

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

CEZALANDIRICI TAZMİNAT

DOKTORA TEZİ

EREN ÖZDEMİR

13921904

ANKARA-2023

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

CEZALANDIRICI TAZMİNAT

DOKTORA TEZİ

EREN ÖZDEMİR

13921904

TEZ DANIŞMANI

Dr. Öğretim Üyesi Vehbi Umut ERKAN

ANKARA-2023

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
MEDENİ HUKUK BİLİM DALI

CEZALANDIRICI TAZMİNAT

DOKTORA TEZİ

EREN ÖZDEMİR

13921904

TEZ DANIŞMANI

Dr. Öğretim Üyesi Vehbi Umut ERKAN

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

İmzası

- 1- Prof. Dr. Çiğdem KIRCA
- 2- Prof. Dr. Süleyman YILMAZ
- 3- Doç. Dr. Ayhan TEKİNSOY
- 4- Dr. Öğretim Üyesi Vehbi Umut ERKAN
- 5- Dr. Öğretim Üyesi Ünsal DÖNMEZ

Tez Savunması Tarihi

17.1.2023

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Dr. Öğretim Üyesi Vehbi Umut ERKAN danışmanlığında hazırladığım “Cezalandırıcı Tazminat (Ankara. 2023)” adlı doktora tezimdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

Tarih: 12.02.2023

Adı-Soyadı ve İmza

Eren ÖZDEMİR

1.BÖLÜM

COMMON LAW HUKUK SİSTEMİNDE CEZALANDIRICI TAZMİNAT, CEZALANDIRICI TAZMİNATIN TARİHSEL GELİŞİMİ, İŞLEVLERİ VE ŞARTLARI

GİRİŞ.....	20
§1 TERMİNOLOJİ.....	24
§2 CEZALANDIRICI TAZMİNATIN TARİHSEL GELİŞİMİ	28
I. CEZALANDIRICI TAZMİNATIN DİNİ METİNLERDEKİ GÖRÜNÜMÜ VE İLK HUKUK METİNLERİNDEKİ KÖKENİ.....	28
II. ROMA HUKUKUNDA ÖZEL CEZA KAVRAMI	29
III. MODERN DÖNEMDEKİ TARİHSEL GELİŞİM	32
A. KAMU GÜCÜYLE VEYA EKONOMİK GÜÇLE OLUŞTURULAN BASKIYA KARŞI BİREYLERİN KORUNMASI SAFHASI (18. YÜZYIL VE SONRASI).....	32
B. ÜRÜN SORUMLULUĞU DAVALARINDAKİ GÖRÜNÜM (1950 VE SONRASI).....	42
C. IRKSAL VE CİNSİYET TEMELLİ EŞİTSİZLİKLERE KARŞI BİREYLERİN KORUNMASI SAFHASI (1990 VE SONRASI)	47
§3 CEZALANDIRICI TAZMİNATIN ÖZELLİKLE COMMON LAW HUKUK SİSTEMİNDE KABUL EDİLMESİNİN SEBEPLERİ	49
I. GENEL OLARAK	49

II. CEZALANDIRICI TAZMİNATIN ORTAYA ÇIKTIĞI DÖNEMDE MANEVİ ZARAR KAVRAMININ HENÜZ <i>COMMON LAW</i> HUKUK SİSTEMİNDE MEVCUT OLMAMASI.....	49
III. <i>COMMON LAW</i> HUKUK SİSTEMİNDE KAMU HUKUKU- ÖZEL HUKUK AYRIMININ BELİRSİZ OLMASI.....	52
IV. ABD CEZALANDIRMA SİSTEMİNİN YETERSİZ VE ESNEKLİKTEN UZAK YAPISI	55
§4 CEZALANDIRICI TAZMİNATIN <i>COMMON LAW</i> SİSTEMİNDEKİ TELAFİ EDİCİ NİTELİKTEKİ TAZMİNATLARDAN AYRILAN ÖZELLİKLERİ	57
I. CEZALANDIRICI TAZMİNATTA TELAFİ DÜŞÜNCESİNİN İKİNCİ PLANDA OLMASI.....	57
II. UĞRANILAN GERÇEK ZARAR MİKTARINI AŞAN BİR TAZMİNATA HÜKMEDİLMESİ VE BU MİKTARIN ZARAR GÖRENE ÖDENMESİ.....	60
A. GENEL OLARAK	60
B. UĞRANILAN GERÇEK ZARAR İLE CEZALANDIRICI TAZMİNAT MİKTARI ARASINDA MAKUL BİR ORANIN BULUNMASI.....	61
III. TAZMİNATIN BELİRLENMESİNDE JÜRİYE TANINAN GENİŞ TAKDİR YETKİSİ.....	63
IV. TAZMİNATIN BELİRLENMESİNDE ZARAR GÖREN YERİNE ZARAR VERENİN MALVARLIĞININ DİKKATE ALINMASI.....	67
V. ARA DEĞERLENDİRME.....	72
§5 CEZALANDIRICI TAZMİNATIN İŞLEVLERİ	74
I. GENEL OLARAK	74

II. CEZALANDIRMA İŞLEVİ.....	76
III. ÖNLEME İŞLEVİ.....	83
A. GENEL VE ÖZEL ÖNLEME İŞLEVLERİ.....	83
B. NİSPİ ÖNLEME İŞLEVİ.....	88
IV. TOPLUMSAL HUZURUN SAĞLANMASI İŞLEVİ.....	90
V. TATMİN İŞLEVİ.....	91
VI. TAZMİN İŞLEVİ.....	93
A. GENEL OLARAK	93
B. DÜŞÜK MİKTARDAKİ ZARARLARIN TAZMİNİ.....	96
C. DAVA MASRAFLARININ TAZMİNİ.....	97
D. TAZMİN İŞLEVİNE YÖNELİK ELEŞTİRİLER.....	99
VII. HUKUKİ YAPTIRIMLARIN BİREYLER TARAFINDAN TAKİBİNİ (PRİVATE ENFORCEMENT) TEŞVİK İŞLEVİ	101
VIII. ELDE EDİLEN KÂRIN İADESİNİ SAĞLAMA İŞLEVİ (GEWİNNABSCHÖPFUNG, SKİMMİNG OFF THE PROFITS)	104
IX. ARA DEĞERLENDİRME.....	106
§6 COMMON LAW HUKUK SİSTEMİNDE CEZALANDIRICI TAZMİNATIN ŞARTLARI.....	108
I. ÖN ŞART- HAKSIZ FİİL TEŞKİL EDEN BİR HUKUKİ EYLEMİN VARLIĞI 108	
II. FAİLİN CEZALANDIRICI TAZMİNAT GEREKTİREN BİR FİİLİNİN VARLIĞI.....	109

A. GENEL OLARAK	109
B. İNGİLİZ HUKUKUNDA ROOKES V. BARNARD KARARIYLA ÖNGÖRÜLEN KATEGORİ TESTİNDE YER ALAN DAVA GRUPLARI	112
1. BİR KİMSENİN KAMU GÖREVLİLERİNİN BASKICI, KEYFİ VEYA ANAYASAYA AYKIRI DAVRANIŞI SONUCU ZARAR GÖRMESİ	112
2. ZARAR VERENİN, ZARAR GÖRENE ÖDEYECEĞİ TAZMİNATI AŞAN BİR FAYDA ELDE EDECEĞİNİ HESAPLAYARAK FİİLİ İŞLEMESİ 114	
3. KANUNLA KABUL EDİLEN DİĞER HALLER	119
C. İNGİLİZ HUKUKUNDA DAVA SEBEBİ TESTİ (CAUSE OF ACTION) İLE GETİRİLEN SINIRLAMALAR	120
D. AMERİKAN HUKUKUNDA CEZALANDIRICI TAZMİNATA KONU OLUŞTURAN DAVA GRUPLARI	122
III. FAİLİN CEZALANDIRICI TAZMİNAT GEREKTİREN BİR KUSURUNUN BULUNMASI	123
A. GENEL OLARAK	123
B. FAİLİN KASTININ VAR OLDUĞU DURUMLAR	125
C. FAİLİN OLASI KASTININ VEYA BİLİNÇLİ TAKSİRİNİN BULUNDUĞU DURUMLAR	126
D. FAİLİN AĞIR KUSURUNUN VAR OLDUĞU DURUMLAR	129
E. FAİLİN HAFİF KUSURUNUN VAR OLDUĞU DURUMLAR	131
F. ANA KURALIN İSTİSNASI OLARAK KUSURSUZ SORUMLULUK HALLERİNDE CEZALANDIRICI TAZMİNAT	131

1. GENEL OLARAK	131
2. ADAM ÇALIŞTIRANIN KUSURSUZ SORUMLULUĞUNDA CEZALANDIRICI TAZMİNAT	133
3. ÜRÜN SORUMLULUĞU HALLERİNDE CEZALANDIRICI TAZMİNAT	139
IV. SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK HALLERİNDE CEZALANDIRICI TAZMİNAT	143
A. GENEL OLARAK	143
B. İSTİSNALAR.....	144
V. CEZALANDIRICI TAZMİNAT DAVALARINDA DELİLLERE İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR	148
§7 CEZALANDIRICI TAZMİNAT MİKTARININ SINIRLANMASINA YÖNELİK HUKUKİ MEKANİZMALAR.....	150
I. GENEL OLARAK	150
II. CEZALANDIRICI TAZMİNAT MİKTARINA GETİRİLEN YASAL SINIRLAMALAR.....	152
III. CEZALANDIRICI TAZMİNAT MİKTARINA İLK DERECE HAKİMİNİN KARAR VERMESİ YÖNÜNDEKİ GÖRÜŞLER.....	155
IV. AMERİKAN YÜKSEK MAHKEMESİ TARAFINDAN CEZALANDIRICI TAZMİNAT MİKTARINA GETİRİLEN SINIRLAMALAR	156
A. GENEL OLARAK	156
B. ADİL YARGILANMA HAKKINA DAYANAN SINIRLAMALAR	157

C. BMW OF NORTH AMERICA, INC. V. GORE KARARIYLA ÖNGÖRÜLEN ÜÇLÜ SINIRLAMA	161
1. DAVALININ DAVRANIŞININ KINANABİLİRLİĞİ	162
2. TELAFİ EDİCİ TAZMİNAT MİKTARI İLE CEZALANDIRICI TAZMİNAT MİKTARI ARASINDA MAKUL BİR ORANIN VARLIĞI	163
3. BENZER DAVRANIŞLARDA GÜNDEME GELEN MEDENİ HUKUK VEYA CEZA HUKUKU YAPTIRIMLARIYLA KARŞILAŞTIRMA YAPILMASI	164
D. BMW OF NORTH AMERICA, INC. V. GORE KARARI SONRASINDA AMERİKAN YÜKSEK MAHKEMESİ TARAFINDAN ÖNGÖRÜLEN EK SINIRLAMALAR	165
E. ARA DEĞERLENDİRME	168

2. BÖLÜM

TÜRK-İSVİÇRE HUKUKU'NDA MADDİ VE MANEVİ TAZMİNATIN İŞLEVLERİ, BELİRLENMESİNDEKİ TEMEL İLKELER VE CEZALANDIRICI TAZMİNATIN TÜRK-İSVİÇRE HUKUKU AÇISINDAN KABUL EDİLEMEZLİĞİ

§8 TÜRK-İSVİÇRE HUKUKUNDA MADDİ TAZMİNATIN İŞLEVLERİ VE MADDİ TAZMİNATIN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN TEMEL İLKELER	172
I. GENEL OLARAK	172
II. TÜRK-İSVİÇRE HUKUKU'NDA MADDİ ZARARIN VE TAZMİNATIN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN GENEL İLKELER	174
A. FARK KURAMI/TEORİSİ	174

B. ZENGİNLEŞME YASAĞI	181
C. TAM TAZMİN İLKESİ	182
D. MADDİ ZARARIN BELİRLENMESİ VE HAKİMİN TAKDİR YETKİSİ 186	
E. MADDİ ZARARIN BELİRLENMESİNDE DENKLEŞTİRME	190
F. MADDİ TAZMİNATIN BELİRLENMESİNDE HAKİMİN TAKDİR YETKİSİ.....	192
III. MADDİ TAZMİNATIN ANA İŞLEVİ: TELAFİ	199
IV. MADDİ TAZMİNATIN YAN İŞLEVİ: GENEL VE ÖZEL ÖNLEME	202
A. GENEL OLARAK ÖNLEME İŞLEVİ	202
B. ÖNLEME İŞLEVİNİ BİR YAN ETKİ OLARAK GÖREN HAKİM GÖRÜŞ 207	
C. ÖNLEME İŞLEVİNİ MADDİ TAZMİNATIN ANA İŞLEVLERİNDEN BİRİ OLARAK GÖREN GÖRÜŞ	209
D. ÖNLEME İŞLEVİNİ MADDİ TAZMİNATIN ANA İŞLEVLERİNDEN BİRİ OLARAK GÖREN GÖRÜŞLERİN ELEŞTİRİSİ.....	214
V. MADDİ TAZMİNATA CEZALANDIRMA İŞLEVİ YÜKLEYEN GÖRÜŞLER VE ELEŞTİRİSİ	219
VI. MADDİ TAZMİNATIN İŞLEVLERİNE İLİŞKİN GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ	223
§9 TÜRK-İSVİÇRE HUKUKU'NDA MANEVİ TAZMİNATIN İŞLEVLERİ VE MANEVİ TAZMİNATIN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN TEMEL İLKELER	226
I. GENEL OLARAK	226

II. TÜRK, İSVİÇRE VE ALMAN HUKUKU'NDA MANEVİ TAZMİNATIN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN GENEL İLKELER.....	230
A. TÜRK HUKUKU'NDA MANEVİ TAZMİNATIN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN GENEL İLKELER.....	230
B. ALMAN HUKUKU'NDA MANEVİ TAZMİNATIN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN GENEL İLKELER.....	233
C. İSVİÇRE HUKUKU'NDA MANEVİ TAZMİNATIN BELİRLENMESİNDE TEMEL İLKELER.....	234
D. MANEVİ TAZMİNATIN BELİRLENMESİNDE HAKİMİN TAKDİR YETKİSİ.....	238
III. MANEVİ TAZMİNATIN İŞLEVLERİ.....	240
A. GENEL OLARAK	240
B. TELAİİ İŞLEVİ.....	244
C. TATMİN İŞLEVİ.....	246
D. CEZALANDIRMA İŞLEVİ.....	250
E. ÖNLEME İŞLEVİ.....	252
F. MANEVİ TAZMİNATIN İŞLEVLERİNE İLİŞKİN GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	255
§10 MADDİ VE MANEVİ TAZMİNATIN CEZALANDIRICI TAZMİNAT İLE KARŞILAŞTIRILMASI, CEZALANDIRICI TAZMİNATIN TÜRK-İSVİÇRE HUKUKU AÇISINDAN KABUL EDİLEMEZLİĞİ VE CEZALANDIRICI TAZMİNATA YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER	258
I. GENEL OLARAK	258

II. MADDİ TAZMİNATIN CEZALANDIRICI TAZMİNAT OLARAK KABUL EDİLEMEZLİĞİ	259
A. GENEL OLARAK	259
B. MADDİ TAZMİNAT İLE CEZALANDIRICI TAZMİNATIN KARŞILAŞTIRILMASI	259
C. DEĞERLENDİRMEMİZ	264
III. MANEVİ TAZMİNATIN CEZALANDIRICI TAZMİNAT OLARAK KABUL EDİLEMEZLİĞİ	266
A. GENEL OLARAK	266
B. MANEVİ TAZMİNAT İLE CEZALANDIRICI TAZMİNATIN KARŞILAŞTIRILMASI	267
C. MANEVİ TAZMİNATA CEZALANDIRICI TAZMİNATA BENZER İŞLEVLER YÜKLEYEN GÖRÜŞ VE ELEŞTİRİSİ.....	272
IV. CEZA HUKUKUNUN YETERSİZ KALDIĞI NOKTALARDA CEZALANDIRICI TAZMİNATA BAŞVURMANIN GEREKSİZLİĞİ	278
V. ÖZEL HUKUKA CEZALANDIRMA İŞLEVİNİN YÜKLENMESİNİN İSABETSİZLİĞİ	286
VI. CEZALANDIRICI TAZMİNATIN DÜZELTİCİ (DENKLEŞTİRİCİ) ADALETE AYKIRILIĞI.....	296
VII. CEZALANDIRICI TAZMİNATIN MAĞDURUN HAK ETMEDİĞİ BİR YARARI ELDE ETMESİNE SEBEBİYET VERMESİNİN KABUL EDİLEMEZLİĞİ	301

VIII. CEZALANDIRICI TAZMİNATIN BİRDEN FAZLA ZARAR GÖRENİN VAR OLDUĞU DURUMLARDA ADALETSİZ SONUÇLARA YOL AÇMASI	305
IX. ARA DEĞERLENDİRME.....	310
§11 TÜRK HUKUKU'NDA MEVCUT YAPTIRIMLARIN YETERSİZ KALDIĞI OLAY GRUPLARI İÇİN ÇÖZÜM ÖNERİLERİ	313
I. TÜRK HUKUKU'NDAKİ MEVCUT DÜZENLEMELERİN YETERSİZ KALDIĞI İDDİA EDİLEN OLAY GRUPLARI.....	313
II. MEVCUT YAPTIRIMLARIN YETERSİZ KALDIĞI OLAY GRUPLARI İÇİN ÇÖZÜM ÖNERİLERİ.....	315
A. MEVCUT DÜZENLEMELERİN YETERSİZ KALDIĞI OLAY GRUPLARI İÇİN SORUMLULUK HUKUKU SİSTEMİNİN ÖZÜNÜ DEĞİŞTİRMEDEN VE İLKELERİNİ SARSMADAN ÇÖZÜM ÜRETEBİLMENİN ÖNEMİ.....	315
B. GERÇEK OLMAYAN VEKALETİSİZ İŞ GÖRME KURUMUNUN KAZANCIN İADESİ SÜREÇLERİNDE ETKİN KULLANIMI.....	318
1. GENEL OLARAK	318
2. ŞARTLARI.....	321
3. ZAMANAŞIMI	324
4. MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT TALEPLERİ İLE YARIŞMASI...	325
C. KİŞİLİK HAKKININ İHLALİNE DAYANAN DAVALARDA MANEVİ TAZMİNATLARI ARTIRMAK AMACIYLA ÖNLEME DÜŞÜNCESİNİN ANA AMAÇ OLARAK DİKKATE ALINMASI	330

D. BAĞIMSIZ İDARİ OTORİTELERİN VE DİĞER İDARİ MAKAMLAR TARAFINDAN GERÇEKLEŞTİRİLEN DENETİMLERİN VE İDARİ PARA CEZALARININ ETKİN HALE GETİRİLMESİ.....	339
III. ARA DEĞERLENDİRME.....	345

3. BÖLÜM

TÜRK HUKUKU'NDA MEDENİ CEZA VE CEZALANDIRICI TAZMİNAT İLİŞKİSİ, CEZALANDIRICI TAZMİNAT OLARAK NİTELENDİRİLMESİ TARTIŞMALI OLAN HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE MÖHUK AÇISINDAN CEZALANDIRICI TAZMİNAT

§12 DEĞERLENDİRMEDE KULLANILACAK ÖLÇÜTLERİN BELİRLENMESİ VE MEDENİ CEZA İLE CEZALANDIRICI TAZMİNAT ARASINDAKİ İLİŞKİ .	348
I. GENEL OLARAK	348
II. TÜRK HUKUKU'NDA CEZALANDIRICI TAZMİNAT OLDUĞU İDDİA EDİLEN HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİNDE KULLANILACAK ÖLÇÜTLERİN BELİRLENMESİ	348
III. MEDENİ CEZA VE CEZALANDIRICI TAZMİNAT	350
§13 TÜRK HUKUKU'NDA YER ALAN CEZALANDIRICI TAZMİNAT NİTELİĞİNDEKİ HÜKÜMLER	357
I. REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN MD. 58/II HÜKMÜNDE DÜZENLENEN ÜÇ KAT TAZMİNAT	357
A. GENEL OLARAK	357
B. RKHK MD. 58/II UYARINCA ÜÇ KAT TAZMİNATIN ŞARTLARI	359
1. FİİL	360

2. HUKUKA AYKIRILIK	361
3. İLLİYET BAĞI	362
4. ZARAR.....	362
5. KUSUR.....	365
6. DİĞER ŞARTLAR.....	366
C. RKHK MD. 58/II UYARINCA ÖNGÖRÜLEN ÜÇ KAT TAZMİNATIN HUKUKİ NİTELİĞİNE İLİŞKİN İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER VE BU GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	367
II. KİRA SÖZLEŞMESİNDE YENİDEN KİRALAMA YASAĞI (TBK MD. 355) 376	
A. GENEL OLARAK	376
B. ŞARTLARI.....	378
C. YENİDEN KİRALAMA YASAĞININ İHLALİNE BAĞLANAN SONUÇLAR İLE CEZALANDIRICI TAZMİNATIN İLİŞKİSİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	381
III. İŞ KANUNU MD. 17(6)'DA DÜZENLENEN KÖTÜNİYET TAZMİNATI VE TBK MD. 438'DA DÜZENLENEN HAKSIZ FESİH TAZMİNATI.....	384
A. GENEL OLARAK	384
B. KÖTÜNİYET TAZMİNATI VE ŞARTLARI	385
C. HAKSIZ FESİH TAZMİNATI	391
D. KÖTÜNİYET VE HAKSIZ FESİH TAZMİNATLARININ CEZALANDIRICI TAZMİNAT İLE İLİŞKİSİ	395

IV. AYRIMCILIK TAZMİNATI	398
A. GENEL OLARAK	398
B. ALMAN HUKUKU'NDA AYRIMCILIK TAZMİNATINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER	400
C. İSVİÇRE HUKUKU'NDA AYRIMCILIK TAZMİNATINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER	405
D. TÜRK HUKUKU'NDA AYRIMCILIK TAZMİNATININ ŞARTLARI ...	407
E. TÜRK HUKUKU'NDAKİ AYRIMCILIK TAZMİNATININ CEZALANDIRICI TAZMİNAT İLE İLİŞKİSİ	411
§14 TÜRK HUKUKU'NDA CEZALANDIRICI TAZMİNAT NİTELİĞİ TARTIŞMALI OLAN HÜKÜMLER	415
I. FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU MD. 68/I HÜKMÜNDE DÜZENLENEN ÜÇ KAT TAZMİNAT	415
A. GENEL OLARAK	415
B. FSEK MD. 68'E GÖRE ÜÇ KAT TAZMİNATIN ŞARTLARI	416
C. ALMAN FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA MALİ HAKLARIN İHLALİ HALİNDE TAZMİNAT YAPTIRIMI VE GEMA İÇTİHATLARI	420
D. FSEK MD. 68 UYARINCA ÖNGÖRÜLEN ÜÇ KAT TAZMİNATIN HUKUKİ NİTELİĞİNE İLİŞKİN İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER VE BU GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ	425
II. CEZA KOŞULU (TBK MD. 179)	430
A. GENEL OLARAK	430

B. CEZA KOŞULU İLE CEZALANDIRICI TAZMİNAT İLİŞKİSİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	435
III. İCRA İNKAR TAZMİNATI.....	439
A. GENEL OLARAK	439
B. ŞARTLARI.....	441
C. İCRA İNKAR TAZMİNATI İLE CEZALANDIRICI TAZMİNAT İLİŞKİSİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	448
§15 MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK KURALLARI AÇISINDAN CEZALANDIRICI TAZMİNAT	453
I. GENEL OLARAK	453
II. TÜRK-İSVİÇRE VE ALMAN HUKUKU'NDA YABANCI NORMLARIN UYGULANMASI VE KAMU DÜZENİ.....	455
A. MÖHUK UYARINCA YABANCI HUKUK NORMLARININ UYGULANMASINDA KAMU DÜZENİ İSTİSNASI.....	455
B. İSVİÇRE HUKUKU'NDA YABANCI HUKUK NORMLARININ UYGULANMASINDA KAMU DÜZENİ İSTİSNASI.....	456
C. ALMAN HUKUKU'NDA YABANCI HUKUK NORMLARININ UYGULANMASINDA KAMU DÜZENİ İSTİSNASI.....	458
III. YABANCI MAHKEME KARARLARININ TÜRK-İSVİÇRE VE ALMAN HUKUKU'NDA TANINMASI VE TENFİZİ VE KAMU DÜZENİ.....	459
A. MÖHUK AÇISINDAN TANIMA VE TENFİZ.....	459
B. İSVİÇRE HUKUKU'NDA TANIMA VE TENFİZ	462
C. ALMAN HUKUKU'NDA TANIMA VE TENFİZ	463

IV. TÜRK HUKUKU'NDA CEZALANDIRICI TAZMİNAT İÇEREN YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANINMASININ VE TENFİZİNİN MÜMKÜN OLUP OLMADIĞINA İLİŞKİN GÖRÜŞLER VE DEĞERLENDİRMEMİZ.....	468
SONUÇ.....	474
TEZ ÖZETİ	486
ABSTRACT	487
BİBLİYOGRAFYA.....	488



KISALTMALAR CETVELİ

AİHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Art. : Artikel

ASR : Abhandlungen zum schweizerischen Recht

ATAD : Avrupa Topluluğu Adalet Divanı

Aşa. : Aşağıda

AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

BATİDER : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

Bd. : Band

BeckOK : Beck Online Kommentar

BGB : Bürgerliches Gesetzbuch

BGBL. : Bundesgesetzblatt

BGE : Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes

BGH : Bundesgerichtshof

BGHZ : Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen

BK : Berner Kommentar

bkz. : Bakınız

BSK : Basler Kommentar

BVerfG : Bundesverfassungsgericht

C. : Cilt

CHK : Handkommentar zum Schweizer Privatrecht

dn. : Dipnot

E. : Esas Numarası

ed. : Editör

eBK : 818 sayılı Borçlar Kanunu

eMK : 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi

HD : Hukuk Dairesi

HGK : Hukuk Genel Kurulu

hk. : Hakkında

HK-BGB : Handkommentar Bürgerliches Gesetzbuch: BGB

FS : Festschrift

GEMA : Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte

GIG : Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann

GÜHFD : Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

İİK : 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu

İÜHFM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

JZ : Juristen Zeitung

K. : Karar Numarası

KUKO : Kurzkommentar

md. : Madde

MÖHUK : Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun

MÜHFHAD : Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

MüKO : Münchener Kommentar

N. : Paragraf numarası

NJW : Neue Juristische Wochenschrift

NK : Nomos Kommentar

Nr. : Nummer/Numara

MÜHF-HAD : Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

OFK : Orell Füssli Kommentar

OLG : Oberlandsgericht

OR : Obligationenrecht

Para. : Paragraf

PETL : Principles of European Tort Law

RabelZ : Rabels Zeitschrift- Zeitschrift für auslaendisches und internationales
Privatrecht

recht : Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis

RG : Resmi Gazete

Rn. : Randnummer

S. : Sayı

s. : Sayfa

SHD : Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

T. : Tarih

TBK : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

TMK : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

TTK : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

UWG : Unlauterer Wettbewerbsgesetz

İnÜHFD : İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

vb. : Ve benzeri

VersR : Versicherungsrecht- Juristische Rundschau für die Individualversicherung

vd. : Ve devamı

vs. : versus

Vor. : Vorbemerkungen

Yarg. : Yargıtay

YİBGK : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu

ZEuP : Zeitschrift Europaeisches Privatrecht

ZGB : Zivilgesetzbuch

ZK : Zürcher Kommentar

ZSR : Zeitschrift für schweizerisches Recht



GİRİŞ

Sorumluluk hukukunun temel amacı, hem sorumluluğu kurmak hem de sınırlamaktır. Farklı sorumluluk tiplerinden hangisinin somut olayda gerçekleştiğini tespit etmek sorumluluğun kurulması aşamasıdır. Bu aşamada, ilgili sorumluluk tipinin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği, sorumluluktan kurtulma sebeplerinden birinin var olup olmadığı gibi hususlar önem taşımaktadır. İlliyet bağı, hukuka aykırılık gibi unsurlar hem sorumluluğun kurulmasında hem sınırlanmasında önemli rol oynamaktadır. Zira esas olan zarara, zarar gören kişinin katlanmasıdır. Bu unsurlar sayesinde, ana ilke korunabilmekte ve gerekli noktalarda zarar veren kişilerin, verdikleri zararın sonucuna katlanmaları sağlanabilmektedir.

Haksız fiilden doğan maddi ve manevi zararın hesaplanması ve tazminatın belirlenmesi de sorumluluğun sınırlanması ile doğrudan ilişki içerisindedir. Zira bu husustaki sınırların belirlenmesi ile hem haksız fiil sonucunda uğranılan zarar etkin şekilde telafi edilebilmekte hem de zarar veren kişilerin sorumlu olmaları gereken zararın dışına çıkmaksızın tazmin yükümlülüklerini yerine getirmesi amaçlanmaktadır. Diğer bir deyişle, maddi ve manevi tazminatın doğru şekilde belirlenmesi ile hem zarar verene hem de zarar görene korunma sağlanmaktadır. Kıta Avrupası hukuk sisteminde maddi ve manevi tazminatın ana işlevi, oluşan zararı telafi etmektir. Dolayısıyla tazminat miktarını belirlerken temelde oluşan zarardan yola çıkılmakta ve bu zararın giderilmesi ilk hareket noktası olmaktadır. Önleme, dava açma inisiyatifi teşvik, hakkın gösterilmesi gibi hususlar ise hâkim görüşe göre tazminata hükmedilmesi sonucunda ortaya çıkan birer yan etki olarak görülmektedir. Dolayısıyla bu gibi işlevlerin tazminatın belirlenmesinde bir etkisi olmadığı belirtilmektedir.

Common Law hukuk sisteminde de maddi ve manevi tazminatın temel amacı oluşan zararın telafisidir. Esasında iki hukuk sisteminin bu noktada birbirinden

ayrışmadığı görülmektedir. Aynen Kıta Avrupası hukuk sisteminde olduğu gibi, *Common Law* hukuk sisteminde de telafi edici tazminatlar, maddi ve manevi tazminat olarak düzenlenmiştir. Ancak, Kıta Avrupası'ndan farklı olarak *Common Law* hukuk sisteminde telafi etme amacına hizmet etmeyen bir yaptırım türü mevcuttur. Cezalandırıcı tazminat (*punitive damages*) olarak isimlendirilen bu tazminat, telafi amacına değil cezalandırma ve önleme gibi işlevlere yönelmiştir. Cezalandırma ve önleme işlevleri, uğranılan gerçek zarar miktarını aşan bir tazminata hükmedilmesiyle gerçekleşmektedir. Zararı aşan bu kısım devlete değil zarar görene ödenmektedir. Tazminat miktarını belirleme yetkisi jüriye aittir. Zarar görene yöneltilmiş belirli ağırlıktaki bir haksız fiilin varlığı halinde, jüri tarafından zarardan bağımsız olarak bir cezalandırıcı tazminata hükmedilecektir. Cezalandırıcı tazminatın belirlenmesinde, zarar görenin değil zarar verenin malvarlığı dikkate alınmaktadır. Zira cezalandırıcı tazminat yaptırımı, zarar görenin cezalandırılmasına ve önlenmesine yönelmiş olduğundan onun malvarlığının esas alınarak tazminat miktarının belirlenmesi gerekmektedir. Genelde aynı hukuki vakada hem maddi ve manevi tazminata hem de cezalandırıcı tazminata hükmedilmektedir. Özellikle seksenli yılların başında itibaren cezalandırıcı tazminatın söz konusu olduğu davaların sayısındaki artış, bu yaptırımın önemini artırmıştır.

Cezalandırıcı tazminat miktarlarının seksenli yıllarla birlikte artması ve kamuoyunda yarattığı büyük etki, cezalandırıcı tazminatı jürinin keyfilikinden kurtarmak ve sınırlamak yönündeki çabaları da beraberinde getirmiştir. ABD'de hem eyalet düzeyinde hem de federal düzeyde birtakım sınırlama çabaları bulunmaktadır. İngiltere'de ise özellikle *Rookes v. Barnard* kararıyla, cezalandırıcı tazminatın hükmedilebileceği dava gruplarına sınırlama getirilmiştir.

Cezalandırıcı tazminatın sıklıkla gündeme geldiği rekabet hukuku, ayrımcılıkla mücadele, tüketici hukuku, fikri ve sinai haklar, iş hukuku ve ürün sorumluluğu gibi

alanlarda özellikle ABD hukuk sisteminin gösterdiği başarı, bazı Kıta Avrupası ülkelerini ve Avrupa Birliği'ni de etkilemiştir. Melez hukuk dalları olarak da ifade edilen bu alanlarda son yıllarda çıkartılan düzenlemelerde, zararı aşan tazminatlara yer verildiği ve bireylerin dava açması konusunda bir inisiyatif yaratılma çabasına girildiği dikkat çekmektedir. Benzer bir eğilim Türk Hukuku'nda görülmekte ve bu yöndeki düzenlemelerin sayısı giderek artmaktadır. Eldeki bu çalışma, bu yeni eğilimin ayrıntılı olarak ele alınabilmesi için cezalandırıcı tazminat yaptırımını incelemek ve bu tazminat türünün Türk Hukuku'nda bir yeri olup olamayacağını ortaya koyabilmek amacıyla hazırlanmıştır. Bu kapsamda öncelikle maddi ve manevi tazminata, cezalandırma ve önleme işlevlerinin yüklenip yüklenemeyeceği sorusu tartışılmıştır. Bu soruya verilecek cevap, maddi ve manevi tazminatın işlevlerine ilişkin bir iç sistematik yorum faaliyetinde kullanılacak ilkelerin de değerlendirilmesini gerekli kılmıştır. Belirtmek gerekir ki, bu çalışmada yapılan incelemeler neticesinde Türk Hukuku'nda cezalandırıcı tazminatın genel bir yaptırım olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Maddi ve manevi tazminatın cezalandırma işlevi taşıması mümkün değildir. Bu tespit, mevzuatta yer alan ve cezalandırıcı tazminat niteliğinde olduğu iddia edilen çeşitli hükümleri değerlendirme zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Yapılan incelemede, çeşitli kanunlarda yer alan birtakım düzenlemelerin, cezalandırma ve önleme işlevlerini ön planda tutan ve cezalandırıcı tazminat olarak nitelendirilmesi gerek hükümler olduğu sonucuna varılmıştır. Türk mevzuatında yer verilen ve cezalandırıcı tazminat niteliğinde olan hükümler birer anomali olarak nitelendirilmelidir. Zira kural olarak telafiyi esas alan bir sistemin içinde bu tip hükümler, sorumluluk hukukunun genel ilkelerinden ayrılan yapılarıyla alışılmadık niteliktedir. Bu çalışmada, bu anomalilerin sayısının artmaması gerektiği ve sorumluluk hukukunun halihazırdaki çözümlerinin, cezalandırıcı tazminatı

gerekli kıldığı iddia edilen olgulara çözüm bulmak için yeterli olduğu sonucuna varılmıştır.

Çalışmanın ilk bölümünde öncelikle, cezalandırıcı tazminat kavramının neden tercih edildiği, kavramın tarihçesi, hangi dava gruplarında daha fazla hükmedildiği incelenmekte ve ardından bu tazminatin yöneldiği işlevler açıklanmaktadır. Ayrıca bu bölümde, cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için hangi şartların arandığı, tazminat miktarının belirlenmesinde hangi hususların dikkate alındığı ve cezalandırıcı tazminatin ayırt edici unsurlarının neler olduğu gibi sorulara yanıt aranmaktadır. *Common Law* sistemlerinde cezalandırıcı tazminatı sınırlamaya ilişkin hukuki mekanizmalar da bu bölümde ele alınmaktadır.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise Türk-İsviçre hukuk sistemlerinde maddi ve manevi tazminatin belirlenmesinde kullanılan kriterler ve bu tazminatlara yüklenen işlevlerin üzerinde durulmaktadır. Ardından maddi ve manevi tazminata bir cezalandırma işlevi yüklenip yüklenemeyeceği incelenmekte ve bu soruya olumsuz yanıt verilmektedir. Devamında, cezalandırıcı tazminat kurumuna yöneltilen eleştirilerin üzerinde durulmakta ve Türk Hukuku açısından cezalandırıcı tazminatin genel bir yaptırım türü olarak kabul edilemeyeceği vurgulanmaktadır. Mevcut yaptırımların yetersiz kaldığı düşünülen olay grupları için çeşitli çözüm önerilerine de bu bölümde yer verilmiştir.

Üçüncü ve son bölümde ise öncelikle Türk Hukuku'nda yer alan ve cezalandırıcı tazminat niteliğinde olan hükümler incelenmekte ve değerlendirilmektedir. Ayrıca bu bölümde, cezalandırıcı tazminat niteliğinde olan ancak kanaatimizce cezalandırıcı tazminat olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan hükümler incelenmektedir. Son olarak cezalandırıcı tazminat içeren yabancı normların ve mahkeme kararların MÖHUK çerçevesinde nasıl değerlendirileceği belirtilmektedir.

1.BÖLÜM

COMMON LAW HUKUK SİSTEMİNDE CEZALANDIRICI TAZMİNAT, CEZALANDIRICI TAZMİNATIN TARİHSEL GELİŞİMİ, ÖZELLİKLERİ, İŞLEVLERİ VE ŞARTLARI

§1 TERMİNOLOJİ

*Common Law*¹ kökenli bir kavram olan “*punitive damages*” kavramının, Kıta Avrupası Hukuku’nda doğrudan bir karşılığı mevcut değildir. Bu konuda birçok farklı fikir ileri sürülse de bir terminoloji birliğinden bahsedebilmek mümkün değildir. Dolayısıyla çalışmada, bu kavrama ilişkin olarak yapılacak tercihin önemli olduğu kanaatindeyiz.

Kavramın etimolojik kökeni dikkate alınarak doğrudan bir çeviri yapıldığında, “*cezalandırıcı tazminat*” kavramına ulaşılmaktadır. Bu kavram, bir sıfat olan “*punitive*” sözcüğünün “*cezalandırıcı*” olarak, hem tazminat hem de zarar için kullanılan isim niteliğindeki “*damages*” sözcüğünün ise bağlama uygun olarak “*tazminat*” olarak çevrilmesi ile oluşturulmaktadır². Her ne kadar benzer bir etimolojik çeviri “*cezai tazminat*” olarak yapılabilecek olsa da bu şekildeki bir çevirinin “*cezai şart/ceza koşulu*”

¹ Belirtmek gerekir ki bu çalışmada, özellikle İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri’nde uygulanmakta olan ve Kıta Avrupası Hukuku’ndan birçok alanda farklılık gösteren hukuk sistemi *Common Law* olarak isimlendirilecektir. Bazı kaynaklarda kullanılan Anglo-Sakson hukuku kavramı, *Common Law* sisteminin sadece bir dönemini ifade ettiği için; kavramın tam Türkçe çevirisi olan “*ortak hukuk*” ise günümüzdeki yeknesaklaştırma çalışmalarını ve ortak bir hukuk düzeni arayışını anımsattığı için tercih edilmemiştir.

² “*Punitive*” sözcüğü, bir isim-fiil niteliğinde olup cezalandırmak anlamına gelen “*to punish*” fiiline “*-ive*” ekinin getirilmesiyle oluşturulmuştur. Bu nedenle yeni oluşan sözcük “*cezalandırıcı*” olarak çevrilmektedir.

kurumu ile karıştırılabilme olasılığı, “*cezalandırıcı tazminat*” kavramını ön plana çıkarmaktadır. İngiliz Hukuku’nda kullanılagelmiş olan “*exemplary damages*” kavramı ise günümüzde ikinci planda kalmış olduğundan, tartışmaya dahil edilmemiştir. Esasında kavramın özünü daha iyi ifade ettiğini düşündüğümüz bu kavramın Türkçe çevirisi “*ibretlik tazminat*” ya da “*örnek niteliğinde tazminat*” olarak yapılabilecektir³. Ancak günümüzde neredeyse her kaynakta “*punitive damages*” kavramının kullanılması ve “*exemplary damages*” kavramının ikinci planda kalması, bizi de mecburen bu tercihe itmiştir.

Türk doktrinde Gül, “*punitive damages*” kavramının karşılığı olarak “*medeni ceza*” kavramını kullanmaktadır⁴. Özden Merhacı ise konuya ilişkin monografisinde “*cezalandırıcı tazminat*” kavramını tercih etmektedir⁵. Konuya ilişkin bir makale çalışması yapan İstemi de “*cezalandırıcı tazminat*” kavramının kullanılması gerektiğini belirtmektedir⁶. Bir diğer makale çalışmasında Hekim/Kaplan, yine “*cezalandırıcı tazminat*” kavramını kullanmış ve kavramın medeni ceza ile olan farklılıklarının üzerinde durmuştur⁷. Yasan Tepebaş da “*cezalandırıcı tazminat*” kavramını tercih ettiğini belirtmiştir⁸. Güteryüz/Zorluoğlu Yılmaz, “*cezalandırıcı tazminat*” kavramını tercih

³ Türk doktrinde İstemi, söz konusu kavramı “*İbret Tazminatı*” olarak çevirmektedir. Ancak yazar, cezalandırıcı tazminat terimini tercih etmektedir. Bkz. **İstemi** 2011, s. 2692.

⁴ **Gül** 2015, s. 307 vd.

⁵ **Özden Merhacı** 2013, s. 74.

⁶ **İstemi** 2011, s. 2692.

⁷ **Hekim/Kaplan** 2017, s. 168.

⁸ **Yasan Tepebaş** 2021, s. 112 dn. 499.

etmekte ve “*medeni ceza*” kavramının, özel hukuk yaptırımlarından uzaklaştığı izlenimine sebebiyet verdiğini vurgulamaktadır⁹.

Alman ve İsviçre doktrini açısından bir inceleme yapıldığında, kavramın Almanca karşılığı olan “*Strafschadenersatz*”¹⁰ kavramının varlığına rağmen birçok yazarın kavramın İngilizce halini kullanmayı tercih ettiği görülmektedir¹¹. Konuya ilişkin monografik çalışmaları bulunan Müller, Mörsdorf-Schulte, Brockmeier ve Lenz gibi yazarlar, kavramın İngilizce halini kullanmayı tercih etmişlerdir. Konuya ilişkin makalesinde Wagner de “*punitive damages*” kavramını kullanmıştır¹². Bu tercihlerin temelinde, kavramın orijinal versiyonunu kullanma gayesinin yattığı açıktır. Alman ve İsviçreli yazarlar, genel olarak kabul gören İngilizce kavramı kullanmak suretiyle terim birliğini sağlamak yoluna gitmişlerdir.

Bu çalışmada “*punitive damages*” kavramının Türkçeye çevrilmesi tercih edilmiş ve bunun karşılığında “*cezalandırıcı tazminat*” kavramı kullanılmıştır. Türk doktrininde kavramın Türkçe karşılığının kullanılması ve Alman ve İsviçre doktrinlerinden farklı bir tavrın benimsenmesi bu tercihte etkili olmuştur. Aynı zamanda bu kavramın Türkçe çevirisinin, kavramın yoğun olarak kullanıldığı ABD Hukuku’ndaki anlamını iyi yansıttığı kanaatindeyiz. “*Medeni ceza*” kavramının kullanımından ise bu kavramın

⁹ Güleriyüz/Zorluoğlu Yılmaz 2019, s. 328 dn. 1.

¹⁰ “*Straf*” sözcüğü burada bir fiil olarak değil sıfat olarak kullanıldığı için “*cezalandırıcı*”, “*schadenersatz*” ise “*tazminat*” anlamına geldiğinden, kavramın Türkçe çevirisi yine “*cezalandırıcı tazminat*” şeklindedir. Ancak sözcüğün isim olarak kullanıldığı kabul edildiği takdirde “*ceza tazminatı*” olarak çevrilmesi de mümkündür.

¹¹ Aksi bir kullanım için bkz. Lendermann 2019, s. 6.

¹² Wagner, AcP 2006, s. 471.

farklı bir anlamı olduğu düşüncesiyle kaçınılmıştır¹³. Biz bu çalışmada, haksız fiilden doğan sorumluluğu ilişkin daha sınırlı bir alanı ifade eden bir kavram olarak cezalandırıcı tazminat kavramını tercih etmekteyiz.

¹³ Aşa. 3. Bölüm, §12, III.

§2 CEZALANDIRICI TAZMİNATIN TARİHSEL GELİŞİMİ

I. Cezalandırıcı Tazminatın Dini Metinlerdeki Görünümü ve İlk Hukuk Metinlerindeki Kökeni

Cezalandırıcı tazminat benzeri düzenlemelerin kökeni oldukça eskiye dayanmaktadır. Esasen ilk hukuk sistemlerinde ceza ile tazminat arasındaki ayrımın gözetilmemiş olması, söz konusu dönemlerdeki tazminat kavramının, cezalandırma amacına da hizmet etmesi sonucunu doğurmuştur. Özellikle uğranılan gerçek miktarını aşan ve gerçek zarar miktarının katlarıyla ifade edilen çoklu tazminatlara, ilk hukuk düzenlemelerinde sıklıkla rastlanmaktadır.

Birçok kaynakta kodifiye edilmiş ilk hukuk metni olarak belirtilmekte olan Hammurabi Kanunları'nda¹⁴, cezalandırıcı tazminata benzer nitelikte bir çoklu tazminat düzenlemesi yer almaktadır¹⁵. Bu düzenleme uyarınca eğer bir kişi sığır, koyun, eşek, domuz ya da keçi çalmışsa; bunlar tanrılara veya mahkemeye aitse otuz kat, kralın köle olmayan tebaasına aitse on kat ödeme yapmak zorundaydı. Eğer bu ödemeyi gerçekleştiremiyorsa, ölüme mahkum edilirdi. Benzer şekilde Hitit İmparatorluğu'na ait hukuk düzenlemelerinde ve Manu Kanunları'nda da çoklu tazminat düzenlemeleri

¹⁴ “If any one steal cattle or sheep, or an ass, or a pig or a goat, if it belong to a god or to the court, the thief shall pay thirtyfold therefore; if they belonged to a freed man of the king he shall pay tenfold; if the thief has nothing with which to pay he shall be put to death.”. Söz konusu kanunların İngilizceye çevrilmesine ilişkin bir çalışma için bkz. <http://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp> (Erişim Tarihi: 06.02.2019)

¹⁵ Lenz 1992, s. 13; Owen 1994, s. 368; Rustad/Koenig 1993, s. 1285; Riedel 2016 , s. 5; Belli 1980, s.

mevcuttur¹⁶. Yine erken dönem Yunan yasalarında da zarar miktarının artırıldığı özel düzenlemelere yer verilmiştir.¹⁷

Dini metinlerde de cezalandırıcı tazminata benzer hükümler mevcuttur. İncil’de “*Bir sığır veya koyun çalınır ve kesilir ya da satılırsa, hırsız bir sığır için beş sığır, bir koyun için dört koyun geri vermelidir.*” şeklinde bir düzenleme mevcuttur¹⁸.

II. Roma Hukukunda Özel Ceza Kavramı

Roma Hukuku, günümüzdeki haksız fiil hukukunun temelini teşkil edecek derecede detaylı ve incelikle oluşturulmuş bir tazminat sistemine sahiptir. Temelde “*casum sentit dominus*¹⁹” anlayışına dayanan bu sistem, kural olarak maddi zararların tazminini öngörmektedir. Manevi zararlar ise kısmi olarak çeşitli davalar ile (örn. *actio iniuriarum*) koruma altına alınmıştır²⁰. Maddi zararın kapsamına hem malın objektif değeri (*quanti res est*) hem de sübjektif menfaatler (*id quod interest*) girmekte ve fiili zarar (*damnum emergens*) kadar yoksun kalınan karın (*lucrum cessans*) da tazmini mümkün olabilmektedir.

Roma Hukuku’nda devlete karşı işlenen birtakım suçlar haricinde günümüzdekine benzer bir ceza hukuku anlayışı bulunmamaktadır. Bunun yerine özel ceza (*Buße*) anlayışı benimsenmiş ve cezalandırma devlet adına değil zarar gören adına

¹⁶ Lenz 1992, s. 13; Owen 1994, s. 368; Rustad/Koenig 1993, s. 1285; Belli 1980, s. 2.

¹⁷ Belli 1980, s. 2.

¹⁸ 2. Moses 22, Vers. 1.

¹⁹ “Zarara, zarar gören katlanır” anlamına gelen Latince deyiş.

²⁰ Honsell 2015, s. 88. Önemle belirtmek gerekir ki bu davada öngörülen miktarın ödenmesinin kabul edilmemesi halinde, zarar görenin aynı davranışı, zarar verene karşı gerçekleştirme hakkı(özel veya kişisel ölç) mevcuttur. Bkz. Honsell 2015, s. 173; Zimmermann 1992, s. 914; Liebs 2004, s. 190.

gerçekleştirilmiştir²¹. Suç (*crimen*) teşkil eden sınırlı sayıda fiiller²² dışındaki, günümüzde ceza hukukunun konusunu teşkil edebilecek birçok fiil, özel cezanın konusunu teşkil etmektedir²³. Bu açıdan Roma Hukuku’nda özel suçlar (*delicta privata*) ve kamu suçları (*delicta publica*) ayrımı yapılabilmektedir. Bu özel cezalandırma (*Privatstrafe, private punishment*) anlayışı neticesinde, zararı telafi etmeye dayanan tazminat kavramı ile öç ve kefaret düşüncelerine dayanan cezalandırma eylemi bir arada gelişmiştir²⁴. Öç alma düşüncesinin temeline alan özel ceza düşüncesi, On İki Levha Kanunlarında da karşımıza çıkmaktadır²⁵. Zarar gören sadece zararın tazminini veya özel cezayı talep edebildiği gibi her iki talebi bir arada da ileri sürebilmiştir²⁶. Roma Hukukunun klasik döneminde ise özel ceza, hem bir cezalandırma hem de zarar göreni tatmin (*Genugtuung*) aracı olarak görülmüştür²⁷. Zira bu noktada mağdurun öç alma yönündeki isteği, maddi bir menfaat sağlamak suretiyle tatmin edilmekte ve bu sayede kişisel öcün önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Bir tür “zorunlu diyet” uygulaması olarak

²¹ Honsell 2015, s. 88; Liebs 2004, s.188.

²² Zimmermann 1992, s. 918. Yazar, bu fiillerin genelde toplum güvenliğini tehlikeye atan ya da dini olarak ağır bir ihlal teşkil eden fiiller olduğunu vurgulamaktadır. Roma Hukuku’nun ilk dönemlerinde daha çok tanrılara veya onların kurduğu düzene karşı işlenen fiiller bu kapsamdayken, Krallık dönemi ile birlikte devlete ve topluma zarar veren birtakım fiiller de bu kapsamda değerlendirilmeye başlanmıştır.

²³ Zimmermann 1992, s. 917. Kapsamlı bir inceleme için bkz. Uçaryılmaz/Emiroğlu 2020, s. 839 vd.

²⁴ Liebs 2004, s. 188; Honsell 2008, s. 318.

²⁵ Zimmermann 1992, s. 914.

²⁶ Zimmermann 1992, s. 921. Ancak önemli belirtmek gerekir ki telafi edici tazminat ile özel ceza aynı anda talep edilebilirken, iki ayrı cezalandırıcı karakterli *actio* ’ya dayanarak aynı anda tazminat talep etmek mümkün değildir.

²⁷ Honsell 2015, s. 162.

farklı ihlaller için, devlet tarafından tazminat miktarları belirlenmiş ve uygulanmıştır²⁸. Hatta bir çok durumda özel ceza miktarı, uğranılan fiili zarar katlanarak tazminata hükmedilerek belirlenmiştir²⁹. Yine On İki Levha Kanunları'nda da bazı fiiller için iki kat veya daha fazla tazminat ödenmesini düzenleyen hükümler mevcuttur³⁰.

Özel ceza uygulamasının, cezalandırıcı tazminat kurumunun bugünkü uygulamasıyla oldukça benzediği aşıkardır. Özellikle uğranılan zarardan daha yüksek bir miktara tazminat olarak hükmedilmesi, cezalandırma işlevinin ön planda olması ve zararı aşan miktarın mağdura doğrudan ödenmesi gibi noktalarda özel ceza anlayışı ile cezalandırıcı tazminat arasında benzerlikler bulunmaktadır³¹. Hatta belirtmek gerekir ki, *Common Law* sisteminin ilk oluşturulma aşamalarında, özel ceza sistemi bir çıkış noktası olarak kabul edilmiş ve uygulanmıştır. Ancak unutulmamalıdır ki Roma Hukukunun bu yaklaşımı, hukukun gelişimi karşısında oldukça arkaik bir anlayışı yansıtmaktadır. Özellikle ceza hukuku ile medeni hukuk arasındaki ayrışmanın henüz yaşanmadığı bir döneme ait bir uygulamanın devam ettirilmesinin, ilkel bir öç sisteminin devamı anlamına geleceği de ileri sürülmektedir³².

²⁸ **Liebs** 2004, s. 191.

²⁹ Ağır hırsızlık veya haksız yere özgürlüğü kısıtlama gibi hallerde müdahalenin ağırlığına göre iki, üç hatta dört kat tazminat ödenmesine karar verilebilmekteydi.

³⁰ **Liebs** 2004, s. 192; **Rustad/Koenig** 1993, s. 1286; **Honsell** 2008, s. 318.

³¹ Esasında *Common Law* sistemi Roma Hukuku'ndan fazlasıyla etkilenmiş ve birçok düzenlemede Roma Hukuku esas alınmıştır. Bkz. **Zimmermann** 1992, s. 914. Roma Hukuku ile *Common Law* arasındaki doğal ilişkileri değerlendiren ve Roma Hukuku'nun sürece katkısını inceleyen bir çalışma için bkz. **Pringsheim** 1935, s. 348 vd.

³² **Honsell** 2015, s. 89.

III. Modern Dönemdeki Tarihsel Gelişim

A. Kamu Gücüyle veya Ekonomik Güçle Oluşturulan Baskıya Karşı Bireylerin Korunması Safhası (18. Yüzyıl ve sonrası)

Cezalandırıcı tazminatın modern dönemdeki ilk örneklerini, on sekizinci yüzyıl İngiliz Hukukundaki çeşitli kararlarda görebilmek mümkündür. Kavramın İngiliz Hukukundaki başlangıcına ilişkin üç farklı teori ileri sürülmüştür. İlk görüşe göre cezalandırıcı tazminatın kökeninde, İngiliz yargıçlarının, jüri tarafından ağır kusur, hile veya kast içeren çeşitli davalarda verilen yüksek tazminat miktarlarını incelemeyi ve değiştirmeyi reddetmesi ve bu yolla cezalandırıcı tazminat benzeri bu kararların geçerliliğini kabul etmeleri yatmaktadır³³. İkinci bir görüş ise cezalandırıcı tazminatın, o dönemde İngiliz Hukukunda mevcut olmayan manevi tazminat kurumunun yerini doldurduğunu belirtmektedir³⁴. Nihayet üçüncü bir görüşe göre ise kurumun temelinde Amerikan sisteminden kaynaklanan, tarafların kendi yargılama masraflarına katlanmaları prensibi (*American rule*) yatmaktadır³⁵. Bütün bu görüşlere ilerde detaylı olarak yer verilecektir³⁶.

Cezalandırıcı tazminatın kökenine ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüş olsa da cezalandırıcı tazminata ilişkin ilk davalar, kamu gücü ile vatandaşlar üzerinde oluşturulan baskıya karşı bireyin korunmasına ilişkin taleplerden doğmuştur³⁷. Aslında bu durum, o

³³ Ellis Jr. 1982, s. 12; Lenz 1992, s. 13 ; Sales/Cole 1984, s. 1120.

³⁴ Ellis Jr. 1982, s. 13; Lenz 1992, s. 14; Sales/Cole 1984, s. 1121; Colby 2003, s. 614.

³⁵ Lenz 1992, s. 14.

³⁶ Aşa. 1. Bölüm, §5, VI, C.

³⁷ Sebok 2009, s. 159; Rustad/Koenig 1993, s. 1285 . Ceza yargısı açısından bir usul hukukunun ortaya çıkmasının da bu hususta etkili olduğu yönünde bkz. Mörsdorf-Schulte 1999, s. 122.

dönemin ruhunun doğal bir yansıması olarak görülebilir³⁸. Zira bahsi geçen dönem, bireysel özgürlüklerin yavaş yavaş ortaya çıktığı, savunulmaya başlandığı ve liberalizm akımının ilk gelişim dönemi olarak adlandırılabilir bir dönemdir. Söz konusu yıllarda, kralın ve devlet görevlilerinin, bireyler üzerinde uyguladığı ağır baskı karşısında, benzer uygulamaların önüne geçecek ibretlik (*exemplary*) bir tazminata hükmedilmesi gündeme gelmiştir³⁹. Mörsdorf-Schulte ise cezalandırıcı tazminatın ortaya çıkmasına ilişkin farklı çıkarımlarda bulunmaktadır. Bunlardan ilkinde göre cezalandırıcı tazminat, on sekizinci yüzyıldan önce de var olan bir hukuksal geleneğin doğal bir yansımasıdır. 1763 tarihinde bir anda “ibret verici tazminat” içeren bir kararın çıkabilmesinin de sebebi budur. İkinci çıkarıma göre ise zarar görenlerin uğradıkları gerçek zararların tazmininden daha fazlasına ihtiyaç duyduğu ağır haksız fiiller ile karşı karşıya kalındığında, zarar miktarını aşan bir tazminatın ortaya çıkmasının bir sosyal gereklilik olarak ortaya çıkması söz konusu olmuştur. Zira bu dönemde gelişmiş bir ceza yargılaması da henüz ortaya çıkmamıştır⁴⁰.

³⁸ Bu durum “uzlaşma teorisi (*Befriedungstheorie*)” olarak da isimlendirilmektedir. Bkz. **Mörsdorf-Schulte** 1999, s. 123.

³⁹ **Mörsdorf-Schulte** 1999, s. 131; **Rustad/Koenig** 1993, s. 1287. Herhangi bir otoritenin hatta parlamentonun bile aldığı kararlarla, Anayasa’nın bireylere sağladığı güvenlik ve özgürlük ortamını ve ruhunu ihlal edemeyeceği belirtilmiştir. *Wilkes v. Woods* kararındaki bir paragraf durumun önemini oldukça iyi şekilde açıklamaktadır: “No legal authority, in the present case, to justify the action. No precedents, no legal determinations, not an Act of Parliament itself, is sufficient to warrant any proceeding contrary to the spirit of the constitution.” “Eldeki davada, hiçbir adli makam bu eylemi aklayamaz. Hiçbir içtihat, hukuki görüş ve hatta parlamentonun çıkaracağı bir düzenleme bile Anayasa’nın ruhuna aykırı bir işlemi gerçekleştirmek için yeterli değildir.” (Türkçe çeviri tarafımıza aittir)

⁴⁰ **Mörsdorf-Schulte** 1999, s. 122.

İbret verici tazminat (*exemplary damages*) kavramının ilk kullanıldığı dava, 1763 tarihli Huckle v. Money kararıdır⁴¹. Söz konusu davada bir gazetecinin evi kralın görevlendirdiği kişilerce basılmış, ekipmanlarına zarar verilmiş ve yayıncı haksız olarak gözaltında tutulmuştur. Jüri, ilgilinin uğradığı fiili zarar miktarıyla sınırlı kalmamış, hatta zararı katlayarak yüksek bir meblağı tazminat olarak belirlemiştir⁴². Karar metninde “*Genel bir arama kararına dayanarak, delil elde etmek için bir kişinin evine girilmesi, bir İngiliz vatandaşının bir saat bile yaşamak istemeyeceği bir hukuk sistemi olan İspanyol Engizisyonundan bile kötüdür.*” denilerek, burada verilen kararın asıl amacının örnek teşkil edebilecek ibretlik bir karar vermek olduğunun üzerine durulmuştur⁴³. Ayrıca bu dava ile birlikte jürinin davalarda tazminatı belirlerken sahip olduğu geniş takdir yetkisi kabul görmüştür⁴⁴. Ayrıca tazminatın belirlenmesinin bir hukuki sorun değil, maddi sorun olduğu da vurgulanmıştır.

⁴¹ Kararın metni için bkz. <http://www.commonlii.org/uk/cases/EngR/1799/225.pdf> (Erişim Tarihi: 14/02/19). Esasında cezalandırıcı tazminat benzeri parasal yaptırımların izini on üçüncü yüzyılda dahi görebilmek mümkündür. Açıkça cezalandırıcı tazminat olarak isimlendirilmese de özel hukuk kapsamında bir ceza olarak zararı aşan tazminat miktarlarını içeren kararlar mevcuttur. Bkz. **Riedel** 2016, s. 5; **Rustad/Koenig** 1993, s. 1285.

⁴² **Mörsdorf-Schulte** 1999, s. 129; **Rustad/Koenig** 1993, s. 1289; **Güleryüz/Zorluoğlu Yılmaz** 2019, s. 331.

⁴³ “*To enter a man's house by virtue of a nameless warrant, in order to procure evidence, is worse than the Spanish Inquisition; a law under which no Englishman would wish to live an hour; it was a most daring public attack made upon the liberty of the subject.*”.

⁴⁴ **Mörsdorf-Schulte** 1999, s. 130.

1763 yılında bir diğer önemli karar ise Wilkes v. Woods kararıdır⁴⁵. Bu karar da yine kral aleyhine yayın yapan bir yayıncının evinin basılması ve haksız olarak gözaltına alınması ile ilgilidir. Karara konu olayda yine genel bir arama emrine dayanarak, gazetecinin evine baskın yapılması sebebiyle bu dava “*Genel Arama Emri Vakası*” olarak da isimlendirilmektedir⁴⁶. Haksız muameleye uğrayan Wilkes açtığı dava ile beş bin pound tazminat talep etmiş, jüri ise kendisine bin pound ödenmesine hükmetmiştir. Kararın asıl önemi ise, cezalandırıcı tazminatı en önemli işlevleri olan cezalandırma ve önleme işlevlerinin, tazmin ve telafi işlevinden ayrı olarak ilk olarak bu kararda açık olarak zikredilmiş olmasından gelmektedir⁴⁷. Kararda “zararın sadece zarar göreni tatmin etme amacına yönelmediği” belirtilerek, “zarar vereni cezalandırmak” ve “gelecekteki benzer davranışların önlenmesi” gibi amaçlarının da bulunduğu vurgulanmıştır⁴⁸. Genel bir arama kararına dayanmak suretiyle bireylere karşı yaptırımlar uygulanmasının sadece davalıya yönelik değil, bütün topluma ve bireylerin özgürlüğüne yönelmiş bir tehdit olduğu ve bunun önlenmesinin gerekliliği vurgulanmıştır⁴⁹. Kararın bir kısmında jürinin

⁴⁵ Karar metni için bkz. <http://www.commonlii.org/uk/cases/EngR/1763/103.pdf> (Erişim tarihi: 14/02/19). Esasında bu dava ile *Huckle v. Money* davaları birbiriyle bağlantılıdır. Zira *Huckle* ve *Wilkes*, “*North Briton*” isimli gazetenin editörleridirler. Gazete çıkan ve kralı aşağıladığı iddia edilen yazıdan dolayı her iki kişinin de evi basılmış ve kendileri göz altına alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Mörsdorf-Schulte** 1999, s. 128; **Riedel** 2016, s. 5 vd.

⁴⁶ **Mörsdorf-Schulte** 1999, s. 128.

⁴⁷ **Mörsdorf-Schulte** 1999, s. 127; **Lenz** 1992, s. 14; **Riedel** 2016, s. 6; **Ellis Jr.** 1982, s. 14; **Gül** 2015, s. 171.

⁴⁸ “*Damages are designed not only as a satisfaction to the injured person, but likewise as a punishment to the guilty, to deter from any such proceeding for the future, and as a proof of the detestation of the jury to the action itself.*”. Ayrıca bkz. **Colby** 2003, s. 615; **Mörsdorf-Schulte** 1999, s. 135.

⁴⁹ **Mörsdorf-Schulte** 1999, s. 135.

bu kararı verirken, kamu görevlilerinin bu tür sorumsuz fiillerine karşı uyarı ve ibret teşkil edecek bir tazminata hükmetmek istediği anlaşılabilmektedir⁵⁰.

Görüldüğü üzere İngiliz Hukukunda cezalandırıcı tazminatın ilk ortaya çıktığı dönemdeki hukuki vakıaların ortak özelliği, bireylere karşı yöneltilmiş olan ve onların onurlarını zedeleyecek nitelikteki müdahalelerden doğmuş olmalarıdır. Özellikle hakaret, iffal, kötünietli soruşturma, kamu gücünü kötüye kullanma, hukuksuz gözaltına alma, iftira ve kötüleme gibi olay gruplarında, sıklıkla cezalandırıcı tazminata hükmedilmiştir⁵¹. Ayrıca *Merest v. Harvey*⁵² gibi davalarda siyasi ve ekonomik gücün diğer taraf üzerinde bir baskı aracı olarak kullanılması, cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi ile sonuçlanmıştır⁵³. Bu davalarda, maddi zarar miktarları oldukça düşük olmakla birlikte, müdahalenin niteliği yüksek bir tazminatı mantıklı hale getirmiştir⁵⁴. Mağdurun toplum önünde küçük düşmesi ve onurunun zedelenmesi olgusu karşısında, ancak yüksek bir maddi menfaat sağlanması ile denge oluşturulabilmiştir⁵⁵. Yine önemle belirtmek gerekir ki bu davaların bir diğer önemli özelliği ise, verilen tazminatın yüksekliği ile mağdur nezdinde bir tatmin duygusu yaratmaları ve bu sayede ihkak-ı hak çabalarının ve özellikle düelloların önüne geçmiş olmalarıdır⁵⁶. *Grey v. Grant*⁵⁷ kararında mahkeme “bir

⁵⁰ Mörsdorf-Schulte 1999, s. 139.

⁵¹ Ellis Jr. 1982, s. 15; Colby 2003, s. 615; Gül 2015, s. 172.

⁵² 128 Eng. Rep. 761 (1814).

⁵³ Mörsdorf-Schulte 1999, s. 145.

⁵⁴ Mörsdorf-Schulte 1999, s. 149.

⁵⁵ Ellis Jr. 1982, s. 16.

⁵⁶ Lenz 1992, s. 15; Ellis Jr. 1982, s. 17; Rustad/Koenig 1993, s. 1290 dn. 104; Riedel 2016, s. 7; Belli 1980, s. 5.

⁵⁷ 95 Eng. Rep. 794 (C.P. 1764).

centilmen tarafından diğer centilmene müdahalede bulunulduğunda düello veya ölümün ortaya çıkabileceğini, bu yüzden de jürinin ibretlik tazminata hükmederek doğru olanı yaptığını” ve “zarar görenin hakkını başka türlü aramamaya teşvik ettiğini” belirterek jüri tarafından verilen tazminatı uygun bulmuştur⁵⁸. Kararda önemle vurgulanan bir diğer nokta ise, davalının statüsünü kullanarak ve davacıyı tokatlamak suretiyle zedelediği toplumsal düzenin, cezalandırıcı tazminata hükmedilmek suretiyle tekrar tesis edilmeye çalışılmasıdır⁵⁹. Ayrıca söz konusu kararlarda mahkemeler, davalının davranışını onaylamadığını açıkça belirtecek bir hüküm kurma yoluyla, davacının yanında yer aldığını toplum nezdinde açıklamış ve ilerideki benzer davranışlara karşı bir tavrı benimsediğini açıkça belirtmişlerdir⁶⁰. Jüri bu davalarda toplum düzeninin bir temsilcisi olarak hareket etmekte ve toplumsal menfaatlere yönelen bu fiilleri cezalandırmaktadır⁶¹.

Amerikan Hukukunda ise cezalandırıcı tazminatın ilk olarak kullanıldığı dava, 1784 *Genay v. Norris* davasıdır⁶². Bu davada davalı doktor, davacının içkisine yüksek miktarda ilaç (*kuduzböceği tozu*) koymak suretiyle önemli bir zarara yol açmıştır⁶³. Bir diğer öncü sayılabilecek karar ise, 1791 tarihli *Coryell v. Colbaugh* kararıdır⁶⁴. İngiliz

⁵⁸ Ellis Jr. 1982, s. 18 ; Mörsdorf-Schulte 1999, s. 142

⁵⁹ Mörsdorf-Schulte 1999, s. 143.

⁶⁰ Mörsdorf-Schulte 1999, s. 161.

⁶¹ Yazar, jürinin toplumsal düzeni temsil fonksiyonuyla, günümüzde sadece toplumsal düzeni ilgilendiren sözleşme ihlallerinde cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesini birbiriyle ilişkili görmektedir. Bkz. Mörsdorf-Schulte 1999, s. 165.

⁶² 1 South Carolina Law Reports (S.C.L.) (1 Bay) 6 (1784).

⁶³ Gül 2015, s. 181; Güleriyüz/Zorluoğlu Yılmaz 2019, s. 334. Bu karardaki ilginç nokta, aslında davalının bu fiili şaka ve eğlence amaçlı olarak gerçekleştirmiş olmasıdır. Bkz. Mörsdorf-Schulte 1999, s. 151.

⁶⁴ Karar metni için bkz. <https://www.ravellaw.com/opinions/6ecb641fba020457cfa9bd8882e46548> (Erişim Tarihi: 14/02/19).

Hukukundaki benzerlerinin aksine, bu vakada kamu gücüne dayanan bir saldırı söz konusu değildir. Dava, evlilik gerçekleştirme sözünün haksız olarak bozulmasına ve bu sebeple hamile olan kadının onurunun zedelenmesine ilişkindir. Ancak taraflardan birinin, en azından ilgili dönem açısından, sosyal açıdan güçlü olması ve bu gücü ile diğer tarafın onurunu zedelemesi açısından, İngiliz Hukuku ile benzerlik kurabilmek mümkündür⁶⁵. Ayrıca gerçekleştirilen sorumsuz fiilin, diğer tarafın hayatı boyunca onu etkileyecek nitelikte sonuçlara yol açması açısından da birçok kararla bağlantı mevcuttur⁶⁶. Kararda cezalandırıcı tazminatın benzer davranışları önleyici niteliğine vurgu yapılmıştır⁶⁷. Bu kararın ileride Ceza Hukuku'nun amaçlarından biri haline gelen genel önleme amacına yönelik ilk kararlardan biri olduğu vurgulanmaktadır⁶⁸. İlk dönem kararlarının ortak özelliği, zarar verenin fiilinin, mağdurun onurunu zedeleyici ve kişiyi küçük düşürecek etki yaratmış olmasıdır⁶⁹. Bu açıdan ilk dönemlerde cezalandırıcı tazminatın, manevi tazminata benzer özellikler taşıdığını söylemek mümkündür.

On dokuzuncu yüzyıl Amerikan Hukuku'nda ise cezalandırıcı tazminata ilişkin çok önemli bir tartışma yaşanmıştır. Cezalandırıcı tazminat fikrini kategorik olarak reddeden ve düşünce itibarıyla günümüz Kıta Avrupası Hukuku'na daha yakın bir fikre sahip olan Simon Greenleaf ile cezalandırıcı tazminat doktrininin varlığını devam ettirmesi gerektiğini belirten Theodore Sedgwick arasındaki fikir tartışması, destek veren

⁶⁵ **Sebok** 2009, s. 159; **Riedel** 2016, s. 8.

⁶⁶ **Mörsdorf-Schulte** 1999, s. 154; **Rustad/Koenig** 1993, s. 129.

⁶⁷ “...but to give damages for example's sake, to prevent such offences in future...”*“Gelecekteki benzer saldırıları önleyebilmek için örnek teşkil etmesi amacıyla tazminata hükmetmek” (Türkçe çeviri tarafımıza aittir.)*

⁶⁸ **Mörsdorf-Schulte** 1999, s. 155.

⁶⁹ **Rustad/Koenig** 1993, s. 1292-1293; **Gül** 2015, s.183.

diğer hukukçuların da katkılarıyla genişlemiş ve kavramın enine boyuna incelenmesini sağlamıştır. Greenleaf, asıl sorunun zararın hesaplanmasına ilişkin yöntemlere ilişkin olduğunu, cezalandırıcı tazminatın yarattığı belirsizlik sebebiyle önemli problemler yarattığını belirtmek suretiyle, cezalandırıcı tazminatın sistemde yeri olmaması gerektiğini belirtmiştir. Yazar’a göre cezalandırıcı tazminat, zarar görenin uğradığı maddi ve manevi zararları tam olarak tazmin edebilmesi için bir araçtan ibarettir. Cezalandırmak veya önlemek gibi amaçlarla, tespit edilebilen somut zararlardan fazlasına hükmedilebilmesi mümkün değildir⁷⁰. Ayrıca cezalandırıcı tazminatın kamu hukuku ile özel hukukun arasındaki alanda yer alması, önemli karışıklıklara sebebiyet vermektedir⁷¹. Greenleaf’in görüşleri, BGB’yi hazırlayan Alman hukukçularının görüşleri ile büyük oranda paralellik göstermektedir⁷². Bu görüşün temel odak noktası, cezalandırma düşüncesini özel hukuktan çıkarmak ve tazminatın belirlenmesine ilişkin ilkeleri hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik çerçevesinde oluşturmaktır. Buna karşılık Segdwick ise “zarar gören kişinin ve toplumun menfaatlerinin en iyi şekilde korunabilmesi için, jürinin sadece tazminat niteliğinde olmayan cezalandırıcı bir tazminata hükmedebileceğini” belirtmiş ve birçok hukukçudan destek görmüştür⁷³. Segdwick’e göre cezalandırıcı tazminatı asıl önemi, sağladığı toplumsal yararlar da gizlidir ve tam da bu sebeple bir

⁷⁰ Colby 2003, s. 617. Davadaki cezalandırıcı tazminat miktarı somut ihlal gözetilerek değil, topluma verilen zarar gözetilerek soyut olarak belirlenmiştir. Bkz. Mörsdorf-Schulte 1999, s. 161.

⁷¹ Greenleaf’e göre katı bir özel hukuk kamu hukuku ayrımı gerçekleştirilmelidir. Her ikisinin özelliğini taşıyan dalları kabul etmek mümkün değildir. Hatta bu görüşün izlerini ünlü filozof John Locke’a kadar takip edebilmek mümkündür. Bkz. Rustad/Koenig 1993, s. 1299.

⁷² Klode 2009, s. 1766.

⁷³ Sebok 2009, s. 161.

yaptırım olarak uygulanmaya devam edilmesi gerekmektedir⁷⁴. Yazar, ayrıca Greenleaf tarafından ileri sürülen manevi tazminatın da cezalandırıcı tazminatın da zarar verenin fiilinin ağırlığı temel alınarak hesaplandığı, dolayısıyla aynı işlevi taşıdıklarına yönelik teze de karşı çıkmıştır. Segdwick’in görüşlerine destek veren bir diğer önemli hukukçu Street ise bu noktada farklı bir fikir ileri sürmüş ve cezalandırıcı tazminatın aslında gerçekten de zararın belirlenmesindeki güçlüklerden doğduğunu belirterek, eğer bir gün yargıçlar ve jürinin zararı titizlik ve incelikle hesaplayabileceği bir noktaya ulaşabilirsek artık cezalandırma düşüncesine ihtiyaç duymayacağımızı belirtmiştir⁷⁵. Söz konusu fikir tartışması, Amerikan doktrininin ve yargı kararlarının Segdwick’in görüşlerine genel olarak destek vermesiyle sonuçlanmıştır⁷⁶. Özellikle *Day v. Woodworth* kararında cezalandırıcı tazminatın amaçları açıkça vurgulanmış ve kurumun *Common Law* kültürünün bir parçası olduğu belirtilmiştir⁷⁷. Bu sayede cezalandırıcı tazminat kurumu, hukuk sistemi içindeki yerini sağlamlaştırmıştır.

Yirminci yüzyılın başında Amerikan Hukuku’nda şirketlerin ekonomik gücüne karşı bireylerin korunması fikri ön plana çıkmıştır⁷⁸. Özellikle şirketlerin, çalışanlarının

⁷⁴ Rustad/Koenig 1993, , s. 1300.

⁷⁵ Sebok 2009, s. 162

⁷⁶ Belirtmek gerekir ki bazı eyaletlerde Greenleaf’in cezalandırıcı tazminatı bütünüyle reddeden yaklaşımı da destek bulmuştur. Örneğin Colorado Yüksek Mahkemesi bir kararında “*cezalandırma ve tazmin etmenin birbirlerinden ayrı ve mesafeli tutulması gerektiğini*” açıkça belirtmiştir. Bkz. *Murphy v. Hobbs*, Colorado Supreme Court 5 P. 119 (Colo. 1884). Kararın çevrimiçi metni için bkz. <https://www.quimbee.com/cases/murphy-v-hobbs> (Erişim Tarihi: 28/02/2019).

⁷⁷ 54 U.S. 363, 371 (1851). Kararın metni için bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/54/363/> (Erişim Tarihi: 10/03/2019).

⁷⁸ Rustad/Koenig 1993, s. 1295.

eylemlerinden doğan sorumluluğunun ortaya çıkması (*respondeat superior*) ve geliştirilmesi bu kararların yolunu açmıştır⁷⁹. Ayrıca işçi hakları, tüketicilerin korunması ve ilerlemecilik (*progressivism*) gibi fikirlerin dönemin politik ikliminde önem kazanması da bu gelişimde önemli bir rol oynamıştır⁸⁰. İlgili dönemde cezalandırıcı tazminata ilişkin iki ayrı dava grubunun önem kazandığı görülmektedir. Bunlardan ilki demiryolu veya tramvay taşımacılığı ile uğraşan şirketlere karşı açılan davalardır. Yolcuları yanlış yerde indirmek, durakta durmamak, yolcuları aşağılamak, engelli bireyleri taşımayı reddetmek gibi çeşitli davranışlar, cezalandırıcı tazminata hükmedilmesine sebebiyet vermiştir. Bir diğer dava grubu ise taraflardan birinin açgözlülüğü ile diğer tarafın zayıflığından yararlandığı davalardır. Bu davaların en önemli örneği ise, satıcının hilesinin söz konusu olduğu hallerdir⁸¹. Cezalandırıcı tazminata sebebiyet veren bu iki dava grubunun ortak özelliği ise güçlü olan tarafın basit bir açgözlülük ile hareket ederek, ekonomik açıdan zayıf taraf üzerinde bir baskı (*oppression*) kurmasıdır. Mahkemeler esasen bu baskıyı cezalandırmış ve bu sayede sosyal dengenin bozulmasının önüne geçmiştir⁸².

Görüldüğü üzere Amerikan Hukukunda kurumun gelişimi, İngiliz Hukukundaki düzenlemelerin takibi suretiyle gerçekleşmiş, ancak bir süre sonra Amerika'ya özgü birtakım sebeplerin de devreye girmesi ile kendisine özgü bir hal almıştır⁸³. Yirminci yüzyılın başına gelindiğinde ise dört eyaletin haricinde, bütün eyaletlerde cezalandırıcı tazminat kabul edilmiştir. Louisiana, Massachusetts, Nebraska ve Washington eyaletleri

⁷⁹ Gül 2015, s. 191.

⁸⁰ Sebok 2009, , s. 163.

⁸¹ Rustad/Koenig 1993, s. 1303; Sebok 2009, s. 164

⁸² Rustad/Koenig 1993, s. 1297.

⁸³ Lenz 1992, s. 17. *Day v. Woodworth* kararında bu bağlantı açıkça vurgulanmıştır.

ise günümüzde dahi cezalandırıcı tazminatı kabul etmemektedir⁸⁴. Sonradan New Hampshire eyaleti de cezalandırıcı tazminatı bütünüyle yasaklamıştır⁸⁵. Diğer eyaletlerde ise cezalandırıcı tazminata yüklenen anlam birbirinden farklılık göstermektedir. Bazı eyaletler sadece yargılama masrafları açısından cezalandırıcı tazminatı kabul ederken, bazı eyaletlerde ise maddi zararın belirli bir oranını geçen bir cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi mümkün değildir.

B. Ürün Sorumluluğu Davalarındaki Görünüm (1950 ve sonrası)

İlk dönemlerde daha çok birey üzerindeki fiili baskıya karşı bir koruma amacı olarak kullanılmış olan cezalandırıcı tazminat, 1950’li yıllardan itibaren ise farklı bir yola girmiştir. İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemdeki ekonomik toparlanma süreci ve kapitalizm fikrinin ekonomi üzerindeki etkisini artırması, büyük şirketlerin güçlenmesine ve piyasadaki ürün çeşitliliğinin zirveye ulaşmasına sebebiyet vermiştir⁸⁶. Şirketlerin borsadaki değerlerini ve kârlılıklarını koruma isteği ise ürünlerdeki birtakım problemlerin halktan gizlenmesine ve ürünlerin çeşitli tehlikelere rağmen piyasaya sürülmesine yol açmıştır. Bu da ürün sorumluluğu ve bu sorumlulukla ilintili davaların, giderek önem kazanması sonucunu doğurmuştur⁸⁷.

⁸⁴ **Lenz** 1992, s. 17; **Owen** 1994, s. 369 dn. 30. Belirtmek gerekir ki Massachusetts ve Washington eyaletlerinde eğer özel bir yasal düzenlemeyle açıkça izin verilmişse, cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmektedir. Bkz. **Sebok** 2009, s. 155

⁸⁵ **Sebok** 2009, s. 155

⁸⁶ **Sebok** 2009, s. 165

⁸⁷ 1991 yılında, önemli bir karar olan *Pacific Mut. Life Ins. Co. v. Haslip* kararında, yargıç O’Connor, karşı oy yazısında artan cezalandırıcı tazminat kararlarını kitlesel haksız fiil davalarındaki artış ve ürün sorumluluğuna bağlamıştır. Kararın metni için bkz. *Pacific Mut. Life Ins. Co. v. Haslip*, 111 S. Ct. 1032-1066 (1991).

Cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için ağır kusur veya kast içeren bir fiilin gerekli olması, başlangıçta ürün sorumluluğu davalarında cezalandırıcı tazminata hükmedilmesinin önünde bir engel olarak görülmüştür. Zira ürün sorumluluğu Amerikan Hukuku'nda bir kusursuz sorumluluk (*strict liability*) türü olarak gelişmiştir⁸⁸. Ürün sorumluluğunun bir kusursuz sorumluluk hali olması ve doğal olarak bu davalarda kusurun ispatının aranmaması, en azından ağır bir kusurun ispatlanmasının gerektiği cezalandırıcı tazminat talebiyle bağdaşmamaktadır. Ancak zamanla mahkemeler bu tür bir dışlamanın, bu davalardaki ihtiyaçları karşılamadığını fark etmişlerdir. Zira birçok ürün sorumluluğu davasında şirketler, fayda-maliyet analizi yapmakta ve buna uygun bir “*dizayn tercihi*”nde bulunmaktadır⁸⁹. Dolayısıyla ürün sorumluluğu davalarında, *Common Law* sisteminin telafi edici nitelikteki tazmin olanakları yeterli sonuçları doğurmadığı için, cezalandırıcı tazminat talepleri zamanla mahkemelerce kabul görmeye başlamıştır⁹⁰. Aynı zamanda, bireylerin büyük şirketler karşısındaki ekonomik güçsüzlüğü, bu tip davalardaki ispat güçlükleri ve şirketler açısından ekonomik bir inceleme yapıldığında çoğu zaman ihlali gerçekleştirmenin mali olarak daha olumlu sonuçlar doğurması gibi unsurlar dikkate alındığında, cezalandırıcı tazminat etkili bir çözüm yolu olarak görülmüştür.

⁸⁸ Konuyla ilgili olarak *Restatement (Second) of Torts § 402A* hükmü mevcuttur. İncelemek için bkz. <https://h2o.law.harvard.edu/collages/749> (Erişim tarihi: 18/02/2019).

⁸⁹ **Sebok** 2009, s. 166

⁹⁰ **Gül** 2015, s. 197

Amerikan Hukukunda konuya ilişkin öncü davalar, ilaç üreticisi şirketlere karşı açılmıştır⁹¹. En ünlü davalardan biri 1967 tarihli *Toole v. Richardson-Merrell* kararıdır⁹². İlaç üreticisi *Richardson-Merrell* şirketi, piyasaya sürdüğü bir ilaca ilişkin testlere yanlış bir bilgi göndermiş ve bu sayede ilacın ağır yan etkilerini gizlemiştir. Hatta yan etkiler ortaya çıktığında bile uzunca bir süre inkar politikası izlemiştir. Dava sonucunda 250.000 Amerikan Doları cezalandırıcı tazminata hükmedilmiştir. Söz konusu dava, cezalandırıcı tazminat çılgınlığının da bir nevi başlangıcı olmuştur. Cezalandırıcı tazminatın ekonomik açıdan elverişli yapısı ve jürinin geniş takdir yetkisine göre belirlenmesi, avukatların sıklıkla ileri sürdüğü bir talebe dönüşmesine sebebiyet vermiştir.

1970’li yıllarda hem cezalandırıcı tazminat içeren davaların sayısı hem de hükmedilen tazminat miktarları giderek artmıştır⁹³. Bu dönemdeki en önemli örnek, 1981 tarihli *Grimshaw v. Ford Motor Co.* kararıdır⁹⁴. *Ford* markasının *Pinto* isimli otomobilinde, yakıt tankı aracın kaportasına o kadar yakın tasarlanmıştır ki, şiddetli çarpışmalarda yakıt tankı alev alabilmektedir. Hatta küçük kazalarda bile arka koltuğa yakıt sızabilmektedir. *Ford* şirketinin yetkilileri bir fayda-maliyet analizi yaptıktan sonra, söz konusu araçları tamir için geri çağırmanın maliyetinin, kendilerine karşı açılacak muhtemel davalarda ödemek durumunda kalacakları tazminat miktarına göre çok daha

⁹¹ Lenz 1992, s. 17

⁹² Karar metni için bkz. <https://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1820626.html> (Erişim Tarihi: 15/02/19).

⁹³ Aksi görüş için bkz. Sebok 2009, s. 156. Ayrıca Yüksek Mahkeme (*Supreme Court*) yargıçlarından O’Connor, farklı kararlardaki karşı oy yazılarında bu durumu açıkça vurgulamıştır. Bkz. *Pac. Mut. Life Ins. Co. v Haslip*, 499 U.S. 1, 61 (1991) , *TXO Prod. Corp. v Alliance Res. Corp.*, 509 U.S. 443, 500 (1993).

⁹⁴ Karar metni için bkz. <https://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1835119.html> (Erişim Tarihi: 15/02/19) .

yüksek olduğunu tespit etmiş ve araçları geri çağırılmayı tercih etmiştir⁹⁵. Açılan davada şirket 3.500.000 Amerikan dolarını cezalandırıcı tazminat olarak ödemeye mahkûm edilmiştir. Benzer şekilde Toyota ve Honda şirketleri de oldukça yüksek cezalandırıcı tazminat rakamları ödemeye mahkûm edilmişlerdir⁹⁶.

Bu kararların ortak özelliği ise ekonomik açıdan güçlü şirketlerin salt fayda-maliyet analizlerine dayanmak suretiyle verdiği sorumsuzca kararların, hukuk nezdinde sert bir karşılık bulmuş olmasıdır. Hatta iddiaya göre 1980 ve 1981 yıllarında hükmedilen cezalandırıcı tazminat miktarlarının toplamı, o tarihlere kadar Amerikan Hukuk tarihinde hükmedilmiş olan cezalandırıcı tazminat miktarlarının toplamından daha fazladır⁹⁷. Bu kontrolsüz artışın da çeşitli nedenlere dayandığı açıktır. Öncelikle Amerikan halkı ve hukukçuları, o dönemde dava açmaya daha eğilimli hale geldikleri ve cezalandırıcı tazminat davaları da genellikle yüksek meblağlı davalar olduğu için, bu artış mantıklı görülmüştür⁹⁸. Ayrıca başarı halindeki vekalet ücreti alınması sistemi (*Contingency Fee*⁹⁹) uygulaması da hukukçuları bu tür büyük meblağlı davaları açmak ve buradan iyi bir gelir elde edebilmek yoluna itmiştir. Aynı zamanda sigorta şirketlerinin henüz cezalandırıcı tazminatı kapsamdan çıkarmış olmamaları da dava sayısının artmasına

⁹⁵ Ford yetkilileri, bu konuda dava edildiklerinde, davadan sonuç çıkmayacağını da düşünmüşlerdir. Bkz. **Sebok** 2009, s. 166

⁹⁶ Kararların metni için bkz. <https://casetext.com/case/toyota-motor-co-ltd-v-moll> (Erişim Tarihi: 15/02/19) <https://casetext.com/case/dorsey-v-honda-motor-co-ltd-2> (Erişim Tarihi: 15/02/19).

⁹⁷ **Lenz** 1992, s. 18

⁹⁸ **Lenz** 1992, s. 19.

⁹⁹ Bu uygulamanın etkileri üzerinde ileride detaylı olarak durulacaktır. Bkz. Aşa. 1. Bölüm, §5, VI, C.

sebebiyet vermiştir. Zira bu durum jürileri, daha büyük rakamlara rahatça hükmetmeye itmiştir¹⁰⁰.

Cezalandırıcı tazminat kararlarındaki artışı açıklamak için ileri sürülen bir diğer düşünce ise geleceğe etkili önleme fikrinin ve hukukun ekonomik analizi doktrininin ortaya çıkışının bu artışı tetiklemesidir¹⁰¹. Önleme fikri sayesinde hem şirketler sadece kâr temelli hareket etmekten kaçınmak durumunda kalacak hem de aynı zamanda kusur fikrinden bağımsız olarak efektif bir önlem alma şansı ortaya çıkabilecektir. Önlemenin gerçekleşebilmesi için ideal tazminatın ne şekilde hesaplanması gerektiği ise cevabını hukukun ekonomik analizi doktrininde bulmuştur. Bu doktrin cezalandırıcı tazminata hükmedilmesinin ana sebebinin, zarar verenin bir şekilde sorumluluktan kurtulma şansının bulunması olduğunu ileri sürmektedir. Aksi takdirde söz konusu davranışı önlemenin veya cezalandırmanın bir manası olmayacaktır¹⁰². Ekonomik veriler dikkate alındığında *“zarar verenin ödemesi gereken tazminat miktarı; gerçek zararın, zarar verene karşı dava açılması ihtimalinin kesir olarak değerinin tersiyle çarpılmasından elde edilen tutar ile eşit olmalıdır.”* fikri ileri sürülmüş ve bu sayede şirketlerin sadece kâr amacına yönelik kararlarının önüne geçilebileceği belirtilmiştir¹⁰³. Aynı zamanda bu efektif önlemenin sağlanması ile uzun vadede sosyal refahın da gerçekleşeceği belirtilmektedir.

¹⁰⁰ Lenz 1992, s. 19.

¹⁰¹ Sebok 2009, s. 167. Ayrıca önleme fikrinin esasen cezalandırıcı tazminat kurumuna ilişkin ilk kararlarda dahi temel hareket noktalarından biri olduğu yönünde bkz. Ellis Jr. 1982, s. 19.

¹⁰² Polinsky/Shavell 1998, s. 874.

¹⁰³ Polinsky/Shavell 1998, s. 874; Sebok 2009, s. 167.

C. Irksal ve Cinsiyet Temelli Eşitsizliklere Karşı Bireylerin Korunması Safhası (1990 ve sonrası)

İkinci Dünya Savaşı sonrasında insan haklarına ilişkin yaşanan gelişmeler, temeli hümanizm olarak özetlenebilecek birçok değişikliğe vücut vermiştir. Temel hak ve özgürlüklerin yanı sıra işçi hakları, çocuk hakları ve kadın hakları gibi birçok alanda önemli gelişmelerin yaşandığı bu dönemde, hukuk yoluyla etkin koruma sağlama düşüncesi giderek daha ön plana çıkmış ve hukuk sistemleri farklı yaptırımlarla sorunlara çözüm üretmeye çalışmışlardır. Özellikle 1970’li yılların başında itibaren ise bu çalışmalarda en önemli başlıklardan biri, irksal ve cinsiyet temelli eşitsizlik ve ayrımcılıklara karşı bireylere bir korumanın sağlanması olmuştur.

İş hayatında ayrımcılıkla mücadelenin başlangıcının, diğer özgürlük alanlarına göre nispeten daha geç bir tarihte gerçekleştiğini söylemek mümkündür. Bu durumun, hukukun temel yönlendiricisi olan iki kıta için de makul sebepleri vardır. Amerikan Hukuku açısından durum incelendiğinde, sosyal devlet kavramına uzak olan Amerikan ekonomik düzeninin serbest piyasaya duyduğu yoğun güvenin, hukuki olarak da aşırı korumacı bir tavırdan sakındığı görülebilmektedir. Bireylerin serbest piyasa ekonomisi çerçevesinde özgürce karar alma mekanizmalarını engellemek başlıca gaye olmuştur. Kıta Avrupası Hukuku açısından ise sözleşme özgürlüğü ve irade özerkliği prensiplerinin, hukuki gelişmelerin ve hukuk sisteminin özü olduğuna dair temel inanış, bu özgürlüğe önemli bir müdahale olarak görülen ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemelerin ortaya çıkışını geciktirmiştir¹⁰⁴.

¹⁰⁴ **Wagner/Potsch** 2006, s. 1085.

Esasen 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin¹⁰⁵ 7. maddesi, 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin¹⁰⁶ 14. maddesi gibi düzenlemeler mevcutsa da, bu hükümler özel hukuk dallarında ancak 1970'li yıllardan itibaren tam anlamıyla etki göstermeye başlamıştır. Amerikan Hukuku açısından 1964 tarihli *Civil Rights Act (Medeni Haklar Yasası)* düzenlemesinin yedinci bölümü iş hayatındaki çeşitli ayrımcılıklarla mücadeleyle ilişkin hükümler getirmiştir¹⁰⁷. Aynı düzenleme içerisinde yapılan değişiklikle 1978 yılında yapılan *Pregnancy Discrimination Act (Hamilelik Ayrımcılığı Yasası)* ile hamilelik gerekçe gösterilerek kadınlar nezdinde gerçekleşen ayrımcılık engellenmeye çalışılmıştır. 1967 yılında ise *The Age Discrimination in Employment Act (İşe Almada Yaş Ayrımcılığı Yasası)* çıkarılmış ve belirli iş gruplarında sadece yaşa dayanarak tercih yapılmasının önüne geçilmiştir¹⁰⁸. Yine 1963 yılında çıkartılan *Equal Pay Act (Eşit Ücret Yasası)* ile farklı ırktaki veya cinsiyetteki kişilere farklı ücretler ödenmesi ile yaratılan ayrımcılık önlenmek istenmiştir¹⁰⁹. 1990 yılında çıkarılan *American with Disabilities Act (Engelle Sahip Amerikalılar Yasası)* ile engellilerin birçok alanda eşit imkanlara sahip olabilmesinin önü açılmıştır¹¹⁰.

¹⁰⁵ Tam metni için bkz. <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights> (Erişim Tarihi: 18/02/2019).

¹⁰⁶ Tam metni için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf (Erişim Tarihi: 18/02/2019).

¹⁰⁷ İlgili bölüm için bkz. <https://www.eeoc.gov/laws/statutes/titlevii.cfm> (Erişim Tarihi: 18/02/2019).

¹⁰⁸ Tam metni için bkz. <https://www.eeoc.gov/laws/statutes/adea.cfm> (Erişim Tarihi: 18/02/2019).

¹⁰⁹ Tam metni için bkz. <https://www.eeoc.gov/laws/statutes/epa.cfm> (Erişim Tarihi: 18/02/2019).

¹¹⁰ Tam metni için bkz. <https://www.ada.gov/pubs/adastatute08.htm> (Erişim Tarihi: 18/02/2019).

§3 CEZALANDIRICI TAZMİNATIN ÖZELLİKLE COMMON LAW HUKUK SİSTEMİNDE KABUL EDİLMESİNİN SEBEPLERİ

I. Genel Olarak

Cezalandırıcı tazminat, *Common Law* sisteminde genel olarak kabul görürken Kıta Avrupası hukuku bu yaptırım tipine hiçbir zaman yer vermemiştir. İki baskın hukuk sistemi arasında bu farklılığın açıklanabilmesi için, *Common Law*'da cezalandırıcı tazminatın hangi koşullar altında kabul edildiğinin açıklanması gerekmektedir.

Common Law sisteminin uygulandığı başlıca ülkeler olan ABD ve İngiltere, gerek sosyo-kültürel ve ekonomik yapı gerekse de hukuk sistemi olarak Kıta Avrupası ülkelerinden farklı yapıdadır. Tarihsel olarak süregelen ve hala da etkilerini devam ettiren bu farklılıklar, cezalandırıcı tazminatın ortaya çıkmasında önemli etki doğurmuştur. Bu farklılıkların kısaca vurgulanması, cezalandırıcı tazminatın ayırt edici özelliklerine ve işlevlerine ilişkin de bir bakış açısı edinilmesini sağlayacaktır.

II. Cezalandırıcı Tazminatın Ortaya Çıktığı Dönemde Manevi Zarar Kavramının Henüz *Common Law* Hukuk Sisteminde Mevcut Olmaması

Cezalandırıcı tazminatın telafi edici bir özelliği bulunup bulunmadığına ilişkin birçok tartışma mevcut olsa da, bu tazminat türünün, ilk ortaya çıktığı dönemde henüz *Common Law* sistemlerinde mevcut olmayan manevi tazminatın işlevini sağlamak amacıyla ortaya çıktığı genel olarak kabul edilmektedir¹¹¹. Cezalandırıcı tazminatın bir telafi işlevi bulunduğunu iddia eden yazarlar, bu tazminat türünün geçmişte hizmet ettiği işlevlerden hareket etmektedir. Özellikle on sekizinci yüzyılda mahkemeler, davacının

¹¹¹ Hay 1992, s. 743.

ekonomik olarak ölçülmesi mümkün olmayan zararlarını tazmin ederken, cezalandırıcı tazminatın öncüllerinden faydalanmıştır¹¹².

Detroit Dailey Post v McArthur kararında mahkeme, hükmedilen cezalandırıcı tazminatın davalının ahlaki olarak bu eylemden sorumlu tutulabilmesiyle ilgili olmadığını, davacının incinen duygularına ve kişilik değerlerine yönelik bir tazminat niteliği taşıdığını belirtmiştir¹¹³. Yine on dokuzuncu yüzyılın ortalarında itibaren Michigan ve Minnesota gibi eyaletlerde cezalandırıcı tazminatın aslında bir ceza niteliğinde olmadığı, esas amacının davacının zedelenen kişilik değerlerine ilişkin parasal bir karşılık belirleme olduğu kabul edilmiştir. Kavramın ilk ortaya çıktığı zamanlarda, hükmedilen yüksek miktarların altında, mağdurun uğradığı manevi çöküntünün giderilmesinin yattığı ve bu açıdan Kıta Avrupası Hukuku'ndaki manevi tazminat ile bir işlevsel denkliğin bulunduğu savunulmuş, hatta konuya ilişkin birçok mahkeme kararında atıf yapılan *Harvard Law Review* makalesinde de bu konu üzerinde durulmuştur¹¹⁴. Özellikle 1991 yılındaki ünlü *Pacific Mutual Life Ins. Co. v. Haslip* kararındaki karşı oy yazısında Yargıç *O'Connor* tarafından, bu zararların ortaya çıkışındaki temel gayenin manevi zararların tazmin edilememesinden kaynaklanan eksikliğin giderilmesi olduğu vurgulanmıştır¹¹⁵. Yine benzer şekilde *Leatherman v. Cooper* davasında da cezalandırıcı tazminatın tarihsel süreçte ilk olarak manevi zararların tazmini gayesiyle ortaya çıktığına vurgu yapılmıştır¹¹⁶. Manevi tazminatın *Common Law* sistemlerindeki yavaş gelişimini

¹¹² **Notes** 1957, s. 518.

¹¹³ **Sebok** 2009, s. 172.

¹¹⁴ **Notes** 1957, s. 519.

¹¹⁵ *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip* (89-1279), 499 U.S. 1 (1991).

¹¹⁶ *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, 532 U.S. 424 (2001).

temel alan bu bakış açısı, cezalandırıcı tazminatın, cezalandırma işlevindense tazmin işlevini ön plana çıkarmayı tercih etmektedir.

Cezalandırıcı tazminatın tazmin işlevini vurgulayan bu bakış açısının biri tarihsel sebeplere dayandığı belirtilmektedir¹¹⁷. Cezalandırıcı tazminatın ortaya çıktığı on sekizinci yüzyılda ve gelişim gösterdiği on dokuzuncu yüzyılda, ekonomik olarak belirlenmesi mümkün olmayan manevi değerlerin tazmininin hukuk sistemleri tarafından henüz tanınmamış olması, manevi zararların tazmini için bir hukuki enstrüman arayışını da beraberinde getirmiştir. Bahsi geçen dönemde, hem *Common Law* hukuk sistemleri hem de Kıta Avrupası hukuk sistemleri manevi zararların tazminine sıcak yaklaşmamıştır. Common Law sistemlerinde bu eksikliği gidermenin bir aracı olarak cezalandırıcı tazminat kullanılmıştır. Hatta ABD’de bazı eyaletlerde cezalandırıcı tazminatın, ekonomik olarak hesaplanması mümkün olmayan bu tür manevi zararların tazmini ile sınırlanması da cezalandırıcı tazminatın bu kökenini doğrulayan bir argüman olarak vurgulanmaktadır¹¹⁸. Ancak zamanla şahısvarlığı zararları kavramının genişlemesi ve manevi zararların tazmininin de genel olarak kabul görmesiyle beraber cezalandırıcı tazminatın işlevinin değiştiği ve cezalandırma ve önleme amaçlarının önem kazandığı belirtilmektedir¹¹⁹. Bu durum “*hukuk, işlevi takip eder (law follows function)*.” argümanını doğrular niteliktedir. Diğer bir deyişle bir hukuki kurum, işlev göstermekte olduğu alan tarafından zaman içinde şekillendirilmektedir.

Cezalandırıcı tazminat, *Common Law* hukuk tarihinde kullanıldığı tüm dönemlerde tamamlayıcı bir nitelik arz etmiştir. Yukarıda da değinildiği üzere

¹¹⁷ **Sebok** 2003, s. 180.

¹¹⁸ **Notes** 1957, s. 520.

¹¹⁹ **Sebok** 2003, s. 181; **Notes** 1957, s. 520.

başlangıçta, ekonomik olarak ölçülmesi mümkün olmayan zararların tazminindeki boşluğu kapatmak için kullanılan bu tazminat türü, sonradan manevi tazminatın bu ülkelerde de tanınmasıyla birlikte farklı amaçlara yönelmiştir. Günümüzde cezalandırıcı tazminat, Ceza Hukukunun çözüm bulamadığı gri alanları doldurmak ve yargılama masrafları ile ilgili kurallardan kaynaklanan zararları giderebilmek amacına yönelmektedir¹²⁰.

III. *Common Law* Hukuk Sisteminde Kamu Hukuku- Özel Hukuk Ayrımının Belirsiz Olması

İngiliz ve Amerikan hukuk sistemleri incelendiğinde, hukuk sisteminin Kamu Hukuku-Özel Hukuk ayrımından ari olarak geliştiği görülmektedir¹²¹. *Common Law* hukuk sistemleri, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinden farklı olarak, daha uygulama ve karar eksenli bir yapı çerçevesinde şekillenmiştir¹²². Bir görüşe göre¹²³ Roma Hukuku’nun etkisi *Common Law* üzerinde daha kısıtlı olmuşken, bir diğer fikre göre¹²⁴ ise *Common Law* sistemi de Roma Hukuku’ndan etkilenmekle birlikte içtihat sürekliliği (*stare decisis*) kuralı, bu sistemin farklı gelişimine sebebiyet vermiştir¹²⁵. Hangi sebeple olursa olsun, *Common Law* sistemi kamu hukuku-özel hukuk düalizmini yirminci

¹²⁰ Notes 1957, s. 521.

¹²¹ Özden Merhacı 2013, s. 44.

¹²² Kıta Avrupası sistemlerinde bu ayrımın gelişimi ve sebepleri üzerinde aşağıda ayrıntılı olarak durulacaktır.

¹²³ Özden Merhacı 2013, s. 43.

¹²⁴ Zimmermann 1992, s. 914.

¹²⁵ Pringsheim, İngiliz Common Law sisteminin gelişiminde dış etkilere kapalılığı, “milli gurur” kavramına ve hukuki kurumların güçlü yapısına bağlamaktadır. Bkz. Pringsheim 1935, s. 351.

yüzyılın başına kadar yaşamamıştır. Hatta bu tarihten sonra dahi Kıta Avrupası Hukuku kadar keskin bir ayırmadan bahsetmek mümkün değildir.

Common Law sisteminde, cezalandırıcı tazminatın “*melez*” yapısı üzerine çok fazla görüş ileri sürülmüştür¹²⁶. Zira bu tazminat türü, konu olarak haksız fiillerde gündeme geldiği için özel hukukun alanına girmekte, ancak içerdiği cezalandırma ve önleme gibi amaçlar sebebiyle de kamu hukukunun amaçlarıyla paralellik içermektedir. Bu açıdan *Common Law* hukukçularının bir kısmı dahi cezalandırıcı tazminatı “*anomali*”¹²⁷ olarak görmüş ve “*kökeninden daha uzun yaşamış bir kalıntı*”¹²⁸ olarak nitelendirmişlerdir. Yine benzer sebeplerle cezalandırıcı tazminatın ya kurumsal olarak reddi ya da ceza hukukundaki bir takım usuli sınırların cezalandırıcı tazminata da uygulanmasına yönelik fikirler ileri sürülmüştür¹²⁹. Hatta idari ceza hukuku ile bir benzerlik kurularak “*orta yol hukuku (middleground jurisprudence)*” olarak da isimlendirilmiştir¹³⁰.

Common Law hukuk sisteminde on ikinci yüzyıla kadar ihlallerin kamusal-bireysel şeklinde bir ayrıma tabi tutulmadığı belirtilmektedir¹³¹. Hatta ihlale dayanan

¹²⁶ Ellis konuya ilişkin çalışmasında cezalandırıcı tazminatı, “*cezalandırıcı tazminat kavramı, ceza hukuku ile haksız fiilleri hem birleştiren hem de ayıran sınırlarda yer almaktadır. (The concept of punitive damages lies in the borderland that both bridges and separates criminal law and torts.)*” cümlesiyle tanımlamaktadır. Bkz. **Ellis Jr.** 1982, s. 2.

¹²⁷ **Harris** 1989, s. 1079.

¹²⁸ **Sales/Cole** 1984, s. 1119 vd. Yazarlar, “*A Relic that Outlived its Origin*” başlıklı bu makalede cezalandırıcı tazminatın kökeni üzerine birçok tartışmaya yer vermişlerdir.

¹²⁹ **Harris** 1989, s. 1081.

¹³⁰ **Mörsdorf-Schulte** 1999, s. 113.

¹³¹ **Harris** 1989, s. 1091.

davaların uzunca bir süre ceza hukuku ve medeni hukuk açısından farklılık arz etmediği, sonuçlar bakımından değil tabi olunan usul ve yargı organları yönünden ufak nüansların bulunduğu ifade edilmektedir¹³². Bu sistemde kamu hukuku-özel hukuk ayrımının ciddi olarak gündeme gelmesi, on sekizinci yüzyılda Blackstone ve Hale tarafından yazılan eserlerle gerçekleşmiştir. Bu eserler, kamusal ihlaller (*public wrongs*) ile bireysel ihlaller (*private wrongs*) arasında bir ayrım yapmış ve bu ayrım da kamu hukuku-özel hukuk ayrımına ilişkin menfaat temelli bir ayrıma yol açmıştır¹³³. On dokuzuncu yüzyılın sonuna doğru hukuki liberalizm düşüncesinin de yoğun etkisi ile ayrım derinleşmiştir. Anayasa hukuku, idare hukuku ve ceza hukuku bireyler ile devlet arasındaki dikey ilişkiyi düzenleyen kamu hukuku dalları; sözleşmeler hukuku, haksız fiil hukuku ve eşya hukuku ise taraf özerkliğine dayanan ve bireyler arası yatay ilişkileri düzenleyen özel hukuk dalları olarak şekillenmiştir¹³⁴. Ancak günümüzde dahi Kıta Avrupası Hukuku'nun aksine *Common Law* sistemlerinde adli mahkemeler ile ceza mahkemeleri arasında bir ayrım bulunmamaktadır¹³⁵. Yine Rekabet Hukuku, Enerji Hukuku veya Ekonomi Hukuku gibi melez olarak nitelendirilebilecek alanlar *Common Law* sistemlerinde gelişmiş ve sonradan Kıta Avrupası Hukuku tarafından ithal edilmiştir. Bu tip melez dallarda cezalandırıcı tazminatın daha çok tartışılıyor olmasının da bir tesadüf olmadığını belirtmek gerekmektedir. Bu çalışmanın sonraki kısımlarında da vurgulanacağı üzere,

¹³² Mörsdorf-Schulte 1999, s. 123.

¹³³ Harris 1989, s. 1092.

¹³⁴ Cappelletti 2015, s. 803.

¹³⁵ Zimmermann da *Common Law* haksız fiil sisteminin aynen Roma Hukuku'nda olduğu gibi cezai unsurları içermeye her zaman devam ettiğini ve kazuistik yapısıyla da bunu desteklediğini vurgulamaktadır. Yazar, bu açıdan Roma Hukuku ile *Common Law* arasındaki benzerliğin, Roma Hukuku ile Kıta Avrupası arasındaki benzerlikten daha fazla olduğunu belirtmektedir. Bkz. Zimmermann 1992, s. 913.

kanaatimizce cezalandırıcı tazminatın ortaya çıkmasının sebeplerinden biri kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki çizginin giderek silikleşmesi ve iki dal arasındaki geçişliliğin artmasıdır.

IV. ABD Cezalandırma Sisteminin Yetersiz ve Esneklikten Uzak Yapısı

Cezalandırıcı tazminat, hem yöneldiği amaçlar hem de özel hukuk yaptırımlarının sınırlarını zorlayan yapısı sebebiyle ceza hukuku yaptırımlarına benzetilmektedir. Amerikan Hukuku'nda da cezalandırıcı tazminatın, ceza hukukuna olan bu yakınlığı bilinmekte, hatta bu yönde özel bir istek dahi bulunmaktadır¹³⁶. Bunun temel sebebi ise Amerikan Ceza Hukuku'nun esnek olmayan cezalandırma yapısıdır¹³⁷. *Bankers Life & Cas. Co. v. Crenshaw* kararında Amerikan Yüksek Mahkemesi de bu yetersiz ve esnek olmayan cezalandırma sisteminin yarattığı etkinin üzerinde durmaktadır¹³⁸. Söz konusu olayda, kaza sigortasından yararlanan sigortalı, sigorta şirketine karşı bir talepte bulunmuş ve yaklaşık 20.000 Amerikan Doları zararının giderilmesini talep etmiştir. Sigorta şirketi ise ödeme yapmayı haksız olarak reddetmiştir. İlgili eyalette söz konusu eylem aynı zamanda suç teşkil etmekte ise de ceza olarak en fazla 1.000 Amerikan Doları'na hükmedilebilmektedir. Yüksek Mahkeme ise davacı lehine hükmedilen 20.000 Amerikan Doları telafi edici, 1.600.000 Amerikan Doları cezalandırıcı tazminata ilişkin talebi haklı görürken, ilgili eyaletteki cezanın caydırıcı olmayı bırakın tam tersine ihlali tetikleyici bir etkiye sahip olduğunu vurgulamıştır.

¹³⁶ Brockmeier 1999, s. 18.

¹³⁷ Mörsdorf-Schulte 1999, s. 63 dn. 26.

¹³⁸ Bankers Life & Cas. Co. v. Crenshaw, 486 U.S. 71 (1988). Kararın çevrimiçi metni için bkz.

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/486/71/> (Erişim Tarihi: 28/02/2019).

ABD ceza hukuku sisteminin, büyük bir zarara veya infiale yol açmamış fiillere daha temkinli yaklaşması ve tüzel kişilerin cezalandırılmasına ilişkin sorunlar da cezalandırıcı tazminatın kabulüne haklı gösteren bir sebep olarak belirtilmektedir¹³⁹. Bu durumlarda cezalandırıcı tazminat, ceza hukukunun oldukça şekli ve katı kurallarından dolayı haksız yere kurtulma imkanı doğan zarar verenlere karşı bir silah olarak kullanılmaktadır¹⁴⁰. Özellikle şirket yöneticilerinin aldıkları sorumsuzca kararlardan, ceza hukukunun katı yapısı sebebiyle kurtulması, usuli olarak daha esnek bir yaptırım olan cezalandırıcı tazminatın önünün açılmasını sağlamıştır.

Benzer bir gerekçe ceza hukukundaki ispat yaklaşımın, özel hukuka göre çok daha ağır ve katı olmasıyla ilgili olarak da ileri sürülmektedir. Aynen Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde olduğu gibi ABD Hukuku'nda da şüpheden sanığın yararlanması, delil elde etmeye ilişkin kuralların katılığı ve bu kurallardan herhangi birinin ihlali halinde ilgili delilin tamamen kullanılamaz hale gelmesi gibi olgular da parasal tazmini esas alan bir özel hukuk yaptırımı olarak cezalandırıcı tazminatın gelişmesine sebebiyet vermiştir.

¹³⁹ Mörsdorf-Schulte 1999, s. 65; Riedel 2016, s. 23.

¹⁴⁰ Siyahi karşıtı ırkçı örgüt Ku Klax Klan'a karşı cezai açıdan başarılı olabilmiş yegane girişimin cezalandırıcı tazminat olduğu yönünde bkz. *Donald v. United Klans of America*. Kararın metni için bkz. <https://www.splcenter.org/seeking-justice/case-docket/donald-v-united-klans-america> (Erişim Tarihi: 01/03/2019).

§4 CEZALANDIRICI TAZMİNATIN COMMON LAW SİSTEMİNDEKİ TELAFİ EDİCİ NİTELİKTEKİ TAZMİNATLARDAN AYRILAN ÖZELLİKLERİ

I. Cezalandırıcı Tazminatta Telafi Düşüncesinin İkinci Planda Olması

Cezalandırıcı tazminat kavramının işlevsel açıdan sahip olduğu en önemli nitelik, bu tazminat türünde telafi ve tazmin fikirlerinin ikinci plana atılmış olması, cezalandırma ve önleme işlevlerinin ise birincil amaç olarak kabul edilmesidir. Bu açıdan *Common Law* sisteminde telafi edici tazminatlar ile cezalandırıcı tazminat arasında farklılıklar bulunduğunu önemle belirtmek gerekmektedir. Telafi edici nitelikteki tazminatlar, uğranılan zararın giderilmesi ve zarar görenin zarar verici eylemden önceki malvarlığı durumunun yeniden tesisi amacıyla gündeme gelirken; cezalandırıcı tazminat, zarar verenin sorumsuzca ve zalimce davranışını cezalandırmak ve başkalarının da benzer davranışlardan kaçınmasını sağlamak için devreye girmektedir¹⁴¹. Bir diğer deyişle telafi edici tazminatlar, uğranılan zarara odaklanırken, cezalandırıcı tazminat ihlali ve zarar vereni temel almaktadır¹⁴². Bu açıdan iki tazminat türünün, tanımları ve amaçları arasında önemli bir farklılık bulunmaktadır.

Common Law sistemindeki telafi edici tazminatlar incelendiğinde Kıta Avrupası haksız fiil hukukunda yer alan tazminatlar ile benzer özellik arz ettiği görülmektedir. Telafi edici tazminatlarda, malvarlığının zarar verici fiil öncesindeki duruma geri döndürülmesi ve zarar görenin uğradığı zararın tazmini temel hareket noktalarıdır¹⁴³. Zarar görenin, zarar verici eylem gerçekleşmeseydi hangi durumda olacak ise o duruma

¹⁴¹ Behr 2003, s. 109-110.

¹⁴² Behr 2003, s. 111.

¹⁴³ Özden Merhacı 2013, s. 52.

geri dönmesi amaçlanmaktadır. Bu tazminat türü, mağdur odaklı bir anlayışa dayanmaktadır (*Victim oriented approach*)¹⁴⁴. Diğer bir deyişle, zarar verenin malvarlığı değil, zarar görenin malvarlığında değişim dikkate alınmaktadır. Söz konusu yaklaşımın doğal bir sonucu ise uğranılan zarar miktarının, hükmedilecek tazminat açısından tavan teşkil etmesi ya da bir başka deyişle zenginleşme yasağıdır. Zira amacın telafi olduğu bu tazminatlarda, uğranılan zarar telafi edildiğinde amaçlanan sonuca da ulaşılmaktadır. Kıta Avrupası sistemlerinde yer alan maddi ve manevi tazminatların *Common Law* sistemlerindeki karşılığı telafi edici tazminatlardır (*compensatory damages*). Telafi edici tazminatlar kişiye ve mala verilen zararların tazmini amacıyla öngörölmüş yaptırımları kapsamaktadır¹⁴⁵. Belirtildiği üzere manevi tazminat (*damages for pain and suffering*) da telafi edici tazminatlar arasındadır.

Kıta Avrupası hukuk sisteminden farklılık arz eden telafi edici olmayan tazminatlar¹⁴⁶ ise nominal tazminatlar, aşağılayıcı tazminatlar, ağırlaştırılmış tazminatlar¹⁴⁷, iade tazminatı ve en nihayetinde cezalandırıcı tazminattan

¹⁴⁴ Behr 2003, s. 112.

¹⁴⁵ Özden Merhacı 2013, s. 54 vd.

¹⁴⁶ Klode ise konuya ilişkin çalışmasında Common Law sistemlerindeki tazminatları dörde ayırmaktadır: Özel tazminatlar, genel tazminatlar, dolaylı tazminatlar ve cezalandırıcı tazminatlar. Yazar, bunlardan ilk üçünün telafi edici olduğunu, cezalandırıcı tazminatın ise telafi edici olmayan nitelikte olduğunu vurgulamaktadır. Bkz. Klode 2009, s. 1764.

¹⁴⁷ Ağırlaştırıcı tazminatlar, cezalandırıcı tazminat ile karıştırılma riski olan bir yaptırım türüdür. Özellikle İngiliz Hukuku'nda sıkça rastlanan bir tazminat türü olan ağırlaştırıcı tazminatlar, günümüzde telafi edici tazminatlar grubunda sınıflandırılmaktadır. 1964 tarihli *Rookes v. Barnard* kararının öncesinde, cezalandırıcı tazminat ile neredeyse aynı şekilde tanımlanan ağırlaştırıcı tazminatlar, bu karar sonrasında telafi edici bir tazminat olarak sınıflandırılmış ve zarar görenin saygınlığının zedelenmesinin, yaşadığı elem, acı ve üzüntünün karşılığında hükmedilen bir tazminat türü olarak tanımlanmıştır. Ancak

oluşmaktadır¹⁴⁸. Telif edici olmayan tazminatlar da aynen telif edici tazminatlar gibi kişiye veya mala verilen zararların varlığı halinde talep edilebilmektedir. Bu tazminatların, telif edici tazminatlardan ayrıldıkları nokta ise işlevleridir. Zararın telif etmek ile alakalı olmayan ve dolayısıyla uğranılan zarar miktarının tazminat açısından bir tavan teşkil etmediği bu yaptırımların Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde bir karşılığı bulunmamaktadır. Telif edici olmayan tazminatlar, cezalandırma, önleme, haklılığın gösterilmesi gibi amaçlara yöneliktir.

Cezalandırıcı tazminatın, uğranılan zarardan bağımsızlığı ve işlevleri dikkate alındığında bu tazminat türünde telif düşüncesinin ancak dolaylı bir fonksiyon gösterdiğini söyleyebilmek mümkündür. Gerek sistematik açıdan gerekse de yasal tanımlamalar açısından da bu statü doğrulanabilmektedir. Hem *Second Restatement of Torts*'da yer alan tanım hem de doktrinin büyük çoğunluğu, cezalandırma ve önleme işlevlerinin önemini vurgulamakta ve telif fikrinin ikinci planda kaldığını belirtmektedir. Cezalandırıcı tazminatın telif amacından çok cezalandırma ve önleme düşüncelerine dayanması, bu tazminatın tespitinde geleceğe dönük (*prospective*) bir bakış açısını da beraberinde getirmektedir. Telif edici tazminatlar ise geçmişte meydana gelen bir

kanaatimizce ağırlaştırılmış tazminat yaptırımı, telif edici olarak nitelendirildiğinde manevi tazminat ile telif edici olmadığı kabul edildiği takdirde ise cezalandırıcı tazminat ile karışma tehlikesini hala barındırmaktadır. Bu sebeple İngiltere'de toplanan bir komisyon tarafından hazırlanan raporda, ağırlaştırılmış tazminatların cezalandırma işlevine sahip olmadığı, manevi tazminat ile ağırlaştırıcı tazminatın aynı sistemde var olmasının kafa karışıklıklarına yol açtığı gibi tespitler yapılmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki bu tespitlere rağmen İngiliz Hukuku açısından önemli bir değişiklik gerçekleşmemiştir. ABD Hukuku'nda ise ağırlaştırılmış tazminatlara birkaç eyalet haricinde rastlanmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Sebok/Wilcox** 2009, s. 257 vd.

¹⁴⁸ **Özden Merhacı** 2013, s. 67 vd.

eksilmenin giderilmesini amaçladığı için geriye dönük (*Retrospective*) bir yaklaşımla belirlenmektedir¹⁴⁹.

II. Uğranılan Gerçek Zarar Miktarını Aşan Bir Tazminata Hükmedilmesi ve Bu Miktarın Zarar Görene Ödenmesi

A. Genel Olarak

Cezalandırıcı tazminat, telafi edici tazminat miktarı belirlendikten sonra, gerçek zarar miktarının üzerine çıkacak şekilde belirlenmektedir¹⁵⁰. Bu açıdan cezalandırıcı tazminat, zarar miktarını aşan bir meblağdan oluşmaktadır. Zarar miktarını aşan fazla kısım devlete değil, bizzat zarar görene ödenmektedir. Adli veya idari para cezalarıyla cezalandırıcı tazminat arasındaki en önemli fark da budur. Zira adli veya idari para cezasının söz konusu olduğu durumlarda yine gerçek zarar miktarını aşan bir tutar söz konusu olsa da, bu rakam devlete ödenmekte ve en azından teorik olarak bu paranın kamu hizmetine vakfedilmesi sağlanmaktadır.

Gerçek zararı aşan bir tutarın mağdura ödenmesinin temel gayesinin, cezalandırıcı tazminatın yöneldiği asıl işlevler olan cezalandırma ve önlemenin hayata geçirilmesi olduğu belirtilmektedir. Bu açıdan cezalandırıcı tazminat, esasında toplumsal menfaatleri de ilgilendiren bir konuda, zarar görenin almaya hak kazandığı bir “*talih kuşu (windfall)*” olarak da yorumlanmaktadır¹⁵¹. Bu “*talih kuşu*”na zarar görenin hak kazanması, uğranan

¹⁴⁹ Behr 2003, s. 113.

¹⁵⁰ Dasser 2000, s. 102; Gül 2015, s. 254; Özden Merhacı 2012, s. 192 vd.

¹⁵¹ Koziol 2009, s. 295-296. Esasında Koziol, bu görüşün kabulünün, ancak cezalandırıcı tazminata sebebiyet verilen fiilin kamusal menfaatlerin zedelenmesinden kaynaklandığının kabulü halinde mümkün olabileceğini belirtmiştir. Ancak eğer Colby’nin cezalandırıcı tazminatın, bireylere verilen zararlardan kaynaklandığı ve bireysel ihlallerden kaynaklandığı görüşü ya da Sebok’un cezalandırıcı tazminatın temelinde kişilerin hakların hiçe sayılmasının ve bu yolla kişilere yönelmiş ağır saldırının yattığı ve bu

gerçek zararın tazmininin, davalıyı benzer davranışlarda bulunmaktan alıkoymaması ile açıklanmaktadır. Ünlü *Ford Pinto* davası¹⁵² gibi davalarda, şirketlerin sorumsuzca ekonomik kararlar almasının önüne ancak zarar miktarını aşan bu tip tazminatlara hükmedilmesiyle geçilebilecektir¹⁵³. Yine ayrımcılık davalarında da gerçek zarar miktarlarının genelde düşük olmasının, bu tip tazminatlar meşruiyet kazandırdığı düşünülmektedir¹⁵⁴.

Gerçek zarar miktarını aşan bir meblağa tazminat olarak hükmedilmesi, Kıta Avrupası sistemlerinde yer alan zenginleşme yasağına ve bu yasağın temelini oluşturan fark teorisine aykırılık teşkil etmektedir. Cezalandırıcı tazminata, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde karşı çıkılmasının temel gerekçelerinin başında da doğal olarak bu özellik gelmektedir. Bu konuya ilişkin eleştirilere çalışmanın sonraki bölümlerinde yer verilecektir¹⁵⁵.

B. Uğranılan Gerçek Zarar ile Cezalandırıcı Tazminat Miktarı Arasında Makul Bir Oranın Bulunması

Jürinin cezalandırıcı tazminatı gerektiren bir fiilin bulunduğunu tespit ettiği hallerde ikinci problem söz konusu tazminatın miktarının belirlenmesi olacaktır. Jürinin buradaki en önemli hareket noktası, aynı zamanda sınırlama açısından da önem arz eden

tazminat türünün de esasında tazmine yöneldiği yönündeki görüşleri kabul edilirse, yukarıda belirtilen görüşün anlamsız kalacağını Koziol de belirtmektedir. Bu görüşler çalışmanın ileri aşamalarında detaylı olarak incelenecektir.

¹⁵² Yuk. 1. Bölüm, §2, III, B.

¹⁵³ Özellikle hukukun ekonomik analizi doktrini, bu tip argümanlara sıklıkla başvurmaktadır. Bkz. **Heizmann** 2015, s. 77.

¹⁵⁴ Yuk. 1. Bölüm, §2, III, C.

¹⁵⁵ Aşa. 2. Bölüm, §10, IV vd.

bir kural olan uğranılan gerçek zarar miktarı ile cezalandırıcı tazminat miktarı arasında makul bir oranın bulunmasıdır. Daha önce de değinildiği üzere, cezalandırıcı tazminattan söz edilebilmesi için nominal zarar niteliğinde de olsa bir zarar bulunması ön şarttır. İşte bu gerçek zarar miktarı ile cezalandırıcı tazminat miktarı arasında ölçülü şekilde belirlenen bir oranın varlığı şarttır. Bu kurala *Common Law*'da “*ratio rule*” adı verilmektedir.

Amerikan Hukuku açısından birçok eyalette ana kural, kanuni düzenlemelerde açıkça bir sınır öngörülmüş olmasa dahi, gerçek zarar miktarıyla orantılı bir cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi yönündedir¹⁵⁶. Clayton Act gibi rekabeti koruyucu yasal düzenlemelerde öngörülen katlı tazminatlar da benzer bir mantığın ürünü olarak gösterilmektedir. Bu uygulamalara ek olarak bazı eyaletlerde cezalandırıcı tazminat miktarlarına bir üst sınır (*cap*) getirildiği görülmektedir.

Amerikan Hukuk Sistemi açısından birçok eyalet cezalandırıcı tazminat ile gerçek zarar miktarı arasındaki orana ilişkin bir düzenleme yapma ihtiyacı duymuştur. Bu düzenlemelerin temel gayesinin adil yargılanma hakkı olduğu vurgulanmaktadır¹⁵⁷. *Colorado* eyaleti, hükmedilebilecek cezalandırıcı tazminat miktarını, telafi edici tazminat miktarı ile sınırlamıştır¹⁵⁸. Buna karşılık Vermont Yüksek Mahkemesi ise telafi edici tazminat miktarının on katı tutarındaki bir cezalandırıcı tazminatı aşırı bulmamıştır. Yüksek Mahkeme, karar gerekçesinde, sadece mevcut gerçek zararların değil ileride

¹⁵⁶ **Lenz** 1992, s. 58; **Sales/Cole** 1984, s. 1145; **Ellis Jr.** 1982, s. 58 dn. 242. Aksi yönde bir düzenleme ise Hawaii'de mevcuttur. Hawaii eyaleti bu başlık altında sayacağımız diğer unsurları dikkate almış ancak gerçek zarar miktarı ile bir bağlantı bulunmadığını belirtmiştir. Bkz. **Sebok** 2009, s. 187.

¹⁵⁷ **Sebok** 2009, s. 187.

¹⁵⁸ *Col. Rev. St. Ann. § 13-21-102(1)(a): “The amount of such reasonable exemplary damages shall not exceed an amount which is equal to the amount of the actual damages awarded to the injured party”.*

meydana gelebilecek potansiyel zararların da dikkate alınması gerektiğini, önleme ve cezalandırmanın ancak bu şekilde gerçekleşebileceğini vurgulamıştır¹⁵⁹. Birtakım eyaletlerde ise tam tersine bütün gerçek zararların değil, özel nitelikteki zararların cezalandırıcı tazminat miktarına etki edeceği belirtilerek, daha sınırlamacı bir yaklaşım benimsenmiştir¹⁶⁰. Bu yaklaşıma göre, cezalandırıcı tazminat miktarı ancak kişinin manevi bütünlüğü açısından uğradığı zararlar ile sınırlı olarak gündeme gelebilecektir¹⁶¹.

Alabama, Alaska, Arkansas, Florida, Georgia, Idaho, Illinois, Indiana, Kansas, Mississippi, Montana, Nevada, New Jersey, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Texas ve Virginia eyaletleri, cezalandırıcı tazminat miktarına bir üst sınır getirmiş ve gerçek zarar miktarı yüksek olsa dahi bu sınırın üstünde bir cezalandırıcı tazminata hükmedilemeyeceğini vurgulamışlardır. Bu sınır *Alabama*'da 500.000 Amerikan Doları iken, *Alaska, Arkansas* gibi eyaletlerde sınır 250.000 Amerikan Doları olarak belirlenmiştir¹⁶². *Kansas, Mississippi ve Montana* eyaletlerinde sabit bir sınır belirtmek yerine, davalının malvarlığı üzerinden bir üst sınır belirlenmesi yoluna gidilmiştir.

III. Tazminatın Belirlenmesinde Jüriye Tanınan Geniş Takdir Yetkisi

Kıta Avrupası hukuk sistemleri ile *Common Law* sistemi arasındaki önemli bir farklılık, jüri sistemi olarak da ifade edilen ve belirli dava gruplarında vatandaşlar arasından seçilen bir kurulun karar verme sürecine katıldığı sistemin varlığıdır. Jüri sisteminin varlığının vatandaşların yargı sürecine katılmasını ve vatandaşların fikirlerinin

¹⁵⁹ *Sweet v. Roy*, 173 Vt. 418, 801 A.2d 694 (Vt. 2002). Kararın tam metni için bkz. <https://casetext.com/case/sweet-v-roy> (Erişim Tarihi: 08/03/2020).

¹⁶⁰ **Sebok** 2009, s. 187.

¹⁶¹ Bu yaklaşım daha önce belirttiğimiz cezalandırıcı tazminatı manevi tazminat ile fonksiyonel bakımdan denk gören anlayışla örtüşmektedir.

¹⁶² **Sebok** 2009, s. 188; **Riedel** 2016, s. 31.

yargı erki nezdinde de karşılık bulunmasını sağladığı belirtilmekte ve söz konusu sistem, *Common Law* sisteminin temel yapıtaşlarından biri olarak gösterilmektedir. Her ne kadar bir Kıta Avrupası hukukçusu açısından çok yabancı bir kavram gibi görünse de, ilgili hukuk sistemlerinde yüzyıllardır süregelen bir hukuki gelenek olan jüri sistemi, gerek eyalet sistemlerinde gerekse de Federal sistemde birçok yasal düzenlemeyle de koruma altındadır. Uyuşmazlık miktarının yirmi doları aştığı her davada talep edilmesi halinde, jüriyi içeren bir yargılama süreci sağlanması temel bir hak olarak anayasal koruma altındadır¹⁶³. Mahkeme yargıçları, jürinin olguları en iyi şekilde değerlendirmesini ve yetkilerinin sınırlarından haberdar olmalarını sağlamakla yükümlüdürler¹⁶⁴.

Jüri, önüne getirilen hukuki olayı incelerken aynı zamanda ispatın derecesine ilişkin kurallarla da bağlıdır. Amerikan Hukuk Sistemi'nde medeni usul yargılamasında davacının daha ağır basacak nitelikte iddiasını ispatlaması yeterli görülürken (*the preponderance of the evidence, übergewichtsprinzip*), ceza yargılamalarında ise fiilin işlendiğinin sabit olduğunun ispat edilmesi (*beyond the reasonable doubt, die volle gerichtliche überzeugung*) gerekmektedir¹⁶⁵. Cezalandırıcı tazminatın ceza-benzeri (*quasi-criminal*) niteliği, bu davalarda aranacak ispatın derecesini ve yoğunluğuna ilişkin birçok tartışmaya sebebiyet vermiştir. Hawaii Yüksek Mahkemesi 1989 yılında verdiği ve doktrinde çokça kabul gören bir kararında, cezalandırıcı tazminat için aranan ispatın derecesinin, ceza davalarındaki standart ile medeni usul yargılamalarındaki standardın arasında olması gerektiğini belirtmiş ve bunu “açık ve ikna edici ispat (*clear and*

¹⁶³ Riedel 2016, s. 27 dn. 196.

¹⁶⁴ On sekizin yüzyılın ortalarına dek, maddi vakalara ilişkin olarak jürinin yaptığı değerlendirmenin, herhangi bir suretle yargıçlar tarafından denetlenmesi mümkün görülmemekteydi. Bkz. Mörsdorf-Schulte 1999, s. 120.

¹⁶⁵ Riedel 2016, s. 28.

convincing evidence) olarak ifade etmiştir¹⁶⁶. İddianın mantıklı bir şekilde oluşturulduğu ve jürinin de söz konusu fiilin çok yüksek ihtimalle gerçekleştiğine kanaat getirdiği noktada, cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi mümkün hale gelmektedir¹⁶⁷. Bu karar sonrasında otuz beş farklı eyalet, söz konusu standardı kabul etmiştir. Buna karşılık bazı eyaletler cezalandırıcı tazminat için hala ağır basan ispatı kabul ederken, Colorado eyaletinde ise ceza hukukundakine benzer bir şekilde fiilin işlendiğinin sabit olduğunun ispat edilmesi aranmaktadır¹⁶⁸.

Jürinin, cezalandırıcı tazminata hükmetmek hususunda geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu söylemek mümkündür¹⁶⁹. Cezalandırıcı tazminatın şartları sağlandığında, jüri gerek cezalandırıcı tazminata hükmetmek hususunda, gerekse de tazminatın miktarını belirlemek hususunda serbestçe karar verebilir. Hatta benzer sebeplerle, davacının cezalandırıcı tazminata yönelik bir hakkının bulunmadığı ve bu tazminatın jüriye ait bir yetki olduğu sıklıkla dile getirilmektedir¹⁷⁰. Jüri her somut olayda uygun tazminat miktarının ne olduğunu ayrıca incelemeli ve zarar vereni cezalandıracak ve benzeri davranışları önleyici bir meblağa geniş takdir yetkisine dayanarak özgürce karar vermelidir. Jüri bu tespiti yaparken fiilin gerçekleşme biçimi ve ağırlığı, ihlalin ve kusurun ağırlığı gibi somut kriterlerden hareket etmeli ve zarar vereni temel alarak hükmü oluşturmalıdır¹⁷¹. Bazı eyaletlerde açıkça düzenlemeye kavuşmuş olan, bazı eyaletlerde

¹⁶⁶ Masaki v. General Motors Corp., 780 P.2d 566 (Hawaii 1998). Kararın metni için bkz. <https://law.justia.com/cases/hawaii/supreme-court/1989/13023-2.html> (Erişim Tarihi: 15/03/2019).

¹⁶⁷ Riedel 2016, s. 28.

¹⁶⁸ Riedel 2016, s.29.

¹⁶⁹ Bu geniş takdir yetkisi birçok eleştiriye de vücut vermektedir. Bkz. Lenz 1992, s. 56.

¹⁷⁰ Riedel 2016, s. 29; Lenz 1992, s. 56; Sebok 2009, s. 180; Ellis Jr. 1982, s. 38.

¹⁷¹ Lenz 1992, s. 56; Sebok 2009, s. 184; Riedel 2016, s. 30.

ise teamül olarak uygulanan bir diğerkriter ise telafi edici tazminat miktarı ve bunun cezalandırıcı tazminata olan oranıdır¹⁷².

Zaman içerisinde jüri kararlarında keyfiliğın artması, Amerikan Hukuk Sistemi'ni konuya ilişkin bir önlem arayışına itmiştir. Özellikle 80'li yıllarda hükmedilen cezalandırıcı tazminat miktarlarındaki artış, sınırlama çabalarını da beraberinde getirmiştir. Jürilerin keyfiyet içinde karar vermeleri ve eğitimli bir hukukçunun dahi tatmin edici bir sonuç bulmakta zorlanacağı hususları keskin şekilde çözüme kavuşturmaları, Amerikan hukukçuları nezdinde tepkiye yol açmıştır¹⁷³. Kansas eyaleti bu probleme ilişkin çözümü, jürinin hükmettiği miktarın hakim denetimden geçirildikten sonra taraflara açıklanmasında bulmuştur¹⁷⁴. Bu noktada jürinin verdiği duygusal ya da tepkisel kararların uzman bir hukukçunun gözünden geçirilmesi amaçlanmaktadır. Bazı eyaletler ise cezalandırıcı tazminat miktarlarına sınırlamalar getirme yolunu seçmişlerdir¹⁷⁵. Bu eyaletlerde ya cezalandırıcı tazminata bir üst sınır getirilmiş ya da telafi edici tazminatla arasında bir orantı kurulmak suretiyle sınırlamaya gidilmiştir.

Amerikan Hukuk Sistemi'nde jürinin verdiği kararlar, üst yargı organlarındaki hakimler tarafından da denetime tabi tutulmaktadır. Bölge Temyiz Mahkemeleri (*Appellate Courts*) ve Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne (*Supreme Court*) taşınan kararlar, bu mercilerce tekrar değerlendirilmektedir. Üst yargı denetimi esnasında

¹⁷² **Sebok** 2009, s. 187.

¹⁷³ **Lenz** 1992, s. 56; **Sales/Cole** 1984, s. 1137 vd.

¹⁷⁴ Kan. Stat. Ann. § 60-3701 (e)(f) (1994). Yasa metni için bkz. https://www.ksrevisor.org/statutes/chapters/ch60/060_037_0001.html (Erişim Tarihi: 12/04/19).

¹⁷⁵ Bu eyaletler Alabama, Alaska, Arkansas, Florida, Georgia, Idaho, Illinois, Indiana, Kansas, Mississippi, Montana, Nevada, New Jersey, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Texas, Virginia eyaletleridir. Bkz. **Sebok** 2009, s. 188 dn. 222.

hakimler ya tekrar adil bir yargılanma yapılmasına karar verebilmekte ya da “*remittitur*”¹⁷⁶ adı verilen yöntemle jürinin verdiği “şoke edici” nitelikteki hatalı hükmü tenkis etme yoluna gidebilmektedir¹⁷⁷. Alabama Yüksek Mahkemesi, *Hammond* ve *Greenoil* kararlarında belirlediği kriterleri uygulamak suretiyle, yüksek meblağlı jüri kararlarını denetlemektedir¹⁷⁸. *Hammond* kararında, ilk derece hakiminin, zarar verenin isnat edilebilir fiilini kategorize etmesi gerektiğini ve zarar verenin ve üçüncü kişilerin benzer davranışlarını önleyecek bir rakama hükmedilip hükmedilmediğini kontrol etmesi gerektiği belirtilmektedir. Görülebileceği üzere bu karar özellikle önleme işlevini ön plana çıkarmış ve kararın meşruiyetine ilişkin sınırları bu işleve uygunluk üzerinden çizmiştir. *Greenoil* kararında ise ilk derece hakimlerinin maddi zarar miktarı ve yargılama masrafları ile cezalandırıcı tazminat arasında makul bir ilişkinin varlığını gözetmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu karar, sonradan Amerikan Yüksek Mahkemesi’nce gerekçelendirilen orantılılık kriterinin bir nevi başlangıcı olarak görülebilecektir.

IV. Tazminatın Belirlenmesinde Zarar Gören Yerine Zarar Veren Malvarlığının Dikkate Alınması

Cezalandırıcı tazminatın ayırt edici unsurlarından bir diğeri ise Kıta Avrupası tazminat anlayışının aksine, bu tazminat türüne hükmedilirken temel hareket noktasının zarar verenin malvarlığı olmasıdır (*Zarar veren odaklı yaklaşım (Tortfeasor oriented*

¹⁷⁶ Brockmeier 1999, s. 8.

¹⁷⁷ Riedel 2016, s. 31.

¹⁷⁸ Hammond v. City of Gadsden, 493 So.2d 1374, 1379 (Alabama 1986). Kararın metni için bkz. <https://www.courtlistener.com/opinion/1658599/hammond-v-city-of-gadsden/> (Erişim Tarihi: 12/04/2019). Green Oil v. Hornsby, 539 So.2d 218, 223, 224 (Alabama 1989). Kararın metni için bkz. <https://law.justia.com/cases/alabama/supreme-court/1989/539-so-2d-218-1.html> (Erişim Tarihi: 12/04/2019).

approach)). Bir diğ er deyişle telafi edici tazminatlar da zarar g orenin malvarlığındaki eksilme ve bu eksilmenin giderilmesi temel amaç iken, cezalandırıcı tazminatta zarar vereni cezalandırmak ve caydırmak amacıyla, bizzat onun malvarlığı esas alınarak bir rakam belirlenmektedir¹⁷⁹. Her ne kadar fiili zararın varlığı cezalandırıcı tazminatın varlığı için bir ön şart olarak kabul edilse de, bir defa cezalandırıcı tazminata hükmedilme yönünde kanaat oluştuktan sonra, bütün değerlendirmeler zarar verenin malvarlığı üzerinden ger ekleřtirilmelidir¹⁸⁰. Bu sayede zarar veren kişiyi gerçekten etkili biçimde cezalandırabilmek ve gerek özel gerekse de genel  nleme amacı yönünden verimli sonuçlara ulaşabilmek mümkün olabilecektir. Nitekim *Restatement of Torts  908 (2)* hükmünde davalının malvarlığının, cezalandırıcı tazminatın belirlenmesindeki faktörlerden biri olduğu düzenlemesi yer almaktadır. Amerikan Hukuku açısından birçok eyalet, cezalandırıcı tazminatın belirlenmesinde zarar verenin malvarlığının dikkate alınacağını açıkça düzenlemiştir. *Maine* eyaleti, konuyu en açık şekilde hükme bağlamış ve cezalandırma ve  nleme amaçlarının gerçekten yerine getirilebilmesi için cezalandırıcı tazminat miktarı belirlenirken mutlaka zarar verenin malvarlığının da dikkate alınması gerekliliğini vurgulamıřtır¹⁸¹.

Cezalandırıcı tazminatın temel işlevlerinin cezalandırma ve  nleme olduğu düşünüldüğünde, cezalandırıcı tazminat miktarının zarar veren nezdinde gerçek bir etki

¹⁷⁹ Esasında Kıta Avrupası Hukuku'nda da manevi tazminatın belirlenmesinde, zarar verenin malvarlığının esas alınması gerektiği yönünde görüşler mevcuttur. Bu görüşlere çalışmanın ikinci ve   c nc  kısımlarında değinilecektir.

¹⁸⁰ Bu açıdan cezalandırıcı tazminatı belirlemek için kullanılan kriterlerin İsviçre Kamu Hukukunda idari veya adli para cezalarını belirlemek için kullanılan kriterlerle paralellik arz ettiği belirtilmektedir. Bkz. **Lenz** 1992, s. 61.

¹⁸¹ **Sebok** 2009, s. 186; **Riedel** 2016, s. 30 .

yaratması gerektiği açıktır. Tazminatın malvarlığı üzerinde etkili bir yaptırım olması, yaptırımın üzerinde gerçekleşeceği kişinin net malvarlığının dikkate alınmasına ilişkin tartışmaların başlamasına sebebiyet vermiştir. Zira aynı tazminat miktarının, zengin kabul edilebilecek kişiler üzerindeki etkisiyle, maddi sıkıntılar yaşayan kişiler üzerindeki etkisi birbirinden farklı olacaktır. Telafi edici tazminatlar yönünden oldukça sınırlı bir etkisi olan zarar verenin malvarlığının tespiti hususu, cezalandırıcı tazminat söz konusu olduğunda bir anda önem kazanmaktadır.

Zarar verenin malvarlığı, her ne kadar cezalandırıcı tazminatın belirlenmesi noktasında kullanılsa da, aynı zamanda sınırlayıcı bir işlevi de bulunmaktadır. Birçok eyalet yer alan düzenlemelerin, aynı zamanda zarar verenin malvarlığını bir sınır olarak kullanması da bu yüzdendir. Cezalandırıcı tazminata hükmedilme yönünde bir iradenin olduğu durumlarda, zarar verenin malvarlığına ilişkin detaylı bir araştırmaya girilecektir¹⁸². Zira zarar verenin malvarlığı ne kadar büyükse, onu cezalandırmaya ve önlemeye yönelik olarak belirlenen tutar da o miktarda yüksek olmalıdır¹⁸³. Ancak belirtmek gerekir ki, zarar verenin ekonomik bütünlüğünü de koruyucu şekilde bazı eyaletlerde zarar verenin malvarlığı ancak jürinin cezalandırıcı tazminata hükmetmesinden sonra incelenebilmektedir¹⁸⁴. *Iowa* eyaleti, cezalandırıcı tazminata ilişkin “yeterli ve kabul edilebilir deliller (*sufficient admissible evidence*)” bulunmadığı müddetçe, zarar verenin malvarlığının araştırılmasının mümkün olmadığını hükme bağlamıştır¹⁸⁵. Benzer düzenlemeler *Arkansas*, *Wisconsin*, *Oregon*, *Alabama* gibi

¹⁸² **Lenz** 1992, s. 60.

¹⁸³ **Lenz** 1992, s. 60; **Sales/Cole** 1984, s. 1147.

¹⁸⁴ **Belli** 1980, s. 13 dn. 88. *Colorado* ve *North Dakota* eyaletlerinde ise zarar verenin malvarlığının araştırılması mümkün değildir. Bkz. **Riedel** 2016, s. 30; **Sebok** 2009, s. 186.

¹⁸⁵ *Iowa Code Ann. 668A.1 (3)(1998)*.

eyaletlerde de getirilmiştir¹⁸⁶. Yine bazı yargı kararlarında bağlı şirketlerden biri cezalandırıcı tazminat gerektiren bir fiil ile itham edilmiş olsa bile, ana şirketin malvarlığının araştırılmasının mümkün olmadığına hükmedilmiştir¹⁸⁷. Bazı eyaletlerde ise bu korumaya yer verilmeyerek zarar verenin malvarlığı sadece yargılama sırasında değil, yargılama öncesi delil tespiti aşamasında (*discovery*) da incelenebilmekte ve hükmün miktarı üzerinde etki doğurabilmektedir¹⁸⁸.

Birden fazla kişinin zarar veren sıfatıyla cezalandırıcı tazminata sebebiyet verdiği hallerde, zarar verenlerin malvarlığının tespitinin tek bir zarar verene göre mi yoksa zarar verenlerin toplam malvarlıkları dikkate alınarak mı yapılacağı tartışılmaktadır¹⁸⁹. Zira zengin bir zarar verenden hareketle cezalandırıcı tazminat miktarı tayin etmek, maddi durumu daha zayıf olan davalılara orantısız bir yük getirirken; ekonomik açıdan daha zayıf olan davalıyı esas almak cezalandırıcı tazminatın cezalandırma ve önleme işlevlerini yerine getirmesine engel teşkil edecektir¹⁹⁰. Bazı eyaletler bu problemi malvarlığı değerlerinin ispatının sadece bir davalının malvarlığının esas alınarak yapılmasına engel olmak suretiyle çözerken, diğer eyaletler ise jürinin ortak zarar verenleri, kusurları ve malvarlıkları ile orantılı olarak ayrı ayrı cezalandırıcı tazminat miktarları ile sorumlu tutmasına olanak sağlayarak çözmektedir.

Zarar verenin malvarlığının tazminatın belirlenmesinde önem taşıması, doktrinde çeşitli açılardan eleştirilmiştir. İlk olarak, bu tip bir belirleme tarzının eski dönemlerdeki

¹⁸⁶ **Sebok** 2009, s. 186.

¹⁸⁷ *Gearhart v. Uniden Corp. of America*, 781 F.2d 147 (8th Cir. 1986). Kararın tam metni için bkz. <https://casetext.com/case/gearhart-v-uniden-corp-of-america> (Erişim Tarihi: 08/05/2020).

¹⁸⁸ *Doak v. Superior Ct.*, 257 Cal. App. 2d 825, 65 Cal. Rptr. 193 (1968). Bkz. **Belli** 1980, s. 13, dn. 82.

¹⁸⁹ **Belli** 1980, s. 13-14.

¹⁹⁰ **Lenz** 1992, s. 62.

vergiler gibi işlev göstereceği, servetin yasalar eliyle dağıtımı niteliği taşıyacağı belirtilmiş ve liberal hukuk sisteminde bu durumun kabul edilebilir bir sonuç olmadığı vurgulanmıştır¹⁹¹. Bunun sonucu olarak kişiler sadece daha zengin oldukları için yüksek rakamlar ödemek zorunda bırakılmakta; tam tersine kötü yönetilen şirketler ise aynı fiili gerçekleştirseler bile sırf malvarlıkları yeterli olmadığı için düşük meblağlar ile kurtulma şansına sahip olmaktadır¹⁹². Bu açıdan cezalandırıcı tazminatın, toplumsal düzlemde servetin yeniden dağıtımı işlevine yöneldiği belirtilmektedir. Özellikle ürün sorumluluğu davaları açısından yöneltilen bir diğer eleştiri ise finansal açıdan güçlü firmaların, cezalandırıcı tazminat riskinin yüksekliği sebebiyle ürün sorumluluğuna gereğinden daha fazla yatırım yapmasına; finansal açıdan zayıf firmaların ise zaten düşük miktarda cezalandırıcı tazminat ödeyecekleri zannıyla ürün sorumluluğu için gerekli yatırımlardan kaçınmasına sebebiyet vereceği yönündedir¹⁹³. Bu sebeple cezalandırıcı tazminata atfedilen önleme işlevinin zarar göreceği vurgulanmaktadır¹⁹⁴.

Müteselsil sorumluluğun söz konusu olduğu hallerde de söz konusu belirleme tarzının birtakım sorunlara yol açacağı aşikardır. Zira eğer jüri, müteselsil sorumlulardan en varlıklılarını esas alırsa, diğer kişiler için hakkaniyetsiz sonuçlara yol açacak, tam tersine en zayıf durumdakini esas alırsa, bu sefer de diğer borçluları cezalandırmak ve önlemek mümkün olmayacaktır¹⁹⁵. Aynı zamanda davalı açısından da finansal durumuna ilişkin belgeleri sunup sunmamak konusunda bir çelişki doğacaktır. Davalı eğer finansal durumuna ilişkin belgeleri sunmaktan kaçınırsa, davacının iddialarının ve kanıtlarının

¹⁹¹ Lenz 1992, s. 61; Sales/Cole 1984, s. 1148.

¹⁹² Lenz 1992, s. 61.

¹⁹³ Ellis Jr. 1982, s. 62; Lenz 1992, s. 61.

¹⁹⁴ Gül 2015, s. 255.

¹⁹⁵ Lenz 1992, s. 62; Sales/Cole 1984, s. 1148; Özden Merhacı 2013, s. 152.

esas alınması gibi bir riskle karşı karşıya kalacak, eğer sunarsa bu sefer de kendi eliyle cezalandırıcı tazminat miktarına esas olabilecek miktarı belirlemiş olacaktır¹⁹⁶.

V. Ara Değerlendirme

Cezalandırıcı tazminatın tarihçesi, Common Law sistemlerindeki kabul edilmesinin altında yatan gerekçeler ve bu yaptırımı telafi edici tazminattan ayıran temel özellikler incelendiğinde, bu kurumun kamu hukuku yaptırımları ile benzeşen özellikler taşıdığı, ancak kamu hukuku yaptırımlarının katı yapısı nedeniyle, onlara alternatif olarak özel hukuk alanında kullanıldığı görülmektedir. Cezalandırıcı tazminat, yöneldiği işlevler üzerinden tanımlanan bir yaptırım olarak dikkat çekmektedir. Bu yaptırımda telafi işlevi ikinci plana itilerek cezalandırma ve önleme gibi normalde kamu hukuku yaptırımlarında görülen işlevler öne çıkarılmıştır. Cezalandırma ve önlemenin sağlanabilmesi için gerçek zarar miktarını aşan bir tazminata hükmedilmekte ve zararı aşan bu miktar zarar görene ödenmektedir. Zarar aşan bu kısma karar verme hususundaki takdir yetkisi, Kıta Avrupası hukuk sistemine yabancı bir kurum olan jüriye aittir. Jüri, cezalandırıcı tazminat miktarını belirlerken zarar göreni değil zarar vereni esas alır ve onun eyleminden ve malvarlığından hareketle takdir yetkisini kullanır.

Telafi düşüncesinin ikinci plana itilmesi de jüri tarafından, uğranılan gerçek zarar miktarını aşan bir tazminata hükmedilebilmesi de cezalandırıcı tazminat miktarının belirlenmesinde zarar verenin malvarlığının dikkate alınması da bu yaptırımın işlevleri ile doğrudan bağlantılıdır. Cezalandırıcı tazminat, işlevleri üzerinden tanımlanan ve telafi edici tazminatlarla arasındaki en önemli farklılık işlevler yönünden ortaya çıkan bir yaptırımdır. Cezalandırıcı tazminatın işlevlerinin ayrıntılı şekilde ortaya konulması, ileride Türk-İsviçre Hukuku'ndaki maddi ve manevi tazminatlar açısından yapılacak

¹⁹⁶ Ellis Jr. 1982, s. 62; Lenz 1992, s. 62. ; Mörsdorf-Schulte 1999, s. 206.

değerlendirmeler açısından da önem taşımaktadır¹⁹⁷. Bu sebeple, bir sonraki başlıkta cezalandırıcı tazminatın işlevlerinin üzerinde durulmuştur.



¹⁹⁷ Aşa. 2. Bölüm, §10.

§5 CEZALANDIRICI TAZMİNATIN İŞLEVLERİ

I. Genel Olarak

Cezalandırıcı tazminatın ne gibi işlevlere sahip olduğu konusunda gerek *Common Law* sistemlerinde gerekse de Kıta Avrupası Hukuku'nda birçok farklı görüş ileri sürülmüştür. Esasında cezalandırıcı tazminata ilişkin en temel tartışma, hangi işlevlere sahip olduğu ve bu işlevlerin farklı sistemlerdeki işlevsel denkleminin neler olduğu sorusuna ilişkindir. Özellikle de Kıta Avrupası hukukçuları açısından can alıcı nitelikte birtakım soruların, cezalandırıcı tazminatın fonksiyonlarına ilişkin detaylı açıklamalar yapılmadan cevaplanması mümkün görünmemektedir.

Doktrinde ve mahkeme kararlarında yer alan bu karışıklıkların temelinde, *Common Law* sisteminin yargı kararlarıyla değişen ve esnek yapısı yatmaktadır. Aynı zamanda Amerikan Hukuku açısından farklı eyaletlerin hukuki yaklaşımları da cezalandırıcı tazminatın işlevleri problemini çetrefilli hale getirmiştir¹⁹⁸. Ayrıca bu sistemde hakim adeta bir moderatör olarak görev yapması ve tarafların hukuki olaya ilişkin her türlü belge ve olguyu mahkemeye kendilerinin taşıması (*pre-trial discovery*), davaya kazanan tarafın mahkeme masraflarını diğer taraftan isteyememesi (*american rule*) gibi unsurlar da Kıta Avrupası'na oldukça yabancı birtakım işlevlerin de bu bağlamda tartışılmasının yolunu açmıştır.

Common Law sistemlerinde en temel işlevler olarak cezalandırma (*punishment, bestrafung*), genel ve özel önleme (*deterrence, praevention*), toplumsal barışın korunması (*peace-keeping, erhaltung des friedens*), hukuki yaptırımların bireyler tarafından takibini

¹⁹⁸ Klode 2009, s. 1765.

teşvik¹⁹⁹ (*private enforcement, privater rechtsdurchsetzung*), başka türlü elde edilmesi mümkün olmayan zararların tazmini (*compensation, ausgleich*) gibi işlevlerin vurgulandığını söylemek mümkündür²⁰⁰. Cezalandırıcı tazminatı Kıta Avrupası hukuku bakış açısıyla inceleyen hukukçular ise buna ek olarak tatmin (*satisfaction, genugtuung*), ödetme veya öç (*retribution, rache*), elde edilen karın iadesi (*skimming of the profit, gewinnabschöpfung*) gibi işlevleri de eklemektedir²⁰¹. Ancak belirtmek gerekir ki bu işlevlerin bir kısmı arkaik bir kavram olması sebebiyle günümüz hukuk sistemlerinde bir karşılık bulamazken (örn. öç), bir kısmı ise fazlasıyla genel bir kavram olması sebebiyle (örn. toplumsal barışı sağlama), cezalandırıcı tazminata ilişkin ayırt edici bir nitelik taşımamaktadır. Dolayısıyla konuyu inceleyen çalışmalarda genelde dört işlev ön plana çıkmaktadır²⁰². Bunlar cezalandırma, önleme, toplumsal barışın sağlanması ve hukuki yaptırımların bireyler tarafından takibini teşviktir. Bunlardan cezalandırma ve önleme ana işlevler olarak dikkat çekerken, toplumsal barışın sağlanması ve hukuki yaptırımların bireyler tarafından takibini teşvik, arzu edilen yan etkiler olarak dikkat çekmekte ve tazminat miktarının belirlenmesinde birer unsur olarak dikkate alınmamaktadır. Amerikan Yüksek Mahkemesi *Grimshaw v. Ford Motor Co.* kararında cezalandırıcı

¹⁹⁹ Türk doktrininde Gül, söz konusu kavramı “*Hukuk Takipçiliği*” olarak ifade etmektedir. Bkz. **Gül** 2015, s. 198. Ancak kanımızca, söz konusu kavramın asıl özelliği, kamu tarafından yapılan takipleri değil de bireyler tarafından gerçekleştirilen takipleri teşviktir. Dolayısıyla bu çalışmada “*Hukuki Yaptırımların Bireyler Tarafından Takibini Teşvik*” kavramına yer verilmiştir.

²⁰⁰ **Brockmeier** 1999, s. 17; **Gül** 2015, s. 198.

²⁰¹ **Mörsdorf-Schulte** 1999, s. 60.

²⁰² **Mörsdorf-Schulte** 1999, s. 61; **Müller** 2000, s. 11 vd.; **Riedel** 2016, s. 21; **Sebok** 2009, s. 171; **Owen** 1976, s. 1277 vd. Türk doktrininde ise Gül, cezalandırıcı tazminatın işlevlerini üç ana başlıkta toplamaktadır. Bunlar telafi, cezalandırma ve caydırma işlevleridir. Bkz. **Gül** 2015, s. 198 vd.

tazminatın asıl işlevlerinin cezalandırma ve önleme olduğunu vurgulamış ve diğer işlevleri alt işlevler olarak kategorize etmiştir²⁰³. Alman Federal Mahkemesi ise cezalandırıcı tazminatın tenfiz edilebilirliğini değerlendirdiği bir kararında dört ana işlev olarak cezalandırma, önleme, hukuki yaptırımları teşvik ve tazmin işlevlerinin üzerinde durmuş ve aynı zamanda elde edilen karın iadesi işlevinden de bahsetmiştir²⁰⁴. Bu sebeple Common Law’da kabul edilen dört işleve ek olarak, Kıta Avrupası hukuku açısından da bir yaklaşım ortaya koyabilmek gayesiyle tazmin ve elde edilen karın iadesini sağlama işlevleri de incelenecektir²⁰⁵. Biz cezalandırıcı tazminatın altı ayrı işlevi olduğu kanaatindeyiz. Common Law açısından en çok önem arz eden işlevler cezalandırma ve önleme olmakla birlikte, Kıta Avrupası hukukunda cezalandırıcı tazminat içeren kararların tanınmasında ve tenfizinde tazmin ve elde edilen karın iadesini sağlama işlevi büyük önem arz etmektedir. Tatmin ve toplumsal huzurun sağlanması ise birer yan etki olarak incelenecektir.

II. Cezalandırma İşlevi

Cezalandırıcı tazminat kavramının isminden dahi anlaşılabileceği üzere en temel amacı, zarar verenin ağır ve zedeleyici fiilini cezalandırmaktır. Bu açıdan cezalandırıcı tazminatın, ceza hukukunun temel amacı olan cezalandırma olgusunu özel hukuka taşıyan bir araç olduğunu söylemek mümkündür²⁰⁶. Burada gerçekleşen cezalandırma, mağdura sağlanan tazminatın somut zarar miktarından daha fazla olması suretiyle

²⁰³ Grimshaw v. Ford Motor Co., 119 Cal. App. 3d 757. Kararın çevrimiçi metni için bkz. <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/119/757.html> (Erişim Tarihi: 06/03/2019).

²⁰⁴ BGHZ 118, 312,335.

²⁰⁵ Benzer yönde bkz. **Lenz** 1992, s. 20 vd.; **Brockmeier** 1999, s. 17.

²⁰⁶ **Mörsdorf-Schulte** 1999, s. 62.

gerçekleştirilmekte ve somut zararı aşan kısım adeta bir para cezası (*geldstrafe*) olarak görülmektedir²⁰⁷. Bir diğer deyişle sadece somut zararın tazmini ile yetinilmemekte ve zararı aşan bir tutara zarar vereni cezalandırmak gayesiyle tazminat olarak hükmedilmektedir. Konuya ilişkin birçok farklı eser bulunsa da, neredeyse her yazar cezalandırıcı tazminatın temel işlevinin cezalandırma işlevi olduğu konusunda hemfikirdir. Farklı yazarların birbirinden ayrıldığı nokta ise cezalandırma işlevinin altında yatan düşüncenin ne olduğudur.

Common Law sistemi açısından hakim görüş, cezalandırıcı tazminatın temel amacı olarak cezalandırma işlevini görmekte ve ödetme ve kefarete düşüncelerine vurgu yapmaktadır²⁰⁸. Bu görüşe göre cezalandırıcı tazminatın altında yatmakta olan temel gerekçe, zarar veren kişiyi cezalandırmak ve bu sayede zarar görenin karşı karşıya kaldığı fiilin öcünün hukuk düzenince alınmasıdır²⁰⁹. Zarar veren, eyleminin standart sonuçlarını aşan ağır sonuçlarına katlanacak ve hukuk düzeni bu yolla ona karşı bir mesaj verme imkanına sahip olacaktır. Cezalandırıcı tazminatın açıkça zikredildiği ilk davalardan biri olan *Wilkes v. Wood* kararında cezalandırma işlevine özel bir önem atfedilmiştir²¹⁰. *Restatement (Second) of Torts §908* hükmü, cezalandırıcı tazminata ilişkin federal düzeydeki en kapsamlı tanımı yaparken zarar vereni cezalandırma işlevine vurgu

²⁰⁷ Lenz 1992, s. 21.

²⁰⁸ Notes 1957, s. 522; Sales/Cole 1984, s. 1126 vd.; Ellis Jr. 1982, s. 2 vd.; Brockmeier 1999, s. 18 ; Gül 2015, s.203; Hekim/Kaplan 2017, s. 172. Esasında Lenz de eserinde öç (*Rache*) kavramını incelemiştir. Ancak yazar bu kavramı cezalandırma işlevinden farklı bir başlık olarak incelediğinden cezalandırmanın temelinde bu fikrin yatmadığını düşündüğü söylenebilecektir. Bkz. Lenz 1992, s. 34.

²⁰⁹ Riedel 2016, s. 22.; Hekim/Kaplan 2017, s. 172.

²¹⁰ Sales/Cole 1984, s. 1120.

yapmaktadır²¹¹. Bu tanımdan hareket etmek cezalandırıcı tazminatı, ceza hukukuna ve cezai yaptırımlara yaklaştırmaktadır. Amerikan Yüksek Mahkemesi de çeşitli kararlarında cezalandırıcı tazminatı ceza benzeri (*quasi-criminal*) bir yaptırım olduğunun üzerinde durmuştur²¹². Hatta cezalandırıcı tazminatın yüksekliğini tayinde, benzeri durumda hükmedilebilecek cezaların yüksekliği dahi bir kıstas olarak kullanılmıştır²¹³. Şu anda kırk üç farklı eyalet, cezalandırıcı tazminatın temel amacı olarak cezalandırma ve önleme işlevlerini kabul etmektedir²¹⁴.

Bu noktada cezalandırmanın kişilere karşı gerçekleşen özel ihlallere (*private wrongs*) mi yoksa kamusal ihlallere (*public wrongs*) karşı mı gerçekleştirildiği sorusu da önem kazanmaktadır. Zira bazı eyaletlerde cezalandırmanın temel amacı olarak kişilere karşı gerçekleşen özel ihlallerin yaptırıma bağlanması gösterilmektedir²¹⁵. Bazı eyaletlerde ise cezalandırma eyleminin altında yatan temel neden, toplumsal huzuru

²¹¹ Söz konusu maddenin bir önceki hali olan *Restatement of Torts* §908 hükmünde ise "*Punitive damages are damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct.*" İfadesine yer verilmiş olup cezalandırma amacı çok daha açık şekilde vurgulanmaktadır. Maddede yapılan değişiklik sonrasında önleme amacı da ana işlevlerden biri olarak vurgulanmıştır. **Lenz** 1992, s. 22 dn. 12-13.

²¹² *Cooper v. Leatherman* kararında yargıç Ginsburg, cezalandırıcı tazminatın zaman içindeki değişimine dikkat çekmiş ve başlangıçta tazmin işlevi daha ön planda olan bu kurumun, zaman içinde daha cezai bir niteliğe bulunduğunu vurgulamıştır. Bkz. *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, 532 U.S. 424 (2001). Kararın metni için bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/532/424/> (Erişim Tarihi: 14/03/2019). Yedi eyalette bu ceza-benzeri yapı yasal düzenlemelerde de belirtilmiştir. Bkz. **Sebok** 2009, s. 175; **Riedel** 2016, s. 23.

²¹³ **Mörsdorf-Schulte** 1999, s. 63.

²¹⁴ **Riedel** 2016, s. 21.

²¹⁵ South Carolina eyaleti bu duruma örnek olarak gösterilebilecektir. Bkz. **Sebok** 2009, s. 175.

korumak olarak ifade edilmektedir²¹⁶. Kamusal ihlal yaklaşımı kabul edildiğinde, cezalandırıcı tazminata hükmedilmesiyle birlikte eyleme karşı olan toplumsal kınama da vurgulanacak ve bu yolla da zarar görenin ihtiyacı olan kişisel öç alınmış olacaktır²¹⁷. Dolayısıyla bu yaklaşımda, cezalandırma işlevinin toplumsal huzuru sağlayıcı sosyal bir işlev olduğu belirtilmektedir.

Cezalandırma işlevine dayanmak suretiyle yapılacak bir cezalandırıcı tazminat hesabında dikkate alınacak temel kriterler, zarar verenin davranışının ve kusurunun ağırlığı, zarar görenin uğradığı zarar miktarı ve zarar verenin malvarlığı gibi kriterlerdir. Zarar verenin davranışının zalimliği veya umursamazlığı ya da zarar görenin uğradığı zararın sorumluluk hukukunun olağan ilkelerine göre tazmininin yetersiz kalması gibi hallerde, cezalandırıcı tazminata hükmedilmektedir. Amerikan doktrininde sık kullanılan bir örnek ise durumu şu şekilde açıklamaktadır²¹⁸: Hafif kusuru bulunan davalı A, büyük miktarda bir zararın oluşmasına sebebiyet vermiş ve bu sebeple kendisini ekonomik olarak zorlayacak bir tazminatı ödemeye mahkum edilmiştir. Buna karşılık kasti ve sorumsuzca davranan B ise şansı sayesinde büyük bir zarara yol açmamış ve ödeyeceği tazminat miktarı sınırlı kalmıştır. Davranışının ve kusurunun hafifliği sebebiyle A'nın fiili cezalandırıcı tazminata yol açmayacaktır. Buna karşılık davalı B, telafi edici nitelikte tazminatın yanı sıra cezalandırıcı tazminat ödemeye de mahkum edilebilecektir. B aleyhine hükmedilen tazminatın somut zararı aşan kısmı, cezalandırma gayesine dayanmaktadır.

²¹⁶ Wyoming ve Texas eyaletleri bu duruma örnek olarak gösterilebilecektir. **Sebok** 2009, s. 175 dn. 128.

²¹⁷ **Owen** 1976, s. 1279; **Lenz** 1992, s. 34; **Riedel** 2016 , s. 22.

²¹⁸ **Notes** 1957, s. 524; **Lenz** 1992, s. 22.

Belirtmek gerekir ki, zarar veren kişinin davranışının gerçekleştiği yer ve olayın gerçekleşme biçimi de cezalandırma işlevi açısından önem arz etmektedir. Zira bir kişiye yaptığı eyleme ilişkin olarak bedel ödetmenin söz konusu olduğu noktada, eylemin niteliği de detaylı olarak incelenmelidir. Topluma açık olarak gerçekleşen ya da bir kişiyi kendi ailesi veya yakın çevresi önünde küçük düşüren veya kayıtsızlık içinde ürünün bütün kullanıcıları riske eden kişiler, bu davranışlarının bedeli olarak, zarar miktarını aşan bir tazminat ile cezalandırılmaktadır. Cezalandırmanın etkili olması, zarar veren kişinin malvarlığının esas alınmasıyla gerçekleşecektir.

Cezalandırma işlevi bağlamında irdelenmesi gereken önemli bir konu, cezalandırıcı tazminatın zarar verenin mirasçılarından da talep edilmesinin mümkün olup olmadığı ve bunun cezalandırma işlevi ile ne ölçüde bağdaşacağı sorudur²¹⁹. Amerikan hukuk sisteminde birçok eyalet, kararın kesinleşmesinden önce davalının hayatını kaybetmesi halinde, cezalandırıcı tazminata hükmedilemeyeceğini hükme bağlamıştır. Bu durumun, bireysel olarak zarar vereni cezalandırma fikri ve cezaların şahsiliği gibi ilkelerle de uyumlu olduğunu söylemek mümkündür²²⁰. Florida, Illinois, West Virginia ve Texas eyaletlerinde ise ilginç bir şekilde zarar verenin mirasçılarına karşı dahi cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmektedir²²¹. Fiili işleyen kişi üzerinde hiçbir etkisi olmayan bu tip bir cezalandırma eylemini mantıklı bulmak pek de mümkün görünmemektedir. Bu noktada cezalandırıcı tazminatın zarar verenin mirasçılarından talep edilebilmesi için yegane imkan, tazminat hükmünün kesinleşmesinden sonra zarar verenin ölümü durumudur.

²¹⁹ **Lenz** 1992, s. 23.

²²⁰ **Sales/Cole** 1984, s. 1150.

²²¹ **Sales/Cole** 1984, s. 1151 dn. 158; **Lenz** 1992, s. 24.

Common Law yaptırımları açısından cezalandırıcı tazminatı en ayırt edici kılan işlevin cezalandırma olduğu yönünde kuşku yoktur. Her ne kadar bir Kıta Avrupası hukukçusu açısından kabulü neredeyse imkansız bir işlev olsa da, bu yaptırım, temel olarak cezalandırma işlevi çevresinde şekillenmiştir. Dolayısıyla da cezalandırıcı tazminatın belirlenmesinde de ilk olarak cezalandırma işlevi dikkate alınacaktır. Ancak her ne kadar yaptırımın tarihsel sürecinde en önemli işlevi cezalandırma olsa da bu işleve yönelik olarak çeşitli eleştiriler her zaman mevcut olmuştur.

Cezalandırıcı tazminatın cezalandırma işlevine yönelik eleştirilerin ilki ve belki de en önemlisi, cezalandırma işlevinin dağıtıcı ya da ödetici adalet fikrinin bir sonucu olduğu ve bu fikrin özel hukukta yeri olmadığı yönündeki eleştiridir. Bu düşünce özel hukukun temel amacı olarak düzeltici adalet fikrini göstermekte ve geri kalan yaptırımların ancak kamu hukukunun konusunu oluşturacağını belirtmektedir. Bu eleştiri üzerinde ileride daha detaylı olarak durulacaktır²²².

Cezalandırma işlevine yönelik bir diğer eleştiri ise zarar görenin ortak kusuru sebebiyle tazminattan yapılabilecek indirimlerin önünü kapatmasına yöneliktir²²³. Zira zarar vereni cezalandırmak amacıyla yola çıkıp da zarar görene hak etmediği bir avantaj sağlamak, makul bir sonuç olarak görülmemektedir. Ünlü Ford Pinto davalarından birinde benzer bir örnek oluşmuştur. Davacı caddenin ters tarafında aracıyla seyretmekteyken bir kazaya sebebiyet vermiş ve kazada davalının ürettiği aracın hatalı tasarımından kaynaklı olarak araç alev almıştır. Normal şartlarda davacının kusuru yüksek ihtimalle tazminattan indirim sebebi oluşturabilecekken, davalıya karşı cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi sebebiyle bu durum yeterince dikkate

²²² Aşa. 2. Bölüm, §10, VI.

²²³ Lenz 1992, s. 23.

alınmamıştır²²⁴. Ancak bu eleştiri açısından belirtmek gerekir ki, söz konusu tazminattan indirim imkanı mantıksal olarak sadece telafi edici nitelikteki tazminatlar açısından mümkündür. Bunun cezalandırıcı tazminata uygulanması zaten mantıksal olarak beklenebilecek bir durum değildir. Ayrıca söz konusu indirimin telafi edici tazminat açısından yapılması, cezalandırıcı tazminatın telafi edici tazminata oranla belirlendiği durumlarda önem arz edebilecektir. Zira bu hallerde, dolaylı olarak cezalandırıcı tazminat miktarında da orantısal bir indirime gidilmiş olacaktır.

Son olarak, cezalandırıcı tazminatın artık cezalandırma işlevi üzerinden değil önleme üzerinden değerlendirmenin gerekli olduğu yönündeki görüşe göre, cezalandırıcı tazminatın temelinde, arkaik bir düşünce olan kefarete ve öç gibi fikirler değil, zarar veren bireyin mevcut davranışından dolayı toplum nezdinde kınanması ve benzeri davranışlarının önlenmesi yatmaktadır²²⁵. Bu açıdan cezalandırıcı tazminat, Kıta Avrupası Hukuku'ndaki para cezalarına benzetilmektedir. Müller'e göre saf cezalandırma düşüncesi yerine önleme işlevine önem verilmeli ve bu sayede toplumsal refah tekrar tesis edilmelidir²²⁶. Bu görüşe göre, zarar veren ve toplum haksız fiilin onlara bir getirisi olmadığını anlayacak ve gelecekte meydana gelecek benzer ihlalleri önleme yönündeki masrafları yapmanın ödenecek tazminata göre daha az maliyetli olduğunu görecektir. Bu açıdan söz konusu görüşün esin kaynağının, hukukun ekonomik analizi doktrini olduğunu söylemek haksız olmayacaktır. Esasında bu görüşün temel gayesi, Kıta Avrupası hukukuna yabancı olan cezalandırma işlevinin kabul edilemezliğini

²²⁴ Lenz 1992, s. 23 dn. 17.

²²⁵ Müller 2000, s. 11.

²²⁶ Müller 2000, s. 11.

vurgulayarak, cezalandırıcı tazminatı önleme işlevi üzerinden yeniden tanımlamak ve böylece Kıta Avrupası'nda kabulünü kolaylaştırmaktır.

III. Önleme İşlevi

A. Genel ve Özel Önleme İşlevleri

Cezalandırıcı tazminatın ana işlevlerinden bir diğeri de önleme işlevidir. Önleme işlevi, potansiyel faillerin cezalandırıcı tazminat ile karşılaşma yönündeki hukuki uyarı nedeniyle, zarar verici davranışlardan kaçınmasını sağlama amacını ifade etmektedir²²⁷. Hükmedilen cezalandırıcı tazminatın ibret verici (*for the sake of example*) niteliği, gerek zarar verenin gerekse de toplumdaki diğerk kişilerin benzeri davranışları gerçekleştirirken daha fazla özen göstermesini ve önlem almasını sağlamaktadır. Cezalandırıcı tazminat kurumunun ileri sürüldüğü ilk dönemlerden beri önleme işlevi de cezalandırma işlevi ile birlikte sıklıkla dile getirilmiştir. *Wilkes v. Wood* ve *Huckle v. Money* gibi ilk dönem kararlarında önleme amacının zikredilmesinin yanında *Restatement (Second) of Torts* §908 hükmünde²²⁸ de cezalandırıcı tazminatın iki temel amacından biri olarak önleme amacı gösterilmektedir. Esasında kavramın ilk ortaya çıktığı dönemde sıklıkla kullanılan ismi olan “*exemplary Damages*” kavramının kökeni “*example (örnek)*” kelimesinden gelmekte olup, bu da kavramın, sadece cezalandırmayı değil zarar verene veya toplumdaki diğerk kişilere örnek teşkil edecek bir hükme varmayı ifade ettiğini göstermektedir²²⁹.

²²⁷ Lenz 1992, s. 24; Tschannen 2009, s. 9.

²²⁸ Esasında düzenlemenin ilk hali olan *Restatement of Torts* 'da da önleme işlevine yer verilmiştir. Ancak önlem işlevi, madde metninde değil gerekçe kısmında belirtilmiştir. Değişiklik sonrasında ise artık madde metninde de yer almaktadır.

²²⁹ Sebok 2009, s. 179.

Önleme işlevi, cezalandırıcı tazminatın belirlenmesinde jüri tarafından dikkate alınması gereken bir unsurdur. Jüri, miktarı belirlerken, cezalandırıcı tazminata konu olmuş davranışların tekrar etmesini engelleyecek ve örnek teşkil edecek bir rakam belirlemelidir. Dolayısıyla önleme işlevi, bir yan etki olarak değil ana işlev olarak cezalandırıcı tazminat miktarına doğrudan etki etmektedir.

Cezalandırıcı tazminat hükmünün verilmesiyle, toplum nezdinde birçok farklı etkinin doğacağını söylemek mümkündür. Öncelikle, toplumdaki kişiler söz konusu örnekten etkilenerek hukuka uygun davranmaya teşvik edilmektedir. Aynı zamanda toplumda hukuk düzeninin işlerliğine ve etkisine yönelik güven de bu yolla geliştirilmektedir²³⁰. Bu tanım, genel önleme amacını ifade etmektedir. Bireyler ve kurumlar, hukuk kurallarına uygun davranmaları halinde kolektif faydayı elde edebildiklerini ve zarar tehlikelerinden dikkatle kaçınmanın önemini gördükçe, hukuk devleti kavramına olan inanç da artmaktadır. Bu etkinin önemli bir örneğini ise ürün sorumluluğu ile ilgili süreçte görebilmek mümkündür²³¹. Ürün sorumluluğu sebebiyle hükmedilen cezalandırıcı tazminat miktarlarının yüksekliği üreticileri, tazminata ilişkin riski ürün fiyatına yansıtmak yerine, ürünün güvenliği için daha fazla yatırım yapmaya ve bunları fiyatlara yansıtmaya itmiştir. Her ne kadar bu durum bazı ürünlerin fiyatlarında aşırı artışlara vücut verse de, en azından nihai kullanıcılara belirli bir güvenlik kalitesine sahip ürün sağlanmaktadır.

Benzer bir diğer dava grubu ise ufak tefek zararların tazminine ilişkin hukuki problemlerde karşımıza çıkmaktadır. Ayıplı şekilde üretilmiş bir ürünün pek de önemli olmayan bir zarara yol açması halinde bir çok kullanıcı, süreci ve masrafları dikkate

²³⁰ Owen, 1976, s. 1281; Lenz 1992, s. 25.

²³¹ Lenz 1992, s. 25; Owen 1976, s. 1257; Riedel 2016, s. 24.

almak suretiyle yargıya başvurmaktan imtina edecektir. İşte bu durumlarda sorumsuzca davranma yolunu seçen üreticiler, cezalandırıcı tazminatın önleme işlevi sayesinde, bu ihlalleri düzeltme yoluna gideceklerdir²³².

Cezalandırıcı tazminatın bir diğer amacı olarak gösterilebilecek özel önleme amacı ise zarar verenin benzer davranışlarını önlemeyi temel almaktadır²³³. Bu amacın gerçekleşebilmesi için, zarar verene öyle bir mali yükümlülük getirilmelidir ki, bir daha benzeri bir fiili gerçekleştirmeye niyetlendiğinde söz konusu yükümlülüğü hatırlayıp, daha özenli davranmalıdır. Bir diğer deyişle ödeyeceği tazminat kendisi için bir “ders (*denkzettel*)” teşkil etmelidir. Özel önleme amacının gerçekleşebilmesi için, zarar verenin malvarlığı dikkate alınmalı ve benzeri davranışları önleyebilecek bir tutar özenle belirlenmelidir. Bu açıdan özel önleme amacı, genel önleme amacına nazaran cezalandırma işlevi ile çok daha yakın bir ilişkidir. Hatta özel önleme amacının çok ön plana çıkarılması halinde, cezalandırma ile önlemeyi birbirinden ayırmanın oldukça zorlaşacağını söylemek mümkündür.

Bu iki önleme işlevinden hangisinin cezalandırıcı tazminatın belirlenmesinde daha fazla önem arz ettiği de tartışılmaktadır. Özel önleme amacını merkezine oturtan kararlar mevcutsa da²³⁴, mahkeme kararlarında daha çok genel önleme amacına vurgu yapılmaktadır. Kanaatimizce de genel önleme işlevi daha temel niteliktedir. Zira özel önleme, cezalandırıcı tazminata atfedilen kamusal işlevler açısından önemli sonuçlar

²³² Lenz 1992, s. 26.

²³³ Müller 2000, s. 11; Riedel 2016, s. 23; Sebok 2009, s. 178; Gül 2015, s. 208; Hekim/Kaplan 2017, s.

²³⁴ Sebok 2009, s. 178 dn. 162.

doğurmamaktadır. Genel önleme ise toplumsal refahın sağlanması konusunda etkili sonuçlar doğurmaya elverişlidir.

Cezalandırma ve önleme işlevleri birçok yazar tarafından aynı başlık altında değerlendirilmekte ve adeta tek potada eritilmektedir. Bu düşüncenin altında söz konusu işlevlerin özel hukuka yabancılığının yattığını tespit etmek pek de güç görünmemektedir. Zira hem genel hem de özel önleme amaçları asıl önemini ve anlamını ceza hukuku yaptırımlarında göstermektedir. Yirminci ve yirmi birinci yüzyılda ceza hukuku doktrininin genel ve özel önleme amaçlarına daha fazla önem atfetmesiyle birlikte söz konusu kavramlar oldukça kapsamlı tartışmalara konu oluşturmıştır. Ancak cezalandırma ve önleme işlevlerine yönelik bu birleştirici tavrın çok da yerinde olmadığını önemle belirtmek gerekmektedir²³⁵. Kavramın en gelişmiş halinin hukuk düzeninin bir parçası olduğu Amerikan Hukuku'nda dahi bazı eyaletler sadece kefarete düşüncesini²³⁶ esas alırken bazı eyaletler²³⁷ ise önlemeyi yegâne amaç olarak görmektedirler. Zira cezalandırma eylemi doğası itibarıyla geriye dönük (*ex ante*) bir değerlendirmeyi gerektirmekteyken, önleme eylemi ileri dönük (*ex post*) bir bakış açısıyla gerçekleştirilmelidir. Ayrıca cezalandırma için aranan kusur kavramı ile önleme için incelenen kusur da birbirinden farklıdır. Cezalandırma için failin davranışının belirli bir ağırlığı sahip olması gerekirken; önleme, toplum refahına odaklanan ve fiilin ağırlığından daha çok kaçınma imkanını dikkate alan bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Dolayısıyla kanımızca, bu iki işlevin birbirinden ayrı olarak

²³⁵ Aynı yönde bkz. **Ellis Jr.** 1982, s. 4 vd. ; **Owen** 1976, s. 1277 vd. Alman Hukuku'nda ise Mörsdorf-Schulte, cezalandırma ve önleme amaçlarını tek bir başlıkta birleştirmektedir. Bkz. **Mörsdorf-Schulte** 1999, s. 61. Türk Hukukunda iki kavramı bir arada inceleyen görüş için bkz. **Gül** 2015, s. 209.

²³⁶ North Dakota ve Texas eyaletleri. Bkz. **Riedel** 2016, s. 22 dn. 150.

²³⁷ Alaska, Georgia, Iowa, Maine, Ohio, Oregon eyaletleri. Bkz. **Riedel** 2016, s. 22 dn. 149.

incelenmesi doğru olacaktır. Her iki işlev de cezalandırıcı tazminata esas karakteristik özelliklerini veren ve belirlenmesinde bir unsur (kıstas) olarak kullanılan temel işlevlerdir. Dolayısıyla bütün eleştirilere rağmen, cezalandırıcı tazminat asıl anlamını cezalandırma ve önleme işlevlerinde bulmaktadır.

Buna rağmen, özellikle genel önleme işlevine yönelik çeşitli eleştiriler de doktrinde dile getirilmektedir. İlk olarak, toplumdaki diğer bireylerin potansiyel zarar verme riskinin neden zarar veren üzerinden giderildiğini açıklamamanın zor olduğu belirtilmekte ve bu durumun özel hukukun genel mantığıyla çelişir nitelikte olduğu vurgulanmaktadır²³⁸. Gelecekte benzer eylemler gerçekleştirme potansiyeline varsayımsal olarak sahip olan bireylerin, henüz gerçekleşmemiş eylemlerinin mali yükünün neden zarar veren tarafından karşılandığı gerçekten de açıklanmaya muhtaçtır.

İkinci bir eleştiri ise tazminatın tespitindeki kriterlerin belirsizliğine yöneliktir. Önleme amacıyla hükmedilen tutarın sınırsızlığı ve keyfiligi, hukuki güvenlik düşüncesi açısından soru işaretleri doğurmaktadır²³⁹. Her ne kadar hukukun ekonomik analizi doktrini, önleme işlevini yerine getirecek optimal tazminat miktarının ekonomik verilerle neredeyse kesin olarak belirlenebileceğini ifade etse de her bireyin aynı rasyonellikte hareket etmediği ve ekonomik olarak belirlenen bu verilerin her zaman gerçeği tam olarak yansıtmadığı da açıktır.

Üçüncü bir eleştiri ise kusursuz sorumluluk hallerinden adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkindir. Çalışanın verdiği zarardan ötürü çalıştırılan, cezalandırıcı tazminata mahkum edilebilmektedir. Bu tür durumlarda çalıştırana yönelik önleyici

²³⁸ Lenz 1992, s. 26.

²³⁹ Lenz 1992, s. 26; Owen 1976, s. 1285.

eylemin işlevsiz olduğu zira zararın onun eylemlerinden kaynaklanmadığı belirtilmektedir²⁴⁰.

B. Nispi Önleme İşlevi

Ceza Hukuku'nda temelini bulan önleme fikirleri olan genel ve özel önleme fikirlerinin yanı sıra, temelini hukukun ekonomik analizi doktrininin alan cezalandırıcı tazminatın nispi önleme (*relative deterrence*) işlevi de ileri sürülmektedir. Bu işlevin ileri sürülmesindeki temel gaye, optimal önlemenin sağlanabilmesi için, zarar verici eylemin bütün sosyal masraflarının zarar verene yüklenmesini sağlamaktır²⁴¹. Zira günümüzün karmaşık ve büyük ekonomik pazarları dikkate alındığında, klasik tazmin düşüncesi ve fark teorisi gerçek bir önleyici etki için yeterli olmamaktadır. Zarar verenin gerçekten önlenmesi için zarar verici fiili engelleme maliyetleri de dahil olmak üzere bir zarar hesabı yapılmalı ve sadece somut zararın tazmini ile yetinilmemelidir²⁴².

Nispi önleme işlevini savunanların vurguladığı en önemli husus ise burada cezalandırmanın veya yasaklamanın değil maliyetlendirmenin ön plana çıkmasıdır. Diğer bir deyişle bu görüş, cezalandırma işlevini ikinci plana atmaktadır. Özellikle toplumun birçok kesimini ilgilendirebilen hava kirliliği, çevreye verilen zararlar ya da ürün sorumluluğu gibi hallerde cezalandırıcı tazminat, toplumsal refahın tekrar tesisi için etkili bir araç olarak kullanılabilecektir. Bu işlevin savunucuları, bireylere yönelik öldürme, yağma, tecavüz vb. fiillerin ceza hukukunun konusunu teşkil edeceğini ve bu yüzden bu tür davalarda cezalandırıcı tazminata daha az rastlanmakta olduğunu da

²⁴⁰ Sales/Cole 1984, s. 1161; Lenz 1992, s. 26.

²⁴¹ Hekim/Kaplan 2017, s. 173.

²⁴² Mörsdorf-Schulte 1999, s. 77.

belirtmektedirler²⁴³. Dolayısıyla cezalandırıcı tazminat, bireylerden daha çok toplumsal menfaatlerin kolektif olarak zedelendiği durumlarda daha etkili bir hukuki araçtır.

Nispi önleme işlevi dikkate alınarak cezalandırıcı tazminat miktarının belirlenmesinde, zarar verenin davranışının niteliği ikincil bir etkiye sahiptir. Zira amaç, zarar verenin gerçekleştirdiği davranışı cezalandırmak değil, toplumsal sonuçları dengelemektir. Bu hesaplamadaki ana belirleyici etken, fiilin toplum nezdinde yarattığı masrafların miktarıdır. Bu masrafların en önemlisi, zarar verici fiilin engellenmesine ilişkin koruma maliyetleridir. Belirlenecek cezalandırıcı tazminat, zarar verenin elde ettiği kazanç ile veya zarar görenin uğradığı zararlarla bir orantı içerisinde değildir. Önemli olan toplumsal refahın tekrar tesisi ve benzer davranışların en etkin şekilde önlenmesi için yapılması gereken her türlü masrafın, zarar verene yükletilmesidir.

Nispi önleme işlevi ve dolaylı olarak hukukun ekonomik analizi doktrinine birçok eleştiri yöneltilmektedir. Öncelikle yaklaşımın, hukuki değerlerden daha fazla ekonomik kavramlara değer vermesi eleştirilmektedir. Ayrıca her bireyin makul kararlar verebilen ve eyleminin her türlü ekonomik sonucu hakkında bilgi sahibi olabilen birer *homo economicus* olarak görülmesi de tenkit edilmektedir. Kişilerin eylemlerine uygulanacak yaptırımların, salt ekonomik verimlilik üzerinden şekillendirilmesinin özellikle karlı işletmeler açısından, zarar verebilme riskini arttırdığı vurgulanmaktadır. Burada zarar veren açısından vurgulanması gerekenin “*haksız fiil, zarar verenin yanına kar kalmaz(tort doesn't pay)*” anlayışı değil “*haksız fiil, borç doğurur (tort must pay)*” anlayışı olması gerektiği vurgulanmaktadır²⁴⁴. Bir diğer deyişle bireylerin veya kurumların hukuka uyması, bunun sadece ekonomik olarak verimli olmasından

²⁴³ Mörsdorf-Schulte 1999, s. 77.

²⁴⁴ Mörsdorf-Schulte 1999, s. 88.

kaynaklanmamalı, kişiler hukuka aykırı davranmamayı bir ahlaki değer olarak görmelidir. Özellikle de cezalandırıcı tazminat gibi, ortaya çıkışındaki temel neden zarar verenin davranışının ahlaki ağırlığı olan bir hukuki kurumun, salt ekonomik terimlerle ifade edilmesinin yerinde olmadığı belirtilmektedir²⁴⁵. Bu açıdan cezalandırıcı tazminatın amaçladığı önleme ekonomik nitelikteki nispi bir önlemeden daha çok ceza hukukundaki genel ve özel önlemeye yakın bir nitelik arz etmektedir. Her ne kadar çevreye verilen zararlar gibi zarar görenin belirsiz olduğu davalarda olumlu etki doğurabileceği ifade edilse de, nispi önleme işlevinin temel bir amaç olarak kabulü mümkün görünmemektedir.

IV. Toplumsal Huzurun Sağlanması İşlevi

Cezalandırıcı tazminat sayesinde bireylerin kişisel öç ve intikam hislerinin yargısal yollara kanalize edildiği ve bu sayede toplumsal huzurun tesisinin sağlandığı belirtilmektedir²⁴⁶. Hukuk sistemlerinin temel özelliği olan ihkak-ı hak taleplerini engelleme amacı, burada da dile getirilmektedir. Bireylerin hukuk dışı yollara başvurmasını önlemenin en önemli aracı, hukuki olarak tatmin edici nitelikteki yaptırımları sunmak olduğu vurgulanmakta ve cezalandırıcı tazminat yoluyla bu amacın yerine getirildiği savunulmaktadır²⁴⁷. Cezalandırıcı tazminat bu açıdan bozulan toplumsal refahın tekrar tesisine hizmet etmektedir. Zarar verenin sorumsuzca gerçekleştirdiği fiil ile ihlal ettiği sosyal düzen, cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi yoluyla tekrar canlandırılmakta ve toplumsal refaha hukuk düzeni tarafından verilen önem toplum

²⁴⁵ Mörsdorf-Schulte 1999, s. 90.

²⁴⁶ Owen 1976, s.1280; Ellis Jr. 1982, s. 9 dn. 35.

²⁴⁷ Owen 1976, s. 1280 dn. 116.

önünde ilan edilmektedir. Ellis cezalandırıcı tazminatın toplumsal huzur açısından önemini üç ana başlık altında irdelemektedir²⁴⁸:

- 1) Davalının ihlalinin haksızlığının resmi olarak ilan edilmesi,
- 2) Davalının tazminat ödemenin güçlüğüyle karşı karşıya kalması,
- 3) Davacı lehine servet transferinin yarattığı rahatlama hissi.

Bu işlev, asıl önemini düello vb. kişisel öç uygulamalarının yoğunlukta olduğu on sekizinci ve on dokuzuncu yüzyılda göstermiştir. *Merest v. Harvey* gibi önemli davalarda mahkeme, cezalandırıcı tazminatın düelloyu engelleme özelliğine dikkat çekmiştir²⁴⁹. Günümüzde ise bu etkinin cezalandırıcı tazminata özgü bir etki olduğunu söylemek oldukça güç görünmektedir. Zira bahsedilen işlev, sorumluluk hukukunun genel amacı niteliğindedir. Cezalandırıcı tazminat kurumunun bulunmadığı Kıta Avrupası sistemlerinde dahi, sorumluluk hukukunun toplumsal barışı korumadaki önemi vurgulanmaktadır²⁵⁰. Bu açıdan bu işlevin ana bir amaç olmaktan daha çok, bir yan etki niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür.

V. Tatmin İşlevi

Kıta Avrupası Hukuku'nun özellikle manevi tazminat açısından ortaya attığı tatmin işlevi, cezalandırıcı tazminatın işlevleri açısından da tartışılmaktadır. Kavramın tarihinde yer alan, zarar görenin onurunun zedelenmesine ve aşağılanmasına yönelik bir cevap olma niteliği, tatmin işlevini açıklarken de kullanılmaktadır. Cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi ile bu aşağılanmayı yaşayan mağdur nezdinde bir rahatlama

²⁴⁸ Ellis Jr. 1982, s. 9.

²⁴⁹ Bkz. yukarıda 1. Bölüm, §2, III, A.

²⁵⁰ Lenz 1992, s. 27.

hissi yaratıldığı ve bu sayede ihkak-ı hak çabalarının önüne geçildiği belirtilmektedir²⁵¹. Bu durum da manevi tazminatın sağladığı iddia edilen tatmin işlevi ile karşılaştırılmakta ve bu açıdan Kıta Avrupası Hukuku ile cezalandırıcı tazminat arasında bir benzerlik kurulmaktadır. Hatta Michigan ve New Hampshire eyaletlerinde cezalandırıcı tazminatın tek işlevi tatmin olup, bu da kendisini karalama ve hakaret gibi davalarda açıkça göstermektedir²⁵².

Her ne kadar belirli açılardan benzerliklerden bahsetmek mümkün olsa da, tatmin düşüncesi ile cezalandırıcı tazminatın farklılaştığı bir temel nokta vardır. Cezalandırıcı tazminat, fail odaklı belirlenirken, tatmin işlevi mağdura yöneliktir. Temel gayesi, mağdurun kişisel öç (*Privatsühne*) ihtiyacı duymamasını sağlamak ve bu yolla mağdurda bir rahatlama hissi oluşturmaktır²⁵³. Cezalandırıcı tazminatın yarattığı tatmin ise, ancak kamuoyu nezdinde gerçekleşen ve toplumsal nitelikteki bir rahatlama hissini ifade etmektedir. Aynı zamanda tatmin hissinin gerçekten doğabilmesi için mağdurla fail arasında bir özel ilişkinin varlığının gerektiği ve bu ilişkinin ancak mağdurun ekonomik olmayan değerlerinin zarara uğraması halinde ortaya çıkabileceği belirtilmektedir. Zira kusura dayanmayan sorumluluk hallerinde veya zarar görenin ayırt etme gücünden yoksun olduğu durumlarda tatmin işlevini açıklamak oldukça güç görünmektedir. Bu bakış açısıyla da manevi tazminat ile cezalandırıcı tazminat arasında bir sınır çizilebilirlik güçleşmektedir²⁵⁴.

²⁵¹ Müller 2000, s. 12; Notes 1957, s. 517 vd.; Lenz 1992, s. 34; Owen 1976, s. 1296.

²⁵² Lenz 1992, s. 34; Notes 1957, s. 520 vd.

²⁵³ Mörsdorf-Schulte 1999, s. 107.

²⁵⁴ Müller 2000, s. 12.

VI. Tazmin İşlevi

A. Genel Olarak

Cezalandırıcı tazminatı sadece cezalandırma ve önleme amaçlarına yönelik olmadığı, aynı zamanda bazı zararların tazminini sağlamaya yönelik bir telafi işlevine de sahip olduğu genel olarak kabul görmektedir. Hatta belirtmek gerekir ki bu kabule nispeten eski yargı kararlarında bile rastlamak mümkündür. 1906 tarihli bir Amerikan mahkeme kararında “*cezalandırıcı tazminata, sadece davalıyı cezalandırma değil, davacının zararlarını tazmin amacıyla da hükmedilebilir.*” demek suretiyle bu işlevi açıkça vurgulamaktadır²⁵⁵.

Cezalandırıcı tazminatın tazmin işlevinin ortaya atılmasındaki en önemli gerekçe, tarihsel süreçte *Common Law* sisteminde uzunca bir süre gelişmemiş olan manevi tazminatın yerini doldurmak için kullanılmış olmasıdır²⁵⁶. Cezalandırıcı tazminat sayesinde, hükmedildikleri dönemde herhangi bir şekilde tazmini mümkün olmayan manevi nitelikte zararların tazmini sağlanmış ve bu kavram bir dengeleyici olarak kullanılmıştır²⁵⁷. Ancak zamanla manevi zararın ve tazminatın *Common Law* sistemlerinde de tazmin edilebilir hale gelmesiyle, cezalandırıcı tazminatın, manevi zararların tazminine yönelik işlevi ortadan kalkmıştır. Yine de bazı Alman ve İsviçreli hukukçular cezalandırıcı tazminatın, manevi tazminatın sağladığı işlevlere hizmet ettiği görüşünü sürdürmektedirler²⁵⁸.

²⁵⁵ “*Punitive damages.. are not given as compensation to the plaintiff, and not solely as a punishment of the defendant.*” . Bkz. Tennessee Central R.R. v. Brasher’s Guardian, 97 S.W. 349, 351-352 (Ky. 1906).

²⁵⁶ Yuk. 1.Bölüm, §3, II.

²⁵⁷ **Lenz** 1992, s. 31; **Mörsdorf-Schulte** 1999, s. 72; **Sales/Cole** 1984, s. 1121; **Riedel** 2016, s. 25; **Klode** 2009, s. 1765.

²⁵⁸ **Lenz** 1992, s. 33, **Mörsdorf-Schulte** 1999, s. 73 dn. 81; **Müller** 2000, s. 14.

Günümüzde cezalandırıcı tazminatın tazmin işlevi, sadece düşük miktarlardaki zararların tazmini ve avukat ve yargılama masraflarının tazmini açısından ek bir tazmin imkanı bağlamında tartışılmakta ve cezalandırma işlevinin bir tamamlayıcısı olarak görülmemektedir²⁵⁹. Mahkemeler önce tazmin edilecek somut zararı belirlemekte, sonra da zarar vereni cezalandırmak maksadıyla cezalandırıcı tazminat miktarını ayrıca belirlemektedir. Ancak bu belirlemeyi yaparken, Common Law sisteminde tazmini mümkün olmayan yargılama masrafları ve avukatlık ücreti gibi bedelleri de dikkate almaktadır. Bu sayede davacı, hem dava açma inisiyatifi gösterdiği için ödüllendirilmekte hem de davalının uygun şekilde cezalandırılması sağlanmaktadır. Fakat, Michigan, New Hampshire ve Connecticut gibi bazı eyaletlerde ise cezalandırıcı tazminat, bir cezalandırma olarak görülmekte, sadece başka türlü elde edilmesi mümkün olmayan bu tip zararları tazmin ve manevi tazminata ek teşkil etme işlevi çerçevesinde kabul edilmektedir²⁶⁰. Esasında bu eyaletler, Greenleaf'in görüşlerine paralel şekilde, cezalandırıcı tazminatı ortadan kaldırma eğiliminde olan eyaletlerdir²⁶¹. Ancak bu yaklaşımın istisnai nitelikte olduğu belirtilmelidir.

Kanaatimizce, her ne kadar cezalandırıcı tazminatın belirlenmesinde kısmen de olsa etki doğursa bile, tazmin işlevi cezalandırıcı tazminat açısından ikincil önemdedir. Cezalandırıcı tazminatın tazmin işlevi, ancak sınırlı bir alan için söz konusu olan ve cezalandırıcı tazminatın karakteristik unsurları arasında yer almayan bir özelliktir.

²⁵⁹ Mörsdorf-Schulte 1999, s. 73; Lenz 1992, s. 31.

²⁶⁰ Sebok 2009, s. 172; Brockmeier 1999, s. 20; Sales/Cole 1984, s. 1130; Lenz 1992, s. 31; Notes 1957, s. 520; Riedel 2016, s. 25; Gül 2015, s. 199.

²⁶¹ Yuk. 1.Bölüm, §2, III, A.

Tazmin işlevini önemli kılan yegane husus ise zararı ispat etme yönündeki güçlükleri bertaraf etmesi ve yargılama ve avukat masraflarının tazminini sağlamasıdır.

Ancak bazı yazarlar, tazmin işlevine daha büyük bir anlam yüklemektedir. Cezalandırıcı tazminatın, tazmin işlevinin ön plana çıkarılması, cezalandırıcı tazminatın Kıta Avrupası hukukunda tanınması ve tenfizinin önünü açacağı için, bu işleve önem atfeden görüşlerin çoğu Kıta Avrupası hukukçularınca ileri sürülmüştür. Cezalandırıcı tazminatın tazmin işlevini temel bir amaç olarak gören bu yaklaşıma göre, cezalandırıcı tazminat, cezalandırma gibi arkaik bir amacın yerine getirilmesi için değil ekonomik olarak ispatı güç veya imkansız olan zararların tazminini ifade etmek için kullanılmaktadır²⁶². Aynı görüşteki Stoll ise cezalandırıcı tazminatı önleme ve tazmin işlevlerinin bir bileşimi olarak görmektedir²⁶³. Bu görüşün ikinci argümanı ise, tazmin işlevinin kabul edilmesiyle, somut zarar miktarını aşan kısmın(*windfall*) neden kamuya değil de zarar görene ödendiği sorusunun rahatça cevaplanabilecek olmasıdır. Hatta bu kabul sayesinde zenginleşme yasağının bulunduğu ülkelerde cezalandırıcı tazminat kararlarının tanınması ve tenfizinin yolunun açılacağı belirtilmektedir²⁶⁴. Üçüncü bir argüman ise Alman Hukuku'ndaki bir tanıma ve tenfiz davasından hareket etmektedir. 1992 tarihli bir Alman Federal Mahkemesi kararı²⁶⁵ ve 1994 tarihli bir Alman Anayasa Mahkemesi kararı²⁶⁶ referans gösterilerek, kararda da vurgulandığı üzere cezalandırıcı tazminatın cezalandırma ve önleme gibi işlevlerinin, asıl amaç olan tazmin işlevine ek unsurlar olduğu belirtilmektedir. Bu görüşe göre cezalandırıcı tazminat da özünde tazmin

²⁶² Mörsdorf-Schulte 1999, s. 74.

²⁶³ Stoll 1970, s. 10 vd.

²⁶⁴ Mörsdorf-Schulte 1999, s. 75.

²⁶⁵ BGHZ 118,312.

²⁶⁶ BVerfGE 91,335.

ve telafi gibi amaçlara dayanmakla beraber, ek unsurlar olarak diğer işlevlere de hizmet etmektedir.

Tazmin işlevinin hangi hallerde işlevsel olacağı, doktrinde birçok tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Vurgulamak gerekir ki, tazmin işlevine ilişkin olay grupları çeşitli eserlerde birbirinden farklı olarak ele alınmıştır. Örneğin Lenz, dava masraflarının tazmini ve manevi zararların tazmini meseleleri üzerinde dururken²⁶⁷, Ellis ise sosyal zararlar, dava masraflarının tazmini ve başka türlü tazmini mümkün olmayan zararlar gibi olay gruplarını bu bağlamda incelemektedir²⁶⁸. Gül ise para ile ölçülemeyen zararların tazmini, dava ve vekillik ücretlerinin tazmini ve düşük miktardaki zararların tazmini olgularını temel almaktadır²⁶⁹. Bu çalışmada düşük miktardaki zararların ve yargılama masraflarının tazmini üzerinde durulacaktır.

B. Düşük Miktardaki Zararların Tazmini

Zarar verici olayın zarar verenin saygısızca ve umarsızca bir davranışına dayandığı, ancak ortaya somut olarak yüksek bir zararın çıkmadığı durumlarda cezalandırıcı tazminat kurumunun tazmin işlevinin devreye girebileceği belirtilmektedir²⁷⁰. Bu gibi durumlarda birçok zarar gören, davaya harcayacağı zaman, emek ve para gibi unsurları da dikkate alarak hukuki olayı yargı önüne taşımaktan imtina etmektedir. Zira birçok durumda dava açmak, zarar veren açısından ekonomik açıdan makul bir karar olmayacaktır.

²⁶⁷ Lenz 1992, s. 32.

²⁶⁸ Ellis Jr. 1982, s. 28 vd.

²⁶⁹ Gül 2015, s. 200 vd.

²⁷⁰ Gül 2015, s. 202.

Cezalandırıcı tazminatın devreye girmesiyle bu tip sembolik zararlar için dava açılabilmesi yönünde bireylere bir teşvikte bulunulmuş olacaktır. Aynı zamanda bu durumun zarar veren kişileri de önleyici bir etkisinin olacağı belirtilmektedir²⁷¹. Ancak belirtmek gerekir ki bu durumlarda hükmedilmesi önerilen cezalandırıcı tazminatın, manevi tazminattan farkını anlayabilmek pek de mümkün görünmemektedir. Zira bu hallerde tazminata hükmedilmesindeki ana etken, ortaya çıkan maddi zarar miktarı değil, davranışın zarar görende yarattığı mental etkidir. Kıta Avrupası Hukuku açısından bu tür durumlarda eğer diğer şartlar da mevcutsa devreye girebilecek yegane yaptırım türü manevi tazminat olacaktır.

C. Dava Masraflarının Tazmini

Cezalandırıcı tazminatın tazmin işlevi, yargılama ve avukat masraflarının tazminini sağlaması yönündeki argüman ileri sürülmek suretiyle de savunulmaktadır. Kıta Avrupası Hukuku'nda kaybeden tarafın dava masraflarına katlanması asıl iken Amerikan Hukuku'nda yer alan “*amerikan kuralı (american rule)*”²⁷² sebebiyle, davacının talebi mahkemece uygun bulunsa dahi davacı kural olarak²⁷³, gerçekleştirdiği yargılama ve avukat masraflarını kendisi karşılamak zorundadır²⁷⁴. Bu da birçok

²⁷¹ Gül 2015, s. 202.

²⁷² Söz konusu kuralın temelinde dava açma hakkına verilen özel önem yatmaktadır. Zira bu kural sayesinde davacı, davayı ikame ederken karşı tarafın avukat masraflarına katlanma rizikosunu dikkate almaktan kurtulmaktadır. Ancak bir nevi nimet-külfet dengesi çerçevesinde kendisi de bu tip masrafları davalıdan talep edebilme hakkından yoksun kalmaktadır. Bu durum mahkemeye erişimi kolaylaştırmakta ve kazanma olasılığı belirsiz görülen davalara ilişkin bir dava açma inisiyatifi yaratmaktadır. Bkz. **Rusch/Fischbacher** 2019, s. 693-694.

²⁷³ Bu kuralın aksini içeren kurallar kanunla açıkça düzenlemelidir. Bkz. **Owen** 1976, s. 1297 dn. 196.

²⁷⁴ **Müller** 2000, s. 13; **Lenz** 1992, s. 10 ve 32; **Gül** 2015, s. 201.

davacının hak kazandığı tazminat miktarının büyük bir kısmını dava ve yargılama masraflarına ayırmak zorunda olmasına ve bu sebeple de neredeyse dava açmasa daha avantajlı olacağı bir duruma düşmesine sebep olmaktadır. Yine benzer şekilde davalı da sonuçta savunmasında haklı olsa bile kendi avukat masraflarına katlanmak zorunda kalmakta ve bu durum da birçok davalıyı uzun bir mahkeme sürecinden kaçınabilmek için sulhe ve benzeri anlaşmalara yöneltmektedir²⁷⁵.

“*Contingency Fee*”²⁷⁶ gibi uygulamalar davanın açılma sürecinde maddi olarak avantajlar sağlasa da, birçok davacı dava sonunda beklediği menfaatleri elde edememekte ve hayal kırıklığı ile karşı karşıya kalmaktadır. İşte bu noktada cezalandırıcı tazminat miktarının bu ve benzeri durumların önüne geçmek için kullanılabileceği ve bu açıdan bir nevi tazmin aracı olduğu belirtilmektedir²⁷⁷. Burada cezalandırıcı tazminatın bir nevi ek tazminat işlevi de mevcuttur. Hatta bazı mahkeme kararlarında mahkemenin, jüriyi cezalandırıcı tazminat miktarının belirlenmesinde bu masrafları da dikkate almaya

²⁷⁵ **Lenz** 1992, s. 10. İlginç bir hukuki olayda, kaza yapıp zarar uğrayan bir araçtaki yolcu, aracın üreticisi olan şirkete reklamlarda arabayla ilgili yarattığı imaj sebebiyle dava açmış, ilgili şirket ise yüksek dava maliyetleri ve yargılama sürecindeki olumsuz izlenimden çekindiği için anlaşma yolunu tercih etmiştir. Bkz. **Sales/Cole** 1984, s. 1158.

²⁷⁶ Avukatların davanın kazanılması halinde elde edilecek toplam kazanç üzerinden yüzde almasına dayanan avukatlık ücreti anlaşmasına verilen isimdir. Bu uygulamada davacı avukatlar, yargılamaya ilişkin birçok masrafı kendileri karşılamakta ve bunun mukabilinde, dava sonucunda elde edilen meblağdan belirtilen payı almak suretiyle gelir elde etmektedir. Bu anlaşmalarda belirlenebilecek oranın üst sınırı ise elde edilen değerin yüzde ellisi olarak belirtilmektedir. Kıta Avrupası Hukuku’nda ve İngiliz Hukuku’nda ise bu tip anlaşmalara hukuk düzenince izin verilmemektedir. Bkz. **Lenz** 1992, s. 11; **Stiefel/Stürner** 1987, s. 831

²⁷⁷ **Lenz** 1992, s. 12; **Stiefel/Stürner** 1987, s. 831; **Owen** 1976, s. 1297.

yönelttiği görülebilmektedir²⁷⁸. Yine benzer şekilde doktrinde cezalandırıcı tazminat kurumundan vazgeçilse dahi mahkemelerin hakkaniyete dayanarak bu zararların tazminine hükmedeceği, dolayısıyla tazminat miktarlarının benzer olacağı belirtilmiştir²⁷⁹.

D. Tazmin İşlevine Yönelik Eleştiriler

Cezalandırıcı tazminatin tazmin işlevine karşı Common Law doktrininde çeşitli eleştiriler ileri sürülmüştür. Bunlardan ilkinde göre, eğer temel amaç bu zararların tazmini ise cezalandırıcı tazminat gibi atipik bir kurum yerine, bu zararların tazminini içeren yeni kuralların yaratılması daha mantıklı olacaktır²⁸⁰. Bu eleştiri oldukça yerinde ve haklı görünmektedir. Zira Kıta Avrupası'nda çok daha efektif şekilde çözüme kavuşturulmuş bir konuya ilişkin bu derece kapsamlı tartışmalara gerek olup olmadığı *Common Law* hukukçuları tarafından sorgulanmalıdır. İkinci bir eleştiri ise, cezalandırıcı tazminat yoluyla söz konusu zararların tazmininin yarattığı eşitsizliğe ve asimetriye ilişkindir²⁸¹. Davacı iddiasında haklı çıkar ve ayrıca da cezalandırıcı tazminata hak kazanır ise hem somut zararlarını tazmin etmekte hem de yargılamaya ilişkin birçok masrafını da geri alabilmektedir. Ancak davalının savunmasında haklı çıkması halinde yargılama masraflarını elde etmesi kural olarak mümkün değildir. Bu da daha önce de belirttiğimiz üzere, davalıyı, davacının haksız olduğu durumlarda bile sulh yoluna gidilmesine zorlamaktadır. Bir diğer eleştiri ise söz konusu yargılama masraflarının tazmininin cezalandırıcı tazminat yoluyla sağlanmasının, tanıma ve tenfiz sürecinde sebebiyet

²⁷⁸ Notes 1957, s. 521 dn. 33; Gül 2015, s. 201.

²⁷⁹ Notes 1957, s. 521; Lenz 1992, s. 33.

²⁸⁰ Lenz 1992, s. 33; Schwartz 1982, s. 140; Mörsdorf-Schulte 1999, s. 93.

²⁸¹ Lenz 1992, s. 33.

verdiği sorunlar üzerinden getirilebilecektir. Özellikle cezalandırıcı tazminatın kendi içinde gerekçelendirilmediği ve götürü olarak belirlendiği hallerde, birçok Kıta Avrupası ülkesinde bu kararın tanıma ve tenfizi mümkün olmayacaktır. Halbuki söz konusu masrafların tazminine ilişkin bağımsız bir kuralın varlığı, bu tip eksikliklerin kolayca giderilmesini sağlayabilecektir.

Cezalandırıcı tazminatın tazmin işlevine yönelik Kıta Avrupası Hukuku'nda da birçok eleştiri ileri sürülmektedir. Bu eleştirilerden en önemlisi, tazmin işlevinin kavramın temel yapısına aykırılık teşkil ettiği ve temel işlevler ile uyumsuz olduğu yönündedir. Somut zarar ve bu zararın tazmini cezalandırıcı tazminatın tespitinde bir unsur olarak kullanılabilse de asla tek tek hareket noktası olarak görülmemektedir. Hatta çeşitli mahkeme kararlarında da bu ayrım dikkatle vurgulanmış ve telafi edici olmayan tazminatlar ile tazmin işlevi arasındaki sınıra dikkat çekilmiştir²⁸². Ayrıca cezalandırıcı tazminatın tazmin işlevi gözetilerek belirlenmesinin hukuki belirliliği ve öngörülebilirliği zedeleyeceği de savunulmaktadır²⁸³. Zira klasik zarar belirleme yöntemiyle dahi belirlenemeyen birtakım zararların jürinin takdirine bırakılmasının, önemli ölçüde bir belirsizliği beraberinde getireceği aşikardır²⁸⁴. Yine cezalandırıcı tazminatın, telafi edici nitelikte klasik tazminat türlerinin bir eki ve tamamlayıcısı olduğu yönündeki yaklaşım da şiddetle eleştirilmektedir²⁸⁵. Özellikle sembolik tazminata (*nominal damages*) hükmedildiğinde aynı zamanda cezalandırıcı tazminata da hükmedilebilmesi gerçekten bu görüşü savunulması güç bir duruma getirmektedir.

²⁸² Çeşitli mahkeme kararlarından alıntılar için bkz. **Mörsdorf-Schulte** 1999, s. 92-93.

²⁸³ Konuya ilişkin ilginç bir Amerikan mahkeme kararı için bkz. *Hofer v. Lavender*, 679 S.W. 2d 470 (Tex. 1984).

²⁸⁴ **Lenz** 1992, s. 32; **Ellis Jr.** 1982, s. 31.

²⁸⁵ **Mörsdorf-Schulte** 1999, s. 97.

VII. Hukuki Yaptırımların Bireyler Tarafından Takibini (Private Enforcement) Teşvik İşlevi

Zarar verici eylemlerin sayısının artması ve gerçekleşme şekillerindeki farklılıklar, devletin zarar verici eyleme ilişkin yaptırımları takibini gün geçtikçe daha da zorlaştırmaktadır. Kamu makamlarının ve kolluk kuvvetlerinin yaşadığı bu güçlükler, bireylerin hukuki süreçleri ve yaptırımları takip etmesi ve hukukun uygulanmasını sağlaması yönündeki görüşlerin kuvvetlenmesine yol açmıştır. Kamusal kolluğun yetersiz kaldığı noktada bir nevi bireysel kolluk devreye girmekte ve vatandaşlar kendi menfaatleri kadar kamusal menfaatleri de ilgilendiren konuları yargı önüne taşımaya teşvik edilmektedirler²⁸⁶.

Bu yaklaşımda her bir birey adeta birer savcı gibi hareket etmekte ve hem kendilerini hem de kamuyu ilgilendiren konuları takip etmek hususunda desteklenmektedirler. Bu durumlarda söz konusu olan zarar verici eylemler, ceza hukukunun konusunu teşkil edebilecek nitelikte olan ancak yüksek delil standartları veya kamusal menfaatleri yeteri kadar zedelememiş olması sebebiyle kamusal yargılama makamlarınca takip edilmeye değer görülmemiş eylemlerdir. Cezalandırıcı tazminatın işlevlerine ilişkin ileri sürülen bir görüşe göre, bireylerin bu takiplerinin karşılığında ödül olarak cezalandırıcı tazminata hükmedilmektedir²⁸⁷. Cezalandırıcı tazminat, aynı zamanda hukuk kurallarına duyulan saygıyı artırma açısından da önem arz etmekte ve bu açıdan toplumsal huzuru sağlamak ve önleme gibi işlevlerle de paralel sonuçların ortaya

²⁸⁶ Brockmeier 1999, s. 19; Müller 2000, s. 12; Lenz 1992, s. 28; Owen 1976, s. 1288; Gül 2015, s. 210.

²⁸⁷ Bu duruma “*Bounty Argument*” ismi de verilmektedir. Bkz. Lenz 1992, s. 28; Müller 2000, s. 12; Owen 1976, s. 1281.

ıkmasını saęlamaktadır²⁸⁸. Amerikan Hukuku’nda yargılama masraflarının dava başarıyla sonuçlansa bile diğer taraftan kural olarak talep edilememesinin de bu noktada önemli olduğu vurgulanmaktadır. Zira bu kural sebebiyle zedelenmiş olan hak arama özgürlüğü, cezalandırıcı tazminatın varlığı sayesinde tekrar destek bulmaktadır²⁸⁹. Bir diğer deyişle davacıya başka türlü tazmin edemeyeceği zararları tazmin etme imkanı tanınmak suretiyle, hak arama yönündeki inisiyatif kuvvetlendirilmektedir.

Hukuki yaptırımların takibini teşvik işlevi, cezalandırıcı tazminata ilişkin önemli bir sorun olan birden fazla zarar görenin varlığı halinde cezalandırıcı tazminatın bölüşümü sorunu açısından sınırlı da olsa bir çözüm sunmaktadır. Bir görüşe göre ilk talep edenin cezalandırıcı tazminatı tek başına elde etmesinin temel sebebi “*finder’s fee*” adı verilen “*takipçi ücreti*” uygulamasıdır²⁹⁰. Bu yaklaşımda ilk talep eden yaptığı araştırma ve öncelikle dava açma inisiyatifi ve riskleri karşılığında cezalandırıcı tazminata hak kazanmaktadır.

Kıta Avrupası Hukuku’nda bireylerin medeni usul hukuku açısından ileri sürebileceği menfaatlerin sınırını, hak kavramı belirlemektedir²⁹¹. Bir diğer deyişle bireyler kamusal menfaatleri değil, kişisel menfaatlerini yargı önüne taşımaktadırlar. Kamusal menfaatlerin takibi ise temelde savcılar ve diğer kamu görevlileri aracılığıyla gerçekleşmektedir. Bu açıdan kamusal menfaatlerin bireyler tarafından takibini öngören bu sistem, Kıta Avrupası Hukuku açısından oldukça yabancısıdır. Ayrıca bu tip durumlarda davalıdan alınan meblağın neden devlete değil de davacıya ödendiğini de izah etmek güç

²⁸⁸ Lenz 1992, s. 28; Owen 1976, s. 1290.

²⁸⁹ Lenz 1992, s. 29; Owen 1976, s. 1297.

²⁹⁰ Lenz 1992, s. 29.

²⁹¹ Brockmeier 1999, s. 19; Riedel 2016, s. 24.

görülmektedir²⁹². Kamu kavramına ve devlete hala büyük bir önem arz eden Kıta Avrupası sistemleri ile devletin giderek küçüldüğü ve ikincilleştiği Amerikan sistemi arasındaki farklar, burada daha da fazla göze batmaktadır²⁹³. Hatta Amerikan Hukuku'nda dahi hakim görüş, hukuki yaptırımları teşvik işlevini ana bir işlev olarak kabul etmemekte ve diğer işlevlerin yerine getirilmesi halinde ortaya çıkacak bir yan sonuç olarak nitelendirmektedir²⁹⁴. Özellikle manevi tazminatın Common Law sistemlerinde tazmin edilebilir hale gelmesiyle zaten gerekli teşvikin sağlandığı ve cezalandırıcı tazminatın bu işlevinin önemsiz hale geldiği de vurgulanmaktadır²⁹⁵. Ayrıca söz konusu işlevin davacı açısından mantıklı sebepleri bulunmakla beraber, davalıya uygulanan yaptırımı açıklamakta zayıf kaldığı da belirtilmektedir²⁹⁶. Hatta kamusal nitelikte takibin çok daha efektif sonuçlar doğurduğu da doktrinde savunulmaktadır²⁹⁷.

²⁹² **Lenz** 1992, s. 30; **Sales/Cole** 1984, s. 1158.

²⁹³ Esasında bireyleri dava açmaya teşvik işlevi son yıllarda sadece Common Law sistemlerinde değil Avrupa Birliği düzenlemelerinde ve ATAD kararlarında da göze çarpan bir yaklaşımdır²⁹³. Meurkens'e göre bu eğilimin sebebi, yeni hukuk dallarının yeni birtakım yaklaşımları ve hukuki enstrümanları zorunlu kılması ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerindeki haksız fiil yaptırımlarının eksiklikleridir. Bkz. **Meurkens** 2012, s. 32. Yukarıda da ayrıntılı açıklandığı üzere, rekabet ihlallerinden doğan zararlar ve ayrımcılığa karşı tazminat gibi örneklerde gerek Avrupa Birliği gerekse de ATAD bireylerin dava açma hakkını hayata geçirme amacı gütmektedir. Bu alanlara ek olarak tüketici hukuku, iş hukuku, kişisel verilerin korunması gibi alanlarda da benzer yaklaşımların giderek arttığı görülmektedir. Avrupa Birliği bu tip yaptırımların etkili, önleyici ve orantılı olması yönünde hükümler öngörmektedir.

²⁹⁴ **Brockmeier** 1999, s. 19.

²⁹⁵ **Sales/Cole** 1984, s. 1123. Ayrıca bkz. Yuk. 1. Bölüm, §3, II.

²⁹⁶ **Ellis Jr.** 1982, s. 10.

²⁹⁷ **Posner** 2005, s. 1259 vd.

VIII. Elde Edilen Kârın İadesini Sağlama İşlevi (Gewinnabschöpfung, Skimming off the Profits)

Cezalandırıcı tazminatın işlevleri incelenirken, zarar verenin zarar verici eylemden elde ettiği kârın onun elinden alınarak zarar görene iadesini sağlamaya yönelik bir işlevi bulunduğu da belirtilmektedir²⁹⁸. Amerikan Hukuku’nda *Ford Pinto* kararı, söz konusu işlev tartışılırken en çok referans verilen kararlardan biri olarak gösterilebilir. İngiliz Hukuku açısından çok önemli bir karar olan *Rookes v. Barnard* kararında da kabul edilen kategorilerden biri kârın iadesi işlevine dayanmaktadır. Bu işlevi açıklamak için kullanılan temel argüman ise “*haksız fiil, zarar verenin yanına kar kalmaz(tort doesn’t pay)*” ilkesidir. Bir diğer deyişle kazanç elde etmek gayesiyle, başka kişinin haklarına yönelik saygısız ve müdahaleci bir tavır gösteren zarar veren, bunun sonuçlarına da katlanmalı ve uğruna haksız fiili gerçekleştirmeye razı olduğu kazanç elinden alınmak suretiyle statükonun tekrar tesisi sağlanmalıdır. Bu açıdan bakıldığında, bu işlevin tazmin işlevi ile benzerlik gösterdiği görülmektedir²⁹⁹.

Kârın iadesi işlevini vurgulamak için kullanılan kararların ortak noktası, şirketlerin fayda-maliyet analizine dayanarak verdiği acımasız ancak ekonomik açıdan verimli kararlarına karşı, hukuk düzenince bir cevap yaratma çabasını gösteren kararlar olmalarıdır. Zira zaman içinde firmaların benzer durumlarda ekonomik temelli kararlar almak suretiyle, toplumun güvenliğini birçok kez tehlikeye attığı görülmüştür. Amerikan sisteminin liberal yapısının, piyasanın işleyişine devlet müdahalelerini mümkün mertebe kısıtlayan yapısı da bu kararlara karşı gerçek bir koruma ihtiyacını doğurmuştur. Bu noktada cezalandırıcı tazminat devreye girmekte ve davranışın temelini oluşturan kârı

²⁹⁸ Lenz 1992, s. 131.

²⁹⁹ Müller 2000, s. 13.

zarar verenden alarak zarar görene nakletmektedir. Bunu yaparken çoğunlukla elde edilen haksız kazanç miktarı da kararda belirtilerek, hükmün meşruiyeti sağlanmaktadır³⁰⁰.

Haksız fiilden elde edilen bir tazminatın, kazancın iadesine yöneldiğini belirtmek birçok Kıta Avrupası Hukukçusu açısından kabul edilemez bir sonuçtur³⁰¹. Zira Kıta Avrupası Hukuku'nda elde edilen kazançların iadesi için başvurulacak hukuki kurumlar sebepsiz zenginleşme ve vekaletsiz iş görme düzenlemeleridir. Ayrıca sosyal devlet anlayışı da söz konusu salt ekonomik kararlara karşı devletin düzenleyici ve önleyici kararlar almasını sağlamaktadır.

Çeşitli yargı kararları incelendiğinde, cezalandırıcı tazminatın somut olayın özelliklerine göre farklı işlevlerinin üzerinde durulduğunu tespit etmek mümkündür. Bir diğer deyişle, cezalandırıcı tazminat çok işlevli bir yargısal enstrüman olarak kullanılmaktadır³⁰². Ancak ana sadece ana işlev niteliğindeki cezalandırma ve önleme, cezalandırıcı tazminat açısından tek başına etki doğurmaktadır. Diğer işlevler ise ancak tamamlayıcı olarak kullanılmaktadır. Bu açıdan belirtmek gerekir ki kazancın iadesi işlevi de herhangi bir dava grubu açısından tek başına kullanılabilecek bir işlev değildir. Bu işlev, ancak bir yardımcı işlev olarak ya da arzu edilebilir bir yan sonuç olarak görülmelidir³⁰³. Buna rağmen bazı yargı kararlarında bu işlevin asıl amaç gibi dikkate alınması eleştirileri de beraberinde getirmiştir.

Ford Pinto kararında mahkeme, davalının sadece halihazırda elde ettiği kazançları değil, elde etme ihtimali bulunan kazançlar da dikkate alınmaktadır. Yani davalı, henüz

³⁰⁰ Lenz 1992, s. 36.

³⁰¹ Aşa. 2. Bölüm, §11, II, B.

³⁰² Mörsdorf-Schulte 1999, s. 87.

³⁰³ Mörsdorf-Schulte 1999, s. 87.

elde etmediği, ancak varsayımsal olarak elde edeceği düşünülen bir kazancı iade etmesinin sağlanması için cezalandırıcı tazminat yaptırımına maruz bırakılmaktadır³⁰⁴. Bu durum ise kabul edilecek görüşe göre objektif ya da sübjektif kazançların iadesini sağlayan sebepsiz zenginleşme ve vekaletsiz iş görme hükümleri ile bağdaşır nitelikte değildir³⁰⁵. Zira ne objektif ne de sübjektif bir zenginleşme henüz gerçekleşmemiştir. Bu açıdan bakıldığında, her ne kadar kazancın iadesinden bahsedilse de karardaki asıl amacın cezalandırma olduğu vurgulanmaktadır³⁰⁶. Kanaatimizce de henüz elde edilmemiş bir kazancın iadesi, kazancın iadesi işlevi ile değil cezalandırma ile açıklanacaktır. Kaldı ki birden fazla kişinin uğradığı kazanç kaybının, sadece bir kişiye verilmesi de nispilik ilkesi bakımından kabul edilemez sonuçlara yol açar.

IX. Ara Değerlendirme

Cezalandırıcı tazminat, temel özelliğini ve ayırt edici unsurlarını yöneldiği işlevler üzerinden tespit edebileceğimiz bir yaptırımdır. Birçok farklı işlev için adeta bir çare gibi kullanılan cezalandırıcı tazminatın, ana işlevlerinin tespiti, Kıta Avrupası hukukçuları açısından bir dayanak noktası teşkil edecektir.

Kanaatimizce, cezalandırıcı tazminatın ana işlevleri cezalandırma ve önlemedir. Bu tespiti yapmamızı sağlayan temel hareket noktası, cezalandırıcı tazminatın miktarı belirlenirken temelde bu iki işlevden hareket edilmesidir. Burada sadece tazmin işlevi, bu ana işlevlere bir istisna teşkil etmektedir. Düşük miktardaki zararların ve yargılama

³⁰⁴ *Ford Pinto* kararında davacı, *ex ante* bir bakış açısıyla hem kendisinin hem de aynı araç yüzünden zarar uğrayan kişilerin şahıs ve malvarlığı zararlarını bir arada talep etmiştir. Bkz. **Mörsdorf-Schulte** 1999, s. 83.

³⁰⁵ Aşa. 2. Bölüm, §11, II, B.

³⁰⁶ **Mörsdorf-Schulte** 1999, s. 83.

masrafların tazmini açısından tazmin işlevi de kısmi de olsa belirleyici nitelik arz etmekle beraber, cezalandırıcı tazminatın telafi edici tazminatlardan ayrılması için bu işlev bir önem arz etmemektedir. Ancak tazmin işlevi ile belirlenecek kısım sadece bir başlangıç noktası olarak kullanılmakta, cezalandırıcı tazminat miktarı ana işlevler çerçevesinde belirlenmektedir. Diğer bir deyişle yaptırımın yöneldiği temel amaç, tazmin işlevi üzerinden tanımlanamaz. Dolayısıyla ana işlevler olarak cezalandırma ve önleme işlevleri kabul edilmelidir.

Toplumsal huzurun sağlanması, tatmin, tazmin, hukuki yaptırımların bireyler tarafından takibini teşvik ve elde edilen kazancın iadesi gibi işlevler, cezalandırıcı tazminatın tespitinde tamamlayıcı nitelikteki unsurlardır. Dolayısıyla da birer yan etki olarak görülmeleri gerekir. Bu sebeple çalışmanın üçüncü bölümünde Türk Hukuku'nda yer alan çeşitli hükümlere ilişkin yapılacak değerlendirmelerde, cezalandırıcı tazminatın cezalandırma ve önleme işlevleri temel alınacaktır³⁰⁷. Diğer işlevler ise kısmi benzerlikler kurdukları durumlarda ayrıca belirtilecektir.

³⁰⁷ Aşa. 3. Bölüm, §12, I.

§6 COMMON LAW HUKUK SİSTEMİNDE CEZALANDIRICI TAZMİNATIN ŞARTLARI

I. Ön Şart- Haksız Fiil Teşkil Eden Bir Hukuki Eylemin Varlığı

Cezalandırıcı tazminat, her ne kadar bazı hallerde sözleşmesel sorumlulukta gündeme gelebilse de esasında haksız fiil hukukunun konusu oluşturmaktadır. Dolayısıyla cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için öncelikle haksız fiil teşkil eden bir eylemin varlığı gerekmektedir³⁰⁸. Cezalandırıcı tazminatın ayırt edilebilmesi zarar verenin, ağır bir fiili sorumsuzca işlediği hallerin tespiti ile mümkün olabilse de genel şartların varlığı da unutulmamalıdır. Fiil, zarar, hukuka aykırılık, illiyet bağı ve kusur gibi şartlar var olmadan bir haksız fiilden, dolayısıyla da tazminattan bahsedebilmek kural olarak mümkün değildir. Bu açıdan cezalandırıcı tazminat, tamamlayıcı ve ikincil bir nitelik taşımaktadır³⁰⁹.

Her ihlal otomatik olarak cezalandırıcı tazminat neticesini doğurmayacaktır. Örneğin salt sözleşmesel bir yükümlülüğün ihlali tek başına yeterli olamayacağı gibi, özellikle hafif ihmalin neticesi olan haksız fiillerde de cezalandırıcı tazminat gündeme gelmeyecektir. Kıta Avrupası'nda farklı bir haksız fiil sistemine sahip olan Common Law sisteminde, mutlak hakların ihlali kadar, saf malvarlığı zararlarının ihlali de tazminata sebebiyet verebilmektedir³¹⁰.

Kural olarak cezalandırıcı tazminat talebinde bulunan kişinin, uğradığı zararı ispat etmesi gerekmektedir. Zira zarar görmemiş bir kişinin, salt karşı tarafı cezalandırmak gibi

³⁰⁸ Brockmeier 1999, s. 4; Lenz 1992, s. 38; Müller 2000, s. 9; Riedel 2016, s. 3.

³⁰⁹ Brockmeier 1999, s. 4; Müller 2000, s. 8.

³¹⁰ Brockmeier 1999, s. 4-5.

bir amaçtan yola çıkarak tazminat talep edebilmesi mümkün olmamalıdır³¹¹. Ancak bazı özel durumlarda, zarar gören farklı imkanlara sahiptir. Özellikle zararın ispatı veya miktarına ilişkin engellerin varlığı durumunda, sembolik tazminata (*nominal damages*) hükmedilebilmekte ve ardından cezalandırıcı tazminata da karar verilebilmektedir³¹².

Cezalandırıcı tazminatı klasik bir haksız fiilden ayıran temel unsurlar ise fiilin ağırlığı ve zarar verenin kusurlu davranışı ile yöneldiği amaçlardır. Bir diğer deyişle sadece haksız fiilin şartlarının ortaya konulması sadece telafi edici nitelikte bir tazmin imkanı sağlarken, cezalandırıcı tazminatın diğer şartlarının da ispatı halinde faili cezalandırılacak bir miktara tazminat olarak hükmedilebilecektir.

II. Failin Cezalandırıcı Tazminat Gerektiren Bir Fiilin Varlığı

A. Genel Olarak

Cezalandırıcı tazminata konu oluşturan fiiller, kural olarak haksız fiile konu oluşturan eylemlerden bir farklılık göstermemektedir. Dolayısıyla hem olumlu hem de olumsuz fiiller, cezalandırıcı tazminata sebebiyet verebilecektir³¹³. Ancak belirtmek gerekir ki, her ne kadar bu tazminata sebebiyet verme ihtimali bulunan fiiller açısından bir farklılık bulunmasa da, belirli olaylar, cezalandırıcı tazminatın daha sık gündeme gelmesine yol açmaktadır. Bu da zaman içerisinde cezalandırıcı tazminata sebebiyet veren fiil gruplarının, *Common Law* doktrininde özellikle belirtilmesine yol açmıştır. Doktrinin buradaki temel gayesi, belirli olay gruplarının temel özelliklerini ve ortak

³¹¹ **Notes** 1957, s. 529 dn. 84.

³¹² **Brockmeier** 1999, s. 5; **Lenz** 1992, s. 38; **Müller** 2000, s. 9; **Riedel** 2016, s. 3; **Sales/Cole** 1984, s. 1145.

³¹³ Kıta Avrupası'nda olduğu gibi ABD Hukuku'nda da haksız fiile sebebiyet veren eylemlerin sınırlı sayıda olmadığı yönünde bkz. **Gül** 2015, s. 213.

noktalarını ortaya koyabilmektir. Ayrıca Common Law sisteminin içtihadı yapısı nedeniyle kararların belirli olay grupları açısından ne şekilde değişiklik gösterdiği de büyük önem taşımaktadır.

Zamanla cezalandırıcı tazminata hükmedilme sıklığının ve kararların ağırlığının artmasıyla, doktrindeki fiil grupları, tazminatı sınırlamak amacıyla ele alınmaya başlanmıştır³¹⁴. Bu eğilim, özellikle İngiliz Hukuku açısından fazlasıyla etkili olmuş ve *Rookes v. Barnard*³¹⁵ kararında *Lord Devlin* tarafından etraflıca açıklanan ve temel bir içtihadı dönüşen *Kategori Testi*'ne vücut vermiştir³¹⁶. Söz konusu kararda, öncelikle ağırlaştırılmış tazminat (*aggravated damages*)³¹⁷ ile cezalandırıcı tazminat arasında bir ayrıma gidilmiş ve ağırlaştırılmış tazminatın telafi edici yönünün, cezalandırıcı tazminatın ise cezalandırıcı ve önleyici işlevinin ağır bastığı vurgulanmıştır³¹⁸. Devamında ise cezalandırıcı tazminatın, Ceza Hukuku'nun yaptırım sistemine yaklaşan yapısına rağmen, bu hukuk dalının getirdiği prosedürel sınırlamalardan arı yapısına dikkat çekilerek, ancak sınırlı hallerde gündeme gelebilmesi gerektiği vurgulanmıştır. *Lord Devlin*, karar metninde iki kategoriye vurgu yaparken, pozitif düzenlemelerle kabul edilen haller şeklinde belirtilen üçüncü kategori ise doğası gereği tartışmasız olarak bunlara eklenmiştir. Dolayısıyla *Rookes v. Barnard* kararı, cezalandırıcı tazminatın

³¹⁴ Bu açıdan Kıta Avrupası Hukuku'ndaki sorumluluğu sınırlama işlevi taşıyan sınıflandırmalarla benzeştiği söylenebilecektir.

³¹⁵ Kararın metni için bkz. <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1964/1.html> (Erişim Tarihi: 08.01.2020).

³¹⁶ Kararda jürinin giderek belirsizleşen takdir yetkisini sınırlama amacının da bulunduğu ile ilgili olarak bkz. **Mörsdorf-Schulte** 1999, s. 174.

³¹⁷ Yuk. dn. 147.

³¹⁸ **Wilcox** 2009, s. 8.

İngiliz Hukuku'nda konsolide edildiği bir karar olma özelliği taşımaktadır³¹⁹. Nitekim bu karar sonrasında hem cezalandırıcı tazminata hükmedilme sıklığı azalmış hem de hükmedilen cezalandırıcı tazminat miktarları düşmüştür³²⁰. Aşağıda bu dava grupları detaylı olarak incelenecektir.

Amerikan Hukuku açısından ise en birleştirici ve sınır çizen karar olarak *Fay v. Parker*³²¹ kararı ön plana çıkmaktadır. Bu kararda mahkeme, hem cezalandırıcı tazminat kurumunun temellerini incelemiş hem de bu kurumun hangi ihtiyaçlar sebebiyle ortaya çıktığını ortaya koymuştur. Nihayetinde mahkeme, cezalandırıcı tazminata ilişkin sınırlayıcı bir bakış açısını benimsemiş ve özellikle de mevcut zararların ispatının önemini vurgulamıştır. Ayrıca bu kararda manevi tazminat ile cezalandırıcı tazminat arasındaki fonksiyonel benzerliklerin üzerinde de kapsamlı olarak durulmuş, manevi tazminant cezalandırıcı tazminatın adeta bir dengi olarak görülmüş ve manevi tazminatın gündeme geldiği noktada, cezalandırıcı tazminatın aşırı olacağı belirtilmiştir³²². Bu açıdan *Fay v. Parker* kararı, ABD Hukuku açısından cezalandırıcı tazminatı konsolide etme ve sınırlama düşüncesinin milat noktası olarak gösterilmektedir³²³. Aşağıda bu kararın ABD Hukuku'ndaki etkileri üzerinde durulacaktır³²⁴.

³¹⁹ Mörsdorf-Schulte 1999, s. 165; Riedel 2016, s. 9.

³²⁰ Mörsdorf-Schulte 1999, s. 177. Yazar bu durumun sebebi olarak ağırlaştırılmış tazminat kurumunun varlığını göstermektedir.

³²¹ Kararın tam metni için bkz. <https://cite.case.law/nh/53/342/> (Erişim Tarihi: 08.01.2020).

³²² Mörsdorf-Schulte 1999, s. 169.

³²³ Mörsdorf-Schulte 1999, s. 166.

³²⁴ Aşa. 1. Bölüm, §6, II, D.

B. İngiliz Hukukunda *Rookes v. Barnard* Kararıyla Öngörülen Kategori Testinde Yer Alan Dava Grupları

1. Bir Kimsenin Kamu Görevlilerinin Baskıcı, Keyfi veya Anayasaya Aykırı Davranışı Sonucu Zarar Görmesi

Rookes v. Barnard kararında Lord Devlin tarafından oluşturulan dava gruplarından ilki, kamu görevlilerinin baskıcı, keyfi ve anayasaya aykırı davranışta bulunmalarına ve bundan ötürü kişilerin zarar görmesine dayanmaktadır. Esasında bu dava grubu, daha önce de vurgulandığı üzere, cezalandırıcı tazminatın temelini oluşturan davaların bir devamı niteliğindedir³²⁵. *Wilkes v. Wood*, *Huckle v. Money* gibi ilk dönem cezalandırıcı tazminat davalarında da kamu görevlilerinin baskıcı tavrına karşı bireyin korunmasının amaçlandığı görülmektedir³²⁶. Cezalandırıcı tazminatın bir nevi doğumuna sebebiyet veren bu dava grubu, doğal olarak kategori testinde de ilk yer verilen grup olmuştur. Bu kategoriye dahil bir olaydan bahsedebilmek için öncelikle baskıcı, keyfi veya anayasaya aykırı bir davranışın varlığı, ikinci olarak bu eylemi gerçekleştirenin kamu görevlisi statüsünde olması ve son olarak da bu davranış neticesinde bir zarar meydana gelmiş olması gerekmektedir. Aşağıda bu şartlar ayrı ayrı incelenecektir.

İlk şart olarak belirtilen baskıcı, keyfi veya anayasaya aykırı davranışlar açısından belirtilmesi gereken en önemli husus, bu davranış kalıplarının kümülatif olarak aranmadığıdır³²⁷. Bir diğer deyişle bu davranışlardan yalnızca birinin varlığı halinde dahi, cezalandırıcı tazminat gündeme gelebilecektir. *Holden v. Chief Constable of Lancashire*

³²⁵ Yuk. 1. Bölüm, §2, III, A.

³²⁶ Mörsdorf-Schulte 1999, s. 172; Riedel 2016, s. 10; Gülerüz/Zorluoğlu Yılmaz 2019, s. 331 vd.

³²⁷ Wilcox 2009, s. 9; Riedel 2016, s. 11

kararı, bu açıdan önemli bir kanıt olarak gösterilmektedir³²⁸. Söz konusu olayda, davacı geçerli bir hukuki sebep olmaksızın gözaltına alınmış ve yirmi dakika boyunca alıkonulmuştur. Bunun üzerine açtığı dava ile, polisten tazminat talebinde bulunmuştur. İlk derece yargılamasında, baskıcı nitelikte bir davranışın bulunmadığından bahisle, tazminat talebi reddedilmiştir. Ancak temyiz incelemesinde, sadece anayasaya aykırı şekilde gözaltı yapılmasının yeterli olduğu vurgulanmış, diğer davranış kalıplarının varlığına artık ihtiyaç bulunmadığı belirtilerek cezalandırıcı tazminat için gerekli koşulların oluştuğu yönünde görüş bildirilmiştir. *Rowlands v. Chief Constable of Merseyside Police* kararında da hukuki sebep olmaksızın gözaltına alma olgusunun tek başına, ilk kategorinin oluşumu için yeterli olduğu vurgulanmıştır³²⁹. Anayasaya aykırı davranışın tek başına yeterli görülmesi ve baskıcılık ya da keyfilik gibi unsurların ayrıca aranmaması, kolluk kuvvetlerinin haksız müdahale veya gözaltına alma gibi fiillerinin ilk kategori altında değerlendirilmesinin önünü açmıştır³³⁰.

İlk kategorinin oluşabilmesi için ikinci şart, eylemi gerçekleştiren kişinin kamu görevlisi statüsünde olmasıdır. Zira kamu görevlileri sadece devletin temsilcileri olmayıp, aynı zamanda halkın menfaatlerini korumakla görevli olan kişilerdir. Dolayısıyla sahip oldukları kamu gücünü, vatandaşları baskılamak gayesiyle değil, aksine vatandaşların özgürlüklerinin teminatı olmak amacıyla kullanmak durumundadırlar³³¹. Kamu görevlisi kavramı, geniş olarak yorumlanmakta ve gerek merkezi idarenin gerekse de yerel

³²⁸ Kararın kısa özeti için bkz. <https://swarb.co.uk/holden-v-chief-constable-of-lancashire-ca-1987/> (Erişim Tarihi: 09/01/2020).

³²⁹ Kararın tam metni için bkz. <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff7b660d03e7f57eb16cb> (Erişim Tarihi: 09/01/2020).

³³⁰ **Wilcox** 2009, s. 10; **Özden Merhacı** 2013, s. 101.

³³¹ **Mörsdorf-Schulte** 1999, s. 172; **Riedel** 2016, s. 10; *Rookes v. Barnard* [1964] A.C. 1129, 1226.

idarelerin görevlileri bu kapsamda değerlendirilmektedir³³². Önem arz eden yegane nokta, kamu gücünün bir temsilcisi olarak hareket etmektir³³³. Askerler veya cezaevlerindeki tıbbi personel de bu kapsamda değerlendirilmektedir. Ancak, kamu hizmeti veren özel şirketlerin temsilcileri, kamu gücü kullanan durumunda olmadıkları için, bu kategori kapsamında değerlendirilemeyecektir³³⁴. *Rookes v. Barnard* kararının temel amacının, cezalandırıcı tazminatı sınırlandırmak olduğu unutulmamalıdır. İlgili fiilleri işleyen kişilerin kamu görevlisi statüsünde olmadığı durumlarda, ilk kategorinin devreye girmesi ve cezalandırıcı tazminatın gündeme gelebilmesi mümkün olmayacaktır. Bu hallerde, diğer kategorilerdeki fiillerin varlığını araştırmak gerekecektir.

Üçüncü ve son şart, ilgili eylemlerden dolayı bir zararın meydana gelmiş olmasıdır. Esasında zarar şartı, haksız fiilin gerçekleşmesinin ön şartı olduğundan burada da doğal olarak gündeme gelmektedir. Kamu görevlilerinin baskıcı, keyfi ya da anayasaya aykırı fiillerinden ötürü maddi veya manevi bir zarar meydana gelmedikçe, ilk kategorinin devreye girebilmesi mümkün olmayacaktır³³⁵.

2. Zarar Veren, Zarar Görene Ödeyeceği Tazminatı Aşan Bir Fayda Elde Edeceğini Hesaplayarak Fiili İşlemesi

Rookes v. Barnard kararında belirtilen ikinci kategori, zarar verenin gerçekleştirdiği eylemden ötürü elde edilecek kazancın yüksekliğine güvenerek kayıtsızca davrandığı hallerdir. Zarar veren, esasında ekonomik bir değerlendirme yapmakta ve elde edeceği kazancın muhtemelen ödeyeceği tazminata göre daha fazla

³³² Wilcox 2009, s. 11.

³³³ Riedel 2016, s. 11.

³³⁴ Riedel 2016, s. 11; Özden Merhacı 2013, s. 103.

³³⁵ Wilcox 2009, s. 10; Özden Merhacı 2013, s. 103.

olmasından cesaret bularak haksız fiili gerçekleştirmektedir. Bu kategorinin öngörülmesindeki en temel motivasyon, kişilerin salt ekonomik kararlar vererek üçüncü kişilerin haklarına ölçüsüzce müdahale etmelerinin önüne geçmektir. “*Haksız fiil, zarar verenin yanına kar kalmaz (tort does not pay)*” anlayışı ve cezalandırıcı tazminatın içerdiği önleme işlevi de bu değerlendirmeyi bir nevi zorunlu hale getirmektedir³³⁶. Nitekim Lord Devlin de *Rookes v. Barnard* kararında “*Davalının, ihlalden elde edeceği kazancın, ödemeyi göze aldığı tazminatı muhtemelen aşacağını hesaplayarak davacının haklarını umursamazca görmezden gelmesi halinde, hukukun, hakların fütursuzca ihlal edilemeyeceğini göstermesi zorunludur.*”³³⁷ demek suretiyle, bu anlayışı oldukça etkili şekilde ifade etmiştir. Schubert ise bu haksız fiilleri, “*kazançlı haksız fiiller (lukratives Delikt)*” olarak isimlendirmeyi tercih etmiştir³³⁸. Bu kategoride en çok karşımıza çıkan olay grupları ise şeref ve haysiyetin ihlali (*defamation*) ve hukuka aykırı tahliye (*unlawful eviction*) davalarıdır³³⁹.

Şeref ve haysiyetin ihlali veya karalama davalarında zarar verenin ekonomik düşünme tarzı oldukça ön plandadır³⁴⁰. Zira burada, eyleminin hukuka aykırılığı bilmesine ya da en azından bilmesi gerekmesine rağmen kayıtsızca ve pervasızca karalama eylemini gerçekleştiren ve bunu yaparken elde edeceği kazancı düşünmekte

³³⁶ Riedel 2016, s. 12.

³³⁷ “*Where a defendant with a cynical disregard for a plaintiff's rights has calculated that the money to be made out of his wrongdoing will probably exceed the damages at risk, it is necessary for the law to show that it cannot be broken with impunity.*” Bkz. *Rookes v. Barnard* (1964) 1 All Er 367, s. 410 vd.

³³⁸ Schubert 2008, s. 140.

³³⁹ Wilcox 2009, s. 12; Riedel 2016, s. 13

³⁴⁰ Bu düşünce tarzının Alman Hukukuna yabancı olmadığı, Caroline I davasında ve GEMA davalarında benzer bir düşünceyle hüküm verildiği yönünde bkz. Schubert 2008, s. 141.

olan bir kişi mevcuttur. Davalının eyleminin niteliğini bildiğini yani bir diğer deyişle kasıtlı hareket ettiğini ispat etmek oldukça güç olduğundan, genelde tartışma konusu olan davalının kayıtsızca hareket ettiğinin ortada olduğu, ancak kastının ispatlanamadığı durumlarıdır³⁴¹. *John v. Mirror Group Newspaper Ltd.* ³⁴² davasında, bir tabloid gazetesi, ünlü sanatçı *Elton John* hakkında bir yazı yayınlamış ve sanatçının yaptığı diyetin *Bulimia*'ya³⁴³ yol ağtığını ve ölümcül nitelikte olduğunu iddia etmiştir. Davalı ise basın özgürlüğüne dayanarak, haber verme hakkını savunmuştur. Mahkeme, her ne kadar habercinin kasti bir eyleminden bahsedilemeyecekse de, şu şartların var olması sebebiyle kayıtsızca veya pervasızca bir eylemden, dolayısıyla da ikinci kategoriden bahsedilebileceğini belirtmiştir:

- Gazetenin haberin detaylarının araştırmasının bir zorunluluk olarak görölmesi.
- Elton John'un temsilcileriyle yapılan görüşmede iddiaların reddedilmesine ve bunun da çok yüksek ihtimalle iddiaların gerçeğe aykırı olduğu olduğunu göstermesine rağmen, gazetecinin yeterli araştırmayı yapmadığı.
- Haberin bir ivedilik taşımadığı ve bir iki hafta sonra da belirli doğrulama süreçlerinden sonra yayınlanmasının mümkün olduğu.

³⁴¹ **Wilcox** 2009, s. 12. Bu davalarda esasında basın özgürlüğü ile bireyin onuru arasında kalındığı ancak "bir kişi başka birinin saygınlığını kar için ticarileştiremez." anlayışı çerçevesinde bu davalarda cezalandırıcı tazminata yer verildiği yönünde bkz. **Riedel** 2016, s. 13.

³⁴² Kararın tam metni için bkz. <http://mavrkydefamationcaselaw.blogspot.com/2007/01/john-v-mgn-ltd.html> (Erişim Tarihi: 08/02/2020).

³⁴³ Aşırı yemek yemek ve ardından kusmak şeklinde tekrar eden yeme bozukluğu hastalığı.

- Toplumda oldukça geniş kitlelerce tanınan bilinen bir figüre ilişkin haber yapıldığı³⁴⁴.

Şeref ve haysiyetin ihlaline dayanan davalarda ikinci tartışma konusu ise davalının ekonomik gayesinin mahkemelerce ne şekilde ele alınacağı sorunudur. *Cassell&Co. Ltd. v. Broome*³⁴⁵ davasında mahkeme, bunun yalnızca matematiksel bir değerlendirme olmadığını belirtmiştir. Diğer bir deyişle, zarar veren, kazanç elde edeceği varsayımında hareket etmemiş olsa da diğer tarafın uğrayabileceği zararları hiçe sayarak hareket etmişse, artık cezalandırıcı tazminat gündeme gelebilecektir. Hatta zarar verenin, zarar görenin herhangi bir sebeple dava açamayacağını öngörerek hareket etmesi de bu kapsamdadır. Burada cezalandırılma elde edilen kazanca değil, davalının düşünce tarzına yönelmiştir. Dolayısıyla *Cassell&Co. Ltd. v. Broome* davasında mahkeme, kâr elde amacına yönelik denetimin, davalının eylemi gerçekleştirdiği esnadaki iradesine bakılarak *ex-ante* olarak yapılacağını öngörmüştür³⁴⁶.

İkinci kategori çerçevesindeki önemli dava gruplarından bir diğeri de hukuka aykırı tahliye davalarıdır. Bu davalarda kiraya verenler veya onların temsilcileri, kiracıları, bazen kendileri veya yakınlarının taşınmazı kullanabilmesi için bazen de daha yüksek bir kira geliri elde edebilme düşüncesi ile haksız olarak tahliye etmekte ve kiracı bunun karşılığında cezalandırıcı tazminat talep etmektedir. Cezalandırıcı tazminatın gündeme gelmesinin temel gerekçesi olarak ise bu tip davalarda genelde maddi zarar miktarının düşük olduğu ve salt maddi zararların tazmini sağlandığında, kiraya verenler

³⁴⁴ Wilcox 2009, s. 13; Riedel 2016, s. 14.

³⁴⁵ Kararın tam metni için bkz. <http://uniset.ca/other/rossminster/broome.html> (Erişim Tarihi: 08/02/2020).

³⁴⁶ Mörsdorf-Schulte 1999, s. 172.

açısından bir caydırıcılıktan bahsedilemeyeceği gösterilmektedir. *Drane v. Evangelou*³⁴⁷ ve *Reid and Reid v. Andreou*³⁴⁸ gibi kamuoyuna da yansıyan meşhur davalarda, kiraya verenler, kendi yakınlarının taşınmazı kullanmasını istemekte ve bu sebeple kiracıları haksız olarak tahliye etmektedir. *Guppy v. Brookling and James*³⁴⁹, *McMillan v. Singh*³⁵⁰ ve *Daley v. Mahmood*³⁵¹ gibi davalarda ise, kiraya verenin temel motivasyonu, kiracıyı tahliye edip daha yüksek bir fiyatla taşınmazı kiraya vermektir³⁵². Mahkemeler ise bu tür durumlarda cezalandırıcı tazminata hükmederek, bu beklentileri boşa çıkarmak ve benzeri davranışları önlemeyi amaçlamıştır. *Collier v. Burke*³⁵³ davasında ise kiracı tamirat gerekçesiyle başka bir odaya geçici olarak taşınmış, ancak sonradan tamirat sona ermesine rağmen odasına dönmesine izin verilmemiştir. Burada gerçek anlamda bir tahliye bulunmasa dahi, kiracının kendi odasına dönmesine izin verilmemesi, cezalandırıcı tazminat ile sonuçlanmıştır³⁵⁴. *Sampson and Another v. Wilson and Others*³⁵⁵ ve *Daley&Another v. Ramdath*³⁵⁶ davalarında, kiraya verenin ifa

³⁴⁷ Kararın kapsamlı bir özeti için bkz. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/j.1468-2230.1979.tb01531.x> (Erişim Tarihi: 08/02/2020).

³⁴⁸ *Reid and Reid v. Andreou* (1987), Current Law Yearbook, 2250.

³⁴⁹ *Guppy (Bridgeport) v. Brookling and James* (1983), 14 Housing Law Reports, 120.

³⁵⁰ *McMillan v. Singh* (1985), 17 Housing Law Reports, 120.

³⁵¹ *Daley v. Mahmood* (2006), Property&Compensation Reports 1, DG 10.

³⁵² **Wilcox** 2009, s. 15; **Özden Merhacı** 2013, s. 106.

³⁵³ *Collier v. Burke* (1987), Current Law Yearbook, 1143.

³⁵⁴ Belirtmek gerekir ki bu dava grubunda bahsi geçen olay gruplarının hepsi TBK md. 347 vd. hükümlerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

³⁵⁵ *Sampson and Another v. Wilson and Others* (1994), 26 Housing Law Reports, 486.

³⁵⁶ *Daley&Another v. Ramdath* (1993), 25 Housing Law Reports, 273.

yardımcılarının ve temsilcilerinin fiillerinin de cezalandırıcı tazminata yol açabileceği öngörülmüştür.

3. Kanunla Kabul Edilen Diğer Haller

Rookes v. Barnard kararında belirtilen üçüncü kategori, kanuni düzenlemelerin açıkça cezalandırıcı tazminat öngördüğü halleri kapsamaktadır. İngiliz Hukukunda çeşitli pozitif düzenlemelerde, zarar verenin davranışı, cezalandırıcı tazminat yaptırımına bağlanmıştır. Ancak Amerikan Hukukuyla benzer şekilde, İngiliz Hukukunda da cezalandırıcı tazminatı sınırlama gayesi giderek ağır bastığından, cezalandırıcı tazminata yer verilen kanuni düzenleme sayısı oldukça azdır³⁵⁷. Hatta *Rookes v. Barnard* kararından beri hiçbir pozitif düzenlemede, açıkça cezalandırıcı tazminata yer verilmemiştir³⁵⁸. 2007 yılında bir komisyon tarafından hazırlanan *Tazminat Hukuku- Değerlendirme Raporu'nda*³⁵⁹ cezalandırıcı tazminatın melez yapısının üzerinde durulmuş, özel hukuk ve ceza hukuku arasındaki ilişkinin karmaşıklaştığı vurgulanmış ve bu sebeple cezalandırıcı tazminat düzenlemelerinden mümkün mertebe kaçınılması gerektiği ifade edilmiştir. Bu sebeple üçüncü kategori kapsamındaki olaylarla, nadiren karşılaşıldığı ifade edilmektedir³⁶⁰.

³⁵⁷ Riedel 2016, s. 18.

³⁵⁸ Özden Merhacı 2013, s. 107.

³⁵⁹ Department of Constitutional Affairs, The Law on Damages- Consultation Paper, CP 9/07,04.05.2007.

Kararın çevrimiçi tam metni için bkz. <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.dca.gov.uk/consult/damages/cp0907.pdf> (Erişim Tarihi: 09/02/2020).

³⁶⁰ Schubert 2008, s. 140.

1951 tarihli İhtiyat ve Yardımcı Kuvvetler (Özel Menfaatleri Koruma) Kanunu³⁶¹ md. 13 (2), cezalandırıcı tazminatın açıkça düzenlendiği bir hüküm olarak göze çarpmaktadır. Bu hükme göre silahlı kuvvetlere asker olarak hizmet etmiş kişilere karşı açılacak bazı davalar, izne tabi kılınmıştır. İzin koşuluna uyulmaksızın kısıtlamaya gidilmesi halinde, cezalandırıcı tazminat gündeme gelebilecektir. Bu sebeple, ilgili hüküm bir “*anomali*” olarak değerlendirilmiş ve buradaki cezalandırıcı tazminatın, ağırlaştırılmış tazminat³⁶² olarak değiştirilmesi gerektiği vurgulanmıştır³⁶³.

1988 tarihli Telif Hakkı, Tasarım ve Patent Kanunu md. 97 (2) ve 1977 tarihli Patent Kanunu md. 12 (4)de “*ek tazminatlar (additional damages)*” adı altında cezalandırıcı tazminatın düzenlendiği belirtilmektedir. Ancak hükümdeki ifadeler de eleştirilmekte ve buradaki ek tazminat ifadesinin ağırlaştırılmış tazminat olarak değiştirilmesi veya anlaşılması gerektiği üzerinde durulmaktadır.

C. İngiliz Hukukunda Dava Sebebi Testi (Cause of Action) ile Getirilen Sınırlamalar

Rookes v. Barnard kararı sonrası cezalandırıcı tazminatı sınırlamak yönündeki eğilim oldukça hız kazanmış ve bu tazminata hükmedilebilmesi için iki aşamalı bir test mahkemeler tarafından uygulanmaya başlanmıştır. Buna göre; bir fiilin cezalandırıcı tazminata yol açabilmesi için öncelikle *Rookes v. Barnard* kararında sayılan kategorilerden birine dahil olması gerekmekte (*kategori testi*), buna ek olarak ise fiilin

³⁶¹ *Reserve and Auxiliary Forces (Protection of Civil Interests) Act.*

³⁶² Yuk. dn. 147.

³⁶³ **Wilcox** 2009, s. 17; **Özden Merhacı** 2013, s. 108.

Rookes v. Barnard kararının verildiği yıl olan 1964 yılından önce cezalandırıcı tazminata tabi tutulmuş bir haksız fiil olması (*dava sebebi testi*) aranmaktadır³⁶⁴.

Dava sebebi testinin kökeni *Cassell & Co v. Broome* kararında olsa da, bu testin ilk defa açıkça öngörüldüğü karar, *AB v. South West Water Services Ltd*³⁶⁵ kararıdır. Bu kararda da vurgulandığı üzere, cezalandırıcı tazminat yalnızca, kötüniyetli soruşturma, hukuka aykırı gözaltına alma veya tutuklama, bedensel bütünlüğe saldırı, şeref ve haysiyetin ihlali, araziye veya mallara haksız müdahale, fuzuli işgal, haksız rekabet gibi 1964 öncesi cezalandırıcı tazminata hükmedilen durumlarda gündeme gelebilecektir. *AB v. South West Water Services Ltd* kararında mahkeme, yukarıda belirtilen fiillerden biri olmadığını gerekçe göstermek suretiyle, su kaynaklarının kirletilmesinin, cezalandırıcı tazminata yol açamayacağına hükmetmiştir.

Bir süre için uygulanan ve çokça eleştirilen dava sebebi testi, 2002 yılında verilen *Kuddus v. Chief Constable of Leicester Constabulary*³⁶⁶ kararı ile terkedilmiştir. Mahkeme, *Common Law*'ın en önemli özelliklerinin birinin esneklik olduğunu vurgulamış ve 1964 yılından önce yaşanmayan yeni haksız fiil tiplerine de cezalandırıcı tazminat sonucunun bağlanabileceğine hükmetmiştir³⁶⁷. Somut olayda, görevi kötüye kullanan kamu görevlisine karşı, cezalandırıcı tazminata hükmedilmiştir. *Tazminat Hukuku- Değerlendirme Raporu*'nda da söz konusu karar övülmekte ve “*taleplerin keyfi kısıtlanmasını kaldırmak suretiyle mantıklı bir değişiklik*” yapıldığının üzerinde

³⁶⁴ Wilcox 2009, s. 19.

³⁶⁵ *AB v. South West Water Services Ltd* (1993), QB, 507.

³⁶⁶ *Kuddus v. Chief Constable of Leicester Constabulary* (2002), 2AC, 122.

³⁶⁷ Benzer bir yaklaşımın 1997 tarihli Ağırlaştırılmış, Cezalandırıcı ve Telafi Edici Tazminatlara ilişkin Hukuk Komisyonu raporunda da benimsediğine ilişkin olarak bkz. Schubert 2008, s. 141.

durulmaktadır³⁶⁸. Kategori testi ile getirilen sınırlamalar ise uygulanmaya devam edecektir.

D. Amerikan Hukukunda Cezalandırıcı Tazminata Konu Oluşturan Dava Grupları

Amerikan Hukukunda *Rookes v. Barnard* kararına benzer şekilde bir kategori sınırlaması öngören bir karar bulunmamaktadır. Bu sebeple de birçok farklı dava grubunda cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmektedir³⁶⁹. 1872 tarihli *Fay v. Parker* kararı ise öngördüğü sınırlamalar bakımından önem arz etmektedir. Zira bu kararda cezalandırıcı tazminat adeta manevi tazminatla aynı işlevi gösteren bir kurum olarak ele alınmaktadır. Bu da halihazırda manevi tazminatin gündeme geldiği hallerde, cezalandırıcı tazminatin sınırlanması gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır. Her ne kadar sonraki yıllarda yeterince destek bulmasa da günümüzde Amerikan Hukukunda da ağırlık kazanan sınırlama çabalarının temeli bu kararda yatmaktadır³⁷⁰.

Kural olarak haksız fiillerde cezalandırıcı tazminat gündeme gelebilmesine rağmen, istisnai hallerde sözleşmeye aykırılığa dahi cezalandırıcı tazminat sonucu bağlanabilmektedir. Sözleşmeye aykırılık halinde cezalandırıcı tazminatin üzerinde bir başka başlıkta durulacağı için burada sadece bazı haksız fiil grupları belirtilmekle yetinilecektir.

Amerikan Hukukunda cezalandırıcı tazminatin en çok karşımıza çıktığı dava grupları, bedensel bütünlüğe müdahale veya müdahale tehdidi, hareket özgürlüğünü

³⁶⁸ Department of Constitutional Affairs, The Law on Damages- Consultation Paper, CP 9/07, s. 78.

³⁶⁹ Açıkça bir kategori testi öngörülmemiş olmasına rağmen, *Rookes v. Barnard* kararının Amerikan Mahkemelerini de etkilediği yönünde bkz. **Mörsdorf-Schulte** 1999, s. 166-167.

³⁷⁰ **Mörsdorf-Schulte** 1999, s. 175.

sınırlama, kötüniyetli soruşturma, ürün sorumluluğu, ruhsal huzuru kasten bozma, şeref ve haysiyetin ihlali, özel hayatın gizliliğini ihlal, yanıltıcı bilgi verme, cinsel taciz, tehlikeli atık bulundurma gibi davalarda gündeme gelmektedir³⁷¹.

III. Failin Cezalandırıcı Tazminat Gerektiren Bir Kusurunun Bulunması

A. Genel Olarak

Cezalandırıcı tazminatın varlığı için, zarar verenin davranışının manevi açıdan da belirli bir ağırlıkta olması gerekmektedir. Zarar veren kişi, bilinçli olarak bir ihlali sebebiyet vermelidir³⁷². Kusurun tespiti için aranan esaslar ve derecelendirilmesi eyaletten eyalete farklılık arz etse de³⁷³, cezalandırıcı tazminat için ağır bir eylemin varlığı, cezalandırıcı tazminatın kabul edildiği bütün eyaletlerde ortak bir kriterdir³⁷⁴. Kusuru tanımlarken, “*pervasızca (recklessness)*”³⁷⁵, “*lakayitça (wantonness)*”, “*hakaretimiz (insult)*”, “*sahtekarca (fraud)*”, “*fesatlık amaçlayarak (malice)*” ve “*hakları bilerek hiçe saymak suretiyle (deliberate disregard of rights)*” gibi davranış kalıplarının varlığı aranmaktadır. Bütün bu kalıplar, fiilin zarar veren kişiye isnat edilebilir nitelikte olmasını ve başka kişilerin haklarına ilişkin bilinçli bir kayıtsızlığı gerektirmektedir. Kıta Avrupası Hukuku ile *Common Law* hukuk sistemleri, kusur kavramı açısından her noktada birbirleriyle örtüşmüyor olsa da benzerliklerin farklılıklara nazaran daha fazla olduğu rahatça söylenebilir. Bu açıdan bakıldığında, Kıta Avrupası

³⁷¹ Bu dava tiplerine ilişkin kapsamlı açıklamalar için bkz. **Gül** 2015, s. 214.

³⁷² **Lenz** 1992, s. 39.

³⁷³ Bu durumun davacıları, kusurun ispatı açısından en rahat olabilecekleri eyalette dava açmaya ittiği (*forum shopping*) ifade edilmektedir. Bkz. **Lenz** 1992, s. 39.

³⁷⁴ **Sales/Cole** 1984, s. 1130 vd.; **Sebok** 2009, s. 181.

³⁷⁵ “*Recklessness*” kavramının olası kast veya bilinçli taksir olarak anlaşılması gerektiği yönünde bkz.

İstemi 2011, s. 2696; **Özden Merhacı** 2013, s. 140 dn. 441.

hukuk terminolojisiyle en azından ağır kusur içeren bir fiilin gerekli olduğunu söylemek doğru olacaktır³⁷⁶.

Cezalandırıcı tazminattan söz edilebilmesi için, zarar veren ya kasıtle ve kinle hareket etmeli ya da diğer kişilerin haklarına karşı sorumsuzca ve kayıtsız bir tavır içinde bulunmalıdır³⁷⁷. Söz konusu durum *Restatement (Second) of Torts*'un Art. 908'in gerekçesinde de belirtilmektedir³⁷⁸. Dolayısıyla temelde cezalandırıcı tazminata sebebiyet veren iki ayrı kusur türü bulunmaktadır. Bunlar kasıt ve ağır kusur halleridir. Kasıt halinde, zaten diğer tarafa zarar verme niyeti açıktır ve eylemi gerçekleştiren kişi de gerçekleştirdiği eylemin tam olarak bilincindedir. Ağır kusur hallerinde ise eylemin sonuçları üzerinde kasıttaki kadar bir bilinç sahibi olmak söz konusu değilse de, diğer tarafa ilişkin kayıtsızca bir tavır söz konusudur.

Ana kural kast veya ağır kusur şeklinde vuku bulan bir kusurun bulunması olsa da bazı istisnai hallerde hafif kusurlu hatta kusursuz durumda olan kişilerin de cezalandırıcı tazminatın muhatabı olabilmesi mümkündür³⁷⁹. Belirtmek gerekir ki hafif kusurlu veya kusursuz kişilerin cezalandırıcı tazminattan sorumlu olabilmeleri, söz konusu kurumun temel özelliklerine aykırılık teşkil etmektedir. Zira bu hallerde, zarar verenin ağır bir eyleminden bahsetmek pek de mümkün değildir. Bu istisnaların tanınması, birtakım özel gerekçelere dayanmaktadır. Aşağıda sırasıyla farklı kusur derecelerinin etkisi irdelenecektir.

³⁷⁶ Lenz 1992, s. 39; Müller 2000, s. 9; Gül 2015, s. 243; İstemi 2011, s. 2696.

³⁷⁷ Özden Merhacı 2013, s. 133.

³⁷⁸ Restatement (Second) of Torts Art. 908 Comment b.

³⁷⁹ Aksi yönde bkz. Brockmeier 1999, s. 6.

B. Failin Kastının Var Olduğu Durumlar

Zarar verenin cezalandırıcı tazminata sebebiyet veren fiili bilerek ve isteyerek işlediği hallerde, kasıtlı bir ihlal bulunmaktadır. Tarihsel süreçte cezalandırıcı tazminat kurumunun doğuşu, kasıtlı fiillerin söz konusu olduğu olaylarla başlamıştır. Yirminci yüzyıla kadar geçen süreçte, cezalandırıcı tazminat daha çok kasıt hallerinde tartışma konusu olmuştur. Hatta Amerikan Yüksek Mahkemesi eski tarihli bir kararında ibret verici tazminatın, haksız fiilin canavarca hisle, gerçek bir kin veya kasıtlı bir şiddetle ve zulmedici şekilde işlenmesi halinde gündeme geleceğini açıkça vurgulamıştır³⁸⁰.

Owen, konuya ilişkin bir çalışmada kusur hallerini üç başlık altında incelemiştir³⁸¹. Bunlardan ilki kasıtlı veya kötüniyetli bir eylemin, herhangi bir gerekçe olmaksızın gerçekleştirildiği hallerdir. Burada zarar veren, herhangi bir gerekçesi olmadığını ve eyleminin zarar verici niteliğini bilmekte, ancak yine de gerçekleştirmektedir. Yazar bu hallere örnek olarak, sesinden rahatsız olduğu bir diğer sporcuya yumruk atan sporcuyu, salt finansal getirisi için gerekli olmayan bir tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren doktoru, sırf satışları yükseltmek için ilacın herhangi bir yan etkisi olmadığı yönünde reklam yapan ilaç satıcısını göstermektedir³⁸². Bu gruba giren eylemlerin varlığı halinde, cezalandırıcı tazminat, başkaca çok da bir değerlendirmeye gerek duyulmadan, kabul edilecektir. İkinci grup eylemler, değerlendirici (*evaluative*) veya yansıtıcı (*reflective*) bir davranışın gerçekleştirildiği hallerdir. Bu haller çoğunlukla kasti bir eylemi gerektirse de bazen yeterli araştırma yapılmadan bu eylemlerin

³⁸⁰ *Scott v. Donald*, 165 U.S. 58 (1897). Kararın çevrim içi metni için bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/165/58/> (Erişim Tarihi: 24/07/2019). “....where a tort is aggravated by evil motive, actual malice, deliberate violence, or oppression”.

³⁸¹ Owen 1982, s. 106; Lenz 1992, s. 41.

³⁸² Owen 1982, s. 106.

gerçekleştirilmesi ağır kusur da teşkil edebilmektedir³⁸³. Kişilerin eylemlerinin zarar verici niteliğini bildikleri ya da en azından bilmelerinin beklendiği, ancak zarar verenlerin kendilerine sağlayacakları getiriye düşünerek yine de gerçekleştirdiği eylemler, bu kapsamdadır³⁸⁴. İlk grup ile ikinci grup arasındaki temel farklılık, eylemin altında bir sebebin yatıp yatmamasıdır. Üçüncü grup ise dikkatsizlikle gerçekleştirilen eylemler olup ağır kusur başlığı altında değerlendirilmektedir..

Kasıtlı bir eylemin cezalandırıcı tazminata yol açabilmesi için aynı zamanda kötülük etme amacını (*malicious conduct*) da içermesi gerekmektedir³⁸⁵. Zira her kasıtlı eylem otomatik olarak cezalandırıcı tazminat sonucunu doğurmayacaktır. Cezalandırıcı tazminat için zarar verenin bir fesatlık amaçlayarak ve kötüniyetle harekete geçmiş olması gerekmektedir. *Coty v. Ramsey Assoc. Inc.* davasında mahkeme, cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için davacının “*gerçek bir kötülük maksadıyla (actual malice)*” hareket etmesi gerektiğini belirtmektedir³⁸⁶.

C. Failin Olası Kastının veya Bilinçli Taksirinin Bulunduğu Durumlar

Common Law hukuk siteminde cezalandırıcı tazminatın doğmasına sebebiyet veren kusur açısından belirtilen bir diğer grup ise, kaba, acımasız ve umursamaz davranışlardır (*wanton or reckless conduct*). Bu davranış grubu kasıt ile ihmal arasında bir noktada konumlandırılmakta ve bazı yazarlarca “*kast benzeri (quasi-intent)*” olarak da isimlendirilmektedir³⁸⁷. Amerikan Hukuku’nda bu eylemleri ifade etmek için “*kaba*

³⁸³ Owen 1982, s. 107.

³⁸⁴ Lenz 1992, s. 41.

³⁸⁵ Brockmeier 1999, s. 5; Müller 2000, s. 9; Özden Merhacı 2013, s. 137.

³⁸⁶ *Coty v. Ramsey Associates Inc. 149 Vt 451 (1988)*. Kararın çevrim içi metni için bkz. <https://casetext.com/case/coty-v-ramsey-assoc-inc> (Erişim Tarihi: 25/07/2019).

³⁸⁷ Lenz 1992, s. 42.

ve acımasızca (*wantonness, mutwillig*) veya “umursamazca (*reckless, leichtfertig*)” gibi kavramlar kullanılmaktaysa da, bunlar arasında bir ayrım yapılmamaktadır³⁸⁸. Bu kavramların birbirinin eş anlamlısı olarak kullanılması çeşitli eleştirilere de sebebiyet vermektedir³⁸⁹. Ayrıca bu kavramların birbirine olan yakınlığının jürilerin de işini oldukça zorlaştırdığı vurgulanmaktadır³⁹⁰.

Zarar verenin bir davranışı, zarar verme riskinin yüksek olduğunu bilmesine rağmen sorumsuzca gerçekleştirdiği ve davranışının sonuçlarını bilinçli olarak önemsemediği durumlarda, olası kast veya bilinçli taksir oluşacak ve cezalandırıcı tazminat gündeme gelebilecektir. Esasında bu haller çoğunlukla kasta yakın olmakla beraber, zarar verenin kastını ispat etmekteki güçlükler, pratik bir kolaylık olarak ara bir kategorinin varlığını zorunlu kılmıştır³⁹¹. Sorumsuzca davranışlar, “*sorumsuzca hiçe sayma (reckless disregard)*” olarak gerçekleşebileceği gibi, “*kasıtlı kayıtsızlık (deliberate indifference)*” şeklinde karşımıza çıkabilmektedir³⁹². Sorumsuzca hiçe sayma halinde, kişi normal bir insanın fark edebileceği birtakım önemli risklere dikkat etmeksizin, makul olmayan bir davranışta bulunmakta ve zarara yol açmaktadır. Bu sebeple bu duruma “*örtülü kötüniyet (implied malice)*” de denilmektedir³⁹³. Esasında sorumsuzca hiçe saymanın tespitinde “*Hand*” formülü de önemli bir araç teşkil etmektedir. Bu formül, bir riski önleme maliyetleri ile muhtemel zararlar ve riskin

³⁸⁸ Lenz 1992, s. 42.

³⁸⁹ Sales/Cole 1984, s. 1137.

³⁹⁰ Lenz 1992, s. 43.

³⁹¹ Lenz 1992, s. 43.

³⁹² Sebok 2009, s. 181.

³⁹³ Sebok 2009, s. 182.

gerçekleşme olasılığı arasında bir değerlendirme yapmayı gerektirmektedir³⁹⁴. Zararın doğma ihtimali ile zararın miktarının çarpımının, riski önleme maliyetine nazaran açıkça daha yüksek olduğu durumlarda, zarar verenin sorumsuzca bir davranışından bahsetmek mümkün olacaktır. Zira bu durumda, zarar veren sırf önleme maliyetlerine katlanmadığı için, bu maliyetlere nazaran çok daha büyük bir riskin gerçekleşmesine sebebiyet verme durumu söz konusudur.

Kasıtlı kayıtsızlık hali ise, ilk bakışta kast ile benzerlik gösterse de eylemin sonuçlarına ilişkin isteklilik açısından kasıttan ayrılmaktadır³⁹⁵. Bu ihtimalde zarar veren kişi, zararın meydana gelme olasılığının yüksekliğinden haberdar olmakla birlikte, sonucun gerçekleşmesi hususunda istekli değildir. Ancak sonucun gerçekleşmesi ihtimaline kayıtsız kalarak, eylemi yine de gerçekleştirmektedir.

Sorumsuzca davranışla zarar verme eylemine günümüzde en önemli örneklerden biri yasal sınırların izin verdiği kadar daha fazla alkolle araç kullanma vakalarıdır³⁹⁶. Bu örneklerde, sürücü bilinçli olarak alkol veya uyuşturucu madde kullanmakta ve ardından araç kullanırken üçüncü şahısların zarara uğramasına yol açmaktadır. Bazı davalılarca, ayırt etme gücü olmadığı ve bu sebeple bir riski göze almanın söz konusu olmayacağı iddia edilse de mahkemeler, alkol veya uyuşturucu madde kullanma yönündeki bilinçli kararın, buna bağlı riskleri de kapsadığını belirterek bu iddiaları reddetmektedir³⁹⁷. Hatta *Ingram v. Pettit* kararında Florida Yüksek Mahkemesi, alkol miktarı sürüşü açısından bir

³⁹⁴ Sanlı 2007, s. 207; Özden Merhacı 2013, s. 140.

³⁹⁵ Sebok 2009, s. 183.

³⁹⁶ Sebok 2009, s. 183; Özden Merhacı 2013, s. 141.

³⁹⁷ Sebok 2009, s. 183.

etki yaratmasa dahi, alkollü sürücülerin cezalandırıcı tazminata mahkum edilebileceğini belirtmiştir³⁹⁸.

Kıta Avrupası Hukuku açısından bu kavramlar değerlendirildiğinde, sorumsuzca hiçe sayma kavramının bilinçli taksirle, kasıtlı kayıtsızlık kavramı ise olası kast ile fonksiyonel benzerlik göstermektedir³⁹⁹. Görüldüğü üzere olası kast veya bilinçli taksir içeren eylemlerin, cezalandırıcı tazminata yol açması mümkündür. Yine de olası kast ve bilinçli taksir gibi kavramların *Common Law* sisteminde mevcut olmadığını belirtmek gerekir. Ancak sorumluluğu kurma işlevi açısından, buradaki tespitin pratik açıdan bir önemi bulunmamaktadır. Zira kusur belirli bir ağırlığa ulaştıktan ve cezalandırıcı tazminat yolu açıldıktan sonra, jüri miktarı belirleme konusunda oldukça geniş bir takdir yetkisine sahiptir.

D. Failin Ağır Kusurunun Var Olduğu Durumlar

Cezalandırıcı tazminatın ilk aşamalarında kabul edilmese de, yirminci yüzyıla beraber ağır kusur ile işlenen bazı fiillerin de cezalandırıcı tazminata sebebiyet verebileceği fikri kısmen kabul görmüştür. Ancak bu kabulün etkilerinin sınırlı olduğunu önemle belirtmek gerekir. Zira ABD Hukuku'nda sadece altı eyalet ağır kusurun ispatını yeterli görmekte ve kastın ispatını aramamaktadır⁴⁰⁰. Diğer eyaletlerde ise sadece ağır kusur yeterli görülmemekte, davranışın hukuk düzenine karşı düşmanca bir tavır ya da

³⁹⁸ *Ingram v. Pettit* 340 So 2d. 922 (1976). Kararın çevrim içi metni için bkz. <https://law.justia.com/cases/florida/supreme-court/1976/46679-0.html> (Erişim Tarihi: 25/07/2019).

³⁹⁹ Olası kast ile kasıt arasında değerlendiren bir görüş için bkz. *Lenz* 1992, s. 42 dn. 20.

⁴⁰⁰ *Brockmeier* 1999, s. 6; *Lenz* 1992, s. 44; *Sales/Cole* 1984, s. 1138.

üçüncü kişilerin güvenliği bilinçli olarak tehlikeye atmayı içermesi gerekmektedir⁴⁰¹. İngiliz Hukuku açısından ise *Rooges v. Barnard* kararında üzerinde durulan şartlardan biri de kasıtlı ya da en azından ağır kusurlu işlenen bir fiilin bulunmasıdır⁴⁰².

Common Law hukuk sistemi açısından ağır kusurla işlenen fiiller ile olası kast veya bilinçli taksirle işlenen fiiller arasında bir ayrım pek de kolay görünmemektedir. Zira bu hukuk sisteminde, Kıta Avrupası Hukuku'nda yer alan kusur sınıflandırmalarına rastlanmamaktadır. Dolayısıyla cezalandırıcı tazminat gerektiren bir kusurun var olup olmadığını tespit ederken de eylemin manevi unsurunun izahında daha çok belirli kötücül amaçlar üzerinden tanımlamalar yapılmakta ve kusurun türüne ilişkin bir değerlendirmeye yer verilmemektedir⁴⁰³. Ağır kusurun var olduğu her durumda cezalandırıcı tazminatın gündeme gelmesi söz konusu değildir. Ağır kusurlu eylemin hangi amaçlarla gerçekleştirildiği önem taşımaktadır⁴⁰⁴.

ABD Hukuku'nda ağır ihmalin yeterli olup olmayacağına ilişkin farklı mahkeme kararlarının bulunduğu belirtilmektedir. Buna göre bazı mahkemeler ağır ihmali yeterli görürken, bazı mahkemeler ise ek unsurların da varlığını aramaktadır⁴⁰⁵. Ancak ilk bakışta farklı gibi görünen bu kararlar incelendiğinde, esasında çok da farklı yaklaşımların söz konusu olmadığı görülebilecektir. Daha doğru ifade etmek gerekirse, bir Kıta Avrupası Hukukçusu açısından bu iki yaklaşım da aynı sonuca işaret etmektedir.

⁴⁰¹ Belirtmek gerekir ki bu eylemler Kıta Avrupası Hukuku açısından ağır kusurdan daha fazlasını ifade etmektedir. Zira hukuk düzenine karşı düşmanca bir tavır veya başka kişilerin güvenliğine yönelik kayıtsızlık genelde olası kast veya bilinçli taksirin gündeme gelmesiyle neticelenecektir.

⁴⁰² **Riedel** 2016, s. 13.

⁴⁰³ **Lenz** 1992, s. 44.

⁴⁰⁴ **Özden Merhacı** 2013, s. 144.

⁴⁰⁵ Bkz. **Özden Merhacı** 2013, s. 144-145'de yer alan kararlar.

Ağır kusur, ancak eylemden elde edilecek menfaate ilişkin acımasız ve kötücül bir değerlendirme yapılmış olması ve eylemin bu amaçla işlenmiş olması halinde gündeme gelebilecektir. Nitekim ağır kusuru tek başına yeterli gören mahkeme kararlarında da, kasıtlı bir aldırılmazlık veya başkalarının güvenliğini hiçe sayma, kötünîyetle hareket gibi unsurlara yer verildiği görülmektedir. Bu durumlar Kıta Avrupası Hukuku'nda bilinçli taksir veya olası kast başlığı altında değerlendirilecektir. Kanaatimizce de ancak özel birtakım kötücül amaçların varlığı halinde cezalandırıcı tazminat gündeme gelebilecek, salt ağır kusurlu bir fiilin varlığı cezalandırıcı tazminata yol açmayacaktır⁴⁰⁶.

E. Failin Hafif Kusurunun Var Olduğu Durumlar

Failin hafif kusurlu davranışının cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için yeterli olmadığı, doktrinde neredeyse tartışmasız olarak kabul edilmektedir⁴⁰⁷. Sadece dikkatsizlik, hata veya karar verirken öngörülemeyen bir hata, cezalandırıcı tazminat gibi ağır sonuçlar için yeterli olmayacaktır. Aynı zamanda ABD Hukuku açısından *Restatement (Second) of Torts* §908, hafif kusur hallerinde cezalandırıcı tazminatın gündeme gelemeyeceğini belirtmiştir⁴⁰⁸.

F. Ana Kuralın İstisnası Olarak Kusursuz Sorumluluk Hallerinde Cezalandırıcı Tazminat

1. Genel Olarak

Cezalandırıcı tazminatın temelinde, failin sorumsuzca fiillerinin yatması, failin kusursuz olduğu hallerde kural olarak cezalandırıcı tazminatın mümkün olmamasını da beraberinde getirmektedir. Cezalandırıcı tazminatın temel işlevi cezalandırmak ve

⁴⁰⁶ Benzer yönde bkz. **Lenz** 1992, s. 45.

⁴⁰⁷ **Lenz** 1992, s. 44; **Ellis Jr.** 1982, s. 36; **Brockmeier** 1999, s. 6.

⁴⁰⁸ **Özden Merhacı** 2013, s. 144.

önlemek olduğundan, zaten herhangi bir kusuru olmayan failin, bu işlevleri sağlamak amacıyla zararı aşacak bir miktarı ödemeye mecbur bırakılmasının da bir mantığının bulunmadığı söylenebilecektir. Nitekim 1950'lerin sonuna kadar da, failin kusursuz olduğu durumlarda cezalandırıcı tazminat hükmedilmemiş ve sadece telafi edici tazminatlarla yetinilmiştir. Ancak gerek teknolojik gelişmelerin yoğunluğu gerekse de ürün sorumluluğu kavramının giderek önem kazanması sonucunda kusursuz sorumluluk hallerinde de cezalandırıcı tazminata hükmedilmesinin önü açılmıştır⁴⁰⁹.

Adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğu ve ürün sorumluluğu davaları, kusursuz sorumluluk hali olarak kabul görmelerine rağmen, cezalandırıcı tazminatın gündeme gelebildiği dava türleri olarak ön plana çıkmaktadır⁴¹⁰. Birçok eyalette, çalışanın fiilinin cezalandırıcı tazminata sebebiyet verecek nitelikte olması, adam çalıştırmanın da aynı sorumluluğa tabi tutulabilmesi için yeterli görülmüştür. Bazı eyaletlerde ise adam çalıştırmanın en azından zımni olarak çalışanın eylemine destek ve onay vermesi aranmaktadır. Ürün sorumluluğu hallerinde ise “sebebiyet verme olgusu”⁴¹¹ üzerinden sorumluluk tanımlanmakta ve üretici herhangi bir kusuru olmasa bile ayıplı ürün sebebiyle sorumlu tutulabilmektedir. Ürünün yarattığı tehlikenin yüksekliği, bazı durumlarda cezalandırıcı tazminatın dahi gündeme gelebilmesini sağlamaktadır.

⁴⁰⁹ **Sebok** 2009, s. 365; **Gül** 2015, s. 196.

⁴¹⁰ **Lenz** 1992, s. 45-46.

⁴¹¹ Salt sebebiyet verme üzerinden kurulan bu sorumluluk ilişkisi, “*rein kausalhaftung*” olarak belirtilmekte ve sebep sorumluluğu olarak görülmektedir. Bkz. **Lenz** 1992, s. 46.

2. Adam Çalıştırmanın Kusursuz Sorumluluğunda Cezalandırıcı Tazminat

Adam çalıştırmanın, çalıştırdığı şahısların fiillerinden ötürü sorumluluğu, aynen Türk Hukuku'nda olduğu gibi, *Common Law* sisteminde de kusursuz sorumluluk hali olarak görülmektedir. Bir nevi nimet-külfet ilişkisi çerçevesinde, çalışanın fiillerinden yarar elde etmekte olan adam çalıştırıcı, söz konusu faaliyetin risklerinden de sorumlu tutulmakta ve bu kapsamda kendisinin herhangi bir kusuru olmasa bile çalışanın ortaya çıkardığı zararlara katlanmak zorunda kalmaktadır.

Adam çalıştırıcının sorumluluğu, tek başına cezalandırıcı tazminatı doğurmak için yeterli ağırlıkta bir fiile yol açmayacaktır. Bu sorumluluk açısından ana kural, cezalandırıcı tazminatın gündeme gelmemesi yönündedir. Fakat gelişim süreci içerisinde sorumluluk hukukunun geldiği son noktada, istisnai bazı şartların gerçekleşmesi halinde bu kusursuz sorumluluk halinde de cezalandırıcı tazminatın talep edilmesinin önü açılmıştır⁴¹². Cezalandırıcı tazminatın gündeme gelebilmesi için, çalıştırılan kişinin eyleminin cezalandırıcı tazminatı doğurabilecek bir ağırlıkta olduğunun ispat edilmesi gerekmektedir⁴¹³. Bu husus ortaya konulmadan, adam çalıştırandan cezalandırıcı tazminat talep etmek mümkün olmayacaktır. Restatement (Second) of Torts § 909 (b) uyarınca adam çalıştırıcının cezalandırıcı tazminat ödemeye mahkum edilebilmesi için, kötü şöhretli veya açıkça yetersizliği bilinen bir çalışan işe alınmış olmalı ve adam çalıştırıcı çalışmanı seçme konusunda özensiz davranmış olmalıdır. Esasında burada adam çalıştırıcının, söz konusu işi ehil olmayan kişilere bilinçli olarak teslim etmesi ve seçim

⁴¹² Ellis Jr. 1982, s. 63.

⁴¹³ Lenz 1992, s. 46.

konusundaki özensizliği, bir kayıtsızlık ve dikkatsizlik (*recklessness*) olarak görülmüş ve cezalandırıcı tazminatın yolu açılmıştır.

Adam çalıştıranların ve dolaylı olarak işletmelerin, çalıştırdıkları kişilerin fiillerinden doğan sorumluluğu bazı eyaletlerde “*başkalarının fiillerinden sorumluluk ilkesi (vicarious liability)*” veya “*respondeat superior (üstün sorumluluğu) ilkesi*”ne dayandırılmaktadır. Bu ilke, işletmelerin çalışanlarının fiillerinden sorumlu tutulabilmeleri için, aynı fiili kendileri işleselerdi bu eylemlerden dolayı sorumlu tutulacak olmalarını ifade etmektedir⁴¹⁴. Sorumluluğun temeli bağımlılık ilişkisi ve denetim yükümlülüğünün ihlalden kaynaklanmaktadır. Oklahoma Yüksek Mahkemesi bunu “*hizmetkarın kötücül hukuki amacı, işverenin kötücül hukuki amacıdır.*⁴¹⁵” şeklinde ifade etmektedir. Bu yaklaşım, esasında Türk Hukuku açısından TBK md. 116 açısından ileri sürülen “*farazi kusur*” anlayışı ile benzeşmektedir⁴¹⁶. Lenz, bu sorumluluğu bir sebep sorumluluğu olarak sınıflandırmaktadır⁴¹⁷.

Common Law doktrininde “*complicity rule (iştirak kuralı)*” olarak ifade edilen yaklaşım da adam çalıştıranın cezalandırıcı tazminat ödeme yükümlülüğüne ilişkin bir gerekçe olarak savunulmaktadır. İki yaklaşım arasındaki temel farklılık, *respondeat superior* ilkesinde sorumluluk ihmali hareketlere, yani denetim görevinin ihlaline

⁴¹⁴ **Sales/Cole** 1984, s. 1139; **Owen** 1976, s. 1301; **Ellis Jr.** 1982, s. 63; **Lenz** 1992, s. 50; **Sturley** 2010, s. 513.

⁴¹⁵ “*The legal malice of the servant is the legal malice of employer*”. Bkz. *Mayo Hotel Co. v. Danciger*, 288 P. 309, 313 (Okla. 1930).

⁴¹⁶ Ancak TBK md. 116 kapsamındaki tartışmalar dikkate alındığında, buradaki sorumluluk sebebinin kişinin sorumluluğu altındaki kişilerin eylemleri üzerindeki denetim eksikliği olduğunun vurgulanması gerekmektedir.

⁴¹⁷ **Lenz** 1992, s. 50-51.

dayanmaktayken, *complicity rule*'da açık veya zımni olarak izin verme veya ehil olmadığını bildiği bir kişiyi bilerek işe alma gibi icrai davranışların söz konusu olmasında kendini göstermektedir⁴¹⁸.

Lenz ise adam çalıştırmanın cezalandırıcı tazminata mahkum edilebilmesini üç farklı argümanla açıklamaktadır. Bunlardan ilki ve belki de en önemlisi önleme amacını hayata geçirme düşüncesidir⁴¹⁹. Cezalandırıcı tazminatın yüksekliğinin yarattığı endişe, adam çalıştırmanın yardımcı şahısları seçerken daha fazla özen göstermesini sağlayacak, aynı zamanda da onlar üzerindeki denetimini artırmasına sebebiyet verecektir. Bu sayede yardımcı şahıslar daha kalifiye hale gelecek ve cezalandırıcı tazminata sebebiyet veren eylemlerin sayısı giderek azalacaktır⁴²⁰. İkinci argüman ise “*mali rahatlık teorisi (deep pocket theory)*” olarak isimlendirilmektedir⁴²¹. Bu argüman bağlamında, mali olarak daha iyi durumda olan adam çalıştırmanın, birden fazla sorumlu içerisinde bu zararı gidermeye en elverişli kişi olduğu ifade edilmekte ve cezalandırıcı tazminat da bu kapsama dahil edilmektedir. Temel gaye, zarar gören için en ideal olan kişiden tazminin sağlanabilmesidir. Adam çalıştırmanın sorumluluğunda çoğunlukla adam çalıştırıcı, çalıştırılanlara nazaran daha iyi bir ekonomik durumda olacağından, onun tazminata katlanması gerektiği vurgulanmaktadır. Üçüncü argümana göre ise zaten çalıştırdığı kişiye kusuru oranında rücu imkanına sahip olan adam çalıştırıcının, bu talebi kullanarak ödemek zorunda kaldığı tazminatın en azından bir kısmını sonradan elde edebilmektedir⁴²². Ancak önemle belirtmek gerekir ki çalıştırılan kişinin maddi

⁴¹⁸ Lenz 1992, s. 52; Notes 1957, s. 526.

⁴¹⁹ Lenz 1992, s. 46; Ellis Jr. 1982, s. 67.

⁴²⁰ Lenz 1992, s. 47; Ellis Jr. 1982, s. 69.

⁴²¹ Lenz 1992, s. 47; Sales/Cole 1984, s. 1160; Ellis Jr. 1982, s. 64-65.

⁴²² Lenz 1992, s. 47; Ellis Jr. 1982, s. 68.

durumunun iyi olmadığı hallerde, üçüncü argüman oldukça yetersiz kalmaktadır⁴²³. Zira bu hallerde adam çalıştıran tazminatı ödemekte, ancak rücu imkanını efektif olarak kullanamamaktadır. Özellikle cezalandırıcı tazminatın belirlenmesinde çalışanın değil, çalıştırının maddi durumunun esas alındığı dikkate alındığında, bu durum daha da net görülebilmektedir. Çalıştırılan kişinin maddi durumunun iyi olması halinde ise “*deep pocket theory*” yaklaşımının bir manası kalmamaktadır.

Adam çalıştırının cezalandırıcı tazminattan sorumlu tutulabilmesi yönündeki yaklaşıma yönelik birçok eleştiri dile getirilmektedir. Bu eleştirilerin bir kısmı hukuki temellere dayanmaktayken, bir kısmı ise ekonomik gerekçeleri ileri sürmektedir. Ekonomik olarak dile getirilen argümanların başında cezalandırıcı tazminat riskinin emtialar üzerinde yarattığı fiyat artışı gelmektedir. Buna göre; doğrudan sebebiyet vermediği halde cezalandırıcı tazminata katlanmak zorunda kalan adam çalıştırın, bu riskleri ve önleme masraflarını fiyat artışı olarak nihai tüketiciye yansıtmaktadır⁴²⁴. Bu da masrafların son raddede tüketicinin üzerinde kalmasına ve zarar uğramalarına yol açmaktadır. Benzer bir durum halka açık anonim şirketlerde pay sahibi olan kişiler açısından da dile getirilmektedir. Firmalara açılan davalar neticesinde şirket hisseleri düşmekte ve sonuç olarak pay sahipleri zarara uğramaktadır. Bir başka deyişle çalıştırılanın fiilinin sonuçlarına aslında adam çalıştırınlar değil, pay sahipleri katlanmaktadır. Bu kişilerin ilgili fiilleri önlemek gibi imkanları olmadığı gibi ahlaki açıdan kınanabilir durumda oldukları da söylenemeyecektir⁴²⁵.

⁴²³ Lenz 1992, s. 49; Ellis Jr. 1982, s. 69.

⁴²⁴ Lenz 1992, s. 47.

⁴²⁵ Owen 1976, s. 1300-1301; Lenz 1992, s. 48; Sales/Cole 1984, s. 1160.

Lenz ise bu eleştirilere katılmadığını iki ayrı görüş ileri sürerek ifade etmektedir. Birinci olarak serbest piyasa ekonomisi içerisinde bir firmanın tek başına fiyat artışına gitmesinin onu büyük mali kayıplara uğratabileceğini, bu sebeple de fiyat artışı yönündeki argümanın desteksiz kaldığını belirtmektedir⁴²⁶. Ancak kanımızca Lenz tarafından ileri sürülen bu argüman da eleştiriye açıktır. Zira zaman içerisinde görülmüştür ki, birçok firma aynı tehdit altında benzer kararlara imza atmışlar ve nihayetinde zararlı çıkan gerçekten de tüketiciler olmuştur. Rekabeti korumaya ilişkin hukuki mekanizmalar ise çok kereler bu uyumlu eylemler karşısında çaresiz kalmıştır. Lenz tarafından ileri sürülen ikinci karşı argüman ise kar maksimizasyonu amaçlı sorumsuz kararlara karşı bir yaptırım düşüncesine dayanmaktadır. Daha fazla kar elde edebilmek için önleme masraflarından kaçınan şirketler daha fazla kar elde etmekte ve bu şirketlerin pay sahipleri de bu kardan fayda elde etmektedir⁴²⁷. Kaçınılan önleme masrafları neticesinde bir zarar meydana geldiğinde ise tazminat yoluyla sadece *status quo ante* sağlanmakta ve haksız olarak elde edilen kazancın geri alınabilmesi sağlanmaktadır. Bu argümanın kabulü ise cezalandırıcı tazminatın cezalandırma işlevinin dışlanması ile mümkün olacaktır. Zira bu durumda cezalandırıcı tazminat, hakikaten de sadece kazancın iadesi ve *status quo anten*in tekrar tesisi anlamına gelecektir. Ancak cezalandırma işlevinin kabul edildiği durumlarda bu tazminat, sadece haksız kazancın iadesi işlevi göstermemekte, ibretlik bir rakama hükmedilmesi yoluyla şirketi ekonomik açıdan bir dar boğaza sokabilmektedir⁴²⁸.

⁴²⁶ Lenz 1992, s. 48.

⁴²⁷ Lenz 1992, s. 48.

⁴²⁸ Belirtmek gerekir ki cezalandırma düşüncesiyle yüksek rakamlara hükmedildiği durumlarda dahi bu argümanın meşru olabileceği, çünkü bu hallerde şirketlerin, pay sahiplerinin menfaatlerini kamusal menfaatlerin önüne koyduğu belirtilmektedir. Bkz. Owen 1976, s. 1305; Lenz 1992, s. 49.

Ellis de adam çalıştırıcıların cezalandırıcı tazminattan kaynaklanan sorumluluğuna eleştirel bir bakış açısıyla yaklaşmaktadır. Yazara göre cezalandırıcı tazminat kurumu bu olaylarda önleyicilik işlevinden uzaktır. Çünkü işletme sahipleri bu durumlarda, her ne kadar gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği şüpheli olsa da, riski sigortalatma yoluna giderek önleme masraflarını sigorta primi ile sınırlı tutmak isteyebilecektir. İşletme sahiplerinin bir diğer seçeneği ise bu tür riskli işletmeleri devretmek ve daha az risk içeren sektörlere yönelmektir⁴²⁹. Bu açıdan bakıldığında cezalandırıcı tazminata hükmetmek, toplum refahı açısından verimli sonuçlar doğurmamaktadır. Ellis, bu olaylarda önleme işlevinin yanlış şahsa yöneltildiğini belirtmekte ve olması gerekenin öncelikle çalışanın zarar verici eyleminin önlenmesine odaklanması gerektiğini belirtmektedir⁴³⁰.

Kanaatimizce kusursuz sorumlulukların temel amacı, adam çalıştırıcı kişilerin, çalışanların seçimi, eğitimi ve denetimi gibi hususlarda daha özenli davranmasını sağlamak ve uğranılan zararların etkili biçimde tazmini sağlamaktır. Bu da telafi ve önleme amacına doğrudan hizmet etmektedir⁴³¹. Ancak önemle belirtmek gerekir ki bu kural, cezalandırıcı tazminatın temel işlevi olan cezalandırma düşüncesiyle pek de bağdaşmamaktadır. Zira burada cezalandırılan kişi, herhangi bir kusuru bulunmamasına rağmen adam çalıştırıcı olmakta ve eylemleri ceza gerektiren asıl kişi olan çalıştırılan sadece dolaylı bir rücu talebi ile karşılaşmaktadır. Bir diğer deyişle bu ilke, telafi edici tazminatlar açısından mantıklı sonuçlara yol açsa da cezalandırıcı tazminatı da kapsayacak şekilde genişletildiğinde ağır sonuçlara yol açabilmektedir. Adam çalıştırıcının

⁴²⁹ Ellis Jr. 1982, s. 69-70.

⁴³⁰ Ellis Jr. 1982, s. 69 dn. 295.

⁴³¹ Owen 1976, s. 1301; Lenz 1992, s. 51; Notes 1957, s. 526.

sorumluluğunda cezalandırıcı tazminatın, mantıklı argümanlarla ifade edilebilmesi kanaatimizce mümkün değildir.

3. *Ürün Sorumluluğu Hallerinde Cezalandırıcı Tazminat*

1960'lı yıllarda, 2. Dünya Savaşı sonrası ekonomik canlanma sürecinin de etkisiyle, endüstriyel gelişme ve ürün çeşitliliği açısından oldukça parlak bir dönem yaşanmıştır. Söz konusu dönem hukuki sorumluluk açısından da farklı yaklaşımları beraberinde getirmiştir. Ürün sorumluluğu da bu farklı ve yeni yaklaşımlar arasında, etkisini günümüze de taşımış önemli bir atılım olarak göze çarpmaktadır⁴³². Ürün sorumluluğunda temel sorumluluk sebebi, üreticinin tüketiciler açısından makul olmayan bir tehlike arz eden ayıplı bir ürünü, piyasaya sunmuş olmasıdır⁴³³. Zira üretici, karmaşık üretim sürecinde en fazla bilgi sahibi olan kişi sıfatıyla, bu bilgisini ürün güvenliğini sağlama yönünde kullanmalıdır. Ürün güvenliğine ilişkin efektif kontrol ancak bu şekilde sağlanabilecektir⁴³⁴. Owen, üreticilerin sebebiyet verdiği esaslı ihlalleri şu şekilde sınıflandırmıştır⁴³⁵:

- 1) Testler, incelemeler ve satış sonrası denetim hizmetleri ile ürün güvenliğine ilişkin bilgileri sağlamada başarısızlık.
- 2) Önemli bir tehlike arz ettiği bilinen ürünleri, tasarımı değiştirmek, uyarı eklemek veya ürünleri geri çağırmak suretiyle düzeltme imkanına sahip olmalarına rağmen kayıtsız kalma.

⁴³² **Ausness** 1985, s. 14 vd.

⁴³³ **Lenz** 1992, s. 53.

⁴³⁴ **Owen** 1976, s. 1258.

⁴³⁵ Owen'a göre bu sayılan hallerden sadece üçüncüsü kasıt içeren bir eylemdir. Diğer iki kategori ise kusurlu eylemlere işaret etmektedir. Bkz. **Owen** 1976, s. 1361.

3) Toplumu bilinçli olarak ürün güvenliğine ilişkin yanlış yönlendirme.

Common Law sisteminde ürün sorumluluğunun bir kusursuz sorumluluk olduğuna ilişkin bir kuşku bulunmamaktadır⁴³⁶. Hatta buradaki sorumluluk kurtuluş kanıtı getirilebilen sebep sorumluluklarından da ağır bir nitelik arz etmektedir. Zira üretici, üretim ve satış sürecinde herhangi bir kusuru olmadığını ispat etse dahi sorumlu tutulmaktadır⁴³⁷.

Ürün sorumluluğunda cezalandırıcı tazminatı dışlayan bir düzenlemenin bulunmaması, mahkemelerin ürün sorumluluğu davalarında da telafi edici tazminatın yanı sıra, cezalandırıcı tazminata hükmetmelerine yol açmıştır. Ancak tek başına ürün sorumluluğunun şartlarının var olması cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi için yeterli olmayacaktır. Farklı görüşler mevcut olmakla birlikte, ürünün ayıplı olarak piyasaya sürülmesinin en azından ağır kusur içeren fiillerden birini teşkil etmesi halinde cezalandırıcı tazminat gündeme gelebilecektir⁴³⁸. Owen'a göre ürün sorumluluğunda cezalandırıcı tazminattan söz edilebilmesi için ya üreticinin, ürünün makul olmayan risklere sahip olduğunu bilmesi veya bu risklere kusurlu olarak kayıtsız kalması halinde

⁴³⁶ **Sebok** 2009, s. 165; **Gül** 2015, s. 197. Belirtmek gerekir ki ürün sorumluluğunu, tekeffül (*warranty*) sorumluluğu ile açıklayan bir görüş de mevcuttur. Bkz. **Kırca**, Ürün Sor., s. 28. Ancak bu görüş açısından en önemli problem, tekeffül sorumluluğunun, sözleşmesel sorumluluk alanına dahil olması ve bu alanda cezalandırıcı tazminatın sadece istisnai durumlarda kabul görmesidir. Owen ise tekeffül sorumluluğunun kökeninin zaten haksız fiilde olduğunu ve bu açıdan ürün sorumluluğu bu görüşe dayandırılrsa dahi cezalandırıcı tazminat açısından bir farklılık arz etmeyeceğini belirtmektedir. Bkz. **Owen** 1976, s. 1273.

⁴³⁷ Restatement (Second) of Torts § 402 A (2)(a).

⁴³⁸ **Gül** 2015, s. 197.

ya da ürünün taşıdığı riskleri bilmesine rağmen, bunları düzeltmeye veya azaltmaya uzlaşmaz şekilde karşı çıkmış olması gerekmektedir⁴³⁹.

Ürün sorumluluğunda alıcının taleplerini düzenleyen, *Uniform Commercial Code (UCC)* § 2-313-414-315 hükümlerinde atıf yapılan § 1-106 hükmünün gerekçesinde ise oldukça kafa karıştırıcı ifadeler yer almaktadır⁴⁴⁰. İlgili hükümde UCC'den doğan taleplerin sözleşmeden doğan zararların tazmini ile sınırlı olduğu ve özel ya da cezalandırıcı tazminatların kapsam dışında olduğu belirtilmiştir. Ancak son dönemlerde birçok mahkeme, belirli vakalarda, özellikle cezalandırıcı tazminatı gerekli kılacak ağır ihlallerinin varlığı halinde, cezalandırıcı tazminata hükmetmektedir⁴⁴¹.

Ürün sorumluluğu davalarında cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi birçok hukuki tartışmayı da beraberinde getirmiştir. En başta ürün sorumluluğu gibi kusura dayanmayan bir sorumluluk sebebi ile tamamen kusur temelli bir tazminat türü olan cezalandırıcı tazminatın bağdaşmasının mümkün olmadığı ileri sürülmüştür⁴⁴². Bu görüşteki yazarlar, cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için salt kusurun dahi yeterli olmadığını, hem en azından ağır kusur oluşturan bir davranışın hem de ağır sonuçların arandığını belirterek, cezalandırıcı tazminatın ürün sorumluluğu gibi kusursuz sorumluluk halleriyle bağdaşmayacağını belirtmiştir⁴⁴³. Aynı zamanda bu tip bir cezalandırma, şirketlerin bu eylemlere hiçbir katkısı olmayan ve bunları önleme ihtimali

⁴³⁹ **Owen** 1976, s. 1367. Benzer yönde bkz. **Ausness** 1985, s. 50 vd.

⁴⁴⁰ **Owen** 1976, s. 1275-1276.

⁴⁴¹ **Wertheimer** 1994, s. 505-506.

⁴⁴² **Lenz** 1992, s. 54; **Owen** 1976, s. 1268; **Wertheimer** 1994, s. 506. Aksi görüş için bkz. **Ausness** 1985, s. 39 dn. 241-242.

⁴⁴³ Hatta Wertheimer bu durumu bir “*oksimoron*” olarak ifade etmektedir. Bkz. **Wertheimer** 1994, s. 509

de bulunmayan masum hissedarlarını da zor durumda bırakacaktır⁴⁴⁴. Ancak buna karşı olarak, cezalandırıcı tazminat ile telafi edici tazminatların birbirlerini dışlamadığı, her ne kadar ürün sorumluluğunda telafi edici tazminat talep edilebilmesi kusurdan bağımsız ise de, cezalandırıcı tazminattan söz edebilmek için cezalandırıcı tazminat talebinin şartlarının sağlanması gerektiği, yani bir diğer deyişle üreticinin ağır kusurunun ispatının gerektiği vurgulanmaktadır⁴⁴⁵. Özellikle ekonomik tercihler yapan ve tüketici güvenliğini hiçe sayan kar maksimizasyonunu sağlamaya çalışan üreticiler, bu ihmalkar davranışlarından ötürü cezalandırıcı tazminata tabi tutulabilmektedir⁴⁴⁶. *Ford Pinto* kararı veya *McDonalds* kararı gibi öne çıkan cezalandırıcı tazminat kararları bu gerekçeye dayanmaktadır⁴⁴⁷. Owen’a göre, cezalandırıcı tazminat, ceza hukuku enstrümanlarının yetersiz kaldığı bu alanda, tüketiciler için yegane koruma vasıtası olarak ortaya çıkmaktadır⁴⁴⁸.

Ürün sorumluluğu davalarında cezalandırıcı tazminata yönelik ikinci bir eleştiri ise hukukun ekonomik analizi doktrini ile ilintilidir⁴⁴⁹. Bu yaklaşıma göre kusursuz sorumluluk hallerinin öngörülmesindeki temel gaye, risk dağılımının en optimal şekilde gerçekleştirilebilmesidir. Ürün sorumluluğunda üreticinin kusursuz sorumluluğunun öngörülmesinin temel sebebi de, gerek riski önleme ve önleme masraflarını yansıtabilme

⁴⁴⁴ Bu yaklaşım “*masum hissedar yaklaşımı (innocent-shareholder approach)*” olarak isimlendirilmektedir. Bkz. **Owen** 1976, s. 1300; **Ausness** 1985, s. 41-42.

⁴⁴⁵ **Owen** 1976, s. 1269.

⁴⁴⁶ **Sebok** 2009, s. 166; **Gül** 2015, s. 228-229.

⁴⁴⁷ **Kırca**, Ürün Sor., s. 53.

⁴⁴⁸ **Owen** 1976, s. 1259-1260.

⁴⁴⁹ Esasen bu eleştiriler *Roginsky v. Richardson- Merrell Inc.* davasında Yargıç *Friendly* tarafından diler getirilen bir takım eleştirilerdir. Bkz. 378 F.2d 832 (2d Cir. 1967); **Owen** 1976, s. 1260.

imkanının gerekse de sorumluluğu sigortalayabilme imkanının üreticinin elinde olması olarak gösterilmektedir. Cezalandırıcı tazminat ise buradaki optimal risk dağılımının olumsuz etkilenmesi sonucunu doğuracaktır⁴⁵⁰. Aynı zamanda çok yüksek cezalandırıcı tazminat hükümlerinin varlığı şirketlerin iflasına dahi yol açabilecek süreçlere sebebiyet verdiği, bu durumun ise riskin optimal dağılımı yönündeki ekonomik haksız fiil yaklaşımını tamamen anlamsız kıldığı vurgulanmaktadır⁴⁵¹.

IV. Sözleşmeye Aykırılık Hallerinde Cezalandırıcı Tazminat

A. Genel Olarak

Common Law sistemleri açısından ana ilke, cezalandırıcı tazminatın sadece haksız fiillerde uygulanması ve sözleşmeye aykırılık hallerinde cezalandırıcı tazminat talebinde bulunulamaması yönündedir⁴⁵². Bu kuralın temelinde, sözleşme ihlali halinde ödenecek tazminatın daha objektif verilerle hesaplanmasının, hakim'in jürinin kararını değiştirme yönündeki yetkisinin haksız fiillere göre çok daha erken bir dönemde tanınmasının ve jüri'lere verilen takdir yetkisinin haksız fiilden kaynaklı tazminat davaları ile sınırlı olmasının yattığı belirtilmektedir⁴⁵³. Yine hukuki öngörülebilirliğin sağlanması ve sözleşmenin taraflarını cezalandırıcı tazminat gibi kısmen keyfî sayılabilecek bir yaptırıma tabi tutmama amacı da belirtilmelidir⁴⁵⁴. Haksız fiillerin, suç kavramı ile benzeşen yapısı ve *Common Law* sistemlerinde katı bir kamu hukuku-özel hukuk ayrımı

⁴⁵⁰ Lenz 1992, s. 55; Sales/Cole 1984, s. 1141.

⁴⁵¹ Lenz 1992, s. 55; Sales/Cole 1984, s. 1142-1143.

⁴⁵² Notes 1957, s. 531; Owen 1976, s. 1272; Lenz 1992, s. 83; Gül 2015, s. 239.

⁴⁵³ Notes 1957, s. 531.

⁴⁵⁴ Lenz 1992, s. 83; Owen 1976, s. 1274.

olmayışı, haksız fiillerde cezalandırıcı tazminata sıcak bakılmasını sağlarken, sözleşme hukukunun tamamen bir eşitlik alanı olarak görülmesi ve sadece sözleşmeden kaynaklı zararların giderilmesine yönelinmesi, bu alanda cezalandırıcı tazminatın pek gündeme gelmemesine yol açmıştır. Ayrıca sözleşmeler hukukunun, haksız fiillerin aksine, kamusal menfaatlerden daha fazla sözleşen tarafların menfaatleriyle ilgili olduğu da belirtilmektedir⁴⁵⁵. Cezalandırıcı tazminat kurumunun ilk dönemlerinde, bir sözleşmeye aykırılık olarak görülmesine rağmen cezalandırıcı tazminatın talep edilebildiği yegane durum olarak nişanın bozulmasından kaynaklanan tazminatlar gösterilmiştir⁴⁵⁶. Nitekim günümüzde dahi hala birçok eyalet sözleşme ihlallerinden dolayı cezalandırıcı tazminat talebinde bulunulmasına izin vermemekte veya çok sınırlı durumlarda izin vermektedir⁴⁵⁷.

Bir sözleşme ihlaliyle karşılaşılması halinde gündeme gelebilecek tazminat, ya sözleşme ihlali olmasaydı zarar görenin malvarlığının bulunacağı durum (olumlu zarar) ya da o sözleşme hiç yapılmıyaydı zarar görenin malvarlığının bulunacağı durum (olumsuz zarar) dikkate alınarak hesaplanabilecektir. Bu durum aslında düzeltici adalet anlayışının doğal bir sonucudur. Zira düzeltici adalet, sadece eski hale getirmeyi meşru kılmaktadır⁴⁵⁸. Aşağıda belirtilecek istisnalar haricinde, cezalandırıcı tazminat kural olarak gündeme gelemeyecektir.

B. İstisnalar

⁴⁵⁵ **Gül** 2015, s. 240.

⁴⁵⁶ **Notes** 1957, s. 531 dn. 103.

⁴⁵⁷ **Sales/Cole** 1984, s. 1149.

⁴⁵⁸ **Andrews** 2017, s. 5.

Sözleşmeler ile haksız fiiller arasındaki sınırın gün geçtikçe belirsizleşmesi, bazı eyaletlerde, birtakım sözleşmeye aykırılık hallerinde de cezalandırıcı tazminatın talep edilmesine izin veren düzenlemelere yol açmıştır⁴⁵⁹. Bu eyaletlerde genelde belirli sözleşme ihlali tipleriyle sınırlı olarak cezalandırıcı tazminat gündeme gelmektedir. Burada bir yaklaşım, sadece kanuni yükümlülükleri ihlal ederek kamusal menfaatlerin de zedelenmesi halinde, sözleşmeden doğan diğer zararlarla birlikte cezalandırıcı tazminata da hükmedilebileceğini belirtmektedir⁴⁶⁰. *Restatement (Second) of Torts* ve bazı eyaletler tarafından benimsenen bir diğer görüş ise sözleşmeye aykırılığın ancak aynı zamanda bir haksız fiil teşkil ettiği durumlarda cezalandırıcı tazminatın gündeme gelebileceği yönündedir⁴⁶¹. *Teksa*s eyaletinde “*kötücül ya da baskıcı amaçlar içeren ve kasti sözleşme ihlalleri*”nin, *Güney Karolina* eyaletinde ise hileden doğan zararların tazmininde sadece sözleşmesel tazminatla sınırlı olunmadığı, cezalandırıcı tazminat da istenebileceği belirtilmiştir⁴⁶².

Sözleşmeye aykırılık hallerinde cezalandırıcı tazminatın talep edilebilmesine ilişkin görüşün ön plana çıkmasında, sözleşme hukukunun tazminatı belirlemesine yönelik ilkelere ilişkin birtakım eleştirilerin de payı olduğu söylenebilecektir. Özellikle *Common*

⁴⁵⁹ **Lenz** 1992, s. 83; **Sales/Cole** 1984, s. 1149 dn. 147; **Notes** 1957, s. 531; **Çağlayan Aksoy** 2016, s. 432 dn. 1092.

⁴⁶⁰ Bu duruma örnek olarak bilerek ve isteyerek toplu ulaşım seferlerinin geciktiren ulaşım firması veya bilerek kamusal hizmetlerin haksız yere kesilmesi gösterilmektedir. Bkz. **Notes** 1957, s. 531 dn. 106-107; **Sales/Cole** 1984, s. 1149.

⁴⁶¹ **Owen** 1976, s. 1272; **Sales/Cole** 1984, s. 1149; **Lenz** 1992, s. 84; **Polinsky/Shavell** 1998, s. 936 dn. 211; **Gül** 2015, s. 241. Bu hallerde genel önleme amacının devreye gireceği yönünde bkz. **Notes** 1957, s. 533. Bu görüşe ilişkin eleştiriler için bkz. **Andrews** 2017, s. 12; **Herschorn** 2013, s. 465 vd.

⁴⁶² **Notes** 1957, s. 532 dn. 112-113

Law sisteminde sözleşmesel tazminatların öngörülebilirlik ve makullük gibi kriterler ile sınırlanması, manevi zararların ve avukatlık ücreti ve yargılama masrafları gibi zararların tazmininin mümkün olmayışı, cezalandırıcı tazminatın gündeme gelmesine yol açmıştır⁴⁶³.

Polinsky/Shavell, hukukun ekonomik analizi doktrini açısından önem taşıyan çalışmalarında, sözleşmeye aykırılık nedeniyle cezalandırıcı tazminat istenebilmesi ile cezai şart arasında bir benzerlik kurmuştur⁴⁶⁴. Bu yaklaşımda cezalandırıcı tazminat, telafi edici zarar miktarını aşan yapısıyla, borçlu açısından ifaya teşvik fonksiyonunu sağlayacaktır. Zira aksi durumda, sadece diğer tarafın uğradığı mevcut zararları giderecek olan borçlu, ifayı zamanında gerçekleştirmek yönünde nispeten daha az istekli olacaktır. Ancak cezalandırıcı tazminat tehdidinin varlığı, onu ifaya yönlendirecek ve bu sayede uzun vadede borçlu da kazançlı çıkacaktır. Çünkü zamanında gerçekleştirilen ifa sayesinde uzun vadede alacaklı, borçluyu daha fazla tercih etmeye başlayacak ve bu da daha iyi koşullar anlamına gelecektir. Yazarlar iki durumda sözleşmeye aykırılık hallerine cezalandırıcı tazminat yaptırımının uygulanmasının faydalı olacağını belirtmişlerdir⁴⁶⁵. Bunlardan ilki, ihlale uğrayan tarafın sözleşmeye aykırılığın gerçekleşip gerçekleşmediğini denetlemesinin oldukça güç olduğu hallerdir⁴⁶⁶. Bu durumlarda güven ilişkisi daha fazla önem taşımakta ve güvenin ihlali de daha ağır bir sonucu gerektirmektedir. İkinci durum ise ihlale uğrayan tarafın, ihlali bildiği ancak

⁴⁶³ **Sebert** 1986, s. 1565 vd. ; **Farber** 1980, s. 1443 vd. ; **Gül** 2015, s. 240.

⁴⁶⁴ **Polinsky/Shavell** 1998, s. 937-938.

⁴⁶⁵ **Polinsky/Shavell** 1998, s. 938.

⁴⁶⁶ Yazarlar bir şehrin bozuk sokak lambalarını değiştirmeyi üstlenen şirket veya çok büyük miktarda mal alan ve her ürünü denetleme fırsatı olmayan alıcı gibi örnekler vermişlerdir. Bkz. **Polinsky/Shavell** 1998, s. 938.

yüksek masraflar veya ispat zorlukları gibi sebeplerle dava açma konusunda tereddüt yaşadığı durumlardır. Yazarlar, bu özel durumlar haricinde cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi konusunda dikkatli davranılması gerektiğini de vurgulamışlardır.

Owen, sözleşmeye aykırılık sebebiyle cezalandırıcı tazminata hükmedilebilecek halleri şu şekilde sıralamıştır⁴⁶⁷:

- 1) Hile sebebiyle uğranan zararlar
- 2) Nişanın bozulması sebebiyle uğranan zararlar
- 3) Kamusal hizmetlerde veya toplu taşıma işi uğraşan şirketlerin sözleşmeye aykırı davranışları
- 4) Banka tarafından çek bedelinin yanlış ödenmesi veya kasti olarak ödemededen kaçınılması
- 5) İş sözleşmesindeki birtakım sözleşmeye aykırılıklar
- 6) Vedia sözleşmesindeki edimlere aykırılık
- 7) Üçüncü kişiler arasındaki sözleşme ilişkilerine müdahale
- 8) Sözleşmeye aykırılığın zaten bağımsız bir haksız fiil teşkil ettiği haller.

Konuya ilişkin ilginç bir kararda, *Amerikan S.F. Inc* ile İsviçreli *T.C.S. AG* firması arasında cezalandırıcı tazminat kararlarının tenfizini de içeren bir dava söz konusu olmuştur⁴⁶⁸. Söz konusu olayda İsviçreli firma, Amerikan firmasına ait konteynırları taşımayı üstlenmiş, ancak ödemelerin gecikmesi neticesinde İsviçreli firma Amerikan şirketine ait konteynırların bir kısmını satmış, bazı konteynırları ise farklı taşımalarda kullanmıştır. İsviçreli firma ödenmeyen taşıma bedeli ve uğradığı zararlar için ABD’de

⁴⁶⁷ **Owen** 1976, s. 1272. Yazar bu hallerin çoğunlukla, sözleşmeye aykırılıktaki katı ispat ve zarar hesaplama kurallarının gevşetilmesi niteliğinde olduğunu belirtmektedir.

⁴⁶⁸ BGE 116 II 376.

talepte bulunmuş, Amerikan şirketi ise hem sözleşmeye aykırılık hem de konteynırlar üzerindeki mülkiyet hakkının haksız ihlal edilmesi gerekçesiyle bir karşı dava açmıştır. Kaliforniya mahkemesi İsviçreli firma lehine 70.800,19 Amerikan Doları tazminata hükmederken, karşı dava Amerikan şirketi lehine 120.060 Amerikan Doları telafi edici, 50.000 Amerikan doları tutarında ise cezalandırıcı tazminata hükmetmiştir. Yapılan mahsup işlemi sonucunda Amerikan şirketi 99.259,81 Amerikan Doları tazminata hak kazanmıştır. Burada cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesinin temel sebebi, mülkiyet hakkının hiçe sayılması yoluyla aslında haksız fiil de teşkil eden bir sözleşmeye aykırılığın gerçekleşmiş olmasıdır. Bu karar iki açıdan önem arz etmektedir. Birinci olarak; *Common Law* sistemine tabi olmayan şirketler, Amerikan veya İngiliz şirketleriyle yapacakları sözleşmelerde kendilerine beklenmedik bir cezalandırıcı tazminat riski karşısından bulabileceklerdir⁴⁶⁹. İkinci olarak; bu cezalandırıcı tazminat kararlarının Kıta Avrupası ülkelerinde, bazı koşulları sağlamaları kaydıyla, tenfiz edilmesi mümkün olabilmektedir. Nitekim yukarıda belirtilen olayda, İsviçre Federal Mahkemesi de verilen hükmün tenfizini uygun bulmuştur⁴⁷⁰.

V. Cezalandırıcı Tazminat Davalarında Delillere İlişkin Yaklaşımlar

Common Law sisteminde cezalandırıcı tazminat davaları açısından aranan delil standardı, *preponderance of evidence* olarak isimlendirilmektedir. Bu delil standardı uyarınca, ispat yükü üzerinde olan tarafın, maddi olguların gerçekleştiğine dair basit sayılabilecek delilleri sunması bile yeterli görülmektedir. Diğer bir deyişle, maddi olguların gerçekleştiğini yüzde elliden fazla bir ihtimalle gösterebilen deliller yeterli

⁴⁶⁹ Lenz 1992, s. 84.

⁴⁷⁰ BGE 116 II 377.

görülebcektir⁴⁷¹. Ceza davaları açısından delil standardı ise daha yüksektir. Bir ceza davasında ortaya konulan delillerin makul şüphenin ötesini gösterir ağırlıkta olması gerekmektedir (*beyond the reasonable doubt*). Bir görüşe göre, ceza davalarındaki delil standartları, cezalandırıcı tazminat davalarına da uygulanmalıdır⁴⁷². Bu sayede özel hukuk yaptırımlarının genel karakteristiğinden uzak bir amaç olan cezalandırmayı temel alan cezalandırıcı tazminata hükmedilen davalarda, davalıya ek bir koruma sağlanabilecektir. Hatta bazı eyaletler, cezalandırıcı tazminat davalarında açık ve ikna edici (*clear and convincing evidence*) deliller sunulmasına ilişkin düzenlemeler getirmiştir⁴⁷³. Ancak birçok eyalet hala *preponderance of evidence* standardını kullanmaya devam etmektedir.

⁴⁷¹ Lenz 1992, s. 76; Sales/Cole 1984, s. 1159; Schwartz 1982, s. 144.

⁴⁷² Lenz 1992, s. 76.

⁴⁷³ Belirtmek gerekir ki bu delil standardı dahi ceza muhakemesi hukukunda aranan standartlara göre daha hafif bir yük getirmektedir.

§7 CEZALANDIRICI TAZMİNAT MİKTARININ SINIRLANMASINA YÖNELİK HUKUKİ MEKANİZMALAR

I. Genel Olarak

Cezalandırıcı tazminata ilişkin kararların sayısının ve bu kararlarda hükmedilen rakamların yüksekliği, sınırlama yönündeki çabaları beraberinde getirmiştir. Tarihsel süreçte önce cezalandırıcı tazminatın kapsamı genişlemiş, sonrasında ise aşırı genişlemiş olan bu kapsamın daraltılması için farklı önlemler devreye girmiştir. Hem çeşitli yargı kararlarıyla hem de yasalarla getirilen sınırlamalar ile tamamen bir keyfiyete dönüşmeye başlayan ve tarihi köklerinden hızlıca uzaklaşmakta olan cezalandırıcı tazminat kurumu, doğal sınırlarına döndürülmeye çalışılmaktadır.

Esasında İngiliz Hukuku, cezalandırıcı tazminatı sınırlamaya ilişkin çabalara, Amerikan Hukuku'na nazaran çok daha önce girişmiştir. 1964 tarihli *Rookes v. Barnard* kararı, cezalandırıcı tazminatı üç dava grubu ile sınırlayarak ilk önemli adımı atmıştır⁴⁷⁴. Günümüzde de İngiliz Hukuku'nda etkisini devam ettiren bu karar, cezalandırıcı tazminat kararlarının Amerikan Hukuku'ndaki kadar sansasyonel boyutlara ulaşmasının önüne geçmiştir. Sonrasında gelen *AB v. South West Water Services Ltd.* kararı ile *dava sebebi testi (cause of action)* getirilmiş ve 1964 öncesinde cezalandırıcı tazminata hükmedilmemiş hususlara ilişkin olarak, cezalandırıcı tazminata hükmedilmesinin mümkün olmadığına hükmedilmiştir. 1997 yılında yayımlanan bir rapor ile cezalandırıcı tazminatın aşırı sınırlandırılması eleştirilmiş ve 2001 yılındaki *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary* kararı ile dava sebebi testinden vazgeçilmiştir. 2007

⁴⁷⁴ Bkz. yukarıda 2. Kısım, II, B, 2.

yılında hazırlanan yeni bir rapor ise mevcut sınırlamaların yeterli olduğunu, ancak cezalandırıcı tazminatın genişletilmemesinin de önemli olduğunu vurgulamıştır⁴⁷⁵.

Amerikan Hukuku açısından ise cezalandırıcı tazminat ilk olarak daha önce de üzerinde durulmuş olan *Fay v. Parker* kararı ile 1800’lü yıllarda dahi eleştiri konusu olmuştur. New Hampshire mahkemesinin “hukuk sisteminin simetrisini bozan” bir kurum olarak nitelendirilen cezalandırıcı tazminatı sınırlamaya yönelik bu tavır, başka eyaletlerde destek bulsa da, içtihat sürekliliği (*stare decisis*) kavramı, cezalandırıcı tazminatın o dönemde tamamen gözden çıkarılmasının önünde bir engel teşkil etmiştir⁴⁷⁶. 1960 ile 1990 arasında, özellikle ürün sorumluluğu davalarından kaynaklı olarak yaşanan artış neticesinde, doksanlı yılların başında cezalandırıcı tazminat, tartışılmaya ve sınırlama ihtimalleri konuşulmaya başlanmıştır⁴⁷⁷. Bu süreçte gerek eyalet düzeyinde yapılan düzenlemeler ile gerekse de Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin anayasal gerekçelere dayandırdığı kararları ile birtakım sınırlamalar getirilmiştir.

Cezalandırıcı tazminata yönelik bütün bu sınırlandırma çabaları, çalışmamız açısından da önem arz etmektedir. Zira bütün bu çabalar, cezalandırıcı tazminat kurumunun keyfi yapısını, hukuki öngörülebilirliğe uygun şekilde düzenlemek güdüsünün bir parçası niteliğindedir. Dolayısıyla da cezalandırıcı tazminata yabancı bir Kıta Avrupası hukukçusu, bu sınırlama çabalarını bir hareket noktası olarak kabul edilmektedir.

⁴⁷⁵ Wilcox 2009, s. 8.

⁴⁷⁶ Mörsdorf-Schulte 1999, s. 182.

⁴⁷⁷ Artan cezalandırıcı tazminat talepleri, aynı zamanda sigorta şirketleri nezdinde de bir krize yol açmıştır. Cezalandırıcı tazminattan kaynaklı olarak, büyük yükler altına girmek zorunda kalan sigorta şirketleri, sonradan primlerde artışa gitseler de krize girmekten kurtulamamışlardır. Bu da söz konusu yıllarda, cezalandırıcı tazminata karşı yükselen seslerin bir nedeni olarak gösterilebilir.

II. Cezalandırıcı Tazminat Miktarına Getirilen Yasal Sınırlamalar

Cezalandırıcı tazminata ilişkin kararların oldukça uzun bir zaman dilimine yayılmış ve oldukça güçlü bir hukuk geleneği oluşturmuş olması, *Common Law* sistemi açısından bir “içtihat sürekliliği” teşkil etmekte ve bu tip bir yerleşik içtihat, ancak eyalet yasaları ve federal düzenlemeler aracılığıyla sınırlandırılabilir. Özellikle eyalet düzeyindeki yasalarda, ilgili eyaletlerin cezalandırıcı tazminata ilişkin tutumuyla da doğal olarak bağlantılı olarak, birçok farklı sınırlama öngörülmüştür⁴⁷⁸. Bu sınırlamaları dört ana başlıkta toplamak mümkündür:

- Usuli sınırlamalar
- Cezalandırıcı tazminatın şartlarına ilişkin sınırlamalar
- Miktarla ilişkin sınırlamalar
- Zarar verene (muhataba) yönelik sınırlamalar.

Usuli sınırlamalar, esasında jürini keyfiyetini sınırlama ve modern hukuk düzeninde jüri sistemini daha makul bir tabana oturtma çabasının ürünüdür⁴⁷⁹. Otuz farklı eyalet, cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için açık ve ikna edici (*clear and convincing evidence*) delillerin varlığını aramaktadır⁴⁸⁰. Bu delil standardı, hem Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından kabul görmüş hem de Amerikan Hukuk Enstitüsü (*American Law Institute*) tarafından desteklenmiştir. Bu konuya ilişkin sınırlayıcı bir başka yenilik ise, telafi edici tazminata ve cezalandırıcı tazminata ilişkin davaların birbirinden ayrılması ve ayrı yargılamalar neticesinde karara bağlanmasıdır

⁴⁷⁸ Bu noktada özellikle Federal düzeydeki düzenlemelerin yetersizliği eleştirilmekte ve eyaletlerin düzenlemelerinin daha efektif sonuçlar doğurduğu vurgulanmaktadır. Bkz. **Mörsdorf-Schulte** 1999, s. 198 dn. 128.

⁴⁷⁹ **Schwartz** 1982, s. 146; **Mörsdorf-Schulte** 1999, s. 201.

⁴⁸⁰ Bu eyaletlerin listesi için bkz. **Mörsdorf-Schulte** 1999, s. 202 dn. 155.

(*complete bifurcation*). On dört ayrı eyalette telafi edici tazminatlar ile cezalandırıcı tazminat ayrı yargılamaların konusunu oluşturmaktadır. Davalının net malvarlığının mahkeme önüne taşınmasına ilişkin sınırlamalar da bu başlık altında değerlendirilebilecektir. Daha önce de belirttiğimiz gibi bazı eyaletler, ancak belirli ağırlıktaki delillerin varlığı halinde davalının net malvarlığının araştırılmasına izin vermekte veya ancak cezalandırıcı tazminata ilişkin koşulların oluştuğunun tespit edilmesinden sonra bu araştırmayı yapmaktadır⁴⁸¹. Birtakım eyaletlerde ise jüriye, cezalandırıcı tazminata ilişkin hükümlerini özel olarak açıklama yükümlülüğü getirilmiştir⁴⁸². Bu durumlarda jüri, hem neden cezalandırıcı tazminata hükmettiğini açıklamak hem de toplam tazminat içinde ne kadarlık bir meblağın cezalandırıcı tazminat teşkil ettiğini açıklamak durumundadır. Bunun da jüri üzerinde denetleyici bir işlevi bulunduğu belirtilmektedir.

Cezalandırıcı tazminata ilişkin reformlarda öne çıkan bir diğer unsur, cezalandırıcı tazminatın ön koşullarının detaylı olarak belirlenmesi ile bir sınırlamanın ve öngörülebilirliğin sağlanması çabasıdır⁴⁸³. Bu açıdan ilk olarak, cezalandırıcı tazminat için aranan koşullardan biri olan “fiilin ağırlığı” ve “failin kusurunun ağırlığı” kıstaslarını ifade etmek için kullanılan soyut ve ucu açık kavramların yerine daha kesinlik içeren ve net kavramların tercih edilmesi yönünde bir eğilim ortaya çıkmıştır⁴⁸⁴. Yine bazı düzenlemelerde, davalının malvarlığının dikkate alınması, fiilin zarar verene sağladığı

⁴⁸¹ Riedel 2016, s. 30; Mörsdorf-Schulte 1999, s. 205.

⁴⁸² Georgia, Nevada, California eyaletleri.

⁴⁸³ Bu tip bir sınırlamanın aynı zamanda aşırı önlemenin de önüne geçeceği belirtilmektedir. Bkz. Mörsdorf-Schulte 1999, s. 210.

⁴⁸⁴ California eyaleti Medeni Kanunu § 3294 (c) hükmü, “malice”, “fraud” ve “oppression” gibi cezalandırıcı tazminat kararlarından sıkça rastlanan kelimeleri detaylı olarak açıklamıştır.

karın tazminata esas alınması, davranışın ağırlığı ve sürekliliğinin bir şart olarak gibi uygulamalar göze çarpmaktadır⁴⁸⁵. *Illinois ve Oregon* eyaletlerinde ise avukatlık ve doktorluk gibi bazı mesleklere mensup kişiler, cezalandırıcı tazminattan kaynaklı sorumluluktan muaf tutulmuştur⁴⁸⁶.

Cezalandırıcı tazminatın kamuoyunu rahatsız etmesine ve sınırlama çabalarının gündeme gelmesine sebebiyet veren temel sorun, tazminat miktarlarının yüksekliğidir. Bu sebeple reform çalışmalarında cezalandırıcı tazminatın miktarının belirlenmesine yönelik sınırlamalar da getirilmiştir. Sınırlama için en işlevsel yöntem ise cezalandırıcı tazminata bir üst sınır getirilmesi olmuştur⁴⁸⁷. Bazı eyaletlerde doğrudan parasal sınırlar öngörülürken, bazı eyaletlerde ise üst sınır, telafi edici tazminatla orantılı olarak belirlenmiştir⁴⁸⁸. Birtakım eyaletler ise parasal sınırları sadece tıbbi sorumluluk veya ürün sorumluluğu gibi alanlarda öngörmekte ve bu sayede gerek üretim sektörünün gerekse de sağlık sektörünün işlerliğini koruyabilmeyi ummaktadır⁴⁸⁹. Yine bazı eyaletlerde ise sadece yargılama masrafları ve vekalet ücretleri açısından cezalandırıcı tazminata hükmedilebileceği düzenlenmiştir⁴⁹⁰. Bir sınırlama yöntemi olarak, “makullük” kavramının dikkate alınması tartışılrsa da, zaten fazlasıyla geniş olduğu için sınırlanması tartışılan bir kurumda, “makullük” kavramının da uygulayıcılara aşırı bir hareket alanı sağladığı ve belirtilen amaca uygun olmadığı belirtilmektedir.

⁴⁸⁵ Mörsdorf-Schulte 1999, s. 213

⁴⁸⁶ Mörsdorf-Schulte 1999, s. 214

⁴⁸⁷ Lenz 1992, s. 63; Riedel 2016, s. 30

⁴⁸⁸ Lenz 1992, s. 63; Riedel 2016, s. 30

⁴⁸⁹ Mörsdorf-Schulte 1999, s. 216 dn. 221-223.

⁴⁹⁰ Lenz 1992, s. 63.

Cezalandırıcı tazminat miktarının bir kısmının kamu makamlarının veya kar amacı gütmeyen özel kurumların kontrolündeki fonlara veya hesaplara aktarılması da cezalandırıcı tazminata ilişkin bir sınırlama aracı olarak çeşitli eyaletlerde kabul edilmiştir⁴⁹¹. Burada temel amaç, cezalandırıcı tazminatın “*talih kuşu (windfall)*” işlevini kısıtlamak ve zararı aşan kısmın kamusal menfaatler için kullanılmasını sağlamaktır. Bu şekilde, cezalandırıcı tazminat adeta bir kamu hukuku yaptırımını gibi sonuçlar doğuracak ve yaptırımın parasal sonucundan sadece zarar gören değil, en azından teoride, bütün toplum faydalanacaktır. Burada cezalandırıcı tazminatı bir miktarının aktarılacağı kamu makamları, davanın tarafı olmamakta, sadece kararın verilmesi sonrasında söz konusu tazminat alacağına ilişkin bir talep hakkı elde etmektedir⁴⁹². Birçok eyalette farklı oranların kamu makamlarına devri hususunda hükümler mevcuttur⁴⁹³. Illinois eyaletinde ise hakim, cezalandırıcı tazminat miktarını davacı, davacının vekili ve kamu makamları arasında paylaşırma hususunda geniş bir takdir yetkisine sahiptir⁴⁹⁴.

III. Cezalandırıcı Tazminat Miktarına İlk Derece Hakiminin Karar Vermesi Yönündeki Görüşler

Jürinin karar verme süreçlerindeki keyfiliği ve hukuk kurallarına ilişkin uzmanlık eksikliği, doktrinde, cezalandırıcı tazminatın şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini jürinin tespit etmesi, tazminat miktarına ise ilk derece hakiminin karar vermesi

⁴⁹¹ Bu düzenlemelere “*split recovery statutes*” adı verilmektedir. Bkz. **Riedel** 2016, s. 29; **Mörsdorf-Schulte** 1999, s. 221.

⁴⁹² Kanaatimizce bu durum Kıta Avrupası açısından bir nevi kazai (yargısal) temlik gibi görülebilecektir.

⁴⁹³ *Colorado- 1/3; Florida- %35; Alabama, Kansas, Missouri, Utah- %50; Oregon- %60; Georgia, Indiana, Iowa- %75.* Bkz. **Mörsdorf-Schulte** 1999, s. 222 dn. 269-179; **Riedel** 2016, s. 29 dn. 212-214.

⁴⁹⁴ **Riedel** 2016, s. 30.

gerekliliğine yönelik fikirlerin doğmasına sebebiyet vermiştir⁴⁹⁵. Hakimlerin jüriler kadar duygusal davranmaması ve daha rasyonel karar vermeleri, bu fikirlerin temel nedeni olarak gösterilmektedir⁴⁹⁶. Yine benzer şekilde cezai yaptırımları belirleme konusundaki tecrübelerinin de hakimlere bu konuda yardımcı olacağı da vurgulanmaktadır.

“*Remittitur*” adı verilen bir sistem de ilk derece hakimleri tarafından cezalandırıcı tazminatı sınırlamak için kullanılabilmektedir. Bu sistemde, ilk derece hakimi (üst mahkeme yargıçları da bu yöntemi kullanabilmektedir) jüri tarafından belirlenen ve aşırı gördüğü cezalandırıcı tazminatı indirmekte ve davacının önüne iki ayrı seçenek sunmaktadır⁴⁹⁷. Davacı dilerse bu indirilmiş miktarı kabul edip hakimın karara çıkmasını sağlayabileceği gibi, dilerse de bu miktarı reddedip, jürinin hükmettiği rakamda ısrarcı olarak tazminatın belirlenmesine ilişkin ek bir yargı sürecinin başlamasını sağlayabilecektir. İkinci seçeneğe yönelen davacı yeni bir yargılama sürecinin riskini de üzerine almış olmaktadır.

IV. Amerikan Yüksek Mahkemesi Tarafından Cezalandırıcı Tazminat Miktarına Getirilen Sınırlamalar

A. Genel Olarak

Amerikan Hukuku açısından cezalandırıcı tazminat, devlete duyulan güvensizliğe ve hakimlerin jüristokrasiye yönelmesine karşı bir önlem niteliği taşıyan ve jüri aracılığıyla bireylerin anayasal haklarını aktif olarak kullanmalarını sağlayan bir kurum olarak gelişmiş olsa da zaman geçtikçe miktarları yükselen ve keyfiyete yönelen cezalandırıcı tazminat kararları, bu sefer de zarar verenlerin anayasal güvenceleri

⁴⁹⁵ Lenz 1992, s. 63; Owen 1976, s. 1320.

⁴⁹⁶ Owen 1976, s. 1320 dn. 304.

⁴⁹⁷ Lenz 1992, s. 64.

açısından kaygılara yol açmıştır⁴⁹⁸. Ancak bütün bu eleştiriler dahi söz konusu kurumu ortadan kaldırmaya yönelik doktriner çabanın başarısız olmasına engel olamamıştır. Amerikan Hukukunun doksanlı yıllardaki genel yaklaşımı, cezalandırıcı tazminatın karmaşık ve yer yer kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki sınırı belirsizleştiren yapısına rağmen, özellikle davranış düzenleyici niteliği ile kullanışlı bir hukuki enstrüman olduğu yönündedir⁴⁹⁹. Hatta daha önceden cezalandırıcı tazminatı sınırlayan veya reddeden bazı eyaletlerde (örn. *Massachusetts*) dahi cezalandırıcı tazminatın tekrar öngörülmesinin tartışıldığı görülebilmektedir.

Cezalandırıcı tazminatın en yoğun şekilde tartışıldığı yıllarda, Amerikan Yüksek Mahkemesi, bu hukuki kurumun anayasallığına ilişkin sorulardan özenle kaçınmış ve bu tartışmanın dışında kalmayı tercih etmiştir⁵⁰⁰. Mahkeme, seksenli yılların sonuna doğru artık bu soruları cevapsız bırakmaya devam edememiş ve cezalandırıcı tazminata ilişkin anayasal sınırları tartıştığı önemli kararlar vermiştir.

B. Adil Yargılanma Hakkına Dayanan Sınırlamalar

Adil yargılanma hakkı, Amerikan Anayasasının 5. maddesinde ve 14. maddesinin ilk kısmında düzenlenmiştir⁵⁰¹. Adil yargılanma hakkı, yargılanma sürecindeki usul işlemlerinin adil olarak gerçekleştirilmesini içerdiği kadar, esasa (maddi hukuka) ilişkin

⁴⁹⁸ Mörsdorf-Schulte 1999, s. 180-181.

⁴⁹⁹ Mörsdorf-Schulte 1999, s. 190.

⁵⁰⁰ Riedel 2016, s. 35; Mörsdorf-Schulte 1999, s. 195.

⁵⁰¹ 5. Madde: “[..]nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law[.]”. 14. Madde 1. Kısım: “[..] nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law [..]”. İki hükmün kaleme alınış şekli birbiriyle neredeyse aynıdır. İki düzenleme arasındaki yegâne fark, 5. maddenin getirdiği korumanın federal düzeyde olması, 14. maddenin ise eyaletlerdeki hukuki işlemler açısından bir güvence sağlamasıdır.

de bir güvence sağlamaktadır. Adil yargılanma hakkı hem hukuk hem de ceza yargılamalarında uygulanabilecektir⁵⁰². Amerikan Yüksek Mahkemesi de verdiği cezalandırıcı tazminata ilişkin kararlarında adil yargılanma hakkının esasa ilişkin sağladığı güvenceden hareket etmiştir⁵⁰³.

Cezalandırıcı tazminata ilişkin standartların belirsizliğinden hareket eden yazarlar, bu geniş takdir yetkisinin davalı açısından bir adil yargılanma hakkı ihlali oluşturduğunu savunmaktadır⁵⁰⁴.

Amerikan Yüksek Mahkemesinin cezalandırıcı tazminatı adil yargılanma hakkı bağlamında incelendiği ilk önemli karar olan 1991 tarihli *Pacific Mutual Life Insurance Company v. Haslip*⁵⁰⁵ kararında davacı Haslip, sigorta primlerine ilişkin ödeme yapmış ancak sigorta acentasındaki görevli bu primleri hesaba geçmeyerek parayı kendi hesabına yatırmıştır. Sigorta konusu sağlık risklerinin gerçekleşmesi sonucunda sigorta şirketinden tazminat talebinde bulunan Haslip, sözleşmenin geçerli olmadığını bu aşamada öğrenmiştir. Bunun üzerine sigorta şirketine dava açan Haslip, hem uğradığı zararların hem de sigorta şirketi çalışanının sorumsuzca davranışından kaynaklı olarak cezalandırıcı tazminatın ödenmesine ilişkin talepte bulunmuştur. Dava sonucunda toplam 1.040.000 USD tazminata hak kazanmıştır. Bu tazminatın yaklaşık 840.000 USD'lik kısmı cezalandırıcı tazminattır. Bir diğer deyişle, telafi edici tazminat miktarının yaklaşık dört katı tutarında cezalandırıcı tazminata hükmedilmiştir. Alabama Yüksek Mahkemesi kararı onamış ve uyuşmazlık Amerikan Yüksek Mahkemesinin önüne gelmiştir.

⁵⁰²⁵⁰² Brockmeier, adil yargılanma hakkının esasa ilişkin güvence sağlayan kısmını, keyfilik yasağı olarak isimlendirmektedir. Bkz. **Brockmeier** 1999, s. 12.

⁵⁰³ **Riedel**, 2016, s. 34.

⁵⁰⁴ **Lenz** 1992, s. 81.

⁵⁰⁵ *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, 111 S.Ct. 1032 (1991).

Amerikan Yüksek Mahkemesi, hükmedilen cezalandırıcı tazminat miktarının ve bu konudaki geniş takdir yetkisinin adil yargılanma hakkını ihlal etmediğine karar vermiştir⁵⁰⁶. Mahkeme bu kararı verirken, *Alabama* eyaletinde cezalandırıcı tazminatın tespitine ilişkin üç ayrı sınırlamadan hareket etmiş ve bu sınırlamalar sayesinde adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğini belirtmiştir⁵⁰⁷. Bu sınırlamalardan ilki jürilerin hangi davalarda cezalandırıcı tazminata hükmedebileceğine ve cezalandırıcı tazminat miktarının nasıl belirleneceğine ilişkin önceden bilgilendirilmiş olmasıdır⁵⁰⁸. İkinci sınırlama, ilk derece hakimlerinin belirlenen tazminat miktarını denetleme ve makul sınırlara indirme yetkisidir⁵⁰⁹. Yüksek Mahkemenin değindiği bir diğer sınırlama ise Alabama Eyaletindeki temyiz mahkemelerinde de cezalandırıcı tazminatın denetlenme imkanının bulunuyor olmasıdır⁵¹⁰. Yüksek Mahkeme, cezalandırıcı tazminata hükmetme hususundaki takdir yetkisinin jüriye tanınmış olmasının adil yargılanma hakkının ihlal edilmiş sayılması için tek başına yeterli olmadığını, jürinin karar verme süreci ve bu sürecin denetimine ilişkin makul sınırlar sağlayan hukuki kurumların bulunduğu durumlarda adil yargılanma hakkının zarar görmeyeceğini vurgulamıştır⁵¹¹.

1993 tarihli *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.* kararında Yüksek Mahkeme, hükmedilen cezalandırıcı tazminat miktarının adil yargılanma hakkına aykırılığı sorununu bir kez daha değerlendirmiştir⁵¹². Karara konu olayda *Alliance*

⁵⁰⁶ *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, 111 S.Ct. 1032, 1043 (1991).

⁵⁰⁷ **Lenz** 1992, s. 81–82.

⁵⁰⁸ *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, 111 S.Ct. 1032, 1044 (1991).

⁵⁰⁹ *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, 111 S.Ct. 1032, 1044 (1991).

⁵¹⁰ *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, 111 S.Ct. 1032, 1045 (1991).

⁵¹¹ **Riedel** 2016, s. 35.

⁵¹² *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.*, 113 S.Ct. 2711 (1993).

Resources Corp. şirketi, petrol ve gaz geliştirmeleri yapma hakkına sahiptir. *TXO Production Corp.* şirketi ise bu hakları ve işletme ruhsatlarını daha yüksek bedelden yenileme gayesiyle, geçersiz bir ibranameye dayanarak *Alliance Resources Corp.* üzerinde baskı kurmuştur. *TXO Production Corp.*'un sahip olduğu finansal gücün de etkisiyle *Alliance Resources Corp.* çeşitli zararlara katlanmak zorunda kalmış ve şirketin imajı da kamuoyu nezdinde zarar görmüştür. İlk derece yargılamasında jüri, 19.000 USD telafi edici, 10.000.000 USD ise cezalandırıcı tazminata hükmetmiştir. *West Virginia* eyaleti Yüksek Mahkemesi de kararı onamıştır.

Amerikan Yüksek Mahkemesi yaptığı değerlendirmede, adil yargılanma hakkının yalnızca usul hukuku işlemlerine yönelik olmadığını, dava taraflarının maddi hukuktan kaynaklanan haklarının da bu korumaya dahil olduğundan hareket etmiştir. Telafi edici tazminatla cezalandırıcı tazminat miktarları arasında büyük bir orantısızlık bulunması halinin, cezalandırıcı tazminata ilişkin hukuki belirsizlik sebebiyle davalının adil yargılanma hakkına müdahale niteliği taşıyabileceğini belirten Yüksek Mahkeme, cezalandırıcı tazminata bir oransal sınır getirilmesini ise uygun bulmamıřtır⁵¹³. Mahkemeye göre davalının maddi durumu, eylemlerinin ısrarcılığı ve sorumsuz tutumu, öngörülen 10.000.000 USD tutarındaki cezalandırıcı tazminatı orantısız olarak değerlendirmeye engel olmaktadır⁵¹⁴. Yargıçlar Scalia ve Thomas, esasen bu karara katılmakla beraber, gerekçe konusunda çoğunluk görüşünden ayrılmış ve Yüksek Mahkemenin ancak usuli işlemler açısından bir inceleme yapabileceğini, bunun dışındaki

⁵¹³ *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.*, 113 S.Ct. 2711, 2712 vd. (1993).

⁵¹⁴ *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.*, 113 S.Ct. 2711, 2721-2722 (1993).

sınırlamanın ise ancak eyalet düzeyindeki yasalarla ve mahkeme kararlarıyla öngörülebileceğini belirtmiştir⁵¹⁵.

Amerikan Yüksek Mahkemesinin cezalandırıcı tazminatı adil yargılanma hakkı bağlamında incelediği ilk kararlarında, Common Law geleneği açısından köklü bir kurum olan cezalandırıcı tazminata müdahale etmeme isteğinin ağır bastığı görülmektedir⁵¹⁶. Mahkemenin temel kaygısı, kontrolsüzce hükmedilen tazminatlara ve keyfilige engel olmaktan ibarettir. Cezalandırıcı tazminat kurumuna yönelik genel eleştiriler, Yüksek Mahkeme nezdinde sınırlı bir karşılık bulmuştur. Ancak 1996 tarihli *BMW of North America, Inc. v. Gore* kararıyla birlikte bu tutumun kısmen de olsa değiştiğini söylemek mümkün olacaktır.

C. BMW of North America, Inc. v. Gore Kararıyla Öngörülen Üçlü Sınırlama

*BMW of North America, Inc. v. Gore*⁵¹⁷, Amerikan Yüksek Mahkemesinin cezalandırıcı tazminata ilişkin sınırlama yetkisini eyaletlerde gören ve bu yetkiye müdahale etmekten olabildiğince kaçındığı içtihadından ilk defa ayrıldığı ve cezalandırıcı tazminat miktarı üzerinden adil yargılanma hakkına ilişkin değerlendirmeler yaptığı karardır. Karara konu olayda, davacı Gore, BMW markasına ait distribütörden yeni bir araç satın almış ancak kısa bir süre sonra aracın bazı kısımlarının boyalı olduğu ortaya

⁵¹⁵ *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.*, 113 S.Ct. 2711, 2726-2728 (1993).

⁵¹⁶ Honsell, Yüksek Mahkeme'nin bazı kararlarda adil yargılanma hakkı kapsamında bir değerlendirme yapabilmek için cezalandırıcı tazminata ceza benzer bir kamusal yaptırım niteliği yükleme çabasını eleştirmektedir. Yazara göre, bir yaptırımın özel hukuk veya kamu hukuku yaptırımı olması, adil yargılanma hakkı bakımından bir farklılık yaratmamalıdır. Anaysal bir güvence olan adil yargılanma hakkı bütün hukuk dallarına ait yaptırımlarda korunmalıdır. Bkz. **Honsell** 2008, s. 328.

⁵¹⁷ *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 116 S.Ct. 1589 (1996).

çıkmiştir. Davacı Gore, hem bundan dolayı oluşan değer kaybını hem de firmanın arabayı bu şekilde satmış olmasından kaynaklı olarak cezalandırıcı tazminata hükmedilmesini talep etmiştir. Yargılamalar esnasında BMW şirketinin, araçta meydana gelen bu tip hasarlar, aracın önerilen satış bedelinin yüzde üçünü aşmadığı müddetçe distribütörlere de bilgilendirme yapmadığı ortaya çıkmıştır. Jüri, BMW şirketini 4.000 USD telafi edici ve 4.000.000 USD cezalandırıcı tazminat ödemeye mahkum etmiştir. Alabama Yüksek Mahkemesi, cezalandırıcı tazminat miktarını 2.000.000 USD'ye indirmiştir.

Amerikan Yüksek Mahkemesi beşe dört çoğunlukla verdiği karar ile, indirilmiş haliyle dahi telafi edici tazminat miktarının beş yüz katı tutarında olan cezalandırıcı tazminatın orantısız ve anayasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir⁵¹⁸. Yüksek Mahkeme, cezalandırıcı tazminata ilişkin getirilecek sınırlamalar konusunda eyaletlere de yol gösterici olması amacıyla, üçlü bir sınırlama ve denetim öngörmüştür. Bu sınırlamalar sayesinde cezalandırıcı tazminat miktarlarının daha tahmin edilebilir olması ve zarar veren kişilerin de en azından katlanacakları yaptırımları öngörebilir olmaları amaçlanmıştır⁵¹⁹. Yargıçlar Scalia ve Thomas ise yine kararın sonucuna katılmakla birlikte, *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.* kararındaki görüşlerini tekrarlamış ve denetimin eyalet düzeyinde kalması gerekliliğini vurgulamıştır.

1. Davalının Davranışının Kınanabilirliği

Yüksek Mahkemeye göre, cezalandırıcı tazminata hükmedilirken zarar verenin davranışının kınanabilirliği dikkate alınmalıdır. Verilen zararın eşyaya mı kişiye mi verildiği, zarar verenin kayıtsız veya umarsızca bir eyleminin söz konusu olup olmadığı, zarar görenin mali açıdan kırılgan bir durumda bulunup bulunmadığı, zarar verenin

⁵¹⁸ *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 116 S.Ct. 1589, 1598 (1996).

⁵¹⁹ **Riedel** 2016, s. 38.

eyleminin bir defaya mahsus olarak mı gerçekleştiği yoksa benzer eylemlerin alışkanlık haline mi getirildiği gibi temelde kusura ilişkin hususların dikkate alınması gerekmektedir⁵²⁰. Burada Yüksek Mahkeme hem zararın yöneldiği değerin malvarlığı mı yoksa kişivarlığı değeri mi olduğunun önem taşıdığını ve kusurun en azından ağır kusur niteliğinde olması gerektiğini ifade etmektedir.

BMW of North America, Inc. v. Gore kararında Yüksek Mahkeme, davalının davranışını bu kadar yüksek bir cezalandırıcı tazminatı haklı kılacak kadar ağır bulmamıştır. Özellikle burada sadece bir malvarlığı zararının bulunması, bu zararın aracın güvenliğine veya konforuna etki etmemesi gibi hususlara da kararda yer verilmiştir⁵²¹. Araçtaki ayıbın yalnızca kozmetik nitelikte olması sebebiyle davalı şirketin sorumsuzca veya kayıtsızca hareket ettiğine dair yeterli emarenin bulunmadığına hükmedilmiştir.

2. Telif Edici Tazminat Miktarı ile Cezalandırıcı Tazminat Miktarı Arasında Makul Bir Oranın Varlığı

Amerikan Yüksek Mahkemesi, *BMW of North America, Inc. v. Gore* kararı ile birlikte adil yargılanma hakkının ihlal edilmemesi için telif edici tazminat ile cezalandırıcı tazminat arasında makul bir oranın bulunması gerektiği görüşünü benimsemiştir⁵²². Mahkemeye göre 4.000 USD'lik bir maddi zararın söz konusu olduğu somut olayda, indirilmiş haliyle dahi 2.000.000 USD cezalandırıcı tazminata hükmedilmiş olması ölçülülüğün sınırlarını aşmaktadır. Mahkemenin bu düşüncesinin altında yatan temel fikir, hukuki belirliliği ve bu sayede de hukuki güvenliği

⁵²⁰ **Brockmeier** 1999, s. 15; **Riedel** 2016, s. 38.

⁵²¹ *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 116 S.Ct. 1589, 1599 (1996).

⁵²² *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 116 S.Ct. 1589, 1601-1603 (1996).

sağlayabilmektedir. Bu sayede davalı (zarar veren), zarar verici eyleminin sonuçlarını en azından tahmin edebilecek ve ölçüsüz bir cezalandırıcı tazminat ile karşılaşmak durumunda kalmayacaktır. Özellikle de haksız fiilin sonucunda ortaya çıkan zararın çok yüksek olmadığı hallerde, cezalandırma ihtiyacının da azaldığı açıkça ortadadır⁵²³.

3. Benzer Davranışlarda Gündeme Gelen Medeni Hukuk veya Ceza Hukuku Yaptırımlarıyla Karşılaştırma Yapılması

Son olarak, Amerikan Yüksek Mahkemesi, cezalandırıcı tazminata konu eyleme ilişkin olarak diğer cezai yaptırımların da dikkate alınması gerektiğini ve tazminatın belirlenmesinde bu yaptırımların da önem taşıdığını belirtmiştir⁵²⁴. Burada amaç, eyalet mahkemelerinin daha yüksek bir cezalandırıcı tazminata hükmetmesine engel olmak değildir⁵²⁵. Ancak diğer yaptırımlar ile cezalandırıcı tazminat arasında büyük bir nispetsizlik bulunması, cezalandırıcı tazminat miktarının da orantısız olduğuna ilişkin bir hareket noktası oluşturabilecektir. Örneğin karara konu olayda Alabama eyaletinin *Yanıltıcı Ticari Uygulamalar Kanunu*⁵²⁶ benzer eylemler için 2.000 USD’lik bir para cezası öngörmüştür. Bu rakam ile 2.000.000 USD’lik cezalandırıcı tazminat miktarı arasında bir orantısızlık olduğu ortadadır. Mahkeme, BMW şirketinin davranışının bu orantısızlığı haklı çıkaracak kadar ağır olmadığı tespitinde bulunmuştur⁵²⁷.

⁵²³ Brockmeier 1999, s. 15.

⁵²⁴ *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 116 S.Ct. 1589, 1603-1604 (1996).

⁵²⁵ Riedel 2016, s. 39.

⁵²⁶ “Alabama Deceptive Trade Practices Act”.

⁵²⁷ *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 116 S.Ct. 1589, 1603 (1996).

D. BMW of North America, Inc. v. Gore Kararı Sonrasında Amerikan Yüksek Mahkemesi Tarafından Öngörülen Ek Sınırlamalar

Amerikan Yüksek Mahkemesi, *BMW of North America, Inc. v. Gore* kararı sonrasında verdiği kararlarında cezalandırıcı tazminat miktarına ilişkin denetimlerini giderek daha da sıkılaştırmıştır. Mahkeme, *BMW of North America, Inc. v. Gore* kararındaki üçlü kriterine ek olarak telafi edici tazminat ile cezalandırıcı tazminat arasındaki orana ilişkin de daha da katı sınırlar öngörmüştür.

2001 tarihli *Cooper Industries Inc., v. Leatherman Tool Group, Inc.* kararına⁵²⁸ konu olan olayda, *Leatherman Tool Group, Inc.* şirketine ait olan çok fonksiyonlu bir cep çakısı, *Cooper Industries Inc.* şirketi tarafından kopyalanmış ve ek özellikler de eklenerek piyasa sürülmüştür. Bu sebeple *Leatherman Tool Group, Inc.* şirketine 500.000 USD telafi edici, 4.500.000 USD ise cezalandırıcı tazminat ödenmesine hükmedilmiştir. Temyiz mahkemesinin cezalandırıcı tazminat miktarını orantısız bulmaması üzerine konu Amerikan Yüksek Mahkemesinin önüne gelmiştir.

Amerikan Yüksek Mahkemesi, karar metninde, sadece ilk derece mahkemelerinin değil temyiz mahkemelerinin de *BMW of North America, Inc. v. Gore* ile öngörölmüş olan ilkeleri dikkate alması gerektiğini vurgulamıştır. *BMW of North America, Inc. v. Gore* kararında öngörülen yol gösterici ilkeler bu davada uygulanmış olsaydı farklı sonuçlara ulaşılabileceğini belirten Yüksek Mahkeme, bozma yönünde karar vermiştir.

2003 tarihli *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell*⁵²⁹ kararına konu olan olayda ise, Campbell ailesi, *State Farm Mut. Auto. Ins. Co.* sigorta şirketine her bir üyesi için 25.000 USD limitli bir mali sorumluluk sigortası yaptırmıştır. Ardından Campbell

⁵²⁸ *Cooper Industries Inc., v. Leatherman Tool Group, Inc.*, 121 S.Ct. 1678 (2001).

⁵²⁹ *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell*, 123 S.Ct. 1513 (2003).

ailesinin bir ferdi trafik kazasına sebebiyet vermiş ve bir motosiklet sürücüsünün ölümüne bir diğerinin ise daimi olarak engelli duruma gelmesine yol açmıştır. Zarar görenlerle *State Farm Mut. Auto. Ins. Co.* arasında yapılan arabuluculuk görüşmelerinde zarar görenlerin ileri sürdüğü 50.000 USD’lik teklif *State Farm Mut. Auto. Ins. Co.* şirketi tarafından reddedilmiş ve Campbell ailesine bu kazadan dolayı kendilerinin sorumlu tutulamayacağı yönünde telkinde bulunulmuştur. Ancak zarar görenlerin söz konusu hukuki olayı mahkeme önünde taşıdığına baba Campbell kusurlu bulunmuş ve toplamda 185.000 USD tutarında bir tazminatla karşı karşıya kalmıştır. *State Farm Mut. Auto. Ins. Co.* şirketi ise sorumluluk sigortası limitinin üzerindeki kısım için ödeme yapmayı reddetmiştir ve uyuşmazlık ortaya çıkmıştır. Bu davada *State Farm Mut. Auto. Ins. Co.* şirketinin ülke genelinde benzer nitelikte kötücül davranışları da dava sürecinde ortaya konulmuştur. İlk derece yargılaması neticesinde jüri tarafından 2.600.000 USD telafi edici, 145.000.000 USD ise cezalandırıcı tazminata hükmedilmiştir. İlk derece hakimi, cezalandırıcı tazminat miktarını 25.000.000 USD’ye indirmiştir. Ancak Utah eyaleti Yüksek Mahkemesi cezalandırıcı tazminatı tekrar 145.000.000 USD’ye çıkarmıştır⁵³⁰.

Amerikan Yüksek Mahkemesi altıya üç çoğunlukla aldığı karar ile Utah eyaleti Yüksek Mahkemesinin *BMW of North America, Inc. v. Gore* kararı ile öngörülmüş olan yol gösterici ilkeleri uygulamakla mükellef olduğunu, bunların dikkate alınmamış olmasının davalının adil yargılanma hakkını zedelediğini vurgulayarak kararın bozulmasına hükmetmiştir⁵³¹. Yüksek Mahkemenin verdiği kararın en çarpıcı kısmı ise, mahkemenin telafi edici tazminat ile cezalandırıcı tazminat arasındaki oransallığa dikkat çektiği ve bire dokuz gibi oranın çoğunlukla Anayasaya aykırı olacağını vurguladığı

⁵³⁰ *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell*, 123 S.Ct. 1513, 1517 vd. (2003).

⁵³¹ *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell*, 123 S.Ct. 1513, 1526 (2003).

kısımdır. Yüksek Mahkemeye göre iki veya dört kat gibi oranların kabul edilebilmesi mümkünken, davalının davranışı çok büyük zararlara yol açmadıkça bu oranların üzerine çıkılmaması gerekmektedir. Yüksek Mahkeme, her ne kadar oransal olarak kesin bir sınır öngörmekten kaçınsa da tek haneli oranların önleme ve cezalandırma amacını gerçekleştirmek için yeterli olacağını vurgulamıştır. 1.000.000 USD tutarındaki telafi edici tazminatın zaten yeterince yüksek olduğunu vurgulayan Yüksek Mahkeme, bu olayda aynı miktardaki bir cezalandırıcı tazminatın dahi yeterli olabileceğini belirtmiştir⁵³². Mahkeme *BMW of North America, Inc. v. Gore* kararında öngörülen üçüncü ilkeyi de dikkate almıştır. Utah eyaletindeki en yüksek para cezasının 10.000 USD olduğu dikkate alındığında, 145.000.000 USD'lik cezalandırıcı tazminatı açıklamanın oldukça güç olduğu açıklanmıştır.

Hem medyatik yönü hem de hükmedilen cezalandırıcı tazminat miktarı ile ünlü olan bir diğer dava ise *Philip Morris, Inc. USA v. Williams*⁵³³ kararıdır. Sigara kullanımı ile ilintili olarak hastalanan ve hayatını kaybeden Fred Williams'ın eşi, ünlü tütün üreticisi Philip Morris şirketine karşı açtığı dava ile tazminat talebinde bulunmuştur. Davacı, Philip Morris şirketinin sigara kullanımının sebebiyet vereceği zararları gizleyecek şekilde reklam yaptığını ve kullanıcılarını bilgilendirmediğini belirtmiştir. Oregon eyaletinde görülen dava neticesinde jüri, 821.000 USD telafi edici, 79.500.000 USD ise cezalandırıcı tazminata hükmetmiştir. Temyiz sürecinde Philip Morris şirketi, neredeyse bire yüz oranında olan bu tazminatın adil yargılanma hakkını ihlal edecek nitelikte olduğunu vurgulamıştır. Ayrıca üçüncü kişilere verilmiş olduğu iddia edilen zararlardan ötürü bu davada Philip Morris şirketinin sorumlu tutulamayacağı da savunulmuştur.

⁵³² Riedel 2016, s. 44.

⁵³³ *Philip Morris USA v. Williams*, 127 S.Ct. 1057 (2007).

Ancak bütün bu savunmalara rağmen, Oregon eyaleti Yüksek Mahkemesi jürinin kararını onamıştır⁵³⁴.

Yüksek Mahkeme, beşe dört çoğunlukla aldığı karar ile Oregon eyaleti yargı organlarınca verilen kararı bozmuştur. Mahkeme, üçüncü kişilere verilen zararların mevcut davadaki cezalandırıcı tazminatın hesaplanmasında dikkate alınmış olmasının keyfilik, belirsizlik ve hukuki öngörülemezlik yarattığını belirtmiştir⁵³⁵. Ayrıca, jürinin Philip Morris şirketinin gerçekleştirdiği haksız fiilden ötürü kaç kişinin etkilendiği tespit etmesinin de mümkün olmadığına değinilmiştir. Mahkeme, belirtilen sebeplere dayanarak, cezalandırıcı tazminat miktarının orantısallığına dahi değinmeden kararı bozmuştur⁵³⁶.

Amerikan Yüksek Mahkemesinin son zamanlardaki kararları incelendiğinde, ilk dönem kararlarının aksine cezalandırıcı tazminatı bir ceza yaptırımını gibi ele aldığı ve ceza benzeri yapısından hareketle kamusal karakterli bir ceza gibi gördüğünü söylemek mümkündür⁵³⁷. Bu sebeple de Amerikan Anayasanın 14. Maddesinde belirtilen adil yargılanma hakkı bağlamında cezalandırıcı tazminatın da öngörülebilir ve orantılı olması gerektiği vurgulanmaktadır.

E. Ara Değerlendirme

Cezalandırıcı tazminat yaptırımının melez yapısı ve keyfiliği açık karakteri sebebiyle, *Common Law* sistemlerinde bu kurumun sonuçlarını sınırlamaya yönelik adımlar atılmıştır. ABD’de bazı eyaletler cezalandırıcı tazminatın hükmedilme

⁵³⁴ *Philip Morris USA v. Williams*, 127 S.Ct. 1057, 1061 (2007).

⁵³⁵ *Philip Morris USA v. Williams*, 127 S.Ct. 1057, 1063 (2007).

⁵³⁶ *Philip Morris USA v. Williams*, 127 S.Ct. 1057, 1065 (2007).

⁵³⁷ **Riedel** 2016, s. 45.

koşullarını sıkılaştırma yoluna giderken, bazı eyaletlerde ise cezalandırıcı tazminat miktarları sınırlandırılmıştır. İngiltere’de ise *Rooges v. Barnard* kararıyla zaten halihazırda cezalandırıcı tazminata ilişkin davalar sınırlandırılmıştır.

Amerikan Yüksek Mahkemesi, cezalandırıcı tazminatı adil yargılanma hakkı bağlamında değerlendirmiş ve belirli sınırlamalar öngörmüştür. Bu sınırlamaların en önemlisi *BMW of North America, Inc. v. Gore* kararıyla getirilen üçlü sınırlamadır. Buna göre cezalandırıcı tazminat miktarı belirlenirken, davalının davranışının ağırlığı ve kınanabilirliği dikkate alınmalı, telafi edici tazminat ile cezalandırıcı tazminat arasında makul bir oran bulunmalı ve benzer davranışların varlığı halinde uygulanan ceza yaptırımları cezalandırıcı tazminat belirlenmesinde bir tavan olarak dikkate alınmalıdır. Mahkeme yıllar içerisinde gerçekleştirdiği içtihadıyla önce cezalandırıcı tazminatın belirlenmesindeki ana ilkeleri ortaya koymuş, sonrasında ise telafi edici tazminatlar ile cezalandırıcı tazminat arasındaki oranın çift haneli olmaması gerekliliğini (*single digit rule*) getirmiştir. Hatta mahkeme, son kararlarında cezalandırıcı tazminat miktarının, somut olaya ilişkin önemli bir farklılık oluşmadığı müddetçe, telafi edici tazminat tutarını aşmaması gerektiğini de belirtmiştir⁵³⁸. Sadece telafi edici tazminat miktarının çok düşük olduğu çeşitli örneklerde bu sınırların aşılabileceği belirtilmiştir. Bu sebeple, her ne kadar bir sınırlama isteği bulunsa da, mutlak bir rakamsal sınır konulmasından kaçınılmıştır⁵³⁹. Böylece, seksenli yıllarla birlikte yükselen cezalandırıcı tazminat tutarlarını Anayasal ilkeler aracılığıyla sınırlamaya çalışmıştır. Yüksek Mahkemenin bu proaktif tutumu birçok farklı görüşü de beraberinde getirmiştir.

⁵³⁸ *Exxon Shipping Co. v. Baker*, 128 S. Ct. 2605 (2008).

⁵³⁹ “We decline to impose a bright line ratio which a punitive damages award cannot exceed”. *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408 (2003).

Doktrindeki hakim görüş, Amerikan Yüksek Mahkemesinin adil yargılanma hakkına dayanarak yürütmeye çalıştığı bu sınırlama çabasının yetersiz kaldığını savunmaktadır⁵⁴⁰. Bu görüşe göre mahkeme, cezalandırıcı tazminata öngörülebilirlik getirmeye çalışsa da getirdiği kuralların aşırı esnek yapısı sebebiyle bunu başaramamıştır. *Exxon Shipping Co. v. Baker* kararı sonrasında başlayan tartışmalar, açık bir oransal sınır getirmediğçe aranan belirliliğe ulaşamayacağını göstermektedir⁵⁴¹. Bir diğer görüş ise oransal sınır getirme yolundaki çabaların zaten mantıklı olmadığını, kolayca aşılabileceğini savunmakta ve bu yaklaşıma karşı çıkmaktadır⁵⁴². Aynı görüş, *BMW of North America, Inc. v. Gore* kararından öngörülen kriterlerin aşırı geniş olduğunu, ilerideki benzer davalar için aynı kriterleri uygulamanın çok kolay olmadığını, bu kriterlerin eyalet mahkemeleri üzerinde bir baskı oluşturduğunu, adeta yeni bir temyiz mercii oluşturduğunu ve eyalet mahkemeleri ile federal mahkemeler arasındaki kuvvetler dengesini zedeleyici nitelikte olduğunu belirtmekte ve bu tür oranların belirlenmesinin doğru olmadığını belirtmektedir⁵⁴³.

Kanaatimizce, cezalandırıcı tazminata ilişkin en büyük problem hukuki güvenlik ilkesine aykırı ve keyfi şekilde hükmedilmesi ihtimalidir. Yetmişli ve seksenli yıllarda ABD’de de yaşanan cezalandırıcı tazminat çılgınlığı da bu keyfiyetin insanlarda yarattığı talih kuşu imajının bir sonucudur. Cezalandırıcı tazminat, insanların zengin olma hayalinin elverişli bir enstrümanı gibi görülmeye başlanmıştır. Dolayısıyla cezalandırıcı tazminata bir sınır getirme ve kriterleri tespit ederek belirliliği sağlama çabaları ortaya

⁵⁴⁰ **Brooks** 2010, s. 513 vd; **Sharkey** 2009, s. 28 vd.

⁵⁴¹ **Brooks** 2010, s. 518 vd.

⁵⁴² **Sebok** 2009, s. 194.

⁵⁴³ **Brockmeier** 1999, s. 16.

çıkılmıştır. Bu çaba gerçekten de gereklidir. Aksi takdirde, cezalandırıcı tazminata yönelik yoğun ilginin devam edeceği açıktır.

Ancak bütün bu ilkelere ve oran tespiti çabalarına rağmen, cezalandırıcı tazminatın sebebiyet verdiği belirsizlik hali devam etmektedir⁵⁴⁴. Zira mahkeme kararları ile getirilen sınırlamalar birçok olayda esnetilmekte ve gerçek zarar ile cezalandırıcı tazminat arasındaki ilişki net olmayan kriterler kapsamında tespit edilmektedir. Temel sorun, gerçek zararı aşan miktara hükmedilirken herhangi bir somut kriterin ve gerekçenin bulunmamasıdır. Bu durum devam ettiği müddetçe, cezalandırıcı tazminat doğası gereği belirsiz ve keyfiliğe kaçan bir yaptırım olmaya devam edecektir.

⁵⁴⁴ Benzer yönde bkz. **Honsell** 2008, s. 327.

2. BÖLÜM

TÜRK-İSVİÇRE HUKUKU'NDA MADDİ VE MANEVİ TAZMİNATIN İŞLEVLERİ, BELİRLENMESİNDEKİ TEMEL İLKELER VE CEZALANDIRICI TAZMİNATIN TÜRK-İSVİÇRE HUKUKU AÇISINDAN KABUL EDİLEMEZLİĞİ

§8 TÜRK-İSVİÇRE HUKUKUNDA MADDİ TAZMİNATIN İŞLEVLERİ VE MADDİ TAZMİNATIN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN TEMEL İLKELER

I. Genel Olarak

Zarar kavramı, bütün hukuk sistemlerinde sıklıkla tartışılan ve genel bir tanımına ulaşmanın karşılaştırmalı hukuk çalışmalarında dahi mümkün olmadığı bir kavram olarak tanımlanmaktadır⁵⁴⁵. Bu sebeple zararın, bütün zarar hallerini tüketici bir tanımına ulaşmak mümkün değildir. Ancak belirli zarar türlerinin genel hatlarıyla tanımlanması mümkündür. Buna göre maddi zarar, kişinin ekonomik olarak ölçülebilir zararlarını ifade eden geniş bir kavramdır. Maddi zararın ispatı, belirlenmesi ve buna uygun bir maddi tazminata hükmedilmesine ilişkin süreçler, sorumluluk hukukunun en temel konularından birini oluşturmaktadır. Her hukuk sistemi, maddi zararların mümkün olan her kısmını tazmin edilebilir hale getirmek için büyük bir çaba göstermektedir. Ancak kabul etmek gerekir ki maddi zararın hangi menfaatlerden oluştuğunu ve sınırlarını tespit etmek hukuk politikası açısından çok fazla tartışmayı da beraberinde getiren önemli bir konudur⁵⁴⁶. Bu tartışmaların temelinde maddi tazminatın işlevlerinin neler olduğu ve

⁵⁴⁵ **Schlechtriem** 1997, s. 232 vd.; **Ergüne** 2008, s. 8; **Topuz** 2020, s. 39.

⁵⁴⁶ **MüKoBGB/Oetker** §249 N. 17; **Büyüksağış** 2007, s. 40. Müller, BGB'de hangi zararların tazmin edileceğine ilişkin açık bir düzenlemenin yer almadığını, zarara ilişkin çeşitli parametrelerin bu sınırlayıcı işlevi sağladığını belirtmektedir. Bkz. **Müller** 2000, s. 73. Fuchs/Pauker ise zararın genel bir tanımının yapılmasındaki güçlüğü dikkat çekmektedir. Bkz. **Fuchs/Pauker** 2012, s. 340.

zenginleşme yasağına hangi hallerde istisna getirilebileceği gibi konular yatmaktadır. Hukuk sistemleri, zarar kavramına kapsamlı bir tanım getirmekten özellikle kaçınmaktadır.

Maddi zararı oluşturan kalemler fiili zarar ve yoksun kalınan kardır⁵⁴⁷. Fiili zarar (*damnum emergens*), malvarlığında meydana gelen doğrudan (net) azalmaları ifade etmektedir. Bu açıdan malvarlığının aktifini doğrudan azaltan kayıplar veya pasifini doğrudan artıran harcamalar birer fiili zarar teşkil etmektedir. Bir eşyanın yok olması, bir miktar paranın malvarlığından çıkması, tamir masraflarının ödenmesi gibi haller fiili zarara örnek teşkil etmektedir⁵⁴⁸.

Yoksun kalınan kar (*lucrum cessans*) ise zarar verici olay sebebiyle meydana gelmesine engel olunan artışı ifade etmektedir⁵⁴⁹. Yoksun kalınan kazanç, malvarlığının fiili durumu ile ilgili değildir. Gelecekte gerçekleşecek bir kazanç ihtimalinden mahrum kalmayı ifade etmektedir. Bir mutlak hakkın veya özel koruma normunun ihlalinin bulunmadığı hallerde yoksun kalınan karın talep edilebilmesi mümkün değildir. Ancak bir mutlak hakkın veya özel koruma normunun ihlali neticesinde yoksun kalınan kar

⁵⁴⁷ Schnyder/Portmann/Müller-Chen 2013, s. 9; Schwenger 2009, N. 14.13; Eren/Dönmez, Eren Borçlar Hukuku Şerhi 2022, s. 1077; Tekinay/Akman/Burcuoplu/Altop 1993, s. 752; Topuz 2020, s. 34; Antalya, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 139; s. Ergüne 2008, s. 10; Doğan/Şahan/Atamulu 2021, s. 202.

⁵⁴⁸ Furrer/Müller-Chen/Çetiner 2022, s. 339; Tekinay/Akman/Burcuoplu/Altop 1993, s. 753; Antalya, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 146; Topuz 2020, s. 67.

⁵⁴⁹ BSK OR I/ Kessler, Art. 41 N. 6; KUKO OR-Schönenberger, Art. 41 N. 4; Rey 2008, s. 81; Schwenger 2009, N. 14.13; Eren/Dönmez, Eren Borçlar Hukuku Şerhi 2022, s. 1078-1079; Antalya, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 147; Furrer/Müller-Chen/Çetiner 2022, s. 339; Topuz 2020, s. 73; Doğan/Şahan/Atamulu 2021, s. 203.

ortaya çıkmışsa bu maddi zarar içerisinde talep edilebilecektir. Talep edilebilecek yoksun kalınan kar miktarı, hukuka aykırılık bağı ve illiyet bağı kavramları ile sınırlanmaktadır. Haksız fiil ile uygun illiyet bağı içerisinde değerlendirilemeyecek olan karların ve mutlak hak ihlaline dayanmayan yoksun kalınan kazancın talep edilebilmesi mümkün değildir. Zira yapılacak olan varsayımsal zarar hesaplamasında bir sınırlama ihtiyacı mevcuttur. Fiili zararların somut şekilde ortaya konulabilmesi nispeten daha kolayken yoksun kalınan karın net bir şekilde ispatlanması oldukça güçtür. Bu sebeple yoksun kalınan kazancın talep edilebilmesi için, bunun elde edilmesinin çok yüksek bir ihtimal olması gerekmektedir⁵⁵⁰. Yoksun kalınan kârın belirlenmesinde hakimın takdir yetkisinin büyük rol oynadığı belirtilmektedir⁵⁵¹.

Çalışmanın bu kısmında öncelikle Türk-İsviçre Hukukunda maddi tazminatın belirlenmesine ilişkin genel ilkeler Alman Hukuku'ndan da yararlanılarak incelenecek olup ardından maddi tazminatın işlevlerine ve bu işlevler üzerinde süregelen tartışmalara değinilecektir. Nihayetinde cezalandırıcı tazminat ile maddi tazminatın neden bağdaşamayacağı ve cezalandırıcı tazminatın maddi tazminatın genel ilkelerine yabancı olduğu açıklanacaktır.

II. Türk-İsviçre Hukuku'nda Maddi Zararın ve Tazminatın Belirlenmesine İlişkin Genel İlkeler

A. Fark Kuramı/Teorisi

Türk-İsviçre Hukuku'nda, maddi zararın kapsamını belirlemek için kullanılan temel kuram, fark teorisi olarak isimlendirilmektedir. Bu teori, ünlü hukukçu Mommsen

⁵⁵⁰ **Oftinger/Stark** 1995, s. 74-75; **Eren/Dönmez**, Eren Borçlar Hukuku Şerhi 2022, s. 1080; **Antalya**, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 148.

⁵⁵¹ **Schwenzer** 2009, N. 14.13.

tarafından ileri sürülmüş olup doğal bir zarar anlayışına dayanmaktadır⁵⁵². Fark kuramından hareketle yapılan maddi zarar tanımı, kaynağı ve hukuki sebebi önem arz etmeksizin, kişinin malvarlığındaki irade dışı eksilme olarak ifade edilmektedir⁵⁵³. Diğer bir deyişle, maddi zarar, malvarlığının zarara sebebiyet veren eylemin gerçekleşmesinden önceki hali ile sonraki hali arasındaki farktır. Bu teoriye göre zarar, zarar görenin iki farklı durumdaki menfaatlerinin karşılaştırılması ile belirlenmektedir⁵⁵⁴. Fark teorisi uyarınca zarar, ilgili malvarlığı değerinde meydana gelen azalma değil, malvarlığının farklı durumları arasındaki farktır. Belirtmek gerekir ki fiili zararlarda karşılaştırılacak iki ayrı malvarlığı durumu ile yoksun kalınan kârdaki karşılaştırma aynı değildir. Fiili zararlarda

⁵⁵² Malvarlığı zararı kavramına ilişkin tarihsel bir inceleme için bkz. **Karakaş/Söğütü Erişgin** 2006, s. 157-175.

⁵⁵³ **BK OR-Brehm**, Art. 41 N. 70b; **MüKoBGB/Oetker** §249 N. 16; **NK-BGB/Magnus** Vor. § 249-255 N. 20; **Gauch/Schluep/Schmid** 2020, N. 1601; **Schnyder/Portmann/Müller-Chen** 2013, s. 9; **Rey** 2008, s. 38; **Schwenzer** 2009, N. 14.03; **Eren/Dönmez**, Eren Borçlar Hukuku Şerhi 2022, s. 1073; **Oğuzman/Öz** 2013, s. 38; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner** 2022, s. 339; **Antalya**, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 135; **Gümüş** 2021, s. 455; **Kılıçoğlu** 2018, s. 396; **Nomer** 1996, s. 8; **Büyüksağış** 2007, s. 46; **Karakaş/Söğütü Erişgin** 2006, s. 175 vd.; **Doğan/Şahan/Atamulu** 2021, s. 201. Brehm, birçok yazarın fark teorisine yönelttiği yoğun eleştirilere rağmen bu teorinin sınırlama fonksiyonunun hala çok önemli olduğunu belirtmektedir. Bkz. **BK OR-Brehm**, Art. 41 N. 70b. Oetker de benzer görüştedir. Bkz. **MüKoBGB/Oetker** §249 N. 19. Magnus, ünlü eseri *Schaden und Ersatz*'da farklı zarar yaklaşımlarını detaylı olarak irdelemiştir. Bkz. **Magnus** 1987, s. 11-19.

⁵⁵⁴ **Oftinger/Stark** 1995, s. 70; **Schnyder/Portmann/Müller-Chen** 2013, s. 9; **Schwenzer** 2009, N. 14.03; **Schnyder/Portmann/Müller-Chen** 2013, s. 9; **Magnus** 1987, s. 9-10; **Fuchs/Pauker** 2012, s. 341; **Eren/Dönmez**, Eren Borçlar Hukuku Şerhi 2022, s. 1073; **Tekinay/Akman/Burcuoplu/Altıp** 1993, s. 736; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner** 2022, s. 340; **Nomer** 1996, s. 8; **Topuz** 2020, s. 43; **Büyüksağış** 2007, s. 50; **Ergüne** 2008, s. 14-15. Menfaat ve zarar kavramları arasındaki ilişki için bkz. **Karakaş** 2004, s. 15 vd.; **Topuz** 2020, s. 173 vd.

varsayımsal bir karşılaştırmaya gerek bulunmamaktadır. Malvarlığının mevcut durumu ile zarar verici olaydan önceki durumunun karşılaştırılması, fiili zararların tespiti için yeterlidir⁵⁵⁵. Yoksun kalınan kâr için ise, zarar verici olaydan önceki durumla, eğer zarar verici olay hiç gerçekleşmeseydi olacağı düşünülen varsayımsal durum arasında bir karşılaştırmaya gidilecektir⁵⁵⁶. Ancak fark teorisine dayanan hesaplamada malvarlığının tümü dikkate alındığı için bu farklılık hesaplama açısından büyük bir önem taşımamaktadır. Ayrıca yine belirtmek gerekir ki, zararın aynen tazminin mümkün olduğu hallerde, fark teorisine göre yapılan bir zarar hesaplamasına ihtiyaç olmaz.

Fark teorisinin tanımındaki malvarlığı kavramı, ekonomik olarak ölçülebilen ve iktisadi değeri olan her türlü hakkı ifade etmektedir⁵⁵⁷. Ayni haklar, alacak hakları, fikri ve sinai haklar, zarar görenin ekonomik geleceği gibi değerler malvarlığı içerisinde değerlendirilmektedir. Aktifleri azaltan, pasiflerin artmasına yol açan veya yoksun kalınan kazanca yol açan eylemler, maddi zararın konusu oluşturabilir⁵⁵⁸. Malvarlığındaki belirli bir unsur zarara uğrasa dahi fark teorisi uyarınca yapılacak belirlemede malvarlığının tümü esas alınmalı ve aradaki fark buna göre belirlenmelidir⁵⁵⁹.

⁵⁵⁵ **Oftinger/Stark** 1995, s. 73.

⁵⁵⁶ **Oftinger/Stark** 1995, s. 73; **Ergüne** 2008, s. 17.

⁵⁵⁷ **Oftinger/Stark** 1995, s. 71; **Rey** 2008, s. 38; **Büyüksağış** 2007, s. 46; **Eren/Dönmez**, Eren Borçlar Hukuku Şerhi 2022, s. 1071; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner** 2022, s. 339; **Topuz** 2020, s. 47-52.

⁵⁵⁸ **Schnyder/Portmann/Müller-Chen** 2013, s. 9; **Büyüksağış** 2007, s. 49; **Topuz** 2020, s. 33; **Antalya**, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 140.

⁵⁵⁹ **Fuchs/Pauker** 2012, s. 342; **Schlechtriem** 1997, s. 244; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner** 2022, s. 340; **Antalya**, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 136; **Topuz** 2020, s. 55. Kural bu şekilde olmakla beraber uygulamada sübjektif zarar unsurlarının birbirine eklenmesi yoluyla belirlendiği yönünde bkz. **Gauch/Schlupe/Schmid** 2020, N. 1603. Bütün malvarlığının değil de sadece zarara uğrayan malvarlığı değerindeki değişimin dikkate alınmasını öneren somut zarar teorisi, aynen tazminin ancak doğrudan

Kişisel veya manevi değerlerin maddi tazminata konu oluşturabilmesi için bunların malvarlığının aktif kısmı üzerinde de etki doğuracak şekilde zarara uğraması gereklidir⁵⁶⁰. Örneğin bir trafik kazasında yaralanan kişinin, hastanede yapmak zorunda kaldığı masraflar ve bu süreç içerisinde yaşadığı kazanç kayıpları maddi zarar olarak değerlendirilecektir.

Maddi zararın varlığı için, malvarlığında gerçekleşen eksilmenin irade dışı olarak oluşması önem taşımaktadır. Zarar verenin haksız müdahalesi ile istem dışı olarak gerçekleşen eksilmeler, fark teorisi kapsamındaki zarar tanımına dahil olur. İrade dışı azalmanın kaynağının bir doğa olayı olabilmesi de mümkündür. Malvarlığında eksilme bulunan kişinin bunu kendi tasarrufu ile gerçekleştirdiği haller veya bu eksilmeye hukuka uygun şekilde rıza göstermesi gibi hallerde, zarardan bahsetmek mümkün değildir⁵⁶¹. İradi olarak yapılan bir masraf, belirli amaca ulaşmak arzusu ile yapıldığı ve beklentinin boşa çıkması (*frustrationstheorie*) görüşü kapsamında değerlendirilmediği ölçüde, zarar olarak nitelendirilemez⁵⁶².

Fark teorisi kapsamında yapılan zarar tanımının en önemli özelliği, zararı doğal zarar yaklaşımına en yakın şekilde ele alması ve fiili bir olgu olarak malvarlığındaki

doğruya zarara uğrayan malvarlığı değerindeki somut değişim üzerinden yapılacak bir zarar tanımlamasıyla açıklanabileceğini belirtmektedir. Belirtmek gerekir ki bu görüş de nakden tazmin durumunda, fark teorisi ile aynı sonuçlara varmaktadır. Bu görüş için bkz. **Magnus** 1987, s. 10; **Nomer** 1996, s. 6-7; **Antalya**, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 137; **Ergüne** 2008, s. 18 vd.; **Topuz** 2020, s. 273.

⁵⁶⁰ **BSK OR I/ Kessler**, Art. 41 N. 3; **Gümüş** 2021, s. 455.

⁵⁶¹ **Schnyder/Portmann/Müller-Chen** 2013, s. 10; **Oğuzman/Öz** 2013, s. 39; **Büyüksağış** 2007, s. 51 vd.; **Antalya**, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 134; **Topuz** 2020, s. 60-63; **Gümüş** 2021, s. 455; **Nomer** 1996, s. 5; **Doğan/Şahan/Atamulu** 2021, s. 201-202.

⁵⁶² **Ergüne** 2008, s. 9.

azalmaya odaklanarak hukuki değerlendirmeleri ikinci plana itmesindedir⁵⁶³. Diğer bir deyişle fark teorisi zararı normatif ilkelerle tanımlamak yerine, gözle görülebilir sonuçlardan yani eksilmeden yararlanarak bir zarar tanımı getirmiştir. Bu açıdan, zarara ilişkin en doğal yaklaşım, fark teorisidir⁵⁶⁴. Bu doğal yaklaşım, sübjektif bir değerlendirmeyi de beraberinde getirmektedir.

Fark teorisi, BGB §249 hükmünde açıkça düzenlenmiştir⁵⁶⁵. Söz konusu hükme göre, tazminat ile yükümlü olan zarar veren, zarar verici olay gerçekleşmemiş olsaydı zarar görenin malvarlığının bulunacağı durumu tekrar tesis etme yükümlülüğü altındadır. Zararı, zarar verici olay olmadan önceki durum ile mevcut durum arasındaki fark olarak tanımlayan bu hüküm, düzeltici adaleti ve fark teorisini tazminatın temel gayesi olarak göstermektedir⁵⁶⁶. Bu açıdan Alman Hukuku açısından fark teorisinin, pozitif bir düzenlemeye dayandığı görölmektedir. Alman kanunkoyucusu, tam tazmin ve aynen tazmin gibi ana ilkelere de BGB’de yer vererek, açıkça tanımlamadığı zarar kavramına

⁵⁶³ **Gauch/Schluep/Schmid** 2020, N. 1601; **Müller** 2000, s. 76. Zararın belirlenmesinin her durumda normatif bir tespiti içerdiği ve doğal bir zarar anlayışının olamayacağı yönünde bkz. **Honsell/Isenring/Kessler** 2013, s. 18–19.

⁵⁶⁴ Alman uygulamasında fark teorisinin genel bir başlangıç noktası olarak kabul gördüğüne, ancak olgusal değerlendirmelerin ve modifikasyonların da yapıldığına ilişkin olarak bkz. **Magnus** 1987, s. 19.

⁵⁶⁵ BGB §249 (1): “*Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre*”. Schlechtriem, İngiliz ve Fransız hukuk sistemlerinde zarar kavramının mahkeme kararlarıyla şekillendiğini, ancak Alman sisteminde fark teorisi, aynen tazminin önceliği, manevi tazminatın sınırlı hallerde mümkün olması, tam tazmin gibi ilkelerle yasal sınırların oldukça detaylı çizildiğini belirtmektedir. Bkz. **Slechtriem** 1997, s. 238.

⁵⁶⁶ **Ebert** 2004, s. 442.

ilkesel sınırlar getirmektedir⁵⁶⁷. Türk-İsviçre Hukuku'nda ise fark teorisinin açıkça dile getirildiği bir pozitif düzenleme bulunmamaktadır⁵⁶⁸. Ancak Türk-İsviçre Hukuku açısından da maddi zararın belirlenmesinde hakim olan ilkenin fark teorisi olduğunu belirtmek gerekir⁵⁶⁹. Türk Borçlar Kanunu'nun iç sistematığı ve sorumluluk hukukunun genel ilkelerinden hareketle yapılacak sistematik yorum ile fark teorisinin, Türk-İsviçre Hukuku'nda da geçerli olduğu sonucuna varılmaktadır.

Türk-İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde fark teorisi ve tam tazmin ilkesi bağlamında tartışılan bir diğer önemli konu ise normatif zarar kavramıdır⁵⁷⁰. Fark teorisi ile açıklanması mümkün olmayan bu zarar teorisi özellikle ticarileştirme (*kommerzialisierung*) kavramı ve bir eşyanın kullanımı imkanından yoksun kalınması açısından tartışmalara konu olmaktadır. Kiracının hastalığı sebebiyle kira konusu eşyayı kullanamaması, kişinin yaşadığı bir kaza neticesinde önceden ayarladığı seyahat planını gerçekleştirememesi gibi haller bu zararlara örnek olarak gösterilmektedir⁵⁷¹. Bütün bu örneklerde zarar görenin fark teorisi bağlamında bir maddi zararından bahsetmek mümkün değildir. Zira kişinin malvarlığında bir eksilme gerçekleşmemiştir. Bir kişilik

⁵⁶⁷ Magnus 1987, s. 29.

⁵⁶⁸ Karakaş 2004, s. 99-100.

⁵⁶⁹ Antalya, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 136; Karakaş/Söğütlü Erişgin 2006, s. 177.

⁵⁷⁰ Gauch/Schluep/Schmid 2020, N. 1604 vd.; Schwenger 2009, N. 14.05 vd.; Schnyder/Portmann/Müller-Chen 2013, s. 11-12; Furrer/Müller-Chen/Çetiner 2022, s. 341; Tekinay/Akman/Burcuoplu/Altop 1993, s. 736vd.; Topuz 2020, s. 56vd.; Antalya, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 137; Kılıçoğlu 2018, s. 405; Nomer 1996, s. 16-17. Konu hakkında detaylı bir çalışma için bkz. Karakaş 2004, s. 44 vd. Fark teorisinin eksiklerini kapatmak için doğal zarar anlayışına “*normatif bir destek*” verilmesi gerektiği yönünde bkz. Schlechtriem 1997, s. 240.

⁵⁷¹ BSK OR I/ Kessler, Art. 41 N. 4; Schnyder/Portmann/Müller-Chen 2013, s. 11; Fuchs/Pauker 2012, s. 343; Gümüş 2021, s. 456.

değeri ihlali de söz konusu olmadığı için manevi tazminat da gündeme gelemeyecektir. Bu gibi hallerde bir zararın söz konusu olup olmadığı tartışması normatif zarar kuramını ileriye sürülmesine sebebiyet vermiştir. Normatif zarar görüşü, bir masraf yapma ihtiyacının veya bir amaca ulaşma imkanının boşa çıkmasının parasal ve ticari bir karşılığı olması gerektiği fikrinden yola çıkmaktadır. Alman Hukuku'nda fark teorisinin yasal bir düzenlemeyle açıkça öngörülmüş olmasının getirdiği katı yaklaşım ve yine Alman Hukuku'nda manevi tazminatın sadece sınırlı durumlarda söz konusu olabilmesi sebebiyle normatif zarar görüşünün doğduğu ve desteklendiği belirtilmektedir⁵⁷². İsviçre Federal Mahkemesi bu tip zararların ve bu zararları nötralize etmek maksadıyla yapılan masrafların tazmini yönündeki talepleri kural olarak reddetmektedir⁵⁷³. Ancak ev işleri ile ilgilenen kişinin uğradığı haksız fiil sebebiyle ev işlerini yapamaması halinde İsviçre Federal Mahkemesi bu normatif zararın giderilebileceğine hükmetmiştir⁵⁷⁴. Türk Hukuku'nda hakim görüş, normatif zarar görüşünü kabul etmemektedir⁵⁷⁵.

Ebert de fark teorisine ilişkin olarak getirdiği eleştirilerde, zararın varsayımsal birtakım sebeplerinin bulunduğu durumlarda, hukuka uygun alternatif davranışın

⁵⁷² **Gümüş** 2021, s. 455; **Karakaş** 2004, s. 99 vd.; **Nomer** 1996, s. 17.

⁵⁷³ BGE 115 II 474, 481 vd.; 126 III 388, 393; 132 III 379, 384; 123 IV 145, 147; **Nomer** 1996, s. 24-25.

⁵⁷⁴ **Schnyder/Portmann/Müller-Chen** 2013, s. 12; **Gauch/Schluep/Schmid** 2020, N. 1609-1610; **Schwenzer** 2009, N. 14.10; BGE 134 III 534; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner** 2022, s. 342-343. Konu hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. **Karakaş**, Ev Kadınının Çalışma Gücü 2006, s. 146 vd.

⁵⁷⁵ **Karakaş** 2006, s. 193-198; **Eren/Dönmez**, Eren Borçlar Hukuku Şerhi 2022, s. 1074; **Tekinay/Akman/Burcuoplu/Alttop** 1993, s. 739; **Gümüş** 2021, s. 455; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner** 2022, s. 341; **Nomer** 1995, s. 31; **Topuz** 2020, s. 58.

gündeme geldiği olaylarda ve zarar verenin aynı zamanda haksız bir kazanç elde ettiği hallerde, fark teorisinin yetersiz kaldığını vurgulamaktadır⁵⁷⁶.

B. Zenginleşme Yasağı

Zenginleşme yasağı (*bereicherungsverbot*), maddi tazminatın kapsamının sınırlanması açısından önem taşımaktadır. Bu ilke, fark teorisi ile birlikte kullanıldığında hem zarar kapsamı belirlenmekte hem de tazminat miktarı sınırlanmaktadır. Zenginleşme yasağı, zararın fark teorisine göre belirlenmesinden sonra devreye girmekte ve tazminatın azami sınırını belirlemektedir.

Zenginleşme yasağı uyarınca, fark teorisine göre belirlenen maddi zarar, talep hükmedilebilecek maddi tazminat miktarının tavanını oluşturmaktadır. Zarar gören uğradığı zarar miktarından daha yüksek bir tazminat elde etmemelidir. Zenginleşme yasağı (*bereicherungsverbot*) olarak da ifade edilen bu ilke fark teorisinin doğal bir uzantısı niteliğindedir⁵⁷⁷. Fark teorisi maddi zararın hesaplanması aşamasında önem taşıırken, zenginleşme yasağı tazminatın belirlenmesinde sınır teşkil etmektedir. Türk-İsviçre sorumluluk hukukunda, zarar gören maddi tazminat sebebiyle zenginleşmemelidir⁵⁷⁸. Bu iki yaklaşım, cezalandırma amacının özel hukuk yaptırımları açısından kabul edilebilir bir amaç olmasının da önüne geçmektedir. Nitekim zarar

⁵⁷⁶ Ebert 2004, s. 442.

⁵⁷⁷ Wagner, AcP 2006, s. 456; Nomer 1996, s. 63. Zenginleşme yasağının yasal bir dayanağı olmaksızın sorumluluk hukuku sistemi içinde “*axiomatische (başka bir önermeden kaynaklanmaksızın kendi kendini türetir şekilde)*” olarak geliştiği yönünde bkz. Tschannen 2009, s. 7.

⁵⁷⁸ NK-BGB/Magnus Vor. § 249-255 N. 30 Jauernig/Teichmann BGB Vor. §249-253 N. 2; BeckOK BGB/Johannes W. Flume § 249 Rn. 37; Lendermann 2019, s. 21; Ebert 2004, s. 442; Tekinay/Akman/Burcuoplu/Altıp 1993, s. 785; Antalya, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 557; Kılıçoğlu 2018, s. 545; Doğan/Şahan/Atamulu 2021, s. 238.

verenin kusuru tespit edilerek sorumluluk kurulduktan ve maddi zararı gidermek için yeterli olan miktar bulunduktan sonra bunu aşan bir tazminata hükmedilmesi mümkün olmayacaktır⁵⁷⁹. Alman Federal Mahkemesi, fark teorisi ve bunun sonucu olan zenginleşme yasağını kamu düzeninin bir parçası olarak görmektedir⁵⁸⁰.

C. Tam Tazmin İlkesi

Alman, Fransız, İsviçre ve Türk Hukukuna egemen olan bir diğer sorumluluk hukuku prensibi ise zararların tam tazmini (*total reparation, alles oder nichts prinzip*) ilkesidir⁵⁸¹. Bu ilkenin temel mantığı, haksız fiil sonucunda uğranan zararın giderilmesinin temel alınması ve zarar görenin zarar verici fiil öncesindeki malvarlığı durumunun tekrar tesisi için uğranılan bütün zararların tazmininin sağlanmasıdır⁵⁸². Tam tazmin ilkesi, zarar verici eylemin gerçekleşmesinden önce yapılan birtakım koruma

⁵⁷⁹ Müller 2000, s. 72.

⁵⁸⁰ BGHZ 118, 312, 343 vd.

⁵⁸¹ Bu ilkenin BGB’de açık bir dayanağı bulunmadığı, sistematik ve tarihsel yorumun bir neticesi olduğu yönünde bkz. Möller 2006, s. 59. Yazar, tarihsel yorum ile bu ilkeye ulaşılmasına karşı çıkmakta ve BGB’nin yürürlüğe girdiği tarihte kanunkoyucunun hakimleri sınırlama çabası içinde olduğunu kabul etmekle birlikte günümüzde bu eğilimin devam etmediğini vurgulamaktadır. Tarihsel yoruma ilişkin ikinci argüman olan cezalandırma ile özel hukukun bağdaşmayacağı yönündeki görüşe de karşı çıkmakta ve özel hukukun yaptırımlarının bir kısmının da cezalandırma içerdiğini belirtmektedir. Yazar sistematik yorumla bu ilkeye varılmasına da karşı çıkmakta ve özel hukuk sistematığı içinde de cezalandırma içeren birçok hükmün bulunduğu saptamasını yapmaktadır.

⁵⁸² BSK OR I/ Kessler, Art. 41 N. 3; Schwenger 2009, N. 15.07; Lendermann 2019, s. 19; Stoll 1993, s. 179; Eren/Dönmez, Eren Borçlar Hukuku Şerhi 2022, s. 1226; Furrer/Müller-Chen/Çetiner 2022, s. 527; Gümüş 2021, s. 566; Nomer 1996, s. 63. Brehm, OR Art. 41’de vurgulanan tam tazmin ilkesinin, OR Art. 43 ile hafifletildiğini ve bu sebeple de katı sorumluluk sistemine bir istisna getirildiğini savunmaktadır. Bkz. BK OR-Brehm, Art. 43 N. 24.

masraflarını kapsamaz. Zira bu masrafların fark teorisi kapsamında değerlendirmesi mümkün değildir. Örneğin bir taşınmazı hırsızlıktan korumak için taktırlan güvenlik kamerasına ilişkin masraflar, hırsızlık eylemini gerçekleştirerek zarara gerçekten de sebebiyet veren kişilerden istenemez⁵⁸³.

Bu ilke sayesinde sorumluluğun sebebi ve sonuçları birbirinden ayrılmaktadır. Mommsen'in ünlü fark teorisini oluşturduğu eseri "*Zur Lehre von dem Interesse*"de de belirttiği üzere, tazminat miktarı zarar verenin kusuruna veya malvarlığı durumuna bağlı olmamalıdır⁵⁸⁴. Sorumluluğun kurulmasında önem arz eden kusur kavramı, Alman Hukuku'nda sorumluluğun sonuçları açısından kural olarak bir etki doğurmamaktadır⁵⁸⁵. Alman Hukuku'nda kusurun derecelendirilmesinin maddi tazminatın belirlenmesinde bir etkisi bulunmadığı ve zarar hafif kusurla da gerçekleşse ağır kusurla da gerçekleşse aslolanın zararın telafi edilmesi olduğu belirtilmektedir. Tam tazmin ilkesinin en önemli istisnası ise BGB §254 hükmünde yer alan zarar görenin ortak kusuruna ilişkin düzenlemede öngörülmüştür.

Alman Hukuku açısından oldukça katı bir ilke olan tam tazmin, İsviçre ve Türk Hukuku'nda çeşitli açılardan yumuşatılmıştır⁵⁸⁶. Tam tazminin, Türk-İsviçre Hukuku açısından da ana ilke niteliğinde olduğu belirtilmektedir. Türk Hukuku açısından bu ilkenin dayanağı TBK md. 49'dur. Türk-İsviçre Hukuku bu ilkeyi, Alman Hukuku'nda olduğu kadar katı ele almamakta ve birçok istisnasını düzenlemektedir. Nitekim İsviçre ve Türk Hukuku'nda hakimın zarar miktarından kusurun ağırlığı ve olayın gerçekleşme

⁵⁸³ **Schwenzer** 2009, N. 15.09.

⁵⁸⁴ **Karakaş** 2004, s. 14 vd.

⁵⁸⁵ **Möller** 2006, s. 55; **Schäfer** 2002, s. 414. Bu ilkenin en önemli istisnası BGB §254 hükmünde yer alan zarar görenin müterafik kusurudur.

⁵⁸⁶ **Gauch/Schlupe/Schmid** 2020, N. 1728; **Honsell/Isenring/Kessler** 2013, s. 18.

biçimi gibi gerekçelerle indirim yapılabilmesi mümkündür. Diğer bir deyişle özellikle hafif kusur hallerinde tam tazmininin gerçekleşmemesi olasıdır. Hakim, kusurun derecesini ve olayın şartlarını dikkate alarak tazminat miktarını belirleyecektir. Ayrıca hafif kusurla zarar veren kişinin tazminatı ödemesi halinde ekonomik güçlük yaşayacak olması halinde hakime tanınan tazminatı indirme yetkisi de açıkça düzenlenmiştir. Tam tazmin ilkesinin bir diğer istisnası ise zarar görenin ortak kusurunun varlığıdır. Bu halde de zarar gören tam tazmin imkanına sahip olamaz⁵⁸⁷.

Tam tazmin ilkesinin varlığına rağmen, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde sayıları gittikçe artmakta olan istisnai düzenlemelerin de var olduğu belirtilmektedir. Magnus, kusursuz sorumluluk halleri için öngörülen sorumluluk üst limitlerinin, sosyal güvenlik sistemlerinin, müterafik kusur halinde tazminatta indirime gidilmesinin tam tazmin ilkesine istisna teşkil ettiğini belirtmektedir⁵⁸⁸.

Benzer şekilde bir davanın avukat ile takip edildiği ve profesyonel şekilde hukuki yardım alınan durumlarda, dava neticesinde hükmedilen vekalet ücretini aşan kısmın da tam tazmin ilkesinin kapsamına girip girmediği tartışılmaktadır⁵⁸⁹. HMK md. 323, yargılama giderlerinin kapsamını düzenlemiş ve “*kanun gereğince takdir olunacak vekalet ücreti*”ni de bu kapsamda görmüştür. HMK md. 330 ise davada hükmedilen veklaet ücretinin taraf lehine hükmedildiğini belirtmiştir. Burada esas sorun, dava sonucunda tamamen veya kısmen haklı çıkan tarafın/ tarafların vekalet ücretine hak kazanmasına rağmen, bu ücretin sabit oranlar üzerinden hesaplanması ve gerçekteki

⁵⁸⁷ **Schwenzer** 2009, N. 16.04.

⁵⁸⁸ **NK-BGB/Magnus** Vor. § 249-255 N. 31.

⁵⁸⁹ **Rusch/Fischbacher** 2019, s. 687.

avukatlık ücretinden farklı olabilmesinden kaynaklanmaktadır⁵⁹⁰. Taraflar, avukatlık sözleşmesi akdederken genelde sabit ücret tarifelerinden hareket etmemektedir. Ancak HMK’da yer alan vekalet ücretine ilişkin düzenleme, yargılama sürecinde hükmedilebilecek yargılama masraflarına bir sınır getirmekte ve özel hüküm niteliğiyle özel hukuktan doğan tazmin imkanlarının önüne geçmektedir⁵⁹¹. Benzer durum, yargılama süresince alınan uzaman görüşleri için de geçerlidir. Yalnızca mahkeme tarafından görevlendirilen bilirkişilerin ücreti, yargılama masrafları kapsamında değerlendirilmektedir⁵⁹². Kanunkoyucunun avukatlık ücretinin bir kısmına denk gelecek şekilde bir bedele kanuni sınırlar çerçevesinde hükmedilmesini öngördüğü, ancak bunu aşan kısmın karşı taraftan tazmin edilmesini mümkün görmediği anlaşılmaktadır. Bu durumun tek istisnası ise HMK md. 329’da yer alan ve kötüniyetli davalının veya hiçbir hakkı olmadığı halde dava açan davacının, yargılama giderlerine ek olarak karşı tarafın avukatıyla arasında kararlaştırdığı vekalet ücretini de ödeyeceğini belirten düzenlemedir. Bu düzenleme, kanunen belirlenen vekalet ücretini aşan kısmın tazminin kural olarak mümkün olmadığını göstermektedir. Schwenzer, yargılama masraflarının usul hukukuna göre karşı tarafa yükletilemeyen kısmının tam tazmin ilkesi kapsamında karşı taraftan istenip istenemeyeceği hususunu da incelemiş ve bu zararların fark teorisi çerçevesinde

⁵⁹⁰ İsviçre Hukuk Muhakemesi Kanunu (ZPO) Art. 95 (3) hükmünde, vekalet ücretinin, profesyonel temsil eylemini gerçekleştiren kişilere ödenen ücretleri de kapsayacağı belirtilmişse de Art. 96 uyarınca bu ödemeler, kantonların belirlediği saatlik ücretlere göre yapılmakta ve bu da gerçekte ödenen bedelden düşük olmaktadır. Bkz. **Jenny/Tuor** 2022, s. 252.

⁵⁹¹ İsviçre Hukuku’nda benzer yönde bkz. **Rusch/Fischbacher** 2019, s. 687. İsviçre Federal Mahkemesi de bu masrafların zarar niteliğinde olduğunu, ancak usul hukuku kurallarının özel norm niteliğinde olduğunu ve bu zararların tazmin edilemeyeceğini belirtmiştir. Bkz. BGE 139 III 190 E. 4.4

⁵⁹² İsviçre Hukuku açısından benzer yönde bkz. **Rusch/Fischbacher** 2019, s. 691.

zarar tanımına dahil olduğunu ancak tazmin edilmelerinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Yazara göre davacı haklı çıktığında, karşı taraftan bu masrafları talep edebilirken, davalının haklı çıkması dahi bu masrafları talep edememesi taraf eşitliğine aykırı bir yaklaşımdır⁵⁹³.

Sözleşmeler hukuku alanında irade özerkliği ve onun bir sonucu olan sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflar, tam tazmin ilkesine istisna teşkil edebilecek anlaşmalar yapabilmektedir⁵⁹⁴. Örneğin ceza koşulunda taraflar anlaşarak sözleşmedeki yükümlülüğün yerine getirilmediği durumlarda ortaya çıkabilecek sonuçları özgürce kararlaştırabilmektedir. Elbette bu özgürlüğün de yasal sınırları vardır. Hem TBK md. 27 hem de md. 182/III tarafların bu konudaki özgürlüğüne çeşitli sınırlamalar getirmektedir. Yine fikri haklar alanında, rekabet hukukunda, iş hukukunda istisnai düzenlemelere sıklıkla yer verildiği iddia edilmektedir.

D. Maddi Zararın Belirlenmesi ve Hakimin Takdir Yetkisi

Maddi zararın belirlenmesi, zarar miktarının ekonomik olarak ifade edilmesi anlamını taşımaktadır⁵⁹⁵. Maddi tazminata hükmedilebilmesi için ilk unsur maddi zararın belirlenebilmesidir. Belirlenen maddi zarar, maddi tazminatın da tavanını teşkil edecek ve bir hareket noktası oluşturacaktır. TBK md. 50, bu konuya ilişkin yasal dayanağı oluşturmaktadır. Hükmün ilk fıkrası, zarar görenin zararı ve zarar verenin kusurunu ispat külfeti altında olduğunu düzenlemektedir⁵⁹⁶. Buna göre, zarar veren, uğradığı zararın

⁵⁹³ **Schwenzer** 2009, N. 15.10a. Dava öncesinde yapılan hukuki yardımlardan doğan avukatlık ücretlerinin zarar olarak talep edilebileceği yönünde bkz. **Oftinger/Stark** 1995, s. 80.

⁵⁹⁴ **Lendermann** 2019, s. 27.

⁵⁹⁵ **Gauch/Schluep/Schmid** 2020, N. 1624.

⁵⁹⁶ **Furrer/Müller-Chen/Çetiner** 2022, s. 514.

kapsamını ve karşı tarafın kusurunu ispat edemedikçe tazminat talebinde bulunamayacaktır. Aynı hükmün ikinci fıkrası ise uğranılan zararın miktarının tam olarak belirlenemediği hallerde hakime takdir yetkisi vermektedir.

Eşyaya ilişkin maddi zararın belirlenmesinde iki ayrı yöntem kullanılmaktadır. Bu yöntemlerin ilki soyut yöntem olarak da bilinen objektif hesaplama yöntemi, diğeri ise somut yöntem olarak da bilinen sübjektif hesaplama yöntemidir. Maddi zararın hesaplanmasında objektif yöntemin benimsendiği hallerde, ilgili malvarlığı değerinin piyasada herkes için arz ettiği objektif değer üzerinden bir hesaplama yapılacaktır⁵⁹⁷. Esas olan söz konusu eşyanın piyasadaki değişim değeridir. Satım sözleşmesine ilişkin TBK md. 213/III bu yöntemin önemli örneklerinden biridir⁵⁹⁸. Eşyanın bir eşya birliğinin parçası olduğu hallerde yapılacak hesaplamada, fonksiyonel bağlılık ve ekonomik birlik de dikkate alınacaktır. Üç plaktan oluşan bir albümdeki bir plağın kırılması halinde, kırılan plağın piyasa değeri değil üç plağın içinde arz ettiği değer esas alınacaktır. Bu yöntemin en büyük riski, mutlak bir eşitlik getirmek suretiyle kişilerin eşya üzerindeki sübjektif menfaatlerini dikkate almamasıdır⁵⁹⁹.

⁵⁹⁷ **Oftinger/Stark** 1995, s. 364; **NK-BGB/Magnus** Vor. § 249-255 N. 111; **Schwenzer** 2009, N. 18.02; **Schnyder/Portmann/Müller-Chen** 2013, s. 153-154; **Oğuzman/Öz** 2013, s. 109; **Tekinay/Akman/Burcuoplu/Altop** 1993, s. 786; **Antalya**, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 142; **Gümüş** 2021, s. 548; **Topuz** 2020, s. 357.

⁵⁹⁸ **Topuz** 2020, s. 361.

⁵⁹⁹ **BK OR-Brehm**, Art. 42 N. 13; **NK-BGB/Magnus** Vor. § 249-255 N. 111; **Antalya**, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 142; **Gümüş** 2021, s. 548.

Sübjektif zarar hesaplama yönteminde ise herkes için geçerli olan piyasa değeri değil zarar gören nezdindeki spesifik ve bireysel zararlar dikkate alınmaktadır⁶⁰⁰. Bu yöntemle göre yapılacak hesaplamada, somut olarak zarar gören kişinin mala ilişkin kullanım tarzı ve bu kullanımın yarattığı sübjektif değer önem taşımaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki bu hesaplama yönteminde de zarar görenin, zararı ispat etmesi güçleşmektedir. Ayrıca sübjektif yöntem, her türlü kişisel eğilimin veya bir eşyaya duyulan kişisel ve manevi bağlılığın dikkate alınması anlamına da gelmemelidir⁶⁰¹. Bu hesaplama da esas olanın ekonomik zararları tespit etmek olduğu unutulmamalıdır⁶⁰². Uygulamada her iki yöntemin de kullanıldığı örnekler mevcuttur⁶⁰³. Birçok örnekte sübjektif yöntem benimsenmekle birlikte bazı olaylarda standardize edilmiş tarifelerden de yararlanılmaktadır. Alman Hukuku'nda, henüz gerçekleşmemiş zararların ve yoksun kalınan kazancın belirlenmesinde objektif yöntem kullanılabilir⁶⁰⁴. Esasında tüketim malları açısından bu iki hesaplama çok da büyük bir fark yaratmamaktadır⁶⁰⁵. Ancak belirtmek gerekir ki doğal zarar anlayışı, somut ve sübjektif bir değerlendirmeyi

⁶⁰⁰ **Oftinger/Stark** 1995, s. 365; **BK OR-Brehm**, Art. 42 N. 14a; **KUKO OR-Schönenberger**, Art. 42 N. 7; **CHK OR-Müller**, Art. 42 N. 22; **Schwenzer** 2009, N. 18.03; **Schnyder/Portmann/Müller-Chen** 2013, s. 170; **Antalya**, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 143; **Topuz** 2020, s. 363.

⁶⁰¹ **Oğuzman/Öz** 2013, s. 109; **Topuz** 2020, s. 365. OR Art. 43/I bis hükmünde evcil hayvanlara ilişkin olarak düzenlenen özel zararlar (*affektionswert*), bu durumun istisnasını oluşturmaktadır.

⁶⁰² **BK OR-Brehm**, Art. 42 N. 15.

⁶⁰³ Fransa, İngiltere ve ABD'de objektif yöntemin daha fazla uygulama alanı bulduğu belirtilmektedir. Bkz. **Magnus** 1987, s. 300.

⁶⁰⁴ **Magnus** 1987, s. 300.

⁶⁰⁵ **BSK OR I/ Kessler**, Art. 42 N. 2; **Oftinger/Stark** 1995, s. 365.

gerektirmektedir. Dolayısıyla fark teorisi kapsamında yapılacak değerlendirmede, sübjektif yöntem daha fazla tercih edilmelidir⁶⁰⁶.

TBK md. 53-55 hükümleri, ölüm veya bedensel zarar gerçekleşmesi halinde ödenecek maddi zararları düzenlemektedir. Bu çalışmanın kapsamını oldukça aşacak bu düzenlemelere sadece değinilmekle yetinilecektir. TBK md. 53 uyarınca, ölüm halinde cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse ara süreçteki tedavi masrafları ve çalışma gücü kaybı zararları ve destekten yoksun kalma tazminatı talep edilebilecektir. Destekten yoksun kalma tazminatı TBK md. 55'te detaylı olarak düzenlenmiştir. TBK md. 54 ise bedensel zararın varlığı halinde, tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücü kaybı zararları ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararların talep edilebileceğini hükme bağlamaktadır.

TBK md. 50/II uyarınca, eğer uğranılan zararın miktarının belirlenmesi mümkün değilse veya orantısız derecede güçse, hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler. Bu hüküm, OR Art. 42/II ile aynı düzenlemeyi içermektedir. Hakimin ve tarafların ulaşabildiği ve tarafların ortaya koyabildiği olguların zararın hesaplanması için yeterli olmadığı durumda hakime bir takdir yetkisi tanınmıştır⁶⁰⁷. Yoksun kalınan kâr ve gelecekte ortaya çıkacak zararlarda, hakim bu takdir yetkisini kullanır. Özellikle de zararın hesabının büyük bir masrafa yol açabileceği ya da kişisel veya ticari sırların ortaya

⁶⁰⁶ **Oftinger/Stark** 1995, s. 76; **Eren/Dönmez**, Eren Borçlar Hukuku Şerhi 2022, s. 1075; **Oğuzman/Öz** 2013, s. 109; **Antalya**, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 143. Alman Hukuku'nda kanunen benimsenen yöntemin sübjektif hesaplama yönünde olduğu ve objektif yöntemin istisnai olduğu yönünde bkz. **NK-BGB/Magnus** Vor. § 249-255 N. 112.

⁶⁰⁷ **Oftinger/Stark** 1995, s. 259; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner** 2022, s. 514; **Antalya**, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 275.

dökülmesine sebebiyet verebileceği durumlarda artık ilgili taraftan zararın ispat edilmesini beklemek makul bir yaklaşım olmayacaktır⁶⁰⁸. İsviçre Federal Mahkemesi OR Art. 42/II'nin vekaletsiz iş görmede iade edilecek kazançlar ile ilgili olarak da kıyasen kullanılabileceğini belirtmektedir⁶⁰⁹.

E. Maddi Zararın Belirlenmesinde Denkleştirme

Maddi zararın belirlenmesinden sonra, haksız fiilden zarar gören kişinin bu eylem dolayısıyla elde ettiği birtakım yararların hesaplanan brüt zarar miktarından indirilmesi gerekmektedir⁶¹⁰. Bu işlem, denkleştirme olarak isimlendirilmektedir. Denkleştirme sonrasında elde edilen bedel ise net zarar olarak tanımlanmaktadır. Maddi tazminatın belirlenmesinde net zarar dikkate alınmaktadır. Bu sebeple, denkleştirme tazminatın belirlenmesine değil zararın hesaplanmasına ilişkin bir süreçtir⁶¹¹.

⁶⁰⁸ **BSK OR I/ Kessler**, Art. 42 N. 10; **Oftinger/Stark** 1995, s. 259; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner** 2022, s. 514-515; **Eren/Dönmez**, Eren Borçlar Hukuku Şerhi 2022, s. 1217; **Oğuzman/Öz** 2013, s. 84-85; **Kılıçoğlu** 2018, s. 533.

⁶⁰⁹ BGE 134 III 306, 309.

⁶¹⁰ **Oftinger/Stark** 1995, s. 265; **Gauch/Schluemp/Schmid** 2020, N. 1626; **Schwenzer** 2009, N. 15.11; **Schnyder/Portmann/Müller-Chen** 2013, s. 155; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner** 2022, s. 517; **Oğuzman/Öz** 2013, s. 87; **Tekinay/Akman/Burcuoplu/Alttop** 1993, s. 790; **Antalya**, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 271; **Gümüş** 2021, s. 561; **Kılıçoğlu** 2018, s. 544; **Topuz** 2020, s. 341; **Hatemi/Gökyayla** 2011, s. 158.

⁶¹¹ **Oftinger/Stark** 1995, s. 265; **Eren/Dönmez**, Eren Borçlar Hukuku Şerhi 2022, s. 1325; **Tekinay/Akman/Burcuoplu/Alttop** 1993, s. 795; **Antalya**, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 271; **Topuz** 2020, s. 342.

Zarar görenin zarar verici eylemden ötürü yapmaktan kurtulduğu masrafların denkleştirmeye tabi tutulması fark teorisinin bir sonucudur⁶¹². Aksi takdirde zarar gören hem bu masrafları yapmaktan kurtulmuş olacak hem de bu masrafları yapmış gibi karşı taraftan tazminat talep edebilecektir. Denkleştirmenin gerçekleştirilebilmesi için zarar görenin malvarlığında somut bir artışın gerçekleşmiş olması ve bu artış ile zarar verici olay arasında bir illiyet bağının bulunması gerekmektedir.

Denkleştirme konusu olacak olan yararlar, fiil ile uygun illiyet bağı içinde olmalıdır⁶¹³. Kaza sonucu çalışamayan kişinin, hastanede yattığı süreç içerisinde yapmaktan kurtulduğu ulaşım, işyerindeki yemek gibi giderleri, fiil ile uygun illiyet bağı içerisinde değerlendirilerek zarardan indirilebilir. Ancak fiil ile illiyet bağı bulunmaksızın gerçekleşen yararlar, denkleştirmeye konu oluşturmaz. Örneğin kazadan dolayı hastanede yatan kişinin, hastane kantininden aldığı kaza kazandan büyük ikramiye kazanması halinde, kazandığı bu miktar denkleştirmeye konu oluşturmaz. TBK md.55/I hükmünde belirtilen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemelerinin ve ifa amacı taşımayan ödemelerin denkleştirmeye konu oluşturmaması bununla ilintilidir. Aynı zamanda,

⁶¹² **BK OR-Brehm**, Art. 42 N. 27 vd.; **BSK OR I/ Kessler**, Art. 42 N. 7; **CHK OR-Müller**, Art. 42 N. 24; **KUKO OR-Schönenberger**, Art. 42 N. 10; **Gauch/Schluep/Schmid** 2020, N. 1626; **Schwenzer** 2009, N. 15.11; **Rey** 2008, s. 41; **Schnyder/Portmann/Müller-Chen** 2013, s. 155; **Tandoğan** 2010, s. 267 vd.; **Eren/Dönmez**, Eren Borçlar Hukuku Şerhi 2022, s. 1324; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner** 2022, s. 517; **Tekinay/Akman/Burcuoplu/Altop** 1993, s. 791; **Gümüş** 2021, s. 561; **Kılıçoğlu** 2018, s. 544; **Topuz** 2020, s. 342.

⁶¹³ **Oftinger/Stark** 1995, s. 266-267; **Gauch/Schluep/Schmid** 2020, N. 1626; **Schwenzer** 2009, N. 15.12; **Schnyder/Portmann/Müller-Chen** 2013, s. 155; **Eren/Dönmez**, Eren Borçlar Hukuku Şerhi 2022, s. 1328-1329; **Antalya**, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 274; **Oğuzman/Öz** 2013, s. 88; **Tekinay/Akman/Burcuoplu/Altop** 1993, s. 792; **Gümüş** 2021, s. 562-563.

yararın gerçekleşme ihtimali yeterli olmayıp yararın gerçekleşmiş olması gerekmektedir⁶¹⁴. Zararın belirlendiği esnada meydana gelmemiş bir yararın, denkleştirmeye tabi olması mümkün değildir.

Denkleştirmenin hakim tarafından re'sen dikkate alınması gerekmektedir. Denkleştirme yapılması yönündeki talebin, zarar verence ileri sürülmesi ise bir itiraz niteliğindedir⁶¹⁵.

F. Maddi Tazminatın Belirlenmesinde Hakimin Takdir Yetkisi

Zararın tespit edilmesinden sonra, tam tazmin ilkesi de göz önüne alınarak, maddi tazminatın belirlenmesine geçilecektir. Önemle belirtmek gerekir ki, zararın tespiti bir maddi vakanın tespiti niteliğindeyken tazminatın belirlenmesi bir hukuki sorundur⁶¹⁶. Hakim, tazminat miktarını belirlerken uygulayacağı kriterleri seçmede takdir yetkisine sahiptir. Ayrıca, tazminatın belirlenmesi hakimin re'sen gerçekleştireceği bir işlemdir⁶¹⁷. Kusurun derecesi, olayın gerçekleşme biçimi, indirim sebepleri gibi hususlar zararın belirlenmesi ile değil tazminatın belirlenmesi ile ilgilidir. Zararın hesaplanmasından sonra hakim, zarar miktarını aşmayacak şekilde tazminata hükmetmelidir. Zenginleşme yasağının doğal bir sonucu olarak, hükmedilecek tazminat miktarı uğranılan zarar miktarından fazla olamayacaktır⁶¹⁸. Taraflarca ortaya konulan zarar miktarı ancak kanunda belirtilen indirim sebeplerinin varlığı halinde indirilebilecektir. Hakim, indirim

⁶¹⁴ **Eren/Dönmez**, Eren Borçlar Hukuku Şerhi 2022, s. 1327.

⁶¹⁵ **Eren/Dönmez**, Eren Borçlar Hukuku Şerhi 2022, s. 1325; **Antalya**, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 271; **Gümüş** 2021, s. 564; **Topuz** 2020, s. 353.

⁶¹⁶ **BK OR-Brehm**, Art. 42 N. 5-6; **Schnyder/Portmann/Müller-Chen** 2013, s. 153.

⁶¹⁷ BGE 111 II 156, 161.

⁶¹⁸ **Oftinger/Stark** 1995, s. 378; **KUKO OR-Schönenberger**, Art. 43 N. 1; **Rey** 2008, s. 91; **Antalya**, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 557; **Topuz** 2020, s. 293.

sebeplerinin varlığını da re'sen belirleyecektir⁶¹⁹. Türk-İsviçre Hukuku'nda sorumluluk miktarlarına genel bir üst sınır getiren düzenlemeler bulunmamaktadır⁶²⁰. Dolayısıyla hakim, zarar miktarını üst sınır olarak kabul ederek tazminata hükmeder.

TBK md. 51 uyarınca hakim, tazminatın ödenme biçimini belirleme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Hakim, aynen tazmine veya nakden tazmine hükmedebilir⁶²¹. Aynen tazmin, meydana gelen zararın giderilmesi ve eski durumun fiili olarak tekrar tesis edilmesiyle, nakden tazmin zararın parasal olarak giderilmesini ifade etmektedir⁶²². Hakim, tarafların aynen veya nakdin tazmin talebi ile bağlı değildir⁶²³. Belirtmek gerekir ki uygulamada birçok dava nakden tazmine yönelik açılmaktadır ve hakimler de nakden tazmine hükmetmeye eğilimlidir.

⁶¹⁹ **BSK OR I/ Kessler**, Art. 43 N. 6.

⁶²⁰ Bu açıdan Alman Hukuku ile Türk-İsviçre Hukuku'nun birbirinden ayrıştığına ilişkin olarak bkz. **Oftinger/Stark** 1995, s. 378.

⁶²¹ Türk-İsviçre Hukuku'nun aksine Alman Hukuku'nda §BGB 249 (1) uyarınca ana kural aynen tazmindir. §BGB 249 (2)'de ise bunun istisnası düzenlenmektedir. Bkz. **Fuchs/Pauker** 2012, s. 342; **Antalya**, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 590. Magnus ise kanunda her ne kadar aynen tazminin esas olduğu vurgusu yer alsa da nakden tazminin esas olduğunu belirtmektedir. Ayrıca Magnus, Alman Hukuku dışındaki sistemlerin ya aynen tazminle nakden tazmine benzer bir ağırlık verdiğini ya da Amerikan ve İngiliz Hukuku'ndaki gibi nakden tazmini esas aldığını belirtmektedir. Bkz. **Magnus** 1987, s. 9 ve 299.

⁶²² **Oftinger/Stark** 1995, s. 99; **Schwenzer** 2009, N. 15.01; **Eren/Dönmez**, Eren Borçlar Hukuku Şerhi 2022, s. 1229; **Oğuzman/Öz** 2013, s. 112; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner** 2022, s. 499-500; **Tekinay/Akman/Burcuoplu/Altop** 1993, s. 782; **Antalya**, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 589; **Gümüş** 2021, s. 565; **Nomer** 1996, s. 37 vd.; **Topuz** 2020, s. 319-325; **Hatemi/Gökyayla** 2011, s. 159.

⁶²³ **Schwenzer** 2009, N. 15.01; **Eren/Dönmez**, Eren Borçlar Hukuku Şerhi 2022, s. 1231 **Oğuzman/Öz** 2013, s. 113; **Tekinay/Akman/Burcuoplu/Altop** 1993, s. 783; **Antalya**, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 590; **Nomer** 1996, s. 49; **Topuz** 2020, s. 318.

TBK md. 51'e göre hakim tazminatın miktarını ve ödeme biçimini belirlerken durumunun gereğini ve zarar verenin kusurunun ağırlığını dikkate alarak belirleyecektir. OR Art. 43/I ile aynı lafza sahip olan bu hüküm, Alman ve Fransız Hukuk sistemleriyle Türk-İsviçre hukuk sistemleri arasındaki bir farkı da ortaya koymaktadır. Durumun gereklerinin ve zarar verenin kusurunun dikkate alınmasına ilişkin şartlar, yalnızca Türk-İsviçre hukuk sisteminde yer alan hükümlere dayanmaktadır. Alman Hukukunda ise *ya hep ya da hiç (alles oder nichts)* prensibi olarak da ifade edilebilecek olan tam tazmin ilkesi geçerlidir⁶²⁴. Diğer bir deyişle Alman Hukuku açısından kusur, sorumluluğun doğması için aranan bir ön şart niteliğinde olup, sorumluluğun doğmasından sonra tazminatın tespitinde bir kriter olarak dikkate alınmamaktadır⁶²⁵. Türk-İsviçre Hukuku'nda ise sorumluluğun sonuçları kusurun ağırlığına göre belirlenmektedir⁶²⁶.

Kusurun maddi tazminat miktarına etkisinin ne şekilde olacağı TBK md. 51 ve OR Art. 43/I'de açıklanmamıştır. Özellikle de hafif kusurun varlığı halinde tazminatta indirimle gidilmesinin bir zorunluluk olup olmadığı hususu tartışılmaktadır. İsviçre ve Türk doktrininde bunun bir zorunluluk olmadığı ve zarar görenin tam tazmininin esas olduğu savunulmaktadır⁶²⁷. Ağır kusur ve kast gibi hallerde, tazminattan indirim zaten

⁶²⁴ **NK-BGB/Magnus** Vor. § 249-255 N. 10; **Oftinger/Stark** 1995, s. 382; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner** 2022, s. 527; **Oğuzman/Öz** 2013, s. 117. Almanya'da 1960 yılında gerçekleşen 43. *Deutscher Juristentag*'da, hafif kusur halinde tazminatta indirimle gidilmesinin mümkün olması gerektiği savunulmuştur. Bkz. **HK-BGB/Reiner Schulze** Vor § 249-253 N. 10. Konunun Alman Hukukundaki gelişimi hakkında bilgi için bkz. **Möller** 2006, s. 55–56.

⁶²⁵ **Müller** 2000, s. 85.

⁶²⁶ **Oftinger/Stark** 1995, s. 382 vd; **Schwenzer** 2009, N. 16.02; **Nomer** 1996, s. 72; **Topuz** 2020, s. 300.

⁶²⁷ **Oftinger/Stark** 1995, s. 383; **BSK OR I/ Kessler**, Art. 43 N. 8; **KUKO OR-Schönenberger**, Art. 43 N. 9; **Schwenzer** 2009, N. 16.02; **Rey** 2008, s. 92; **Schnyder/Portmann/Müller-Chen** 2013, s. 171;

mümkün değildir⁶²⁸. Ancak ağır kusurla hafif kusur arasındaki gri alanda (*orta kusur*) indirimin gündeme gelebileceği belirtilmektedir⁶²⁹. Hafif kusur halinde ise, özellikle de olayın gerçekleşme biçimi bunu gerekli kılıyorsa, hakim tazminatta indirimde gidebilir. Ancak tekrar belirtmek gerekir ki bu hakimın takdir yetkisi kapsamında değerlendireceği bir hukuki durumdur. Sebep sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu hallerinde ise kusur zaten sorumluluğun şartlarından biri olmadığı için, hafif kusur hali bir indirim sebebi oluşturmaz⁶³⁰. Bu hallerde zarar veren kişinin kusuru ancak “*ek kusur*” olarak dikkate alınır, zarar görenin ortak kusurunun tazminattan indirim sebebi olmasını ve rücu imkanını engelleyici bir işlev gösterir⁶³¹.

Eren/Dönmez, Eren Borçlar Hukuku Şerhi 2022, s. 1238; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner** 2022, s. 527; **Oğuzman/Öz** 2013, s. 117-118; **Tekinay/Akman/Burcuoplu/Altop** 1993, s. 797; **Antalya**, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 559; **Gümüş** 2021, s. 567. Kural olarak indirim zorunluluğunun bulunduğu, ancak olayın diğer özelliklerinin bazı durumlarda buna engel olabileceği yönünde bkz. **Nomer** 1996, s. 74.

⁶²⁸ Ağır kusur hallerinde olayın diğer özelliklerinin tazminattan indirimi haklı kılabilceği yönünde bkz. **Nomer** 1996, s. 73; **Antalya**, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 558.

⁶²⁹ **BSK OR I/ Kessler**, Art. 43 N. 9; **KUKO OR-Schönenberger**, Art. 43 N. 9; **Schnyder/Portmann/Müller-Chen** 2013, s. 171; **Eren/Dönmez**, Eren Borçlar Hukuku Şerhi 2022, s. 1238; **Oğuzman/Öz** 2013, s. 118; **Tekinay/Akman/Burcuoplu/Altop** 1993, s. 798; **Antalya**, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 559; **Nomer** 1996, s. 73. Orta-ağır kusur diye nitelendirdiği alanda da indirimin söz konusu olamayacağı yönünde bkz. **Schwenzer** 2009, N. 16.03; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner** 2022, s. 527.

⁶³⁰ **KUKO OR-Schönenberger**, Art. 43 N. 10; **Rey** 2008, s. 92; **Schnyder/Portmann/Müller-Chen** 2013, s. 172; **Tekinay/Akman/Burcuoplu/Altop** 1993, s. 798; **Gümüş** 2021, s. 567.

⁶³¹ **Oftinger/Stark** 1995, s. 385; **Schnyder/Portmann/Müller-Chen** 2013, s. 172; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner** 2022, s. 527; **Nomer** 1996, s. 76-77.

Maddi tazminat miktarına etki eden bir diğ er husus ise durumun gereğinin hakim tarafından dikkate alınması gereğidir. Durumun gereğ i kavramının bir i i bo   genel norm olması, bu normun içeriğinin ne şekilde doldurulacağı konusunda hakime geni   bir takdir yetkisi sağlamakta ve bu yetkinin ne şekilde kullanılması gerektiğ i de uygulamada çeşitli tarti malara konu oluşturmaktadır. Burada ilk dikkate alınması gereken husus tarafların arasındaki ekonomik ve sosyal ilişkilerdir. Özellikle de zarar gören tarafın ekonomik açıdan çok iyi bir durumda olması halinde tazminatta bir indirimle gidilmesi m mk nd r⁶³². Buradaki temel yaklaşım, oluşan zararın en azından bir kısmına zarar görenin katlanmasının daha orantılı bir sonuca yol a acağıdır. Ancak tarafların ekonomik açıdan birbirine daha yakın statüde olduğu hallerde, bu yaklaşımdan benimsenmemekte ve zarar veren bu zararı üstlenmek zorunda kalmaktadır. Elbette bu bahsi geçen yaklaşım, zarar verenin hafif kusurunun söz konusu olduğu haller için geçerlidir. Zarar verenin ağır kusurla veya kasten hareket ettiğ i durumlarda, herhangi bir indirim gündeme gelmeyecektir.

TBK md. 52 ve OR Art. 44, tazminattan indirim sebeplerini düzenlemektedir. Bu sebeplerin ilki, zarar görenin zarara rıza göstermiş olmasıdır. Burada söz konusu olan rıza, zarar verici eylemden önce gerçekleşen ve eylemi hukuka uygun hale getiren rızadan daha farklıdır. Kişinin bir eyleme rıza g sterdiğ i ancak bu rızanın kapsamına girmeyen bir konuda beklenmeyen ve öngörülemeyen bir zarar meydana geldiğ inde, bu zararın tazmininde rıza sebebiyle indirimle gidilebilecektir⁶³³. Benzer şekilde zarar görenin

⁶³² BGE 136 III 113, 118 vd.; **BSK OR I/ Kessler**, Art. 43 N. 14; **Schnyder/Portmann/M ller-Chen** 2013, s. 179.

⁶³³ **BSK OR I/ Kessler**, Art. 44 N. 5; **KUKO OR-Schönenberger**, Art. 44 N. 3; **Schwenzer** 2009, N. 16.11; **Rey** 2008, s. 94; **Eren/Dönmez**, Eren Borçlar Hukuku  erhi 2022, s. 1239; **Oğuzman/ z** 2013, s. 119; **Tekinay/Akman/Burcuoplu/Alt p** 1993, s. 800; **Gümüş** 2021, s. 569-570; **Nomer** 1996, s. 101 vd. Bu

zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış olduğu hallerde yine tazminatta indirim gidilebilecek ve hatta tazminat tamamıyla kaldırılabilir⁶³⁴. Örneğin zararın doğmasında her iki tarafın da eşit kusurunun bulunduğu durumlarda her iki tarafın da hafif kusuru mevcutsa tazminat belirlenirken zararın yarısına hükmedilecektir⁶³⁵. Ancak ortak kusurun zararın oluşmasındaki etkisi çok düşükse, kural olarak tazminattan indirim sebebi oluşturmaz⁶³⁶. Zarar görenin kusuru eğer ağır kusur seviyesine ulaşırsa, illiyet bağıını keserek sorumluluğu ortadan kaldırır⁶³⁷. Otomobil sürücüsünün emniyet kemeri takmaması, motosiklet sürücüsünün kask ve koruyucu kıyafetler gymeksizin trafiğe

tip rızaya çeşitli örnekler için bkz. **BK OR-Brehm**, Art. 44 N. 9 vd. TBK md 52/OR Art. 44'te yer verilen rızanın, esasında zarar görenin kusurunun bir görünüm biçimi olduğu yönünde bkz. **Schnyder/Portmann/Müller-Chen** 2013, s. 175.

⁶³⁴ **Oftinger/Stark** 1995, s. 261-264; **Gauch/Schlupe/Schmid** 2020, N. 1736; **Schnyder/Portmann/Müller-Chen** 2013, s. 157; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner** 2022, s. 528; **Tekinay/Akman/Burcuoplu/Altıp** 1993, s. 801 vd.; **Antalya**, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 564 vd.; **Nomer** 1996, s. 83 vd.; **Topuz** 2020, s. 302 vd. Bu durum zarar görenin ortak kusuru olarak isimlendirilse de bunun gerçekten bir kusur niteliğinde olmadığı, bunun bir külfet olduğu yönünde bkz. **Schwenzer** 2009, N. 16.04; **Schnyder/Portmann/Müller-Chen** 2013, s. 174.

⁶³⁵ **Schwenzer** 2009, N. 16.19. Alman Hukuku'ndaki BGB §254 düzenlemesinin, Türk-İsviçre Hukuku'ndan farklı olarak kusurların tartılmasına değil, sebebiyet verme derecesine öncelik tanıdığı yönünde bkz. **Nomer** 1996, s. 91. Alman Hukuku ile İsviçre Hukuku'nun aynı düzenlemeye sahip olmamasına rağmen aynı sonuçlara ulaştığı da belirtilmektedir. Buna göre İsviçre uygulamasında da zarara sebebiyet verme derecesi dikkate alınarak bir belirleme yapılmaktadır. Her ne kadar bütün sebepler zarara sebebiyet verme konusunda eşit gibi görünse de bir sebebin diğerinden daha fazla etki yaratması yüksek olasılıktır. Bkz. **Oftinger/Stark** 1995, s. 388.

⁶³⁶ **Antalya**, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 586.

⁶³⁷ **Schnyder/Portmann/Müller-Chen** 2013, s. 173.

çıkması, kapının açık unutulması, uyarı levhalarının dikkate alınmaması gibi haller zarar görenin kusuruna örnek olarak gösterilmektedir.

TBK md. 52/II ve OR 44/II hükümlerinde yer alan bir diğer düzenleme ise zarara hafif kusurla sebebiyet veren kişinin tazminatı ödemesi durumunda ekonomik olarak güçlüğü düşecek olması halinde hâkime tazminattan indirim hakkı tanınmasıdır. Burada söz konusu olan ekonomik güçlük, geçici nitelikte değil kalıcı nitelikte olmalıdır⁶³⁸. TBK md. 52/II hükmündeki temel amaç, bir felaketi gidermeye çalışırken bir başka felakete yol açmamak olarak açıklanmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, zarar verici eylemden ötürü zarar verenin de büyük bir ekonomik zorluğa düştüğü hallerde bu indirim sebebi uygulanamaz⁶³⁹. Zarar veren tarafın bir sorumluluk sigortasının bulunduğu hallerde bu indirim sebebi gündeme gelmez.

Beklenmeyen halin var olduğu hallerde de tazminattan indirimle gidilmesi mümkündür. Tarafların öngöremediği ve dikkate almadığı birtakım risklerin gerçekleşmesi ve bir zarara yol açması durumunda, eğer bu sebep, dışsal ve önlenemez nitelikte bir mücbir sebep de teşkil etmiyorsa, beklenmeyen hal gündeme gelecektir⁶⁴⁰. Mücbir sebep illiyet bağıını kesen sebeplerden biriyken beklenmeyen hal sorumluluğu

⁶³⁸ **BSK OR II/ Kessler**, Art. 44 N. 17; **Schnyder/Portmann/Müller-Chen** 2013, s. 176; **Eren/Dönmez**, Eren Borçlar Hukuku Şerhi 2022, s. 1253; **Oğuzman/Öz** 2013, s. 118; **Tekinay/Akman/Burcuoplu/Altö** 1993, s. 799; **Antalya**, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 562; **Gümüş** 2021, s. 569; **Nomer** 1996, s. 151 vd.

⁶³⁹ **Nomer** 1996, s. 152.

⁶⁴⁰ **KUKO OR-Schönenberger**, Art. 44 N. 7; **Rey** 2008, s. 96; **Schwenzer** 2009, N. 16.21; **Eren/Dönmez**, Eren Borçlar Hukuku Şerhi 2022, s. 1255; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner** 2022, s. 531; **Oğuzman/Öz** 2013, s. 125; **Antalya**, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 582; **Gümüş** 2021, s. 572-573; **Topuz** 2020, s. 315.

ortadan kaldırmamakta ancak tazminatta indirimde gidilmesine yol açmaktadır. Benzer şekilde kişinin bünyevi istidatı da bir tazminattan indirim sebebi olabilmektedir. Bünyevi istidatın zararın oluşmasında temel etken haline geldiği hallerde, illiyet bağıını keseceği belirtilmektedir⁶⁴¹. Ancak bünyevi istidatın zararın temel sebebi olmayıp zararın artmasında etki gösterdiği durumlarda, tazminatta indirimde gidilir. Yine, bir işin hatır kapsamında veya karşılıksız olarak yapıldığı ancak sonucunda bir zararın ortaya çıktığı hallerde, tazminatta indirim yapılabilir⁶⁴². Ancak belirtmek gerekir ki, İsviçre Federal Mahkemesi, yakın akrabalara veya arkadaşlara günlük olarak yapılan basit iyiliklerin indirim sebebi teşkil etmeyeceğine hükmetmiştir⁶⁴³. Üçüncü kişinin kusuru ise bir indirim sebebi teşkil etmez. Ancak üçüncü kişinin kusuru belirli bir ağırlık seviyesine ulaştığında, illiyet bağıını kesip sorumlu kişinin değişmesine sebebiyet verebilir⁶⁴⁴.

III. Maddi Tazminatın Ana İşlevi: Telafi

Maddi tazminatın ilk ve en temel işlevinin zararının tazmini ve telafisi olduğu doktrin tarafından neredeyse istisnasız olarak kabul edilmektedir⁶⁴⁵. Diğer sorumluluk şartlarının da sağlandığı hallerde tazminata hükmedilerek, zarar gören kişinin zarar verici

⁶⁴¹ **Oftinger/Stark** 1995, s. 401-402; **Schnyder/Portmann/Müller-Chen** 2013, s. 177; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner** 2022, s. 531; **Antalya**, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 578; **Nomer** 1996, s. 143 vd.

⁶⁴² **Oftinger/Stark** 1995, s. 410; **Schnyder/Portmann/Müller-Chen** 2013, s. 178; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner** 2022, s. 533; **Antalya**, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 581; **Nomer** 1996, s. 160 vd.

⁶⁴³ BGE 117 II 609, 619.

⁶⁴⁴ **Schwenzer** 2009, N. 16.23; **Schnyder/Portmann/Müller-Chen** 2013, s. 179-180; **Nomer** 1996, s. 114 vd.; **Antalya**, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 557; **Topuz** 2020, s. 316.

⁶⁴⁵ **MüKoBGB/Oetker** §249 N. 8; **NK-BGB/Magnus** Vor. § 249-255 N. 9; **Jauernig/Teichmann** BGB Vor. §249-253 N. 2; **HK-BGB/Reiner Schulze** Vor § 249-253 N. 2; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner** 2022, s. 333; **Nomer** 1996, s. 33; **Topuz** 2020, s. 286; **Güleryüz/Zorluoğlu Yılmaz** 2019, s. 341.

eylem nedeniyle uğradığı zararların telafi edilmesi ve zarara zarar görenin katlanması (*casum sentit dominus*) yerine sorumluluğun zarar veren üçüncü kişiye aktarılması sağlanır⁶⁴⁶. Telafi işlevi, ortaya çıkan maddi zararların giderilmesine ve bu sayede zarar görenin eski durumunun yeniden sağlanmasına odaklanır. Bu yüzden de öncelikle aynen tazminin mümkün olup olmadığı araştırılmalı, eğer aynen tazmin mümkün değilse bu durumda nakden tazmin yoluyla eski durumun yeniden oluşturulması sağlanmalıdır⁶⁴⁷. Telafi işlevi, zenginleşme yasağı ile birlikte düşünülmelidir. Zira maddi tazminatı telafi işleviyle birlikte değerlendirdiğimizde, bu işlev hem bir temel gaye hem de bir doğal sınır teşkil etmektedir. Zarar gören, uğradığı zararların karşılığını elde edebilmeli ancak bu karşılıktan fazlasını elde ederek zenginleşmemelidir⁶⁴⁸. Telafi düşüncesi, zarar verenin bu eylemi tekrar etmemesini sağlamak veya topluma bir mesaj vermekle ilintili değildir. Bu işlev, zarar verici olay ve bunun zarar gören üzerindeki maddi etkilerini dikkate almaktadır. Zarar veren kişinin hangi amaçla bu eylemi gerçekleştirdiği ve ahlaki yapısı gibi hususlar kural olarak önem taşımamaktadır⁶⁴⁹.

Hakim görüşe göre, telafi işlevi özellikle maddi tazminat açısından tazminatın belirlenmesinde temel kriterdir⁶⁵⁰. Tazminatın ve sorumluluğun kapsamının belirlenmesinde uğranılan zararın telafi edilmesi asıldır. Diğer tüm amaçlar ancak sınırlı

⁶⁴⁶ Oftinger/Stark 1995, s. 9; KUKO OR-Schönenberger, Vor. 41-61 N. 3; Rey 2008, s. 4; Fuchs/Pauker 2012, s. 338.

⁶⁴⁷ Belirtmek gerekir ki uygulamada aynen tazmin nadiren gerçekleşirken neredeyse somut vakaların tamamı nakden tazminle çözüme kavuşturulmaktadır. Bkz. MüKoBGB/Wagner Vor. §823 N. 43.

⁶⁴⁸ BK- Brehm, Art. 43 N. 25; NK-BGB/Magnus Vor. § 249-255 N. 9.

⁶⁴⁹ Riedel 2016, s. 48

⁶⁵⁰ Oftinger/Stark 1995, s. 12; Deutsch, JZ 1971, s. 244; Möller 2006, s. 51.

etki doğurabilmektedir. Önleme, cezalandırma, hakların korunmasını sağlama gibi amaçlar ancak bağımlı bir yan unsur olarak dikkate alınacaktır.

Günümüzde telafi işlevi, sigortalar aracılığıyla da kolektif şekilde de sağlanmaktadır⁶⁵¹. Sigorta sistemi gelişmiş ülkelerde telafi ilişkisi, zarar gören ile zarar veren arasındaki bir ilişki olmaktan kısmen de olsa çıkmakta ve sigorta aracılığıyla kolektif şekilde gerçekleşen bir telafi haline dönüşmektedir. Sonrasında sigortacı tarafından zarar verene yönelik bir rücu talebinde bulunulmakta ve bu sayede telafi, dolaylı olarak gerçekleşmektedir.

Wagner, telafi işlevine ve zenginleşme yasağına yönelik eleştirisinde, tanımın aksine telafi işlevinin oluşan her zararı tazminle ilintili olmadığını, sorumluluk hukukunun zarara zarar görenin katlanmasını temel alan *casum sentit dominus* ilkesi ile zarar verenin sorumluluğu arasında bir denge kurma amacı güttüğünü, adalet düşüncesinin burada yalnızca “*bağlamsal*” bir nitelik taşıdığını, dolayısıyla da bu ilkenin aslında tazmin ve telafinin normatif sınırlarını çizme işlevi bulunduğunu vurgulamaktadır⁶⁵². Nitekim, fark teorisinin malvarlığını bir bütün olarak ele alması ve zarara uğrayan spesifik eşyada oluşan zararı hesaplamada yetersiz kalması eleştiriye konu oluşturmaktadır⁶⁵³. Benzer şekilde, fark teorisinde hangi başlangıç malvarlığının ele alınacağı, zarar verici eylem gerçekleşmeseydi oluşacak olan hipotetik malvarlığının tespitindeki kriterler gibi konularda da çok fazla belirsizlik bulunduğu belirtilmektedir. Bu bakış açısına göre, bütün bu sorulara verilecek cevapların esasında hukuk düzeninin tercihleriyle ilintili olması, fark teorisinin de esasında normatif bir zarar hesabı içerdiğini

⁶⁵¹ **MüKoBGB/Wagner** Vor. §823 N. 44; **KUKO OR-Schönenberger**, Vor. 41-61 N. 3.

⁶⁵² **MüKoBGB/Wagner** Vor. §823 N. 43.

⁶⁵³ **MüKoBGB/Oetker** §249 N. 21; **NK-BGB/Magnus** Vor. § 249-255 N. 20.

göstermektedir. Ancak bütün eleştirilere rağmen aşağıda da belirteceğimiz üzere, fark teorisinin, zararın hesaplanması için hala en iyi yöntem olduğunu kanaatindeyiz⁶⁵⁴.

IV. Maddi Tazminatın Yan İşlevi: Genel ve Özel Önleme

A. Genel Olarak Önleme İşlevi

Maddi tazminata atfedilen bir diğer işlev ise genel ve özel önleme işlevleridir. Daha önce de belirtildiği üzere, genel önleme, toplumdaki diğer bireyleri zarar verici nitelikteki benzer davranışlardan kaçınmaya yönlendirmeyi amaçlarken özel önleme, zarar verici eylemi gerçekleştiren kişinin bir daha aynı davranışı tekrarlamamasını sağlamaya çalışmaktadır.

Önleme amacı, tarihsel süreçteki özel hukuk-kamu hukuku ayrışmasıyla birlikte daha çok ceza hukuku ve idare hukukuna özgü bir amaç olarak gelişmiştir. Hatta bu sebeple, önleme işlevi genelde cezalandırma ile birlikte ele alınmakta ve özel hukukçular tarafından genellikle reddedilmektedir⁶⁵⁵. Telafiyi temel alan haksız fiil sorumluluğu açısından önleme, tazminata hükmedilmesi halinde ortaya çıkan bir caydırıcılık etkisinden daha fazla bir anlam ifade etmemektedir. Özellikle de sembolik olmayan ciddi maddi tazminat miktarlarının doğal bir önlemeyi de beraberinde getirdiği belirtilmektedir⁶⁵⁶. Ancak gelişen sorumluluk hukuku çerçevesinde ileri sürülen yeni fikirler, önleme amacının sorumluluk hukukunun gri alanlarını çözmekte yararlı olabileceğini göstermektedir⁶⁵⁷. Önleme işlevinin açıklanabilmesi için, kişivarlığı haklarına yönelik ihlallerin önlenmesi ve ihlalin ekonomik sonuçlarının önlenmesi

⁶⁵⁴ Aşa. 2. Bölüm, §8, VI.

⁶⁵⁵ Möller 2006, s. 52

⁶⁵⁶ MüKoBGB/Oetker BGB §249 N. 9.

⁶⁵⁷ KUKO OR-Schönenberger, Vor. 41-61 N. 4.

şeklinde bir ayrıma gidilmesi gerektiği belirtilmektedir. İhlalin ekonomik sonuçlarının yani zararın önlenmesi ve giderilmesi halihazırda sorumluluk hukukunun en temel amacıdır. Haklara yönelik ihlallerin önüne geçilmesi ise hayata geçirilmesi daha güç bir işlev olmakla beraber sorumluluk hukukunun koruma alanına dahildir⁶⁵⁸. Bu bakış açısıyla önleme işlevi, esasen hukukun ekonomik analizi doktrininin de üzerinde yoğun şekilde çalışmakta olduğu bir alandır.

Önleme işlevinin amaçladığı zarar verici eylemin tekrarlanmasının önüne geçme durumu, esasen kusur sorumluluğu hallerinde mantıklı olmaktadır. Zarara kendi kusuruyla sebebiyet veren kişinin bir nevi ıslah edilerek benzer davranışlardan kaçınmaya itilmesi, her ne kadar ceza hukuku yaptırımları ile benzeşse de, maddi tazminat ile ulaşılmaya çalışılabilecek bir sonuç olduğu iddia edilmektedir⁶⁵⁹. Kusursuz sorumlulukta önleme işlevinin işlevsiz olduğu ileri sürülse de, önleme işlevinin sorumluluk hukukunda ana amaç haline gelmesini savunan görüş, bu hallerde de önleme fikrinin önem arz ettini belirtmektedir. Bu görüşe göre, kusursuz sorumluluk ve özellikle tehlike sorumluluğu zaten halihazırda zarar verici eylemlerden kaçınılmasını sağlamaya yöneliktir. Sorumluluk alanının genişlemesi, kişileri zarar verici eylemleri önleyecek yatırımları gerçekleştirmeye itmektedir. Kusursuz olarak sorumlu tutulma riski altındaki kişiler, ileride doğabilecek zararlardan dolayı oluşacak tazminat yükümlülüklerinin işletme maliyeti olarak yansımaması için çeşitli önlemler alma yoluna gidecektir⁶⁶⁰.

Klasik yaklaşıma meydan okuyan ve aynı zamanda özel hukuku geleceğe taşıma iddiasıyla yola çıkan hukukun ekonomik analizi doktrini de bu noktada önemli bir

⁶⁵⁸ **KUKO OR-Schönenberger**, Vor. 41-61 N. 4.

⁶⁵⁹ **Rey** 2008, s. 5.

⁶⁶⁰ **Rey** 2008, s. 5; **Nomer** 1995, s. 36.

tartışmanın konusunu oluşturmaktadır. Sorumluluk ve zarar kavramlarına, klasik sorumluluk hukukunun *ex post* bakış açısının aksine geleceğe dönük bir bakış açısıyla yaklaşan hukukun ekonomik analizi doktrini çerçevesinde hareket edildiği takdirde özel hukukun da sınırlı da olsa bir davranış kontrolü sağlayabileceği ve zararın hesaplanmasındaki birtakım eksikliklerin bu yolla giderilebileceği iddia edilmektedir⁶⁶¹. Wagner, konuyu değerlendirirken, özel hukukta da yapılan her türlü normatif seçimin ve verilen kararın birey davranışları üzerinde önemli etkiler doğurduğuna dikkat çekmekte ve yasakoyucunun veya hakimin bu kararları sonuçlarına gözlerini kapamasının doğru olmadığını belirtmektedir. Normlar ve kararlar kadar bu karar ve normların etkili olmasının da önem taşıdığına dikkat çeken yazar, davranış kontrolü fonksiyonun Kıta Avrupası için yeni bir fikir olmadığını ve her zaman var olduğunu savunmaktadır⁶⁶².

Brand, önleme fikrinin Kıta Avrupası sorumluluk hukuku doktrininde giderek daha fazla destek gördüğünü belirtmekte ve bunu üç temele dayandırmaktadır: 1) İdare ve ceza hukukunun, yaptırımlar alanındaki boşlukları doldurmak için özel hukuk yaptırımlarına başvurulmasını isteme eğilimi. 2) Avrupa Birliği mevzuatındaki belirli yaptırımların önleyici, etkili ve orantılı olması yönündeki ısrar ve önlemenin tazminatla ulaşılan bir yan etki olmasının yerini tazminatın önleme için bir araç haline gelmesi düşüncesinin alması. 3) Hukukun ekonomik analizi doktrininin, önlemeyi temel amaç haline getiren yaklaşımı⁶⁶³.

Günümüzde cezalandırıcı tazminatın önleme açısından en önemli işlevinin, bireylerin veya şirketlerin, üçüncü kişilerin haklarına karşı kayıtsız kalarak sadece

⁶⁶¹ **Wagner**, AcP 2006, s. 424.

⁶⁶² **Wagner**, AcP 2006, s. 425.

⁶⁶³ **Brand** 2015, s. 17.

ekonomik ölçütlerle karar almalarını engellemek ve etkili şekilde yaptırıma bağlamak olduğu belirtilmektedir. Sadece ekonomik ölçütleri gözetmek ile ifade edilmek istenen, şirketin kazancını temel alan ve bunun diğer kişiler nezdinde yarattığı sonuçları hiçe sayan ve bu sonuçlara kayıtsız kalan davranışlardır. Bu tip kararların temelinde, şirketlerin yaptığı bir kâr hesabı yatmaktadır. Şirketin, hukuka aykırılığı düzeltmek için yapacağı masrafların, ihlalin hukuki sonuçlarından daha fazla olacağını düşünmesi, bazı durumlarda imajı önemsememesine ve ihlalin devamına hükmetmesine sebebiyet verebilmektedir⁶⁶⁴. Benzer şekilde, ispatı güç birtakım zararların var olduğu ya da zarar miktarının çok düşük olduğu durumlarda mağdurların dava açmaktan kaçındığı de belirtilmektedir⁶⁶⁵. Zira en iyi ihtimalde dahi oldukça küçük bir menfaat elde edecek olan mağdur, başlangıçta karşılamak zorunda kalacağı dava ve avukat masrafları gibi hususları da dikkate alarak dava açmanın riskini almak istemeyecektir. Dava sonucunda haklı çıktığında dahi, sadece uğradığı düşük miktardaki zararı ve yargılama için yaptığı masrafları karşı taraftan alacağını bilen zarar gören, bu zorlu sürece girişmekten kaçınabilmektedir. Piyasaya sürülen bir ürünlerdeki ispatı güç bir teknik bir eksikliğin varlığı, banka kartlarına ilişkin üyelik aidatı ve sigorta bedeli gibi konularda, bu zikredilen sakıncanın gerçekleştiği de görülmüştür. Şirketler, az sayıda kişinin hukuki yollara başvuracağını, başvuran kişilere hakları tam olarak verilse bile başvurmayan kişilerden elde edilen yararlar sayesinde uzun vadede şirketin kar edeceğini düşünmekte

⁶⁶⁴ Yuk. 1. Bölüm, §2, III, B.

⁶⁶⁵ Benzer durumlarda gündeme gelebilen *de minimis* kuralına ilişkin bkz. **Özden Merhacı/Erkan** 2018, s. 49-70.

ve buna göre karar almaktadır. Cezalandırıcı tazminatın varlığının bu gibi hallerde verimli bir çözüm olarak ekonomik kararların önüne geçebileceği savunulmaktadır⁶⁶⁶.

İşte cezalandırıcı tazminatın beraberinde getirdiği zararı aşan miktarın bu gibi durumlarla mücadelede verimli olabileceği ve etkili sonuçlar doğurabileceği belirtilmektedir. Özellikle de fikri mülkiyet alanındaki ihlallerin etkili bir şekilde önlenmesi ve zaman içerisinde azalması, bu görüşteki yazarları cesaretlendiren bir unsur olmuştur⁶⁶⁷. Bu görüşteki yazarlara göre salt telafiyi temel alan bir yaklaşım, fikri mülkiyet hukuku için yeterli çözümü sunamamış ve bu sebeple de telafi düşüncesinin dışına çıkan çözümlere başvurma zorunluluğu ortaya çıkmıştır⁶⁶⁸. “*Zarara, zarar gören katlanır*” şeklindeki anlayış, yeni dönemle beraber değişmelidir. Zira artık alınan önlemler ile zararın önlenmesi ve şirketlerin de bireylerin de daha dikkatli davranmasının önünün açılması mümkündür⁶⁶⁹. Sadece telafi edici nitelikte bir tazminata katlanmak çoğu zaman bireyler için o davranıştan kaçınmayı sağlayacak bir inisiyatif oluşturmayacaktır. Hatta zararın fazlaca kişiye yayılmış olması, bu eylemi gerçekleştiren kişiler açısından bir avantaj haline bile gelebilmektedir⁶⁷⁰. Salt ekonomik nitelikte bir karar alındığı takdirde sadece başkalarının haklarına karşı kayıtsız bir tutum sergilenmekle kalınmamakta, ayrıca para ile her türlü aykırılığın giderilebileceği ve çözüm bulunabileceği yönünde de bir inanç yaratılmaktadır. Ancak uğranılan zarardan

⁶⁶⁶ **Gül** 2015, s. 425–427.

⁶⁶⁷ **Behr** 2003, s. 137.

⁶⁶⁸ **Behr** 2003, s. 139.

⁶⁶⁹ **Heizmann** 2015, s. 66; **Gül** 2015, s. 422.

⁶⁷⁰ **Heizmann** 2015, s. 81.

daha fazlasına hükmedilmesi halinde gerçekten önleyici bir tedbirden bahsedebilmek mümkün olacaktır⁶⁷¹.

Bazı yazarlar, önlemeyi bir yan etki olarak görürken⁶⁷², birtakım yazarlar ise önlemenin ayrı bir amaç olarak dikkate alınması gerekliliğini vurgulamaktadır⁶⁷³. Bu konudaki tercih, önleme amacının maddi tazminat miktarına etki edip etmeyeceği açısından taşımaktadır. Önlemenin bir yan etki ve işlev olarak kabul edilmesi halinde, maddi tazminat telafi işlevine göre belirlenecek ve bu tazminatın dolaylı olarak önleyici bir etki yaratması beklenecektir. Ancak eğer bir ana işlev olarak kabul edilirse, bu durumda maddi tazminatın belirlenmesinde önleme masrafları da bir kalem olarak yer alabilecektir. Bu açıdan öncelikle önlemeyi yan etki olarak gören hakim görüş kısaca açıklanacak, devamında önlemeyi ana bir işlev olarak görülen görüşün argümanlarına yer verilecek ve en son olarak bu görüşlerin değerlendirilmesi yapılacaktır.

B. Önleme İşlevini Bir Yan Etki Olarak Gören Hakim Görüş

Önlemeyi yan etki olarak gören görüş, ana işlev ve yan işlevler şeklindeki bir ayırımdan hareket etmektedir. Buna göre, maddi tazminatın ana işlevi telafiyken, telafi işlevinin sağlanmasıyla birlikte ortaya çıkan birtakım yan etkiler de mevcuttur. Bunlar dolaylı olarak ortaya çıkmaktadır⁶⁷⁴. Maddi tazminatın belirlenmesinde önleme işlevi

⁶⁷¹ **Gül** 2015, s. 423.

⁶⁷² **MüKoBGB/Oetker** §249 N. 9; **HK-BGB/Schulze** Vor. § 249-253 N. 2; **KUKO OR-Schönenberger**, Vor. 41-61 N. 4; **Gauch/Schlupe/Schmid** 2020, N. 1591; **Ebert** 2004, s. 411 dn. 12; **Brockmeier** 1999, s. 44; **Müller** 2000, s. 86; **Möller** 2006, s. 73; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner** 2022, s. 334; **Nomer** 1996, s. 36.

⁶⁷³ **NK-BGB/Magnus** Vor. § 249-255 N. 11; **MüKoBGB/Wagner** Vor. §823 N. 45 vd; **Schwenzer** 2009, N. 14.12; **Rey** 2008, s. 5

⁶⁷⁴ **Fuchs/Pauker** 2012, s. 338.

dikkate alınmamakta ancak telafi amacıyla öngörülen maddi tazminat dolaylı olarak toplumda ve zarar verende bir caydırıcılık sağlamaktadır. Bu görüşün karşı çıktığı temel olgu, maddi tazminatin belirlenmesinde telafi dışındaki işlevlerin dikkate alınmasıdır. Maddi tazminatin belirlenmesi telafi işlevi göz önüne alınarak yapılmalı, önleme işlevi bir yan etki olarak kabul edilmeli ve tazminat miktarı üzerinde bir etki doğurmamalıdır. Avrupa Sorumluluk Hukukunun Temel İlkeleri (*Principles of European Tort Law (PETL)*) 1:101 ve 10:101 hükümlerinde öngörülen tanım da dikkat çekicidir⁶⁷⁵. Bu hükümlerde de tazminatin temel amacının telafi olduğu ve ancak önleme işlevinin telafi işlevine ek olarak gündeme gelebileceği vurgulanmıştır⁶⁷⁶. Belirtmek isteriz ki, biz de

⁶⁷⁵ PETL 1:101: “(1) A person to whom damage to another is legally attributed is liable to compensate that damage. (2) Damage may be attributed in particular to the person a) whose conduct constituting fault has caused it; or b) whose abnormally dangerous activity has caused it; or c) whose auxiliary has caused it within the scope of his functions.”” (1) Başkasına verdiği zarar hukuki olarak kendisine isnat edilebilen kimse, o zararı tazmin etmekle sorumludur. (2) Zarar kişiye özellikle, a) kişinin kusurlu davranışı buna sebep olmuşsa; veya b) kişinin olağandışı tehlikeli aktivitesi buna sebep olmuşsa; veya c) kişinin yardımcı şahsı görevi faaliyeti buna sebep olmuşsa isnat edilebilir.” Türkçe çeviri için bkz. <http://www.egtl.org/PETLTurkish.html> (Erişim Tarihi: 13.01.2023)

PETL 10:101: “Damages are a money payment to compensate the victim, that is to say, to restore him, so far as money can, to the position he would have been in if the wrong complained of had not been committed. Damages also serve the aim of preventing harm.”” Tazminat, zarar göreni tazmin eden, başka bir ifadeyle, dava edilen haksızlık meydana gelmeseydi bulunacağı duruma, paranın yapabileceği kadarıyla, yeniden getiren bir miktar paranın ödenmesidir. Tazminat, zararı önleme amacına da hizmet eder.” Türkçe çeviri için bkz. <http://www.egtl.org/PETLTurkish.html> (Erişim Tarihi: 13.01.2023)

⁶⁷⁶ PETL için çalışan önemli akademisyenlerden biri olan Koziol, PETL’de yer verilen tazminat anlayışının, cezalandırıcı tazminatı dışlayıcı nitelikte olduğuna dikkat çekmektedir. **Koziol** 2009, s. 298.

maddi tazminat açısından önlemenin ancak bir yan işlev olarak kabul görebileceğini düşünmekteyiz.

C. Önleme İşlevini Maddi Tazminatın Ana İşlevlerinden Biri Olarak Gören Görüş

Önleme işlevini maddi tazminatın ana işlevlerinden biri olarak gören görüşün temel amacı, maddi tazminat miktarının sadece zarar görenin uğradığı zararı dikkate alarak değil, benzer eylemlerin hem toplum nezdinde hem de zarar veren nezdinde tekrarlanmasının önüne geçebilecek şekilde belirlenmesini sağlamaktır. Bu görüşün en önemli savunucu “*önleyici tazminat*” fikrini da ortaya atan Alman hukukçu Wagner’dır. Bu sebeple öncelikle Wagner’in görüşleri kısaca özetlenecektir.

Wagner hukukun ekonomik analizi doktrininin vardığı bazı sonuçları destekleyerek, tazminatın öncelikli amaçları arasında önleme işlevinin de yer alması gerektiğini savunmaktadır⁶⁷⁷. Yazarın bu görüşleri, esasında Amerikan Hukuku’nda Dobbs tarafından savunulan görüşleri de andırmaktadır. Dobbs’a göre, zararı aşan tazminatların esas sebebi cezalandırma değil önleme düşüncesidir. Özellikle de zarar veren kişinin bu davranışından fayda elde ettiği hallerde hem bu fayda onun elinden alınmalı hem de yargılama masrafları zarar veren üzerinde bırakılmalıdır⁶⁷⁸. Bu sayede benzer davranışların da önüne geçilebilecektir. Zarara ilişkin bu yaklaşım sayesinde artık

⁶⁷⁷ **Wagner** 2006, A. 77 vd.; **Wagner**, AcP 2006, s. 471 vd. Belirtmek gerekir ki Wagner, BGB’nin fark teorisini esas almadığı yönünde görüş bildirmektedir. Yazara göre BGB §249, Mommsen gibi sadece parasal tazmini esas alan bir mantığa dayanmamaktadır. Söz konusu hükümde, zarar verici olaydan önceki durumun (*zustand*) tekrar temini esas alınmıştır. Burada sadece parasal menfaatler değil, parasal olarak ifade edilmesi mümkün olmayan menfaatler de telafi edilmelidir.

⁶⁷⁸ Wagner, bu hallerin sorumluluk hukukunun genel normları içerisinde düzenlenmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. **Wagner** 2006, A. 96; **Medicus** 2006, s. 809.

cezalandırıcı tazminata da ihtiyaç kalmayacak ve önleme temelli bir sistemle daha rasyonel sonuçlara varılabilecektir⁶⁷⁹. Wagner de kar temelli bir yaklaşımla zarar verici eylemin gerçekleştirildiği durumlarda, maddi tazminatın hesaplanmasında hukukun ekonomik analizi doktrinine dayanan bir “zarar çarpanı” kullanılabileceğini ifade etmektedir⁶⁸⁰. Buna göre zarar miktarı, söz konusu ihlale ilişkin dava açılması olasılığının tersi ile çarpılmalı ve tazminat bu şekilde belirlenmelidir. Örneğin yüzde yirmi beş olasılıkla dava açıldığı tespit edilebiliyorsa hesaplanan zarar dört ile, yüzde elli olasılıkla dava açılıyorsa hesaplanan zarar iki ile çarpılmalı ve tazminat bu şekilde belirlenmelidir. Bu yaklaşımın temelinde şu düşünce yatmaktadır: Sadece ekonomik ölçütlerle karar alan ve kendi kazancını temel alan şirketler, genelde kendilerine açılan dava sayısının azlığından ve yaptırım alanındaki eksikliklerden yararlanmaktadır. Kendilerine açılacak davalarda ödeyecekleri toplam tazminatın, ihlali giderme masraflarından daha düşük olduğu hesaplayan ve kayıtsızca bir tutum sergileyen şirketlere karşı etkili bir koruma sağlanmalıdır. Hukukun ekonomik analizi bu tür durumlarda, dava açılma olasılığını dikkate alarak bir zarar hesabı öngörmektedir. Zarar çarpanı kullanılması yoluyla, dava açmaktan kaçınan kişilerin yerine dava açma inisiyatifi gösteren kişilere ek bir ödeme yapılmakta ve şirketlerin kazancı ellerinden alınmaktadır. Wagner, zarar görenin zararı aşan bir tazminata hak kazanması eleştirilirken zarar verenin kazancının elinden alınmamasına tepki gösterilmemesine karşı çıkmaktadır. Yazara göre dava açma ve takip gibi süreçlere katlanan zarar görenin, zararı aşan bir tazminata hak kazanması gayet meşru bir gerekçedir. Her somut olay için bütün ekonomik ve istatistikî verilere sahip olmak mümkün değilse de belirli dava grupları için bu çalışmanın yapılmasının ve

⁶⁷⁹ Dobbs 1989, s. 868 vd.

⁶⁸⁰ Wagner, AcP 2006, s. 464.

kullanılmasının faydalı olacağını savunan Wagner, Alman Federal Mahkemesi'nin GEMA (*Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte*)⁶⁸¹ içtihatlarında olduğu gibi⁶⁸² iki kat lisans bedelinin tam da bu tip bir yaklaşımın neticesi olduğunu belirtmektedir⁶⁸³.

Wagner, nadiren davaya konu olan ve düşük miktarlarda zarara sebebiyet veren davalarda (örneğin üründeki ufak kusurlardan dolayı açılan tüketici davaları gibi) zarar çarpanı uygulamasına gitmenin verimli olmayacağını belirtmektedir. Zira bu davalardaki çarpan çok yüksek olabilmekte, ilk davanın başarısının yarattığı heyecan dalgası ile başka davalar da gündeme gelebilmekte ve bu zarar çarpanı anlamsız hale gelebilmektedir. İlk davadaki bedelin yediemin niteliğindeki bir banka hesabında tutulması ve sonradan dava açan kişilerin toplam sayısı dikkate alınarak bölüşülmesi gibi öneriler ise Kıta Avrupası Hukuku açısından hukuki zeminden yoksundur⁶⁸⁴. Yazar, burada en ideal çözümün bu gibi konularda topluluk davası açılmasına izin verilmesi olduğunu belirtmektedir⁶⁸⁵.

Wagner, önleyici tazminat konusundaki önermesini farklı konulardaki uygulama önerileri ile de genişletmektedir. Örneğin yazara göre, malvarlığı zararlarının belirlenmesinde malın objektif piyasa değerinin kullanılması, zarar vereni dava öncesi bir

⁶⁸¹ GEMA, çeşitli ses sanatçılarının bir araya geldiği bir meslek birliğidir. Sanatçılar, müzik eserlerinden doğan mali haklarını GEMA'ya devretmekte ve GEMA bu haklara ilişkin ihlalleri onlar adına takip etmektedir.

⁶⁸² Aşa. 3. Bölüm, §14, I, C. GEMA içtihatlarında, Alman Federal Mahkemesi telif hakkı ihlallerine ilişkin olarak iki kat lisans bedeline hükmetmektedir. Mahkemeye göre ikinci lisans bedeline hükmedilmesinin sebebi, GEMA'nın telif hakkı ihlallerine ilişkin takip masraflarının tazmin edilmesidir.

⁶⁸³ **Wagner**, AcP 2006, s. 464.

⁶⁸⁴ **Wagner**, AcP 2006, s. 466.

⁶⁸⁵ **Wagner** 2006, A. 101.

anlaşmaya varmaktan alıkoymakta ve önleyici bir etkiden uzak bir yapıya sebebiyet vermektedir. Bir malın çalınması halinde yakalanan hırsızın en fazla malın objektif değerini ödemesi, hırsız, malı bir sözleşmeyle satın alan kişiden daha avantajlı hale getirebilecektir. Zira malı sözleşmeyle satın alan kişi, sözleşme çerçevesinde karşılıklı ödümler verirken söz konusu mala objektif değerinden daha yüksek bir bedel ödemek zorunda kalabilecektir⁶⁸⁶.

Yazar, tazminat miktarının olması gerekenden daha düşük olmasının önleyici etkiyi de ortadan kaldırdığını savunmaktadır. Dolayısıyla tazminat miktarı belirlenirken önleme düşüncesi de dikkate alınmalı ve tazminatın kapsamı buna göre belirlenmelidir. Ancak bu tamamen sınırsız ve keyfi bir tazminat anlamına da gelmemelidir. Wagner'e göre, önleyici tazminat miktarının üst sınırı, yaklaşık bir parasal değer olarak belirlenen manevi zararlar da dahil olmak üzere, sorumluluğa yol açan eylemin yarattığı bütün olumsuz sonuçların maddi değeridir ve bu değer aşılmamalıdır⁶⁸⁷.

Wagner, 2010 yılında yayımladığı bir başka çalışmasında ise yaptırımların yetersiz olduğu Rekabet Hukuku, Fikri Mülkiyet Hukuku gibi alanlarda ve sırf kazanç elde etmek için göz göre göre işlenen haksız fiillerde bu esasların uygulanmasının yararlarına değinmiştir⁶⁸⁸. Yazar, pozitif hukukta zarar çarpanı uygulaması için açık bir düzenlemenin bulunmadığını, hatta kanunkoyucunun sübjektif iradesinin de bu yönde olmayacağını aşıkardığını, ancak mahkeme kararlarında bu konuya yer verilmesinin önünde engel niteliğinde bir hükmün de bulunmadığını vurgulamaktadır. Ayrıca,

⁶⁸⁶ Wagner, AcP 2006, s. 467.

⁶⁸⁷ Wagner, AcP 2006, s. 470.

⁶⁸⁸ Wagner 2010, s. 935 vd.

kazancın iadesinin haksız fiil hukuku açısından da bir yaptırım olarak düzenlenmesinin faydalı olacağı da yazar tarafından belirtilmektedir⁶⁸⁹.

Önleme işlevinin ana işlev olduğunu savunan görüşteki diğer yazarlar, önleme fikrinin haksız fiil hukukunun sorunlu alanlarına çözüm üretmekte işe yarayacağını belirtmektedir. Bu görüşe göre, haksız fiil hukukunun bireyleri, üçüncü kişilere zarar vermekten kaçınacak makul ve öngörülü davranışlara yöneltme işlevi de bulunmaktadır⁶⁹⁰. Özellikle de haksız fiilin yaratacağı tazminat yükünün, zarar verici eylemden elde edilecek kardan daha yüksek olduğunu görmek, zarar verici eylemde bulunma potansiyeli olan kişilerin bu eylemden vazgeçmesine sebebiyet verecektir. Sorumluluk hukukunun yeknesaklaştırılmasına yönelik önemli çalışmalardan biri olan PETL de Art. 10:101 hükmünde tazminatin amaçlarından biri olarak önleme işlevini göstermiştir. Çalışmanın hazırlayıcılarından biri olan Magnus, metne ilişkin olarak hazırlanan şerhte, önleme işlevinin çoğu zaman cezalandırma ile karıştığını, ancak bu hükmün cezalandırıcı tazminatları meşru kılma amacıyla değil önlemeyi bir ana işlev olarak tanımlama gayesiyle öngörüldüğü belirtmektedir⁶⁹¹. Magnus, önlemenin tek başına tazminatı belirlemek için yeterli olmayacağını, ancak önleme için yapılan masrafların tazminatin belirlenmesinde dikkate alınabileceğini vurgulamaktadır⁶⁹². Hukukun ekonomik analizi doktrini de bu açıdan gerekli hukuki verileri sağlamada etkili olarak kullanılacaktır⁶⁹³. Bu sayede toplumda arzulanan refah seviyesine ulaşılmasında haksız fiil hukuku da önemli bir rol oynayacaktır.

⁶⁸⁹ **Wagner** 2010, s. 942.

⁶⁹⁰ **NK-BGB/Magnus** Vor. § 249-255 N. 11.

⁶⁹¹ **PETL Commentary/Magnus**, Art. 10:101 N. 4-5.

⁶⁹² **PETL Commentary/Magnus**, Art. 10:101 N. 8.

⁶⁹³ **Fuchs/Pauker** 2012, s. 338; **Schafer/Ott** 2012, s. 145 vd.

Önlemeyi bir ana işlev olarak kabul eden yazarlar, zarar verenin sorumluluk sigortasının bulunduğu durumlarda önleme işlevinin bir anlam ifade etmeyeceği yönündeki görüşe de karşı çıkmakta ve bu hallerde dahi rücu imkanının varlığının ve ağır kusur veya kast ile zarar verilen hallerde sigorta tazminatından yoksun kalınmasının önleme işlevini kuvvetlendirdiğini belirtmektedir⁶⁹⁴.

D. Önleme İşlevini Maddi Tazminatın Ana İşlevlerinden Biri Olarak Gören Görüşlerin Eleştirisi

Daha önce de belirttiğimiz üzere, maddi tazminatın belirlenmesinde önlemenin bir ana işlev olarak kabul edilmesinin sakıncalı olduğunu düşünüyoruz. Wagner'in önleyici tazminat yaklaşımının benimsenmesi halinde sorumluluk hukukuna ilişkin esaslarda önemli bir değişikliğe gidilmesi gerekecektir. Zira tazminatın işlevlerine ilişkin tartışma, salt işlevler üzerinden yürüyen teorik temelli bir tartışma olmayıp, zararın ve tazminatın belirlenmesindeki esasları değiştirebilecek bir yapıya sahiptir⁶⁹⁵. Diğer bir deyişle, önleme işlevinin dikkate alınması, tazminatın belirlenmesinde farklı kriterlerin varlığını da beraberinde getirecektir. Bu tip bir değişiklik yaratmayan unsurlar, birer işlev değil de yan etki olarak değerlendirilebilir. Örneğin zararın ve tazminatın belirlenmesine ilişkin esaslar değişmese dahi, hükmedilen tazminatın önleyici ve cezalandırıcı bir yan etki doğurabilmesi mümkündür. Ancak önleme bir işlev olarak dikkate alındığında, zararı aşan bir tazminata hükmedilebilmesi mümkün hale gelebilmektedir. Dolayısıyla önleyici tazminat yaklaşımı, Wagner'in iddiasının aksine sorumluluk hukukunun esaslarında birçok değişikliği mecburi kılmaktadır.

⁶⁹⁴ NK-BGB/Magnus Vor. § 249-255 N. 12.

⁶⁹⁵ Meurkens 2012, s. 15.

Wagner'in önerisi kabul edilerek önleyici bir temelden hareket edildiğinde, zararın gerçekleşmiş olmasının bir ön şart olması gereksiz hale gelmektedir. Bazı durumlarda, sadece yaratılan tehlike bile bir tazminat sebebi olabilmelidir. Zira, ana amaç meydana gelen zararı gidermek değil de henüz meydana gelmemiş olan bir zararı önlemek olan belirlenirse, zararın da bir ön koşul olması anlamsız olarak görülecektir. Önlemeyi, telafi ve tazminden daha öncelikli bir amaç olarak kabul ettiğimiz takdirde, artık zararın hesaplanmasında mağdurun uğradığı zarar kadar, eylemin nitelikleri ve zarar verenin malvarlığı da önem taşımaya başlayacaktır. Çünkü zarar vereni ve benzer davranışı gerçekleştirebilecek diğer kişileri önlemek için yeterli olan miktarı bulmak, sadece mağdurun uğradığı zarardan hareket etmek suretiyle gerçekleştirilemez. Bu da zararı aşan tazminat kavramını beraberinde getirmektedir⁶⁹⁶. Önleme düşüncesi temel alındığında, fark teorisi sadece tazminatın bir unsuru haline gelmektedir. Hukukun ekonomik analizi doktrininin hareketle, bir faktör olarak mağdurun uğradığı zararı da kullanarak, ideal bir rakam oluşturulabilecektir. Bu miktarın oluşturulmasında, zararın meydana gelebilme olasılığı, ihlalin gerçekleştirilme sıklığı gibi unsurlara da yer verilecektir. Bu ise Türk-İsviçre ve Alman Hukuku'nun temel ilkeleriyle bağdaşmayan bir yaklaşımdır. Nitekim Almanya'da gerçekleştirilen 66. Hukuk Günleri'nde bu fikirlerini sunan Wagner'in önerisi toplantıya katılan hukukçuların büyük bir kısmı tarafından kabul görmemiştir⁶⁹⁷.

Wagner tarafından ileri sürülen “önleyici tazminat” fikri, maddi tazminat açısından birçok yönden problemli bir yaklaşımı içermektedir. Koziol, önleme işlevinin tek başına bir sorumluluk sebebi olamayacağına, zira önlemenin kimler için

⁶⁹⁶ Müller 2000, s. 41.

⁶⁹⁷ JZ, 2.3.2007, S. 62, N. 5 (2. März 2007), s. 230-242.

gerçekleştığının belirlenemeyeceğini, zarar olmasa bile önleme düşüncesinin gündeme gelebileceğini⁶⁹⁸, soyut ve belirsiz bir kişi grubu için öngörülen önleme eyleminin maddi sonuçlarından neden yalnızca bir kişinin faydalandığının ve bu sayede zenginleştiğinin açıklanmasının mümkün olmadığını, haksız fiil hukukunun asıl amacının telafi olduğunu vurgulamaktadır⁶⁹⁹. Yazara göre önleme ancak telafi düşüncesinin bir parçası olarak ve onun sınırları içerisinde gündeme gelebilecek bir etki niteliğindedir. Önlemenin tek başına bir sorumluluk sebebi olabilmesi özel hukuk açısından mümkün değildir.

Heizmann ise eleştirilerini temelde hukukun ekonomik analizi doktrinine yöneltmektedir. Rasyonel insanın her türlü hukuki normun bilincinde olduğu ve eylemlerinin ekonomik sonuçlarının da bilincinde olduğuna yönelik bir yaklaşımın her zaman en verimli sonucu doğuracağını söylemek makul bir yaklaşım değildir. Hukuk gibi karmaşık sosyal olayların çözümü ile uğraşan bir dalda, ideal ekonomik yaklaşımlar ve çözümler öngörerek her somut olayı çözüme bağlamak mümkün değildir⁷⁰⁰. Kaldı ki bu ekonomik yaklaşımlar, hukukun uygulanmasını daha da masraflı hale getirmektedir. Özellikle rekabet hukuku ihlalleri için ekonomik yaklaşım ile getirilen çözümler, toplam yargılama masraflarının artmasına sebebiyet vermiştir.

Koch, önleme amacıyla kazancın iadesi yaptırımına başvurulmasının mümkün olduğunu, ancak bunun maddi tazminattan bağımsız bir talep olması gerektiğini

⁶⁹⁸ Wagner, 2010 yılında yayınladığı bir çalışmada bu konuya ilişkin olarak cevaplarını dile getirmiştir. Wagner'e göre, önleme tek başına bir sorumluluk kaynağı değildir. Yazarın önerisi, belirli dava gruplarındaki tazminat yaptırımlarına ilişkin boşlukların tespit edilmesi ve bu dava gruplarına ilişkin olarak farklı işlevlerin benimsenebilmesidir. Bkz. **Wagner** 2010, s. 934.

⁶⁹⁹ **Koziol** 2009, s. 290 vd.

⁷⁰⁰ **Heizmann** 2015, s. 78.

belirtmektedir. Yazar, maddi tazminatın belirlenme yöntemindeki bu tip bir değişikliğin uygun olmayacağını belirtmektedir⁷⁰¹.

Brand, Kıta Avrupası hukuk geleneğinin maddi tazminat açısından zenginleşme yasağı üzerine şekillendiğini, dolayısıyla tek ana işlevin telafi olabileceğini, sigorta gibi teminat mekanizmalarının zaten önlemeye engel olacağını, Alman Hukuku'nun bireylerin davranışlarını doğrudan önleyici etkiye sahip özel hukuk yaptırımlarını kabul edemeyeceğini, ancak öngörülen tazminat ile gerçekleşebilecek dolaylı önlemeyi kabul edebileceğini, bu durumun yegane istisnasının kırılğan nitelikteki hukuki değerler olan kişilik hakları, ayrımcılık, fikri mülkiyet gibi alanlarda gündeme gelebileceğini ifade etmektedir⁷⁰².

Kıta Avrupası Hukuku'nda da zararı aşan belirli tazminat tipleri mevcuttur. Bu örneklerin hepsinde farklı hukuki işlevler söz konusudur. Sadece zararı aşan bir tazminatın varlığı, tek başına o normu bir cezalandırıcı tazminat haline getirmeyecektir⁷⁰³. Ancak zararı aşan kısım, bir başka işlevle açıklanabilir durumda olmalıdır. Burada ise özel hukuk açısından önleme amacının önemi ortaya çıkmaktadır. Önleme, hukukun genel bir amacı olduğu gibi özel hukuk yaptırımlarında da önemli bir rol oynamaktadır⁷⁰⁴. Önleme işlevi ile cezalandırma işlevinin birbirine karıştırılması neticesinde, önleme de adeta cezalandırma gibi özel hukukun tabu bir alanı haline gelmiştir. Cezalandırma işlevinden bahsedebilmek için zararı aşan bir tazminatı yanı sıra kusura göre değişebilen tazminat miktarlarının varlığı ve bağımsız olarak eylemi

⁷⁰¹ Koch 2011, s. 391.

⁷⁰² Brand 2015, s. 16.

⁷⁰³ Tschannen 2009, s. 15.

⁷⁰⁴ Heizmann 2015, s. 51.

cezalandırma amacının varlığı aranmalıdır⁷⁰⁵. Önleme amaçlı birçok hüküm, sorumluluk hukukunun içinde yer almakta ve yer yer uğranılan zarar miktarından daha yüksek tazminatların ortaya çıkmasına sebebiyet verebilmektedir. Özellikle rekabet hukuku, iş hukuku, ayrımcılık hukuku gibi alanlarda bu gibi tazminatlara rastlanabilmektedir. Ancak bu tip tazminatların varlığı, önleme düşüncesinin maddi tazminat gibi yıllar içerisinde özenle oluşturulmuş sınırlara sahip bir tazminat türü için de bir ana işlev olabileceği anlamına gelmemelidir. Fark teorisi, her ne kadar Türk-İsviçre Hukuku'nda açık bir norma bağlanmamış olsa da sistematik yorum ile kabul edilebilecek olan ve temel hareket noktası niteliğinde bir ilkedir.

Salt ekonomik değerlendirmelere dayanarak, ekonomik olarak zaten ifade edilebilen maddi zararların baştan tanımlanması, Wagner'in iddiasının aksine, haksız fiil hukukunun bütün temel paradigmalarının gözden geçirilmesi anlamına gelecektir. Kaldı ki haksız fiil hukuku, sorumluluğu kurmak kadar sınırlamakla da yükümlüdür. Önleme işlevine dayanan bir tazminat hesabı, hukukun ekonomik analizi doktrinini, bu doktrinin kabul görmesi ise istatistiki olarak etkili ve kapsamlı çalışmaların varlığını zorunlu kılmaktadır. Ancak özellikle Türkiye gibi istatistiki verilerin toplanmasının güç olduğu, toplansa dahi akademik değerlendirmelere yeterince tabi tutulmadığı ülkelerde ekonominin de oldukça değişken yapısıyla birlikte makul sonuçlara ulaşabilmek güçtür. Örneğin bankalara karşı dava açılma olasılığının yüzde on olarak hesaplandığı bir yılın ertesinde medyada çıkacak birkaç haber ve kazanılan birkaç dava ile birlikte bu oranın yüzde otuzlara çıkması sürpriz olmayacaktır. Hukuk, böylesine öngörülemez ve belirsiz bir düzleme çekilmemelidir. Dolayısıyla kanaatimizce, fark teorisinin eksikliklerini gidermeye yönelik çeşitli çabalarda bulunmalı, ancak hukukun ekonomik analizi

⁷⁰⁵ Schäfer 2002, s. 428.

doktrininin hareketle önleme işlevini bir amaç olarak görmemeliyiz. Önleme, maddi tazminat açısından bir ana amaç olmamalıdır. Maddi zararların verimli şekilde hesaplanması ve titiz bir şekilde tespit edilmesi halinde önleme bir yan etki olarak ortaya çıkacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, hukukun ekonomik analizi doktrini her ne kadar ekonomik olarak makul sonuçlara varsa da bu sonuçlar hukukun mantığıyla uyuşmayabilir. Özellikle zarar çarpanı kullanarak sağlanan zararı aşan tazminatın neden zarar görenlerden birine ödendiğini açıklamak mümkün görünmemektedir. Ekonomik analiz doktrini bu durumu dava açma inisiyatifinin ödüllendirilmesi olarak açıklasa da bu açıklama dava açma niyetinde olan diğer kişilerin neden bu zararı aşan tazminata sahip olamadığını açıklamakta yetersiz kalmaktadır⁷⁰⁶.

V. Maddi Tazminata Cezalandırma İşlevi Yükleyen Görüşler ve Eleştirisi

Maddi tazminata bazı yazarlarca yüklenen bir diğer işlev ise cezalandırmadır. Telafi işlevi yalnızca ortaya çıkan malvarlığı eksilmesinin yerine konulmasını ve bu sayede bozulan eşitliğin giderilmesini amaçlarken, cezalandırma bunun ötesine geçen bir miktarı zorunlu kılmaktadır⁷⁰⁷. Diğer bir deyişle cezalandırma işlevinin kabulü, zarar vereni cezalandıracak uygun bir miktarın bulunmasını ve bunun zarar miktarına eklenmesi suretiyle bulunacak bedele tazminat olarak hükmedilmesini gerektirmektedir.

Esasında BGB'nin kabulü ile ahlaki hususların ve cezalandırma fikrinin ceza hukukuna devredilmesi ile birlikte cezalandırmanın sorumluluk hukukunun bir amacı olarak görülmesi engellenmek istenmiştir. Cezalandırma, arkaik bir unsur olarak

⁷⁰⁶ Benzer yönde bkz. **Medicus** 2006, s. 810.

⁷⁰⁷ Fischer, iki işlevin arasında farkı şu şekilde açıklamaktadır: Tazminat, bir kötülüğü gidermeyi amaçlar. Cezalandırma ise hem yapılan kötülüğü gidermeyi hem de zarar verenin üzerinde bir kötülük empoze etmeyi amaçlamaktadır. Bkz. **Möller** 2006, s. 50 dn. 109.

görülmüş, sorumluluk hukukunun modern halinin ve özel hukuk-kamu hukuku ayrımının bir gereği olarak kamu hukuku yaptırımlarının amacı olarak kabul edilmiştir. Ancak zaman içinde bazı yazarlar, sorumluluk hukukunun çeşitli dallarında cezalandırma unsurunun hala var olduğunu iddia etmektedir⁷⁰⁸. Bu yazarların yaklaşımının temel sebebi, Alman Hukukundaki ana yapının aksine Türk-İsviçre hukukunda maddi tazminatın tespitinde zarar veren kişinin kusurunun da dikkate alınmasıdır⁷⁰⁹. Tam tazmin yerine, tazmin edilecek tutarın zarar verenin kusuruna göre belirlenmesi, ceza hukukunun kusur derecesine göre ceza yaptırımının ağırlığını belirleyen yapısına benzetilmekte ve buradan hareketle kusura göre derecelendirmenin cezalandırma benzeri bir etki yarattığı dile getirilmektedir.

Özel hukukta cezalandırma işlevinin bulunduğunu savunan Müller, BGB'nin zarara ve tazminata ilişkin yaklaşımının sosyal ve teknolojik gelişmelere paralel olarak değişebildiğini vurgulamaktadır. Yazara göre, nasıl ki genel koruma normlarıyla hukuka aykırılığın sınırlayıcılığı aşılabildiyse veya genel kişilik hakkı sayesinde BGB §253'te sayılmayan kişilik değerleri dahi koruma altına alınabildiyse, maddi tazminatın işlevleri ve korunacak hukuki değerler de zaman içinde değişebilmelidir⁷¹⁰. Önleme ve cezalandırma gibi amaçlar zaman içerisinde BGB'de ve diğer kanunlarda yer alan birçok düzenlemede yer almaktadır⁷¹¹. Müller, bu sebeplerle cezalandırma amacının maddi

⁷⁰⁸ Ebert 2004, s. 497 vd.; Rosengarten, NJW 1996, s. 1935; Körner, NJW 2000, s. 241 vd.; Müller 2000, s. 74.

⁷⁰⁹ KUKO OR-Schönenberger, Vor. 41-61 N. 5; Nomer 1996, s. 35; Güleriyüz/Zorluoğlu Yılmaz 2019, s. 342.

⁷¹⁰ Müller 2000, s. 92.

⁷¹¹ Yazar konuya ilişkin monografisinde, özel hukukta cezalandırma işlevine yöneldiğini iddia ettiği çeşitli olay gruplarını detaylı olarak incelemiştir. Bkz. Müller 2010, s. 101-299.

tazminata da Alman Hukukuna da yabancı olmadığını savunmaktadır. İsviçre ve Türk Hukukunda açıkça kanun ile düzenlenen tazminatın belirlenmesinde kusurun dikkate alınması, tarafların ekonomik durumlarının tazminat miktarına etki etmesi gibi hususların da sadece telafi düşüncesi ile açıklanamayacağını, ancak cezalandırma ile anlamlı hale gelebileceği yazar tarafından savunulmaktadır⁷¹².

Ancak maddi tazminata cezalandırma işlevi yüklenmesine isabetli olarak karşı çıkılmakta, eylemin gerçekleştirilmesindeki kusur ile ödenecek tazminat arasındaki orantılılığa vurgu yapılmasının cezalandırma anlamına gelmeyeceğini belirtilmekte⁷¹³, kusurun objektifleştirilmesiyle birlikte cezalandırma fikrinin iyice geri planda kaldığına vurgu yapılmakta, indirim sebeplerinin hafif kusur halinde ve nadiren uygulandığına dikkat çekilmektedir⁷¹⁴. Gerçekten de kusurun dikkate alınmasıyla bir kanunen bir risk dağılımı yapılmakta⁷¹⁵, eylemi farklı özensizlik seviyeleriyle gerçekleştiren kişilerin aynı tazminata mahkum olmasının önüne geçilmekte ve kusur ile tazminat arasında makul bir orantı kurulmaya çalışılmaktadır⁷¹⁶. Maddi tazminatın kusura göre belirlenmesi, zarar

⁷¹² Müller 2000, s. 96–97.

⁷¹³ Stoll 1970, s. 4. Benzer yönde bkz. **BSK OR I/ Kessler**, Art. 43 N. 6. Türk Hukuku’nda Tandoğan, tazminatın kusurun derecesine göre tespitinde üç unsurun rol oynadığını belirtmektedir. Bunlardan ilki, tazminatın bir ceza olmamasına rağmen faile sanki bir ceza gibi tesir etmesi isteğidir. Buna göre fail, kusuruyla verdiği zarar nedeniyle bu hissi yaşamalıdır. İkinci olarak kusura bağlı sorumlulukta, sorumluluğun kapsamının da kusura göre belirlenmesinin yerinde olacağına dair düşüncedir. Üçüncü olarak ise, hafif kusurla zarar vermekle kusursuzluk arasındaki farkın tespit edilmesindeki güçlüğü de kusura göre derecelendirme açısından bir gerekçe olabileceği belirtilmiştir. Bkz. **Tandoğan** 2010, s. 316–317. Benzer yönde bkz. **Medicus** 2006, s. 809.

⁷¹⁴ Rey 2008, s. 6. Benzer yönde bkz. **BSK OR I/ Kessler**, Art. 43 N. 8.

⁷¹⁵ Honsell/Isenring/Kessler 2013, s. 18–19; Ebert 2004, s. 412.

⁷¹⁶ **BK- Brehm**, Art. 43 N. 26-28; **Nomer** 1995, s. 35; **Topuz** 2020, s. 300-301.

verenin eylemde bulunma zorunluluğu ile mağdurun bütünlüğünün korunması arasında bir denge kurma çabasının sonucudur⁷¹⁷.

Tazminatın belirlenmesinde kusurun dikkate alınmasının bir diğer sebebi, bazı vakalarda kusursuzluk ile hafif kusur arasında tespiti oldukça güç ince bir sınır bulunmasıdır. Bu olayların bir kısmında hiç tazminata hükmetmezken hafif kusurun var olduğu durumlarda tam tazmine hükmetmek adilane bir bakış açısı olmayacaktır. Ayrıca zarar veren taraf, kusuru oranında bir denkleştirme talep etme imkanına da sahip olmalıdır⁷¹⁸. Kusura göre tazminatın derecelendirilmediği bir sistemde hakimin, hafif kusurla verilen zararlarda tazminata hükmetmeme eğiliminde olacağı da ifade edilmektedir⁷¹⁹.

Belirtmek gerekir ki Kıta Avrupası hukukunda hesaplanan maddi zarar miktarından sadece indirim yapılabilmektedir. Cezalandırıcı tazminattakine benzer şekilde zararı aşan bir tazminata hükmedilmesi mümkün değildir. Kusura dayalı olarak yapılabilecek yegane belirlemenin tazminattan indirim olduğu düşünüldüğünde burada bir cezalandırma gayesinin olmadığı açıktır⁷²⁰. Daha önce de vurgulandığı üzere, cezalandırma işlevi zarar miktarını aşan bir tazminatı gerekli kılmaktadır.

Salt işlevsel bir değerlendirmeden yola çıkan bir eleştiri ise cezalandırma unsurundan ne anlaşılması gerektiği hususunda bir konsensüsün oluşmadığına dikkat çekmektedir. Farklı görüşlerin varlığına rağmen cezalandırmanın iki amacında birçok görüşün birleştiğine dikkat çeken Wagner, bu amaçların öç alma ve önleme olduğunu

⁷¹⁷ **Koch** 2011, s. 390; **Schwenzer** 2009, N. 16.02.

⁷¹⁸ **BK- Brehm**, Art. 43 N. 26-28.

⁷¹⁹ **Oğuzman/Öz** 2013, s. 117

⁷²⁰ **Rey** 2008, s. 6 vd.

vurgulamaktadır⁷²¹. Yazara göre bu amaçlardan önleme, halihazırda haksız fiil hukukunun meşru amaçlardan biri konumundadır. Cezalandırma ise ceza hukukunun sağladığı güvenceler olmaksızın gündeme gelmemesi gereken ve ekonomik kayıplarla da bağdaşmayan bir amaçtır. Nitekim ekonomik kayıplar çoğunlukla sigortalarca karşılandığı için gerçek bir cezalandırmadan bahsetmek de mümkün görünmemektedir. Ayrıca bir tüzel kişiyi maddi olarak cezalandırmak tüzel kişiliği cezalandırmaktan ziyade onun çalışanlarını ve görevlilerini cezalandırmak sonucunu doğuracaktır⁷²².

Yukarıda açıklanan sebeplerle, maddi tazminatın cezalandırıcı bir işlevi olduğu yönündeki yaklaşımlar destek bulamamıştır⁷²³. Gerçekten de maddi tazminatın cezalandırma işlevi olduğu yönünde hiçbir yasal dayanak bulunmadığı gibi tarihsel ve sistematik yorum ile ulaşılan sonuçlar da cezalandırma işlevi lehine bir argüman sunmamaktadır. Özel hukuk-kamu hukuku ayrımının mevcut olduğu bir hukuk sisteminde cezalandırma amacının özel hukuka taşınmasının bir anlamı bulunmamaktadır.

VI. Maddi Tazminatın İşlevlerine İlişkin Görüşlerin Değerlendirilmesi

Kanaatimizce, maddi tazminatın ana işlevi olarak sadece telafi işlevi kabul edilmelidir. Önleme işlevinin bir yan etki olarak değil de bir ana işlev olarak kabul edilmesi, önleme masraflarının tazminatın bir kalemini oluşturmasına ve tazminatın zarar miktarını aşmasına sebebiyet verecektir. Maddi zarar gibi ekonomik olarak belirlenmesi

⁷²¹ **MüKoBGB/Wagner** Vor. §823 N. 50.

⁷²² **MüKoBGB/Wagner** Vor. §823 N. 51.

⁷²³ **Oftinger/Stark** 1995, s. 18-19; **NK-BGB/Magnus** Vor. § 249-255 N. 15; **MüKoBGB/Oetker** §249 N. 8; **BSK OR II/Kessler**, Art. 43 N. 6; **KUKO OR-Schönenberger**, Vor. 41-61 N. 5; **Gauch/Schluep/Schmid** 2020, N. 1591; **Rey** 2008, s. 6; **Ebert** 2004, s. 442 ; **Brockmeier** 1999, s. 45; **Nomer** 1996, s. 35; **Topuz** 2020, s. 288.

ve ortaya konulması mümkün bir hususta, telafi işlevini aşacak şekilde bir tazminata hükmedilebilmesi söz konusu olamaz. Özel hukukta önleme işlevini öngören birçok hüküm bulunmakla birlikte, bu hükümler çoğunlukla zararı aşan bir tazminata yol açmamaktadır. Kaldı ki zararı aşan tazminatın öngörüldüğü hükümler de bir elin parmaklarını geçmeyecek kadar azdır. Kanunun açıkça izin vermediği bir alanda, ekonomik olarak tespiti oldukça mümkün bir zararı aşacak şekilde tazminata hükmedilmesi mümkün olmamalıdır.

Bu noktada maddi tazminata önleme işlevi yüklenmesi ile davranış kontrolü ve sosyal refahın sağlanacağı yönündeki görüşün de eleştirilmesi gerekmektedir. Zira özel hukukun öncelikli amacı davranış kontrolü olamaz. Her hukuk dalı gibi özel hukuk ve sorumluluk hukuku da bireyin davranışlarına normatif sınırlar öngörmekteyse de özel hukukun bu sınırları öngörmesinde temel amaç, sosyal kontrol sağlamak değil taraf özerkliği ve eşitliğinin korunmasıdır. Maddi tazminat, sosyal kontrolü ancak bir yan etki olarak sağlamaktadır.

Önleme işlevi sayesinde haksız fiilden elde edilecek kazancın iadesinin sağlanacağı yönündeki iddialara da katılmak mümkün görünmemektedir. Kazancın iadesi, sebepsiz zenginleşme ve gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin konusunu oluşturmaktadır. Halihazırda var olan bu hükümler yerine maddi tazminatı, zararı aşacak bir tazminat haline getirmek makul bir yaklaşım değildir. Bu sebeplerle kanaatimizce, maddi tazminat, yalnızca telafi işlevine yönelmeli, önleme ise bir yan işlev ve etki olarak kalmalıdır.

Cezalandırma ise özü itibarıyla özel hukuka yabancı bir işlevdir. Kamu hukuku-özel hukuku ayrımının keskin bir şekilde uygulanmakta olduğu Türk-İsviçre ve Alman Hukuku sistemlerinde cezalandırma işlevi, münhasıran ceza hukukuna yüklenmiştir. Ceza hukukunun sağladığı koruma imkanlarından yoksun ve keyfi bir şekilde

cezalandırma işlevinin özel hukuka taşınması ve buna dayanılarak zararı aşan bir tazminata hükmedilmesi kanaatimizce mümkün değildir. TBK’da maddi tazminatın belirlenmesine ilişkin bir boşluk olmadığı düşüncesindeyiz. Ancak bir an için Müller’in iddia ettiği gibi maddi tazminatın belirlenmesine ilişkin bir boşluk olduğu düşüncesinden hareket edilse dahi, kanunda yer alan düzenlemelerin iç sistematik ve tarihi yorumu da cezalandırma işlevini dışlayıcı şekilde hareket etmeyi gerektirmektedir.



§9 TÜRK-İSVİÇRE HUKUKU'NDA MANEVİ TAZMİNATIN İŞLEVLERİ VE MANEVİ TAZMİNATIN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN TEMEL İLKELER

I. Genel Olarak

Ekonomik olarak ifade edilmesi mümkün olan maddi zararların dahi tanımlanmasında yaşanan güçlükler, çok daha belirsiz bir alan olan manevi zararların ve manevi tazminatın tanımlanması ve belirlenmesinde çok daha yoğun şekilde hissedilmektedir⁷²⁴. Dar anlamdaki zarar anlayışı, sadece malvarlığındaki irade dışı eksilmeleri dikkate almakta ve manevi zararları kapsam dışında bırakmaktadır. Fark teorisi kapsamında yapılan zarar tanımları yalnızca maddi zararlara ilişkindir⁷²⁵. Zararı, bir kimsenin kişilik değerlerinde veya malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme olarak tanımlayan geniş anlamdaki zarar görüşü dikkate alındığında manevi tazminat, kişivarlığı değerlerinin ihlal edilmesi halinde ortaya çıkmakta ve kişilik varlığında meydana gelen eksilmelerin giderilmesi amacına hizmet etmektedir⁷²⁶. Bu geniş zarar tanımını kabul etmeyen İsviçre Hukukunda ise manevi zarar için “*manevi haksızlık, üzüntü (ideelle, immaterielle unbill)*” kavramı kullanılmaktadır⁷²⁷. Yine İsviçre Hukukunda manevi tazminat için “*tatmin (genugtuung)*” kavramı kullanılmaktadır⁷²⁸. Ancak Türk hukuku açısından zarar kavramı hem maddi hem de manevi zararı kapsar

⁷²⁴ Magnus 1987, s. 21.

⁷²⁵ Oftinger/Stark 1995, s. 419-420; Gauch/Schlupe/Schmid 2020, N. 1602; Schwenger 2009, N. 14.03; Fuchs/Pauker 2012, s. 342; Furrer/Müller-Chen/Çetiner 2022, s. 341; Tekinay/Akman/Burcuoplu/Alttop 1993, s. 735; Antalya, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 208; Ergüne 2008, s. 12.

⁷²⁶ Eren 2021, s. 610.

⁷²⁷ ZK-Landolt, Art. 47 N. 4. Türk Hukuku'nda benzer yönde bkz. Tandoğan 2010, s. 63.

⁷²⁸ Eren 2021, s. 611; Kırca 1999, s. 244-245.

anlamda kullanılmaktadır. Bu açıdan manevi zarar, bir kimsenin kişilik değerlerinde meydana gelen objektif eksilmelerdir. İhlalleri manevi zarara sebebiyet verebilecek kişilik değerleri, yaşam, vücut bütünlüğü, sağlık, özgürlük, isim, resim, şeref, haysiyet ve ticari itibar gibi değerlerdir.

Manevi tazminat ile kişivariğine yapılan müdahaleler neticesinde ortaya çıkan ve ekonomik olarak ifade edilmesi güç olan zararlara ilişkin parasal bir telafi gerçekleştirilmekte ve kişinin bu zararlarının hiç değilse ekonomik olarak giderilmesi hedeflenmektedir. Manevi zararın, fark teorisi ile ifade edilebilmesi mümkün değildir⁷²⁹. Diğer bir deyişle manevi zararı objektif ekonomik verilerle ortaya koyabilme imkanı mevcut değildir⁷³⁰. Bu da manevi tazminat ile neyin tazmin edildiğine, hakimin kendisine tanınan takdir yetkisini nasıl kullanacağına, manevi tazminatın telafi dışındaki amaçlara yönelip yönelmediğine ilişkin soru işaretlerini beraberinde getirmektedir.

Manevi tazminatın, Roma Hukukundaki cezalandırıcı, Cermen Hukukunda ise kişisel öç hissini tatmin edici fonksiyonu dikkate alındığında, bu kurumun günümüzde de cezalandırma ve öç gibi amaçlara hizmet edip etmediği konusunda süre gelen bir tartışma mevcuttur⁷³¹. Roma Hukukundan gelen bir kurum olan *actio iniuria*, kişilik değerlerinin ihlalini parasal bir karşılıkla gidermeyi içeren ve temelde cezalandırma ve öç alma gibi işlevlere hizmet eden bir davadır⁷³². Bu dava sayesinde hem manevi kayıpların giderimi

⁷²⁹ **KUKO OR-Schönenberger**, Art. 47–49 N. 1; **BK-Becker**, Art. 47 N. 1.

⁷³⁰ Antalya, bu sebeplerle manevi tazminat davasının bir belirsiz alacak davası olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Antalya** 2017, s. 10.

⁷³¹ **Kırca** 1999, s. 242–243; **Özden Merhacı** 2013, s. 175.

⁷³² Roma Hukuku temelli bu dava, 1872 yılında Reich Ceza Kanununun kabulüne kadar Alman Hukukunda kendisine yer bulmuştur. Ancak Ceza Kanunu sonrasında hukuk sisteminde kendisine yer bulamamıştır. Bkz. **Brockmeier** 1999, s. 47.

sağlanmakta hem de mağdurun öç ihtiyacının önüne geçilmekteydi. Manevi tazminatın, sadece yatay ilişkiler bakımından değil, devletle birey arasındaki dikey ilişkide dahi sonuç doğurduğu örnekler mevcuttur⁷³³. Özel hukukun on sekizinci yüzyılın sonlarında yaşadığı dönüşüm sürecine kadarki dönemde Cermen hukuku açısından da, tazminatın işlevlerinden biri de cezalandırma olarak görülmüştür. Bu dönemde, tazminat, kişisel öç almayı engelleyecek bir ceza (*wergeld ve buße*) gibi görülmüştür⁷³⁴. Cermen Hukuku, bu kişisel öç bedelini ya da diğer bir deyişle acı parasını talep edebilme yetkisini zarar gören kişi kadar onun yakınlarına da tanıyarak kurumun uygulanma alanını genişletmiştir⁷³⁵. Bu dönemde manevi tazminat halen bir medeni (*özel*) ceza olarak ele alınmaktadır.

Ancak özel hukukun yaşadığı dönüşüm ve kamusal cezalandırma kavramının ortaya çıkışı ile, objektif olarak hesaplanamayan ve ifade edilemeyen kişilik varlığı değerlerinin parasal olarak talep edilmesi bir onursuzluk olarak görülmüş ve manevi tazminat kavramı tamamen reddedilmeye başlanmıştır⁷³⁶. Özellikle de zenginleşme yaşağının kabulüyle birlikte, özel hukukun temel gayesinin tazmin olduğu, zarar görenin malvarlığını zarar verici eylemden önceki hale getirmenin amaçlandığı ortaya konulunca manevi tazminat arkaik bir cezalandırma düşüncesinin parçası olarak değerlendirilmeye başlanmıştır. Jhering, bu düşüncelerin aksine, kişilik değerlerinin ihlali sebebiyle manevi tazminat talep edilmesinin bir onursuzluk teşkil etmeyeceğini vurgulamış, parasal tazmin yoluyla hem zarar verenin davranışının “*kötücüllüğünün (übel)*” tescillenmiş olacağını hem de zarar gören nezdinde bir rahatlama ve tatmin düşüncesinin oluşturulacağını

⁷³³ **ZK-Landolt**, Vor. 47-49 N. 2.

⁷³⁴ **Brockmeier** 1999, s. 46.

⁷³⁵ **Kırca** 1999, s. 243; **Brockmeier** 1999, s. 46.

⁷³⁶ **Kırca** 1999, s. 243; **Brockmeier** 1999, s. 46.

vurgulayarak manevi tazminata ceza ile tazminat arasında bir anlam yüklemiştir⁷³⁷. Zamanla, özellikle de objektif manevi zarar görüşü ile birlikte manevi tazminatın, cezalandırıcı bir işlevi olmadan da salt parasal bir tazmine hizmet edebileceği görüşü ağır basmıştır. Paranın da tek başına bir telafi sağlayabileceği ve tekrar bir bütünlük hissi yaratabileceği düşüncesiyle manevi tazminatın incitilen kişilik değerlerinin bir ikamesi olabileceği savunulmaya başlanmıştır⁷³⁸. Özellikle Degenkolb, cezalandırma amacını dışarıda bırakarak, manevi tazminatın da bir telafi aracı olarak görülmesinin önünü açmıştır⁷³⁹. Günümüz hukuk sistemlerinde manevi tazminat, yasal olarak düzenlenmiş ve kişilik değerleri ihlal edilen zarar görenler tarafından talep edilebilen bir hukuki kurumdur. Gerek OR, gerek BGB, gerekse de TBK manevi tazminata ilişkin hükümlere yer vermiş ve bu tazminatın devredilebilirliğini ve intikal edilebilirliğini düzenlemiştir.

Manevi tazminatın, maddi tazminattan ayrıldığı en önemli nokta, manevi zararın objektif olarak ölçülmesinin mümkün olmamasıdır. Diğer bir deyişle, manevi zararın ekonomik olarak ölçülebilmesi mümkün değildir. Maddi zararlara benzer şekilde objektif değer üzerinden bir zarar hesaplaması yapabilmek mümkün değildir⁷⁴⁰.

Manevi tazminatın cezalandırıcı tazminat ile bir ilişkisi bulunup bulunmadığına sağlıklı şekilde karar verilebilmesi için öncelikle manevi tazminatın belirlenmesine ilişkin genel ilkeler ortaya konulmalı, ardından tarihsel süreçte manevi tazminatın işlevleri üzerinde durulmalıdır. Ancak bu hususlar ortaya konulduktan sonra manevi tazminat ile cezalandırıcı tazminat arasında bir bağlantı bulunup bulunmadığı tespit

⁷³⁷ Honsell 2008, s. 320; Körner 2000, s. 242; Kırca 1999, s. 244.

⁷³⁸ Kırca 1999, s. 244.

⁷³⁹ Stoll 1993, s. 200.

⁷⁴⁰ Brand 2015, s. 11; Müller 2000, s. 259.

edilebilecektir. Aşağıda bu değerlendirme yapılırken, Türk, İsviçre ve Alman Hukuku'nda manevi tazminatın belirlenmesine ilişkin genel ilkeler belirtilecek olup ardından manevi tazminatın işlevleri üzerinde durulacaktır.

II. Türk, İsviçre ve Alman Hukuku'nda Manevi Tazminatın Belirlenmesine İlişkin Genel İlkeler

A. Türk Hukuku'nda Manevi Tazminatın Belirlenmesine İlişkin Genel İlkeler

Türk Hukukunda manevi tazminata ilişkin temel hükümler TMK md. 25, TBK md. 56 ve 58'dir. TMK md. 25 ile TBK'da yer alan hükümler birbirlerini tamamlar niteliktedir. TBK md. 56 bedensel bütünlüğün ihlal edildiği hallerdeki manevi tazminat talebini özel olarak düzenlemekteyken, TBK md. 58 kişilik haklarının ihlal edildiği her durumdaki manevi tazminat taleplerini düzenlemektedir. Bu sebeple TBK md. 58, md. 56'ya göre genel norm niteliğindedir⁷⁴¹.

TMK md. 25, kişilik hakkının ihlal edildiği durumlarda manevi tazminat davası açılabileceğini, bu talebin ancak karşı tarafça kabul edildiği takdirde devredilebileceğini ve mirasbırakanın ileri sürmüş olması şartıyla mirasçılara intikal edeceğini düzenlemektedir. TBK md. 56, bedensel bütünlüğün ihlalinden doğan zararlarda hakim *olayın özelliklerine* bakarak *uygun* bir manevi tazminata hükmetmesi gerektiğini düzenlemektedir. TBK md. 58 ise manevi tazminatın belirlenmesine ilişkin bir kriter ortaya koymamakla beraber, hakime tazminatın ödenmesi yerine başkaca bir giderim yöntemine karar verme, özellikle de saldırıyı kınayan bir karar verme ve bu kararın yayınlanmasına hükmetme hususunda bir takdir yetkisi tanımıştır. Tazminatın

⁷⁴¹ Furrer/Müller-Chen/Çetiner 2022, s. 503; Tekinay/Akman/Burcuoplu/Altın 1993, s. 887; Antalya, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 256; Atlan 2015, s. 45.

hesaplanmasına ilişkin genel ilkeleri ortaya koyan TBK md. 50'ye göre ise, ispat yükü zarar görende olup uğranılan zarar miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, *olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyecektir.*

Önemle belirtmek gerekir ki TBK md. 56 veya 58 hükümleri bağımsız bir sorumluluk kaynağı değildir. Her iki hüküm de bir sorumluluk sebebinin gerçekleşmesine bağlı olarak bir yaptırımı düzenleyen hükümlerdir. Dolayısıyla da haksız fiil sorumluluğunun veya sözleşmesel sorumluluğun diğer şartları gerçekleşmedikçe manevi tazminattan bahsedebilmek mümkün değildir. Dolayısıyla fiil, hukuka aykırılık, illiyet bağı ve kusur gibi şartlar manevi tazminat açısından da incelenmelidir⁷⁴². TBK md. 56'da bedensel bütünlüğün ihlalinin, TBK md. 58'de ise kişilik haklarına yönelik bir ihlalin aranması, haksız fiiller açısından hukuka aykırılık unsurunu kolayca tespit edebilmeyi sağlamaktadır. Zira bu iki maddenin koruduğu hukuki değerler birer mutlak hak ihlali teşkil etmektedir. Bedensel ve ruhsal bütünlüğün yanısıra, kişi özgürlükleri, kişinin onuru ve şerefi, kişisel alanı da kişilik haklarına dahildir⁷⁴³. TBK md. 56 ve 58, temel olarak kusur sorumluluğuna ilişkin hükümlerdir. Hafif ya da ağır her türlü kusura dayanarak manevi tazminat talebinde bulunulması mümkündür. Hatta kusursuz sorumluluk hallerinde dahi manevi tazminat talep edilebilmesi mümkündür⁷⁴⁴.

Manevi zararların ekonomik olarak belirlenmesinin mümkün olmaması sebebiyle, hakime manevi tazminatı belirlerken geniş bir takdir yetkisi tanındığını söylemek

⁷⁴² **Oftinger/Stark** 1995, s. 418; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner** 2022, s. 504.

⁷⁴³ **Tekinay/Akman/Burcuoplu/Altıop** 1993, s. 888; **Antalya**, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 222-223.

⁷⁴⁴ **Eren/Dönmez**, Eren Borçlar Hukuku Şerhi 2022, s. 1378; **Oğuzman/Öz** 2013, s. 267; **Antalya**, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 236.

mümkündür⁷⁴⁵. Hakim bu tespiti yaparken, ihlalin ağırlığını, gerçekleşme biçimini dikkate almalıdır. TBK md. 56’da olayın özelliklerinin dikkate alınması gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Taraflar arasındaki yakınlık ve ilgi de tazminat miktarına etki edebilecektir. Zarar veren kişinin kusurunun derecesi de manevi tazminat miktarı açısından önem taşımaktadır. TBK md. 51 ve 52’de öngörülen indirim sebepleri, manevi tazminat hesabı açısından da geçerlidir.

Manevi tazminatın ne şekilde ifa edileceğine ilişkin ana kural nakden tazmindir. Zaten TBK md. 56 hakime parasal tazmin dışında bir seçenek de tanımamıştır. Bu tazminatın, sermaye olarak toptan olabileceği gibi irat şeklinde parça parça ödenmesine de karar verilebilecektir. TBK md. 58/II ise kişilik değerlerinin ihlal edildiği hallerde, hakime başkaca bir tazmin usulüne karar verebilme yetkisini vermiştir. Hakimin el atmanın önlenmesi davasının özel bir türü olan bu madde uyarınca, bir gazetede kararı ilan etmesi, zararın verenin kamusal bir özür dilemesine karar vermesi, bir hayır kurumuna para ödenmesine hükmetmesi mümkündür⁷⁴⁶.

Türk Hukuku ve yargı uygulamasının manevi tazminatın belirlenmesine ilişkin istikrarlı bir yapı oluşturabildiğini söylemek oldukça güçtür. 22.06.1966 tarihli YİBK’da tarafların sosyal ve ekonomik durumları, kusur derecesi, olayın ağırlığı gibi subjektif unsurlara yer verilmiştir. Zararın ağırlığı, kusurun derecesi, zarar gören ile zarar veren arasındaki ilişkinin niteliği, zarar görenin sosyal ve ekonomik durumu, zarar görenin yaşı, zarar verenin yakınlık derecesi gibi birçok unsur çeşitli kararlarda zikredilmiştir⁷⁴⁷. Daha

⁷⁴⁵ Eren 2021, s. 910; Demir 2020, s. 78 vd.

⁷⁴⁶ Gauch/Schluep/Schmid 2020, N. 1755; Eren 2021, s. 912 dn. 268; Oğuzman/Öz 2013, s. 271.

⁷⁴⁷ Eren/Dönmez, Eren Borçlar Hukuku Şerhi 2022, s. 1359; Oğuzman/Öz 2013, s. 273-274; Antalya 2017, s. 83; Erlüle 2021, s. 455 vd.

objektif bir yaklaşımın sağlanabilmesi ve manevi tazminat miktarlarında yeknesaklığın sağlanabilmesi için olay gruplarının ve bu olay gruplarında hükmedilen manevi tazminat miktarlarının yer aldığı bir alan çalışmasının faydalı olacağı ifade edilmektedir⁷⁴⁸.

B. Alman Hukuku'nda Manevi Tazminatın Belirlenmesine İlişkin Genel İlkeler

Türk Hukukunda yer alan manevi tazminat düzenlemeleri, Alman Hukuku'ndaki düzenlemelerde belirli noktalarda ayrılmaktadır. Alman Hukuku, manevi tazminat konusunda oldukça sınırlı bir yaklaşıma sahiptir. Alman Hukuku'nda BGB Art. 253 (1) hükmü uyarınca, manevi tazminat ancak kanunda özel olarak belirlenmiş olan birtakım değerlerin ihlali halinde talep edilebilecektir⁷⁴⁹. BGB Art. 253 (2)'de ise vücut bütünlüğüne, yaşam hakkına, kişi özgürlüklerine veya cinsel bütünlüğe verilen zararların, manevi tazminat adı altında parasal olarak tazmin edilebileceğine yer vermiştir. Bunlara ek olarak bir de zaman içerisinde mahkeme içtihatları ile gelişen bir kişilik değeri olarak genel kişilik hakkının ihlali de manevi tazminata hükmedilmesine yol açabilmektedir⁷⁵⁰. Mobbing, paket tur sözleşmeleri gibi özel durumlar halinde sözleşmeden kaynaklı veya kusursuz sorumluluğa dayanan bir ihlal dahi manevi tazminata yol açabilmektedir⁷⁵¹.

ZPO Art. 287'e göre, uygun tazminatın belirlenmesinde mahkemenin takdir yetkisi vardır. Mahkeme bu yetkisini kullanırken somut olayın bütün koşullarını dikkate

⁷⁴⁸ Keskin 2016, s. 313 vd; Antalya 2017, s. 83; Erlüle 2021, s. 462.

⁷⁴⁹ MüKoBGB/Oetker §253 N. 1; HK-BGB/Reiner Schulze § 253 N. 1. Brand, bu yaklaşımı zamanı geçmiş bulduğunu belirtmektedir. Bkz. Brand 2015, s. 10.

⁷⁵⁰ Brockmeier 1999, s. 44; HK-BGB/Reiner Schulze § 253 N. 14.

⁷⁵¹ MüKoBGB/Oetker §253 N. 2; Prutting/ Wegen/ Weinreich-BGB Kommentar/ Luckey, Art. 253 N. 1; HK-BGB/Reiner Schulze § 253 N. 12; NK-BGB/Christian Huber § 253 N. 16-18.

almalıdır. Alman Hukuku açısından manevi tazminatın belirlenmesinde zarar görenin kişisel özellikleri kadar, zararın ağırlığı, zarar verici eylemin devam ettiği süre, eğer varsa yarattığı fiziki etkiler ve zarar verenin kusurunun ağırlığı gibi hususlar dikkate alınmaktadır⁷⁵². Tazminatın belirlenmesinde sadece zarar görenin maddi durumundan hareket etmek, maddi durumu oldukça iyi olan bir zarar görenin manevi tazminata hak kazanamaması ile sonuçlanacağından yerinde olmayacaktır⁷⁵³. Zarar görenin maddi durumu, diğer etkenlerle beraber dikkate alınmalıdır. Kusursuz sorumluluk hallerinde ise hükmedilebilecek manevi tazminat tutarı, Alman Hukuku'nda belirtilen sorumluluğun üst sınırı olan miktarlarla sınırlıdır. Kusursuz sorumluluklarda öngörülen bu üst sınır, hem maddi hem de manevi tazminat açısından geçerlidir. Mahkemeler, manevi tazminata ilişkin takdir yetkilerini kullanırken önceki davalarda hükmedilen manevi tazminat miktarlarını gösteren tablolardan da (*Schmerzensgeldtabellen*) faydalanmaktadır. Mahkemelerin, daha önceki davalarda hükmedilen manevi tazminat miktarlarından ayrılarak farklı bir tutara hükmetmesi mümkün olsa da bu farklılığı gerekçelendirme zorunlulukları bulunmaktadır⁷⁵⁴. Hükmedilen tazminat miktarlarının ise 50 Euro ile 650.000 Euro arasında değiştiği görülmektedir⁷⁵⁵. Mahkemelerin daha yüksek manevi tazminata hükmetme eğiliminde oldukları da belirtilmektedir⁷⁵⁶.

C. İsviçre Hukuku'nda Manevi Tazminatın Belirlenmesinde Temel İlkeler

⁷⁵² Prutting/ Wegen/ Weinreich-BGB Kommentar/ Luckey, Art. 253 N. 13; MüKoBGB/Oetker §253 N. 36; HK-BGB/Reiner Schulze § 253 N. 20; Jauernig/Teichmann BGB § 253 N. 2.

⁷⁵³ MüKoBGB/Oetker §253 N. 38.

⁷⁵⁴ MüKoBGB/Oetker §253 N. 37; NK-BGB/Christian Huber § 253 N. 2a.; Brockmeier 1999, s. 57.

⁷⁵⁵ Prutting/ Wegen/ Weinreich-BGB Kommentar/ Luckey, Art. 253 N. 14.

⁷⁵⁶ HK-BGB/Reiner Schulze § 253 N. 20.

Türk Hukuku ile kısmen paralellik arz eden İsviçre Hukuku'nda manevi tazminat talebi OR Art. 47 ve 49 hükümleri ile düzenlenmiştir. OR Art. 47, ölüm veya bedensel zarar hallerinde hakimin, somut olayın özelliklerini de dikkate alarak, zarar gören kişiye veya ölen kişinin yakınlarına uygun bir manevi tazminat ödenmesine karar verebileceğini hükme bağlamaktadır⁷⁵⁷. Hüküm ilk kısmı açısından TBK md. 56 ile benzerlik göstermektedir. Söz konusu kanun hükümleri arasındaki yegâne farklılık TBK md. 56'nin ağır bedensel zarara uğrayan kişilerin yakınlarına da manevi tazminat talep etme imkanı tanımasıdır⁷⁵⁸. OR Art. 47 metninde manevi tazminat için tatmin manasına gelen “*Genugtuung*” kavramı kullanılmıştır. Söz konusu hüküm, kural olarak bir haksız fiille bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişi tarafından talep edilen manevi tazminata ilişkindir. Haksız fiile uğrayan kişinin öldüğü durumlarda ise manevi tazminat isteme hakkı ölenin yakınlarına aittir.

İsviçre Hukukunda, sadece bedensel bütünlüğün ihlal edilmesinin yeterli olmadığı, bundan dolayı zarar görenin bir manevi haksızlık ve acı (*immaterielle unbill*) hissi içinde olması gerektiğini belirtenler de bulunmaktadır⁷⁵⁹. Yargı içtihatlarında, bedensel bütünlüğün ihlal edilmiş olmasının manevi haksızlık ve acı hissi için bir adi karine teşkil ettiği vurgulanmıştır⁷⁶⁰. Tüzel kişilerin bu maddeye dayanarak hak iddia etmeleri mümkün değildir. OR Art. 47 sadece haksız fiil halinde değil sözleşmesel

⁷⁵⁷ OR Art. 47: “*Bei Tötung eines Menschen oder Körperverletzung kann der Richter unter Würdigung der besonderen Umstände dem Verletzten oder den Angehörigen des Getöteten eine angemessene Geldsumme als Genugtuung zusprechen*”.

⁷⁵⁸ Esasında OR Art. 47 bakımından da bedensel zarar uğrayanların yakınlarının şok zararına dayanan bir talepte bulunabileceği yönünde bkz. **BSK OR I/ Kessler**, Art. 47 N. 1.

⁷⁵⁹ **ZK-Landolt**, Art. 47 N. 4; **Oftinger/Stark** 1995, s. 423 vd.

⁷⁶⁰ BGE 104 II 44 E. 4d.

sorumlulukta veya kusursuz sorumluluk hallerinde de gündeme gelebilmektedir⁷⁶¹. OR Art. 47 kapsamında hükmedilecek olan manevi tazminatın, fiilin ekonomik olarak yarattığı sonuçlarla bir bağlantısı olmadığı, burada tazminatın asıl sebebinin manevi bütünlüğüne yapılan müdahale olduğu belirtilmektedir⁷⁶². Fiziki olarak yapılan ancak herhangi bir zarara yol açmayan bir fiil dahi, manevi bütünlüğe zarar verebilmektedir. Örneğin başarısız bir tıbbi müdahale halinde kişi zarara uğramasa bile iyileşme imkanından yoksun kalmaktan ötürü yaşadığı manevi çöküntü de manevi tazminata yol açabilecektir⁷⁶³.

Manevi tazminata hükmedilebilmesi için her ne kadar madde lafzında açıkça belirtilmese de “*belirli ağırlıkta (gewissen Schwere)*” bir eylemin varlığı ve bunun sonucunda manevi bütünlüğün zedelenmiş olması gerekmektedir⁷⁶⁴. Kişiye verilen hafif bedensel zararlar, manevi tazminata hükmedilmesini gerektirecek ağırlığa ulaşamayabilecektir⁷⁶⁵. Hakim, manevi tazminata hükmederken somut olayın özelliklerini de dikkate almalıdır (*unter Würdigung der besonderen Umstände*). Bu açıdan eylemin gerçekleşme biçimi, ağırlığı ve gerçekleştiği zaman, taraflar arasındaki yakınlık, zarar gören üzerinde oluşan manevi baskı gibi hususlar manevi tazminat miktarı üzerinde etkili olacaktır. Aynı zamanda zarar verenin kusuru da dikkate alınmalıdır⁷⁶⁶.

⁷⁶¹ **BSK OR I/ Kessler**, Art. 47 N. 2; **KUKO OR-Schönenberger**, Art. 47–49 N. 2; **BK-Becker**, Art. 47 N. 2.

⁷⁶² BGE 102 II 16, 22.

⁷⁶³ **BSK OR I/ Kessler**, Art. 47 N. 12.

⁷⁶⁴ **BSK OR I/ Kessler**, Art. 47 N. 13; **KUKO OR-Schönenberger**, Art. 47–49 N. 1, 12.

⁷⁶⁵ **ZK-Landolt**, Art. 47 N. 6.

⁷⁶⁶ **Oftinger/Stark** 1995, s. 431; **BSK OR I/ Kessler**, Art. 47 N. 17; **KUKO OR-Schönenberger**, Art. 47–49 N. 5; **Gauch/Schluep/Schmid** 2020, N. 1758 vd.

İsviçre Federal Mahkemesi, zarar gören kişinin ekonomik durumunun ve malvarlığı değerlerini dikkate almayı reddetmektedir⁷⁶⁷.

İsviçre Hukukunda yer alan bir diğer manevi tazminat düzenlemesi ise OR Art. 49 hükmüdür. Söz konusu hüküm uyarınca, kişilik hakları haksız bir saldırı ile zedelenen kişi, ihlalin ağırlığı bunu haklı gösterdikçe ve fiil başka bir yaptırıma tabi tutulmuyorsa manevi tazminata hak kazanabilecektir. Hakim, bu tazminatın yerine veya bu tazminata ek olarak, başkaca bir giderim biçimi de belirleyebilecektir⁷⁶⁸. Bu hüküm de aynen OR Art. 47 gibi yeni bir sorumluluk kaynağı niteliğinde olmayıp başka bir sorumluluk kaynağının şartlarının tamamlandığı hallerde sorumluluğun kapsamını belirleyici bir işleve sahiptir. Diğer bir deyişle OR Art. 47 veya 49’dan doğacak sorumluluk için fiil, hukuka aykırılık, illiyet bağı ve yerine göre kusur gibi şartlar ayrıca incelenmelidir⁷⁶⁹. OR Art. 49, OR Art. 47’ye göre genel norm niteliğindedir⁷⁷⁰. Söz konusu hüküm TBK md. 58 hükmü ile benzeşmektedir. OR Art. 49’da yer alan “ihlalin ağırlığı bunu haklı gösterdikçe ve fiil başka bir yaptırıma tabi tutulmuyorsa” ifadesine TBK md. 58’de yer verilmemiştir. OR Art. 49 hükmü, genel norm niteliğinde tamamlayıcı bir düzenlemedir. Haksız fiile ilişkin başka bir yaptırımın öngörüldüğü hallerde bu hükme başvurma imkanı

⁷⁶⁷ BGE 123 III 10, 14.

⁷⁶⁸ OR Art. 49: “*1 Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, hat Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung, sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt und diese nicht anders wiedergutmacht worden ist.*

2 Anstatt oder neben dieser Leistung kann der Richter auch auf eine andere Art der Genugtuung erkennen.”. İkinci fıkrada belirtilen farklı tür tazmin yöntemlerinin kazancın iadesini de kapsayıp kapsamadığı yönünde bkz. **KUKO OR-Schönenberger**, Art. 47–49 N. 4.

⁷⁶⁹ **KUKO OR-Schönenberger**, Art. 47–49 N. 15; **Gauch/Schluemp/Schmid** 2020, N. 1754.

⁷⁷⁰ **Schwenzer** 2009, N. 17.03; **Schnyder/Portmann/Müller-Chen** 2013, s. 186.

bulunmamaktadır. OR Art. 49'un genel norm niteliğinde olması sebebiyle özel olarak manevi tazminatın düzenlendiği hallerde, özel normlar öncelik taşıyacaktır⁷⁷¹. Bu maddeye dayanarak tazminat talep etme yetkisi, kural olarak kişilik hakları zedelenen kişiye aittir. Tüzel kişiler de isimleri, itibarları, gizlilik ve özel alanlarına yönelik ihlaller bakımından manevi tazminat talebinde bulunabilirler. Özel kişilerin vücut bütünlüğü, yaşam hakkı, cinsel dokunulmazlığı, onur ve haysiyeti, kişinin özel alanı ve gizlilik alanı, fikri hakları ve resmi OR Art. 49'un koruduğu temel değerlerdir⁷⁷².

OR Art. 49 uyarınca manevi tazminata hak kazanılabilmesi için, fiilin ağırlığının manevi tazminatı haklı gösterir nitelikte olması gereklidir⁷⁷³. Bu ise genelde somut olayın özelliklerine bakarak tespit edilebilecektir. Bu tespit esnasında, aşırı duyarlı veya dayanıklı bir insan değil, ortalama bir insan dikkate alınmalı ve fiilin ağırlığı bu insanın vereceği tepkiler yaklaşık olarak tahmin edilerek belirlenmelidir⁷⁷⁴. Manevi tazminat talebi için zarar verenin ağır kusurlu olması şart değildir. Kusurun derecesi, ancak tazminat miktarı açısından farklılık yaratabilmektedir.

D. Manevi Tazminatın Belirlenmesinde Hakimin Takdir Yetkisi

Manevi tazminat miktarını belirleme konusunda hakimin geniş bir takdir yetkisi bulunduğunu söylemek mümkündür⁷⁷⁵. Hakim, öncelikle ihlalin hangi değerlere yöneldiğini tespit etmeli, ardından da bu ihlale parasal bir sonuç bağlamalıdır⁷⁷⁶. Zarar verenin kusurunun ağırlığı, tarafların sosyal ve ekonomik durumları ve eylemin

⁷⁷¹ **BSK OR I/ Kessler**, Art. 49 N. 3; **KUKO OR-Schönenberger**, Art. 47–49 N. 17.

⁷⁷² **BSK OR I/ Kessler**, Art. 49 N. 13; **BK-Becker**, Art. 49 N. 4.

⁷⁷³ **Schwenzer** 2009, N. 17.10.

⁷⁷⁴ **BSK OR I/ Kessler**, Art. 49 N. 11; **BK-Becker**, Art. 49 N. 8.

⁷⁷⁵ **KUKO OR-Schönenberger**, Art. 47–49 N. 5; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner** 2022, s. 508.

⁷⁷⁶ **ZK-Landolt**, Art. 47 N. 13.

gerçekleşme biçimi gibi olgular, manevi tazminat miktarının belirlenmesinde önem arz etmektedir⁷⁷⁷. Her ne kadar OR Art. 49’da manevi tazminatın talep edilebilmesi için ihlalin belirli bir ağırlığa ulaşmasını arayan düzenleme TBK md. 58’de bulunmasa da, tazminatın belirlenmesinde ihlalin ağırlığı dikkate alınmaktadır. Ayrıca TBK md 51-52 hükümleri, manevi tazminatın belirlenmesinde de kullanılmaktadır. Özellikle de zarar veren ile zarar gören arasındaki ilişki ve zarar görenin kusuru gibi olgular manevi tazminatın belirlenmesinde önemli bir dayanak noktası oluşturmaktadır⁷⁷⁸.

Bu takdir yetkisinin kullanımında ve manevi tazminat miktarını belirlemede tek aşamalı, iki aşamalı veya üç aşamalı bir belirleme yapılması gerektiği savunan farklı yazarlar bulunmaktadır. Tek aşamalı belirleme yöntemine göre, manevi tazminata ilişkin olarak daha önceden verilmiş olan emsaller incelenmeli ve buna uygun bir manevi tazminat miktarı tespit edilmelidir⁷⁷⁹. İki aşamalı hesaplama görüşüne göre ise birinci aşamada fiilin gerçekleşme biçimi, ağırlığı, süresi ve zarar görende yarattığı etkiler üzerinden baz manevi tazminat miktarı belirlenmelidir⁷⁸⁰. Ardından zarar verenin kusurunun hafifliği, ortak kusur gibi tazminattan indirim sebepleri dikkate alınarak manevi tazminat miktarı azaltılabilir. Üç aşamalı manevi tazminat hesaplama metodu ise esasen iki aşamalı hesaplamanın birtakım dezavantajlarını giderebilmek için

⁷⁷⁷ Schnyder/Portmann/Müller-Chen 2013, s. 190; Furrer/Müller-Chen/Çetiner 2022, s. 508; Antalya, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 244.

⁷⁷⁸ Oftinger/Stark 1995, s. 435-437; Schnyder/Portmann/Müller-Chen 2013, s. 191; Furrer/Müller-Chen/Çetiner 2022, s. 508; Demir 2020, s. 79 vd.

⁷⁷⁹ ZK-Landolt, Art. 47 N. 15.

⁷⁸⁰ BSK OR II/ Kessler, Art. 47 N. 20a; ZK-Landolt, Art. 47 N. 21; Antalya, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 242 vd; Gümüş 2021, s. 539; Oral 2018, s. 167.

genişletilmesi ile varılmış bir sonuçtur⁷⁸¹. Buna göre önce ihlalin ağırlığı tespit edilerek bir baz tutar belirlenmeli, ardından bireyselleştirme aşamasına geçilerek manevi tazminat bedeline karar verilmeli, son olarak ise hükmedilen toplam tutarın oluşan manevi acı ile bağlantılı olmayan sebeplerden hareketle değiştirilmiş olma ihtimalini bertaraf etmek için son bir değerlendirme daha yapılmalıdır⁷⁸². Manevi tazminat miktarı hesaplanırken dikkate alınması gereken hususlardan bir diğeri ise, hükmedilen toplam tazminat miktarının davacıya sağladığı imkanların dikkate alınarak bir hükme varılması gerekliliğidir⁷⁸³. Maddi tazminat miktarının oldukça yüksek olduğu hallerde, hükmedilen maddi tazminatın yarattığı ekonomik etki, manevi tazminatın amaçladığı birtakım faydaların da dolaylı olarak elde edilmesi sonucunu doğuracaktır. Bu hallerde manevi tazminat miktarının indirilmesi mümkün olacaktır. 1981 yılından itibaren İsviçre Federal Mahkemesinin onadığı manevi tazminat hükümlerindeki miktar artışının dikkat çekici nitelikte olduğu vurgulanmaktadır. Özellikle de ağır bedensel zarar hallerinde, 100.000 İsviçre Frangını aşan manevi tazminata hükmedilen birçok karar mevcuttur⁷⁸⁴. Ölenin yakınlarına ya da cinsel saldırı mağdurları lehine hükmedilen manevi tazminat tutarları ise 25.000 ile 40.000 İsviçre Frangı arasında değişmektedir.

III. Manevi Tazminatın İşlevleri

A. Genel Olarak

Manevi tazminatın işlevleri konusunda uzun süreden beri devam eden bir tartışma mevcuttur. Telif, tatmin ve önleme gibi Kıta Avrupası Hukuku açısından tanınmış

⁷⁸¹ **ZK-Landolt**, Art. 47 N. 40 vd.

⁷⁸² **ZK-Landolt**, Art. 47 N. 45; **Antalya**, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 242.

⁷⁸³ **BK-Becker**, Art. 47 N. 8.

⁷⁸⁴ **BSK OR I/ Kessler**, Art. 47 N. 21. Farklı örnekler için bkz. **BK-Becker**, Art. 47 N. 9.

işlevlerin yanı sıra cezalandırma işlevi de bu tartışmada önemli bir rol oynamaktadır. Telafi ve önleme işlevleri hususunda genel bir konsensüsten bahsetmek mümkünken cezalandırma ve tatmin işlevleri açısından doktrinde farklı görüşler dile getirilmektedir. Özellikle de tatmin işlevinin içinde cezalandırma unsurunu da barındırdığını ifade eden çeşitli yazarlar bulunmaktadır. Kıta Avrupası özel hukuk anlayışında cezalandırmanın arkaik bir düşünce olarak görülmesi, bu tartışmanın daha da alevlenmesine sebebiyet vermektedir. Çalışmanın bu kısmında önce manevi tazminata atfedilen her bir işlev ayrı ayrı belirtilecek ve bunlara ilişkin eleştiriler de vurgulanmıştır. Aynı zamanda Alman Hukuku'ndaki görüşlere de yer verilmiştir. Ancak bu açıklamaların öncesinde, objektif ve sübjektif manevi zarar yaklaşımlarına değinilmelidir. Zira cezalandırma ve tatmin gibi işlevler ancak sübjektif manevi zarar anlayışı ile açıklanabilir niteliktedir.

Objektif manevi zarar anlayışına göre, kişilik değerlerine yönelik bir ihlal, zarar görenin bundan ötürü bir acı, elem ve ızdırap duymasından bağımsız olarak bir manevi zarara yol açmaktadır. Diğer bir deyişle, kişilik değerlerinin ihlal edilmiş olması halinde bireyin bunu kavrama yeteneğinden bağımsız olarak manevi zarar oluşacaktır⁷⁸⁵. Bu sayede manevi zarar, tamamen objektif bir şekilde ortaya konulabilecektir. Bireyin acı çekme ve kavrama yeteneğinin aranmaması sayesinde, ayırt etme gücünden sürekli veya geçici olarak yoksun olan insanların veya tüzel kişilerin de manevi tazminat talep edebilmesi mümkün hale gelebilmektedir. Bu kabulle birlikte, manevi tazminat aynen maddi tazminat gibi parasal bir telafi aracı olarak tanımlanmakta, bu sayede de

⁷⁸⁵ Eren 2021, s. 612; Kırca 1999, s. 253; Tekinay/Akman/Burcuoplu/Alttop 1993, s. 891; Antalya, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 216; Keskin 2016, s. 103 vd; Turan Başara 2018, s. 240–242; Oral 2018, s. 36 vd.; Atlan 2015, s. 50–53; Gümüş 2021, s. 534; Doğan/Şahan/Atamulu 2021, s. 205.

devredilmesi ve mirasçılara intikal edebilmesinin önünde bir engel kalmamaktadır⁷⁸⁶. Objektif manevi zarar görüşünü biraz yumuşatan bazı yazarlar ise esas itibariyle objektif zarar görüşünden ayrılmamakla beraber belirli bir yoğunluğa ulaşan acı, elem ve ızdırap gibi duyguların da sübjektif olarak ayrı bir manevi zarar kalemi oluşturduğunu iddia etmektedir⁷⁸⁷. Objektif manevi zarar görüşü kabul edildiğinde, manevi tazminatın temel işlevi telafi olarak ifade edilmektedir. Buna ek olarak bir önleme amacına yer verilip verilemeyeceği ayrıca tartışılmaktadır.

Sübjektif manevi zarar anlayışına göre ise sadece kişilik değerlerinin ihlal edilmesi manevi zararın oluşması için yeterli değildir. Bu objektif unsura ek olarak zarara uğrayan kişinin kişivariğindeki eksilmeyi hissetmesi, bundan kaynaklı olarak bir acı duyması da gerekmektedir⁷⁸⁸. Kişinin ruhsal bütünlüğündeki sarsılma, manevi zararın asıl kaynağıdır. Dolayısıyla bu sarsılmayı veya acıyı duyumsayamayacak durumda olan kişiler, manevi tazminat talebinde bulunamamalıdır. Zira bu kişiler, yaşama sevincinde bir eksilmeyi ve ızdırap duygusunu yaşamak imkanına sahip değildir. Sübjektif manevi zarar görüşünün kabul edildiği ihtimalde manevi zararın, telafi, cezalandırma ve önleme gibi işlevleri olduğu savunulabilecektir.

İki görüş arasında yer alan karma görüşe göre ise kişilik değerlerinin ihlalinden doğan objektif eksilme ile bunun zarar görende yarattığı acı, keder vb. hislerin bir arada dikkate alınması gerekmektedir⁷⁸⁹. Bu görüşe göre manevi tazminatın hesaplanmasında

⁷⁸⁶ Kırca 1999, s. 253.

⁷⁸⁷ Eren 2021, s. 614; Kırca 1999, s. 254.

⁷⁸⁸ Eren 2021, s. 612; Kırca 1999, s. 244; Tekinay/Akman/Burcuoplu/Altö 1993, s. 891; Antalya, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 214; Keskin 2016, s. 99–101; Oral 2018, s. 35 vd.; Atlan 2015, s. 48–50; Gümüş 2021, s. 533.

⁷⁸⁹ Antalya 2017, s. 18; Erlüle 2021, s. 57–59; Oral 2018, s. 38; Atlan 2015, s. 55–56.

bir dayanak noktası yaratabilmek ancak karma görüşün benimsenmesi ve buna dayalı olarak da iki aşamalı hesaplama yöntemine geçilmesi ile mümkün olacaktır. Tam ehliyetsizlerde ve tüzel kişilerde ise subjektif unsura ihtiyaç olmayacaktır.

Her ne kadar bu çalışmada bütün iddia edilen işlevler açıklanacak olsa da, manevi zararın kaynağını açıklayan görüşlerden objektif teoriyi tercih ettiğimizi belirtmek isteriz. Özel hukukun yüzyıllar içinde geçirdiği dönüşüm ve objektifleştirilme çabaları dikkate alındığında, bir kişinin ölçülmesi ve tespiti oldukça güç olan psikik dünyasının ekonomik sonuçları olan bir yaptırıma bu denli etki göstermesini kabul etmek mümkün görünmemektedir⁷⁹⁰. Kaldı ki günümüzde artık maddi zararlar ile manevi zararlar arasında tazmin açısından bir farklılık olması da mantıklı görünmemektedir. Zira ihlalin hukuka aykırılığını sağlayan unsur, kural olarak mutlak bir hakkın ihlal edilmiş olmasıdır. Bireyin acı çekmesi ve duygu zararına uğraması gibi subjektif unsurlar, haksız fiilin hukuka aykırılık unsuru açısından bir farklılık yaratmaz. Hukuk, bireysel ve öznel değer yargılarından sıyrılarak bir bilim dalı olarak yöntemsel bir istikrara kavuşabilecektir. Dolayısıyla da manevi zararı kolayca tespit edilebilir bir şekilde ortaya koyan objektif görüş, manevi zararın kaynağını özel hukukun genel ilkeleri bağlamında daha iyi ifade etmektedir. Özellikle tüzel kişilerin veya ayırt etme gücünden geçici veya sürekli olarak yoksun olan kişilerin de manevi tazminat talep edebilmelerinin genel olarak kabul gördüğü düşünüldüğünde subjektif teoriye katılmak oldukça güçleşmektedir. BGB’de 2002 yılında yapılan değişiklik sonrasında daha subjektif bir anlam taşıyan “*Schmerzensgeld*” kavramı yerine “*Nichtvermögensschaden*” kavramı tercih edilmiştir. Esasında bu dönüşüm dahi objektif manevi zarar yaklaşımını yansıtmaktadır⁷⁹¹.

⁷⁹⁰ Kırca 1999, s. 257–258; Keskin 2016, s. 108–110.

⁷⁹¹ Benzer yönde bkz. **MüKoBGB/Oetker** §253 N. 4; **NK-BGB/Christian Huber** § 253 N. 1.

Belirttiğimiz üzere, objektif manevi zarar görüşünden hareketle manevi tazminatın telafi ve önleme şeklinde iki işlevi olduğunu savunmaktayız. Ancak iddia edilen diğer işlevleri de kısaca açıklayarak bu işlevlere yönelik eleştiriler de kısaca açıklanacaktır.

B. Telafi İşlevi

Kıta Avrupası Hukukunda manevi tazminatın ilk işlevinin telafi olduğu ifade edilmiştir. Manevi tazminat ile, her ne kadar ekonomik olarak ölçülmesi mümkün olmasa da, zarar görenin uğradığı manevi zararların giderilmesi amaçlanmaktadır⁷⁹². Zira bu hallerde de kişinin manevi bütünlüğüne bir zarar verilmektedir. Telafi işlevi sayesinde zarar görenin uğradığı yaşama sevinci (*joie de vivre, lebensfreude*) kaybı giderilebilecektir⁷⁹³. İhlalin süresi, sıklığı ve ağırlığı gibi hususlar, telafi edilecek manevi zararların kapsamını belirlemeyi sağlayabilecektir. Bu telafi ve tazmin, sınırlı hallerde aynen tazmin şeklinde de gerçekleşebilecektir. Her ne kadar 19. yüzyılın sonunda ve 20. yüzyılın başında manevi zararın tazmini düşüncesine bir onursuzluk olarak yaklaşılmışsa da günümüz hukuk sistemleri açısından manevi zararlar, aynen maddi zararlar gibi, parasal tazmini mümkün olan zararlar olarak görülmektedir.

⁷⁹² **MüKoBGB/Oetker** §253 N. 10; **HK-BGB/Reiner Schulze** § 253 N. 16; **Jauernig/Teichmann** BGB § 253 N. 2; **NK-BGB/Christian Huber** § 253 N. 23; **Göthel** 2005, s. 272 vd; **Schnyder/Portmann/Müller-Chen** 2013, s. 186; **Eren/Dönmez**, Eren Borçlar Hukuku Şerhi 2022, s. 1351; **Antalya**, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 209; **Gümüş** 2021, s. 535; **Keskin** 2016, s. 125 ; **Oral** 2018, s. 45–47; **Demir** 2020, s. 73.

⁷⁹³ **Oftinger/Stark** 1995, s. 427; **Gauch/Schlupe/Schmid** 2020, N. 1749; **Schwenzer** 2009, N. 17.02; **Brockmeier** 1999, s. 57; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner** 2022, s. 502. Honsell, Dostoyevski'ye atıfla, paranın “*oluşturulmuş, yaratılmış bir özgürlük*” sunacağını, bunun da kısmen de olsa telafiyi sağlayacağını ifade etmektedir. Bkz. **Honsell** 2008, s. 321 Manevi tazminatın, mağdurun acısı ve keyfi arasında bir orantı sağlayacağı yönünde bkz. **Göthel** 2005, s. 274. Benzer yönde bir İsviçre Federal Mahkeme kararı için bkz. BGE 118 II 404.

Telafi fonksiyonu, zarar göreni temel alan bir bakış açısıyla hareket etmeyi gerektirmektedir. Her ne kadar manevi zararların ekonomik olarak ortaya konulabilmesi mümkün olmasa da, kişilik değerlerine zarar verilmesi halinde ortaya çıkan sonuçların telafisi de, maddi zararlardaki telafi ve tazmin düşüncesine benzer şekilde, tazminatın temel amacını oluşturmaktadır. Windscheid tarafından ifade edilen görüşe göre, manevi tazminat, zarar görene bir rahatlık sağlamalı veya manevi zarara sebebiyet veren olaydan zihnen uzaklaşabilmesi için ona farklı imkanlar sunabilecek nitelikte olmalıdır⁷⁹⁴. Zarar görenin bu sayede elde ettiği parasal imkan, onun manevi bütünlüğünde meydana gelmiş olan acının kısmen de olsa giderimini sağlayabilecektir⁷⁹⁵. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, zarar gören kişinin manevi tazminat ile elde ettiği parasal karşılığı ne şekilde kullanacağı tamamen kendisine bağlıdır. Objektif manevi zarar görüşü dikkate alındığında, zarar gören kişinin telafisi gereken manevi zararın farkında olması veya hissetmesi önem arz etmemektedir⁷⁹⁶. Diğer bir deyişle, ayırt etme gücünden yoksun bir çocuğun uğradığı manevi zararın dahi telafisi gereklidir. Telafi işlevine eleştirel yaklaşan Göthel, telafi ne kadar geniş olarak ele alınırsa alınsın, manevi tazminatın bu kapsamda değerlendirilemeyeceğini, manevi olarak yaşanan acı, elem ve ızdırap gibi hislerin parasal tazmin ile karşılanmasının mümkün olmadığını, mağdurun hayattan keyif alma güdüsünün para ile sağlanacağı yönündeki fikrin yetersiz olduğunu, zaten ağır bedensel zarara uğrayan kişiler gibi örneklerde bu argümanın işlevsiz hale geldiğini belirtmektedir⁷⁹⁷.

⁷⁹⁴ **NK-BGB/Christian Huber** § 253 N. 24; **BK-Becker**, Art. 47 N. 1.

⁷⁹⁵ **Kırca** 1999, s. 246

⁷⁹⁶ **Eren/Dönmez**, Eren Borçlar Hukuku Şerhi 2022, s. 1353.

⁷⁹⁷ **Göthel** 2005, s. 278

C. Tatmin İşlevi

Manevi tazminatın bir tatmin işlevi olduğu, sübjektif manevi zarar görüşünden hareket eden bazı yazarlarca savunulmaktadır⁷⁹⁸. Bu görüşe göre, manevi tazminat, zarar gören kişinin tatmin duygusunu da karşılamalıdır. Bu husus ise zarar verenin değil zarar görenin temel alınmasını gerektirmektedir. Zarar görenin toplumsal olarak yaşadığı aşağılanmanın tanınması ve ona rahatsızlık veren bu durumun en azından parasal olarak telafi edilmesiyle zarar gören nezdinde bir tatmin hissi de oluşturulmaktadır⁷⁹⁹. Alman Federal Mahkemesi 1955 yılında verdiği bir kararında manevi tazminatın telafi ve tatmin olarak iki ayrı işlevi olduğunu vurgulamıştır⁸⁰⁰. Tatmin işlevi sayesinde, zarar görenin yaşadığı acı ve elem hissini giderileceği ve zarar verene karşı bir eylemde bulunmasının da engellenebileceği savunulmaktadır. Bu açıdan tatmin işlevi dikkate alındığında, manevi tazminatın ilk ortaya çıktığı zamanlardakine benzer şekilde kişisel öcün de önüne geçebileceği belirtilmektedir. Tatmin işlevine özel bir önem atfeden Müller, tatmin işlevinin sadece telafi işlevinin bir yan etkisi olarak görülemeyeceğini, bu iki işlevin farklı temellerden hareket ettiğini, bu yüzden de birbirinden ayrı değerlendirilmeleri gerektiğini vurgulamaktadır⁸⁰¹.

Tatmin işlevinin dikkate alınabilmesi için, fiilin ağırlığı ve gerçekleşme biçimi kadar failin kusuru da önem taşımaktadır. Zira hafif kusurla zarara uğramış bir kişiyi

⁷⁹⁸ **MüKoBGB/Oetker** §253 N. 11.; **Eren/Dönmez**, Eren Borçlar Hukuku Şerhi 2022, s. 1349; **Kırca** 1999, s. 247; **Gümüş** 2021, s. 535; **Keskin** 2016, s. 127.

⁷⁹⁹ **Stoll** 1970, s. 7; **Eren/Dönmez**, Eren Borçlar Hukuku Şerhi 2022, s. 1349; **Antalya**, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 211-212; **Demir** 2020, s. 69.

⁸⁰⁰ BGHZ 18, 149 (157,159). Honsell, Federal Mahkemenin tatmin işlevini, OR ve ABGB'den esinlenerek dikkate aldığını belirtmektedir. Bkz. **Honsell** 2008, s. 319.

⁸⁰¹ **Müller** 2000, s. 265.

tatmin edecek meblağ ile kasten verilen bir zarardaki manevi tazminat meblağı arasında bir farklılık bulunmalıdır⁸⁰². Alman Federal Mahkemesi, tatmin fonksiyonunu ilk kez zikrettiği 1955 tarihli kararında, manevi tazminatın belirlenmesi aşamasında tarafların kusurlarının derecesinin ve malvarlıklarının da dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır. Ancak bu husus, tazminat açısından “*tam tazmin*” ilkesine, bir başka deyişle ya hep ya da hiç prensibine (*alles oder nichts-prinzip*) dayanan Alman Hukuku sorumluluk sistemi ile çelişir niteliktedir⁸⁰³. Zira bu sistemde daha önce de belirtildiği üzere, zarar veren kişinin kusuru değil zararın miktarı ve statükonun yeniden tesisi önem taşımaktadır. Bu da uğranılan zarar aynı olmasına karşın sırf zarar verenin kusurundaki farklılığa dayanarak farklı manevi tazminata hükmedilmesinin sistemin temel yapısına aykırılık teşkil edebileceği vurgulanmıştır⁸⁰⁴. Bu sebeple de telafi fonksiyonuna dayanarak bir bedel ve buna ek olarak tatmin fonksiyonundan hareketle ek bir bedel belirlenemeyeceği, manevi tazminat talep edilen hallerde tek bir belirleme yapılması gerektiği belirtilmektedir⁸⁰⁵. Özellikle de telafi unsurunun ağır bastığı hallerde tatmin fonksiyonun işlevsiz hale geleceği de belirtilmektedir⁸⁰⁶. Ancak Alman Federal Mahkemesinin eski tarihli bazı kararlarında hem telafi hem de tatmin fonksiyonunu

⁸⁰² **MüKoBGB/Oetker** §253 N. 48.

⁸⁰³ **Honsell** 2008, s. 320–321.

⁸⁰⁴ **HK-BGB/Reiner Schulze** § 253 N. 16.

⁸⁰⁵ **MüKoBGB/Oetker** §253 N. 11; **HK-BGB/Reiner Schulze** § 253 N. 16; **Stoll** 1993, s. 209 Müller ise bu tip bir belirlemeyi eleştirmektedir. Yazara göre, telafi işlevi zarar göreni temel alan bir belirlemeyi gerekli kılmaktayken, tatmin işlevi için zarar verenin malvarlığı dikkate alınmalıdır. Toplam bir rakama tek bir bakış açısıyla ulaşılması mümkün değildir. Bkz. **Müller** 2000, s. 263.

⁸⁰⁶ **NK-BGB/Christian Huber** § 253 N. 28.

dikkate alarak toplam bir tazminata hükmettiği örnekler mevcuttur⁸⁰⁷. Tatmin görüşünü kabul eden yazarların ileri sürdüğü bir diğer iddia ise, mali açıdan oldukça iyi durumda olan bir zarar görenin var olduğu hallerde, telafi işlevi sayesinde maddi olarak daha iyi bir yaşam imkanı yaratmanın mantıklı olmadığı, burada hükmedilecek manevi tazminatın ancak tatmin işlevi ile açıklanabileceğidir⁸⁰⁸.

Tatmin görüşüne karşı çıkan yazarlar, tatmin fonksiyonunun telafi fonksiyonuna ek bir unsur olduğunu ve tamamen ayrı bir işlev olarak kabul edilmesi halinde kusur derecesine göre farklı manevi tazminatların ortaya çıkabileceğini belirtmektedir⁸⁰⁹. Tatmin fonksiyonuna yöneltilen bir diğer eleştiri ise, cezalandırma benzeri hususları özel hukuka taşıdığı iddiasından kaynaklanmaktadır⁸¹⁰. Honsell, tatmin fonksiyonunu arkaik bir düşünce olarak görmekte ve tatmin ve cezalandırma gibi düşüncelerin özel hukuka geri dönüşünü kültürel ve hukuki geri dönüş (*juristischen und kulturellen atavismus*) olarak nitelendirmektedir⁸¹¹. Bu tip arkaik ve özel hukukun temel hareket noktaları ile bağdaşmayan düşünceler, kusursuz sorumluluk hallerinde veya ayırt etme gücünden yoksun kişilere karşı işlenen haksız fiillerdeki manevi tazminatı açıklamakta güçlüğüne yol açmaktadır⁸¹². Yazara göre, tazminat açısından önemli farklılıklar da yaratmayan tatmin

⁸⁰⁷ Kırca 1999, s. 247–248.

⁸⁰⁸ Brockmeier 1999, s. 57–58.

⁸⁰⁹ HK-BGB/Reiner Schulze § 253 N. 16.

⁸¹⁰ NK-BGB/Christian Huber § 253 N. 27; MüKoBGB/Oetker §253 N. 12.

⁸¹¹ Honsell 2008, s. 320.

⁸¹² MüKoBGB/Oetker §253 N. 12; Jauernig/Teichmann BGB § 253 N. 2; NK-BGB/Christian Huber § 253 N. 27; Eren/Dönmez, Eren Borçlar Hukuku Şerhi 2022, s. 1350; Demir 2020, s. 72. Aksi görüş için bkz. KUKO OR-Schönenberger, Art. 47–49 N. 12.

işlevinden kolayca vazgeçilmesi mümkündür⁸¹³. Tatmin kavramına Alman Hukukundan daha fazla önem atfeden İsviçre Hukukunda bile bu kişilerin manevi tazminat hakkına sahip olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır⁸¹⁴. Halbuki zarar gören nezdinde tatmin hissinin oluşabilmesi için, bu kişilerin farklı duyguları ayırt edebilecek bir zihni kapasiteye sahip olmaları şarttır. Ayrıca zarar görenin tatmininden bahsedebilmek için, zarar verenin eyleminin kusura dayanması gereklidir. Zira aksi takdirde tatmini gerektirecek bir özensiz davranıştan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Ancak bilindiği üzere kusursuz sorumluluk hallerinde dahi manevi tazminat talep edilebilmektedir⁸¹⁵. OR’de ve eBK’da aranan “kusurun özel ağırlığı” şartı ise her iki düzeninde de artık aranmamaktadır⁸¹⁶. Dolayısıyla da tatmin işlevinin temel aldığı değerler ve bugün manevi tazminat açısından kabul edilen yaklaşımlar arasında önemli farklılıklar mevcuttur. Mali durumu kuvvetli olan zarar görenlere ödenecek manevi tazminatın telafi düşüncesiyle açıklanamayacağı, ancak tatmin işlevi ile anlamlı hale geleceğine yönelik iddiaya da katılmak mümkün görünmemektedir. Zira bu mantıktan hareket edilirse zarar görene yapılacak parasal bir tazminin onda tatmin hissini de uyandırması mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla ya tamamen objektif yaklaşılarak manevi tazminatın kaynağı ihlalin varlığında aranmalı ya da telafi için veya tatmin için ödenen parasal meblağın zarar görende farklı etkiler yaratacağına dair kabul gözden geçirilmelidir.

⁸¹³ Honsell 2008, s. 322.

⁸¹⁴ BSK OR I/ Kessler, Art. 47 N. 13.

⁸¹⁵ Göthel, RabelsZ 2005, s. 304; Eren 2021, s. 898.

⁸¹⁶ Kırca 1999, s. 263.

D. Cezalandırma İşlevi

Manevi tazminatın kökenlerinden ve sübjektif manevi zarar görüşünden hareket eden bir diğer yaklaşım ise manevi tazminatın cezalandırma işlevine sahip olduğunu savunmaktadır⁸¹⁷. Bu yaklaşıma sahip yazarlara göre, manevi tazminat kişisel öç fikrini önlemeyi amaçlayan ve zarar görenin intikam duygusunu dindirmeye yönelik bir yaptırımdır. Özellikle de eski dönemde kusurun özel ağırlığının aranması da dikkate alındığında, manevi tazminat zarar verenin ağır nitelikteki eylemlerini cezalandıran bir yaptırım olarak kabul edilmektedir. Ayrıca telafi işlevi, zarar gören nezdindeki bütün olumsuz sonuçları gidermeye yeterliyken üstüne bir de tatmin işlevinin devreye sokulmasının ancak cezalandırma ile açıklanabileceği belirtilmektedir⁸¹⁸. Cezalandırma işlevi, zarar vereni temel alarak yapılacak bir değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır. Zira temel gaye, zarar vereni rahatsız ederek onda yaptırıma tabi tutulmuş olma hissini yaratabilmektir. Bu açıdan kusurun ağırlığı ve zarar verenin malvarlığı, cezalandırma işlevi açısından dikkate alınması gereken en önemli unsurlardır.

Manevi tazminatın cezalandırma işlevi bulunmadığını savunan görüş, Kıta Avrupası doktrininde ağır basmaktadır⁸¹⁹. Kusurun ağırlığının -her ne kadar OR'de manevi tazminata ilişkin hükümlerde yer verilmemiş olsa da- manevi tazminat miktarı üzerinde oldukça etkili olduğu İsviçre Hukukunda dahi cezalandırma işlevinin varlığı

⁸¹⁷ **Kırca** 1999, s. 249–250; **Eren** 2021, s. 898–899; **Antalya**, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 210; **Gümüş** 2021, s. 535; **Oral** 2018, s. 44–45; **Demir** 2020, s. 70.

⁸¹⁸ **Brockmeier** 1999, s. 58; **Eren/Dönmez**, Eren Borçlar Hukuku Şerhi 2022, s. 1351.

⁸¹⁹ **Oftinger/Stark** 1995, s. 422; **KUKO OR-Schönenberger**, Art. 47–49 N. 1; **Gauch/Schluep/Schmid** 2020, N. 1749; **Schwenzer** 2009, N. 17.02; **Rey** 2008, s. 102; BGE 123 III 10; **Eren/Dönmez**, Eren Borçlar Hukuku Şerhi 2022, s. 1351; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner** 2022, s. 502; **Antalya** 2017, s. 29; **Kılıçoğlu** 2018, s. 565; **Demir** 2020, s. 70. Aksi yönde bkz. **Brockmeier** 1999, s. 58;.

çoğunlukla reddedilmektedir⁸²⁰. Özel hukukta cezalandırma düşüncesinin 19. yüzyılın sonlarında terk edildiği, kamusal cezalandırma ile birlikte zarar verene acı verecek bir yaptırım uygulama fikrinin kamu hukukuna devredildiği belirtilmektedir. Kusurun ağırlığının dikkate alınmasındaki amacın hakime takdir yetkisi tanımak ve ihlalin yarattığı manevi zararların kapsamının tespitini kolaylaştırmak olduğu ve kusurun sadece tazminat miktarı üzerinde etki doğurduğu belirtilmektedir⁸²¹. Manevi tazminatın belirlenmesinde kullanılan tatmin işlevinin cezalandırıcı bir karaktere sahip olmadığı hususunda da hakim görüş, tatmin işlevinin cezalandırıcı bir amaç içermediğini savunmaktadır⁸²². Bu görüş uyarınca, tatmin işlevi zarar görenin zarar verici eylemden önceki halini tekrar tesis etmenin (*wiedergutmachung*) bir aracıdır⁸²³. Alman Federal Mahkemesi de ABD’de verilen bir cezalandırıcı tazminatın tenfizine ilişkin olarak verdiği önemli bir kararında tatmin işlevinin cezalandırma ile özdeş görülemeyeceğini vurgulamıştır⁸²⁴. Çeşitli kararlarda, manevi tazminatın tatmin işlevinin bir cezalandırma anlamına gelmeyeceği, zarar gören ile zarar veren arasındaki özel bir ilişkiyi ifade ettiği belirtilmiştir⁸²⁵. Yargıtay da yakın tarihli bir kararında, manevi tazminatın bir cezalandırma aracı olarak kullanılamayacağına dikkat çekmiştir⁸²⁶. Cezalandırmadan farklı olarak tatmin, zarar göreni temele oturtmaktadır. Manevi tazminatın bir ceza olarak

⁸²⁰ Oftinger/Stark 1995, s. 422; Koller 2009, s. 710; Honsell 2008, s. 321.

⁸²¹ KUKO OR-Schönenberger, Art. 47–49 N. 5; Honsell 2008, s. 321.

⁸²² Koller 2009, s. 711; Kırca 1999, , S. 250.

⁸²³ Lendermann 2019, s. 34 ; Stiefel/Stürner 1987, s. 841; Magnus 2012, s. 252

⁸²⁴ BGH, IX ZR 149/91, 4.6.1992.

⁸²⁵ Brockmeier 1999, s. 58 dn. 129.

⁸²⁶ YHGK, 2014/4-1426 E., 2018/1789 K., 27.11.2018 T.

kabul edilmesinin, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine de aynı eylemden dolayı iki ceza verilemeyeceğine dair genel ilkeye de aykırılık teşkil edeceği belirtilmiştir⁸²⁷.

Buna karşılık, tatmin işlevinin içeriğinde doğal bir cezalandırma unsurunun bulunduğunu savunan yazarlar da mevcuttur⁸²⁸. Bu yazarlara göre, zarar göreni tatmin edecek bir manevi tazminattan bahsedebilmek için öncelikle zarar gören nezdinde bir acı ve elem hissini varsaymak gerekmektedir. Bu hali gidermek için yapılan değerlendirme de doğal olarak bir cezalandırma amacı içerecektir. Cezalandırmayı sağlayabilmek için, zarar vereninin malvarlığı temel alan bir değerlendirme yapılmalıdır⁸²⁹. Bu da zarar görenin uğradığı kayıpları dikkate alarak bir belirleme yapılan telafi edici tazminat düşüncesine nazaran farklılık arz etmektedir. Ayrıca manevi tazminatin tespitinde, kusurun derecesi ve ağırlığının da dikkate alınması, bu yazarlara göre bu tazminatin cezalandırıcı karakterini gösterir niteliktedir⁸³⁰.

E. Önleme İşlevi

Kıta Avrupası hukuk sisteminde, manevi tazminatin amaçlarından biri olarak görülüp görülemeyeceği tartışılan bir diğer işlev ise önlemedir⁸³¹. Önleme, doktrindeki değerlendirmelerde ayrı bir işlev olarak görülmek yerine ya cezalandırmanın bir parçası ya da telafi işlevinin bir yan etkisi gibi görülmektedir⁸³². Ancak kanaatimizce, tazminatin

⁸²⁷ Kırca 1999, s. 250–251.

⁸²⁸ Jansen/Rademacher 2009, s. 80; Lendermann 2019, s. 34; Brockmeier 1999, s. 59; Müller 2000, s. 259 vd.; Koch 2011, s. 383–384.

⁸²⁹ Müller 2000, s. 262.

⁸³⁰ Müller 2000, s. 262ç

⁸³¹ MüKoBGB/Oetker §253 N. 14; NK-BGB/Christian Huber § 253 N. 31; Antalya, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 211; Demir 2020, s. 72.

⁸³² Göthel 2005, s. 279.

önleme işlevi, cezalandırma işlevinden temel nitelikleri itibarıyla ayrılan, telafiden de ayrı amaçlara yönelmiş olan ayrı bir değerlendirme kriteridir. Hem genel önlemeyi hem de özel önlemeyi kapsayan bu işlev, gerek zarar vereni gerekse de üçüncü kişileri benzer davranışlardan kaçınmaya yöneltme ve bu sayede bireylerin davranışları üzerinde normatif bir kontrol sağlama amacını gütmektedir. Bu işlev, hem sübjektif manevi zarar hem de objektif manevi zarar görüşlerini destekleyen yazarlarca kabul edilmektedir. Zira önleme, zarar görene değil zarar verene ve topluma yönelik bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Zarar görenin acı, elem, ızdırap duyabilme kapasitesinin önleme işlevi açısından bir önemi yoktur. Bu sebeple objektif manevi zarar yaklaşımında da sübjektif manevi zarar yaklaşımında da önleme işlevine yer verilmektedir.

Bu işlevi savunan yazarlara göre, manevi tazminat sembolik bir rakamdan fazlası olmalı ve önleme amacı da dikkate alınarak belirlenmelidir. Zira manevi tazminata hükmedilirken tek amaç, mevcut eylemden doğan manevi zararı gidermek değil aynı zamanda benzer eylemlerin tekrarlanmasının önüne geçebilmektir. Manevi tazminatın belirlenmesinde önleme işlevinin de dikkate alınmasıyla, benzer davranışlara önleyebilecek bir miktara hükmedilecek ve bu sayede hem toplum hem de zarar veren nezdinde bir caydırıcılık sağlanacaktır.

Alman Hukukunda, BGB Art. 253'ün sınırlı sayıda belirttiği değerler arasında olmamasına rağmen, genel bir kişilik hakkının (*Allgemeine Persönlichkeitsrecht*) varlığı mahkeme kararları ile kabul edilmiştir⁸³³. Bu sayede manevi tazminat talep edilebilen

⁸³³⁸³³ **Brockmeier** 1999, s. 61. Honsell, burada *contra legem* hukuk yaratma bulunduğunu belirtmektedir. Yazar, kanımızca haklı olarak BGB §253'ün yeni metninde de genel kişilik hakkına yer verilmemiş olmasını eleştirmektedir. Yazara göre, Anayasanın 1. ve 2. maddelerine aykırılığı birçok mahkeme kararına konu olmuş bu konunun yeni düzenlemede yer almaması anlaşılabilir nitelikte değildir ve maddenin Anayasaya aykırılığının Anayasa Mahkemesince tespiti gerekmektedir. Bkz. **Honsell** 2008, s. 322 dn. 31.

ihlallerin sayısı artmış ve manevi tazminat meblağlarının yükselmesinin de önü açılmıştır. Özellikle basın yoluyla kişilik haklarının ihlal edildiği davalarda, Alman Federal Mahkemesi manevi tazminata ilişkin sınırlayıcı tavrını gevşetmiştir. İlk olarak *Herrenreiter* davasında⁸³⁴ Alman Anayasasının (GG) 1. ve 2. maddelerinden hareketle özel alanın ihlal edildiğine, bunun doğrudan temel hak ve özgürlüklerden kaynaklandığına hükmedilmiş ve bu korumanın kaynağı olarak doğrudan Alman Anayasası gösterilmiştir⁸³⁵. Genel kişilik hakkının ihlalinden ötürü manevi tazminata hükmedilebilmesi için diğer sorumluluk şartlarına ek olarak ihlalin zarar göreni sarsacak ağırlıkta olması ve bu zararın başkaca bir tazmin yoluyla giderilemeyecek olması aranmaktadır⁸³⁶. Alman Federal Mahkemesi, ünlü *Caroline I ve II* davaları da dahil olmak üzere, basın aracılığıyla kişilik haklarına saldırının gerçekleştiği bazı davalarda manevi tazminatın önleme işlevine vurgu yapmıştır⁸³⁷. Mahkeme bu davalarda, kişilik haklarının

⁸³⁴ BGHZ 26, 349. Söz konusu davada, davacının resmi cinsel güç artırıcı olduğu iddia edilen bir ürünün reklamında izin almaksızın kullanılmıştır. Davacı, ekonomik olarak herhangi bir kayba uğramamasına rağmen manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

⁸³⁵ Esasında 1973 tarihli *Presses Soraya* davası da bu açıdan önem taşımaktadır. Hatta genel kişilik hakkı kavramının temelinde bu davadaki yaklaşımın yer aldığı vurgulanmaktadır. Bkz. **Lendermann** 2019, s. 35 dn. 147; **Brockmeier** 1999, s. 61. Behr, BGB'nin manevi zararın söz konusu olabileceği halleri oldukça sınırlı şekilde saymasının ve özellikle kişilik hakkına yönelik hakaret ve karalamaları dışarıda bırakmasının, *actio iniuria* ile benzerlik göstermesi ve bu davanın cezalandırıcı karakteri ile alakalı olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Behr** 2009, s. 36. Brockmeier, genel kişilik hakkından kaynaklanan manevi tazminat taleplerinin, Roma Hukukundaki *actio iniuria*'nın modern bir yorumundan ibaret olduğunu savunmaktadır. Bkz. **Brockmeier** 1999, s. 64.

⁸³⁶ **Brockmeier** 1999, s. 62.

⁸³⁷ BGHZ 128, 1; BGHZ 160, 298. Brockmeier, burada önleme işlevinin değil tatmin işlevinin ön planda olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Brockmeier** 1999, s. 62.

basın tarafından bu şekilde kapitalize edilmesinin önlenmesinin önemine değinmiştir⁸³⁸. İleride de ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, Alman Federal Mahkemesinin bu kararlarda önleme amacına yaptığı vurgunun asıl sebebi, zarar verenin haksız fiilden ötürü elde ettiği haksız kazançların bir kısmının geri alınmasıdır⁸³⁹. Bu sayede zarar veren, bu şekilde davranmanın kendisine yarardan daha çok zarar getirdiğini görecektir ve benzer hareket tarzından kaçınacaktır. Kişilik hakkının basın yoluyla ihlalden doğan manevi tazminat davalarında hükmedilen manevi tazminat miktarları, diğer manevi tazminat davalarına nazaran oldukça yüksektir⁸⁴⁰.

F. Manevi Tazminatın İşlevlerine İlişkin Görüşlerin Değerlendirilmesi

Cezalandırıcı tazminatın Türk Hukuku'na uygunluğunu incelemeyi hemen önce, manevi tazminatın işlevleri ile ilgili ileri sürülen görüşlere ilişkin değerlendirmelerde bulunmakta fayda vardır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere objektif manevi zarar görüşü, günümüz hukuk sistemlerindeki manevi zarar yaklaşımını daha net şekilde yansıtmaktadır⁸⁴¹. Bu kabulün doğal bir sonucu olarak cezalandırma ve tatmin gibi sübjektif manevi zarar anlayışına dayanan düşüncelerin manevi tazminatın belirlenmesinde bir etkisi olmadığını belirtmek gerekmektedir⁸⁴². Ancak özellikle Alman ve İsviçre Hukuku'nda çeşitli mahkeme kararlarında yer alan tatmin işlevini de

⁸³⁸ „ein echter Hemmungseffekt auch für solche Vermarktung der Persönlichkeit ausgehen“*”Kişiliğin bu şekilde ticarileştirilmesine karşı gerçekten önleyici bir etki”*(Çeviri tarafımıza aittir). Bkz. BGHZ 128, 30.

⁸³⁹ **Honsell** 2008, s. 323; **Brockmeier** 1999, s. 63. Canaris, *Caroline I ve II* kararlarındaki yaklaşımı makul kılacak herhangi bir sebep bulunmadığını belirtmektedir. Bkz. **Canaris** 1999, s. 108 vd. Benzer yönde bkz. **Bydlinski** 2004, s. 345.

⁸⁴⁰ **Brockmeier** 1999, s. 62.

⁸⁴¹ Yuk. 2. Bölüm, §9, III, A.

⁸⁴² **Canaris** 1999, s. 108; **Antalya** 2017, s. 79.

cezalandırma ile bağdaştırmak doğru bir yaklaşım değildir. Tatmin işlevini kabul etmememize rağmen, bu işlevle cezalandırma arasındaki sınırın da dikkatle belirlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Zira cezalandırma salt zarar vereni temel alan bir değerlendirmeyi gerektirmekteyken tatmin işlevi zarar göreni dikkate almayı gerektirmektedir. Dolayısıyla bir an için tatmin işlevini manevi tazminat açısından kabul etsek dahi bu işlevden bir cezalandırıcı unsur çıkarmak doğru olmayacaktır. Ancak tekrar vurgulamak gerekir ki, objektif manevi zarar yaklaşımının benimsediğimiz için bu iki işlevin de manevi tazminat açısından kabul edilebilir nitelikte olmadığı kanaatindeyiz.

Manevi tazminatın temel gayesi zarar gören kişinin kişilik değerlerinde meydana gelen eksilmenin telafi edilmesidir. Dolayısıyla aynen maddi tazminatta olduğu gibi manevi tazminatın da en önemli işlevi kişilik değerlerinde meydana gelen bu eksilmenin parasal olarak tazmin ve telafisidir. Manevi tazminat miktarı, hakim geniş takdir yetkisi çerçevesinde telafi işlevi esas alınarak belirlenmelidir.

Manevi tazminatın işlevlerine ilişkin en önemli sorun ise, önleme işlevinin de bir ana işlev olarak manevi tazminatın belirlenmesinde dikkate alınıp alınamayacağı sorunudur. Alman Federal Mahkemesi'nin ünlü Caroline içtihatlarında⁸⁴³ benimsediği yaklaşım, önleme işlevinin de genel kişilik hakları ihlallerinde dikkate alınması yönündedir. Kanaatimizce, manevi tazminat konusundaki yaklaşımı esneklikten oldukça uzak Alman Hukuku'nda dahi genel kişilik hakkı kavramının geliştirilmesi ve önleme işlevinin dikkate alınmasıyla manevi tazminat miktarlarının belirli olay gruplarında artırılması, Türk Hukuku açısından da önemli bir ihtiyaçtır. Zira sadece manevi zararların telafisi çoğu zaman zarar veren kişinin bu eylemden umduğu yararları ortadan kaldırmak için yeterli olmamaktadır. Bu sebeple, ileride ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere

⁸⁴³ Yuk. 2. Bölüm, §9, III, E.

önleme işlevinin de manevi tazminatın belirlenmesinde ayrı bir işlev olarak ele alınması gerekmektedir⁸⁴⁴. Tekrardan kaçınmak için bu konudaki ayrıntılı görüşümüzü, cezalandırıcı tazminata ilişkin alternatif çözüm önerilerini değerlendirdiğimiz kısımda detaylı olarak açıklayacağız.



⁸⁴⁴ Aşa. 2. Bölüm, §11, II, C. Ayrıca bkz. **Fuchs/Pauker** 2012, s. 339; **Kırca** 1999, s. 265; **Oral** 2018, s. 47; **Atlan** 2015, s. 70.

§10 MADDİ VE MANEVİ TAZMİNATIN CEZALANDIRICI TAZMİNAT İLE KARŞILAŞTIRILMASI, CEZALANDIRICI TAZMİNATIN TÜRK-İSVİÇRE HUKUKU AÇISINDAN KABUL EDİLEMEZLİĞİ VE CEZALANDIRICI TAZMİNATA YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER

I. Genel Olarak

Önceki kısımda, maddi ve manevi tazminatın hangi işlevlere yöneldiği ve miktarının belirlenmesine ilişkin temel ilkelerin neler olduğu incelenmiştir. Bu kısımda ise, cezalandırıcı tazminatın belirlenmesine ilişkin temel ilkeler ve işlevleri dikkate alınarak, maddi ve manevi tazminat ile cezalandırıcı tazminat arasındaki benzerlikler ve farklılıklar incelenecektir. Belirtmek gerekir ki, Türk-İsviçre Hukuku açısından maddi ve manevi tazminatın, cezalandırıcı tazminat olarak kabulü mümkün değildir. Zira cezalandırma işlevi, ne maddi tazminata ne de manevi tazminata yüklenebilir. Tazminatın işlevlerine ilişkin olarak yapılacak bir sistematik yorum faaliyetinde, bu husus mutlaka dikkate alınmalı ve özellikle maddi tazminat açısından ana ilkenin telafi olduğu unutulmamalıdır. Manevi tazminat açısından ise kanaatimizce telafi işlevi ve önleme işlevleri ana amaçlar olarak kabul edilmeli ve bu çerçevenin dışına çıkılmamalıdır.

Maddi ve manevi tazminatın cezalandırıcı tazminat olarak kabulünün mümkün olmadığını tespit ettikten sonra, cezalandırıcı tazminat yaptırımına yönelik eleştirilere de yer verilmiştir. Kıta Avrupası Hukuku'nun gelişim çizgisi ve zaman içerisinde oluşturduğu yapılar ile cezalandırıcı tazminat arasındaki dikkat çekici farklılıklar, bu eleştirilerin temel sebebidir. Ancak belirtmek gerekir ki, cezalandırıcı tazminat yaptırımına yönelik olarak Common Law hukukçuları da birçok eleştiri getirmiştir. Yaptırımın belirsiz yapısı, keyfilik içeren tazminat miktarlarına yol açması, birden fazla zarar görenin bulunduğu hallerde kabul edilemez sonuçlara yol açması gibi sorunlar sebebiyle Common Law sisteminde dahi sorunlara sebebiyet veren bir yaptırımın, Kıta Avrupası hukukçuları

tarafından da yoğun şekilde eleştirilmesi doğaldır. Aşağıda bu eleştiriler ayrıntılı olarak incelenmiştir.

II. Maddi Tazminatın Cezalandırıcı Tazminat Olarak Kabul Edilemezliği

A. Genel Olarak

Cezalandırıcı tazminat ile maddi tazminatın hangi açılardan birbirleriyle benzeştiği hangi açılardan ise ayrıldıklarını tespit etmek, hem cezalandırıcı tazminatın Türk-İsviçre Hukuku'nda bir yeri olup olmadığı hem de cezalandırıcı tazminat hükmü içeren bir yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizi açısından önem taşımaktadır. Öncelikle vurgulamak gerekir ki iki kurum açısından yapılan değerlendirme, salt işlevlere ve temel ilkelere ilişkin bir inceleme ile sınırlı kalmamakta ve ortaya çıkan somut sonuçlar açısından da bir karşılaştırmayı da içermektedir. Kanaatimizce, maddi tazminata cezalandırma işlevinin yüklenmesi ve cezalandırıcı tazminat gibi kullanılması mümkün değildir. Ancak bu durum iki kurum arasındaki benzerliklerin ortaya konulmasına da engel olmamalıdır. Zira bu benzerlikler, ileride açıkladığımız tanıma ve tenfiz sorunlarına ilişkin önemli bir argüman oluşturmaktadır. Ancak benzerliklere rağmen, iki kurum arasındaki farklılık açıktır. Bu da maddi tazminatın, bir cezalandırıcı tazminat olarak kabulüne engeldir. Dolayısıyla, maddi tazminat ile cezalandırıcı tazminatın benzeştiği noktalara kısaca değinilmiştir. Sonrasında ise iki yaptırımın birbirinden ayrıştığı noktalara dikkat çekilmiştir.

B. Maddi Tazminat ile Cezalandırıcı Tazminatın Karşılaştırılması

Cezalandırıcı tazminat ile maddi tazminat, temelde bir hukuka aykırı bir fiilden kaynaklanmaları, kusur sorumluluğunun esas olması, parasal bir tazmin olanağı sağlanması gibi noktalarda birbirleriyle benzeşmektedir. İşlevsel açıdan değerlendirildiğinde ise maddi tazminatın işlevlerine ilişkin olarak kabul edilen görüş önem taşır hale gelmektedir. Maddi tazminata cezalandırma işlevini yükleyen ve

katılmadığımız görüşün bu iki kurum arasında bazı benzerlikler kurması olağan görülmektedir. Zira maddi tazminata cezalandırma işlevi yüklendiğinde, cezalandırıcı tazminatın en önemli işlevi olan cezalandırma konusunda bir denklik sağlanmakta, önleme amacının da doğal bir yan etki olarak var olması sonucunda, iki hukuki kurumun işlevleri arasındaki benzerlik artmaktadır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, maddi tazminata cezalandırma işlevi tanıyan bu görüş⁸⁴⁵ Türk-İsviçre Hukuku açısından destek bulamamıştır. Daha önce belirttiğimiz üzere kanaatimizce de maddi tazminatın cezalandırma işlevi bulunmamaktadır⁸⁴⁶. Dolayısıyla da iki kurum açısından tam bir işlevsel denklikten bahsetmek olanağı kalmamıştır.

Maddi tazminatın temelde telafi ve tazmin işlevi gördüğü ve önleme amacının da bir görüşe göre bir yan etki diğer bir görüşe göre ise tazminat miktarına etki edebilen bir ana işlev olarak kabul edildiği durumlarda, cezalandırıcı tazminat ile işlevsel bir farklılık oluşacaktır. Önleme işlevi bir ana işlev olarak kabul edilse dahi, cezalandırıcı tazminat ile bir denklikten bahsetmek mümkün olmayacaktır. Cezalandırıcı tazminat ve maddi tazminat, hukuka aykırı bir eylemden doğan parasal nitelikteki yaptırımlar olarak birbirleriyle benzeşseler dahi, cezalandırıcı tazminatın zarardan ayrı olarak hükmedilen zararı aşan ve temel amacı telafi etmek olmayan bir tazminat olması iki kurumu birbirinden ayırmaktadır⁸⁴⁷. Cezalandırıcı tazminatın temel amaçları cezalandırma ve önlemeyken, maddi tazminatın temel gayesinin telafi olduğu konusunda neredeyse bütün yazarlar hemfikirdir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, maddi tazminat ile cezalandırıcı tazminat birbirinden oldukça farklı amaçlara yönelmektedir.

⁸⁴⁵ Yuk. §8, V.

⁸⁴⁶ Yuk. §8, V ve VI.

⁸⁴⁷ **Brockmeier** 1999, s. 41.

Cezalandırıcı tazminat ile maddi tazminat arasında kısmı de olsa işlevsel bir denklikten bahsedilebilecek yegâne alan, cezalandırıcı tazminatın tazmin işlevi gösterdiği sınırlı alandır. Esasında Türk-İsviçre ve Alman Hukuku’nda cezalandırıcı tazminat içeren yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin tartışmalar da bu alana ilişkindir. *Common Law* sistemlerinde “*american rule*” adı verilen kural sebebiyle, davayı kazanan taraf dahi yargılama ücretlerini karşı tarafa yükleyememekte ve ağır maddi yük altına giren davacı taraflar çok da avantajlı olmayan birtakım sulh anlaşmalarına boyun eğmek zorunda kalmaktadır. İşte cezalandırıcı tazminat, bazı davalarda karşı tarafa yükletilemeyen bu dava ve yargılama masraflarını karşı tarafa yüklemenin bir aracı olarak kullanılmakta ve bu açıdan davacının zararlarını tazmin etmenin bir yolu olarak kullanılmaktadır⁸⁴⁸. Bu sayede kişiler, haklarını korumaya ve dava açmaya da teşvik edilmiş olmaktadır. Ayrıca özellikle düşük miktardaki zararlar bakımından ve ispat güçlüğü söz konusu olduğu hallerde de cezalandırıcı tazminat dava açmaya ilişkin cesaretlendirici bir unsur olarak gündeme gelmektedir⁸⁴⁹. Bu hallerde kişiler, uğradıkları haksızlığın ortaya konulması için dava açmak istemekte, ancak yargılama ve avukat masrafları yüzünden dava açmaktan kaçınmaktadır. Cezalandırıcı tazminat sayesinde, düşük miktardaki zararların dahi yargı önüne taşınması ve haklılığın ortaya konulabilmesi için gerekli inisiyatif sağlanmaktadır. Hatta *Connecticut* gibi bazı eyaletlerde cezalandırıcı tazminata, cezalandırma amacıyla değil sadece dava masraflarının tazmini için hükmedilmektedir.

Türk Hukuku’nda ise davada haklı çıkan taraf hem yargılama masraflarını karşı tarafa yükleyebilmekte hem de avukatına ödediği ücretin en azından bir kısmını vekalet

⁸⁴⁸ **Dasser** 2000, s. 105–106. Ayrıca bkz. Yuk. 1. Bölüm, §5, VI, C.

⁸⁴⁹ **Dasser** 2000, s. 102. Ayrıca bkz. Yuk. 1. Bölüm, §5, VI, B.

ücreti olarak karşı taraftan tazmin edebilmektedir⁸⁵⁰. Avukatlık ücretinin, vekalet ücretinin kanun gereğince belirlenmesinden kaynaklı olarak kısmen alınabilmesi haricinde, bir Türk mahkemesi önündeki davada haklı çıkan taraf, yargılama için yaptığı masrafları tazmin etme imkanına sahip olmaktadır. Ancak bir Amerikan mahkemesi önünde dava açan kişiler, hak arama özgürlüğünün de korunabilmesi gayesiyle, haklı çıksa dahi zarara uğrayabilmektedir. İşte cezalandırıcı tazminat, bu haller için bir telafi aracı olmaktadır. Diğer bir deyişle, Türk mahkemeleri önünde yapılan bir yargılamada hükümle beraber talep edilebilen bazı masraflar, ABD hukuk sisteminde cezalandırıcı tazminatın konusunu oluşturmaktadır. Bir davacı Türkiye’de dava açtığında, dava sonucunda elde ettiği tazminata ek olarak mahkemece yargılama masraflarının hangi tarafın üzerinde bırakıldığı da belirtilmekteyken, aynı davacının ABD’de açtığı bir davada bu masraflar cezalandırıcı tazminatın bir kısmını oluşturmaktadır. Cezalandırıcı tazminatın sınırlı olarak ortaya çıkan bu tazmin işlevi, maddi tazminatın telafi işlevine benzetilmektedir. Bu kısmı benzerlik, özellikle cezalandırıcı tazminat hükümlerinin tenfizi açısından önemli sonuçlar doğurmaktadır. Bu hususun üzerinde aşağıda ayrıntılı olarak durulmuştur⁸⁵¹.

Maddi tazminat ile cezalandırıcı tazminatın birbiriyle ayrıştığı unsurların sayısı ise bir hayli fazladır. Bunlardan ilki, sorumluluğun unsurlarından biri olan zarar ve zararın miktarının tazminata etkisidir. Cezalandırıcı tazminat, her durumda zararı aşan bir tazminat miktarını zorunlu kılmaktadır. Zira cezalandırıcı tazminat hukuki sınıflandırma açısından telafi edici nitelikte olmayan bir tazminat olarak isimlendirilmektedir. Diğer bir deyişle, öncelikle zarar miktarı hesaplanarak tazmin ve telafi sağlanacak ardından

⁸⁵⁰ Yuk. 2. Bölüm, §8, II, C.

⁸⁵¹ Aşa. 3. Bölüm, §15.

cezalandırma ve önleme kapsamında ayrı bir meblağa daha hükmedilecektir. Bu sistem, jüriye geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Her ne kadar çeşitli sınırlar getirilerek bu miktara bir tavan getirilmeye çalışılsa da somut bir kriterin bulunmadığı bir alanda jürinin keyfilik içinde hareket etme ihtimali artmaktadır. Kıta Avrupası sistemlerinde ise uğranılan maddi zarar miktarı, maddi tazminatın üst sınırı olarak kabul edilmekte ve bundan farklı bir meblağa hükmedilmesi kural olarak mümkün olmamaktadır⁸⁵². Zarar miktarının sınır olarak dikkate alındığı, diğer bir deyişle zenginleşme yasağı kapsamında hareket edildiği takdirde, maddi tazminat ile cezalandırıcı tazminat arasında bir benzerlik kurabilmek mümkün değildir. Common Law sisteminde dahi önce telafi amacı güden maddi tazminata hükmedilmekte, sonrasında ayrı bir yaptırım olarak zarar miktarını aşacak şekilde cezalandırıcı tazminat karara bağlanmaktadır. İki yaptırım arasında bir kesişim alanı bulunmamaktadır.

Burada değerlendirilmesi gerek bir diğer sorun ise, Türk-İsviçre Hukuku'nda yer verilen zarar miktarından bağımsız veya zarar miktarını aşan yaptırımlar bakımından bir denkliğin söz konusu olup olmayacağıdır. Her ne kadar aşağıda da açıkladığımız üzere gerçekten de cezalandırıcı tazminat niteliği arz eden düzenlemeler mevcut olsa da⁸⁵³, zararı aşan her türlü yaptırımın, cezalandırıcı tazminata benzer olarak şekillendirildiğini düşünmek yanlış bir önermeden hareket etmekten kaynaklanmaktadır. Cezalandırıcı tazminatın, ceza politikasına dayanan ve cezai yaptırımlara benzeyen sosyal amaçları ile zararı aşan tazminatların bireyler arası ilişkilere odaklanan ve ekonomi refaha yönelik niteliği birbiriyle örtüşmemektedir. Bu sebeple de zararı aşan yaptırımları otomatik olarak

⁸⁵² Yuk. 2. Bölüm, §8, II, A ve B.

⁸⁵³ Aşa. 3. Bölüm, §13.

cezalandırıcı nitelikte görmemek gerekmektedir⁸⁵⁴. Zararadan bağımsız olarak hükmedilebilen veya zararı aşan bir yaptırımın, ispat kolaylığı sağlamak ya da genel veya özel önleme sağlamak gibi amaçları öncelemiş olması mümkündür.

Tazminata sebebiyet verecek kusurlu davranışın ağırlığı bakımından da cezalandırıcı tazminat ile maddi tazminat birbirinden ayrılmaktadır. Maddi tazminat kural olarak her türlü kusurlu haksız fiilin varlığı halinde gündeme gelebilirken cezalandırıcı tazminat ancak ağır kusur veya kast ile işlenen bir fiilin neticesi olarak karara bağlanmaktadır. Salt hafif kusurla işlenen bir fiil, cezalandırmayı ve önlemeyi gerektirecek ağırlıkta olmadığından bu durumlarda cezalandırıcı tazminata hükmetmek mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla maddi tazminat, daha geniş bir skalada hükmedilebilen genel bir yaptırımdır. Bir an için kusursuz sorumluluk hallerinde de cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesinin, cezalandırıcı tazminatın daha geniş bir alanı kapsadığı intibaini yaratabilmesi mümkünse de belirtmek gerekir ki kusursuz sorumluluk hallerinde cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için yine zarar gören nezdinde ağır sonuçların gerçekleşmiş olması aranmaktadır. Diğer bir deyişle, her türlü kusurlu ve kusursuz sorumluluk hallerinde maddi tazminata hükmedilebilirken, cezalandırıcı tazminat yalnızca mağduru açısından ağır sonuçlara yol açan kusursuz sorumluluk hallerinde ve ağır kusur veya kast ile işlenen haksız fiillerde gündeme gelebilmektedir.

C. Değerlendirmemiz

Maddi tazminat ile cezalandırıcı tazminatın işlevleri, şartları ve belirlenme kriterleri değerlendirildiğinde iki kurumun birbirinden oldukça farklı olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, maddi tazminata cezalandırma işlevi yüklemenin ve zararı

⁸⁵⁴ Tschannen 2009, s. 15.

aşan tazminatlara hükmetmek için maddi tazminatı bir araç olarak kullanmanın mümkün olmadığı açıktır. Her ne kadar istisnaların ve yükselen eleştirilerin sayısı giderek artsa da zenginleşme yasağı ve fark teorisinin Türk-İsviçre ve Alman Hukuku açısından temel ilke olduğu unutulmamalıdır. Zarar kavramına ilişkin farklı yaklaşımlar ve zararın belirlenmesinde ve ispatındaki gelişmeler, bu ilkelerin temel hareket noktası olma niteliğini değiştirmemektedir. Zarar kavramı farklı görüşlere göre yeniden tanımlansa da zararın belirlenmesi için farklı kriterlerden hareket edilse de taraflarca iddia ve ispat edilen ve mahkemelerce de kabul gören zarar miktarı, maddi tazminat için bir üst sınır teşkil etmelidir. Diğer bir deyişle, kanaatimizce maddi tazminatın yegane işlevi tazmin ve telafi olarak görülmelidir. Maddi tazminatın *status quo ante* 'yi maddi olarak tekrar tesis etmek dışında bir işlevi bulunmamalıdır. Bu bakış açısından hareketle, önleme işlevinin dahi maddi tazminat miktarının belirlenmesinde etkisi bulunmamalıdır. İlk anda biraz katı görülebilecek bu yaklaşımımızın temelinde, maddi tazminat gibi çoğu olayda ispatı mümkün ve sınırları da belirli bir kuruma ilişkin keyfilikten kaçınma endişe yatmaktadır. Özellikle etkili bir caydırıcılık sağlamak açısından hukukun ekonomik analizi doktrininin bulguları ve fikirleri cezbedici görünse de tazminatın hesaplanması ve belirlenmesi açısından aşırı bir sübjektivite içermektedir. Buradaki sübjektivite, yönleme değil somut hukuki olayın taraflarına ilişkindir. Birbiriyle aşırı derecede benzer iki olayda, sırf karşı tarafın kimliğindeki ve sosyal durumdaki bir farklılık sebebiyle bu denli bir farklılığın ortaya çıkması, özel hukukun temel yaklaşımlarıyla bağdaşmamaktadır. Özel hukukta yıllar içinde geliştirilen ve objektif hale getirilen bir yaptırımın, dönemsel ihtiyaçlar sebebiyle gevşetilmesi ve yıpratılması yanlış bir tercihtir. Hukuki öngörülebilirlik, zarar gören açısından dahi büyük bir önem taşımaktadır. Objektif ve hukuki öngörülebilirliğe kıymet veren bir sistemde, ihlalin sonuçları da öngörülebilir olmalıdır. Aynı fiili işleyen iki kişinin ödeyeceği tazminat miktarının, sırf aradaki süreçte

benzer olaylarda dava açma sıklığının değişmesinden ötürü değişmesi kabul edilebilir bir sonuç değildir. Benzer şekilde zarar verici eylemi önleme masraflarındaki değişimin, maddi tazminatın da değişmesini kabul etmek mümkün değildir.

Önleme ve cezalandırma gibi düşünceler, maddi tazminatın ana işlevi olarak kabul edilmesi mümkün olmayan amaçlardır. Önleme amacı yukarıda da açıkladığımız üzere hukukun ekonomik analizi doktrinine fazlaca dayanması ve belirli ölçüde bir keyfiliği ve sübjektifliği içermesi, cezalandırma amacı ise arkaik yapısı ve özel hukuka yabancı bir yapı olması sebebiyle reddedilmelidir. Ancak bu kanaati beyan ederken, mevzuatımızda yer alan önleme ve cezalandırma amacı içeren hükümlerin varlığı ve önlemenin beklenen bir yan etki olma niteliği de gözden kaçmamalıdır. Bizim temel kanaatimiz, önlemenin maddi tazminat açısından temel bir amaç niteliği taşımadığı ve maddi tazminat miktarına zararı aşacak şekilde etki etmesinin mümkün olmadığı ve cezalandırmanın ise zaten istisnai hükümler dışında özel hukukta yeri olmadığı yönündedir. Önleme amacının tazminat miktarına etki etmesi, daha belirsiz sınırlar içeren ve takdir yetkisinin daha geniş olduğu manevi tazminat açısından gündeme gelebilecektir. Maddi tazminat ise sadece telafi amacını sağlamaya yönelik bir yaptırımdır. Bu sebeple, maddi tazminata cezalandırma işlevi yüklenmesi ve maddi tazminatın zarar miktarını aşan bir tazminata hükmedilebilmesi için genel bir araç olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Fark teorisi, zenginleşme yasağı ve tam tazmin ilkesi, maddi tazminatın belirlenmesine ilişkin ana ilkeleri oluşturmaktadır. Bu ilkelerle bağdaşmayacak bir işlevin söz konusu olmaması gerekir.

III. Manevi Tazminatın Cezalandırıcı Tazminat Olarak Kabul Edilemezliği

A. Genel Olarak

Manevi tazminatın işlevleri arasında cezalandırma ve önlemeyi sayan görüşlerin bulunması, bir *Common Law* kurumu olan cezalandırıcı tazminatın, Kıta Avrupası

hukukundaki işlevsel karşılığının manevi tazminat olup olmadığına dair bir tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Cezalandırıcı tazminatın tarihi süreçte başlangıçta manevi zararların tazmini için kullanılmış olması, hakimın manevi tazminat miktarının belirlenmesindeki geniş takdir yetkisi gibi unsurlar da bu tartışmanın derinleşmesine sebebiyet vermiştir.

Bu sebeple öncelikle cezalandırıcı tazminat ile manevi tazminat arasındaki benzerliklere değinilecek olup ardından iki hukuki kurumun farklılıkları üzerinde durulacaktır. Belirtmek gerekir ki benzerlik olduğu iddia edilen olguların bir kısmı, doktrinde sübjektif manevi zarar anlayışını kabul eden görüşün yansımaları niteliğindedir. Bu görüşü savunan yazarlarca benzerlik olduğu iddia edilen bu hususlar, başka yazarlarca eleştirilmektedir. Kanaatimizce, cezalandırıcı tazminat ile manevi tazminat arasında işlevsel açıdan bir benzerlik bulunmamaktadır. Ancak öncelikle aksi görüş açıklanarak yaklaşımları hakkında genel bilgi verilecektir.

B. Manevi Tazminat ile Cezalandırıcı Tazminatın Karşılaştırılması

Sübjektif manevi zarar görüşünden hareket eden ve manevi tazminata, tatmin, cezalandırma ve önleme gibi işlevler yükleyen görüş, cezalandırıcı tazminat ile manevi tazminat arasında önemli benzerlikler bulunduğunu ifade etmektedir⁸⁵⁵. Zira cezalandırıcı tazminatın en önemli özelliği zararı aşan bir miktarın zarar görene ödenmesiyle zarar veren kişinin cezalandırılması, toplumda benzer davranışlar için caydırıcılığın sağlanması ve zarar görenin tatmin edilmesini sağlamasıdır. Bu görüşün penceresinden bakıldığında, manevi tazminat, cezalandırıcı tazminat ile benzer işlevlere yönelmiştir. Ayrıca, manevi tazminatın da cezalandırıcı tazminatın da sosyal değerler açısından uğranılan zararı

⁸⁵⁵ Yuk. 2. Bölüm, §9, III, C, D, E.

materyalize etme ve bu zararların parasal tazminini sağlama işlevinin bulunduğunu belirtilmektedir⁸⁵⁶.

Manevi tazminat ile cezalandırıcı tazminat arasındaki işlevsel açıdan benzerlikleri savunan yaklaşım, oluşan zararların ekonomik olarak ölçülememesi ve maddi zararlara ek bir miktara hükmedilmesi açısından da bir benzerlik bulunduğunu ifade etmektedir⁸⁵⁷. Manevi tazminatta da cezalandırıcı tazminatta da karar verici makamların geniş bir takdir yetkisi içinde hareket ettiğini söylemek mümkündür. Bu takdir yetkisi manevi tazminatta hakime tanınmışken, cezalandırıcı tazminatta jüriyle tanınmıştır.

Stoll, her iki kurum arasındaki bir diğer benzerliği, haksız eylemden dolayı elde edilen kârın iadesinde (*tort does not pay*) görmektedir⁸⁵⁸. Yazara göre Alman Federal Mahkemesinin kişilik haklarına saldırı hallerinde benzer saldırıları önleme düşüncesiyle haksız fiilden elde edilen kazancı dikkate almasıyla, cezalandırıcı tazminatın salt ekonomik karar alma mekanizmalarını önlemek amacıyla kazancın iadesini sağlaması⁸⁵⁹ arasında paralellik bulunmaktadır. Cezalandırıcı tazminatın da amaçlarından biri olan önleme işlevi, hukuka aykırı bir davranışta bulunmayı tercih edilebilir hale getirmeyecek bir yaptırımın öngörülmesi zorunluluğunu da beraberinde getirmektedir. Yazara göre, bu iki yaptırım kazancın iadesini sağlamak noktasında benzeşmektedir.

Kanaatimizce, iki kurum arasındaki bu sınırlı benzerlik hali, manevi tazminatın kısmen dahi olsa cezalandırıcı tazminat olarak değerlendirilmesini sağlamaz. İki yaptırım

⁸⁵⁶ Dasser 2000, s. 105.

⁸⁵⁷ Lenz 1992, s. 94.

⁸⁵⁸ Stoll 1970, s. 5.

⁸⁵⁹ Yuk. 1. Bölüm, §5, VII.

arasındaki farklılıklar, benzerliklerin çok ötesindedir. Sübjektif manevi zarar görüşünden hareket eden ve manevi tazminata cezalandırma işlevi yükleyen bu görüş kabul edildiğinde dahi manevi tazminat ile cezalandırıcı tazminatın arasında önemli farklılıklar bulunduğunu düşünmekteyiz. Bu sebeple, manevi tazminat ile cezalandırıcı tazminat arasındaki farklılıkları açıklamak suretiyle manevi tazminat ile cezalandırıcı tazminat arasında bir bağlantı olmadığını açıklayacağız.

Manevi tazminat ile cezalandırıcı tazminat arasındaki ilk önemli fark, yönedikleri ana işlev bakımından ortaya çıkmaktadır. Manevi zarara hangi görüşün bakış açısından yaklaşılsa yaklaşılsın neredeyse bütün yazarlar, manevi tazminatın asıl amacının telafi ve tazmin olduğunu kabul etmektedir. Cezalandırıcı tazminatın ise asıl amacının cezalandırma ve önleme olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır⁸⁶⁰. Diğer bir deyişle, manevi tazminata sübjektif bir bakış açısıyla bile bakıldığında dahi ana amacın zarar görenin yaşam sevincinin tekrar tesisi olduğu görülmekteyken cezalandırıcı tazminat zarar veren temelli bir belirlemeyi zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla cezalandırıcı tazminat ile manevi tazminat arasında, temel hareket noktası bakımından önemli bir farklılık bulunmaktadır.

Manevi zararı objektif olarak ele alan görüşten hareket edildiğinde ise iki hukuki kurum arasındaki fark aşikâr hale gelmektedir. Zira objektif manevi zarar görüşü kabul edildiğinde manevi tazminatın yalnızca telafi amaçlı olduğu vurgulanmaktadır. Bu durumda cezalandırma veya tatmin gibi düşünceler manevi tazminata

⁸⁶⁰ Stoll 1970, s. 7; Lenz 1992, s. 95.

yüklenemeyecektir⁸⁶¹. Cezalandırıcı tazminatın temelini oluşturan bu işlevler dışarıda bırakıldığında, manevi tazminat ile cezalandırıcı tazminat arasında bir benzerlikten de bahsedilemeyecektir⁸⁶².

Her iki yaptırımın da geniş bir takdir yetkisi çerçevesinde belirlendiği ve ekonomik olarak ölçülmesinin mümkün olmadığı argümanı açısından da belirtmek gerekir ki, bu görüşün hareket noktası kanaatimizce hatalıdır. Zira manevi zararlarda ekonomik olarak ölçülememe söz konusu olsa da sonuçta bir zararın söz konusu olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Cezalandırıcı tazminatta ise zarar sadece cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için aranan ön şartlardan biri olup, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin bazı kararlarında hükmettiği oranlar haricinde, cezalandırıcı tazminat miktarının belirlenmesinde bir hareket noktası olarak kabul edilmemektedir. Kaldı ki cezalandırıcı tazminat, gerçek zarar miktarı ile orantılı şekilde belirlense dahi, bir zararın tazmini niteliğinde değildir. Diğer bir deyişle, manevi tazminat, geniş bir takdir yetkisi çerçevesinde hükmedilse de sonuçta bir zararın tazmini amacına yönelmişken, cezalandırıcı tazminat ancak yargılama masrafları ve küçük miktardaki zararlar açısından tazmine yönelmiş olup bunun dışında zararı aşan ve tazminle alakasız bir nitelik arz etmektedir.

Cezalandırıcı tazminat ile manevi tazminat arasındaki bir diğer fark, kusurun manevi tazminata etkisi üzerinden açıklanmaktadır. Buna göre; cezalandırma işlevinden bahsedilebilmesi için belirli ağırlıktaki bir kusurun sorumluluğun hem oluşumunda hem

⁸⁶¹ **Jansen/Rademacher** 2009, s. 80; **Magnus** 2012, s. 252. Yargıtay da 1966 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda manevi tazminatın bir ceza olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Bkz. YİBK, 22.6.1966 T., 7 E., 7 K.

⁸⁶² **Lenz** 1992, s. 96.

de kapsamının tespitinde temel bir unsur olarak kullanılması gerekmektedir⁸⁶³. Ancak gerek TBK gerek OR gerekse de BGB’de yer alan manevi tazminat düzenlemeleri incelendiğinde, kusurun sorumluluğun oluşumunda ve kapsamında etkisinin bulunduğu ancak ağır kusur veya kastın manevi tazminat için şart olmadığı görülmektedir⁸⁶⁴. Hafif kusurun varlığı halinde dahi manevi tazminat talep edilebilmesi mümkündür⁸⁶⁵. Hatta bu hukuk sistemlerinde kusursuz sorumluluk hallerinde dahi manevi tazminat talep edilebileceği ortak olarak kabul görmektedir⁸⁶⁶. Buna karşılık -daha önce de belirttiğimiz üzere- cezalandırıcı tazminatın ön şartlarından biri, zarar vereni eyleminin ağır kusur veya kast ile işlenmesidir. Dolayısıyla bu açıdan iki hukuki kurumu birbirine denk görebilmek mümkün değildir.

İki kurum arasındaki bir diğer farklılık ise korunan hukuki değerlerden kaynaklanmaktadır. Cezalandırıcı tazminat davaları, ürün sorumluluğundan, basın yoluyla kişilik haklarına saldırıya kadar geniş bir spektrumda gündeme gelebilmektedir. İngiliz Hukukundaki birtakım sınırlamalar haricinde, cezalandırıcı tazminat davalarında önemli olan korunan hukuki değer değil zarar verici davranışın niteliğidir. Buna karşılık manevi tazminat, kişilik haklarının ihlali halinde gündeme gelmektedir⁸⁶⁷. Manevi tazminatın koruma alanına, bedensel bütünlük, cinsel bütünlük, isim, resim, onur ve

⁸⁶³ Lenz 1992, s. 96.

⁸⁶⁴ OR § 49’un eski metninde kusurun ağırlığı, manevi tazminatın bir ön koşulu olarak görülmüşken, 1983 ve 1985 yılında yapılan değişiklikler sonrasında artık manevi tazminat için kusurun ağırlığı bir önem arz etmemektedir.

⁸⁶⁵ Lenz 1992, s. 97.

⁸⁶⁶ Tekinay/Akman/Burcuoplu/Alttop 1993, s. 919.

⁸⁶⁷ Lenz 1992, s. 97.

saygınlık gibi değerler girmektedir. Bu sebeple manevi tazminat çok daha sınırlı ve belirli bir alanda gündeme gelen bir yaptırım olarak cezalandırıcı tazminattan ayrılmaktadır.

Manevi tazminatın talep edilebilmesi için bir maddi zararın varlığı şart değildir. Hiçbir maddi zarara yol açmayan eylemlerin bile manevi zarara sebebiyet verebilmesi mümkündür. Özellikle hakaret, basın yoluyla kötüleme gibi eylemlerin varlığı halinde bir maddi zarar oluşmasa bile manevi tazminat talebinde bulunulabilecektir. Cezalandırıcı tazminat ise kural olarak bir maddi zararın varlığını gerekli kılmaktadır. Zira cezalandırıcı tazminat öncelikle bir haksız eylemin varlığı şarttır. Dolayısıyla az da olsa bir maddi zararın varlığı şarttır⁸⁶⁸.

İki kurum arasındaki bir diğer farklılık ise uğranılan zararın hangi tarafın perspektifinden hareket ederek belirleneceğidir. Manevi tazminatta mağdur temelli bir yaklaşım mevcutken cezalandırıcı tazminatta zarar veren temelli bir yaklaşım söz konusudur⁸⁶⁹. Manevi tazminatta ister tazmin isterse de tatmin görüşleri benimsensin her ikisinde de mağduru temel alarak bir miktara hükmedilmektedir. Cezalandırıcı tazminatta ise tazmin ikinci planda olduğu için zarar verenin cezalandırılması asıldır.

C. Manevi Tazminata Cezalandırıcı Tazminata Benzer İşlevler Yükleyen

Görüş ve Eleştirisi

Yukarıda belirtilen ve kanaatimizce tam anlamıyla bir benzerlik olarak görülemeycek unsurlardan hareket eden görüşe göre, manevi tazminatın zarar göreni

⁸⁶⁸ Lenz 1992, s. 98.

⁸⁶⁹ Oftinger/Stark 1995, s. 422; Dasser 2000, s. 105. Ancak yazar aynı zamanda bunun uygulamaya yansımadağını da belirtmektedir. Yazara göre zarar verenin kusurunun da dikkate alınması ve zarar verenin malvarlığının psikolojik bir kriter oluşturması gibi hususlar manevi tazminatın belirlenmesinde de zarar verenin bir kriter olarak denkleme katıldığını göstermektedir.

tatmin edici yapısı da dikkate alındığında bu yaptırım ile özel (*medeni*) ceza ve dolaylı olarak cezalandırıcı tazminat ile arasında bir farklılık bulunmamaktadır⁸⁷⁰. Zaten tatmin işlevi, ceza hukukundan özel hukuka devşirilmiş bir kurumdur⁸⁷¹. Yine bu görüşe göre, tatmin işlevinden hareketle zarar miktarından yüksek bir tazminata hükmedilebilmesi, zarar görenin kusurunun ve malvarlığının dikkate alınması ve aynen cezalandırıcı tazminatta olduğu gibi temel amacın hukukun ve başkalarının haklarının hiçe sayılmasını engellemek olduğu dikkat alındığında, manevi tazminat ile cezalandırıcı tazminat benzer işlevlere hizmet etmektedir⁸⁷². Manevi tazminatın belirlenmesinde zarar verenin malvarlığının dikkate alınması, kusurun derecesinin doğrudan etkisi, manevi zararların geniş oranda hakimnin takdir yetkisine bırakılmış olması gibi hususlar, cezalandırıcı tazminat ile manevi tazminatı birbirine işlevsel açıdan yakınlaştırmaktadır⁸⁷³. Kıta Avrupası Hukukundaki manevi tazminat kurumu, *Common Law* sistemindeki manevi tazminatın ve cezalandırıcı tazminatın bir bileşiminden oluşmaktadır⁸⁷⁴. Bu görüşteki yazarlara göre, Caroline I kararında vurgulanan kriterler, bu kriterlerin zarar vereni temel alması ve özellikle de kazancın iadesinin manevi tazminatın belirlenmesinde dikkate alınması *Common Law* sistemindeki cezalandırıcı tazminattan esinlenmiştir. Dolayısıyla esasında basın yoluyla kişilik hakkının ihlal edilmesinden doğan manevi tazminat davalarında mahkemelerin verdiği yüksek tazminat kararları birer cezalandırıcı tazminat

⁸⁷⁰ **Stoll** 1970, s. 14; **Behr** 2010, s. 294.

⁸⁷¹ **Stoll** 1993, s. 199.

⁸⁷² **Stoll** 1970, s. 14 vd; **Behr** 2009, s. 35.

⁸⁷³ **Müller** 2000, s. 262 vd; **Behr** 2009, s. 38.

⁸⁷⁴ **Brockmeier** 1999, s. 60. Benzer yönde bir bakış açısıyla, Kıta Avrupası hukukundaki maddi ve manevi tazminat şeklindeki ayrımı, Amerikan hukukundaki telafi edici tazminatlar ile cezalandırıcı tazminat arasındaki ikili yapıya benzeten bir inceleme için bkz. **Köndgen** 1992, s. 704.

niteliğindedir⁸⁷⁵. Federal Mahkemenin tatmin işlevine dayandığı ancak cezalandırma işlevini dışladığı bu kararlar eleştirilmekte ve tatmin işlevinin cezalandırmadan bağımsız bir anlam ifade edemeyeceği vurgulanmaktadır⁸⁷⁶. Bu görüşteki yazarlara göre, tatminden bahsedebilmek için zarar verene bir eziyet ve eksiklik hissi yaşatılması gerekmektedir. Bu da doğal bir cezalandırmayı beraberinde getirmektedir. Federal Mahkeme'nin kararlarında uzun süreden beri zarar verenin malvarlığını ve kusurun derecesini dikkate aldığı belirtilmekte ve bu durum, tatmin işlevinin cezalandırıcı yönüyle açıklanmaktadır⁸⁷⁷. Bu görüşe göre, benzer durumlarda Amerikan mahkemeleri, cezalandırıcı tazminata hükmederken Alman mahkemeleri de aynı hükmü manevi tazminatı tatmin ve önleme gibi düşüncelerle artırarak vermektedir⁸⁷⁸. Ancak ilginç bir şekilde aynı görüş, bedensel zarar halinde ise manevi tazminatın cezalandırıcı bir işleve sahip olmadığını vurgulamaktadır. Bu hallerde manevi tazminat sadece telafi amacına hizmet etmektedir⁸⁷⁹. Hatta bu hallerde tatmin işlevine başvurulmaması gerektiğini de savunulmaktadır⁸⁸⁰.

Manevi tazminat ile cezalandırıcı tazminatı bu açıdan eşdeğer gören görüşe katılmak mümkün değildir. Zira tatmin işlevi, objektif manevi zarar görüşünün kabulüyle beraber kabul edilmesi imkansız bir yaklaşım haline gelmektedir. Kaldı ki tatmin görüşü kabul edilse bile, zarar göreni temel alan bir yaklaşımı gerekli kılmaktadır. Alman Federal Mahkemesi, Amerika Birleşik Devletleri'nde verilen bir cezalandırıcı tazminat

⁸⁷⁵ Behr 2009, s. 39. Kısmen benzer görüşte bkz. Brockmeier 1999, s. 65.

⁸⁷⁶ Lendermann 2019, s. 34; Rosengarten 1996, s. 1936.

⁸⁷⁷ Rosengarten 1996, s. 1936.

⁸⁷⁸ Behr 2003, s. 145 vd.

⁸⁷⁹ Stoll 1970, s. 15–16.

⁸⁸⁰ Stoll 1993, s. 204.

hükümünün tenfizine ilişkin 4.6.1992 tarihli kararında, cezalandırıcı tazminat ile manevi tazminatın tatmin fonksiyonunun birbirine denk olmadığına dikkat çekmiştir⁸⁸¹. Federal Mahkemeye göre, tatmin işlevi cezalandırmayla alakalı olmayıp tazminatın belirlenmesine ilişkin bir kriterden ibarettir. Dolayısıyla da esasında telafi işlevinin bir parçasını oluşturmaktadır. Kaldı ki aynı görüşün basın yoluyla kişilik haklarının ihlal edildiği durumlarda tatmin ve cezalandırma gibi işlevlere göre manevi tazminatın belirlenmesini kabul edip, daha da ağır bir ihlal niteliğindeki bedensel zararlarda bu işlevleri reddetmesi de cezalandırıcı tazminata ilişkin değerlerden esasında ne denli uzakta olduklarının bir göstergesidir. Gerçekten de bu görüşün savunduğu gibi manevi tazminat ile cezalandırıcı tazminat arasında işlevsel bir benzerlik mevcutsa, bedensel zarardan doğan tazminat davalarında cezalandırma işlevinin evleviyetle söz konusu olması gerektiğini düşünüyoruz. Kanaatimizce bu görüş, önleme işlevi ile cezalandırmayı eşdeğer görmekte ve devamında da tatmin ve önleme işlevlerini de birbirine karıştırmaktadır.

Manevi tazminat ile cezalandırıcı tazminat arasında benzerlik olduğunu iddia eden bir diğer görüşe göre, manevi zararların ekonomik olarak ifade edilmesinin mümkün olmaması ideal bir telafiyi imkansız kılmakta olduğundan, parasal tazmin, ideal bir yaptırım değil eldeki seçeneklerin en iyisidir⁸⁸². Manevi zarar olarak ihlal edilen değerlerin bire bir telafisinin mümkün olmaması sebebiyle, yapılabilecek en iyi şey, zarar verene yaptığı eylemin haksızlığının gösterilmesinin sağlanmasıdır. Bir diğer deyişle, zarar verende açılan yaranın onarılması, ancak zarar verende de benzer bir yaranın açılması ile mümkün olacaktır. Bu da ancak zarar verenin cezalandırılması ile

⁸⁸¹ BGH, IX ZR 149/91, 4.6.1992.

⁸⁸² Müller 2000, s. 56.

sağlanabilecektir⁸⁸³. Bu görüşe göre her ne kadar özel hukuk yaptırımlar sisteminden cezalandırıcı unsurlar çıkarılmış olsa da ekonomik olmayan zararların tazmininde cezalandırmaya mecburi bir dönüş yaşanmaktadır⁸⁸⁴.

Manevi tazminat ile telafisi mümkün olmayan değerlerin diğer tarafta da bir yara açarak giderildiğini savunan bu görüşe de katılmak imkanı görmüyoruz. Zira manevi tazminat miktarı belirlenirken, zarar görenin kişilik değerlerinde meydana gelen eksilme dikkate alınmakta ve telafi düşüncesinden hareket edilmektedir. Bizim de katıldığımız görüş uyarınca buna önleme işlevi de eklenmekte ve manevi tazminat miktarı buna göre belirlenmektedir. Ancak bu belirlemede, zarar vereni yaralayacak ve onda da benzer bir eksiklik duygusu yaratacak bir miktar belirleme çabasına yer verilmemektedir. Haksızlığın gösterilmesi zaten manevi tazminata hükmedilmesi ile ortaya çıkmaktadır. Kamuoyu, hüküm ile birlikte zarar görenin eyleminin haksızlığı hakkında bilgi sahibi olabilmektedir. Ekonomik olarak ifade edilmesi mümkün olmayan manevi zararların tazmini için uygun belirleme yöntemini seçmek için, cezalandırma gibi arkaik bir işleve başvurmaya gerek yoktur. İki aşamalı manevi tazminat belirleme yöntemine başvurmak ve önleme işlevini de dikkate almak yoluyla ekonomik olarak belirlenmesi mümkün olmayan bu zararların etkili şekilde tazmini ve toplum nezdinde gerekli olan caydırıcılığın sağlanması mümkün olacaktır.

Kanaatimizce, Türk-İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde öngörülen manevi tazminat yaptırımının, cezalandırıcı tazminat ile bir benzerliği bulunmamaktadır⁸⁸⁵. Bu

⁸⁸³ Müller 2000, s. 57.

⁸⁸⁴ Müller 2000, s. 58.

⁸⁸⁵ Kısmi benzerlik bulunduğu ama farklılıkların ağır bastığı yönünde bkz. Lenz 1992, s. 98. Manevi tazminat ile cezalandırıcı tazminatın eşdeğer olmadığı ancak basın yoluyla kişilik haklarının ihlalinde önleme amacının gözetilerek tazminat miktarlarında artışa gidilmesinin cezalandırıcı bir işlevin sonucu

durum, manevi tazminatın önleme işlevinin kabulü halinde dahi değişmeyecektir. Manevi tazminatın cezalandırma işlevi bulunduğu ileri sürülmedikçe, bu iki yaptırımın birbirine denk olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. Zira cezalandırıcı tazminatın en önemli özelliği, açıkça cezalandırma amacına yönelmiş bir yaptırım oluşudur.

Modern ceza hukuku ve idare hukuku yaptırımlarının kabulü ile beraber, cezalandırma artık kamu hukukuna ait bir amaç halini almıştır. Bu amacı özel hukuka taşıma çabası, arkaik ve geri kalmış bir sistemi tekrar canlandırma çabasından ibaret olacaktır⁸⁸⁶. Cezalandırma işlevi amaçlanan, zarar verenin elde ettiği kazancın ondan alınması sağlamak ise, bunun için sistemin temel ilkelerini değiştirmeye gerek yoktur. Zira gerçek olmayan vekaletsiz iş görme ve sebepsiz zenginleşme hükümleri ile temel ilkeleri sarsmadan da aynı sonuca ulaşılabilir⁸⁸⁷.

Ayrıca daha önce de defalarca belirttiğimiz üzere, cezalandırıcı tazminata zarar veren temelli bir bakış açısıyla hükmedilmekteyken manevi tazminatta temel hareket noktası mağdurun uğradığı manevi zararların telafi ve tazmin edilmesidir. Maddi tazminat da manevi tazminat da haklar ve malvarlığına yönelik haksız müdahalelerin etkilerini ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. Kusurun derecelendirilmesinin ve hakimnin takdir yetkisinin geniş olmasının da cezalandırma işlevi yaratmayacağı açıktır. Kusurun derecelendirilmesinin temel gayesi eylem ile yaptırım arasındaki orantılılığın sağlanmasıdır⁸⁸⁸. Hakimnin takdir yetkisi ise cezalandırma gayesinden değil zararın

olduğu ve bu durumun Kıta Avrupası hukuku açısından birer cezalandırıcı tazminat örneği teşkil ettiği yönünde bkz. **Stoll** 1993, s. 60; **Özden Merhacı** 2013, s. 187.

⁸⁸⁶ **Bydlinski** 2004, s. 346. Önleme işlevi açısından da aynı görüşte olan **Honsell**, her iki işlevin de özel hukukta yerinin olmadığını belirtmektedir. Bkz. **Honsell** 2008, s. 319 vd.

⁸⁸⁷ **Honsell** 2008, s. 328; **Bydlinski** 2004, s. 346.

⁸⁸⁸ Yuk. 2. Bölüm, §8, V.

ekonomik olarak belirlenmesindeki güçlüklerden kaynaklanmaktadır. Kaldı ki hakimın takdir yetkisi, keyfilik anlamına da gelmemektedir. Cezalandırıcı tazminattaki gibi herhangi bir somut dayanaktan yoksun şekilde jüri tarafından hükmedilen bir miktar söz konusu değildir. Hakim takdir yetkisini hukuka ve hakkaniyete uygun olarak kullanmakla yükümlü olduğu gibi takdir yetkisini hangi ölçütlere göre kullandığını da kararında gerekçelendirmek mecburiyeti altındadır.

IV. Ceza Hukukunun Yetersiz Kaldığı Noktalarda Cezalandırıcı Tazminata Başvurmanın Gereksizliği

Cezalandırıcı tazminatın, sorumsuz eylemleriyle üçüncü kişilere zarar veren failleri, cezalandırma gayesiyle parasal bir yaptırıma tabi tutması, ceza hukukunun işlevleri ile cezalandırıcı tazminat arasında bağlantı kurulmasına yol açmaktadır. Doktrinde bazı yazarlar, ceza hukuku yaptırımları ile özel hukuk yaptırımlarının birbirinden katı şekilde ayıramayacağını, birbirlerini tamamlayıcı nitelikte olduklarını belirtmektedir⁸⁸⁹. Bu görüşe göre, ceza hukukunun devreye girebilmesi ancak toplum düzenini sarsacak derecede ağır eylemlerin varlığı halinde gündeme gelmeli, bunun dışında kalan alanlarda cezalandırma amacı taşıyan bir özel hukuk yaptırımı ile daha esnek bir yapı sağlanmalıdır. Dolayısıyla cezalandırıcı tazminat bu haller için etkili bir hukuki araç olarak görülmektedir. Bu görüşe göre, devletin bireyler arası ilişkilere ceza hukuku bağlamında müdahale etmesi için belirli bir ölçüyü aşan bir eylemin varlığı aranmalıdır. Zira ceza hukuku, bireylerin özerkliğine yönelik ağır müdahaleler içeren yaptırımlara başvurmaktadır⁸⁹⁰. Ayrıca ceza hukuku, adli siciller yoluyla bireyleri

⁸⁸⁹ Stoll 1993, s. 82–83.

⁸⁹⁰ Stoll 1993, s. 83.

damgalayıcı sonuçlara da yol açmaktadır⁸⁹¹. Bu nedenle, belirli ağırlığa ulaşmayan eylemlerde özel hukuk yaptırımları gereken hukuki sonuçları doğuracaktır. Ancak belirli ağırlıktaki eylemlerde artık özel hukuk yaptırımları yetersiz kalacak ve ceza hukuku yaptırımları gündeme gelecektir.

Ceza hukukunun katı yapısı ve ceza muhakemesinde yer verilen anayasal güvencelerin de ceza hukukunun bazı alanlarda yeterli hukuki yaptırımları sağlamasının önüne geçtiği vurgulanmaktadır. Şüpheden sanığın yararlanması, suç ve cezaların kanuniliği, adil yargılanma hakkı gibi anayasal güvencelerin varlığı, ekonomik niteliği ağır basan ve ispatı güç birtakım zararların da gündeme geldiği alanlarda yetersiz bir korumaya yarattığı ve özellikle de şirketlerin sadece ekonomik ölçütleri dikkate alarak sırf daha karlı çeşitli kararlar vererek ciddi zararlara sebebiyet verdiği çevre hukuku, enerji hukuku, ürün sorumluluğu gibi alanlarda ceza hukukunun yeterli olmaktan çok uzakta olduğu iddia edilmektedir⁸⁹². Bu görüşe göre, bu noktalarda ortaya çıkan hukuk politikası boşluklarında, ceza hukuku ve idare hukukunun özel hukuk yaptırımlarıyla desteklenebileceği savunulmaktadır⁸⁹³.

Ekonomik suça ekonomik ceza anlayışı ile de ceza hukuku ile cezalandırıcı tazminat arasındaki farklar oldukça azaldığı belirtilmektedir⁸⁹⁴. Özellikle de ceza hukukunun mağdura ve mağdurun uğradığı zarara olan ilgisizliği ve kayıtsızlığı bu düşünceyi desteklemiştir. Ancak 1960'lı yıllarla birlikte ceza hukukunun da mağdura ve onun uğradığı zarara olan ilgisi artmış ve bu da 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu

⁸⁹¹ Heizmann 2015, s. 84.

⁸⁹² Mörsdorf-Schulte 1999, s. 66.

⁸⁹³ Wagner, AcP 2006, s. 79.

⁸⁹⁴ Gül 2015, s. 421.

md. 231/c-6, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu md. 50/I-b ve md. 51/II gibi çeşitli hükümlerin öngörülmesini sağlamıştır. Bütün bu hükümlerin ortak özelliği, mağdurun suçtan dolayı uğradığı zararın giderilmesine atfettiği önemdir⁸⁹⁵. Bu görüşe göre, mağdurun zararın giderilmesine ilişkin bu düzenlemeler, cezalandırıcı tazminatı işlevsel hale getirmektedir.

Yine bu yaklaşıma göre devletin imkanlarının her türlü ihlale cevap vermekten uzak olması ve soruşturmaların toplamda gerçekleşen ihlallerin ve hukuka aykırılıkların yalnızca bir kısmını kapsaması da ceza hukukunun yetersiz kalmasına yol açmaktadır. Bu kapsamda, ihlalden doğrudan zarara uğrayan bireyleri dava açmaya yönlendirme inisiyatifinin önemli olduğunu, böylece ihlali takip masraflarının bireylerle devlet arasında dolaylı olarak bölüşülmüş olacağını, bu masraflara katılan mağdurların sonradan zararı aşan bir tazminata hak kazanmasına da bir meşruiyet zemini olabileceği de ifade edilmektedir⁸⁹⁶. Ayrıca özellikle çok ağır nitelikte olmayan hafif kriminal vakaların özel hukuk yaptırımlarına bağlanması ile savcıların yükünün azalacağı, dava dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulanma ihtimalinin yükseleceği gibi hususlar da ileri sürülmektedir⁸⁹⁷. Cezalandırıcı tazminatın verimli olarak kullanılabileceği bir diğer alanın ise, düşük idari para cezaları ile ortaya çıkan yetersiz caydırıcılığın giderilmesi olabileceği belirtilmektedir⁸⁹⁸.

Mağdurun uğradığı haksızlığın boyutunun nispeten daha küçük olduğu hallerde, özel hukuk yaptırımlarına öncelik verilmesi, ceza hukukunun son dönemine hakim olan

⁸⁹⁵ **Gül** 2015, s. 418.

⁸⁹⁶ **Koziol** 2009, s. 294.

⁸⁹⁷ **Heizmann** 2015, s. 86.

⁸⁹⁸ **Mörsdorf-Schulte** 1999, s. 64.

dekriminalizasyon yaklaşımının da benimsediği bir görüştür⁸⁹⁹. Bu yaklaşım, ceza hukukunun etki alanının belirli ağırlıktaki eylemlerle sınırlanması gerektiğini, daha hafif haksızlıkların özel hukuk yaptırımları ile çözülmesini ve devletin ceza tekeli yalnızca ağır nitelikteki belirli eylemler için kullanması gerektiğini savunmaktadır. Özellikle de salt manevi zararlara sebebiyet veren eylemlerin ceza hukukuna değil özel hukuka konu oluşturması gerektiği belirtilmektedir⁹⁰⁰. Bu görüşteki yazarlar, suç kavramı ile haksız fiil kavramının tarihsel süreçte bir arada geliştiğini ancak modern zamanlarda katı bir ayrıma gidildiğini vurgulamaktadır. Ancak hakim görüşe uygun şekilde özel hukuk yaptırımlarında önleme işlevinin temel bir amaç olarak görülmemesi, dekriminalizasyon yoluyla özel hukuk yaptırımlarına tabi tutulan bazı eylemlerin gelecekte tekrarlanmasının önüne geçememe tehlikesini de beraberinde getirmektedir. Dolayısıyla etkin bir önleme amacıyla özel hukuk yaptırımlarına tabi tutulan bazı eylemler, özel hukukun kimyası ile bağdaşmayan bu durumdan ötürü tamamen yaptırımsız kalma veya eksik şekilde telafi edilme gibi tehlikelerle karşı karşıya kalabilecektir. Bunu engellemenin yolunun telafinin kapsamının genişletilmesinden geçtiği vurgulanmaktadır. Fark teorisine bağlı çok katı bir zarar hesabı yerine, ekonomik olarak ifade edilmesi güç bazı zararların da kapsama alınmasıyla gerçek bir önleyici etki doğabileceği savunulmaktadır⁹⁰¹.

Bir görüşe göre, cezalandırıcı tazminat gibi atipik yaptırımların sisteme iktibas edilmesinin yerine, kurumsal ceza hukuku veya tüzel kişilere ilişkin ceza hukuku olarak da adlandırılan bir ceza hukuku disiplininin hayata geçirilmesi çok daha uygun

⁸⁹⁹ Amerikan hukuku özelinde ceza çeşitliliğinin yetersizliğinin de cezalandırıcı tazminatın önünü açtığı yönünde bkz. **Mörsdorf-Schulte** 1999, s. 63.

⁹⁰⁰ **Stoll** 1993, s. 84.

⁹⁰¹ **Stoll** 1993, s. 86.

olacaktır⁹⁰². Fransız Hukuku'ndaki gelişmelerden de etkilenen bu görüş, bu sayede istenen önleyicilik seviyesinin sağlanabileceğini savunmaktadır.

Wagner, fikri mülkiyet hukuku gibi bazı alanlarda önleme işlevini hayata geçirmek için ceza hukukunun tek başına yeterli olmayacağını belirtmektedir. Zira bu gibi alanlarda teknolojik gelişmeler doğrudan sonuçlar doğurmakta, bunlara hızlı hukuki tepkiler verilmesi gerekmekte ve bazı gri alanların yorum, kıyas gibi yollarla doldurulması veya tamamlanması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Ceza hukuku bu gibi durumlar fazla katı ve sert bir disiplindir. Kaldı ki internet korsanlığı gibi çok açık birtakım ihlaller haricinde bu tip fiiller savcının veya hakimin önüne dahi gelmemektedir. Dolayısıyla yazara göre bu alanda, meydana gelen zararın veya varsayımsal lisans bedelinin üzerinde bir tazminata hükmedilmesi etkili bir yaptırım öngörebilmek için bir zorunluluktur⁹⁰³. Bu da ancak önleme işlevinin özel hukuka aktarılmasıyla mümkün olacaktır. Bu sebeple cezalandırma düşüncesinin özel hukuka taşınması katı bir şekilde reddedilmesi gereken bir fikirken, önleme düşüncesinin ise ayrı bir pencerede değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira bu sayede, ceza hukukunun yetersiz veya gereksiz derecede sert kaldığı bazı dava grupları için özel hukuk içerisinde bir çözüm üretilbilecektir.

Ceza hukukunun yetersiz kaldığı iddia edilen hallerde cezalandırıcı tazminatı veya önleme işlevine göre belirlenen tazminatı bir hukuki araç olarak ileri süren bu görüşleri açıkladıktan sonra belirtmek gerekir ki, cezalandırıcı tazminatın, ceza hukukunun yeterince etkili uygulanamamasından kaynaklanan boşlukları doldurmak için uygun bir yaptırım olduğu yönündeki görüşlere katılma imkanı yoktur. Kanaatimizce, özel hukuk

⁹⁰² Lendermann 2019, s. 88.

⁹⁰³ Wagner, AcP 2006, s. 467–468.

modern dönemde sadece bireyler arasındaki uyuşmazlıklara çözüm bulma işlevi görmektedir. Dolayısıyla da temel hareket noktası, irade özerkliği ve eşitliktir. Haksız fiil gibi suç ile belirli oranda benzeşen ve sözleşme dışı ilişkileri yaptırıma bağlayan bir alanda dahi telafi işlevi ve düzeltici adalet düşüncesi, hakim paradigma olarak görülmüş ve haksız fiil sorumluluğu bu ilkenin üzerine inşa edilmiştir. Tamamen eşitlik ve bozulan taraf eşitliğinin tekrar tesisi üzerine kurulu bir alanda, taraflardan birini cezalandırmak açıklanması mümkün bir yaklaşım değildir. Birbirine eşit iki kişi arasında birinin diğerine bir ceza uygulamasının mümkün olmaması gerekir. Haksız fiil ile suç kavramları tam da bu sebepten birbirinden ayrılmıştır⁹⁰⁴. Bir ceza uygulandığı takdirde, bundan elde edilen maddi fayda diğer tarafa verilemez. Aynen kamu hukuku yaptırımlarında olduğu gibi ceza arz eden kısım devlete ödenmeli ve tüm toplumun faydasına sunulmalıdır. Hafifletilmiş bir cezalandırma yaratmak yönündeki görüşler, hukuk siyaseti açısından da hatalı bir sonuca götürmektedir⁹⁰⁵. Bu durum zaten bireyler arası ilişkilere olabildiğince az karışmayı şiar edinmiş Amerikan sisteminde normal karşılanabilirken sosyal devlet olduğu iddiasında olan ve düzenleme yetkilerini her zaman üst düzeyde kullanan Avrupa ülkeleri ve Türkiye için atipik sonuçlara yol açmaktadır.

İşlevsel yaklaşım uyarınca eğer amaç oluşan zararın tazmin ve telafisi ise özel hukuk yaptırımları devreye girerken, eğer amaç anti-sosyal davranışı cezalandırmak ve bireyler için davranış standartları öngörmekse bu durumda ceza hukuk yaptırımlarının daha uygun olacağını savunmaktadır. Ceza hukuku yaptırım sisteminin amaçlarına yönelmiş olan cezalandırıcı tazminatı, bir özel hukuk yaptırımı olarak sisteme kabul etmek ve bu yolla kamu hukukunun bazı işlevlerini özel hukuka aktarmak doğru

⁹⁰⁴ Koziol 2009, s. 294.

⁹⁰⁵ Niggli/Maeder 2016, s. 390–391.

değildir⁹⁰⁶. Kanaatimizce, hukuk siyasetinin konusunu oluşturabilecek bazı hususların, temel ilkeleri yerinden sarsarak çözülmeye çalışılması doğru bir yaklaşım değildir. Gerçekten de gerek özel hukukun gerekse de kamu hukukunun belirli eylemleri yaptırıma bağlamakta yeterince etkili olamadığı birçok örnek mevcuttur⁹⁰⁷. Zaten hukuk, genel olarak toplumsal gelişmeleri geriden takip eden ve belirli bir zaman geçtikten sonra düzenlemeler getiren bir dal olarak bu hususta da doğal olarak çözümleri biraz daha uzun bir zaman dilimi içerisinde geliştirecektir. Bu çözümler, hem özel hukuk hem de kamu hukuku açısından belirli değişimleri de beraberinde getirecektir. Ancak bu arayış esnasında ana ilkeler unutulmamalı ve farklı dalların işlevleri birbiriyle karıştırılmamalıdır. Ceza hukukunun yetersiz kaldığı düşüncesinden hareket ederek cezalandırma düşüncesini özel hukuka taşımak yerinde bir yaklaşım değildir. Ceza hukukunun kendi sınırları içerisinde çözümler bulmak ve bu çözümleri özel hukuk yaptırımları ile desteklemek gerekmektedir. Örneğin ceza hukuku doktrininde uzun zamandır tartışılan tüzel kişilerin sorumlu kişilerinin de birtakım ceza yaptırımlarına konu oluşturabilmesi ve bu durumların da sigorta yoluyla primlere bağlanabilmesi veya ceza hukuku yaptırımlarının çeşitliliğinin artırılması yoluyla hakime daha geniş bir alan tanınması gibi seçenekler daha uygun olacaktır⁹⁰⁸.

Ayrıca cezalandırıcı tazminat yoluyla, ceza hukukundaki usuli ve anayasal güvencelerin getirdiği katı düzenin aşılabileceği yönündeki argümana da katılmak mümkün değildir. Zira öncelikle bu argümanlar öngörülmesinin altında tarih boyunca gerçekleşen birçok ihlal yatmaktadır. Benzer ihlallerin ve bu ihlallerin sebebiyet

⁹⁰⁶ Niggli/Maeder 2016, s. 396–397.

⁹⁰⁷ Özel hukuk açısından bir değerlendirme için bkz. Mörsdorf-Schulte 1999, s. 71 vd.

⁹⁰⁸ Benzer yönde bkz. Koziol 2009, s. 300.

verebileceği üzücü sonuçların cezalandırıcı tazminat alanında da yaşanmayacağını söylemek mümkün değildir. Cezalandırıcı tazminat tutarı ile cezalandırılan davalı, bir ceza yargılamasında sahip olabileceği imkanların çoğundan yoksun bırakılmaktadır⁹⁰⁹. Ceza hukuku yargılamalarında sahip olunan kanunsuz suç ve ceza olmaz, masumiyet karinesi, cezanın orantısallığı, çifte cezalandırma yasağı ve sanığa tanınan usuli imkanlar gibi hususların cezalandırıcı tazminatta gündeme gelmemesi, davalının ağır bir yaptırımla karşı karşıya kalabilmesi ihtimaline karşın elindeki hukuki imkanları kısıtlar niteliktedir. Ceza yargılamalarında sanığın sessiz kalma hakkı da mevcuttur. Sanık kendini suçlayacak herhangi bir açıklamada bulunmaya zorlanamaz. Burada suç teşkil eden fiilin gerçekleştiğini ispat etme külfet, savcıya aittir. Özel hukuk yargılamalarında ise taraflarca hazırlanma ilkesi ve ispat yükü kavramları önem taşımaktadır. Ceza yargılamalarında şüpheden sanık yararlanırken özel hukuk yargılamalarında ispat yükü bazı hallerde zarar verdiği iddia edilen kişinin üzerinde kalabilecektir. Bu da cezalandırıcı tazminatı ölçüsüz bir yaptırım haline getirecektir⁹¹⁰. Kaldı ki AİHS md. 6'nın lafzı ve uygulaması da dikkate alındığında, normun illa ki ceza hukukuna ilişkin hükümler içerisinde yer almasına bakılmaksızın içeriğinin cezalandırmaya yöneldiği durumlarda, ceza hukukundaki güvencelerden yararlanması gerektiği de vurgulanmaktadır⁹¹¹. Dolayısıyla, ceza

⁹⁰⁹ **Lenz** 1992, s. 75; **Sales/Cole** 1984, s. 1159; **Owen** 1976, s. 1267.

⁹¹⁰ **Magnus** 2012, s. 248.

⁹¹¹ **Meurkens** 2012, s. 20. Heizmann, incelemesi neticesinde ceza hukukuna ilişkin ilkelerin cezalandırıcı işleve yönelmiş olan özel hukuk yaptırımlarına da uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır. Bkz. **Heizmann** 2015, s. 319 vd. Wagner ise idari para cezalarının ve tazyik hapsinin, amaçları kısmen cezalandırma olmasına rağmen AİHS md. 6 kapsamında kabul edilmediğine dikkat çekmektedir. Bkz. **Wagner** 2010, s. 931.

hukukunun katı yapısından bağımsız etkili bir yaratmak yolundaki iddia gerçeği yansıtmadığı gibi aynı zamanda böyle bir ihtiyacın varlığını da sorguladır niteliktedir.

Yukarıda açıklanan gerekçelerin de gösterdiği üzere, sırf ekonomik olarak daha doğru ve verimli olduğu iddiasıyla ceza hukukundaki güvencelerden yoksun bir cezalandırmanın öngörülmesi yerinde olmaz⁹¹². Ceza hukukunun sağladığı usuli güvenceler ve sanık hakları, sadece soyut birer ilkedan ibaret olmayıp aynı zamanda bir ihtiyacın sonucudur. Sırf daha verimli olduğu iddia edilerek bu güvencelerin bir anda terk edilmesi, zarara sebebiyet veren kişilerin ölçüsüz bir yük altında kalmasına sebebiyet verecektir.

V. Özel Hukuka Cezalandırma İşlevinin Yüklenmesinin İsabetsizliği

Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde, özel hukuk ve kamu hukukunu katı bir şekilde birbirinden ayıran düalist bir yaklaşım benimsenmiştir. Özel hukuka ilişkin kodifikasyon çalışmalarının başladığı 18. yüzyıl ile birlikte cezalandırma düşüncesi, özel hukuktan uzaklaştırılmış ve telafiye dayanan bir düzen öngörülmüştür⁹¹³. Yargı birliği sisteminin de kabul görmemesiyle bu ayırım daha da keskinleşmiştir. Bugün itibariyle, bir *Common Law* hukukçusu bu katı ayırmadan arı şekilde yetiştirilmekte olup somut bir uyuşmazlığa ilişkin usulü kurallardan önce çözüm teknikleri ve yöntemlerine ilişkin bir eğitim almaktadır. Buna karşılık bir Kıta Avrupası hukukçusu, somut uyuşmazlığı hangi yargı koluna götürmesi gerektiğini, bu yargı kolunda uygulanmakta olan ana ilkeleri öğrendiği daha soyut ve norm bazlı bir eğitimden geçmektedir. Bu yaklaşım farkları, cezalandırıcı

⁹¹² Bu durumun Amerikan Anayasası'nın md. 5 hükmüne aykırı olduğu yönünde bkz. **Lenz** 1992, s. 77; **Sales/Cole** 1984, s. 1159; **Schwartz** 1982, s. 144.

⁹¹³ **Honsell** 2008, s. 317.

tazminat gibi oldukça melez nitelikteki bir yaptırımın Kıta Avrupası hukuk sistemlerindeki kabulünü zorlaştırmıştır⁹¹⁴.

Teorik olarak bakıldığında, özel hukukun temel işlevlerinin geniş anlamda bir telafiyi ve istenen bir yan etki olarak önlemeyi kapsadığını söylemek mümkündür⁹¹⁵. Manevi tazminatta ise önlemenin de bir ana işlev olarak kabulü uygun olacaktır. Kamu hukukunun bir dalı olan ceza hukuku ise temelde cezalandırma ve önleme işlevleri aracılığıyla antisosyal davranışı yaptırıma tabi tutmayı amaçlamaktadır. Ceza hukuku, hem oluşturulma hem de belirlenme aşamasında faili temele oturtmakta ve faile uygulanacak yaptırıma odaklanmaktadır. Bireyler üzerinde malvarlığını veya şahısvarlığını etkileyecek bir ceza yaptırımı uygulama tekeli, devlete aittir (*ceza tekeli, strafmonopol des staates*)⁹¹⁶. Özel hukuk ve özellikle haksız fiil hukuku ise uğranılan zararı temel almaktadır⁹¹⁷. Gelişmiş bir hukuk düzeninde ekonomik ilişkilerin cezalarla değil, tazminat ile dengelenebileceği vurgulanmaktadır⁹¹⁸. *Common Law* sistemindeki cezalandırıcı tazminat ise bir özel hukuk yaptırımı olarak görülmesine rağmen, cezalandırma ve önlemeyi amaçlayan ve zarar vereni temel alan bir yaptırım türüdür. Bu ara statüsü, cezalandırıcı tazminatı Kıta Avrupası hukuk sistemi açısından bir “*yabancı(alien)*” durumuna getirmektedir⁹¹⁹.

⁹¹⁴ **Meurkens** 2012, s. 16; **Cömert Akbay** 2018, s. 155.

⁹¹⁵ **Behr** 2010, s. 292; **Vanleenhove** 2016, s. 153.

⁹¹⁶ **Vanleenhove** 2016, s. 155; **Behr** 2010, s. 293; **İstemi** 2011, s. 2701. Meurkens, devletin ceza tekelinin aynı zamanda kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir neticesi olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Meurkens** 2012, s. 18.

⁹¹⁷ **Stoll** 1993, s. 59.

⁹¹⁸ **Honsell** 2015, s. 91.

⁹¹⁹ Bu görüşe karşı çıkan bazı yazarlar, cezalandırıcı tazminata da bir mahkeme tarafından hükmedildiğini ve bunun da bir yaptırım niteliğini doğrudan kanundan aldığını, yine bazı ülkelerde savcılarının katılımına

Cezalandırıcı tazminatta jüri, yasakoyucular tarafından suç olarak tanımlanmamış bir fiili değerlendirmekte ve cezalandırma amacıyla zararı aşan tazminat içeren bir hüküm vermektedir⁹²⁰. Ancak jürinin bu konudaki yetkilerinin yeterince kısıtlanmaması, cezalandırıcı tazminatı *Common Law* özel hukuk yaptırımları içerisinde dahi bir anomali haline getirmektedir. Kıta Avrupası hukukunda ceza, kamusal niteliği haiz bir yaptırım olarak kamusal menfaatleri koruma gayesiyle ceza mahkemeleri tarafından karara bağlanan bir yaptırımdır⁹²¹. Adli yargının bir diğer dalı olan hukuk mahkemeleri ise haksız fiile uğrayan tarafın uğradığı haksızlığı gidermek için tarafların hazırladığı bir davada karar vermektedir. Buradaki menfaatler temel olarak bireysel niteliktedir. *Common Law* hukuk sistemlerinde ise ceza davaları ile haksız fiil davaları yargı birliği çerçevesinde benzer bir bakış açısıyla görülmektedir. Her iki dava tipinde de jürinin karara katıldığı bir süreç mevcuttur. Bu açıdan *Common Law* sistemleri hukukun eski dönemlerde kullandığı ceza kavramına benzer bir mantıktan hareket etmektedir. Mahkemeler, hem bir ceza yaptırımını hem de özel hukuk yaptırımını aynı dava içerisinde değerlendirebilmektedir. Diğer bir deyişle, hukuk sisteminin bir haksızlığa verdiği cevap

gerek olmaksızın kişilerin de suç teşkil ettiğini iddia ettikleri belirli fiilleri ceza mahkemesinin önüne götürebildiğini belirterek ceza tekelinin mutlak nitelikte olmadığını vurgulamaktadır. Bkz. **Vanleenhove** 2016, s. 156. Ancak buradaki eleştirilere katılmak mümkün değildir. Nitekim Türk Hukuku açısından bir cezalandırıcı tazminat, ancak kanun tarafından tanınan yetkiye dayanabilecektir. Sınırları kanun tarafından belirlenen ve onun verdiği yetkiyle hükmedilecek bir yaptırım, devletin ceza tekeline bir istisna teşkil etmemektedir. Zira uygulanacak ceza içeren yaptırımın kapsamını yine devlet belirlemektedir. Bu tür düzenlemeler olsa olsa re'sen harekete geçme ilkesinin istisnasını teşkil edebilecektir. Bu ise bireysel menfaatlerin etkin korunması ile ilintilidir.

⁹²⁰ **Sales/Cole** 1984, s. 1159.

⁹²¹ **Stoll** 1993, s. 55.

yeknesaktır⁹²². Ancak burada iki sistem arasındaki farklılıklardan ötürü birçok tartışma da gündeme gelebilmektedir. Örneğin Amerikan Hukuku açısından aynı vakada hem bir ceza yaptırımına hem de cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi mümkündür⁹²³. Bu Kıta Avrupası hukukçuları tarafından, “*bir suç için birden fazla ceza olamaz (doppelbestrafung, ne bis in idem)*” ilkesinin bir ihlali olarak görülmektedir⁹²⁴. Diğer bir deyişle, Kıta Avrupası hukukçuları içeriğinde cezalandırma içeren bir düzenlemenin esasen ceza niteliğinde olduğunu düşünmekte ve bu da önemli bir karmaşaya sebebiyet vermektedir. Aksi görüşe göre ceza yaptırımı, topluma yönelmiş olan antisosyal eylemi cezalandırmaya yönelikken, cezalandırıcı tazminat zarar görene yönelik bireysel eyleme ilişkin bir cezalandırmayı amaçlamaktadır⁹²⁵. Bu amaç farklılığı sebebiyle burada çifte cezalandırma yasağının ihlal edilmediği savunulmaktadır⁹²⁶.

⁹²² Stoll 1993, s. 55.

⁹²³ Sales/Cole 1984, s. 1159. Belirtmek gerekir ki İngiltere’de benzer vakalara yaklaşım daha farklıdır. İngiliz Hukuku’ndaki kategori testinin de etkisiyle eğer bir somut olay ceza yaptırımına bağlanmışsa artık o konu hakkında cezalandırıcı tazminat kararı verilememektedir.

⁹²⁴ ATAD’ın *Aalborg Portland and Others v. Commission* kararında bu ilkenin uygulanabilmesi şu üç koşulun gerçekleşmesine bağlanmıştır: 1) Olayların tekliği, 2) Kişilerin tekliği, 3) Korunan hukuki menfaatin tekliği. Bkz. Ardiyok 2019, s. 529, *Aalborg Portland and Others v. Commission*, Birleştirilmiş Davalar, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P, C-219/00 P. Rekabet Hukuku açısından fiilin tekliği konusunda bir inceleme için bkz. Özdemir 2022, s. 5-48.

⁹²⁵ Lenz 1992, s. 78; Magnus 2012, s. 248.

⁹²⁶ Magnus ise amaçların farklı olmasının tazminatı ödemek ve cezayı çekmek zorunda olan taraf açısından bir farklılık yaratmadığını, bu yasağın zarar verenleri korumak için getirildiğini belirterek bu görüşe karşı çıkmaktadır. Bkz. Magnus 2012, s. 249. Cezalandırıcı tazminatın çifte cezalandırma yasağına bir aykırılık teşkil etmediğini savunan bir diğer görüş ise cezalandırıcı tazminatın bir ceza yargılaması neticesinde verilmiyor olmasından hareket etmektedir. Bu görüşe göre çifte cezalandırma yasağı yalnızca aynı eyleme

Esasen iki hukuk sistemi arasındaki farkı açıklarken, devletlerin vatandaşların özgürlükleri ve haklarına ilişkin tutumunun proaktifliğine de değinmek gerekmektedir. Kıta Avrupası'nda sosyal devlet anlayışının egemen olması, her ne kadar liberalizm anlayışının egemenlik kazanması ile devlet yapısında küçülmeye gidilse de, devletin vatandaşın temel haklarına ve özgürlüklerine ilişkin aktif önlemler almasını ve daha koruyucu bir tavır içerisinde bulunmasını zorunlu kılmaktadır. Buna karşılık özellikle Amerikan sistemi, neo-liberal bir yaklaşımla, devletin hak mücadelelerinde aktif bir rol almasının önüne geçmekte ve az yönetimin daha özgür bir yönetim manasına geleceği varsayımı üzerinde şekillenmektedir. Diğer bir deyişle Avrupa devletleri vatandaşları için sosyal refah sistemi yaratmayı hedeflerken, Amerikan sistemi bireylerin kendi haklarını daha etkin şekilde arayabilecekleri özgür ortamı yaratmayı amaçlamaktadır⁹²⁷. Bir Amerikan vatandaşı, haksız fiile ilişkin tazminat talebini ileri sürerken sadece kendi zararını tazmin etmeyi değil haksız fiil sebebiyle bozulmuş sosyal düzeni yeniden tesis etmeyi de amaçlamaktadır. Devletin bu yetkiyi vatandaşına bırakması ve yaptırım sahnesinden giderek küçülerek çekilmesi, Amerikan hukukunun Kıta Avrupası hukukuna

ilişkin iki ceza yargılamasının gerçekleştiği ve iki ayrı cezanın söz konusu olduğu yargılamalar açısından geçerlidir. Cezalandırıcı tazminat ise bir özel hukuk yargılamasının neticesidir. Dolayısıyla aynı anda bir cezanın söz konusu olduğu bir yandan da cezalandırıcı tazminatın gündeme geldiği durumlarda çifte cezalandırma yasağı ihlal edilmemektedir. Amerikan Yüksek Mahkemesi, 1989 tarihli *United States v. Halper* kararında cezalandırıcı tazminatı bu açıdan incelemiş ve cezalandırıcı tazminatın bir özel hukuk yaptırımı olmasından hareketle çifte cezalandırma yasağını ihlal edemeyeceğine hükmetmiştir. Mahkeme, *United States v. Halper* ve *Department of Revenue v. Kurth Ranch* kararlarında çifte cezalandırma yasağının, ancak bir eyaletin kamu otoriteleri tarafından aynı eyleme ilişkin olarak hem ceza yargılaması açıldığı hem de cezalandırıcı tazminat talep edildiği hallerde gündeme gelebileceğini belirtmiştir. Yüksek Mahkeme, bu yasağı bireyleri devletin farklı ceza taleplerine karşı koruyucu bir ilke olarak ele almıştır.

⁹²⁷ Meurkens 2012, s. 20.

nazaran oldukça farklı bir bakış açısı oluşturmaya sebebiyet vermiştir. Bu açıklanan sebeplerle devletin vatandaş üzerindeki kudretinin daha zayıf olduğu ve özel hukuk-kamu hukuku ayırımının daha silik olduğu hukuk sistemlerinde cezalandırıcı tazminat kurumunun daha fazla görülmesi beklenebilir bir olgudur⁹²⁸. Zira bu sistemde devletin himayesinde gerçekleşen bir cezalandırma eylemindense bireylerin kendi inisiyatifleriyle söz konusu olan bir cezalandırma daha fazla önem taşımaktadır.

Belirtmek gerekir ki, her ne kadar bir özel hukuk yaptırımı olsa da, ceza yaptırımlarıyla cezalandırıcı tazminatın gerçekten de benzeştiği noktalar bulunmaktadır. Her iki yaptırımda da cezalandırma ve önleme ana işlevler olarak benimsenmektedir. Amerikan Yüksek Mahkemesi, ünlü *Haslip* kararında cezalandırıcı tazminatı “*ceza benzeri (quasi-criminal)*” bir yaptırım olarak ifade etmiştir. Cezalandırıcı tazminat için aranan kusur derecesini göstermek için kullanılan “*zalimce hareket etmek, kayıtsızlık, galiz hareket tarzı, kötücül davranışlar*” gibi ifadeler de ceza hukukunda kullanılan bazı kavramları fazlasıyla anımsatmaktadır. Cezalandırıcı tazminat talep eden tarafa “*mağdur*” denmesi de kararlarda sıklıkla göze çarpmaktadır. Cezalandırıcı tazminata karar verilirken benzer bir olay için verilebilecek ceza miktarının dikkate alınabilmesi ve cezalandırıcı tazminat miktarına jüri tarafından hükmedilmesi gibi hususlardaki benzerlik gerçekten dikkat çekicidir⁹²⁹.

Bazı yazarlara göre, cezalandırıcı tazminatın, özel hukuk yaptırımları ile kamu hukuku yaptırımları arasındaki simetriyi bozduğu ve karışıklığa sebebiyet verdiği yönündeki eleştiriler gerçeği yansıtmamaktadır⁹³⁰. Hukuki realizm akımı ile birlikte

⁹²⁸ Mörsdorf-Schulte 1999, s. 116.

⁹²⁹ Mörsdorf-Schulte 1999, s. 63.

⁹³⁰ Vanleenhove 2016, s. 154.

hukuku uygulamadan bu denli koparacak soyut ve formel ayrımların artık hukuk düşüncesinde bir yeri bulunmamaktadır. Tazminat ve ceza kavramlarının bu derece katı şekilde birbirinden ayrılmasını teorik olarak açıklamak mümkünse de hukuki gerçeklik bundan farklı şekilde gelişmiştir⁹³¹. Modern hukuk sistemlerinde dahi bu iki kurum arasında işlevsel bir geçişlilik hali söz konusudur. Özellikle de haksız fiil hukuku ve ceza hukuku arasındaki yakın bağları görmezden gelmek mümkün değildir. Kınama unsurunun her iki hukuki yaptırım açısından da önemli bir etkisi bulunmaktadır. Özel hukuka ilişkin bazı kurumlar açısından da önleme ve cezalandırma gibi amaçlar, zaman içinde ağır basmaya başlamıştır. Ayrıca bu ayrımın Kıta Avrupası hukuk sisteminin temeli olarak görülen Roma Hukukunda bulunmadığı, modern çağın bir ürünü olduğu ve katı olarak korunmasının şart olmadığı da belirtilmektedir⁹³². Esasında *Common Law* sistemleri ile Kıta Avrupası hukuku benzer çelişkilerin içinde kalmış ve birbirinden farklı yollar seçmiştir. Kıta Avrupası hukuku özel hukuk ile ceza hukukunu katı şekilde birbirinden ayıran ve cezalandırma tekeli ceza hukukuna bırakan monist (*tekçi*) yaklaşımdan hareket ederken, *Common Law* ise düalist bir bakış açısıyla yola devam etmiştir⁹³³. Ayrıca özel hukuk kamu hukuku ayrımına salt işlevsel olarak yaklaşılması halinde bu ayrımın silikleşeceği, özel hukukun bazı yaptırımlarının ceza hukukunun da amaçladığı bazı sonuçlara hizmet edebileceği belirtilmektedir⁹³⁴.

Bu görüş, Kıta Avrupası hukuku açısından tazminatın yalnızca telafi ile sınırlı olarak anlaşılmasına karşı çıkmakta ve özel hukukun bu kadar sınırlı bir alana

⁹³¹ Stoll 1993, s. 60.

⁹³² Wagner, AcP 2006, s. 73.

⁹³³ Behr 2009, s. 35–36.

⁹³⁴ Magnus 2012, s. 248.

sıkıştırılmasını eleştirmektedir. Bu görüşe göre özel hukukun da sosyal sorumlulukları vardır ve bunların en önemlisi de hukukun hayata geçirilmesi için gerekli enstrümanları sağlamaktır. Özel hukuk, zararın tazmini için uğraştığı kadar benzer zararların önlenmesi ile de ilgilenmelidir. Bu işlev, zaten Caroline I kararından önce dahi özel hukukun bağımsız amaçlarından biri olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda tazminat, ileriye dönük bir değerlendirmeyi gerektiren (*ex-post*) ve önlemeyi de kendine şiar edinen bir yaptırıma dönüşmelidir⁹³⁵. Bu dönüşüm, bazı ihlalleri engellemenin yegâne yoludur⁹³⁶.

Cezalandırma işlevinin özel hukuktaki yeri olup olmadığına ilişkin değerlendirmeler, hukukun farklı alanlardaki görev bölüşümüne ne derece katı bakıldığı ile doğrudan ilintilidir. Bu sebeple *Common Law* hukukçuları için büyük bir tabu olmayan ayırım, bir Kıta Avrupası hukukçusu için çok daha fazla önem arz edebilmektedir. Kıta Avrupası hukukçuları, bu iki hukuk dalının farklı hukuk politikası ihtiyaçlarına cevap vermek için oluştuğunu belirtmektedir⁹³⁷. Gerçekten de kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki ayırımı gereksiz gören ve salt işlevsel bir yaklaşımdan yola çıkan görüşlerin kabulü mümkün değildir. Ancak bu görüşlerin neden ortaya çıktığı da açıklanmasında fayda vardır. Kanaatimizce, cezalandırıcı tazminatın, devletin özel hukuk ilişkilerine müdahalesinin oldukça sınırlı olduğu ve yargı birliğine dayanan *Common Law* sistemlerinde ortaya çıkması tesadüf değildir⁹³⁸. Hukuk sisteminin, gerçekleşen bir ihlale karşı verdiği cevabın ve uyguladığı yaptırımın ortak bir kaynaktan beslendiği ve aynı mahkemenin çok farklı yaptırımları uygulayabildiği bir sistemde cezalandırıcı tazminat

⁹³⁵ **Behr** 2003, s. 113.

⁹³⁶ **İstemi** 2011, s. 2702–2703.

⁹³⁷ **Koch** 2011, s. 387.

⁹³⁸ Zararı aşan tazminatlarla ilgili olarak benzer yönde bkz. **Tschannen** 2009, s. 5.

gibi ceza benzeri bir kurumun ortaya çıkabilmesi de mümkün olmuştur. Esasen bu kurumu, arkaik veya korkutucu bir hukuki gelenek olarak yorumlamak doğru sonuçlara ulaşmamızın önünde bir engel oluşturacaktır. Zira hukuk sistemleri çoğunlukla benzer sonuçlara farklı hukuki yollardan geçerek ulaşmaktadır. Dolayısıyla yapılması gereken cezalandırıcı tazminatın, doğduğu koşulların dikkatlice irdelenmesidir. Bu arayış yerine, cezalandırıcı tazminatın reddi için aranan gerekçeyi devletin ceza tekeli, çifte cezalandırma yasağı veya kanunsuz suç ve ceza olmaz gibi ilkelere aramak uzun vadede yetersiz bir çabaya dönüşmüştür⁹³⁹. Zira cezalandırıcı tazminatın içerdiği cezalandırma, bunu ceza hukuku anlamında bir ceza yaptırımı haline getirmemektedir. Yukarıda belirtilen ilkelerin hepsi ise suç ve ceza şeklinde gerçekleşen ceza hukuku yaptırımlarına ve kavramlarına ilişkindir. Cezalandırma amacına yönelen her türlü yaptırımı doğrudan ceza olarak değerlendirmek ve aynı ilkelere tabi tutmak makul bir yaklaşım olmayacaktır. Devletin ceza tekeli ve çifte cezalandırma yasağı gibi kurumlar suç teşkil eden eylemlere ilişkin olarak gündeme gelebilecek temel ilkelere tabi tutmak makul bir yaklaşım olmayacaktır. Kabahatler Kanunu md. 15'te bir kabahat için hem idari para cezası hem de başka bir idari yaptırımın öngörüldüğü hallerde bu iki yaptırımın bir arada uygulanmasına izin verildiği düşünüldüğünde, tamamen farklı menfaatlere ilişkin tazminat yaptırımı ile cezaların çifte cezalandırma teşkil etmeyeceği açıktır⁹⁴⁰.

Kıta Avrupası Hukuku açısından temel soru, kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki geçişliliğin ne seviyede tolere edilebileceğine ilişkindir. Kanaatimizce sosyal

⁹³⁹ Benzer yönde bkz. **Mörsdorf-Schulte** 1999, s. 298, **Lendermann** 2019, s. 168; **Ebert** 2004, s. 529; **Schäfer** 2002, s. 426. Özel hukuk yaptırımlarında kural olarak kanunilik ilkesinin uygulanmayacağı yönünde bkz. **Dursun** 2015, s. 447- 454.

⁹⁴⁰ Aynı fiile ilişkin hem bir idari yaptırım hem de bir ceza uygulanmasının çifte cezalandırma teşkil etmeyeceği yönünde bkz. **Kağıtçıoğlu** 2016, s. 452.

devlet düzenine dayanan Kıta Avrupası ülkelerinde bu ayrım hala kıymet arz etmektedir. Elbette melez hukuk dallarının artışı ve ekonomik düzenin önemli ölçüde değişmesiyle birlikte kamu hukuku ve özel hukukun birlikte düzenlemesi gereken alanlar oluşmuştur ve oluşmaya da devam edecektir. Ancak bu durum, bütün ayrımların kalkması anlamına da gelmemelidir. Bir hukuk kültürünün oluşturulması süreci, uzun yıllar almakta ve bu süreç içerisinde farklı ihtiyaçlar keşfedilip buna özgü hukuki kurumlar oluşturulmaktadır⁹⁴¹. Kıta Avrupası hukuk sistemleri de cezalandırıcı tazminata temel oluşturan hukuki sorunlara ilişkin çeşitli çözümler üretmiştir. Bu çözümlerin neler olduğu aşağıda tartışılacaktır⁹⁴². Ancak kısaca belirtmek gerekirse, Kıta Avrupa'sında haksız fiilden doğan tazminatların temel işlevinin telafi olduğu daha önce de açıklanmıştır. *Common Law* sisteminin aksine, zarar vereni cezalandırmak ve ondan bir nevi öç almak uzunca süreden beri özel hukukun amacı olmaktan çıkarılmıştır⁹⁴³. Önleme, kazancın iadesi gibi unsurlar ise haksız fiil hukuku kapsamında birer amaç olarak görülmemekte, sadece bir yan etki olarak kabul edilmektedir. Önleme işlevi açısından bunun istisnaları sıklıkla görülebilse de cezalandırma amacının özel hukuka yabancı olduğu konusunda doktrinin büyük çoğunluğu hemfikirdir⁹⁴⁴. Gelişmiş bir manevi tazminat belirleme sisteminin geliştirilmesi, bağımsız idari otoriteler eliyle bazı ihlallerin takibi ve gerçek olmayan vekaletsiz iş görme kurumunun varlığı, cezalandırıcı tazminat ile ulaşılabilecek sonuçların Kıta Avrupası sistemlerinde de gerçekleşmesini sağlamaktadır. Dolayısıyla bu ayrımların kaldırılması ihtiyacı bulunmamaktadır.

⁹⁴¹ Konuya ilişkin oldukça dikkat çekici bir çalışma için bkz. **Honsell** 1999, s. 39 vd.

⁹⁴² Aşa. 2. Bölüm, §11, II.

⁹⁴³ **Meurkens** 2012, s. 15.

⁹⁴⁴ Aşa. 2. Bölüm, §10, V-VI.

VI. Cezalandırıcı Tazminatın Düzeltici (Denkleştirici) Adalet Aykırılığı

Honsell, *Nikomak'ın Ahlakı* isimli Aristoteles eserinde tanımlanan düzeltici adaletin, özel hukukun temel düşünce yapısını ifade ettiğini belirtmekte ve düzeltici adaletin özel hukuk açısından tanıyabileceği yegane işlevin telafi veya tazmin olabileceğini vurgulamaktadır⁹⁴⁵. Esasında Honsell'in bu vurgusu 1970'li yıllarda düzeltici adaletle yönelik yoğun ilginin de bir yansımasıdır. Düzeltici adalet anlayışında, hukuka aykırı bir fiille karşı tarafa zarar veren kişi, kişiler arasındaki ahlaki dengeyi bozmakta, tazminat ise bozulan bu ahlaki dengenin tekrar tesisine hizmet etmektedir⁹⁴⁶. Temel gaye, bozulan eşitliğin yeniden tesisidir. Taraflar arasındaki eşitliğe dayanan bir sistemde, taraflardan birini cezalandırmak mümkün olmamalıdır. Bu tip bir yaklaşım, ancak taraflar arasında güç eşitliğinin söz konusu olmadığı ve dağıtıcı adalet düşüncesinin egemen olduğu kamu hukuku dallarında gündeme gelebilecektir⁹⁴⁷. Düzeltici adaleti temel alan bir bakış açısıyla, önleme veya cezalandırma gibi düşünceler özel hukuk açısından aşırı yaptırımlara sebebiyet verecektir.

Kıta Avrupası hukuk sistemi açısından özel hukuk, düzeltici adaletin bir yansıması olarak katı bir tazmin prensibinden hareket etmektedir⁹⁴⁸. Bu katı tazmin

⁹⁴⁵ Honsell 2008, s. 335.

⁹⁴⁶ Göthel 2005, s. 281.

⁹⁴⁷ Aksi görüş için bkz. Wagner, AcP 2006, s. 343 vd.

⁹⁴⁸ Vanleenhove 2016, s. 150; Meurkens 2012, s. 14; Lenz 1992, s. 73; Magnus 2012, s. 248; Wilcox 2009, s. 32. ABD doktrininde Nezar tarafından ileri sürülen bir görüşe göre “*ahlaki olarak dikkate alınabilen menfaatlerin düzeltilmesi (moral accounting interest)*” fikrinden yola çıkarak, cezalandırıcı tazminatın düzeltici adaletin gerçekleşmesi için bir araç olarak dikkate alınabilmesi mümkün görünmektedir. Bkz. Nezar 2011, s. 682. Nezar, haksız fiil hukukunun sadece zararı gidermekle ve *status quo ante* 'yi tekrar tesis etmekle alakalı olmadığını, zarar verenin ihlal edici davranışıyla dışa vurduğu, zarar

düşüncesi, tam tazmin ilkesi ve zenginleşme yasağı gibi alt ilkelerde anlamını bulmaktadır. Düzeltici adaletin objektif bir yorumu ile, zarar görenin uğradığı malvarlığı kaybının yerine yeniden konulması amaçlanmakta ve bunun ötesine geçecek sübjektif nitelikteki cezalandırma veya tatmin gibi amaçlara yönelen yaptırımlardan kaçınılmaktadır⁹⁴⁹. Buna göre, mağdurun malvarlığında gerçekleşen eksilme kural olarak aynen, eğer bu mümkün değilse de nakden tazmin edilmekte ve bu sayede zarar öncesindeki durum, tekrar tesis edilmektedir. Düzeltici adalet mağdur temelli bir yaklaşımı da beraberinde getirmektedir. Zira düzeltilmesi ve adaletin tekrar tesisini gerektiren durum mağdur nezdinde yaşanmaktadır⁹⁵⁰. Dağıtıcı adalet ise hem mağduru hem de zarar vereni bir arada dikkate almayı gerektirmektedir.

Honsell'e göre, düzeltici adalet düşüncesi sadece "tam tazmin" ilkesi ile sağlanmak zorunda değildir. BGB kanunkoyucularının düştüğü en önemli hata, tazminatın hesaplanmasında kusurun dikkate alınmasını cezalandırıcı unsurların ve sübjektif yaklaşımların özel hukuka karışması olarak algılamaları ve tazminatın hesaplanma yöntemi ile ilgili bir sorunu göz ardı etmeleridir. Bu tercihin sonucu, yıllar

göreni kendisiyle aynı değerde görmediğine ilişkin fikrine bir cevap niteliği de taşıdığını belirtmektedir. Bkz. **Nezar** 2011, s. 713. Bu açıdan bakıldığında cezalandırıcı tazminat, alelade bir cezalandırma faaliyeti olarak değil de zarar görene borçlanılmış ahlaki bir edimin ifası olarak ortaya çıkmaktadır. Bkz. **Nezar** 2011, s. 716. Diğer bir deyişle yazara göre burada mağdura borçlu olunanın ifasından başka bir unsur bulunmamaktadır. Bkz. **Nezar** 2011, s. 718. Ancak bu görüşlerin Kıta Avrupası Hukuku'na yabancı fikirler olduğunu belirtmek gerekmektedir.

⁹⁴⁹ Vanleenhove, Kıta Avrupası hukukunda bu konunun adeta bir mit gibi ele alındığını belirtmekte ve katı tazmin prensiplerinin birçok alanda fazlasıyla gevşediğine vurgu yapmaktadır. **Vanleenhove** 2016, s. 151.

⁹⁵⁰ **Müller** 2000, s. 41.

sonra tatmin veya cezalandırma gibi arkaik düşüncelere geri dönüş şeklinde olmuştur⁹⁵¹. Halbuki hakimlere tanınacak daha geniş bir takdir yetkisiyle bu sorunun üstesinden gelebilmek mümkündür.

Bu noktada, hukukun ekonomik analizi doktrinine destek veren çalışmalar ve Wagner'in ortaya koyduğu önleyici tazminat fikri eleştirilmelidir. Bu denli büyük ve girift sorunların zaten sadece haksız fiil hukukunun veya sebepsiz zenginleşmeye ve vekaletsiz iş görmeye ilişkin hükümlerin uygulanmasıyla tamamen çözülmesi kolay değildir. Ancak bu hükümler, temel ilkeleri belirlemekte ve bu temel ilkeler yoluyla birtakım sınırlar getirme amacı gütmektedir. Koziol, telafi düşüncesinin getirdiği karmaşanın ve sınırlı yapının çözülebilmesi için belki de yeni bir kavramın kullanılması gerektiğini vurgulamaktadır. Zararın aktarılması (*Schadensverlagerung*) olarak tanımladığı bu kavrama göre, zararın tazmininden değil belirli koşulların gerçekleşmesiyle zarara ilişkin riskin bir başka kişiye yüklenmesinden bahsetmek gerekmektedir⁹⁵². Bunu yaparken de temel hareket noktası, Bydlinski'nin de belirttiği ikili doğrulama sistemini uygulayabilmek ve her iki tarafın menfaatleri arasındaki dengeyi kurabilmek olmalıdır.

Bydlinski'ye göre özel hukuk, temelini eşitlik prensibinden almaktadır. Zira özel hukuk ilişkileri birtakım istisnalar haricinde, yatay ve eşit ilişkileri düzenlemektedir⁹⁵³. Dolayısıyla mevzuatta belirtilen özel durumlar haricinde, tarafların menfaatleri eşit derecede dikkate alınmalıdır. Bir diğer deyişle, uygulanacak yaptırımın seçiminde her iki tarafa da aynı mesafede olunmalı ve iki taraf için de en yararlı olan çözüm aranmalıdır.

⁹⁵¹ Honsell 2008, s. 321.

⁹⁵² Koziol 2009, s. 298–299.

⁹⁵³ Bydlinski 2004, s. 339.

Yine unutmamak gerekir ki özel hukuk ilişkilerinde uygulanacak yaptırımlarda, taraflardan birinden koparılan bir değer, diğer tarafın malvarlığına geçirilecektir. Dolayısıyla özel hukuk “*saf bireysel (rein individualistisch)*” bir yapıda değil, tam tersine genelde ikili ilişkilerden oluşan bir yapıya sahiptir⁹⁵⁴.

Bydlinski, ilgili makalesinde özel hukukun halihazırda iki temel ilkesi olduğundan bahsetmektedir. Bunlar tamamlayıcılık (*subsidiaritätsprinzip*) ve kişisel sorumluluk (*selbstverantwortung*) ilkeleridir⁹⁵⁵. Bu ilkelere ek olarak karşılıklı meşruiyet (*beidseitigen Rechtfertigung*) ilkesi de kabul edildiği takdirde, özel hukuk yaptırımlarını ortak bir çerçevede değerlendirebilmenin mümkün olabileceği belirtilmektedir.

Karşılıklı meşruiyet ilkesi, özel hukuk alanında uygulanacak yaptırımlarda, her iki taraf açısından da olumlu sonuçların doğup doğmadığının denetlenmesini temeline dayanmaktadır⁹⁵⁶. Sadece taraflardan biri için olumlu sonuçlar yaratan ancak diğer tarafı ölçüsüz ve amaçsız bir yük altına sokan yaptırımlar, özel hukukun genel sistematğine aykırı nitelik taşımaktadır. Zira yukarıda da belirtildiği üzere, özel hukuk ilişkileri tarafların karşılıklı ve eşit ilişkilerine dayanmaktadır. Burada taraflardan birinin malvarlığından diğerine bir geçişin sağlanması için, her durumda sonuçların her iki taraf açısından da meşruiyeti sorgulanmalıdır. Bu özel hukukun, kamu hukukunun düzenleyici ve dikey yapısından ayrılmasını sağlayacaktır⁹⁵⁷.

⁹⁵⁴ Bydlinski 2004, s. 341.

⁹⁵⁵ Bydlinski 2004, s. 342.

⁹⁵⁶ Bydlinski 2004, s. 342.

⁹⁵⁷ Yazar, burada genel menfaatlerin veya 3.kişilerin menfaatlerinin özel hukukun konusunu oluşturmadığını savunmadığını, sadece bunların ikili doğrulamadan sonra gündeme gelebileceğini düşündüğünü belirtmektedir. Bydlinski 2004, s. 343.

Cezalandırıcı tazminat, karşılıklı meşruiyet ilkesi uyarınca incelendiğinde ilginç sonuçlara yol açmaktadır. Cezalandırıcı tazminatın öncelikli amaçları olarak belirtilen cezalandırma ve önleme amaçları dikkate alındığında, bu iki amacın da karşılıklı meşruiyet sistemine uymadığı görülebilecektir. Cezalandırma amacı, zarar verene ilişkin tek yönlü bir nitelik taşıırken; önleme amacı ise genel menfaatlerin dikkate alınması anlamına gelmektedir⁹⁵⁸. Karşılıklı meşruiyet ilkesinde ise hukuki olayın taraflarının menfaatleri bir arada incelenmekte ve öngörülen yaptırımın yerindeliği bu ilişki açısından denetlenmektedir. Bydlinski'ye göre cezalandırıcı tazminat, hem ölçsüzlüğü hem de ceza hukukunun sanığa sağladığı güvenceleri zarar verene sağlamaması gibi yönlerden, özel hukuk sistematığına aykırı bir yapı arz etmektedir. Bu açıdan cezalandırıcı tazminat *“arkaik bir anlayışa geri dönüş niteliğindedir”* ve bunu yaparken de incelikle oluşturulmuş birçok ilkeyi alt üst etmektedir⁹⁵⁹. Ayrıca bir an için cezalandırıcı tazminatın, dava yoluyla hakkını arayan zarar görene verilmiş bir *“prim”* olduğu ve bu açıdan meşru olabileceği düşünülse dahi, cezalandırıcı tazminatın keyfiliği ve belirsizliği yine karşılıklı meşruiyet önüne geçecektir. Bu sebeple bu tür yaptırımlarla ceza hukuku ilgilenmelidir. Yazar ayrıca, amacın sorun ihlalden kaynaklanan kazancın önlenmesi olduğu düşünüüyorsa, buna ilişkin yaptırımların da haksız fiil hukukunda değil, sebepsiz zenginleşme hukukunda mevcut olduğunu da belirtmektedir⁹⁶⁰.

Bu açıklamalar ışığında, Kıta Avrupası haksız fiil hukukuna hakim temel ilkenin telafi ve tazmin olduğunda tereddüt etmemek gerekir. Dolayısıyla da haksız fiil neticesinde gündeme gelebilecek olan temel yaptırım olan tazminat, uğranılan gerçek

⁹⁵⁸ Bydlinski 2004, s. 344.

⁹⁵⁹ Bydlinski 2004, s. 345.

⁹⁶⁰ Bydlinski 2004, s. 346.

zarar miktar ile sınırlı olmalıdır. Bu düzeltici adalet düşüncesinin de temel sonucudur. Ancak zararın tanımının nasıl yapıldığı nelerin zarar olarak değerlendirileceğini de belirlemektedir. Kanaatimizce tamamen doğal bir zarar anlayışı, gerçeğe aykırı bir yaklaşımdır. Esasında zarar, normların zarar olarak tanımladığı unsurları ifade eden hukuki bir terimden ibarettir. Zararın belirlenme kriterlerinde yapılacak değişiklik, zararın tanımını değiştirecektir. Ancak bu durum, tazminatın temel amacının değişmesi sonucunu ortaya çıkarmayacaktır. Haksız fiilden doğan tazminat kural olarak tazmin ve telafiye yönelmeye devam etmektedir. Zararın belirlenmesine yönelik kriterlere ilişkin eleştiriler ile tazminatın amacı konusu birbirinden farklı değerlendirilmelidir. Özel hukuk yaptırımlarına ilişkin olarak yapılacak her türlü değerlendirmede, Bydlinski'nin ortaya koyduğu karşılıklı meşruiyet ilkesi göz önüne alınmalıdır.

VII. Cezalandırıcı Tazminatın Mağdurun Hak Etmediği Bir Yararı Elde Etmesine Sebebiyet Vermesinin Kabul Edilemezliği

Cezalandırıcı tazminata hükmedilen davalarda davacı, bir yandan uğradığı zararı telafi edici tazminat olarak elde etmekte, ancak bir de bunun üzerine cezalandırıcı tazminata hak kazanmaktadır⁹⁶¹. Bu sayede davacı, zarar verici fiilin gerçekleştiği andaki ekonomik durumundan daha iyi bir duruma getirilmektedir. Cezalandırıcı tazminata ilişkin olarak çokça dile getirilen bir eleştiri, bir cezalandırma ihtiyacının kabulü halinde dahi, zararı aşan tutarın mağdura ödenmesine ilişkin haklı bir gerekçenin bulunmamasıdır. Zira cezalandırma ve önleme gibi düşünceler, bireysel menfaatlerden daha çok toplumsal menfaatlere ilişkindir. Bu gerekçelere dayanarak zararı aşan tazminat

⁹⁶¹ Wilcox 2009, s. 36.

tutarının neden bütün toplumun yararına kullanılmak üzere devlete ödenmediği ve mağdurun hangi sebeple zenginleştirildiği gibi sorular açıklanmaya muhtaçtır⁹⁶².

Zenginleşme yasağı ilkesi uyarınca, zarar miktarı, tazminatın hesaplanmasındaki tavanı oluşturmaktadır. Bu sayede, zarar gören, yalnızca zarar verici eylemden önceki hale geri dönmeyi talep edebilecek, bunun dışında tazminatı bir zenginleşme aracı olarak göremeyecektir. Aksi takdirde davacı, hak etmediği bir kazanca hak kazanacak ve böylece beklenmedik bir serveti elde etmiş olacaktır⁹⁶³. Bydlinski, zarar verene kesilen “ceza”, bir an için makul ve meşru kabul edilse dahi, bu kısmın neden zarar görene ödendiğini özel hukuk prensipleriyle açıklamanın imkansızlığına dikkat çekmiştir⁹⁶⁴.

Esasında bu eleştiriyi getiren yazarlar, zarar verenin malvarlığından alınacak kısım ile değil zarar görenin malvarlığına eklenecek kısım ile ilgilenmektedir. Bu görüşe göre, tazminatın amacının sadece zararı gidermek olduğu dogması teoride başarılı bir önerme olmasına rağmen uygulamada yetersiz kalmaktadır. Özellikle de zararın ve illiyet bağının ispatı hususunda önemli sıkıntılar yaşanmakta, manevi tazminat oldukça düşük seviyede kalmakta ve bundan ötürü de zarar görenler dava açmaktan vazgeçmektedir. Bu sebeple cezalandırıcı tazminatın bu eksiklikleri gidermekte iyi bir alternatif olabileceği savunulmaktadır⁹⁶⁵. Cezalandırıcı tazminata da konu oluşturabilecek birtakım ağır davranışların engellenmesinde özel hukuk yaptırımlarının kullanılmasına engel olunması eleştirilmektedir. Dava açma inisiyatifini gösteren, risk alan, yargılama masraflarına katlanan mağdurlar, sadece uğradıkları zararı elde etmeye devam ederlerse bu zaman

⁹⁶² Owen 1976, s. 1267; Sales/Cole 1984, s. 1158; Lenz 1992, s. 73–74; Vanleenhove 2016, s. 152; İstemi 2011, s. 2710.

⁹⁶³ Dasser 2000, s. 1; Koziol 2008, s. 760; İstemi 2011, s. 2711.

⁹⁶⁴ Bydlinski 2004, s. 344–345.

⁹⁶⁵ İstemi 2011, s. 2713.

içinde dava açmak konusunda genel bir isteksizliğe yol açabilecektir⁹⁶⁶. Bazı yazarlarca zarar verenin eyleminden ötürü elde ettiği kazancın elinden alınmasına o kadar önem verilmektedir ki bu uğurda mağdurun zenginleşmesi bir ehven-i şer (*necessary evil*) olarak görülmektedir⁹⁶⁷. Benzer şekilde kişisel öcün doğal bir yansıması olan bu tip durumlarda davacının zaferinin mantıklı bir sonucu olarak bu zenginleşmeyi savunanlar da mevcuttur⁹⁶⁸.

Zarar verenin zarardan daha fazla bir tutara katlanmak zorunda kalması, eğer bir kamu hukuku yaptırımının neticesinde gerçekleşiyorsa, bu durumda bir sakınca bulunmamaktadır. Zarar veren, bir özel hukuk yaptırımı olarak ödeyeceği tazminata ek olarak idari veya adli para cezasına da mahkûm edilebilir. Ancak zararı aşan bu kısmın zarar görene ödenmesi, bir özel hukuk yaptırımından kaynaklanıyorsa, burada özel hukuk yaptırımlarının temelini oluşturan karşılıklı meşruiyet ortadan kalkmaktadır. Bu hallerde doğru çözüm, ancak ceza hukuku veya idare hukuku yaptırımları ile sağlanabilecektir⁹⁶⁹.

Common Law doktrininde de davacının bu zenginleşme durumunun giderilmesi için, cezalandırıcı tazminatı davacıya değil doğrudan eyaletlere ödenmesi savunulmuştur⁹⁷⁰. Bu sayede, davacının geçerli bir hukuki sebep bulunmaksızın bu zararı aşan miktardan yararlanmasının önüne geçilecek ve cezalandırma ve önleme amaçlarıyla hükmedilen bu tutar kamu organları aracılığıyla toplumun kullanımına sunulacaktır. Diğer bir deyişle, cezalandırıcı tazminattan yalnızca davacı değil toplumun tamamı faydalanacaktır. Birden fazla zarar görenin var olduğu seçenekler açısından bu tip bir

⁹⁶⁶ Magnus 2012, s. 250.

⁹⁶⁷ Vanleenhove 2016, s. 152–153.

⁹⁶⁸ Vanleenhove 2016, s. 153.

⁹⁶⁹ Koziol 2008, s. 753.

⁹⁷⁰ Lenz 1992, s. 74; Sales/Cole 1984, s. 1170.

uygulama daha faydalı olabilecektir. Zira aksinin kabulü halinde, sadece ilk dava açan kişinin cezalandırıcı tazminata hak kazanması, sonradan dava açanların ise sadece telafi edici tazminata hak kazanabilmesi gibi açıklanması güç bir hukuki durum ortaya çıkabilmektedir.

Nitekim bazı eyaletler, bu düşünceyi hayata geçirmiş ve cezalandırıcı tazminatın belirli bir kısmının eyalet bütçesine ödenmesine ilişkin düzenlemeler getirmiştir⁹⁷¹. *Georgia*, *Iowa* ve *Indiana* eyaletlerinde hükmedilen cezalandırıcı tazminatın yüzde yetmiş beşi eyalete ödenmektedir⁹⁷². *Alaska*, *Missouri* ve *Utah* eyaletlerinde ise bu oran yüzde ellidir⁹⁷³. *Oregon* ve *Illinois* eyaletlerinde ise cezalandırıcı tazminat miktarının bir kısmı kar amacı gütmeyen kuruluşlara aktarılmaktadır⁹⁷⁴.

Kanaatimizce, bu konu tartışılırken zarar verenden tazmin edilmesi düşünülen kısmın zararı aşan bir cezalandırıcı tazminat mı yoksa bu eylemden ötürü elde ettiği haksız kazanç mı olduğunun dikkate alınması gerekmektedir. Zira eylemden ötürü elde edilen kazancın iadesi bu kazancın objektif ya da sübjektif nitelikte olmasına bağlı olarak sebepsiz zenginleşme veya vekaletsiz iş görme yoluyla talep edilebilecektir. Cezalandırıcı tazminatın gündeme geldiği olay gruplarının başında gelen ürün sorumluluğu ve sigorta tazminatı davalarında zarar verenin ekonomik temelli ve kar odaklı yaklaşımı, kazancın etkili bir şekilde iade edilmesiyle boşa çıkacaktır. Burada Kıta

⁹⁷¹ **Riedel** 2016, s. 29–30; **Sebok** 2009, s. 180.

⁹⁷² *Ind. Code Ann.* § 34-51-3-6(c)(1)-(2) (2007); *Ga. Code Ann.* § 51-12- 5.1(e)(1)(2) (1987); *Iowa Code Ann.* § 668A.1(2)(b) (1986).

⁹⁷³ *Mo. Ann. Stat.* § 537.675 (2001); *Utah Code. Ann.* § 78-18-1(3)(a) (1989); *Alaska Stat. Ann.* § 09.17.020(j) (1986).

⁹⁷⁴ *Or. Rev. Stat. Ann.* § 31.735(1)(a)-(b) (1997); *735 Ill. Comp. Stat. Ann.* § 5/2- 1207 (West 2003).

Avrupası hukuk sisteminin temel değerlerine yönelik bir müdahale gerekmeksizin bir çözüme ulaşılabilecektir.

VIII. Cezalandırıcı Tazminatın Birden Fazla Zarar Görenin Var Olduğu Durumlarda Adaletsiz Sonuçlara Yol Açması

Cezalandırıcı tazminat talebi ile mahkemeye başvuran mağdurun talebini değerlendiren jüri ve mahkemenin, benzer konuda başka davaların açılıp açılmayacağını bilebilmesi mümkün değildir. Bu sebeple de açılan davada, cezalandırmayı ve önlemeyi sağlayacak bir miktara hükmedilirken benzer durumda başka insanların da mevcut olup olmadığını bilebilmek mümkün değildir. Her olayda baştan hesaplanarak cezalandırma ve önlemeyi sağlayan bir rakama hükmedilmesi halinde ise bunun zarar verenin ekonomik mahvına yol açabileceği aşikardır. Colby tarafından “*toplam zarar (total harm)*”⁹⁷⁵ olarak ifade edilen bu durum, birden fazla mağdurun söz konusu olabileceği olaylarda cezalandırıcı tazminatı problematik bir konu haline getirmektedir⁹⁷⁶.

Bu sorun, aynı eylemden ötürü birden fazla kişiye cezalandırıcı tazminat ödemek zorunda kalarak aşırı cezalandırmaya maruz kalan zarar verenleri de bazı eyaletlerdeki düzenlemeler gereği ilk davayı açmadığı için cezalandırıcı tazminat talep etme imkanından yoksun kalan zarar görenleri de etkilemektedir. Bu soruna ilişkin çeşitli çözüm önerileri sunulmuş olsa da konunun cezalandırıcı tazminata ilişkin çözülememiş en önemli problem olduğu Common Law doktrininde dile getirilmektedir⁹⁷⁷.

⁹⁷⁵ Colby 2003, s. 587-594; Gash 2012, s. 65.

⁹⁷⁶ Common Law sisteminde ileri sürülen görüşlere ilişkin bkz. Yuk. 2. Bölüm §12, VI-VII.

⁹⁷⁷ Owen 1994, s. 406; Colby 2003, s. 587; Gash 2012, s. 67.

Birden fazla mağdurun bulunduğu hallerde, her mağdurun aynı rakamlara hak kazanması halinde aşırı cezalandırma veya önleme riski ortaya çıkacaktır. Esasında bu durumun zarar veren kişileri daha da umursamaz hale getirme ihtimali dahi mevcuttur. Zira aşırı ekonomik sonuçlarla karşılaşma ihtimalini bilen zarar veren, bir noktadan sonra tamamen kayıtsız hale gelebilecektir. Öte yandan birden fazla kez cezalandırma ve önlemenin meşruiyeti de ayrıca sorgulanır hale gelecektir. Birden fazla cezalandırıcı tazminata hükmedilmesinin davalı nezdinde yaratabileceği ekonomik problemler ciddi ölçektir. En başta sürekli bir cezalandırma ve ciddi miktarlarda tazminat ödeme riski ile karşılaşan davalıların iflas sürecine girmeleri oldukça olasıdır. Bu iflas, bu şirketlerin çalışanlarının işlerini kaybetmesine, şirket hissedarlarının kar kaybına uğramasına ve tüketicilerin dahi dolaylı olarak zarara uğramalarına sebebiyet verebilmektedir⁹⁷⁸. Amerika Birleşik Devletleri'nde gerçekleşen asbest davalarında birçok şirketin iflasını ilan etmesi de bu durumu doğrular niteliktedir⁹⁷⁹.

Sadece ilk mağdura zararı aşan bir tazminat ödenmesi ve diğer mağdurların sadece zararlarını tazminat olarak elde etmeleri durumunda ise mağdurlar arasındaki bu farklılığı açıklamak güçleşmektedir. Cezalandırıcı tazminata yönelik “*talih kuşu*” eleştirisi bu durumda gerçekten de bariz şekilde gerçekleşecek ve mahkemeye ulaşmayı başarabilen ilk mağdur ile diğerleri arasında bir zenginleşme uçurumu oluşacaktır. Bu durumda ilk dava sonrasında, diğer mağdurlar açısından cesaret kırıcı bir halde dahi bahsetmek mümkün hale gelecektir⁹⁸⁰. Bireylerin dava açmasını ve haklarını korumasını

⁹⁷⁸ *Wangen v. Ford Motor Co.*, 294 N.W. 2d, 437, 470-471. Benzer örnekler için bkz. **Mörsdorf-Schulte** 1999, s. 226-227.

⁹⁷⁹ **Gash** 2012, s. 75.

⁹⁸⁰ **Koziol** 2009, s. 301.

teşvik etmek amaçlarına sahip olduğu iddia edilen bir yaptırımın, dava açmayı teşvik etmeyi bırakın dava açmaktan vazgeçirebilecek bir duruma gelebilme ihtimali düşündürücüdür.

Amerikan hukukunda, birden fazla zarar görenin olduğu hallerde cezalandırıcı tazminatın nasıl belirleneceğine ilişkin olarak eyaletler düzeyinde çeşitli yasalar hazırlanmıştır. *Georgia* eyaletinde ürün sorumluluğundan kaynaklanan cezalandırıcı tazminat talebinin yalnızca tek bir davada hükme bağlanabileceği, sonradan açılan davalarda cezalandırıcı tazminata hükmedilmeyeceği vurgulanmıştır⁹⁸¹. *Missouri* eyaletinde ise davalıya daha önceden aynı hususa ilişkin olarak cezalandırıcı tazminat ödediği durumlarda, sonradan açılan davada mahkemeye bu durumu bildirerek tazminatta indirim talep edebilmesi imkanı tanınmıştır⁹⁸². *Florida* eyaletinde de ikinci davayı gören mahkemenin, önceden hükmedilen cezalandırıcı tazminat miktarının yeterli olduğuna hükmettiği hallerde cezalandırıcı tazminat talep edilemeyeceğine ilişkin bir düzenleme mevcuttur⁹⁸³. *Connecticut* eyaletinde ise ilk cezalandırıcı tazminat hükmünden sonra açılan davalarda cezalandırıcı tazminata hükmetme yetkisi jüriden alınarak mahkemeye verilmiş ve bu miktar da telafi edici tazminatın iki katı ile sınırlanmıştır⁹⁸⁴. *Minnesota* eyaletinde, önceden aynı konuda verilmiş olan cezalandırıcı tazminat hükümleri, sonradan açılan davalar açısından tazminatın belirlenmesinde bir kriter olarak kullanılmaktadır⁹⁸⁵. *Oregon* eyaletinde de benzer bir düzenleme mevcuttur⁹⁸⁶. Ancak

⁹⁸¹ *GA Code ANN.* Art. 51-12-5.1.

⁹⁸² *MO Ann. Stat.* Art. 510.263 (4).

⁹⁸³ *FLA. Stat.* Art. 768.73 (2) (a-b).

⁹⁸⁴ *CONN. Gen. Stat.* Art. 52-240b.

⁹⁸⁵ *MINN. Stat.* Art. 549.20 (3).

⁹⁸⁶ *OR. Rev. Stat.* Art. 31.730 (3).

eyalet düzeyinde öngörülen bu düzenlemeler ne kesin bir çözüm sunmakta ne de o eyaletin sınırları dışında verilen cezalandırıcı tazminat hükümlerine etki edebilmektedir⁹⁸⁷. Federal düzeyde bir kanun hazırlanarak hem cezalandırıcı tazminata hem de birden fazla cezalandırıcı tazminata hükmedilmesine ilişkin sınırlamalar getirilmek istendiyse de bu çabalar da boşa çıkmıştır. 1995 ve 1997’de hazırlanan iki taslak da kanunlaşamamıştır.

Konu hakkında önemli çalışmaları bulunan Gash’in de katkılarıyla hazırlanmış olan bir diğer çalışma ise bir *Ulusal Cezalandırıcı Tazminat Sicili (National Punitive Damages Registry)* kurulmasını önermektedir⁹⁸⁸. Bu sicilin çalışma sistemi şu şekildedir: Daha önceden aynı konuda bir cezalandırıcı tazminat ödemiş olan davalı, kendisine sonradan başka bir davacı tarafından aynı konuda açılmış olan davada, önceden bu hususa ilişkin cezalandırıcı tazminat ödediğini gösterir bir beyanda bulunacaktır. Bu beyan, sadece mahkeme kararlarını değil bu konuda varılmış mahkeme dışı sulh anlaşmalarını da kapsamaktadır. Davalı, bu beyanda cezalandırıcı tazminata konu oluşturan eylemi de detaylı olarak mahkemeye aktaracaktır. Mahkeme, eğer uygun bulursa, bu beyanı tasdik edecektir. Tasdik edilen bu beyan hem sicile bildirilecek hem de bir internet sitesinde yayınlanacaktır. Böylece sonraki davalar için davalıya bir koruma sağlanacaktır.

Amerikan Barolar Birliği tarafından sunulan bir öneriye göre ise birden fazla kişinin zarar gördüğü ürün sorumluluğu davalarında, *zorunlu topluluk davası (mandatory class action)* getirilmelidir. Bu dava federal düzeyde görülecek ve bu sayede davada verilen hükümden bütün mağdurlar yararlanabilecektir⁹⁸⁹. Bu sayede aşırı cezalandırma

⁹⁸⁷ Gash 2012, s. 85.

⁹⁸⁸ Gash 2012, s. 67–68.

⁹⁸⁹ Mörsdorf-Schulte 1999, s. 227.

riskinin önüne geçilecek ve hükmedilen cezalandırıcı tazminattan bütün mağdurların eşit şekilde faydalanması sağlanacaktır.

Toplu dava (*class action, sammelklage*) açmanın mümkün olduğu bir sistemde bile birçok soruna yol açmış bir tazminat tipinin, çoğunlukla bu davalara sistemlerinde yer vermeyen Kıta Avrupası ülkelerinde uygulanması halinde, önleme ve cezalandırmanın nasıl sağlanabileceği konusu açıklamaya muhtaçtır⁹⁹⁰. Her davada tekrar bu durumun dikkate alınmasının ise kişiler üzerinde büyük bir ekonomik baskıya yol açması ve bu kişilerin iflasa sürüklenmesi ile mali faturanın tekrar toplumun tamamına kesilmesi gibi bir risk de söz konusudur. Esasen Türk Hukuku açısından buna benzer bir sorun kartel tazminatı olarak da adlandırılan RKHK md 58/II’de yer verilmiş olan üç kat tazminat açısından tartışılmalıdır⁹⁹¹. Zira bu tazminatın ülkemizde gündeme gelmesine sebebiyet veren olay, on iki bankanın bir kartel kurmak suretiyle faiz oranlarına ilişkin uyumlu eylemler gerçekleştirilmesi ve Rekabet Kurulu’nun verdiği idari para cezasıyla bu durumu hükme bağlaması ile başlamıştır. Rekabet Kurulu’nun verdiği ceza sonrasında, birçok banka müşterisi RKHK md. 58/II’nin kendilerine tanıdığı imkan çerçevesinde üç kat tazminat talebiyle dava açmışlardır. Maddenin lafzının doktrinde ve mahkeme kararlarında oldukça katı şekilde yorumlandığı ve açılan davada, eğer maddenin öngördüğü şartlar da gerçekleşmişse, hâkimin takdir yetkisine sahip olmayacağı ve üç kat tazminata hükmetme zorunluluğu altında olduğu da kabul edilirse, ortaya oldukça vahim bir tablo çıkmaktadır. Zira Rekabet Kurulu’nun verdiği karar ile

⁹⁹⁰ Koch, Kıta Avrupası Hukuku açısından da topluluk davasının tanınması ile bu sorunun çözülebileceğini belirtmektedir. Bu sayede ilgili veya kuruluşların açtığı davadan, diğer zarar görenler de yararlanabilecek ve tazminat miktarı buna uygun şekilde belirlenebilecektir. Bkz. **Koch** 2011, s. 389.

⁹⁹¹ Söz konusu hüküm aşağıda ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bkz. Aşa. 3. Bölüm, §13, I.

zaten yasalar çerçevesinde cezalandırılan ve benzer davranışları önlenen bankalar bir de bireylerin açtığı davalar ile ikinci kez cezalandırılmakta ve önlenmektedir. Bu süreçlerde, ekonomik bir analiz yapmak ve optimal bir cezalandırma ve önlemenin gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmek de mümkün değildir. Bu durum, başka bir hukuk sisteminde belirli dinamiklerde oluşmuş bir hukuki kurumun, temel paradigmalarından kopartılıp tedbirsizce ıktibas edilmesinden kaynaklanmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri’nde idari para cezası ve bağımsız idari otorite gibi kavramların öneminin çok daha az olması ve bu hukuki enstrümanların nadir alanlarda sınırlı bir şekilde kullanılması olgusunu hiçe sayarak, halihazırda idari para cezalarının ve bağımsız idari otoritelerce denetimin yoğun şekilde kullanıldığı bir sisteme üç kat tazminatın getirilmesini anlayabilmek oldukça güçtür. İçine doğduğu hukuk sisteminde bile birden fazla mağdurun olduğu durumlarda çokça soruna yol açan bir hukuki kurum, atipik bir nitelik taşıdığı Kıta Avrupası hukukunda daha da problematik hale gelmektedir.

IX. Ara Değerlendirme

Cezalandırıcı tazminat yaptırımının özellikleri ve işlevleri değerlendirildiğinde, Türk Hukuku açısından genel bir yaptırım türü olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı görülmektedir. Cezalandırma işlevinin, özel hukuk yaptırımlarının bir amacı olarak kabul edilmesi eski ve arkaik bir düşüncedir. Maddi tazminat, sadece telafi işlevine yönelmiş bir yaptırımken manevi tazminat ise telafi ve önleme işlevleri çerçevesinde belirlenmektedir. Dolayısıyla, işlevsel açıdan bu yaptırımlar arasında bir özdeşlik kurulamaz. Esasen *Common Law* sisteminde dahi cezalandırıcı tazminat, telafi edici tazminat olarak sınıflandırılan maddi ve manevi tazminata ek olarak hükmedilen ve telafi edici olmayan bir tazminat olarak görülmektedir. Cezalandırıcı tazminatın ağır kusur veya kast ile işlenen ağır bir ihlali şart olarak araması, zarar miktarından bağımsız şekilde

belirlenmesi ve zarar göreni değil de zarar vereni temel alan yapısı, bu yaptırımı, maddi ve manevi tazminattan uzaklaştırmaktadır.

Özel hukuk yaptırımlarının cezalandırma işlevine yönelmesi gerektiği yönündeki görüşün de kabul edilmesi mümkün değildir. Bu çalışmanın üçüncü bölümünde de belirteceğimiz üzere cezalandırma işlevine yönelmiş birtakım yaptırımlar hukuk sistemimizde mevcut olsa da, ana ilkenin telafi düşüncesi olduğu unutulmamalıdır. Bu tespitin önemi, kanunlarda öngörülen bir yaptırımın işlevinin ne olduğuna dair yapılacak yorum faaliyetinde, Türk özel hukuku yaptırım sisteminde ana ilkenin telafi düşüncesi olduğunun dikkate alınması zorunluluğunu göstermesidir⁹⁹². Diğer bir deyişle, sistematik yorum faaliyetinde dikkate alınması gereken hukuki ilkelerden biri, özel hukuk yaptırımlarının cezalandırma işlevine kural olarak yönelemeyeceğine ilişkin ana ilkedir.

Cezalandırıcı tazminat yaptırımı, doktrinde yararlı olacağının iddia edildiği çeşitli durumlarda dahi tatmin edici sonuçlar yaratmaktan uzaktır. Ceza hukukunun katı ve kuralcı yapısının yarattığı sıkıntılar dile getirilse de, bu kuralların neden öngörüldüğü de unutulmamalıdır. Cezalandırıcı tazminatın daha verimli bir yaptırım türü olarak, dekriminalizyon sürecinin bir parçası olacağına dair görüşlere katılmak mümkün değildir. Sadece verimlilik düşüncesinden hareketle sorumluluk hukukunun ana ilkelerini hiçe saymak kabul edilemez. Benzer şekilde dava açma inisiyatifi yaratmak ve sadece ekonomik ölçütlerden hareketle başkalarının haklarını hiçe sayan davranışları önlemek gibi gerekçeler de sisteme tamamen yabancı bir yaptırımın kabulü için yeterli görülemez. Zira zaten iyi işleyen bir yaptırımlar sisteminde, dava açma inisiyatifi doğal bir sonuçtur. Hakkını gerektiği yerde ve uygun koşullarda elde edebileceğini gören kişiler, bu

⁹⁹² Bu yaklaşımla Türk mevzuatındaki cezalandırma amacı güden hükümlerin açıklanamayacağı yönünde bkz. **Güleryüz/Zorluoğlu Yılmaz** 2019, s. 327.

inisiyatife doğal olarak sahip olacaktır. Sebepsiz zenginleşmedeki zenginleşmenin iadesi ve gerçek olmayan vekaletsiz iş görmedeki kazancın iadesi yaptırımları, sadece ekonomik ölçütlerden hareket eden şirketlerin bu davranışlarını önleyecek etkiyi sağlar. Dolayısıyla cezalandırıcı tazminata gerek olmadan da etkili bir yaptırım sistemi kurmak mümkündür.

Cezalandırıcı tazminata yönelik çeşitli eleştirilere de yukarıda yer verilmiştir. Bu bilgiler ışığında cezalandırıcı tazminatın genel bir yaptırım türü olarak kabul edilemeyeceği açıktır. Ancak Türk Hukuku'ndaki mevcut yaptırımlar teorik olarak yeterli olmakla birlikte, uygulamada çeşitli eksikliklerin sorunlara yol açtığı görülmektedir. Uygulamada yaşanan bu sorunlar için çözüm önerileri geliştirilmelidir. Bir sonraki başlıkta öncelikle mevcut yaptırımların yetersiz kaldığı olay grupları belirtilmiş ve sonrasında bu olay grupları için çözüm önerilerinin üzerinde durulmuştur.

§11 TÜRK HUKUKU'NDA MEVCUT YAPTIRIMLARIN YETERSİZ KALDIĞI OLAY GRUPLARI İÇİN ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

I. Türk Hukuku'ndaki Mevcut Düzenlemelerin Yetersiz Kaldığı İddia Edilen Olay Grupları

Önceki açıklamalarda da belirtildiği üzere, cezalandırıcı tazminatın Türk Hukuku açısından genel bir yaptırım türü olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu tazminat türünün yararlı olacağı iddia edilen durumların hiçbirinde, sistem dışı çözüm önerilerine gerek bulunmamaktadır. Ancak bu, mevcut uygulamaların tamamen yeterli olduğu anlamına gelmemelidir. Elbette, Türk Hukuku'nda da yaptırımlar ve bu yaptırımların uygulanması alanında aksayan düzenlemeler mevcuttur. Bu aksamaların bir kısmı mevzuattaki düzenlemelerin yetersizliğinden, bir kısmı ise uygulamadaki eksiklerden kaynaklanmaktadır. Bu konulara ilişkin çözüm önerilerini dile getirmeden önce hangi olay gruplarının birtakım sorunlar içerdiği kısaca açıklanacaktır.

Cezalandırıcı tazminatın önerildiği ve yararlı olacağı iddia edilen olay gruplarının başında, şirketlerin sadece ekonomik ölçütlerden hareket ederek diğer kişilerin haklarının ihlal edilmesine kayıtsız kaldığı durumlar gelmektedir⁹⁹³. Bu durumlarda sadece sınırlı sayıda kişi, uğradıkları zararın tazmini için dava açmakta, dava açmayan kişilerden elde edilen kazanç ile şirketler kâra geçmektedir. Bu durumlarda, sadece dava açan kişilerin uğradığı zararların giderilmesi etkili bir yaptırım sağlamamakta, aksine şirketlerin amaçladığı durumun gerçekleşmesine sebebiyet vermektedir. Özellikle piyasaya hatalı ürün sunulan ürün sorumluluğu hallerinde, bankaların kart işletim ücreti, kart aidatı,

⁹⁹³ Karayalçın 1962 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin açılış dersinde haksız fiil hukukunun yetersiz kaldığı alanlardan biri olarak bu durumu örnek göstermiştir. Bkz. **Karayalçın** 1962, s. 262. Benzer yönde bkz. **Gül** 2015, s. 423. Ayrıca bkz. Yuk. 1.Bölüm, §5, III, A.

sigorta ücreti gibi uygulamalarında, tüketicinin haklarının düzenli olarak ihlal edildiği durumlarda mevcut düzenlemelerin yeterli olmadığı görülmektedir. Yine benzer şekilde, zarar verici eylemden elde edilen kazancın yüksek olduğu, ancak eylemden zarar gören kişi sayısının çokluğu sebebiyle her bir kişinin uğradığı zarar miktarının düşük olduğu haller de bu kapsamda değerlendirilmelidir⁹⁹⁴.

Türk Hukuku'ndaki mevcut yaptırımların yetersiz olduğu bir diğer alan, kişilik hakkına yönelik ihlallerdir. Caroline içtihatlarında olduğu gibi, zarar görenin kişilik hakkının kendisinin izni alınmaksızın ticarileştirildiği durumlarda, şu anda hükmedilmekte olan manevi tazminat miktarlarının yetersiz olduğu görülmektedir⁹⁹⁵. Gerek geleneksel medya kuruluşlarında gerekse de sosyal medyada kişilik haklarının bu şekilde ihlal edildiği birçok örnek mevcuttur. Türk mahkemeleri, manevi tazminata hükmetmek hususunda, genel olarak daha kısıtlı bir yaklaşım benimsenmektedir. Bunun zarar görenler nezdinde bir “*talih kuşu*” etkisi yaratmasından korkulduğu söylenebilir. Medya kuruluşları bu zorunlu ticarileştirme ile önemli kazançlar elde etmektedir. Manevi tazminat miktarlarının düşük kalması neticesinde, bu tip davranışlar adeta teşvik edilir hale gelmiştir. Bu olay grubu, yaptırım eksikliğinden daha çok uygulamadaki eksikliklerin bir sonucudur.

Yine kişilik haklarına ilişkin bir diğer alan ise, kişilik haklarına yönelik ağır ve kayıtsızca gerçekleşen ihlallerdir. Bunların mutlaka medyada gerçekleşmesi gerekmemektedir. Bunun dışındaki kişilik hakkı ihlallerinde de manevi tazminat

⁹⁹⁴ **Karayalçın** 1962, s. 262; **Gül** 2015, s. 427.

⁹⁹⁵ **Eren/Dönmez**, Eren Borçlar Hukuku Şerhi 2022, s. 1361; **Gül** 2015, s. 426. İsviçre Hukuku açısından benzer yönde bkz. **Schwenzer** 2009, N. 17.13.

miktarlarının oldukça düşük seviyelerde kaldığı görülmektedir. Bu olay grubunda da yaptırım eksikliği değil uygulamadaki yaklaşımın yerindeliği tartışma konusu olmalıdır.

II. Mevcut Yaptırımların Yetersiz Kaldığı Olay Grupları İçin Çözüm Önerileri

A. Mevcut Düzenlemelerin Yetersiz Kaldığı Olay Grupları İçin Sorumluluk Hukuku Sisteminin Özünü Değiştirmeden ve İlkelerini Sarsmadan Çözüm Üretebilmenin Önemi

Her hukuk sistemi, kendi hukuki kurumlarını ve yaklaşımlarını yıllar içerisinde karşılaşılan çeşitli sorunların da süzgecinden geçirmek suretiyle oluşturmaktadır. Yıllar içerisinde birçok farklı hukuki olay ile sınanan ve yeni çözümlere veya yorumlara zorlanan hukuki kurumlar, çoğu zaman eksiklikler içerse de bütünlük içeren bir yapıya kavuşmaktadır. Farklı hukuk sistemlerinin, çeşitli hukuki kaynaklardan ve ülke kültürleriyle bağlantılı olarak gündeme gelebilen muhtelif uyumsuzlıklardan hareketle verdiği sonuçlar, o ülkenin hukuk kültürünün önemli bir parçası haline gelmektedir. Her ne kadar bazı konularda “*akıl yolunun bir olduğunu*” hatırlatacak şekilde farklı yollardan geçerek benzer sonuçlara varılsa da yapılan bu akıl yürütmeler o ülkenin hukuk kültürüne özgüdür⁹⁹⁶. Bu sebeple, farklı bir hukuk sistemine ait bir kurumun, sistemin bütünlüğü içindeki yeri ve yeni yerleştirileceği sisteme olan uyumu gözetilmeksizin tepeden inmeci bir tavırla iktibas, çoğunlukla karmaşaya yol açacaktır. Dolayısıyla eğer mevcut hukuki kurumlar içerisinde bir çözüm bulma ihtimali mevcutsa, sistemi korumak gayesi de gözetilmek suretiyle, öncelik mevcut hukuki kurumlara tanınmalıdır.

⁹⁹⁶ Behr, farklı olay grupları açısından yaptığı incelemesinde Almanya ve Amerika Birleşik Devletleri’ndeki kararların neticede birbirine oldukça benzediğini iddia etmiştir. Bkz. **Behr** 2003, s. 148 vd.

Sistemin içindeki hukuki kurumlar çerçevesinde çözüm bulma arayışı, metodolojik bir yaklaşımı zorunlu kılmaktadır⁹⁹⁷. Hukuk sistemi içindeki normlar dikkatle yorumlanmalı, yorumun sınırının bittiği noktada örf ve adet hukukuna veya hukuk yaratma yöntemine başvurulmalıdır. Bunların ancak sübjektif ve somut olaya ilişkin sonuçlar yaratabileceği durumlarda ise pozitif hukuk düzenlemeleriyle sonuca varılmalıdır. Ancak bu düzenlemeler yapılırken oldukça özenli davranılmalı ve özellikle iç sistematik yorumun da araçlarından faydalanarak hukuk sisteminin temel değerleri göz ardı edilmemelidir.

Cezalandırıcı tazminata ilişkin olarak durum incelendiğinde, bir Common Law yaptırımının Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil edilmesinde yaşanan sıkıntılar ile karşı karşıya olduğumuz görülmektedir. Zira Common Law sistemi içerisinde tarihsel süreçte farklı işlevlere yönelmiş olan bir kurum, 1980'li yıllardaki yükselişiyle beraber Kıta Avrupası hukukundaki belirli sorunların yaması olarak görülmeye başlanmıştır. Sistemin klasik ve oturmuş unsurlarının yarattığı sınırlar, cezalandırıcı tazminatın daha sınırsız ve kolay bir çözüm yöntemi olarak görülmesine sebebiyet vermiştir. Ancak unutmamak gerekir ki Common Law sistemi, özel hukuk ile kamu hukuku arasındaki ayrımın zayıf olduğu ve neo-liberal ekonomi modelinin de etkisiyle devletin özel hukuk ilişkilerine müdahalesinin oldukça sınırlı olduğu bir yaptırım sistemi sunmaktadır⁹⁹⁸. Bu sistem içerisinde cezalandırıcı tazminat, idari para cezalarının da sağladığı birtakım işlevleri yerine getirmek üzere gelişmiş ve bazı açık ihlallere karşı hukuk düzeninin verdiği ağır bir tepki olarak gelişmiştir. Ancak sosyal devlet ilkesinin hakim olduğu ve devletin hukuk alanında birçok müdahalesinin söz konusu olduğu ve idari otoritelerin de yoğun şekilde

⁹⁹⁷ Bydlinski 2004, s. 394.

⁹⁹⁸ Brockmeier 1999, s. 105.

bulunduğu Kıta Avrupası sisteminde, cezalandırıcı tazminat ölçüsüz ve keyfi bir yaptırım olarak görülmelidir. Kıta Avrupası hukuk sisteminde özel hukuk yaptırımları ile kamu hukuku yaptırımları hem işlevleri hem de *ratione* açısından birbirlerinden ayrılmaktadır. Özel hukuk yaptırımları, ölçü ve denge kavramlarını taraflar arasındaki malvarlığı geçişlerine ilişkin bir kriter olarak kullanmakta ve eşitler arası ilişkiye mümkün olduğunca az müdahale etme amacına yönelmektedir⁹⁹⁹. Sosyal amaçlar veya soyut birtakım üçüncü kişilere ilişkin menfaatler, özel hukuk yaptırımlarının konusunu oluşturmamalıdır¹⁰⁰⁰. Özel hukuk yaptırımları, kişiler arasındaki ilişkinin dengesini gözetmekle yetinmeli ve bu ilişki üzerinden bir nevi toplum mühendisliğine yönelmekten kaçınmalıdır.

Koch, isabetli olarak, özel hukuk yaptırımlarının da farklı amaçlara yönelebileceğini, ancak bunun özenle yapılması gerektiğini, farklı isim ve tanımlamalarla gerçekten uzaklaşılması gerektiğini belirtmektedir. Ancak yazar, bunun gerçekleştirilmesi için öncelikle sistemin özünü değiştirmeye gerek olup olmadığının tespit edilmesinin önemine dikkat çekmektedir. Zira eğer ceza hukuku veya idare hukuku yaptırımlarıyla bir sonuç zaten halihazırda elde edilmekteyse özel hukuka yabancı işlevlerin çözüm olarak sunulması gereksiz olacaktır¹⁰⁰¹. Gerçekten de sistemin içindeki çözümler denenmeden ithal çözüm arayışlarına girilmesi, hem sistemle uyumsuz bir yaptırımın ortaya çıkmasına sebebiyet verecek hem de hukuk kültürünün zedelenmesine yol açacaktır. Bu sebeple, öncelikle sistem içi çözümler araştırılmalı, bunların eksik

⁹⁹⁹ Bydlinski 2004, s. 394.

¹⁰⁰⁰ Wagner ise sınırlı bir alan için de olsa bunun aksini savunmaktadır. Bkz. **Wagner**, AcP 2006, s. 422 vd.

¹⁰⁰¹ **Koch** 2011, s. 393.

kaldığı ve bir yaptırım boşluğunun olduğu düşünüldüğünde farklı arayışlara girilmelidir. Mevcut yaptırımlar açısından bir boşluk olup olmadığını değerlendirirken, hukuk düzeni bir bütün olarak ele alınmalı ve hem kamu hukuku hem de özel hukuk yaptırımları bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Hukuk sisteminin bir ihlale verdiği cevap, kamu hukuku özel hukuk ayrımı yapmaksızın bir bütündür. Dolayısıyla bir yaptırım eksikliği olup olmadığı hususu bu bakış açısıyla değerlendirilmelidir.

Kanaatimizce, Türk Hukuku'ndaki yaptırımların yetersiz olduğu düşünülen olay grupları için sistem içinde çözüm bulma olanağı mevcuttur. Bu sonuca, hem kamu hukuku hem de özel hukuk yaptırımlarının bir arada değerlendirilmesi ile ulaşılmıştır. Aşağıda bu çözüm önerileri açıklanmıştır.

B. Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme Kurumunun Kazancın İadesi Süreçlerinde Etkin Kullanımı

1. Genel Olarak

Türk Hukuku'nda mevcut yaptırımların yetersiz olduğu iddia edilen alanlardan bir kısmının etkili yaptırımlara bağlanması, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme kurumundaki kazancın iadesi yaptırımının etkin kullanımı ile gerçekleştirilebilir. Şirketlerin sadece ekonomik ölçütlerle karar aldığı hallerde ve kişilik haklarının medya tarafından ticarileştirildiği durumlarda, bu eylemleri gerçekleştirenler aynı zamanda çeşitli kazançlar elde etmektedir. Özellikle zarar görenin uğradığı zarar miktarının, zarar verenin elde ettiği kazançtan daha düşük olduğu hallerde, salt telafi ve tazmin düşüncesi ile etkili bir sonuca varmak mümkün olmamaktadır. Sadece zarar göreni esas alan bir telafi sistemi bu noktada yetersiz kalmaktadır¹⁰⁰². Dolayısıyla bu hallerde haksız fiilden kaynaklanan tazminatların yanı sıra sebepsiz zenginleşme veya vekaletsiz iş görme gibi farklı hukuki

¹⁰⁰² Stoll 1993, s. 225.

kurumlara başvurma ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Kazancın iadesi yaptırımı, malvarlıkları arasında gerçekleşen bir değer kaymasını temel almayan, zarar verenin elde ettiği menfaati temel alan ve bu açıdan zarar veren odaklı (*tortfeasor oriented*) bir yaptırım olarak dikkat çekmektedir¹⁰⁰³. Aşağıda şartları incelenecek olan gerçek olmayan vekaletsiz iş görme kurumunun gerçekleştiği hallerde, kazancın iadesi yaptırımına başvurma etkin bir çözüm sağlayacağını düşünmekteyiz.

Common Law sistemlerinde cezalandırıcı tazminatın işlevsel görülmesinin temel sebeplerinden biri de vekaletsiz iş görme kurumunun bu sisteme yabancı olmasıdır. Zarar verenin eylemden ötürü elde ettiği kazancın ondan geri alınabilmesi için vekaletsiz iş görme gibi efektif bir kuruma sahip olmayan *Common Law* sistemi, bu kazancın iadesi için ideal yolu cezalandırıcı tazminat ile bulmuştur¹⁰⁰⁴. Hatta Dobbs, cezalandırıcı tazminatın zarar verenin bu eylemden elde ettiği doğrudan ve dolaylı kazançlar ile dava masraflarından oluşması gerektiğini dahi savunmuştur¹⁰⁰⁵. Ancak zaten Kıta Avrupası hukukunda vekaletsiz iş görme gibi kazancın iadesi amacına yönelmiş bir hukuki kurum mevcuttur. Hatta bu hukuki kurumun uygulanma şartları, cezalandırıcı tazminatın katı yapısı ve zorlu şartları dikkate alındığında oldukça elverişli görünmektedir. Vekaletsiz iş görmeden kaynaklı iade talebi için kusurun aranmaması, vekaletsiz iş gören kişinin elde ettiği subjektif kazancın iadeye esas kabul edilmesi gibi unsurlar vekaletsiz iş görmeyi kazancın iadesini ilişkin oldukça verimli bir araç haline getirmektedir. Koziol'a göre bu hükümlerin yetersiz görüldüğü yerlerde revizyon da yapılabilecektir¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰³ **Baş Süzel** 2015, s. 144. Amerikan Hukuku'nda tazminatın benzer şekilde hesaplanmasına ilişkin bir çalışma için bkz. **Weinrib** 2012, s. 117 vd.

¹⁰⁰⁴ **Roberto** 2008, s. 28; **Heizmann** 2015, s. 293.

¹⁰⁰⁵ **Dobbs** 1989, s. 863 vd.

¹⁰⁰⁶ **Koziol** 2009, s. 303.

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeden kaynaklı olarak kazancın iadesi, Türk hukuk sisteminde hem TMK'da hem TBK'da öngörülmüştür. Kişilik haklarını koruyan davaları düzenleyen TMK md. 25 hükmünün üçüncü fıkrasında, kişilik hakları zarar gören kişinin maddi ve manevi tazminat taleplerinin yanı sıra elde edilmiş olan kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre iadesini talep etme hakkının da bulunduğu açıkça belirtilmiştir¹⁰⁰⁷. Bu düzenleme ZGB Art. 28a/III hükmünden etkilenecek Türk Hukuku'na alınmıştır. İş sahibinin buradaki talebi, kanun ile tanınan bir alacak hakkına dayanmaktadır¹⁰⁰⁸. Bu davanın gündeme gelebilmesi için başkasına ait bir hakkın hukuka aykırı surette kullanımı ve bundan bir kazanç elde etmek şarttır¹⁰⁰⁹. Bu tür hallerde sebepsiz zenginleşme kurumu da akla gelmekle beraber vekaletsiz iş görmenin elde edilen kazancın tamamının iadesi bakımından daha elverişli sonuçlar doğurduğu belirtilmektedir¹⁰¹⁰. Zira sebepsiz zenginleşmede elde edilen bütün kazancın değil objektif zenginleşmenin iadesinin istenmesi esas iken vekaletsiz iş görme kapsamında subjektif zenginleşmenin iadesi de talep edilebilmektedir¹⁰¹¹. Böylece, zarar veren kişinin elde ettiği kazancın tamamının iadesi için vekaletsiz iş görme daha etkili bir hukuki enstrüman haline gelmektedir. Vekaletsiz iş görmenin etkin kullanımından ve buna ilişkin

¹⁰⁰⁷ TMK md. 25/III: *“Davacının, maddî ve manevî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır.”*

¹⁰⁰⁸ **Özen/Yıldız** 2021, s. 1829.

¹⁰⁰⁹ **Tandoğan** 2010, s. 251; **CHK OR-** Maissen/Huguenin/Jenny, Art. 423 N. 2; **Yılmaz/Yıldırım** 2021, s. 137 vd.; **Baş Süzel** 2015, s. 275.

¹⁰¹⁰ **BSK OR I-**Oser/Weber, Art. 423 N. 11; **KUKO OR-**Schaller, Art. 423 N. 3; **CHK OR-** Maissen/Huguenin/Jenny, Art. 423 N. 3; **Tandoğan** 2010, s. 252.

¹⁰¹¹ **Serozan** 2022, s. 440–441; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner** 2022, s. 577.

görüşlerden bahsetmeden önce vekaletsiz iş görme kurumunun kısaca açıklanması faydalı olacaktır.

Vekaletsiz iş görmeye ilişkin düzenleme TBK md. 526 ve devamında öngörülmüştür. TBK md. 526 ve 527’de vekaletsiz olarak iş gören kişinin göstermesi gereken özenin ölçüsü ve sorumluluğu düzenlenmiştir¹⁰¹². TBK md 528, ehliyetsiz iş görenin sorumluluğunu düzenlerken, md. 529, 530 ve 531 iş sahibinin yükümlülüklerinin kapsamını belirtmektedir. Vekaletsiz iş görme hallerinde, işin iş sahibinin menfaatine yapıldığı haller gerçek vekaletsiz iş görme, iş görenin menfaatine yapıldığı haller ise gerçek olmayan vekaletsiz iş görme olarak isimlendirilmektedir. İşte, kişilik haklarının ihlalinde gündeme gelen vekaletsiz iş görme hali, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmedir¹⁰¹³.

2. Şartları

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin söz konusu olabilmesi için temel unsurlar şu şekilde ifade edilmektedir: Bir iş görme eyleminin varlığı, işin başkasına ait olması(hukuka aykırılık), vekaletin bulunmaması ve kendisi için iş görme iradesinin bulunması¹⁰¹⁴. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümlerine başvurulabilmesi için kusurun aranıp aranmayacağı ise tartışmalara konu oluşturan bir husustur. Türk- İsviçre

¹⁰¹² İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısı’nda kazancın iadesi yaptırımı ve vekaletsiz iş görme genel hükümler bahsinde Art. 70-72 arasında düzenlenmiştir. Art. 70 hükmünde, elde edilen menfaatin kapsamı ve ispatı düzenlenirken, Art. 71 bu bedelden masrafların düşülmesine ilişkindir. Art. 72 ise kazancın iadesi yaptırımının kapsamını ve koşullarını hükme bağlamaktadır.

¹⁰¹³ Aydın 2017, s. 8.

¹⁰¹⁴ BSK OR I-Oser/Weber, Art. 423 N. 5 vd.; Inderkum 2008, s. 175 vd Baş Süzel 2015, s. 21 vd.; Yüksel 2018, s. 19 vd; Turan Başara 2018, s. 327 vd.; Tandoğan 1977, s. 447 vd; Gümüş 2014, s. 244–246.

hukukunda kanunda yer alan düzenlemelerde kusura ilişkin bir ibareye yer verilmemiştir. Alman Hukuku'nda ise BGB §687 hükmünde, işin kendisine ait olduğunu sanarak işi gören kişilere menfaat devri yaptırımının farklı şekilde uygulanacağını belirterek kusura ilişkin bir düzenlemeye yer vermiştir. Diğer bir deyişle kusur, Alman Hukuku açısından gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeden bahsedebilmek için aranan şartlardan birisidir. Her ne kadar Türk-İsviçre hukukunda kanunda gerçek olmayan vekaletsiz iş görme için kusur şartının aranacağına dair bir düzenleme bulunmasa da¹⁰¹⁵ hakim görüşe göre bu hükümlerin uygulanabilmesi için görülen işin kendisine ait olmadığını bilme veya bilebilecek durumda olma koşulu aranmalıdır¹⁰¹⁶. Görüldüğü üzere bu durumdaki kusur, işin kendisine ait olmadığını bilme konusundaki kötüniet olarak ortaya çıkmaktadır. Kusur yerine kötüniet kavramının temel alınması, bir görüşe göre kast ve ağır ihmal şeklinde gerçekleşen kusurun dikkate alınması neticesini doğurmaktadır. Hafif kusur içeren eylemlerin varlığı halinde ise gerçek olmayan vekaletsiz iş görme oluşmayacaktır¹⁰¹⁷. Buna karşılık, İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, kişilik haklarının ihlaline dayanan bir vekaletsiz iş görme davasında kusuru şart olarak aramamıştır¹⁰¹⁸. Objektif görüş olarak da ifade edilen görüşe göre de, gerçek olmayan

¹⁰¹⁵ Schaller, kanundan bu sonucun çıkarılabileceğini savunmaktadır. Bkz. **KUKO OR**-Schaller, Art. 423 N. 2.

¹⁰¹⁶ **BSK OR I**-Oser/Weber, Art. 423 N. 12; **CHK OR**- Maissen/Huguenin/Jenny, Art. 423 N. 3; **ZK OR**-Schmid, Art. 423 N. 11; **Baş Süzel** 2015, s. 42 vd; **Gümüş** 2014, s. 246; **Eren** 2022, s. 924. Bu sonuca amaca uygun sınırlama ile ulaşıldığı yönünde bkz. **Furrer/Müller-Chen/Çetiner** 2022, s. 578.

¹⁰¹⁷ **Baş Süzel** 2015, s. 46.

¹⁰¹⁸ BGE 133 III 153 E 3.3. Ancak bunun kişilik hakları ihlallerinde doğal bir durum olduğu belirtilmektedir. Bkz. **CHK OR**-Maissen/Huguenin/Jenny, Art. 423 N. 4; **CHK OR**-

vekaletsiz iş görmeye ilişkin hükümlerin uygulanması kusurdan bağımsızdır¹⁰¹⁹. Bu görüşteki yazarlardan Inderkum’a göre, haksız olarak elde edilen kazancın iadesinin kusurla bir bağlantısı olmamalıdır. Kanun, bu şekilde edilen kazançların iadesi ile hükümlerden hiçbirinde kusur şartına yer vermemiştir. Bu da kanunkoyucunun, bu yaptırımları kusura bağlamamak konusundaki iradesinin doğrudan bir göstergesidir. Ancak bu görüşteki yazarların dahi bir kısmı, kusurlu vekaletsiz işgören ile kusursuz vekaletsiz iş gören arasında bir fark olması gerektiğini kabul etmekte ve kusursuz vekaletsiz iş görene sebepsiz zenginleşme hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Bu konudaki kabule göre uygulanacak hükümlerin de değişebileceği ifade edilmektedir. Kusur şartının varlığı kabul edildiği takdirde, kötüniyetli olarak gerçekleşen kendi lehine iş görme hallerinde gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümleri ve kazancın iadesi yaptırımı uygulanırken, iyiniyetli olarak kendi lehine iş gören kişiye sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması gerekeceği savunulmaktadır¹⁰²⁰.

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye dayanan iade talebi, işgörenin elde ettiği her türlü maddi kazancı kapsamaktadır. Kazanç elde edilen iş görme eyleminden önceki malvarlığı durumu ile mevcut durum arasındaki fark, kazancı oluşturmaktadır¹⁰²¹. Burada elde edilen kazancın, işgörenin bireysel faaliyetinden kaynaklanıp kaynaklanmaması

Maissen/Huguenin/Jenny, Art. 423 N. 10a-11; **Inderkum** 2008, s. 184. Benzer yönde bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir** 2019, s. 276.

¹⁰¹⁹ **ZK OR-Schmid**, Art. 423 N. 29; **Roberto** 2008, s. 28 dn. 39; **Inderkum** 2008, s. 185; **Turan Başara** 2018, s. 339–340.

¹⁰²⁰ **BSK OR I-Oser/Weber**, Art. 423 N. 11; **KUKO OR-Schaller**, Art. 423 N. 4-6; **Baş Süzel** 2015, s. 50; **Gümüş** 2014, s. 252; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner** 2022, s. 578; **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu/Serozan**, Md. 77 N. 47.

¹⁰²¹ **Inderkum** 2008, s. 179.

önem taşımamaktadır¹⁰²². İşgören, yaptığı masrafları ispat edebildiği takdirde bunlar net kazançtan indirilecektir¹⁰²³. İş sahibinin, zarara uğramasına ve uğradığı zararı ispat etmesine ise gerek bulunmamaktadır¹⁰²⁴. İş sahibi, sadece diğer tarafın elde ettiği kazancı ispat etmelidir. Elde edilen kazancın net olarak ispatının mümkün olmadığı veya aşırı güç olduğu hallerde, TBK md. 50/II kıyasen uygulanacak ve hakim hakkaniyete uygun bir bedel belirleyecektir.

3. Zamanaşımı

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hakim görüşe göre haksız fiil niteliğinde kabul edilmelidir¹⁰²⁵. Özellikle de kusur şartının aranmasıyla beraber, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme ile haksız fiil gerçekten birbiriyle benzeşir hale gelmektedir. Hatta gerçek olmayan vekaletsiz iş görmedeki kazancın iadesi yaptırımının, haksız fiildeki tazminatın ağırlaştırılmış bir versiyonu olduğu belirtilmektedir¹⁰²⁶. Bu görüşü savunan yazarlar, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye haksız fiil zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğini belirtmektedir¹⁰²⁷. Bir diğer görüşe göre ise, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme haksız fiil benzeri niteliğinde olup, doğrudan haksız fiil hükümlerine tabi değildir. Dolayısıyla, genel zamanaşımı süresi olan on yıla tabi tutulmalıdır. Nitekim

¹⁰²² **BSK OR I**-Oser/Weber, Art. 423 N. 14; **CHK OR-** Maissen/Huguenin/Jenny, Art. 423 N. 13.

¹⁰²³ **KUKO OR**-Schaller, Art. 423 N. 9; **Özen/Yıldız** 2021, s. 1832.

¹⁰²⁴ **Roberto** 2008, s. 27; **Landolt** 2017, s. 202; **Özen/Yıldız** 2021, s. 1830.

¹⁰²⁵ **BSK OR I**-Oser/Weber, Art. 423 N. 13; **KUKO OR**-Schaller, Art. 423 N. 10; **CHK OR-** Maissen/Huguenin/Jenny, Art. 423 N. 11; **ZK OR**-Schmid, Art. 423 N. 133; **Yavuz/Acar/Özen**, 2. Cilt, 2022, s. 1489; **Eren** 2022, s. 912.

¹⁰²⁶ **CHK OR-** Maissen/Huguenin/Jenny, Art. 423 N. 11.

¹⁰²⁷ **Inderkum** 2008, s. 189; **Turan Başara** 2018, s. 351; **Tandoğan** 1977, s. 451; **Gümüş** 2014, s. 250; **Yavuz/Acar/Özen**, 2. Cilt, 2022, s. 1491; **Eren** 2022, s. 927–928.

gerçek vekaletsiz iş görmenin, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye göre daha uzun bir zamanaşımı süresine tabi olmasını açıklamak güçtür¹⁰²⁸. Yargıtay da kararlarında çoğunlukla on yıllık zamanaşımı süresini kabul etmektedir¹⁰²⁹. Son olarak bir diğer görüş ise, TBK md. 147’de öngörülen beş yıllık kısa zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır¹⁰³⁰. Bu görüşe göre vekaletsiz iş görme ile vekalet sözleşmesi aynı zamanaşımı sürelerine tabi olmalıdır.

4. Maddi ve Manevi Tazminat Talepleri İle Yarışması

İş sahibinin, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme kapsamında sadece kazancın iadesini mi isteyeceği yoksa buna ek olarak haksız fiildeki maddi ve manevi tazminat taleplerini de aynı zamanda talep etmesinin mümkün olup olmadığı hususu da açıklanmalıdır. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye konu eylemin aynı zamanda bir haksız fiil teşkil ettiği kabul edildiğinde, maddi ve manevi tazminat talep etme imkanı da tanınmalıdır¹⁰³¹. TBK md. 52’de yer alan tazminattan indirim sebeplerinin, kazancın iadesi yaptırımı için de kıyasen geçerli olacağı ifade edilmektedir. Burada TBK md. 52’nin kıyasen uygulanmasının temel gerekçesi, kazancın iadesinin bir tazminat niteliğinde olmamasıdır¹⁰³². Tazminatın kapsamının ne şekilde belirleneceği sorusu ise birçok tartışmayı da beraberinde getirmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi, patent hakkının ihlaline dayanan çeşitli davalarda bu konuyu incelemiştir¹⁰³³. İlk içtihatlarda, kazancın iadesi talebinin, patent sahibinin uğradığı zararlarla sınırlı olmadığı, ihlal edenin

¹⁰²⁸ ZK OR-Schmid, Art. 423 N. 132.

¹⁰²⁹ YHGK, 26.03.2008 T., 19-268/284; Yar. 3. HD., 29.12.2005 T., 13142 E., 14640 K.

¹⁰³⁰ Baş Süzel 2015, s. 131; Gümüş 2014, s. 250.

¹⁰³¹ ZK OR-Schmid, Art. 423 N. 143.

¹⁰³² Baş Süzel 2015, s. 152.

¹⁰³³ BGE 63 II 277 vd. E. 3; BGE 97 II 176 E. 3a .

patentten elde ettiği kazancın tazminatın asgari sınırını oluşturduğu belirtilmiřtir¹⁰³⁴. Ancak daha yeni kararlarda, bu iki talebin birbirinden farklı hukuki temellere dayandığı, dolayısıyla da iki talebin birleştirilmesinin m¼mk¼n olmadığı, bunların yarışan talepler olduğu y¼n¼nde g¼r¼ř bildirilmiştir. Dolayısıyla zarar g¼ren kişiler, ya kazancın iadesini ya da haksız fiilden kaynaklanan tazminat taleplerini ileri s¼rebileceklerdir. Schmid ise bu kararların, ancak kazancın iadesi yaptırımının yalnızca telafi işlevine y¼nelik olduğu durumlarda kabul edilebileceğini savunmaktadır¹⁰³⁵. Bu da ancak iş sahibinin, iş g¼rme edimiyle kendi kendine da kazanç elde edebileceği durumlar i¼in ge¼erlidir. Zira bu hallerde kazancın iadesi ile yoksun kalınan kazanç kalemleri eşdeğerdir. Vekaletsiz iş g¼ren, ger¼ekleřtirdiđi iş g¼rme edimi ile hem kendisi kazanç sağlamış hem de iş sahibinin kazanç elde etmesine engel olmuştur. Bu hallerde zarar g¼ren, ya kazancın iadesini ya da kendi yoksun kaldığı karı talep edebilecektir. İş g¼renin pazardaki bir markanın itibarından yararlanarak isim benzerliği karmaşası yaratıp kar elde etmek gibi ¼rneklerde ise, zarar g¼ren hem uğradığı fiili zararı hem de kazancın iadesini talep edebilmelidir. Zira bu hallerde, iş sahibinin elde edeceği ve yoksun kaldığı bir kazanç s¼z konusu olmamakta ve kazancın iadesi, telafi dışında bir işleve y¼nelmektedir. Ger¼ekten de asıl problem, maddi tazminatın yoksun kalınan kar kalemi ile kazancın iadesi yaptırımına konu oluşturan zarar verenin elde ettiği karın birbirine karışma ihtimalinden kaynaklanmaktadır. Zarar verenin, eylemden ¼t¼r¼ kazancı elde ettiği, zarar g¼renin ise yoksun kalınan karının bulunduğu hallerde, bu iki durum arasında bir illiyet bağının bulunup bulunmadığı incelenerek sonuca varılmalıdır¹⁰³⁶. İki durum arasında illiyet

¹⁰³⁴ **ZK OR**-Schmid, Art. 423 N. 174.

¹⁰³⁵ **ZK OR**-Schmid, Art. 423 N. 175.

¹⁰³⁶ **Inderkum** 2008, s. 209; **Baş S¼zel** 2015, s. 250 vd. Aksi y¼nde bkz. **Landolt** 2017, s. 207.

bağının var olduğu hallerde yarışma, var olmadığı hallerde ise taleplerin kümülatif olarak ileri sürülebilmesi gündeme gelecektir¹⁰³⁷. Diğer bir deyişle eğer zarar gören kişi, zaten o iş görme ediminden bir kazanç elde etmek amacındaysa veya bunun için gerekli koşullar oluşmuşsa iki talep yarışma durumu içinde olacaktır. Zira bu durumda, aynı kazanç hem kazancın iadesinin hem de maddi tazminatın içinde yer alan yoksun kalınan kazanç kaleminin konusunu oluşturacaktır. Zarar görenin yoksun kalınan kazancının, diğer tarafın haksız kazancından farklı olduğu hallerde ise talepler kümülatif olarak ileri sürülebilecektir¹⁰³⁸.

Manevi tazminat ile kazancın iadesinin aynı anda istenmesinin önünde ise bir engel bulunmamaktadır. Sadece manevi tazminatın belirlenmesinde olayın koşulları dikkate alınırken, iade edilecek kazanç miktarının da göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰³⁹.

Honsell'e göre, manevi tazminatın özel hukukun temel gayelerine aykırı şekilde önleme gibi düşüncelere saplanması yerine, halihazırda var olan kurumları etkin kullanması daha yararlı olacaktır. Caroline I ve II kararlarında önleme düşüncesinin dikkate alınmasının yegane sebebi, basının bu yolla elde ettiği kârı sınırlamak ve böylece benzer davranışların önüne geçebilmektir. Ancak bu sonuca ulaşabilmek için önleme düşüncesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Vekaletsiz iş görme hükümleri, sistemin ana prensiplerinden vazgeçmeden bu sonuca varmak için gayet yeterlidir¹⁰⁴⁰. Canaris de benzer görüşleri dile getirmekte ve zararı aşan bir meblağa hükmedilen hallere ilişkin

¹⁰³⁷ **Turan Başara** 2018, s. 101; **Dural/Öğüz** 2015, s. 156–157; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir** 2019, s. 275–276.

¹⁰³⁸ Bu hale ilişkin örnekler için bkz. **Turan Başara** 2018, s. 372–373.

¹⁰³⁹ **ZK OR-Schmid**, Art. 423 N. 178.

¹⁰⁴⁰ **Honsell** 2008, s. 324. Benzer yönde bkz. **Koch** 2011, s. 391.

sorunun tazminat ile mi yoksa kazancın iadesi ile mi çözüleceğini tartışmanın esasında teorik ve dogmatik bir mesele olduğuna dikkat çekmektedir. Zira her iki dalın dayandığı adalet düşünceleri birbirinden farklıdır. Önleme düşüncesi kazancın iadesine bağımlı bir yan etki niteliğinde olup hukuki etkinin devamına hizmet etmektedir. Bu bakış açısıyla da kazancın zarar görene iade edilmesinde bir gariplik oluşmayacaktır. Ancak kazancın iadesinden değil de önleme düşüncesinden hareket edilirse, o zaman bu zararı aşan kısmın neden zarar görene ödendiğini izah etmek mümkün olmayacaktır¹⁰⁴¹.

Bydlinski, Caroline kararları ile yaratılan karmaşayı ve önleme amacına yapılan vurguyu eleştirmekte ve çözümün zaten halihazırda sebepsiz zenginleşme ve vekaletsiz iş görmede bulunduğuna dikkat çekmektedir¹⁰⁴². Yazara göre kazancın iadesi yaptırımını haksız fiil hukukundaki tazminatlardan ayıran unsur, burada müdahaleyi gerçekleştiren tarafın elde ettiği haksız avantajın ve menfaatlerin iadesinin amaçlanmasıdır¹⁰⁴³. Sebepsiz zenginleşme alanında herhangi bir zararın varlığının aranmaması da bu yüzdendir. Burada hak sahibinin o hakkı kullanmak isteyip istemediği bir önem taşımamaktadır. Temel gaye, haksız olarak kullanımı gerçekleştiren ve müdahale eden kişinin elde ettiği menfaatlerin ondan geri alınmasıdır. Bydlinski'ye göre Caroline kararları ile varılan sonucun önleme işlevi ile bir alakası yoktur. Zira, gerçekte olmayan bir röportajı yayınlayan kişinin bu sebeple elde ettiği kazancın ondan geri alınması sebepsiz zenginleşme ve vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca öngörölmüş olan doğal bir hukuki sonuç niteliğindedir.

¹⁰⁴¹ **Canaris** 1999, s. 108–109.

¹⁰⁴² **Bydlinski** 2004, s. 346.

¹⁰⁴³ **Bydlinski** 2004, s. 346. Aynı yönde bkz. **Koziol** 2009, s. 293-295

Vekaletsiz iş görmeye cezalandırıcı işlev yükleyen bir görüş bulunmaktadır¹⁰⁴⁴. Cezalandırma işlevinden hareket eden yazarlar, genellikle zararı aşan bir miktarın kazancın iadesi olarak talep edilebilmesini ve zarar şartından bağımsızlığı gerekçe olarak ileri sürmektedir¹⁰⁴⁵. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Aynı argümanlar, önleme işlevini açıklamak için de kullanılabilecektir. “*Hukuka aykırı davranış, zarara verene kâr kalmaz.*” şeklindeki yaklaşım, cezalandırmadan daha çok önleme amacına yöneliktir. Zira asıl amaç, kazanç sağlayanı cezalandırmak değil, o kazancın iadesini sağlamak suretiyle ilerideki benzer davranışların önüne geçebilmektir¹⁰⁴⁶. Ayrıca haksız olarak kazanç elde eden bir kişiden bu kazancın hukuk düzeni tarafından geri alınması, adaletin de gereği olarak görülebilir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, kazancın iadesinin bir cezalandırıcı tazminat değil de medeni ceza (özel hukuk cezası) olarak nitelendirilmesi daha doğru olacaktır¹⁰⁴⁷.

Vekaletsiz iş görmede kazancın iadesi yaptırımını uygulanırken, elde edilen karın esas alınması kanaatimizce önemlidir¹⁰⁴⁸. Zira elde edilmesi gereken karlar değil de elde edilen somut karın esas alınması, kurumun cezalandırmaktan çok önlemeye yönelen niteliğini ortaya koyan önemli bir argümandır. Cezalandırma işlevi, kişinin elde ettiği

¹⁰⁴⁴ **Heizmann** 2015, s. 293; **Serozan** 2018, s. 478; **Brockmeier** 1999, s. 45.

¹⁰⁴⁵ **Heizmann** 2015, s. 293.

¹⁰⁴⁶ İsviçre Ceza Kanunu Art. 70’in suçtan elde edilen gelirlere ve malvarlığına ilişkin diğer değerlere müsadere yoluyla el konulmasını bir ceza olarak değil de güvenlik tedbiri olarak düzenlemesi de, kazancın iadesine ilişkin yaptırımların cezalandırma amacına yönelmediğine dair bir argüman olarak dile getirilmektedir. Bkz. **Heizmann** 2015, s. 294 dn.1529.

¹⁰⁴⁷ Benzer yönde bkz. **Güleryüz/Zorluoğlu Yılmaz** 2019, s. 354. Cezalandırma işlevinin bulunduğu noktada farklı görüşte olmasına rağmen aynı değerlendirme için bkz. **Baş Süzel** 2015, s. 178–181.

¹⁰⁴⁸ **Roberto** 2008, s. 29.

kazancı dahi aşan bir miktarı gerekli kılmaktadır. Bir kişiden sadece elde ettiği kazançların alınması, onda cezalandırıldığı yönünde bir düşünce yaratmayacaktır. Cezalandırma, kişinin zarar verici eylemden elde ettiği yararları da aşan bir tazminat ile gerçekleşir. Vekaletsiz iş görenden sadece elde ettiği sübjektif zenginleşmenin geri alınması, onu benzer davranışlar açısından caydırıcı bir etkiye sahiptir. Elde ettiği kazancı iade etmek ve hukuk düzeni tarafından haksız bulunmak riski altındaki kişiler, benzer davranışlardan kaçınacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, buradaki önleme ekonomik analiz çerçevesinde hesaplanan optimal bir önleme olmayıp sadece elde edilen kazancın iadesi ile varılmak istenen bir sonuçtur.

Kazancın iadesi yaptırımının sonucunu belirlerken mağdurun uğradığı zararın veya malvarlığındaki kaybın değil de zarar verenin elde ettiği karın ele alınması, cezalandırıcı tazminatla ulaşılmak istenen sonuçları halihazırda yaratmaktadır. Dolayısıyla, kazancın iadesi yaptırımının etkin kullanımı sayesinde, haksız olarak elde edilen bir kazancın zarar verende kalmasının önüne geçilerek cezalandırıcı tazminatın amaçlarından biri hayata geçirilebilmektedir. Sistemin içinde yer alan bir yaptırımın etkin kullanımı ile bu sonucun sağlanması da ayrıca önem taşımaktadır. Yeni bir hüküm ihdas veya iktibas etmek yerine, halihazırdaki bir düzenlemeden yararlanarak sorumluluk sistemi içindeki bir boşluk doldurulabilmektedir.

C. Kişilik Hakkının İhlaline Dayanan Davalarda Manevi Tazminatları Artırmak Amacıyla Önleme Düşüncesinin Ana Amaç Olarak Dikkate Alınması

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, maddi tazminatta önleme işlevini ana bir işlev olarak kabul etmek mümkün değilken¹⁰⁴⁹ manevi tazminatta önleme işlevinin tazminatın

¹⁰⁴⁹ Yuk. 2. Bölüm, §8, IV.

belirlenmesinde bir ana işlev olarak kabul edilmesi mümkün olmalıdır¹⁰⁵⁰. Manevi tazminatın belirlenmesinde hakime tanından takdir yetkisini genişliği, bu tercihimizde önemli rol oynamaktadır¹⁰⁵¹. Türk Hukuku açısından yetersiz şekilde yaptırıma bağlandığı düşünülen bazı olay grupları, manevi tazminat miktarlarına ilişkin yaklaşımın değişmesi neticesinde daha etkili şekilde çözüme kavuşturulacaktır.

Manevi zararın belirlenmesi, hem *Common Law* sistemlerinde hem de Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde her zaman sorunlu bir hukuki konu olarak ele alınmıştır. Zaman zaman hukuku daha objektif bir bilim haline getirme çabasıyla manevi zararın tazmininden uzaklaşmış zaman zaman ise manevi zararlar yeterli olmadığı düşünülen toplam tazminat miktarını dengeleyici ve tamamlayıcı bir unsur gibi görülmüştür¹⁰⁵². Dolayısıyla manevi zarar, belirsiz doğası sebebiyle çok farklı hukuki işlevlere yönelik olarak kullanılabilmektedir. Daha önce de belirtildiği üzere cezalandırma işlevine ilişkin tartışmalarda da önemli bir rol oynayan manevi zarar, belirlenmesinde büyük güçlüklerle karşılaşılan göreceli bir hukuki kurumdur. Burada temel soru manevi zarar ve manevi tazminat miktarlarının somut olaylarda yeterli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. *Caroline* içtihatlarına kadar manevi tazminat miktarlarını çok sınırlı tutan Alman hukuku bile bir noktada manevi tazminat miktarlarında artışa gitmişken benzer bir durumun Türk hukuku açısından da mümkün olup olmadığı ve bunu ne şekilde gerekçelendirebileceğimiz konusu tartışılmalıdır.

Türk Hukuku açısından önleme işlevinin yeri üzerinde yukarıda kısaca durulmuştur. Maddi tazminatta önleme düşüncesinin tazminatın belirlenmesine ilişkin

¹⁰⁵⁰ Yuk. 2. Bölüm, §9, III, E.

¹⁰⁵¹ **Karayalçın** 1962, s. 268.

¹⁰⁵² **Wagner**, AcP 2006, s. 461.

önemli bir kriter olabileceğini ifade eden görüşler bulunmaktaysa da bu görüşlere katılma olağanı bulunmadığı belirtilmiştir¹⁰⁵³. Manevi tazminat açısından önleme işlevinin bağımsız bir amaç olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ise ayrı bir tartışmanın konusunu oluşturmaktadır. Zira manevi zarar, maddi zarardan farklı olarak oldukça soyut şekilde belirlenen ve hakimın takdir yetkisi kapsamında karar verilen bir zarar türüdür. Dolayısıyla manevi zararın belirlenmesinde sınırlar bulunmasına rağmen, önleme gibi bir işlevin de devreye sokulması ve tazminat belirlenirken dikkate alınabilmesi mümkündür. Önleme yerine cezalandırmanın seçilmesinin neden mümkün olmadığı sorusu da bu noktada akla gelebilir. Cezalandırma yerine önlemenin seçilmesindeki temel gerekçe, Kıta Avrupası sorumluluk hukukunun iç sistematik yorumu ile ulaşılan temel değerlerdir. Zira Kıta Avrupası sorumluluk hukukunda önleme amacının varlığı hep kabul görmüşken cezalandırma çok istisnai özel durumlar haricinde hep dışarıda bırakılmıştır. Önleme, zaten her zaman kabul edilen bir yan etkiyken, belirli ağırlıktaki kişilik hakkı ihlallerinde bir ana işlev olarak kabul edilerek manevi tazminat miktarlarında bir artış sağlanabilecektir.

Önleme amacının dikkate alınmasının en önemli hukuki sonucu, sadece kişilik haklarında meydana gelen eksilmeyi parasal olarak tazmin etmenin yeterli olmaması ve benzer davranışlar açısından caydırıcılık arz edecek bir rakama da hükmedilmesi zorunluluğu olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁰⁵⁴. Manevi zararlar açısından ise bu durum oldukça tartışmalı birçok konuyu da beraberinde getirmektedir. Nitekim manevi zararlar, doğası itibarıyla hakimın takdir yetkisinin büyük önem taşıdığı ve maddi kriterlerden daha çok hukuk politikasıyla belirlenen bir alandır. Ekonomik olarak ölçülebilen bir

¹⁰⁵³ Yuk. 2. Bölüm, §8, IV.

¹⁰⁵⁴ **Tschannen** 2009, s. 2.

zararın bulunmaması, zararın belirlenmesi ile ilgili alanı maddi tazminata göre daha sübjektif hale getirmektedir. Her ne kadar objektif manevi zarar görüşü benimsense de zararın belirlenmesi noktasında farklı bir yaklaşıma geçmek zaruri hale gelmektedir.

Türk-İsviçre Hukuku'nda hakim görüş önlemeyi bir kriter olarak değil de bir yan etki olarak kabul etmesine rağmen¹⁰⁵⁵ Alman Hukuku, özellikle de Caroline kararlarıyla birlikte önlemeyi bir yan etki olmaktan çıkarıp belirli ihlaller için bir ana işlev olarak belirlemiş ve tazminatın belirlenmesinde bir kriter olarak kullanmıştır¹⁰⁵⁶. Caroline kararlarında Alman Federal Mahkemesi, zorunlu ticarileştirmeye maruz bırakılan kişilik haklarının ihlalinin doğan davalarda, medya şirketlerinin bu zorunlu ticarileştirme ile elde ettiği kazancın dikkate alınması yoluyla önlemenin sağlanacağını ve bunun manevi tazminat miktarı açısından belirleyici olacağını belirtmiştir¹⁰⁵⁷. Her ne kadar daha sonraları bunun sadece medya yoluyla gerçekleşen kişilik hakkı ihlalleri ile sınırlı

¹⁰⁵⁵ **Turan Başara** 2018, s. 254; **Keskin** 2016, s. 140–141.

¹⁰⁵⁶ **Trachsel** 2018, s. 52; **Erlüle** 2021, s. 74.

¹⁰⁵⁷ Trachsel, Caroline içtihatlarıyla önleme adı altında cezalandırma işlevinin özel hukuka dahil edildiğini, bunun özel önleme amacına değil genel önleme amacına yönelik olduğunu, genel önlemenin ise ancak ceza hukukunun amacı olabileceğini, genel önleme amacıyla zararı aşan bir tazminata hükmetmenin Bydlinski'nin ikili doğrulama sistemine aykırı olduğunu, ayrı bir önleme amacının bu sebeplerle kabul edilemez nitelikte olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, asıl sorun manevi tazminat miktarlarının düşük olmasıdır. Manevi tazminat miktarları arttığı takdirde, önleme zaten bir yan etki olarak kendiliğinden oluşacaktır. Bkz. **Trachsel** 2018, s. 58. Koch da Caroline içtihatlarında her ne kadar önleme işlevinin esas alındığı iddia edilmiş olsa da gerçekte bir cezalandırmanın söz konusu olduğunu belirtmektedir. Yazar, farklı kararlarda bedensel zararlar veya farklı kişilik hakkı ihlalleri için önleme düşüncesiyle artırımı gidilmesi olgusunun açıkça reddedildiğini belirtmektedir. Koch'a göre önleme gibi özel hukukta ancak yan etki olarak kabul edilebilecek bir hususu ana bir işlev haline getirmek yerine, idari veya cezai yaptırımlarla benzer sonuçların elde edilmesi daha uygun olacaktır. Bkz. **Koch** 2011, s. 392.

olduğuna dair kararlar verilmiş olsa da önleme işlevini de dikkate alarak manevi tazminata karar vermek giderek yaygınlaşan bir uygulama halini almıştır¹⁰⁵⁸.

Wagner'in önerisi dikkate alındığı takdirde, aynen maddi zararlarda olduğu gibi manevi zararlarda da önleme düşüncesi dikkate alınarak bir artışa gidilebilecektir. Zira hukukun ekonomik analizi doktrininin bakış açısıyla durum değerlendirildiğinde manevi tazminatın belirlenmesi de bir başka iktisadi problemdir. Yazara göre Caroline kararları ile benimsenen önleyici yaklaşım ve manevi tazminat miktarının bu düşünce kapsamında belirlenmesi yerinde bir düşüncedir. Hatalı olan, cezalandırma ve önlemeyi aynı kefeye koymak ve bireylerin davranışlarını yönlendirmeyi özel hukukun amaçlarından biri olarak görmemektir¹⁰⁵⁹. Wagner'in vardığı sonuca katılmakla beraber, manevi zararın belirlenmesinin sadece iktisadi bir sorun olduğuna yönelik bakış açısına katılmanın mümkün olmadığını belirtmek isteriz. Hukukun ekonomik analizi doktrini, manevi zararların ve manevi tazminatın belirlenmesinde kullanılacak kriterlerden biri olabilse de tek başına iktisadi bir değerlendirmenin yeterli olmadığını düşünüyoruz. Daha doğru yaklaşım, hukukun ekonomik analizinden elde edilen verileri hem sorumluluk hukukunun genel ilkeleriyle hem de somut olayın koşullarıyla birlikte değerlendirerek sonuca ulaşmaktır.

Koziol ise Caroline içtihatlarında önleme işlevinin kullanılmasına karşı çıkmakta ve asıl sorunun manevi tazminat miktarlarında olduğunu belirtmektedir. Yazara göre manevi tazminat kavramının ve bunun belirlenmesine ilişkin ölçütlerin genişletilmesi

¹⁰⁵⁸ Önleme işlevinin her kişilik hakkı ihlalinde söz konusu olmayacağı yönünde bkz. **NJW** 2000, 2187, 2188. Önleme işlevinin dikkate alındığı kararlar için bkz. **NJW** 1973, 851, 853; **NJW** 2006, 702, 703.

¹⁰⁵⁹ **Wagner**, AcP 2006, s. 463.

gerekmektedir¹⁰⁶⁰. Yazar, cezalandırma ve önleme gibi işlevlere karşı çıkmakta ve bunların haksız fiil hukukunun parçası olamayacağını vurgulamaktadır. Ancak kasten veya ağır kusurla işlenen bazı kişilik hakları ihlallerinde öngörülen manevi tazminat miktarlarının yetersiz olduğuna ve artırılması gerektiğine ve ispatı oldukça zor olan manevi zarar halleri için götürü bedeller belirlenmesi ihtiyacı bulunduğunu ifade etmektedir. Koziol'e göre bu belirlemeler yapılırken Bydlinski tarafından ortaya konulan temel ilkeler unutulmamalıdır: Bireyler arası denge gözetilmeli ve davacının başına talih kuşu konmuş gibi hukuki sonuçların ortaya çıkmasına engel olunmalıdır¹⁰⁶¹.

Kanaatimizce, manevi tazminatın belirlenmesinde önleme işlevinin bir ana işlev olarak dikkate alınması ve bu sayede manevi tazminat miktarlarının belirli dava grupları için artırılması kabul edilmelidir¹⁰⁶². Bu bağlamda, iki ayrı dava grubu özellikle incelemeye değerdir. Bunlardan ilki, ağır kusur veya kast ile gerçekleştirilen bedensel zararlardan doğan manevi tazminat talepleridir. Bedensel zararlardan doğan manevi tazminat taleplerinde, bedensel zararın ağır kusur veya kast ile gerçekleştiği haller için

¹⁰⁶⁰ **Koziol** 2009, s. 305–306. Inderkum, manevi tazminat miktarlarında artışın gerçekten de bir ihtiyaç haline geldiğini, özellikle kişilik haklarının ağır kusur veya kast ile ihlalinde bunun gündeme gelebileceğini, tazminat miktarlarının önleme düşüncesiyle artırılabilceğini, ancak bunun esasında önleme işlevine değil cezalandırma işlevine yönelik olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, amaç, zarar vereni cezalandırmak ve zarar görenin kısmen de olsa zenginleşmesini sağlamaktır. Bkz. **Inderkum** 2008, s. 144.

¹⁰⁶¹ **Koziol** 2009, s. 306.

¹⁰⁶² Amerikan Hukuku'nda manevi tazminata telafi edici bir nitelik yükleme eğiliminden vazgeçildiği ve kavrama düzeltici adalet veya hukukun ekonomik analizi penceresinden bakarak daha etkin çözümlere ulaşıldığı yönünde bkz. **Göthel** 2005, s. 301–302. Erlüle, manevi tazminatın ilk işlevinin telafi olduğunu belirtmekte, ancak manevi tazminat miktarlarının ülkemizde çok düşük olması sebebiyle önleme/caydırmanın da ikinci işlev olarak kabul edilmesi gerekliliğine dikkat çekmektedir. Bkz. **Erlüle** 2021, s. 86–87. Benzer yönde bkz. **Demir** 2020, s. 72; **Güteryüz/Zorluoğlu Yılmaz** 2019, s. 345.

önleme işlevinin dikkate alınması ve kayıtsızca davranışlarda bulunan zarar verenin nispeten daha ağır bir tazminat ile karşılaşması makul bir sonuçtur¹⁰⁶³. Bir kişinin bedensel bütünlüğünün bozulması, ona karşı yöneltilebilecek en ağır saldırdır. Dolayısıyla bu tip bir müdahalenin neticesi olarak hukuk düzeninin vereceği karşılığın da ağır olması gereklidir. Ancak bu noktada keyfiliğin önüne geçilebilmesi için yasal olarak bir üst sınır belirlenmesi gerekmektedir. Zira sorumluluğa bir üst sınır getirmeksizin bedensel zararlarda önleme düşüncesiyle manevi tazminatın artırılması, bir süre sonra çok yüksek manevi tazminat hükümlerine ve bir dava yığına yol açabilir. Bu noktada, sorumluluğa getirilecek üst sınır ile hem öngörülebilirlik hem de hukuki güvenlik sağlanmalıdır.

Bir başka önemli dava grubu ise ağır kusur veya kast içeren bir fiil ile medya yoluyla kişilik haklarının ihlal edildiği hallerdir. Özellikle de günümüzde sosyal medya vb. araçların da yaygınlaşmasıyla sosyal kişiliğin uğrayabileceği zararların giderek arttığı görülmektedir. Bireyler çok kısa süreler içerisinde adeta bir sosyal linçe maruz kalabilmekte veya mahrem bir bilgi saniyeler içerisinde birçok kişiyle paylaşılabilir. Bu hallerde de manevi tazminatın telafi dışındaki amaçlara yönelmesi bir zorunluluktur. Bu noktada ikili bir ayrıma gitmekte fayda vardır. Medya veya sosyal medya yoluyla yapılan bu tip ihlallerden bir kazanç elde edildiyse (*lucrative torts*)¹⁰⁶⁴ bu kazanç miktarı, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmedeki kazancın iadesi yaptırımını ile iade edilmelidir¹⁰⁶⁵. Bu hallerde, hem manevi zarar hem de haksız kazancın

¹⁰⁶³ Göbel 2003, s. 97 vd.

¹⁰⁶⁴ *Lucrative torts* kavramı, haksız fiilin başkasının haklarına karşı bir kayıtsızlık ve kötücüllük içerdiği ve eylemden ötürü zarar görenin kazançlı çıktığı halleri ifade etmek için kullanılmaktadır.

¹⁰⁶⁵ Göbel 2003, s. 95. Bu durumlarda kazancı esas alan bir maddi zarar hesabı yapılabileceği yönünde bkz.

Schwenzer 2009, N. 18.35. Fransız Hukuku'nda *Béteille Taslağı* olarak bilinen kanunlaştırma çalışmasının

iadesi söz konusu olur. Esasen bu durum TMK md. 25 ile öngörülen sisteme de uygundur. Zira kazancın iadesi, zaten sistem içinde de öngörülmüş bir yaptırımdır. İhlalden ötürü elde edilen bir kazancın olmadığı ancak bir başkasının kişilik haklarına ağır kusurla veya kasten ve kayıtsızca ihlalin gerçekleştiği durumlarda hallerde ise bu sefer manevi tazminatın belirlenmesinde benzer davranışların önlenmesi esas alınmalıdır¹⁰⁶⁶. Dolayısıyla hem manevi zararların telafisi hem de benzer davranışların önlenmesi esas alınarak bir manevi tazminat miktarı belirlenmelidir.

Manevi tazminata konu fiilin hafif kusurdan doğduğu hallerde ise manevi tazminat sadece telafi düşüncesi temel alınarak belirlenmelidir. Zira bu hallerde önlenmesi gereken bir eylemden bahsetmek mümkün değildir. Zarar veren kişinin hafif

Art. 1386-25 hükmü bir cezalandırıcı tazminat düzenlemesine yer vermiştir. Söz konusu düzenleme uyarınca, bir başkasına kasten zarar veren veya sözleşmeyi kasten ihlal eden ve bundan ötürü kazanç elde eden kişilere karşı sadece telafi edici tazminat ödenmesinin yetersiz kalacağı anlaşılırsa, hâkim telafi edici tazminatın iki katına kadar cezalandırıcı tazminata hükmedebilir. Bu tazminat eğer benzer durumdaki mağdurların yararlanması için bir fon kurulmuşsa o fona, bu fonun kurulmadığı durumlarda ise hazineye ödenecektir. Bkz. **Mahé** 2012, s. 262 dn. 7.

¹⁰⁶⁶ Benzer durumlara ilişkin bir cezalandırıcı tazminat düzenlemesi, Fransız Hukuku'ndaki bir başka çalışma olan *Catala Taslağı*'nda yer almaktadır. Taslağın Art. 1371 hükmü uyarınca, kasten veya sadece kazancı gözeterek (*lucrative torts*) bir haksız fiil işlendiği takdirde, hakim telafi edici tazminata ek olarak cezalandırıcı tazminat öndemesine de hükmedebilir. Hakim, cezalandırıcı tazminata hükmetmedeki gerekçelerini açıkça belirtmeli ve tazminatın hangi kısmının cezalandırıcı nitelikte olduğunu mutlaka vurgulamalıdır. Telafi edici tazminat aşan kısım hazineye ödenir. Cezalandırıcı tazminat, sorumluluk sigortasının kapsamına dahil edilemez. Bkz. **Mahé** 2012, s. 263 dn. 10. Ancak haksız fiillere ilişkin hazırlanan son taslak niteliğindeki *Terre Taslağı*'nda ise sadece kazancı gözeterek (*lucrative torts*) bir haksız fiil işlendiği takdirde kazancın iadesi yaptırımına başvurulmaktadır. Kasten ve kötücül amaçlarla kişilik haklarının ihlalinde ise cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi mümkün olacaktır. Ancak bu durumun çok sınırlı hallerde söz konusu olacağı belirtilmektedir. Bkz. **Mahé** 2012, s. 271-272.

kusuruna ilişkin en orantılı yaptırım, oluşan zararın uygun şekilde telafi edilmesidir. Bu hallerde, önleme işlevine başvurmak ve manevi tazminat miktarının artmasına sebebiyet vermek, eylemle yaptırım arasındaki orantıyı sarsar.

Önemle belirtmek gerekir ki, önleme, manevi tazminatın ana işlevlerinden yalnızca birisidir. Sadece önleme işlevine dayanan ve telafi düşüncesini tamamıyla reddeden bir manevi tazminat, kamu hukuku yaptırımlarıyla karışma tehlikesini de beraberinde getirecektir¹⁰⁶⁷. Dolayısıyla telafi düşüncesi her zaman manevi tazminatın belirlenmesi açısından temel çıkış noktası olarak kabul edilmeli, ardından saydığımız dava gruplarına hasredilecek şekilde önleme işlevi ile tazminat miktarı artırılmalıdır. Haksız fiillerde, telafi işlevinin arz ettiği önem göz ardı edilmemeli ve zarardan bağımsız olarak hükmedilen keyfi manevi tazminat hükümlerinden dikkatle kaçınılmalıdır.

Alman Hukuku gibi manevi tazminat konusunda oldukça katı koşullara sahip bir sistemde¹⁰⁶⁸ dahi gerçekleştirilebilen değişimin, daha esnek yapıya sahip Türk Hukuku açısından gerçekleştirilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Kanaatimizce Türk Hukuku'nun bu yönde gelişmesi, yaptırım sisteminin etkililiği açısından önemlidir. Erlüle'nin de vurguladığı iki karar, bu açıdan umut vericidir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında manevi tazminatın belirlenmesinde caydırıcılığın da dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır¹⁰⁶⁹. Daha da yakın tarihli bir kararda ise Yargıtay 21. Hukuk Dairesi caydırıcılık unsuruna yer vererek daha yüksek manevi tazminata hükmetmiştir¹⁰⁷⁰. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun ve Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin

¹⁰⁶⁷ Göthel 2005, s. 306.

¹⁰⁶⁸ Karakaş 2004, s. 103–104.

¹⁰⁶⁹ Yar. HGK, 23.06.2004 T., 13-291/370.

¹⁰⁷⁰ Yar. 21. HD., 3.10.2017 T., 4601 E., 7189 K.; Yar. 21. HD., 23.10.2017 T., 4908 E., 8118 K.; Yar. 21. HD., 01.06.2020 T., 120 E., 1725 K.

önleme işlevine dayanarak manevi tazminat miktarında artışa gittiği kararları, manevi tazminata ilişkin yaklaşımlarda değişimin habercisidir. Ancak bu değişim sürecinde keyfilğin önüne geçilebilmesi için, daha önce de vurguladığımız üzere, manevi tazminat miktarlarına bir üst sınır getirilmesinde fayda vardır. Bu üst sınırın öngörülmediği hallerde ise, mahkemelerin hükmettikleri manevi tazminat miktarlarına ilişkin bir veri tabanı oluşturulması hem hukuki güvenlik ilkesi açısından hem de hukuki istikrarın sağlanması açısından önem arz edecektir¹⁰⁷¹. Böylece hem davacı hem de davalı karşılabilecekleri sonuç hakkında önceden bilgi sahibi olabilecektir. Bu sayede, mahkemeler de diğer mahkemelerin yaklaşımdan haberdar olma imkanına sahip olur.

D. Bağımsız İdari Otoritelerin ve Diğer İdari Makamlar Tarafından Gerçekleştirilen Denetimlerin ve İdari Para Cezalarının Etkin Hale Getirilmesi

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme teşkil eden veya kişilik haklarının ihlaline dayanan hallerde çeşitli çözüm önerileri yukarıda sunulmuş olmasına rağmen, kişilik haklarına ilişkin olmayan ve vekaletsiz iş görme kapsamında değerlendirilmesi de mümkün olmayan hallerde önlemenin nasıl gerçekleştirileceği sorununun da ayrıca incelenmesi gerekir. Çoğunlukla saf malvarlığı zararı doğuran, tüketici hukuk ihlalleri, rekabete aykırı davranışlarla kişilere zarar verilmesi, haksız reklam uygulamaları gibi hallerde bu yollara başvurmak mümkün değildir¹⁰⁷². Bu da bağımsız idari otoritelerin ve idari veya adli para cezalarının önemini daha da artırmaktadır¹⁰⁷³. Amerikan Hukuku

¹⁰⁷¹ Benzer yönde bkz. **Antalya**, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 250; **Keskin** 2016, s. 313–315.

¹⁰⁷² Saf malvarlığı zararları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Çağlayan Aksoy** 2016, s. 153 vd.

¹⁰⁷³ Bağımsız idari otoritelerin yaptırım uygulama ve regülasyon yetkilerine ilişkin olarak bkz. **Tekinsoy** 2007, s. 121 vd.

açısından çok sınırlı bir uygulama alanı olan bu cezalar, Kıta Avrupası hukuku açısından önleme işlevini sağlamak için yeterli niteliktedir¹⁰⁷⁴. Ayrıca zaten halihazırda aldığı bir idari ya da adli para cezası ile aynı davranışın tekrarından kaçınacak şekilde caydırılmış bir zarar veren aleyhine bir de cezalandırıcı tazminata hükmetmek anlamlı olmayacaktır¹⁰⁷⁵. Kaldı ki zaten önleyici şekilde yaptırıma bağlanmış bir eylemin, bir başka sebeple tekrar yaptırıma bağlanması aşırı önleme sonucunu doğurur. Aşırı önleme, kişilerin veya şirketlerin piyasadaki hareket özgürlüklerine ölçüsüz bir sınırlama oluşturacağı gibi aynı zamanda iflaslara ve rekabetin ortadan kalkmasına da yol açar. Bu sebeple, tazminat davasını görmekte olan hakimin, zarar verenin kamusal yaptırımlarla yeterince caydırılmış olduğunu tespit edebildiği durumlarda, zararı aşan bir tazminata hükmetmesi mümkün olmamalıdır. Yeterli caydırıcılığın oluşmadığı hallerde ise yasakoyucunun, öncelikle idari veya cezai yaptırımlarla bunu sağlaması gereklidir¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷⁴ Esasında bağımsız idari otoriteler, ilk olarak Amerikan sistemi içerisinde gelişmiştir. Bkz. **Tekinsoy** 2007, s. 127-128.

¹⁰⁷⁵ **Koch** 2011, s. 389.

¹⁰⁷⁶ **Koch** 2011, s. 392. Esasında Türk Hukuku açısından Kabahatler Kanunu md. 15'in de belirtilmesi gerekmektedir. Söz konusu madde uyarınca eğer bir fiil ile birden fazla kabaht işlenmişse ve her kabaht at için yalnızca idari para cezası öngörülmüşse, en ağır idari para cezası uygulanır. Burada bir içtima hükmü öngörülmüştür. Ancak bu kabahatlerle ilgili olarak idari para cezası dışında idari yaptırımlar da öngörülmüşse bu yaptırımlar ayrıca uygulanabilir. Ardiyok, bu hükmün ne bis in idem ilkesinin özel bir uygulaması olduğunu belirtmektedir. Yazar, idari para cezası ve tazminatlar arasındaki ilişkiye değinmemiştir. İki farklı bağımsız idari otoritenin idari para cezasına hükmetmesi halinde ise ne bis in idem ilkesinin ihlal edilmiş olacağını belirtmektedir. Bkz. **Ardıyok** 2019, s. 526-529. Kağıtçıoğlu ise bu durumda iki ayrı idari para cezasına hükmedilmesinin mümkün olduğunu, zira burada korunan hukuki menfaatlerin birbirinden farklı olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Kağıtçıoğlu** 2016, s. 451-452.

Meurkens, cezalandırıcı tazminatın ortaya çıkışında Avrupa ile Amerika Birleşik Devletleri arasındaki devlet yönetimi farklılıklarının önem taşıdığını belirtmektedir. Yazara göre, Avrupa’da sosyal refahın tesisi devlete ait bir ödev olarak kabul edilirken, Amerika Birleşik Devletleri’nde bireylerin bu konuda daha çok çaba göstermesi beklenmektedir¹⁰⁷⁷. Amerika Birleşik Devletleri yönetim geleneğinde, mahkemeler dışındaki idari otoritelere çok fazla yetki verilmemesi yönünde bir eğilim olduğu belirtilmektedir. Bu noktada ise devreye cezalandırıcı tazminat girmektedir. Mahkeme tarafından yönetilen ve jüri tarafından karar verilen cezalandırıcı tazminata ilişkin süreç, idari otoritelerce verilebilecek cezalara yeğ tutulmaktadır. Avrupa yönetim sisteminde ise bireylerin kendi inisiyatifinin yerini devletin koruyucu tutumu almaktadır. Cezalandırıcı tazminat ile varılan sonuçlara Kıta Avrupası sistemlerinde devletin müdahalesi ile varılmaktadır.

Sistemler arasındaki yaklaşım farkını iyi gösteren bir örnek, ürün sorumluluğuna ilişkin davalardır. Amerikan sisteminde ürün sorumluluğu, bireylerin davalar ile yarattığı bir koruma çerçevesinde gelişmiştir. Diğer bir deyişle, ürüne ilişkin sorunlarla karşılaşan ve zarar gören müşteriler, bireysel inisiyatifleriyle durumu yargı önüne taşımış ve bu sayede şirketleri farklı yönde karar vermeye itmişlerdir. Avrupa hukuk geleneğinde ise ürün güvenliğini sağlama yükümlülüğü idari otoritelere verilmiş, ürün güvenliği düzenlemeleri ile önleyici tedbirler alınmış, idari otoritelerce katı denetim standartları uygulanmış ve ürün sorumluluğu da ayrıca bir sorumluluk olarak düzenlenmiştir¹⁰⁷⁸. Bu örnekte de görülebildiği üzere, Amerikan sistemi, bireylerin kendi çıkarlarını korurken kamusal çıkarları da dolaylı olarak takip ettiği bir yapı kurarken, Avrupa’da çözüm devlet

¹⁰⁷⁷ Meurkens 2012, s. 20.

¹⁰⁷⁸ Meurkens 2012, s. 23 vd.

tarafından getirilmiş ve bireylerin bu korumadan yararlanması sağlanmıştır¹⁰⁷⁹. Dolayısıyla hukuki sorunlara çözüm getirme açısından sistemler arasında önemli bir yaklaşım farkı bulunduğunu söylemek mümkündür.

Kıta Avrupası hukuk sisteminde ise önleme ve cezalandırma gibi işlevler, kamusal nitelikteki yaptırımlarla sağlanmaktadır. İsviçre Hukuku'nda rekabete aykırı davranışlar için öngörülen idari para cezalarının tespitinde, rekabeti ihlal eden kişilerin bu eylemden elde ettiği karın esas alınması gerektiği ve bu kazancı aşan bir tutarın ceza olarak belirlenmesinin faydalı olacağı savunulmaktadır¹⁰⁸⁰. Etkili bir önlemenin gerçekleşmesi için bu belirlemenin önemli olduğu belirtilmektedir. İsviçre'de GIG ile ilgili şekillenen süreç de ilginç sonuçlara yol açmıştır. Ayrımcılıktan kaynaklanan tazminat taleplerini düzenleyen GIG, ayrımcılığa uğrayan bireylere tazminat davası açma imkanı tanımaktadır. Ancak tanınan bu imkan, işten kovulma korkusu veya ifşa edilme korkusu yüzünden bu imkanın kısıtlandığı belirtilmektedir. Konu hakkında çalışan komisyon bu sebeple, ayrımcılığa ilişkin denetimin idari otoriteler yoluyla gerçekleştirilmesi ve kamu hukuku yaptırımlarına bağlanmasının daha etkili olacağını belirtmiştir¹⁰⁸¹.

Alman Hukuku'nda GWB §34a hükmü, idari para cezalarının önceliğine dair önemli bir örnek teşkil etmektedir¹⁰⁸². Zira burada da meslek kuruluşları veya birliklerin dava açma hakkı bulunmasına rağmen, idari yaptırımlara ilişkin sürecin başlamasıyla beraber, bu dava bekletilmekte ve idari para cezası verilip verilmemesine göre davaya

¹⁰⁷⁹ Koch 2011, s. 390.

¹⁰⁸⁰ Böni/Wassmer 2017, s. 243.

¹⁰⁸¹ Heizmann 2015, s. 82.

¹⁰⁸² LMRKM/Funke GWB § 34a Rn. 7.

devam edilmektedir. Bu durum, rekabete ilişkin hususlarda idari yaptırımların önceliğinin bir göstergesidir. İdari yaptırımların önceliği, kazancın iadesi ile sınırlıdır.

Cezalandırma içerdiği iddia edilen birtakım özel hukuk yaptırımlarının yerine idari para cezalarının tercih edilmesinin bir diğer yararı da aşırı önleme veya cezalandırmanın önüne geçme imkanıdır. Türk Hukuku'ndaki RKHK md. 58/II örneği bu açıdan dikkat çekicidir. Biri Rekabet Kurulu tarafından belirlenen idari para cezası, biri ise RKHK md. 58/II gereği hükmedilen cezalandırıcı tazminat olmak üzere iki ayrı cezalandırma amacı güden yaptırımın varlığı, verimli olmayan şekilde ve amacını aşan bir cezalandırma ve önlemeyi de beraberinde getirmektedir¹⁰⁸³. RKHK md. 58/II'nin aksine, maddi tazminatın, olması gerektiği gibi, sadece telafi amacına yönelik olması ve önleme ve cezalandırma gibi hususların idari para cezalarıyla sağlanması, aynı hususa ilişkin benzer amaçlı yaptırımların bir arada uygulanmasının ve ölçüsüzlüğün önüne geçer¹⁰⁸⁴. Ayrıca zararı aşan kısmın devlete idari para cezası olarak ödenmesi, zarar görenin haklı bir sebep olmaksızın zenginleştiğine dair argümanların da geçersiz hale gelmesini sağlamaktadır¹⁰⁸⁵. Bu yaklaşımın benimsenmesi halinde, Alman Hukuku'nda GWB §34a (1)'de yer alan rekabetin korunmasına ilişkin düzenlemeyle de benzer sonuçlar doğar¹⁰⁸⁶.

¹⁰⁸³ Bu husus aşağıda detaylı olarak incelenmiştir. Bkz. Aşa. 3. Bölüm, §13, I.

¹⁰⁸⁴ Benzer yönde bkz. **Landolt** 2017, s. 223.

¹⁰⁸⁵ **Medicus** 2006, s. 810.

¹⁰⁸⁶ GWB §34a (1): *“Wer einen Verstoß im Sinne des § 34 Absatz 1 vorsätzlich begeht und hierdurch zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern oder Anbietern einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt, kann von den gemäß § 33 Absatz 4 zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten auf Herausgabe dieses wirtschaftlichen Vorteils an den Bundeshaushalt in Anspruch genommen werden, soweit nicht die*

Kanaatimizce, cezalandırıcı tazminat ile sağlanmaya çalışılan işlevlerden bir kısmı, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde idari para cezaları ile sağlanabilecektir¹⁰⁸⁷. Esasen idari para cezalarında ve bağımsız idari otoriterlerce gerçekleştirilen denetimlerde önleme ve cezalandırma amaçları ağır basmaktadır. Önleme ve cezalandırmayı amaçlayan cezalandırıcı tazminat ile idari para cezaları arasında işlevsel yönden benzerlik olduğu açıktır. Kaldı ki cezalandırıcı tazminatın, haksız fiili zarar görenin yanına kar bırakmama gayesi de idari para cezaları ile uyumludur. İdari para cezalarının miktarının belirlenmesinde şirketlerce elde edilen kazancın esas alınması, ciro ile orantılı ceza belirlenmesi gibi uygulamalar, bu işlevsel denkliğin göstergesidir. Etkili şekilde belirlenen ve uygulanan idari para cezaları ile birlikte hem şirketlerin ekonomik karar alma mekanizmalarının önüne geçilmekte hem de etkili bir önleme sağlanabilmektedir¹⁰⁸⁸. Rekabet hukuku alanında Rekabet Kurumu’nun, enerji piyasaları açısından Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu’nun, ayrımcılıkla ilişkili olarak İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu’nun, tüketici hukuku açısından Gümrük ve Ticaret Bakanlığı’nın ve Reklam Kurulu’nun hükmettiği idari para cezası miktarları önem taşımaktadır. Bu noktada, idari para cezalarının, rekabet hukuku alanında olduğu gibi,

Kartellbehörde die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils durch Verhängung einer Geldbuße, durch Einziehung von Taterträgen, durch Rückerstattung oder nach § 34 Absatz 1 anordnet.”

¹⁰⁸⁷ Benzer yönde bkz. **Koch** 2011, s. 392; **Coderch** 2001, s. 614. Landolt’a göre, geleneksel olarak idare hukuku ve ceza hukuku yaptırımlarıyla çözüme bağlanan hukuki sorunların, bir anda özel hukuk yaptırımlarına konu oluşturması, Kıta Avrupası sistemine aykırı bir nitelik arz etmektedir. Özel hukuk yaptırımlarının gündeme gelebilmesi için, kamu hukuku yaptırımlarından hiçbirinin somut olaya uygun olmaması gerekir. Bkz. **Landolt** 2017, s. 214.

¹⁰⁸⁸ Aksi yönde bir görüş için bkz. **Heizmann** 2015, s. 419–420.

firmaların kârları üzerinden belirlenebilmesi ve firmaların hukuka aykırı eylemleri ile elde ettikleri kazancın cezanın belirlenmesinde rol oynaması, etkili bir yaptırımın öngörülebilmesi için önem taşımaktadır¹⁰⁸⁹. Herkes için sabit olarak uygulanan maktu idari para ceza miktarları caydırıcılıktan uzaktır. Gerçekten etkili ve önleyici bir idari yaptırımdan bahsedebilmek için hem elde edilen kazancın iadesini sağlayacak hem de ilgili kişileri cezalandırmaya yeterli olacak bir idari para cezasına hükmedilebilmesi gereklidir. Zira sadece kazancın iadesinin sağlanması ile sınırlı kalınması halinde, hukuka aykırı eylemin tespiti ile birlikte ortaya çıkan yegane risk elde edilenin iadesi ile sınırlı olacaktır. Halbuki asıl amaç, hukuka aykırı eylemin gerçekleştirilmesi ile bundan kaçınılması arasında, bireyleri hukuka uygun davranmayı itecek bir farklılığın bulunmasıdır.

III. Ara Değerlendirme

Türk-İsviçre Hukuku'nda maddi ve manevi tazminatın belirlenmesindeki temel ilkeler ve işlevler dikkate alındığında, cezalandırıcı tazminat ile bu tazminatlar arasında bir benzerlik bulunmadığı görülmektedir. Cezalandırıcı tazminat ile Türk-İsviçre Hukuku'ndaki maddi ve manevi tazminat yaptırımları birbirilerinden farklı amaçlara yönelmiştir. Dolayısıyla maddi ve manevi tazminata cezalandırma işlevi yükleyen görüşlere katılmak imkanı bulunmamaktadır.

Bu kapsamda tartışılan ikinci bir soru ise cezalandırıcı tazminatın, hukuk sistemimizdeki yaptırım boşluklarına çözüm getirip getirmeyeceğinin belirlenmesine ilişkindir. Bu soru da kanaatimizce olumsuz yanıtlanmalıdır. Şirketlerin ekonomik ölçütlerle karar vermesi, idari yaptırımların etkili şekilde kullanılması ve kazancın iadesi gibi yaptırımlarla zaten önüne geçilebilecek bir durumdur. Ceza hukukunun yetersiz

¹⁰⁸⁹ Landolt 2017, s. 209.

kaldığı alanları doldurmak ise özel hukukun görevi olmamalıdır. Kaldı ki Anayasa'nın ve ceza muhakemesi hukukunun sağladığı güvencelerden yoksun bir cezalandırma, arzu edilir bir sonuç olmamalıdır. Ceza hukukunun titizlikle oluşturulmuş standartlarına uyulmadan yürütülen bir muhakeme sonucu verilecek bir ceza, keyfiliğe sebebiyet verecektir¹⁰⁹⁰. Bireylerde dava açma inisiyatifi yaratmak için cezalandırıcı tazminat öngörmek ise ölçüsüz bir yaklaşım olacaktır. Zira başka şekilde de sağlanabilecek bir inisiyatifi yaratmak için, sisteme yabancı bir yaptırımın öngörülmesi makul değildir.

Ceza ile tazminat arasında tarih boyunca farklı sebepler ile oluşturulmuş ve hukuki ve kültürel temellere dayanan ayrımların bir çırpıda köşeye atılmasına karşı çıkılmalıdır. Yıllar içinde geliştirilmiş hukuki pratiklerin, özel hukuk yaptırımlarıyla cezalandırma gibi vadesi geçmiş bir yapıyı canlandırmak için hiçe atılması hukuk sistemi açısından bir gerileme niteliğindedir. Hukuk sistemindeki temel önermelerin bir kez olsun ihlalinin bile birçok yanlışla yol açabileceğini ifade eden Bydlinski (*Ex falso quodlibet*), bu tip sapmaların birçok kabul edilemez sonucu da beraberinde getireceğini vurgulamaktadır.

Medeni hukuk, idare hukuku ve ceza hukuku arasındaki ayrımlar hukuk kültürünün ve tarihinin bir neticesidir. Bu sebeple de her hukuk kültürünün bu hukuk dallarına yüklediği anlam ve işlevler birbirinden farklıdır. Bir hukuk kültüründeki yaptırım türünü diğer hukuk kültürüne taşımak oldukça güç olmakla beraber, ancak her iki hukuk sistemi açısından da işlevsel bir denklik varsa bu tür bir aktarım mantıklı hale gelmektedir. Örneğin haksız eyleme ilişkin fiili detaylı olarak düzenleyen ve aynı zamanda buna uymamanın sonuçlarını da kapsamlı olarak hükme bağlayan bir idare hukuku yaptırımı, özel sektöre aşırı bir müdahale niteliğinde olup gereksiz kabul

¹⁰⁹⁰ Bydlinski 2004, s. 344.

edilebilir. Benzer şekilde özel hukuk ilişkilerine aşırı şekilde müdahale eden ve baskı kuran bir ceza hukuku, bireylerin özerkliğine aşırı bir müdahale niteliğinde olup kişilerin gerekli dikkat ve özeni göstermemeye başlamalarına yol açabilecektir¹⁰⁹¹. Dolayısıyla iki farklı hukuk dalından veya hukuk kültüründen yaptırımların aynı hukuki olayda gündeme gelebilmesi, bu yaptırımlardan birinin yetersiz olduğunun düşünüldüğü hallerde mümkün olmak gerekir. Tazminata ilişkin özel hukuk yaptırımları ise aksayan yönlerine rağmen *ex-post* bir bakış açısıyla çoğunlukla yeterli sonuçları sağlamaktadır. Eksiklikler ise sistemin içerisinde yapılacak değişiklikler ile çözümlenebilecektir.

¹⁰⁹¹ **Koch** 2011, s. 390.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
TÜRK HUKUKU'NDA MEDENİ CEZA VE CEZALANDIRICI TAZMİNAT
İLİŞKİSİ, CEZALANDIRICI TAZMİNAT OLARAK NİTELENDİRİLMESİ
TARTIŞMALI OLAN HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE MÖHUK
AÇISINDAN CEZALANDIRICI TAZMİNAT

§12 DEĞERLENDİRMEDE KULLANILACAK ÖLÇÜTLERİN
BELİRLENMESİ VE MEDENİ CEZA İLE CEZALANDIRICI TAZMİNAT
ARASINDAKİ İLİŞKİ

I. Genel Olarak

Çalışmanın ilk bölümünde bir *Common Law* hukuki kurumu olan cezalandırıcı tazminatın işlevleri, bu tazminata hükmedilebilmesi için aranan şartlar, bu kurumu sınırlamaya yönelik çabalar incelenmiş, ardından ikinci bölümde Türk-İsviçre Hukuku'nda maddi ve manevi tazminatın hangi ilkelere göre belirlendiğinin ve işlevlerinin üzerinde durularak, cezalandırıcı tazminatın Türk-İsviçre Hukuku açısından neden kabul edilemeyeceği ve edilmemesi gerektiği açıklanmıştır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde ise bu tespitlere rağmen Türk Hukuku'nda yer alan ve cezalandırıcı tazminat niteliği taşıdığı iddia edilen çeşitli hükümler, özel hukuk bakış açısıyla incelenecek ve bu hükümler hukuki nitelikleri bakımından değerlendirilecektir. Ancak bu inceleme öncesinde değerlendirmede kullanılacak kriterlerin belirtilmesi ve medeni ceza kavramı ile cezalandırıcı tazminat arasındaki ilişkiye değinilmesi gerekmektedir.

II. Türk Hukuku'nda Cezalandırıcı Tazminat Olduğu İddia Edilen
Hükümlerin Değerlendirilmesinde Kullanılacak Ölçütlerin Belirlenmesi

Kanunda yer alan bir düzenlemenin cezalandırıcı tazminat olup olmadığını tespit edebilmek için hangi ölçütlerin kullanılacağını belirlemek büyük önem arz etmektedir.

Böylece aynı ölçütlerin farklı hükümlere uygulanması ve benzer kriterler üzerinden bir değerlendirme yapılabilmesi mümkün hale gelecektir.

Bir hükmün cezalandırma amacı taşıdığının kabul edilebilmesi için uğranılan zarar miktarını aşan bir parasal tazmin olanağı sağlaması, kusurun derecesinin tazminatın belirlenmesinde önem taşıması ve zarar görenin değil zarar verenin malvarlığını esas alarak yaptırımın ağırlığını belirlemesi önem taşımaktadır¹⁰⁹². Cezalandırıcı tazminat ile yapılacak bir karşılaştırma için bu unsurlara ek olarak iki husus daha önem taşımaktadır. Bunlardan ilki, karşılaştırma konusu olan yaptırımının haksız fiil hukuku ile bağlantılı olmasıdır. Yukarıda da detaylı olarak açıklandığı üzere, her ne kadar sözleşmesel sorumlulukta da istisnaen gündeme gelse de, cezalandırıcı tazminat, haksız fiil hukukuna ilişkin bir yaptırımdır. İkinci olarak ise cezalandırma işlevine ek olarak genel ve özel önleme amacının varlığı da aranmalıdır. Zira cezalandırıcı tazminatın ana amaçlarından birincisi cezalandırmayken ikincisi de önlemedir. Dolayısıyla bir hükmün cezalandırıcı tazminat ile tam bir işlevsel denkliliğinden bahsedebilmek için hem cezalandırma işlevine yönelmiş olması hem haksız fiil hukukuna ilişkin bir yaptırım niteliğinde olması hem de bağımsız şekilde genel ve özel önleme işlevine yönelmesi gerekmektedir.

Cezalandırıcı tazminatın, *Common Law* açısından önemli şartlarından biri olan jüri tarafından hükmedilme şartı ise hukuk sistemleri arasındaki keskin farklılıktan dolayı bir karşılaştırma kriteri olarak kabul edilmeyecektir. Kıta Avrupası sisteminde herhangi bir yargılamada jürinin bulunmaması sebebiyle, jürinin yetkisi, yapılacak değerlendirmelerde bir unsur olarak dikkate alınamaz. Yine cezalandırıcı tazminatın önemli bir özelliği olduğu iddia edilen takdir yetkisinin genişliği hususu da iki sebepten ötürü bir karşılaştırma kriteri olarak kabul edilmemiştir. Öncelikle, takdir yetkisinin

¹⁰⁹² Stoll 1970, s. 3; Heizmann 2015, s. 104–105.

genişliği İngiltere ve ABD gibi iki önemli ÷lkede dahi birçok tartışmaya konu oluşturmaktadır. İngiltere’de kategori testi ile ABD’de ise eyaletlerin farklı hukuki yaklaşımlarıyla ve Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin kararlarıyla takdir yetkisine sınırlamalar öngör÷lmüştür. Dolayısıyla jürinin sahip olduğu takdir yetkisi 1970’li yıllara nazaran oldukça sınırlanmıştır. İkinci olarak Kıta Avrupası hukuk sistemi ile Common Law hukuk sistemi arasındaki farklara dikkat çekilmelidir. Hakime tanınan yetkinin nispeten daha sınırlı olduğu ve yasama organı tarafından çıkarılan düzenlemelerle detaylı şartların ve sınırların öngör÷ldüğu Kıta Avrupası sistemleriyle yargı kararlarının şekillendirici olduğu Common Law sistemleri arasında farklılıkların varlığı oldukça doğaldır. Sayılan bu iki sebep dikkate alındığında, geniş takdir yetkisinin varlığı da bir karşılaştırma kriteri olarak kullanılmamıştır.

Son olarak önemle belirtmek gerekir ki, yapılacak değerlendirmelerde sadece Türk Hukuku’nda yer alan hükümlere değil Alman ve İsviçre Hukuku’ndaki benzer nitelikteki normlara da yer verilecektir. Burada amaç, Kıta Avrupası hukuk sistemindeki ortak bakış açılarının ortaya konulabilmesi ve bunun *Common Law*’dan ayrıldığı noktaların ortaya konulabilmesidir.

III. Medeni Ceza ve Cezalandırıcı Tazminat

Türk Hukuku’nda yer alan bazı hükümlerin, doktrinde medeni ceza veya özel hukuk cezası olarak isimlendirildiği gör÷lmektedir. Eşanlımlı olarak kullanılan bu hukuki nitelendirme için medeni ceza kavramı tercih edilecektir. Burada açıklanması gereken en önemli husus, medeni ceza ile cezalandırıcı tazminatın eşdeğer kavramlar olup olmadığıdır.

Medeni ceza içeren hükümler ile cezalandırıcı tazminatın benzeştiği noktalar mevcuttur. Ancak medeni ceza, sadece önleme amacına da yönelebilmesi, kusurun veya zararın bir şart olarak aranmaması, parasal tazmin dışında bir hukuki sonuca da yer

verilebilmesi ve haksız fiiller ile sınırlı olmama gibi yönlerden cezalandırıcı tazminat ile ayrılmaktadır. Aşağıda bu farklar ayrıntılı olarak irdelenecektir.

Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde zarar, gerek haksız fiil sorumluluğunda gerekse de sözleşmesel sorumlulukta sorumluluğu kuran şartlardan biri olarak kabul edilmektedir. Ayrıca, belirlenen maddi zarar miktarı, kural olarak, maddi tazminatın üst sınırını oluşturmaktadır. Dolayısıyla bir zararın bulunmadığı hallerde kural olarak tazminat ödeme yükümlülüğü de doğmamakta, eğer tazminat ödeme yükümlülüğü doğmuşsa da bu zarar miktarı ile sınırlı olmaktadır. Ancak bazı hallerde zarar koşulunun aranmadığı veya zararın sınırlayıcı nitelikte olmadığı hükümlere de yer verildiği görülmektedir¹⁰⁹³. *Medeni ceza* olarak da ifade edilen bu hükümlerin, cezalandırma ve/veya önleme gibi amaçlara yöneldiği ve uğranılan zararı aşan bir yaptırıma hükmedilmesi olanağı sağladığı ifade edilmektedir. Örneğin tarafların irade serbestisi çerçevesinde belirledikleri ceza koşulu, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde, alacaklının uğradığı bir zarar bulunmasa veya uğranılan zarar daha düşük olsa dahi ödenmektedir. Bu örnek, zenginleşme yasağına dayanan sorumluluk hukuku sisteminin temel ilkelerinden ayrılmaktadır. Cezalandırıcı tazminat yaptırımı da uğranılan gerçek miktar zararını aşan bir tazminata hükmedilmesi imkanı sağlamaktadır. Bu açıdan, medeni ceza ile cezalandırıcı tazminat birbiriyle benzeşmektedir.

İki kurumun birbirinden farklılığı ise ilk olarak zarar ve kusur şartları bakımından ortaya çıkmaktadır¹⁰⁹⁴. Cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için bir zararın var olması şartken, bazı medeni ceza örneklerinde (*örn. temerrüt faizi, kazancın iadesi*) zararın bir şart olmadığı görülmektedir. Benzer şekilde cezalandırıcı tazminata

¹⁰⁹³ Hekim/Kaplan 2017, s. 176–177.

¹⁰⁹⁴ Kesici 2017, s. 289 dn. 296.

hükmedilebilmesi için ağır kusru veya kast ile işlenen bir fiilin varlığı aranırken, bazı medeni ceza örneklerinde (örn. *temerrüt faizi*, *ismarlanmamış malın gönderilmesi*) kusur bir şart olarak dahi görülmemektedir.

Bir diğer farklılık ise cezalandırıcı tazminatın her zaman bir parasal tazmine konu oluşturmaya rağmen medeni ceza türlerinde farklı hukuki sonuçların da ortaya çıkabilmesidir¹⁰⁹⁵. Bir medeni ceza olarak gösterilen hukuka ve ahlaka aykırı olarak verilen şeyin geri istenememesinde hukuki sonuç bir tazminat olarak ortaya çıkmamakta, kanun sadece verilen şeyin iadesine engel olmaktadır. Cezalandırıcı tazminat ise her zaman parasal bir tazmin şeklinde gerçekleşmektedir. Bunun dışında bir tazmin yöntemine başvurulması mümkün değildir.

Son olarak, cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için bir haksız fiilin bulunması gerekirken, medeni ceza farklı sorumluluk tiplerinde de öngörülmektedir. Miras hukukundan, sözleşmeden doğan sorumluluğa geniş bir çerçevede medeni ceza içeren hükümlere yer verilmiştir. Cezalandırıcı tazminat için ise ön koşul, haksız fiil içeren bir davranışın bulunmasıdır. Bu açıdan, medeni cezanın daha geniş bir uygulama alanı bulunduğu görülmektedir.

Kıta Avrupası özel hukuku iç sistemlik yorum çerçevesinde değerlendirildiğinde, bu sistemde yer alan herhangi bir hükme yorum yoluyla cezalandırma amacı yüklemek mümkün değildir¹⁰⁹⁶. Aşağıda incelenen ve açıkça cezalandırma amacına yöneldiği tespit edilen hükümler ise sistem açısından birer anomali teşkil etmektedir. Önleme işlevi ise birtakım özel hukuk yaptırımlarında ve özellikle de

¹⁰⁹⁵ Hekim/Kaplan 2017, s. 181.

¹⁰⁹⁶ Yuk. 2. Bölüm, §10, II-III.

manevi tazminatın belirlenmesinde dikkate alınması gereken bir unsurdur¹⁰⁹⁷. Bu sebeple, doktrinde ifade edilen medeni ceza içeren hükümlerin her durumda cezalandırma ve önleme işlevlerine yöneldiği yönündeki görüşe¹⁰⁹⁸ katılmak mümkün değildir. Medeni ceza olarak ifade edilen düzenlemeler, kural olarak cezalandırmaya değil önlemeye hizmet etmektedir. Cezalandırma işlevi ancak kanunda açıkça belirtilen istisnai hallerde gündeme gelmektedir.

Bu bakış açısıyla değerlendirildiğinde medeni ceza, zarar miktarını aşan veya zarardan bağımsız olarak hükmedilebilen her türlü tazminatı da ifade eden geniş bir kavram olarak hem çoklu tazminatları hem de önleme veya kolay hesaplama düşüncesiyle öngörülmüş olan diğer tazminat türlerini de kapsarken, cezalandırıcı tazminat, bu kümenin içinde yer alan sınırlı bir alanı ifade etmektedir¹⁰⁹⁹. Diğer bir deyişle, medeni ceza bir üst kavram, cezalandırıcı tazminat ise medeni ceza kümesinde yer alan bir alt kavramdır.

Bu tespitlerimize rağmen Türk Hukuku'nda bazı yazarların, cezalandırıcı tazminat ile medeni cezayı (*özel hukuk cezası, medeni hukuk cezası, özel ceza*) eşdeğer olarak kullandığı görülmektedir¹¹⁰⁰. Kanaatimizce bu kullanım yerinde değildir. Zira cezalandırıcı tazminat daha özel ve spesifik bir kavram olarak daha sınırlı bir alanda işlev göstermektedir. Cezalandırıcı tazminatın şartlarına vurgu yapıp ardından medeni ceza kavramını kullanmak, yanlış anlaşılmalara sebebiyet vermektedir. Bu sebeple

¹⁰⁹⁷ Yuk. 2. Bölüm, §8, V ve §9, III, E.

¹⁰⁹⁸ **Hekim/Kaplan** 2017, s. 177.

¹⁰⁹⁹ **Lendermann** 2019, s. 6; **Baş Süzel** 2015, s. 170.

¹¹⁰⁰ **Oğuzman/Öz** 2013, s. 84 dn. 250; **Antalya**, Borçlar Genel Cilt V/1, 2, 2019, s. 555; **Cömert Akbay** 2018, s. 150; **Gündüz** 2020, s. 289; **Demirbaş** 2015, s. 84. Gül de konuya ilişkin monografisinde medeni ceza kavramını tercih etmiştir. Bkz. **Gül** 2015, s. 307 vd.

yapacağımız değerlendirmelerde cezalandırıcı tazminat niteliğinde olduğu düşündüğümüz hükümlerde, medeni ceza kavramına değil cezalandırıcı tazminat kavramına yer vereceğiz.

Doktrinde bazı yazarların, sorumluluk hukukunun genel yapısının dışındaki hükümleri ifade etmek için kullandığı iki ayrı kavram daha vardır. Bunlar, kanundan doğan ceza koşulu ve kanundan doğan götürü tazminat kavramlarıdır. Kanaatimizce bu kavramlar, gerçekten bir ceza koşuluna veya götürü tazminata işaret etmek için değil, değerlendirilen yaptırımın sorumluluk hukukunun genel ilkelerinden ayrılan yapısını göstermek için kullanılmaktadır. Zira ceza koşulu, aşağıda da detaylı olarak inceleneceği üzere¹¹⁰¹ ancak tarafların anlaşmasından veya ceza koşulunun öngörüldüğü bir sözleşmeye katılmalarından kaynaklanmaktadır. Kanun ile öngörülen bir cezai şart söz konusu olamaz. Zira bu durum, kavramın irade özerkliğinden kaynaklanan yapısına aykırıdır. Çeşitli yazarların kanundan doğan ceza koşulu ile ifade etmek istediği kavram, yukarıda açıkladığımız medeni ceza ile örtüşmektedir¹¹⁰². Medeni cezanın, zararın telafisini kolaylaştırıcı (özellikle de zararın tazmini yükümlülüğünün bulunmadığı medeni ceza hallerinde) ve aynı zamanda önleme veya cezalandırmaya yönelik atipik işlevlerini ifade etmek için kanundan doğan ceza koşulu teriminin kullanıldığını düşünmekteyiz. Nitekim, ceza koşulu ile ilgili en önemli hükümlerden biri olan aşırı ceza koşulunun indirilmesi hükmünün, kanundan doğan bir yaptırıma uygulanabilmesi

¹¹⁰¹ Aşa. 3. Bölüm, §14, II.

¹¹⁰² RKK md. 58/II hükmüne ilişkin bu tip bir kullanım için bkz. **Topçuoğlu** 2009, s. 8-10. TBK md. 355 için benzer bir kullanım için bkz. **Aydemir** 2016, s. 295. FSEK md. 68'e ilişkin benzer bir kullanım için bkz. **Tekinalp** 2012, s. 319. Kanundan doğan götürü tazminat olarak çeşitli medeni ceza ve cezalandırıcı tazminat hallerini sayan bir örnek için bkz. **Erdem** 2009, s. 99-100. Kötüniyet tazminatına ilişkin olarak İsviçre'de benzer bir kullanım için bkz. **ZK OR- Stahelin**, Art. 336a N. 3.

imkanı, bu uygulama kıyasen olsa dahi, bulunmamaktadır. Kanunkoyucu tarafından öngörülen bir yaptırımın fahiş olduğunun kabulü ve bu sebeple hakim tarafından indirilmesi mümkün olmamalıdır.

Benzer bir durum kanundan doğan götürü tazminat kavramı için de geçerlidir. Götürü tazminatlar, doğası itibariyle taraf iradeleriyle kararlaştırılan ve yerine göre asli edimin ifa edilmemesinden doğan zarara alt sınır getiren, yerine göre zararın ispatını kolaylaştıran çeşitli anlaşmalardır¹¹⁰³. Bu anlaşma, tek tarafa borç yükleyen kendisine özgü (*sui generis*) bir sözleşmedir¹¹⁰⁴. Ancak tarafların ortak iradeleri ile kararlaştırılabilir. Götürü tazminat, cezalandırma işlevi taşımamaktadır¹¹⁰⁵. Götürü tazminatın en önemli işlevleri telafi ve önlemedir. Telafi işlevi, asli edimin ihlalinden doğan zararın önceden tespit edilmesi ve zarar miktarına ilişkin ispat kolaylığı sağlanmasıyla ortaya çıkmaktadır¹¹⁰⁶. Önleme işlevi ise baştan belirlenen ve borçlu tarafından da bilinen tazminat miktarının, asli edimin ifasından kaçınmayı dolaylı olarak da olsa engellemesiyle ortaya çıkmaktadır¹¹⁰⁷. Kanundan doğan götürü tazminat kavramına başvuran yazarlar, genellikle zarar miktarının ispatının gerekmediği ve aynı

¹¹⁰³ **Kocağa** 2008, s. 152-153; **Birinci Uzun** 2015, s. 66-68; **Parlak Börü** 2017, s. 197; **Öcal Apaydın/İnce Akman** 2019, s. 222; **Erdem** 2009, s. 98-99. Common Law sistemlerinde ceza koşulu kurumunun kabul edilmemesi sebebiyle götürü tazminatın ortaya çıktığı yönünde bkz. **Parlak Börü** 2017, s. 196.

¹¹⁰⁴ **Birinci Uzun** 2015, s. 87-88; **Parlak Börü** 2017, s. 197; **Öcal Apaydın/İnce Akman** 2019, s. 224.

¹¹⁰⁵ **Birinci Uzun** 2015, s. 146-147; **Kocağa** 2008, s. 153; **Erdem** 2009, s. 102; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner** 2022, s. 704. Baskı işlevinin dolaylı ve arka planda olduğu yönünde bkz. **Parlak Börü** 2017, s. 221.

¹¹⁰⁶ **Birinci Uzun** 2015, s. 102 vd.; **Parlak Börü** 2017, s. 207; **Öcal Apaydın/İnce Akman** 2019, s. 223; **Erdem** 2009, s. 102.

¹¹⁰⁷ **Öcal Apaydın/İnce Akman** 2019, s. 227.

zamanda da önleyici işlevin göze çarptığı atipik yaptırımları ifade etmek için bu kavramı kullanmaktadır¹¹⁰⁸. Ancak bizim yaptığımız medeni ceza tanımı, halihazırda bu durumları da kapsayan daha genel bir tanımdır. Bu sebeple, kanundan doğan götürü tazminat kavramına da ihtiyaç bulunmadığı kanaatindeyiz.



¹¹⁰⁸ Kötüniyet tazminatına ilişkin bu tip bir kullanım için bkz. **Süzek** 2020, s. 548. Götürü tazminat ile ilgili bir monografi çalışması bulunan Birinci Uzun'da kanundan doğan götürü tazminat terimini kullanmış ve götürü tazminattan farklarını açıklamıştır. Götürü tazminat ile kanundan doğan götürü tazminatın farklarına ilişkin olarak bkz. **Birinci Uzun** 2015, s. 204.

§13 TÜRK HUKUKU'NDA YER ALAN CEZALANDIRICI TAZMİNAT NİTELİĞİNDEKİ HÜKÜMLER

I. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun md. 58/II Hükmünde Düzenlenen

Üç Kat Tazminat

A. Genel Olarak

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun “*Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*” başlıklı beşinci kısmında öncelikli olarak rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve kararın geçersiz olduğu belirtilmiş ve bu anlaşmalardan kaynaklı edimlerin ifasının mümkün olmadığı vurgulanmıştır. Ardından md. 57 ile bu kanuna aykırı eylem, karar ve anlaşmalar yoluyla rekabeti engelleyen veya piyasadaki hâkim durumunu kötüye kullanan kişilerini bu sebeple oluşacak bütün zararı tazminle yükümlü oldukları düzenlenmiştir. RKHK md. 57 ile düzenlenen hüküm bir kusur sorumluluğu içermekte ve esasında haksız fiilden doğan zarara ilişkin bir tazmin yükümlülüğü getirmektedir. RKHK md. 58 düzenlemesinin ilk fıkrası, fark teorisine ilişkin bir düzenleme ile “*Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilirler.*” hükmünü öngörmüştür. İlgili hükme göre rekabetin engellenmesinden, bozulmasından veya kısıtlanmasından doğan zarar, bu eylemler gerçekleşmeseydi zarar görenin malvarlığının bulunacağı hipotetik durum ile mevcut malvarlığı arasındaki farktan ibarettir. Bu zararın belirlenmesinde hesaplanacak olan yoksun kalınan kâr, zarar gören işletme veya teşebbüslerin önceki yıllardaki bilançoları da dikkate alınarak hakim tarafından belirlenir. Söz konusu tazminatı ödemekle yükümlü olan kişiler ise aynı fıkranın ikinci cümlesinde belirtilmiştir. Buna göre; “*Rekabetin sınırlanmasından etkilenen rakip teşebbüsler, bütün zararlarının tazminini rekabeti sınırlayan teşebbüs ya da teşebbüslerden talep edebilir*”. Cezalandırıcı

tazminat açısından tartışmalara yol açan ve sorumluluk hukukunun genel esaslarından ayrılan bir düzenleme içeren hüküm ise, md. 58'in ikinci fıkrasında yer almaktadır. İlgili hükme göre; “*Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hâkim, 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*”. Yukarıda da açıkladığımız üzere, zararın tazminatın üst sınırını teşkil ettiği ve zenginleşme yasağını temel alan özel hukuk sisteminde, uğranılan maddi zararın veya elde edilen ya da elde edilmesi muhtemel olan kazancın üç katı tutarında tazminata hükmedilebileceğinin öngörülmesi çeşitli tartışmaları da beraberinde getirmiştir¹¹⁰⁹.

RKHK md. 58/II’de öngörülen bu hüküm, ABD hukukundaki 1914 tarihli *Clayton Act md. 4* düzenlenmesinden esinlenerek getirilmiştir¹¹¹⁰. Söz konusu düzenleme, rekabeti koruyan düzenlemelere aykırı davranıştan zarar gören kişilere hem uğradıkları zararın üç katını (*threefold the damages*) talep etme hem de dava masraflarını (*cost of suit*) karşı taraftan talep edebilme yetkisini vermektedir. Görüldüğü üzere, RKHK md.

¹¹⁰⁹ Şahin 2018, s. 203 vd.; Akipek Öcal/Kırkbeşoğlu/Tokbaş 2017, s. 96.

¹¹¹⁰ 15 U.S. Code § 15 - Suits by persons injured: “Except as provided in subsection (b), any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney’s fee”. ”B bendinde belirtilen haller saklı kalmak şartıyla, rekabeti koruyan düzenlemelerden birinde belirtilen şekilde işi veya malı zarar gören herhangi bir kimse, kendi veya temsilcisinin ikametgahının bulunduğu bölgede bir dava açarak uğradığı zararların üç katını ve makul avukatlık ücretlerini de kapsayacak şekilde dava masraflarını talep edebilir.”(Çeviri tarafımıza aittir.)

58/II hükmü de benzer bir düzenlemeyi içermektedir. Amerikan rekabet hukuku sisteminin rekabet ihlalleri ile olan mücadeledeki başarısı Türk kanunkoyucusunu bu hükmü öngörmeye yöneltmiştir¹¹¹¹. Ancak söz konusu hükmün zenginleşme yasağına ve fark teorisine aykırı yapısı genel sorumluluk normlarından farklı değerlendirilmesine ve eleştirilere konu olmasına sebebiyet vermiştir.

RKHK md. 58/II kamuoyunun dikkatini, on iki bankanın uyumlu eylemlerinden doğan üç kat tazminat davaları ile çekmiştir. Rekabet Kurulu’nun re’sen 2.11.2011’de başlattığı soruşturma neticesinde 8.3.2013 tarihinde ihlal kararı vermesi ile bu uyumlu eylemlerden zarar gören banka müşterilerinin dava açmasının önü açılmıştır¹¹¹². Rekabet Kurulu tarafından, rekabete aykırı davranan bankalara karşı idari para cezasına hükmedilmiştir. Bu karar sonrasında, ilgili bankaların müşterileri, uzun yıllar boyunca uyumlu eylemler ile kredi faizlerini rekabete aykırı şekilde sınırlayan bankalara karşı açtığı tazminat davaları ile uğradıkları zararın üç katını talep edebilmiştir¹¹¹³. Bu durum, bankalar nezdinde tepkiyle karşılanırken, banka müşterileri ise uğradıkları zararları efektif şekilde giderme imkanı bulmuştur.

B. RKHK md. 58/II Uyarınca Üç Kat Tazminatın Şartları

RKHK md. 58/II de düzenlenen sorumluluk esasen bir haksız fiil sorumluluğudur¹¹¹⁴. Bu açıdan, özel norm niteliğinde olan RKHK md. 58/II’de hüküm bulunmayan durumlarda TBK’nin genel hükümlerine başvurulması gerekmektedir. Söz

¹¹¹¹ Şahin 2018, s. 203; Topçuoğlu 2009, s. 7–8.

¹¹¹² Rekabet Kurulu’nun 13-13/198-100 sayılı kararı, 8.3.2013.

¹¹¹³ Yarg. 13. HD, 2016/12718 E., 2016/18811 K., 19.10.2016 T.

¹¹¹⁴ On iki bankaya yönelik üç kat tazminat davaları bakımından, haksız fiil sorumluluğunun yanı sıra sözleşmesel sorumluluğun da gündeme gelebileceği yönünde bkz. Topuz/Bakar 2017, s. 182 vd.; Akipek Öcal/Kırkbeşoğlu/Tokbaş 2017, s. 113.

konusu hükümde, haksız fiilin genel şartları olan hukuka aykırı bir fiil, zarar, illiyet bağı, kusur gibi unsurlara ilişkin genel hükümlerden ayrılan birtakım şartlar aranmaktadır.

1. Fiil

RKHK md. 58/II hükmü fiil unsuru açısından irdelendiğinde kanunun aynı maddenin ilk fıkrasının ve md. 57'nin belirli fiilleri açıkça zikrettiği görülmektedir. “*Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması*”na sebebiyet verecek her türlü “*anlaşma, uyumlu eylem ve karar*”¹¹¹⁵ veya “*hakim durumun kötüye kullanılması*”, söz konusu tazminata başvurulmasının ilk şartıdır. Burada bir irade beyanına bile gerek olmaksızın tarafların kendilerini bu anlaşma ile bağlı kabul etmeleri yeterlidir¹¹¹⁶. Bu açıdan anlaşma kavramı, borçlar hukukundakinden daha geniş bir alanı kapsamaktadır. Anlaşmalar kendi içinde yatay, dikey ve karma anlaşmalar olarak üçe ayrılmaktadır. Yatay anlaşmalar, üretim zincirinin aynı seviyesinde olan teşebbüs veya kişiler arasında yapılan anlaşmaları ifade etmektedir. Üç kat tazminatın kamuoyunun dikkatini en çok çektiği husus olan bankalara karşı tazminat taleplerinde, yatay anlaşma söz konusudur. Dikey anlaşmalar, aynı mal veya hizmet pazarının tedarik zincirinin farklı seviyelerinde bulunan kişiler veya teşebbüsler arasındaki anlaşmaları ifade etmektedir. Birbirinden farklı mal veya hizmet piyasalarındaki kişi veya teşebbüsler arasındaki anlaşmalar ise karma anlaşmalar olarak isimlendirilmektedir¹¹¹⁷.

Uyumlu eylemler ise taraflar arasında yazılı veya sözlü bir anlaşma bulunmaksızın bilinçli olarak uyumlu hareket ederek rekabete aykırı sonuçlar

¹¹¹⁵ Uyumlu eylem kavramının RKHK md. 58/II’de yer almamasına yönelik bir eleştiri için bkz. **Kesici** 2017, s. 291.

¹¹¹⁶ **Şahin** 2018, s. 151.

¹¹¹⁷ **Şahin** 2018, s. 152.

yaratmalarını ifade etmektedir. İspatı güç olan bu tip eylemler için “*uyumlu eylem karinesi*” kabul edilmiştir. RKHK md. 4’e göre “*Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.*” Benzer şekilde teşebbüs birliklerinin de kararları ve eylemleri ile rekabete aykırı davranışları halinde tazminat yükümlülüğü ortaya çıkacaktır. Ayrıca bir veya birden fazla teşebbüsün, piyasadaki hakim durumlarını kötüye kullanmak suretiyle tek başlarına veya anlaşmalar ya da uyumlu eylemler yoluyla rekabete aykırı sonuçlar yaratmaları da tazminat sorumluluğunu doğurur.

2. Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılık açısından ise burada bir saf malvarlığı zararının bulunduğu, ancak kanunkoyucunun bir özel koruma normu getirmek suretiyle bu zararın haksız fiil sorumluluğu kapsamında talep edilmesini mümkün kıldığı görülmektedir. Zira rekabete aykırı davranışlardan doğan zarar şeye ve kişiye ilişkin olmayıp salt malvarlığına ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla da özel bir koruma normunun bulunmadığı durumlarda istenebilmesi objektif hukuka aykırılık görüşü uyarınca mümkün değildir. Ancak RKHK ile getirilen tazminat talep etme imkanı, özel bir koruma normu olarak işlev göstermekte ve bu zararların tazmininin yolunu açmaktadır. Dolayısıyla kanunda öngörülen bu fiillerin gerçekleştirilmesi halinde, fiilin hukuka aykırılığı teorisinden hareketle hukuka aykırılığın oluştuğunu söylemek mümkün olacaktır¹¹¹⁸. Zira RKHK, belirli fiillerin gerçekleştiği durumlarda hukuka aykırılığın oluşacağını düzenlemiştir.

¹¹¹⁸ Şahin 2018, s. 149.

3. İlliyet Bağı

Hükmü illiyet bağı açısından incelediğimizde, ağır kusurla veya kasten gerçekleştirilen hukuka aykırı eylem ile ortaya çıkan zarar arasında uygun bir nedensellik bağının varlığının sorumluluk için yeterli olacağı görülmektedir. İlliyet bağı açısından borçlar hukukundaki ana ilkelerden ayrılmayı gerektirecek özel bir sebep bulunmamaktadır. Buradaki değerlendirmenin genel illiyet bağı prensiplerinden ayrılan yegane yönü, daha ekonomik bir bakış açısını gerektirmesidir¹¹¹⁹. Bunun da temel sebebi, rekabet hukukunun ekonomik ilişkileri doğrudan ırdeleyen ve bu ilişkilerin yarattığı rekabet sorunlarını çözmeyi amaçlayan bir hukuk dalı olmasıdır. Dolayısıyla uygun illiyet bağının tespitinde, ekonomi biliminin verilerinden de yararlanılmalı ve bunlara uygun olarak illiyet bağı kurulmalıdır.

4. Zarar

Zarar koşulu açısından ise borçlar hukukunun ana ilkelerinden oldukça farklı bir yapının öngörüldüğü açıktır. Kanun koyucu, fark teorisi ve zenginleşme yasağının aksine bir düzenleme öngörerek uğranılan zararın tazminatın üst sınırı olması kuralına istisna getirmiştir. Diğer şartların da gerçekleşmesi halinde hâkim “*meydana gelen maddi zararın*” veya “*zarara neden olanların elde ettiği ya da elde etmesi muhtemel olan kârın*” üç katı tutarında tazminata hükmedebilmeye yetkilidir. Meydana gelen zararın veya elde edilmesi muhtemel karların dikkate alınması, zararın hesabında ve ispatında kolaylık sağlanması için getirilmiş bir imkandır. Meydana gelen zarar kavramının içerisinde manevi

¹¹¹⁹ Topçuoğlu 2009, s. 20.

zararlar dışındaki her türlü zarar dahildir¹¹²⁰. Üç kat tazminat sorumluluğu sadece maddi zararlara ilişkindir.

Hükümde yer alan “*zarara neden olanların elde ettiği ya da elde etmesi muhtemel olan kârın*” düzenlemesi de ayrıca incelenmelidir. Haksız fiil sorumluluğunda zarar verenin elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan karların dikkate alınması istisnai niteliktedir. Zira bu talepler eğer objektif zenginleşme talep ediliyorsa sebepsiz zenginleşme, eğer sübjektif zenginleşme talep ediliyorsa gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin konusunu oluşturmaktadır¹¹²¹. Dolayısıyla öngörülen bu düzenleme genel sorumluluk hukuku prensiplerinden farklı bir yapı arz etmektedir¹¹²².

Hâkimin tazminata esas olacak zararı hesaplarken dilerse meydana gelen zararı esas almak dilerse de elde edilmiş olan veya elde edilmesi muhtemel olan kârı dikkate alma konusunda takdir yetkisine sahip olduğu savunulsa da¹¹²³ kanaatimizce TBK md. 60 hükmünün sağladığı esasları da dikkate alarak zarar görene de seçim imkanı tanınmalıdır. Böylece mağdur, hem kendisi için uygun olan tazmin seçeneğini talep etme

¹¹²⁰ **Kesici** 2017, s. 295; **Yiğit** 2013, s. 274; **Topuz/Bakar** 2017, s. 131. Zararın müspet veya menfi zarar niteliğinde olması önem taşımadığı belirtilmektedir. Bkz. **Topçuoğlu** 2009, s. 20. Ancak burada, bir haksız fiil sorumluluğu olmasından ötürü zaten zararın türünün bir önemi bulunmamaktadır. Manevi zararların da dahil olduğu yönünde bkz. **Akipek Öcal/Kırkbeşoğlu/Tokbaş** 2017, s. 132. Ancak Akipek Öcal/Kırkbeşoğlu/Tokbaş tarafından savunulan bu görüşe katılmak imkanı olmadığını düşünüyoruz. Zira bir bankadan alınan kredi faizlerinin olması gerekenden daha yüksek olması herhangi bir kişilik değerini ihlal etmemektedir. Kişilik haklarının ihlalinin söz konusu olmadığı noktada ise manevi tazminat talebinde bulunulması mümkün değildir.

¹¹²¹ **Kesici** 2017, s. 319.

¹¹²² **Kesici** 2017, s. 279.

¹¹²³ **Şahin** 2018, s. 206. Mağdurun seçim hakkına sahip olması gerektiği yönünde bkz. **Gül** 2015, s. 353; **Topuz/Bakar** 2017, s. 176.

imkanından yoksun bırakılmış olmazken hem de mağdurun sadece tazminat talep ettiği hallerde hakimün uygun olan giderim biçimini seçme yükümlülüğü devam eder. Zarar gören kişinin bir seçim yapmadığı hallerde hakim, meydana gelen zarar ile elde edilmiş olan veya elde edilmesi muhtemel olan kâr karşılaştırarak en uygun olan giderim yolunu seçmelidir. Sanlı, fiilin sosyal maliyetinin yüksek olduğu ancak zarar görenin ispatlayabildiği zararının düşük olduğu hallerde, zarar verenin elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kâr üzerinden, fazladan bedel ödeme gibi örneklerde ise meydana gelen maddi zarar üzerinden hesaplama yapmanın daha rasyonel ve önleyici sonuçlar yaratabileceğini savunmaktadır¹¹²⁴. Elde edilen veya elde edilmesi muhtemel olan kar üzerinden yapılacak olan hesaplamada uygun illiyet bağından da faydalanmak gerekmektedir. Bu açıdan piyasa payı daraltılmışsa, daraltılan kısımdan elde edilen kâr miktarının dikkate alınmasıyla, piyasa dışına itilen kişilerin varlığı halinde piyasada bulundukları sıradaki piyasa paylarına isabet eden kısım üzerinden kâr hesabı yapılması yoluyla zarar belirlenmelidir. Piyasaya girişleri engellenen kişilere ise bu engelleme olmasaydı piyasada sahip olmaları muhtemel paya binaen yapılacak kâr hesaplamasıyla sınırlama getirilmelidir. Eğer bu sınırlamalar getirilmezse, zarar gören kişilerin piyasadaki paylarına nazaran daha büyük kazançları da talep etmeleri mümkün hale gelir. Unutulmamalıdır ki, sorumluluk hukukunun en önemli işlevlerinden biri de sorumluluğun sınırlandırılmasıdır.

RKHK md. 58/II hükmünde yer alan “*üç katı oranında*” ifadesinin ne şekilde anlaşılması gerektiği hususunda da tartışmalar mevcuttur. Bir görüşe göre¹¹²⁵ üç katı

¹¹²⁴ Sanlı 2003, s. 270–271.

¹¹²⁵ Sanlı 2003, s. 271; Kesici 2017, s. 304-305; Şahin 2018, s. 207; Topçuoğlu 2009, s. 24; Öz 2022, s. 66.

oranında tazminata hükmetme konusunda hâkime verilen yetki bir takdir yetkisi mahiyetinde olup hakim dilerse üç kattan daha düşük oranda bir tazminata da hükmedebilir. Burada özellikle olayın şartları ve zarar verenlerin kusurunun derecesi önem arz etmektedir. Bir diğer görüşe göre ise maddenin lafzı bir takdir yetkisine işaret etmemektedir. Kanunun “*üç katına kadar*” gibi bir ifadeden kaçınılmış olması da bunu doğrular niteliktedir¹¹²⁶. Dolayısıyla somut olayda RKHK md. 58/II’nin şartlarının sağlanması halinde hâkim, üç kat tazminata hükmetmek mecburiyetindedir¹¹²⁷. Kanaatimizce de kanunun mevcut ifadesi, hakime yalnızca üç kat tazminat sorumluluğunun şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği ya da diğer bir deyişle sorumluluğun doğup doğmadığı konusunda bir takdir yetkisi tanımakta ancak sorumluluğun kapsamını doğrudan belirlemekte ve hakime bu durumda üç kat tazminata hükmetme zorunluluğu getirmektedir. Bu açıdan hükmün sorumluluk hukukunun ihtiyacı olan esneklikten uzak olduğunu belirtmek gerekir. Olması gereken hukuk açısından önerimiz, hakime üç kat tazminata hükmetmek konusunda takdir yetkisi tanınması yönündedir. Özellikle de Rekabet Kurulu tarafından idari para cezasının uygulandığı hallerde hakim her başvuru için üç kat tazminata hükmetmek mecburiyetinde olmamalıdır¹¹²⁸.

5. Kusur

Kanun, kusur koşulu açısından da özel bir düzenleme içermektedir. RKHK md. 58/II’ye göre zarar ya tarafların anlaşması veya kararından ya da ağır ihmalden kaynaklanmalıdır. Buradaki tarafların anlaşması veya kararı ile sorumluluk hukuku

¹¹²⁶ Belirtmek gerekir ki, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısının md. 26 hükmünde, “*üç katına kadar*” ifadesinin kullanılması önerilmiştir.

¹¹²⁷ Şahin 2018, s. 208; Topuz/Bakar 2017, s. 175; Akipek Öcal/Kırkbeşoğlu/Tokbaş 2017, s. 144.

¹¹²⁸ Yiğit 2013, s. 277. Aksi yönde bkz. Topçuoğlu 2009, s. 24.

terminolojisi açısından kastedilen, kasttır. Ancak bu eylemlerin bazı hallerde kasten değil de ciddi bir özensizlik içinde de gerçekleştirilmesi ihtimal dahilindedir. Bu sebeple, RKHK md. 58/II açısından üç kat tazminat sorumluluğundan bahsedilebilmesi için kast veya ağır ihmalle gerçekleşen bir fiilin varlığı şarttır¹¹²⁹. Hafif kusur halinde ise üç kat tazminat gündeme gelmeyecektir. Görüldüğü üzere, üç kat tazminat gibi ağır bir sonucun ortaya çıkabilmesi, kusurun belirli bir ağırlığa ulaşmış olmasına bağlanmıştır.

6. Diğer Şartlar

Zararın ve kusurun ispatı külfeti kural olarak zarar gören kişiye aittir. Ancak RKHK, rekabet ihlallerinin karmaşık ekonomik yapısından kaynaklı olarak zarar görene birtakım kolaylıklar getirmiştir. RKHK md. 59 uyarınca *“Zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer. Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların varlığı her türlü delille ispatlanabilir”*.

Ayrıca bir diğer önemli koşul da taleptir. Zarar görenlerin üç kat tazminata hak kazanabilmeleri için bu konuda mahkemeden talepte bulunmuş olmaları şarttır. Bu talep dile getirilmeden yalnızca zararların talep edilmesi halinde kural olarak zararla sınırlı olarak tazminata hükmedilebilecektir. Dolayısıyla üç kat tazminatı isteyen zarar görenlerin bunu açıkça talep etmeleri gerekmektedir¹¹³⁰.

¹¹²⁹ Kesici 2017, s. 297; Şahin 2018, s. 205; Topçuoğlu 2009, s. 18; Gül 2015, s. 351; Yiğit 2013, s. 273.

¹¹³⁰ Kesici 2017, s. 301; Şahin 2018, s. 205; Topçuoğlu 2009, s. 24; Yiğit 2013, s. 274.

Üç kat tazminat talebine ilişkin dava, adli yargının görev alanına girmekte olup yerine göre Asliye Ticaret, Asliye Hukuk veya Tüketici Mahkemelerinde açılabilmektedir. Davacının tacir olduğu durumlarda Asliye Ticaret Mahkemesi, davacının tacir niteliğinde olmayan bir kişi olduğu ancak tüketici sıfatıyla hareket etmediği hallerde Asliye Hukuk Mahkemesi, davacının tüketici olduğu hallerde ise Tüketici Mahkemesi görevlidir¹¹³¹.

C. RKHK md. 58/II Uyarınca Öngörülen Üç Kat Tazminatın Hukuki Niteliğine İlişkin İleri Sürülen Görüşler ve Bu Görüşlerin Değerlendirilmesi

Üç kat tazminatın sorumluluk hukukunun genel ilkelerinden ayrılan yapısı, hukuki niteliği konusunda doktrinde birçok fikrin ileri sürülmesine yol açmıştır. Konu hakkında ileri sürülen görüşlerin ortak özelliği ise üç kat tazminatın salt telafi işlevine yönelmiş olan maddi tazminattan farklı olduğunu vurgulamalarıdır.

Bir görüş, bu hükmün teknik anlamda bir ceza olmadığını, amacının rekabete aykırı çeşitli eylemleri gerçekleştiren kişileri caydırmak ve kanuni yollara başvurmayı teşvik etme olduğunu belirtmekte ve bu sebeple hükmü *kanundan doğan bir cezai şart* olarak nitelendirmektedir¹¹³². Bu görüşün temel hareket noktası, üç kat tazminatın zarar veren için caydırıcı, zarar gören için ise davayı açmaya ve hakkını aramaya cesaretlendirici nitelikte olmasıdır.

Bir diğer görüş, RKHK ile getirilen bu düzenleme sayesinde zararı aşan bir tazminata hükmedilebilmesinin mümkün hale geldiğini belirtmekte ve caydırıcılık

¹¹³¹ Topuz/Bakar 2017, s. 207; Akipek Öcal/Kırkbeşoğlu/Tokbaş 2017, s. 115-119. Konu hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. Narbay/Kesici 2015, s. 207 vd.

¹¹³² Topçuoğlu 2009, s. 8-10.

unsuruna da dikkate çekerek üç kat tazminatı bir *medeni ceza (özel hukuk cezası)* olarak nitelendirmektedir¹¹³³. Bu görüşün medeni ceza kabulünün temel sebebi, RKHK md. 58/II hükmü ile zararı aşan bir tazminata hükmedilmesinin önünün açılmış olmasıdır. Zararı aşan tazminat türlerinin özel hukuk cezası başlığı altında toplanabilmesinden hareketle, bu görüşteki yazarlar hükmü bir özel hukuk cezası olarak sınıflandırmıştır. Buna göre, RKHK md. 58/II hükmü ABD Hukukundaki üç misli tazminatlarla aynı niteliktedir.

Bir diğer görüşe göre, RKHK md. 58/II, bir *cezalandırıcı tazminat* örneğidir. Zira bu hükümde tazmin ve telafi düşüncesi tamamen ikinci planda olup caydırma ve cezalandırma esastır¹¹³⁴. Bir diğer yazar ise her ne kadar üç kat tazminatın öncelikli amacı telafi etmek olsa da caydırıcılık ve dava açmaya teşvik işlevlerinin var olması sebebiyle üç kat tazminatın cezalandırıcı tazminatla benzeştiğini vurgulamaktadır¹¹³⁵.

Son bir görüş ise hükmü adeta bir ceza normu olarak nitelendirmektedir. Teşebbüslerin ekonomik çıkarlarının, beklenen diğer maliyetlere nazaran daha yüksek olduğu durumlarda bir başka kişiye zarar vermekten çekinmeyeceklerini belirterek, sadece ödeyecekleri tazminat miktarlarının yükseltilmesinin değil tazminata hükmedilme sıklığının da önem arz ettiğini vurgulanmakta ve bu sebeple caydırıcılık bu hükmün en önemli özelliği olarak gösterilmektedir. Bu da üç kat tazminatı adeta bir ceza normu gibi değerlendirmeyi mümkün kılmaktadır¹¹³⁶.

¹¹³³ **Gürzümar** 2005, s. 169; **Gül** 2015, s. 355; **Cömert Akbay** 2018, s. 160.

¹¹³⁴ **Topuz/Bakar** 2017, s. 169; **Öz** 2022, s. 45; **Kesici** 2017, s. 284; **Akipek Öcal/Kırkbeşoğlu/Tokbaş** 2017, s. 144; **Güven** 2018, s. 33; **Güleryüz/Zorluoğlu Yılmaz** 2019, s. 352. Özel tazminat olarak adlandıran bir çalışma için bkz. **Aşcıoğlu Öz** 2000, s. 184.

¹¹³⁵ **Macit** 2020, s. 376.

¹¹³⁶ **Şahin** 2018, s. 204.

Konu hakkındaki görüşümüze geçmeden önce, Avrupa Birliği mevzuatında konuya ilişkin yer alan düzenlemelere ve konuya ilişkin ATAD kararlarına da değinmek gerekmektedir. Avrupa Birliği ile ilgili düzenlemelerde uzunca bir süre konunun bir kamu hukuku problemi olarak mı yoksa özel hukuk problemi olarak mı ele alınacağı konusunda tereddüt yaşanmıştır. Ancak nihai olarak konunun bir özel hukuk problemi olduğu ve konunun özel hukuk yaptırımları çerçevesinde çözülmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın (ABİHA) 101. ve 102. maddesinde yer alan maddi rekabet hukuku hükümleri özetle, teşebbüsler arasında yapılan rekabeti sınırlayan veya bozan anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları ile hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklamaktadır¹¹³⁷. Ancak belirtmek gerekir ki söz

¹¹³⁷ Md. 101: “1. Üye devletler arasındaki ticareti etkileyebilecek nitelikte olan ve amacı veya etkisi iç pazardaki rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulması olan ve özellikle aşağıdaki nitelikleri taşıyan tüm teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birliklerinin kararları ve uyumlu eylemler iç pazarla bağdaşmaz ve yasaktır: a) doğrudan veya dolaylı olarak, alış veya satış fiyatlarını veya diğer ticaret koşullarını belirleyen, b) üretimi, piyasaları, teknik gelişmeyi veya yatırımları sınırlayan veya kontrol eden, c) piyasaları veya arz kaynaklarını paylaştıran, d) ticari ilişkinin diğer taraflarına eşdeğer işlemler için farklı koşullar uygulayarak, onları rekabet edebilirlik açısından dezavantajlı duruma sokan, e) sözleşmelerin yapılmasını, nitelikleri gereği veya ticari teamüllere göre bu sözleşmelerin konusuyla ilgisi olmayan ek yükümlülüklerin sözleşmenin diğer taraflarınca kabulü şartına bağlayan. 2. Bu madde uyarınca yasaklanan anlaşmalar veya kararlar kendiliğinden geçersizdir. 3. Bununla birlikte, tüketicilere ortaya çıkan faydadan adil bir pay ayırarak, malların üretimi veya dağıtımının iyileştirilmesine veya teknik ya da ekonomik gelişmenin artırılmasına katkıda bulunan ve a) ilgili teşebbüslere, bu amaçlara ulaşmak bakımından zaruri olmayan kısıtlamalar getirmeyen, b) bu teşebbüslere, söz konusu malların önemli bir bölümü için rekabeti ortadan kaldırma imkânı vermeyen - teşebbüsler arası her türlü anlaşma veya anlaşma kategorisine, - teşebbüs birliklerinin her türlü karar veya karar kategorisine, - uyumlu eylem veya uyumlu eylem kategorisine 1. paragrafta yer alan hükümlerin uygulanmayacağı kararlaştırılabilir.”

konusu hükümler rekabet hukuku ihlallerinden doğan tazminat taleplerine ilişkin açık bir düzenleme içermemektedir. Bu konuda ATAD'ın *Courage v. Crehan*¹¹³⁸ kararı önemli bir dönüm noktası olmuş ve rekabet hukuku ihlallerinden ötürü zarara uğrayan kişilerin tazminat davası açma hakkı bu kararla beraber tanınmıştır. Karara konu olayda, İngiltere'de bira üretimi piyasanın önemli bir kısmının sahibi durumundaki Courage şirketi ile çeşitli bar ve otellerin sahibi olan Grand Metropolitan şirketleri bir anlaşma yapmış ve artık barlarda ve otellerde sadece Courage tarafından tedarik edilen biraların satılacağına ve sabit bir bira fiyatı uygulanmasına ilişkin bir karar almışlardır. Bernard Crehan ise yirmi yıllık bir kira sözleşmesi ile bir barın işletmesini bu ortaklıktan devralmıştır. Bir süre sonra sözleşme ile yükümlendiği bira satış rakamlarına ulaşamayan Crehan'a karşı Courage şirketi tarafından 15.266 Sterlinlik bir alacak talebinde bulunulmuştur. Crehan ise Courage şirketinin bağımsız barlara yaptığı bira satışlarının bedelinin kendilerine kira sözleşmesiyle bağlı olan barlara yaptığı satış bedellerinden daha düşük miktarda olduğunu, bunun rekabetin ihlali anlamına geldiğini belirtip ayrıca karşılık olarak da tazminat talebinde bulunmuştur. Adalet Divanı bu davada, rekabet

Md. 102: “Bir veya birden fazla teşebbüsün, iç pazardaki veya iç pazarın önemli bir bölümündeki hakim durumunu kötüye kullanması, üye devletler arasındaki ticareti etkilediği ölçüde, iç pazarla bağdaşmaz ve yasaktır. Söz konusu kötüye kullanma özellikle aşağıdakileri içerir: a) adil olmayan alış veya satış fiyatları veya diğer adil olmayan ticari şartların, doğrudan veya dolaylı olarak dayatılması, b) üretimin, piyasaların veya teknik gelişmenin tüketicilerin zararına olacak şekilde sınırlandırılması, c) ticari ilişkinin diğer taraflarına eş değer işlemler için farklı koşullar uygulanması suretiyle, onların rekabet edebilirlik açısından dezavantajlı duruma sokulmaları, d) sözleşmelerin yapılmasının, nitelikleri gereği veya ticari teamüllere göre bu tür sözleşmelerin konusuyla ilgisi olmayan ek yükümlülüklerin taraflarca kabulü şartına bağlanması.”

¹¹³⁸ C-453/99 sayılı ATAD Kararı, Bernard Crehan v Courage Ltd ve Diğerleri, (2001).

ihlalden ötürü zarar gören kişilerin topluluk hukukundan yararlanmak suretiyle tazminat talebinde bulunmasının mümkün olup olmadığı sorununu incelemiştir. Divan, Avrupa Birliği Antlaşmasının ilgili hükümlerinin bireyler arası ilişkilere doğrudan etki doğurabileceğini ve yerel mahkemelerin sağlamadığı bazı hakları bireylere tanıyabileceğini belirtmiştir¹¹³⁹. Kararda üye ülkelerin en önemli yükümlülüğünün, topluluk hukukunun bireylere sağladığı hakların etkili ve önleyici şekilde hayata geçirilmesi olduğu da vurgulanmıştır¹¹⁴⁰. Divan, rekabetin engellenmesi veya sınırlandırılmasından ötürü zarara uğrayan kişilerin uğradıkları zararın tazmin edebilmek için dava açma hakkının topluluk hukukunun sağladığı hakların etkili kullanımı için taşıdığı öneme dikkat çekmiş, bu hakkın tanınmasının önleyici etki doğuracağını belirtmiş, bu sayede de topluluk içinde rekabet ihlalleriyle mücadelenin kolaylaşacağını hükme bağlamıştır¹¹⁴¹. ATAD'ın bu kararı, bireylerin dava açmalarını teşvik işlevi (*private enforcement*) açısından önemli bir adım olarak görülmüştür. Ancak belirtmek gerekir ki, tazminat davası ile tazmin edilebilecek zararın kapsamını belirleme yetkisi üye devletlere bırakılmıştır. Etkili ve önleyici bir tedbirin sağlanabildiği hallerde üye devletler, tazminat yükümlülüğünün kapsamını diledikleri gibi düzenleyebileceklerdir¹¹⁴². *Manfredi* kararında¹¹⁴³ ise uyumlu eylem, anlaşmalar ve bilgi alışverişleri yoluyla sigorta primlerini düzenleyen sigorta şirketlerine karşı açılan tazminat davasını inceleyen divan, zarar

¹¹³⁹ C-453/99 sayılı ATAD Kararı, Bernard Crehan v Courage Ltd ve Diğerleri, (2001), Para. 23.

¹¹⁴⁰ C-453/99 sayılı ATAD Kararı, Bernard Crehan v Courage Ltd ve Diğerleri, (2001), Para. 25.

¹¹⁴¹ C-453/99 sayılı ATAD Kararı, Bernard Crehan v Courage Ltd ve Diğerleri, (2001), Para. 26-28.

¹¹⁴² C-453/99 sayılı ATAD Kararı, Bernard Crehan v Courage Ltd ve Diğerleri, (2001), Para. 30-31.

¹¹⁴³ C-295/04, C-296/04, C-297/04, C-298/04 sayılı ATAD Kararı, Vincenzo Manfredi ve Diğerleri, (2006).

görenlerin dava açma hakkına vurgu yapmıştır¹¹⁴⁴. Divan, ülkelerin mevzuatı izin verdiği takdirde cezalandırıcı tazminata hükmedilmesinin de mümkün olacağına, ancak bunun bir zorunluluk olmadığına, etkili bir tazminat ve kazancın geri alınması sistemiyle de yeterli korumanın sağlanabileceğine dikkat çekmiştir¹¹⁴⁵. Avrupa Birliğinin 1005 yılında çıkardığı Yeşil Kitap¹¹⁴⁶ ile dikey karteller için zararın iki katı tazminata hükmedilmesi önerisinde¹¹⁴⁷ bulunulmuşsa da bu öneriye gelen eleştiriler¹¹⁴⁸ neticesinde 2008 yılında yayınlanan Beyaz Kitap'ta¹¹⁴⁹ tazminatın temel amacının zararı etkili biçimde tazmin etmek olduğu, önlemenin ise ancak bir yan etki olabileceği vurgulanmıştır. Nihayetinde, 24.10.2014 tarihli ve 2014/104-EC sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nin¹¹⁵⁰ md. 3 hükmünde rekabet ihlallerinden ötürü zarara uğrayan kişilerin uğradıkları zararın tam tazminini talep etme hakkına sahip oldukları, tam tazminin rekabete aykırı eylem olmasaydı malvarlığının bulunacağı durum ile mevcut durum arasındaki farkı ifade ettiği, bunun uğranılan fiili zarar ile yoksun kalınan kardan ve gerektiği takdirde gecikme

¹¹⁴⁴ C-295/04, C-296/04, C-297/04, C-298/04 sayılı ATAD Kararı, Vincenzo Manfredi ve Diğerleri, (2006), Para. 63.

¹¹⁴⁵ C-295/04, C-296/04, C-297/04, C-298/04 sayılı ATAD Kararı, Vincenzo Manfredi ve Diğerleri, (2006), Para. 92-100.

¹¹⁴⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52005DC0672> (Erişim Tarihi: 08.03.2022).

¹¹⁴⁷ 2.3 Başlığı Öneri 16.

¹¹⁴⁸ Lendermann 2019, s. 66.

¹¹⁴⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52008DC0165> (Erişim Tarihi: 08.03.2022).

¹¹⁵⁰ https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/damages_directive_final_en.pdf (Erişim Tarihi: 08.03.2022).

faizinden ibaret olduğu, tazminatın zararı aşan bir anlama gelemeyeceği, cezalandırıcı tazminatın veya çoklu tazminatların ise kabul edilemeyeceği düzenlenmiştir¹¹⁵¹.

Alman Hukukunda yer alan rekabetin önlenmesine ilişkin hükümlerin de hukuki niteliği birçok tartışmaya konu oluşturmıştır. Almanya’da rekabete aykırı eylemlerde bulunan kişilerin devlet hazinesine ödeme yapmasına ilişkin düzenlemeler de mevcuttur¹¹⁵². UWG (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Haksız Rekabet Kanunu*) md. 9 hükmü, haksız rekabet ile zarara uğrayan kişilerin tazminat ödeme yükümlülüğünü düzenlemektedir. Md. 10 ise rekabete aykırı eylemlerden haksız kazanç elde eden kişilerin bu kazancı Federal Hazine’ye geri ödeme yükümlülüğünü hükme bağlamaktadır. Benzer bir diğer düzenleme GWB (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Rekabetin Sınırlanması Hakkında Kanun*) md. 34/A hükmünde de yer almaktadır¹¹⁵³. Bu düzenlemelerin bir cezalandırıcı tazminat niteliğinde olup olmadığı tartışılrsa da, gerek ödenen miktarın elde edilen kazançla sınırlı olması gerekse de hazineye ödenmesi hükmü

¹¹⁵¹ Art. 3- Full Compensation: “1. Member States shall ensure that any natural or legal person who has suffered harm caused by an infringement of competition law is able to claim and to obtain full compensation for that harm. 2. Full compensation shall place a person who has suffered harm in the position in which that person would have been had the infringement of competition law not been committed. It shall therefore cover the right to compensation for actual loss and for loss of profit, plus the payment of interest. 3. Full compensation under this Directive shall not lead to overcompensation, whether by means of punitive, multiple or other types of damages.”

¹¹⁵² Almanya’da bu kazancın iadesi şeklinde gerçekleşirken Fransa’da ise para cezası şeklinde düzenlenmektedir. Bkz. **Lendermann** 2019, s. 62. Avrupa Birliği mevzuatı açısından özel hukuk yaptırımları ve idari yaptırımlar arasında büyük bir farklılık görülmediği yönünde bkz. **Wagner**, AcP 2006, s. 405.

¹¹⁵³ Söz konusu hükümlerin bireyleri dava açmaya teşvik açısından önemi açısından bkz. **Müller** 2000, s. 187–188.

cezalandırıcı tazminat niteliğinde olmaktan uzaklaştırmaktadır¹¹⁵⁴. Doktrinde neredeyse ortak olarak kabul edilen husus ise bu hükmün bir yandan önleme amacını ön plana taşıyan bir yandan da telafi amacı güden bir düzenleme olduğu yönündedir¹¹⁵⁵.

RKHK md. 58/II hükmünde öngörülen tazminatın unsurları teker teker incelendiğinde bu tazminatın Türk Hukuku açısından bir cezalandırıcı tazminat niteliğinde olduğu görülmektedir. Öncelikle, bu hükümde öngörülen eylem bizim de kabul ettiğimiz görüşe göre haksız fiil alanındaki bir sorumluluğu düzenlemektedir. Bu eylem her ne kadar zarar görenin zarar veren tarafın müşterisi olduğu durumlarda aynı zamanda bir sözleşmeye aykırılık teşkil edebilse de sadece bir haksız fiil olarak da sorumluluğa yol açabilmesi mümkündür. Cezalandırıcı tazminat da haksız fiil alanındaki sorumluluk için öngörülmüş bir hukuki kurumdur. İkincil olarak, bir hükmün cezalandırıcı tazminat olarak tanımlanabilmesi için belirli ölçüde ağır kusurlu bir eylemin varlığı gerekli olmalıdır. RKHK md. 58/II hükmünde de yukarıda da belirttiğimiz üzere ancak ağır kusur veya kastla işlenebilen bir eylem düzenlenmiştir. Bu açıdan da söz konusu hüküm, cezalandırıcı tazminat ile benzerlik göstermektedir. Cezalandırıcı tazminatın ayırt edici özelliklerinden bir diğer de zarar miktarını aşan, telafi ile ilintili olmayan bir miktara tazminat olarak hükmedilebilmesidir. Hükmün lafzında da açıkça belirtildiği üzere, uğranılan maddi zararın veya rekabete aykırı davranan kişilerin elde ettiği veya elde etmesi muhtemel karın üç kat tutarında tazminata karar verilebilmektedir. Cezalandırıcı tazminatın son ayırt edici özelliği ise bu tazminatta telafinin değil önleme ve cezalandırma amaçlarının öne çıkmasıdır. RKHK md. 58/II hükmünün genel yapısı incelendiğinde cezalandırma ve önleme işlevlerine yöneldiği görülmektedir. Hükmün en

¹¹⁵⁴ Lendermann 2019, s. 63.

¹¹⁵⁵ Wagner, AcP 2006, s. 408.

önemli amacı, etkili bir caydırıcılık sağlayarak gelecekte benzer rekabet ihlallerinin gerçekleşmesinin önüne geçebilmektir. Zararı aşan bir tazminata hükmedilmesi yoluyla da cezalandırma işlevi sağlanmaktadır. Dolayısıyla da hükmün işlevsel denklik bakımından cezalandırıcı tazminatlar olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bu açıklanan sebeplerle RKHK md. 58/II bir cezalandırıcı tazminat örneği olarak kabul edilmelidir.

Hukuki niteliği bu şekilde tespit etmemize rağmen belirtmek gerekir ki, rekabete aykırılı eylemler için öngörülen bu tazminat, zararı aşan yapısıyla Avrupa Birliği mevzuatına aykırıdır. Rekabet ihlallerini düzenleyen iç hukuk kurallarının veya Avrupa Birliği normlarının ihlali halinde iç hukukta açılacak tazminat davalarına ilişkin 2014/104-EC sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nin¹¹⁵⁶ md. 3 hükmünde açıkça üye devletlerce öngörülen tazminatın, zararı aşan tazminata (*overcompensation*) yol açmaması gerektiği belirtilmiştir¹¹⁵⁷. RKHK md. 58/II ise açıkça zararı aşan bir tazminatın öngörüldüğü bir düzenlemedir. Özellikle de mehz kanun olarak görülebilecek *Clayton Act*'in bulunduğu ABD Hukukunda idari para cezası kurumunun çok sınırlı şekilde bulunması, hükmün caydırıcılık seviyesi üzerinde yeterince durulmadığı izlenimini yaratmaktadır. Zira ABD Hukukunda rekabete aykırı bir eylemden ötürü yalnızca çoklu tazminat gibi bir koruma mekanizması mevcutken, bu ülkeden esinle bir hüküm öngören Türk Hukukunda rekabete aykırı davranan kişiler hem idari para cezası ödemek hem de üç kat tazminat ödemek durumunda kalabilmektedir. RKHK md. 16 (5) hükmünde, Rekabet Kurulu'nun idari para cezası miktarını belirlerken gerçekleşen ihlalin ağırlığını, tekrar edip etmediğini, teşebbüsün ilgili piyasadaki etkisini

¹¹⁵⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0104> (Erişim Tarihi: 28.12.2022)

¹¹⁵⁷ Kesici 2017, s. 282-283.

ve oluşan veya oluşması muhtemelen olan zararları dikkate alması gerektiğini düzenlenmişse de genelde üç kat tazminat davaları, ihlal kararı sonrasında açıldığı için bu düzenleme yeterli etki doğurmamaktadır¹¹⁵⁸. Ayrıca iki kararı veren kurum arasında yeterli bağı kurabilecek ve önleme amacına göre bu yaptırımların oranını ayarlayabilecek bir mekanizma da mevcut değildir. Dolayısıyla RKHK md. 58/II mevcut haliyle, olması gereken hukuk açısından mevzuattan çıkarılması gereken bir düzenlemedir.

II. Kira Sözleşmesinde Yeniden Kiralama Yasağı (TBK md. 355)

A. Genel Olarak

TBK md. 355, *“Kiraya veren, gereksinim amacıyla kiralananın boşaltılmasını sağladığında, haklı sebep olmaksızın, kiralananı üç yıl geçmedikçe eski kiracısından başkasına kiralayamaz.”* düzenlemesi ile gereksinim amacıyla kiracının tahliyesini sağlayan kiraya verenlere ilişkin bir yasak getirmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında eski kiracının öncelik hakkı ve bu hakkın hangi usullerle bertaraf edilebileceği düzenlenmektedir. Maddenin üçüncü fıkrasında ise *“Kiraya veren, bu hükümlere aykırı davrandığı takdirde, eski kiracısına son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere tazminat ödemekle yükümlüdür.”* hükmü ile yeniden kiralama yasağının yaptırımı düzenlenmiştir.

Söz konusu hükmün bir benzeri 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun md. 15 ve 16’da düzenlenmekteydi. Ancak bu hükümlerde öngörülen yaptırım hapis ve adli para cezası şeklinde öngörülmüştü. 6098 sayılı TBK’nin yürürlüğe

¹¹⁵⁸ Türk Hukuku’nda da üç kat tazminat belirlenirken, idari para cezalarının dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. **Kesici** 2017, s. 316. 4054 sayılı RKHK ve Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik’te öngörülen düzenlemelere ilişkin kapsamlı bir eleştiri için bkz. **Katoğlu** 2014, s. 397 vd.

girmesiyle beraber bu hapis ve adli para cezası öngören düzenlemelerin yerini TBK md. 355 hükmü almıştır¹¹⁵⁹. Dolayısıyla yeniden kiralama yasağına aykırı davranan kiraya veren, tazminat yaptırımını ile karşı karşıya kalmaktadır.

Öngörülen bu düzenlemenin temel amacı, gereksinim gerekçesiyle kiracıları tahliye eden kiraya verenlerin, bu durumu bir ekonomik fırsata veya kişisel kindarlığa dönüştürmelerinin önüne geçebilmektir¹¹⁶⁰. Zira bu hüküm sayesinde, hangi kişinin gereksinim sebebiyle tahliye gerçekleşmişse gerçekten de o kişinin taşınmazda oturması teşvik edilmekte ve esasında gereksinimin gerçekliği ve samimiliği dolaylı yoldan da olsa sağlanmış olmaktadır. Sırf ekonomik veya kişisel sebeplerle kiracısını tahliye eden kiraya verenlerin, tahliye sebebi olarak gösterdikleri halden farklı bir kullanımlarının önü böylece kapatılmış olmaktadır.

Hüküm, konut ve işyeri kiracıları açısından nisbi emredici niteliktedir¹¹⁶¹. Diğer bir deyişle, yasağın kaldırılması veya kiraya veren lehine sonuçlarının hafifletilmesi mümkün değilken kiracı lehine değişiklikler yapılabilir.

Hükümün son fıkrasında öngörülen tazminat miktarının bir alt sınırının bulunması ve amacının kiraya verenlerin çeşitli hukuka aykırı davranışlarının önüne geçmek olduğu düşünüldüğünde, bu düzenlemenin hukuki niteliğinin ne olduğu konusunda tereddütler oluşmaktadır. Hükümün zararın hesaplanmasını kolaylaştıran bir nevi kanuni götürü tazminat gibi kabul edilmesi de bir medeni ceza veya cezalandırıcı tazminat olarak

¹¹⁵⁹ **Gümüş** 2011, s. 327; **Yavuz/Acar/Özen**, 1. Cilt, 2022, s. 744; **Yavuz** 2021, s. 968; **Celep** 2018, s. 102. Kanunun hazırlanmasında etkin olarak çalışmış akademisyenlerden Nevzat Koç, bu değişikliğin sebebini Avrupa Birliği mevzuatı ile uyum olarak açıklamaktadır. Bkz. **Koç** 2014, s. 33.

¹¹⁶⁰ Benzer yönde bkz. **Gül** 2021, s. 944.

¹¹⁶¹ **İnceoğlu** 2014, s. 535; **Saruhan** 2019, s. 356; **Yavuz** 2021, s. 982; **Celep** 2018, s. 103.

görülmesi de mümkündür. Aşağıda, öncelikle TBK md. 355'in şartları açıklanmış, hükmün niteliğine ilişkin görüşler tartışılmış ve nihayetnde görüşümüz açıklanmıştır.

B. Şartları

TBK md. 355'in uygulanabilmesi için öncelikle kiraya verenin kiracıyı gereksinim ya da yeniden imar veya inşa sebebiyle tahliye etmiş olması gerekmektedir. Tahliye bir başka hukuki sebeple gerçekleştiğinde TBK md. 355'te öngörülen tazminatın talep edilmesi mümkün olmayacaktır. 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun döneminde, konuya ilişkin en önemli sorun, tahliyenin icra veya mahkeme kanalıyla yapılmış olmasının şart olup olmadığı noktasında toplanmaktayken¹¹⁶², 6098 sayılı TBK, kullandığı “boşaltılmasını sağladığında” ifadesiyle bu soruna çok net olmasa da bir yanıt vermiştir. Buna göre, kiracı ister icra veya mahkeme kanalıyla isterse de kiraya verenin bildirimi üzerine taşınmazı tahliye etmiş olsun TBK md. 355'ten yararlanma imkanına sahip olmalıdır¹¹⁶³. Ancak belirtmek gerekir ki Yargıtay, 6098 sayılı TBK döneminde de icra kanalıyla tahliyeyi bir şart olarak aramaktadır¹¹⁶⁴. Hatta bir kararda mahkemeden alınan karara binaen taşınmazı boşaltan kiracının bu hükümden yararlanması icra kanalıyla tahliyenin gerçekleşmediği gerekçesiyle kabul görmemiştir¹¹⁶⁵. Yargıtay'ın bu tutumunu birçok açıdan eleştiriye açıktır. Yeniden kiralama yasağının uygulanması için önemli olan unsurun, tahliyenin altında yatan sebep olduğu kanaatindeyiz. Tahliyenin,

¹¹⁶² 6570 sayılı kanunun bu yasağa aykırılığa hapis ve adli para cezası gibi yaptırımlar öngörmesinin, tahliye kavramının dar yorumlanmasına yol açtığı yönünde bkz. **Celep** 2018, s. 105.

¹¹⁶³ **İnceoğlu** 2014, s. 536; **Yavuz/Acar/Özen**, 1. Cilt, 2022, s. 746; **Zevkliler/Gökyayla** 2019, s. 360; **Saruhan** 2019, s. 361; **Gül** 2021, s. 938; **Celep** 2018, s. 105.

¹¹⁶⁴ Yar. 3. HD., 2017/6483 E., 2019/2527 K., 25.3.2019 T.; Yar. 3. HD., 2017/4632 E., 2019/1687 K., 28.2.2019 T.; Yar. 3. HD., 2017/4956 E., 2019/871 K., 7.2.2019 T.

¹¹⁶⁵ Yar. 3. HD., 2017/4122 E., 2019/282 K., 17.1.2019 T.

kiraya verenin ihtarına, dava açmasına veya icra takibine dayandığı durumlarda TBK md. 355'in uygulanabilir olması gerekmektedir. Zira maddenin bu açıdan aradığı yegane şart, taşınmazın boşaltılmasını sağlayan iradenin kiraya verenden kaynaklanmasıdır. Kiracıyı koruyan bir düzenlemenin adeta bir sınırlamaya tabi tutulması, hukuken kabul edilebilir bir hareket tarzı değildir.

TBK md. 355'in uygulanabilmesi için bir diğer şart, taşınmazın bir başka kişiye kiraya verilmiş olmasıdır. Burada kastedilen üçüncü kişiler, tahliye sebebi olarak gösterilen kişi dışındakilerdir. Zira tahliye istisnai bir sebeple gerçekleştiğinden, tahliye sebebi olarak gösterilen kişinin dışındaki bir kişinin taşınmaza zilyet kılınması halinde TBK md. 355 hükmü gündeme gelir. Ancak, madde metninde taşınmazın üçüncü bir kişiye satılmasından bahsedilmemiştir. Dolayısıyla da taşınmazı gereksinim ya da yeniden imar ve inşa gerekçesiyle tahliye ettiren kiraya verenin, kira konusu malı üçüncü kişiye sattığı durumlarda TBK md. 355 uygulama alanı bulamayacaktır. Benzer şekilde, taşınmazın tahliye sebebinde gösterilen kişiden bir başkasına ücretsiz olarak kullanırılması halinde de TBK md. 355 gereğince yeniden kiralama yasağının ihlal edildiği söylenemez¹¹⁶⁶.

6570 sayılı kanunda kullanılan “*mücbir sebep*” ifadesi yerine, 6098 sayılı TBK’da “*haklı sebep*” kavramına yer verilmiştir. Buna göre, kiraya verenin haklı bir sebebinin var olduğu durumlarda, TBK md. 355’te öngörülen süreye uyulmasa dahi yeniden kiralama yasağının ihlali söz konusu olmayacaktır. Haklı sebep, kiraya veren nezdinde tahliye kararı sonrasında meydana gelen çeşitli ihtimalleri ifade etmektedir. Tahliye kararı sonrası kiraya verenin başka bir ile tayin edilmesi, öğrencinin okuldan atılması,

¹¹⁶⁶ İncoğlu 2014, s. 537; Yavuz/Acar/Özen, 1. Cilt, 2022, s. 747; Saruhan 2019, s. 365; Gül 2021, s. 941.

tahliye sebebinde belirtilen kişinin ölümü veya ağır hastalığı gibi haller, haklı sebebe örnek olarak sayılabilir¹¹⁶⁷. Yeniden imar ve inşa sebebiyle tahliye hallerinde ise, taşınmazın eski kiracı tarafından kullanılmasının artık mümkün olmadığı konutun işyerine dönüştürülmesi, özgülenme amacının tamamen değiştirilmesi gibi haller haklı sebepler arasında yer alır.

Son olarak ise eski kiracının öncelik hakkının bertaraf edilmemiş olması gerekmektedir. Eski kiracının öncelik hakkı, yalnızca yeniden imar ve inşa sebebiyle tahliye için öngörölmüş bir düzenlemedir. TBK md. 355'e göre, eski kiracının yeniden imar veya inşa sonrası taşınmazı yeni kira bedeliyle kiralama konusunda bir öncelik hakkı bulunmaktadır. Bu hakkın bertaraf edilebilmesi için, kiraya verenin bir yazılı bildirim yapması ve taşınmazı yeni kira bedeliyle kiralama hususunda eski kiracısına bir hak tanınması gerekmektedir. Kiraya verenin yazılı bildirimden itibaren bir ay içerisinde eski kiracı, malı tekrar kiralama iradesi göstermezse bu durumda artık yeniden kiralama yasağı ortadan kalkar¹¹⁶⁸. Nitekim, bu durumda kiraya veren taşınmazı dilediği kişiye kiraya verebilme imkanına sahip olacaktır. Ancak bu hakkı sona erdirmeyen kiraya veren, kira konusu taşınmazı üç yıl süreyle bir başka kişiye kiralayamayacaktır. Bu üç yıllık sürenin, fiili tahliyeden itibaren başlaması uygun olacaktır¹¹⁶⁹. Eski kiracının öncelik

¹¹⁶⁷ **İnceoğlu** 2014, s. 538; **Saruhan** 2019, s. 364; **Gül** 2021, s. 940; **Mehmetoğlu** 2019, s. 215; **Celep** 2018, s. 106-107.

¹¹⁶⁸ Belirtmek gerekir ki kanunun yeni kira bedeli ile ilgili bir sınır öngörmemiş olması tartışmaya açıktır. Zira kiraya vereni, fahiş bir kira bedeli önermek suretiyle öncelik hakkını kullanmayı fiilen imkansız hale getirmekten alıkoyabilecek yegane düzenleme TMK md. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralıdır. Yeni kira bedelinin rayiç kira bedeline göre teklif edilmesi gerektiği yönünde bkz. **İnceoğlu** 2014, s. 541; **Saruhan** 2019, s. 370; **Celep** 2018, s. 117.

¹¹⁶⁹ **İnceoğlu** 2014, s. 539.

hakkını kullanması halinde, taraflar arasında yeni bir kira sözleşmesi kurulacaktır. Kanunun “*yeni durumu ve yeni kira bedeli ile*” vurgusu da bu hususu doğrular niteliktedir. Gereksinim sebebiyle tahliye halinde de eski kiracının öncelik hakkı bulunduğunu savunan bir görüş mevcuttur¹¹⁷⁰. Bu görüşe göre kiraya veren üç yıllık süre içerisinde önce eski kiracıya teklifte bulunarak onun kabul etmemesi halinde kira konusu malı bir başka kişiye kiraya verebilmelidir. Ancak bu görüşe katılmanın mümkün olmadığını düşünüyoruz. Zira öncelik hakkı, eski kiracıya tanınan bir imkan olduğu kadar kiraya veren açısından da bir fırsattır. Kanunkoyucunun lafzi olarak tanımadığı ve kanaatimizce de tanınması da gerekli olmayan bir imkan, kıyas yoluyla yaratılarak kiraya verene tanınmamalıdır¹¹⁷¹. Ayrıca bu tip bir kabul, hükmün kiracıyı koruyan temel mantığına da aykırıdır.

Yukarı belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde, yeniden kiralama yasağını ihlal eden kiraya veren, eski kiracısına son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere tazminat ödemekle yükümlüdür¹¹⁷². Bir yıllık kira bedeli hakimın takdir yetkisinin alt sınırını oluşturmaktadır. Hakim uygun gördüğü takdirde bu miktardan daha fazla bir tazminata da hükmedebilecektir.

C. Yeniden Kiralama Yasağının İhlaline Bağlanan Sonuçlar ile Cezalandırıcı Tazminatın İlişkisinin Değerlendirilmesi

TBK md. 355’de düzenlenen yeniden kiralama yasağının hukuki niteliği konusunda farklı görüşler dile getirilmiştir. İleri sürülen bütün bu görüşlerin tereddütsüz olarak kabul ettiği ortak nokta, kiracının zararı son kira yılındaki bir yıllık kira bedelinden

¹¹⁷⁰ Yavuz/Acar/Özen, 1. Cilt, 2022, s. 746; Saruhan 2019, s. 366; Mehmetoğlu 2019, s. 214 dn. 172.

¹¹⁷¹ İnecoğlu 2014, s. 538; Mehmetoğlu 2019, s. 214.

¹¹⁷² Bu bedelin brüt kira bedeli üzerinden hesaplanması gerektiği yönünde bkz. Gül 2021, s. 942.

az bile olsa, bu tazminatın talep edilebileceğidir. Dolayısıyla söz konusu hüküm, sorumluluk hukukunun genel ilkelerinden kısmen de olsa ayrılan bir düzenlemeyi içermektedir.

Türk Hukuku'ndaki hakim görüşü, TBK md. 355'de düzenlenen yaptırımı bir medeni ceza (*medeni hukuk cezası, özel hukuk cezası*) olarak nitelendirmektedir¹¹⁷³. Bu görüşteki yazarlara göre burada zenginleşme yasağına istisna teşkil eden bir düzenleme bulunmaktadır ve hükmün amacı kiraya vereni cezalandırmaktır. Yazarların bir kısmı bir yıllık kira bedelinden daha fazla bir tazminatın talep edilebilmesi için kiracının uğradığı zararı ispat etmesi gerektiğini belirtirken¹¹⁷⁴, Gül, bir yıllık kira bedelinden daha fazla bir tazminata hükmedilebilmesinin zararın ispatı şartına bağlı olmadığını savunmaktadır. Yazara göre hükmün medeni ceza niteliği, zararın varlığı ispat edilmese dahi tazminata hükmedilebilmesini mümkün kılmaktadır¹¹⁷⁵. Gül, söz konusu hükmün önleme ve telafi işlevlerine yöneldiğini belirtmektedir. TBK md. 355'i medeni ceza olarak tanımlayan görüşten Yavuz ve Gümüş ise, maddede öngörülen alt sınırı aşan bir zararın varlığı durumunda hem medeni hukuk cezasının hem de maddi tazminatın ayrı ayrı talep edilebileceğini belirtmiştir¹¹⁷⁶. Bir görüş ise söz konusu hükmün *kanundan doğan bir cezai şart* niteliğinde olduğunu belirtmektedir¹¹⁷⁷. Kanaatimizce bu görüşü savunan yazarlardan Gül'ün diğer yazarlardan ayrılarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira diğer yazarlar TBK md. 355'i değerlendirirken medeni ceza kavramını kullanmakla

¹¹⁷³ İncoğlu 2014, s. 541; Gümüş 2011, s. 328; Yavuz/Acar/Özen, 1. Cilt, 2022, s. 751; Gül 2021, s. 942; Yavuz 2021, s. 983; Saruhan 2019, s. 372; Akgün Akay 2017, s. 93; Sırataş 2021, s. 124.

¹¹⁷⁴ İncoğlu 2014, s. 541; Akgün Akay 2017, s. 93; Sırataş 2021, s. 124; Mehmetoğlu 2019, s. 216.

¹¹⁷⁵ Gül 2021, s. 942.

¹¹⁷⁶ Gümüş 2011, s. 330; Yavuz 2021, s. 983.

¹¹⁷⁷ Aydemir 2016, s. 295.

beraber açıklamalarında cezalandırıcı tazminatı tanımlamaktadır. Gül ise kavramın önleme ve tazmin işlevine dikkat çekerek, bizim tanımımıza uygun şekilde¹¹⁷⁸ medeni ceza değerlendirmesi yapmıştır.

TBK md. 355'in hukuki niteliğini ortaya koyabilmek ve cezalandırıcı tazminat ile karşılaştırabilmek için öncelikle cezalandırıcı tazminatın ayırt edici özellikleri bakımından hükmü değerlendirmek gerekmektedir. Kanaatimizce, TBK md. 355 cezalandırma ve önleme amacının öne çıktığı bir hükümdür. Zira bu hükümle, mahkemeden gereksinim ya da imar ve inşa sebebiyle tahliye kararı aldıktan sonra, bu karardaki gerekçenin aksine taşınmazı başka birine kiralayan kiraya verenin bir yaptırıma tabi tutulması amaçlanmaktadır. Öngörülen tazminat miktarının yüksekliği ile hem kiraya verenin hem de başka kişilerin benzer davranışlardan kaçınması öngörülmektedir. Cezalandırma ve önleme işlevinin yanında söz konusu hükmün telafi işlevinin de mevcut olduğu söylenebilecektir. Kusur açısından incelendiğinde ise madde metninde öngörülen hukuka aykırı fiilin, ağır kusur veya kast olmaksızın gerçekleştirilmesi mümkün görünmemektedir. Nitekim gereksinim veya inşa ve imar sebebiyle tahliyeyi sağladıktan sonra başka bir kişiye yeniden kiralama eyleminin hafif kusurla gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla yeniden kiralama yasağını ihlal eden kiraya veren ya kasten ya da ağır kusuruyla bu eylemi gerçekleştirmiştir. Hükümde hükmedilecek tazminat miktarının sadece alt sınırı düzenlenmiştir. Bu düzenleme tarzı, cezalandırıcı tazminat ile bağdaşır niteliktedir. Zira eski kiracının uğradığı zarar zaten halihazırda son bir yıllık kira bedelinden daha yüksek olduğu hallerde, hakim bu hususu dikkate alabilecek ve hem cezalandırma hem önleme hem de tazmin imkanı sağlayacak bir rakama hükmedecektir. Dolayısıyla doktrinde çokça tartışıldığı gibi, uğranılan zarar

¹¹⁷⁸ Yuk. 3. Bölüm, §12, III.

miktının bir yıllık kira bedelinden fazla olması durumunda, bir yıllık kira bedelini aşan kısım zararın ispatı gerekmeksizin talep edilebilir. Zira burada cezalandırma ve önlemenin ön plana çıktığı bir düzenleme söz konusudur. Hakim, davadaki mevcut verilerle takdir yetkisini kullanabilir ve bir yıldan kira bedelinden daha fazla bir tazminata hükmedebilir.

Bütün bu özellikler açısından durum incelendiğinde, cezalandırma ve önleme işlevinin varlığı, zararı aşan bir tazminata hükmedilebilmesi, tazminatın sadece alt sınırının belirlenmesi gibi hususlar TBK md. 355'i bir cezalandırıcı tazminat olarak nitelendirmeyi haklı kılmaktadır¹¹⁷⁹. Burada tek sorun, TBK md. 355'teki eylemin bir haksız fiil olup olmadığı noktasındadır. TBK md. 355'in uygulandığı esnada, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi tahliye davasının neticesinde sona ermiştir. Eski kiracının uğradığı zarar, mutlak haklarına ilişkin bir zarar olmadığı için salt malvarlığı zararı niteliğindedir. Bu açıdan TBK md. 355, bir özel koruma normudur. Zira, normal şartlar altında talep edilmesi mümkün olmayan bir zararın tazminini sağlayan özel bir norm olarak öngörülmüştür. Bu sebeple, TBK md. 355'te bir haksız fiilin bulunduğunu söylemek mümkündür. TBK md. 355'in cezalandırıcı tazminat niteliği bu açıdan da doğrulanmaktadır.

III. İş Kanunu md. 17(6)'da Düzenlenen Kötüniyet Tazminatı ve TBK md. 438'da Düzenlenen Haksız Fesih Tazminatı

A. Genel Olarak

İş hukuku, melez bir hukuk dalı olmasının da etkisiyle, bazı düzenlemelerinde sorumluluk hukukunun genel ilkelerinden farklılık gösteren hükümlere yer vermektedir. Bunlardan en dikkat çekici olanları ise İş Kanunu md. 17(6)'da düzenlenen kötüniyet

¹¹⁷⁹ Benzer yönde bkz. **Celep** 2018, s. 120; **Güteryüz/Zorluoğlu Yılmaz** 2019, s. 349-350.

tazminatı ile TBK md. 438’de düzenlenen haksız fesih tazminatıdır. Bu sebeple öncelikle bu iki hüküm ve şartları hakkında bilgi verilecek, ardından da bu hükümlerin cezalandırıcı tazminat ile benzerlikleri ve farklılıkları değerlendirilecektir.

B. Kötüniyet Tazminatı ve Şartları

İş sözleşmesinde fesih hakkının kötüye kullanılması özel bir yaptırıma tabi tutulmuştur. Esasında belirtmek gerekir ki, her sözleşmede olduğu gibi, iş sözleşmesinde de taraflar sözleşmeyi sona erdirmeye ve hukuki ilişkiyi devam ettirmeme imkanına sahiptir. Zira güvene dayalı bir ilişkinin ortadan kalktığı bu gibi hallerde tarafları hukuki ilişkiye zorlamak olumlu sonuçlar doğurmaz¹¹⁸⁰. Ancak iş sözleşmesini sona erdirirken geçerli bir hukuki sebebe dayanmayan işveren, iş güvencesine dahil olan işyerlerinde iş güvencesi tazminatı hükümleri uyarınca, bu kapsama girmeyen yerlerde ise İş Kanunu md. 17 gereğince tazminat ödemek zorunda kalacaktır¹¹⁸¹. İş güvencesi hükümleri kapsamına girmeyen durumlarda ödenen bu tazminat, “*kötüniyet tazminatı*” olarak da isimlendirilmektedir. Bu düzenleme sadece işverenin fesih hakkını kötüye kullanmasına ilişkindir. İşçinin fesih hakkını kötüye kullandığı durumlar, bu düzenlemenin kapsamında değildir¹¹⁸².

İş Kanunu md. 17 (6) uyarınca “*İşverenin bildirim şartına uymaması veya bildirim süresine ait ücreti peşin ödeyerek sözleşmeyi feshetmesi, bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddesi hükümlerinin uygulanmasına engel olmaz. 18 inci maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulanma alanı dışında*

¹¹⁸⁰ **ZK OR-** *Staehelein*, Art. 336a N. 2; **BK OR I-** *Rehbinder/Stöckli*, Art. 336a N. 1.

¹¹⁸¹ **Süzek** 2020, s. 543; **Arıcı** 2022, s. 265; **Narmanlıoğlu** 2014, s. 394; **Dinkirci** 2021, s. 221; **Karan** 2017, s. 391; **Tunçomağ/Centel** 2016, s. 206; **Yayvak Namli** 2019, s. 328.

¹¹⁸² **Özdemir** 2022, s. 457.

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". Görüldüğü üzere, kanun kötünîyet tazminatının miktarını ihbar tazminatı üzerinden belirlemiştir. Buna göre işveren, bildirim sürelerine uymuş veya bildirim süresine ait ücreti peşin olarak ödemişse dahi fesih hakkını kötüye kullandığı hallerde bildirim süresinin üç katı tutarında bir kötünîyet tazminatı ödeyecektir. Fıkranın son cümlesinde de açıkça belirtildiği üzere, bu tazminat ihbar tazminatından ayrı niteliktedir. Buradaki yaptırımın temel gerekçesi, dürüstlük kuralına aykırı olarak gerçekleştirilen feshi engellemektir¹¹⁸³.

Kötünîyet tazminatı, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde söz konusu olacaktır¹¹⁸⁴. Belirli süreli iş sözleşmesinin sürenin sonunda sona erdiği düşünüldüğünde, bu sözleşmelerde kötünîyet tazminatından bahsetmek mümkün değildir. Daha önce de belirttiğimiz üzere, iş güvencesi kapsamındaki işyerlerinde, kötünîyet tazminatı değil iş güvencesinden doğan tazminatlar gündeme gelecektir.

TBK, İş Kanunu ile uyumlu olarak, hizmet sözleşmesinde haksız fesih halinde ödenecek tazminatı fesih bildirim süresinin üç katı olarak düzenlemiştir. TBK md. 434'e göre *"Hizmet sözleşmesinin fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işveren, işçiye fesih bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında tazminat ödemekle yükümlüdür"*. Söz konusu hüküm, İş Kanunu md. 17 (6) ile uyumlu olma gayesi ile düzenlenmiştir.

¹¹⁸³ **Süzek** 2020, s. 544.

¹¹⁸⁴ **Dinkirci** 2021, s. 222.

Kötüniyet tazminatının gündeme gelebilmesi için öncelikli olarak iş sözleşmesinin feshedilmiş olması gerekmektedir. Genel olarak iş sözleşmesinin feshinin geçerli bir sebebe dayanması şart değildir. Zira geçerli bir sebebe dayanmaksızın gerçekleştirilen fesih de sözleşmeyi sona erdirecektir. Dolayısıyla, feshin haklı bir sebebe dayanmıyor oluşu yalnızca ödenecek tazminat açısından önem arz etmektedir¹¹⁸⁵. İş güvencesi altındaki işçiler açısından bu hükmün uygulanabilir olmamasının bir sebebi de budur. Zira iş güvencesinin geçerli olduğu hallerde fesih hakkı kullanılmasına rağmen işe iade söz konusu olabilmektedir.

Kötüniyet tazminatının gündeme gelebilmesi için ikinci şart ise feshin haksız nitelikte olmasıdır. Feshin haksız nitelikte olduğunun kabulü için hangi ölçütün kullanılacağına ilişkin birçok görüş ileri sürülmektedir. Ancak doktrinde hâkim olan görüş, burada TMK md. 2’de yer alan dürüstlük kuralından (*objektif iyiniyet*) yararlanmak yönündedir¹¹⁸⁶. Buna göre fesih hakkını kullanan işveren, benzer koşullar içerisindeki dürüst ve makul bir işveren nasıl davranacaksa o şekilde bir karar vermelidir. Bu koşula uymadığı takdirde feshin haksızlığından bahsedilecektir. Feshin, işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından, işyerinin ekonomik, mali veya teknik ihtiyaçlarından ya da bunlara benzer meşru gerekçelerden kaynaklandığı hallerde haksız fesihten bahsetmek mümkün olmayacaktır¹¹⁸⁷. Ancak işçinin bir hakkını talep etmesine, şikayetine, sendikaya üye olmasına, kendisine tanınan anayasal hak ve güvencelerden yararlanmasına dayanan fesihler haksız nitelikte olacaktır. Benzer şekilde işçinin bir

¹¹⁸⁵ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat 2019, s. 478.

¹¹⁸⁶ Süzek 2020, s. 544; Narmanlioğlu 2014, s. 395.

¹¹⁸⁷ Süzek 2020, s. 545; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat 2019, s. 479–480.

hakkının doğmasına yakın şekilde sırf o hakkın doğmasına engel olacak şekilde fesih hakkının kullanılması da bir haksız fesih teşkil edecektir¹¹⁸⁸.

Kötüniyet tazminatının talep edilebilmesi için zarara gerek bulunmamaktadır. Dolayısıyla işçinin haksız fesihten ötürü uğradığı hiçbir zarar bulunmasa dahi bu tazminat yine de talep edilebilecektir¹¹⁸⁹. Hatta işçi bu fesih sonrasında daha fazla gelir sağlayan bir iş bulmuşsa dahi bu tazminatı talep edebilecektir. İşçi, sadece kötüniyet arz ettiği düşünülen davranışı, diğer bir deyişle fesih hakkının kötüye kullanıldığını ispatla yükümlüdür¹¹⁹⁰.

Kötüniyet tazminatı, sadece bildirim sürelerine uyularak gerçekleştirilen fesihlerde değil, bu süreye uyulan fesihlerde de gündeme gelebilmektedir. Bildirim süresine uyan veya bu süreye ilişkin ücreti peşin olarak ödeyen ancak fesih konusunda haksız olan işveren sadece bildirim süresinin üç katı tutarında kötüniyet tazminatı öderken¹¹⁹¹, bildirim süresine uymadan sözleşmeyi haksız olarak fesheden işveren hem ihbar tazminatını hem de kötüniyet tazminatını bir arada ödemek durumunda kalacaktır.

Hem TBK da hem de İş Kanunu'nda yer alan kötüniyet tazminatına benzer bir düzenleme, OR Art. 336a hükmüyle İsviçre Hukuku'nda bulunmaktadır. OR Art. 336a'ya göre, iş sözleşmesini *haksız* olarak sona erdiren taraf, diğer tarafa tazminat ödemekle yükümlüdür. Ödenecek tazminat hakim tarafından somut olayın tüm özellikleri dikkate alınarak belirlenir. Ancak tazminat miktarı işçinin altı aylık maaş tutarını aşamayacaktır. Tarafların kötüniyet tazminatını talep etmeleri, başka hukuki gerekçelerle talepte

¹¹⁸⁸ **Süzek** 2020, s. 546–547.

¹¹⁸⁹ **Süzek** 2020, s. 548.

¹¹⁹⁰ **Narmanhoğlu** 2014, s. 395.

¹¹⁹¹ **Süzek** 2020, s. 550; **Narmanhoğlu** 2014, s. 403.

bulunma haklarını ortadan kaldırmaz¹¹⁹². Belirtmek gerekir ki, haksız fesihte bulunan tarafın, diğer tarafın itirazı üzerine fesihten vazgeçtiği hallerde tazminat yükümlülüğü doğmaz¹¹⁹³. Hüküm mutlak emredici niteliktedir.

OR Art. 336a hükmüne göre ödenecek tazminat belirlenirken hakim, somut olayın tüm özelliklerini dikkate alır. Burada dikkate alınacak en önemli husus ise, haksız feshi gerçekleştiren tarafın ihlalinin ağırlığıdır. Ayrıca feshin gerekçesi, diğer tarafın ortak kusurunun bulunup bulunmadığı, işverenin ekonomik durumu gibi unsurlar da tazminatin belirlenmesinde göz önüne alınır¹¹⁹⁴. Bu unsurların dikkate alınmasının sebebi olarak da, buradaki tazminatin cezalandırma işlevi gösterilmektedir. Ayrıca telafi işlevi gereğince de, işçinin maddi durumu, feshin onun üzerinde yaratacağı maddi etki, tekrar iş hayatına dönüp dönemeyeceği, çalıştığı piyasanın iş koşulları gibi durumlar da tazminatı tespitinde önem arz etmektedir¹¹⁹⁵. Ödenecek tazminatin tavanı ise işçinin altı aylık maaşı ile sınırlıdır. Ancak toplu işten çıkarma hallerinde, eğer işçilerin görüşü de alınmamışsa, tazminatin üst sınırı işçilerin iki aylık maaşı şeklinde belirlenmiştir¹¹⁹⁶.

¹¹⁹² OR Art. 336a: “1. Die Partei, die das Arbeitsverhältnis missbräuchlich kündigt, hat der anderen Partei eine Entschädigung auszurichten.

2. 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.

3. Ist 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.”

¹¹⁹³ BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 336a N. 1

¹¹⁹⁴ BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 336a N. 2; ZK OR- Staehelin, Art. 336a N. 6.

¹¹⁹⁵ BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 336a N. 3; ZK OR- Staehelin, Art. 336a N. 7.

¹¹⁹⁶ Bu üst sınırlar daha yüksek belirlenmiş ancak parlamento görüşmeleri esnasında indirilmiştir. Değişikliğin amacı olarak ise birden fazla dava ile karşı karşıya kalacak olan işverenin ekonomik darboğaza

OR Art. 336a hükmüne göre kötüniyet tazminatı talep etmiş olmak, haksız fesihten dolayı zarara uğrayan kişinin haksız feshin sonuçlarından bağımsız diğer tazminat taleplerinin önüne geçmeyecektir. Ancak madde metnindeki “*einem anderen Rechtstitel*” ifadesi çeşitli tartışmalara yol açmıştır¹¹⁹⁷. Federal Mahkeme tarafından bu tazminatın telafi ve tazmin işlevi tanınmaya başlanmadan önce, bu ifadenin her türlü diğer tazminatı kapsadığı kabul edilmekteydi¹¹⁹⁸. Dolayısıyla haksız feshe uğrayan taraf, hem Art. 336a gereğince tazminatı hem de haksız fesihten dolayı uğradığı ekonomik zararları talep edebilmekteydi. Bu açıdan hüküm tam anlamıyla bir cezalandırma işlevine yönelmişti. Ancak Federal Mahkemenin tazmin işlevini de kabul etmesiyle beraber, tazminatın belirlenmesinde haksız fesihten dolayı uğranan ekonomik zararlar da dikkate alınmaya başlanmıştır¹¹⁹⁹. Dolayısıyla madde metnindeki bir başka hukuki gerekçeyle tazminat talep edebilme ifadesi, haksız feshin sonuçları dışındaki birtakım zararlar için geçerlidir. Benzer şekilde haksız fesihten dolayı manevi tazminat talebinde bulunulması halinde de bunun ayrı bir tazminat olarak talep edilemeyeceği, ancak OR Art. 336a

düşmesine engel olmaktır. Bu değişiklik sebebiyle hükmün cezai amacının zarar gördüğü yönünde bkz. **ZK OR- Staehelin**, Art. 336a N. 6-7. Ancak kanaatimizce bu eleştiri yerinde değildir. Zira tam tersine bu değişiklik hükmün cezalandırıcı yönünü daha iyi yansıtmıştır. Zira aksi takdirde her bir işçiye altı aylık maaş tutarında tazminat ödemek riski ve aşırı cezalandırma tehlikesi ortaya çıkabilecektir. Bu açıdan bakıldığında bu tür kolektif davaların söz konusu olabildiği bir alanda aşırı cezalandırmanın önüne geçecek bir düzenleme öngörmek, cezalandırma amacının daha efektif sonuçlara ulaşabilmesi açısından önem arz etmektedir.

¹¹⁹⁷ **BSK OR I-Portmann/Rudolph**, Art. 336a N. 6; **ZK OR- Staehelin**, Art. 336a N. 2

¹¹⁹⁸ BGE 119 II 160; 123 III 256.

¹¹⁹⁹ BGE 123 III 394.

kapsamında talep edilebileceği belirtilmektedir¹²⁰⁰. Ancak haksız fesih ile bağlantılı olmayan diğer zararlar, ayrı bir tazminat davası ile talep edilebilecektir.

Görüldüğü üzere, OR Art. 336a hükmü ile İş Kanunu md. 17 (6) ve TBK md. 434 hükümleri, yaptırımın sonucu açısından birbirinden ayrılrsa da, şartlar ve belirleme koşulları açısından benzeşmektedir. İsviçre'deki kötüniet tazminatı miktarı daha yüksekken, Türk Hukuku'nda bu miktar daha düşük tutulmuştur. Bunun dışındaki unsurlar açısından iki hukuk sistemi benzerdir. Bu yüzden de İsviçre Hukuku'nda bu tazminatın belirlenmesinde kullanılan kriterler, Türk Hukuku açısından da yol gösterici niteliktedir.

C. Haksız Fesih Tazminatı

Kötüniet tazminatına benzer bir diğer hüküm ise hizmet sözleşmelerine ilişkin kısımda yer alan TBK md. 438'de düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, *“1. İşveren, haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhâl feshederse işçi, belirsiz süreli sözleşmelerde, fesih bildirim süresine; belirli süreli sözleşmelerde ise, sözleşme süresine uyulmaması durumunda, bu sürelerle uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı, tazminat olarak isteyebilir. 2. 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. 3. 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”*. Görüldüğü üzere söz konusu hüküm, haksız feshin bildirim sürelerine uymadan gerçekleştirildiği durumları yaptırıma bağlamaktadır. Sözleşmenin belirsiz süreli olduğu

¹²⁰⁰ **BSK OR I-Portmann/Rudolph**, Art. 336a N. 8. Ancak ağır kişilik hakkı ihlallerinde altı aylık maaşı aşacak şekilde manevi tazminata hükmedilebileceği yönünde bkz. **ZK OR- Staehelin**, Art. 336a N. 8.

ve işveren tarafından süreler uyulmadan sözleşme feshedildiği takdirde, ihbar tazminatı ve koşulları varsa kıdem tazminatı talep edilebilir¹²⁰¹. TBK kapsamındaki sözleşmelerde ise kıdem tazminatı gündeme gelmemektedir. Belirli süreli sözleşmelerde ise sözleşme süresine uyulmuş olsaydı elde edilebilecek miktar tazminat olarak talep edilebilir. Maddenin ikinci fıkrası ise bir denkleştirme hükmü içermektedir. Sözleşme haksız olarak sona erdirildiği için belirli masrafları yapmaktan kurtulan işçinin elde edeceği tazminattan bu masraflar düşülmektedir. Bu sebepler kanunda sınırlı olarak sayılmıştır¹²⁰². Son fıkra ise sorumluluk hususunun genel esasları ile çelişen noktaları bulunan bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre hakim, bildirim sürelerine uymadan yapılan haksız feshe ilişkin olarak, durumun bütün gereklerini ve koşullarını da göz önünde tutarak, bir tazminata hükmedebilir. Ancak bu tazminatın tutarı, işçinin altı aylık maaşından daha fazla olamaz

TBK md. 438'in gerekçesinde OR Art. 337c hükmüne referans verilmiştir. OR Art. 337c incelendiğinde, TBK md. 438 ile tamamen aynı düzenlemeyi içerdiği görülmektedir. Tazminatın belirlenmesinde dikkate alınacak esaslar da birbiriyle aynıdır. TBK md. 438 ve OR Art. 337c uyarınca ödenecek miktarın belirlenmesinde, işverenin davranışının ağırlığı, işçinin sosyal ve ekonomik durumu, iş ilişkisinin ne kadar süredir devam ettiği, işverenin malvarlığı, feshin gerçekleşme biçimi, işçinin ortak kusuru gibi unsurlar da dikkate alınacaktır¹²⁰³. İsviçre doktrininde konuya ilişkin ileri sürülen

¹²⁰¹ **Süzek** 2020, s. 726; **Narmanlıoğlu** 2014, s. 347.

¹²⁰² **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal** 2022, s. 903; **Süzek** 2020, s. 728.

¹²⁰³ **BSK OR I-Portmann/Rudolph**, Art. 337c N. 6; **ZK OR- Staehelin**, Art. 337c N. 18.; **Özden Merhacı** 2013, s. 202.

görüşler ve İsviçre uygulamasında verilen kararlar Türk Hukuku açısından da yol gösterici niteliktedir.

TBK md. 438’de yer alan haksız fesih tazminatının uygulanabilmesi için sözleşmenin ya Borçlar Kanunu’na tabi olması ya da İş Kanunu’na tabi olmasına rağmen iş güvencesi kapsamında olmayan bir iş sözleşmesi niteliğinde olması gerekmektedir¹²⁰⁴. Bu niteliklerdeki bir sözleşmenin işveren tarafından haklı nedenle feshedildiğinin iddia edilmesine rağmen böyle bir nedenin var olmadığı, fesih hakkının hak düşürücü süresi içerisinde kullanılmadığı veya usulüne uygun olarak kullanılmadığı hallerde haksız fesih gündeme gelecektir.

Haksız fesih tazminatının gündeme gelebilmesi için öncelikle işveren tarafından sözleşmenin feshi beyanında bulunulmuş olmalıdır. Buradaki fesih beyanı haklı bir sebebe dayansa da dayanmasa da sözleşmenin sona ermesine yol açacaktır. Buradaki yegane istisnai durum, iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından gündeme gelecektir. Daha önce de belirtildiği üzere, bu işçilerin durumu iş güvencesine ilişkin hükümlerde ayrıntılı olarak düzenlendiği ve yaptırıma bağlandığı için, haksız fesih tazminatı burada söz konusu olmayacaktır.

İkinci olarak fesih haklı bir sebebe dayanmamalıdır. Feshin haklı bir gerekçeye dayandığı hallerde bu tazminat gündeme gelmeyecektir. Feshin haklı gerekçeye dayanmamasına ilişkin temel ölçüt ise TMK md. 2’dir.

TBK md. 438 (3)’ün gündeme gelebilmesi için son şart ise bildirim sürelerine uyulmaksızın bir fesih gerçekleştirilmiş olmasıdır. Belirli süreli sözleşmelerde sözleşmenin süresinin bitiminden önceki her fesih, belirsiz süreli sözleşmelerde ise fesih bildirim sürelerine uyulmayan her fesih süre şartına aykırı yapılmış olacaktır.

¹²⁰⁴ **Süzek** 2020, s. 729.

TBK md. 438'in de talep edebilmesi için zararın ispatına gerek bulunmamaktadır. İşçi söz konusu tazminatı talep edebilmek için uğradığı herhangi bir zararı ispatla mükellef değildir. Sadece tazminatın şartlarının gerçekleştiğini ispat etmesi yeterli görülecektir.

Türk ve İsviçre Hukuku açısından ortak olan bir tartışma ise hakimin hükmün son fıkrasında belirtilen yaptırıma hükmetmek zorunluluğu bulunup bulunmadığıdır. TBK md. 438'de yer alan “*karar verebilir*” ve OR Art. 337c hükmünde yer alan “*kann*” ifadeleri hakime bu konuda takdir yetkisi verildiği fikrini yaratmaktadır. Ancak madde görüşmelerinde mecliste bu tazminata hükmedilmesinin zorunlu olduğu savunulmuştur. Hatta bu görüş Federal Konsey’de kabul edilmeyince hükmün metinden çıkarılması ve manevi tazminata ilişkin OR Art. 49’a atıf yapılması bile düşünülmüştür¹²⁰⁵. Federal Mahkeme’nin yerleşik içtihadına göre ise hakim ancak istisnai hallerde bu tazminata hükmetmekten kaçınabilecektir. Hakimin çok düşük bir miktara veya sembolik bir miktara da hükmetmesi ancak istisnai hallerde mümkün olabilecektir¹²⁰⁶. Son fıkradaki bu yaptırımın devre dışı bırakılması ancak, işverenin feshe ilişkin olgulardaki kabul edilebilir hatasının varlığı, işçiye ilişkin ciddi bir suç şüphesinin bulunması gibi durumlarda kabul edilebilecektir.

Haksız fesih ve kötüniyet tazminatlarının hukuki niteliğine ilişkin değerlendirmelerden önce her iki tazminatın bir arada istenip istenemeyeceği de incelenmelidir. Belirtmek gerekir ki, bu iki tazminatın bir arada istenemeyeceği yönündeki görüş doktrinde baskın niteliktedir. Belirli süreli iş sözleşmelerinde zaten kötüniyet tazminatı gündeme gelemeyeceğinden tartışma esasen belirsiz süreli

¹²⁰⁵ **ZK OR- Staehelin**, Art. 337c N. 15; **Özden Merhacı** 2013, s. 204.

¹²⁰⁶ **BSK OR I-Portmann/Rudolph**, Art. 337c N. 6; BGE 121 III 64; 120 II 243; 116 II 300.

sözleşmelere ilişkindir. Hakim görüş, haklı sebebe dayanmayan fesih ile fesih hakkının kötüye kullanılmaması kavramlarının birbirini dışladığını ve bu iki olgunun bir arada gerçekleşmeyeceğini ileri sürmektedir¹²⁰⁷.

D. Kötüniyet ve Haksız Fesih Tazminatlarının Cezalandırıcı Tazminat İle İlişkisi

Kötüniyet ve haksız fesih tazminatlarının hukuki niteliklerine ilişkin görüşler açıklanırken, İsviçre'deki düzenlemeler ile Türk Hukuku'ndaki düzenlemelerin birbirine paralel nitelikte olması sebebiyle, İsviçre Hukuku'ndaki görüşlere de yer verilecektir.

Türk doktrinde, İş Kanunu md. 17 (6) ve TBK md. 434 hükmünde düzenlenen yaptırımın hukuki niteliğine ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre kötüniyet tazminatı kanundan doğan bir götürü tazminat niteliğindedir¹²⁰⁸. Bu görüşteki yazarlar bu tazminatın işlevi ile ihbar tazminatını birbiriyle benzer olarak nitelendirmektedir. Götürü tazminatların ayırt edici özelliği olarak ise caydırıcılık işlevi üzerinde durmaktadırlar. Ayrıca yasa bu tazminatın tavanını da kesin olarak belirlediğinden bu sınırlar içerisinde bir tazminata hükmedilebilmesi için zararın ispatlanmasına dahi gerek bulunmamaktadır. Bir diğer görüşe göre ise hüküm bir medeni ceza niteliğindedir¹²⁰⁹. Bu görüşteki yazarlara göre hükmün amacı işvereni haksız fesihten kaçınmaya zorlamak ve cezalandırmaktır. Kaldı ki bu tazminatın istenebilmesi için kusur ve zarar şartı da bulunmamaktadır.

¹²⁰⁷ **Süzek** 2020, s. 730; **Çelik/Caniklioglu/Canbolat** 2019, s. 636 dn. 2111. Aksi görüş için bkz. **Ünal** 2018, s. 486-487.

¹²⁰⁸ **Süzek** 2020, s. 548; **Dinkirci** 2021, s. 220.

¹²⁰⁹ **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal** 2022, s. 980; **Gül** 2015, s. 382; **Özdemir** 2022, s. 458.

İsviçre’de kanunkoyucu, kötüniyet ve haksız fesih tazminatlarını içeren Art. 336a ve 337c hükümlerinin birer tazminat niteliğinde olmadığını, burada bir medeni hukuk cezası öngörüldüğünü, yaptırımların temel amacının tatmin ve cezalandırma olduğunu vurgulamıştır¹²¹⁰. İsviçre Federal Mahkemesi de verdiği bir kararda, kötüniyet tazminatına ilişkin Art. 336a hükmünü hem cezalandırma hem de tazmin işlevi gören bir tazminat olarak tanımlamıştır¹²¹¹. Mahkemenin Art. 336a’yı tazmin amacına yönelmiş olarak görmesinin sebebi bedelin devlete değil de işçiye ödenmesiye, cezalandırma amacına yöneldiği tespitinin sebebi ise hükmün zarardan bağımsız ve zararı aşabilecek bir tazminat öngörmüş olmasıdır¹²¹². Hükmün amacı, hem haksız feshin yol açtığı zararları gidermek hem de haksız fesihte bulunan tarafı cezalandırmaktır. İsviçre’de bir görüş bu sebeple söz konusu hükmü kanundan doğan bir cezai şart olarak nitelemektedir¹²¹³. Özellikle de işçinin bu tazminatı talep edebilmesi için işverenin kusurunu veya kendisinin uğradığı zararı ispat etmesinin gerekmemesi, hükmün cezai şart ile benzerliğine kanıt olarak gösterilmektedir. Koller, OR Art. 336a ve 337c hükümlerinin birer medeni ceza niteliğinde görülmesi gerektiğini ve temel amaçlarının cezalandırma olduğunu belirtmektedir¹²¹⁴.

OR Art. 337c hükmü de İsviçre doktrinindeki bir görüş açısından kanundan doğan bir cezai şart olarak değerlendirilmektedir¹²¹⁵. Staehelin’e göre, bu hükmü sözleşmesel cezai şartlardan ayıran yegane özellikler, tazminata ek olarak talep edilebilmesi ve

¹²¹⁰ Lenz 1992, s. 100.

¹²¹¹ BGE 123 III 394.

¹²¹² BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 336a N. 1.

¹²¹³ ZK OR- Staehelin, Art. 336a N. 3.

¹²¹⁴ Koller 2009, s. 711–712.

¹²¹⁵ ZK OR- Staehelin, Art. 337c N. 14; Lenz 1992, s. 100.

kusurdan bağımsız olarak istenebilmesidir. Cezalandırma amacının yanı sıra hükmün tazmin ve önleme işlevlerini de sağladığı ifade edilmektedir¹²¹⁶. Yazara göre ilgili hükümlerde öngörülen tazminatlar, zarar miktarına ek olarak hükmedilen ve işveren veya işçinin haksız davranışını önlemeye ve eğer davranış gerçekleşmişse cezalandırmaya yönelik yaptırımlardır. Lenz, iki hükmün de cezalandırıcı tazminat ile yakın ilişki içerisinde olduğunu vurgulamakta ve her iki kurumun da temel işlevlerinin önleme ve cezalandırma olduğuna dikkat çekmektedir¹²¹⁷. Yazara göre her iki tazminat da maddi ve manevi tazminatlara ek olarak talep edilebilmekte olduğundan cezalandırma ve önleme işlevleri bu tazminatlar için yegane amaçtır.

Kanaatimizce, her iki hükmün de cezalandırıcı tazminat olarak kabulü gerekmektedir¹²¹⁸. Her iki hükmün de en dikkat çekici özelliği, İsviçre kanunkoyucusunun da açıkça belirttiği üzere cezalandırma işlevine yönelmiş olmalarıdır. İş Kanunu md. 17(6) ve TBK md. 434'te düzenlenen kötüniet tazminatı, iş güvencesinin dışındaki işçilerin sözleşmelerinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirilmesini cezalandırırken, TBK md. 438'de düzenlenen haksız fesih tazminatı ise haklı bir sebep olmadan hizmet sözleşmesini derhal sona erdirmeye halini cezalandırmaktadır. Her iki hükümde de zarar miktarını aşan bir tazminat öngörülmüştür. Kötüniet tazminatında, işçinin bütün zararları karşılanmakta ve ayrıca bildirim süresinin üç katı tutarında tazminata hükmedilmektedir. Benzer şekilde haksız fesih tazminatında da işçinin haksız fesihten doğan zararları giderilmekte ve ayrıca hakimin serbestçe belirleyebileceği bir miktara, işçinin altı aylık ücretini aşmamak şartıyla hükmedilmektedir. İş Kanunu md.

¹²¹⁶ **ZK OR-** *Stahelin*, Art. 337c N. 14.

¹²¹⁷ **Lenz** 1992, s. 104.

¹²¹⁸ Benzer yönde bkz. **Güleryüz/Zorluoğlu Yılmaz** 2019, s. 347.

17(6) ve TBK md. 434'te fesih hakkının kötüye kullanılması söz konusuyken, TBK md. 438'de haklı bir sebep olmadan sözleşmeyi sona erdirme eylemi gerçekleşmektedir. Bu iki davranış biçimi de ağır kusur veya kast ile gerçekleşmektedir. Bu açıdan da cezalandırıcı tazminat ile benzeşmektedir. Her ne kadar zarar verenin malvarlığının esas alındığına dair bir düzenlemeden bahsetmek imkanı yoksa da uğranılan zararı aşan ve zarardan bağımsız bir yaptırımın öngörüldüğü açıktır. Dolayısıyla bu açıdan da cezalandırıcı tazminat ile benzeştiği görülmektedir. Bu sayılan sebeplerle, kötünîyet ve haksız fesih tazminatlarının birer cezalandırıcı tazminat niteliğinde olduğu görüşüdeyiz.

IV. Ayrımcılık Tazminatı

A. Genel Olarak

İş sözleşmelerinde yaşanan ihlallerin çeşitliliği, bu alanda öngörülen tazminat türlerinin de çeşitlilik arz etmesine ve kanunda da bu konuda oldukça detaylı düzenlemelere yer verilmesine yol açmıştır. Her ne kadar özel hukuk irade özerkliği temelinde hareketle insan ilişkilerini düzenlemekseyse de bazı olguların iş hayatında sıklıkla gözlemlenmesi kanunkoyucuları bu olguların gerçekleşmesinin önüne geçmek için harekete geçmeye itmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası md. 10 (1)'de "*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*" hükmüne yer verilmişken, md. 10 (2)'de ise cinsiyet ayrımcılığına açıkça vurgu yapılarak, "*Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.*" düzenlemesine yer verilmiştir. Anayasa'daki söz konusu hüküm ayrımcılığa ilişkin genel çerçeveyi çizerken, İş Kanunu, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, Türk Ceza Kanunu gibi özel düzenlemelerle de çeşitli yaptırımlar öngörülmüştür. Bu çalışmanın kapsamında bu düzenlemelerden yalnızca İş Kanunu md. 5'te yer alan ayrımcılık tazminatının üzerinde

durulacaktır. Zira Anayasada yer alan eşitlik ilkesinin iş hukukuna ilişkin en önemli yansıması bu şekildedir¹²¹⁹.

İş Kanunu md. 5'te "Eşit Davranma İlkesi" başlığı altında, ayrımcılığa ilişkin hem kurala hem de bu kurala uyulmadığı takdirde uygulanabilecek yaptırıma yer vermiştir. İlgili hükmün ilk fıkrası, *"İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz."* düzenlemesiyle genel olarak ayrımcılık yasağını düzenlerken, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralardaki *"(3) İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.(4) Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamaz.(5) İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz."* hükmüyle ayrımcılığın sonuçlarına ilişkin ayrı düzenlemeler getirmiştir. Madde altıncı fıkrasında ise ayrımcılık tazminatına yer vermiş ve *"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."* hükmü ile bir tür yaptırım öngörmüştür. Maddenin yedinci ve son fıkrası ise ispat yüküne ilişkin bir hüküm olup *"20nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir*

¹²¹⁹ Süzek 2020, s. 453; Çelik/Caniklioglu/Canbolat 2019, s. 415; Tunçomağ/Centel 2016, s. 142; Karan 2017, s. 31; Narmanlioğlu 2014, s. 324 .

ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur” düzenlemesi ile işçi lehine kolaylaştırılmış bir ispat imkânı sağlamıştır.

Hükmün genel yapısı incelediğinde emredici nitelikte olduğu görülmektedir. Diğer bir deyişle tarafların kendi aralarında yapacakları bir anlaşma ile ayrımcılıktan doğan sorumluluğu devre dışı bırakmaları mümkün değildir. Ayrımcılık temeli olarak da nitelendirilen dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplerle¹²²⁰ farklı bir işleme tabi tutulan ve bu işleminden ötürü de olumsuz bir sonuçla karşılaşan işçinin talep edebileceği özel tazminat ise altıncı fıkra da yer almaktadır. Buna göre işçi, iş ilişkisinde veya sona ermesinde ayrımcılığa uğradığı takdirde hem uğradığı zararları hem de dört aya kadar maaşı tutarında tazminatı talep edebilecektir¹²²¹.

Hükme ilişkin değerlendirme öncesinde, öncelikle Alman, İsviçre ve Avrupa Birliği mevzuatındaki düzenlemelere yer verilecek olup ardından İş Kanunu md. 5 (6)’da öngörülen tazminatın şartları incelenecektir. Sonrasında ise hükmün cezalandırıcı tazminat ile benzerlikleri ve farklılıklarının üzerinde durulacaktır.

B. Alman Hukuku’nda Ayrımcılık Tazminatına İlişkin Düzenlemeler

¹²²⁰ Önemle belirtmek gerekir ki bu sebepler kanunda sınırlayıcı olarak sayılmamıştır. Maddede yer verilmeyen diğer ayrımcılık temellerinin varlığı halinde de ayrımcılık tazminatı gündeme gelecektir. Bkz. **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat** 2019, s. 428; **Gül** 2015, s. 373 dn. 1751. Ayrımcılık kavramı ve ayrımcılık temellerine ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Karan** 2017, s. 35 vd.

¹²²¹ Kanaatimizce bu hükümdeki en büyük eksiklik, Avrupa Birliği direktiflerinin aksine, iş sözleşmesinin henüz kurulmadığı ve işe alım sürecinin devam ettiği durumlarda meydana gelen ayrımcılık hallerine ilişkin özel bir yaptırım öngörmemesidir.

Almanya’da ayrımcılık tazminatına ilişkin düzenlemeler, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı’nın çeşitli kararlarının etkisi altında şekillenmiştir¹²²². Bu açıdan *Draehmpaehl*¹²²³ kararı özellikle dikkat çekici niteliktedir. Karara konu olayda, *Urania* şirketi “*tecrübeli bir kadın yardımcı*” istihdam edebilmek gayesiyle gazete ilanı vermiştir. Bay *Nils Draehmpaehl* bu ilana başvurmuş ancak kendisine bir yanıt dahi verilmemiştir. Kendisine bir yanıt verilmeyen ve başvurusu dolaylı olarak kabul edilmeyen Bay *Nils Draehmpaehl*, açtığı dava ile bu iş için en uygun adayın kendisi olduğunu, ayrımcılık nedeniyle işe alınmadığını ve cinsiyet ayrımcılığına uğradığını iddia etmiştir ve üç buçuk aylık maaş tutarında tazminat talep etmiştir. BGB § 611a (2) hükmünce ayrımcılıktan doğan tazminatın üç aylık maaş tutarı ile sınırlı olduğu tespitini yapan İş Mahkemesi¹²²⁴, konunun 76/207/EEC numaralı direktifle alakalı olduğuna karar vermiş ve Alman mevzuatının söz konusu direktifle uyumlu olup olmadığının denetlenebilmesi amacıyla davayı ATAD’a taşımıştır. Söz konusu direktif, kadın ve erkeğe eşit işlem yapılmasına ilişkin olarak çıkarılmış olup, md. 9 uyarınca üye devletlere yapılacak olan bildirimden itibaren otuz ay içerisinde eşit işlem için gerekli önlemlerin alınmasını zorunlu kılmaktadır. Direktif, eşit işlem ilkesinin hayata geçirilmesi için belirli bir yaptırım türünden yararlanma zorunluluğu öngörmemiştir. Üye devletler, eşit işlem ilkesinin uygulanabilmesi için öngörülecek yaptırımı seçme hususunda serbestiye

¹²²² **Wagner**, AcP 2006, s. 400.

¹²²³ C-180/95 numaralı ATAD kararı, *Nils Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG*, 22.4.1997.

¹²²⁴ “*Hat der Arbeitgeber bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des Absatzes 1 zu vertreten, so kann der hierdurch benachteiligte Bewerber eine angemessene Entschädigung in Geld in Höhe von höchstens drei Monatsverdiensten verlangen*”.

sahiptir¹²²⁵. Direktife ilişkin bildirimin yapılmasından itibaren otuz aylık süre içerisinde, Alman hukukunda bir uyumlaştırma çalışması yapılmamıştır¹²²⁶. 1980 yılında ise yapılan değişiklikle BGB § 611a hükmü öngörülmüş ve ayrımcılık hallerine ilişkin yaptırımlar düzenlenmiştir. Bu maddenin ikinci fıkrası uyarınca iş sözleşmesinin işverenin kusuru nedeniyle kurulamadığı hallerde, işçinin sözleşmenin kurulacağına dair güvenin boşa çıkmasından doğan menfi zararlarını talep edebileceği kararlaştırılmıştır. Uygulamada ise Alman mahkemeleri, bu durumlarda yalnızca işe başvuru için yapılan harcamaların tazminine hükmetmiştir¹²²⁷. Söz konusu hüküm *Draehmpaehl* kararından daha önce de bir ATAD kararına konu oluşturmuştur¹²²⁸. *Von Colson* kararı olarak da bilinen bu davanın açıldığı dönemde, BGB § 611a hükmü yalnızca menfi zararların karşılanmasını öngörmekteydi¹²²⁹. Bu kararın 23. Paragrafında da açıkça belirtildiği üzere, her ne kadar direktifte belirli bir yaptırım tipi şart koşulmamışsa da, Alman Hukukundaki uyumlaştırmanın yeterli olmadığı sonucuna varılmıştır. Zira o dönemde var olan düzenleme, çok sınırlı bir alanı kapsadığı için direktifin öngördüğü etkili çözümü sunmaktan uzak kabul edilmiştir. Alman mahkemeleri bu karara hızlı bir reaksiyon vererek, herhangi bir yasal düzenleme yapılmasa da menfi zararların üzerine genel kişilik

¹²²⁵ Direktiflerin öngördüğü yegane şartlar, zararın tam olarak karşılanması ve etkili, önleyici ve ölçülü bir yaptırım öngörülmesidir. Bkz. **Wagner**, AcP 2006, s. 402.

¹²²⁶ **Behr** 2005, s. 214.

¹²²⁷ **Behr** 2005, s. 215 ; **Behr** 2009, s. 42.

¹²²⁸ C-14/83 numaralı ATAD kararı, *Von Colson and Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen*, 10.4.1984

¹²²⁹ “*Ist ein Arbeitsverhältnis wegen eines von dem Arbeitgeber zu vertretenden Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot des Absatzes 1 nicht begründet worden, so ist er zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der Arbeitnehmer dadurch erleidet, daß er darauf vertraut, die Begründung des Arbeitsverhältnisses werde nicht wegen eines solchen Verstoßes unterbleiben*”.

hakkının ihlalinden kaynaklı manevi zararı da ekleyerek toplamda altı aylık maaş tutarında bir toplam bedelin tazminat olarak ödenmesine yönelik kararlar vermeye başlamıştır¹²³⁰. Bu karar üzerine Alman kanunkoyucusu tarafından yapılan değişiklikle, halihazırda çalışan işçinin veya işe başvuran kişilerin talep edebileceği tazminat miktarı üç aylık maaş tutarıyla sınırlandırılmıştır. Behr'e göre maddenin bu versiyonu dahi, hükmü bir cezalandırıcı tazminat haline getirmiştir¹²³¹.

ATAD, *Draehmpaehl* kararı ile 1997 yılında tekrar değerlendirdiği BGB § 611a(2) hükmüne ilişkin olarak, direktife aykırı olduğu yönünde bir tespitte bulunmuştur. ATAD'a göre, medeni hukuk yaptırımlarının da ayrımcılığı cezalandırmak için kullanılabilmesi mümkündür. Direktifin uygun şekilde iç hukuka aktarılabilmesi için özel hukuk yaptırımlarının verimli ve etkili bir yaptırım öngörmesi, uğranılan zarar ile orantılı uygun bir zarara hükmedilebilmesini mümkün kılması ve işveren üzerinde gerçek bir önleyici etki doğurabilmesi gerekmektedir. Ayrıca, ayrımcılık tazminatı için bir tavan öngörülmesi de uygun görülmemiştir¹²³².

İrk ve etnik kökene dayalı ayrımcılığı yasaklayan 2000/43/EC sayılı ve din, inanç, engellilik, yaş ve cinsel kimliğe dayalı ayrımcılığı yasaklayan 2000/78/EC sayılı direktiflerin çıkarılmasıyla beraber Alman mevzuatındaki değişim baskısı da artmış ve en nihayetinde 18.8.2006 tarihinde *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) (Eşit İşlem Kanunu)* yürürlüğe girmiştir. Alman Hukukunun genel sorumluluk ilkelerinden ayrılan düzenlemeler içeren bu kanunun hazırlanmasında, ATAD kararları ile vurgulanan ayrımcılığa ilişkin etkili, önleyici ve ölçülü yaptırımlar öngörme ve Avrupa Birliği

¹²³⁰ **Brockmeier** 1999, s. 66; **Vanleenhove** 2016, s. 190; **Wagner**, AcP 2006, s. 391.

¹²³¹ **Behr** 2005, s. 216.

¹²³² **Behr** 2005, s. 216; **Vanleenhove** 2016, s. 192–193.

direktiflerine uyum çabası ağır basmaktadır¹²³³. Söz konusu kanunun §1 ve §2 (1) ve §6 (1) hükümlerinde, çeşitli alanların yanı sıra işe alım süreçlerinde de ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır¹²³⁴. AGG §13 vd. hükümlerde ise yaptırımlar düzenlenmiştir. AGG, işe alınma veya işe iade gibi aynen tazmin yollarına yer vermemiştir. AGG uyarınca ayrımcılığın yaptırımı tazminattır. AGG §15 hükmü ayrımcılık hallerinde ödenecek tazminatı düzenlemektedir. AGG §15 (1)'de ayrımcılığa uğrayan kişinin uğradığı zararları talep edebileceği ve eğer işveren bir yükümlülüğe aykırı davranmamışsa tazminat yükümlülüğünün doğmayacağı belirtilmiştir. Bu hükümde yer alan yükümlülüğe aykırı davranmak ön şartı nedeniyle maddi tazminat talebinin, kusura bağlı olduğu vurgulanmaktadır¹²³⁵. Ayrıca belirtmek gerekir ki burada düzenlenen zararların menfi değil müspet zararlar olduğu savunulmaktadır¹²³⁶. AGG §15 (2)'de ise ilginç bir düzenlemeye yer verilmiş ve zarar görenin maddi olmayan zararlar için parasal tazmin talebinde bulunabileceği kabul edilmiştir¹²³⁷. AGG, aynı zamanda eğer işe alınmayan kişi ayrımcılık olmasaydı da o işe yine de alınmayacaksa, buradaki tazmin edilecek tutarın üç aylık maaş tutarını aşamayacağını düzenlemiştir. Bu tazmin imkanı, kusurdan bağımsız olarak talep edilebilmektedir¹²³⁸. Yine Avrupa Birliği direktiflerine uyumlu olarak eğer

¹²³³ **Wagner/Potsch** 2006, s. 1085.

¹²³⁴ **Grobys/Panzer-Heemeier**, Diskriminierung, Rn. 4.

¹²³⁵ **ErFK/Schlachter**, AGG § 15 Rn. 1; **Grobys/Panzer-Heemeier**, Diskriminierung, Rn. 73. Bu hususun Avrupa Birliği normlarına aykırı olduğu yönünde bkz. **Schlewing** 2019, s. 268.

¹²³⁶ **Grobys/Panzer-Heemeier**, Diskriminierung, Rn. 74.

¹²³⁷ Ebert, buradaki hükmün cezai yönünün bulunduğu görüşündedir. Bkz. Schulze, Reiner: Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, Baden Baden 2019, Ina Ebert, AGG § 15 Rn. 2.

¹²³⁸ **Schlewing** 2019, s. 268; **Grobys/Panzer-Heemeier**, Diskriminierung, Rn. 75; **ErFK/Schlachter**, AGG § 15 Rn. 1.

ayrımcılık gerçekleşmeseydi kişinin işe alınma ihtimalinin yüksek olduğu haller için bir tavan belirlenmemiştir. Özetle, işe alınmayan kişi eğer ayrımcılık gerçekleşmeseydi dahi yine işe alınmayacak ise, bu durumda üç aylık maaş tutarında bir tazminat üst sınırı öngörülmüşken, eğer ayrımcılık gerçekleşmeseydi işe alınma ihtimali yüksekse tazminatın bir üst sınırı bulunmamaktadır¹²³⁹. AGG§15 (5)de ise bu kanundaki tazminatların diğer tazminatlara engel olmayacağı hükme bağlanmıştır.

C. İsviçre Hukuku'nda Ayrımcılık Tazminatına İlişkin Düzenlemeler

İsviçre Hukuku açısından Almanya'da olduğu gibi ayrımcılığa karşı tek bir kanundan bahsedebilmek mümkün değildir. Cinsiyet ayrımcılığı ayrı bir kanunla, engelli bireylere yönelik ayrımcılık ise ayrı bir kanunla düzenlenirken, Anayasa'da, Ceza Kanunu'nda ayrımcılığa ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Ayrıca iş sözleşmelerine ilişkin hükümler de OR'den, kişilik haklarının korunmasına ilişkin olarak ZGB'den yararlanmak imkânı bulunmaktadır. İsviçre Federal Anayasası Art. 8 hükmü ayrımcılık yasağına ilişkin temel düzenlemeyi içermektedir. Madde her türlü ayrımcılık temeline dayanan ayrımcılık hallerini düzenlemekte ve bunlara ilişkin genel yasağı içermektedir. OR Art. 328'de yer alan işverenin işçinin kişiliğini koruma yükümlülüğüne ilişkin düzenleme de ayrımcılığı da kapsayacak şekilde yorumlanmaktadır.

İsviçre'de cinsiyet ayrımcılığını önlemeye yönelik özel bir düzenleme niteliğindeki *Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (GIG olarak kısaltılmaktadır.) (Kadın ve Erkeğe Eşit İşlem Yapılması Hakkında Kanun)* 24.03.1995'de yürürlüğe girmiştir. Esasında bu düzenlemenin de temel gayelerinden biri Avrupa Birliği'nin cinsiyet ayrımcılığına ilişkin politikalarına uyum sağlamaktır. Her ne

¹²³⁹ Bu hususun sırf tazminat elde edebilmek için iş başvurusu yapma trendine yol açtığı yönünde bkz.

Honsell 2008, s. 329.

kadar 2000’li yıllarda yayınlanan direktiflerden önce kanunlaşmış olsa da GIG, düzenleme itibariyle, ilgili direktiflerin aradığı şartlara uygun sonuçlar doğurmaktadır¹²⁴⁰.

GIG Art. 3 (2) hükmü işe alım süreçlerinde de cinsiyet ayrımcılığının yasaklandığını düzenlemektedir. GIG Art. 5’e göre ise ayrımcılığın tespitinin, durdurulmasının, önlenmesinin ve borçlu olunan maaşların ödenmesinin istenebilmesi mümkündür. Ancak GIG Art. 5 (2)’ye göre işe alınmama halinde bu hakları talep etmek mümkün değildir. İşe alınmayan kişi sadece tazminat talep edebilecektir. Bu tazminat, tüm koşullar dikkate alınarak hesaplanacak ve beklenen maaş üzerinden bir rakam belirlenecektir. GIG Art. 5 (4)’e göre ise ayrımcılık nedeniyle ödenecek tazminat, işe alınmama hallerinde üç aylık maaş tutarını geçemeyecektir. Cinsel taciz halinde tazminat miktarı, altı aylık maaş tutarını aşamayacaktır. GIG Art. 5 (5) uyarınca diğer maddi ve manevi tazminat talep hakları ve sözleşmesel talepler saklıdır¹²⁴¹. Bu hükümde diğer tazminatlara ek olarak ayrımcılık tazminatının istenebileceğinin belirtilmesi hükmün önleme ve cezalandırma işlevlerine daha çok hizmet ettiği şeklinde

¹²⁴⁰ Buna rağmen bu kanunun bazı konularda yetersiz kaldığı belirtilmekte ve özellikle eşit ücret uygulamalarına ilişkin revize edilmesi yönünde çalışmalara başlandığı ifade edilmektedir. Bkz. **Lempen/Voloder** 2018, s. 81.

¹²⁴¹ Bir vakada, uğradığı taciz yüzünden bir yıl boyunca çalışamayan işçiye, cinsel tacizden dolayı ayrımcılık tazminatı ve ayrımcı olarak gerçekleştirilen haksız fesihten ötürü haksız fesih tazminatının yanı sıra OR Art. 49 uyarınca manevi tazminat ödenmesine de hükmedilmiştir. Buna rağmen yine de mahkemelerin bu tip kümülatif tazminatlara hükmetme konusunda çekingen davrandığı belirtilmektedir. Bkz. **Lempen/Voloder** 2018, s. 85.

yorumlanmaktadır¹²⁴². GIG Art. 8 uyarınca, ayrımcılığa uğradığını iddia eden ve iş başvurusu reddedilen kişiler, yazılı bir açıklama talep etme imkanına sahiptir.

İstihdamda ve İşte Eşit İşlem İçin Genel Çerçeve Oluşturan 27 Kasım 2000 tarih 2000/78/EC sayılı Direktif ve İstihdam ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeklere Eşit Davranma ve Eşit Fırsatlar İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 5 Temmuz 2006 tarih ve 2006/54/EC sayılı Direktif gibi Avrupa Birliği Direktifi gibi düzenlemelerde ayrımcılığa ilişkin tanımlamalar yapılmış ve ayrımcılık yasağı cinsiyet ayrımcılığı temelinde hükme bağlanmıştır. 2000/43/EC sayılı direktif ise ırk ve etnik bazlı ayrımcılıkları engellemek amacıyla düzenlenmiştir. Avrupa Birliği direktiflerinde doğrudan bir tazminat öngörülmesi mümkün olmadığı için, üye devletlere yol gösterici nitelikte yaptırım önerilerinde bulunulmuştur. Örneğin 2006/54 sayılı direktifin md. 18 hükmünde, üye devletlerin bu direktifin uygulanmasını sağlamaya yönelik etkili, ölçülü yaptırımlar öngörmesi gerekliliği ve bu yaptırımların aynı zamanda önleyici etkide olması gerektiği düzenlenmiştir.

D. Türk Hukuku'nda Ayrımcılık Tazminatının Şartları

İş Kanunu md. 5, geniş anlamda işverenin eşit işlem borcuna ilişkin kuralları hükme bağlamaktadır. Buna göre işveren, aynı işyerinde çalışan ve aynı şartları taşıyan işçilere karşı ayrımcılık yapmaktan kaçınmalıdır. Kural olarak ayrımcılıktan bahsedebilmek için benzer şartlarda en az iki işçiye ihtiyaç duyulsa da, tek bir işçinin çalıştığı işyerlerinde dahi ayrımcılığın gündeme gelebilmesi mümkündür¹²⁴³. Objektif ve haklı sebeplerin varlığı halinde işverenin, işçilere farklı işlem yapması hukuka uygun hale gelebilir. Örneğin kadın kıyafetleri üretimi yapan bir firmadan gelen ürünlerin kadın

¹²⁴² Dasser 2000, s. 107; Gül 2015, s. 303.

¹²⁴³ Süzek 2020, s. 457.

Çalışanlara promosyon olarak dağıtılması, erkek işçilere yönelik bir ayrımcılık teşkil etmez. İşveren hem işe alımda hem de iş sözleşmesinin devamında ve sona ermesinde bu ilkeye uymakla mükelleftir. İşveren tam ve kısmı zamanlı işçilere de farklı işlem yapmaktan kaçınmalıdır.

İş Kanunu md.5 'in uygulanabilmesi için öncelikle taraflar arasında bir hukuki işlemsel temasın varlığı gereklidir¹²⁴⁴. Zira işe başvuru sürecinde henüz sözleşme kurulmamışken dahi, işveren ayrımcılıktan kaçınma yükümlülüğü altındadır. Her ne kadar işe başvuru ve alım süreçlerindeki ayrımcılık halleri için özel bir yaptırım öngörülmemiş olsa da, İş Kanunu md. 5 (3) hükmünde işe başvuru sürecindeki ayrımcılığın da kanuna aykırı olduğu açıkça belirtilmiştir. Benzer şekilde iş sözleşmesinin devamında ve sona erdirilmesinde de ayrımcılık teşkil edebilecek davranışlardan kaçınılmalıdır.

Maddenin uygulanabilmesi için bir diğer şart ise karşılaştırılma yapılabilecek bir diğer uygulamanın var olmasıdır. Bu uygulamanın mutlaka aynı durumdaki bir başka işçiye veya aynı işyerindeki bir diğer kişiye ilişkin olması şart değildir. Örneğın tek bir kadın işçinin çalıştığı bir işyerinde, salt hamilelik sebebiyle işten çıkartılma halinde de ayrımcılık söz konusudur. Ayrımcılık niteliğindeki davranışın objektif ve haklı sebeplere dayanmadığı hallerde İş Kanunu md. 5 uygulanır¹²⁴⁵. Bunun dışındaki ücret farklılığı, ek imkan farklılığı, emeklilik koşullarını değıştirme gibi uygulamalar ayrımcılık teşkil edecektir¹²⁴⁶.

¹²⁴⁴ **Tunçomağ/Centel** 2016, s. 143.

¹²⁴⁵ **Tunçomağ/Centel** 2016, s. 143; **Sümer** 2020, s. 92 vd.

¹²⁴⁶ **Süzek** 2020, s. 462.

İş Kanunu md. 5, ayrımcılık halinde uygulanacak yaptırımını altıncı fıkrasında düzenlemiş ve iş ilişkisinde veya sona ermesinde ayrımcı davranışlarda bulunduğu belirlenen işverenlerden işçilerin, dört aylık ücreti tutarında ayrımcılık tazminatını ve yoksun bırakıldığı diğer haklarını isteyebileceği hükmünü öngörmüştür. Ancak belirtmek gerekir ki işe başvuru ve mülakat süreçlerinde ayrımcılığa uğrayan kişiler bu tazminatı isteme hakkına sahip değildir¹²⁴⁷. Dört aylık bu ücret, çıplak ücret olarak ifade edilen ve ikramiye, prim, sosyal yardım gibi ek ödemelerden bağımsız olarak hesaplanan bedel üzerinden belirlenmelidir¹²⁴⁸. Hakime tanınan takdir yetkisi ve kanunun “dört aya kadar” ifadesi karşısında, ihlalin ağırlığına göre ayrımcılık tazminatın belirlenebileceği ve tazminat tavanının dört aylık maaş tutarı olduğu açıktır. İşçinin ayrımcılık tazminatı talep etmesi, diğer talep haklarını ortadan kaldırmaz. Dolayısıyla işçi, iş hukukundan ve borçlar hukukundan kaynaklı diğer haklarını da talep edebilecektir. Ayrımcılık tazminatının miktarının işçinin kıdemi, ihlalin ağırlığı gibi etmenlere göre belirlenmesi gerektiği belirtilmektedir¹²⁴⁹.

İşe başvuru ve mülakat süreçlerinde ayrımcılığa uğrayan kişiler ise *culpa in contrahendo* kapsamında çeşitli zararlarını talep edebilecekleri gibi¹²⁵⁰ manevi tazminat talebinde de bulunabilir¹²⁵¹. Ayrımcılık nedeniyle gerçekleşen fesih aynı zamanda bir kötüniyetli fesih niteliğinde de olacağından bu hallerde hem ayrımcılık tazminatı hem de

¹²⁴⁷ **Süzek** 2020, s. 445; **İren**, s. 181-182; **Yıldız** 2008, s. 198; **Karan** 2017, s. 389; **Narmanhoğlu** 2014, s. 330.

¹²⁴⁸ **Süzek** 2020, s. 469; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal** 2022, s. 747; **Yıldız** 2008, s. 329; **Ünal** 2018, s. 436; **Yenisey** 2006, s. 77. **Karagöz** 2014, s. 69.

¹²⁴⁹ **Narmanhoğlu** 2014, s. 330 dn. 226.

¹²⁵⁰ **Süzek** 2020, s. 460; **Karan** 2017, s. 386; **Narmanhoğlu** 2014, s. 330.

¹²⁵¹ Bu düzenlemeye ilişkin eleştiriler için bkz. **Özdemir** 2021, s. 119-163; **Karan** 2017, s. 390.

kötüniyet tazminatı bir arada talep edilebilir¹²⁵². Ancak belirtmek gerekir ki sendikaya üye olduğu için sözleşmesi feshedilen işçi, yalnızca sendikal tazminat talebinde bulunabilir. Zira her ne kadar ayrımcı bir davranış söz konusu olsa da, sendikal tazminatın kendisi de ayrımcı bir davranışa ilişkin öngörölmüş özel bir norm niteliğinde olduğundan ayrıca bir ayrımcılık tazminatı gündeme gelmez¹²⁵³.

İş Kanunu md. 5 (7) uyarınca, ayrımcılığa uğradığını ispat yükü işçinin üzerinde bırakılmıştır. Ancak kanunkoyucu bu notada işçinin ispat külfetini biraz olsun yumuşatabilmek gayesiyle, işçinin ayrımcılığa dair güçlü emareleri ortaya koyabilmesini ispat külfetini yerine getirebilmesi için yeterli görmüştür. Bu durumlarda ispat yükü tersine dönecektir¹²⁵⁴. AGG §22’de de bir benzerine yer verilmiş bu tür ispat standardı, *prima facie* ispat olarak isimlendirilmektedir¹²⁵⁵. Benzer şekilde GIG Art. 6 hükmü de bir *prima facie* ispat kuralı içermektedir¹²⁵⁶.

Son olarak belirtmek gerekir ki, İş Kanunu md. 5’te yer alan ayrımcılık tazminatı düzenleme itibariyle Avrupa Birliği direktiflerinden, AGG’den ve GIG’den ayrılmaktadır. İş Kanunu md. 5, nispeten daha eski bir anlayışı yansıtan ve eksiklikleri göze çarpan bir düzenlemedir. İşe alınma ihtimali üzerinden bir ayırım yapılmamış olması, işe alım süreçlerindeki ayrımcılığın yaptırımının düzenlenmemiş olması, tazminata ilişkin bir üst sınırın öngörölmüş olması gibi haller, hükmün modern muadillerinden geride kalmasına yol açmıştır. Mevcut haliyle İş Kanunu md. 5’in, etkili, önleyici ve ölçülü bir yaptırım öngördüğünden bahsetmek güçtür. Nitekim söz konusu tazminatın

¹²⁵² Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal 2022, s. 750.

¹²⁵³ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal 2022, s. 751.

¹²⁵⁴ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat 2019, s. 426.

¹²⁵⁵ Schlewing 2019, s. 262.

¹²⁵⁶ Bu kuralın mahkemelerce verimli şekilde kullanılmadığı yönünde bkz. Hotz 2020, s. 6.

yaygınlaşmamasının ve TİHEK mevzuatının daha fazla başvuru bir yola dönüşmesinin de bundan kaynaklandığı görülmektedir. İş Kanunu md. 5'in işe alım süreçlerindeki ayrımcılığı yaptırıma bağlamayarak bu hallerde yalnızca menfi zararların ve manevi tazminat gündeme gelebileceği bir hal yaratması ayrımcılık tazminatının zarardan bağımsızlığının ve cezalandırıcı niteliğinin en çok tartışıldığı kısmı Türk Hukuku açısından kapsam dışında bırakmıştır. Diğer bir deyişle işe alım süreçlerindeki ayrımcılık açısından Türk Hukuku, Avrupa Birliği direktiflerinde öngörülen etkili, önleyici ve ölçülü yaptırımı öngörmemiştir¹²⁵⁷.

E. Türk Hukuku'ndaki Ayrımcılık Tazminatının Cezalandırıcı Tazminat ile İlişkisi

Ayrımcılık tazminatı ile cezalandırıcı tazminat arasındaki benzerliklerin ve farklılıkların ortaya konulabilmesi için öncelikle iki kurumun ilişkisine dair ileri sürülen farklı görüşler incelenecektir. Hem Türk hem de Alman Hukukunda ileri sürülen görüşler bu noktada yol gösterici nitelikte olacaktır.

Türk Hukuku açısından ayrımcılık tazminatını değerlendiren Gül, ayrımcılık tazminatının üst sınırı bulunması, takdiri olmaması, failin malvarlığının gözetilmiyor oluşu, açık ve inandırıcı delilin aranmaması ve cezalandırma işlevi içermemesi gibi hususlardan dolayı cezalandırıcı tazminattan farklılık gösterdiğini belirtmektedir¹²⁵⁸. Yazara göre, eylemin ağır kusur gerektirmesi ve failin eyleminin ağırlığına göre tazminatın değişebilmesi açısından ise bir benzerlik bulunmaktadır. Yazar, ayrımcılık tazminatını medeni ceza olarak görüp görmediğini açıklamamıştır.

¹²⁵⁷ Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal 2022, s. 746 Aksi yönde bkz. Süzek 2020, s. 471

¹²⁵⁸ Gül 2015, s. 393. Benzer yönde bkz. Karan 2017, s. 390; Narmanlıoğlu 2014, s. 330.

Özden Merhacı'ya göre, ayrımcılık tazminatı ve cezalandırıcı tazminat arasında önemli benzerlikler bulunmaktadır. Özellikle tazminatın işlevleri ve amacı açısından iki kurumun benzer amaçlara hizmet ettiği belirtilmektedir¹²⁵⁹. Tazminata getirilen üst sınır ufak bir farklılığa yol açsa da yazara göre bu farklılık kurumlar arasındaki benzerlikler düşünüldüğünde kurumun işlevini değiştirmemektedir. Bu sebeple ayrımcılık tazminatı bir cezalandırıcı tazminat örneği teşkil etmektedir.

Alman Hukuku'nda Müller, BGB § 611a düzenlemesine ilişkin değerlendirmesinde¹²⁶⁰ söz konusu hükmün BGB'nin genel ilkelerinden farklılık arz ettiğini belirtmiştir¹²⁶¹. Müller, ATAD kararlarında zarar kavramının tazminat ile olan yoğun bağlantısının aksine cümlelere yer verildiğini, ATAD kararlarındaki zararın “sosyal zararları” ifade ettiğini vurgulamaktadır¹²⁶². Yazar, ATAD kararlarında özel hukukun tazminata yüklediği amaçlardan farklı bir yaklaşımın kabul edildiğini ve ceza hukukunun işlevlerinin benimsendiği belirtmektedir. BGB § 611a'da 1994 yılında yapılan değişikliğin de bunu doğruladığını belirten yazar, hükmün bir cezalandırıcı tazminat niteliğinde olduğunu açık olduğunu vurgulamaktadır¹²⁶³. Madde metninde 1998 yılında yapılan değişikliklere de değinen Müller, bu değişikliklerle tazminat tavanının işe alınma ihtimali yüksek olan adaylar açısından kaldırılmasını, cezalandırıcı tazminat

¹²⁵⁹ Özden Merhacı 2013, s. 212. Benzer yönde bkz. Yıldız 2008, s. 329; Ünal 2018, s. 435.

¹²⁶⁰ Söz konusu eser 2000 yılında yayınlandığı için AGG'ye ilişkin bir değerlendirme içermemektedir. Ancak AGG ile BGB'nin benzer metinlerinden hareketle yazarın konuya ilişkin görüşlerine ilişkin tahminlere ulaşmak mümkündür.

¹²⁶¹ Müller 2000, s. 148.

¹²⁶² Müller 2000, s. 150.

¹²⁶³ Müller 2000, s. 162. Benzer yönde bkz. Brockmeier 1999, s. 66; Lendermann 2019, s. 49; Ebert 2004, s. 335 vd; Behr 2009, s. 41-44; Jansen/Rademacher 2009, s. 85.

niteliğinin doğrulanması olarak nitelendirmektedir. Bu görüşteki yazarlardan Lendermann, ayrımcılık tazminatını ödeyen kişilerin, sonradan sorumlu kişilere rücu edilebilmesi olanağının mevcudiyetinin, cezalandırıcı tazminattan ayrılan önemli bir nokta olduğunu belirtmiştir¹²⁶⁴. Frankfurt OLG de bir kararında bu hususa dikkat çekmiştir¹²⁶⁵. Esasında Türk Hukuku açısından da benzer bir durumun oluşabileceğini belirtmek gerekir. Bir işyeri vekilinin veya temsilcisinin gerçekleştirdiği ayrımcı davranış neticesinde işten çıkartılan kişi, işverene karşı dava açarak ayrımcılık tazminatını ve uğradığı diğer zararları talep edebilir. Ayrımcılık tazminatını ödeyen işverenin, sonradan ayrımcı davranışı ile bu sonuca yol açan kişiye rücu etme imkanı mevcuttur.

Özel hukukta cezalandırma amacı güden hükümlere karşı bir tavır benimseyen Honsell'e göre, AGG §15 düzenlemesi bir cezalandırma içermektedir. Yazar, bu tespitin hemen ardından söz konusu hükmü sert bir dille eleştirmektedir. Özellikle cezalandırma amacına yönelmesine rağmen hükümde kusur şartına yer verilmemiş olmasını eleştiren Honsell, hükmün irade özerkliğine ve Kıta Avrupası hukuk kültürüne bir müdahale niteliğinde olduğunu belirtmektedir¹²⁶⁶. Wagner de hükmün ileri sürülebileceği kişiler arasında tüzel kişilerin de bulunması ve madde hükmünde kusurun bir şart olarak aranmamasını eleştirmiştir¹²⁶⁷.

Son bir görüşe göre, bu hükmün gayesi cezalandırma değil önlemedir. Buna göre, ATAD'ın amacının cezalandırmayı özel hukuka dahil etmek olmadığı, zarara önceden konulan sınırlara karşı çıkmak ve direktiflerin etkili şekilde uygulanmasını sağlamak için

¹²⁶⁴ Lendermann 2019, s. 49.

¹²⁶⁵ NJW 2014, 3376.

¹²⁶⁶ Honsell 2008, s. 330.

¹²⁶⁷ Wagner, AcP 2006, s. 363.

bu kararların verildiği belirtilerek hükmün cezalandırıcı tazminat olarak görülmesine karşı çıkmaktadır¹²⁶⁸. AGG §15'i cezalandırıcı tazminat olarak görmeyen görüşe göre, bu hükmün temel amacı tam tazmin ilkesinin tanıma ve tenfiz açısından kamu düzeni istisnasına konu oluşturmaya engel olmaktır. Diğer bir deyişle, tam tazmin ilkesinin bir tabu haline getirilmesinin ve bu sebeple de yabancı mahkeme kararlarının tanınmasının ve tenfizinin kamu düzeni gerekçesiyle reddedilmesinin önüne geçebilmek amacıyla bu tip hükümler öngörülmüştür¹²⁶⁹.

Türk, Alman ve İsviçre doktrinde ileri sürülen bu görüşleri kısaca özetledikten sonra konuya ilişkin değerlendirmemizi dile getirmek isteriz. Ayrımcılık tazminatının şartları değerlendirildiğinde, kusurun bir ön şart olarak aranmamasının birçok eleştiriye konu oluşturduğu görülmektedir. Ancak kanaatimizce, kusurun aranmamış olması ayrımcılık tazminatını, cezalandırıcı tazminattan uzaklaştırmaz. Zira ayrımcılık başlı başına oldukça ağır neticeler doğuran bir fiil olarak, kusurla gerçekleşse de gerçekleşmese de cezalandırma ve önleme ihtiyacını doğuran bir eylemdir. Madde hükmünde ayrımcılık tazminatının uğranılan zarar miktarına ek olarak hükmedilen ve zarar miktarını aşan bir yaptırım olduğu düzenlenmiştir. Bu açıdan da cezalandırıcı tazminat ile benzerlik mevcuttur. Zarar görenin uğradığı zararın esas alınmaması, zarar verenin malvarlığını hedef alan ve ona göre belirlenen bir yaptırımın bulunduğunu da göstermektedir. Ayrımcılık içeren eylemin, kişilik haklarına saldırı niteliğinde olduğu ve bu açıdan bir haksız fiil olarak değerlendirilebileceğini dikkate aldığımızda, İş Kanunu md. 5'in bir cezalandırıcı tazminat olduğu görülmektedir¹²⁷⁰.

¹²⁶⁸ **Wagner**, AcP 2006, s. 397.

¹²⁶⁹ **Vanleenhove** 2016, s. 196.

¹²⁷⁰ Benzer yönde bkz. **Güleryüz/Zorluoğlu Yılmaz** 2019, s. 347.

§14 TÜRK HUKUKU'NDA CEZALANDIRICI TAZMİNAT NİTELİĞİ TARTIŞMALI OLAN HÜKÜMLER

I. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu md. 68/I Hükümünde Düzenlenen Üç Kat Tazminat

A. Genel Olarak

Fikir ve sanat eserleri üzerindeki fikri hakların neler olduğu ve nasıl korunacaklarına ilişkin hükümler, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde fikir ve sanat eserleri üzerinde eser sahibinin mali haklarının ve manevi haklarının bulunduğu kabul edilmiştir. Eser sahibi, ihlalin mali veya manevi haklarına yönelmiş olmasına göre çeşitli koruma imkanlarından faydalanır.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun konusuna dahil olan uyumsuzluklar bakımından sorumluluk hukukunun genel yapısının dışında görülebilecek birçok hükmün varlığı dikkat çekmektedir. Bunun temel sebebi, fikri haklar alanının kendisine özgü yapısıdır. Zira bu alanda gerçekleşen ihlallerden doğan zararın belirlenmesi ve hatta ihlalin ortaya çıkarılması oldukça güçtür¹²⁷¹. Bu sebeple de sorumluluk hukukunun temel ilkelerinden ayrılan düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. Nitekim bu alanda önleyici nitelikte olduğu iddia edilen ayrık hükümlerin sayısının fazlalığı da bunu doğrulamaktadır

Eser sahibinin mali haklarına ilişkin ihlallerden doğan davalara ilişkin olarak FSEK md. 68/I ve II hükümlerinde çoklu tazminat düzenlemesine yer verilmiştir¹²⁷². Söz

¹²⁷¹ Lendermann 2019, s. 41.

¹²⁷² FSEK md. 68/I ve II: “1. 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

konusu hükümlerin yer aldığı bölüm de oldukça dikkat çekicidir. Zira bu tazminata, tecavüzün ref'i ile ilgili davalar arasında yer verilmiş ve tazminata hükmedilebilmesi için kusur şartı da aranmamıştır. İlk fıkra uyarınca, eserden doğan mali hakların ihlali halinde, ihlali gerçekleştiren kişiden, sözleşme yapılmış olsaydı istenebilecek bedelin veya rayiç bedelin üç katına kadar tazminat talep edilebilecektir. İkinci fıkrada ise izinsiz olarak çoğaltılan ancak satışa çıkarılmayan kopyaların varlığı halinde, zarar görenin, ya kopyaların imhasını ya üretim maliyet fiyatını aşmayacak bir uygun bedel karşılığında kopyaların iadesini ya da sözleşme olması durumunda isteyebileceği tutarın üç katını zarar verenden talep edebileceği düzenlenmiştir. Her iki fıkrada da sözleşme yapılmış olsaydı istenebilecek varsayımsal bedel ile rayiç bedel arasında seçim yapma yetkisi zarar görene bırakılmıştır¹²⁷³. Bu talepte bulunabilmesi için bir tecavüzün ref'i davası açılmış olmalıdır. FSEK md. 70 uyarınca açılan bir tazminat davasında üç kat tazminat talebinde bulunulması mümkün olmayacaktır¹²⁷⁴.

B. FSEK md. 68'e Göre Üç Kat Tazminatın Şartları

FSEK md. 68'de öngörülen üç kat tazminatın gündeme gelebilmesi için eseri, icrayı, fonogramı veya yapımları hak sahiplerinin rızası ve izni olmaksızın kullanarak

yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilir.

2. 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."

¹²⁷³ Tekinalp 2012, s. 318.

¹²⁷⁴ Özkan/Özkan 2016, s. 113. Mali hakların ihlaliinde söz konusu olan diğer haklara ilişkin bkz.

Oğuz/Özden Merhacı 2013, s. 959 vd.

mali hakların ihlal edilmesi gerekmektedir. Mali hakların kullanımının bir sözleşmeyle devredildiği veya kanundan sayılan istisnalar kapsamında gerçekleştiği hallerde ise bir ihlalden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

FSEK, üç kat tazminatı tecavüzün ref'ine ilişkin hükümler arasında düzenlemiştir. Bununla mali haklara yapılan tecavüzlerin önlenmesinde etkili bir başvuru oluşturmak amacı güdülmüştür¹²⁷⁵. Etkili bir önlemenin sağlanabilmesi için de sadece telif ücretinin ödenmesi ile yetinilmemiş, üç kat tutarında tazminat öngörülmüştür. Ancak tecavüzün ref'ine ilişkin hükümler arasında düzenlenen üç kat tazminat hükmü bazı tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Tecavüzün ref'i davasının kural olarak saldırının veya saldırının etkilerinin devam ettiği durumlarda açılabilmesinin ve uygulamada çoğu zaman saldırının gerçekleşip bittiği durumlarda ihlalin farkına varıldığını belirten bir görüş, çoğaltma ve yayma gibi mali haklar haricinde üç kat tazminatın neredeyse işlevsiz olduğunu belirtmektedir¹²⁷⁶. Bu görüşe göre en uygun çözüm, üç kat tazminatın tazminat davaları arasında düzenlenmesi veya saldırının devam ediyor olması şartının katı bir bakış açısıyla değerlendirilmemesidir¹²⁷⁷.

Doktrindeki hakim görüş, üç kat tazminata hükmedilebilmesi için zarar verenin kusurunun şart olmadığını belirtmektedir¹²⁷⁸. Yargıtay da yerleşik içtihatlarında üç kat tazminatın ref (kaldırma) davası kapsamında tanındığından hareketle kusur şartını

¹²⁷⁵ **Gül** 2015, s. 341.

¹²⁷⁶ **Demirbaş** 2015, s. 77.

¹²⁷⁷ **Demirbaş** 2015, s. 78.

¹²⁷⁸ **Tekinalp** 2012, s. 319; **Öztan** 2008, s. 649; **Gül** 2015, s. 342; **Demirbaş** 2015, s. 79; **Suluk/Karasu/Nal** 2019, s. 143; **Kılıçoğlu** 2018, s. 396 vd.

aramamaktadır¹²⁷⁹. Cezalandırıcı tazminatın temel özelliklerine aykırı şekilde, FSEK md. 68’de öngörülen tazminatın talep edilebilmesi için zarar verenin kusurlu bir davranışı aranmamaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, ihlalin ağırlığı ve eğer varsa zarar verenin kusuru hakimın takdir yetkisini kullanırken dikkate alabileceği hususlardır¹²⁸⁰. Dolayısıyla kusur, sorumluluğun doğumunda değilse de tazminatın miktarında rol oynayacaktır.

Üç kat tazminatın talep edilebilmesi için zarar görenin bir zararının bulunması da şart değildir¹²⁸¹. Zarar gören, zararını ispat etme külfeti bulunmaksızın üç kat tazminatı talep edebilirken, üç kat tazminatı dahi aşan bir zararı mevcutsa bu aşkın kısım için kusur ve zararı ispat etmek koşuluyla talepte bulunabilecektir¹²⁸².

Üç kat tazminatın gündeme gelebilmesi için bir diğer önemli koşul da davacının bu yönde talebinin bulunmasıdır. Davacının açıkça üç kat tazminat talebinde bulunmadığı hallerde taleple bağlılık ilkesi devreye girecek ve hâkim re’sen üç kat tazminata hükmedemeyecektir¹²⁸³. Davacı üç kat tazminata ilişkin talebini açıkça dile getirmelidir. Varsayımsal kullanım bedelinin başlangıçta bilinmesinin mümkün olmaması sebebiyle bu dava çoğunlukla bir belirsiz alacak davası şeklinde açılmakta, sonradan ıslah yoluyla değiştirilmektedir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, ıslah talebinde bulunurken davacının açıkça talebinin dile getirmesi önem taşımaktadır.

¹²⁷⁹ YHGK, 2017/11-71 E., 2020/483 K., 30.06.2020 T.; YHGK, 2017/11-79 E., 2017/542 K., 22.03.2017 T.; Yarg. 11. HD., 2020/7666 E., 2022/2582 K., 30.03.2022 T.

¹²⁸⁰ Sarıkaya 2019, s. 69.

¹²⁸¹ Tekinalp 2012, s. 318; Demirbaş 2015, s. 80.

¹²⁸² Öztan 2008, s. 650; Gül 2015, s. 343; Varlı 2021, s. 218; Sarıkaya 2019, s. 69.

¹²⁸³ Varlı 2021, s. 213.

Hakim, talep edilen tazminata ilişkin bir takdir yetkisine sahiptir. Olayın koşullarını ve kusur gibi unsurları dikkate alarak varsayımsal bedel ile üç kat tazminat arasında bir miktara da hükmedebilir¹²⁸⁴. Özellikle zararın bulunmadığı veya düşük miktarda olduğu veya zarar verenin kusurunun bulunmadığı hallerde ödenecek tazminatın varsayımsal sözleşme bedeli veya rayiç bedele yakın olması gerektiği ifade edilmektedir¹²⁸⁵. Ancak Yargıtay'ın yerleşik içtihatları, hakimin talep halinde, eğer şartlar da gerçekleşmişse, üç kat tazminata hükmetmek zorunda olduğunu, bir kat veya iki kat tazminata hükmetme yetkisinin bulunmadığını belirtmektedir.¹²⁸⁶

Üç kat tazminata temel teşkile edecek bedele ilişkin olarak kanunda iki ayrı yöntem zikredilmiştir. Bunlardan ilki daha sübjektif nitelikte olan, taraflar arasında bir sözleşme bulunsaydı talep edilebilecek olan bedeldir¹²⁸⁷. Bu ücretin belirlenmesinde eser sahibinin o eser için daha önceden elde ettiği veya benzer eserleri için aldığı ücretler dikkate alınır. Diğer seçenek ise FSEK hükümleri uyarınca belirlenebilecek olan ve objektif nitelik arz eden rayiç bedeldir¹²⁸⁸. Davacı, bu iki bedelden birini üç kat tazminat

¹²⁸⁴ **Suluk/Karasu/Nal** 2019, s. 143; **Demirbaş** 2015, s. 114.

¹²⁸⁵ **Sarıkaya** 2019, s. 70.

¹²⁸⁶ Yar. 11. HD, 2005/8095 E., 2006/7919 K., 4.7.2006 T.; Yar. 11. HD, 28.9.2009, E. 2008/5307, K. 2009/9739. Yargıtay'ın bu konudaki tutumu doktrinde çokça eleştirilmektedir. Kanun metninde açıkça belirtilmediği halde, adete hakimin takdir yetkisini elinden alacak bir yorumun Yargıtay tarafından benimsenmesi bu eleştirileri de beraberinde getirmiştir. Bkz. **Bozbel** 2015, s. 244; **Demirbaş** 2015, s. 118-119.

¹²⁸⁷ **Demirbaş** 2015, s. 108-109.

¹²⁸⁸ **Demirbaş** 2015, s. 109. Bu hesaplamanın da doğası itibariyle sübjektif nitelikler taşıdığı yönünde bkz. **Ercoskun Erol** 2013, s. 54.

talebinin temeli olarak alabilecektir¹²⁸⁹. FSEK md. 68/II'de ise yalnızca sübjektif olan varsayımsal sözleşme bedelinin üç katını talep etme yetkisi tanınmıştır.

C. Alman Fikri Mülkiyet Hukukunda Mali Hakların İhlali Halinde Tazminat Yaptırımı ve GEMA İçtihatları

FSEK md. 68 hükmünün hukuki niteliğine ilişkin görüşleri açıklamadan hemen önce, Alman fikri mülkiyet hukukunda mali hakların ihlaline bağlanan maddi tazminat yaptırımını ve özellikle de GEMA içtihatlarını incelemekte yarar bulunmaktadır¹²⁹⁰. Alman hukuk sistemi, fark teorisini esas alan bir sistem olmasına rağmen, fikri mülkiyet hakları konusunda sorumluluk hukukunun temel ilkelerinden yer yer ayrılmıştır. Ayrıca GEMA içtihatlarında iki kat tazminatın gündeme gelmesi de Türk Hukuku ile kısmen de olsa bir benzerlik oluşturmaktadır. Alman Hukuku'ndaki yaklaşımı ve bu yaklaşımın sebeplerini anlamak Türk Hukuku açısından da önem taşımaktadır.

Alman Hukuku açısından telif hakkının ihlali halinde üçlü bir zarar hesaplama yöntemi (*die dreifache Schadensberechnung*) benimsenmiştir. Bu yöntemler, Federal Mahkemenin telif haklarına ve marka hakkına ilişkin çeşitli içtihatları çevresinde şekillenmiştir¹²⁹¹. Telif haklarının ihlaline yönelik yaptırımları düzenleyen 2004/48/EC numaralı Avrupa Birliği direktifinin¹²⁹² de benzer esasları öngörmesi neticesinde Telif

¹²⁸⁹ Tekinalp'e göre ise burada bir seçim hakkından bahsetmek mümkün değildir. Aslolan varsayımsal sözleşme bedeli üzerinden hesaplamanın yapılmasıdır. Ancak eser sahibinin daha önceden yaptığı benzer sözleşmelerin ve işlemlerin yokluğu halinde rayiç bedelin hesaplanması gündeme gelecektir. Bkz.

Tekinalp 2012, s. 318; **Özkan/Özkan** 2016, s. 114–115.

¹²⁹⁰ Yuk. dn. 681.

¹²⁹¹ **Lendermann** 2019, s. 42.

¹²⁹² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32004L0048R%2801%29> (Erişim

Tarihi: 02.01.2023).

Hakları Kanunu (*Urheberrechtsgesetz (UrhG)*) §97'de¹²⁹³, Türk Hukuku'nda da yer alan üçlü zarar hesaplama yöntemi benimsenmiştir. Buna göre zarar gören kişiler, isterlerse BGB §249 çerçevesinde somut zararlarının hesabını talep edebilecekleri gibi, UrhG §97 uyarınca kazancın iadesini veya taraflar arasında bir lisans sözleşmesi bulunsaydı istenebilecek bedeli talep edebilecektir¹²⁹⁴. Bu düzenlemeler, fark teorisinin hakim olduğu Alman sorumluluk sistemi açısından oldukça istisnai niteliktedir¹²⁹⁵.

Alman Hukukunda fikri haklara ilişkin önem arz eden bir diğer husus ise GEMA içtihatları olarak da bilinen kararlardır. GEMA (*Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte*), müzik eserleri alanında faaliyet gösteren ve çeşitli sanatçıların fikri haklarına koruma amacı güden bir meslek birliğidir.

¹²⁹³ UrhG §97: “(1) Wer das Urheberrecht oder ein anderes nach diesem Gesetz geschütztes Recht widerrechtlich verletzt, kann von dem Verletzten auf Beseitigung der Beeinträchtigung, bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Der Anspruch auf Unterlassung besteht auch dann, wenn eine Zuwiderhandlung erstmalig droht. (2) Wer die Handlung vorsätzlich oder fahrlässig vornimmt, ist dem Verletzten zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Bei der Bemessung des Schadensersatzes kann auch der Gewinn, den der Verletzer durch die Verletzung des Rechts erzielt hat, berücksichtigt werden. Der Schadensersatzanspruch kann auch auf der Grundlage des Betrages berechnet werden, den der Verletzer als angemessene Vergütung hätte entrichten müssen, wenn er die Erlaubnis zur Nutzung des verletzten Rechts eingeholt hätte. Urheber, Verfasser wissenschaftlicher Ausgaben (§ 70), Lichtbildner (§ 72) und ausübende Künstler (§ 73) können auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine Entschädigung in Geld verlangen, wenn und soweit dies der Billigkeit entspricht”.

¹²⁹⁴ Wagner, varsayımsal lisans bedeline dayanan hesaplama yöntemini, zararın belirlenmesinin güç olduğu durumlara ilişkin bir düzenleme olan ZPO §287'nin özel bir uygulaması ve devamı olarak görmektedir. Bu açıdan hükmün önleme gayesinden daha çok zararın hesaplanmasındaki güçlükleri gidermeye ve dolayısıyla da telafi amacına hizmet ettiğini belirtmektedir. Bkz. **Wagner**, AcP 2006, s. 374.

¹²⁹⁵ **Wagner**, AcP 2006, s. 373.

Çeşitli sanatçılar fikir ve sanat eserlerinden doğan çeşitli mali haklarını, bir yetkilendirme sözleşmesi ile GEMA'ya devretmekte ve GEMA da bu sözleşme uyarınca bu hakların ihlaline yönelik süreçleri de takip etmektedir¹²⁹⁶. GEMA içtihatlarının doğuşundaki temel gerekçe ise bu takip faaliyetidir. Zira UrhG §97 (1) uyarınca eser üzerindeki hakların ihlali tazminat neticesini doğurmaktadır. GEMA gibi meslek birliklerine hakların devredildiği durumlarda, diğer iki tazminat hesaplama yöntemini uygulamada yaşanan zorluklar sebebiyle, çoğunlukla uygun lisans bedelinin ödenmesine hükmedilmektedir. Ancak bu içtihatlardaki atipik nokta, 1936 yılından beri hem uygun bir lisans bedeline hem de denetim ek ücreti adıyla (*GEMA-Kontroll Zuschlag*) GEMA tarafından yürütülen takip ve kontrol faaliyetleriyle ilintili olarak bir lisans bedeline daha hükmediliyor olmasıdır¹²⁹⁷. Diğer bir deyişle GEMA, hem ihlal nedeniyle uygun bir lisans bedeline hak kazanmakta hem de yürüttüğü takip faaliyetlerinin yarattığı masrafları karşılamak için bir lisans bedeli tutarında daha tazminat elde etmektedir. Federal Mahkeme'ye göre, zarar veren kişiler, ihlalin tespiti için yapılan masrafları da karşılamakla mükelleftir¹²⁹⁸. Zaman içerisinde farklı konularda benzer taleplerde bulunulmuş olsa da Federal Mahkeme bu durumu sadece müzik yayınlarına ilişkin ihlaller ile sınırlı tutmuştur¹²⁹⁹. Sorumluluk hukukunun genel ilkeleri ve özellikle zenginleşme yasağı dikkate alındığında GEMA içtihatlarının oldukça atipik bir nitelikte olduğu görülebilmektedir¹³⁰⁰. İhlali önlemeye

¹²⁹⁶ Özden Merhacı 2013, s. 194.

¹²⁹⁷ Özden Merhacı 2013, s. 195.

¹²⁹⁸ Jansen/Rademacher 2009, s. 82 vd.

¹²⁹⁹ Jansen/Rademacher 2009, s. 83.

¹³⁰⁰ Müller'e göre UrhG §97'nin zarar verenin elde ettiği kazancı, lisans bedeli olarak ödenecek bedelin tavanı olarak belirlemesine rağmen iki kat lisans bedeline hükmedilmesi, açık bir kanun hükmüne aykırılık teşkil ettiği için *contra legem* niteliğindedir. Bkz. Müller 2000, s. 131.

veya takibe yönelik masraflar, fark teorisi açısından tazmin edilebilecek zararlar arasında yer almamaktadır¹³⁰¹. Zira, bu teori sadece somut ihlal ile illiyet bağı içinde olan zararları gidermekle ilintili olup zararı önlemek için yapılan belirsiz birtakım masrafları içermemektedir. Kaldı ki, bu masraflar sayesinde ihlal meydana gelmediğinde, herhangi birinden önleme masraflarını isteme olanağı da olmayacaktır. Her ne kadar bazı yazarlar bu iki kat lisans bedelini cezalandırma düşüncesinin bir parçası olarak görseler de¹³⁰² Federal Mahkeme, bu tazminatın telafî ve önleme amaçlarına yöneldiğini belirtmektedir¹³⁰³. Mahkeme, sık sık arızalanan bir araç kullanan şirketin, aracın bozulma ihtimaline karşı yedek araç bulundurduğu ve bu masrafları talep ettiği bir başka kararında da bu tazminat miktarının hukukun ekonomik analizi ile belirlendiğini ve temelde zararın telafisi ve önleme ile bağlantılı olduğunu vurgulamıştır¹³⁰⁴. Mahkeme'ye göre ikame araç için yapılan masrafların zarar öncesinde yapılması ile sonrasında yapılması arasında bir farklılık bulunmamaktadır¹³⁰⁵.

Telif haklarına ilişkin ihlallerde üçlü zarar hesaplama yönteminin benimsenmesi ve bu hesaplama yöntemlerinden son ikisinin fark teorisine aykırı nitelikte olması ve GEMA içtihatlarında kanundaki düzenlemeleri de aşarak iki kat lisans bedeline hükmedilmesi, bu düzenlemelerin ve verilen kararların da sorgulanmasına yol açmıştır. Bu da hem üçlü zarar hesaplama yönteminin hem de GEMA içtihatlarının hukuki niteliğinin sorgulanmasına yol açmıştır.

¹³⁰¹ İsviçre Hukuku açısından benzer yönde bkz. **Schwenzer** 2009, N. 15.09.

¹³⁰² **Brockmeier** 1999, s. 53; **Müller** 2000, s. 131.

¹³⁰³ BGH, 15.10.1987 - I ZR 96/85; **Wagner**, AcP 2006, s. 376.

¹³⁰⁴ BGHZ, 32, 280.

¹³⁰⁵ **Jansen/Rademacher** 2009, s. 83.

Bir görüŖe göre, iki kat lisans bedeline hükmedilmesi ve üçlü zarar hesaplama yöntemi, cezalandırma amacına yönelmemektedir. Bu hükümler ve mahkeme kararları, her ne kadar fark teorisinden ayrılrsa ve tazminat miktarı zarar miktarından daha yüksek olabilse de cezalandırma işlevine değıl önleme ve tazmin gibi amaçlara yönelmiştir¹³⁰⁶. Mahkemelerin GEMA içtihatlarındaki yaklaşımının temel sebebi olarak hukukun ekonomik analizi doktrini gösterilmektedir. Buna göre mahkemeler, ekonomik analizden de faydalanarak önleme masraflarını da zararın içinde değerlendirmektedir. Zira zarar verenler, önleme için yapılan masraflardan ötürü dolaylı da olsa sorumludur ve bu yüzden önleme masraflarına da katılmak zorundadır¹³⁰⁷.

Diğer bir görüş ise, iki kat lisans bedeline hükmedilmesi ve üçlü zarar yönteminin ancak cezalandırma düşüncesi ile açıklanabileceğini vurgulamaktadır¹³⁰⁸. Fikri hakların ihlali halindeki hesaplama yöntemlerinin sorumluluk hukukunun temel düşüncelerinden ne kadar farklı olduğuna dikkat çeken yazarlar, zarar görenin gerçekte bir lisans sözleşmesi yapmayı düşünmediği veya hiçbir zarara dahi uğramadığı hallerde tazminat talebinde bulunabilmesini telafi ve tazmin fikriyle açıklamanın mümkün olmadığını vurgulamaktadır. Benzer şekilde GEMA içtihatlarında mahkemenin hakkaniyet kavramına yaptığı vurgunun asıl sebebinin sorumluluk hukukunun temel dogmalarından sıyrılabilmek olduğuna dikkat çekilmekte ve salt tazmin veya telafi fikirlerinden yola çıkarak iki kat tazminatı açıklamanın mümkün olmadığına vurgu yapılmaktadır¹³⁰⁹. GEMA içtihatlarında zarar veren ile bu masraflar arasındaki illiyet bağının incelenmediği

¹³⁰⁶ Lendermann 2019, s. 43; Möller 2006, s. 117.

¹³⁰⁷ Jansen/Rademacher 2009, s. 83.

¹³⁰⁸ Brockmeier 1999, s. 52; Müller 2000, s. 127; Koziol 2009, s. 287; Behr 2003, s. 137–138; Vanleenhove 2016, s. 166.

¹³⁰⁹ Müller 2000, s. 127; Behr 2009, s. 40.

ve hatta ilginç bir şekilde zarar veren (*schädiger*) kavramı yerine mütecaviz (*rechtsverletzer*) ifadesinin kullanıldığını belirtilmektedir¹³¹⁰. Haksız fiil hukukunun temel kavramlarından dahi ayrılan bu yaklaşımın, hükmün cezalandırma amacına yönelmesinden kaynaklandığı iddia edilmektedir.

D. FSEK md. 68 Uyarınca Öngörülen Üç Kat Tazminatın Hukuki Niteliğine İlişkin İleri Sürülen Görüşler ve Bu Görüşlerin Değerlendirilmesi

FSEK md. 68’de öngörülen üç kat tazminat düzenlemesinin, sorumluluk hukukunun genel ilkelerinden farklı bir yapı arz ettiği açıktır. Bundan ötürü, bu tazminatın hukuki niteliği konusunda farklı fikirler ileri sürülmüştür. Alman Hukuku’ndaki gelişimin de benzer yönde olması sebebiyle Alman doktrinindeki görüşler de belirtilerek hükmün hukuki niteliğine ilişkin görüşümüzü açıklayacağız.

Bir görüşe göre FSEK md. 68 hükmünü kanundan doğan bir cezai şart olarak nitelendirilmektedir¹³¹¹. Bu görüşe göre, rayiç telif ücretinin üç katının zarar veren kişiye ödetilmesi yoluyla tecavüzün izlerini silinmeye çalışılmaktadır. Buradaki ceza, idari veya adli para cezalarından farklı nitelikte olmakla birlikte cezalandırma işlevinin varlığı açıktır¹³¹².

Diğer bir görüş, FSEK md. 68 hükmünde yer alan üç kat tazminat hükmünün, kanundan doğan bir cezai şart olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığını, burada bir medeni ceza (özel hukuk cezası) bulunduğunu, bu hükümle hem zarar verenin eyleminin

¹³¹⁰ Müller 2000, s. 128.

¹³¹¹ Tekinalp 2012, s. 319.

¹³¹² Benzer yönde bkz. Varlı 2021, s. 213.

sonuçlarına katlanmak zorunda bırakıldığını hem de benzer olayların tekrarlanmaması için bir emsal yaratıldığını ifade etmektedir¹³¹³.

Bir diğer görüş ise hükümde kusur şartına yer verilmediğini, dolayısıyla üç kat tazminatın talep edilebilmesi için kusurun aranmadığını, bunun da hükmü cezalandırıcı nitelikte olmaktan uzaklaştırdığını belirtmektedir. Yasa metninden kusur şartının kaldırılmasıyla birlikte hüküm cezalandırıcı tazminat veya medeni ceza düzenlemesi olmaktan çıkmıştır¹³¹⁴. Bu görüşe göre FSEK md. 68’de öngörülen düzenlemenin temel amacı ispata ilişkin güçlükleri gidermektir. Aynen ABD hukukunda olduğu gibi Türk Hukuku’nda da çoklu tazminatlar, ispat edilebilmesi oldukça güç zararların tazmininde davacıya bir hukuki destek sağlamak amacıyla öngörülmüştür¹³¹⁵.

Söz konusu hüküm, İstanbul 1. Fikri ve Sinai Haklar Hukuk Mahkemesi tarafından itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi’nin önünde taşınmıştır. Yerel mahkeme, söz konusu hükümde yer alan üç kat düzenlemesinin, Anayasa’nın devletin temel niteliklerini düzenleyen md. 2 hükmüne, eşitliğe ilişkin md. 10 hükmüne, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasına ilişkin temel esasları düzenleyen md. 13 hükmüne ve hak arama hürriyetine ilişkin md. 36 hükmüne aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Yerel mahkemeye göre, söz konusu hüküm olmadan da caydırıcı önlemler alabilmek mümkün olup çok önemli sinai haklar açısından dahi öngörülmemiş bir düzenlemenin fikri haklar alanında yer almasını anlamak güçtür. Bu tip bir tazminatın, davalıyı yıkıma sürüklenme riski dahi vardır. Anayasa Mahkemesi, 2012/133 E. 2013/33 K. sayılı kararı ile bu talebi

¹³¹³ **Öztan** 2008, s. 649; **Küçükali** 2017, s. 38; **Bozbel** 2015, s. 242; **Demirbaş** 2015, s. 84; **Sarıkaya** 2019, s. 78; **Gündüz** 2020, s. 295.

¹³¹⁴ **Özden Merhacı** 2013, s. 200; **Gül** 2015, s. 348–349.

¹³¹⁵ **Gül** 2015, s. 349.

reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre söz konusu hükmün Anayasa'nın md. 10, 13 ve 36 hükümleriyle bir alakası bulunmamaktadır. Anayasa md. 2 ve onunla bağlantılı olarak md. 138 bakımından ise hakimin sahip olduğu geniş takdir yetkisine dikkat çeken Anayasa Mahkemesi, hakimin her zaman üç kat tazminata hükmetmesinin şart olmadığını, somut olayın niteliklerine uygun şekilde hareket edebileceğini vurgulamıştır¹³¹⁶. Bu karar ışığında ilk anda Anayasa Mahkemesi'nin çoklu tazminatları anayasaya uygun bulduğu sonuca varılabilecekse de belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi, konunun esasına ilişkin bir değerlendirme veya kriter öngörmemiştir. Bu sebeple de söz konusu kararın Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin yaklaşımını ortaya koymaktan uzak olduğu söylenebilir.

Fikri mülkiyet haklarının ihlaline yönelik yaptırımları düzenleyen 2004/48/EC numaralı Avrupa Birliği Direktifinin Art. 13 hükmünde üç farklı zarar hesaplama yöntemi öngörülmüştür. Direktifin genel gerekçesinin yirmi altıncı paragrafında, üç farklı zarar hesaplama yöntemi kullanılmasının önleme ve tazmin amacı ile ilişkili olduğu, zararın etkin şekilde hesaplanabilmesinin amaçlandığı, ancak bu hesap yöntemlerinin herhangi birinin cezalandırıcı tazminatın kabulü anlamına gelmeyeceği belirtilmiştir¹³¹⁷.

¹³¹⁶ <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2013/33?EsasNo=2012%2F133> (Erişim Tarihi: 24.08.2022).

¹³¹⁷ 2004/48/EC Recital No. 26: “.....*The aim is not to introduce an obligation to provide for punitive damages but to allow for compensation based on an objective criterion while taking account of the expenses incurred by the rightholder, such as the costs of identification and research*”. “Amaç, cezalandırıcı tazminat öngörmek şeklinde bir yükümlülük yaratmak değil hak sahibinin yaptığı tespit ve araştırma masrafları gibi giderleri de dikkate alarak objektif ölçütlere dayanan bir tazmin imkanı yaratmaktır.” (Türkçe çeviri tarafımıza aittir.)

Yukarıda da belirtilen farklı görüşler değerlendirildiğinde, öncelikle belirtmek gerekir ki hem FSEK md. 68/I’de yer alan hem de FSEK md. 68/II’de yer alan üç kat tazminat düzenlemeleri kanaatimizce bir cezalandırıcı tazminat örneği değildir. İzni alınmamış hak sahiplerinin taraflar arasında bir sözleşme yapılmış olması halinde isteyebilecekleri bedelin veya FSEK uyarınca hakim tarafından tespit edilecek rayiç bedelin üç katını talep edebilmesi, her ne kadar fark teorisinden ayrılan unsurlar barındırsa da bunun sebebi tazminatın işlevine ilişkin mevcut paradigmayı değiştirmek değil fark teorisinin getirdiği ispat güçlüklerini aşabilmektir. Burada ispatı ve takibi güç birtakım zararların, kolayca hesaplanabilmesi ve yaptırıma bağlanabilmesi amaçlanmıştır¹³¹⁸. Zira fikri haklar, çok farklı ekonomik değerlendirmeler yapmayı gerekli kılmaktadır. Dolayısıyla varsayımsal sözleşme bedeli veya rayiç bedele göre hesaplanan bedelin üç katı dahi bazı durumlarda zararı karşılamak için yeterli olmayabilir. Söz konusu fikri hakkın ekonomik değeri, piyasadaki rayiç bedellere nazaran önemli değişiklikler göstermektedir. Bir dizi senaryosunun yerel bir kanalda yayınlanması, ulusal bir kanalda yayınlanması veya online dizi platformlarından birinde yayınlanması arasındaki büyük farklılıklar bulunmaktadır. Bu açıdan hüküm temelde telafi işlevine yöneliktir. Bazı hallerde zararı aşan tazminata yol açma ihtimali bulunsa da zararı aşan bu kısmın temel sebebi ise önleme işlevidir. Dolayısıyla sadece fark teorisinden farklı düzenlemeler içermesi sebebiyle bu düzenlemenin cezalandırıcı bir amaca yöneldiğinden bahsedilemez.

FSEK md. 68/I ve II’de yer alan üç kat tazminat düzenlemeleri temelde telafi amacına dayansa da bu işlevin sınırlarını oldukça aşan bir yapıya sahiptir. Zira gerçekten de varsayımsal lisans bedeli veya rayiç bedel hesaplanmakta ardından bu tutarın üç katına

¹³¹⁸ **Wagner**, AcP 2006, s. 376.

kadar tazminata hükmedilmesi gündeme gelebilmektedir. Bu durumu sadece telafi düşüncesi ile açıklamak mümkün değildir. Zira zaten ihlal nedeniyle ortaya çıkan zarar çoğunlukla öncelikle hesaplanmakta ve üç kat tazminata temel oluşturan rakam bu şekilde belirlenmektedir. Bu rakamı aşan kısım telafi düşüncesiyle değil ancak diğer amaçların varlığı ile açıklanabilir. Burada da iki soru akla gelmektedir. Söz konusu hükümler salt önleme amacına mı yönelmiştir? Yoksa önleme amacı ile birlikte zarar vereni cezalandırma gayesi de bu hükümde önem taşımakta mıdır? Kanaatimizce söz konusu durum cezalandırma işlevi ile bağlantılı değildir. Dolayısıyla burada bir cezalandırıcı tazminattan bahsetme imkanı bulunmamaktadır.

FSEK md. 68 düzenlemesinde kusur, zarar ve kusurun ağırlığı gibi kavramların bir önemi bulunmamaktadır. Zarar veren, kusurlu bir fiiliyle zarara yol açmamış olsa da, herhangi bir zarara sebebiyet vermemiş olsa da üç kat tazminat yaptırımını ile karşı karşıya kalabilir. Bu durum, hükmün cezalandırma işlevi ile bağlantısını zayıflatmaktadır. Zira zarar verenin kusuruna, eylemin ağırlığına veya zarar verenin malvarlığına bağlı olarak değişiklik göstermeyen bir tazminatın neyi cezalandırdığını ifade etmek mümkün değildir. Zarar verenin bir kusuru olmasa dahi cezalandırılmasını mantık çerçevesinde açıklamak mümkün değildir. Ayrıca eylemin ağırlığına ilişkin bir ölçüte de FESK md. 68’de yer verilmemiştir. Hükmedilecek tazminat miktarı, zarar verene göre belirlenmemektedir. Hükmün cezalandırıcı tazminat ile benzeşen tek yanı, zararı belirli hallerde aşan bir tazminatın öngörülmesidir. Ancak bu tek başına cezalandırma işlevinin varlığı sonucuna varmamızı sağlamaz.

Hükmün temel amacı, zarar vereni cezalandırmaktan ziyade benzer davranışların önüne geçebilmek ve somut olaydaki zararların efektif şekilde giderilmesini sağlamaktır. Dolayısıyla hükümde zararın telafisinin ve benzer eylemlerin önlenmesinin amaçlandığı

görülebilmektedir. Hakim, somut olayda, Yargıtay'ın yaygın içtihadının aksine¹³¹⁹, üç kat tazminata hükmetmek zorunda olmamalı ve önleme amacını gerçekleştirecek uygun bir bedele hükmedebilme hususunda takdir yetkisine sahip olmalıdır. Bu noktada Yargıtay'ın hakime tanınan takdir yetkisini elden alan ve önleme amacıyla hiç bağdaşmayan yaklaşımının da eleştirilmesi gerekir. Herhangi bir zarara yol açmayan ve kusuru da bulunmayan bir zarar verenin neden her koşulda üç kat tazminat ödemek zorunda olacağını açıklamak mümkün değildir. Hakim, bu gibi durumlarda sadece telafiye sağlayacak şekilde varsayımsal sözleşme bedeline veya rayiç bedele hükmedebilmelidir. 2004/48/EC numaralı direktifte de çoklu tazminat düzenlemelerinden kaçınılması ve cezalandırıcı bir amacın söz konusu olmayacağını açıkça vurgulanması yerinde olmuştur. Avrupa Birliği'nin de konuya yaklaşımı, zararın hesaplanmasındaki zorlukların önüne geçebilmek ve önleyici şekilde tedbirler alabilmek yönündedir. Dolayısıyla üç kat tazminat düzenlemesi, bazı hallerde uğranılan zarar miktarını aşan bir tazminata hükmedilebilmesini sağladığı için bir medeni ceza¹³²⁰ olarak nitelendirilmelidir. Ancak bu nitelendirmede dikkat edilmesi gereken nokta, Türk Hukuku'ndaki bazı yazarların medeni ceza ile cezalandırıcı tazminatı eşdeğer kavramlar olarak kullanıyor olmasıdır. Bizim görüşümüze göre, bu iki kavram aynı anlama gelmemektedir. Bu açıdan tekrar belirtmek gerekir ki, FSEK md. 68'de düzenlenen üç kat tazminat düzenlemeleri, bir cezalandırıcı tazminat niteliğinde olmayıp medeni ceza olarak kabul edilmelidir.

II. Ceza Koşulu (TBK md. 179)

A. Genel Olarak

¹³¹⁹ Yarg. 11. HD., 2008/5307 E., 2009/9739 K., 28.09.2009 T.

¹³²⁰ Yuk. 3. Bölüm, §12, III.

Ceza koşulu, tarafların anlaşmaları ile kararlaştırılan ve bir edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesine bağlanan çeşitli hukuki sonuçları ifade eden bir kavramdır. Ceza koşulu kavramı, hem bir edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesine bağlanan sonuçları içeren hukuki işlemi hem de bu durumda alacaklıya ödenmesi gereken edimi ifade etmek için kullanılmaktadır¹³²¹. Ceza koşulu, çoğunlukla işlemin taraflarınca kararlaştırılmasına rağmen bazı hallerde dernek tüzüğünden veya şirket sözleşmelerine katılmaktan da kaynaklanabilir¹³²².

Ceza koşulunun varlığı borçlu açısından iki ayrı önemli sonucun doğmasına yol açmaktadır: 1) Borçlu, ceza koşulunun konusu olan edimi yerine getirme zorunluluğunun getirdiği baskı ile borcu ifaya elinden geldiğince uğraşmaktadır. 2) Borçlu, borcunu ifa etmediği takdirde ise ifa etmemeden doğacak zararlar tarafların anlaşması ile belirlenmiş olmaktadır¹³²³. İlk işlev borçluyu ifaya zorlama işlevi olarak adlandırılırken ikinci işlev ise tazmin ve telafi işlevi olarak isimlendirilmektedir¹³²⁴. Kocaağa, bunlara ek olarak ifayı engelleyen cezai şarttan yola çıkarak ceza koşulunun bir de sözleşmeden dönmeyi

¹³²¹ **BSK OR I-Widmer/Costantini/Ehrat**, Art. 160 N. 1; **BK OR/Becker**, Art. 160 N. 1.; **Kocaağa** 2003, s. 33; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner** 2022, s. 703; **Tekinay/Akman/Burcuoplu/Altıp** 1993, s. 455.

¹³²² **BSK OR I-Widmer/Costantini/Ehrat**, Art. 160 N. 2. Dernek tüzüklerinde veya şirket ana sözleşmelerinde yer alan bu düzenlemelerin gerçek bir ceza koşulu olmadığı yönünde bkz. **CHK-OR/Pellanda**, Art. 160 N. 20; **Kocaağa** 2003, s. 114-115. Vasiyetnamede öngörülen bir cezanın ve bu cezaya konu eylemin yerine getirilmemesinin ceza koşulu olarak değerlendirilemeyeceği yönünde bkz. **BK OR/Becker**, Art. 160 N. 1.

¹³²³ **Brockmeier** 1999, s. 47; **Tschannen** 2009, s. 16; **BSK OR I-Widmer/Costantini/Ehrat**, Art. 160 N. 1; **CHK-OR/Pellanda**, Art. 160 N. 5; **Gauch/Schluep/Schmid** 2020, N. 3782; **Kocaağa** 2003, s. 40 vd.; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner** 2022, s. 703.

¹³²⁴ **Tschannen** 2009, s. 16.

kolaylaştırma işlevinin bulunduğunu ifade etmektedir¹³²⁵. Zira bu tür ceza koşullarının kararlaştırıldığı hallerde, sözleşmeden dönmek isteyen taraf, ceza koşulunun getirdiği yükü de kabul etmek şartıyla, sözleşmeden dönebilmektedir. Diğer bir deyişle, sözleşmeden dönmenin mali sonuçları önceden kararlaştırılmış olmaktadır. Stoll'e göre, ceza koşulunun ifaya zorlama işlevinin mi ağır bastığı yoksa telafi ve tazmin işlevinin mi daha önemli olduğuna yönelik tartışmalar ifaya zorlama işlevinin ağır basması ile sonuçlanmış¹³²⁶ ve bu sebeple de telafi işlevine yönelik olarak götürü tazminat kurumu ortaya çıkmıştır. Daha önce de belirtildiği üzere, götürü tazminat yalnızca telafi işlevine hizmet etmektedir¹³²⁷. Ancak yazar da bu iki işlevin birbirinden ayrılmasının çok da mümkün olmadığını vurgulamaktadır¹³²⁸. Her ne kadar ifaya zorlama işlevi ağır bassa da, telafi işlevini de görmezden gelmek mümkün değildir.

Türk Hukuku'nda ceza koşulu TBK md. 179-182 arasında düzenlenmiştir. TBK md. 179/I hükmü seçimlik cezai şartı düzenlemiştir. Buna göre, bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hali için kararlaştırılan ceza koşulu seçimlik ceza koşulu niteliğindedir ve alacaklı ya ceza koşulunun ya da edimin ifasını isteyebilecektir¹³²⁹. Bu iki talebin kümülatif şekilde gerçekleşmesi mümkün değildir. TBK md. 179/II'de ise edimin belirlenen yer ve zamanda ifa edilmemesi hali için öngörülen ceza koşulunun ifaya ekli ceza koşulu niteliğinde olduğu ve bu hallerde hem ceza koşulunun hem de

¹³²⁵ Kocağa 2003, s. 47-48.

¹³²⁶ Oğuzman/Öz 2013, s. 519.

¹³²⁷ Yuk. 3. Bölüm, §12, III.

¹³²⁸ Stoll 1993, s. 222-223.

¹³²⁹ Oğuzman/Öz 2013, s. 527; Tekinay/Akman/Burcuoplu/Alttop 1993, s. 465; Kocağa 2003, s. 146 vd.

edimin ifasının talep edilebileceği düzenlenmiştir¹³³⁰. TBK md. 179/III uyarınca borçlunun, kararlaştırılan dönme cezasını ödeyerek sözleşmeden dönme veya fesih hakkını kullanabilmesi mümkündür. Esasında ceza koşulundan oldukça farklı yapıda olan bu hüküm, TBK md. 179’da düzenlendiği için ifayı engelleyen ceza koşulu veya dönme cezası olarak isimlendirilmektedir¹³³¹. TBK md. 180’de ceza koşulunun talep edilebilmesi için alacaklının zarara uğramasının şart olmadığı, ancak uğranılan zarar miktarı ceza koşulunun miktarını aşmaktaysa bu durumda aşan miktarın istenebilmesi için borçlunun kusurunun ispatının gerektiği hükme bağlanmıştır. TBK md. 181’de kısmi ifanın yanması düzenlenmiş ve taksitli satışa ilişkin hükümler saklı tutulmuştur. TBK md. 182’de ise ceza koşulu miktarının kural olarak taraflarca serbestçe belirlenebileceği, hakimin aşırı bulduğu ceza koşulunu indirme yetkisine sahip olduğu ve asıl borcun geçersiz veya imkansız hale gelmesinin ceza koşuluna etkileri düzenlenmiştir¹³³².

¹³³⁰ **Oğuzman/Öz** 2013, s. 528; **Tekinay/Akman/Burcuoplu/Alttop** 1993, s. 466 vd.; **Kocağa** 2003, s. 150 vd.

¹³³¹ **Oğuzman/Öz** 2013, s. 530; **Tekinay/Akman/Burcuoplu/Alttop** 1993, s. 470; **Kocağa** 2003, s. 154 vd.

¹³³² Alman Hukukunda BGB §339 vd. hükümleri ceza koşulunu düzenlemektedir. BGB §339’a göre, borçlu, bir edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hali için bir para ödemeyi yükümlenmişse, edime ilişkin olarak temerrüde düştüğü anda ceza koşulu muaccel hale gelecektir. BGB §340’a göre, tarafların edimin hiç ifa edilmemesi hali için kararlaştırdığı ceza koşulunun varlığı halinde alacaklı dilerse cezai şartı dilerse de edimin ifasını talep edebilecektir. Alacaklının tazminat talep etme hakkı ise bundan etkilenmeyecektir. Tazminat talep edilen hallerde ceza koşulu miktarı en düşük zarar miktarı olarak kabul edilecektir. Eğer alacaklı daha fazla zarara uğramışsa bunları da talep edebilecektir. BGB §341’e göre eğer edimin gereği gibi ifa edilmemesi hali için bir ceza koşulu kararlaştırılmışsa alacaklı hem ceza koşulunu hem de edimin ifasını talep edebilecektir. Bu halde de alacaklının diğer zararlarına ilişkin talep hakkı saklıdır. BGB §343’e göre eğer kararlaştırılan ceza koşulu miktarı orantısız derecede fahiş yükseklikte ise

Ceza koşulu kural olarak her türlü borç için kararlaştırılabilir. Her ne kadar genelde sözleşmeden doğan borçlar için ceza koşulu kararlaştırılmaktaysa da haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden doğan bir borç için de ceza koşulu kararlaştırılabilecektir¹³³³. Para borçlarının ceza koşuluna konu oluşturup oluşturmayacağı tartışmalı olmakla birlikte hakim görüş, para borçlarında da ceza koşulu kararlaştırılabileceğini ancak bu durumda temerrüt faizi istenemeyeceğini belirtmektedir¹³³⁴. Ceza koşulu genelde bir miktar para olarak kararlaştırılmaktaysa da bu bir zorunluluk değildir. Para dışındaki edimlerin de ceza koşuluna konu olması mümkündür¹³³⁵.

Ceza koşulu asıl borca bağlı fer'i karakterli bir borçtur. TBK md. 182/II uyarınca asıl borcun geçersizliği onun fer'i borcu niteliğindeki ceza koşulunun da geçersizliği sonucunu doğuracaktır. Ceza koşulunun bağlı olduğu asıl borç, geçerli olarak doğmuş ancak sonradan herhangi bir sebeple geçersiz hale gelmişse, ceza koşulu da ortadan kalkacaktır¹³³⁶.

hakim tarafından tenkis edilebilecektir. Lendermann, Fransız Hukukuyla Alman Hukuku arasındaki farklılığa dikkat çekmektedir. Fransız Hukukunda ceza koşulunun orantısız şekilde yüksek olduğu durumlarda hakim tarafından tenkisi mümkün olduğu gibi aşırı düşük olduğunda yine hakim tarafından yükseltilmesi de mümkündür. Bkz. **Lendermann** 2019, s. 28.

¹³³³ **Oğuzman/Öz** 2013, s. 520; **Kocağa** 2003, s. 75.

¹³³⁴ **Oğuzman/Öz** 2013, s. 521; **Kocağa** 2003, s. 78 vd.

¹³³⁵ **BSK OR I-Widmer/Costantini/Ehrat**, Art. 160 N. 9; **Gauch/Schluep/Schmid** 2020, N. 3789-3790; **Oğuzman/Öz** 2013, s. 522; **Kocağa** 2003, s. 106 vd.

¹³³⁶ **Oğuzman/Öz** 2013, s. 524-525; **Tekinay/Akman/Burcuoplu/Alttop** 1993, s. 457 vd.; **Kocağa** 2003, s. 134 vd.

B. Ceza Koşulu ile Cezalandırıcı Tazminat İlişkisinin Değerlendirilmesi

Ceza koşulunda taraflar özgür iradeleri ile bir borcun ifa edilmemesinin sonuçlarını yaptırıma bağlamaktadır. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere bu esnada zarar miktarı ile bağlı olmadıkları için bazı hallerde zararı aşacak şekilde bir ceza koşulu kararlaştırılması mümkündür. Bu da cezalandırıcı tazminat ile ceza koşulu arasında benzerlikler kurulmasına ve özel hukukta cezalandırma işlevine örnek olarak ceza koşulunun gösterilmesine sebebiyet vermektedir.

Ceza koşulu ile cezalandırıcı tazminat arasında birtakım benzerlikler kurabilmek mümkündür. En başta her iki kurum da en azından terminolojik olarak cezalandırma eylemine ilişkin bir imge yaratmaktadır. Ceza koşulunun var olduğu durumlarda, edimini ifaya yanaşmayan borçlunun cezalandırılması düşüncesinin yattığını söylenmektedir¹³³⁷. Ceza koşulunun, bu ceza tehdidi sayesinde tarafları edimi ifaya teşvik etme amacı bulunduğu aşikârdır. Ayrıca ceza koşulu da aynen cezalandırıcı tazminat gibi, zarar miktarı ile sınırlı olmayan bir edimi elde etme imkanı sunmaktadır¹³³⁸. Ceza koşulunun talep edilebilmesi için uğranılan zarar miktarının ispat edilmesinin hiçbir önemi bulunmamaktadır¹³³⁹. Bu da ceza koşulunun temel gayesinin zararı tazmin etmek olmadığını ortaya koymaktadır. Ceza koşulu, parasal tazmin yoluyla davranış

¹³³⁷ **BSK OR I-Widmer/Costantini/Ehrt**, Art. 160 N. 1; **BK OR/Becker**, Art. 160 N. 4; **CHK-OR/Pellanda**, Art. 160 N. 5; **Gauch/Schluep/Schmid** 2020, N. 3782; **Lenz** 1992, s. 89; **Kocaaga** 2003, s. 43 dn.61; BGE 109 II 462, 468.

¹³³⁸ **Ebert** 2004, s. 464 vd.

¹³³⁹ **Lendermann** 2019, s. 29; **Magnus** 2012, s. 252.; **Tschannen** 2009, s. 17; **Vanleenhove** 2016, s. 169; **CHK-OR/Pellanda**, Art. 160 N. 5.

şekillendirme ve yönlendirmenin diğer bir deyişle özel önleme amacının gerçekleştirilmesinin bir aracıdır¹³⁴⁰.

Ancak önemle belirtmek gerekir ki cezalandırıcı tazminat ve ceza koşulu, uygulama alanları ve ortaya çıkmalarına sebep olan irade açısından birbirinden ayrılmaktadır. Ceza koşulu sözleşmeler hukukunda gündeme gelen bir hukuki kurum iken, cezalandırıcı tazminat temelini haksız fiil hukukunda bulmaktadır¹³⁴¹. Bilindiği üzere bu iki alan, ilişkilerin rastlantısallığı açısından birbirinden önemli farklılıklar göstermektedir. Sözleşmeler hukukunda taraflar, güven ilişkisi çerçevesinde bir hukuki ilişki yürütürlerken, haksız fiil hukukunda çoğunlukla taraflar arasındaki hukuki ilişki rastlantısal nitelik taşır. Bu sebeple de sözleşmelerde taraf iradeleri ön plandayken, haksız fiil hukukunda yasal düzenlemeler daha fazla önem taşımaktadır. Bu durum da ceza koşulu ile cezalandırıcı tazminat arasındaki temel bir yapısal farklılığı doğurmaktadır. Ayrıca zararın bir ön şart olarak aranması bakımından da iki kurum birbirinden ayrılmaktadır. Ceza koşulunun talep edilebilmesi için sözleşmeye aykırı bir davranış

¹³⁴⁰ **Ebert** 2004, s. 254; **Lendermann** 2019, s. 29.

¹³⁴¹ **Lenz** 1992, s. 93; **Lendermann** 2019, s. 29; **Brockmeier** 1999, s. 47. Brockmeier, taraflardan birinin hakim durumundan yararlanarak genel işlem şartlarının içinde cezai şarta da yer verdiği halleri, bu durumun bir istisnası olarak incelemektedir. Zira bu hallerde tam anlamıyla özerk bir karar verme sürecinden bahsetmek güçtür. Dolayısıyla bu hallerde taraflardan birinin ağır basan iradesi ile bir medeni ceza öngörülmüş olmaktadır. Ancak yazar, buna benzer birçok hal gibi bu tip cezai şartların da hukuk düzeni tarafından çeşitli kısıtlamalara tabi tutulduğunu belirtmektedir. Genel işlem şartı ile cezai şart öngörülmesinin kısıtlanmasına benzer şekilde kiracıya karşı öngörülen cezai şartlar da kanunkoyucu tarafından sınırlandırılmıştır. Bkz. **Brockmeier** 1999, s. 48.

yeterli olup ayrıca zararın varlığı aranmazken, cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için sembolik de olsa bir zararın varlığı şarttır¹³⁴².

Ceza koşulunun kusurla olan ilişkisinde kabul edilecek görüş de cezalandırıcı tazminat ile olan ilişkisi açısından önemli bir hareket noktası oluşturur¹³⁴³. Zira doktrindeki hakim görüş ceza koşulunun talep edilebilmesi için borçlunun kusurlu hareketinin varlığını bir şart olarak aramaktayken bir diğer görüşe göre¹³⁴⁴ ise sözleşmeyle belirlenen cezai şartın talep edilebilmesi için kusurun varlığı bir önem taşımamaktadır. Hakim görüşün kabul edilmesi halinde ceza koşulu ile kusur arasında dolaylı da olsa bir bağ kurulacak olup bu sayede bir karşılaştırma imkanı oluşacaktır. Azınlık görüşünün kabul görmesi halinde, kusur şartının aranmamasıyla birlikte ceza koşulunun da cezalandırma amacının bulunmadığı söylenebilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, kusur şartı aransa dahi kusurun belirli bir ağırlığa ulaşmasının aranmaması, ceza koşulu ile cezalandırıcı tazminat arasında önemli bir farklılık yaratmaktadır.

Ceza koşulunda cezalandırma düşüncesi, tarafların birlikte kararlaştırdığı ve ortak rızalarına dayanan bir sonuç niteliği taşımaktadır. Diğer bir deyişle ceza koşulu, irade özerkliği kapsamında taraflarca kararlaştırılmaktadır¹³⁴⁵. Buna karşılık cezalandırıcı tazminat açısından, bu tip bir ortak iradeden bahsetmek mümkün değildir. Cezalandırıcı tazminat, kanunlarda öngörülmektedir ve mahkemelerin vereceği hükümle beraber talep

¹³⁴² Lenz 1992, s. 92.

¹³⁴³ Konu hakkında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Aksoy 2018, s. 999 vd. Kusurun aranacağı yönünde bkz. Gauch/Schluep/Schmid 2020, N. 3792a; Oğuzman/Öz 2013, s. 532; Furrer/Müller-Chen/Çetiner 2022, s. 706; Kocağa 2003, s. 175; Tekinay/Akman/Burcuoplu/Altıp 1993, s. 480.

¹³⁴⁴ Aksoy 2018, s. 1015.

¹³⁴⁵ Lenz 1992, s. 89; Wagner, AcP 2006, s. 427.

edilebilir hale gelmektedir¹³⁴⁶. Tarafların, başlangıçta cezalandırıcı tazminatın miktarına ilişkin bir anlaşmasından bahsetmek mümkün değildir.

Müller, cezalandırma amacının özel hukukta halihazırda var olduğunu savunmasına rağmen, ceza koşulunun bu argümanı doğrulamak için kullanılmasına karşı çıkmakta ve taraf iradelerinin ön planda olduğu bu kurum ile hukuk düzeninin cezalandırma amacının birbirine karıştırılmaması gerektiğini belirtmektedir¹³⁴⁷. Ceza koşulundaki cezalandırma amacı bir öç alma ve kefaret düşüncesiyle değil borcu ifa etmeyen borçluyu zorlamakla ilintilidir¹³⁴⁸. Alman Federal Mahkemesi de *John Doe v. Eckhard Schmitz* kararında iki kurum arasında işlevsel bir bağlantı bulunmadığına dikkat çekmiştir¹³⁴⁹. Mahkeme, cezai şart kurumunun taraf iradelerine dayandığını vurgulamış ve kanundan kaynaklı bir yaptırım olan cezalandırıcı tazminattan farklı olduğuna dikkat çekmiştir.

Buna karşın diğer bir görüş, ceza koşulunun irade özerkliğinin bir sonucu olmasına rağmen özel hukukta cezalandırma işlevinin yerine ilişkin bir fikir verebileceğini savunmaktadır¹³⁵⁰. Bu görüşe göre, her ne kadar taraflar ceza koşulunu birlikte kararlaştırırsa da, zarar miktarını aşan bir tazminata hükmedilmesiyle cezalandırma, tarafların davranışlarını yönlendirmesiyle de önleme işlevini yerine getiren ceza koşulu, ikili bir işleve sahiptir. Bu ikili işlevi kabul eden görüş, cezalandırıcı

¹³⁴⁶ Schäfer 2002, s. 400; Tschannen 2009, s. 16.

¹³⁴⁷ Müller 2000, s. 60.

¹³⁴⁸ Tschannen 2009, s. 16. Benzer yönde bkz. Wagner, AcP 2006, s. 427.

¹³⁴⁹ BGH 4.6.1992, NJW 1992, 3103.

¹³⁵⁰ Lendermann 2019, s. 30; Brockmeier 1999, s. 47; Vanleenhove 2016, s. 169.

tazminatla ceza koşulu arasında benzerlik görmektedir. Türk Hukuku'nda Gümüş, ceza koşulunu bir özel hukuk cezası olarak görmektedir¹³⁵¹.

Bu açıklamalar dikkate alındığında, cezalandırıcı tazminat ile cezai şart arasında bir benzerlik kurabilmek mümkün görünmemektedir. Sadece benzer amaçlara yönelmiş yaptırımlar olmaları, aralarında işlevsel olarak da benzerlik bulunduğu anlamına gelmemelidir. Hatta kanaatimizce cezai şart, cezalandırma işlevinin özel hukukta tanındığının bir göstergesi de olamaz. Zira taraflar, özgür iradeleriyle kararlaştırarak birçok farklı saikle hükümler öngörebilir. Ancak cezalandırıcı tazminat ile amaçlanan anlamda bir cezalandırma için bunun taraf iradeleri dışında ortaya çıkması ve taraflar dışındaki bir makamın kararıyla uygulanıyor olması gerekir. Cezai şart ise bu kriter ile uyuşmayan bir hukuki niteliğe sahiptir. Taraflar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde anlaşarak ceza niteliğinde bir hüküm öngörebilirler. Her iki tarafın da özgür iradeleriyle karar verdiği bir süreç, cezalandırma işlevi ile ilgili değil irade özerkliği ile ilintilidir. Taraflar ceza koşulunu öngörürken salt önleme ve tazmin işlevlerini de esas almış olabilir. Nitekim cezalandırıcı tazminat, tarafların iradelerine dayanmayan rıza dışı ilişkilerini düzenleyen haksız fiiller alanında gündeme gelirken, cezai şart sözleşmesel bir ilişkinin sonucudur. Dolayısıyla da cezalandırıcı tazminat ile işlevsel açıdan bir benzerlik kurabilmek mümkün değildir.

III. İcra İnkâr Tazminatı

A. Genel Olarak

İcra ve İflas Kanunu, alacaklının ilamsız icra takibi başlatmasına izin veren hükümler öngörmüş, ancak bunun karşılığında borçluya da haklı bir neden veya gerekçe göstermesine gerek kalmaksızın bir itirazda bulunarak ilamsız icra takibini durdurma

¹³⁵¹ Gümüş 2021, s. 1008-1009.

imkânı tanımıştır¹³⁵². İlamsız icranın temel amacı, likit bir alacağa sahip alacaklının her durumda dava açmaya gerek duymaması ve icra kanalıyla alacağını elde edebilmesidir. Borçlu ise bu talebe itiraz ederek, icra takibini durdurmak yetkisine sahiptir. Ancak her iki tarafın da kanundan kaynaklanan bu yetkilerini, bu hakkın tanınma amacı dışında kullanmaları söz konusu olabilmektedir. Alacaklı, bazı durumlarda alacağı bulunmamasına veya belirttiği miktarda olmamasına rağmen ilamsız icra yoluyla borçlu üzerinde baskı kurmaya çalışmakta; borçlu ise bazı hallerde gerçekten borcu bulunmasına rağmen sırf süreci uzatabilmek için ilamsız icra takibine itiraz etmektedir. İşte icra inkâr tazminatı bu gibi durumlarda gündeme gelmekte ve kanunda öngörülen hakların gelişigüzel ve dürüstlük kuralına aykırı kullanımını yaptırıma bağlamaktadır¹³⁵³. Bu yaptırım, alacaklı tarafından talep edildiğinde “*inkar tazminatı veya icra tazminatı*”, borçlu tarafından talep edildiğinde ise “*kötüniyet tazminatı*” olarak isimlendirilmektedir¹³⁵⁴. Aşağıdaki açıklamalarda her iki kavramı da kapsayacak şekilde “*icra inkar tazminatı*” kavramı kullanılmıştır.

İcra inkâr tazminatı, İİK’nın farklı hükümlerinde düzenlenmiştir. İtirazın iptali davasını düzenleyen İİK md. 67/II hükmü, “*Bu davada borçlunun itirazının haksızlığına karar verilirse borçlu; takibinde haksız ve kötü niyetli görülürse alacaklı; diğer tarafın*

¹³⁵² Atalı/Ermenek/Erdoğan 2022, s. 152; Karaca 1953, s. 375.

¹³⁵³ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası 2020, s. 185; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes 2017, s. 107; Postacıoğlu/Altay 2010, s. 232 vd.; Atalı/Ermenek/Erdoğan 2022, s. 152; Akyürek 2021, s. 45; Postacıoğlu 1978, s. 951; Kılınç 2019, s. 212; Yılmaz 2004, s. 46; Özden Merhacı 2013, s. 213. Yaptırımın “*inkar*” tazminatı olarak isimlendirilmesinin yerinde olmadığı, bu kavramın alacaklının haksız ve kötüniyetle gerçekleştirdiği takipleri kapsamadığı yönünde bkz. Akyürek 2021, s. 23; Kılınç 2019, s. 213.

¹³⁵⁴ Özden Merhacı 2013, s. 214.

talebi üzerine iki tarafın durumuna, davanın ve hükmolunan şeyin tahammülüne göre, red veya hükmolunan meblağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere, uygun bir tazminatla mahkûm edilir.” şeklindedir. Hüküm, haksız takibe girişen alacaklının da itirazının haksızlığına karar verilen borçlunun da icra inkâr tazminatı ödemeye mahkum edileceğini düzenlenmiştir. İtirazın kaldırılması davasını düzenleyen İİK md. 68/VII hükmünde, itirazın geçici kaldırılmasına ilişkin İİK md. 68a/VIII hükmünde, üçüncü şahsın haciz ihbarnamesine itirazına ilişkin İİK md. 89/III hükmünde ve kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluna dair İİK md. 169a/VI ve 170/III hükümlerinde icra inkar tazminatına ilişkin düzenlemeler öngörülmüştür.

İcra inkar tazminatı, İsviçre veya Alman hukuk sistemlerinde bulunmayan ve tamamen Türk Hukuku'na özgü bir yaptırımdır. İlk olarak 1928 yılında mevzuatta yer verilen bu tazminat, Türk kanunkoyucusu tarafından oluşturulmuştur¹³⁵⁵.

Bir yargılamada dava konusunun yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere tazminata hükmedilebilmesi, cezalandırıcı tazminata ilişkin tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bu sebeple öncelikle icra inkar tazminatının şartları incelenmiş olup devamında bu hükümlerin cezalandırıcı tazminat oluşturup oluşturmadığı değerlendirilmiştir.

B. Şartları

İcra inkar tazminatı, ancak ilamsız icra yolu ile takip yapıldığı takdirde söz konusu olur. Genel haciz yolu, rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip, kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takip gerçekleştiğinde icra inkar tazminatına hükmedilmesi mümkünken

¹³⁵⁵ Postacıoğlu 1978, s. 953-954; Akyürek 2021, s. 24; Kılınc 2019, s. 213; Yılmaz 2004, s. 46; Gül 2015, s. 309.

ilamlı icrada icra inkar tazminatına hükmedilemez¹³⁵⁶. İcra inkar tazminatına hükmedilebilmesi için, ilamsız icra takibinin geçerli bir takip olarak nitelendirilebilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla ehliyet, süre veya diğer usuli şartlara uygun bir takip başlatılmış olmalıdır.

Borçlu, ödeme emrine karşı yedi günlük süre içerisinde itiraz edebilir. Borçlu kanun ile öngörülen yedi günlük sürede ödeme emrine itiraz etmemişse bu durumda ilamsız icra takibi kesinleşecektir¹³⁵⁷. İlamsız icra takibinin kesinleştiği hallerde, artık icra inkar tazminatına hükmedilemez. Zira bu hallerde, borçlunun ilamsız icraya yönelik bir itirazı bulunmamaktadır ve alacaklının, itirazın iptali davası açmakta bir hukuki yararı kalmamıştır¹³⁵⁸. Ancak borçlunun yedi günlük süre içinde ödeme emrine itiraz etmiş olması halinde, icra inkar tazminatı söz konusu olacaktır. Borçlunun itirazı borcun esasına yönelik olabileceği gibi, bunun dışındaki unsurlara da yönelmiş olabilir. Borçluun sırf süreci uzatmak için yapacağı bu tip itirazların da icra inkar tazminatına yol açması mümkündür¹³⁵⁹.

Alacaklı tarafından icra inkar tazminatı talep edilebilmesi için, alacaklı süresi içinde bir itirazın iptali davası açmış olmalıdır. Bu dava, itirazın tebliği tarihinden itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde açılmalıdır. Bir yıllık süre geçtikten sonra açılan

¹³⁵⁶ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası 2020, s. 186; Kuru 2013, s. 262-263; Akyürek 2021, s. 60; Yılmaz 2004, s. 51; Karaca 1953, s. 375.

¹³⁵⁷ Yedi günlük sürenin geçmesinden sonra, İİK md. 65 uyarınca istisnai olarak gecikmiş itirazın gerçekleştirileceği yönünde bkz. Akyürek 2021, s. 86.

¹³⁵⁸ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası 2020, s. 186; Kuru 2013, s. 263; Yılmaz 2016, s. 370; Akyürek 2021, s. 81 vd.; Yılmaz 2004, s. 52-53. Benzer yönde bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı için bkz. Yar. HGK, 1972/T-539 E., 1974/1344 K., 11.12.1974 T.

¹³⁵⁹ Akil 2012, s. 332.

dava, bir alacak davası olarak nitelendirilir ve bu davada icra inkar tazminatına hükmedilemez¹³⁶⁰. Yargıtay, aynı davada hem itirazın iptalinin hem de alacağın tahsilinin bir arada istenmesini kabul etmemektedir¹³⁶¹. Bir yıllık süre içerisinde açılan davada itirazın iptali ve alacağın tahsilinin bir arada istenmesi halinde, hakim talebin bunlardan birine hasredilmesini sağlamalıdır. Davanın alacağın tahsiline hasredilmesi halinde söz konusu dava bir alacak davası haline gelir ve artık icra inkar tazminatına hükmedilemez.

İcra inkar tazminatına hükmedilmesi için alacaklının bunu açıkça talep etmiş olması gerekmektedir¹³⁶². Bu tazminat, ayrı bir davanın konusunu oluşturamaz. İtirazın iptali talebi ile açılan davada usulüne uygun olarak ileri sürülmelidir. Alacaklı talebinde hangi miktar üzerinden icra inkar tazminatı talep ettiğini de belirtmelidir. Alacaklı, takip talebindeki veya itirazın iptali davasındaki talebi üzerinden icra inkar tazminatı isteyeceği için bu miktar genellikle asıl alacağa ek olarak faizi de kapsar¹³⁶³. Borçlunun icra inkar tazminatı istemesi için ise ya cevap ya da ikinci cevap dilekçesinde talepte bulunması gerekmektedir¹³⁶⁴.

¹³⁶⁰ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası 2020, s. 186; Kuru 2013, s. 263; Yılmaz 2016, s. 370; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes 2017, s. 107; Akyürek 2021, s. 95; Postacıoğlu 1978, s. 963-966; Yılmaz 2004, s. 55.

¹³⁶¹ Yar. 11. HD, 1987/7571 E., 1988/1612 K., 15.3.1988 T. Ayrıca bkz. Akyürek 2021, s. 95; Postacıoğlu 1978, s. 959.

¹³⁶² Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası 2020, s. 187; Kuru 2013, s. 264; Postacıoğlu/Altay 2010, s. 234; Akyürek 2021, s. 107; Kılınç 2019, s. 216; Yılmaz 2004, s. 57; Gül 2015, s. 312; Karaca 1953, s. 377.

¹³⁶³ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası 2020, s. 187; Akyürek 2021, s. 136; Yılmaz 2004, s. 73.

¹³⁶⁴ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası 2020, s. 184; Kılınç 2019, s. 218.

Borçlunun icra inkar tazminatı ödemeye mahkum edilebilmesi için bir diğer şart ise, mahkeme tarafından borçlunun itirazının haklı bir sebebe dayanmadığına karar verilmesidir. Daha önce de belirtildiği üzere borçlu açısından icra inkar tazminatına hükmedilebilmesi için, borçlunun itiraz hakkını haklı bir sebep olmaksızın kullanması yeterlidir. Borçlunun kötünietli olması ve kusurlu olması şart değildir. Belirtmek gerekir ki, borçlunun, davayı kaybettiği her durumda haksız olduğunu söylemek yersiz bir yaklaşım olur¹³⁶⁵. Bazı hallerde borçlu, davayı kaybetmiş olmasına rağmen haksız bir itirazda bulunmamış olabilir. Özellikle davanın usuli bir sebeple sona erdiği ve esasa ilişkin bir kararın söz konusu olmadığı hallerde ve alacağın likit bir alacak niteliğinde olmadığı hallerde borçlunun haksızlığından bahsetmek mümkün olmaz¹³⁶⁶. Likit alacak kavramı, borçlunun alacağın gerçek miktarına ilişkin bütün unsurları bildiği veya bilebilecek durumda olduğu durumları ifade etmektedir¹³⁶⁷. Sözleşmede malın bedelinin açıkça belirtildiği haller, belirli bir faiz ile kredi kullandırılan durumlar, ödenmeyen kira bedellerinin ifası için açılan davalar gibi örneklerde likit bir alacak söz konusudur. Likit alacaklarda, alacak miktarının belirli olması sebebiyle, belirli bir alacağa itiraz eden borçlu haksız duruma düşmektedir. Ancak alacak miktarı belirsiz ise, borçlunun bu durumdaki itirazı haksız değildir. Alacağın bir kısmının belirli bir kısmının ise belirsiz

¹³⁶⁵ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası 2020, s. 187; Kuru 2013, s. 264; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes 2017, s. 107; Atalı/Ermenek/Erdoğan 2022, s. 153; Postacioğlu/Altay 2010, s. 235; Akyürek 2021, s. 113 vd.; Gül 2015, s. 316; Karaca 1953, s. 377.

¹³⁶⁶ Likit alacak kavramına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Yılmaz 2008, s. 87 vd.

¹³⁶⁷ Postacioğlu 1978, s. 956; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası 2020, s. 188; Kuru 2013, s. 264; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes 2017, s. 107-108; Atalı/Ermenek/Erdoğan 2022, s. 153; Akil 2012, s. 322; Akyürek 2021, s. 122; Yılmaz 2004, s. 63; Görgün/Börü/Kodakoğlu 2022, s. 137.

olduğu hallerde borçlu hangi kısma itiraz ettiğini bildirmelidir. Zira aksi takdirde, belirli olduğu halde haksız olarak itiraz ettiği kısım için icra inkar tazminatı ödemek zorundadır. Borçlu yerine yasal temsilcilerinin borca itiraz ettiği hallerde, İİK md. 67/III uyarınca kötüniyetle itiraz etmiş olmaları aranacaktır. İtirazın kaldırılması davasında ise icra inkar tazminatına hükmedilebilmesi için yasal temsilcilerin kötüniyeti aranmamaktadır¹³⁶⁸.

Borçlunun haksızlığı açısından hangi anın esas alınması gerektiği de tartışmalara yol açmıştır. Bir görüşe göre borçlunun haksızlığının tespiti için takip anı esas alınmalıyken diğer görüş haksızlığın takibe itiraz anına göre belirlenmesi gerektiğini belirtmektedir¹³⁶⁹.

Alacaklının icra inkar tazminatına mahkum edilebilmesi için ise kanunun açık lafzı gereğince kötüniyetle ve haksız olarak talepte bulunmuş olması gerekmektedir¹³⁷⁰. Alacaklının bir alacağının bulunmadığını bilmesine rağmen sırf borçluyu korkutarak ve onun üzerine baskı kurarak bir menfaat etmeye çalıştığı takiplerde, alacaklı kötüniyetli ve haksızdır¹³⁷¹. Benzer şekilde alacaklının kısmı ödeme almış olmasına rağmen bu ödemeyi hiçe sayarak alacağın tamamı için takip başlatması da kötüniyetli bir davranıştır¹³⁷².

¹³⁶⁸ **Akyürek** 2021, s. 169.

¹³⁶⁹ **Akil** 2012, s. 319-320; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes** 2017, s. 107.

¹³⁷⁰ Borçlunun icra inkar tazminatına mahkum edilmesi için aranmayan kötüniyet koşulunun alacaklı için aranmasının eşitlik ilkesine ve icra takibinde geçerli menfaat dengesine aykırı olduğu yönünde bkz. **Atalı/Ermenek/Erdoğan** 2022, s. 154.

¹³⁷¹ **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes** 2017, s. 108; **Kuru** 2013, s. 257; **Atalı/Ermenek/Erdoğan** 2022, s. 154; **Ercan** 2014, s. 2213; **Yılmaz** 2004, s. 61-62; **Gül** 2015, s. 316.

¹³⁷² **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası** 2020, s. 184; **Yılmaz** 2016, s. 376. Kambiyo senetlerine özgü haciz yoluna ilişkin tartışmalı bir Yargıtay kararının eleştirisi için bkz. **Ercan** 2014, s. 2207 vd.

Hakim görüşe göre icra inkar tazminatına hükmedilebilmesi için zarara gerek yoktur¹³⁷³. Hiçbir zararı olmayan alacaklı veya borçlu dahi, yüzde yirmi oranındaki bu tazminata hak kazanır. İcra inkar tazminatına hükmedilebilmesi için borçlunun veya alacaklının zarara uğramasını arayan bir görüş mevcuttur¹³⁷⁴. Bu görüşe göre, icra inkar tazminatı borçlar hukuku anlamında bir tazminat niteliğindedir. Borçlar hukukuna tabi tazminatlarda zarar şartı arandığına göre icra inkar tazminatına hükmedilebilmesi için de zarar şartı aranmalıdır. Ancak bu görüş doktrinde destek bulamamıştır¹³⁷⁵.

Yukarıdaki şartlar gerçekleştiğinde alacaklı veya borçlu hüküm altına alınan alacağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere icra inkar tazminatına hak kazanacaktır. Görüldüğü üzere, kanunkoyucu icra inkar tazminatının alt sınırını tespit etmiş, ancak tazminata bir üst sınır getirmemiştir. Taleple bağlılık kuralı gereğince, alacaklının ya da borçlunun yüzde yirmiden daha düşük bir oranda tazminat talebinde bulunduğu hallerde, mahkeme değerlendirmesini talep miktarı üzerinden yapar¹³⁷⁶. Alacaklının veya borçlunun yüzde yirmiden daha yüksek bir tazminat talebinde bulunduğu hallerde, zararı ispat etmeleri gerektiği, zararın ispat edildiği durumlarda mahkemenin icra inkar tazminatının miktarını artırabileceği ifade edilmiştir¹³⁷⁷. İcra inkar tazminatına

¹³⁷³ Atalı/Ermenek/Erdoğan 2022, s. 155; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes 2017, s. 107; Kuru 2013, s. 269; Yılmaz 2004, s. 49; Akil 2012, s. 321.

¹³⁷⁴ Akyürek 2021, s. 42 dn. 77.

¹³⁷⁵ Akyürek 2021, s. 42-43; Kılınç 2019, s. 214; Ercan 2014, s. 2211; Akil 2012, s. 321.

¹³⁷⁶ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası 2020, s. 190; Akyürek 2021, s. 134 vd.

¹³⁷⁷ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası 2020, s. 191; Kuru 2013, s. 270; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes 2017, s. 107; Atalı/Ermenek/Erdoğan 2022, s. 155; Akyürek 2021, s. 135; Kılınç 2019, s. 215; Karaca 1953, s. 378.

hükmedilen hallerde, hüküm tarihinden alacağın ödenmesi anına kadar gecikme faizi hesaplanmalı ve icra inkar tazminatına bu miktar eklenmelidir¹³⁷⁸.

İtirazın kesin kaldırılması davasında icra inkar tazminatına hükmedilmesi, itirazın iptali davasıyla benzer şartlara tabidir. Sadece bu tazminatın tahsili, borçlunun menfi tespit veya istirdat davası açtığı hallerde, bu davanın kesinleştiği zamana ertelenmektedir¹³⁷⁹. Benzer düzenleme, itirazın geçici olarak kaldırılmasında da mevcuttur. Ayrıca, icra inkar tazminatına hükmedilebilmesi için itirazın kaldırılmasının esasa ilişkin sebeplere dayanması gerekmektedir¹³⁸⁰. Kambiyo senetlerine özgü haciz yolunda ise şartlar yine büyük oranda benzeşmektedir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki burada sadece bir ilamsız icra takibinin varlığı yeterli olmayıp kambiyo senedi niteliğine sahip bir senedin varlığı ve bu senedin bir alacak hakkı doğurması gerekir. Kural olarak kambiyo senetlerine özgü haciz yolunda borçlunun itirazı takibi durdurmaz. Ancak itiraz üzerine hakim tarafından takibin durdurulmasına karar verilmiş, ancak sonradan alacaklı haklı bulunmuş ise icra inkar tazminatına hükmedilir¹³⁸¹. Benzer bir durum imza inkarında da söz konusu olmaktadır.

Menfi tespit davasında icra inkar tazminatına benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bilindiği üzere menfi tespit davası, maddi hukuk bakımından borçlu olmadığını iddia eden, ancak çeşitli sebeplerle ödeme emrine itiraz etmemiş ve bu sebeple de hakkındaki icra takibi kesinleşmiş borçlu tarafından açılan bir davadır. Borçlu, bu dava

¹³⁷⁸ **Kuru** 2013, s. 270.

¹³⁷⁹ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası** 2020, s. 212; **Akyürek** 2021, s. 184.

¹³⁸⁰ **Akyürek** 2021, s. 183.

¹³⁸¹ **Akyürek** 2021, s. 203.

ile maddi hukuk bakımından bir borcunun bulunmadığının tespitini talep etmektedir¹³⁸². Eğer bu dava esnasında bir ihtiyati tedbir kararı verilmiş, ancak dava sonucunda alacaklı haklı bulunmuş ise mahkeme alacağını geç elde eden alacaklının uğradığı zararların giderilebilmesi için bir tazminata hükmeder. Bu tazminat için talep şartı aranmamaktadır¹³⁸³. Alacaklı bu tazminatı, tedbir için yatırılan teminattan alır¹³⁸⁴. Ancak dava borçlu lehine sonuçlanırsa ve alacaklının başlattığı takip haksız ve kötünietliyse, borçlunun talebi üzerine, takip konusu alacağın yüzde yirmisinden az olmamak üzere tazminata hükmedilir.

C. İcra İnkâr Tazminatı ile Cezalandırıcı Tazminat İlişkisinin Değerlendirilmesi

İcra inkar tazminatı, doktrinde çeşitli yazarlarca medeni ceza veya cezalandırıcı tazminat olarak nitelendirilmiştir. Bu nitelendirmenin temel gerekçesi, icra inkar tazminatının sorumluluk hukukunun genel ilkelerinden ayrılan atipik yapısıdır. İcra hukukunun kendine özgü problemlerine çözüm getirmek için öngörölmüş bir tazminatın, borçlar hukukunda yer alan tazminat türlerinden farklılıklarının bulunması normaldir. Ancak bu farklılıklar, yine de icra inkar tazminatının işlevlerinin ortaya konulması gereğini ve bu tazminatın bir cezalandırıcı tazminat ya da medeni ceza olarak nitelendirilmesine ilişkin ihtiyacı ortadan kaldırmaz.

¹³⁸² Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası 2020, s. 230; Kuru 2013, s. 346 vd.; Yılmaz 2016, s. 414; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes 2017, s. 125; Atalı/Ermenek/Erdoğan 2022, s. 347 vd.; Görgün/Börü/Kodakoğlu 2022, s. 155 vd.

¹³⁸³ Bu konuda kapsamlı bir inceleme için bkz. Kılınç 2019, s. 220 vd. Ayrıca bkz. Kuru 2013, s. 378; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes 2017, s. 131; Gül 2015, s. 312.

¹³⁸⁴ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes 2017, s. 131; Kuru 2013, s. 379; Atalı/Ermenek/Erdoğan 2022, s. 356.

Bir görüşe göre icra inkar tazminat medeni ceza niteliğindedir¹³⁸⁵. Bu görüşe sahip yazarlar, zararı aşan bir tazminata hükmedilebilmesinden hareketle hükmün cezalandırma ve önleme amaçlarına yöneldiğini belirtmektedir. Ayrıca hükmün icra ve iflas hukukuna özgü ve borçlar hukukunda yer verilen tazminatlardan ayrılan yapısına dikkat çekilmektedir. Bir diğer görüşe göre ise icra inkar tazminatı bir cezalandırıcı tazminat olarak görülmelidir¹³⁸⁶. Bu görüşün temel hareket noktaları, bu tazminatın cezalandırma ve önleme amaçlarına yönelmiş olması ve zarardan bağımsız şekilde tazminatın ortaya çıkmasıdır. Henüz takip başlatılmamış veya itirazın iptali davası açılmamışken önleme düşüncesi ön plana çıkarken, takip başladıktan sonra cezalandırma gayesi ağır basmaktadır¹³⁸⁷. Esasen bu iki görüş sadece hukuki niteliğin isimlendirilmesi konusunda birbirinden ayrılmaktadır. Bunun dışındaki argümanlar birbiriyle benzeşir niteliktedir. Doktrinde medeni ceza ve cezalandırıcı tazminat kavramlarının birbiriyle eşdeğer olacak şekilde kullanımının sıklıkla görüldüğü düşünüldüğünde, iki görüşün aslında tek bir görüş olarak değerlendirilmesi mümkündür.

Kanaatimizce, icra inkar tazminatı bir cezalandırıcı tazminat değil medeni ceza olarak nitelendirilmelidir. Ancak bu noktada, icra inkar tazminatını medeni ceza olarak nitelendiren ve işlevlerini cezalandırma ve önleme olarak açıklayan görüşlerden ayrıldığımızı belirtmek isteriz. İcra inkar tazminatının işlevleri, telafi ve önlemeden ibarettir. İcra inkar tazminatının öngörülmesindeki temel gaye alacağına geç kavuşan alacaklının veya dava sürecini haksız yere uzamasıyla zarar gören borçlunun uğradığı

¹³⁸⁵ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası 2020, s. 185; Atalı/Ermenek/Erdoğan 2022, s. 152; Akyürek 2021, s. 45; Ekşi 2013, s. 668.

¹³⁸⁶ Merhacı 2013, s. 217.

¹³⁸⁷ Merhacı 2013, s. 216.

zararların giderilmesidir¹³⁸⁸. Alacağına kavuşması geciken alacaklının yaptığı masrafların telafisi bu tazminatın temel amacıdır¹³⁸⁹. Borçlu açısından da, kendisine karşı açılan haksız ve kötünietli takipten ve itirazın iptali davasından doğan zararların giderilmesi amaçlanmaktadır. Özellikle menfi tespit davasında, davacı statüsündeki borçlunun davada haklı çıkması halinde kazandığı tazminatın telafi işlevi oldukça açıktır. Ayrıca bu tazminatın önleyici bir işleve yöneldiği de açıktır. Hem borçlunun hem de alacaklının haksız yere yargısal süreci uzatması önlenmeye çalışılmakta ve aynı zamanda da benzer durumdaki kişilere de bu tip davranışlardan vazgeçmeleri yönünde caydırıcı bir inisiyatif yaratılmaktadır¹³⁹⁰. En az yüzde yirmi oranında bir tazminat öngörülerek, borçlunun, borçlu olduğu miktarı bile bile itiraz etmesinin, alacaklının ise alacağı olmadığını bilmesine rağmen takibe girişmesinin önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Bu sayede, mahkemelerin iş yükünün de azaldığı vurgulanmıştır¹³⁹¹.

Doktrinde bu tazminatın, borçluya veya yerine göre alacaklıya karşı bir yaptırım sağlanması amacıyla getirildiği ve bu açıdan cezalandırıcı bir işleve yöneldiği ifade edilmektedir. Bu zorlama işlevi sayesinde bir maddi ve manevi baskı yaratılmakta ve bu

¹³⁸⁸ **Akil** 2012, s. 321. Aksi yönde bkz. **Akyürek** 2021, s. 43. Borçlu açısından telafi işlevinin bulunmadığı yönünde bkz. **Merhacı** 2013, s. 214. Menfi tespit davasında borçlu açısından zararın telafisi amacının açık olduğu yönünde bkz. **Gül** 2015, s. 322.

¹³⁸⁹ YHGK, bir kararında icra inkar tazminatının bu niteliğini açıkça vurgulamıştır. Kararda icra inkar tazminatının amacı, alacağına zamanında kavuşamayan alacaklının bundan kaynaklanan zararlarını ayrı bir dava gereksizsin gidermek şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. YHGK, 1995/12-296 E., 1995/404 K., 19.4.1995 T.

¹³⁹⁰ **Gül** 2015, s. 334; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası** 2020, s. 190; **Postacıoğlu/Altay** 2010, s. 237; **Yılmaz** 2004, s. 48; **Akil** 2012, s. 321; **Akyürek** 2021, s. 44.

¹³⁹¹ **Akyürek** 2021, s. 47.

sayede sürecin uzamasının önüne geçilmeye çalışılmaktadır¹³⁹². Ancak kanaatimizce bu görüşe katılmak imkanı yoktur. Öncelikle borçlu aleyhine hükmedilen icra inkar tazminatında borçlunun kusuru bir şart olarak aranmamaktadır. Kusurun şart olarak aranmadığı ve yaptırımın kusurun ve eylemin ağırlığına göre belirlenmediği bir yaptırım cezalandırma işlevine yönelmiş olamaz. Borçlu aleyhine hükmolunan icra inkar tazminatı için aranan haksızlık şartı, kusur anlamına gelmemektedir. Hiçbir kusuru olmadan yanlış yönlendirmeler neticesinde borca itiraz eden veya borç miktarı likit olmasına rağmen hafif kusuru ile bundan haberdar olmayan ve itirazda bulunan borçlunun da icra inkar tazminatına mahkum edilmesi mümkündür. Alacaklı aleyhine hükmedilen icra inkar tazminatı (*kötüniyet tazminatı*) açısından ise ağır kusurla veya kast ile ya da diğer bir deyişle haksız ve kötüniyetle başlatılmış bir takip gereklidir. Sadece kusur şartı açısından bakıldığında bu tazminat ile cezalandırıcı tazminat benzeşmekte ise de cezalandırıcı tazminatın diğer şartları açısından farklılıklar mevcuttur. Burada en dikkat çekici unsur, doktrinin de genel olarak kabul ettiği üzere¹³⁹³, kanunda öngörülen yüzde yirmilik tazminat miktarını aşan zararların tazmini için uğranılan zararların ispatının aranmasıdır. İcra inkar tazminatı eğer gerçekten cezalandırma işlevine yönelmiş olsaydı yüzde yirmilik tazminatı aşan zararlar için ispat koşulu aranmazdı. Zira bu durumda tazminatın hükmedilmesinde telafi değil cezalandırma ağır basardı. Ancak doktrin, kanaatimizce isabetli olarak, yüzde yirmilik kanuni oranı aşan kısım için zararın ispat edilmesi şartını aramaktadır. Bu hükümde, FSEK md. 68/II hükmüne benzer şekilde, belirli miktara kadar

¹³⁹² Yılmaz 2004, s. 48; Atalı/Ermenek/Erdoğan 2022, s. 152; Akyürek 2021, s. 44-45; Merhacı 2013, s. 216-217; Gül 2015, s. 337.

¹³⁹³ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası 2020, s. 191; Kuru 2013, s. 270; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes 2017, s. 107; Atalı/Ermenek/Erdoğan 2022, s. 155; Akyürek 2021, s. 135; Kılınç 2019, s. 215; Karaca 1953, s. 378.

olan zararların ispatı kolaylaştırılmış ve zarar gören ispat külfetinden kurtarılmıştır. Aynı zamanda, sabit bir tazminat miktarı öngörülmek suretiyle caydırıcı bir etki sağlanmaya çalışılmıştır¹³⁹⁴.

Cezalandırıcı tazminatta, uğranılan gerçek zarara ek olarak zarar miktarını aşan bir miktara hükmedilmektedir. İcra inkar tazminatına hükmedilmesi için ise zararın mevcudiyeti dahi şart değildir. İcra inkar tazminatında, kanunen belirlenen asgari sınıra uygun şekilde bir tazminata hükmedilmektedir. Bu tazminat, bazı durumlarda zarar miktarından daha yüksek olabilirken bazı hallerde ise zarar miktarının altında kalabilmekte ve zararın ispat edilmesi vasıtasıyla yüzde yirmilik oranı aşan bir tazminata hükmedilmektedir.

Bütün bu değerlendirmeler dikkate alındığında, icra inkar tazminatının zararın telafisi ve benzer davranışların önlenmesi işlevine yönelmiş, bazı hallerde zararı aşan bir tazminat miktarının da söz konusu olabildiği ancak temel olarak zararın ispatı külfetinin ortadan kaldırılmasıyla ispat kolaylığı sağlayan bir yaptırım olduğu görülmektedir. Bu açıdan, icra inkar tazminatı bir medeni ceza olarak nitelendirilmelidir¹³⁹⁵.

¹³⁹⁴ Benzer yönde bkz. **Gül** 2015, s. 339-340.

¹³⁹⁵ Yuk. 3. Bölüm, §12, III.

§15 MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK KURALLARI AÇISINDAN CEZALANDIRICI TAZMİNAT

I. Genel Olarak

Cezalandırıcı tazminat, sadece yeni bir tazminat türü olarak değil milletlerarası özel hukuk bağlamında da Kıta Avrupası hukukçularının gündemini meşgul eden bir kurumdur. Zira mevzuatında cezalandırıcı tazminatın bulunduğu bir ülkenin hukukunun Kıta Avrupası hakimlerince uygulanması zorunluluğunun doğduğu, cezalandırıcı tazminat içeren bir mahkeme kararının tanınmasının veya tenfizinin söz konusu olduğu veya seçilen hukuk dolayısıyla cezalandırıcı tazminata hükmedilen bir uluslararası tahkim kararının Kıta Avrupası hakiminin önüne geldiği durumlarda nasıl bir hukuki yaklaşım benimsenmesi gerektiği konusunda bir tartışma süregelmektedir¹³⁹⁶.

Milletlerarası özel hukuk açısından yapılacak diğer değerlendirmelerden önce, cezalandırıcı tazminatın bir özel hukuk yaptırımı mı yoksa kamu hukuku yaptırımı mı olduğuna karar verilmelidir. Zira bir kamu hukuku yaptırımı, özellikle de ceza yaptırımının bulunduğu hallerde bu kararın tanınması veya tenfizi söz konusu olmayacağı gibi buna ilişkin hükümlerin bir başka ülkenin hakimî tarafından uygulanması da mümkün olamayacaktır¹³⁹⁷. MÖHUK md. 50/I¹³⁹⁸ ve ZPO §328'de ancak özel hukuka ilişkin kararların, tanınma ve tenfize konu oluşturabileceği belirtilmiştir. Cezalandırıcı tazminatın, cezalandırma işlevini ön plana çıkaran yapısı, bazı mahkeme kararlarında ve doktrindeki bazı görüşlerde kamu hukuku yaptırımı olarak sınıflandırılmasına yol

¹³⁹⁶ **Heizmann** 2015, s. 106.; **Dasser** 2000, s. 107 vd.

¹³⁹⁷ **Lendermann** 2019, s. 138; **Doğan** 2010, s. 99.

¹³⁹⁸ Aynı maddenin ikinci fıkrasında yabancı mahkemelerin ceza ilamlarında yer alan kişisel haklara ilişkin kararların da tenfizinin mümkün olduğu düzenlenmiştir.

açmıştır¹³⁹⁹. Ancak belirtmek gerekir ki, *Common Law* doktrininde ve yargı kararlarında neredeyse tereddütsüz şekilde cezalandırıcı tazminatın bir özel hukuk yaptırımı mahiyetinde olduğu belirtilmektedir¹⁴⁰⁰. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de bu konuda verdiği önemli bir kararında, cezalandırıcı tazminatı bir özel hukuk yaptırımı olarak gördüğünü beyan etmiştir¹⁴⁰¹. Benzer şekilde Alman Federal Mahkemesi de cezalandırıcı tazminatın bir özel hukuk yaptırımı olduğu yönünde görüş bildirmiştir¹⁴⁰². Kararda özellikle buradaki zararı aşan miktarın devlete değil zarar gören kişiye ödendiğine dikkat çekilmiş ve bu sebeple de cezalandırıcı tazminata ilişkin hüküm bir ceza hükmü olarak değil tazminat hükmü olarak kabul edilmiştir. Dokrinde de, cezalandırıcı tazminata ilişkin kararın zarar görenin açtığı dava sonucunda verilmesi, re'sen (*ex officio*) hareket geçilmiyor oluşu, ABD'de bazı eyaletlerde hükmedilen cezalandırıcı tazminatın bir kısmı devlete ödeniyor olsa dahi bunun cezalandırıcı tazminatın özel hukuk yaptırımı olma niteliğini etkilemediği gibi gerekçelerle cezalandırıcı tazminatın bir özel hukuk yaptırımı olduğu konusunda tereddüt edilmemesi gerektiğini belirtmektedir¹⁴⁰³.

Bu bağlamda, öncelikle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku'nda yabancı normların uygulanmasında ve yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde kamu düzeni istisnasına ilişkin genel bilgiler incelenmiş, devamında ise cezalandırıcı tazminat içeren

¹³⁹⁹ Müller 2000, s. 17; Mörsdorf-Schulte 1999, s. 296; Brockmeier 1999, s. 74; Niggli/Maeder 2016, s. 391; Doğan 2010, s. 100.

¹⁴⁰⁰ Brockmeier 1999, s. 73; Bungert 1993, s. 1078; Ekşi 2020, s. 195.

¹⁴⁰¹ BGE 116 II 376, 378 E. 3 b.

¹⁴⁰² BGH NJW 1992, 3096.

¹⁴⁰³ Müller 2000, s. 18; Lendermann 2019, s. 143; Gül 2016, s. 54 vd.

yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin Türk Hukuku'nda ileri sürülen görüşlere ve konu hakkındaki değerlendirmemize yer verilmiştir.

II. Türk-İsviçre ve Alman Hukuku'nda Yabancı Normların Uygulanması ve

Kamu Düzeni

A. MÖHUK Uyarınca Yabancı Hukuk Normlarının Uygulanmasında

Kamu Düzeni İstisnası

MÖHUK md. 5, kamu düzeni istisnasını düzenlemekte ve bir yabancı hukuk normunun Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğu durumlarda, ilgili normun uygulanmayacağını ve Türk hukukunda yer alan kurallara başvurulacağını hükme bağlamaktadır. İç hukukta yer alan kamu düzeni kurallarının aksine, milletlerarası özel hukuk yer alan kamu düzeninin daha sınırlı ve dar bir nitelik taşıdığı vurgulanmaktadır¹⁴⁰⁴. Esasında md. 5'in lafzı da bu istisnai niteliği doğrulamaktadır. Ayrıca md. 5'te yer alan istisnanın devreye girebilmesi için normun, Türk kamu düzenine “açıkça” aykırı olması aranmaktadır. Dolayısıyla kamu düzeni istisnasının uygulanabilmesi için, yabancı normun uygulanması sonucunda ortaya çıkacak sonucun kamu vicdanını ve düzenini tahammül edilemez düzeyde zedelemesi gerekmektedir. Yabancı hukuk düzeni ile Türk hukuku arasındaki farklılıklar otomatik olarak kamu düzeni istisnasına başvurma sonucunu doğurmamalıdır¹⁴⁰⁵. Kamu düzeninin olumlu ve olumsuz etki olmak üzere iki ayrı etkisinin bulunduğu belirtilmektedir. Olumsuz etki, ilgili yabancı ülke normunun vardığı sonuçların Türk hukuku açısından tasvip edilemez nitelikte bulunması ve uygulanmamasıdır. Olumlu etki ise gerekli görülen hallerde Türk

¹⁴⁰⁴ Çelikel/Erdem 2020, s. 141; Nomer 2017, s. 162.

¹⁴⁰⁵ Çelikel/Erdem 2020, s. 149; Nomer 2017, s. 163; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe 2019, s. 78–79.

hukukunun uygulanması ile ortaya çıkmaktadır¹⁴⁰⁶. Türk hukukunun temel ilkelerine, Türk adap ve ahlak anlayışına ve Anayasa’da yer verilen temel hak ve özgürlüklere aykırılığın kamu düzeni istisnasının uygulanması için bir sebep olabileceği ifade edilmiştir¹⁴⁰⁷.

B. İsviçre Hukuku’nda Yabancı Hukuk Normlarının Uygulanmasında Kamu Düzeni İstisnası

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (*Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)*)’nun Art. 17 hükmü, bir yabancı hukuka ilişkin hükümlerin, İsviçre kamu düzenini ihlal etmesi halinde uygulanmayacağını düzenlemektedir¹⁴⁰⁸. Yine IPRG Art. 135 (2) hükmünde, yabancı hukuktaki hükmün üründeki ayıplara veya ürünün eksik tanımlanmasından doğan tazminat taleplerine ilişkin olduğu durumlarda, bu hükmü uygulayan hakimin, benzer bir olayda İsviçre Hukuku’nda hükmedilecek tazminat miktarından daha yüksek bir tazminata hükmedemeyeceği belirtilmiştir¹⁴⁰⁹. Benzer bir diğer düzenleme ise IPRG Art. 137 (2) hükmünde rekabet hukukundan kaynaklı ihlaller açısından öngörülmüştür¹⁴¹⁰. IPRG Art. 17 hükmünün getirdiği genel norma ek olarak

¹⁴⁰⁶ Nomer 2017, s. 167–170; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe 2019, s. 76.

¹⁴⁰⁷ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe 2019, s. 76–78.

¹⁴⁰⁸ IPRG Art. 17: “Die Anwendung von Bestimmungen eines ausländischen Rechts, ist ausgeschlossen, wenn sie zu einem Ergebnis führen würde, das mit dem schweizerischen Ordre public unvereinbar ist.”

¹⁴⁰⁹ IPRG Art. 135 (2): “Unterstehen Ansprüche aus Mängeln oder mangelhafter Beschreibung eines Produktes ausländischem Recht, so können in der Schweiz keine weitergehenden Leistungen zugesprochen werden, als nach schweizerischem Recht für einen solchen Schaden zuzusprechen wären.”

¹⁴¹⁰ IPRG Art. 137 (2): “Unterstehen Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung ausländischem Recht, so können in der Schweiz keine weitergehenden Leistungen zugesprochen werden als nach schweizerischem Recht für eine unzulässige Wettbewerbsbehinderung zuzusprechen wären.”

özel norm olarak öngörülen iki hükmün, cezalandırıcı tazminatın en çok gündeme geldiği alanlar olan ürün sorumluluğu ve rekabet hukuku alanlarına ilişkin düzenlemeler içermesi tesadüf değildir. İsviçre kanunkoyucusu, hakimlerin, cezalandırıcı tazminatın Kıta Avrupası sistemine genel olarak kabulüne yol açabilecek şekilde karar vermesinin adeta önüne geçmek istemiştir¹⁴¹¹. Bu alanlarda uygulanacak yabancı hukuk normlarının cezalandırıcı tazminat içerdiği durumlarda İsviçre hakimi, İsviçre Hukuku'ndaki hükümlere göre hükmedilecek tazminatı yaklaşık olarak tespit etmeli ve bu miktarı sınır olarak kabul etmelidir.

Bu hükümlerde de vücut bulan kamu düzeni kavramının, İsviçre Hukuku'ndaki her emredici hükmü kapsamadığı, sadece İsviçre hukuk düzenini oluşturan temel nitelikteki ilkeleri içerdiği belirtilmekte ve bu sebeple de kamu düzeni istisnasının dikkatli bir şekilde uygulanması gerektiği ifade edilmektedir¹⁴¹². Kamu düzeni, yabancı normun lafzına bakarak değil, normun uygulanması sonucunda ortaya çıkacak sonuçlara bakarak belirlenmesi gereken göreceli ve zamana göre değişebilen bir kavramdır¹⁴¹³. Dolayısıyla da hakim, sırf İsviçre Hukuku'ndaki bir hükümden daha farklı diye yabancı ülke normunu uygulamaktan kaçınmamalıdır. Kamu düzeni istisnasının söz konusu olabilmesi için, İsviçre Hukuku'nun temel değerleri ile çatışan bir hükmün varlığı şarttır.

¹⁴¹¹ **Lenz** 1992, s. 107, **Heizmann** 2015, s. 109. Dasser ise bu görüşe karşı çıkmakta ve İsviçre hakimlerinin de Amerikan hukukunu uyguladıkları esnada aynen Amerikan hakimleri gibi cezalandırıcı tazminata ilişkin takdir yetkilerinin bulunduğunu belirtmektedir. Dasser'e göre burada gerçek bir kamu düzeni problemi bulunmamaktadır. Zira İsviçre hakimi, cezalandırıcı tazminata hükmetmek zorunda değildir. Bkz. **Dasser** 2000, s. 108.

¹⁴¹² **Heizmann** 2015, s. 108.

¹⁴¹³ **ZK-Vischer**, IPRG Art. 17 Rn. 5.

C. Alman Hukuku'nda Yabancı Hukuk Normlarının Uygulanmasında Kamu Düzeni İstisnası

Alman Hukuku açısından benzer bir düzenleme ise EGBGB Art. 6'da yer almaktadır¹⁴¹⁴. Bu hükme göre, yabancı bir hukuk sistemine ilişkin hükümlerin Alman hakimince uygulanması halinde, Alman Hukuku'nun temel prensiplerine açıkça aykırı bir sonuç ortaya çıkacaksa, hakim bu hükümleri uygulamamalıdır. Özellikle de, temel insan haklarını ihlal eden hükümlerin uygulanmasından kaçınılmalıdır. EGBGB Art. 40 (3) (1) ve (3) (2) uyarınca da Almanya'da açılan bir davada başka bir ülkenin haksız fiil hükümlerine dayanan bir tazminat talebinde bulunulması halinde, tazminat miktarının tespitinde uğranılan zarar miktarını karşılamaya yetecek yeterli miktarı aşacak ve telafi dışında bir amaca yönelik bir tazminata hükmedilmesi mümkün değildir¹⁴¹⁵. Doktrinde ve uygulamada kamu düzeni istisnasına başvurarak başka bir ülkenin hukukuna ilişkin bir normu uygulanmaktan kaçınmak, çok nadir başvurulması gereken ve gerçekten rahatsız edici sonuçların ihtimal dahilinde olduğu hallerde gündeme gelebilecek bir düzenlemedir¹⁴¹⁶. Özellikle kararın uygulanması ile ortaya çıkacak sonuçların Almanya

¹⁴¹⁴ EGBGB Art. 6: *“Eine Rechtsnorm eines anderen Staates ist nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Sie ist insbesondere nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist.”*

¹⁴¹⁵ EGBGB Art. 40: *“...*

(3) Ansprüche, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen, können nicht geltend gemacht werden, soweit sie

1. wesentlich weiter gehen als zur angemessenen Entschädigung des Verletzten erforderlich,

2. offensichtlich anderen Zwecken als einer angemessenen Entschädigung des Verletzten dienen oder,

.....”

¹⁴¹⁶ **Brockmeier** 1999, s. 88; **Lendermann** 2019, s. 150.

ile olan yakınlığı, kamu düzeni istisnasının uygulanması açısından önem taşımaktadır. Sonuçların veya kişilerin Almanya ile yakın ilintisinin (*Inlandsbezug*) bulunduğu hallerde, kamu düzeni istisnası daha geniş olarak uygulanabilecek, ancak Almanya ile olan bağın azaldığı durumlarda kamu düzeni istisnası daha dar bir çerçevede uygulanacaktır. Zira aksi bir uygulama tarzı, farklı hukuki kültürlere ve kurumlara olan toleranssızlığın bir ifadesi anlamına gelecektir. Elbette asgari standartların uygulanılmasında tereddüt edilmemesi gerekir. Temel insan haklarına ilişkin hususlar tereddütsüz olarak kamu düzeni istisnasının bir parçası olarak görülebilecektir. EGBGB Art. 40'ın uygulanmasında ise Alman Hukuku'ndaki tazminat kalemleri belirlenirken Alman Hukuku'nun bir bütün olarak ele alınması gerektiği belirtilmektedir. Sebepsiz zenginleşme, sözleşme, vekaletsiz iş görme gibi hükümler bir bütün olarak ele alınarak kişinin benzer durumda Almanya'da elde edebileceği tazminat miktarı yaklaşık olarak öngörülmelidir¹⁴¹⁷.

III. Yabancı Mahkeme Kararlarının Türk-İsviçre ve Alman Hukuku'nda Tanınması ve Tenfizi ve Kamu Düzeni

A. MÖHUK Açısından Tanıma ve Tenfiz

Yabancı mahkeme kararının tanıma ve tenfizi de Kıta Avrupası hakimlerinin cezalandırıcı tazminat ile karşılaşabileceği bir diğer alandır. Özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nde veya İngiltere'de dava açıp cezalandırıcı tazminata hak kazanan, ancak zarar verenin bu ülkelerde yeterli malvarlığı bulunmadığı için kararı bir Kıta Avrupası ülkesinde tenfiz etme ihtiyacı duyan birçok davacı, mahkemelere başvurmuştur. Türk hukuku açısından MÖHUK md. 50-59 arasında yer alan maddeler, yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizini düzenlemektedir. Tanıma, kesin hüküm niteliğindeki bir

¹⁴¹⁷ Brockmeier 1999, s. 90.

yabancı mahkeme kararının, bu kuvvetinin Türk hukuku açısından da kabul edilmesidir¹⁴¹⁸. Tanıma ile birlikte yabancı mahkeme kararı kesin delil niteliğini de kazanmaktadır. Tenfiz ise kesin hüküm niteliğindeki bir yabancı mahkeme kararına Türk hukuku kapsamında icra kabiliyeti sağlanmasıdır¹⁴¹⁹. Tanıma niteliği itibarıyla inşai (yenilik doğurucu) hükümlerde gündeme gelebilirken, tenfiz ise eda davalarında söz konusu olmaktadır¹⁴²⁰. Tanıma ve tenfiz, Türk mevzuatında yer alan hükümler kapsamında gerçekleşebileceği gibi, milletlerarası antlaşmalarla tanım ve tenfiz gerekmeksizin kararların icrası ve kesin hüküm niteliğinin tanınması da sağlanabilir¹⁴²¹.

Tanıma ve tenfizin gerçekleşebilmesi için yabancı mahkemeden verilmiş ve özel hukuka ilişkin bir kararın varlığı ve bu kararın kesin hüküm niteliği taşıması ön şarttır¹⁴²². Bu şartların varlığı mahkeme tarafından re'sen incelenir. Ön şartların varlığı halinde esasa ilişkin şartların incelenmesine geçilir. Bunlar ise kararı veren ülke ile karşılıklı işlemin varlığı, kararın yetkili mahkeme tarafından verilmiş olması, kararın Türk kamu düzenine aykırı olmaması ve savunma hakkına riayet edilmiş olmasıdır¹⁴²³.

MÖHUK md. 54/I, c hükmü, tanıma ve tenfiz açısından kamu düzeni istisnasını düzenlemektedir. Buna göre, bir yabancı mahkeme kararının Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde tanınması ve tenfizi mümkün olmayacaktır. Burada kamu düzenine aykırılık açısından, hükümdeki ifadelerin veya uygulanan hukukun değil kararın ve

¹⁴¹⁸ Ekşi 2013, s. 1; Doğan 2010, s. 96.

¹⁴¹⁹ Ekşi 2013, s. 2; Doğan 2010, s. 96-97; Tütüncübaşı 2014, s. 1526.

¹⁴²⁰ Nomer 2017, s. 515.

¹⁴²¹ Ekşi 2013, s. 2.

¹⁴²² Ekşi 2013, s. 109 vd; Doğan 2010, s. 97 vd.

¹⁴²³ Ekşi 2013, s. 157 vd; Doğan 2010, s. 101 vd.

sonuçlarının yarattığı aykırılık üzerinde durulmalıdır¹⁴²⁴. Türk Hukuku'nda mahkeme, maddi vakıaları veya hukuki sebebi tekrardan inceleme konusu yapamaz (*tekrar inceleme yasağı/revision au fond*)¹⁴²⁵. Yapılacak inceleme, öngörülen sonuçların Türk kamu düzenine aykırılığı ile sınırlıdır¹⁴²⁶. MÖHUK md. 58, yabancı mahkeme kararının tenfizinde kamu düzenini öngören MÖHUK md. 54 hükmünün tanımaya ilişkin olarak da uygulama alanı bulacağını düzenlemektedir.

Türk Hukuk açısından kamu düzeni kavramının içerisine üç unsurun gireceği belirtilmektedir¹⁴²⁷. Bunlardan ilki, temel hak ve hürriyetlerdir. Hem iç hukukta hem de uluslararası düzeyde birçok antlaşma ile korunan temel hak ve hürriyetler, kamu düzeni istisnasının uygulanacağı ilk alandır. İkinci olarak, Türk Hukuku'nun temel ilkeleri, kamu düzeni istisnasının uygulanmasını gerektiren bir diğer haldir. Üçüncü ve son unsur ise, Türk toplumun ortalama ahlak anlayışıdır. Bu belirtilen değerlere aykırı bir yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizi mümkün değildir.

Tanımaya ve tenfiz talebini değerlendiren Türk mahkemesinin, bir temyiz organı gibi hareket etmekten kaçınması gerekmektedir¹⁴²⁸. Kararda yer alan birtakım hatalar, normların yanlış uygulanması gibi haller, Türk mahkemesince denetlenemez. Sadece Türk mevzuatına nazaran farklılık içeren veya farklı standartlar çerçevesinde yapılan bir yargılama, kamu düzeni istisnasının uygulanması için yeterli değildir. Kamu düzenine ilişkin hükümler, istisnai nitelikte kabul edilmeli ve dar yorumlanmalıdır¹⁴²⁹.

¹⁴²⁴ Çelikel/Erdem 2020, s. 749.

¹⁴²⁵ Demir Gökyayla 2001, s. 74; Gül 2016, s. 56 dn. 40.

¹⁴²⁶ Ekşi 2013, s. 299; Ay Chelli 2014, s. 186.

¹⁴²⁷ Ekşi 2013, s. 280; Demir Gökyayla 2001, s. 27.

¹⁴²⁸ Ekşi 2013, s. 282.

¹⁴²⁹ Gül 2016, s. 57.

B. İsviçre Hukuku'nda Tanıma ve Tenfiz

İsviçre Hukuku açısından tanımayı düzenleyen IPRG Art. 27 (1) hükmü, İsviçre kamu düzenine açıkça aykırı nitelikteki bir yabancı mahkeme kararının tanınmasının mümkün olmadığını düzenlerken, Art. 27 (2)(b) hükmü ise İsviçre usul hukukunun temel prensiplerine aykırı şekilde alınmış bir kararın, özellikle de dinlenilme hakkı ihlal edilmişse tanınmayacağını belirtmiştir¹⁴³⁰. Tanımaya ilişkin kamu düzeni meselesinin, yabancı hukukun uygulanmasındaki kamu düzeni istisnasına nazaran daha hafif şekilde uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Zira burada başka bir ülkenin yargısı tarafından verilmiş bir hüküm mevcut olup İsviçre hakiminin sadece bu kararın tanınmasına hükmetmesi söz konusudur¹⁴³¹. Ayrıca madde metninde de açıkça belirtildiği üzere kamu düzeni istisnasının tanıma davalarında uygulanabilmesi için kararın İsviçre kamu düzenine “*açıkça (offensichtlich)*” aykırı olması gerekmektedir. Tenfize ilişkin IPRG Art. 28 hükmünde ise Art. 25 ile Art. 27 arasındaki hükümlere uygun olarak tanıma bir hükmün tenfiz kabiliyetinin de olduğu belirtilmiştir. Diğer bir deyişle kararın tenfiz edilebilirliği de aynı esaslara göre belirlenecektir.

İsviçre Hukuku'nda hakim görüş, cezalandırıcı tazminata ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizinin bir bütün olarak reddedilmesine karşı

¹⁴³⁰ IPRG Art. 27: “1. Eine im Ausland ergangene Entscheidung wird in der Schweiz nicht anerkannt, wenn die Anerkennung mit dem schweizerischen Ordre public offensichtlich unvereinbar wäre.

2. Eine im Ausland ergangene Entscheidung wird ebenfalls nicht anerkannt, wenn eine Partei nachweist:

.....

b. dass die Entscheidung unter Verletzung wesentlicher Grundsätze des schweizerischen Verfahrensrechts zustande gekommen ist, insbesondere dass ihr das rechtliche Gehör verweigert worden ist;”.

¹⁴³¹ Heizmann 2015, s. 110–111.

çıkmakta ve her bir kararın ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁴³². İsviçre Hukuku uygulansaydı da benzer sonuçlara yol açacak vakalara ilişkin cezalandırıcı tazminat kararlarının, kamu düzeni gerekçesiyle reddetmenin mümkün olmadığı belirtilmektedir¹⁴³³. Kıta Avrupası Hukuku'nda da sorumluluk hukukunun esasları dışında düzenlenen ayrımcılığa karşı tazminatlara, rekabet hukukuna ve iş hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine farklı yaklaşılması gerektiği vurgulanmaktadır¹⁴³⁴.

İsviçre Hukuku'nda Tschannen ise her ne kadar farklı kararlarda bir özel hukuk yaptırımı olarak tanımlansa da cezalandırıcı tazminatın içindeki cezalandırma unsuru sebebiyle kamu hukuku karakterli bir hüküm teşkil ettiğini, dolayısıyla da kamu hukukuna ilişkin bir hükmün tanınmasının veya tenfizinin söz konusu olmayacağını belirtmekte ve hakim görüşüne karşı çıkmaktadır¹⁴³⁵.

C. Alman Hukuku'nda Tanıma ve Tenfiz

Alman Hukuku'nda tanıma ve tenfize ilişkin kamu düzeni istisnası ZPO §328 (1) (4) hükmünde düzenlenmiştir¹⁴³⁶. Buna göre bir yabancı mahkeme kararı, Alman Hukuku'nun temel prensipleriyle açıkça bağdaşmayacak bir sonuca sebebiyet veriyorsa, özellikle de temel insan haklarıyla bağdaşmayacak sonuçlara yol açıyorsa, o kararın tanınması mümkün değildir. Bu husus özellikle çifte cezalandırma yasağı bağlamında

¹⁴³² Dasser 2000, s. 107 vd.; Lenz 1992, s. 131; Heizmann 2015, s. 115–116.

¹⁴³³ Lenz 1992, s. 131.

¹⁴³⁴ Heizmann 2015, s. 114.

¹⁴³⁵ Tschannen 2009, s. 15.

¹⁴³⁶ ZPO §328(1) (4): “wenn die Anerkennung des Urteils zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist, insbesondere wenn die Anerkennung mit den Grundrechten unvereinbar ist”.

tartışmalara yol açmıştır¹⁴³⁷. Zira çifte cezalandırma yasağı Anayasal güvenceye de sahip bir temel ilke olarak kamu düzeni istisnasının uygulanmasına temel oluşturabilecektir. Ancak Müller, kanaatimizce haklı olarak, bu argümana karşı çıkmaktadır. Yazara göre, cezalandırıcı tazminat her ne kadar cezalandırma işlevine yönelmiş de olsa hala bir özel hukuk yaptırımıdır. Çifte cezalandırma yasağı, amacı cezalandırma olan birden fazla hükmün uygulanmasını değil, birden fazla ceza yaptırımının aynı eylem için uygulanmasını yasaklamaktadır. Ancak biri idari biri cezai veya biri özel hukuka dayanan diğeri ise ceza niteliğindeki birden fazla yaptırımın aynı vaka için kullanıldığı birçok örnek mevcuttur¹⁴³⁸. Kaldı ki eğer cezalandırıcı tazminat bu anlamda bir ceza olarak kabul ediliyorsa o halde artık kamu düzeni istisnasının uygulanabileceği bir alan da bulunmayacaktır. Zira bu durumda, cezalandırıcı tazminat bir kamu hukuku yaptırımı haline gelmekte, dolayısıyla da tanıma ve tenfiz zaten gündeme gelememektedir.

ZPO §328 (1) (4)'ün uygulanmasında da aynen EGBGB Art. 6 ve Art. 40'da olduğu gibi Almanya ile yakınlığın esas alınması gerektiği belirtilmiştir. Kararın tanınması ve tenfizi ile birlikte ortaya çıkacak sonuçların, Almanya ile doğrudan ilintili olduğu hallerde kamu düzeni daha fazla gündeme gelebilecekken, sonuçların Almanya ile bağlantısının bulunmadığı veya bağlantının çok dolaylı olduğu hallerde kamu düzeni istisnasının uygulama alanı tamamen daralacaktır¹⁴³⁹. Ancak yabancı hukukun uygulanmasından farklı olarak burada halihazırda verilmiş bir mahkeme kararın varlığı söz konusu olduğu için, kararın verilmesinde usuli süreç de kamu düzeni istisnası kapsamında

¹⁴³⁷ Stiefel/Stürner 1987, s. 238.

¹⁴³⁸ Müller 2000, s. 21.

¹⁴³⁹ Brockmeier 1999, s. 91.

değerlendirilmektedir. Bu yüzden esasa ilişkin kamu düzeni ile usule ilişkin kamu düzeni şeklinde bir ayrım gündeme gelmektedir¹⁴⁴⁰.

Alman Federal Mahkemesi 1992 yılında verdiği ünlü bir kararında¹⁴⁴¹ bir Amerikan mahkemesi tarafından verilen ve cezalandırıcı tazminat da içeren bir kararın tenfizi talebini reddetmiştir. Söz konusu karar, Kıta Avrupası Hukukunun telafi edici nitelikte olmayan tazminatlara olan oldukça soğuk bakış açısının bir tezahürü niteliğindedir. Federal Mahkeme, modern dönemlerdeki sorumluluk hukukunun yegane amacının telafi olduğunu vurgulamış¹⁴⁴², cezalandırma gibi arkaik bir düşünceye dayanarak hükmedilen bir tazminatın gerçek anlamda bir tazminat olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiş ve hükmü ZPO §328(1) bağlamında kamu düzenine aykırı bulmuştur. Mahkeme ayrıca, cezalandırıcı tazminatın devletin ceza tekeline¹⁴⁴³ ve ceza hukukunun usul açısından öngördüğü standartlara uymadığını, orantılılık ilkesiyle de bağdaşmayacağını, zenginleşme yasağının zararı aşan bir tazminat miktarına hükmedilmesinin önüne geçeceğini belirtmiştir¹⁴⁴⁴. Ancak Alman Anayasa Mahkemesi'nin verdiği bir karar, bu

¹⁴⁴⁰ **Bungert** 1993, s. 1079 vd; **Lendermann** 2019, s. 152.

¹⁴⁴¹ *BGH NJW* 1992, 3096. Karara konu olayda Almanya ve ABD vatandaşı olan davalı, ABD vatandaşı bir genç kıza cinsel tacizde bulunmuş, bunun üzerine dava açılmış, dava sürecinde davalı Almanya'ya taşınmıştır. Görülen dava neticesinde 260 USD tedavi masrafları, 150.000 USD gelecekte psikolojik travmaların tedavisi ve bir kuruma yerleştirilme, 200.000 USD manevi tazminat ve 400.000 USD cezalandırıcı tazminat olmak üzere toplam 750.260 USD tazminata hükmedilmiştir.

¹⁴⁴² Ebert, Alman Federal Mahkemesi'nin bu kararda modern hukuki gelişmeleri hiçe sayarak, ondokuzuncu yüzyılda BGB kanunkoyucusunun bakış açısını esas aldığı yönünde bir eleştiri getirmektedir. Bkz. **Ebert** 2004, s. 528.

¹⁴⁴³ İşyeri cezaları ve dernek cezalarının da gösterdiği üzere, Alman Hukuku'nda devletin ceza tekelinin yalnızca suç teşkil eden fiillere yönelik olduğu hakkında bkz. **Ebert** 2004, s. 529.

¹⁴⁴⁴ *BGH NJW* 1992, 3104. Bkz. **Riedel** 2016, s. 49; **Wagner**, *AcP* 2006, s. 472.

katı tutumu biraz olsun yumuşatmıştır¹⁴⁴⁵. Bu kararda yine bir Amerikan mahkemesi tarafından verilen ve cezalandırıcı tazminat içeren bir hükmün tanınması reddedilmiş, ancak cezalandırıcı tazminatın bazı işlevlerinin Alman Hukuku'nda tazminata yüklenen işlevlerle kısmen de olsa uyuşabileceğinin üzerinde durulmuştur¹⁴⁴⁶. Bu yaklaşım, cezalandırıcı tazminata ilişkin tanıma ve tenfiz ihtimalini bir bütün olarak kapatmak yerine, her somut olayda ayrı bir inceleme yapmak gerektiğini savunan görüş açısından önemli bir dayanak noktası oluşturmıştır.

Bu karara ilişkin en ilginç nokta ise kararda, cezalandırıcı tazminata ilişkin mahkeme kararlarının ispatı güç veya ayrı olarak talep edilmesi mantıksız olan zararların tazminine, yargılama masraflarına ve zarar verenin haksız fiilden elde ettiği kazancın iadesine ilişkin kısımlarının tenfizinin önünün kapatılmamış olmasıdır¹⁴⁴⁷. Bu da Federal Mahkemenin cezalandırıcı tazminatın belirlenmesinde kullanılan birtakım kriterleri, telafi edici tazminatlarla ve tazmin işlevi ile ilişkilendirdiğini göstermektedir¹⁴⁴⁸. Mahkemeye göre, eğer kararda bu kısımlar açıkça gösterilirse o zaman bu kısımların

¹⁴⁴⁵ NJW 1995, 649, 650.

¹⁴⁴⁶ Müller, Alman Federal Mahkemesi'nin 1992 tarihli kararına ilişkin eleştirisinde öncelikle mahkemenin, özel hukukta önleme ve cezalandırma işlevinin bulunamayacağı yönündeki yaklaşımına karşı çıkmıştır. Müller'e göre her norm içinde önleme amacını da taşımaktadır. Mahkemenin devletin ceza tekeline dayanması da yerinde değildir. Zira ceza tekeli, devletin temsilcisi olarak savcılar tarafından yargı önüne taşınan ceza yargılamaları için geçerlidir. Ancak bunun dışındaki yaptırımlar için bir devlet tekeline bahsetmek mümkün değildir. Kaldı ki zaten bir mahkeme kararına dayanan her durumda, yaptırım yine devlet tarafından uygulanmaktadır. Bkz. **Müller** 2000, s. 28.

¹⁴⁴⁷ „soweit mit der Verhängung von Strafschadensersatz restliche, nicht besonders abgegoltene oder schlecht nachweisbare wirtschaftliche Nachweise pauschal ausgeglichen oder vom Schädiger durch die unerlaubte Handlung erzielte Gewinne abgeschöpft werden sollen.“ Bkz. BGH NJW 1992, 3103.

¹⁴⁴⁸ **Behr** 2003, s. 159.

tenfizine farklı yaklaşılabilir. Federal Mahkeme'nin açık kapı bıraktığı bu kısımlar, cezalandırıcı tazminatın telafi ve tazmin işlevine yönelmiş olan kısımdır. Esasında Federal Mahkeme, cezalandırıcı tazminatın bazı hallerde kısmen de olsa telafi işlevine yönelebildiğini ve bu kısımların Alman kamu düzeni açısından bir ihlal yaratmayacağını hükme bağlamıştır.

Alman Hukuku'nda da hakim görüş, cezalandırıcı tazminat içeren yabancı mahkeme kararlarının kategorik olarak kamu düzeni istisnası altında değerlendirilmesine karşı çıkmaktadır¹⁴⁴⁹. Bunun temel gerekçesi olarak da Alman Hukuku'nda bazı hükümlerin cezalandırma ve önleme işlevlerine yöneldiği ve bu alanlarda cezalandırıcı tazminatın çoğunlukla Alman kamu düzenini sarsacak bir hukuki duruma sebebiyet vermeyeceğini belirtmektedir. Bu görüşe göre, cezalandırıcı tazminat içeren kararların tanınması ana kural, kamu düzeni istisnasına tabi tutularak tanınmaması ise istisna niteliğindedir¹⁴⁵⁰. Kamu düzeni istisnasının hükmün cezalandırıcı tazminat içermesiyle değil, hükmün uygulanması halinde Alman Hukuk düzenini sarsacak nitelikte sonuçlara ulaşılmasıyla gündeme geleceğini belirtilmektedir¹⁴⁵¹. Cezalandırıcı tazminatın tanınması halinde yurtdışında ticaret yapan Alman şirketlerinin büyük tazminat riskleriyle karşı karşıya kalabileceği yönündeki argümanları da eleştiren yazarlar, yurtdışında ticaret yapmanın doğal birtakım riskleri de içerisinde barındırdığını, Alman şirketlerini bu tip hukuki korumaya tabi tutmanın rekabeti zedeleyebileceğini ve bunun da uzun vadede Alman şirketlerine olumsuz şekilde yansıtacağını vurgulamaktadır¹⁴⁵².

¹⁴⁴⁹ Müller 2000, s. 361; Rosengarten 1996, s. 1938; Brockmeier 1999, s. 100; Lendermann 2019, s. 172–173; Bungert 1993, s. 1083 vd.

¹⁴⁵⁰ Müller 2000, s. 361; Brockmeier 1999, s. 100.

¹⁴⁵¹ Rosengarten 1996, s. 1938.

¹⁴⁵² Müller 2000, s. 362; Rosengarten 1996, s. 1938.

Kamu düzeni istisnasının, yalnızca orantısız derecede yüksek rakamlara hükmedilen cezalandırıcı tazminat hükümlerinde gündeme geleceği ifade edilmektedir¹⁴⁵³.

Bir diğer görüş ise cezalandırıcı tazminat içeren kararların ancak kısmen tenfize konu oluşturabileceğini savunmaktadır. Kısmi tenfizi kabul eden görüş, özellikle de cezalandırıcı tazminatın telafi edici kısımları olarak da ifade edilen, dava ve avukat masraflarına ilişkin olan kısımlar ile sembolik zararların giderilmesine ilişkin kısımların tanınması ve tenfizinin, kamu düzenine olumsuz bir etkide bulunmayacağını belirtmektedir. Bu görüşteki yazarlara göre, Alman Hukuku'nda kısmi tanımının önünde bir engel bulunmamaktadır¹⁴⁵⁴. Ayrıca kısmi tanıma için talebin bu yönde olmasına da gerek bulunmamaktadır. Hakim, re'sen kısmi tanımaya hükmedebilecektir. Wagner, cezalandırıcı tazminatın amaçları arasında bir yarımaya gidilmesi gerektiğini, cezalandırma işlevinin Alman Hukuku'nda yeri olmadığını, ancak önleme işlevinin Alman sorumluluk hukuku açısından da önem arz ettiğini, dolayısıyla da cezalandırıcı tazminatın hangi amaçla verildiğinin tespit edilmesi ve buna göre tanıma ve tenfizin mümkün olup olmayacağına karar verilmesi gerektiği yönünde görüş bildirmiştir¹⁴⁵⁵. Ancak yazara göre, cezalandırma işlevinin varlığı çoğu durumda tanıma ve tenfize engel olacaktır.

IV. Türk Hukuku'nda Cezalandırıcı Tazminat İçeren Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınmasının ve Tenfizinin Mümkün Olup Olmadığına İlişkin Görüşler ve Değerlendirmemiz

Alman Federal Mahkemesi'nin cezalandırıcı tazminat içeren Amerikan mahkemesi kararının tenfizinin reddine ilişkin olarak verdiği 1992 tarihli karar, bütün Kıta Avrupası

¹⁴⁵³ Lendermann 2019, s. 172–173.

¹⁴⁵⁴ Stiefel/Stürner 1987, s. 840–841; Behr 2003, s. 125; Hay 1992, s. 732 vd.

¹⁴⁵⁵ Wagner, AcP 2006, s. 473.

lkelerinde olduğu gibi ülkemizde de yankı uyandırmıştır. Cezalandırıcı tazminat içeren yabancı hukuk normları ve mahkeme kararlarının tanınmasının ve tenfizinin mümkün olup olmadığı sorunu özellikle kamu düzeni istisnası çerçevesinde tartışılmıştır. Belirtmek gerekir ki, özellikle de başlangıçta, Kıta Avrupası lkeleri, cezalandırıcı tazminat içeren yabancı mahkeme kararlarının tanınmasına ve tenfizini reddetmek yönünde katı bir tutum benimsemiřtir¹⁴⁵⁶. Ancak zaman içerisinde bu katı tutum az da olsa yumuşamış ve farklı değerlendirmeler de yapılmaya başlanmıştır. Bunun en önemli sebebi de, cezalandırıcı tazminat içeren veya cezalandırıcı tazminata benzer nitelik arz eden düzenlemelerin sayısının artmasıdır.

Türk Hukuku'nda Nomer, cezalandırıcı tazminat içeren yabancı mahkeme kararlarının kural olarak tenfiz kabiliyetinin bulunmadığını, ancak telafi edici tazminat ile cezalandırıcı tazminat kısımları birbirinden ayrı olarak belirlenmiş ve telafi edici tazminat gerçek zarar miktarını aşmıyorsa kısmı tenfizin gündeme gelebileceğini belirtmektedir¹⁴⁵⁷. Nomer ile benzer görüşteki Turhan ise telafiye değil de nleme ve cezalandırma işlevlerine yönelmiş cezalandırıcı tazminat yaptırımını içeren bir yabancı mahkeme kararının, Türk mahkemelerince tenfizinin kamu düzeni istisnası gerince kural olarak mümkün olmadığını, ancak RKHK md. 58/II gibi iç hukukta da cezalandırıcı tazminata bağlanmış olduğu örneklerde tenfizin kamu düzenine aykırı olmayacağını belirtmektedir¹⁴⁵⁸. Demir Gökyayla ise kısmi tenfize dahi karşı çıkmakta ve buradaki aykırılığın miktar ile alakalı olmadığını, hakimın cezalandırma içeren bir özel hukuk

¹⁴⁵⁶ **Yasan Tepebaş** 2021, s. 342.

¹⁴⁵⁷ **Nomer** 2017, s. 510. Benzer yönde bkz. **Süral/Tarman**, s. 487.

¹⁴⁵⁸ **Turhan** 2010, s. 108-111.

yaptırımına hükmetmesinin Türk kamu düzenini zedelediğini belirterek kısmi tanıma ve tenfizini mümkün olmadığını belirtmektedir¹⁴⁵⁹.

Cezalandırıcı tazminat içeren yabancı mahkeme kararlarının tanınmasını ve tenfizini reddeden bir görüş, bunu cezalandırıcı tazminatın bir özel hukuk yaptırımını olmaması ile açıklamaktadır. Buna göre, cezalandırma amacı ile hükmedilen bir tazminat özel hukuk yaptırımını olarak nitelendirilemez. Kamu hukuku yaptırımlarının ise tanınması ve tenfizi mümkün değildir¹⁴⁶⁰.

Ekşi ise çoklu tazminatların ve cezalandırıcı tazminatın tanınmasının ve tenfizinin kategorik olarak reddedilmesinin doğru bir yaklaşım olmadığını belirtmektedir. Yazara göre, Türk Hukuku'nda da cezalandırıcı tazminatların ve misli tazminatların var olduğu dikkate alındığında, bu tip tazminatların kategorik olarak kamu düzenini ihlal ettiği söylenemez¹⁴⁶¹. Cezalandırıcı tazminatın, bir özel hukuk yaptırımını olduğuna dikkat çeken yazar, aşırı ve orantısız miktarlara varan ve mülkiyet hakkını ihlal eden kararların tanınması ve tenfizi reddedileceğini belirtmektedir¹⁴⁶². Tanınması veya tenfizi talep edilen kararın sonuçlarını değerlendirerek karara vermek daha doğru bir yaklaşımdır¹⁴⁶³.

Türk Hukuku açısından önem taşıyan bir metin olan Avrupa Birliği'nce hazırlanan Sözleşme Dışı Sorumluluğa Uygulanacak Hukuka ilişkin 2007/864 numaralı Tüzük'te

¹⁴⁵⁹ **Demir Gökyayla** 2001, s. 179.

¹⁴⁶⁰ **Doğan** 2010, s. 100.

¹⁴⁶¹ **Ekşi** 2013, s. 676. Benzer yönde bkz. **Gül** 2016, s. 69.

¹⁴⁶² **Ekşi** 2013, s. 680. RKHK md. 58/II'de öngörülen üç kat tazminat dikkate alındığında, rekabet ihlallerinden kaynaklanan tazminata ilişkin yabancı mahkeme kararındaki ölçülülük sınırının üç kat tazminat miktarı olduğu yönünde bkz. **Güven** 2011, s. 455.

¹⁴⁶³ **Ekşi** 2020, s. 195. Benzer yönde bkz. **Güven** 2018, s. 35; **Yasan Tepebaş** 2021, s. 346.

(*Rome II Tüzüğü*)¹⁴⁶⁴ cezalandırıcı tazminata ilişkin yabancı ülke normlarının uygulanmasına ilişkin bir düzenleme yer almaktadır¹⁴⁶⁵. Tüzüğün genel gerekçesinin 32 numaralı paragrafında (*Recital no: 32*), bir yabancı normun uygulanması halinde telafi edici tazminatı aşan bir sonuca yol açacaksa bunun ibret verici veya cezalandırıcı tazminat teşkil edeceği ve bunun kural olarak kamu düzenine aykırı olacağı vurgulanmıştır¹⁴⁶⁶.

Kanaatimizce, cezalandırıcı tazminata ilişkin yabancı ülke kanunlarının ve mahkeme kararlarının bir bütün olarak uygulanamaz, tanınamaz ve tenfiz edilemez kabul edilmesi yerinde bir yaklaşım değildir. Kaldı ki daha önce de belirtildiği üzere, kamu düzenine ilişkin hükümler istisnai olarak gündeme gelmelidir. Kararda cezalandırıcı tazminatın bulunması bu istisnanın tetiklenmesi için yeterli olmamalı, kararın somut sonuçları ve etkisi mutlaka dikkate alınmalıdır. Zira başka hukuk kültürlerine saygı ve kararı veren ülkenin egemenlik yetkilerinin kabulü de bunu gerektirmektedir. Dolayısıyla, her bir norm ve karar, sonuçları esas alınarak ayrı ayrı incelenmeli ve kamu düzeni istisnasının gündeme gelip gelmeyeceği tek tek denetlenmelidir. Yukarıda da

¹⁴⁶⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32007R0864> (Erişim Tarihi: 13.10.2022).

¹⁴⁶⁵ **Graziano** 2009, s. 73 vd. Bü düzenlemenin sadece fahiş miktardaki cezalandırıcı tazminat kararları olduğu yönünde bkz. **Yasan Tepebaş** 2021, s. 337.

¹⁴⁶⁶ Recital No. 32: “*Considerations of public interest justify giving the courts of the Member States the possibility, in exceptional circumstances, of applying exceptions based on public policy and overriding mandatory provisions. In particular, the application of a provision of the law designated by this Regulation which would have the effect of causing non-compensatory exemplary or punitive damages of an excessive nature to be awarded may, depending on the circumstances of the case and the legal order of the Member State of the court seised, be regarded as being contrary to the public policy (ordre public) of the forum*”.

belirttiğimiz üzere Türk Hukuku'nda RKHK md. 58/II hükmünde, TBK md. 355'de yer alan yeniden kiralama yasağının yaptırımında, kötünîyet, haksız fesih ve ayrımcılık tazminatlarında cezalandırıcı tazminat niteliğinde hükümler yer almaktadır¹⁴⁶⁷. Türk Hukuku'nda dava açılrsa cezalandırıcı tazminatın gündeme gelebileceği bu alanlarda, kamu düzeni istisnasını uygulayarak tanıma ve tenfiz taleplerini reddetmek doğru bir yaklaşım değildir. Bu alanlara ilişkin bir cezalandırıcı tazminat içeren yabancı mahkeme kararının, Türk Hukuku'nda tanınması ve tenfizi gerekmektedir. Bu hallerde, ancak ölçülülük sınırlarını aşan bir rakamın bulunması halinde kamu düzeni istisnası devreye girecektir. Ölçülülük sınırının aşılması için sadece Türk Hukuku'nda öngörülenden daha fazla bir tazminatın öngörülmüş olması yeterli değildir. Kamu düzeni istisnası, ancak cezalandırıcı tazminat miktarının Türk kamu düzenini sarsacak kadar yüksek olduğu hallerde söz konusu olacaktır¹⁴⁶⁸.

Cezalandırıcı tazminat yaptırımında her ne kadar cezalandırma ve önleme işlevi ön plana çıksa da bu yaptırımın telafî ve tazmin amacına hizmet ettiği çeşitli alanlar da mevcuttur. Özellikle mahkeme masraflarına, zarar verenin elde ettiği kazancın iadesine ve avukatlık ücretine ilişkin kısımlarda cezalandırıcı tazminat, Türk Hukuku'ndaki yargılama masraflarının dava sonucunda haksız tarafa yükletilmesi ve gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede kazancın iadesi gibi yaptırım ve uygulamalar ile aynı işlevi yerine getirmektedir. Belirtmek gerekir ki, kararın cezalandırıcı tazminat içermesi halinde, kısmi tanıma ve tenfiz de seçeneklerden biridir. Kısmi tanıma ve tenfizde, yabancı mahkeme kararının birbirinden ayırt edilebilir nitelikte bölümleri varsa bunlardan biri veya birden fazlasına kesin hüküm, kesin delil veya icra edilebilirlik statüsü verilmesi sağlanmaktadır.

¹⁴⁶⁷ Yuk. 3. Bölüm, §13.

¹⁴⁶⁸ Benzer yönde bkz. **Ekşi** 2013, s. 681; **Yasan Tepebaş** 2021, s. 349.

Özellikle yargılama masraflarına ilişkin olan ya da kazancın iadesi amacına yönelmiş cezalandırıcı tazminat hükümleri tespit edildiğinde, eğer karar metninden bu kısımları ayırt edebilmek mümkünse, bunların ilgili kısımlarının tanınması ve tenfizi mümkün olmalıdır¹⁴⁶⁹.

¹⁴⁶⁹ Benzer yönde bkz. **Gül** 2016, s. 63.

SONUÇ

Cezalandırıcı tazminat, *Common Law* hukuk sisteminde ortaya çıkmış ve Kıta Avrupası hukukuna yabancı işlevlere yönelmiş bir yaptırımdır. Telafi yerine cezalandırma ve önlemenin ön planda olduğu, jüri tarafından hükmedilen, zararı aşan bir tazminat miktarının söz konusu olduğu bir yaptırım olarak cezalandırıcı tazminat, Kıta Avrupası Hukuku sorumluluk hukukunun temel ilkelerinden oldukça farklı bir yapı arz etmektedir. Kıta Avrupası sistemindeki değişim bağlamında cezalandırma işlevine yönelik hükümlerin ve bu yöndeki önerilerin artması, cezalandırıcı tazminatın hukuk sistemimize ne derece uygun olduğunu incelemeyi gerektirmiştir.

Cezalandırıcı tazminatın tarihçesi incelendiğinde ilk dönemlerde manevi tazminatın işlevlerine yöneldiği, sonrasında daha çok yargılama masraflarının ve küçük miktardaki zararların teminatı işlevi taşımaya başladığı, en nihayetinde ise şirketlerin salt ekonomik nitelikteki karar alma mekanizmalarını önleme ve cezalandırma işlevinin ön plana çıktığı görülebilmektedir. 19. yüzyılda bu yaptırımın *Common Law* sisteminde bulunmasının gerekip gerekmediğine ilişkin gerçekleşen büyük tartışma esasında bugün Kıta Avrupası hukukçularının bakış açısının oluşmasında büyük bir önem arz etmektedir. Cezalandırıcı tazminat yoluyla toplumun davranışlarının düzenleneceğini ve etkin bir tazmin sağlanacağını savunan bir görüşe karşı diğer bir görüş, sorunun tazminatın işleviyle alakalı olmadığını, asıl problemin zararın belirlenmesiyle ilgili olduğunu belirtmiş ve tazmin dışındaki bir amacın özel hukukta yeri olmadığını belirtmiştir. İlk görüşün fikirlerinin ağırlıklı olarak kabul görmesi ile cezalandırıcı tazminatın etkinliği de artmıştır. Diğer görüş ise bugünkü Kıta Avrupası hukuku yaklaşımına daha uygundur, ancak kabul görmemiştir.

Cezalandırıcı tazminatta temel amaç, zarar verenin ağır kusur ve kasıt içeren fiilinin karşılığı olarak maddi ve manevi zarar miktarını aşan bir tutara hükmedilmesi suretiyle, failin cezalandırılması ve bu suretle gerek faile gerekse de diğer toplum üyelerine bir mesaj verilmesidir. Görüldüğü üzere, cezalandırıcı tazminat işlevleri üzerinden tanımlanan bir yaptırım olarak dikkat çekmektedir. Cezalandırıcı tazminatın ayırt edici işlevleri, cezalandırma ve önlemedir. *Common Law* doktrinde, bu işlevlerden hangisinin daha fazla önem arz ettiğine ilişkin tartışmalar mevcut olmakla birlikte, genellikle her iki işlevin de tazminatın belirlenmesinde eşit etki doğurduğu kabul edilmektedir. Cezalandırıcı tazminatın temel farklılıklarından biri de Kıta Avrupası'ndan farklı olarak zarar veren temelli bir belirleme usulünün varlığıdır. Gerek Türk Hukuku'nda gerekse de Kıta Avrupası Hukuku'nda maddi ve manevi zarar belirlenirken, mağdurun uğradığı zarar esas alınmaktadır ve mağdur temelli bir belirleme yapılmaktadır. Cezalandırıcı tazminatta ise zarar verenin malvarlığı, onun kişisel durumu, onun eyleminin ağırlığı gibi unsurlar önem taşımaktadır.

Amerika Birleşik Devletleri'ndeki farklı eyaletlerde sınırlayıcı unsurlar olmakla birlikte, cezalandırıcı tazminatı belirleme yetkisi jüriye aittir ve geniş bir takdir yetkisi söz konusudur. Ancak bu durumun yarattığı belirsizlik ve anayasal kaygılar, ABD'de *Gore v. BMW* davasında Supreme Court'un sınırlamalar getirmesine sebebiyet vermiştir. Buna göre; ilk olarak uğranılan maddi zarar ile cezalandırıcı tazminat miktarı arasında bir oran olmalıdır. Supreme Court'un önerisi bu oranın tek haneli bir rakam olması gerektiği yönündedir. Hatta sonradan *State Farm v. Campbell* davasında bu oranın istisnai haller dışında bire bir şeklinde olması gerektiğine de hükmedilmiştir. İkinci olarak zarar verenin davranışının ağırlığının da miktarın belirlenmesinde dikkate alınması gerekmektedir. Davranışın ağırlığına göre cezalandırıcı tazminat miktarı artırılmalıdır. Aynı zamanda bu

tip eylemlere uygulanana bir başka yaptırım var ise (*cezai bir yaptırım dahi olabilir*) bu yaptırım ile orantılı bir miktara hükmedilmelidir.

Cezalandırıcı tazminatın telafi edici nitelikte olan kısımları mevcuttur. Özellikle yargılama ve avukat masraflarının tazmini cezalandırıcı tazminat ile sağlanmaktadır. Amerikan hukukunda davanın sonucundan bağımsız olarak tarafların kendi mahkeme ve avukat masraflarına katlanmaları (*american rule*) bu durumun temel sebebidir. Cezalandırıcı tazminat, hukuki takibin kamusal olmaktan çıkartılıp özel kişilere bırakılması (*private enforcement*) sebebiyle, hukuk kurallarının işlevselliğini sağlama amacına da hizmet etmektedir.

Cezalandırıcı tazminat niteliğindeki hükümlerin Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde gerçekten bir ihtiyaç olup olmadığının belirlenebilmesi için öncelikle maddi ve manevi tazminatın işlevleri incelenmelidir. Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde maddi ve manevi tazminatın işlevleri incelendiğinde, temelde düzeltici adalet düşüncesine dayandığı görülmektedir. Bir diğer deyişle, özel hukukta, bozulan malvarlığı dengesinin tekrar tesisi (*status quo ante'nin tekrar sağlanması*) temel amaçtır. Kıta Avrupası hukukunda telafi fikrinin sorumluluk hukukunun temel ilkesi olması nedeniyle, zenginleşme yasağı ortaya çıkmıştır. Yani zarar gören, uğradığı zarar miktarından daha fazla bir tazminat miktarı elde edemeyecektir. Maddi zararın belirlenmesine ilişkin temel ilke fark teorisidir. Bu teorinin temel paradigması, zarar görenin zarar verici eylemden önceki malvarlığı ile eylem sonrasındaki malvarlığı arasındaki farkın zarar olarak tanımlanmasıdır.

Kıta Avrupası sorumluluk hukukunda temel amaç tazminken, önleme arzu edilebilir bir yan etki olarak görülmektedir. Cezalandırma ve öç gibi kavramlar ise arkaik ve duygusal bulunarak, tazminatın işlevleri arasında görülmemektedir. Prusya Medeni Kanunu'nda yer alan ve öç ve cezalandırma gibi amaçlarla öngörülen tazminat türleri,

Alman Medeni Kanunu'nun kabulüyle birlikte ortadan kaldırılmıştır. Bunun sebebi olarak özel hukuk gibi normatif ve taraf eşitliğine dayanan bir sistemin içerisine cezalandırma gibi duygusal ve sübjektif kavramların karışmaması ihtiyacıdır. Alman hukukunda yer alan tam tazmin ilkesi, kusurun derecelendirmesine dayanan (*derecelendirme sistemi- gradmethod*) Türk-İsviçre hukukundan da farklı bir yapı arz etmektedir. Tamamen objektif olan bu sistemde kusurun varlığı sorumluluğun kuruluşu açısından önemli olup, kusurun derecesinin tazminatın belirlenmesinde bir önemi bulunmamaktadır. Hatta Alman Hukuku'nda kusurun derecesinin dikkate alınmasının cezalandırmaya ilişkin sübjektif hususların özel hukuka aktarılması sonucunu taşıyacağı belirtilmekte ve bu durum eleştirilmektedir. Esasen zararın ve tazminatın belirlenmesi bakımından Alman sistemi ile Türk-İsviçre sisteminin birbirinden önemli farklılıkları mevcuttur. Alman sisteminde fark teorisinin yasal dayanağı mevcutken, Türk-İsviçre hukukunda fark teorisine ilişkin bir yasal dayanaktan bahsetmek mümkün değildir. Türk-İsviçre Hukuku açısından fark teorisine, amaçsal yorumla veya iç sistematik yorumla ulaşılabileceği ifade edilmektedir. Her ne kadar uygulamalar farklılık arz etmese de kanunkoyucuların yaklaşım farklılığı ortadadır. Aynı şekilde kusurun derecelendirilmesine dayanan sistem de önemli bir fark olarak dikkat çekmektedir.

Bu farklılıkların varlığına rağmen, maddi ve manevi tazminatın işlevlerine ilişkin olarak gerek Alman Hukuku gerekse de Türk-İsviçre hukukunda benzer görüşler savunulmaktadır. Maddi tazminatın ekonomik olarak belirlenmesinin mümkün olması ve ispat kurallarının açıklığı, maddi tazminatın telafi (*tazmin*) amaçlı olduğu konusunda şüpheyi yer bırakmamaktadır. Gerçekten de Kıta Avrupası hukukunda maddi tazminatın ana amacı kesinlikle telafidir. Ancak asıl tartışma konusu olan önlemenin de bir ana amaç olarak görülüp görülemeyeceği sorunudur. Hakim yaklaşım, önlemeyi de cezalandırma ile aynı kefeye koymak ve ikisinin de özel hukukta yeri olmadığını savunmak şeklinde

gelişse de, önleme amacı ile cezalandırma amaçlarının birbirinden farklı olduğu açıktır. Önleme amacı, özellikle Avrupa Birliği hukukunda gerek ayrımcılığa karşı gerekse de rekabet ihlallerine karşı öngörülen yaptırımlarda bir ana amaç olarak ön plana çıkmaktadır. Aynı zamanda, önleme yoluyla davranış kontrolünün hukukun doğasında bulunduğu belirtilmekte ve önleme amacının maddi tazminatın belirlenmesinde bir unsur olarak dikkate alınması gerektiği vurgulanmaktadır.

Önleme amacının maddi tazminata ilişkin en önemli etkisi zararın belirlenmesi aşamasında ortaya çıkacaktır. Bu görüşe göre, zararın önlenmesi için yapılması gereken masraflar, zararın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Aksi takdirde zarar veren kişiler, bu masrafları yapmamaya teşvik edilmektedir. Ekonomik analizin, temel hareket noktası olmamakla birlikte, bu tip durumlarda işlevsel olduğunu belirtilmektedir. Bu görüşteki yazarlar, bir konuda dava açılması olasılığının belirlenebildiği hallerde, bu olasılığın tersi olan rakamla maddi zarar miktarını çarpmak suretiyle etkili bir önleme sağlayabilecek maddi tazminat miktarına ulaşılacağını savunmaktadır. Ancak önleyici tazminat olarak da ifade edilebilen bu görüş, Kıta Avrupası hukukçularından destek bulamamıştır. Gerçekten de maddi zarar gibi ekonomik olarak ifade edilmesi mümkün bir zarar türünün, sırf ekonomik analiz yoluyla genişletilmesi mümkün olmamalıdır. Fark teorisinin yarattığı sakıncaları alternatif yaklaşımlarla gidermek yerine bu denli köklü bir değişikliğe gitmek yerinde bir yaklaşım olmayacaktır.

Manevi tazminatın amaçları ise doktrinde daha da fazla tartışmaya konu olmuştur. Manevi tazminatı objektif ya da sübjektif açıdan ele alan görüşler bakımından bu soruya verilen cevaplar değişmektedir. Tüzel kişilerin de manevi tazminat talep edebilmesi ve ayırt etme gücünden yoksun kişilerin de manevi tazminat talebinde bulunabilmesi dikkate alındığında, objektif manevi zarar anlayışının günümüz yaklaşımına daha uygun olduğu kabul edilmelidir. Bu kabul ile beraber artık cezalandırmanın bir amaç olarak kabul

edilmesi mümkün olmayacaktır. Benzer şekilde tatmin gibi oldukça subjektif bir işlev de objektif manevi zarar yaklaşımı ile gündem dışı kalacaktır. Ancak önleme amacının mümkün olup olmadığı konusundaki tartışma hala güncelliğini korumaktadır. Basın yoluyla genel kişilik hakkının ihlali ile ilgili Alman Federal Mahkemesi (*BGH*) tarafından verilen Caroline I ve II kararları, önleme amacı açısından farklı bir yaklaşım sergilemektedir. Bu kararlarda Alman Federal Mahkemesi (*BGH*), medyanın benzer davranışlar ile genel kişilik hakkına müdahalesinin önlenmesini sağlayacak bir meblağa hükmedilmesi gerektiğini belirtmiş ve bu yaklaşım sayesinde, Almanya’da uzun yıllardır hükmedilen sınırlı manevi tazminat miktarları, yerini daha yüksek ve önleme amacına dayanan manevi tazminat miktarlarına bırakmıştır.

Özellikle manevi zararın belirlenmesindeki güçlükler dikkate alındığında, bu tazminatın zarar görenin uğradığı zararı telafi etmenin yanısıra benzer davranışları hem genel hem de özel önleme işlevi açısından engellemek konusunda önemli bir işlevi olduğu açıktır. Bu açıdan manevi zararda telafinin yanında önleme amacının da varlığını kabul etmek işlevsel olacaktır. Özellikle de ağır kusur ve kast ile kişilik haklarının ihlal edildiği durumlarda daha yüksek manevi tazminata hükmedilmesi ve zarar verenin bu eyleminden ötürü kazanç elde ettiği hallerde tazminatın belirlenmesinde bu kazancın da dikkate alınabilmesi ile bu amaca ulaşılabilecektir. Bu yaklaşım, Alman Federal Mahkemesi’nin kararları ile de uyumludur. Ayrıca hükmedilen manevi tazminat miktarlarının istatistiki olarak değerlendirilmesi ve belirli dava gruplarında yeknesak miktarların belirlenmesinde fayda bulunmaktadır.

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmedeki kazancın iadesi yaptırımını da cezalandırıcı tazminat ile varılmak istenen sonuçların bir kısmını sistem dışına çıkmadan sağladığı için oldukça tercih edilmelidir. Bu yaptırımın etkin şekilde kullanımıyla, zarar

verenlerin zarar verici eylemden kazanç elde etmelerinin önüne büyük oranda geçilebilmektedir.

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme teşkil etmeyen ve kişilik haklarının ihlalini de içermeyen diğer olay gruplarında ise bağımsız idari otoriteler ve diğer idari makamlar tarafından gerçekleştirilen idari denetimin ve idari para cezalarının önemli bir rol oynayacağını unutmamak gerekir.

Cezalandırıcı tazminatın yeni bir yaptırım türü olarak Türk Hukuku'nda kabulü mümkün olmamasına rağmen, mevzuatta cezalandırıcı niteliği tartışılan birçok kurum mevcuttur. Gerek iş hukukunda gerekse de rekabet hukukunda cezalandırıcı tazminat niteliğinde hükümlerin öngörülmüş olması, bu tartışmaların güncel kalmasına sebebiyet vermiştir.

Türk Hukuku'nda medeni ceza kavramının, cezalandırıcı tazminat ile eşdeğer kullanıldığı görülmektedir. Ancak bu yaklaşıma katılmak imkanı bulunmamaktadır. Zira medeni ceza, cezalandırıcı tazminatı da kapsayacak şekilde, daha geniş bir kümeyi ifade etmektedir. Medeni ceza, parasal tazmin dışında farklı yaptırımları da içeren, farklı sorumluluk kaynakları açısından da gündeme gelen, önleme ve/veya cezalandırma gibi amaçlara yönelen, zararın ve kusurun her zaman bir şart olarak aranmadığı ve sorumluluk hukukunun genel ilkelerinin dışındaki hükümleri ifade eden bir üst kavramdır. Cezalandırıcı tazminat ise, bu kavramın haksız fiil hukukunda söz konusu olan özel bir türü olarak görülmelidir. Yapılan değerlendirmelerde, bu tanımlar dikkate alınmıştır.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun md. 58/II hükmü, cezalandırıcı tazminat benzeri bir üç kat tazminat hükmü içermektedir. Benzer hükümler Avrupa Birliği kartel hukukunda da mevcuttur. Bu hükümde zararı aşan bir tazminatın öngörülmüş olması, zarar verenin elde ettiği kazancın da dikkate alınabilmesi ve ağır kusur veya kast ile işlenen bir fiilin gerekli olması, hükmü bir cezalandırıcı tazminat haline getirmektedir.

Ancak belirtmek gerekir ki, söz konusu düzenleme aynı konuya ilişkin idari para cezalarıyla arasında bir bağlantının bulunmayışı yönünden eleştiriye açıktır.

Kira sözleşmesinde yeniden kiralama yasağını düzenleyen TBK md. 355 hükmü de bir diğer cezalandırıcı tazminat örneği olarak dikkat çekmektedir. Hükmün tazminata üst sınır getirmeyen yapısı, ağır kusurla veya kasten gerçekleşen bir eylemi esas alması ve zarardan bağımsız bir tazmin olanağı sağlaması, cezalandırıcı tazminat niteliğini doğrulamaktadır.

Ayrımcılık tazminatı hem Avrupa Birliği'nde hem de Kıta Avrupası hukukunda son yıllarda sıklıkla gündeme gelen ve doktrinde temelinde cezalandırma düşüncesinin bulunduğu iddia edilen bir yaptırımdır. Gerçekten de zarardan bağımsız olarak bir tazminatın belirlenmesi ve haksız fiil hukukuna ilişkin bir düzenleme oluşu ve zarara ek olarak talep edilebilmesi bu düşüncüyü kuvvetlendirmektedir. Her ne kadar yasa metninde kusur şartı aranmasa da ayrımcılık eyleminin, özü itibarıyla oldukça ağır bir eylem olduğu açıktır. Dolayısıyla ayrımcılık tazminatının da bir cezalandırıcı tazminat olduğunu kabul etmek gerekir. Benzer sonuç yine iş hukuku kapsamında düzenlenen haksız fesih ve kötüniyet tazminatları açısından da geçerlidir.

FSEK md. 68 hükmünde yer alan üç kat tazminat düzenlemesi de cezalandırıcı tazminat tartışmalarına konu oluşturmakla beraber, kusurun derecesinin dikkate alınmaması açısından bir cezalandırıcı tazminat olarak değerlendirilmesi mümkün görünmemektedir. Alman ve İsviçreli hukukçuların da isabetli olarak belirttikleri gibi bu hükmün amacı cezalandırmak değil, etkin bir zarar hesaplama ve tazmin yöntemi sunmaktır. Bu açıdan hükmün bir medeni ceza niteliği taşıdığı görülmektedir. Benzer şekilde ceza koşulu da, taraf iradelerine dayanan ve sözleşmeler hukuku alanında bulunan bir hukuki kurum olarak cezalandırıcı tazminat olarak değil medeni ceza olarak kabul edilmelidir. İcra inkar tazminatı ise icra ve iflas hukukuna özgü bir yaptırım olarak dikkat

çekmektedir. Bu tazminat, kanaatimizce telafi ve önleme işlevlerine yönelmiştir. Özellikle borçlu aleyhine hükmedilen icra inkar tazminatında kusurun aranmaması, yasal olarak belirlenen yüzde yirmilik sınırın üzerinde bir tazminat talebi için zararın ispatının aranması gibi hususlar, bu tazminatı bir cezalandırıcı tazminat olarak değerlendirmeyi imkansız hale getirmektedir. İcra inkar tazminatı da bir medeni ceza örneğidir.

Cezalandırıcı tazminat içeren yabancı hukuk normlarının ve yabancı mahkeme kararlarının Türk mahkemelerinde uygulanması, tanınması ve tenfizi de tartışılması gereken önemli bir sorundur. Kıta Avrupası sisteminde genel yaklaşım, bu hükümleri kamu düzenine aykırı kabul ederek kamu düzeni istisnasına başvurmak suretiyle uygulanmasını, tanınmasını ve tenfizini reddetmek yönündedir. Her ne kadar son yıllardaki değişim ile birlikte bu katı tutum biraz yumuşamışsa da cezalandırıcı tazminat hala kamu düzeni istisnasını hareket geçiren bir yaptırım olarak görülmektedir. Kanaatimizce, cezalandırıcı tazminat içeren her türlü normu ve mahkeme kararının kategorik olarak kamu düzenini ihlal eder nitelikte görülmesi yerinde bir yaklaşım değildir. Kamu düzeni istisnası, ancak ilgili normun veya mahkeme kararının sonuçlarının kamu düzenini açıkça ihlal ettiği hallerde devreye girmelidir. Türk Hukuku'nda halihazırda cezalandırıcı tazminat niteliğinde hükümlerin öngörüldüğü alanlara ilişkin bir yabancı normun veya yabancı mahkeme kararının, sırf cezalandırıcı tazminat niteliğinde olduğu gerekçesiyle kamu düzenine aykırı görülmesi kabul edilemez. Bu alanlardaki yabancı normlar ve mahkeme kararları, ancak ölçülülük sınırlarını aşan fahiş sonuçlara yol açtığı takdirde kamu düzeni kapsamında görülebilir. Ayrıca eğer karar metninden anlaşılabiliriyorsa, cezalandırıcı tazminatın yargılama masraflarına ilişkin kısımlarının kısmi tanıma ve tenfize konu oluşturması mümkün olmalıdır. Benzer bir durum kazancın iadesine yönelik kısım için de geçerlidir. Nitekim Türk Hukuku'nda gerçek olmayan vekaletsiz iş görme halindeki kazancın iadesi

yaptırım ile istenebilen bu kısmın tanınmasının ve tenfizinin, kamu düzeni gerekçesiyle reddedilmesi yerinde olmaz.

Yapılan incelemeler ve Kıta Avrupası hukuk sisteminin hukuka aykırı bir fiile ilişkilerin yaptırımların bir bütün halinde incelenmesi sonucunda varılan sonuç, cezalandırıcı tazminat kurumuna Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde yer olmadığı yönündedir. Çünkü bu kurumun sağlayacağı yararları, halihazırda var olan hukuki enstrümanlar ile de sağlayabilmek mümkündür. Günümüzdeki yeni düzenlemelerin kafa karışıklığına yol açma nedeni, sadece ülkemizde değil Kıta Avrupası Hukuku'nda da uzun süreden beri etkili olan *Amerikanlaşma* etkisidir. Ancak bu etkiye kapılanların gözden kaçırdığı temel olgu, ülkelerin ekonomik yapılarındaki ve devlet anlayışlarındaki farklılıktır. Bu ekonomik farklılıklar, üst yapı niteliğindeki hukuk düzeninde de farklılıklara yol açmaktadır. Neo-liberalizmin yoğun şekilde etki gösterdiği Amerikan toplumu, Amerikan hukuk geleneğinin de buna uygun araçlar ortaya çıkarmasına sebebiyet vermiştir. Cezalandırıcı tazminatın bu ekonomik düzendeki temel işlevi, devletin bireyleri koruma görevini mümkün olduğunca kısıtlamak ve ekonomik açıdan güçlü şirketlere karşı bireylerin korunmasını sağlamaktır. Zira Amerikan sisteminde bireylerin, büyük şirketlere ve elitlere karşı korunması gerçekten de önemli bir gerekliliktir. Aynı zamanda “*bireysel hukuki inisiyatiflerin (private attorney general)*” geliştirilmesi ve bireylerin kendilerini dava yoluyla korumak için teşvik edilmesi yönündeki kapitalist eğilim de bu kurumu güçlendirmektedir.

Ancak Kıta Avrupası sistemindeki birçok ülke, sosyal devlet fikrinin en başarılı şekilde hayata geçirildiği ekonomik ve sosyal yapıya sahiptir. Bu sistemlerde devlet, vatandaşa karşı aktif birçok görev üstlenmekte ve en önemlisi ekonomik açıdan sosyal dengeyi sağlama yükümlülüğünü de üstlenmektedir. Devletin yükünü azaltmak ve bireyleri dava açmaya teşvik etmek sosyal devlet anlayışıyla bağdaşır nitelikte değildir.

Ayrıca Kıta Avrupası Hukuku'nun tarihi gelişimi içerisinde ortaya çıkan birtakım hukuki kurumlar zaten cezalandırıcı tazminatın işlevsel açıdan dengi niteliğindedir. En önemli cezalandırıcı tazminat sebeplerinden biri olan ürün sorumluluğu, rekabet hukuku, tüketici hukuku gibi alanlarda, Kıta Avrupası Hukuku'nda bağımsız idari otoritelerce zaten idari denetimler gerçekleştirilmektedir. Tüketicilere veya halk sağlığına ve günlükliğine yönelik denetimleri gerçekleştiren bu idari otoriteler, idari para cezaları ile yaptırım uygulama imkanına sahiptir. Elbette uygulamada birtakım eksiklikler ve aksamalar söz konusu olmaktadır. Ancak çözüm yepyeni ve yabancı bir kavramı ithal etmek değil, mevcut sistemin işlerliğini sağlamaktır.

Bir diğer önemli dava grubu ise basın yoluyla kişilik haklarının ihlalidir. Burada ise iki ayrı hukuki kurum, cezalandırıcı tazminatın sağlayacağı etkiyi yaratacaktır. Bunlardan ilki gerçek olmayan vekaletsiz iş görme kurumudur. Cezalandırıcı tazminatın sağladığı bir etki olan, karın zarar verenden zarar görene aktarılması (*gewinnabschöpfung, skimming of the profit*) Kıta Avrupası Hukuku'nda gerçek olmayan vekaletsiz iş görme yoluyla sağlanabilmektedir. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin, sübjektif zenginleşmeyi dahi talep etme yetkisi veren yapısı, ekonomik karar alma mekanizmalarının önlenmesi yönünde önemli bir etkiye sahiptir. Bir diğer seçenek imkan ise manevi tazminat konusundaki geniş takdir yetkisinin kullanımıdır. Keyfilikten kaçınma konusundaki genel kural saklı kalmak üzere, hakimin manevi tazminatın belirlenmesinde maddi tazminata nazaran daha geniş bir takdir yetkisi mevcuttur. Caroline I ve II kararlarında BGH'nin de vurguladığı üzere, manevi zararların hesabında mahkemelerin önleme işlevini dikkate alarak hareket etmesi yerinde olacaktır. Özellikle de ağır kusur ve kast ile verilen zararlarda hem zarar verici eylemi gerçekleştiren kişiyi hem de toplumun genelini benzer davranışlardan caydıracak manevi tazminat miktarlarına hükmedilmesi gerekmektedir.

Hukukun ekonomik analizinin, hukuki politikası ve yaptırımların kapsamının belirlenmesi açısından tek hareket noktası olması mümkün değildir. Dolayısıyla da önerilen önleyici tazminat modelinin, maddi tazminata ilişkin olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Maddi tazminat gibi sınırlı ve ekonomik olarak tespit edilmesi kolay bir alan, davranış kontrolü gerekçesiyle genişletilmemelidir. Buna izin vermek, keyfiliğe yol açabilecektir.

Hukuk sistemimizin bir ihlale ilişkin yaptırımlarını bir bütün olarak ele aldığımızda, cezalandırıcı tazminat gibi sisteme bütünüyle yabancı yaptırımlara gerek duymaksızın da etkili bir sistem oluşturmanın mümkün olduğu görülmektedir. Cezalandırıcı tazminatın doğduğu Common Law sistemlerinden farklı olarak Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde, idari para cezaları ve vekaletsiz iş görme gibi kurumların varlığı farklı bir değerlendirmeyi mecburi kılmaktadır. Aynı zamanda cezalandırıcı tazminatın Kıta Avrupası ile kesiştiği yegane nokta olan önleme amacı da, bazı dava gruplarında manevi tazminatın belirlenme esaslarında yapılacak bir değişiklikle hayata geçirilebilecektir. Esasında cezalandırıcı tazminatın söz konusu olduğu her dava grubu için, keyfiliğe kaçmadan, hukuki öngörülebilirliği de zedelemeyen etkili bir çözüm sağlamak mümkündür. Dolayısıyla, Türk Hukuku'nda cezalandırıcı tazminata ihtiyaç bulunmamaktadır.

TEZ ÖZETİ

Cezalandırıcı tazminat, cezalandırma ve önleme işlevlerine yönelik bir *Common Law* yaptırımıdır. Cezalandırıcı tazminat, bir haksız fiilin var olduğu durumlarda söz konusu olmaktadır. Uğranılan maddi veya manevi zarardan bağımsız olarak, jüri tarafından, geniş bir takdir yetkisi çerçevesinde belirlenmektedir. Jüri, kusurun ağırlığını, olayın gerçekleşme biçimini, zarar verenin malvarlığını dikkate alarak uygun bir rakama hükmedecektir.

Kıta Avrupası Hukuku açısından ise ana kural, haksız fiilde söz konusu olan tazminatların telafi işlevine göre belirlenmesidir. Genel ve özel önleme, dava açma inisiyatifini teşvik gibi işlevler, tazminatın belirlenmesinde bir unsur olmayıp ancak birer yan etki olarak kabul edilmektedir. Ana kural telafi işlevine yönelik tazminatlar olmakla birlikte, RKHK md. 58/II, TBK md. 355 gibi düzenlemelerde cezalandırma ve genel önleme işlevine yönelen farklı yaptırımlara yer verildiği görülmektedir.

Bir hukuk sisteminin, ihlale verdiği yanıt bir bütün olarak ele alınmalıdır. Kıta Avrupası açısından bir değerlendirme yapıldığında, bağımsız idari otoritelerin idari para cezası ile sağladığı cezalandırma ve önleme işlevi, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme ile zarar verenin elde ettiği kazancın iadesinin sağlanması ve manevi tazminat miktarlarının belirli dava gruplarında artırılması sayesinde etkili bir önleme ve cezalandırmanın sağlanabileceği görülmektedir. Bu sebeple, başka bir hukuk sisteminin kendisine özgü koşulları içerisinde oluşmuş bir yaptırımın iktibas edilmesine gerek bulunmamaktadır. Türk Hukuku'nda cezalandırıcı tazminata yönelik bir ihtiyaç bulunmamaktadır.

ABSTRACT

Punitive damages is a Common Law remedy which intended for punitive and preventive functions. Punitive damages occurs when there is a tortious act. Regardless of the pecuniary or non-pecuniary damage occurred, it is determined by the jury within a wide discretion. The jury will decide on an appropriate amount, taking into account the gravity of the fault, the way the act took place, and the wealth of the infringer.

In terms of Continental European Law, the main rule to determine the amount of the compensation in the tort is the restoration. Functions such as general and specific prevention, private enforcement are not accepted as an element in determining compensation, but are considered as side effects. Although the main aspect is compensatory damages, it is seen that different sanctions are included in the provisions such as RKHK Art. 58/II, TBK Art. 355 in terms of punishment (retaliation) and general prevention function.

A legal system's response to a violation must be considered as a whole. When an evaluation is made in terms of Continental Europe, it is seen that an effective prevention and punishment can be achieved thanks to the punishment and prevention function provided by the independent administrative authorities by ruling administrative fines, the skimming of the profits from the infringer through acting without authority (*negotiorum gestio*), and the increase in the amount of non-pecuniary damages in certain case groups. For this reason, there is no need to extract a sanction formed within the specific conditions of another legal system. Thus, there is no need for punitive damages in Turkish Law.

BİBLİYOGRAFYA

Akgün Akay, Merve: Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına Özgü Sona Erme Sebepleri, Ankara 2017.

Akil, Cenk: "İtirazın İptali Davasında İcra İnkâr Tazminatının Şartı Olarak Borçlunun İtirazının Haksızlığına Karar Verilmesi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, 2012, s. 317-338.

Akipek Öcal, Şebnem/Kırbeşoğlu, Nagehan/Tokbaş, Hakan: Sorularla 12 Bankaya Karşı Üç Kat Tazminat, İstanbul 2017.

Aksoy, Hüseyin Can: "Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru İle İlişkisi Nedir?", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 24, S. 2, 2018, s. 999–1018.

Akyürek, Bevrhan Bahadır: İcra ve İflas Hukukunda Borç İnkâr Tazminatı, Ankara 2021.

Andrews, Eric: "Lex Punit Mendacium: Punitive damages and Bhasin v Hrynew", Western Journal of Legal Studies, C. 7, S.2 , 2017, s. 1–18.

Antalya, Gökhan A.: Marmara Hukuku Yorumu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: V/1, 2, Ankara 2019.

Antalya, Gökhan A.: Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması, İstanbul 2017.

Ardıyok, Şahin: Regülasyon Hukuku, İstanbul 2019.

Arıcı, Kadir: Türk İş Hukuku I- Ferdi İş İlişkileri Hukuku, Ankara 2022.

Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2020.

Aşcıoğlu Öz, Gamze: Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2000.

Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2022.

Atlan, Hülya: Manevi Zararı Tazmin Yolları, İstanbul 2015.

Ausness, Richard: "Retribution and Deterrence: The Role of Punitive Damages in Products Liability Litigation", Kentucky Law Journal, C. 74, S. 1, 1985-1986, s. 1–125.

Ay Chelli, Ebru: "Cezalandırıcı Tazminat Kararlarının Fransa'da Tenfizi", Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, C. 3, S. 1, 2014, s. 175-191.

Aydemir, Efrail: Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku, Ankara 2016.

Aydın, Gülşah Sinem: Kişilik Hakkı İhlalinden Doğan Vekaletsiz İş Görme, İstanbul 2017.

Baş Süzel, Ece: Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme, İstanbul 2015.

Behr, Volker: "Myth and Reality of Punitive Damages in Germany", Journal of Law and Commerce, C. 24, S.2, 2004-2005, s. 197–224.

Behr, Volker: "Punitive Damages in American and German law - Tendencies Towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts", Chicago-Kent Law Review, C. 78, S. 1, 2003, s. 105–162.

Behr, Volker: Strafschadenersatz- Pönale Elemente im Schadensersatzrecht, içinde: FS Mehle, Baden-Baden 2009, s. 33–47.

Behr, Volker: "Strafschadenersatz im deutschen Recht – Wiederauferstehung eines verdrängten Phänomens", Zeitschrift für das Juristische Studium, 3/2010, s. 292–296.

Belli, Melvin M.: "Punitive Damages : Their History , Their Use and Their Worth in Present-Day Society", UMKC Law Review, C. 49, S. 1, 1980, s. 1–23.

Bittle, Lyndon F.: "Punitive Damages and the Eighth Amendment: An Analytical Framework for Determining Excessiveness", California Law Review, C. 74, S. 4, 1987, s. 1433–1471.

Birinci Uzun, Tuba: Götürü Tazminat, Ankara 2015.

Böni, Franz/Wassmer, Alex: "Die Höhe des erwirtschafteten Gewinns als Parameter bei

der Festlegung von Kartellgeldbußen", Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht, Heft 5, 2017, s. 241–245.

Bozbel, Savaş: Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2015.

Brand, Oliver: Schadensersatzrecht, Münih 2015.

Brockmeier, Dirk: Punitive Damages, Multiple Damages und Deutscher Ordre Public, Tübingen 1999.

Brooks, Michael L: *"Uncharted Waters : The Supreme Court Plots the Course to a Constitutional Bright-Line Restriction on Punitive Awards in Exxon Shipping Co . v . Baker"*, Oklahoma Law Review, C. 62, S. 3, 2010, s. 497–526.

Bungert, Hartwin: *"Enforcing U.S. Excessive and Punitive Damages Awards in Germany"*, The International Lawyer, C. 27, S. 4, 1993, s. 1075–1090.

Büyüksağış, Erdem: Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı, İstanbul 2007.

Bydlinski, Franz: *"Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft"*, AcP, C. 204, S. 3-4, 2004, s. 309–395.

Canaris, Claude Wilhelm: Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, içinde: FS Deutsch, 1999, s. 85–109.

Cappelletti, Marco: *"Punitive Damages and the Public/Private Distinction: A Comparison Between the United States and Italy"*, Arizona Journal of International & Comparative Law, C. 32, S. 3, 2015, s. 799–848.

Celep, Ayşe Ebru: Yeniden İnşa veya İmar Sebebiyle Tahliye ve Kentsel Dönüşümde Kiracının Durumu, İstanbul 2018.

Coderch, Pablo Salvador: *"Punitive Damages and Continental Law"*, ZeuP, 2001/3, s. 604–616.

Colby, Thomas B.: *"Beyond the Multiple Punishment Problem: Punitive Damages as*

Punishment for Individual, Private Wrongs", Minnesota Law Review, C. 87, 2003, s. 583–678.

Cömert Akbay, Büşra: *"Türk Rekabet Hukukunda Özel Hukuk Cezası"*, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM), C. 4, S. 2, 2018, s. 149–174.

Çağlayan Aksoy, Pınar: *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini*, İstanbul 2016.

Çelik, Nuri/Caniklioglu, Nurşen/Canbolat, Talat: *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul 2019.

Çelikel, Aysel/Erdem, Bahadır: *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul 2020.

Dasser, Felix: *"Punitive damages : Vom " fremden Fötzel " zum "Miteidgenoss""*, SJZ 96/2000, s. 101–111.

Demir, Kübra: *"Manevi Tazminatın Belirlenmesine Genel Bir Bakış"*, Sakarya Hukuk Dergisi, C. 8, S. 1-2, 2020, s. 67-88.

Demir Gökyayla, Cemile: *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni*, Ankara 2001.

Demirbaş, Ali: *Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma*, İstanbul 2015.

Deutsch, Erwin: *"Die Zwecke des Haftungsrechts"*, JZ, 1971, s. 244–248.

Dıncırcı, Burak: *"Yargıtay Kararları Kapsamında Kötüniyet Tazminatına Genel Bir Bakış"*, SHD, C. 9, S. 2, Aralık 2021, s. 219-231.

Dobbs, Dan B.: *"Ending Punishment in „Punitive“ Damages: Deterrence-Measured Remedies"*, Alabama Law Review, C. 40, S. 3, 1989, s. 831–917.

Doğan, Murat/Şahan, Gökhan/Atamulu, İsmail: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2021.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan: *Türk Özel Hukuku Cilt II- Kişiler Hukuku*, İstanbul 2015.

Dursun, Hasan: *İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi*, Ankara 2015.

Ebert, Ina: Pönale Elemente im Deutschen Privatrecht, Tübingen 2004.

Ekşi, Nuray: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul 2013.

Ekşi, Nuray: "Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni", Public and Private International Law Bulletin, C. 40, S.1, 2020, s. 143–201.

Ellis Jr., Dorsey D.: "Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages", Southern California Law Review, C. 56, 1982, s. 1–78.

Ercan, İbrahim: "Bir Yargıtay Kararı Işığında İcra ve İflâs Kanunu Madde 170'de Düzenlenen Kötü Niyet Tazminatı Hakkında Bazı Düşünceler", DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), 2014, s. 2207-2219.

Ercoşkun Erol, Hatice Kübra: "Mali Hakları veya Kullanım Hakkını Devralanların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Korunması", Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, 2013, s. 45–64.

Erdem, Mehmet: Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi, içinde: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu 28-29 Mayıs 2009, Ankara 2009, s. 97–124.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2021.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2022.

Eren, Fikret/ Dönmez, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Ankara 2022.

Ergüne, Mehmet Serkan: Olumsuz Zarar, İstanbul 2008.

Erlüle, Fulya: Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, İstanbul 2021.

Farber, Daniel A.: "Reassessing the Economic Efficiency of Compensatory Damages for Breach of Contract", Virginia Law Review, C. 66, 1980, s. 1443–1484.

Fuchs, Maximilian/Pauker, Werner: Delikts und Schadensersatzrecht, Heidelberg 2012.

Furrer, Andreas/Müller-Chen, Markus/Çetiner, Bilgehan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2022.

Gash, Jim: Understanding and Solving the Multiple Punishments Problem, içinde: Meurkens/Nordin (Ed.): The Power of Punitive Damages: Is Europe Missing Out?, Cambridge 2012, s. 65–105.

Gauch, Peter/Schluep, Walter R./Schmid, Jörg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I-II, Zürich 2020.

Göbel, Judith: Geldentschädigung und Schmerzensgeld: Konvergenz oder Divergenz?, Bern 2003.

Görgün, Şanal/Börü, Levent/Kodakoğlu, Mehmet: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2022.

Göthel, Stephan R.: "Funktionen des Schmerzensgeldes", RabelsZ, C. 69, S. 2, 2005, s. 255–307.

Grass, J W: "The Penal Dimensions of Punitive Damages", Hastings Constitutional Law Quarterly, C. 2, 1984, s. 241–314.

Graziano, Thomas Kadner: "Das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht nach Inkrafttreten der Rom II-Verordnung", RabelsZ, C. 73, S. 1, 2009, s. 1–77.

Gürbüz, Şefika Deren: Olumlu Zarar, İstanbul 2020.

Gül, İbrahim: "ABD Mahkemelerinin Verdiği Medeni Ceza (Punitive Damages) Kararlarının Tanınması ve Tenfizi", Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, Aralık 2016 s. 49-77.

Gül, İbrahim: ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza, Ankara 2015.

Gül, İbrahim: "Yeniden Kiralama Yasağına Aykırılık Nedeniyle Tazminat ve Hukuki Niteliği", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 2, 2021, s. 931–951.

Güleryüz, M. Tarık/Zorluoğlu Yılmaz, Ayça: "Bir Anglo-Amerikan Hukuku Müessesesi

Olarak Cezalandırıcı Tazminatın (Punitive Damages) Bazı Türk Hukuku Müesseseleri ile Mukayesesi", TBB Dergisi, 2019 (141), s. 325- 362.

Gümüş, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2021.

Gümüş, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt-II, İstanbul 2014.

Gümüş, Mustafa Alper: Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul 2011.

Gürzümar, Osman Berat: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak, Ankara 2005, s. 115–185.

Güven, Pelin: Tanıma-Tenfize Konu Olabilecek Kararlar, içinde: Balkar Bozkurt, Süheyla (Ed.): Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Güncel Gelişmeler, İstanbul 2018, s. 29–38.

Güven, Pelin: "'Rekabetin Engellenmesi" Halinde Uygulanacak Olan Hukukun Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/11, Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan, 2011, s. 429-466.

Harris, Angela P.: "Rereading Punitive Damages: Beyond the Public/Private Distinction", Alabama Law Review, C. 40, S. 3, 1989, s. 1079–1116.

Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011.

Hay, Peter: "The Recognition and Enforcement of American Money-Judgments in Germany - The 1992 Decision of the German Supreme Court", The American Journal of Comparative Law, C. 40, 1992, s. 729–750.

Heizmann, Reto: Strafe im schweizerischen Privatrecht, Bern 2015.

Hekim, Aylin/Kaplan, Mikail Bora: Cezalandırıcı Tazminat ve Medeni Ceza Kavramlarının Karşılaştırılması, içinde: Baysal, Başak (Ed.): Sorumluluk Hukuku (Seminerler-Makaleler), İstanbul 2017, s. 165–188.

Herschorn, Arnie: "Awards of Punitive Damages for Breach of Contract", The

Advocates' Quarterly, C. 41, 2013, s. 464–485.

Honsell, Heinrich: Römisches Recht, Berlin 2015.

Honsell, Heinrich: Der Strafgedanke im Zivilrecht – ein juristischer Atavismus, içinde: FS Westermann, Köln 2008, s. 315–336.

Honsell, Heinrich: Amerikanische Rechtskultur, içinde: FS Zaech, Zürich 1999, s.39–56.

Honsell, Heinrich/Isenring, Bernhard/Kessler, Martin A.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2013.

Hotz, Sandra: "Auf dem Weg zur Gleichstellung der Geschlechter ?", SJZ, 116/2020, s. 3–18.

Inderkum, Matthias: Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe aus Persönlichkeitsverletzung, Zürich 2008.

İnceoğlu, Murat: Kira Hukuku-Cilt II, İstanbul 2014.

İstemi, Mehmet: Sözleşmenin Cüretkarane İhlali ve Cezalandırıcı Tazminat, içinde: Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, İstanbul 2011, s. 2685–2722.

Jansen, Nils/Rademacher, Lukas: Punitive Damages in Germany, içinde: Koziol/Wilcox (Ed.): Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, Tort and Insurance Law Vol. 25, Wien 2009, s. 75–87.

Jenny, Aurelia/Tuor, Nathalie: "Ausserprozessuale Anwaltskosten – Ein Schaden Kommt Selten Allein", Anwaltsrevue 2022, s. 249-252.

Kağıtçıoğlu, Mutlu: Para Piyasası Kurumlarına Yönelik Ekonomik Kolluk Faaliyeti, İstanbul 2016.

Karaca, Ali: "İcra İnkâr Tazminatı", Adalet Dergisi, Y. 44, S. 4, Nisan 1953, s. 374-380.

Karagöz, Veli: "İş Hukukunda Ayrımcılık Tazminatı", Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 5, S. 1, 2014, s. 57–76.

Karakaş, Fatma Tülay: *"Bedensel Bütünlüğü İhlal Edilen Ev Kadınının Çalışma Gücünün Kaybı Nedeniyle Tazmin Talebi"*, AÜHFD, C. 55, S. 2, Y. 2006, s. 143-156.
(Ev Kadınının Çalışma Gücü)

Karakaş, Fatma Tülay: *Eleştirel Bakış Açısıyla Normatif Zarar Kuramı*, Ankara 2004
(Yayımlanmamış Doktora Tezi).

Karakaş, Fatma Tülay: *"Tatildeki Dinlenme Olanğından Yoksun Kalınması"*, BATİDER, C. XXIII, S. 4, Aralık 2006, s. 183-203.

Karakaş, Fatma Tülay / Söğütlü Erişgin, Özlem: *"Tarihsel Açıldan Malvarlığı Zararı ve Bu Zararın Belirlenmesi"*, BATİDER, C. XXIII, S. 3, Haziran 2006, s. 153-181.

Karan, Ulaş: *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, İstanbul 2017.

Karayalçın, Yaşar: *"Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması"*, AÜHFD, C. 19, S.1-4, Y. 1962, s.251-275.

Katoğlu, Tuğrul: *"Ceza Hukukçusu Gözüyle Rekabet Hukuku Mevzuatında Yapılması Öngörülen Değışiklikler"*, Ankara Barosu Dergisi, 2014/3, s. 397-411.

Kesici, Buğra: *Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğı*, İstanbul 2017.

Keskin, Dilşad A.: *Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat*, Ankara 2016.

Kılıçoğlu, Ahmet M.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2018.

Kılıçoğlu, Ahmet M.: *Sinai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, Ankara 2018.

Kılınç, Ayşe: *"İcra Tazminatına Hükmedilebilmesinde Talep Koşulu ve Taleple Bağlılık İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi"*, DEÜHFD, C. 21, S. 1, 2019, s. 205-231.

Kırca, Çiğdem: *"Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliğı"*, Yargıtay Dergisi, C. 25, S. 3, Temmuz 1999, s. 242–270.

Kırca, Çiğdem: *Ürün Sorumluluğu*, Ankara 2007.

Klode, Michael: "Punitive Damages – Ein aktueller Beitrag zum US-amerikanischen Strafschadensersatz", NJOZ, 2009, s. 1762–1773.

Koç, Nevzat: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kira Sözleşmesine İlişkin Olarak Yapılan Yeni Düzenlemelerin Genel Değerlendirmesi", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, 2014, s. 7–35.

Kocaağa, Köksal: *Türk Özel Hukukunda Cezai Şart*, Ankara 2003.

Kocaağa, Köksal: "İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat mıdır?", TBB Dergisi, 2008(74), s. 149-157.

Koch, Bernard A.: Strafe muss sein- auch im Haftungsrecht?, içinde: FS Roth, Münih 2011, s. 379–393.

Koch, Bernhard: Punitive Damages in European Law, içinde: Koziol/Wilcox (Ed.): Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, Tort and Insurance Law Vol. 25, 2009, s.197–209.

Koller, Alfred: *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Bern 2009.

Köndgen, Johannes: "Immaterialschadensersatz, Gewinnabschöpfung oder Privatstrafen als Sanktionen für Vertragsbruch? – Eine rechtsvergleichend-ökonomische Analyse", RabelsZ, C. 56, S. 4, 1992, s. 696–756.

Körner, Marita: "Zur Aufgabe des Haftungsrechts- Bedeutungsgewinn Präventiver und Punitiver Elemente", NJW, 2000, s. 241–246.

Koziol, Helmut: Punitive Damages: Admission Into The Seventh Legal Heaven Or Eternal Damnation? Comparative Report And Conclusions, içinde: Koziol/Wilcox (Ed.): Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, Tort and Insurance Law Vol. 25, Wien 2009, s. 275–308.

Koziol, Helmut: "*Punitive Damages - A European Perspective*", Louisiana Law Review, C. 68, 2008, s. 741–764.

Kuru, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara 2013.

Küçükali, Canan: Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası, Ankara 2017.

Landolt, Robin: Prävention und staatliche Aufsicht/ Die Gewinnabschöpfung im Kartellrecht, Zurich 2017, s.197–228.

Lempen, Karine/Voloder, Aner: "*Aktuelle Entwicklungen rund um das Gleichstellungsgesetz*", SJZ, 114/2018, s. 81–89.

Lendermann, Marc: Strafschadensersatz im internationalen Rechtsverkehr, Tübingen 2019.

Lenz, Christian: Amerikanische Punitive Damages vor dem Schweizer Richter, Zürich 1992.

Liebs, Detlef: Römisches Recht, Göttingen 2004.

Macit, İsmail: "*Türk Rekabet Hukukunda Bir Cezalandırıcı Tazminat Örneği Olarak Üç Kat Tazminat*", Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, s. 367–398.

Magnus, Ulrich: Punitive Damages and German Law, içinde: Meurkens/Nordin (Ed.): The Power of Punitive Damages: Is Europe Missing Out?, Cambridge 2012, s. 245–260.

Magnus, Ulrich: Schaden und Ersatz, Tübingen 1987.

Mahé, Chantal B.P.: Punitive Damages in the Competing Reform Drafts of the French Civil Code, içinde: Meurkens/Nordin (Ed.): The Power of Punitive Damages: Is Europe Missing Out?, Cambridge 2012, s. 261-281.

Medicus, Dieter: "*Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden*", JZ, C. 61, S. 16, 2006, s. 805–812.

Mehmetoğlu, Hayreddin Fırat: Kiralananın El Değiştirmesi ve Yeni Malikin

Gereksinim Nedeniyle Fesih Hakkı, İstanbul 2019.

Meurkens, Lotte: The Punitive Damages Debate in Continental Europe: Food for Thought, içinde: Meurkens/Nordin (Ed.): The Power of Punitive Damages: Is Europe Missing Out?, Cambridge 2012, s. 3–65.

Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku, Ankara 2022.

Möller, Reinhard: Das Präventionsprinzip des Schadensrechts, Berlin 2006.

Mörsdorf-Schulte, Juliana: Funktion und Dogmatik US-Amerikanischer Punitive Damages, Tübingen 1999.

Müller, Peter: Punitive Damages und Deutsches Schadensersatzrecht, Berlin 2000.

Narbay, Şafak/Kesici, Buğra: "Rekabet Hukukunun İhlâlinden Kaynaklanan Tazminat Davalarında Görevli ve Yetkili Mahkeme Üzerine "Kısa Bir Değerlendirme"", Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2015, s. 207–253.

Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul 2014.

Nezar, Amir: "Reconciling Punitive Damages with Tort Law's Normative Framework", The Yale Law Journal, C. 121, S. 3, 2011, s. 678–723.

Niggli, Marcel Alexander/Maeder, Stefan: Was unterscheidet Haftpflichtrecht von Strafrecht?, içinde: Anna Böhme ve diğerleri. (Ed.), Ohne jegliche Haftung, Festschrift für Willi Fischer zum 65. Geburtstag, Zürich 2016, 379–397.

Nomer, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2017.

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

Notes: "Exemplary Damages in the Law of Torts", Harvard Law Review, C. 70, S. 3, 1957, s. 517–533.

Oftinger, Karl/Stark, Emil W.: Schweizerisches Haftpflichtrecht. Band I: Allgemeiner Teil, Zürich 1995.

Oğuz, Arzu/Özden Merhacı, Selin: *"Fikri ve Sınai Hakların İhlal Edilmesinden Doğan Tazminat Talepleri"*, Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, Ankara 2013, Cilt-2, s. 951-974

Oğuzman, Kemal M./Öz, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2*, İstanbul 2013.

Oğuzman, Kemal M./Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe: *Kişiler Hukuku*, İstanbul 2019.

Oral, Tuğçe: *Tüzel Kişilerin Manevi Zararının Tazmini*, İstanbul 2018.

Owen, David G.: *"A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform"*, Villanova Law Review, C. 39, 1994, s. 363–413.

Owen, David G.: *"Punitive Damages in Products Liability Litigation"*, Michigan Law Review, 1976, C. 74, s. 1257–1371.

Owen, David G.: *"Civil Punishment and the Public Good"*, Southern California Law Review, 1982, C. 56, s. 103–121.

Öcal Apaydın, Bahar/İnce Akman, Nurten: *"Götürü Tazminatın Hâkim Tarafından İndirilmesi Meselesi"*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 25, S. 1, Haziran 2019, s. 220-261.

Öz, Ozan: *Rekabet Hukuku Kapsamında Üç Kat Tazminat Sorumluluğu*, Ankara 2022.

Özdemir, Ayşe Nur: *Rekabet Hukuku Perspektifinden Fiilin Tekliği/Aynılığı*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:198, Ankara 2022.

Özden Merhacı, Selin: *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat*, Ankara 2013.

Özden Merhacı, Selin: *"Common Law Haksız Fiiller Hukukuna Genel Bir Bakış ve İhmale Dayanan Haksız Fiiller"*, Ankara Barosu Dergisi, 2012/4, s. 179-206.

Özden Merhacı, Selin/Erkan, Vehbi Umut: *"Anglo-Amerikan Hukukundan Kıta Avrupası Hukukuna – Özel Hukukta De Minimis Kuralı"*, İnÜHFD, C. 9, S. 2., Y. 2018, s. 49-70.

Özdemir, Olgu: *İş Sözleşmesinin Feshinde Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye*

Kullanılması Yasağı, İstanbul 2022.

Özen, Burak/Yıldız, Ozan Ali: *"Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görmeye Dayalı Kazanç Devri Yaptırımının Kapsamının Belirlenmesi"*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 2, Aralık 2021, 1827-1851.

Özkan, Aytül/Özkan, Ahmet Fatih: *"Fikir ve Sanat Eserleri Bağlamında Tecavüzün Ref'i Davası ve Üç Kat Bedel Sorunu"*, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, s. 103–134.

Özkan, Fırat: *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, Ankara 2008.

Parlak Börü, Şafak: *"Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış"*, TBB Dergisi, 2017 (129), s. 195-228.

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet: *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul 2017.

Polinsky, A. Mitchell/Shavell, Steven: *"Punitive Damages: An Economic Analysis"*, Harvard Law Review, C. 111, 1998, s. 869–962.

Posner, Richard A.: *"Judicial Behavior and Performance: An Economic Approach"*, Florida State University Law Review, C. 32, 2005, s. 1259–1279.

Postacıoğlu, İlhan E.: *"İcrada İnkâr Tazminatı Üzerine Düşünceler ve Bazı İhtilaflı Noktalar"*, BATİDER, C. 9, S. 4, Aralık 1978, s.951-970.

Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer: *İcra Hukuku Esasları*, İstanbul 2010.

Pringsheim, Fritz: *"The Inner Relationship Between English and Roman Law"*, The Cambridge Law Journal, C. 5, S. 3, 1935, s. 347–365.

Rey, Heinz: *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, Zürich 2008.

Riedel, Eva-Maria: *Punitive Damages – Ein Vergleich des englischen, US-amerikanischen und deutschen Rechts*, ZERP-Arbeitspapier 3/2016, Bremen 2016.

Roberto, Vito: *"Schadenersatz , Gewinnabschöpfung und Bereicherungsanspruch bei*

Immaterialgüterrechtsverletzungen", Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht, Özel Sayı (Sonderheft) 1, 2008, s. 23–32.

Rosengarten, Joachim: *"Der Präventionsgedanke im deutschen Zivilrecht Höheres Schmerzensgeld , aber keine Anerkennung und Vollstreckung US- amerikanischer punitive damages ?"*, NJW, 1996, s. 1935–1938.

Rusch, Arnold F./Fischbacher, Adrian: *" Entschädigung des anwaltlichen Prozessierens in eigener Sache und verwandter Formen"*, AJP/PJA, 7/2019, s. 686-696.

Rustad, Michael/Koenig, Thomas: *"The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers"*, The American University of Law Review, C. 42, S. 4, 1993, s. 1269–1333.

Sales, James B./Cole, Kenneth B.: *"Punitive Damages: a Relic that Has Outlived Its Origins"*, Vanderbilt Law Review, C. 37, S. 5, 1984, s. 1117–1172.

Schaefer, Hans-Bernd/Ott, Claus: *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Berlin 2012.

Sanlı, Kerem Cem: *Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi*, İstanbul 2007.

Sanlı, Kerem Cem: *Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu, içinde: Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - I, 4 Nisan 2003, Kayseri 2003, s. 211–277.*

Sarıkaya, Murat: *"Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Tazminat Talepleri Üzerine İnceleme"*, Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, 2019, s. 59–89.

Saruhan, Utku: *"Yeniden Kiralama Yasağı (TBK m. 355)"*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 10, S. 37, 2019, s. 353–382.

Schäfer, Carsten: *"Strafe und Prävention im Bürgerlichen Recht"*, AcP, C. 202, S. 3, 2002, s. 397–434.

Schlechtriem, Peter: "Schadenersatz und Schadensbegriff", ZEuP, 1997, S. 2, s. 232-254.

Schlewing, Anja: "Die aktuelle Rechtsprechung des Achten Senats des BAG zum Entschädigungs- und Schadenersatzanspruch des erfolglosen Bewerbers nach § 15 Abs. 2 und Abs. 1 AGG", Recht der Arbeit, C. 72, S. 5, 2019, s. 257–269.

Schnyder, Anton K./ Portmann, Wolfgang/ Müller-Chen, Markus: Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 2013.

Schubert, Jens M.: "Punitive Damages – Das englische Recht als Vorbild für das deutsche Schadensrecht? –", Juristische Rundschau, 4/2008, s. 138–143.

Schwartz, Gary T.: "Deterrence And Punishment In The Common Law Of Punitive Damages: A Comment", Southern California Law Review, C. 56, 1982, s. 133–153.

Schwenzer, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2009.

Sebert, John: "Punitive and Nonpecuniary Damages in Actions Based Upon Contract: Toward Achieving the Objective of Full Compensation", UCLA Law Review, C. 33, S. 6, 1986, s. 1575–1678.

Sebok, Anthony J.: Punitive Damages in the United States, içinde: Koziol/Wilcox (Ed.): Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, Tort and Insurance Law Vol. 25, Wien 2009, s. 155–196.

Sebok, Anthony J.: "What Did Punitive Damages Do? Why Misunderstanding the History of Punitive Damages Matters Today", Chicago-Kent Law Review, C. 78, 2003, s. 163–206.

Sebok, Anthony J/Wilcox, Vanessa: Aggravated Damages, içinde: Koziol/Wilcox (Ed.): Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, Tort and Insurance Law Vol. 25, Wien 2009, s. 155–196.

Serozan, Rona: Borçlar Hukuku Genel Bölüm- İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme,

İstanbul 2022.

Serozan, Rona: Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, İstanbul 2018.

Sharkey, Catherine M.: "*The Exxon Valdez Litigation Marathon: A Window on Punitive Damages*", C. 7, S. 1, University of St. Thomas Law Journal, 2009, s. 27–54.

Sırataş, Burcu: Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2021.

Stiefel, Ernst C./Stürner, Rolf: "*Die Vollstreckbarkeit US-amerikanischer Schadensersatzurteile exzessiver Höhe*", VersR, 1987, s. 829–846.

Stoll, Hans: "*Penal Purposes in the Law of Tort*", The American Journal of Comparative Law, C. 18, 1970, s. 3–21.

Stoll, Hans: Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, Heidelberg 1993.

Sturley, Michael F.: "*Vicarious liability for punitive damages*", Louisiana Law Review, C. 70, 2010, s. 501–528.

Suluk, Cahit/Karasu, Rauf/Nal, Temel: Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara 2019.

Sümer, Haluk Hadi: İş Hukuku, Ankara 2020.

Süral, Ceyda/Tarman, Zeynep Derya: Recognition and Enforcement of Foreign Court Decisions in Turkey, içinde: Bonomi, Andrea/Romano, Gian Paolo (Ed.), Volume XV Yearbook of Private International Law, 2013-2014, s. 485–508.

Süzek, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2020.

Şahin, Murat: Rekabet Hukukunda Tazminat Talepleri, İstanbul 2018.

Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman Figanmeşe, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2019.

Tandoğan, Halûk: Türk Mes'uliyet Hukuku, İstanbul 2010.

Tandoğan, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç ilişkileri Cilt II, Ankara 1977.

Tekinalp, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2012.

Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.

Tekinsoy, Ayhan: "Bağımsız İdari Otoriteler ve Regülasyon Anlayışı – Tartışmalar, Sorunlar", Ankara Barosu Dergisi, Y. 64, S. 2, 2007, s. 119-134.

Topçuoğlu, Metin: Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat, içinde: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu 28-29 Mayıs 2009, Ankara 2009, s. 5–59.

Topuz, Murat: İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, Ankara 2020.

Topuz, Murat/Bakar, Gökhan: On İki Banka Örneği Üzerinden Uyumlu Eylem ile Kartel Oluşturan Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2017.

Trachsel, John: Die Bemessung der Genugtuung: eine rechtsvergleichende Studie, Zürich 2018.

Tschannen, Emanuel Georg: Vorbeugender Rechtsgüterschutz durch Privatrecht Eine Bestandesaufnahme überkompensatorischer Rechtsfolgen im Vertragsrecht der Schweiz, içinde: Hausheer (Ed.): Abhandlungen zum Schweizerischen Recht Band/Nr. 767, Bern 2009, s. 1–31.

Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2016.

Turan Başara, Gamze: Kişiliğin İhlalinden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat ile Haksız Kazancın İadesi, Ankara 2018.

Turhan, Ozan: "Amerikan Antitröst Yasalarının Özel Hukuk İlişkilerine Tatbiki Sonucu Ortaya Çıkan "Treble Damages" Kararlarının Avrupa ve Türkiye'de Tenfizi Sorunu", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, Haziran 2010, s. 91-113.

Tütüncübaşı, Uğur: "Türk Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Alman Hukukunda Yabancı Yargı Kararlarının Tanınması ve Tenfizi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı, 2014, s. 1525–1551.

- Uçaryılmaz, Talya Şans/ Emiroğlu, Haluk:** *"Roma Hukukunda Haksız Fiil ve Suç İlişkisi Işığında Tazminatın Cezalandırıcı Fonksiyonu"*, AÜHFD, C. 69, S. 2, 2020, s. 835-868.
- Ünal, Canan:** *İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı*, İstanbul 2018.
- Vanleenhove, Cedric:** *Punitive Damages in International Law*, Cambridge 2016.
- Varlı, Pelin:** *Fikri Haklara Saldırı ve Üç Kat Tazminat Sorunu*, Ankara 2021.
- Wagner, Gerhard:** *"Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht — Anmaßung oder legitime Aufgabe"*, AcP, C. 206, S. 2-3, 2006, s. 352–476.
- Wagner, Gerhard:** *Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht- Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden, Gutachten Teil A zum 66. Deutschen Juristentag, Stuttgart 2006.*
- Wagner, Gerhard:** *Präventivschadensersatz im Kontinental Europäischen Privatrecht, içinde: Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag, Wien 2010, s.925–943.*
- Wagner, Gerhard/Potsch, Nicolas:** *"Haftung für Diskriminierungsschäden nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz"*, JZ, C. 61, S. 22, 2006, s. 1085–1100.
- Weinrib, Ernest J.:** *Corrective Justice*, Oxford 2012.
- Wertheimer, Ellen:** *"Punitive Damages and Strict Products Liability: An Essay in Oxymoron"*, C. 39, Villanova Law Review, 1994, s. 505–523.
- Wilcox, Vanessa:** *Punitive Damages in England, içinde: Koziol/Wilcox (Ed.): Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, Tort and Insurance Law Vol. 25, Wien 2009, s. 7–53.*
- Yasan Tepebaş, Candan:** *İmalatçının Sorumluluğu ve Uygulanacak Hukuk*, İstanbul 2021.
- Yayvak Namlı, İrem:** *İş Hukuku'nda Cezai Şart*, İstanbul 2019.
- Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak:** *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler 1. Cilt*, İstanbul 2022.

Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler 2. Cilt, İstanbul 2022.

Yavuz, Nihat: Kira Hukuku, Ankara 2021.

Yenisey, Kübra Doğan: "İş Kanununda Eşitlik İlkesi Ve Ayırmacılık Yasağı", Çalışma ve Toplum, 2006/4, s. 63–82.

Yılmaz, Süleyman/Yıldırım, Abdülkerim: Medeni Hukuk I- Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 2021.

Yıldız, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008.

Yılmaz, Ejder: "İcra İnkâr Tazminatı Açısından "Likit Alacak" Kavramı", Bankacılar Dergisi, 2008/67, s. 85-93.

Yılmaz, Ejder: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Ankara 2016.

Yılmaz, Halit: "İtirazın İptali Davası ve İcra İnkâr Tazminatı", Yargıtay Dergisi, C. 30, S. 1-2, Ocak-Nisan 2004, s. 45-76.

Yiğit, İlhan: Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu, İstanbul 2013.

Yüksel, Sera Reyhani: Vekaletsiz İş Görme Kısa Şerhi, İstanbul 2018.

Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2019.

Zimmermann, Reinhard: The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Cape Town 1992.