içinde herhangi bir zararı olmayacaktır. Bu durumda tazminatın amacının sadece zararın tazmin edilmesi olduğunu söylemek pek de mümkün görünmemektedir. Nitekim doktrin ve Yargıtay⁷²⁵, kötünîyet tazminatının amacının “gerçekte alacaklı olmayan alacaklının

⁷²² Ayrıntılı bilgi için bkz.: *Yılmaz*, s. 712 vd.

⁷²³ Bkz.: Adalet Komisyonu Raporu, s. 116 (<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss278.pdf>, (erişim Tarihi: 09.11.2012)

⁷²⁴ *Yılmaz*, s. 707 vd.

⁷²⁵ “...İİK’nun 67. maddesinin 2.fıkrasındaki icra inkâr tazminatının kanuna konuluş amacı da borçlu olduğu miktarı bilebilecek veya bu miktarı tayin edebilecek durumda olan borçlunun ödeme emrinin tebliği üzerine icrada borcunu inkâr etmesini önlemektir”; Yargıtay H.G.K., E. 1996/19-601, K. 1996/711, T. 16.10.1996; Aynı yönde bkz.: Yargıtay H.G.K., E. 2010/19-376, K. 2010/397, T.

borçluya zarar vermesini engellemek ve icra daireleri ve mahkemeleri haksız takiplerle meşgul etmesini önlemek” olduğunu kabul etmektedir⁷²⁶.

Bu noktada konumuz açısından önem taşıyan husus, bu tazminatların hukuki niteliği olup, bu konuda doktrinde değişik görüşler ileri sürülmüştür. *Belgesay*’a göre bu tazminat borçlar hukuku anlamında bir tazminattır, o sebeple de ancak itiraz karşısında taraflardan biri bir zarara uğramışsa bu tazminata hükmedilebilir⁷²⁷. *Olgaç*’a göre ise, bu tazminat BK 105/2 anlamında bir munzam zararın talebi niteliğindedir⁷²⁸. Buna karşılık günümüzde bu tür tazminatların borçlar kanunu anlamında bir tazminat olmadığı, icra hukukuna ait bir müessese olduğu kabul edilmektedir⁷²⁹. Nitekim *Alangoya*⁷³⁰, bu tazminatı bir medeni hukuk cezası olarak tanımlamakta, *Kuru* ise icra hukukuna özgü ve gerekli bir yaptırım veya ceza olduğunu belirtmektedir⁷³¹. Yargıtay da bu tazminatların bir müeyyide olduğu görüşünü benimsemiştir⁷³².

14.7.2010; Yargıtay H.G.K., E. 2001/19-1028, K. 2001/766, T. 7.11.2001; (www.kazanci.com.tr adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi: 16.11.2012)

⁷²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Deynekli/Kısa, s. 172; Ayrıca bkz.: Postacıoğlu/Altay, s. 233.

⁷²⁷ Belgesay M. R.: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 4.B., C. I, İstanbul 1955, s. 137.

⁷²⁸ Olgaç S.: İcra İflas C. I, Ankara 1978, s. 501.

⁷²⁹ Yılmaz, s. 684.

⁷³⁰ Alangoya Y.: İcra ve İflas Uygulamasında Güncel Sorunlar Sempozyumu, Tartışmalar, İstanbul 1978, s. 45.

⁷³¹ Kuru, s. 762; bkz.: Aynı yönde, Deynekli/Kısa, s. 173; *Kuru/Arslan/Yılmaz*’a icra inkâr tazminatı bir müeyyide olduğundan icra dairesinin asıl alacağın zamanında ödenmemesi sebebiyle yürüttüğü temerrüt faizinin, icra inkâr tazminatı içinde geçerli olması gerektiğini belirtmektedir. İnkâr

Kanaatimizce icra inkâr tazminatının ve kötüniyet tazminatının temelinde önleme ve cezalandırma düşüncesi yatmaktadır. Bu tazminatlar açısından henüz takip başlatılmamış veya itirazın iptali yoluna başvurulmamışken önleme düşüncesi ön plana çıkmaktayken, takip başlatıldıktan sonra borca itiraz eden veya takibi başlatan, haksız veya kötüniyetli tarafın cezalandırılması sonucunu doğuracaktır. O halde bu yaptırımın önleme ve cezalandırma fikrinin Türk hukukundaki bir başka görünümü olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu görüşümüzü destekleyen diğer bir unsur da özellikle kötüniyet tazminatında alacaklının kötüniyetli olmasının dikkate alınıyor olmasıdır. Kötüniyetin tespiti ve bunun tazminata yaptığı etki de cezalandırıcı tazminat ile önemli bir benzerliktir.

E) TEMERRÜT FAİZİ VE CEZALANDIRMA DÜŞÜNCESİ

Avrupa Birliği, 29 Haziran 2000 tarihli ve 2000/35/AT sayılı Ticari İşlemlerde Geç Ödemelerle Mücadeleye İlişkin Direktif⁷³³ ile bedel alacaklarında

tazminatına faiz yürütülmemesi, bu tazminatın niteliğine uymamaktadır ve bu, borçlu olduğunu bilerek itiraz eden borçluyu koruma anlamına gelecektir. Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 172, dp. 13.

⁷³² “...Sonuç olarak, "inkâr tazminatı" sadece itirazın iptali davalarına has bir müeyyidedir.” Yargıtay HGK, E. 1977/4-993, K. 1977/1378, T. 21.11.1979; (www.kazanci.com.tr adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi: 16.11.2012).

⁷³³ Directive 2000/35/EC of the European Parliament and of the Council of 29 June 2000 on combating late payment in commercial transactions, Official Journal L 200, 08/08/2000 P. 0035 – 0038; AB, 2011 yılında geç ödemelerle mücadeleyle ilişkin bir Direktif daha çıkartmıştır; bkz: Directive 2011/7/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 on combating late payment in commercial transactions, Official Journal L 48, 23/02/2011 P. 001 – 0010

temerrüt konusunda düzenlemeler getirmiştir⁷³⁴. Direktif Dibacesi'nin 16. maddesinde geç ödemenin bir sözleşmenin ihlali hali olduğu ve Üye Devletlerin çoğunda düşük faiz oranları ve yetersiz usuli hükümler sebebiyle borçlular için cazip bir hale geldiği belirtilmektedir. Hal böyleyken Direktif ile geç ödemenin borçlular için caydırıcı hale gelmesi amaçlanmıştır⁷³⁵.

Direktif'in iç hukuka uyarlanması kapsamında üye ülkeler mevzuatta bazı değişiklikler yapmışlardır. Alman hukukunda Direktif'in iç hukuka aktarılması⁷³⁶ ile birlikte konumuz bakımından önem arz eden bir düzenleme hukuk düzenine girmiştir. Bu hüküm *BGB* § 288'de yer almaktadır. Para borçlarında temerrüt faizini düzenleyen *BGB* § 288'in ilk fıkrasında tüm para borçlarında uygulanacak genel faiz oranı düzenlenmiş olup, maddenin ikinci fıkrasında tüketicinin taraf olmadığı sözleşmelerde daha yüksek bir faiz oranı öngörülmüş ve bu oran iskonto faiz oranının sekiz puan üstü olarak kabul edilmiştir. Bu düzenlemenin amacı, alacaklının geç ödeme nedeniyle oluşan zararını ispatlamasına gerek kalmaksızın faiz ile zararını

⁷³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Schmidt-Kessel M.: Die Zahlungsverzugsrichtlinie und Ihre Umsetzung, NJW 2001, s. 97 vd; Schulte-Braucks R.: Zahlungsverzug in der Europäischen Union, NJW 2001, s. 103 vd.

⁷³⁵ Honsell'e göre Direktif ile öngörülen yüksek temerrüt faizi oranı cezalandırıcı taminata yol açmaktadır. Borçlu, alacaklının zararını ispatlamasına gerek kalmaksızın yüksek faiz ödemek zorunda bırakılmaktadır. O halde bu yüksek faiz oranı bir cezalandırıcı tazminattır; Honsell, s. 17 vd.

⁷³⁶ Alman Medeni Kanununda Direktif'e uyum kapsamında yapılan değişiklikler hakkında detaylı bilgi için bkz.: Ayrancı H.: Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar (BK 105), Ankara 2006, s. 78 vd.; Çağlayan P.: Avrupa Birliği Yönergeleri ve Alman Hukukundaki Deneyimler Işığında Mal ve Hizmet Tedarikinde Geç Ödemenin Sonuçları (TTK MD. 1530), BATİDER, C. XXVII, S. 2, 2011, s. 173 vd.

karşılacak ödemeyi elde etmesini sağlamak ve borçlu üzerinde ödemeyi gerçekleştirmesi için bir baskı aracı yaratmaktır⁷³⁷.

Eğer enflasyon oranı temerrüt faizi oranı ile aynı ise, kanunda yer alan faiz oranı, geciken ödeme sonucunda uğradığı zararı kanıtlanmasına gerek kalmaksızın alacaklının uğradığı zararın hesaplanmasında doğru bir varsayım olacaktır. Ancak temerrüt faizi, banka faiz oranlarının üstünde ise, telafi etme amacının ötesine geçecektir⁷³⁸. Hal böyleyken, doktrinde maddenin önleme amacına sahip olduğu ve Alman Medeni Kanunu'ndaki cezalandırma amacı taşıyan hükümler arasında yer aldığı öne sürülmüştür. *Schäfer* temerrüt faizinin götürü bir tazminat türü olduğunu ve gecikme nedeniyle doğan zararın kanıtlanmasına gerek olmadan, hatta gecikmeden doğan bir zarar bulunmasa bile, temerrüt faizi ödenmesi öngörüldüğü ve bunun da denkleştirme ilkesiyle bağdaşmayan aşkın bir tazminata yol açtığını ve bunun bir ceza olduğunu belirtmektedir. Ayrıca sözleşmeyi ihlal eden tarafın kusurunun temerrüt için şart koşulmuş olması açısından da bu yüksek faiz oranı, ceza ile benzerlik arz etmektedir⁷³⁹. Aksi görüşe göre ise ödenecek faiz oranın cezalandırma amacı taşıyıp taşımadığı veya toplam tazminatın cezalandırma amacı taşıyan bir kısmının var olup olmadığı borçlunun kusurunun derecesinden bağımsızdır. Hal böyleyken *Ebert*'e göre burada düzenlenen ceza, para borçlarında

⁷³⁷ Shulze R.: Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 2012, BGB § 288 Verzugszinsen, Rn. 1; Ebert, s. 403.

⁷³⁸ Jansen/Rademacher, s. 84.

⁷³⁹ Schäfer, s. 413-414; BGB § 286/4'e göre borçlunun temerrüde düşmesi için, ifanın gecikmesinde kusurlu olması şarttır. Kusur sadece temerrüde düşme açısından değil, temerrüdün tazminat ve faiz gibi sonuçlarının da şartıdır. Bkz.: Çağlayan, s. 208 vd.

temerrüt ile ortaya çıkan bir sözleşme cezasıdır. O halde cezai şartta olduğu gibi burada amaç borçlunun cezalandırılması değil, önleme ve zararın tazminidir⁷⁴⁰.

İsviçre hukukunda da Direktif hükümleri çerçevesinde yeni bir düzenlemeye gidilmesi hususunda tartışmalar yaşanmış ve OR 104’de yer alan %5’lik temerrüt faizi oranının ticari işlerde %10’a çıkartılması önerilmiştir. Önerinin amacı, temerrüt faizi oranının arttırılmasıyla birlikte geç ödemelerin önüne geçilmesidir. Değiştirilmesi önerilen bu madde yüksek faiz oranı, sadece zararın denkleştirilmesine değil, önlenmesine de hizmet edecektir⁷⁴¹. Buna karşılık bu değişiklik önerisi, İsviçre doktrininde yoğun eleştirilere konu olmuştur. *Honsell*’e göre kanun koyucu, borçlunun mahkeme ve icra masraflarının göz ardı etmiştir, önerilen düzenlemeye göre alacaklının elde edeceği faiz zararın kanıtlanmasına gerek olmadan hesaplanacak ve hal böyleyken tazminata eklenecek yüksek faiz oranı bir cezalandırıcı tazminat olacaktır. Günümüzde düşük enflasyon rakamları nedeniyle bir borçlunun %10 faiz elde etmesi mümkün değildir. O halde günümüz koşulları altında %5’lik faiz oranı yeterlidir ve bu oranın yükseltilmesi doğru değildir⁷⁴².

Yine AB Direktifleri çerçevesinde ticari işlerde faize ilişkin bir diğer düzenleme de Türk Ticaret Kanunu (TTK) 1530. maddesinde yer almaktadır. Madde hükmü mal veya hizmet tedarikine ilişkin sözleşmelerde temerrüdün şartlarını ve

⁷⁴⁰ Ebert, s. 404.

⁷⁴¹ “Höherer Verzugszins soll Zahlungsmoral verbessern; Bundesrat schickt OR-Teilrevision in die Vernehmlassung“; <http://www.admin.ch/aktuell/00089/index.html?lang=de&msg-id=34610> (Erişim tarihi: 16.11.2012).

⁷⁴² Honsell, s. 50.

sonuçlarını düzenlemektedir⁷⁴³. Maddenin konumuz bakımından önem arz eden düzenlemesi 6. ve 7. fıkralarında yer almaktadır. Maddenin 6. fıkrasına aykırı olmamak kaydıyla mal ve hizmet tedarikine ilişkin sözleşmelerde tarafların sözleşme ile temerrüt faizi kararlaştırmaları mümkündür. Ancak faiz ödenmeyeceğini veya ağır derecede haksız sayılabilecek bir oran belirlenmesi halinde 7. fıkra hükmü uygulama alanı bulacaktır. Bu hüküm mal ve hizmet tedarikine ilişkin sözleşmelerde ticari işlere uygulanacak faiz oranından farklı bir faiz oranı getirmiş olup, bu oranın T.C. Merkez Bankası tarafından her yıl Ocak ayında ilan edileceğini hükme bağlamıştır. Hükme göre bu oran, ticari işler için öngörülen gecikme faizi oranının en az %8 fazlası olmalıdır⁷⁴⁴. Hal böyleyken kusurlu olarak temerrüde düşen borçlunun⁷⁴⁵ madde hükmüne göre yüksek oranda faiz ödemesi gerektiği görülmektedir. Bu hükmün cezalandırma amacı taşıyıp taşımadığı hususundaki görüşümüz Alman hukukunda yer alan düzenlemeye ilişkin getirilen görüşlerden farklı değildir. Nitekim *Honsell*'in de yaptığı açıklamalara dayanarak yüksek faiz oranının hem önleme hem de cezalandırma amacını taşıdığını belirtmek yanlış olmayacaktır. Nitekim Türk doktrininde de düzenlemenin cezalandırma amacı taşıdığı kabul görmüştür. *Çağlayan*'a göre, “*AB Yönergeleri ve bu çerçevede kaleme*

⁷⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Çağlayan, s. 216 vd.; Ayan S.: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, Özel Sayı-2010 (2012), s. 717-763.

⁷⁴⁴ Çağlayan’a göre faizin, ticari işlerde tespit edilen faiz oranının %8 fazlası değil, 8 puan fazlası olarak anlaşılması gerekmektedir; bkz.: Çağlayan, s. 233-234, dp. 136.

⁷⁴⁵ Türk hukukunda borçlunun temerrüde düşmesi için kusurlu olası şart değildir. Ancak TTK md. 1530/2 bu kurala aykırı bir düzenleme getirmiş olup, temerrüt faizinin talep edilebilmesi için borçlunun kusurlu olması şartı getirilmiştir: Bkz.: Çağlayan, s. 230 vd.

alınan TTK md. 1530 hükmü, iki ticari işletme arasındaki bedel alacaklarında borçlu ticari işletmenin kusurlu olarak ifayı geciktirmesi halinde daha yüksek bir faiz oranı ödeyerek cezalandırılmasını amaçlamaktadır”. Biz de bu görüşe katılmaktayız. O halde yüksek temerrüt faizi öngören TTK 1530. maddesi Türk hukukunda cezalandırma amacı taşıyan hukuk kurumlarından birisidir⁷⁴⁶.

Alman ve Türk hukuklarında yer alan bu düzenlemelerin cezalandırma amacı taşıdığı konusunda şüphe etmemek gerekir. Özellikle kusurun temerrüt faizinin talep edilebilmesi için gerekli olması ve istenecek faiz oranının da yüksek olması bu görüşümüzü destekler niteliktedir. Dolayısıyla faiz ile ilgili anılan düzenlemelerin işlevsel olarak *Common Law*’daki cezalandırıcı tazminat kurumu ile denk olduğu sonucuna varılmalıdır.

⁷⁴⁶ Bununla birlikte aynı Kanun, madde gerekçesinde belirtildiği üzere, petrol kirliliği zararının tazmini düzenleyen 7. Kısımın yabancı hukukun uygulanması başlıklı 1340. maddesinde, cezalandırıcı tazminatı engellemek üzere özel bir düzenleme öngörmüştür. 1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesi’nin (Petrol Kirliliğinden Kaynaklanan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile ilgili Uluslararası Sözleşme) uygulanmayacağı bir durum söz konusu ise, bu halde milletlerarası özel hukuk düzenlemeleri devreye girecektir. Kirlenme zararı bir haksız fiil zararı niteliğinde olduğundan, ABD hukukunun uygulanması söz konusu olursa zarar gören cezalandırıcı tazminat ödemek zorunda kalabilecektir. Buna engel olmak için TTK, “*Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun uyarınca uygulanacak yabancı hukukun, 1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesine aykırı olan hükümleri uygulanmaz. Böyle bir hâlde, 1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesi doğrudan geçerli olur*” hükmünü getirmiştir. Madde gerekçesinde TTK 1256/5/d maddesinin de aynı kaygı güdülerek kaleme alındığı belirtilmektedir.

SONUÇ

Common Law hukuk düzeninin tazminat hukukuna ilişkin genel çerçevesi pek çok yönden kıta Avrupası hukukuna benzer bir yapı sergilemektedir. Özellikle telafi edici tazminatlar açısından kıta Avrupası hukukunun yaklaşımı ile *Common Law* hukukunun yaklaşımları arasında çok büyük farklılıklar yoktur. Her iki hukuk düzeni de zarar görenin zarardan doğan eyleminin tüm sonuçlarını giderme amacıyla hareket etmektedir. Nitekim ilk bölümde de belirttiğimiz üzere tazminat, hukuka aykırılıktan doğan maddi ve manevi tazminatın giderilmesi için öngörölmüş bir hukuki çaredir. Buna karşılık telafi edici olmayan tazminatlar açısından aynı şeyi söylemek pek de mümkün görünmemektedir.

Diğer telafi edici olmayan tazminat türleri bir kenara bırakılacak olursa, sorumluluk hukukunda cezalandırma düşüncesi ve bu amaca hizmet eden cezalandırıcı tazminat, *Common Law* hukuk düzeninin önemli kurumlarından biridir. Hatta bu kurumun, hukuk çevreleri ayrımında rol oynayan bir faktör ve bu hukuk düzenine özgü bir karakteristik özellik olduğunu söylemek pek de yanlış olmayacaktır⁷⁴⁷. Çünkü tüm *Common Law* hukuk çevresine dahil ölkelerde cezalandırıcı tazminat öyle ya da böyle kabul edilmiştir. Zarar görenin zarardan fazla bir tazminat almasına izin veren ve tazminatın zararı aşan kısmı ile zarar verenin cezalandırılması ve benzer davranışların önlenmesi amacına hizmet eden bu kurum, İngiliz hukukunda doğmuş olup, Amerikan hukukunda büyük önem arz etmektedir.

⁷⁴⁷ Hukuk çevreleri ayrımında kullanılan ölçütler için bkz.: Oğuz, s. 109 vd.

İngiliz hukukundan doğmuş olmakla birlikte, bu hukuk düzeninde cezalandırıcı tazminata çeşitli sınırlamalar getirilmiştir. Öncelikle cezalandırıcı tazminatın üç hal ile sınırlı olarak talep edilebilmesine izin verilmektedir. Bu haller, bir kimsenin kamu görevlilerinin baskıcı, keyfî veya Anayasa'ya aykırı hareketi sonucunda zarar görmesi, zarar verenin zarar görene ödeyeceği tazminatı aşacak bir kâr elde edeceğini öngörerek haksız fiili işlemesi ve kanunla kabul edilen hallerdir. Bu üç hal dışında İngiliz hukukunda cezalandırıcı tazminata hükmedilemeyeceği görüşü benimsenmiştir. Bu açıdan Amerikan hukukunun yaklaşımı ise daha farklıdır. Amerikan hukukunda fiilin türü açısından herhangi bir sınırlandırma getirilmemiş olup, cezalandırıcı tazminatın her tür eylem sonucunda talep edilebileceği kabul edilmiştir. Ancak Amerikan hukuku tazminata, eylemin türü ile değil, kusurun ağırlığıyla sınır çizmiştir. Bu hukuk düzenine göre zarar veren, kötünîyetle veya zarar verme kastı, kayıtsızlık veya ağır ihmâl ile hareket etmelidir. Bu kavramların bir kıta Avrupası hukukçusu tarafından anlaşılması güçtür. Ancak anlaşılacak şekilde formüle etmek gerekirse, cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için eylemin en az ağır ihmâlle işlenmiş olması gerekir.

Bir karşılaştırmalı hukuk çalışmasının tüm aşamalarında yardımcı olan işlevsel denklik ilkesi bakımından yapılacak incelemenin tamamlanması için kıta Avrupası tazminat hukukunun işlevlerinin de ele alınması gerekliliği doğmuştur. Bu kapsamda ana amaçların denkleştirme, önleme ve bir takım eleştiriler olmakla birlikte hakkın devam ettirilmesi olduğu ortaya konulmuştur. Hal böyleyken kıta Avrupası hukuklarında ilk bakışta cezalandırıcı tazminatın bulunmadığı tespiti yapılabilir. Çünkü zararın denkleştirilmesi ilkesi tazminatın cezalandırma amacını reddetmektedir. Fakat kıta Avrupası hukuklarında bir şekilde doktrini meşgul eden

bir kurum da medeni ceza kavramıdır. Medeni ceza soyut ve genel bir kavram olup, hukukun her alanında cezalandırma amacını haiz kurumların bu kavramla açıklandığı görülmektedir. O halde cezalandırma amacı kıta Avrupası hukukuna da yabancı değildir. Nitekim cezalandırıcı tazminatın da bir medeni ceza türü olduğu düşünülmektedir. Tüm bu sonuçlar ışığında cezalandırıcı tazminat ile işlevsel olarak denk kurumların tespiti için kıta Avrupası hukuklarında cezalandırma amacı güttüğü kabul edilen bazı kurumların derinlenmesine incelenmesi zorunluluğu doğuştur.

Özel hukukta cezalandırma işlevi denildiğinde akla ilk gelen kurum manevi tazminat kurumudur. Manevi tazminatın cezalandırma işlevinin bulunup bulunmadığı kıta Avrupası doktrini ve mahkemelerini uzunca bir süre meşgul etmiştir. Bu çerçevede bir görüş manevi tazminatın cezalandırma işlevinin de bulunduğunu kabul etmekteyken, diğer bir görüş ise manevi tazminatı tamamen denkleştirme düşüncesine dayandırmaktadır. Bu konuda bizim görüşümüz manevi tazminatın bir cezalandırıcı tazminat türü olmadığı yönünde olmakla birlikte, özellikle Alman hukukunda şeref ve haysiyetin basın yoluyla ihlalinde mahkeme kararlarıyla bir cezalandırıcı tazminat türü yaratıldığını düşünmekteyiz. Cezalandırma ve önleme amaçlarına hizmet eden bu tazminat, şeref ve haysiyetin ihlalinde uygun bir çözüm yolu olarak görülmektedir. Nitekim bu hal İngiliz hukukundaki kategori testi ile kabul edilmiş kategorilerle de örtüşmektedir.

Çoklu tazminatların bazıları da *Common Law* hukuk düzeninde cezalandırıcı tazminat türü olarak kabul edilen tazminatlardandır. Çoklu tazminat örneklerine kıta Avrupası hukuk düzenlerinde de rastlanmaktadır. Bu örneklerden ilki rekabet hukuku alanında ve Türk hukukunda yer almaktadır. Bu kurumun gerek kusurun ağırlığının dikkate alınması bakımından gerekse cezalandırma ve önleme işlevlerini haiz olması

bakımından cezalandırıcı tazminat ile büyük benzerlik arz ettiği düşünülmektedir. Yine bir diğer çoklu tazminat örneği fikir ve sanat eserleri hukuku alanında kabul edilmiştir. İsviçre ve Almanya’da iki kat tazminat, meslek birliklerinin haklarının ihlal edilmesinde benimsenmiş olup, mahkeme kararlarıyla geliştirilmiştir. Ancak bu tazminatın amacının cezalandırma olup olmadığı açık değildir. Bizim de katıldığımız görüşe göre meslek birlikleri iki kat oranındaki tazminatı, yaptıkları denetim ve gözetim masraflarına karşılık olarak almakta olup, bu halde bir cezalandırma amacı yoktur. Bu sebeple de bu tür çoklu tazminatların bir cezalandırıcı tazminat örneği olduğunu kabul etmek güçtür. Son çoklu tazminat örneğine Türk Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda rastlanmaktadır. Kanunumuzda yer alan bu çoklu tazminat örneği de bir anlamda cezalandırıcı tazminat ile benzerlik göstermekte olup, bir medeni ceza türü olduğu bazı yazarlarca kabul edilmiştir. Buna karşılık, kusurun ağırlığının önem arz etmemesi bu kurumu cezalandırıcı tazminattan ayırmaktadır. Ancak yine de genel olarak çoklu tazminatların, cezalandırma düşüncesinin özel hukuka yansımaları göstermesi açısından önem taşımaktadır.

Çalışmamız kapsamında cezalandırıcı tazminat ile benzerlik arz ettiği sonucuna varılan diğer kurumlar, iş hukuku alanında kabul edilmiş ve işçiyi koruyucu amaca sahip haksız fesih ve kötünîyet tazminatları ile ayrımcılığa ilişkin düzenlemelerdir. Bu kurumların da cezalandırma düşüncesi açısından cezalandırıcı tazminat ile benzerlik arz ettiği belirtilmektedir. Özellikle doktrinde cezalandırma amacı açıkça kabul edilmiş olup, vardığımız sonuç bu kurumların da cezalandırma amaç ve düşüncesinin kıta Avrupası hukuklarındaki görünümü olduğu yönündedir. Benzer bir sonuca Türk İcra ve İflas Kanunu’nda yer alan icra inkâr ve kötünîyet tazminatları ve temerrüt faizi açısından da varılmaktadır. Kanaatimizce bu iki hukuk

kurumu da cezalandırıcı tazminatın kıta Avrupası hukukundaki görünüm biçimleridir.

Bu kapsamda genel bir değerlendirme yapmak gerekirse, kıta Avupası hukukunun cezalandırma amaç ve düşüncesine o kadar da uzak olmadığı belirtilmelidir. Hatta bu hukuk düzenine dahil olan ülkelerden biri olan Türk hukukunda diğer kıta Avrupası ülkelere nazaran cezalandırma amacı içeren daha çok kurum vardır. Bunlar, rekabet hukukuku alanındaki üç katına kadar tazminat, İş Kanunu'nda yer alan düzenlemeler ve İcra ve İflas Kanunu'nda yer alan icra inkâr ve kötüniyet tazminatlarıdır.

ÖZET

Tezimizin ilk bölümünde *Common Law* hukuk düzeninin tarihi gelişimi ve temel kavramlarına, genel olarak haksız fiiller ve tazminat kavramına ve tezimizin ana konusunu oluşturan cezalandırıcı tazminatın tarihi gelişimi ve işlevlerine yer verilmiştir. *Common Law* hukuk düzeninin kıta Avrupası hukuk düzeninden farklı amacının zararın denkleştirilmesi, telafi edilmesi olmayan bazı tazminat türleri kabul ettiği görülmektedir. Yine bu bölümde cezalandırıcı tazminatın, cezalandırma ve önleme işlevleri sayesinde telafi edici tazminatlardan ayrıldığı ortaya konulmuştur.

Tezimizin ikinci bölümünde ise cezalandırıcı tazminatın İngiltere ve Amerika'da nasıl uygulandığı sorusu cevaplandırılmıştır. Bu bölümde cezalandırıcı tazminatın İngiliz hukuk düzeninde kategori testi adı verilen bir test ile sınırlandırıldığı tespit edilmiştir. Amerikan hukukunda ise daha farklı bir yaklaşımın benimsendiği, sınırlandırmanın haksız fiil kategorilerine göre değil de, zarar verenin kusurunun ağırlığına göre yapıldığı hususu açıklanmıştır.

Çalışmamızın son bölümünde ise karşılaştırmalı hukuk metodları çerçevesinde cezalandırıcı tazminatın ve dolayısıyla cezalandırma ve önleme fikrinin kıta Avrupası hukuk düzenlerinde görünümü tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu açıdan kıta Avrupası hukukunda cezalandırma ve önleme işlevlerini haiz olduğu düşünülen manevi tazminat, çoklu tazminatlar, iş ve hizmet sözleşmelerinden doğan tazminatlar, icra inkâr ve kötüniyet tazminatları ile temerrüt faizi kurumları incelenmiştir. Bu konuda genel bir değerlendirme yapıldığında kıta Avrupası hukuk düzenine dahil ülkelerin bazı kurumlarının, cezalandırma ve önleme düşüncesini bünyesinde barındırdığı görülmektedir. Bunlardan bazıları cezalandırıcı tazminat ile

büyük benzerlik arz ederken, bazılarının cezalandırıcı tazminat ile işlevsel açıdan benzerlik arz ettiğini söylemek güçtür. Ancak bu çalışma *Common Law*'a özgü bir kavram olan cezalandırıcı tazminatın, kıta Avrupası hukukuna aslında ilk bakışta düşünüldüğü kadar yabancı olmadığını tespit etmesi açısından önemlidir.

SUMMARY

In the first part of the thesis, the historical development of Common Law and the basic concepts, torts and damages in general, the history and the functions of punitive damages are explained. In Common Law there are types of damages which don't aim to compensate the loss under the heading of non-compensatory damages. In this chapter, it is also presented that with the functions of punishment and deterrence; punitive damages are distinguished from compensatory damages.

At the second part of the study, the implementation of punitive damages in England and America are explained. In this chapter it is found out that the punitive damages are limited by the category test in English law. In American law a different approach is adopted and the limitations are made by the aggravation of fault, not by the category of torts.

At the last part of the study, it is aimed to determine the punitive damages and also the idea of punishment and deterrence in the continental law system within the framework of the comparative law methods. In this respect, damages for pain and suffering, multiple damages, the damages which resultant from labor and service contracts, unjustified objection and bad faith damages in bankruptcy and enforcement law and default interest, are studied. When a general assessment should be made, it has been seen that in some countries of the Continental Law system, deterrence and punishment functions are accepted in some of the institutions. Some of them are very similar to punitive damages but for some others it is hard to say that they are functionally similar. But this study is important to determine that the

institution of punitive damages specific to the Common Law system is not that unfamiliar to the Continental Law system as we think at first glance.