



CEZAÎ TAZMİNAT
Doktora Tezi

Özden ÖZER TAŞKIN

Eskişehir 2022

CEZAÎ TAZMİNAT

Özden ÖZER TAŞKIN

DOKTORA TEZİ

**Özel Hukuk Anabilim Dalı
Danışman: Prof. Dr. Nuri ERİŞGİN**

**Eskişehir
Anadolu Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Temmuz 2022**

ÖZET

CEZAÎ TAZMİNAT

Özden ÖZER TAŞKIN

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Temmuz 2022

Danışman: Prof. Dr. Nuri ERİŞGİN

Toplum düzenini sağlayan, kişilerin birbirleri ile ilişkilerini düzenleyen birtakım kurallar vardır. Bu kurallar arasında, hukuk kuralları yaptırım unsuruna sahip olma özelliği ile diğerlerinden ayrılmaktadır. Genel bir ifadeyle yaptırım, bir hukuk kuralına uyulmayıp ona aykırı davranılmasına hukuk düzeninin bağladığı sonuçtur. Özel hukukta en sık karşılaşılan yaptırım tazminattır. Tazminatın temel amacı Common Law hukuk sistemi ile Türk hukukunun dahil olduğu Kıta Avrupası hukuk sisteminde benzerlik göstermektedir. Her iki hukuk sisteminde de tazminatın asıl amacı, zarar görenin zararının giderilmesidir. Bu amaca yönelik tazminat telafi tazminatı olarak adlandırılmaktadır. Ancak Common Law hukuk sisteminde, faili ve diğerlerini caydırma ve faili cezalandırma amacına yönelik tazminata da hükmedilmektedir. Bu tazminat *punitive damage* (cezaî tazminat) olarak adlandırılmaktadır. Cezaî tazminat, caydırma ve cezalandırma amacına yönelik olduğu için zarar miktarı ile sınırlı değildir. Kıta Avrupası hukuk sistemi, ceza hukuku- medeni hukuk ayırımını silikleştirdiği, tazminatın mağduru zenginleştiremeyeceği ilkesine aykırı olduğu için cezaî tazminat kurumunu kabul etmekte zorlanmaktadır. Ancak buna rağmen Kıta Avrupası doktrininde kuruma olan ilgi hayli fazladır. Bu çalışmanın amacı cezaî tazminat kurumunu anlayabilmek ve bu kurumun Türk haksız fiil hukukunda bir geleceği olup olamayacağını değerlendirmektir.

Anahtar Sözcükler: Tazminat, ABD hukukunda cezaî tazminat, özel hukuk cezası, cezaî tazminat benzerleri, haksız fiil.

ABSTRACT

PUNITIVE DAMAGE

Özden ÖZER TAŞKIN

Department of Civil Law

Anadolu University, Graduate School of Social Sciences, July 2022

Supervisor: Prof. Dr. Nuri ERİŞGİN

There are some rules that provide social order and regulate the relations of individuals with each other. Among these rules, legal rules are distinguished from other rules with the feature of having the element of sanction. Sanction is the result of the legal order when a rule of law is not followed. The most common sanction in private law is damage. The main purpose of damage in Common Law and Continental European legal system which also includes Turkish Law is similar. In both legal systems, the main purpose of damage is compensation. This type of damage is called compensatory damage. However in Common Law there is a different type of damage which is called punitive damage. Punitive damage aims to deter and punish the tortfeasor. Punitive damage is not limited to the amount of injured parties damages since it is intended to deter and punish the tortfeasor. Because of punitory and deterrent functions, punitive damages have been and still are subject to the critics of legal scholars in Continental European legal system. However, despite this the interest to the punitive damage is quite high. The aim of this study is to understand the punitive damages and to examine whether this institution can have future in Turkish tort law.

Key words: Damage, punitive damage in American law, private law sanction, similar remedies to punitive damage, tort law.

TEŞEKKÜR

Bu çalışmanın konusunu öneren, çalışma boyunca bana yol gösteren, anlayışlı yaklaşımını ve desteğini asla unutmayacağım Sayın Danışman Hocam Prof. Dr. Nuri Erişgin'e, her zaman yanımda olan, sevgilerini her daim hissettiren, desteklerini hiç esirgemeyen canım anneme ve canım babama, hayatı eğlenceli kılan çok sevdiğim kızıma ve eşime teşekkürlerimi sunarım.



İÇİNDEKİLER

BAŞLIK SAYFASI	i
JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI	ii
ÖZET	iii
ABSTRACT.....	iv
TEŞEKKÜR.....	v
ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR DİZİNİ.....	xi
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM AMERİKAN HUKUKUNDA HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU ...	3
1. Genel Olarak	3
2. Haksız Fiil Hukukunun Kaynakları	4
3. Haksız Fiilin İşlevleri.....	5
3.1. Genel olarak	5
3.2. Düzeltici adalet	6
3.3. Caydırıcılık işlevi.....	8
3.4. Telif etme işlevi	10
3.5. Risk paylaşımı.....	10
4. Haksız Fiil Tipleri	12
4.1. Kasıtlı işlenen haksız fiiller (<i>intentional torts</i>)	12
4.2. İhmali haksız fiiller (<i>negligence</i>)	16
4.3. Kusursuz sorumluluk	25
5. Amerikan Hukukunda Tazminat.....	28
5.1. Özel hukuk yaptırımları	28
5.2. Tazminat	32

İKİNCİ BÖLÜM.....	52
CEZAÎ TAZMİNAT KURUMU	52
1. Genel Olarak	52
2. Cezaî Tazminatın Tarihçesi	54
2.1. İngiliz hukukunda cezaî tazminatın tarihsel gelişimi	55
2.2. Amerikan hukukunda cezaî tazminatın tarihsel gelişimi	60
3. Cezaî Tazminatın İşlevleri	65
3.1. Cezalandırma işlevi.....	65
3.2. Caydırıcılık işlevi.....	67
3.3. Kişileri haklarını aramaya teşvik etme işlevi.....	69
3.4. Telafi İşlevi	69
4. Cezaî Tazminatın Unsurları	71
4.1. Eylem unsuru	71
4.2. Manevî unsur	84
4.3. Zararın mevcut olması	88
5. Cezaî Tazminatın Özellikleri	89
5.1. Ceza hukuku yaptırımına benzemesi	89
5.2. Telafi tazminatını aşan parasal bir tutarın mağdura ödenmesi	90
5.3. Cezaî tazminat tutarı belirlenirken davalının ekonomik durumunun gözetilmesi	91
5.4. Cezaî tazminat belirlenirken eylemin ağırlığının, cezaî tazminat ile telafi tazminatı arasındaki oranın ve benzer eylemlere uygulanan diğer yaptırımların gözetilmesi	93
5.5. Cezaî tazminat verilmesi için açık ve inandırıcı delil aranması	98
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM CEZAÎ TAZMİNAT KURUMUNA İLİŞKİN TARTIŞMALAR	102
1. Genel Olarak	102

2. Kamu Hukuku/ Özel Hukuk Ayırımının Belirsizleşmesi	102
3. Davalının Yeteri Kadar Korunmadığı İtirazı	106
4. İki Kere Yargılama Yapıldığı İtirazı	107
5. Davalıya Çoklu Ceza Verildiği İtirazı	109
6. Tazminatın Jüri Tarafından Belirlenmesi	111
7. Davacının Zenginleşmesi	116
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM KITA AVRUPASI HUKUKUNUN CEZAÎ TAZMİNATA BAKIŞI	
1. Genel Olarak	123
2. Almanya	125
2.1. Genel olarak	125
2.2. Alman tazminat hukukunun temel ilkesi ve medeni hukuk-ceza hukuku ayırımı	126
2.3. Alman hukukunda cezaî tazminat tartışmaları	129
3. İtalya	142
3.1. Genel olarak	142
3.2. İtalyan Yüksek Mahkemesi'nin cezaî tazminata yaklaşımı	143
3.3. İtalyan hukuk sisteminde cezaî tazminat benzeri düzenlemeler	147
4. Fransa	150
4.1. Genel olarak	150
4.2. Fransız Yüksek Mahkemesi'nin cezaî tazminata yaklaşımı	151
4.3. Fransız hukuk sisteminde cezaî tazminat benzeri düzenlemeler	154
BEŞİNCİ BÖLÜM CEZAÎ TAZMİNATIN TÜRK HUKUKUNDAKİ BAZI KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI	
1. Genel Olarak	157
2. Tazminatın Amacı	157
3. Özel Hukuk Cezası Kavramı ve Cezaî Tazminatla Karşılaştırılması	162

4. Manevî Tazminat	165
5. Cezaî Şart (Ceza Koşulu).....	170
6. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.68	173
7. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 58	176
8. Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş görmede Kazanç Devri Yaptırımı	178
9. Yeniden Kiralama Yasağı	181
10. Çek Tazminatı	182
11. İş Kanunu’ndan Kaynaklanan Tazminatlar	184
12. İcra İnkâr ve Haksız Takip Tazminatları	190
SONUÇ	193
KAYNAKÇA	200
ÖZGEÇMİŞ	226

KISALTMALAR DİZİNİ

ABD	:	Amerika Birleşik Devletleri
AGG	:	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
a.g.k.	:	Adı geçen kaynak
BGB	:	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	:	Bundesgerichtshof
bkz.	:	Bakınız
C.	:	Cilt
Co.	:	Company
Corp.	:	Corporation
dpn.	:	Dipnot
EC	:	Avrupa Konseyi
Ed.	:	Editör
FSEK	:	Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
Inc.	:	Incorporation
Ins.	:	Insurance
İK	:	İş Kanunu
Ltd.	:	Limited
m.	:	Madde
Mut.	:	Mutual
TBK	:	Türk Borçlar Kanunu
TMK	:	Türk Medeni Kanunu
US	:	United States
USA	:	United States of America
v.	:	Versus
vb.	:	Ve benzeri
Vol.	:	Volume
ZPO	:	Zivilprozessordnung



GİRİŞ

Çalışmanın konusu olan cezaî tazminat kurumu, haksız fiil hukukunda yürütülen tartışma alanlarından biridir. Zira haksız fiil hukukunun ve haksız fiil hukukunun yaptırımını olarak tazminatın işlevi tartışılmaktadır. Tazminatın telafi işlevi hem Kıta Avrupası hem Common Law hukuk sisteminde kolaylıkla kabul görmektedir. Ancak aslında “yaptırım” denildiğinde ilk akla gelen cezalandırma ve caydırma işlevleri, her iki hukuk sisteminin tazminat hukuku alanında birtakım eleştirilerle beraber değerlendirilmektedir. Cezaî tazminat Amerikan hukuku ile özdeşleşmesine rağmen, kurumun en önemli özelliği olan cezalandırma işlevi Amerikan hukukunda da tartışılmaya devam etmektedir.

Amerikan hukukunda haksız fiil hukuku mahkeme kararları ile geliştirilip şekillenmiştir. Doktrinde haksız fiil hukukunu iki ana başlık altında inceleme eğilimi vardır. Bir grup, haksız fiil sorumluluğunu ekonomik çerçeve içinde caydırıcılık hedefine yönelik bir araç olarak görürken, diğer bir grup taraflar arasında düzeltici adaleti sağlamanın bir yolu olarak görmektedir.

İngiliz hukukunda ortaya çıkmakla beraber asıl gelişimini Amerikan hukukunda gösteren cezaî tazminat, davacının haklarını açıkça ihlal eden davalı aleyhine, davacının uğradığı zararın giderilmesinin yanında ve buna ek olarak belirlenen parasal tazminattır. Cezaî tazminatın amacı faili cezalandırmak ve toplumdaki diğer kişileri ileride bu tip davranışlarda bulunmaktan caydırmaktır.

Cezaî tazminat hakkında yürütülen tartışmaların ekseni ceza hukuku- medeni hukuk ayrımıdır. Bu ayrımın önemli olduğunu savunanlar bakımından cezalandırma işlevi medeni hukuk alanı içerisinde yer alamaz. Toplumsal düzeni korumada ceza hukuku kadar medeni hukukun da rolü olduğunu savunanlar bakımından ise, cezalandırmaya yönelik bir yaptırım medeni hukuk alanında yer alabilir, yer almalıdır.

Cezaî tazminat kurumu, esasında Kıta Avrupası hukuk sistemine yabancı değildir. Zira Kıta Avrupası hukuk sisteminin temeli olan Roma hukukunda haksız fiiller neticesinde hükmedilen tazminat hem zararın giderilmesine hem failin cezalandırılmasına yöneliktir. Ancak haksız fiil hukukunun gelişiminde, zamanla cezalandırma işlevi ceza hukukuna terk edilmiştir. Günümüzde tekrar özel hukukta cezalandırma işlevinin tartışılması hem hukuki bir ihtiyacın hem iki hukuk sisteminin

birbiri ile ilişkilerinin bir sonucudur. Cezaî tazminatla Kıta Avrupası ülkelerinin asıl karşılaşma alanı yabancı mahkemelerin verdiği cezaî tazminat kararlarının tenfizi talepleridir. Ancak Kıta Avrupası hukukçuları tazminat kararlarının tenfizi dışında da cezaî tazminatın kendi hukuk sistemleri içinde yer alıp alamayacağını tartışmaktadır. Özellikle, davalının haksız fiil sonucunda ödeyeceği tazminattan daha yüksek miktarda menfaat elde ettiği durumlara ilişkin olarak “özel hukuk cezası” kavramının tekrar ele alınması ihtiyacı doğmuştur.

Türk hukuku bakımından konu, bu çalışmadan önce yapılan çeşitli çalışmalarla tartışmaya açılmıştır. Cezalandırma işlevinin özel hukuka yabancı olup olmadığı, cezalandırma işlevinin mevcut bazı kurumların düzenlenmesinde temel amaç olup olmadığı, neden cezalandırma işlevine ihtiyaç duyulduğu sorularıyla cezaî tazminatın Türk hukuku içerisinde bir yeri olup olamayacağı tartışılmıştır.

Çalışmanın amacı, bu tartışmalara bir katkı sağlayabilmek üzere cezaî tazminat kurumunu detaylı açıklamak ve kurumun Türk haksız fiil hukukunda bir geleceği olup olamayacağı sorusuna cevap verebilmektir. Bu amaçla çalışmanın birinci bölümünde Amerikan hukukunda haksız fiil sorumluluğu, ikinci bölümünde cezaî tazminat kurumu, üçüncü bölümünde cezaî tazminata ilişkin tartışmalar, dördüncü bölümde Kıta Avrupası hukuk sisteminin cezaî tazminata bakışı ve beşinci bölümünde cezaî tazminatın Türk hukukunda yer alan bazı kurumlarla karşılaştırılması yer almaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

AMERİKAN HUKUKUNDA HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU

1. Genel Olarak

Amerikan hukukunda, 18. yüzyılda hukuku sınıflandırma çalışmaları, sözleşmeden kaynaklanmayan, suç olmayan kusurlu davranışları bir başlık olarak tanımlasa da 19. yüzyıl sonlarına kadar haksız fiil hukuku ayrı bir hukuk dalı olarak kabul görmemiştir¹. Teoride ve uygulamada haksız fiil (*tort*) kavramı yerine, hukuka aykırı eylem (*delict*), kişiliğe, taşınır eşyaya, toprağa yönelik tecavüz (*trespass*), medeni kusur (*civil wrong*), hakkın ihlali (*injury*) özel kusur (*private wrong*) gibi kavramlar kullanılmaktadır². Bu kavramların her biri, başkalarına karşı haksız ve zarar verecek şekilde davranmaktan kaçınmayı içeren birtakım yükümlülükleri ifade etmektedir³. Bunların ihlali halinde, mağdur, eylemi yapandan talepte bulunabilmektedir. Taşınmaza tecavüz (*trespass to land*), bedensel müdahale tehdidi (*assault*), bedensel müdahale (*battery*), hakaret (*defamation*), haksız yere hareket özgürlüğünü kısıtlama (*false imprisonment*), yanlış tedavi (*malpractice*), huzur bozma (*nuisance*) gibi eylemlerden doğan zararların tazmini, haksız fiil hukuku ayrı bir alan olarak tanımlanmazken de mağdur tarafından talep edilebilmekte ve mağdurun zararı çoğu zaman parasal olarak giderilmektedir. Hukukçuların teoride ve uygulamada ayrı bir alan yaratma isteği, çok eskiden beri varolan suç ile haksız fiili birbirinden ayırma çabasına dayanmaktadır⁴. Suç- haksız fiil ayrımı ele alınırken, haksız fiil-sözleşme ayrımı o kadar önemsenmemektedir⁵. Sözleşmeler ile ilgili meseleler, özel kuralları ile 1600'lerden itibaren var olsa da nispeten eksiksiz ve bağımsız sözleşme hukuku fikri 19. yüzyılın başında olgunlaşmıştır⁶. Anlaşmalardan veya vaatlerden doğan yükümlülüklerle ilgilenen farklı bir alan olarak sözleşme hukuku adıyla çalışmalar yapılmaya başlanmıştır⁷. Kendi başına bir alan olarak sözleşme hukukunun

¹G. E. White (2003). The intellectual origins of torts in America. *The Yale Law Journal*, Vol: 86, No: 4, s. 671.

²J. C. P. Goldberg (2008). Ten half- truths about tort law. *Valparaiso University Law Review*, Vol: 42, No: 4, s. 1227; J. C. P. Goldberg (2003) Twentieth- century tort theory. *The Georgetown Law Journal*, Vol:91, No: 3, s. 516.

³Goldberg, 2008, **a.g.k.**, 1227.

⁴Goldberg, 2008, **a.g.k.**, 1229.

⁵Goldberg, 2008, **a.g.k.**, 1232.

⁶Goldberg, 2008, **a.g.k.**, 1232; bkz. G. T. Schwartz (1981). Tort law and the economy in nineteenth- century America: a reinterpretation. *Yale Law Journal*, Vol: 90, No: 8, 1717- 1776.

⁷Goldberg, 2008, **a.g.k.**, 1232.

ortaya çıkması, hukukçuları sözleşmeden doğan uyuşmazlıklardan ayrılan özel kusurlar (private wrong) için başka bir ad aramaya itmiştir⁸. Bunlara haksız fiil (tort) denilmiştir⁹.

2. Haksız Fiil Hukukunun Kaynakları

Amerika Birleşik Devletleri’de geçerli hukuk Common Law¹⁰ sistemidir. Common Law, mahkeme kararlarıyla gelişen bir hukuk sistemidir. Mahkemelerin kararlarının oluşturduğu içtihat hukuku esasına dayanmaktadır. Mahkeme kararları hukukun kaynağıdır¹¹. Eğer hâkimin somut olaya uygulayabileceği bir karar yoksa kendisi kural koyacaktır. Common Law hukuk sistemine tutarlılık ve süreklilik kazandıran husus, benzer konular için verilen önceki kararların emsal teşkil etmesi ve alt derece mahkemelerini bağlamasıdır¹². Bir olayın çözümüne ilişkin daha önce karar verilmişse sonraki mahkeme hâkimi bu emsal kararı kural olarak uygulamak zorundadır. Ancak mahkemeler imtiyazlarını korumak istedikleri için neyin hâkimi bağlayan içtihat sayılması gerektiğini detaylandırmışlardır. Emsal kararlar olayın çözümü bakımından öncelikli ve vazgeçilmez olan unsurları içeren “*ratio decidendi*” dir. Kararın içerisindeki önem taşımayan “*obiter dicta*” unsurlar bağlayıcı değildir¹³. Federal ya da federe düzeyde, mahkemeler ya da Yüksek Mahkeme, olayın özelliğine göre önceden verdiği bir içtihatı uygulamaktan kaçınıp yeni bir kural koyabilir¹⁴.

Amerikan haksız fiil hukukunun kaynakları birincil kaynaklar ve ikincil kaynaklar diye ayrılmaktadır¹⁵. Birincil kaynaklar, federal anayasa, eyalet anayasaları, mahkeme kararları, kanunlar ve idari kararlardır. İkincil kaynaklar, hukuku açıklayan, yorumlayan kaynaklar olan, *Restatement*’lar, kitaplar (*Practice Series& Materials, Model Codes &*

⁸Goldberg, 2008, **a.g.k.**, 1232.

⁹Goldberg, 2008, **a.g.k.**, 1232.

¹⁰Common Law, bir hukuk sistemi olarak, toplumsal, ekonomik ve siyasal tarihinin ve hukukunun kökeni feodal sisteme dayanan İngiltere’de gelişmiştir. Feodal sistemde anlaşmazlıklar tamamen yerel düzeyde çözülmekte, her bölge diğerinden haberdar olmaksızın kendi başına hareket etmektedir. Bireylerin hak ve yükümlülükleri sistem içindeki statülerinden doğmaktadır. Kral, merkezi bir güç kurmak, egemen hâkim ve adaletin sağlayıcısı olmak amacıyla tüm ülkede kendi mahkemelerini kurmuştur. Kralın mahkemelerinin verdiği kararlar aracılığıyla, tüm ülkede ortak olan genel normlar tesis edilerek hukuk düzeninde ilk yeknesak kurallar ve yeknesaklığın ilk temelleri atılmıştır. İşte bu oluşturulan hukuk sisteminin adı Common Law’dır. J. Dainow (1967). The civil law and the common law: some points of comparison. *American Journal of Comparative Law*, Vol: 15, No: 3, s. 422.

¹¹Dainow, 1967, **a.g.k.**, 425.

¹²S. Özden Merhacı (2012). Common Law haksız fiiller hukukuna genel bir bakış ve ihmale dayanan haksız fiiller. *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 4, s. 180; Dainow, 1967, **a.g.k.**, 425.

¹³Dainow, 1967, **a.g.k.**, 425.

¹⁴A. Oğuz (2021). *Karşılaştırmalı Hukuk* (2. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 302.

¹⁵B. Steenken and T. M. Brooks (2019). *Sources of American law. An introduction to legal research*. (Fourth Edition). Kentucky: Cali eLangdell Press, s. 155.

Uniform Acts, Treatises, Form books), hukuk ansiklopedileri¹⁶, Amerikan Hukuk Raporları (*ALRs*)¹⁷, uygulama kitapları, makalelerdir¹⁸.

İkinci kaynaklar arasında *Restatement*'ların özel bir önemi vardır. *Restatement*'lar Amerikan Hukuk Enstitüsü (*ALI*)¹⁹ tarafından, belirli bir hukuk alanında mevcut içtihatı derlemek, netleştirmek, düzenlemek üzere yayımlanmaktadır. *Restatement*'lar, hukukun belirli bir alanında geçerli kurumları ve ilkeleri açıklamak amacıyla analizler içerir, mahkeme kararlarını özetler, ilgili alanda kuralların nasıl netleşebileceğine ilişkin önerilerde bulunur, olması gereken hukuka ilişkin yorumlar içerir Amerikan Hukuk Enstitüsü, çok sayıda hukuk akademisyeni, alanlarında uzman avukat ve hâkimden oluşan son derece prestijli bir enstitü olduğu için *Restatement*'lar ikincil kaynaklar arasında en fazla dikkate alınandır²⁰. *Restatement*'ların hiçbir bağlayıcılığı olmamasına rağmen mahkemeler *Restatement*'lara atıf yapmaktadır. *Restatement*'lar ayrıca hukuk eğitiminde kullanılmaktadır. Haksız fiil hukuku alanında bugüne kadar üç *Restatement* yayımlanmıştır. Bunlar: *The Restatement of Torts*, *The Restatement (second) of Torts* ve *The Restatement (third) of Torts*²¹.

3. Haksız Fiilin İşlevleri

3.1. Genel olarak

Haksız fiil (*tort*), sözleşme ilişkisi dışında kişinin fiili ile bir başkasına zarar vermesidir²². Amerikan hukukunda haksız fiil esas olarak mahkemeler tarafından

¹⁶Ansiklopediler, geniş bir alanda, çok çeşitli yasal konular hakkında bilgi içerirler. *American Jurisprudence 2d* ve *Corpus Juris Secundum* en çok kullanılan iki ansiklopedidir. Steenken and Brooks, 2019, **a.g.k.**, 156.

¹⁷*ALRs* “ek açıklamalar” adı verilen makaleler içeren, belirli hukuk kuralları, doktrinler veya ilkelerle ilgili çeşitli kaynakları bulmak için kullanılan bir kaynaktır. Ek açıklamalar, ilgili konunun analizinden çok güncel duruma ilişkin raporlardır. Steenken and Brooks, 2019, **a.g.k.**, 156.

¹⁸Steenken and Brooks, 2019, **a.g.k.**, 155.

¹⁹*ALI*, ayrıca güncellenmesi gereken hukuk alanları hakkında *Principles* adıyla tavsiye raporları da yayımlamaktadır. Steenken and Brooks, 2019, **a.g.k.**, 157.

²⁰Steenken and Brooks, 2019, **a.g.k.**, 157.

²¹Amerikan Hukukunda *Restatement of Torts*'ların gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. G. C. Rapp (2011). *Torts 2.0: The Restatement 3rd and the architecture of participation in American tort law*. *William Mitchell Law Review*, Vol: 37, No: 3, 1582- 1598.

²²T. C. Galligan, Jr. (2001). Deterrence: the legitimate function of the public tort. *Washington and Lee Law Review*, Vol:58 No:3, s. 1021; A. B. Klass (2009). Tort experiments in the laboratories of democracy. *William and Mary Law Review*, Vol: 50 No: 5, s. 1507; T. Weir (2006). *An introduction to tort law*. (2. Baskı), New York: Oxford University Press Inc., s. 1.

geliştirilmiş ve şekillendirilmiştir²³. Doktrin de haksız fiil hukukunu analiz etmeye çalışmış, işlevleri hakkında tartışma yürütmüştür. Doktrinde haksız fiil sorumluluğunu iki ana başlık altında inceleme eğilimi vardır²⁴. Bir grup, haksız fiil sorumluluğunu ekonomik çerçeve içinde caydırıcılık hedefine yönelik bir araç olarak görürken, diğer grup, haksız fiil sorumluluğunu haklar bazında ele alıp, taraflar arasında düzeltici adaleti sağlamanın yolu olarak görür²⁵. Düzeltici adalet (*corrective justice*), caydırıcılık (*deterrence*), telafi etme (*compensation*), risk paylaşımı (*loss distribution*) kısaca açıklamak istediğimiz işlevlerdir.

3.2. Düzeltici adalet

Tort kelimesinin kökeni Latince “*tortus*” dan gelmektedir. “*Tortus*”, bükülmüş (*twisted*) anlamına gelir²⁶. Bu nedenle haksız fiil hukukunun temel işlevlerinden birinin düzeltici adalet (*corrective justice*) olarak belirlenmesi şaşırtıcı değildir²⁷. Düzeltici adalet, bir kişinin bir başka kişiye haksızlık yapması halinde bu haksızlığın giderilmesi fikrine dayanır. Düzeltici adaletin amacı, faile ve mağdura odaklanarak ve olay dışındaki herhangi bir hususu veya faktörü göz ardı ederek geçmişte yapılan zararı gidermektir²⁸. Fail, mağdura yaptığı haksızlığı tüm boyutuyla gidermelidir²⁹.

Düzeltici adalet fikrini, Aristoteles, *Nikomakhos’a Etik*³⁰ (*Nicomachean Ethic*) isimli eserinin V. cildinde ortaya koymuş ve dağıtıcı adalet fikri ile karşılaştırmıştır³¹. Aristoteles, düzeltici ve dağıtıcı adaleti iki karşıt adalet anlayışı olarak kabul etmektedir³². Kişinin isteyerek karşı tarafla kurduğu ilişki ile istemeyerek kurduğu ilişki (bugünkü sözleşmeler ve haksız fiillerle) ile ilgilenen düzeltici adalet, bir tarafın yaptığından diğer

²³S. K. Abraham (2002). The forms and fuctions of tort law. (2. Baskı), New York: Foundation Press, s. 16.

²⁴G. T. Schwartz (1996-1997). Mixed theories of tort law: affirming both deterrence and corrective justice. *Texas Law Review*, Vol: 75 No:7, s.1801; Abraham, 2002, **a.g.k.**, 16; B. Shmueli (2015). Legal pluralism in tort law theory: balancing instrumental theories and corrective justice. *University of Michigan Journal of Law Reform*, Vol: 48 No:3, s.751. Bu iki yaklaşımı uzlaştırmaya çalışan görüşler de vardır. Bkz. Schwartz, 1996-1997, **a.g.k.**, 1801- 1834; Shmueli, 2015, **a.g.k.**, 745- 812.

²⁵Schwartz, 1996-1997, **a.g.k.**, 1801; Abraham, 2002, **a.g.k.**, 16; G. G. Koşar (2020). Haksız fiil hukukunun amacı. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 69 Sayı: 3*, s. 1445.

²⁶R. Tejani (2014). National Geographics: Towards a federalism function American tort law. *San Diego Law Review*, Vol:51, No:1, s.91.

²⁷Tejani, 2014, **a.g.k.**, 91.

²⁸B. Shmueli (2010). Tort litigation between spouses: let’s meet somewhere in the middle. *Harvard Negotiation Law Review*, Vol:15, No:1, s. 203.

²⁹Shmueli, 2010, **a.g.k.**, 203.

³⁰Aristoteles (2020). *Nikomakhos’a Etik* (Çev: Saffet Babür). İstanbul: Bilgesu Yayıncılık.

³¹S. R. Perry (1992). The moral foundations of tort law. *Iowa Law Review*, Vol: 77, No:2, s. 452.

³²E. J. Weinrib (2002). Corrective justice in a nutshell. *Toronto Law Review*, Vol: 52, No:4, s. 349.

tarafın haksızlığa uğrayıp uğramadığına bakar³³. Dağıtıcı adalet ise, bölünebilir olanın (Aristoteles'e göre onur ve mal) kişinin yeteneği ve toplumsal statüsüne göre paylaştırılması ile ilgilenir³⁴.

Düzeltilici adalete göre, haksız fiille haksız kazanç elde edilmesi halinde sadece davalının haksız kazancını ortadan kaldırmak yeterli değildir, zira davacının zararı devam etmektedir. Sadece davacının zararının telafi edilmesi de yeterli değildir, o zaman da haksız kazanç davalıda kalmış olur³⁵. Çözüm, aynı anda davalının haksız kazancını elinden almak ve davacının zararını gidermektir³⁶.

Haksız fiil hukukunda bedensel zarar olduğunda, fail bu zararı ortadan kaldıramaz. Bu nedenle zararın parasal olarak giderilmesi söz konusudur. Ancak bu, mağdurun fiilden önceki sağlıklı hali ile karşılaştırılamayacak zayıf bir ikamedir. Sadece ekonomik kayıpların olduğu durumlarda ise eski hale getirme ya tamamen ya da büyük oranda sağlanabilir. Fiilin kasten işlendiği durumlarda düzeltilici adalet, taraflar arasında bozulan ahlâki dengeyi onarmak için iyi bir fırsattır. Ancak pek çok ihmal durumunda hatta bazen ne zarar verme kastının ne ihmalin olduğu durumlarda sorumluluğun esas olan işlevi düzeltilici adalet olabilir³⁷.

Düzeltilici adalette taraflar arasındaki bağlantı dikkate alınır³⁸. Davalının eylemi ile davacının zararı birbirinden bağımsız değildir. Bakılacak olan sadece davacının zararının nedeninin davalının kazancı olup olmadığıdır. Sorumluluk iki taraf arasındaki ilişkiden (birinin kazanması, diğerinin kaybetmesi) doğar³⁹. Dikkate alınacak diğer etkenler, iki taraf için de aynı olmalıdır. Taraflardan sadece biri için geçerli olan durum, örneğin davalının zengin olması dikkate alınmaz.

Haksız fiil sorumluluğunun gerekçesi olarak düzeltilici adalet fikrini, düzeltmenin fiili gerçekleşme şekli etkiler. Düzeltilici adalet fikrinin özü, mağdurun zararını bizzat

³³Weinrib, 2002, **a.g.k.**, 349.

³⁴Perry, 1992, **a.g.k.**, 452.

³⁵Weinrib, 2002, **a.g.k.**, 349.

³⁶Aristoteles, tarafların başlangıçtaki konumunu iki eşit doğruya benzetmektedir. Eşitlik, bir doğrudan bir parça koparıp diğerine eklendiğinde bozulur. Düzeltme, birini diğerinden uzun yapan parçayı alıp, kısa kalmış olana tekrar eklemektir. Böylece iki çizginin orijinal eşitliği sağlanmış olur. Weinrib, 2002, **a.g.k.**, 349.

³⁷Abraham, 2002, **a.g.k.**, 17.

³⁸E. J. Weinrib (1992). Corrective Justice. *Iowa Law Review*, Vol: 77 No: 2, s. 410; Shmueli, 2015, **a.g.k.**, 751.

³⁹Weinrib, 1992, **a.g.k.**, 410.

failin kendi parası ile gidermesidir. Fail ile mağdur arasındaki doğrudan bağlantı azaldıkça düzeltici adalet fikri de zayıflar. Örneğin, failin sorumluluk sigortası varsa fail, mağdurun zararını doğrudan karşılamış olmaz. Sigorta için ödediği primlerden zararı karşılayacaktır. Aslında bu durumda da ilk anda düzeltmeyi taahhüt eden faildir ve sonuçta bir adaletsizlik düzeltilmiş olacaktır. Ancak fail ile mağdur arasındaki doğrudan ilişki kalktığı için düzeltici adalet anlayışından uzaklaşıldığı kabul edilir⁴⁰. Bu nedenle, faillerin büyük şirketler ya da sigorta sahibi kişiler olduğu modern haksız fiil hukukunda düzeltici adaletin önemi tartışılır hale gelmiştir⁴¹.

3.3. Caydırıcılık işlevi

Bir haksız fiil davasında, çoğu zaman davacı bakımından zararın karşılanması yoluyla adaletin sağlanması kadar önemli bir faktör daha vardır⁴². Davacı, hukuk sisteminden benzer bir zarar tekrarlanmasın diye önlem almasını ister⁴³. Dava, fiilin onaylandığı ya da yaptırıma tabi olduğu konusunda topluma bir mesaj verir, caydırıcılık sağlar. Haksız fiil hukukunun, zararın telafisinin ötesinde en önemli işlevinin üçüncü kişilere, özellikle toplumsal ilişkide gücü elinde bulunduranlara, başkalarının haklarını ve refahını gözetmeleri gerektiği mesajını vermek olduğu kabul edilmektedir⁴⁴. Bir haksız fiil davasının toplum tarafından bilinir hale gelmesinin davalı bakımından birtakım etkileri olur. Dava, özellikle büyük şirketler ve işletmeler bakımından prestij kaybına sebep olur (böyle bir kaybın şirketin piyasa değerine yansıtacağı açıktır), müşteri ya da tüketicilerini rakiplerine kaptırır, şirket ya da işletmenin devletin denetimine ya da müdahalesine maruz kalması söz konusu olabilir⁴⁵. Ayrıca, haksız fiil davaları, kimi zaman toplumu ilgilendiren konularda, kamuoyuna bir tartışma yürütme imkânı da sağlar⁴⁶.

Haksız fiil kuralları, kişileri topluma zarar veren davranışlardan uzaklaştırıp, yarar sağlayacak davranışlara yönlendirmeye çalışır. Haksız fiil hukuku hem hali hazır haksız fiil faillerine hem potansiyel haksız fiil faillerine toplumun taviz vermeye istekli olmadığı

⁴⁰ Abraham, 2002, **a.g.k.**, 16.

⁴¹ Abraham, 2002, **a.g.k.**, 16; B. Shmueli, 2015, **a.g.k.**, 53.

⁴² A. Popper (2011). In defence of deterrence. *Albany Law Review*, Vol:75 No: 1, s. 182.

⁴³ Popper, 2011, **a.g.k.**, 182.

⁴⁴ J. C. P. Goldberg (2011). Tort in three dimensions. *Pepperdine Law Review*, Vol:38, No:2, s. 326.

⁴⁵ A. M. Linden (1973). Tort law as ombudsman. *Canadian Law Review*, Vol: 51, No:1, s. 157.

⁴⁶ Özellikle iş yerinde taciz, gücün kötüye kullanılması, ayrımcılık gibi konularda kamuoyuna tartışma imkânı sağlamaktadır. Goldberg, 2011, **a.g.k.**, 326; Popper, 2011, **a.g.k.**, 187.

bazı değerler olduğu mesajını verir⁴⁷. Davranışın bu değerlerle uyumlu olmaması halinde, yaptırım uygulanacağı konusunda uyarır. Haksız fiil hukukuna hak cephesinden bakanlar, haksız fiil hukukunun politika yapıcı olmadığı, haklar ve ödevlerden oluştuğu savı ile haksız fiil sorumluluğunun araçsal kullanımına karşı çıkarlar⁴⁸.

Caydırıcılık, özel ve genel caydırıcılık olarak ayrılabilir. Özel caydırıcılıkta hedef, davalının tekrar haksız fiil işlemesini engellemektir, genel caydırıcılık ise tüm endüstriyi veya toplumu etkileme hedefindedir⁴⁹. Kişilere haksız fiil işlemleri halinde sonuçlarının ne olacağı önceden gösterilmelidir⁵⁰. Hukuka aykırı davranıştan kaçınmak, hukuka aykırılığın sonuçlarından daha az can acıtıyorsa kişiler rasyonel olarak hukuka uygun davranmayı seçerler. Haksız fiil hukukunun kuralları, kişileri hukukla bir problem yaşamadan önce hukuka uygun davranmaya yönlendirir⁵¹. Zararı en aza indirme ya da önleme arzusu, illiyet bağı ve makul özene (reasonable care) ilişkin esaslarda dikkate alınmaktadır⁵².

Caydırıcılık işlevinde gözönünde tutulması gereken, zararlı davranıştan caydırma dürtüsü ile toplum açısından olumlu (genellikle ekonomik ölçülerle gösterilebilir) olan davranışları koruma ihtiyacını dengelemektir⁵³. Riskli davranıştan doğabilecek faydayı da gözeterek davranıştan caydırmak etkin caydırıcılık (*optimal deterrence*) olacaktır⁵⁴. Etkin caydırıcılık, faile sebep olduğu zarardan daha az bir sorumluluk yüklemekten kaçınır. Bu durum, potansiyel haksız fiilden elde edeceği kazanç ile haksız fiilden doğan zararın maliyeti arasında kıyaslama yapan faili, haksız fiilden kaçınmaya teşvik edecektir. Etkin caydırıcılık aynı zamanda aşırı caydırıcılıktan veya aşırı caydırıcılığın sebep olacağı aşırı ihtiyatlı davranıştan kaçınmayı da amaçlar. Bir faaliyetin doğasına ya da kapsamına caydırıcılığın etkisi ile sınırlamalar getirilmesi halinde toplumun refahının azalmaması gözetilir⁵⁵. Örneğin, çocuklar için ilaç üreten bir şirketin piyasaya sürdüğü bir ilacın bazı yan etkileri olsun. Eğer şirket yan etkileri olan bir ilacı piyasaya sürmek konusunda tamamen serbest olursa caydırıcılıktan bahsedilemez. Çocukların zarar

⁴⁷Shmueli, 2010, **a.g.k.**, 208; Tejani, 2014, **a.g.k.**, 92.

⁴⁸Popper, 2011, **a.g.k.**, 194.

⁴⁹Tejani, 2014, **a.g.k.**, 92.

⁵⁰S. D. Sugarman (1985). Doing away with tort law. *California Law Review*, Vol: 73 No:3, s. 564.

⁵¹Sugarman, 1985, **a.g.k.**, 564.

⁵²E. J. Weinrib (2002). Deterrence and corrective justice. *Ucla Law Review*, Vol: 50 No: 2, s. 624.

⁵³Tejani, 2014, **a.g.k.**, 92.

⁵⁴Tejani, 2014, **a.g.k.**, 92; Abraham, 2002, **a.g.k.**, 19.

⁵⁵Shmueli; 2015, **a.g.k.**, 755.

görmesini engellemek üzere uygun önlemleri almaya teşvik etmek için şirkete bir çeşit ceza verilmesi gerektiği açıktır. Ancak ceza çok yüksek olursa bu durumda da caydırıcılık işlevi aşılmış olur. Şirket, çok yüksek ceza tehdidi ile karşılaşma ihtimalinde ilacı geliştirmeye ve iyileştirmeye yönelik çalışmalardan tamamen vazgeçebilir⁵⁶.

3.4. Telafi etme işlevi

Haksız fiil hukukunun bir diğer amacı zararı telafi etmektir. Mağdurun uğradığı zararın giderilmesindeki amaç davacıyı olabildiği kadar haksız fiilden önceki durumuna getirmeye çalışmaktır⁵⁷. Haksız fiil sorumluluğuyla davacının zararının telafi edilmesi toplumun büyük çoğunluğunu tatmin eder. Toplumun genel iyi olma hali, her bireyin diğerinin iyiliğini düşünmesine bağlıdır. Ayrıca kişi, risk barındıran birtakım işlere eğer zararı olursa tazmin edileceğini bilmenin güveniyle katılır⁵⁸. Telafi etme kendi başına haksız fiil hukukunun işlevi olarak görülebileceği gibi, düzeltici adalet ve caydırma amaçlarını gerçekleştirmek için zararın telafi edildiği de kabul edilebilir⁵⁹. Haksız fiil hukuku, caydırma işlevinde davalıya yönelirken, telafi etme işlevinde davacıya yönelir⁶⁰. Bu iki işlev arasındaki bağ, davacının zararını telafi etmek için hükmedilen tazminatın, davalıyı caydırmak için kullanılan yaptırım olmasıdır. Mağdura yapılan ödeme, faili mağdurun eski haline getirilmesi sürecine zorla dahil eder, haksız fiilin kabul edilemezliğine işaret eder⁶¹.

3.5. Risk paylaşımı

Haksız fiil hukuku, birine verilen zarardan kaynaklanan maliyeti daha çok kişiye paylaştırma işlevi görür. Risk paylaşımının şu üç anlamdan birine gelebileceği belirtilmektedir: Zararı hem kişiler arasında paylaştırmak hem zamana yaymak anlamına gelebilir, zararı ödeme gücü yüksek olanlar (*deep pocket*) arasında paylaştırmak anlamına gelebilir, zarara yol açan teşebbüslerin zarara katlanması gerektiği anlamına gelebilir⁶².

⁵⁶C. R. Sunstein. (2002). Jurors and judges as risk managers. *Punitive damages, how juries decide* (Yazarlar: C.R. Sunstein vd.) Chicago: The University of Chicago Press, s. 109.

⁵⁷D. W. Shuman (1994). The psychology of compensation in tort law. *Kansas Law Review*, Vol:43 No:1, 45.

⁵⁸Abraham, 2002, **a.g.k.**, 21.

⁵⁹Abraham, 2002, **a.g.k.**, 22; Schmuely, 2015, **a.g.k.**, 752.

⁶⁰Shuman, 1994, **a.g.k.**, 48.

⁶¹Schmuely, 2010, **a.g.k.**, 203.

⁶²G. Calabresi (1961). Some thoughts on risk distribution and the law of torts. *Yale Law Journal*, Vol:70, No:4, s. 499.

Genel olarak risk paylaşımı, zararın, zarara neden olan ürün ya da hizmeti kullananlar arasında paylaştırılması olarak tanımlanır⁶³. Buna göre, sorumluluk faaliyetteki çok sayıdaki katılımcı (örneğin sürücüler ya da tüketiciler) arasında dağıtılır, böylece her biri bir haksızlığı giderme maliyetinin küçük bir kısmını üstlenmiş olur⁶⁴. Zararın, kusura dayanmadan paylaştırılmasının gerekçesi, zararı ne kadar çok insan paylaşırsa ve zarardan doğan maliyete katlanma süresi ne kadar uzun olursa maliyet yükünün o kadar azalacağına kabul edilmesidir⁶⁵. Özellikle sorumluluğu sigorta yoluyla ikame, zarar görenin zararının tazminini kolaylıkla ve gecikmeksizin sağlamaya yöneliktir⁶⁶. Bu yolla bireysel sorumluluk topluma yayılmaktadır. Toplumun katlandığı olgulardan ortaya çıkan zararlı etkiler, tüm topluma paylaştırılmaktadır⁶⁷. Ekonomiye ilişkin teorilerde de bir kişiden yüklü miktarda para alınmasının, birçok kişiden az miktarda para alınmasına göre ekonomiyi daha fazla etkilediği kabul edilmektedir. 10 bin kişinin bir dolar kaybetmesinin toplam ekonomiye etkisi bir kişinin 10 bin dolar kaybetmesinden daha azdır. Ekonomiye etkiyi devam eden ikincil sonuçları ile de düşünmek gerekir; sosyal düzene olan etkisiyle⁶⁸. Bu nedenle, ekonomik bir bakış açısı ile haksız fiil hukukunda, zararın maliyetinin olabildiğince çok kişiye ve mümkün olduğu kadar uzun süreye yaymak gerektiği kabul edilmektedir. Örneğin, davalının sorumluluk sigortasının olduğu durumlarda, davacının zararını sigorta şirketinin ödemesi halinde, davalının sebep olduğu zarar, sigorta primi ödeyenler arasında paylaştırılmış olur. Diğer bir örnek, ürün sorumluluğunda, imalatçının zarar taleplerini karşılayabilmek için yaptığı harcamaları, ürünün her bir biriminin fiyatına ekleme yaparak dağıtması ve böylece tüm tüketicilerin fiyata yansıtılan küçük bir miktarı ödeyerek toplama katkıda bulunmasıdır

Zararın ödeme gücü yüksek olanlar arasında paylaştırılması denildiğinde iki şey anlaşılır: Kazalardan kaynaklanan zararda devletin genel bir yardım yapmasına imkân vermesi için vergilendirme ve bir işletmenin sebep olduğu zarara katlanması⁶⁹.

⁶³Schmueli; 2015, **a.g.k.**, 753.

⁶⁴Schmueli; 2015, **a.g.k.**, 753.

⁶⁵Calabresi, 1961, **a.g.k.**, 517.

⁶⁶N. Erişgin (2005). *Çevre kirleninin hukuksal sorumluluğunda illiyet bağı*. Ankara: İmaj Yayınevi, s. 230.

⁶⁷Erişgin, 2005, **a.g.k.**, 230.

⁶⁸Calabresi, 1961, **a.g.k.**, 518.

⁶⁹Calabresi, 1961, **a.g.k.**, 527.

4. Haksız Fiil Tipleri

Common Law hukukunda neyin haksız fiil olup neyin olmadığını belirlemekde genel bir kural yoktur. Ceza hukukundaki suç tipleri gibi haksız fiil tipleri vardır⁷⁰. Haksız fiil hukuku başlarda çok dar bir alanda, bir suçtan zarar görenlerin, zararlarının giderilmesi fikri ile uygulanmaktadır⁷¹. Zaman ilerledikçe suç olarak tanımlanan eylemlerin dışında kalan eylemler de haksız fiilin konusu olmuştur⁷². Bu anlamda haksız fiil hukuku akışkandır, toplumun değerleri değiştikçe değişmektedir⁷³. Daha önce dava sebebi olmayan eylemler yeni haksız fiiller olarak kabul edilebilmekte ve haksız fiil sorumluluğunun sınırı sürekli değişmektedir⁷⁴.

Bir kişinin haksız fiil işlediğini söyleyebilmek için o haksız fiil tipinde sorumluluk için aranan unsurların gerçekleşmiş olması gerekir. Çeşitli haksız fiil tipleri için aranan unsurlar farklı olsa da aralarındaki farklılıklar birkaç esaslı noktada ortaya çıkar. Bir haksız fiil davasında davalının davacıya zarar vermiş olması temel meseledir. Burada üç temel soru sorulur: Davalı ne yaptı, davacı ne yaşadı, zarar davranıştan nasıl doğdu⁷⁵. Bu sorulara baktığımızda, her haksız fiil tipi için aranan kendine özgü unsurların dışında genel olarak, fiil, zarar ve illiyet bağının önemli olduğunu görürüz.

Haksız fiil hukukunda, sorumluluğun doğması için üç temel unsur aranır: Bir fiille kastten zarar verme (*intentional tort*), ihmalle zarar verme (*negligence*), kişinin bir faaliyetiyle sebep olduğu zarardan kusursuz sorumluluğu (*strict liability*).

4.1. Kasıtlı işlenen haksız fiiller (*intentional torts*)

Kasıtlı haksız fiilde fail zarar vereceğini bilerek veya öngörerek hareket etmektedir. Faili zarardan sorumlu tutmak için failin kötü niyetli (*malicious*) olması gerekmez. Kasıtlı haksız fiil davalarında, davacıların cezaî tazminat talep etme ve cezaî tazminata hak kazanma oranları diğer tip haksız fiil davalarına göre daha yüksektir⁷⁶.

⁷⁰Weir, 2006, **a.g.k.**, 11.

⁷¹K. N. Hylton (2016). *Tort law a modern perspective*. New York: Cambridge University Press, s. 32.

⁷²Hylton, 2016, **a.g.k.**, 32.

⁷³J. V. Calvi and S. Coleman (2004). *American Law and Legal Systems*. (Beşinci Baskı) New Jersey: Pearson Prentice Hall, s. 241.

⁷⁴Herhangi bir yasaya ya da haksız fiilin ihmâl kurallarına dayanmaksızın, tamamen jüri kararları ile belirlenen haksız fiil örneği olarak, silah satıcılarının sarhoşlara, küçüklere ya da dengesiz görünen kişilere silah satmasından doğan sorumluluk gösterilebilir. Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 242.

⁷⁵Weir, 2006, **a.g.k.**, 13.

⁷⁶J. K. Robbennolt and V. P. Hans (2016). *The Psychology of tort law*. New York: New York University Press, s. 27.

En sık karşılaşılan kasıtlı işlenen haksız fiiller olarak şunlar gösterilebilir: vücut bütünlüğüne müdahale (*battery*), vücut bütünlüğüne müdahale tehdidi (*assault*), haksız yere hareket özgürlüğünü kısıtlama (*false imprisonment*), ruhsal sıkıntıya maruz bırakma (*infliction of mental distress*), özel hayatın ihlali (*invasion of privacy*), itibar zedelemek (*defamation*), taşınmaza tecavüz (*trespass to land*), taşınıra tecavüz (*trespass to chattel*), taşınır malı sahibinin hakimiyetinden çıkarmak (*conversion*), haksız rekabet veya başkalarının ticari ya da ekonomik ilişkilerine müdahale (*unfair competition or interference with commercial or economic relations*).

Battery (vücut bütünlüğüne müdahale), birinin vücut bütünlüğüne zararlı veya rahatsız edici temasta bulunmaktır⁷⁷. Sorumluluk için hukuka aykırı fiilde bulunma kastı yeterlidir, ayrıca davacıya zarar verme kastı aranmaz⁷⁸. Davalı, açık ve doğrudan sonuçları olan bir davranışı seçtikten sonra bunun sonuçlarına, bu sonuçları istemese veya öngöremese de katlanır⁷⁹. Ayrıca davalı, bir başkasına zarar vermek kastıyla bir davranışta bulunup başka birine zarar verirse, bu kişiye zarar verme kastı olmamasına rağmen zarardan sorumlu olacaktır⁸⁰.

Assault (vücut bütünlüğüne müdahale tehdidi), mağdurda fiziksel temasla zarar verileceği endişesi yaratmaktır⁸¹. Bu haksız fiil tipinde, herhangi bir fiziksel temas yoktur ancak mağdur yakın bir zarar görme tehlikesi içerisinde olduğuna inanır⁸². Vücut bütünlüğüne müdahale tehdidi (*assault*) ile vücut bütünlüğüne müdahale (*battery*)

⁷⁷Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 248.

⁷⁸Hylton, 2016, **a.g.k.**, 50.

⁷⁹Bu haksız fiil tipi için klasik örnek olarak verilen Vosburg v. Putney davasında, 14 yaşındaki davalı, okulda dersten önce oturdukları yerde, 11 yaşındaki davacının bacağına tekme atmış, attığı tekme çok sert olmamasına rağmen davacının bacağındaki bir yaranın üzerine gelmiş ve iyileşme sürecindeki bacağın kötüleşmesine sebep olmuştur. Davalı, hiçbir şekilde davacıya zarar verme kastı olmadığı ve iki okul öğrencisi arasında bu tip hareketlerin normal olduğu, bir anlamda davacının rızası olduğu savunmasında bulunmuştur. Mahkeme, bu haksız fiil tipinde hukuka aykırı davranışın kasıtlı olmasının sorumluluk açısından yeterli olduğunu, zarar verme kastının aranmadığını hükme bağlamıştır. Davalı, zararı istemese ya da öngöremese bile sorumludur. Zira tekme atma davranışı hukuka aykırıdır. Bu davranışın, herhangi bir olumsuz sonucu olsun ya da olmasın hoş karşılanmayacağı açıktır. Eğer davalı, tekme atmamakla atmak arasında bir seçim yapmış ve tekme atmışsa bundan kaynaklanan tüm sonuçlara katlanmalıdır. Mahkeme, davalının, davacının rızası vardır iddiasına karşılık, eğer davranış oyun alanı içinde iki taraf oyun oynarken gerçekleşseydi bu iddianın tartışılabilirliğini ama tarafların dersten önce oturdukları bir alanda davalının tekme atmasına davacının rızası olamayacağına karar vermiştir. Vosburg v. Putney, 50 N. W. 403 (Wis.1891) Hylton, 2016, **a.g.k.**, 50; J. C. P. Goldberg and B. C. Zipursky (2016). The strict liability in fault and the fault in strict liability. *Fordham Law Review*, Vol: 85 No:2, s. 749.

⁸⁰Hylton, 2016, **a.g.k.**, 54.

⁸¹Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 248; Hylton, 2016, **a.g.k.**, 86.

⁸²Hylton, 2016, **a.g.k.**, 86.

genelde birlikte anılır. Ancak bunlar birbirinden bağımsız haksız fiil tipleridir⁸³. Vücut bütünlüğüne müdahale haksız fiil tipi, vücut bütünlüğünü korumayı gözetirken; vücut bütünlüğüne müdahale tehdidi, iç huzuru korumayı amaçlar⁸⁴. Mağdura fiziksel zarar verme tehdidi sadece sözle olmaz, davalı zarar verici bir davranışta bulunacağını ima eden davranış sergilemelidir⁸⁵. Örneğin yumruk atacakmış gibi bir hareket ya da boş bile olsa bir silahı kişiye yöneltmek gibi. Vücut bütünlüğüne müdahale tehdidinde, davalının sorumlu tutulabilmesi için zarar verme kastının ispatlanması gerekir. Bu haksız fiil tipinde fiziksel temas aranmadığı için, kişinin sorumlu tutulabileceği durumlar kısıtlıdır. Sorumluluk için tehdit yakın ve ciddi olmalıdır. Ayrıca makul bir kişinin, bu tehditten endişe duyması beklenir⁸⁶.

False imprisonment (haksız yere hareket özgürlüğünü kısıtlama), birini kasıtlı olarak sınırları belli bir yerde kendi iradesine aykırı olarak tutmak, onun hareket özgürlüğünü kısıtlamaktır⁸⁷. Adındaki haksızdan (*false*) anlaşılacağı üzere bir kimsenin hareket özgürlüğünü kısıtlamanın hukuka aykırı sayılmadığı haller de vardır⁸⁸. Örneğin, meşru müdafaa halinde ya da eşyasını korumak için kişi bir başkasını geçici olarak bir yere hapsedebilir. Bu haksız fiil tipi için mağdurun hapsedilmesi ya da fiziksel birtakım engellerle kilitlenmesi gerekmez, malına el koymak dahil olmak üzere yoluna devam etme özgürlüğünün bir şekilde kısıtlanması yeterlidir⁸⁹. Mağdurun alıkonulduğundan haberdar olması gerekir⁹⁰.

Infliction of mental distress (ruhsal sıkıntıya maruz bırakma), birini bilerek ve isteyerek ruhsal sıkıntıya sokmaktır⁹¹. Mahkemeler bu haksız fiil tipinde dört unsur aramaktadır: Fiil aşırı ve çok fena (*extreme and outrageous*) olmalıdır, fail kasten ya da umursamadan davranmış olmalıdır, mağdur ruhsal sıkıntı duymuş olmalıdır ve ruhsal

⁸³Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 248.

⁸⁴Robbennolt and Hans, 2016, **a.g.k.**, 27.

⁸⁵Hylton, 2016, **a.g.k.**, 86; Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 248. *Brower v. Ackerley* davasında, davalı davacıyı birçok kez arayıp, yaşadığı yeri bulup dövmekle tehdit etmişse de mahkeme, bedensel müdahale tehditini yakın ve ciddi görmemiştir. *Brower v. Ackerley*, 943 P. 2d 1141 (Wash. Ct. App. 1997) Hylton, 2016, **a.g.k.**, 86.

⁸⁶Robbennolt and Hans, 2016, **a.g.k.**, 27.

⁸⁷Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 249; Hylton, 2016, **a.g.k.**, 75.

⁸⁸Hylton, 2016, **a.g.k.**, 75.

⁸⁹Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 249.

⁹⁰W. L. Prosser (1955). False imprisonment: consciousness of confinement. *Columbia Law Review*, Vol: 55, No: 6, s. 847; Hylton, 2016, **a.g.k.**, 76.

⁹¹Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 249.

sıkıntı çok ağır olmalıdır⁹². Fiil, mağdurda üzüntü, hayal kırıklığı, endişe yaratmaktan çok daha öte ruhsal olarak ıstırap yaratmalıdır⁹³. Önceleri mahkemeler geleneksel olarak bu haksız fiil tipinde başka bir haksız fiil tipi ve fiziksel bir zararla bağlantı ararken, artık bu koşullar aranmaksızın ruhsal sıkıntıya maruz bırakma, tek başına bir haksız fiil tipi olarak kabul edilmektedir⁹⁴.

Invasion of privacy (özel hayatın ihlali), bir başkasının özel hayatını rızası olmadan haksız yere ihlal etmektir. Bu haksız fiil tipinde, mahkemeler kişinin özel hayatını, devletin ya da özel sektörün müdahalesine karşı da korur. Özel hayatın ihlali geniş bir alanı kapsamaktadır. Örneğin, özel hayatın telefonun dinlenmesi suretiyle ihlali veya kişinin takip edilmesi, kişinin isminin veya resminin izni olmaksızın reklam amaçlı kullanılması, kişinin özel hayatına ilişkin bilgilerin izni olmaksızın yayınlanması⁹⁵.

Kişinin toplumdaki itibarı ile ilgili bir başka haksız fiil tipi, *defamation* (itibarını zedelemek), kişinin toplumdaki saygınlığına aşağılayıcı ve karalayıcı açıklamalarla zarar verilmesidir. Açıklamalar sözlü (haksız fiil tipi *slander*) ya da yazılı veya kalıcı başka bir vasıta ile (haksız fiil tipi *libel*) olabilir⁹⁶. Bu haksız fiil tipi, kişilerin saygınlıklarını kötü niyetli ve gerçek olmayan saldırılardan korumayı amaçlar⁹⁷. Davacı, kendisi ile ilgili doğru olmayan açıklamaların sanki gerçekmiş gibi üçüncü bir kişiye ulaşacak şekilde kasten ya da ihmalen yapıldığını ve bundan zarar gördüğünü ispat etmelidir. Davalı ise savunmasını şu üçünden birine dayandırabilir: Açıklamanın doğru olduğu, konuşma ayrıcalığına sahip olduğu (örneğin bir davada tanık olarak dinlenildiği), davacının açıklamaya ilişkin rızasının olduğu⁹⁸.

⁹²R. Theodore (1990). Photojournalism and the infliction of emotional distress. *Privacy and Publicity*, s.165.

⁹³Bu haksız fiil tipi için verilen klasik örnek *Wilkinson v. Dowton* davasıdır. Davalı, davacıya, eşi gayet sağlıklı bir durumdayken, eşinin çok kötü bir kaza geçirdiğini, iki bacağı kırık bir biçimde sokakta yattığını söylemiştir. Mahkeme, davacının iç huzuruna yönelik aşırı saldırgan davranıştan doğan zihinsel acı nedeniyle, davalıyı tazminata mahkum etmiştir. *Wilkinson v. Dowton*, (1897) 2 Q.B.D 57.

⁹⁴Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 249.

⁹⁵Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 249.

⁹⁶Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 250.

⁹⁷*Eastwood v. National Enquirer* davasında, davalı dergi ünlü bir sinema oyuncusu olan davacı ile sanki bir görüşme yapmış gibi, davacının aile ve iş hayatına ilişkin tamamen uydurma bir söyleşi yayınlamıştır. Davacı, sansasyonel bir magazin dergisine röportaj vereceği izleniminin itibarını zedelediğini ileri sürmüştür. Davacı lehine 150 bin dolar tazminata hükmedilmiştir. *Eastwood v. National Enquirer Inc.*, 198 Cal. Rptr 342 (1983). Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 250.

⁹⁸Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 250.

Trespass to land (taşınmaza tecavüz), birinin taşınmazına kasten müdahalede bulunmaktır⁹⁹. Müdahale, taşınmazı işgal etmek, taşınmaza bir nesne atmak veya taşınmaz malikini taşınmazdan dışarı atmak şeklinde olabilir¹⁰⁰. Taşınmaza tecavüzden sorumluluk doğabilmesi için failin fiili gerçekleştirme kastı olmalıdır. Taşınmaza tecavüz haksız fiil tipinde zararın kanıtlanması gerekmez. Davacı, fiilden kanıtlanabilir bir zarar görmemişse, nominal tazminat (*nominal damage*) talep edebilecektir¹⁰¹.

Trespass to chattels (taşınıra tecavüz), zilyetliğe kasten müdahale etmektir¹⁰². Bu haksız fiil tipinde, taşınmaza tecavüz haksız fiilinden farklı olarak her fiziksel müdahale sorumluluk doğurmaz¹⁰³. Eşyaya el konulduğu veya hasar verildiği ya da eşyanın kullanımının uzunca bir süre engellendiği durumlarda taşınıra tecavüzden söz edilir¹⁰⁴. Davacı bu üç durumdan birinin gerçekleştiğini ispat ettiğinde, zarar oluşmamış bile olsa taşınıra tecavüzden davalı aleyhine sorumluluk doğar. Nominal tazminata hükmedilir¹⁰⁵. Taşınıra tecavüz haksız fiil tipinin bir türü olarak malın hakimiyetinin bir başkası tarafından ele geçirilmesi ise *conversion* (taşınır malı sahibinin hakimiyetinden çıkarmak) haksız fiildir¹⁰⁶.

4.2. İhmalî haksız fiiller (*negligence*)

İhmal, failin belirli bir durumda hukukun aradığı özeni göstermedeki umursamazlığı ya da dikkatsizliğidir¹⁰⁷. İhmalî haksız fiil davalarında tazminat, failin ahlâki olarak kusurlu olduğunu kanıtlamaya dayanmaz. Zira sorumluluk, hukukun yapılmasını veya yapılmamasını emrettiği şeylerden doğar, ahlâki görevlerden değil. Davacı, davalının kendisine karşı özen yükümlülüğünün bulunduğunu (*duty of care*),

⁹⁹Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 250.

¹⁰⁰*Herrin v. Sutherland* davasında, davalı bir başkasının arazisi üzerinde, davacının arazisine doğru tüfekle ateş ederek ördek avlamaya çalıştığı için taşınmaza tecavüzden sorumlu tutulmuştur. *Herrin v. Sutherland*, 74 Mont 587, 241 P. 328 (1925). Hylton, 2016, **a.g.k.**, 56.

¹⁰¹Hylton, 2016, **a.g.k.**, 56.

¹⁰²Hylton, 2016, **a.g.k.**, 58; Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 252.

¹⁰³Hylton, 2016, **a.g.k.**, 58.

¹⁰⁴Hylton, 2016, **a.g.k.**, 58; Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 252. *CompuServe Inc. v. Cyber Promotions Inc.* davasında, internet sağlayıcısı olan davacı şirket davalı şirketten kendi kullanıcılarına spam mailler göndermemesi için yaptığı başvurulardan sonuç alamayınca dava açmıştır. Mahkeme, bilgisayarın ürettiği elektronik sinyallerin başkasının eşyasına izinsiz müdahalede bulunma ve eşyayı kullanma oluşturduğunu belirterek davalı şirketin taşınıra tecavüzde bulunduğunu kabul etmiştir. *CompuServe Inc. v. Cyber Promotions Inc.*, 962 F. Supp. 1015 (S. D. Ohio 1997) Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 252.

¹⁰⁵Hylton, 2016, **a.g.k.**, 56.

¹⁰⁶Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 251.

¹⁰⁷Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 242.

davalının fiilinin makul özene (*standard of care/ reasonable care*) uymadığını, bu fiilden telafi edilmesi gereken bir zararının doğduğunu ispatlayacaktır¹⁰⁸.

Failin göstermesi gereken özenle ilgili iki mesele vardır. Biri failin kime özen göstermekle yükümlü olduğu (*duty of care*), diğeri göstermesi gereken özenin derecesidir (*standard of care/ reasonable care*)¹⁰⁹. Özen yükümlülüğü, fail ile mağdur arasındaki ilişki ile ilgilidir. Bu ilişki, bir kişinin bir başkasına göstermesi gereken özenin, dikkatin derecesini belirler. Hukuk genel olarak kişileri tehlikede olan birine yardım etmekle yükümlü kılmaz. Ancak böyle bir yükümlülük ilişkinin özelliğinden doğabilir. Örneğin denizde boğulan bir çocuğu hukuken üçüncü bir kişinin kurtarma yükümlülüğü yokken ana babasının vardır¹¹⁰. Benzer bir şekilde, ticari bir işletmenin, müşterilerine karşı değişik düzeylerde özen gösterme yükümlülüğü vardır. Tehlike anında müşterilerine yardım etme yükümlülüğü gibi. Bu örneklerden, Amerikan hukukunda davalının özen yükümlülüğünden söz edebilmek için, davalının davacıyı makul olmayan zarar risklerinden korumak bakımından bir yükümlülüğü olması gerektiği, bu yükümlülük için ise aralarında somut bir ilişkinin olması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Kimin özen göstermekle yükümlü olduğuna ilişkin olarak açıklayıcı bir tanım İngiliz hukukundan verilebilir. *Donoghue v. Stevenson*¹¹¹ davasında verilen kararda, herkesin komşularına zarar verme ihtimalini makul olarak öngörebildiği zararlar bakımından, yapma ve yapmama filleri sonucunda bir zararın ortaya çıkmasını engellemek için gerekli makul özeni göstermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Kararda komşu kavramından ne anlaşılması gerektiği de belirtilmiştir: komşu failin davranışlarından öyle yakından ve doğrudan etkilenen kişidir ki, failin bu kişinin, davranışlarından veya yapmama fiilinden etkileneceğini makul ölçüde hesaba katması gerekir¹¹².

Failin göstermesi gereken özenin derecesi, olayın özelliklerine göre, makul ölçüde özenli bir kişinin göstereceği özendir¹¹³. Failin ihmalkâr davranması, aynı koşullar altında makul bir kişinin yapmayacağını yapmak, yapacağını yapmamaktır. Makul kişi,

¹⁰⁸Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 243.

¹⁰⁹R. A. Posner (1972). A theory of negligence. *Journal of Legal Studies* Vol:1 No:1, s. 38; Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 243.

¹¹⁰Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 244.

¹¹¹*Donoghue v. Stevenson* (1932) AC 562.

¹¹²P. Çağlayan Aksoy (2016). *Hukuka ve ahlâka aykırılık unsurları çerçevesinde salt malvarlığı zararlarının tazmini*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 106.

¹¹³Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 243; Robbennolt and Hans, 2016, **a.g.k.**, 39; Özden Merhacı, 2012, **a.g.k.**, 190.

mahkeme kararlarıyla yaratılmış objektif bir ölçüttür¹¹⁴. 20. yüzyılın başlarında makul kişiyi belirlerken, objektif bir üçüncü kişinin mi yoksa fail ile aynı şartlara sahip subjektif bir üçüncü kişinin mi esas alınması gerektiği tartışılmıştır. Objektif bir üçüncü kişinin esas alınması gerektiği baskın görüş olarak kabul edilmiştir¹¹⁵. Bu dikkatli ve özenli kişinin, ortalama zekaya, normal hafıza ve algıya sahip olduğu kabul edilir¹¹⁶. Fail çocuksa, aynı yaş ve olgunluktaki ortalama bir çocuğun göstereceği özen dikkate alınarak, failin gerekli özeni gösterip göstermediği belirlenir¹¹⁷. Makul özenin derecesi belirlenirken, çocuğun özeninin derecesinin yetişkin birinin ölçüsünde olmaması normaldir. Çocuk, normal bir yetişkinin öngörebileceği tehlikeleri öngöremez. Ayrıca, fiziksel becerisi, gücü, dayanıklılığı yetişkinden farklıdır¹¹⁸. Eğer failin haksız fiil sorumluluğu bir mesleğin icrasından kaynaklanıyorsa, makul kişi ölçütü, mesleğini iyi icra edecek eğitim ve yeteneğe sahip kişi asıl alınarak belirlenir¹¹⁹.

Doktrinde bir davranışın makul kişinin davranışı olup olmadığını ölçerken, yapma ya da yapmama şeklindeki davranışın zarar verme olasılığı, ortaya çıkabilecek zararın büyüklüğü ve zarar riskini ortadan kaldırmak ya da azaltmak için alınacak önlemler nedeniyle vazgeçilmesi gereken menfaatin değeri dikkat alınır¹²⁰. *U.S. v. Carroll Towing Co.* davasında¹²¹ hâkim *Learned Hand*, makul ölçüyü belirlemek için bir formül ortaya koymuştur¹²². *Hand Formülüne* göre¹²³, zarar olasılığı (*probability that harm will result*) (P), eğer zarar ortaya çıkarsa büyüklüğü (*the gravity of the resulting injury if it occurs*) (I), alınacak önlemlerin yükü (*the burden of adequate precautions*) (B) ise; sorumluluk

¹¹⁴Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 243.

¹¹⁵Özden Merhacı, 2012, **a.g.k.**, 191.

¹¹⁶Doktrinde makul kişinin esprili bir tanımı da yapılmıştır: “O bir ideal, bir standart, iyi bir yurttaştan talep ettiğimiz tüm niteliklerin cisimleşmiş hali ...nereye gittiğine her zaman bakar ve zıplamadan önce önüne bakacak kadar dikkatlidir; kapılara ya da iskele kenarlarına yaklaşırken ne yıldızlara bakar ne de meditasyona dalar ...asla hareket halindeki otobüse binmez ve tren hareket halindeyken vagonlardan inmez ...köpeği okşamadan önce geçmişini ve alışkanlıklarını öğrenir ...küfretmez, şüpheli işlere girmez veya öfkesine yenilmez ...bu mükemmel ama nefret edilesi karakter, adalet sarayımızda bir heykel gibi duruyor ve vatandaşlarına kendisini örnek alarak hayatlarını düzenlemeleri için boş yere çağrıda bulunuyor”. Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 243; Robbennolt and Hans, 2016, **a.g.k.**, 40.

¹¹⁷Hylton, 2016, **a.g.k.**, 109; Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 243

¹¹⁸Hylton, 2016, **a.g.k.**, 109.

¹¹⁹Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 244.

¹²⁰B. C. Zipursky (2009). Foreseeability in breach, duty, and proximate cause. *Forest Law Review*, Vol: 44, No: 5, s.1249; Robbennolt and Hans, 2016, **a.g.k.**, 41.

¹²¹United States v. Carroll Towing Co., 159 F. 2s 169 (2d Cir. 1947)

¹²²Robbennolt and Hans, 2016, **a.g.k.**, 41; Zipursky, 2009, **a.g.k.**, 1250.

¹²³Ayrıntılı bilgi için bkz. K. C. Sanlı (2008). İhmal kavramının yorumu- Hand Formülü. *Uğur Alacakaptan’a Armağan Cilt 2* (Derleyen: M. M. İncoğlu), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları. 561- 596.

B'nin I çarpı P'den küçük olup olmamasına bağlıdır. ($B < P \times I$)¹²⁴. Bu ihmal hesabına göre, olası failler ve mağdurlar, davranışlarının doğal risklerini, bu risklerin gerçekleşme olasılığını, riski önlemek için gerekli önlemlerin uygulanabilirliğini ve etkinliğini, davranışın faydasını değerlendirmeli ve tüm bu faktörleri birbirine karşı dengelemelidir¹²⁵. Kişilerin bu değerlendirmeyi yapma ve değerlendirmeye göre uygun şekilde davranma kapasitesi olduğu varsayılır¹²⁶. *Hand Formülüne* göre, makul kişi, zarar riskini önlemek ya da azaltmak için katlanacağı maliyet, zarar riskinin yaratacağı maliyetten daha düşük olduğunda zararı önlemek için gerekli tedbirleri alacaktır¹²⁷. Buna karşılık, *Hand Formülünün* ihmali anlamaya katkısı olmadığı eleştirisi de yapılmaktadır¹²⁸. Olağan özen, makul ölçüde ihtiyatlı birinin aynı koşullardaki davranışdır. Diğer bir deyişle, asgari özenden çok, olağanüstü özenden daha azdır. İhmali, risk-fayda dengesi ile ele almak, failin riskin farkında olarak ama riski önleyecek önlemlerin ağırlığı nedeniyle riski tercih edeceğini söylemek, haksız fiil hukukundaki çoğu ihmalin kayıtsızlıktan kaynaklandığı görüşü ile çelişir¹²⁹.

İhmale ilişkin öngörülebilirlik kavramı, makul öngörülebilirliktir. Buna karşılık, özen yükümlülüğüne aykırı davranılmasına ilişkin yaygın bir savunma, zarar riskinin öngörülemez olduğudur. Davalı, öngörülemeyen bir zarar riskine karşı önlem almasının mümkün olmadığını, dolayısıyla önlem almamanın ihmali haksız fiil olmadığını ileri sürecektir. Bu durumda, zararın öngörülebilir olup olmadığını değerlendirilecektir. Zararın öngörülebilir olduğu kararının ardından, zararı önlemek için davalının makul özeni gösterip göstermediğine karar verilecektir¹³⁰.

Fail, özenli davranma yükümlülüğünü aktif bir davranışla (yapma) ya da hareketsiz kalarak (yapmama) ihmal edebilir. Bazı durumlarda ihmali varlığını kanıtlamak daha

¹²⁴Robbennolt and Hans, 2016, **a.g.k.**, 41; Zipursky, 2009, **a.g.k.**, 1250.

¹²⁵Robbennolt and Hans, 2016, **a.g.k.**, 41.

¹²⁶Psikolojik araştırmalar, risk-fayda dengesinin riskle ilgili karar vermenin doğasını tam olarak yakalayamadığını göstermektedir. Risk hakkında karar vermek sıklıkla, hızlı ve bilinçsizce gerçekleşir. Risk-fayda dengesinin hesaplandığı zamanlarda bile verilen karar, güdüler ve duygulardan etkilenir, öz denetimle sınırlanır ve sosyal normlar tarafından şekillenir. Bu nedenle gerçek kişiler, makul kişi standartlarına uymayı isteseler bile asla tutarlı bir şekilde makul olamazlar. Robbennolt and Hans, 2016, **a.g.k.**, 41.

¹²⁷Robbennolt and Hans, 2016, **a.g.k.**, 41.

¹²⁸Zipursky, 2009, **a.g.k.**, 1255.

¹²⁹Zipursky, 2009, **a.g.k.**, 1256.

¹³⁰Zipursky, 2009, **a.g.k.**, 1256.

kolaydır. *Negligence per se (negligence in itself)* doktrinine¹³¹ göre, fail bir yasa ya da yönetmelik hükmünü ihlal etmişse özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı kabul edilir¹³². Bu ihlal nedeniyle bir zarar doğduğunda fail, ihmalden dolayı zarardan sorumlu olacaktır. Örneğin, bir iş kolunda güvenlik için mevzuatla belirlenmiş uyulması gereken kurallar varsa ve hâkim bunlara uyulmadığına kanaat getirmişse, ihmalin varlığı kesindir. Artık jürinin ihmali değerlendirmesi gerekmez, bu durumda jüri tazminata karar verir¹³³. İkinci bir durum, *res ipsa loquitur (the thing speaks for itself)* doktrini¹³⁴. Doktrine göre, zarara sebep olan olay, genellikle ihmal olmadan gerçekleşmeyecek türden bir olaysa¹³⁵ ve sonuca sebep olabilecek tüm araçlar olay anında failin kontrolünde ise zararın ihmalden kaynaklandığı kabul edilir¹³⁶. Jüri, bu iki hususun gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirecektir.

Davacının, davalıyı özen yükümlülüğünün ihlalinden sorumlu tutabilmesi için zarar ile fiil arasındaki nedensellik bağıını ispat etmesi gerekir¹³⁷. Nedensellik ilişkisi mantıki nedensellik (*cause in fact*) ve yakın nedensellik (*proximate causation*) olarak ayrılır¹³⁸. Mantıki nedensellik, davalı özen gösterseydi bile zararın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini belirlemeye çalışır¹³⁹. Mantıki nedenselliği belirlemeye yönelik iki

¹³¹*Negligence per se doktrini Osborne v. McMasters* davasında açıkça ifade edilmiştir. Mahkemeye göre, bir yasa ya da yönetmelik, bir kişiye başkalarının korunması veya yararı için belirli bir görev verirse ve kişi görevi yerine getirmeyi ihmal ederse, mağdur, yasanın güvenliğini veya çıkarını korumayı amaçladığı sınıftan bir kişiye, zarar, yasa ya da yönetmeliğin önlemeyi amaçladığı türden bir zararsa, zararın ihmalden kaynaklandığı kabul edilir. Davada, davacıya üstüne zehirli olduğunu belirten bir etiket yapıştırmaksızın ölümcül nitelikte bir zehir satılmıştır. Davalının zehir şişesini etiketlememesi yasaya aykırıdır. Yasa hükmü, eczane müşterilerini yanlışlıkla zehirlenmeden korumak için getirilmiştir. Mağdur yasanın korumayı amaçladığı kişilerdendir. Ortaya çıkan sonuç (davacı zehirden ölmüştür) yasanın önlemeyi amaçladığı türden bir sonuçtur. Davalının ihmali vardır. *Osborne v. McMasters*, 41 N. W. 543 (Minn 1889) Hylton, 2016, **a.g.k.**, 129.

¹³²Hylton, 2016, **a.g.k.**, 129; Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 244; Posner, 1972, **a.g.k.**, 39.

¹³³Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 245.

¹³⁴Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 245; Hylton, 2016, **a.g.k.**, 139; Robbennolt and Hans, 2016, **a.g.k.**, 61.

¹³⁵*Byrne v. Boadle* davasında, davacı, un taciri davalının taşınmazının önünden geçerken başına un fıçısı düşmüştür. Mahkeme, davayı reddetmiş ancak temyizde dava kabul edilerek, *res ipsa loquitur* doktrininin uygulanabileceği kabul edilmiştir. Doktrine göre, olay birinin ihmali olmadan gerçekleşmeyecek türden olmalıdır, davalının kontrolündeki kişiler ya da araçlar nedeniyle olmalıdır, olaya davalının rızası ya da katılımı olmamalıdır. Sadece kazanın gerçekleşmiş olması ihmali kanıttır. Bir pencereden un fıçısının düşüp yaralanmaya sebep olması birinin ihmali olmadan ne sıklıkta olabilir sorusunun yanıtı (olağan koşullarda nadiren) ihmali göstermektedir. Davalının, çalıştırdığı kişiler ve un fıçıları üzerinde kontrol yetkisi olduğu açıktır. Mahkeme, aksini davalının kanıtlaması gerektiğini belirtmiştir. Davacının kafasına un fıçısı düşmesinde hiçbir dahli yoktur, sadece oradan geçmektedir. *Byrne v. Boadle*, 159 Eng. Rep. 299 (ex. 1863). Hylton, 2016, **a.g.k.**, 139; Robbennolt and Hans, 2016, **a.g.k.**, 61.

¹³⁶Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 245; Hylton, 2016, **a.g.k.**, 139.

¹³⁷Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 245

¹³⁸Hylton, 2016, **a.g.k.**, 195; Z. Özkan (2014). Amerikan haksız fiil hukukunda nedenselliğin tesisi çerçevesinde gerçek neden ve ispatı. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 2014/ 110, s. 35.

¹³⁹Hylton, 2016, **a.g.k.**, 195.

yaklaşım vardır. Olmasaydı testi (*but for test*) ve esaslı etken testi (*substantial factor test*)¹⁴⁰. Olmasaydı testinde, davalı özenli davranıyorsa bile olay gerçekleşir miydi sorusu, esas etken testinde ise, davalının ihmali zararın oluşmasında esas etken miydi sorusu sorulur¹⁴¹. Mantiki nedenselliği belirlemek için olmasaydı testi esas alınmış, esas etken testi onun alternatifi olarak geliştirilmiştir¹⁴². Her iki yaklaşım da varsayımsal olarak davalının eylemi olmasaydı ne olurdu sorusunun cevabını aramaktadır¹⁴³. Esaslı etken testinin klasik uygulama alanı, birden fazla nedenin, zararın ortaya çıkmasına tek başına yeterli olabileceği ancak nedenlerden hiçbirinin olmasaydı testine göre sorumluluk doğurmadığı olaylardır¹⁴⁴. Buna karşılık yakın nedensellik (*proximate causation*) temel olarak öngörülebilirlik konusunu ele alır¹⁴⁵. Yakın nedenselliğe göre, davacının zararına doğrudan davalının fiili neden olmuştur ve zarar davalının fiilinin makul olarak öngörülebilir sonucudur¹⁴⁶. Yakın nedensellik, davalının sorumluluğunu sınırlamakta ve ayrıca davalının zarara sebep olan yapma ya da yapmama davranışı ile bağlantılı olmayan zararları, sorumluluk kapsamının dışına çıkarmaktadır¹⁴⁷.

İhmali haksız fiil tipinde davacı zararını da ispat etmelidir. Davacı hem zararının niteliğini hem kendisini adil bir şekilde tatmin edecek tazminatı belirlemelidir. Burada önemli olan mağduru olabildiği kadar haksız fiilden önceki haline getirmektir¹⁴⁸.

İhmali haksız fiil tipinde davacı, davalının özen yükümlülüğünü, makul özenin gösterilmediğini, davranış ile zarar arasındaki nedensellik bağı ve zarar unsurlarını ispat ettikten sonra davalı savunma olarak, davacının ileri sürdüğü olguları inkâr edebilir,

¹⁴⁰Hylton, 2016, **a.g.k.**, 195; Özkan, 2014, **a.g.k.**, 37; Özden Merhacı, 2012, **a.g.k.**, 194.

¹⁴¹Hylton, 2016, **a.g.k.**, 198.

¹⁴²Örneğin, iki farklı kişinin ormanda ihmal suretiyle yangın çıkarttığı, bu iki yangının bir noktada birleşerek mağdurun evinin yanmasına sebep olduğu bir durumda, failler kendilerine karşı açılan davada kendi fiilleri olmasaydı bile evin diğer failin fiili nedeniyle yanacağı savunmasını yapabilirler. Mahkemeler, bu tip durumlarda, olmasaydı testinin yerine geçmek üzere esas etken testini kabul etmişlerdir.

¹⁴³Klasik bir örnek *New York Central Railroad Co. v. Grimstad* davasıdır. Olayda, davacının kaptan olan eşi mavnasına bir başka geminin çarpması sonucu denize düşmüştür. Davacı, eşini suda yardım için çağırırken görmüş, ip bulmak için uğraşmış ama bu sırada eşi suda kaybolmuştur. Davacı, mavnanın sahibi davalıya mavnada can kurtaran simitleri olmadığı için ihmal iddiası ile dava açmıştır. Mahkeme, davacının mantiki nedenselliğe dayanan ihmal suretiyle zarar verildiği iddiasını reddetmiştir. Mahkemeye göre, yeteri kadar can kurtaran simidi olsaydı bile davacı eşini başka faktörler nedeniyle kurtaramayabilirdi. Örneğin, zamanında can simidini bulamayabilirdi, bulsa bile zamanında fırlatamayabilirdi, fırlatsa bile tam eşinin olduğu yere isabet ettiremeyebilirdi. *New York Central Railroad Co. v. Grimstad*, 264 F. 334 (2d Cir. 1920) Hylton, 2016, **a.g.k.**, 200.

¹⁴⁴Özkan, 2014, **a.g.k.**, 42.

¹⁴⁵Hylton, 2016, **a.g.k.**, 227.

¹⁴⁶Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 245.

¹⁴⁷Hylton, 2016, **a.g.k.**, 227.

¹⁴⁸Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 246.

hukuka uygunluk nedenleri ileri sürebilir, iddia edilen ihmale dayalı sorumluluğu ortadan kaldıracabilecek veya sınırlandırabilecek doktrinlerden birine başvurabilir¹⁴⁹. İhmali haksız fiil tipinde davalının yararlanabileceği üç doktrin, birlikte ihmal (*contributory negligence*), karşılaştırmalı ihmal (*comparative ihmal*) ve riski üstlenme (*assumption of risk*) şeklinde sıralanabilir¹⁵⁰.

Birlikte ihmal (*contributory negligence*), davacının eylemlerinin zararın oluşmasına katkıda bulunduğunu ileri sürmektir. İhmali kanıtlamak için davacının özen yükümlülüğünü, yükümlülüğün ihlalini ve nedensellik bağıını ispat etmesinden sonra birlikte ihmal savunmasında bulunan davalı, bu sefer davacı açısından bu unsurları ispatlayacaktır¹⁵¹. Birçok durumda kişinin kendisine karşı da özen yükümlülüğü vardır. Ancak bu yükümlülüğün istisnaları vardır. Başkasını tehlikeden kurtarmak için kendisini tehlikeye atan kişinin, kendi güvenliğine ilişkin özen yükümlülüğü yoktur¹⁵². Kişinin, bir başkasını kurtarmak için kendisini tehlikeye attığı durumlarda birlikte ihmal savunması ancak kişinin davranışı düşüncesiz ya da gözükara ise ileri sürülebilir¹⁵³. Kişinin kendisine karşı özen yükümlülüğünün ikinci istisnası eşyaya ilişkindir. Eşya sahibinin, başkalarının ihmali nedeniyle zarar meydana gelmemesi için özen yükümlülüğü yoktur¹⁵⁴. Kişinin kendisine ilişkin özen yükümlülüğünü ihlal ettiği ispatlanacaktır¹⁵⁵. Burada makul kişinin göstereceği özeni gösterip göstermediği ölçülecektir. Birlikte ihmal savunmasında nedenselliğe ilişkin, davacının zararının kendi ihmalinin öngörülebilir bir sonucu olup olmadığı ve davacı özen gösterse bile zararın

¹⁴⁹Hylton, 2016, **a.g.k.**, 147.

¹⁵⁰Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 247.

¹⁵¹Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 247.

¹⁵²Başkası için kendi güvenliğini riske atan kişiye, kendi güvenliğini gözetme sorumluluğunun yüklenmemesinin nedeni bu davranışı teşvik etmektir. Sonrasını düşünmeksizin başkaları için harekete geçmek tüm toplumun yararınadır. Hylton, 2016, **a.g.k.**, 149.

¹⁵³Hylton, 2016, **a.g.k.**, 149.

¹⁵⁴*Le Roy Fiber Co. v. Chicago, Milwaukee & St. Paul Ry.* davasında, davacının tren yoluna yakın kendi arazisinde depoladığı keten sapsarı lokomotiflerden çıkan kıvılcımlar nedeniyle yanmıştır. Davacı, tren yolu şirketine, ihmal suretiyle ürünlerinin yanmasına sebep olduğu iddiası ile dava açmıştır. Jüri, davalı şirketin lokomotiflerinin etrafa kıvılcım ve sıcak kömür parçaları saçmasının şirketin mühendislerinin ihmalden kaynaklandığını belirtmiştir. Ancak davacının da ürünleri tren yoluna yakın bir yere depolamasının kendi ihmali davranışı olduğuna karar vermiştir. Jüri, birlikte ihmal (*contributory negligence*) doktrinini kabul etmiş ve davacının tazminat talebini reddetmiştir. Temyiz mahkemesi, davayı Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'ne taşımıştır. Yüksek Mahkeme, mülk sahibinin başkalarının kasti ya da ihmali davranışlarından kaynaklanan zararları önlemek için önceden önlem alma yükümlülüğü olmadığına karar vermiştir. *Le Roy Fiber Co. v. Chicago, Milwaukee & St. Paul Ry.*, 232 U.S. 340 (1914). Hylton, 2016, **a.g.k.**, 149.

¹⁵⁵Hylton, 2016, **a.g.k.**, 149.

meydana gelip gelmeyeceği tartışılacaktır¹⁵⁶. Birlikte ihmal kanıtlandığı takdirde davacı tazminat alamayacaktır.

Davalının başvurabileceği bir başka savunma karşılaştırmalı ihmaldir (*comparative ihmal*). Karşılaştırmalı ihmal, birlikte ihmal kuralının katılığına karşı kabul edilmiştir. Karşılaştırmalı ihmal uyarınca, zararın oluşmasında davacının kendi ihmali davranışının da katkısı varsa, bu katkının derecesine bağlı olarak tazminat miktarı azaltılabilmektedir. Eyalet mahkemeleri, karşılaştırmalı ihmale ilişkin üç farklı yaklaşımdan birini benimsemiştir. İlk yaklaşıma göre (*pure comparative negligence*), davacı kendi zararına ihmali hareketi ile katkıda bulunmuş olsa bile tazminat alabilmektedir. Ancak tazminat miktarı zarara katkısı oranında azalacaktır¹⁵⁷. Örneğin, bir trafik kazasında yüzde otuz kusurlu ise tazminat oranında yüzde otuz azalma olacaktır. İkinci yaklaşıma göre¹⁵⁸ (*equal-to-or-greater-than*) davalının ihmali davacınıninkine eşit ya da daha büyükse, davacı tazminat alabilmektedir¹⁵⁹. Üçüncü yaklaşıma göre (*slight-gross*), davacının ihmali, davalının ihmeline kıyasla hafif olduğunda, davacı tazminat alabilmektedir¹⁶⁰.

İhmali haksız fiillerde davalının başvurabileceği bir diğer savunma, riski üstlenmedir (*assumption of risk*). Riski üstlenme, bir nevi özel örtülü rıza olarak kabul edilmektedir. Davacının, zarara yol açan durumun risklerinin farkında olduğu ve bunları kabul ettiği varsayımına dayanır¹⁶¹. Bu savunmanın ilk örnekleri, iş yerinde gerçekleşen haksız fiillere ilişkin çalışanın işverene karşı açtığı davalarda görülmektedir¹⁶². İşverenler, riski üstlenme doktrinine dayanırken, çalışanın işin risklerinin farkında

¹⁵⁶Hylton, 2016, **a.g.k.**, 151.

¹⁵⁷Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 247.

¹⁵⁸İkinci ve üçüncü yaklaşım bir isim (*modified comparative negligence*) altında da anılmaktadır. Hylton, 2016, **a.g.k.**, 171.

¹⁵⁹Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 248.

¹⁶⁰Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 248.

¹⁶¹Hylton, 2016, **a.g.k.**, 158.

¹⁶²Endüstri devrimi sırasında, işçiler tarafından açılan iş yeri davalarının artması üzerine doktrin, gelişmekte olan yeni ve güçlü şirketlerin potansiyel sorumluluklarını azaltarak, sanayiye güçlendirmek amacıyla mahkemeler tarafından geliştirilmiştir. Riski üstlenme doktrini, işçilerin endüstri hayatının tüm risklerini kabul ettiklerini savunmuştur. Zamanla, işçilerin başına gelenlere toplumun memnuniyetsizliği artınca mahkemeler bu sefer doktrini uygulamayı zorlaştırmaya yoluna gitmişlerdir. İşçinin riski üstlendiğini kabul edebilmek için riski bilmesi koşulu daha özel ve kesin olarak aranmaya başlamıştır. B. P. Harlan (2008). The California Supreme Court should take a mulligan: how the court shanked by applying the primary assumption of risk doctrine to golf. *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, Vol: 29 No: 1, s. 98.

olacak kadar uzun süredir çalıştığı ve risklerin farkında olarak kendi isteği ile çalışmaya devam ettiği iddiasına dayanmaktadırlar¹⁶³.

Büyük sigara şirketlerine karşı açılan davalarda, riskin üstlenilmesi savunmasına şirketler sıklıkla başvurmuşlardır¹⁶⁴. Savunmada, ilk olarak, davacının tehlikeyi bildiği, tehlikenin büyüklüğünü takdir edebildiği, ikinci olarak davacının riski bilmesine rağmen isteyerek hareket ettiği kanıtlanmalıdır¹⁶⁵. Sigara şirketleri, davacıların sigara içmemeye ilişkin bilimsel önerilere rağmen tütün kullanarak akciğer kanseri riskini üstlendiklerini ileri sürmüşlerdir¹⁶⁶.

Riski üstlenme savunmasına, sporla ilişkili haksız fiil davalarında da spor faaliyetlerinin doğasındaki yaralanma riski nedeniyle sık rastlanmaktadır¹⁶⁷. Bir spor etkinliğine isteyerek katılan profesyonel ya da amatör¹⁶⁸ bir kişinin öngörülemeyen ve kasıtlı olmayan yaralanmalara rıza gösterdiği genellikle kabul edilmektedir¹⁶⁹. Savunmanın ilk unsuru, riskin bilinmesi ve büyüklüğünün değerlendirilebilmesidir. Davacı, spor faaliyetinin içerdiği riski bilmiyorsa veya yaşı, zekâsı, deneyimi ya da bilgisi nedeniyle riski değerlendiremiyorsa riskin üstlenilmesi savunmasına başvurulamaz. Ancak yine de böyle bir durumda davacıya karşı karşılaştırmalı ihmal savunmasına başvurulabilir. Riskin üstlenilmesinin ikinci unsuru olan, davacının faaliyete isteyerek

¹⁶³Lamson v. American Axe & Tool Co. davasında, davacı çalıştığı yerde üzerine balta düşüp yaralandığı için işverene dava açmıştır. Davacının işi, baltaları boyamaktır. Boyadığı baltaları kuruması için çalıştığı alana yakın raflara asmaktadır. Baltanın düştüğü raf bir sene önce yenilenmiş, davacı o zaman davalıya raf sisteminin düzgün olmadığını yeni raflardan baltaların düşme ihtimalinin eskiye oranla daha fazla olduğunu söylemiştir. Davalı davacıya işi riskli buluyorsa işten ayrılacağını söylemiştir. Davalı, davada riski üstlenme savunması yaparak, davacının riski bildiğini ama buna rağmen uzun süredir işe devam ettiğini öne sürmüştür. Riskin üstlenilmesi savunması bakımından üç koşulun gerçekleştiği kabul edilmiştir: zarar, davalının faaliyetinin doğal ve öngörülebilir riskinden kaynaklanmış, davacı faaliyete isteyerek dahil olmuş, davacı faaliyetin doğasında olan ve öngörülebilir risklerin uzun zamandır farkındadır. Lamson v. American Axe & Tool Co., 58 N. E. 585 (Mass. 1900). Hylton, 2016, **a.g.k.**, 159.

¹⁶⁴M. Paolini (2019). NFL takes a page from the big tobacco playbook: assumption of risk in the CTE crisis. *Emory Law Journal*, Vol: 68 No: 3, s. 620.

¹⁶⁵Paolini, 2019, **a.g.k.**, 619.

¹⁶⁶Sigara içenler dışında sigaraya maruz kalanların da açtığı davalar vardır. Kendileri sigara içmeyen ancak iş ortamında soludukları duman nedeniyle hastalanan kabin görevlilerinin açtığı davada riski üstlenme savunması yapılamamıştır. Paolini, 2019, **a.g.k.**, 625.

¹⁶⁷K. Denner (2004). Taking one for the team: the roll of assumption of the risk in sports torts cases. *Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law* Vol: 14 No:1, s. 209. Örneğin, Amerikan futbolu oynayan sporcuların kafalarına aldıkları darbeler nedeniyle yaşamlarının ilerleyen yıllarında ciddi nörolojik sorunlar yaşayabilecekleri kanıtlanmıştır. Bu konuda açılan davalarda da sporcuların riski üstlendiği ileri sürülmektedir. bkz. Paolini, 2019, **a.g.k.**, 607- 642.

¹⁶⁸Özellikle lise ve üniversite takımlarında oynayan sporcuların, okul yönetimlerine ihmal nedeniyle dava açması sık karşılaşılan bir durumdur. Eğitim kurumlarının, sporcu öğrencilerine özen gösterme yükümlülüğü (duty of care) aralarındaki özel ilişkiden doğar. Profesyonel sporcuların oynadıkları takımlarının, sporcuya karşı sorumluluğu ise aralarındaki sözleşmeden doğar. Denner, 2004, **a.g.k.**, 229.

¹⁶⁹Denner, 2004, **a.g.k.**, 210.

katıldığını kanıtlamak bu tip davalarda kolaydır, zira spor faaliyetlerine katılım çoklukla gönüllüdür¹⁷⁰.

4.3. Kusursuz sorumluluk

Haksız fiil hukukunun erken dönemlerinde, haksız fiil ahlâki sorumluluk ya da kusurla ilgili değildir¹⁷¹. Temel amaç kişisel intikam yerine yaptırımlar getirerek kişiler arasındaki barışı sağlamaktır. Failin fiilinin kusurluluk derecesinden çok mağdurun zararı dikkate alınırdı. Bu dönemin genel kuralı olarak “*kıran öder*” kabul edilebilir. 19. yüzyıl sonlarına kadar ise haksız fiil hukukunda yaptırımın gerekçesi olarak kusur veya ahlâki sorumluluk kabul görmüştür. Toplumun ahlâki bilinci artıkça, sorumluluk kavramı düzgün bir vatandaştan beklenmeyecek davranışlarla değerlendirilmiştir. Bu dönemde sorumluluğu kusur ile sınırlama anlayışı hakimdir. Kusur, toplum tarafından kişinin komşularını korumak için getirilmiş genel davranış ilkelerinden ayrılmak olarak kabul edilmekte, kasten yasaya aykırı veya başkalarının güvenliği için özenli davranma kuralının ihlalini içermektedir¹⁷².

20. yüzyılda kusursuz sorumluluk olmaz doktrini terk edilmiş, davalının davranışı hukuka aykırı olmasa, hatta özenli davranma kuralını ihlal etmemiş bile olsa bazı durumlarda davalının sorumlu tutulabileceği kuralı getirilmiştir. Faaliyet olası tüm tedbirler alınmasına rağmen başkaları için önemli derecede tehlike oluşturduğu takdirde kusur aranmaksızın davalıyı sorumlu tutma anlayışının temeli, toplumsal yaşamın devamı adına yapılan davranışlardan doğan az ya da çok zararı bunları karşılayabilecek olanlara ya da genel olarak topluma dağıtma felsefesidir¹⁷³. Sorumluluk, toplumu büyük bir riske maruz bırakmaktaki kasıtlı davranıştan doğar. Davranış yasaklanmaz ancak davalının başkasına verdiği zararı üstlenmeksizin davranışta bulunmasına da izin verilmez. Mahkemeler, davalının çıkarı ya da kârına yönelik olarak kendi amacını gerçekleştirmek için tehlikeli faaliyetlere giriştiğini vurgulama eğiliminde olmuştur¹⁷⁴.

Kusursuz sorumluluk hâksız fiil tipinin ilk uygulamaları hayvan sahibinin sorumluluğuna ilişkindir¹⁷⁵. Dikkatli bakılsalar bile hayvanların tehlike oluşturma riskine

¹⁷⁰Denner, 2004, **a.g.k.**, 211.

¹⁷¹W. L. Prosser (1941). *Handbook of the law of torts*. St. Paul: West Publishing Co., s. 426.

¹⁷²Prosser, 1941, **a.g.k.**, 428.

¹⁷³Prosser, 1941, **a.g.k.**, 428.

¹⁷⁴Prosser, 1941, **a.g.k.**, 429.

¹⁷⁵Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 253; Prosser, 1941, **a.g.k.**, 432.

karşı kusursuz sorumluluk kabul edilmiştir. Doktrin asıl gelişimini tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluk ile göstermiştir. Modern doktrinin gelişmesine öncülük eden dava İngiliz hukukundan *Rylands v. Feltcher* davasıdır¹⁷⁶. Mahkeme, bir kişinin, kontrolden çıkması halinde başkalarına zarar verecek bir şeyi kendi çıkarı için toprağına getirmesi ve orada tutması halinde sorumluluğun ona ait olduğuna ve onu güvenli tutmayı sağlayamazsa bundan doğacak tüm zarardan sorumlu olduğuna karar vermiştir¹⁷⁷. İngiltere’de hızla kabul gören ve arazi sahipleri dışında başkaları için olağanüstü risk taşıyan birçok faaliyette uygulanan kusursuz sorumluluk doktrini Amerikan hukukunda ilk başlarda güçlü muhalefet ile karşılaşmıştır¹⁷⁸. Zararın giderilmesi gereken durumlar için *res ipsa loquitur ilkesi* ile desteklenmiş ihmali haksız fiil tipinin yeterli olduğu, kaçınılmaz kazalara karşı sorumluluğun genişletilmesinin adil olmadığı ileri sürülmüştür. Kusursuz sorumluluk doktrinine muhalefet edenler, gelişmekte olan bir ülkede sanayi ve ticaretin ancak tehlikeli faaliyetler ile büyüyebileceğini, sanayi ve ticaretteki büyümenin kamu yararına hizmet ettiğini, dolayısıyla tehlikeli faaliyetler ile uğraşanlara fazla sorumluluk yüklenmemesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Ülkenin gelişimiyle birlikte kusursuz sorumluluk doktrini de kabul görmeye başlamış ve tehlikeli faaliyetler toplum bakımından ne kadar değerli olursa olsun, faaliyeti yürütenlerin zarardan kusursuz olarak sorumlu tutulması uygulamaya yerleşmiştir¹⁷⁹.

First Restatement of Torts, *Rylands* davasında gelişen doktrini, aşırı tehlikeli faaliyetlerden (*ultrahazardous activities*) kaynaklanan zarardan kusursuz sorumluluk olarak düzenlemiştir¹⁸⁰. *Second Restatement of Tort*, aşırı tehlikeli faaliyetler kavramını anormal tehlikeli (*abnormally dangerous*) olarak değiştirmiştir¹⁸¹. *Third Restatement of*

¹⁷⁶Olayda davalı kendi arazisinde su havzası inşa ettirirken seçtiği alan, geçitleri bitişik arazideki davacının madeniyle bağlantılı olan terk edilmiş kömür madeninin kullanılmayan kuyusuna denk gelmiştir. Su havzası doldurulduğunda, su kuyuya dolmuştur, oradan da davacının madenini su basmıştır. Mahkeme, hayvanların araziye izinsiz girmesi ile bu olayı karşılaştırmış ve burada da davalının kusursuz sorumlu olduğuna karar vermiştir. *Rylands v. Fletcher*, L. R. 1 Ex. 265, 279 (1866), aff’d, L.R. 3 H.L. 330 (1868). Hylton, 2016, **a.g.k.**, 91; Goldberg and Zipursky, 2016, **a.g.k.**, 745.

¹⁷⁷Prosser, 1941, **a.g.k.**, 449.

¹⁷⁸Prosser, 1941, **a.g.k.**, 449; Goldberg and Zipursky, 2016, **a.g.k.**, 760.

¹⁷⁹Prosser, 1941, **a.g.k.**, 451. Amerikan haksız fiil hukukunda tehlike sorumluluğu için bkz. G. Arslan (2022). *Türk Hukuku ile karşılaştırmalı olarak Amerikan haksız fiiller hukukunda tehlike sorumluluğu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

¹⁸⁰Restatement (First) of Torts §§ 519- 520 (Am. Law Ins. 1938). Goldberg and Zipursky, 2016, **a.g.k.**, 760, dpn. 73.

¹⁸¹Restatement (Second) of Torts § 520 (Am. Law Ins. 1977). Goldberg and Zipursky, 2016, **a.g.k.**, 760, dpn. 74.

Tort'a göre, makul özen gösterilse bile öngörülebilir ve hayli önemli bir fiziksel zarar riski yaratan ve yaygın olmayan faaliyet anormal tehlikelidir¹⁸².

Kusursuz sorumluluk davalarında, davalının davranışının sorumluluğunu baştan üstlenerek hareket ettiği, davranışlarının sonuçlarına karşı kendisinin sigortacı olduğu belirtilmektedir. Kastedilen genellikle, zararı önlemek için mümkün olan her türlü önlemi almış olmasına ve kusuru olmamasına rağmen zarardan sorumlu olmasıdır. Ancak tehlikeli bir teşebbüsün makul sınırlar içinde faaliyetinin bedelini ödemesi gereği ile faaliyetinin yol açabileceği her türlü zararın sorumluluğunu üstlenme zorunluluğu farklı şeylerdir. Kusursuz sorumluluk hallerinde de sorumluluk sınırlandırılabilir. Her türlü önlemin alındığı durumlarda sorumluluk, olağanüstü riskin sonuçları ile sınırlanmıştır¹⁸³. Tehlikeli bir hayvana sahip olmak diğer insanların veya hayvanların saldırıya uğraması riskini içerir, ancak örneğin bu hayvanı gören bir başka hayvanın korkarak zarara sebep olması, hayvan sahibi olmanın olağanüstü riski kapsamı içinde değerlendirilmemelidir¹⁸⁴.

Kusursuz sorumluluğun gelişimi son dönemde ürün sorumluluğuna ilişkin olmuştur. Ayıplı bir ürünün üreticisi, satıcısı veya tedarikçisi ürünün alıcı, kullanıcı ya da diğer bir kişiye zarar vermesi halinde bu zarardan sorumludur. Burada sözleşmeye dayanmak yerine, zararın öngörülebilirliği üzerinden kusursuz sorumluluk ilkeleri takip edilerek haksız fiil hukuku içinde tazminat talep edilmektedir¹⁸⁵. Başkaları için tehlike yaratan üründen çıkar sağlayanlar, zarar görenlerin zararından sorumludurlar. Davacı, ürünün pazarlanırken ayıplı olduğunu ispat etmelidir. Bunu ya ürünün yapılışında eksiklik, bozukluk olduğunu¹⁸⁶ veya ürünün dizaynında hata olduğunu¹⁸⁷ ya da kendisinin uyarılmadığı ürününün niteliğinden kaynaklanan tehlikelerin var olduğunu¹⁸⁸ ispat ederek yapacaktır.

¹⁸²Restatement (Third) of Torts: Liability for physical & emotional harm §20 (Am. Law Ins. 2010) Goldberg and Zipursky, 2016, **a.g.k.**, 761, dnp. 75.

¹⁸³Prosser, 1941, **a.g.k.**, 457.

¹⁸⁴Prosser, 1941, **a.g.k.**, 458.

¹⁸⁵Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 254.

¹⁸⁶Örneğin, düzgün konservenemeyen gıdadan zehirlenen davacı, ürünün yapılışında bozukluk olduğunu ispatla yükümlüdür. Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 254.

¹⁸⁷Örneğin, satın aldığı lastikler parçalandığı için arabası kayan davacı, ürünün dizaynında hata olduğunu ispatla yükümlüdür. Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 254.

¹⁸⁸Örneğin, piyasaya sürülen ilacın yüksek tansiyona sebep olduğunu bilmesine rağmen bu konuda tüketicileri uyarmayan ilaç firmasına karşı açılan davada, davacı ürünün niteliğinden kaynaklanan tehlike konusunda uyarılmadığını ispatla yükümlüdür. Calvi and Coleman, 2004, **a.g.k.**, 254.

5. Amerikan Hukukunda Tazminat

5.1. Özel hukuk yaptırımları

Özel hukuk yaptırımlarını¹⁸⁹ sınıflandırmak için tarihsel kökenlerinden yola çıkarak parasal yaptırımlar (*legal remedies*) aynen yaptırımlar (*equitable remedies*) şeklinde ikili klasik ayrım yapılabilir¹⁹⁰. Bu ayrımın kökeni, hukuk mahkemeleri (*law courts*) ile hakkaniyet mahkemeleri (*equity courts*) olarak adlandırılan iki ayrı mahkeme sisteminden kaynaklanmaktadır. İki ayrı mahkeme sistemi birleştiğinden ikili ayrımın modern hukuk bakımından bir anlam ifade etmediği ileri sürülmektedir¹⁹¹. Yaptırımların işlevlerine dayanılarak yapılan üçlü bir ayrımda yaptırımlar, tespit yaptırımları (*declaratory remedies*), aynen yaptırımlar (*act remedies*) ve parasal yaptırımlar (*money remedies*) olarak ayrılmaktadır¹⁹². İlk grup yaptırımlarda, davacının haklarını veya ona karşı sorumlulukları açıklayan bir hüküm, ikinci grup yaptırımlarda, davacı lehine diğer kişiye belirli bir şey yapmayı ya da yapmamayı emreden bir hüküm, son grupta ise davacıya para ödenmesine ilişkin bir hüküm vardır¹⁹³.

Tespit yaptırımlarının başlıcaları, *declaratory judgment* (tespit kararı) ve *interpleader* (mülkiyeti tespit kararı) yaptırımlarıdır. İkisi de tespit hükmüdür. Tespit yaptırımlarında davacının mahkemeden elde ettiği, hak veya sorumlulukları açıklayan bir hükmüdür¹⁹⁴. Mülkiyeti tespit kararı (*interpleader*), malı elinde bulunduran kişinin, mal üzerinde hak iddiasında bulunanlara karşı açtığı davada hak sahibini belirlemeye ilişkindir. Tespit kararı (*declaratory judgment*), davacının, mahkemeye sunduğu hukuki belirsizliği, güvensizliği ve uyuşmazlığı çözmek üzere mahkemenin verdiği hükmüdür¹⁹⁵. Mahkeme, tespit kararı verdiğinde taraflara bir emir vermemektedir¹⁹⁶. Sadece karardan sonra hukuki soruna açıklık gelmektedir. Tespit kararı (*declaratory judgment*), haksız fiil

¹⁸⁹*Common Law*'da tazminatlar, *remedies* (hukuki yollar-çareler) başlığı altında sınıflandırılır. Hukuki yol anlamında yaptırım kelimesini kullanmayı tercih ediyoruz.

¹⁹⁰P. T. Wangerin (1996). The strategic value of restitutionary remedies. *Nebraska Law Review*, Vol: 75 No: 2, s. 256.

¹⁹¹Wangerin, 1996, **a.g.k.**, 256.

¹⁹²P. T. Wangerin (1993). Restitution for intangible gains. *Louisiana Law Review*, Vol: 54 No: 2, s. 341.

¹⁹³Walgerin, 1993, **a.g.k.**, 341.

¹⁹⁴Walgerin, 1993, **a.g.k.**, 341.

¹⁹⁵L. R. de Larena (2008). Re- evaluating declaratory judgment jurisdiction in intellectual property disputes. *Indiana Law Review*, Vol: 83 No:3, s. 959.

¹⁹⁶L. B. Samuel (2014). The myth of the mild declaratory judgment. *Duke Law Journal*, Vol: 63 No: 5, s. 1106.

hukuku yaptırımlarından biridir ancak haksız fiil hukuku alanı dışında da geniş bir uygulama alanı bulunmaktadır. Özellikle, patent ve fikri mülkiyet ihlalinin, sigorta kapsamının¹⁹⁷, mevzuat hükümlerinin ve idarenin işlemlerinin geçerliliğinin¹⁹⁸ tespiti mahkemelerden talep edilmektedir¹⁹⁹. Tespit kararı, belirsizliği ortadan kaldırarak taraflara hukuki güvence içinde hareket etme imkânı sağlamaktadır. Ayrıca daha kapsamlı bir davanın sebep olacağı zaman ve para kaybını azaltmaktadır. Bir kişi, tespit kararı istediğinde, sorumlulukla sonuçlanacak bir hata yapmaktan kaçınmak için hukuki belirsizliği çözmeye çalıştığı düşünülmektedir. Pek çok durumda tespit kararı isteyen tarafın kaçmak istediği sorumluluk, telafi edici tazminat miktarını aşacaktır. Örneğin, sigortacının kaçındığı sorumluluk, dava sonrası cezaî tazminat ve avukat ücretlerini ödemesini gerektirebilir. Bu nedenle, sigorta kapsamının tespitini isteyerek hukuki belirsizliği çözmek isteyecektir. Bir emir içermediği için tespit kararının yaptırım gücü olmadığı düşünülebilir. Ancak bir kişiyi tespit kararı istemeye yönelten, yaptırımın kendisinin yeterli bir caydırıcılık sağladığı ileri sürülmektedir²⁰⁰. Örneğin, sigortacı cezaî tazminat ödeme ihtimali nedeniyle, bu yaptırımdan kaçınmak için tespit kararı istemektedir.

Aynen yaptırımlar (*act remedies*), tarafa yap ya da yapma emri veren yaptırımlardır. En sık karşılaşılan aynen yaptırımlar, *injunction* (önleme kararı) ve *specific performance* (aynen ifa)dır. Aynen yaptırımların üç işlevi vardır: Önleme, telafi etme ve eski haline getirme²⁰¹.

Haksız fiil hukukunun yaptırımlarından biri olan, önleme kararı (*injunction*), bir kişiye belirli bir eylemi yapmasını veya yapmayı durdurmasını emreden mahkeme kararıdır²⁰². Olası bir zararı önlemek için davacı, mahkemeden davalının bir şeyi

¹⁹⁷*Korte Construction v. American States Insurance* davasında davacı inşaat şirketi, şirket kurucusu inşaat müdürünün, sigorta sözleşmesinde ek sigortalı olarak yer aldığını, bu nedenle müdürün aleyhine açılan bir davanın sigorta sözleşmesinin koruması kapsamında olduğunu iddia etmektedir. Sigorta şirketi aleyhine açılan davada poliçenin kapsamının tespiti talep edilmektedir. *Korte Construction v. American States*, 322 Ill. App. 3d 451, 750 N. E. 2d 764 (Ill. App. Ct. 2001).

¹⁹⁸*Steffel v. Thompson* davasına konu olan olayda, davacı bir arkadaşı ile birlikte alışveriş merkezinin önünde, Vietnam Savaşı karşıtı bildiri dağıtırken polis tarafından alandan ayrılmalari, aksi takdirde gözaltına alınacakları konusunda uyarılmıştır. Davacı alandan ayrılmıştır, arkadaşı gözaltına alınmıştır. Davada davacı, eğer alışveriş merkezi önünde tekrar el ilanı dağıtacak olursa bunun anayasal hakkının kullanılması olacağının tespit edilmesini istemiştir. Mahkeme, davacının tespit kararı isteyebileceğine karar vermiştir. *Steffel v. Thompson*, 415 U.S. 452 (1974). Samuel, 2014, **a.g.k.**, 1096.

¹⁹⁹Samuel, 2014, **a.g.k.**, 1106.

²⁰⁰De Larena, 2008, **a.g.k.**, 1110.

²⁰¹Walgerin, 1993, **a.g.k.**, 341.

²⁰²Understanding injunctions (2014). *Insights on Law and Society*. Vol: 14 No: 2, s. 16.

yapmasına ya da yapmamasına ilişkin bir karara hükmetmesini talep edebilir. Gelecekteki zararı önlemeye ilişkin bu hüküm yapmamaya ilişkin ise *prohibitory injunction* (yasaklama emri)²⁰³, yapmaya ilişkin ise *mandatory injunction* (harekette bulunma emri)²⁰⁴ söz konusudur²⁰⁵. Önleme kararı, çok geniş bir alanda uygulanabilen esnek ancak güçlü bir yaptırımdır. Önleme kararı uygulanabileceği süreye göre üçe ayrılır. Geçici önleme kararı (*temporary injunction*), mahkeme daha uzun süre etkili olacak bir karar verene kadar yürürlükte olan kısa vadeli bir önleme kararıdır. Tedbir kararı (*preliminary injunction*)²⁰⁶, genel olarak, bir davanın nihai kararı verilene kadar, bir eylem ya da eylemsizlik durumunu korumak için verilen karardır. Geçici önleme kararından farklı olarak, davadaki diğer tarafa önceden haber verilmeden tedbir kararı verilemez. Dava sırasında değiştirilmedikçe veya kaldırılmadıkça, karar yürürlükte kalır. Kalıcı önleme emri (*permanent injunction*), bir eylem ya da eylemsizlik durumunu kalıcı olarak korumayı amaçlar. Genellikle bir davada nihai hüküm olarak verilir. Eyaletten eyalete değişse de önleme kararı vermeden önce mahkemeler birtakım hususları göz önünde bulundurur. Önleme kararı verilmediği takdirde talepte bulunan taraf için onarılamaz bir zararın oluşması tehdidi olup olmadığı dikkate alınır. Önleme kararı verilmemesinin talep eden üzerindeki etkileri veya verilmesinin karşı taraf üzerindeki etkileri karşılaştırılır. Mahkemeler, önleme talebinde bulunan tarafın potansiyel olarak başarılı bir davaya sahip olup olmadığını da değerlendirir. Son olarak mahkemeler, önleme kararının kamu yararına etkisini de göz önünde bulundurur²⁰⁷.

²⁰³*Aguilar v. Avis Rent-a-Car Sys.* davasında, jürinin 17 Latin kökenli davacıya yönelik ayrımcı tacizde bulunduğu karar vermesi üzerine mahkeme, hem tazminata hükmetmiş hem de şirket müdürünün çalışanlara yönelik aşağılayıcı ırksal veya etnik sıfatlar kullanmasını yasaklayan önleme kararı (*injunction*) vermiştir. *Aguilar v. Avis Rent-a-Car Sys.*, 53 Cal. Rptr. 2d 599, 602 (Ct. App. 1996). (2000) Constitutional law- free speech clause- California Supreme Court upholds injunction against harassing speech in the workplace. *Harvard Law Review*, Vol: 113 No: 8, s. 2116.

²⁰⁴*Pierce v. City of New Orleans* davasında, davalı, davacı ile ortak kullandıkları davacının avlusunun bitişiğindeki boş bir duvara delikler açarak davacının mahremiyetini ihlal etmiştir. Mahkeme, davalının duvardaki delikleri kapatarak duvarı eski haline getirmesine ve dava devam ettiği süre boyunca duvarın aslına uygun şekilde muhafaza edilmesine hükmetmiştir. *Pierce v. City of New Orleans*, (1866) 18 La. Ann. 242. J. Klein (1898). Mandatory injunctions. *Harvard Law Review*, Vol: 12 No: 2, 109.

²⁰⁵Wangerin, 1993, **a.g.k.**, 342.

²⁰⁶*Shields v. Zuccarini* davasında, grafik sanatçısı davacının, işlerini sergilediği ve pazarladığı ülke çapında bilinirliği olan ve çokça ziyaret edilen bir internet sayfası vardır. Davalı, bu internet sayfasına çok benzer birden fazla alan ismi almıştır. Bu isim benzerliği üzerinden sayfalarına ziyaretçi çekmekte ve sayfalarına aldığı reklamlardan para kazanmaktadır. Taraflar arasındaki dava süresince mahkeme, davalının aldığı alan adlarını kullanmasını yasaklamıştır. *Shields v. Zuccarini*, 89 F. Supp. 2d 634 (2000).

²⁰⁷Understanding injunctions (2014). *Insights on Law and Society*. Vol: 14 No: 2, s. 16.

Aynen yaptırımların telafi işlevi ise şu şekilde karşımıza çıkar: Davacı, mahkemeden uğradığı zararın tazminine ek olarak davalıya bir davranışta bulunmasını emreden bir hüküm vermesini talep eder²⁰⁸. Uyuşmazlığın temeli sözleşme hukukuna dayanıyor ise bu yaptırım, aynen ifadır (*specific performance*), haksız fiil hukukuna dayanıyor ise onarıcı emirdir (*reparative injunction*)²⁰⁹. Aynen yaptırımların eski hale iade işlevi, davacının, davalının haksız olarak elde ettiği kazancı iade etmesi hükmü için dava açtığı durumda karşımıza çıkar. Bu yaptırım, *restitution*²¹⁰ (kazancın alınması) olarak adlandırılır. Kazancın alınması, sebepsiz zenginleşmeyi önlemek için sözleşme hukuku ve haksız fiil hukukunda başvurulacak bir yaptırımdır²¹¹. Amacı, sözleşmelerin yerine getirilmesini sağlamak ya da zararı tazmin etmek değil, sebepsiz zenginleşmeyi önlemektir²¹². Tazmin ölçüsü, davacının zararı değil, davacının menfaatleri pahasına, davalı tarafından kendisi için elde edilen menfaatlerdir²¹³. Kazancın alınması, haksız fiil hukukunun önemli yaptırımlarındandır. Çeşitli durumlarda mağdur için bu yolla zararının giderilmesi daha kolaydır. Kimi haksız fiil durumlarında zararın ispatı zor olabilir, bazen zarar hiç kanıtlanamayabilir. Ancak kazancın alınması yaptırımında, fail, sebepsiz zenginleştiği miktarı davacıya bırakmaya mecburdur²¹⁴. Ticari unvan, ticari sır, korunan iş fikirleri, ticari marka, patent gibi haklara el konulması durumunda davacı, davalının kazancının alınmasını talep edebilir²¹⁵. Bu gibi durumlarda yaptırım diğer yaptırım türlerine göre çok daha etkilidir. Nüfuzu kötüye kullanma yoluyla elde edilen kazançlar da kazancın alınması yoluyla talep edilebilir²¹⁶. Mülkiyet hakkının zorla ele geçirildiği

²⁰⁸Walgerin, 1993, **a.g.k.**, 342.

²⁰⁹Walgerin, 1993, **a.g.k.**, 342.

²¹⁰Davalı davacıdan haksız olarak ne kazandı ise onun aynen geri alınması durumunda “*specific restitution*” ifadesinin kullanılabilirliği, onun dışındaki durumlarda *restitution* ifadesinin yeterli olduğu hakkında bkz. C. P. Murphy (2009). *Hasting Law Journal Vol: 60 No: 4*, 853- 880. Örneğin, davalı davacıya ait bir malı satmış ve buradan haksız kazanç elde etmiş ise davacının bu haksız kazancı alması durumunda, malı değil yerine geçen parayı aldığı için yaptırım “*specific*” değildir. Murpy, 2009, **a.g.k.**, 862.

²¹¹Birçok farklı durumda (borçlu olmadığı halde borcun ödenmesi, başkasının malında iyileştirme yapılması, hataen bir hizmet verilmesi, mala el konulması durumunda malı kurtarmak için başkasına ait borcun ödenmesi, sözleşmenin imkânsızlık nedeniyle sona ermesi, hakkı olmayanı elde etmek için para ödenmesi ya da malın devredilmesi gibi) kazancın alınması yaptırımına başvurulabilir. W. A. Seavey and A. W. Scott. *Restitution. Law Quartely Review, Vol: 54 No: 1*, s. 31.

²¹²L. Teller (1956). *Restitution as an alternative remedy. New York Law Forum, Vol: 2 No: 1*, s. 47.

²¹³Teller, **a.g.k.**, 1956, 40.

²¹⁴Teller, **a.g.k.**, 1956, 48.

²¹⁵Teller, **a.g.k.**, 1956, 49.

²¹⁶Teller, **a.g.k.**, 1956, 52.

durumlarda ya da bir malın hakimiyetinin ele geçirilmesi halinde de kazacın alınması yaptırımını geçerlidir²¹⁷.

Parasal yaptırımlar (*money remedies*), telafi etme, onarma ve cezalandırma/önleme olmak üzere üç farklı işleve sahiptir. Parasal yaptırımlardan tazminatlar (*damages*), esas olarak telafi etme işlevini görür. Bir çeşit tazminat olan cezaî tazminatın (*punitive damage*) ise esasen cezalandırma yanı sıra olası haksız fiiller bakımından caydırma işlevi gördüğü kabul edilir²¹⁸. Onarma işlevini yerine getiren parasal yaptırımlar ise onarıcı yaptırımlardır (*restitutionary remedies*).

5.2. Tazminat

Tazminat, hukukun haksız fiil failini, fiilden zarar görene, zararını telafi etmek üzere vermeye zorladığı parasal tutardır²¹⁹. Telafi tazminatın temel ilkesidir ve pek çok durumda davacıya bir miktar para verilmesiyle sağlanmaktadır²²⁰. Ancak çoğu zaman mağdurun zararının tamamen karşılanması mümkün olmaz. Zira zarar her zaman ekonomik açıdan ölçülebilir olmayabilir ya da bazen herhangi bir miktarda paranın telafi edemeyeceği zarar söz konusu olabilir. Buna rağmen fail aleyhine tazminata hükmedilmesi, haksız fiil hukukunun hem caydırıcılık hem düzeltici adalet amaçlarına hizmet edebilecek en uygun çözüm olarak kabul edilmektedir²²¹. Bazı durumlarda da ya zarar parasal olarak çok azdır ya da zararın gerçek değerini kanıtlamak çok zordur. Bu durumlarda davacının amacı, davalının haksız fiilde bulunduğunu mahkeme yoluyla kayıt altına aldırmasıdır. Ayrıca kimi özel durumlarda da tazminat, telafi amacının ötesinde faili cezalandırma amacı taşıyabilmektedir²²².

Bu anlamda üç tazminat türünden bahsedilebilir. Mağdurun cebinden çıkan parayı (*out of pocket money*), tıbbi tedavi, gelir kaybı benzeri parasal kayıpları karşılamak üzere ve parasal olmayan acı ve elem gibi durumlar için telafi edici tazminatlar, nominal tazminat ve cezaî tazminat²²³. Bir haksız fiilden zarar görenin zararını telafi etmek üzere telafi tazminatına, haksız fiili tespit etmek ve davacının haklarının sınırını belirlemek

²¹⁷Teller, **a.g.k.**, 1956, 53.

²¹⁸Wangerin, 1993, **a.g.k.**, 342.

²¹⁹W. B. Hale (1896). Handbook on the law of damages. St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., s. 1.

²²⁰Hale, 1896, **a.g.k.**, 3.

²²¹Hale, 1896, **a.g.k.**, 4; Robbennolt and Hans, 2016, **a.g.k.**, 110.

²²²Hale, 1896, **a.g.k.**, 3.

²²³G. Schwartz (2001). Damages under US law. *Unification of Tort Law: Damages* (Ed: U. Magnur). The Hague: Kluwer Law International, 175.

amacıyla nominal tazminata hükmedilmektedir. Cezaî tazminata ise faili cezalandırmak ve caydırmak üzere hükmedilmektedir.

5.2.1. Telafi tazminatları

Telafi tazminatlarının amacı, genellikle davacıyı mümkün olduğu kadar haksız fiilden önceki duruma getirmektir²²⁴. Telafi tazminatları, para ile ölçülebilen (*economic, pecuniary, special*) ve ölçülemeyen (*noneconomic, nonpecuniary, general*) tazminatlar olarak ikiye ayrılmaktadır²²⁵. Ekonomik tazminatlar, mağdurun gelirinde meydana gelen azalma, hastane masrafları gibi kanıtlanabilir objektif zararını telafi etmektedir²²⁶. Ekonomik olmayan tazminat ise, mağdurun çoğu zaman acı ve ıstırap olarak tanımlanan duygusal hasarını, telafi etmektedir²²⁷. Ekonomik zararlar söz konusu olduğunda, davacının zararını telafi etmek için gereken tutarı belirlemek nispeten kolaydır. Örneğin bir kazada hasar gören arabanın değiştirme ya da onarım maliyeti hesaplanabilir. Davacı, gelir kaybını, elde edemediği kârı, hastane masraflarını, ispatlayabildiği ölçüde tazminat olarak talep edebilir. Ekonomik olmayan tazminatlarda ise mağdura verilecek tazminat tutarını belirlemek güçtür²²⁸.

5.2.1.1. Bedensel zararlar

Bedensel zarar halinde telafi tazminatının amacı, fiilin sebep olduğu zararı mümkün olduğu kadar telafi etmek, mağduru fiilden önceki haline getirmektir. Bu tür durumlarda tazminat kazanç kaybı, tedavi masrafları gibi objektif kayıpları ve mağdurun elem ve ızdıraptan kaynaklanan manevî zararını (*pain and suffer*) karşılamaktadır²²⁹.

a) Tedavi Masrafları

Bedensel zarar halinde mahkemenin değerlendireceği ekonomik kayıplar, tedavi masrafları, kazanç kaybı ve ikramiye kayıpları, kazanç kabiliyetinin kaybı, gelecekteki

²²⁴Robbennolt and Hans, 2016, **a.g.k.**, 110; Hylton, 2016, **a.g.k.**, 377.

²²⁵Robbennolt and Hans, 2016, **a.g.k.**, 110; Hylton, 2016, **a.g.k.**, 377; Hale, 1896, **a.g.k.**, 87.

²²⁶Hylton, 2016, **a.g.k.**, 377.

²²⁷Hylton, 2016, **a.g.k.**, 377. “Ekonomik olmayan tazminatlar, acı, elem ve belirli şeyleri yapma yeteneğinin kaybı gibi haksız fiilin fiziksel ve duygusal sonuçlarını tazmin etmek için verilen tazminattır”. McDougald v. Garber, 536 N. E. 2d 372, 373 (N.Y. 1989).

²²⁸“Para ile acı, elem, korku ve aşağılanma arasında bir özdeşlik olmaması nedeniyle bedensel zarar davalarında zararın ölçülebileceği kesin bir standart yoktur, ancak yine de telafi olarak para verilmektedir”. McDougald v. Garber, 536 N. E. 2d 372, 373 (N.Y. 1989).

²²⁹Hylton, 2016, **a.g.k.**, 380.

kazanç kayıplarıdır²³⁰. Mahkemeler, tedavi masraflarını değerlendirirken, masrafın haksız fiil nedeniyle yapılmış olmasını, tedavinin genel olarak tıp uzmanları tarafından kabul görmüş olmasını ve tutar olarak makul ölçüde olmasını göz önünde tutmaktadır. Tedavi giderleri, doktor, ameliyat, hastanede yatış ücretleri, ilaçların, takviye ürünlerin ve özel tıbbi gereçlerin ücretleri gibi masrafları içerir. Ayrıca mağdura, (aile üyesi ya da ücretli biri tarafından) refakat edilmesi halinde refakate ilişkin masraflar ya da mağdurun seyahat etmek zorunda kalması durumunda seyahate ilişkin masraflar tedavi masrafları içinde değerlendirilebilmektedir. Tedavi giderlerinin makul olup olmadığı değerlendirilirken, tedavi olunabilecek çevredeki en pahalı hastanenin ücretlendirmesi değil, ortalama bir hastanenin ücretlendirmesi, standart kalitedeki bir hizmetin ücretinden ziyade işlevsel bir hizmetin ücreti (örneğin, tedavi sırasında sıradan birinin günde sekiz saat refakat etmesinden uzman bir hemşirenin üç saat refakat etmesi daha işlevsel olabilir) dikkate alınır²³¹. Tazminat tutarı belirlenirken esas alınan makul olma ölçüsü, bedensel zarar nedeniyle gelecekte yapılacak masraflar bakımından da dikkate alınır. Gelecekteki masraflar hakkında mutlak bir ölçü belirlemek zordur. Ciddi bir yaralanmanın ileride de tedavi masraflarına yol açması kuvvetle muhtemeldir. Ancak davacının, gelecekteki tedavileri ve masraflarını kesin olarak ispatlaması mümkün değildir. Davacının gelecekteki tedavi masraflarını ispatında mahkemeler, gerçekleşmesi ihtimalden daha kuvvetli bir mümkün olma hali (*probability not possibility*) ya da daha katı olan makul kesinlik (*reasonable certain*) gibi ölçütler arayabilir. Çoğu mahkeme, net bir kesinlik aramasa da yalnızca olasılığın ispatını da yeterli bulmamaktadır. Hâkim görüşe göre, davacının “muhtemel ya da olmamasından daha muhtemel” (*probable or more likely than not*) ölçütü içerisinde ispatlayabildiği masraflar, gelecekteki tedavi masrafları içerisinde değerlendirilmelidir²³².

Bazı durumlarda (özellikle tehlikeli maddelere veya toksik maddelere maruz kalınan) davacılar, daha sonra gelişebilecek gizli hastalıkları tespit edebilmek için, uzun vadeli teşhise yönelik testlerin ve tıbbi muayenelerin masraflarını talep etmektedirler²³³.

²³⁰F. Slesnick (1990). Medical costs in tort cases: the role of the economist. *Journal of Forensic Economics*, Vol: 4, No: 1, s. 83.

²³¹Slesnick, 1990, **a.g.k.**, 85.

²³²Slesnick, 1990, **a.g.k.**, 87.

²³³D. S. Aberson (2006). Note: a fifty-state survey of medical monitoring and approach the Minnesota Supreme Court should take when confronted with the issue. *William Mitchell Law Review*, Vol: 32, No: 3, s. 1096.

Tıbbi izleme (*medical monitoring*)²³⁴ talebinin kabulü halinde, davalının gelecekte ortaya çıkabilecek herhangi bir hastalığın tespiti ve erken tedavisine yönelik kontroller ve prosedürlerin önceden hesaplanan maliyetini davacıya ödemesi gerekmektedir. Tıbbi izleme fonu talep eden davacılarda bazen, iddia edilen maruziyete dayanan hastalık ya da yaralanma belirtisi bile yoktur²³⁵. Bu anlamda haksız fiil hukukun temel ilkelerinden olan “zarar olmadan sorumluluk olmaz” ilkesi ile çelişmektedir.

Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, asbeste maruz kalan asemptomatik demiryolu işçisinin tıbbi izleme talebini reddetmiştir²³⁶. Yüksek Mahkeme, zarar görmemiş davacıların haksız fiil nedeniyle tazminat almasına karar verilmesi halinde, sorumluluğun sınırsız ve öngörülemez olması tehdidi ile karşılaşılacağına dikkat çekmiştir²³⁷. Kararda ayrıca uygulamaya ilişkin endişelere de yer verilmiştir. Mahkemeye göre, hâkimler ve jüri bakımından tıbbi izleme masraflarının hangisinin ekstra, hangisinin herkes için geçerli olabilecek masraflar olduğunu ayırt etmek güç olacaktır. Ayrıca tıp uzmanlarının, belirli testlerin ve tedavilerin yararı ve uygun zamanlaması konusunda görüşleri çelişmektedir, bu nedenle somut olayda ne tür bir tıbbi izlemenin yapılacağını belirlemek zordur. Kararda davacının bir takım bireysel tıbbi izlemelere ihtiyaç duyduğu ancak bunlardan hangisinin tazminat talebine sebep olan olay ile bağlantılı olduğunu belirlemenin güç olduğu belirtilmiştir. Örneğin, davacıya asbeste maruz kaldığı için röntgen çekirtmesi tavsiye edilmektedir ancak davacının on beş yıldır günde bir paket sigara içme alışkanlığı da bu tıbbi tavsiyeyi gerektirmektedir. Mahkemeye göre, toksik maddelere maruz kalmamışken bile ekstra tıbbi izleme ve tanısal tarama yöntemlerine başvurmak, birçok kişinin ihtiyatlı davranma amacıyla izlediği bir yoldur²³⁸.

²³⁴Tıbbi izleme talebinin kabul edildiği ilk vaka, *Friends for All Children v. Lockheed Aircraft Corp.* davasıdır. Davaya konu olayda, Vietnam’dan yetim çocukları taşıyan davalı şirkete ait uçakta çoğu çocuk olan 301 yolcu vardır. Uçağın kalkışından kısa bir süre sonra, kargo kapısı parçalanır, pilot acil iniş yapmaya çalışır ancak uçak düşer. 149 çocuk kurtulur. Ancak çocukların çoğu kaza sırasında oksijen yetersizliğine maruz kalır. Bu çocukların bir kısmında beyin hasarı gerçekleşir. Mahkeme diğerlerinde de beyin hasarının gerçekleşme ihtimali olduğunu ifade eder. Bu nedenle hükümde davacı şirketin çocukların gelecekteki teşhise yönelik masraflarından sorumlu olduğuna karar verilmiştir. *Friends for All Children v. Lockheed Aircraft Corp.*, 746 F. 2d 816 (D. C. Cir. 1984). Aberson, 2006, **a.g.k.**, s. 1099.

²³⁵Aberson, 2006, **a.g.k.**, 1097.

²³⁶*Metro- North Commuter Rail Road Co. v. Buckley*, 521 U.S. 424, (1997). V. E. Schwartz vd., (1999). Medical monitoring- should tort law say yes. *Wake Forest Law Review*, Vol: 34, No: 4, s. 1061.

²³⁷M. A. Behrens and C. E. Appel (2020). American Law Institute proposes controversial medical monitoring rule in final part of Torts Restatement. *Defence Counsel Journal*, Vol: 87, No: 4, s. 3.

²³⁸Schwartz vd., 1999, **a.g.k.**, 1062.

Amerikan Hukuk Enstitüsü (*American Law Institute*), tıbbi izlemeye ilişkin *Restatement*'de bir düzenleme üzerinde çalışmaktadır²³⁹. Taslak çalışmadaki teklife göre, bedensel zarar olmasa bile mağdurun tıbbi izleme talebi şu koşullarda kabul edilmelidir: Failin fiili mağdurun gelecekte ciddi bedensel zarar görme riskini ortaya çıkarmışsa, ortaya çıkan durum gelecekteki bedensel zararı önlemek veya hafifletmek için tıbbi izlemeyi makul ve gerekli kılıyorsa, mağdur tıbbi izleme harcamaları yapmışsa, yapacaksa ya da karşılayabilecek olsa masrafları yapmış olurdu denilebiliyorsa ve failin sorumluluğu belirsiz değilse. Bedensel zarar olmadan tıbbi izlemeye ilişkin tazminat verimesi konusunda eyalet mahkemeleri birbirinden farklı kararlar vermektedir²⁴⁰. Birçoğu, henüz zarar görmemiş olanlara tıbbi izleme için tazminat verilmesi fikrine olumlu bakmamaktadır²⁴¹. Zira zarar görmeyenlere ödenen tazminatların, gelecekteki mağdurları tazmin etmek için ihtiyaç duyulan kaynakları tüketme potansiyeli de dahil olmak üzere kamu yararını etkileyen sonuçları olduğu kabul edilmektedir. Enstitü'nün *Restatement of Tort*'da yapacağı düzenlemenin haksız fiil hukukunda büyük bir değişiklik yaratacağı kabul edilmektedir²⁴².

b) Kazanç kayıpları, gelecekteki kazanç kayıpları, kazanç kabiliyetinin kaybı

Bedensel zarar halinde telafi tazminatı, haksız fiilin mağdurun para kazanma becerisine verdiği zararı da telafi etmelidir. Davacıya tazminat toplu bir para olarak ödendiğinden (*lump sum*), tazminat hesaplanırken sadece geçmiş ve şimdiki zamana ilişkin zararlar değil, aynı zamanda geleceğe ilişkin zarar da değerlendirilmelidir²⁴³. Tazminat belirlenirken kazanç kaybı (*loss of actual earnings*) gelecekteki kazanç kaybı (*loss of expected earnings*) kazanç kabiliyetinin kaybı (*loss of earning capacity*) değerlendirilir²⁴⁴.

²³⁹Enstitü, 2 Mart 2022 tarihinde yaptığı toplantıda tıbbi izleme konusundaki taslağı görüşmüş ancak oylama yapmamıştır. Bir sonraki toplantıda taslağın tekrar gözden geçirilmesine karar verilmiştir. <https://www.ali.org/projects/show/torts-concluding-provisions/> (Erişim tarihi: 23. 03. 2022).

²⁴⁰Behrens and Appel, 2020, **a.g.k.**, s. 3.

²⁴¹16 eyalet ve District of Columbia, bedensel zarar olmaksızın tıbbi izleme için tazminat verilmesini kabul etmektedir. Behrens and Appel, 2020, **a.g.k.**, s. 4.

²⁴²Behrens and Appel, 2020, **a.g.k.**, s. 4.

²⁴³S. J. Harman (1974). Loss of future earnings: present worth versus wage growth. *Montana Law Review*, Vol: 35, No: 2, s. 354.

²⁴⁴S. M. Horner and F. Slesnick (1999). The valuation of earning capacity definition, measurement evidence. *Journal of Forensic Economics*, Vol:12, No:1, s.13.

Ücretli veya maaşlı çalışanlar söz konusu olduğunda, kazanç kaybını ispatlamak nispeten basittir. Bu gibi durumlarda davacı, haksız fiilden makul bir süre önceki kazancı ile haksız fiilden sonraki kazancını ispatlayacaktır²⁴⁵. Davacıdan, haksız fiil anında kim tarafından, hangi sıfatla çalıştırıldığını, çalıştığı işte ne tür bir görev yerine getirdiğini, ne kadar zamandır bu işi yaptığını, bedensel zarardan önce işverenin talimatlarını yerine getirme becerisini, kendisine ödenen ücreti, ne kadar zamandır aynı miktarda ücret aldığını, işe başladığından beri ücretin artırılıp arttırılmadığını, ne oranda artış yapıldığını, bedensel zarardan sonra ne kadar süre ile işten uzak kaldığını, bu dönemde para kazanmak için başka bir yerde çalışıp çalışmadığını, işe döndükten sonraki gelirini ve işe döndükten sonra bedensel zararın performansı üzerinde etkisi olup olmadığını ispatlaması istenebilir²⁴⁶. Fiili kazanç ancak geçmişle belirlenebilir. Kişi bedensel zarara uğramasaydı fiili kazancı ne olurdu bunu kesin olarak belirlemek mümkün değildir²⁴⁷.

Davacının serbest meslek sahibi olması halinde tazminatı hesaplamak daha güçtür. Kişinin kazancı, kendi emeğine değil de sermayeden elde edilen kâr ya da başkalarının emeği gibi faktörlere bağlı bir işten geliyorsa, bu kazanç tazminat hesabında dikkate alınmaz²⁴⁸. Ancak bu nitelikte bir işte davacı, işin yürütülmesinde kendi hizmetlerinin değerini kanıtlayarak, işe harcadığı zamana bir değer biçilmesini sağlayabilmektedir. Davacı, yaptığı işin nitelik ve kapsamını, istihdam ettiği kişi sayısı ve görevlerini, kendisinin bunlarla bağlantısını ve işin yürütülmesi için harcadığı dikkati ve zamanı, tazminat hesabında dikkate alınmak üzere ispatlayabilir²⁴⁹. Davacı kendi işini yürütüyorsa ve elde ettiği kazanç, yatırdığı sermaye ya da başkalarının emeğine büyük ölçüde bağlı değilse, bedensel zarardan önceki ve sonraki kazancı arasındaki fark tazminata konu olabilir. Bu durumda davacı, işin yürütülmesinde asıl belirleyici olanın kendi kişisel çabası olduğunu ispat etmelidir²⁵⁰.

Davacının, yargılamaya kadar olan kazanç kaybının tutarını kesine yakın bir ölçüde hesaplamak mümkündür. Ancak gelecekteki kazanç kaybını hesaplamak zordur. Tazminat miktarı belirlenirken amaç, mağdur için kazanç kaybının yerini alacak bir

²⁴⁵A. L. Fowler (1956). Loss of earnings and property damage. *University of Illinois Law Forum*, Vol: 1956 No: 3, s. 453.

²⁴⁶Fowler, 1956, **a.g.k.**, 454.

²⁴⁷Horner and Slesnick, 1999, **a.g.k.**, 14.

²⁴⁸Fowler, 1956, **a.g.k.**, 456.

²⁴⁹Fowler, 1956, **a.g.k.**, 457.

²⁵⁰Fowler, 1956, **a.g.k.**, 456.

miktarı belirleyebilmektir²⁵¹. Bu noktada oran ve süre unsurları önemlidir²⁵². Mahkemeler, gelecekteki kazanç kayıplarını hesaplarken, davacının haksız fiil anındaki kazancını (dava tarihine kadar bir artış varsa onu da ekleyerek) temel kazanç olarak dikkate alır²⁵³. Bu temel kazanca, bireyin verimliliğinin artacağı düşünülerek bir büyüme oranı uygulanır. Ayrıca enflasyonun etkisi de dikkate alınır²⁵⁴. Bu temelde, gelecekteki her yılın potansiyel kazançları için bir hesaplama yapılır. Mahkeme davacının kaç yıl daha çalışacağını²⁵⁵ tespit eder ve o kadar yılı bulduğu yıllık kazanç ile çarpar²⁵⁶. Tüm ömür için hesaplanan toplamdan indirim yapılır²⁵⁷. Tazminat toplu para (*lump sum*) şeklinde ödendiğinden, bu paranın uygun ve güvenli bir yatırımla ek gelir getireceği hesaba katılır ve o nedenle toplamdan indirim yapılır²⁵⁸. İndirim oranı, en iyi ve en güvenli yatırımlar üzerinden kazanılacak faiz oranına dayanmalıdır²⁵⁹.

Para kazanma becerisinin azalması ya da kaybolması olarak tanımlanabilecek kazanç kabiliyetinin kaybı (*loss of earning capacity*) tazminat hesaplanırken değerlendirilmesi gereken bir unsurdur²⁶⁰. Tazminat hesabına katılacak olan kazanılamayan para değil, çalışarak kazanç elde etme becerisinin kaybıdır. Kazanç kabiliyetinin kaybının hesaplanmasında iki temel faktör vardır: Davacının muhtemel

²⁵¹J. G. Fleming (1986). Tort damages for loss of future earnings. *American Journal of Comparative Law Supplement*, Vol: 34, s. 147.

²⁵²Fleming, 1986, **a.g.k.**, 147.

²⁵³R. Lewis vd. (2002). Court awards of damages for loss of future earnings: a empirical study and an alternative method of calculation. *Journal of Law and Society*, Vol: 29 No: 3, s.415; Fleming, 1986, **a.g.k.**, 148.

²⁵⁴Lewis vd., 2002, **a.g.k.**, 415; Fleming, 1986, **a.g.k.**, 149; Harman, 1974, **a.g.k.**, 358.

²⁵⁵Gelecekteki kazanç kaybını hesaplamak için, bedensel zarar meydana gelmeseydi davacının istihdamda olacağı yıl sayısı (expected working life) göz önünde tutulmalıdır. Bu, davacının emeklilik yaşına gelinceye kadarki yıl sayısı değildir, zira bazı insanlar işi bırakır yeni bir işe girer, bazıları emeklilik yaşından önce ayrılır ya da emeklilikten sonra da çalışmaya devam eder, bazıları emeklilik yaşından önce ölür. Bu nedenle mahkemeler, bedensel zarar davalarında çalışma hayatı tablolarından yararlanır. Bu tablolar Çalışma İstatistikleri Bürosu (*Bureau of Labor Statistics*) tarafından yayınlanır ve belirli yaştaki bir kişinin emeklilik veya ölüm nedeniyle nihai ayrılmaya kadar iş hayatında kalması beklenen yıl sayısına ilişkin bir tahmin sağlar. Lewis vd., 2002, **a.g.k.**, 417. Türk Hukukunda da Yargıtay ve mahkemeler tarafından mortalite veya yaşam tablosu olarak adlandırılan bu tablolar kullanılmaktadır. PMF 1931, TRH 2010 ve CSO 1980 başlıca kullanılan tablolardır. Ö. Ekmekçi, B. Baysal ve İ.Y. Namlı (2022). *Uygulamalı tazminat hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 74, 75. “...Bu durumda diğer kurumlar ile Yargıtay Daireleri arasında tazminat hesabında birliğin sağlanması açısından ve yine bu tablonun ülkemize özgü ve güncel verileri içerimesi de göz önüne alındığında, Dairemizce de tazminat hesaplarında bakiye ömrün belirlenmesinde TRH 2010 tablosunun esas alınmasının güncellenen ülke gerçeklerine daha uygun olacağına karar verilmiştir”. Y.17.HD., E.2020/ 2598, K.2021/ 34, T.14.1.2021.

²⁵⁶Lewis vd., 2002, **a.g.k.**, 415.

²⁵⁷Lewis vd., 2002, **a.g.k.**, 415; Fleming, 1986, **a.g.k.**, 148; Harman, 1974, **a.g.k.**, 355.

²⁵⁸Lewis vd., 2002, **a.g.k.**, 415; Fleming, 1986, **a.g.k.**, 148; Harman, 1974, **a.g.k.**, 355.

²⁵⁹Fleming, 1986, **a.g.k.**, 148.

²⁶⁰Horner and Slesnick, 1999, **a.g.k.**, 16.

ömrü ve o dönemde kazanç kabiliyetinin kaybının ya da azalmasının ne ölçüde olacağı²⁶¹. Zaman faktörünün belirlenmesi nispeten kolayken, kazanç kabiliyetinin kaybını ölçmek zordur, zira birçok bileşenden oluşan olasılık hesabı yapılmaktadır. Bu nedenle, davacının geçmiş kazançlar, yükselme fırsatları, doğuştan gelen özellikler, uzmanlık alanları, yetenekler, eğitim, sağlık durumu gibi konuya açıklık getirecek unsurları mahkemeye sunmasına izin verilmektedir²⁶². Gelecekteki olası kazanç miktarı belirlenirken geçmişten bir kazanç değeri esas alınmaktadır²⁶³. Haksız fiilden dava tarihine kadar, bu esas alınan değere etki eden büyüme ya da düşüş oranları da hesaba katılmaktadır²⁶⁴. Geçmiş kazançlar, tazminatın belirlenmesinde başvurulana başlıca kriterlerdendir ancak bunlar davacının ekonomik ve kişisel koşullarını tam yansıtamayabileceği için tek belirleyici olarak ele alınmamaktadır²⁶⁵. Ayrıca geçmiş kazanç kanıtlanamasa da kazanç kabiliyetinin kaybı için tazminata hükmedilebilir²⁶⁶. İşsiz ya da ara sıra çalışan bir davacı bile, haksız fiil olmasaydı kazanabileceği paradan yoksun kaldığını ispat ederek tazminat talep edebilmektedir²⁶⁷. Bu durumda, kazanç kabiliyetinin değeri, davacıya benzer birinin ne kadar kazandığı ya da davacıya istihdam sağlansa kazancının ne olabileceği üzerinden değerlendirilmektedir. Davacının sarhoşluk, kötü yaşam tarzı gibi alışkanlıklarının olması ya da sadece ev işlerini yapabilen işsiz biri olması kazanç kabiliyetinin kaybına ilişkin tazminata hükmedilmesine engel değildir²⁶⁸. Kazanç elde etme yeteneğinin kaybını tazminat hesabında dikkate almak için, bedensel zararın davacıda kalıcı bir hasar bırakmasına gerek yoktur²⁶⁹. Örneğin, bir avukatın haksız fiil sonucu kolunu kaybetmesi halinde kalıcı hasar vardır ancak bu hasarın çalışma yeteneğini mutlak surette etkileyeceği söylenemez. Yahut ayırt etme gücünden yoksun mağdur, haksız fiil sonucu görme duyusunu kaybettiğinde, tazminat hesabında kalıcı hasar dikkate alınacaktır ancak kazanma kabiliyetinin kaybının değerlendirilmesi söz konusu olmayacaktır²⁷⁰. Davacının muhtemel ömür süresi ve bu süredeki kazanç kabiliyeti kaybını karşılayan tazminat

²⁶¹Woods, 1965, **a.g.k.**, 311.

²⁶²Woods, 1965, **a.g.k.**, 311.

²⁶³T. R. Ireland (2013). Determining an earnings basis for a projection of past and future lost earning capacity. *Journal of Legal Economics*, Vol: 19 No: 2, s. 47.

²⁶⁴Ireland, 2013, **a.g.k.**, 47.

²⁶⁵Horner and Slesnick, 1999, **a.g.k.**, 25; Woods, 1965, **a.g.k.**, 311.

²⁶⁶Woods, 1965, **a.g.k.**, 311.

²⁶⁷Horner and Slesnick, 1999, **a.g.k.**, 16; H. Woods (1965). Earnings and earning capacity as elements of danger in personal injury litigation. *Arkansas Law Review*, Vol: 18 No: 4, s. 306.

²⁶⁸Woods, 1965, **a.g.k.**, 313.

²⁶⁹Woods, 1965, **a.g.k.**, 305.

²⁷⁰Woods, 1965, **a.g.k.**, 306.

miktarı belirlendikten sonra, tazminatta indirimde gidilmektedir. İndirim oranı uygun ve güvenli bir yatırımın getireceği faize göre belirlenmektedir²⁷¹.

c) Elem ve ızdırıp

Mahkemeler, para ile ölçülemeyen zararları iki kategoriye ayırmaktadır: Acı ve elem (*pain and suffering*) ile hayattan zevk almanın kaybı (*loss of enjoyment of life or hedonic losses*)²⁷².

Acı ve elem, yalnızca fiziksel acıyı değil aynı zamanda korku, gerginlik, keder, kaygı, utanç, aşağılanma hissi gibi çok çeşitli manevî yaralanmayı içeren bir zarar kategorisi olarak tanımlanmaktadır²⁷³. Bu zararı telafi etmekteki zorluk, para ile ölçülmesi mümkün olmayan bir hasarı bir miktar para ile gidermeye çalışmaktır²⁷⁴. Ayrıca acı ve elemi tespit etmek, ölçmek de mümkün değildir. Jürinin, önce davacıda acı ve elemi varlığına ikna olması, sonra bunu telafi edecek miktarı takdiren belirlemesi gerekmektedir²⁷⁵. Tazminat miktarı adil ve makul, duygusallıktan uzak, kanıta dayalı olmalıdır²⁷⁶. Jüri, yaş, cinsiyet, haksız fiil öncesi ve sonrası fiziksel durum, bedensel zararın ciddiyeti ve sürekliliği gibi mağdurla ilgili tüm koşulları dikkate almalıdır. Telafi tazminatı, sadece haksız fiille doğan acı ve elemi kapsamaz, haksız fiilin yol açtığı zararı gidermeye yönelik tedavi sırasında ortaya çıkacak acı ve elem de telafi tazminatının konusu olabilir²⁷⁷.

Hayattan zevk almanın kaybı, davacının dahil olduğu toplumsal sınıftan birinin yapmaktan zevk alacağı şeylere ilişkin davacının ilgisinin, neşesinin kaybolması²⁷⁸ ya da hayatın güzelliklerinden zevk almak için fiziksel kapasitesinin bozulması olarak tanımlanabilir²⁷⁹. Hayattan zevk almanın kaybı iki kategori olarak da

²⁷¹Woods, 1965, **a.g.k.**, 314.

²⁷²Hylton, 2016, **a.g.k.**, 383.

²⁷³M. Geisfeld (1995). Placing price on pain and suffering: method for helping juries determine tort damages for nonmonetary injuries. *California Law Review*, Vol: 83 No: 3, s. 781.

²⁷⁴Geisfeld, 1995, **a.g.k.**, 781.

²⁷⁵J. C. Williams (1966). Pain and suffering- a practical approach. *Oklahoma Law Review*, Vol: 19, No: 3, s. 269.

²⁷⁶Williams, 1966, **a.g.k.**, 269.

²⁷⁷Williams, 1996, **a.g.k.**, 270.

²⁷⁸J. R. Mishkin (1969). Loss of enjoyment of life as an element of damages. *Dickinson Law Review*, Vol: 73, No: 4, s. 640.

²⁷⁹C. R. Cramer (1981). Loss of enjoyment of life as a separate element of damages. *Pacific Law Journal*, Vol: 12 No: 4, s. 972; A. Preece (2013). Joyless life and lifeless joy: the recovery of hedonic damages by plaintiffs in a persistent vegetative state. *San Diego Law Review* Vol: 50, No: 3, s. 724.

değerlendirilebilir²⁸⁰. Biri, çoğu insanın normalde yapabileceği şeyleri yapamamaktan kaynaklanan bir kayıptır. Spor yapamamak, boş zaman aktivitelerine ya da aile etkinliklerine katılamamak, tat alma, koku alma, iştme, görme kayıpları, eğlenceli faaliyetlerden zevk alamama²⁸¹ hali bu kapsamda değerlendirilebilir²⁸². Bir de davacının bedensel zarardan önce yapabildiği ancak haksız fiil sonrası artık yapamadığı bireye özgü kayıplar vardır. Önceden çalabildiği bir müzik aletini artık çalamaması, organize spor faaliyetlerine katılamaması, mesleki dergilere katkıda bulunamaması gibi²⁸³.

Para ile ölçülemeyen zarara ilişkin tazminatın belirlenmesinde tartışılan bir husus, mağdurun acı, elem, hayattan zevk almama olarak nitelendirilen yoksunlukların bilişsel olarak farkında olması gerekip gerekmediğidir²⁸⁴. Tazminata hükmedilmek için davacının acı ve elemin farkında olması diğer deyişle bilincinin yerinde olması gerektiği kabul edilmektedir²⁸⁵. Hayattan zevk almanın kaybında ise, bazı davalarda tazminata hükmedebilmek için mağdurun bu kayıba ilişkin bilişsel farkındalığının olması gerektiğine karar verilmiş²⁸⁶, bazılarında ise tazminat için hayattan zevk almanın kaybına

²⁸⁰J. D. Ingram (1991). Damages for loss of the enjoyment of life. *John Marshall Law Review*, Vol: 24, No:2, s. 424.

²⁸¹*Ramos v. Kuzas* davasında mahkeme, hayattan zevk almanın kaybını, golf oynamak, dans etmek, bowling oynamak, müzik aleti çalmak, açık hava faaliyetlerine katılmak gibi davacıya zevk veren, onun için olağan faaliyetleri yapamama hali olarak tanımlamıştır. Mahkeme, bu faaliyetlerin yürüme, merdiven çıkma, kendi kendine yemek yeme, araba kullanma gibi temel hareketleri yapamama halinden farklı olduğunu belirtmiştir. *Ramos v. Kuzas*, 600 N. E. 2d 241, 243 (Ohio 1992).

²⁸²*Mishkin*, 1969, **a.g.k.**, 640; *Cramer*, 1981, **a.g.k.**, 972; *McGee v. AC& S Inc.* davasında mahkeme, hayattan zevk almanın kaybını, kişinin hayatının, hayat tarzının ona zararlı olacak şekilde değişmesi, diğer deyişle daha önce zevk aldığı, kendisine iyi gelen alışkanlıkları yapamaz hale gelmesi ya da zevk aldığı faaliyetlere katılmaması olarak tanımlamıştır. *McGee v. AC& S Inc.*, 933 So. 2d 770, 775-776 (La. 2006). *Kansas City S. Ry. Co. Inc. v. Johnson* davasında ise mahkeme hayattan zevk almanın kaybını, çoğu insanın yaptığı, sevgiliyle buluşmak, okumak, politik tartışmalara katılmak, eğlenceli etkinliklere, aile toplantılarına katılmak gibi günlük aktivitelerin etkilenmesi olarak tanımlamıştır. *Kansas City S. Ry. Co. Inc. v. Johnson*, 798 So. 2d 374, 381 (Miss. 2001), *Hylton*, 2016, **a.g.k.**, 383.

²⁸³*Ingram*, 1991, **a.g.k.**, 424; *Cramer*, 1981, **a.g.k.**, 972.

²⁸⁴*Hylton*, 2016, **a.g.k.**, 383; *Williams*, 1996, **a.g.k.**, 270; *Ingram*, 1991, **a.g.k.**, 425.

²⁸⁵*Nichols v. Marshall* davasında mahkeme, acı ve elemin bilinçli deneyimler olduğunu, mağdurun bilinçli olmadığı durumlarda acı ve eleminden söz edilemeyeceğini belirtmiştir. *Nichols v. Marshall*, 486 F. 2d 791, 793 (10 th Cir. 1973). *Vanderlippe v. Midwest Studios Inc.* davasında ise mahkeme, sadece mağdurun bilincinde olduğu acı ve elem için tazminata hükmedilebileceğini belirtmiştir. *Vanderlippe v. Midwest Studios Inc.*, 289 N. W. 341, 349 (neb. 1939). *Hylton*, 2016, **a.g.k.**, 383.

²⁸⁶*McDougald v. Garber* davasında mahkeme, hayattan zevk almanın kaybı nedeniyle tazminata hükmedebilmenin ön koşulu olarak mağdurun bu zararın bilincinde olmasını aramıştır. Davada, davacı komada olduğu için hayattan zevk almanın kaybına dair bir bilinci olmaması nedeniyle bu zarara ilişkin tazminata hükmetmemiştir. *McDougald v. Garber*, 536 N. E. 2d 372, 375 (N. Y. 1989). *Ramos v. Kuzas* davasında mahkeme, davacının yeni doğan bir bebek olması nedeniyle, onun yaşam tarzına göre hayattan zevk almasını sağlayan faaliyetleri belirleme söz konusu olamayacağından ya da diğer deyişle davacının hayattan zevk almaya ilişkin bir bilinci söz konusu olmadığından bu zararın tazminine hükmedilemeyeceğine karar vermiştir. *Ramos v. Kuzas*, 600 N. E. 2d 241, 243 (Ohio 1992). *Hylton*, 2016, **a.g.k.**, 384.

dair bilinçli olması aranmamıştır²⁸⁷. Acı ve elem zararı için mağdurun bilinçli olmasının aranması, hukukun faili daha ciddi zarar vermek konusunda teşvik ettiği yönünde eleştirilmektedir²⁸⁸. Zararın bilincinde olmayı ön koşul olarak aramak, “failinin daha ciddi zarar vererek tazminat miktarını azaltabileceğini ima etmektir” denilmektedir²⁸⁹.

Hayattan zevk almanın kaybının ayrı bir tazminat türü olarak ele alınıp alınamayacağı da tartışmalıdır²⁹⁰. Bazı mahkeme kararlarında, hayattan zevk almanın kaybı, acı ve elemin bir unsuru olarak kabul edilmiştir²⁹¹. Bu görüşe göre, zevkin kaybına dair tazminata hükmedildiğinde, acı ve eleme ilişkin hükmedilen tazminatın tekrarına hükmedilmektedir²⁹². Bu tip kararlarda, zevk kaybı ayrı olarak ele alınmadığından, mahkemenin hayattan zevk almanın kaybını mı yoksa acı ve elemi mi telafi ettiğini belirlemek zordur²⁹³. Bazı mahkeme kararlarında ise, hayattan zevk almanın kaybına dair tazminat, acı ve eleme ilişkin tazminattan ayrı olarak kabul edilmiştir²⁹⁴. Hayattan zevk almanın kaybına ilişkin tazminatı ayrı bir tazminat olarak gören kararlara bakıldığında²⁹⁵,

²⁸⁷*Eyoma v. Falco* davasında mahkeme, mağdur komada ya da bitkisel hayatta olsa bile hayattan zevk almanın kaybı nedeniyle tazminat verilebileceğine karar vermiştir. *Eyoma v. Falco*, 589 A. 2d 653, 662 (N. J. Supper. 1991) *Holston v. Sisters of the Third Order of St. Francis* davasında mahkeme, mağdur hayattan zevk almanın kaybında bilinçli olmasa dahi tazminat alabilir kararını vermiştir. *Holston v. Sisters of the Third Order of St.*, 618 N. E. 2d 334 (III. App. Ct. 1993). Hylton, 2016, **a.g.k.**, 384. *Rufino v. United States* davasında mahkeme, hayattan zevk almanın kaybının, davacının mevcut durumu ile haksız fiilden önceki durumu arasındaki farkla değerlendirilmesi gerektiğini belirterek tazminata karar verebilmek için davacının zararın bilincinde olmasını aramamıştır. *Rufino v. United States*, 829 F. 2d 354, 360 (2d Cir. 1987).

²⁸⁸Hylton, 2016, **a.g.k.**, 384. Hatta yazar, eleştirisinde, “eğer bir yayayı ezdiyseniz, acı ve eleminin farkında olamayacak kadar ağır yaraladığınızdan emin olmak için yayanın üstünden bir kere daha geçin” demiştir.

²⁸⁹Hylton, 2016, **a.g.k.**, 384.

²⁹⁰Hylton, 2016, **a.g.k.**, 386; Mishkin, 1969, **a.g.k.**, 640; P. J. Hermes (1987). Loss of enjoyment of life- duplication of damages versus full compensation. *North Dakota Law Review*, Vol: 63 No: 4, s.564; P. E. Marth (1975). Loss of enjoyment of life- should it be a compensable element of personal injury damages. *Wake Forest Law Review*, Vol: 11 No: 3, s. 460.

²⁹¹Hylton, 2016, **a.g.k.**, 386; Mishkin, 1969, **a.g.k.**, 642; Hermes, 1987, **a.g.k.**, 569; Marth, 1975, **a.g.k.**, 466. “Hayattan zevk almanın kaybı, ayrılmaz bir şekilde acı ve elem zararına dahildir”. *Gregory v. Carey*, 791 P. 2d 1329, 1336 (Kan. 1990) Preece, 2013, **a.g.k.**, 738; “Hedonik zarar, acı ve elem için verilen tazminatın bir bileşenidir”. *Loth v. Truck- A- Way Corp.*, 70 Cal. Rptr. 2d 571, 575 (Ct. App 1998); “Hedonik zararın telafisi, ancak acı ve elemin bir parçası olarak mümkündür”. *Willinger v. Mercy Catholic Medical Center*, 393 A. 2d 1188, 1191 (Pa. 1978); “Hayattan zevk almanın kaybı, acı ve elem tazminatının bir parçasıdır, ayrı olarak verilemez”. *McDougald v. Garber*, 536 N. E. 2d 372, 376-377 (N. Y. 1989).

²⁹²Marth, 1975, **a.g.k.**, 466; Hermes, 1987, **a.g.k.**, 569. “Hayattan zevk alınmasının kaybına ilişkin tazminat verildiğinde bu açıkça aynı zarara iki kez tazminat vermek olacaktır”. *Poyzer v. McGraw*, 360 N. W. 2d 748, 753 (Iowa 1985). Preece, 2013, **a.g.k.**, 739.

²⁹³Mishkin, 1969, **a.g.k.**, 642.

²⁹⁴Hermes, 1987, **a.g.k.**, 576; Hylton, 2016, **a.g.k.**, 386; Preece, 2013, **a.g.k.**, 739. *Swiler v. Baker’s Super Market* davası, hayattan zevk almanın kaybının ayrı olarak ele alındığı öncü davalardan biri olarak anılır. *Swiler v. Baker’s Super Market*, 203 Neb. 183, 277 N. W. 2d 697 (1979). *Mariner v. Marsden* davasında, davalı hayattan zevk almanın kaybı tazminatının acı ve elem tazminatının tekrarı olduğu itirazını ileri sürmüştür ancak mahkeme, hayattan zevk almanın kaybı tazminatının ayrı olarak verilebileceğine karar vermiştir. *Mariner v. Marsden*, 610 P. 2d 6 (Wyo 1980).

²⁹⁵*Power v. City of Augusta* davasında mahkeme, kalıcı yaralanmanın yalnızca para kazanma yeteneğinin etkilenmesini değil, aynı zamanda kişinin istediği gibi hareket edememesini ve bunu düşünmekten duyduğu

hayattan zevk almanın kaybı kavramının, fiziksel bir acıya ya da ekonomik bir kayba yol açmamış olsa bile haksız fiilin devam eden etkilerini tazmin etmenin bir yolu olarak geliştirildiği görülmektedir²⁹⁶. Mahkemeler, bu ilk davalarda “hayattan zevk almanın kaybı” ifadesini kullanmamış olsalar da genellikle bu ilk davalar, hayattan zevk almanın kaybının ayrı bir tazminat unsuru olabileceği önermesi için atıfta bulunulan davalar arasında yer almaktadır. Hayattan zevk almanın kaybının ayrı bir tazminat türü olduğunu kabul eden görüşe göre, acı ve eleme ilişkin tazminat, bedensel zararın mağdurda yarattığı fiziksel acı ve bu acıdan doğan zihinsel rahatsızlığı telafi etmek için verilirken, hayattan zevk almanın kaybı tazminatı, zararın davacının hayatında yarattığı sınırlamaları telafi etmek amacıyla verilmektedir²⁹⁷.

5.2.1.2. Ölüm halinde

Common Law’un tarihsel gelişiminde mağdurun haksız fiil sonucu ölmesi halinde, mağdurun terekesinde meydana gelen azalmayı ya da bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, ölüm nedeniyle uğradığı zararı gidermek için tazminat verilmemektedir²⁹⁸. Ölümle birlikte dava hakkının bittiği kuralı (*actio personalia moritur cum persona*) kabul edildiği için failin mağduru öldürmesi yaralı bırakmasından daha lehine bir durum yaratmaktadır²⁹⁹. Bu duruma ilk olarak İngiliz yasa koyucular müdahale etmiştir. 1846 yılında *Lord Campbell Yasası* kabul edilerek, aile üyelerine eşlerinin, ebeveynlerinin veya çocuklarının ölümü halinde tazminat talep edebilme hakkı verilmiştir³⁰⁰. Kısa bir süre sonra Amerika Birleşik Devletleri’ndeki eyalet yasama organları da tazminata ilişkin

zihinsel acıyı da kapsayabileceğini kabul etmiştir. *Power v. City of Augusta*, 191 F. 647 (C. C. E. D. Ky 1911); *Rice v. City of Council Bluffs* davasında mahkeme, tazminatın sadece fiziksel acı için değil, aynı zamanda zihinsel ıstırap, kayıp hissi, rahatsızlık ve utanç için de verildiğini belirtmiştir. *Rice v. City of Council Bluffs*, 125 Iowa 639, 100 N. W. 506 (1904); *District of Columbia v. Woodbury* davasında, Yüksek Mahkeme, ilk derece mahkemesinin davacının, haksız fiilden sonra, daha önce yaptığı gibi birtakım dergilere katkıda bulunamadığına ama bunun tazminatla telafi edilmediğine ilişkin ifadesini dinlemesinin yerinde olduğuna karar vermiştir. *District of Columbia v. Woodbury*, 136 U. S. 450 (1890). Bu davalar, mahkemelerin, bedensel zarardan kaynaklanan acı ve elem ve ekonomik kayıpların ötesinde başka zararlar için de telafi tazminatını tanıyacaklarını göstermiştir. *Hermes*, 1987, **a.g.k.**, 578.

²⁹⁶*Hermes*, 1987, **a.g.k.**, 576.

²⁹⁷*Thompson v. National Railroad Passenger Corp.*, 621 F. 2d 814 (6th Cir. 1980); *Fantozzi v. Sandusky Cement Products Co.*, 597 N. E. 2d 474 (Ohio 1992).

²⁹⁸E. A. Posner and C. R. Sunstein (2005). Dollar and death. *University of Chicago Law Review*, Vol: 72 No: 2, s. 543; J. W. Lens, 2020. Children, wrongful death and punitive damages. *Boston University Law Review*, Vol:100 No:2, s. 445; R. Frieberg (1960). Wrongful death, survival and loss of consortium. *South Dakota Law Review*, Vol: 5, s. 126.

²⁹⁹Lens, 2020, **a.g.k.**, 445; Frieberg, 1960, **a.g.k.**, 126.

³⁰⁰Lens, 2020, **a.g.k.**, 445; K. J. Santon (2009). The worth of human life. *North Dakota Law Review*, Vol: 85 No:1, s.129; Frieberg, 1960, **a.g.k.**, 126.

yasal düzenlemeler yapmaya başlamıştır³⁰¹. Amerikan haksız fiil hukukunda ölenin yakınları iki tür tazminat talep edebilmektedir³⁰². Ölüm haline dair yasal düzenleme (*wrongful death statutes/ wrongful death act*), bir kişinin ölümünün neden olduğu doğrudan zararlar için yakın aile üyelerinin tazminat talep edebilmesine imkân verirken, ölüm öncesi zararlara dair yasal düzenleme (*survival statutes/ survival act*), ölüm öncesi zararları talep edebilme imkânı verir³⁰³. Diğer deyişle, ölüm haline dair yasal düzenleme, geride kalanların kendi kayıplarını telafi etme fikrine dayanırken, ölüm öncesi yasal düzenleme, mağdurun ölümüne kadarki tedavi masrafları, ölene kadarki kazanç kayıpları, ölene kadar duyduğu acı ve elem gibi kayıpların terekeye döndürülmesi fikrine dayanmaktadır³⁰⁴. Ancak bu yasalar eyaletler arasında farklılık gösterdiği için, kimlerin tazminat talep edebileceği, ne tür kayıpların telafi edilebileceği davanın açıldığı eyalete göre değişmektedir³⁰⁵.

Ölüme dair yasal düzenleme, mağdurun desteğinden yoksun kalacaklara tazminat talep etme hakkı vermektedir. Kimlerin destekten yoksun kalacak aile üyeleri olduğunu eyalet yasaları belirlemektedir³⁰⁶. Bu tip davalarda kimin tazminat talep hakkına sahip olduğunu belirlemek, zarara ve tazminat miktarına karar vermek bakımından önemlidir. Bu yasal düzenlemeye sahip olan tüm eyaletler, eşin ve bakmakla yükümlü olunan çocukların tazminat almaya hakkı olduğunu kabul etmektedir. Birçok eyalet bu hakkı ebeveynlere, yetişkin çocuklara, kardeşlere, torunlara ve hatta büyükanne/büyükbabalara, teyzelere/halalara, dayılara/amcalara kadar genişletmektedir³⁰⁷.

³⁰¹ Posner and Sunstein, 2005, **a.g.k.**, 543; Lens, 2020, **a.g.k.**, 445; Santo, 2009, **a.g.k.**, 130; Frieberg, 1960, **a.g.k.**, 126.

³⁰²T. R. Ireland (2016). Damage standards for wrongful death/ survival actions: loss to survivors, loss to the estate, loss of accumulations to an estate and investment. *Journal of Legal Economics*, Vol: 22 No: 4, s. 8; V. A. Matheson, D. I. Rosenbaum and D. Schap (2016). Wrongful death: who recovers, what, where and how. *Journal of Legal Economics*, Vol: 22 No: 2, s. 26; Posner and Sunstein, 2005, **a.g.k.**, 543.

³⁰³Matheson, Rosenbaum and Schap, 2016, **a.g.k.**, 26.

³⁰⁴V. M. DeMartini (1958). Survival statute: punitive damages in survival actions. *University of Florida Law Review*, Vol: 11 No: 2, s. 259; Ireland, 2016, **a.g.k.**, 8; Posner and Sunstein, 2005, **a.g.k.**, 543.

³⁰⁵Matheson, Rosenbaum and Schap, 2016, **a.g.k.**, 26; Hylton, 2016, **a.g.k.**, 390; Posner and Sunstein, 2005, **a.g.k.**, 543.

³⁰⁶Matheson, Rosenbaum and Schap, 2016, **a.g.k.**, 26; Hylton, 2016, **a.g.k.**, 390.

³⁰⁷Matheson, Rosenbaum and Schap, 2016, **a.g.k.**, 26; Hylton, 2016, **a.g.k.**, 390. Örneğin, tazminat isteme hakkının geniş bir çevre için kabul edildiği eyaletlerden biri olan Delaware'in eyalet yasalarına göre, eş, ebeveyn, çocuk ve kardeşler ölüm tazminatı isteyebilirler. Bu kişilerin olmaması halinde, mağdurla kan veya evlilik yoluyla bağı olan ve mağdurun desteğinden yoksun kalan kişi, tazminat talebinde bulunabilir. Dar bir çevrenin belirlendiği eyaletlerden biri olan Maine'de ise, sadece eş ve ergin olmayan çocuklar tazminat talep edebilir. Matheson, Rosenbaum and Schap, 2016, **a.g.k.**, 26.

Başlangıçta yasa sadece parasal kaybın telafisine izin vermektedir. Ölen kişinin, hayatta kalanlara yapacağı muhtemel katkıların güncel değeri üzerinden bir miktar belirlenip, kişi yaşasaydı yapacağı harcamalar bundan çıkartılarak bulunan miktar yakınlarla telafi tazminatı olarak verilmektedir³⁰⁸. Zamanla geride kalanlar bakımından, arkadaşlığın, ilişkinin, yoldaşlığın, sevginin kaybının telafi edilip edilmeyeceği tartışılmaya başlanmış³⁰⁹ ancak bu yaklaşım yasanın parasal değeri olmayan kayıpları düzenlemediği gerekçesi ile reddedilmiştir³¹⁰. Bu tür zararlara izin veren yasal düzenlemelerin yapılması ve daha adil bir ölüm sonrası tazminat doktrini yaratmak isteyen mahkemeler aracılığıyla bir dönüşüm gerçekleşmiştir³¹¹. Artık ölüm halinde verilen telafi tazminatı hem ekonomik zararlar hem ekonomik olmayan zararlar için verilebilmektedir³¹². Ölenin yaşam süresi boyunca sağlayacağı mali destek kaybı (*loss of financial support*), ölenin beklenen hediyelerin veya menfaatlerin kaybı (*loss of gifts or benefits*), hizmet kaybı (*loss of household services*), tedavi masrafları (*medical expenses*), cenaze töreni ve defin masrafları (*funeral and burial expenses*) ekonomik kayıplardır³¹³. Ölenin sevgisinden, arkadaşlığından, korumasından, deneyimlerinden, ev içi yardımlarından, iş birliğinden, nezaketinden, özeninden, ahlâki terbiyesinden, bilgisinden, eğitiminden, rehberliğinden, manevî desteğinden, ölenin eş olması halinde cinsel yakınlıktan mahrum kalınması ekonomik olmayan zararlardır³¹⁴. Çeşitli eyalet yasalarında ve mahkeme kararlarında bu tip kayıplar arkadaşlıktan yoksun kalma (*loss of society*) ya da arkadaşlık ve yoldaşıktan yoksun kalma (*loss of society and companionship*) olarak adlandırılmaktadır³¹⁵. Aile birliğinin bozulması (*loss of*

³⁰⁸Lens, 2020, **a.g.k.**, 446.

³⁰⁹Ölüm halinde sadece parasal olarak ölçülebilen zararın giderilmesi kadın ve çocuk hayatının değersiz olduğunu da kabul etmek anlamına geliyordu. Sadece ölenin getirdiği gelir üzerinden zarar değerlendirildiğinde, çocuk yetiştirmenin maliyeti nedeni ile çocuklar zaten negatif bir değere sahipti. Kadınlar ise erkeklerden daha az para kazandıkları için erkeklerin hayatları daha değerliydi. Santon, 2009, **a.g.k.**, 130.

³¹⁰Lens, 2020, **a.g.k.**, 447.

³¹¹Lens, 2020, **a.g.k.**, 447; Santon, 2009, **a.g.k.**, 130.

³¹²Santon, 2009, **a.g.k.**, s.129.

³¹³Santon, 2009, **a.g.k.**, 129; Matheson, Rosenbaum and Schap, 2016, **a.g.k.**, 27; Hylton, 2016, **a.g.k.**, 390; Ireland, 2016, **a.g.k.**, 8.

³¹⁴Matheson, Rosenbaum and Schap, 2016, **a.g.k.**, 27; Hylton, 2016, **a.g.k.**, 390; Ireland, 2016, **a.g.k.**, 8; Santon, 2009, **a.g.k.**, 129.

³¹⁵*Krouse v. Graham* davasında mahkeme, arkadaşlıktan yoksun kalmada (*loss of society*) verilen tazminatı, ölenin sevgisinden, yoldaşlığından, tesellisinden, bakımından, yardımından, korumasından, ilgisinden, manevî desteğinden yoksun kalmak nedeniyle verilen tazminat olarak tanımlamıştır. *Krouse v. Graham*, 562 P.2d 1022, 1024-25 (cal. 1977).

consortium) da bir zarar olarak kabul edilmekte ve tazmin edilmektedir³¹⁶. Cezaî tazminat için aranan koşulların varlığı halinde cezaî tazminat da istenebilmektedir³¹⁷.

Para ile ölçülemeyen zararlar bakımından tazminat miktarını belirlemek zordur. 1970'lerden itibaren ekonomik olmayan zararların tazmininde üst sınır koyulması haksız fiil reformunun odak noktası olmuştur³¹⁸. Tedavi harcamaları, ücret kaybı gibi ekonomik zararların piyasa değeri vardır ve ölçülmesi kolaydır³¹⁹. Ancak ekonomik olmayan zararların nesnel bir ölçüsü yoktur³²⁰. Bu durumun özellikle *malpractice* davaları, üreticinin sorumluluğu davalarında davalılar bakımından büyük yük oluşturduğu ileri sürülmüştür. Bu nedenle bazı eyaletler ekonomik olmayan zararlar için tazminata üst sınır getiren düzenlemeleri kabul etmiştir³²¹.

Ölüm halinde tazminat talebinde bulunan davacı, mağdurun ölümünden dolayı doğrudan bir zarara uğradığını ispat etmelidir. Örneğin, eve giren gelirin azalması, ölen eş tarafından sağlanan sağlık sigortası veya emeklilik yardımlarının kaybı gibi. Çocuklar bakımından da ergin olma yaşına ya da üniversiteden mezuniyet yaşına kadar, ana/babanın ölümü halinde bu tip para ile ölçülebilen kayıplar nettir. Ölüm halinde tazminat davası açmaya hakkı olan diğerleri (ebeveyn ya da kardeş gibi), mağdurdan ekonomik bir destek görmüyorsa, bu tip bir zararın telafisini isteyemez.

Ölüm öncesi zararlara dair yasal düzenlemeler (*survival statutes*), davacıya mağdurun ölümünden doğrudan zarar görmemiş olsa da tazminat davası açma hakkı vermektedir³²². Genellikle tedavi masrafları, cenaze ve defin masrafları, terekenin idaresine ilişkin masraflar talep edilmektedir. Hem ölüm haline dair yasal düzenlemenin hem vefat öncesi zararlara dair yasal düzenlemenin kabul edildiği eyaletlerde, aynı zarar için her iki düzenlemeye de dayanarak tazminat istenemez. Destekten yoksun kalanlar, acı ve elemnin tazminini ölüme dair yasa uyarınca isteyebilirler. Buna karşılık, haksız fiil

³¹⁶Lens, 2020, **a.g.k.**, 447.

³¹⁷Hylton, 2016, **a.g.k.**, 390; Ireland, 2016, **a.g.k.**, 6.

³¹⁸Lens, 2020, **a.g.k.**, 447.

³¹⁹A. J. Sebok (2006). Translating the immeasurable: thinking about pain and suffering comparatively. *DePaul Law Review*, Vol: 55 No: 2, 380-381.

³²⁰Sebok, 2006, **a.g.k.**, 380-381.

³²¹Lens, 2020, **a.g.k.**, 447.

³²²Matheson, Rosenbaum and Schap, 2016, **a.g.k.**, 28.

ile ölüm arasındaki zamanda ölen kişinin duyduğu acı ve elemi tazmini, ölüm öncesi zararlara dair yasal düzenleme ile istenebilir³²³.

5.2.1.3. Eşyanın hasara uğraması

Eşyanın hasara uğraması halinde telafi tazminatının amacı, eşyayı haksız fiilden önceki durumuna getirmek ve davacının haksız fiil nedeniyle eşyadan mahrum kaldığı zamana ilişkin zararını gidermektir³²⁴. Eşya tamamen tahrip olmuşsa, malın piyasa değeri telafi tazminata esas teşkil etmektedir³²⁵. Eğer eşya kısmen hasara uğramışsa, malın hasar görmeden önceki piyasa değeri ile hasar gördükten sonraki piyasa değeri arasındaki fark tazminatı belirlemektedir³²⁶. Öncesi ve sonrası kuralına göre, zararın değerdeki azalmayı aştığı durumlarda, tamir ya da yerine koyma için yapılan masrafın tamamı tazminat olarak verilmemektedir³²⁷. Diğer bir ifade ile tazminat belirlenirken, tamir masrafı veya piyasa değerindeki azalma miktarından hangisi daha düşükse bu esas alınmaktadır³²⁸. Örneğin, bir evin yangından önceki değeri 100 bin dolar, yangın sonrası evi eski haline getirmek için yapılacak tadilatın toplam tutarı 200 bin dolarsa tazminat 100 bin dolarla sınırlı olacaktır³²⁹. Mahkemeler, değerdeki azalmanın kanıtlanmasında yerine yenisini koymanın maliyeti ve eşyanın estetik değerini dikkate almaktadır. Piyasa değeri, normal

³²³Matheson, Rosenbaum and Schap, 2016, **a.g.k.**, 29.

³²⁴F. R. Mechem (1902). Cases on the law of damages. St. Paul, Minnesota: West Publish Co., s.576.

³²⁵J. A. Holst (1967). Measure of damages for injury to real surface property in Wyming. *Land& water Law Review*, Vol: 2 No: 1, s. 235.

³²⁶“Tazminatın miktarı belirlenirken genel kural, haksız fiilden önceki piyasa değeri ile sonraki piyasa değeri arasındaki farkı esas almaktır”. Huberth v. Holly, 462 S. E. 2d 239 (N. C. Ct. App. 1995)

³²⁷J. W. Reis (2003). Measure of damages in property loss cases: the road less considered. *North Carolina State Bar Journal*, s. 13.

³²⁸“Araziye kalıcı hasar verilmesi halinde tazminatı belirlerken esas alınacak unsur, değerdeki azalmadır. Ancak arazinin, önceki durumuna arazinin değerindeki azalma tutarından daha az bir tutarla döndürülebildiği durumlarda, tazminatı belirlerken esas alınacak unsurlar, eskiye döndürme maliyeti artı kullanım kaybıdır”. System Fuels, Inc. v. Barnes, 363 So. 2d 747 (Miss. 1978). “Bir binaya verilen hasarda, tazminatı belirlerken, tamirat ya da restorasyon tutarı esas alınır ancak tazminat tutarı binanın haksız fiilden önceki değeri ile sonraki değeri arasındaki fark ile sınırlı tutulabilir. “Taşınmaza verilen hasarı telafi etmeye yönelik tazminatı belirleyen esas, taşınmazın hasardan hemen önceki makul piyasa değeri ile hasardan hemen sonraki piyasa değeri arasındaki farktır. Ancak hasarı onarmanın maliyeti, değer düşüşünden daha az ise tamirat masrafı tazminat belirlenirken esas alınır”. Redbud Coop. Corp. v. Clayton, 700 S. W. 2d 551, 560-61 (Tenn. Ct. App. 1985). “Haksız fiilden önceki piyasa değeri ile sonraki piyasa değeri arasındaki fark, tazminat için kabul edilen bir ölçü olmakla beraber tek ölçü değildir. Tamir masrafının, tazminat olarak belirlenmesi mümkündür”. Plow v. Bug Man Exterminators, Inc., 57 N. C. App. 159 (N. C. Ct. App. 1982) 290 S. E. 2d 787.

³²⁹*U. S. Steel Corp. v. Benefield* davasında mahkeme, davacının arazisinin hasar görmüş 26 dönümünü eski haline getirme masrafının 13.084 dolar, arazinin tamamının değerinin ise 12.116 dolar olduğunu belirterek, tazminatın eski hale getirme için gereken tutara göre değil arazinin değerine göre belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir. *U.S. Steel Corp. v. Benefield*, 352 So. 2d 892, 894-95 (Fla. 2d DCA 1977).

koşullarda mal sahibi ile alıcı arasında kararlaştırılacak tutar olarak tanımlanabilir³³⁰. Eşyanın değerini belirlemek için üç yöntem belirlenmiştir: İlki, eşyanın ya da benzer eşyanın nakit değerinin dikkate alındığı fiyat yöntemidir (*cost approach*). İkincisi, eşyanın yerine yenisinin alınması durumundaki maliyetin dikkate alındığı karşılaştırılabilir satış yöntemidir (*comparable sales approach*). Üçüncüsü, eşyanın gelirinin dikkate alındığı gelir veya ekonomik yöntemdir (*income or economic approach*)³³¹. Bu yöntemlerde, eşyayı eski haline getirme, onarma maliyeti değil, eşyanın durumu dikkate alınır³³². Eşyadaki değer azalmasını belirlemek bakımından tamir masrafı yöntemi de kullanılabilir. Zira tamir masrafı, eşyayı zarar görmeden önceki konumuna ulaştırdığından eşyadaki değer azalması ile ilgilidir. Kural olarak eşyadaki değer azalması ile tamir masrafı arasında tutar olarak az olan tazminata esas olmakla beraber, eşyanın piyasa değerinin olmadığı durumlarda, tamir masrafı dikkate alınmaktadır³³³.

Bazı eşyaların ise piyasa değeri olmadığı gibi eşyayı tamir etmek ya da yerine yenisini koymak da mümkün değildir. Örneğin, aile yadigarları, fotoğraflar gibi yeri doldurulamaz, duygusal değeri olan eşyalar. Eşyanın sahibi bakımından değeri belirlenirken, eşyanın orijinal maliyeti (işçilik ve malzeme özellikleri), eşyanın kullanımı, hasar görmeden önceki durumu, benzersizliği, yeniden yapılmasının, onarımının mümkün olup olmadığı, ne kadar kullanılmış veya yıpranmış olduğu, sigorta değeri, bir uzmanın görüşü veya kanıtla desteklenen diğer faktörler dikkate alınmaktadır³³⁴. Eşyanın sahip olabileceği makul olmayan veya tamamen duygusal değer dikkate alınmaz³³⁵.

³³⁰“Adil piyasa değeri, sözleşme özgürlüğü uyarınca satış sözleşmesinde kararlaştırılan semendir”. *Ocean Electric Company v. Hughes Laboratories, Inc.*, 636 So. 2d 112 (Fla. 3d D. C. A. 1994). “Adil piyasa değeri, eşyayı satın almak zorunda olmadan isteyerek alan bir alıcının, eşyayı satmak zorunda olmadan isteyerek satan bir satıcıya ödediği miktardır”. *American Reliance Insurance Company v. Perez*, 689 So. 2d 290 (Fla. 3d D. C. A. 1997).

³³¹*American Reliance Insurance Company v. Perez*, 689 So. 2d 290 (Fla. 3d D. C. A. 1997).

³³²Reis, 2003, **a.g.k.**, 13.

³³³“Taşınır malın hasara uğraması halinde, kural olarak, tazminat belirlenirken, eşyanın haksız fiilden hemen önceki piyasa değeri ile hemen sonraki piyasa değeri arasındaki fark esas alınacaktır. Bu genel kuralın amacı mağdurun zararını telafi etmektir. Hasara uğrayan eşyanın piyasa değeri varsa, öncesi ve sonrası kuralının uygulanması nispeten basittir. Ancak bu durumda bile, tamir maliyeti, zararın boyutunun bir kanıtıdır. Ancak eşyanın piyasası yoksa piyasa değeri de yoktur. Bu durumda öncesi ve sonrası kuralının temeli yoktur. O zaman tamir maliyeti, zararın boyutunu belirlemede başvurulabilecek tek kanıttır”. *Carolina Power & Light Company v. Paul*, 136, S. E. 2d 103 (1964).

³³⁴*William F. Freeman, Inc. v. Alderman Photo Co.* davasında, mimari çizimler akan çatı nedeniyle bozulmuştur. Mahkeme, çizimlerin bir piyasa değeri bulunmadığından, sigorta kapsamı miktarının çizimlerin değerini belirlemede esas alınabileceğine karar vermiştir. *William F. Freeman, Inc. v. Alderman Photo Co.*, 89 N. C. 73, 365 S. E. 2d 183 (1988).

³³⁵Reis, 2003, **a.g.k.**, 15.

Eşyadaki değer kaybı, davacının zararını telafi etmede her zaman yeterli olmaz. Bu nedenle, kullanım kaybının (*loss of use*) tazmini de gündeme gelmektedir³³⁶. Eşyayı kullanamamadan kaynaklanan kayıplara, davacının evinin hasara uğraması halinde, başka bir yerde kaldığı süre boyunca ödediği kira maliyeti, oraya taşınmak için yaptığı masraflar örnek olarak verilebilir³³⁷.

Eşyanın tamir masrafının tazminat olarak ödenmesinin yanında ek maliyetlerin de ödenmesi söz konusu olabilir. Örneğin, ev sahibi hasardan sonra evini tamir ettirirken yeni kabul edilen birtakım kurallara tabi olursa ya da daha önce muaf olduğu kurallar tamirat esnasında kendisine uygulanır hale gelirse ve bundan dolayı ek maliyet ortaya çıkarsa, yasal düzenlemelere uymak için yapılan bu masrafların tazmini de bazı eyaletlerde istenebilmektedir³³⁸.

5.2.2. Nominal Tazminat

Nominal tazminat, gerçek bir zararın (*actual loss*) bulunmadığı veya zararın kanıtlanmasının mümkün olmadığı durumlarda, davacının haklılığını göstermek için verilen sembolik miktardaki tazminattır³³⁹. Tazminat, davacının yasal haklarının davalı tarafından ihlal edildiğini mahkemenin kabul ettiğini göstermektedir³⁴⁰. Bu bakımdan, herhangi bir zararın olmadığı hatta davacı için bir faydanın olduğu durumlarda bile

³³⁶*Carye v. Boca Raton Hotel and Club Limited Partnership* davasında mahkeme, eşyanın piyasa değerinin olmadığı veya piyasa değeriyle sınırlandırmanın adil olmayacağı özel durumlarda, eşyanın manevî değerinin değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, sahibi için çok değerli olan ancak onun dışındakiler için bir değeri olmayan eşyaya piyasa değeri ölçüsünü uygulamak adaletsiz olacaktır. Ancak eşyanın bir piyasa değerinin olduğu durumlarda bu değer esas alınması gerekir. Tazminatın piyasa değeri ile sınırlandırmanın adil olmayacağının, manevî değerinin de dikkate alınması gerektiğinin davacı tarafından ispat edilmesi gerekir. *Carye v. Boca Raton Hotel and Club Limited Partnership*, 676 So. 2d 1020 (Fla.4th DCA 1996).

³³⁷*Huff v. Thornton* davasında mahkeme, hasar görmüş evde oturulamayacağı kesin olduğundan davacının tamirat bitene kadar makul bir süre için başka bir yerde yaşamasına ilişkin maliyet gibi evini geçici olarak kullanamamasından kaynaklanan ek masrafların tazmin edilmesi gerektiğine karar vermiştir. *Huff v. Thornton*, 213 S. E. 2d 198, 287 N. C. 1 (1975) Reis, 2003, **a.g.k.**, 16.

³³⁸Reis, 2003, **a.g.k.**, 16.

³³⁹H. L. Oleck (1962). *Cases on Damages*. Indianapolis: Bobbs- Merrill; Hale, 1896, **a.g.k.**, 24; M. E. Cambre (2018). A single symbolic dollar: how nominal damages can keep lawsuits alive. *Georgia Law Review*, Vol: 52, No: 3, s.936; B. H. William (1896) *Handbook on the law*. S.T. Paul, Minn: West Publishing Co., s.24, 25.

³³⁹Broman 1982, **a.g.k.**, 673.

³⁴⁰“Genel olarak biri, bir başkasının hakkını ihlal ettiğinde, kanun bir dava hakkı verir, gerçek bir zarar bulunmasa bile itibari zarar tazmin edilir. Zira bu yapılmazsa hak ihlalleri devam eder”. *Webb v. Portland Manuf’g Co.*, 3 Sumn. 189, Fed. Cas. No. 17,322. Hale, 1896, **a.g.k.**, 29.

nominal tazminata hükmedilebilir³⁴¹. Tazminat genellikle birkaç dolardan oluşur³⁴². Bu noktada *de minimis non curat lex* (hukuk küçük şeylerle ilgilenmez) kuralına³⁴³ gönderme yapılır. Ancak kuralla kastedilen toplum yaşamı içerisinde kişilerin bazen önemsiz kayıplara, sıkıntılara katlanması gerektiği, hukukun önemsiz şeyler için dava açılmasına izin vermediğidir³⁴⁴. Nominal tazminat bu tür durumlarla ilgili değildir, mutlak bir hak ihlalinin olduğu durumlarda verilir. İhlale yaptırım uygulanması gerekir ki hak varlığını sürdürebilsin. Gerçek zararın kanıtlanamadığı tüm durumlarda nominal zararın reddi, yasaklanmış davranıştan doğan hakların reddi olacaktır³⁴⁵. Bu nedenle nominal tazminat gücünü hükmedilen para miktarından almaz, başlı başına bir yaptırım olmasından alır. Davacının zararını kanıtlayamadığı durumlarda bile bu haklar için koruma sağlanması, davacı açısından sembolik bir değer taşır³⁴⁶. Nominal tazminata her türlü davada hükmedilebilir³⁴⁷. Nominal tazminat, özellikle anayasal hakları ihlal eden haksız fiil davalarında önem taşımaktadır³⁴⁸. Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, *Carey v. Piphus* kararında³⁴⁹ davacının usulî süreçler yürütülmeden okuldan uzaklaştırılması nedeni ile açılan davada ilk derece mahkemesinin davacının zararının aranması yönündeki kararına katılmamıştır. Yüksek Mahkeme, usulî işlemlerin gözetilmesinin toplum bakımından önemi nedeniyle, gerçek zararın kanıtlanmasına gerek olmaksızın, davacı lehine nominal tazminata hükmedilebileceğine karar vermiştir. Yüksek Mahkeme, *Memphis Community School District v. Stachura* kararında³⁵⁰ ise ister usule ister esasa ilişkin olsun, ihlal edilmiş bir anayasal hakkın soyut değerinin telafi tazminatının hesaplanmasına dahil edilemeyeceğini belirtmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, nominal tazminat, ihlali gerçek veya kanıtlanabilir zarara yol açmayan hakların

³⁴¹Hale, 1896, **a.g.k.**, 26.

³⁴²“*Common Law, nominal tazminatın ön koşulu olarak telafi tazminatı davası açılmasını aramamaktadır. Nominal tazminat tamamen sembolik değildir. Tek bir dolar tam telafi sağlamaz ama bir yaptırım işlevi görür*”. Church of Scientology of California v. United States, 506 U. S. 9, 13.

³⁴³Kural hakkında bkz. S. Ö. Merhacı ve V. U. Erkan (2018). Anglo- Amerikan hukukundan Kıta Avrupası hukukuna- özel hukukta *de minimis* kuralı. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Sayı: 2*, 49-70.

³⁴⁴Hale, 1896, **a.g.k.**, 27.

³⁴⁵Hale, 1896, **a.g.k.**, 29.

³⁴⁶*Patrick v. Greenway* davasında, davacının arazisinde balık tutmaya çalışan ama hiçbir şey yakalayamayan davalı aleyhine nominal tazminata hükmedilmiştir. Böylece davacı, mutlak hakkının davalı tarafından ihlal edildiğini hüküm altına almıştır. *Patrick v. Greenway*, 1 Saund 346b.

³⁴⁷Cambre, 2018, **a.g.k.**, 937.

³⁴⁸Bkz. J. E. Pfander (2011). Resolving the qualified immunity dilemma: constitutional tort claims for nominal damages. *Columbia Law Review*, Vol: 111 No: 7, 1601- 1640.

³⁴⁹*Carey v. Piphus*, 435 U. S. 247, 266 (1978); Cambre, 2018, **a.g.k.**, 937;

³⁵⁰*Memphis Community School District v. Stachura*, 477 U. S. 299, 308-10 (1986). Cambre, 2018, **a.g.k.**, 937.

korunması için en uygun araçtır. Anayasal hakları ihlal eden haksız fiil davalarında davacının nominal tazminat isteyebilmesi için, davaya ilişkin menfaatinin olması ve bu menfaatin dava boyunca devam etmesi gerekmektedir³⁵¹. Somut bir hakkın ihlali, ihlal ile sonuç arasındaki nedensellik bağı, dava sonucunda verilecek kararın hakkı korumak bakımından işe yarar olması, davacının davada menfaati olması hususunda ele alınır³⁵².



³⁵¹*Uzuegbunam v. Preczewski* davasında, üniversite kampüsünde dini inancına ilişkin konuşmalar yapılmasına izin verilmeyen davacı anayasal haklarının ihlal edildiği iddiası ile önleme kararı ve nominal tazminat talebinde bulunmuştur. Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi önüne gelen davada anayasaya aykırı olduğu iddia edilen düzenleme, anayasaya uygun hale getirilse bile geçmişteki zarara ilişkin olarak nominal tazminat verilebilir mi sorusunu tartışmıştır. Yüksek Mahkeme, dava sırasında anayasaya aykırılığın giderilmiş olmasının nominal tazminat ödemeye engel olmadığına karar vermiştir. *Uzuegbunam v. Preczewski*, 592 U.S. (2021).

³⁵²Cambre, 2018, **a.g.k**, 937.

İKİNCİ BÖLÜM

CEZAÎ

TAZMİNAT KURUMU

1. Genel Olarak

Common Law haksız fiil hukukunda mahkemeler, haksız fiil sonucu uğranılan zararın tazmini dışında asıl amacı zarar vereni cezalandırmak ve benzer davranışları önlemek olan bir tazminata daha hükmetmektedir. Kurum, Amerikan hukukunda “*punitive damages*”, İngiliz hukukunda “*exemplary damages*” olarak adlandırılmıştır. “*Punitive damage*” cezaî tazminat, “*exemplary damage*” ibret verici tazminat olarak çevrilebilir³⁵³. Çalışmada “*punitive damages*” kavramını karşılamak üzere cezaî tazminat ifadesi tercih edilmiştir³⁵⁴.

Cezaî tazminat, davacının haklarını açıkça ihlal eden davalıya karşı, davacının uğradığı zararın giderilmesinin yanında ve buna ek olarak belirlenen parasal tutardır³⁵⁵. Bu tazminata, davalının cezalandırılması dışında, toplumdaki diğer kişileri ileride bu tip davranışlarda bulunmaktan caydırmak için hükmedildiği kabul edilmektedir³⁵⁶. Jüri, davalının haksız fiili kasten veya ahlâka aykırı olarak işlediği veya davacının haklarını sebepsizce veya kayıtsızca hiçe saydığı durumlarda cezaî tazminata hükmedebilir. *Restatement (Second) of Torts*³⁵⁷’da cezaî tazminat şöyle tanımlanmıştır³⁵⁸: “*Punitive damages are damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and to deter him and others like him from similar conduct in the future (cezaî tazminata, telafi edici tazminat veya nominal*

³⁵³Added damages, imaginary damages, vindictive damages, punitive damages, presumptive damages, aggravated damages, speculative damages, punies, smart money, cezaî tazminatın karşılığı olarak kullanılan diğer ifadeler örnek olarak verilebilir. C. Vanleenhove (2016b). Punitive damages in private international law. UK: Intersentia Ltd., s. 10 dpn.31.

³⁵⁴Türk hukukunda *punitive damage* kurumu önceki eserlerde “cezalandırıcı tazminat” ve “medeni ceza” olarak çevrilmiştir.

³⁵⁵D.G. Owen (1994). A punitive damages overview: functions, problems and reform. *Villanova Law Review* Vol:39, s. 364; D.G. Owen (1976). Punitive damages in products liability litigation. *Michigan Law Review* Vol: 74, s. 1265; J.Y. Gotanda (1998) *Supplemental damages in private international law*. The Hague: Kluwer Law International, s. 194.

³⁵⁶J.K. Pohlman (1996). Punitive damages in the American civil justice system: jackpot or justice? *Utah Law Review*, s. 618; Owen, 1976, **a.g.k.**, 1265.

³⁵⁷Restatement (Second) of Torts § 908 (1979). J. D. Ingram (1988). Punitive damages should be abolished. *Capital University Law Review* Vol: 17., s. 207, dpn. 1.

³⁵⁸Owen, 1994, **a.g.k.**, 364, dpn. 2.

tazminattan farklı olarak, bir kişiyi aşırı kötü davranışı nedeniyle cezalandırmak, onu ve diğerlerini gelecekte benzer davranışlardan caydırmak amacıyla hükmedilir) ”.

Genel olarak tazminatın miktarı, davalının haksız fiilinin özelliğine, maddi durumuna ve davacının zararının büyüklüğüne göre belirlenmektedir³⁵⁹. Ancak yine de belirtmek gerekir ki Amerikan hukukunda cezaî tazminatın kabulü, hangi haksız fiil tiplerinde, hangi koşullarda hükmedilebileceği, tazminat alacaklısı, miktar olarak bir sınıra tabi olup olmadığı eyaletler arasında farklılıklar göstermektedir³⁶⁰. Elli eyalet içerisinde sadece Michigan, Nebraska, Puerto Rico ve Washington eyaletlerinde cezaî tazminata izin verilmemektedir. Louisiana ve New Hampshire eyaletlerinde ise yasanın izin vermesi halinde cezaî tazminata hükmedilebilmektedir³⁶¹. Cezaî tazminat, kural olarak haksız fiil davaları ile sınırlıdır. *Restatement (Second) of Contracts*³⁶² sözleşmeye aykırılık halinde cezaî tazminata karar verilir verilemeyeceğine ilişkin şöyle demektedir: *“Punitive damages are not recoverable for a breach of contract unless the conduct constituting the breach is also a tort for which punitive damages are recoverable. (Sözleşmeye aykırılığı oluşturan davranış aynı zamanda cezaî tazminatı gerektiren bir haksız fiil olmadıkça, sözleşmeye aykırılıktan dolayı cezaî tazminata karar verilemez).”* Bazı eyaletler, sözleşmeye aykırılık aynı zamanda kasta dayanan bir haksız fiil içeriyorsa davacıya cezaî tazminat verilmesini kabul etmektedir. Özellikle sigorta şirketinin poliçe sahibinin haklı talebini yerine getirmeyi reddetmesi veya poliçe sahibinin talebini makul bir süre içinde soruşturması ve işleme koyması gerekirken, dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde bunu yapmaktan kaçınması halinde cezaî tazminat kabul edilmektedir³⁶³. Her ne kadar cezaî tazminattaki öncelikli amaç mağdurun zararını gidermek olmasa da mağdur tazminatın tamamını ya da bir kısmını alır³⁶⁴. Ancak kimi eyaletlerde tazminatın bir kısmı

³⁵⁹Owen, 1976, **a.g.k.**, 1266.

³⁶⁰Cezaî tazminata ilişkin her eyalete özgü kurallar hakkında kapsamlı bir rapor için bkz. Wilson Elser Punitive Damages Review. 50 State Survey 2018 Update. <https://digital.wilsonelser.com/34/1258/uploads/wilson-elser-punitive-damages-review-2018.pdf> (Erişim tarihi: 15. 02 2021).

³⁶¹Wilson Elser Punitive Damages Review. 50 State Survey 2018 Update. <https://digital.wilsonelser.com/34/1258/uploads/wilson-elser-punitive-damages-review-2018.pdf> (Erişim tarihi: 15.02. 2021).

³⁶²Restatement (Second) of Contracts. §335 (1981) W. S. Dodge (1999). The case for punitive damages in contracts. *Duke Law Journal*, Vol: 48 No: 4, s. 636.

³⁶³J. B. Haas (1978). Insurance contracts- bad faith and punitive damages. *Glendale Law Review* Vol:2 No: 2, s. 136; H. R. Levine (1979). Demonstrating and preserving the deterrent effect of punitive damage in insurance bad faith actions. *University of San Francisco Law Review*, Vol: 13 No: 3, s. 613.

³⁶⁴P. S. Ryan (2003). Revisiting the United States application of punitive damages: separating myth from reality. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol: 10 No: 1, s. 76.

eyaletle verilmektedir³⁶⁵. Kurum, Amerikan hukuku ile özdeşleşmiş olsa da Avusturalya, Yeni Zellanda, Kanada ve Güney Afrika gibi Common Law hukuku ülkelerinde de cezaî tazminat bir tazminat çeşidi olarak kabul edilmektedir³⁶⁶.

2. Cezaî Tazminatın Tarihçesi

Cezaî tazminatın kökeni antik hukuka ve orta çağ İngiliz hukukuna uzanır³⁶⁷. Aslında cezaî tazminatın bir şekli ya da daha doğru bir ifadeyle cezaî tazminatın altındaki tarihi temel diyebileceğimiz, zarardan fazlasına hükmetmek ilk hukuk sistemlerinde görülen ortak bir özelliktir³⁶⁸. Zarar gören kişiye, zararından daha fazlası tazminat olarak verildiğinde, bu aslında bir nevi cezaî tazminattır. Tazminat olarak zarardan daha fazlasına hükmedilme, bilinen en eski kanun olan Hammurabi Kanunları'nda³⁶⁹ vardır³⁷⁰. Benzer hükümlere Babil Kanunları'nda, Hitit Kanunları'nda ve Musevi Hukuku'nda³⁷¹, bir Hint kanunu olan Manu Kanunu'nda ve İncil'de rastlanmaktadır³⁷². Roma hukukunda cezai tazminatın olup olmadığı tartışmalıdır³⁷³. Ancak cezai tazminatın temellerinin Roma hukukunda görülebileceğini kabul edenler, Roma hukukunda tazminatların çoğunun tazmin etme amacından daha çok cezalandırma amacı taşıdığını ileri sürmektedirler³⁷⁴. Roma hukukundaki bazı davaların, zararın iki, üç, hatta dört katı

³⁶⁵Tazminat tarafların anlaşması halinde hayır işleri ile uğraşan organizasyonlara ya da üçüncü kişilere de verilebilmektedir. Dardinger v. Anthem Blue Cross & Blue Shield davasında, Ohio Temyiz Mahkemesi, 30 milyon dolar cezaî tazminatın üçte birinin bir yardım kuruluşuna verilmesine karar vermiştir. Dardinger v. Anthem Blue Cross & Blue Shield, 781 N. E. 2d 121 (Ohio 2002). Ryan, 2003, **a.g.k.**, 76, dpn. 30.

³⁶⁶Vanleenhove, 2016b, **a.g.k.**, s. 1.

³⁶⁷Owen, 1976, **a.g.k.**, 1262; D. L. Walther and T. A. Plein (1965). Punitive damages: a critical analysis: kink v. combs. *Marquette Law Review Vol:49*, s. 371.

³⁶⁸Owen 1976, **a.g.k.**, 1262; E. Klayman ve S. Klayman (2001-2002). Punitive damages: Toward torah-based tort reform. *Cardozo Law Review Vol: 23*, s. 225.

³⁶⁹Hammurabi Kanunları'nda, zararın iki, beş, altı, on ve otuz katına kadar cezaî tazminata hükmetmek mümkündür. Hammurabi Kanunları Madde 112: Seyahatte olan bir kimse, gümüş, altın, değerli taşlar ya da başka herhangi bir taşınır bir eşyasını bir kimseye emanet eder ve emanet ettiği kimse daha sonra bunları sahibine iade edeceği yere getirmez de kendisi kullanırsa, emaneti getirmeyen bu kişi, kendisine bırakılan malların beş katını ödemelidir. Klayman and Klayman 2001-2002, **a.g.k.**, 225.

³⁷⁰L. L. Schlueter and K. R. Redden, 2000, Punitive Damage (Fourth Edition) Volume1, ABD: Lexis Publishing, s.1; Owen 1976, **a.g.k.**, 1262; J.B. Sales ve K.B. Cole (1984). Punitive damages: a relic that has outlived its origins. *Vanderbilt Law Review. Vol: 37*, s. 1119; Gotanda 1998, **a.g.k.**, 194.

³⁷¹I. Englard (2012). Punitive damages- a modern conundrum of ancient origin. *Journal of European Tort Law Vol:3 No:1*, s. 3.

³⁷²Owen 1976, **a.g.k.**, 1262; J.Y. Gotanda (2003-2004). Punitive damages: a comparative analysis. *Columbia Journal Of Transnational Law. Vol: 42*, s. 395; Pohlman 1996, **a.g.k.**, 617.

³⁷³Sales ve Cole 1984, **a.g.k.**, 1119; S.Ö. Merhacı (2013). Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages). Yetkin Yayınları, s. 78 dpn.182; M. T. Güleriyüz ve A. Zorluoğlu Yılmaz (2019). Bir Anglo- Amerikan hukuku müessesesi olarak cezalandırıcı tazminatın [punitive damage] bazı Türk hukuku müesseseleri ile mukayesi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 141*, s. 329 dpn. 4.

³⁷⁴Özden Merhacı, 2013, **a.g.k.**, s. 78.

tazminata imkân vermesi bu görüşü destekler niteliktedir³⁷⁵. Roma hukukundaki zarardan fazla tazminat, zararın giderilmesi ile zarar verenin cezalandırılmasını amacını bir arada sağlamaktadır. Roma Hukukunun ilk dönemlerinde, zarardan fazla tazminata, soylularla halk arasındaki sosyal ilişkileri düzenlemek, köleleri yaralayan ya da öldürenleri cezalandırmak için başvurulmuştur. Oniki Levha Kanunlarında, cezaî tazminatın gündeme gelebileceği birkaç olaya örnek verilmiştir: Taraflardan birinin verdiği bir sözü yerine getirmemesi halinde tazminatın iki katının ödenmesi, tefecinin mağdura zararın dört katını ödemesi, emanet bir malın hasara uğraması halinde zararın iki katının ödenmesi, vasinin bir kimseyi zarara uğratması halinde zararın iki katının ödenmesi, kutsal bir amaca vakfedilmiş bir malın hasara uğraması halinde zararın iki katının ödenmesi gibi³⁷⁶. Roma Hukukunun sonraki dönemlerinde de zarardan fazla tazminata, örneğin, borçlunun aldığı parayı bir yıl içinde ödememesi halinde, tazminat olarak borcunun dört katını ödemesine rastlanmaktadır³⁷⁷.

2.1. İngiliz hukukunda cezaî tazminatın tarihsel gelişimi

Bugün *Common Law*'da yerleşmiş bir kurum olarak kabul edilen cezaî tazminatın asıl izleri İngiliz hukukundadır. İngiliz hukukunda, ilk defa 1275 yılında Parlamento tarafından, zarardan daha fazlasına hükmedebilmeye izin veren bir kanun hükmü kabul edilmiştir: “*Dindar bir insanın hakkını ihlal eden aleyhine iki katı tazminata hükmedilebilir*”³⁷⁸. 1275-1753 tarihleri arasında Parlamento, iki katı, üç katı ve dört katına kadar tazminatı mümkün kılan kanun hükümlerini kabul etmiştir³⁷⁹. Doktrinde bu hükümler cezalandırıcı hükümler olarak isimlendirilmiştir³⁸⁰. Cezaî tazminatın (*exemplary damage* adıyla anılarak) hükmedildiği ilk dava ise, 1763 yılındaki *Huckle v. Money* davasıdır³⁸¹. *Huckle v. Money* davasında, matbaacı Huckle, “North Briton Number 45” adlı meşhur gazeteyi bastığı iddiası ile savcının emri üzerine kralın memurları tarafından altı saat süreyle gözetilmesine alınmış, baskı aletlerine el konulmuştur. Bunun

³⁷⁵Owen 1976, **a.g.k.**, 1263; Pohlman 1996, **a.g.k.**, 618; Klayman ve Klayman 2001-2002, **a.g.k.**, 225. M. Rustad ve T. Koenig (1993). The historical continuity of punitive damages awards: reforming the tort reformers. *Amerikan University Law Review*, Vol:42, s. 1285.

³⁷⁶Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 3.

³⁷⁷M.Rustad ve T. Koenig, 1992-1993, **a.g.k.**, 1285.

³⁷⁸Owen, 1976, **a.g.k.**, 1263.

³⁷⁹Owen, 1976, **a.g.k.**, 1263.

³⁸⁰Owen, 1976, **a.g.k.**, 1263.

³⁸¹Huckle v. Money, 95. Eng. Rep. 768 (K.B. 1763). Sales ve Cole ,1984, **a.g.k.**, 1120; Timothy J. Sullivan (1976-1977). Punitive damages in the law of contract: the reality and the illusion of legal change. *Minnesota Law Review*, Vol: 61, s. 213.

üzerine, Huckle, kralın memurlarına karşı hukuka aykırı şekilde iş yerinde arama yapılması ve haksız yere hapiste tutulması nedeniyle dava açmıştır. Mahkeme, cezai tazminat olarak 300 Sterline hükmetmiştir. Davalı, davacının kısa süre için gözaltında tutulduğunu, gözaltı süresince kendisine iyi muamele edildiğini ileri sürerek yeniden yargılama talebinde bulunmuştur³⁸². Davanın hâkimi, davacının zararının sadece 20 sterlin olduğunu kabul etmekle beraber talebi şu gerekçeyle reddetmiştir: “Mahkemenin ibretlik bir tazminat (*exemplary damage*) vermekle doğru yaptığını düşünüyorum. Delil aramak için genel bir arama belgesine dayanarak bir kimsenin evine girmek, hiçbir bir İngiliz’in bir saat bile tecrübe etmek istemeyeceği İspanyol Engizisyon Mahkemesinden bile daha kötüdür; özgürlüğe karşı görülmemiş bir kamusal saldırıdır”³⁸³. Aynı yıl *Wilkes v. Wood* davasında³⁸⁴ da cezaî tazminata hükmedilmiştir. *Wilkes v. Wood* davasına konu olayda krallık sekreteri davacı yayıncı hakkında, krala iftiralar içeren risaleler yazdığı ihbarında bulunmuş, bunun üzerine yayıncının evi aranmış, eşyalarına el konulmuştur³⁸⁵. Davacı vekili cüz’i miktarda bir tazminatin bu tipteki uygulamaların önünü kesmeyeceğini, bu nedenle yüksek miktarda ibretlik bir tazminatin ödenmesi gerektiğini ileri sürmüştür³⁸⁶. Hâkim kararında, cezaî tazminata, mağduru tatmin etmek, haksızlığa yol açan cezalandırmak, gelecekte bu türden filleri engellemek ve jürinin haksız fillere karşı kararlılığını göstermek amacıyla hükmedildiğini belirtmiştir³⁸⁷. Böylece cezaî tazminatin “cezalandırma ve önleme” diyebileceğimiz, belirleyici özellikleri ilk defa bir mahkeme kararında yer almıştır³⁸⁸.

Jürinin gerçek zarar tutarına bağlı kalmaksızın, zarardan daha fazlasına hükmettiği davalar, 19. yüzyıla kadar, iftira, tecavüz, yaralama, haksız el koyma, zina, hukuka uygun olmayan soruşturma, konut dokunulmazlığının ihlali, haksız tutuklama gibi hukukî bakımdan çeşitlilik göstermektedir³⁸⁹. Bu tip davaların ortak noktası, sadece devlet

³⁸²Owen,1994, **a.g.k.**, 369.

³⁸³J. Taliadoros (2016). The Roots of Punitive Damages at Common Law: A Longer History. Cleveland State Law Review, Vol:64, s. 258.

³⁸⁴*Wilkes v. Wood*, 98 Eng. Rep. 489 (C. P. 1763)

³⁸⁵Gotanda 2003-2004, **a.g.k.**, 398

³⁸⁶Taliadoros, 2016, **a.g.k.**, 258.

³⁸⁷Gotanda, 2003-2004, **a.g.k.**, 398.

³⁸⁸C. Lenz (1992). *Amerikanische punitive damages vor dem Schweizer Richter*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, s.22; V. E. Schwartz, M. A. Behrens and J. P. Mastro Simone (1999). Reining in punitive damages run wild: proposals for reform by courts and legislatures. *Brooklyn Law Review*, Vol: 65, No: 4, s. 1006.

³⁸⁹D.D. Ellis (1982-1983). Fairness and efficiency in the law of punitive damages. *Southern California Law Review*, Vol:56, s. 15; Schwartz, Behrens and Mastro Simone, 1999, **a.g.k.**, 1007.

memurlarının yetkilerini orantısız kullanmaları değil aynı zamanda yetki kullanımının mağdurun onurunu zedeleyen (özellikle topluluk içinde) fiiller içermesidir³⁹⁰. Kişinin toplumdaki saygınlığının çok önemli olduğu 18. Yüzyıl İngiltere'sinde, kişinin hem kendi gözündeki hem de toplum nezdindeki değeri zedelendiğinde, mahkeme sadece ortaya çıkan zarar için değil, kişinin duyduğu utanç nedeniyle de cezaî tazminata hükmetmektedir³⁹¹. Ayrıca bu davalarda, failin bilerek ve isteyerek (kasti) davranışta bulunması aranmaktadır³⁹². Böylece cezaî tazminata, tazmini mümkün olmayan manevî zararların giderilmesi amacıyla, ayrıca kamu düzenini bozandan intikam almak yoluyla, kamu düzenini korumak üzere hükmedilmiştir³⁹³. Cezaî tazminat, bu dönemde ceza hukukunun yardımcısı olarak görülmektedir³⁹⁴.

İngiliz hukukunda cezaî tazminatın geçmişi çok eskilere dayanmasına, birçok tazminat davasında cezaî tazminata hükmedilmesine rağmen, hakkındaki tartışmalar hiç bitmemiştir³⁹⁵. Ancak 1964 yılında, *Rookes v. Barnard* davasında³⁹⁶, Lordlar Kamarası kararı ile cezaî tazminata hükmedebilme imkânı sınırlandırılmıştır. Bu karara göre, cezaî tazminata ancak, hükümet görevlilerinin, zalimane, keyfî ya da anayasaya aykırı fiille, vatandaşa zarar vermesi nedeniyle açılan davalarda, davalının, hukuka aykırı fiili nedeniyle meydana gelen zararı ödeyecek olsa bile, fiilinden kâr edebileceği durumlarda ve kanunla cezaî tazminata hükmedilebileceği belirtilen durumlarda hükmedilebilir³⁹⁷.

Birinci kategoriye giren davalar bakımından da iki koşul aranmaktadır. İlk koşul, zalimane, keyfî, ya da anayasaya aykırı bir fiilin bulunmasıdır³⁹⁸. *Holden v. Chief*

³⁹⁰Ellis, 1982-1983, **a.g.k.**, 15.

³⁹¹Ellis, 1982-1983, **a.g.k.**, 15.

³⁹²Rustad ve Koenig, 1993, **a.g.k.**, 1287.

³⁹³Merhacı, 2013, **a.g.k.**, 82.

³⁹⁴Schwartz, Behrens and Mastrosimone, 1999, **a.g.k.**, 1007.

³⁹⁵V. Wilcox (2009). *Punitive Damages in England: Punitive damages: common law and civil law perspectives*. (Ed: H. Koziol, V. Wilcox), Viyana: SpringerWienNewYork, s. 7; Owen, 1976, **a.g.k.**, 1264.

³⁹⁶*Rookes v. Barnard*, A.C.1129 (1964). Douglas Rookes, BOAC (İngiliz Denizaşırı Havayolları Şirketinde) çalışan bir teknik ressamdır. Bağlı olduğu sendika AESD (Mühendisler ve Gemi Yapımı Teknik Ressamlar Birliği)den bir anlaşmazlık nedeniyle ayrılır. AESD ve BOAC arasındaki ancak sendikalı işçilerin işyerinde çalışabileceğine yönelik anlaşmaya dayanarak AESD, BOAC'ı, Rookes işinden istifa etmezse veya kovulmazsa grev yapmakla tehdit eder. BOAC, Rookes'u işten uzaklaştırır birkaç ay sonra da bir haftalık ücretini vererek işten çıkarır. Bunun üzerine Rookes, iş yerine değil sendikaya ve sendika şube başkanına karşı dava açar. Rookes, işine son verilmesi için BOAC'ın grev tehdidi gibi hukuk dışı bir yolla zora sokulduğu iddiasında bulunur.

³⁹⁷Owen, 1976, **a.g.k.**, 1264; Wilcox, 2009, **a.g.k.**, 8-9; A. Tettenborn, (2004). Punitive damages- a view from England. *San Diego Law Review*, Vol: 41, s. 1553.

³⁹⁸Gotanda, 2003-2004, **a.g.k.**, 399.

Constable of Lancashire davasında³⁹⁹ Yüksek Mahkeme, fiilin zalimane, keyfi ya da anayasaya aykırı olmasına değinmiş, bu terimlerin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğinin altını çizmiştir⁴⁰⁰. *Holden v. Chief Constable of Lancashire* davasına konu olayda davacı sadece 20 dakika kadar haksız yere gözaltında tutulmuştur. Hâkim, polisin herhangi bir zalimane davranışı olmadığı gerekçesi ile jürinin cezaî tazminata hükmetme yetkisini kaldırmıştır. Ancak Yüksek Mahkeme, *Huckle v. Money* davasında⁴⁰¹, davacının sadece 6 saat kadar haksız yere gözaltında kalmış ve üstelik gayet iyi misafir edilmiş olmasına rağmen, davalının cezaî tazminata mahkûm edilmesini örnek göstererek haksız yere gözaltına alınmanın anayasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir⁴⁰². Dolayısıyla fiil zalimane olmasa bile sadece anayasaya aykırı olması cezaî tazminata hükmedebilmek bakımından yeterlidir. İkinci koşul olarak ise failin hükümet görevlisi olması gerekir⁴⁰³.

İkinci kategoriye giren davalarla, Lordlar Kamarası, bir kimsenin haksız fiili ile kazanacağı paranın, bu fiil nedeniyle ödeyeceği tazminattan çok olacağı hesabına dayanarak, bencilce hukuku çiğnediği durumlarda, adaletten kaçamayacağını göstermek istemiştir⁴⁰⁴. *Broome v. Cassell & Co. Ltd.* davasında⁴⁰⁵ Lordlar Kamarası bu kategoriye ilişkin, işlenen fiilin hukuka aykırı olduğunun bilinmesi ya da fiilin hukuka uygunluğu/aykırılığı konusunda kayıtsızlık içinde olunması ve fiille elde edilecek yararın olası bir tazminattan daha fazla olacağı düşüncesiyle fiilin işlenmesi gerektiğini açıklamıştır⁴⁰⁶. Özellikle yayın yoluyla kişilik haklarının ihlali, iftira, haneye tecavüz davaları bu kategoriye girer⁴⁰⁷.

Üçüncü kategoriye giren davalarda ise cezaî tazminat, kanunda düzenlendiği için talep edilebilmektedir⁴⁰⁸. *Rookes v. Barnard* davası⁴⁰⁹ ile cezaî tazminat talebine getirilen sınırlama, *A.B. v. South West Water Services Ltd.* davası⁴¹⁰ ile daha da genişletilmiştir.

³⁹⁹Holden v. Chief Constable of Lancashire, (1985) EWCA Civ J1128-10.

⁴⁰⁰Gotanda, 2003-2004, **a.g.k.**, 399.

⁴⁰¹Huckle v. Money, 95. Eng. Rep. 768 (K.B. 1763).

⁴⁰²Wilcox, 2009, **a.g.k.**, 9-10.

⁴⁰³Gotanda, 2003-2004, **a.g.k.**, 399; Wilcox, 2009, **a.g.k.**, 11.

⁴⁰⁴Wilcox, 2009, **a.g.k.**, 2.

⁴⁰⁵Broome v. Cassell & Co. Ltd., 1972 A. C. 1027. Gotanda, 2003-2004, **a.g.k.**, 400.

⁴⁰⁶Gotanda, 2003-2004, **a.g.k.**, 400.

⁴⁰⁷Wilcox, 2009, **a.g.k.**, 12; Gotanda, (2003-2004, **a.g.k.**, 400.

⁴⁰⁸Gotanda, 2003-2004, **a.g.k.**, 400.

⁴⁰⁹Rookes v. Barnard, A.C.1129 (1964).

⁴¹⁰*A.B. v. South West Water Services Ltd.* davasında davacı, davalının tedarik ettiği kazayla alüminyum sülfat karışmış suyla hasta olmasını gerekçe göstererek kamu hukukuna ve sözleşmeye aykırılık iddiası ile arttırılmış tazminat ve cezaî tazminat talebinde bulunmuştur. Davalı, telafi tazminatını kabul etmiş ancak cezaî tazminat ödemeyi reddetmiştir. Mahkeme hâkimi, cezaî tazminatın dava dışı bırakılması talebini

Bu davada Yüksek Mahkeme, işlenen fiilin, *Rookes v. Barnard* davasında⁴¹¹ belirlenen kategorilerden birine girmesi gerekliliği ile birlikte ayrıca bu fiilin 1964 yılından önce de cezaî tazminata hükmedilebilecek haksız fiil türlerinden olması gerektiği şartını eklemiştir⁴¹². Anılan tarihten önce cezaî tazminata hükmedilen haksız fiil türleri olarak şunlar sayılabilir: *Malicious prosecution* (kötü niyetli soruşturma), *false imprisonment* (haksız yere hapis, özgürlükten alıkoyma) *assault and battery* (vücut bütünlüğüne müdahale tehdidi ve vücut bütünlüğüne müdahale), *defamation* (hakaret), *trespass to land or to goods* (taşınmaz veya taşınır eşyaya tecavüz), *private nuisance* (taşınmazdan yararlanmaya müdahale)⁴¹³, *tortious interference with business* (ticarete haksız müdahale)⁴¹⁴. Bu karara göre, 1964 yılına kadar cezaî tazminata hükmedilmeyen dolandırıcılık (*beceit*), patent hakkının ihlali (*patent infringement*), kişiye cinsiyeti, ırkı ya da engeli nedeniyle ayrımcılık yapılması (*discrimination against a person basen on gender, race or disability*) gibi haksız fiil türlerinde cezaî tazminata hükmedilemez⁴¹⁵. Ancak 2001 yılında Lordlar Kamarası, *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary* davasında⁴¹⁶, cezaî tazminata kısıtlama getiren “1964’den önce cezaî tazminata hükmedilen haksız fiil türlerinden olup olmadığı” kriterini reddetmiştir. Lordlar Kamarası, bir davada cezaî tazminata hükmedebilmek için haksız fiilin türüne değil, olayın daha önceki davalarda belirlenen ve açıklanan üç kategoriden birine girip girmediğine bakmak gerektiğine karar vermiştir⁴¹⁷.

İngiltere’de, 2007 tarihli tazminat hukukuna ilişkin hükümet raporunda, cezaî tazminata, *Rookes v. Barnard* davasında⁴¹⁸ belirtilen durumlarda hükmedilebileceği, özel hukukta, cezaî tazminatın uygulama alanını genişletmek gibi bir amacın olmadığına altı

reddetmiş, bunun üzerine davalı temyize gitmiştir. *A.B. v. South West Water Services Ltd.* (1993) 1 All ER 609.

⁴¹¹*Rookes v. Barnard*, A.C.1129 (1964).

⁴¹²Gotanda, 2003-2004, **a.g.k.**, 401; Wilcox, 2009, **a.g.k.**, 19.

⁴¹³*Private nuisance* İngiliz Hukukunda düzenlenen haksız fiil türlerinden biridir. *Private nuisance*, kişinin taşınmazından yararlanırken, bir başkasının kendi taşınmazından yararlanmasına aşırı derecede ve makul olmayan surette engel olması şeklinde tanımlanabilir. Mahkemeler özellikle, gürültüye, kokuya, etrafa fiziksel olarak yayılan parçacıklara sebep olan ya da güvenlik riski yaratan kullanım veya failin taşınmazında bir tehlikenin varlığı halinde “*private nuisance*” olduğunu kabul etmektedir. R. D. Esquire (2002). Rethinking private nuisance law: recognizing aesthetic nuisances in the new millennium. *South Carolina Environmental Law Journal*, Vol: 10, s.1.

⁴¹⁴Wilcox, 2009, **a.g.k.**, 19; Gotanda, 2003-2004, **a.g.k.**, 401.

⁴¹⁵Gotanda, 2003-2004, **a.g.k.**, 401; Wilcox 2009, **a.g.k.**, 19.

⁴¹⁶*Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, 2 A.C. 122, 134-35 (H.L.2002).

⁴¹⁷Gotanda, 2003-2004, **a.g.k.**, 402.

⁴¹⁸*Rookes v. Barnard*, A.C.1129 (1964).

çizilmiştir⁴¹⁹. 2010 yılındaki *Ramzan v. Brookwided* davasında⁴²⁰ cezaî tazminata hükmedilmek için davanın üç kategoriden birine girmesi gerektiği tekrarlanmıştır⁴²¹.

2.2. Amerikan hukukunda cezaî tazminatın tarihsel gelişimi

İngiltere'den kısa bir süre sonra Amerikan hukukunda da kabul görmüş cezaî tazminat doktrinini, Amerikan hukukunda üç döneme ayırmak mümkündür⁴²². İlk dönemde İngiliz hukukunun etkileri görülmektedir. İngiliz hukukundaki davalarda olduğu gibi Amerikan hukukundaki davalarda da kişiyi küçük düşüren, onurunu inciten haksız fiiller üzerinde durulmuştur⁴²³. *Assault and battery* (vücut bütünlüğüne müdahale tehdidi ve vücut bütünlüğüne müdahale), *libel* (yazılı ya da kalıcı başka bir vasıta ile kişinin itibarını zedeleme) ve *slander* (sözle kişinin itibarını zedeleme), *malicious prosecution* (kötü niyetli soruşturma), *false imprisonment* (haksız yere hapis, özgürlükten alıkoyma), *trespass to land or to goods* (taşınmaz veya taşınır eşyaya tecavüz) Amerikan hukukunda cezaî tazminata karar verilen ilk haksız fiil tipleridir⁴²⁴.

Amerika'da cezaî tazminata hükmedilen ilk vaka, 1784 yılındaki *Genay v. Norris* davasıdır⁴²⁵. Davaya konu olayda, aralarında husumet olan taraflardan, davalı doktor, davacının içkisine ilaç katarak topluluk içinde bilincini kaybetmesine ve ilaç nedeniyle aşırı fiziksel acı çekmesine sebep olmuştur⁴²⁶. Doktor olan davalının ilacın yan etkilerinin farkında olarak davranması, mahkemenin cezaî tazminata hükmetmesinde etkili olmuştur. Yine 1791 yılındaki *Coryell v. Colbaugh* davası⁴²⁷ ilk örneklerdendir. *Coryell v. Colbaugh* davasında⁴²⁸ jüri, davacıyla evlenme sözünü yerine getirmeyen davalıyı, diğerlerine örnek olması amacıyla cezaî tazminata mahkûm etmiştir⁴²⁹. Hâkim, jüriye, davacının acı çekip çekmediğine ya da zarara uğrayıp uğramadığına bakmaksızın, ileride

⁴¹⁹Wilcox, 2009, **a.g.k.**, 20.

⁴²⁰Ramzan v. Brookwided, (2010) EWHC 2453 (Ch).

⁴²¹İ. Gül (2015) ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza. Yetkin Yayınları, s. 179.

⁴²²Sebok, 2009, **a.g.k.**, 159.

⁴²³Amerikan hukukundaki ilk cezaî tazminat davaları, davacının aile ilişkilerine, özgürlüğüne, itibarına ve malvarlığına zarar verilen hallerde açılan davalar olarak sınıflandırılmıştır. Rustad and Koenig, 1993, **a.g.k.**, 1292.

⁴²⁴Schwartz, Behrens and Mastrosimone, 1999, **a.g.k.**, 1007.

⁴²⁵Genay v. Norris, 1 S.C.L. 6, 1 Bay 6 (1784). Sebok, 2009, **a.g.k.**, 160.

⁴²⁶Sebok, 2009, **a.g.k.**, 160.

⁴²⁷Coryell v. Colbaugh, 1 N.J.L. 90 (N.J. 1791). Sebok, 2009, **a.g.k.**, 160.

⁴²⁸Coryell v. Colbaugh, 1 N.J.L. 90 (N.J. 1791).

⁴²⁹Sullivan, 1976-1977, **a.g.k.**, 214.

bu tür eylemlerde bulunulmasını engellemek amacıyla, tazminatı takdir etmesini salık vermiştir⁴³⁰.

Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, 1851 yılında *Day v. Woodworth*⁴³¹ kararıyla, cezaî tazminatı açıkça tanımıştır. Yüksek Mahkeme, haksız fiil davalarında, jürinin mağdurun zararının telafisindense failin davranışının kötülüğünü gözeterek, fail aleyhine cezalandırıcı, ibret verici tazminata karar vermesini, *Common Law*'un köklü bir kuralı olarak nitelendirmiştir. Mahkeme, cezaî tazminat doktrininin tartışmalı olduğunu kabul etmiş ancak çok uzun zamandır tekrarlanan yargı kararlarının hukuku açıkladığını belirtmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, hakaret ya da iftira gibi pek çok haksız fiil davasında, davacıya verilen zarar para ile ölçülemez, tazminat davalının davranışının ahlâksızlığının ya da acımasızlığının derecesi ile bağlıdır ve telafiden çok ibret ve cezalandırma amacı taşımaktadır.

Amerikan hukukunda cezaî tazminata ilişkin ilk davalar, aynı dönem İngiliz hukukunda olduğu gibi, kişinin onuruna yönelik bir saldırı nedeniyle açılan davalardır. Mahkemeler sıklıkla, kamu düzenini koruma amacına atıf yaparak⁴³², fiziksel ya da toplumsal açıdan zayıflara eziyet edenleri, cezaî tazminata mahkûm etmektedir. Örneğin mahkemeler, kadına yönelik yaralama, hakaret, tecavüz veya cinsel taciz davalarında⁴³³, sadece davalıyı cezalandırmak ve önlemek amacıyla değil, aynı zamanda toplum içerisinde zayıf olan kadını korumak suretiyle, toplumsal huzur ve barışı korumak üzere de davacı kadınlara cezaî tazminat ödenmesine hükmediyordu⁴³⁴. Yine mahkemeler,

⁴³⁰Rustad and Koenig, 1993, **a.g.k.**, 1291; Sullivan, 1976-1977, **a.g.k.**, 214; Sales ve Cole, 1984, **a.g.k.**, 1124.

⁴³¹Day v. Woodworth, 54 U.S. 13 How. 363 (1851).

⁴³²*Western Union Telegraph Co. v. Thompson* davasında federal mahkeme kamu yararı için cezaî tazminata hükmedildiğini ifade etmiştir. “Bazen jüri, büyük bir hukuka aykırılık gerçekleştiğinde, sadece olayın tarafının zararını tatmin etmekle kalmaz, daha da ileri giderek toplum yararı için, hukuka aykırılığı gerçekleştirene der ki: senden biraz daha fazlasını istiyorum ve seni cezalandırıyorum, zarar görenin zarar tutarından fazlasını kamu yararı için ekliyorum”. *Western Union Telegraph Co. v. Thompson*, 144 F. 578, 586-87 (5th. Cir. 1906). Rustad ve Koenig, 1993, **a.g.k.**, 1291.

⁴³³*Chicago Consolidated Traction Co. v. Mahoney* davasında, kadın yolcuyla zorla tramvaydan indirerek küçük düşüren görevli aleyhine cezaî tazminata hükmedilmiştir. *Chicago Consolidated Traction Co. v. Mahoney*, 82 N.E. 868, 869-72 (III. 1907); *McGee v. Vanover* davasında, davacının eşi, davalı ve bir başka kişi tarafından dövülmüştür. Davacı tüm olaya şahit olmuş, olay esnasında davalının fiziksel müdahalesine maruz kalmıştır. Davacı, yaşadığı ruhsal travma ve saldırı neticesinde düşük yapmıştır. Davalı aleyhine cezaî tazminata hükmedilmiştir. *McGee v. Vanover*, 147 S.W. 742, 743- 46 (Ky.1912). *Flynn v. St. Louis S.W.Ry. Co.* davasında, davacı yolcu kadına cinsel tacizde bulunan kondüktör aleyhine cezaî tazminata hükmedilmiştir. *Flynn v. St. Louis S.W.Ry. Co.*, 190 S.W. 371, 371- 72 (Mo. 1917). Rustad and Koenig, 1993, **a.g.k.**, 1293.

⁴³⁴Rustad and Koenig, 1993, **a.g.k.**, 1293.

kamu düzenini koruma amacına atıfla, cezaî tazminatı, ırkçı şiddeti gidermek amacıyla da kullanmak istemişlerdir⁴³⁵. Hatta zina ve eşlerden birinin evlilikten doğan sorumlulukları yerine getirmemesi nedeniyle de cezaî tazminata hükmedilmiştir.

On dokuzuncu yüzyılın sonu, yirminci yüzyılın ilk yarısında, Amerikan hukuk ve siyasetindeki gelişmelerle, cezaî tazminat doktrini yeni bir döneme girmiştir⁴³⁶. Cezaî tazminat, gerçek kişilerden çok, gücü elinde bulunduran büyük şirketlere karşı hükmedilir olmuştur⁴³⁷. Mahkemeler, işverenin sorumluluğu hükümlerine başvurarak, şirketlerin faaliyetlerinde sorumluluk alanlarını genişletmişler, güç kazanan işçi hareketinin etkisi ile işçi ve tüketicilerin yaptıkları sözleşmeleri daha dikkatle değerlendirmişlerdir. Bu dönemde, cezaî tazminat, ekonomik anlamda güçlü olanın bu gücünü kötüye kullanmakta araç olarak yararlandığı ticari işlere ilişkin davalarda, ekonomik olarak güçsüz olan davacı lehine hükmedilmiştir. İşletmeler aleyhine açılan cezaî tazminat davalarında, mahkemeler işletmeleri ya haksız fiile ilişkin talimatları vermeleri ya da neticenin ortaya çıkmaması için gerekli önlemleri almamış olmaları nedeniyle sorumlu tutmuştur⁴³⁸. Mahkemeler, işverenin kendi sorumluluğu altında çalışan kişilerin davranışlarından haberdar olmasını ya da bu davranışları onaylamış olmasını aramışlardır. Diğer bir deyişle, işverenin emri altındaki kişinin, elindeki gücü kötüye kullanması yeterli değildir, ayrıca işverenin de çalışanının gücünü kötüye kullanmasına göz yumması gerekmektedir⁴³⁹. Ayrıca bu dönem görülen davalarda mesele, önceleri olduğu gibi davalının küçük düşürülmesi ya da davacıya kötü muamelede bulunulmuş olması değil, davacının sahip olduğu ekonomik gücü orantısız ve adaletsizce davalıya karşı kullanmasıdır⁴⁴⁰. Cezaî tazminat, şirketlerin çıkarları uğruna sosyal düzeni bozmalarına ceza hukuku yaptırımlarının engel olamadığı durumlarda, düzenin korunması için elverişli bir araç olarak kabul edilmiştir⁴⁴¹. On dokuzuncu yüzyılda, mahkemeler *malpractice* davalarında cezaî tazminata karar vermekten kaçınırken, hilenin karıştığı

⁴³⁵Kohut v. Boguslavsky davasında, davacının kızıyla birlikte evinden zorla çıkartılarak, kasaba ahalisi tarafından ırkçı bir nefretle, sokak ortasında dövülmesi nedeniyle, davacı lehine 5000 dolar telafi tazminatına, 10.000 dolar cezaî tazminata hükmedilmiştir. Kohut v. Boguslavsky, 239 P. 876, 876- 77 (Colo.1925) Rustad and Koenig, 1993, **a.g.k.**, 1294.

⁴³⁶Sebok, 2009, **a.g.k.**,163.

⁴³⁷Rustad and Koenig, 1993, **a.g.k.**, 1295.

⁴³⁸Sebok, 2009, **a.g.k.**, 163.

⁴³⁹Rustad ve Koenig, 1993, **a.g.k.**, 1295.

⁴⁴⁰Sebok, 2009, **a.g.k.**, 163.

⁴⁴¹Rustad and Koenig, 1993, **a.g.k.**, 1296.

haksız fiil davalarının çoğunda cezaî tazminata hükmetmişlerdir⁴⁴². Ancak cezaî tazminat, Amerikan hukukunda, tartışmasız kabul görmüş bir kurum değildir. Özellikle cezaî tazminatın büyük şirketler aleyhine hükmedilmesiyle beraber, tazminatın hukukiliği ve özel hukuk-kamu hukuku ayrımında, kurumun nereye ait olduğu doktrinde tartışılmaya başlanmıştır.

İki tanınmış hukukçu, Theodore Sedgwick ile Simon Greenleaf, cezaî tazminat kurumuna ilişkin, pek çok mahkeme kararını etkileyen ve bugün hâlâ ilgili pek çok eserde anılan, hayli çetin bir tartışma başlatmışlardır⁴⁴³. Simon Greenleaf’ in sıkça alıntılanan görüşüne göre: “Tazminat, davacıya davalı tarafından verilen zarar nedeniyle, telafi, tazmin, tatmin amacıyla verilir. Zararla tam olarak orantılı olmalıdır; ne fazla, ne eksik...”⁴⁴⁴. Tartışmanın diğer ismi Theodore Sedgwick’e göre ise: “Hukuk, jürinin cezalandırıcı, intikamcı, ibretlik tazminat vermesine izin verir: başka bir deyişle toplumun ve mağdurun menfaatini birleştirir ve sadece mağdurun zararını telafi etmek için değil, faili cezalandırmak için de tazminat verir. Bu kural İngiltere’de ve bu ülkenin genel hukuk sisteminde yerleşmiş görünüyor”⁴⁴⁵. On dokuzuncu yüzyılın sonu, yirminci yüzyılın başında cezaî tazminata ilişkin tartışmalar doktrinin bugünkü halini şekillendirmiştir⁴⁴⁶.

Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, 2001 yılında *Cooper Industries, Inc v. Leatherman Tool Group, Inc.* kararında⁴⁴⁷ onarıcı tazminat ile cezai tazminat arasındaki farkın altını çizmiştir⁴⁴⁸: “Maddi tazminat, davalının haksız davranışı nedeniyle davacının uğradığı somut zararı telafi etmeyi amaçlamaktadır. Yarı cezaî olarak nitelendirilen cezaî tazminat davalıyı cezalandırmak ve caydırıcılık sağlamak

⁴⁴²Rustad and Koenig, 1993, **a.g.k.**, 1303.

⁴⁴³The Harvard Law Review Association. Exemplary damages in the law of torts. *Harvard Law Review*, Vol: 70, s. 518; Sebok, 2009, **a.g.k.**, 161; T. B. Colby. Beyond the multiple punishment problem: punitive damages as punishment for individual, private wrongs. *Minnesota Law Review* Vol:87, s.617; Rustad and Koenig, 1993, **a.g.k.**, 1298.

⁴⁴⁴“Damages are given as a compensation, recompense, or satisfaction to the plaintiff, for an injury actually received by the defendant. They should be precisely commensurate with the injury; neither more nor less...”. V. Behr (2003). Punitive damages in American and German law- tendencies towards approximation of apparently irreconcilable concepts. *Chicago- Kent Law Review* Vol: 78 No: 1, 105.

⁴⁴⁵“The law permits the jury to give what it terms punitive, vindictive or exemplary damages: in other words, blends together the interest of society and of the aggrieved individual, and gives damages not only to recompense the sufferer, but to punish the offender. This rule seems settled in England, and in the general jurisprudence of this country”. Behr, 2003, **a.g.k.**, 105.

⁴⁴⁶Rustad and Koenig, 1993, **a.g.k.**, 1302.

⁴⁴⁷*Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, 532 U.S. 424 (2001).

⁴⁴⁸P. A. Hoversten (2018). Punishment but not a penalty? punitive damages are impermissible under foreign substantive law. *Michigan Law Review*, Vol:116, s. 766.

*amacına yönelik özel bir para cezası olarak işlev görür. Jürinin davacının zararını değerlendirmesi esasen bir tespite dayanırken, cezaî tazminata hükmetmesi ahlâki bir kınamanın ifadesidir*⁴⁴⁹.

Cezaî tazminat doktrini, tüketicinin korunması ve üreticinin sorumluluğuna ilişkin davalarda yaygın olarak, cezaî tazminata hükmedilmeye başlanması ile üçüncü dönemine girmiştir⁴⁵⁰. Yirminci yüzyılın ilk on yılında cezaî tazminat tüketicinin korunması bakımından önemli olmuştur. Ticari işin tarafı (ya da ekonomik güce sahip olan) davacının haklarını sebepsiz yere, göz göre göre hiçe saydığına; haksız fiili ahlâka aykırı olarak, hileli davranışla ya da hakaret etmek amacıyla işlediğinde, mahkemeler davalı aleyhine cezaî tazminata hükmetmeye başlamışlardır⁴⁵¹. Başlangıçta, “davalının haklarını kasten ihlal etme” şartının, üreticinin sorumluluğuna ilişkin davalarda, cezaî tazminat isteyebilme imkânını sınırlayacağı düşünülmüştür⁴⁵². Ancak her davada cezaî tazminata hükmedilmiyor olsa da neredeyse her davada cezaî tazminat talep edilmektedir⁴⁵³. Ayrıca mahkemenin, cezaî tazminata hükmetmesi ihtimali, davalı tarafın uyuşmazlığı anlaşma yolu ile çözmesinde etkili olmaktadır. Son yıllarda, üreticinin sorumluluğu davalarında hükmedilen yüksek tutarlı cezaî tazminatlar dünya çapında bilinir hale gelmiştir⁴⁵⁴. Ancak doktrinde temeli antik hukuka dayanan ve özel hukukla

⁴⁴⁹Hoverstein, 2018, **a.g.k.**, 766.

⁴⁵⁰Sebok, 2009, **a.g.k.**, 165.

⁴⁵¹Rustad and Koenig, 1993, **a.g.k.**, 1302.

⁴⁵²Wilcox, 2009, **a.g.k.**, 165.

⁴⁵³Üreticinin sorumluluğuna ilişkin davalarda, haksız fiil üreticinin ya malı düzgün üretmemesinden ya da ürettiği mala ilişkin yeterli uyarıcı açıklamada bulunmamasından kaynaklanmaktadır. İki durumda da çoklukla, üreticinin bilerek ve isteyerek, daha fazla kâr etme amacı ile yaptığı seçimler söz konusudur. Dolayısıyla, cezaî tazminata hak kazanıldığı iddiası kuvvetle ileri sürülebilmektedir. Wilcox, 2009, **a.g.k.**, 166.

⁴⁵⁴En meşhur cezaî tazminat davalarından biri, *Liebeck v. McDonald's Restaurant* davasıdır. Bu dava, “sıcak kahve davası” olarak da bilinmektedir. Kimi hukukçuların yersiz bir dava (*frivolous case*) diye nitelendirdiği, kimilerinin ise ürün sorumluluğu davalarına emsal olması bakımından son derece anlamlı ve değerli bulunduğu dava medyanın da yoğun ilgisini çekmiştir. Davaya konu olayda, 79 yaşındaki davacı Liebeck, *McDonalds*’dan aldığı kahvenin kapağını açmaya çalışırken kahve üzerine dökülmüş ve üçüncü derece yanığa sebep olmuştur. Davacı, *McDonalds*’dan hastane masraflarını talep etmiş, olumsuz yanıt alması üzerine şirket aleyhine dava açmıştır. Dava sonunda, jüri hastane masraflarını tazmin etmek üzere 200 bin dolar telafi tazminata, 2,7 milyon dolar cezaî tazminata hükmetmiştir. 2,7 milyon dolar, *McDonalds*’ın 2 günde kahve satışından elde ettiği tutardır. Hâkim, cezaî tazminatı, 640 bin dolara indirmiştir. Taraflar temyize gitmeden, gizli bir miktar üzerinde anlaşmaya varmışlardır. Liebeck v. McDonald’s Restaurant, No. CV-930-2419, 1995 WL 360309 (N.M. Dis. 1994). K. E. Payne (1995). Linking tort reform to fairness and moral values. *Detroit College of Law Review*, s.1207.

ceza hukuku arasında yer alan cezaî tazminat kurumunun yeniden tanımlanması ya da ortadan kaldırılması yönündeki tartışmalar devam etmektedir⁴⁵⁵.

3. Cezaî Tazminatın İşlevleri

Mahkeme kararlarının ve doktrinin özellikle altını çizdiği işlevler “cezalandırma” ve “önleme” olmakla beraber⁴⁵⁶, cezaî tazminatın doktrinde tartışılmış başka işlevleri de vardır ve bu işlevleri çeşitli şekillerde gruplandırmak mümkündür. Cezaî tazminatın işlevine ilişkin yapılmış gruplandırmalardan birinde beş işlevden özellikle bahsedilmesi gerektiğinin altı çizilmektedir. Bunlar: Öğreticilik, cezalandırma, önleme, zarar göreni tatmin, kanuni yaptırım⁴⁵⁷.

Doktrindeki baskın görüş⁴⁵⁸ cezaî tazminatın işlevlerini, davalıyı cezalandırmak, davalının ve üçüncü kişilerin benzer bir fiilde bulunmasını önlemek, kişileri, haklarını tazminat yoluyla aramak yönünde teşvik etmek ve davacının diğer tazminat türleri ile tatmin edilmesi mümkün olmayan zararını tazmin etmek olarak sıralamaktadır⁴⁵⁹.

3.1. Cezalandırma işlevi

Cezaî tazminatın düzenlenmesindeki en belirgin amaç, kurumun adından da anlaşıldığı üzere, büyük bir zarara sebep olan kişinin cezalandırılmasıdır⁴⁶⁰. Bilerek ve isteyerek bir başkasına zarar veren davalının cezalandırılması pek çok bakımdan

⁴⁵⁵J. Mallor ve B. S. Roberts (1999). Punitive damages: on the path to a principled approach? *Hastings Law Journal* Volume:50, s. 1001; Owen,1994, **a.g.k.**, 373.

⁴⁵⁶D. G. Owen (2009). Aggravating punitive damages. *University Of Pennsylvania Law Review*, Vol: 158, s. 183; Pohlmann, 1996, **a.g.k.**, 614; B.D. Toney (1994). The chaotic and uncertain due process challenge to punitive damages. *Willamette Law Review*, Vol:30, s.638.

⁴⁵⁷Owen, 1994, **a.g.k.**, 373; A.J. Sebok (2003). What did punitive damages do? Why misunderstanding the history of punitive damages matters today. *Chicago Kent Law Review*, Vol: 78, s. 163. Cezaî tazminatın işlevleri doktrinde şu şekilde de sıralanmıştır: Davalıyı cezalandırmak, davalının benzer bir haksız fiilde bulunmasını önlemek, üçüncü kişilerin benzer bir haksız fiilde bulunmasını önlemek, toplumsal düzeni ve huzuru sağlamak, kişileri, haklarını tazminat yoluyla aramak yönünde teşvik etmek, davacının diğer tazminat türleri ile tatmin edilmesi mümkün olmayan zararını tazmin etmek, davacının avukat masraflarının ödenmesini sağlamak. Ellis (1982), s.3. Bir başka sınıflandırmada ise cezaî tazminatın amacı cezalandırma ve caydırmanın yanında tahammül edilemez ve kınanması gereken eylemlere karşı duyulan öfkenin gösterilmesi olarak ifade edilmiştir. Pohlman, 1996, **a.g.k.**, 620.

⁴⁵⁸Aslında doktrindeki dörtlü ayrımı iki büyük gruba, cezalandırma ve tatmin etme işlevlerine indirgemek de mümkündür. Owen, 1976, **a.g.k.**, 1279; Rustad ve Koenig, 1993, **a.g.k.**, 1269.

⁴⁵⁹Owen, 1976, **a.g.k.**, 1277; G. T. Shwartz (1982). Deterrence and punishment in the common law of punitive damages: a comment. *Southern California Law Review* Vol: 56., s.144; J.D. Ghiardi (1965). Should punitive damages be abolished? A statement fort he affirmative. *American Bar Association.Section of Insurance, Negligence and Compensation Law Proceedings.*, s. 283; Ingram, 1988, **a.g.k.**, 208.

⁴⁶⁰Lenz, 1992, **a.g.k.**, 20; Pohlman, 1996, **a.g.k.**, 614. Restament (Second) of Torts: “Punitive damages are damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him or his outrageous conduct and deter him and others like him from similar conduct in future” (Cezaî tazminat telafi veya sembolik tazminat dışında, bir kişiyi aşırı davranışlarından ötürü cezalandırmak ve gelecekte onu ve başkalarını benzer davranışlardan caydırmak için verilir).

önemlidir. Her şeyden önce, davalının cezalandırılması, davacının haksız fiil nedeniyle uğradığı duygusal travmayla baş etmesine yardım eder, tatmin olmasını sağlar. Her ne kadar modern hukuk “intikam” duygusuna dayanmıyor olsa da kasten bir başkasına zarar veren kişinin, hukuki bir fatura ile karşı karşıya bırakılması uygun görülmektedir⁴⁶¹. Bu şekilde, zarar görenin duyguları tatmin edildiği gibi toplumun intikam duyguları da tatmin edilir. Zira bir kimse, bir başkasına zarar verdiğinde, toplumsal yaşamı ve barışı da zedeler. Toplum huzuruna zarar verenin cezalandırılması gerekir⁴⁶². Bu nedenle, “intikam” olarak nitelendirilse de cezai tazminat, hukukun temel iki değeri olan özgürlük ve eşitliği koruduğu için kabul edilebilir bir cezalandırma şekli olarak görülmektedir⁴⁶³. Cezaî tazminatın cezalandırıcı işlevi, hırsız metaforu üzerinden şöyle anlatılmaktadır: Hırsız, cezalandırılmayı hak eder çünkü kişiden ve dolaylı olarak toplumdan bir şey çalmıştır⁴⁶⁴. Kişiden ve toplumdan eksilirken hırsızın zenginleşmesi engellenmeli, suç ile bozulan adalet terazisi ceza ile dengelenmelidir⁴⁶⁵. Hırsız, bir başkasının özgürlük alanına girdiğinde, toplumun bir parçası olarak kendi payına düşenden daha fazla özgürlük sahibi olur⁴⁶⁶. Mağdur ile hırsız arasında bozulan özgürlük dengesini düzeltmek, hukuk kurallarına uyanlara toplum içindeki değerlerini hatırlatmak amacıyla hırsız cezalandırılır⁴⁶⁷. Bu nedenle, bilerek hukuka aykırı davranan kişinin de cezaî tazminat yoluyla cezalandırılması hukuk düzeninin devamı için gereklidir⁴⁶⁸.

Örneğin, *Riegel v. Aastad* davasında⁴⁶⁹, *Wetherbee v. United Insurance Co. Of America* davasında⁴⁷⁰, cezaî tazminat, zararın telafisinden öte, kasti şekilde bir başkasına zarar veren kişiyi cezalandırmak amacıyla kabul edilmiş bir tazminat olarak tanımlanmıştır. *Gertz v. Robert Welch Inc.* kararında⁴⁷¹, Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, cezaî tazminatı, kınanacak nitelikte ağır fillere, cezalandırma ve bir

⁴⁶¹Owen, 1976, **a.g.k.**, 1279. T.B. Colby (2003). Beyond the multiple punishment problem: punitive damages as punishment for individual, private wrongs. *Minnesota Law Review*, Vol: 87, s. 603.

⁴⁶²Colby, 2003, **a.g.k.**, s. 605; Owen, 1976, **a.g.k.**, 1280.

⁴⁶³Owen, 1994, **a.g.k.** 375; C.M. Sharkey (2003). Punitive damage as societal damages. *Yale Law Journal*Vol:113 34, s. 357.

⁴⁶⁴Owen, 1994, **a.g.k.**, 375.

⁴⁶⁵Owen, 1994, **a.g.k.**, 376.

⁴⁶⁶Owen, 1994, **a.g.k.**, 376.

⁴⁶⁷Owen, 1994, **a.g.k.**, 376.

⁴⁶⁸Owen, 1994, **a.g.k.**, 376.

⁴⁶⁹“Punitive or exemplary damages are allowed not by way of recompense to an injured plaintiff, but as punishment to the tortfeasor when her act was committed wilfully or wantonly (Cezaî tazminat, zarar gören davacıya telafi amacı ile verilmez, kasten veya kötü niyetle hareket eden faili cezalandırmak için verilir)”. *Riegel v. Aastad*, 262 A. 2d 652 (Del. Super. Ct. 1970).

⁴⁷⁰*Wetherbee v. United Insurance Co. of America*, 265 Cal. App. 2d 921, 24496 (1968).

⁴⁷¹*Gertz v. Robert Welch, Inc.* 418 U.S. 323; 350 (1973).

daha yapılmasını engelleme amacıyla jüri tarafından verilen bir çeşit ceza olarak tanımlamıştır. *Owens- Corning Fiberglas Corp. v. Malone* davasında⁴⁷², mahkeme, cezaî tazminatın amacının davalıyı cezalandırmak, onu ve üçüncü kişileri benzer haksız fiillerde bulunmaktan alıkoymak olduğunu belirtmiştir. *Cooper Indus Inc.v. Leatherman Tod Group Inc.* kararında⁴⁷³ Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, cezaî tazminatın davalıyı cezalandırmak ve davalının gelecekte haksız fiilde bulunmasını önlemek amacıyla düzenlenmiş özel bir para cezası olduğunu belirtmiştir⁴⁷⁴.

3.2. Caydırıcılık işlevi

Tüm tazminatlar gibi cezaî tazminat da hukuka aykırılığın olumsuz etkilerini düzeltme ahlâki amacına yöneliktir⁴⁷⁵. Ancak cezaî tazminatı özel kılan, sadece zarar görenin zararını gidermeye yönelik olmaması aynı zamanda hukuka aykırı davranan kişiyi cezalandırmasıdır⁴⁷⁶. Pek çok cezanın ve cezaî tazminatın asıl amacı da ileride benzer davranışların tekrarlanmasını önlemek, caydırıcı olmaktır⁴⁷⁷. Cezai tazminat, mağdurun zararını giderirken ileride failin tekraren ve diğerlerinin ağır ihmal ya da kasıtlı olarak haksız fiilde bulunmasını caydırmaya yarayacak ağırlıkta faili cezalandırır⁴⁷⁸. Bu nedenle caydırıcılık özelliğinin iki noktaya odaklandığını söyleyebiliriz: Hem davalıyı tekrar benzer bir davranışta bulunmaktan alıkoymak hem topluma hukuka aykırı bir davranışın karşılıksız kalmayacağı mesajını verir⁴⁷⁹. Cezalandırmanın caydırıcılık işlevine dair çok sayıda tartışma ve çalışmanın vardığı sonuca göre vakaların büyük bir bölümünde cezalandırma caydırıcılık görevini yerine getirmektedir⁴⁸⁰. Ceza hukukunda, ceza hızlı, şiddetli ve kesinse ve potansiyel suçlular için sonucun ne olacağını açıkça

⁴⁷²*Owens- Corning Fiberglas Corp. v. Malone*, 972 S.W. 2d 35 (Tex. 1998). “Punitive damages are not designed or intended to compensate or enrich individual victims. (Cezaî tazminat, mağdurun zararını telafi etmek ya da onu zenginleştirmek için düzenlenmemiştir)”. *Transportation Ins. Co. v. Moriel*, 897 S.W. 2d 10, 16 (Tex.1994); *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559, 568, 116 S.Ct. 1589, 134 L. Ed. 2d 809 (1996). “The purpose of punitive damages is to punish a party for its outrageous, malicious, or otherwise morally culpable conduct and deter it and others from committing the same or similar acts in the future. (Cezaî tazminatın amacı, bir tarafı rezil, kötü niyetli veya ahlâki açıdan kusurlu davranışı nedeniyle cezalandırmak, onu ve diğerlerini gelecekte aynı veya benzer eylemleri yapmaktan caydırmaktır)”. *Transportation Ins. Co. v. Moriel*, 897 S.W. 2d 10, 16 (Tex.1994); *Lunsford v. Morris*, 746 S.W. 2d 471, 471-72 (Tex. 1988).

⁴⁷³*Cooper Indus Inc. v. Leatherman Tod Group Inc.*, 532 U.S. 424, 432 (2001).

⁴⁷⁴Owen, 2009, **a.g.k.**, 183.

⁴⁷⁵Owen, 1994, **a.g.k.**, 375.

⁴⁷⁶A.J.K. Qsair (2018). Punitive damages, multiple functions, multiple characteristics. *Analele Universitatii din Bucuresti: Seria Drept* 145, s. 146.

⁴⁷⁷Owen, 1976, **a.g.k.**, 1283.

⁴⁷⁸Qsair, 2018, **a.g.k.**, 147.

⁴⁷⁹Rustad ve Koenig, 1993, **a.g.k.**, 1319.

⁴⁸⁰Owen, 1976, **a.g.k.**, 1283.

gösteriyorsa, cezanın caydırıcılık etkisinin yüksek olacağı kabul edilir⁴⁸¹. Aynı şekilde, cezai tazminat bakımından da cezalandırma ile caydırıcılık etkisinin birbiri ile bağlantılı olduğu söylenebilir⁴⁸². Caydırıcılık işlevi hem özele yöneliktir, yani haksız fiilde bulunanın bir daha aynı şekilde davranmasını engeller hem genele yöneliktir, toplumdaki diğerlerini benzer davranışlarda bulunmaktan alıkoyar⁴⁸³. Örneğin, *Goddard v. The Grand Truck Railway of Canada* davasında⁴⁸⁴, bir demiryolu şirketine karşı cezai tazminata neden hükmedildiği özele yönelik caydırıcılık işlevini açıklar: Umursamaz ve dikkatsiz çalışanlar şirkete pahalıya mal olmalıdır ki şirket bundan sonra işçi seçiminde özenli davransın⁴⁸⁵. Caydırıcılık işlevinin geneli hedeflediği durumlar bakımından şunu söyleyebiliriz: Kasıtlı olarak, kötüniyetle başkasına zarar verildiğinde, zarar görenin özel hukuk davası topluma haber verme aracına döner, kamu düzenini korumak için düzeni kasıtlı olarak bozanı cezalandırırız haberini veren bir araç halini alır⁴⁸⁶. Cezai tazminatın İngiliz Hukukunda *exemplary damages* olarak adlandırıldığını daha önce belirtmiştik⁴⁸⁷. “*Exemplary*”, “*example*” kelimesinden gelir. *Example* kelimesi ise “örnek” ve “ibret” anlamlarında kullanılır. *Coryell v. Colbaugh* davasında⁴⁸⁸, davalı ekonomik durumu iyi olmadığı için eğer aleyhine cezai tazminata hükmedilecekse bunun az miktarda olması gerektiğini ve esasında davacının zararını telafi edecek miktarda bir tazminatın da kendisi için yeteri kadar caydırıcı olacağını ileri sürmüştür⁴⁸⁹. Mahkeme, gelecekteki haksız fiillerin önüne geçebilmek için davalının ekonomik durumu ve mağdurun zararı ile bağlı olmaksızın karar vermek gerektiğinin altını çizmiştir⁴⁹⁰. Burada cezai tazminatın “örnek olma” maksadı açıkça görülmektedir.

Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi kararlarında, “caydırıcılık için hükmedilir”⁴⁹¹, “hukuka hizmet etmek adına haksız fiili cezalandırmak ve benzer

⁴⁸¹Osair, 2018, **a.g.k.**, 148.

⁴⁸²Osair, 2018, **a.g.k.**, 149.

⁴⁸³A. J. Sebok (2009). Punitive Damages in the United States: Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives. (Ed: H. Koziol, V. Wilcox), SpringerWienNewYork, s. 178; Osair, 2018, **a.g.k.**, 149; G.T. Schwartz. Deterrence and punishment in the common law of punitive damages: a comment. *Southern Law Review Vol:56*, s. 137.

⁴⁸⁴Goddard v. The Grand Truck Railway of Canada, 57 Me. 202, 8 Am. Neg.Cas.316.

⁴⁸⁵Sebok, 2009, **a.g.k.**, 178.

⁴⁸⁶Sebok, 2009, **a.g.k.**, 179.

⁴⁸⁷Bkz.s. 52.

⁴⁸⁸Coryell v. Colbaugh, 1 NJL 90 (NJ 1791).

⁴⁸⁹Sebok, 2009, **a.g.k.**, 180.

⁴⁹⁰Sebok, 2009, **a.g.k.**, 180.

⁴⁹¹Pacific Mut.Life Ins. Co. v. Haslip, 499 U.S. 1, (1991).

davranışları caydırmak için hükmedilir”⁴⁹², “birden fazla amaca hizmet ederler; caydırıcılığa yöneliktirler”⁴⁹³ gibi ifadelerle cezaî tazminatın caydırıcılık işlevini açıkça ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme bakımından cezaî tazminatın caydırıcılık işlevinin tartışılır bir yanı yoktur⁴⁹⁴.

3.3. Kişileri haklarını aramaya teşvik etme işlevi

Cezai tazminat üçüncü kişiler bakımından caydırıcılık işlevi görürken, mağdurlar bakımından da teşvik işlevi görür. Kurumu eleştirenler, cezai tazminatın faili cezalandırma işlevini önemsemez ama davacının zararından fazlasını tazminat olarak elde etmesini eleştirirler⁴⁹⁵. Bu görüşte gözden kaçırılan husus, zarardan fazlasını elde etmeye imkân veren cezai tazminatın mağduru dava açmak konusunda teşvik ettiğidir⁴⁹⁶. Eleştirenlerin bir tür ödül olarak nitelendirdikleri cezai tazminat, zarar göreni davacı olmak yönünde harekete geçirir, bunun anlamı daha çok failin adaletin önüne çıkmasıdır⁴⁹⁷. Potansiyel faillerin hukuku suiistimal etmelerini, tazminata mahkûm olma olasılığının ve tazminat miktarının artması önleyebilir⁴⁹⁸. Bu anlamda caydırıcılık ile mağduru tazminat davası açmaya teşvik işlevi birbirine yakındır. Caydırıcılık işlevinden etkilenmemiş failin hukuk önüne getirilmesini mağdurun tazminata yönelik motivasyonu sağlar⁴⁹⁹. Caydırıcılık, olay (haksız fiil) öncesi hukuk düzenini korumaya hizmet ederken; mağduru tazminat talep etmeye teşvik, olay sonrası, bozulan düzenin tekrar sağlamaştırılmasına hizmet eder⁵⁰⁰.

3.4. Telafi işlevi

Cezaî tazminatın asıl öne çıkan işlevleri faili cezalandırmak ve üçüncü kişileri caydırmak olmakla birlikte telafinin önemi de göz ardı edilmemektedir⁵⁰¹. Cezaî tazminatın altında yatan düşünce, bazı haksız fiil durumlarında (failin özellikle korkunç davranışlarda bulunduğu haksız fiiller olarak tanımlayabiliriz) diğer tazminat türleri ile

⁴⁹²BMW of North America, Inc. v. Gore, 517 U.S. 559 (1996).

⁴⁹³State Farm Mut. Auto. Ins. Co v. Campbell, 538 U.S. 408, 422-23 (2003).

⁴⁹⁴Popper, 2011, **a.g.k.**, 193.

⁴⁹⁵Owen, 1976, **a.g.k.**, 1287; Owen 1994, **a.g.k.**, 380.

⁴⁹⁶J. Mallor and B. S. Robers (1999). Punitive damages: on the path to a principled approach? *Hastinh Law Journal* Vol:50, s.1003; Owen, 1976, **a.g.k.**, 1287; Rustad ve Koenig, 1992-1993, **a.g.k.**, 1322.

⁴⁹⁷Owen, 1976, **a.g.k.**, 1287.

⁴⁹⁸Owen, 1976, **a.g.k.**, 1290.

⁴⁹⁹Owen, 1994, **a.g.k.**, 380.

⁵⁰⁰Owen, 1994, **a.g.k.**, 380.

⁵⁰¹Owen, 1976, **a.g.k.**, 1295.

zararın tam olarak tazmin edilemediğidir⁵⁰². On sekizinci ve on dokuzuncu yüzyıllardaki cezaî tazminat davaları, çoklukla davalının davacıyı küçük düşürdüğü durumlara ilişkindir⁵⁰³. Cezaî tazminatın, davalının kasten davacıda yarattığı psikolojik zararı telafi etmeye, davacının duygusal dengesini yeniden sağlamaya yardım ettiği kabul edilmektedir⁵⁰⁴. Bu anlayışa ilişkin en net açıklamalardan biri *Detroit Daily Post Co. v. McArthur* davasında⁵⁰⁵ yapılmıştır⁵⁰⁶. İftira nedeniyle cezai tazminat talep edilmesi üzerine mahkeme, ortak insanlık değerlerine bilerek verilen zararın yapılabilecek en büyük yanlış olduğunu, incinmiş bir gururun ağır bir tazminatla iyileştirilebileceğini belirtmiştir⁵⁰⁷.

Cezaî tazminatın telafi işlevinin önem kazandığı bir başka nokta davacının dava masraflarının ve vekil ücretinin ödenmesidir⁵⁰⁸. Amerikan yargılama hukukunda “*American Rule*” olarak adlandırılan kurala göre, davayı kazanan tarafın yaptığı dava masrafları ve avukat ücreti karşı tarafa yüklenmez, taraflar dava masraflarını ve avukat ücretlerini kendileri öderler.⁵⁰⁹ Dava masraflarının ve vekil ücretinin davalı tarafından ödenmediği durumların çoğunda, mağdur bir tazminat alsa bile dava için yaptığı masraflar nedeniyle, haksız fiilden önceki finansal durumundan daha kötü duruma düşebilir⁵¹⁰. Cezaî tazminatın telafi işlevi, mağdurun tam anlamıyla eski haline getirilmesini amaçlar⁵¹¹.

Bir diğer önemli nokta, davacı bakımından dava masrafları ile karşılaştırıldığında dava etmeye değmeyecek miktardaki zararların cezaî tazminatın telafi işlevi ile dava edilmeye değer hale gelmesidir⁵¹². Örneğin, bir şirket, cezaî tazminat tehdidi olmasa, çok sayıda insana dava edilmeye değmeyecek ufak zararlar vererek büyük kâr elde edebilir⁵¹³.

⁵⁰²Sebok, 2009, **a.g.k.**, 171; B. C. Zipursky (2005-2006). A theory of punitive damages. *Texas Law Review* Vol: 106, s. 105.

⁵⁰³Orwen, 1976, **a.g.k.**, 1296.

⁵⁰⁴Orwen, 1976, **a.g.k.**, 1296.

⁵⁰⁵*Detroit Daily Post Co. v. McArthur*, 16 Mich. 447 (1868).

⁵⁰⁶Sebok, 2009, **a.g.k.**, 172.

⁵⁰⁷Sebok, 2009, **a.g.k.**, 172.

⁵⁰⁸Orwen, 1976, **a.g.k.**, 1297.

⁵⁰⁹W. W. Peltzer (1974). The American rule. *Journal of Contemporary Law* 1., s. 355.

⁵¹⁰Orwen, 1976, **a.g.k.**, 1297; Owen, 1994, **a.g.k.**, 379.

⁵¹¹Owen, 1994, **a.g.k.**, 379.

⁵¹²Rustad ve König, 1993, **a.g.k.**, 1323.

⁵¹³Rustad ve König, 1993, **a.g.k.**, 1323.

4. Cezaî Tazminatın Unsurları

4.1. Eylem unsuru

Cezaî tazminatın eylem unsuru esas olarak haksız fiil ile ilişkilidir⁵¹⁴. Ancak tazminata sözleşmeye aykırılık halinde de hükmedilmektedir.

4.1.1. *Haksız fiil halinde cezai tazminat*

Amerikan Hukukunda birbirinden farklı pek çok durumda cezai tazminata hükmedilmiştir⁵¹⁵. Mahkemeler, cezai tazminata hükmedilmek için çeşitli yasal dayanaklar belirlemiş, ancak cezai tazminata hükmedilecek haksız filleri sınırlı olarak saymamışlardır⁵¹⁶. Bu nedenle cezaî tazminat, haksız fiil hukuku, sözleşme hukuku, eşya hukuku, aile hukuku, deniz hukuku, iş hukuku, havacılık hukuku, sigorta hukuku, iflas hukuku gibi pek çok farklı alanda gündeme gelebilmektedir⁵¹⁷.

Cezaî tazminata hükmedilebilecek bazı haksız fiil tiplerinden öne çıkanları şöyle sayabiliriz: vücut bütünlüğüne saldırı ya da saldırı tehdidi, kötü niyetli soruşturma, haksız tutuklama, haksız infaz, iftira, görevi kötüye kullanma, hareket özgürlüğünü sınırlama, kusursuz sorumluluk, ruhsal huzuru kasten bozma, aldatma, özel hayatın ihlali, konut dokunulmazlığının ihlali, trafik kazası, tren kazası, yanlış tedavi, ölümle sonuçlanan haksız fiil, ağır ihmalle yapılan haksız fiiller, kamu gücü kullanmaya yetkili olanların yetki sınırlarını aşan fiilleri, cinsel taciz, ürün sorumluluğu⁵¹⁸.

Amerikan hukukunda cezaî tazminata hükmedilen bütün haksız fiil tiplerinin incelenmesi mümkün olmadığından, vücut bütünlüğüne saldırı ya da saldırı tehdidi, iftira ve ürün sorumluluğu haksız fiil tiplerine kısaca değinilecektir.

4.1.1.1. *Vücut bütünlüğüne saldırı ya da saldırı tehdidi*

Çoğu eyalette bu haksız fiil tipi için cezaî tazminata hükmedilir. Ancak fiilin bir takım ağırlaşmış unsurlar taşıması gerekmektedir. Eğer fiil kötücül, sorumsuzca,

⁵¹⁴Gül, 2015, **a.g.k.**, 213.

⁵¹⁵G. B. Bell and P. E. Pearce (1987). Punitive damages and the tort system. *University of Richmond Law Review* 1, s. 9.

⁵¹⁶Bell and Pearce, 1987, **a.g.k.**, 9; Gül, 2005, **a.g.k.**, 213.

⁵¹⁷Gotanda, 2004, **a.g.k.**, 421; Gül, 2005, **a.g.k.**, 213.

⁵¹⁸A. G. Nichols (1965). Punitive damages in Mississippi- a brief survey. *Mississippi Law Journal*, Vol:3, No:1, s. 134; Gül, 2015, **a.g.k.**, 214; Schlueter and Redden, 2000, **a.g.k.**, 496.

aşağılayıcı şekilde ya da failin konumunun verdiği baskıyla işlenmişse cezaî tazminat gündeme gelir⁵¹⁹.

Çoğu mahkeme, davacının davalının fiilini kötüniyetle (garezle) işlediğini ispatlaması durumunda cezaî tazminata hükmederken, bazı mahkemeler jürinin eylemin niteliğinde kötülük bulunup bulunmadığına karar vermesine izin vermektedir. Burada kast edilen kötüniyet, hukuka uygunluk sebebi bulunmaksızın, kasten veya şeytani bir amaçla eylemin yapılmasıdır⁵²⁰.

Bruns v. Bruns davasında⁵²¹, eşini yumruklarla döven, merdivenden iten davalı davranışlarının kötülük yapmak amacıyla olmadığını savunmuş, mahkeme ise olaydaki vücut bütünlüğüne yönelik fiillerde çok açık bir kastın olduğunu bundan daha açık bir kötülüğün olamayacağını belirtmiş ve cezaî tazminata hükmetmiştir. *Banks v. Fritsch* davasında⁵²² ise öğrencisini arkadaşlarının önünde ağaca zincirleyen öğretmen, aralarındaki bir şakanın devamında bunu yaptığını savunmuş, zarar verme kastı olmadığını ileri sürmüştür; ancak mahkeme, öğretmenin bilinçli olarak öğrencisine karşı kötülük içeren fiilde bulunduğuna karar vermiştir.

Mahkemeler, vücut bütünlüğüne yönelik fiilin aynı zamanda davacıyı aşağılayıcı onur kırıcı davranış olması halinde de cezaî tazminata hükmetmektedir⁵²³. *Hooker v. Newton* davasında⁵²⁴ mahkeme, eğer saldırı davacıyı aşağılamak, onu toplum önünde küçük düşürmek amacıyla kasten ve kötülük yapmak amacıyla yapılmışsa jürinin cezaî tazminata karar verebileceğini, hatta vermesi gerektiğini belirtmiştir. Örneğin, *Peete v. Blackwell* davasında⁵²⁵, mahkeme, davalı doktorun davacı hemşireye küfrederek vurması nedeniyle vücut bütünlüğüne saldırı fiilinin hakaret unsuru ile ağırlaştığını belirtmiş, mağdurun cezaî tazminat talebini kabul etmiştir.

Eylemin ağırlaştırıcı unsurlarının bulunması ve bunların ispat edilmesi mutlaka cezaî tazminata hükmedeceği anlamına gelmez, cezaî tazminat verilir verilmeyeceği jürinin takdirindedir⁵²⁶. Ayrıca mahkemelerin büyük çoğunluğu, jürinin cezaî tazminata

⁵¹⁹Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 498.

⁵²⁰Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 500.

⁵²¹*Bruns v. Bruns*, 719, S.W. 2d 691 (Ark. 1986).

⁵²²*Banks v. Fritsch*, 39 S.W. 3d 474 (Ky. Ct. App. 2001)

⁵²³Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 501.

⁵²⁴*Hooker v. Newton*, 24. Wis. 292 (1986)

⁵²⁵*Peete v. Blackwell*, 504. So2d222 (Ala 1987)

⁵²⁶Schlueter and Redden, 2000, **a.g.k.**, 500.

yer olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapmasından önce maddi zararın ispatını aramaktadır. Bir diğer nokta, çoğu eyalet mahkemesi, davalının aynı fiil nedeniyle ceza davasında ceza almasını cezaî tazminata engel olarak kabul etmez, bu durumun cezaî tazminatın miktarını azaltıp azaltmayacağı da tartışmalıdır⁵²⁷. Davacının, söz ya da davranışla davalıyı kışkırtması nedeniyle davalının haksız fiilde bulunması halinde cezaî tazminata hükmedilmesi olasılığı azalmaktadır⁵²⁸. Burada önemli olan nokta kışkırtmanın telafi edici tazminat talebini ortadan kaldırmadığı ama cezaî tazminat talebini zora soktuğudur⁵²⁹. Ayrıca olayda kışkırtmanın varlığı, davacının kötülük yapmak amacıyla hareket ettiği iddiasını çürütebilir⁵³⁰. Öte yandan mahkemeler, davacının ilk saldırgan olması, davalının iyiniyetle (herhangi bir kötülük yapma arzusu olmaksızın) ya da hata ile bedensel temasta bulunmuş olması gibi durumlarda cezaî tazminat talebini reddetmektedir⁵³¹. Örneğin, *Brown v. Stauffer* davasında⁵³², mahkeme, iş ortamında işverenin çalışanına “canım” demesini ve çalışanın sırtına vurmasını (sırtını sıvazlamasını) vücut bütünlüğüne saldırı olarak görmemiş ve davalının cezaî tazminat talebini reddetmiştir.

4.1.1.2. Kusursuz sorumluluk

Amerikan Hukukunda kusursuz sorumluluk kavramı, *Rylands v. Fletcher* davası⁵³³ ile ortaya çıkmıştır⁵³⁴. Davalının bir depo yapmak üzere çalıştırdığı müteahhitler, kazı çalışması yaparken arazide kullanılmayan bir maden bulmuş, yaptıkları depoya su doldururken düzgün kapatılmayan madende biriken su, davacının bitişikteki arazisine taşmıştır. Mahkeme, arazide doğal olarak bulunmayan bir şeyi oraya getiren kişinin, o şey başkasına zarar verdiğinde bu zarardan sorumlu olduğuna karar vermiştir.

McLane v. Northwest Natural Gas. Company davasında⁵³⁵ mahkeme, kusursuz sorumluluk teorisine, davalının endüstriyel faaliyet için zorunlu ancak risk barındıran fiillerinden doğan zarardan kamu yararı nedeniyle sorumlu olması gereken durumlarda başvurulabileceğini belirtmektedir. Faaliyetin tehlikeli sayılmasına yol açan riskten bir

⁵²⁷Schlueter and Redden, 2000, **a.g.k.**, 499.

⁵²⁸Schlueter and Redden, 2000, **a.g.k.**, 500.

⁵²⁹Gül, 2015, **a.g.k.**, 219.

⁵³⁰Schlueter and Redden, 2000, **a.g.k.**, 500.

⁵³¹Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 500; Gül, 2015, **a.g.k.**, 218.

⁵³²*Brown v. Stauffer Chem. Co.*, 539 P. 2d. 374 (Mont. 1975)

⁵³³*Rylands v. Fletcher*, LR 3HL 330 (1868).

⁵³⁴Schlueter and Redden, 2000, **a.g.k.**, 526.

⁵³⁵*McLane v. Natural Gas Company*, 467 P 2d. 635 (1970).

zarar doğduğunda, toplum bu olağan dışı riske maruz bırakıldığı için kamu yararı faaliyeti yürütenin zararı üstlenmesini gerektirir.

Her ne kadar kusursuz sorumluluk Amerikan Hukukunda ürün sorumluluğu ile birlikte anılsa da doktrin, hayvan sahibinin sorumluluğu, yanıcı ve patlayıcı madde depolayanların sorumluluğu, patlayıcı maddelerle iş görenlerin sorumluluğu, kimyasal madde kullananların sorumluluğu gibi tehlikeli veya olağandışı tehlikeli pek çok faaliyet için uygulanmaktadır⁵³⁶.

Restatement (Second) of Torts’ da anormal derecede tehlikenin (*abnormally dangerous*) ne olduğu tanımlarken ele alınacak bazı esaslar sayılmıştır⁵³⁷. Bu esasların tümü birlikte değerlendirilmelidir. Faaliyeti değerlendirirken başkalarının şahsına, mallarına zarar verme riskinin yüksek olması, bundan kaynaklanan zararın büyük olma olasılığı, makul özenin (*reasonable care*) gösterilmesinin riski ortadan kaldırmaması, faaliyetin kamuya yönelik olup olmaması, toplum için değerine göre tehlikeli özelliklerinin ağır basması gibi esaslar dikkate alınır⁵³⁸. *Restatement (Third) of Torts § 20 (b)*’ ye göre, anormal derecede tehlikeli bir faaliyette bulunduğu mahkeme tarafından tespit edilen kişi, bu faaliyetten kaynaklanan fiziksel zarardan dolayı kusursuz sorumludur⁵³⁹.

Kusursuz sorumluluktan kurtuluş imkânı tanınan haller vardır⁵⁴⁰. Bunlardan biri, tehlikeli faaliyetten doğan zararın bir kamu görevinin icrası sırasında doğmuş olmasıdır⁵⁴¹. Tipik örneği tehlikeli bir maddenin kamu görevi icra eden bir taşıyıcı ile taşınmasıdır⁵⁴². Kamuya ait bir taşıyıcı toplum için her türlü tehlikeli maddeyi taşıırken kamu görevini yerine getirdiğinden, tehlikeli yüklerden kaynaklanan zarardan sorumlu tutulmaz⁵⁴³. Diğer haller ise, mağdurun faaliyetten zarar görme riskini üstlenmesi veya

⁵³⁶J.V. Calvi and S. Coleman (2004) *Amerikan Law and Legal System* (Fifth Edition) New Jersey: Pearson Prentice Hall, s. 253; Schlueter and Redden, 2000, **a.g.k.**, 527.

⁵³⁷*Restatement (Second) of Torts § 519* (1977). W. K. Jones (1992). Strict liability for hazardous enterprise. *Columbia Law Review Vol:92*, s. 1706.

⁵³⁸Jones, 1992, **a.g.k.**, 1706.

⁵³⁹*Restatement (Third) of Torts § 20 (b)* (2009).

⁵⁴⁰Jones, 1992, **a.g.k.**, 1712.

⁵⁴¹Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 530; Jones, 1992, **a.g.k.**, 1712.

⁵⁴²Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 530.

⁵⁴³Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 530; Jones, 1992, **a.g.k.**, 1712.

kendi hareketleri ile zarar görme riskine maruz kalması ya da zararın mağdurun hareketleri olmasaydı ortaya çıkmayacak olmasıdır⁵⁴⁴.

Kusursuz sorumluluk hallerinde failin cezaî tazminatla sorumlu tutulabilmesinin koşulu, fiilin ağırlaştırıcı unsurlar taşımasıdır. Tehlikeli faaliyetin kötülük yapma amacıyla (kasten), umursamaz veya ağır ihmalle gerçekleştirilmesi gibi ağırlaştırıcı unsurlar varsa cezaî tazminata hükmedilebilir⁵⁴⁵.

Berg v. Reaction Motors Divison davasında⁵⁴⁶, davacı, davalının roket motoru deneme testlerindeki patlamalardan dolayı uğradığı zarara ilişkin telafi ve cezaî tazminat talebinde bulunmuştur. Mahkeme, davalının faaliyetlerinin olağandışı tehlikeli faaliyetler olduğunu belirterek kusursuz sorumluluğu bulunduğunu kabul etmiştir. Ancak jürinin cezaî tazminata ilişkin verdiği kararı, davacının faaliyetlerinde ağırlaştırıcı unsurlar bulunmadığından reddetmiştir.

Branch v. Western Petroleum Inc. davasında⁵⁴⁷, davacı, davalı şirketin petrol kuyularından çıkan kimyasal içerikli atık suların yeraltı sularına karışarak suyunu kirlettiğini ve bu nedenle sağlık problemleri yaşadığını öne sürerek, bundan doğan zararının tazmini ile birlikte cezaî tazminat talep etmiştir. Mahkeme, davalı şirketin faaliyetlerinin kusursuz sorumluluk ilkeleri içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiş, cezaî tazminata hükmedebilmek için fiilin ağırlaştırıcı unsurlar taşıyıp taşımadığını tartışmıştır. Mahkeme, fiili ağırlaştırıcı bir unsur olarak kabul edilen “kötücüllükle” kast edilenin, bir kişiye karşı duyulan kişisel nefret olmadığını, kişinin hukuka ve diğer yurttaşların haklarına aldırış etmeme, saygı duymama hali olduğunu belirtmiştir. Olayda davalı şirket aleyhine, yasaları ve yurttaşların haklarını kayıtsızca çiğnediği için cezaî tazminata hükmedilmiştir.

⁵⁴⁴Jones, 1992, **a.g.k.**, 1712.

⁵⁴⁵Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 530.

⁵⁴⁶*Berg v. Reaction Motors Division*, 37N.J. 396 (1962)

⁵⁴⁷*Branch v. Western Petroleum Incorporated*, 657 P.2d 267 (1982).

4.1.1.3. Ürün sorumluluğu

Amerikan hukukunda, 1960'ların başından⁵⁴⁸ beri ürün sorumluluğu kusursuz sorumluluk esasına göre belirlenmiştir⁵⁴⁹. Doktrinde, failin eyleminin niteliğinin bahis konusu başlıklarda farklı ele alındığı itirazı ile, cezaî tazminata ilişkin ilkeler ile kusursuz sorumluluğa ilişkin ilkelerin bağdaşmadığı öne sürülmüştür⁵⁵⁰. Ancak mahkemeler ürün sorumluluğu davalarında cezaî tazminata hükmetmişlerdir⁵⁵¹. Başlangıçta mahkemeler, cezaî tazminata hükmedebilmek için aranan koşulların az sayıda ürün sorumluluğu davasında gerçekleşeceğini düşünmüşlerdir; ama düşündükleri gibi olmamıştır⁵⁵².

Ürün sorumluluğu davalarında cezaî tazminata olan ihtiyaç şu şekilde açıklanmıştır: Neredeyse bütün ürün sorumluluğu davaları, ürünün tasarımı ya da ürünün kullanımına ilişkin uyarı talimatları ile ilgilidir, yani üreticinin ürününe ilişkin bilinçli tasarım tercihi dava konusu olmaktadır⁵⁵³. Bu bilinçli tasarım tercihinin arkasında her zaman göz ardı edilmiş seçimler vardır⁵⁵⁴. Çoğu zaman ürünün güvenliğine ilişkin meseleler maliyet ve fayda temelinde tartışılır⁵⁵⁵. O nedenle, çoğu zaman bir ürünün yol açtığı felaket dikkatsiz üretici nedeniyle değil, dikkatini başka yere (kârına) vermiş üretici nedeniyledir⁵⁵⁶. Örneğin, *Gillham v. Admiral* davasında⁵⁵⁷, televizyon üreticisi davalı, ürünün tasarımının yangına yol açabileceği konusunda uyarılmış ve her ürün için sadece 1 dolarlık bir harcama yaparak yangın tehlikesini ortadan kaldıracabilecekken bunu yapmayı reddetmiştir⁵⁵⁸. *Toole v. Richardson- Merrell Inc.* davasında⁵⁵⁹, büyük bir ilaç şirketi,

⁵⁴⁸Ürün sorumluluğunda cezaî tazminata hükmedilen ilk dava, davacının yasal standartları karşılamayan bir ilacı kullanarak yaralanması nedeniyle açtığı *Fleet v. Holenkamp* davasıdır. Davada cezaî tazminata hükmedilip edilemeyeceğine ilişkin tartışmada mahkeme, zararın kapsamına ve niteliğine, ihmal, kasıt ya da kötüniyetle verilip verilmediğine bakılması gerektiğini belirtmiştir. *Fleet v. Hollenkamp* (1852), 52 Ky (1 B. Mon). Owen, 1976, **a.g.k.**, 1269; Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 531.

⁵⁴⁹P. Dawkins (2007). Damage control: a glimpse into punitive damage reform. *Law and Society Journal at the University of California*, s.73; Sebok, 2009, **a.g.k.**, 165.

⁵⁵⁰C. Markham (1984). The imposition of punitive damages in product liability actions in pennsylvania. *Temple Law Quartely Vol:57*, s. 205; Owen, 1976, **a.g.k.**, 1268; Sebok, 2009, **a.g.k.**, 165.

⁵⁵¹Gül, 2015, **a.g.k.**, 228.

⁵⁵²Sebok, 2009, **a.g.k.**, 166.

⁵⁵³Sebok, 2009, **a.g.k.**, 166.

⁵⁵⁴Sebok, 2009, **a.g.k.**, 166; Owen, 1976, **a.g.k.**, 1259.

⁵⁵⁵Sebok, 2009, **a.g.k.**, 166.

⁵⁵⁶Sebok, 2009, **a.g.k.**, 166; M. R. Stanley (2007). When bad companies happen to good people. *Drake Law Review*, Vol:56 No:2, s. 518.

⁵⁵⁷*Gillham v. Admiral Corporation*, 523 F 2d. (1975)

⁵⁵⁸Owen, 1976, **a.g.k.**, 1259.

⁵⁵⁹*Toole v. Richardson-Merrell Inc.*, 251 Cal. App. 2d 689 (1967).

ilacın piyasaya sürülebilmesi için onay verecek kuruma sahte test sonuçları göndererek tehlikeli bir ilacı satışa sunmuştur⁵⁶⁰.

Grimshaw v. Ford Co. davasında⁵⁶¹ anlaşılmıştır ki *Ford*, “*Pinto*” adını verdikleri binek arabalarında yanlış dizayn edilmiş benzin deposu nedeniyle tüketicilerin kendisini dava etmeyeceğini, etseler de kendisinin sorumlu tutulmayacağını, dava edilse ve telafi tazminatından sorumlu tutulsa bile bu tazminatı karşılamamanın üründeki sorunu gidermekten daha ucuza mal olacağını hesap etmiştir⁵⁶². Cezaî tazminat davalarının ilk uygulamalarında karşımıza çıkan yetkinin kötüye kullanılması, ürün sorumluluğu davalarında kendini davalının yetkisini (gücünü) bilinçli bir tasarımdan yana değil daha çok kârdan yana kullanması şeklinde göstermektedir⁵⁶³. Amerikan kamuoyunu hayli uzun süre meşgul eden bir başka sorun da asbestli ürünlerdir. Şirketler, asbestin insan sağlığı için son derece tehlikeli bir mineral olduğunu fark etmelerine rağmen asbestle çalışan işçiler için koruyucu önlemler almamış, asbestli ürünlere tüketiciler için uyarıcı ürün etiketleri koymamışlardır. On yıllar boyunca gerçeği saklamak için uğraşmışlardır. Tartışmaların yoğun olduğu bir dönemde asbest işi ile uğraşan bir şirketin yöneticisi, “*asbestli ürünlerle uğraşırken güzel bir hayat sürdürüyorsanız, niye asbestten ölmeyesiniz?*” diyebilmiştir⁵⁶⁴. Sonuç olarak, neredeyse çoğu ürün sorumluluğu iddiası, davalıya yönelik bilinçli aldırmaçlık iddiasına dayandığından, cezaî tazminat konusunda meşhur olmuş *Ford Pinto*⁵⁶⁵ veya *McDonald’s*⁵⁶⁶ gibi davalarda jürinin neden kolayca cezaî tazminata karar verdiği anlaşılmaktadır⁵⁶⁷.

⁵⁶⁰Owen, 1976, **a.g.k.**, 1259.

⁵⁶¹*Grimshaw v. Ford Motor Co.*, 174 Cal. Rptr. 348 (Ct. App. 1981).

⁵⁶²*Ford*’un mühendisleri ve yöneticileri *Pinto*’daki tasarım hatasını fark etmişlerdir. Yaptıkları hesaplamalara göre, arabayı tekrar tasarlayarak üretmek 137 milyon dolara malolacaktır. Arabayı ürettikleri şekilde piyasaya sunmaları halinde tahmini 180 kişiye ölüm ya da yaralanma nedeniyle yaklaşık 49,5 milyon ödeyeceklerdir. Tahmine dayalı tazminat tutarını tercih etmek tekrar üretmekten 90 milyon dolar daha ucuza malolacaktır. *Ford* tazminat ödemeyi tercih etmiştir. Stanley, 2007, **a.g.k.**, 521; Sebok, 2009, **a.g.k.**, 166.

⁵⁶³Sebok, 2009, **a.g.k.**, 166.

⁵⁶⁴Stanley, 2007, **a.g.k.**, 523.

⁵⁶⁵*Grisham v. Ford Motor Co.*, 174 Cal. Rptr. 348 (Ct. App. 1981).

⁵⁶⁶*McDonald’s* davasında başlangıçta jüri, davacının üstüne dökülen kahve nedeniyle davalı şirketten tazminat istemesini saçma bulmuştur. Ancak davacı tarafın avukatı, şirket aleyhine delilleri ortaya koydukça jürinin değerlendirmesi değişmiştir. Diğer kahve satışı yapan yerlerde kahvenin sıcaklığı 150-160 °F dır. Bu sıcaklıkta bir kahvenin tene teması halinde üçüncü dereceden yanık olması için birkaç dakika geçmesi gerekirken, *McDonald’s* kahvesi 180-190 °F dır ve tene teması halinde üç saniye içinde üçüncü derece yanığa sebep olmaktadır. Davaya kadar en az 700 kişi hastaneye gidecek kadar yanmıştır, bunların bir kısmı şirkete kahvenin sıcaklığına ve yanığa sebep olduğuna ilişkin şikâyetle bulunmuştur. Ancak *McDonald’s* ürüne ilişkin hiçbir değişiklik yapmamıştır. Stanley, 2007, **a.g.k.**, 533.

⁵⁶⁷Sebok, 2009, **a.g.k.**, 166.

Ürün sorumluluğunda cezaî tazminatın kabul edilmesinin bir diğer sebebi de cezai tazminatın caydırıcılık işlevinin bu haksız fiil tipi bakımından taşıdığı önemdir. İş dünyasının motivasyonu, maksimum kâr elde etmektir, toplum yararı kâr elde edilirken değerlendirilen bir unsur değildir⁵⁶⁸. Ancak bir üreticiyi ayıplı olduğunu bildiği bir ürünü pazarlamaya neyin motive ettiği hukuku ilgilendiren bir durum değildir. Toplumun hukuk sistemine olan güveni korunacaksa, hukuk kurallarını açık şekilde ihlal eden filleri cezalandıracak ve gelecekteki ihlalleri caydıracak çözümler geliştirilmelidir. Bu özellikle kâr arzusu ile yapılan ihlallerle tüketicinin pek çok riske maruz kaldığı durumlarda geçerlidir⁵⁶⁹. Cezaî tazminat doktrini, ürün sorumluluğu haksız fiil tipinde caydırma amacına oldukça iyi hizmet eder. Ürün sorumluluğu nedeniyle cezaî tazminata mahkûm olma ihtimali olan üretici, elde edeceği kâr ile muhtemel tazminat miktarını değerlendirmek zorunda kalacaktır. Bu bakımdan cezaî tazminatın haksız fiili önlemede önceden etkili olacağı kabul edilmektedir. Özellikle haksız fiilin ortaya çıkarılmama, gözden kaçma olasılığını failin önceden bildiği durumlarda cezaî tazminatın uygulanması savunulmaktadır. Aynı zamanda ayıbı apaçık ortada olan bir ürünün piyasaya sürüldüğü yani haksız fiilin mutlak surette ortaya çıkacağı durumlarda da cezaî tazminata hükmedilmelidir. Cezai tazminat yoluyla topluma verilmek istenen mesaj, hiçbir bireyin hukuk sisteminin açıklarından yararlanmaya kalkmamasıdır⁵⁷⁰. Uygun bir örnek olarak, Amerikan futbolu oyuncularını için kask üreten firma sayısı, baş yaralanmaları nedeniyle açılan davalardan sonra azalmıştır. Davalar, yaralanmalara karşı koruyacak nitelikte kask üretmeyen firmaları sorumlu ilan ederken, güvenli bir kaskın taşınması gereken yüksek standartları da belirlemiştir⁵⁷¹. Böylece aranan nitelikte kask üretemeyecek firmalar, tazminat davaları ile karşı karşıya kalmamak için piyasadan çekilmiştir.

Mahkemeler, ürün sorumluluğu davasında cezaî tazminat kararı verilebilmesi için bazı ölçütler aramaktadır. Bu ölçütlerden en sık kullanılanlar, davalının kötülük yapma amacıyla veya kasıtlı olarak düşüncesizce ve sorumsuzca başkalarının haklarını göz ardı etmesi ya da açıkça duyarsızca yahut bilinçli olarak başkalarının haklarına ve güvenliğine aykırı davranmasıdır⁵⁷². Daha az kullanılan bir ölçüt ise davalının fiilin kabul edilemez

⁵⁶⁸Sebok, 2009, **a.g.k.**, 167.

⁵⁶⁹Owen, 1976, **a.g.k.**, 1295.

⁵⁷⁰Sebok, 2009, **a.g.k.**, 167.

⁵⁷¹Stanley, 2007, **a.g.k.**, 525.

⁵⁷²Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 539; Gül, 2015, **a.g.k.**, 234.

(rezil, ahlâksız, şok edici) olmasıdır⁵⁷³. Mahkemeler, bu ölçütleri uygularken ikili ya da üçlü şekilde değerlendirmektedir⁵⁷⁴. Örneğin *Convention Center Inn v. Dow Chemical* davasında⁵⁷⁵, ayıplı bir ürünün otel inşaatında kullanılmasından doğan zarar nedeniyle davacının cezaî tazminat talebi üzerine, anılan ölçütleri kullanan mahkeme, davalının kasıtlı olarak düşüncesizce ve sorumsuzca davrandığı durumlarda onun kötünîyetinin ispatlandığını ve bu durumda cezaî tazminat verilebileceğini ancak olayda davalının ayıplı ürünü piyasaya sürmesinin ihmali davranış olması nedeniyle cezaî tazminat için yeterli olmadığını kabul etmiştir.

Doktrinde bu ölçütlerin şirketlere uygun olmadığı bunlar yerine “kamu güvenliğine ilişkin açık bir kayıtsızlığın yansıması” durumunun ölçüt olarak kullanılabileceği ileri sürülmüştür. Burada üreticinin ruh hali ile değil dışarıya yansıttığı tutumu ile ilgilenilir. Zira üreticinin ruh hali, kanıtlanması zor bir kavramdır. Kaldı ki üreticinin son derece sorumsuz davrandığı durumlarda dürüstlük kuralına uygun davrandığından zaten bahsedilemez. Kamu güvenliğine kayıtsızlıktan kasıt, tehlikeyi önemli ölçüde azaltmak için uygun koşullar olmasına rağmen, üreticinin kamu güvenliğini tehlikeye atıp atmadığını veya ne ölçüde tehlikeye attığını umursamamasıdır⁵⁷⁶. Açık kayıtsızlık hakkın kötüye kullanılması anlamına gelir⁵⁷⁷. Eğer zararı meydana getiren fiil bu ölçütlere uyuyorsa, cezaî tazminata hükmedilebilir.

Doktrinde Owen, ürün sorumluluğunda cezaî tazminat miktarı belirlenirken şu faktörlerin dikkatle ele alınmasını önermektedir⁵⁷⁸: Davacının masrafinin miktarı, topluma yönelik tehlikenin ciddiyeti, ayıplı ürünü pazarlamanın davalıya sağladığı kâr, işletmenin durumun farkına varması üzerine tutumu ve davranışı, üreticinin ürünün tehlikesi konusunda farkındalığı, ayıplı ürünün pazarlanmasına ya da üstünün örtülmesine katılan çalışan sayısı ve bunların farkındalıkları, ayıplı ürünün pazarlanma süresi, durumun gizlenme süresi, işletmenin finansal durumu ve kararın işletmenin durumuna yapacağı etki, işletmenin tazminat davası dışında alacağı muhtemel cezaların toplamı.

⁵⁷³Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 539; Gül, 2015, **a.g.k.**, 235.

⁵⁷⁴Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 539.

⁵⁷⁵*Convention v. Center Inn Dow Chemical Co.*, 484 N.E. 2d 764 (Ohio 1984).

⁵⁷⁶Owen, 1976, **a.g.k.**, 1368.

⁵⁷⁷Owen, 1976, **a.g.k.**, 1369.

⁵⁷⁸Owen, 1976, **a.g.k.**, 1319.

4.1.2. Sözleşme ihlali halinde cezaî tazminat

Sadece sözleşme ihlali nedeniyle cezaî tazminat verilemeyeceği genel kabul gören bir ilkedir⁵⁷⁹. *Restatement (Second) of Contracts* § 355'e göre, sözleşmeye aykırı davranış aynı zamanda cezaî tazminatı gerektiren bir haksız fiil olmadıkça, sözleşmeye aykırılıktan dolayı cezaî tazminata karar verilemez⁵⁸⁰.

Sözleşme hukuku ilkelerine göre, sözleşmenin ihlali halinde sözleşme tarafının, sözleşme ihlal edilmemiş olsa idi hangi durumda olacaksa o duruma getirilmesini talep etme hakkı vardır⁵⁸¹. Her türlü sözleşmenin ihlalinde zarar az ya da çok olsun davacı taraf zararını telafi eden bir tazminata kavuşacaktır.⁵⁸² *Restatement (Second) of Contracts*'a göre, sözleşme hukukunda, tazminatın geleneksel amacı vaatte bulunanı sözünü yerine getirmeye zorlaması değil, sözleşmeyi yerine getirmemesinden kaynaklanan zararı gidermeye zorlamasıdır⁵⁸³.

Sözleşmenin ihlali ne şekilde olursa olsun (kınanacak ağırlıkta olsa bile) hâlâ amaç sözleşme tarafını ihlalden önceki hale getirmektir, daha iyi bir duruma değil⁵⁸⁴. Oysa cezaî tazminat verilmesi halinde taraf, sözleşmenin yerine getirilmesinden daha iyi bir konuma gelecektir.⁵⁸⁵ Sözleşme hukukunda tazminatın amacı telafi iken, cezaî tazminat bakımından öne çıkan işlevler cezalandırma ve caydırmadır⁵⁸⁶. Haksız fiil hukukunda faili toplumsal düzeni bozduğu için de sorumlu tutarız⁵⁸⁷. Oysa sözleşme hukukunda mesele tamamen sözleşmenin tarafları arasındadır. Elbette sözleşme hukukunun da topluma hizmet eden bir yönü vardır. Sözleşme hukuku, sözleşmenin taraflarına verilen vaatlerin tutulacağı güvencesi vererek ekonomik ilişkilerde bir dereceye kadar güvenlik sağlamaktadır⁵⁸⁸. Ancak yine de sonuç olarak sözleşmenin ihlali tarafları ilgilendirir.

⁵⁷⁹Calvi and Coleman (2004), **a.g.k.**, s. 265; E.J. Leslie (1986). Formulating standards for awards of punitive damages in the Borderland of Contract and tort. *California Law Review*, Vol:74, s.2033; D. E. R. Venour (1988). Punitive damages in contract. *Canadian Journal of Law*, Vol:1, s.88.

⁵⁸⁰Restatement (Second) of Contracts. §335 (1981) W. S. Dodge (1999). The case for punitive damages in contracts. *Duke Law Journal*, Vol: 48 No: 4, s. 636, dpn. 1.

⁵⁸¹Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 385; F. J.C. Cavico Jr. (1990). Punitive damages for breach of contract- a principle approach. *St. Mary's Law Journal*, Vol:22, No: 2, s. 361.

⁵⁸²Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 385; Cavico, 1999, 361.

⁵⁸³Restatement (Second) of Contracts into. note to ch. 16, at 100 (1981). Dodge, 1999, **a.g.k.**, 630, dpn. 1.

⁵⁸⁴L.P. Simpson (1959). Punitive damages for breach of contract. *Ohio State of Journal* Vol:20., s. 284.

⁵⁸⁵Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 386.

⁵⁸⁶A. Herschorn (2013). Awards of punitive damages for breach of contract. *The Advocates' Quarterly* Vol:41., s. 467; Leslie 1986, **a.g.k.**, 2034.

⁵⁸⁷Leslie 1986, **a.g.k.**, 2052; Schlueter and Redden, 2000, **a.g.k.**, 388.

⁵⁸⁸Cavico, 1999, 361.

Sözleşmenin tarafları borcu ifa etmek ya da ifa etmeyip tazminat ödemek konusunda bir tercihte bulunurlar. Borcun ifa edilmemesi halinde, tazminat sözünü tutmayanı cezalandırmaya değil, mağdurun zararını telafi etmeye yöneliktir. Telafi tazminatı, yeteri kadar caydırıcılık işlevi de içerir⁵⁸⁹. Ayrıca mahkemeler, ticari hayata belirsizlik getirme ve taraflar arasındaki dengeyi bozma ihtimali nedeniyle cezaî tazminat doktrinini sözleşme hukukuna genişletme konusunda isteksiz davranmaktadır⁵⁹⁰. Ticari hayatta tarafların ekonomik çıkarları için ilişkide oldukları göz önünde tutularak bu ilişkiden bir zarar doğması halinde zararın telafi edilmesi yeterli sayılmalıdır, ilave cezaî tazminat ihtimali bireyleri sözleşme yapmaktan kaçırılmamalıdır⁵⁹¹.

Öte yandan tarafların verdikleri sözü tutması ahlâki açıdan değerlendirilirse, sözleşmenin yerine getirilmesi ahlâki bir görev olarak kabul edilir. Bir başka açıdansa tarafların sözlerini yerine getirmeleri iradelerine dayanır, istedikleri için sözleşmeye uyarlar, mecbur oldukları için değil. Mecburiyet ahlâki görev bakış açısıyla sözleşmenin ifası değerlendirildiğinde, toplum nezdinde sözleşme ihlali bir nevi suç gibi görülebilir. Oysa amaç sözleşmeyi ifaya zorlamak değil, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde zarara uğrayan tarafın zararının telafi edilmesidir⁵⁹².

Sözleşme ihlalinde cezaî tazminat verilmemesinin istisnaları vardır: Sözleşme ihlalinin bağımsız haksız fiil oluşturması halinde cezaî tazminat verilebilir⁵⁹³. Mahkeme, cezaî tazminatın uygulanamayacağı sözleşme ihlali oluşturan davranış ile bağımsız haksız fiil oluşturan davranışı ayırabilmelidir⁵⁹⁴. Cezaî tazminatın gündeme gelebilmesi için, sözleşmesel ilişkinin varlığı ve bu sözleşmeden doğan ancak sözleşmesel yükümlülüklerden bağımsız bir yükümlülüğün ihlal edilmiş olması gerekmektedir⁵⁹⁵.

⁵⁸⁹Cavico, 1999, 366.

⁵⁹⁰M. F. Mcnamara (1984). Tortious breach of Contract in Oklahoma. *Tulsa Law Journal* Vol:20., s.236; Leslie 1986, **a.g.k.**, 2034; Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 388; A. Chernyavskaya. The penalty doctrine: protective or punitive? *Auckland Law Review*, Vol:23, s. 150; Sullivan 1977, **a.g.k.**, 237; Cavico, 1999, 366.

⁵⁹¹Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 389; Leslie 1986, **a.g.k.**, s. 2041.

⁵⁹²Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 387.

⁵⁹³Restatement (Second) of Contracts §355 (1981); Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 390; Leslie 1986, **a.g.k.**, 2045; Herschom, 2013, **a.g.k.**, s.473; Sullivan 1977, **a.g.k.**, 236; Dodge, 1999, **a.g.k.**, 636.

⁵⁹⁴Leslie 1986, **a.g.k.**, 2045; Simpson, 1959, **a.g.k.**, 284.

⁵⁹⁵P. G. Coleman (1981). Punitive damages for breach of contract: a new approach. *Stetson Law Review*, Vol:11, No:2, s. 257; Sullivan 1977, **a.g.k.**, 237. *Franklin Plant Farm v. Nash* davasına konu olan olayda, ev sahibi davalı, davacı kiracıyı kira sözleşmesine aykırı olarak evden çıkarmış, kiracının kendi kullanımında eve yaptığı birtakım iyileştirmelere el koymuştur. Mahkeme sözleşmeye aykırılığa eşlik eden ancak sözleşmeden bağımsız haksız fiil nedeniyle cezaî tazminata hükmetmiştir. *Franklin Plant Farm v. Nash*, 118 Va. 98, 86 S.E. 836 (1915).

Davalının fiili dolandırıcılık (*fraud*), kötülük yapma amacı (*malice*) veya diğerinin hakkına kasıtlı olarak saygısızlık (*wanton*) gibi ağırlaştırıcı unsurlar taşıyorsa cezaî tazminat söz konusu olacaktır⁵⁹⁶. Sözleşme ilişkisi bağlamında, cezaî tazminatın söz konusu olabileceği bazı durumlar şunlardır: Kendine mâl etme (*conversion*), aldatma (*fraud*), güvene dayalı yükümlülüğün ihlali (*breach of a fiduciary duty*), hileli davranışla sözleşmenin ihlali (*breach of contract accompanied by a fraudulent act*) dürüstlük kuralına aykırı davranma (*breach of the duty of good faith and fair dealing*)⁵⁹⁷.

Welborn v. Dixon davası⁵⁹⁸, sözleşme ihlalinde cezaî tazminatın verildiği ilk davalardan biridir. Davalı, rehne konu eşyayı borcun vadesi gelmeden bir başkasına satmıştır. Mahkeme, bir sözleşmenin ihlali, hileli bir fiille yapılmışsa telafi tazminatı ile birlikte cezaî tazminata karar verilebileceğini belirtmiştir. *Welborn* davasının etkisiyle sözleşme ihlallerinde cezaî tazminata karar verilmesi uygulamaya yerleşmeye başlamıştır⁵⁹⁹. İlk davaların çoğu sigorta şirketleri ile yapılan sözleşmelere ilişkindir ve sözleşme ihlallerinin hileli şekilde yapılması halinde hem telafi edici hem cezaî tazminata hükmedilmiştir. Burada hileli davranışın sadece sözleşmenin ihlali ile ilgili olması değil sözleşme müzakereleri sırasında, sözleşme yapmaya teşvik amacıyla yapılan hileli fiiller de cezaî tazminatın konusu olmuştur. Örneğin sigorta acentesinin düzenlenecek poliçenin içeriğine ilişkin yanlış beyanda bulunması cezaî tazminat talebini haklı kılmaktadır.⁶⁰⁰ Taraflardan birinin sözleşmeyi yaparken sözleşmeyi ifa etmeme niyetini taşıması yani karşı tarafı sözünü tutacağına yönelik aldatması durumunda cezaî tazminata yer vardır⁶⁰¹. Ayrıca sözleşme hileli hareketlerle yerine getirilirse mahkeme cezaî tazminat verebilir⁶⁰².

⁵⁹⁶Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 390.; Simpson, 1959, **a.g.k.**, 284; Coleman, 1981, **a.g.k.**, 257. *Boise Dodge Inc. v. Clark* davasına konu olayda, davacı davalıdan satın aldığı aracın, test sürüşlerinde kullanılan araç olduğunu sonradan öğrenmiştir. Mahkeme, davalı aleyhine cezaî tazminata hükmetmiştir. Davalı temyiz başvurusunda, aralarındaki ilişkinin sözleşmesel ilişki olması nedeniyle cezaî tazminata hükmedilemeyeceği itirazını ileri sürmüştür. Temyiz mahkemesi, tarafların aralarındaki ilişki sözleşme ilişkisi olsa da sözleşmeyi ihlal eden fiilin aynı zamanda haksız fiil olması ve fiilin ağırlaştırıcı unsurlar taşıması halinde cezaî tazminata hükmedilebileceğini ifade etmiştir. *Boise Dodge Inc. v. Clark*, 92 Idaho, 902, 453P.2d 551 (1969). Sullivan 1977, **a.g.k.**, 236.

⁵⁹⁷Simpson, 1959, **a.g.k.**, 284; Sullivan 1977, **a.g.k.**, 226; Coleman, 1981, **a.g.k.**, 261.

⁵⁹⁸*Welborn v. Dixon*, 70. S.C. 108, 49 S.E. 232 (1904).

⁵⁹⁹Simpson, 1959, **a.g.k.**, 284.

⁶⁰⁰Simpson, 1959, **a.g.k.**, 285.

⁶⁰¹Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 396.

⁶⁰²*Whitehead v. Allen* davasına konu olayda, alıcı ürünü hasat edip tartacak ve tartım sonucuna göre kararlaştırılan bedeli ödeyecektir. Satıcı, borcun ifa edilmemesi üzerine açtığı davada, ayrıca alıcının ürünün tartılmasında hile yaptığını ileri sürmüştür. Mahkeme, sözleşmenin kötücül ve ahlâksız bir fiille ihlalinde cezaî tazminata hükmedilmesi gerektiğini ifade etmiştir. *Whitehead v. Allen* 63 N.M. 460, 313P2d 355 (1957). Simpson, 1959, **a.g.k.**, 285.

Sözleşme ihlalinde cezaî tazminat verilmemesinin istisnalarından bir diğeri nişanın haksız olarak bozulmasıdır⁶⁰³. Bu en eski istisnadır⁶⁰⁴. Zira 17. yüzyıl İngiltere'sinde evlilik ticari bir anlaşma olarak görülüyordu. Ancak daha sonra bu istisna, tarafların özgür iradelerini ortadan kaldırdığı, bir şantaj unsuru olarak kullanılabileceği gibi farklı sebeplerle eleştirilmiştir⁶⁰⁵. Eleştirilere rağmen mahkemeler istisnayı bazı durumlarda uygulamaya devam etmişlerdir. Örneğin eğer davacı evlilik vaadi ile kandırılmışsa, davalı nişanlanırken ya da nişanı bozarken hileli ya da kötülük yapma amacıyla davranmışsa, evlenme niyeti olmadığı halde nişanlanmışsa cezaî tazminat verilebilir⁶⁰⁶. Cezaî tazminat, genellikle davacının toplum içinde küçük düşürülmesi sonucunda zihinsel acı ve utanç duyması nedeniyle verilir. Tazminatın davalıyı cezalandırmak, üçüncü kişileri benzer davranışlardan caydırmak amacı vardır⁶⁰⁷.

Diğer bir istisna, kamu hizmeti gören kuruluşlarla yapılan sözleşmelerdir⁶⁰⁸. Bu istisnanın temeli, kamu hizmeti vermenin sağladığı ayrıcalıklı konumu ve ekonomik gücü elinde bulunduran tarafın, bu gücünü kötüye kullanmasını engellemek, toplumu sömürü ve ekonomik baskıdan korumaktır⁶⁰⁹. Cezai tazminat için davacı, davalının fiilinin kötücül, ahlâksız, sorumsuz veya baskıcı olduğunu ispat etmelidir⁶¹⁰.

Güven ilişkisine dayalı bir sözleşmede sözleşmenin ihlali halinde cezaî tazminat verilebilmektedir⁶¹¹. Burada cezaî tazminatın kabul edilmesinin sebebi, ihlalin basit bir sözleşmenin yerine getirilmemesi gibi görülmeyp daha ziyade dürüstlük kuralının ihlal edilmesi olarak görülmesidir. Kimi davaya (çoğu sigorta davaları) konu olan dürüstlük kuralı ihlallerinin haksız fiil olarak ele alınamaması ve bu ihlallerin cezalandırılmamasının benzer türde ihlallere yol açacağı endişesi söz konusu istisnanın

⁶⁰³McNamara 1984, **a.g.k.**, 239; Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 403; Venour 1988, **a.g.k.**, 88; Sullivan, 1977, **a.g.k.**, 222-223, dpn. 3; Dodge, 1999, **a.g.k.**, 636; Coleman, 1981, **a.g.k.**, 237.

⁶⁰⁴Cezaî tazminata hükmedilen ilk davalardan olan *Coryell v. Colbaugh* nişanın haksız yere bozulması ile ilgiliydi. *Coryell v. Colbaugh*, 1 N. J. L. 90 (N.J. 1791).

⁶⁰⁵R.B. Brown (1929). Breach of promise suits. *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, Vol:77, s. 474.

⁶⁰⁶Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 404.

⁶⁰⁷McNamara 1984, **a.g.k.**, 239.

⁶⁰⁸McNamara 1984, **a.g.k.**, 239; Dodge, 1999, **a.g.k.**, 636; Coleman, 1981, **a.g.k.**, 274.

⁶⁰⁹McNamara 1984, **a.g.k.**, 239; Coleman, 1981, **a.g.k.**, 274.

⁶¹⁰McNamara 1984, **a.g.k.**, 239.

⁶¹¹McNamara 1984, **a.g.k.**, 241; Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 405; Dodge, 1999, **a.g.k.**, 636.

kabulünü gerektirmiştir⁶¹². Bu istisna halinde de cezai tazminat için davacı, davalının fiilinin kötücül, ahlâksız, sorumsuz veya baskıcı olduğunu ispat etmelidir⁶¹³.

Pek çok eyaletin cezaî tazminata karar verilebileceğini kabul ettiği sözleşmeye aykırılık hallerinden biri de sigorta davalarına ilişkindir (*bad faith breach of an insurance contract*). Mahkemeler, tüm sözleşmeler gibi sigorta sözleşmelerinin de zımni olarak dürüstlük kuralını içerdiğini kabul etmektedir⁶¹⁴. Hakkın kötüye kullanılmaması ve dürüstlük kuralı ilkelerinin sözleşmede zımnen yer aldığının kabulü, tarafların diğerinin sözleşmeden yararlanma hakkına zarar vermeyecek şekilde davranmakla yükümlü olmaları demektir⁶¹⁵. 1950’lerden başlayarak mahkemeler, sözleşmeye aykırılık talebine ek olarak sözleşmenin dürüstlük kuralına aykırı olarak ihlal edilmesini ayrı bir haksız fiil olarak kabul etmişlerdir⁶¹⁶. Poliçe sahibinin bizzat yararlandığı (*first party insurance*) sigorta sözleşmeleri de üçüncü kişinin yararlandığı (*third party insurance*) sigorta sözleşmeleri de dürüstlük kuralına aykırı olarak davranılması nedeniyle cezaî tazminat davasına konu olabilmektedir. Ancak sözleşme ilişkisinde sigortacının dürüstlük kuralına aykırı davranışı (*insurer’s bad faith*) nedeniyle cezaî tazminat verilir verilemeyeceği, eyaletlere göre farklılık göstermektedir. Bazı eyaletler, sigortacının dürüstlük kuralına aykırı davranması halinde de fiilin ağırlaşmış halini aramaktadır.

4.2. Manevî unsur

Yargılamada, davacıya verilen zararın niteliği veya ağırlığından daha çok davalının niyeti ve kusurunun derecesi esas alınır⁶¹⁷. Çeşitli mahkeme kararlarında geçen ifadeyle⁶¹⁸: “Cezai tazminata yalnızca kötünîyetin, kasıtlı bir davranışın veya

⁶¹²McNamara 1984, **a.g.k.**, 241.

⁶¹³McNamara 1984, **a.g.k.**, 242.

⁶¹⁴“Dürüstlük kuralına uygun davranmak her sigorta sözleşmesinin parçasıdır”. Kansas Bankers Sur. Co. v. Lyness, 920 F. 2d 546, 548 (th Cir. 1990). D. R. Richmond (1994). An overview of insurance bad faith law and litigation. *Seton Hall Law Review*, Vol: 25 No:1, s. 76, dpn. 12.

⁶¹⁵*Hilker v. Western Automobile Insurance Co.* davasında, mahkeme, sigorta şirketinin, sigortalının sorumluluğunu belirleyen tüm hususların kontrolünü ele aldığına üstlendiği yükümlülüğü dürüstlük kuralına uygun bir şekilde kullanması gerektiğini belirtmiştir. Sigorta şirketi, sigortalıya ilişkin araştırmalarda basiretli bir iş sahibinin kendi işlerinde göstereceği özeni göstermelidir. *Hilker v. Western Automobile Insurance Co.*, 231 N. W. 257 (Wis. 1930) Richmond, 1994, **a.g.k.**, 77.

⁶¹⁶Richmond, 1994, **a.g.k.**, 77.

⁶¹⁷Note 1966; The imposition of punishment by civil courts: a reappraisal of punitive damages. *New York University Law Review*, s. 1163; Bell and Pearce, 1987, **a.g.k.**, 9.

⁶¹⁸“Punitive or exemplary damages are allowable only where there is misconduct or actual malice or such recklessness or negligence as to evince a conscious disregard of the rights of others. But where the act or omission complained of is free from fraud, malice, oppression or other special motives of aggravation, damages by way of punishment can not be awarded and compensatory damages are only are permissible. They are allowed not so much as compensation for plaintiff’s loss, as to warn others and punish the

başkalarının haklarını bilinçli olarak göz ardı ettiğini gösteren pervasızlık veya ihmal olması halinde hükmedilir. Ancak dava konusu yapma ya da yapmama davranışı, hile, kasıt, baskı veya diğer ağırlaştırıcı unsurlara sahip değilse, cezaî tazminata karar verilemez, sadece telafi edici tazminat verilebilir. Cezaî tazminata, davacının zararını tazmin etmekten çok başkalarını uyarmak, sorumsuzca, baskıcı, kasıtlı olarak medeni yükümlülüklerle karşı cezayı gerektirecek ağırlıkta kayıtsızca davranan faili cezalandırmak için izin verilir. Fiilden zarar doğacağı bilgisi ve bilinci ile yapılan eylem isteyerek ve sorumsuzca yapılan eylemdir”.

Cezaî tazminata izin veren her eyalet zarar verme kastını arar⁶¹⁹. Failinin kusurunun derecesi bakımından ihmal yeterli değildir ancak bazı durumlarda ağır ihmal halinde de cezaî tazminata hükmedilebilmektedir⁶²⁰. Cezaî tazminata karar verilen durumlarda fiilin nitelikli hali (ağırlaşmış hali) aranır⁶²¹. Kusur derecesini belirtmek için mahkemeler,

wrongdoer, if he has acted wantonly, oppressively or with such malice as to evidence a spirit of malice or criminal indifference to civil obligations. Willful or wanton conduct imports knowledge and consciousness that injury will result from the act done”. Wood v. Amerikan National Bank 100 Va. 306, 40 S.E. 931; Weather v. Birchett 158 Va.741 (Va. 1932); Wright v. Everett 90 S.E. 2d 855 (Va.1956); Hogg v. Plant 145 Va. 175 (va. 1926); Friedman v. Jordan 166 Va. 65 (Va. 1936).

⁶¹⁹Sebok, 2009, **a.g.k.**, 181.

⁶²⁰Bell and Pearce, 1987, **a.g.k.**, 10; T. A. Schmidt (1987). Punitive damages in Arizona: the reports of their death are greatly exaggerated. *Arizona Law Review*, Vol:29, s. 600.

⁶²¹Mahkemeler fiilin nitelikli halini tarif etmek için kastî (*intentionally*), umursamaz (*recklessly*), sorumsuz (*wantonly*), bilerek (*willfully*), ağır ihmalle (*gross negligence*), kötüniyetle (*maliciously*), gaddarca (*oppressively*), kötüniyetle (*evil motives*), düşmanlıkla (*ill-will*) aşağılayarak (*insulting*), rezil (*outrageous*), korkunç (*egregious*), kınanabilir (*reprehensible*), yeteri kadar mantıksızca (*sufficiently unreasonable*), hatalı (*wrongful*), sahtekarca (*dishonestly*) başkalarının haklarını ve güvenliğini bilerek veya bilinçli olarak göz ardı ederek (*knowingly or conscious disregard of others right and safe*) gibi terimler kullanmaktadır. Bell and Pearce, 1987, **a.g.k.**, 9; Ellis, 1982, **ag.k.**, 20; Gül, 2015, **a.g.k.**, 243; Sebok, 2009, **a.g.k.**, 181.

*willfully*⁶²², *wantonly*⁶²³, *maliciously*⁶²⁴, *reckless*⁶²⁵, *oppressive*⁶²⁶, *fraud*, *malice*⁶²⁷, *gross negligence*⁶²⁸, *oppression*⁶²⁹, *evil*⁶³⁰ terimlerini kullanmaktadır⁶³¹.

Eylemi nitelikli hale getiren unsurlar haksız fiil tiplerine ve eyaletlere⁶³² göre farklılık göstermektedir⁶³³. Yine de bahsi geçen terimler çok büyük bir farklılık yaratmamakta, eyaletlerin uygulamaları arasındaki asıl farklılık kasıt (*intent*) ve ihmal (*negligence*) alanlarında görülmektedir⁶³⁴.

Kasıt (*intent*) terimi, kişinin zarar verme amacıyla ya da zarar vereceğini bile bile davranmasını ifade etmektedir⁶³⁵. İhmal (*negligence*) terimi, kişinin üçüncü kişileri zarar riskine karşı korumak için hukuken uyması gereken davranışlara aykırı davranmasını ifade etmektedir⁶³⁶. İhmalden bahsedilmek için davalının uyması gereken bir hukuk

⁶²²*Willfully*: In civil actions the word willfully often denotes an act which is intentional, or knowing or voluntary as distinguished from accidental (Medeni hukuk davalarında *willfully*, genellikle kasıtlı, kazara olandan farklı olarak, bilerek ve isteyerek yapılan bir eylemi ifade eder. Black's Law Dictionary (1990). Altıncı Baskı). St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., s. 1599.

⁶²³*Wanton*: Reckless, heedless, malicious, characterized by extreme recklessness of foolhardiness; recklessly disregardful of the rights or safety of others or of consequences (Pervasız, dikkatsiz, kötünietli, aşırı pervasız ve gözükaralıkla karakterize edilen; başkalarının haklarına veya güvenliğine umursamazca saygısız olma). Black's Law Dictionary, s. 1582.

⁶²⁴*Malicious*: Characterized by, or involving, malice; having or done with wicked, evil or mischievous intentions or motives; wrongful and done intentionally without just cause or excuse or as a result of ill will (Kötülükle karakterize edilen, ilgili olan; kötücül, şeytanca veya haince niyetle veya amaçla yapılan; yasaya aykırı ve haklı bir sebep veya mazeret olmaksızın veya kötünietle kasıtlı olarak yapılan). Black's Law Dictionary, s. 958.

⁶²⁵*Reckless*: Not recking; careless, heedless, inattentive; indifferent to consequences (Umursamamak; dikkatsiz, pervasız, kayıtsız; sonuçlara ilgisiz). Black's Law Dictionary, s. 1270.

⁶²⁶*Oppressive*: Burdensome, unjustly harsh, or tyrannical (Dayanılmaz, insafsızca hırpalayıcı, gaddarca).

⁶²⁷*Malice*: The intentional doing of a wrong act without just cause or excuse, with an intent to inflict an injury or under circumstances that the law will imply an evil intent (Haklı bir sebep veya mazeret olmaksızın, zarar vermek kastıyla ya da hukukun şartlar gereği kast olarak kabul edeceği şekilde haksız fiilde bulunmak). Black's Law Dictionary, s. 956, 957.

⁶²⁸*Gross negligence*: The intentional failure to perform a manifest duty in reckless disregard of the consequences as affecting the life or property of another (Bir başkasının hayatını veya eşyasını etkileyen sonuçları umursamadan açık bir ödevi kasıtlı olarak yerine getirmemek). Black's Law Dictionary, s. 1033.

⁶²⁹*Oppression*: An act of cruelty, severity, unlawful exaction or excessive use of authority (Zalimce, şiddet içerikli davranış, hukuka aykırı zorlama veya otoritenin aşırı kullanımı). Black's Law Dictionary, s. 1093.

⁶³⁰*Evil*: Morally wrong or bad; immoral, wicked (Ahlâki olarak yanlış veya kötü, ahlâksız, kötü).

⁶³¹Ellis, 1982, **a.g.k.**, 20.

⁶³²Örnek olması bakımından üç farklı eyalete bakacak olursak; Arizona: Punitive damages are allowed for gross, wanton and culpable negligence. Ross v. Clark 35. Ariz.274 P. (1929). Missouri: Wantonness and recklessness furnishes a basis for punitive awards. Jennings v. Cooper, 230 S.W.325 (Mo. Ct. App.1921); Illinois: Punitive damages are allowed where a wrongful act is characterized by circumstances or aggravation, such as willfulness, wantonness, malice or oppression. Eshelman v. Rawalt, 298 N.E. 675 (1921)

⁶³³Gül, 2015, **a.g.k.**, 2244.

⁶³⁴Sebok, 2009, **a.g.k.**, 181.

⁶³⁵Restatement (Second) of Torts 8A (1965).

⁶³⁶Restatement (Second) of Torts 8A (1965).

kuralı, bu kuralın ihlali, ihlal ile zarar arasında uygun illiyet bağı ve davacının zararı olmalıdır⁶³⁷. İhmal, kökleri Roma Hukukuna dayanan ikili ve üçlü ayırım sistemi ile ele alınır. İngiliz ve Amerikan Hukuku, hafif ihmal (*Slight negligence*⁶³⁸), ortalama ihmal (*ordinary negligence*⁶³⁹), ağır ihmal (*gross negligence*⁶⁴⁰) olmak üzere üçlü bir ayırımı kabul etmektedir⁶⁴¹. Hafif ihmalden kasıt kişinin büyük bir özen göstermesi gereken durumlarda bu özeni göstermemiş olması, ortalama ihmalden kasıt olağan olarak gösterilmesi gereken özenin gösterilmemiş olması, ağır ihmalden kasıt en ufak bir özenin bile gösterilmemiş olmasıdır⁶⁴².

Hafif ihmal halinde cezaî tazminata karar verilemez⁶⁴³. Ancak mahkemeler ağırlaşmış ihmal hali diye tanımlayarak bu durumlarda da cezaî tazminata karar verebilmektedir⁶⁴⁴. Ancak burada aslında söz konusu olan ağır ihmal halidir hatta bazen kasta yakın durumlardır⁶⁴⁵. Örneğin, Florida Yüksek Mahkemesi bir kararında⁶⁴⁶, cezaî tazminata hükmedebilmek için fiilin insan yaşamına yönelmiş ağır ve bariz ihmalkârlık şeklinde veya kamu düzeni ve güvenliğini umursamaz ya da başkalarının haklarını hiçe sayar tarzda olmasını aramıştır. Başkalarının güvenliğine ve haklarına karşı bilinçli olarak aşırı kayıtsız davranan kimse ağır ihmal halindedir⁶⁴⁷. Ağır ihmal hali için cezaî tazminata hükmedilmesi özellikle cezaî tazminatın caydırıcılık işlevi bakımından önemlidir⁶⁴⁸. Doktrinde ağır ihmal halini anlamak bakımından şu sorunun sorulması önerilir⁶⁴⁹: Davalı yaptığı davranış ile başkalarının hakkı aleyhine çok büyük risk aldığıının farkında mıdır?

⁶³⁷L. L. Schlueter and K. R. Redden, 2000, Punitive Damage (Fourth Edition) Volume 2, Abd: Lexis Publishing, s.49; L.M. Broman (1982) Punitive damage: an appeal for deterrence. *Nebraska Law Review* Vol:6, s. 673. 651- 680.

⁶³⁸*Levissima culpa*. Beven, 1889, **a.g.k.**, 17.

⁶³⁹*Levis culpa*. Beven, 1889, **a.g.k.**, 17.

⁶⁴⁰*Lata culpa*. Beven, 1889, **a.g.k.**, 17.

⁶⁴¹S.D. Elliott (1933). Degrees of negligence. *Southern California Law Review* Vol:6, s.95. 91-144; T. Beven. (1889). Principles of the law of negligence. London: Stevens and Haynes Law Publishers, 17. İkili ayırmada ihmal culpa levis ve culpa lata olarak ayrılır. Beven, 1889, **a.g.k.**, 17.

⁶⁴²Elliott, 1933, **a.g.k.**, 95.

⁶⁴³Mallor and Mallor 1980, **a.g.k.**, 651.

⁶⁴⁴Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 517; Mallor and Roberts, 1980, **a.g.k.**, 651.

⁶⁴⁵F.W. Jacoby (1971). The relationship of punitive damages and compensatory damages in tort actions. *Dickinson Law Review* vol:75., s. 602. 585- 607.Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 517.

⁶⁴⁶White Construction Company v. Dupont 430 So 2d 915 (1983).

⁶⁴⁷Broman, 1982, **a.g.k.**, 660; A.G. Nichols. Punitive Damages in mississippi- a brief survey. *Mississippi Law Journal*, Vol: XXXVII, s.146; Mallor and Roberts, 1980, **a.g.k.**, 651.

⁶⁴⁸Note (1966). The imposition of punishment by civil courts: a reappraisal of punitive damages. *New York University Law Review*, Vol:41, s.1165; Broman, 1982, **a.g.k.**, 659.

⁶⁴⁹Note 1966, **a.g.k.**, 1165; Broman, 1982, **a.g.k.**, 660.

Claunch v. Bennett davasında⁶⁵⁰, davalı arkadaşını araç trafiğinin yoğun olduğu bir yolda kendisiyle yarışmaya ikna etmiştir. Davacının başkalarına zarar vermek kastı ispat edilememiş olsa da başkaları için bu kadar büyük bir risk yaratması cezaî tazminat verilmesi için yeterli olmuştur.

4.3. Zararın mevcut olması

Cezai tazminat verilebilmesi için davacının zararının olması gerekir⁶⁵¹. Davacının telafi tazminat hakkı olmadığında, davacıya cezaî tazminat da verilemez⁶⁵². Cezaî tazminat, telafi tazminatı için bulunan dava sebebinden ayrı bir dava sebebi gerektirmez⁶⁵³. Bazı mahkemeler, nominal tazminatın (*nominal damages*) verilebildiği durumlarda cezalandırma işlevini yerine getirmek üzere cezaî tazminatın da verilebileceğini kabul ederken bazıları bunu kabul etmez⁶⁵⁴. Buradaki mesele cezaî tazminatın birbirinden çok farklı durumlarda talep edilebilir olmasıdır⁶⁵⁵. Bazen ortada bir zarar olmadığı için talep yoktur, bazen de bir zarar vardır ancak ölçülebilir değildir⁶⁵⁶. Örneğin, ana caddede çok hızlı bir şekilde araba kullanan bir kimse başkasına zarar vermediği sürece kendisine karşı ileri sürülebilecek bir iddia yoktur ve özel hukuk alanında sorumlu tutulmayacaktır. Dolayısıyla cezaî tazminat da istenemeyecektir. Ancak bazı davalarda kanıtlanabilir bir zarar olmamasına rağmen davalıyı sorumlu tutmak mümkündür. Örneğin vücut bütünlüğüne müdahale haksız fiil tipinde, davacı davalıya dokunamamış bile olsa, sembolik tazminat hatta bazen telafi tazminatı söz konusu olabilir. Bu durumda cezaî tazminat da istenebilir. Davacıya yönelik davranış zarara sebep olmasa bile bazı durumlarda başkalarını caydırmak amacıyla davacının cezaî tazminata mahkûm edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Örneğin, kalabalık bir yerde davacıyı hedef alarak ateş eden ancak isabet ettiremeyen davalı aleyhine, bir zarara sebep olmasa bile, cezaî tazminata hükmedilebilir. Buradaki amaç davalıyı cezalandırmak ve üçüncü kişileri benzer davranışlardan caydırmaktır⁶⁵⁷.

⁶⁵⁰Calunc v. Bennett, 395 S.W.2d 719 (Tex. Civ. App. 1965).

⁶⁵¹Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**,352; C. Morris (1931). Punitive damages in tort cases. *Harvard Law Review*, Vol: XLIV, s.1180.

⁶⁵²Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 352; Broman, 1982, **a.g.k.**, 673.

⁶⁵³Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 352.

⁶⁵⁴Broman 1982, **a.g.k.**, 673.

⁶⁵⁵Broman 1982, **a.g.k.**, 673; Jacoby, 1971, **a.g.k.**, 602.

⁶⁵⁶Broman, 1982, **a.g.k.**, 673.

⁶⁵⁷Broman, 1982, **a.g.k.**, 674.

Davacının, davalının hileli hareketleri ile zarar gördüğünü ispat etmesinin yeterli görülüp nominal tazminat ya da telafi tazminatı verilmeden cezaî tazminata hükmedilmesi de mümkündür⁶⁵⁸.

Telafi tazminatın istenebilmesi koşuluyla cezaî tazminatın verildiği durumlarda telafi tazminatın miktarı cezaî tazminatı belirlemelidir. Cezaî tazminat, yasalara uyulması yönünde telkin edici, yasaya aykırılığı caydırıcı büyüklükte olmalı ancak aşırı da olmamalıdır⁶⁵⁹.

5. Cezaî Tazminatın Özellikleri

5.1. Ceza hukuku yaptırımına benzemesi

Cezaî tazminat, ceza hukukunun kamu adına cezalandırma işlevini medeni hukuk sistemine aktarmıştır⁶⁶⁰. Ceza hukukunun temel amacı suçluyu cezalandırmak, onu topluma yeniden kazandırmak, üçüncü kişileri suç işlemekten caydırmaktır. Cezaî tazminatın işlevlerine baktığımızda ceza hukukunda sayılanlara yakın olduğunu görürüz. Bu nedenle cezaî tazminatı, sistemdeki bir anormallik olarak tanımlayanlar olmuştur⁶⁶¹. Cezaî tazminatı eleştirenler, özel hukuk kamu hukuku ayırımına dikkat çekerek iki alan arasındaki sınırların karışmaması gerektiğini ileri sürmektedir⁶⁶². Ceza hukuku, ahlâki olarak kınanması gereken eylemler kişiye zarar verdiği için harekete geçmez, bütün topluma zarar verdiği için bu eylemlerin soruşturmasının ve kovuşturulmasının peşindedir⁶⁶³. Medeni hukuk ise kişiler arasındaki ilişkiyi düzenleyerek, onlar arasındaki ilişkide adalet dağıtma amacına, toplumun geri kalanı ile ilgilenmeksizin yönelmiştir⁶⁶⁴.

Kennedy v. Mendoza- Martinez davasında⁶⁶⁵ mahkeme, hangi yaptırımın bir ceza yaptırımı olarak nitelendirilmesi gerektiğine ilişkin ölçütleri, yaptırımın kısıtlama içerip içermediği, tarihsel süreçte ceza olarak görülüp görülmediği, yalnızca kastın söz konusu olduğu durumlarda uygulanıp uygulanmadığı, uygulanmasının geleneksel cezalandırma-

⁶⁵⁸Third Generation, Inc. V. Wilson 668 So 2d. 518 (Ala. 1995)

⁶⁵⁹Flanary v. Wood, 32 Tex. Civ. App. 250, 73 S.W. 1072 (1903).

⁶⁶⁰Qsair 2018, **a.g.k.**, 151.

⁶⁶¹Morris 1931, **a.g.k.**, 1176.

⁶⁶²D.W. Montley-Bentley. (2012) Law, economics and politics: the untold history of the due process limitation on punitive damages. *Roger Williams University Law Review*, Vol: 17., s. 797; Qsair 2018, **a.g.k.** 151; *Fay v. Parker* davasında hâkim “davacı için adaleti sağlarken davalıyı cezalandırmak da nedir? Yanlış bir fikir. Bu hukukun temelindeki simetriyi bozan yakışıksız ve sağlıksız bir aşırılıktır” demiştir. *Fay v. Parker*, 53. N.H. 342, 342-43 (N.H. 1872); Morris 1931, **a.g.k.** 1176.

⁶⁶³Qsair 2018, **a.g.k.**, 151; Morris 1931, **a.g.k.**, 1176.

⁶⁶⁴Qsair 2018, **a.g.k.**, 151; Morris 1931, **a.g.k.**, 1176.

⁶⁶⁵*Kennedy v. Mendoza- Martinez*, 372. U.S. 144 (1963).

intikam amaçlarını destekleyip desteklemediği, uygulandığı eylemin zaten suç olup olmadığı, alternatif bir amacın yaptırıma atfedilir olup olmadığı ve atanan alternatif amacın aşırı görünüp görünmediği şeklinde belirlemiştir.

Ancak mahkemeler, cezaî tazminatı değerlendirmek bakımından bu ölçütleri kullanmamışlardır⁶⁶⁶. Zira kişiler arasındaki özel hukuk davalarını, devletin taraf olduğu ceza hukuku davaları ile işlevsel olarak eşitlemek istememişlerdir⁶⁶⁷.

Cezaî tazminatı savunanlar ise, cezaî tazminatın, klasik bir ceza olmadığını ileri sürerler⁶⁶⁸. Klasik ceza devlet tarafından toplum namına verilir, cezaî tazminattan esas olarak mağdur yararlanır⁶⁶⁹. Klasik ceza davalının üzerinde sosyal bir damga bırakır, oysa cezaî tazminatta böyle bir durum yoktur⁶⁷⁰.

5.2. Telif tazminatını aşan parasal bir tutarın mağdura ödenmesi

Cezaî tazminat, telif tazminatından ayrı ve bu tazminata ek olarak verilir⁶⁷¹. Telif tazminatı, bireye verilen zarara odaklanırken, cezaî tazminat haksız fiil ile topluma verilen zarara odaklanır⁶⁷². Tazminat bu yönüyle hem cezalandırma ve caydırma işlevini yerini getirir hem de bir anlamda kişiye verilen zarar nedeniyle bozulan toplumsal düzenin zararını tazmin eder⁶⁷³. *Cooper Indus, Inc. v. Leateman Tool Group* davasında⁶⁷⁴ mahkeme, “*telif edici tazminat ile cezaî tazminat aynı karar vericiler tarafından aynı anda verilmesine rağmen, farklı amaçlara hizmet ederler, ilki davacının somut kaybını tazmin etmeyi amaçlarken ikincisi davalıyı cezalandırmayı ve caydırmayı amaçlayan özel bir para cezası işlevi görür*” demiştir.

Ancak failleri cezalandırmak ve caydırmak amacıyla mağdura verilen cezaî tazminatın mağdur için talih kuşu (*windfall*)⁶⁷⁵ olduğu eleştirisi de sıkça yapılmaktadır⁶⁷⁶.

⁶⁶⁶M. Galanter and D. Luban (1993). Poetic justice: punitive damages and legal pluralism. *The American University Law Review*, Vol:42, s. 1456.

⁶⁶⁷Galanter and Luban, 1993, **a.g.k.**, 1456.

⁶⁶⁸Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 74.

⁶⁶⁹Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 74; Morris 1931, **a.g.k.**, 1178.

⁶⁷⁰Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 74.

⁶⁷¹Owen, 1976, **a.g.k.**, 126; Bell and Pearce, 1987, **a.g.k.**, 6.

⁶⁷²J.A. Breslo (1992), Taking the punitive damage windfall away from the plaintiff: an analysis. *Northwestern University Law Review*, Vol:86, s. 1135; C.M. Sharkey (2003). Punitive damage as societal damages. *Yale Law Journal*, Vol:113, s. 351, 352.

⁶⁷³Sharkey 2003, **a.g.k.**, 351; Breslo, 1992, **a.g.k.**, 1135; Owen, 1976, **a.g.k.**, 1265.

⁶⁷⁴*Cooper Indus Inc. v. Leateman Tool Group*, 532 U.S. 424, 432 (2001)

⁶⁷⁵*State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Cambell* davasında Amerikan Yüksek Mahkemesi cezaî tazminat miktarına sınırlama getirtmiştir. *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Cambell*, 123 S. Ct. 1513 (2003).

⁶⁷⁶Owen, 1994, **a.g.k.**, 380-381; Sharkey 2003, **a.g.k.**, 351.

Buna karşılık cezaî tazminatın hukukun uygulanması bakımından işlevsel olduğu savunulmaktadır⁶⁷⁷. Mağdur, eleştirenlerin “talih kuşu” olarak adlandırdığı tazminatın teşvikiyle de hareket etmektedir⁶⁷⁸. Cezaî tazminatın istenebilmesi için gerçek ya da sembolik bir zararın olması gerektiğinden, normalde tutarı yüksek olmayan zararı için faili mahkeme önüne getirmeyecek olan mağdur, sırf cezaî tazminat için bunu yapacaktır⁶⁷⁹. Bu durum herhangi bir yaptırıma tabi olmadığı için tekrarlanan haksız fiillerin önüne geçecektir⁶⁸⁰.

5.3. Cezaî tazminat tutarı belirlenirken davalının ekonomik durumunun gözetilmesi

Tek başına telafi tazminatının talep edildiği durumlarda, davalının ekonomik durumu dikkate alınmaz⁶⁸¹. Ancak cezaî tazminatın talep edildiği durumlarda, cezaî tazminat belirlenirken davalının ekonomik durumu araştırılır⁶⁸². Bu yaklaşımın sebebi cezaî tazminatın, davalıyı cezalandıracak, davalıyı ve üçüncü kişileri ileride benzer eylemlerden caydıracak yoğunlukta olmasını sağlamaktır⁶⁸³.

Cezaî tazminat tutarı belirlenirken davalının ekonomik durumunun gözetilmesinin amacını, *Cox. v. Doctor’s Associates, Inc.* davasında⁶⁸⁴ mahkeme, “*zengin bir taraf söz konusu olduğunda daha yüksek bir cezaî tazminat verilmesi zenginlik karşıtlığı değildir. Büyük servete sahip bir davalı aleyhine verilen cezaî tazminatın, serveti az olan bir davalı aleyhine verilen tazminattan yüksek olması mantıklıdır. Zira cezaî tazminatın amacı yanlış yapanı cezalandırmaktır*” ifadesiyle açıklamıştır.

Bazı eyalet mahkemeleri, eğer davacı taraf, davalının ekonomik durumuna ilişkin delil sunmazsa davalının servetine ilişkin bilgi sunması gerektiğini, her iki taraf da

⁶⁷⁷Owen, 1994, **a.g.k.**, 381.

⁶⁷⁸Owen, 1994, **a.g.k.**, 381.

⁶⁷⁹Owen, 1994, **a.g.k.**, 381.

⁶⁸⁰Owen, 1994, **a.g.k.**, 381; Mallor and Roberts, 1980, **a.g.k.**, 649-650.

⁶⁸¹Schlueter and Redden, 2000, **a.g.k.**, 166.

⁶⁸²R. L. Ferguson and J.K. Ebersole 1990-1991. Discovery of defendant’s financial condition in cases claiming punitive damages. *21 Law F.*, s. 3; Sales and Cole 1984, **a.g.k.**, 1147; Ellis 1982, **a.g.k.**, 61. Bu durum eyaletlere göre değişiklik gösterebilmektedir. Sebok 2009, **a.g.k.**, 186.

⁶⁸³S. E. Wodbury. Limiting of a defendant’s wealth when punitive damages are alleged. *Duquesne Law Reviw*, Vol:23, 349; Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 166.

⁶⁸⁴*Cox v. Doctor’s Associates Inc.*, 613 N.E. 2d 1306 (III.App.Ct. 1993)

konuya ilişkin delil sunmazsa daha sonra verilen tazminata ilişkin itirazda bulunulamayacağını kabul etmektedir⁶⁸⁵.

Davalı bir şirketse, ekonomik durumundan çok fiil sonucu elde ettiği kâra göre cezaî tazminat verilmesini savunanlar da vardır⁶⁸⁶. Bu görüşe göre, cezaî tazminatın belirlenmesinde davalının servetine odaklanılması haksız fiilden elde edilen kârın göz ardı edilmesine sebep olmaktadır. Oysa zengin bir davalı haksız fiilden çok az bir kâr elde edebilir ya da aksine maddi gücü zayıf bir davalı çok büyük kâr elde edebilir⁶⁸⁷. Ayrıca ticari bir işle ilgili olmayan bir haksız fiile verilen cezaî tazminat ile ticari işten kaynaklan haksız fiile verilen arasında fark olmalıdır ki cezaî tazminat, kâr elde etme amacıyla yapılan haksız filleri caydırabilsin⁶⁸⁸. Diğer bir deyişle davalı, kârın elinden alınacağını bilsin ki yapacağı eylemden caysın.

Cezaî tazminat tutarı belirlenirken davalı şirketin bütün değeri esas alınabildiği gibi sadece haksız fiili gerçekleştiren alt şirketin değeri de esas alınabilir. Bazı mahkemeler, alt şirketin asıl şirket ile olan bağına göre asıl şirketin değerinin esas alınabileceğini kabul etmektedir⁶⁸⁹. Şirketin dünya çapında faaliyet göstermesi halinde değerinin buna göre belirlenmesi mümkündür⁶⁹⁰.

Douglass v. Hustler Magazine Inc. davası⁶⁹¹, cezaî tazminat verilirken davalın elde ettiği kârın göz önünde tutulması gerektiğinin altını çizen ilk davalardandır. Davalı dergi, davacının çıplak fotoğraflarını izinsiz yayınlamıştır. Mahkeme, cezaî tazminat belirlenirken davalı derginin bu fotoğrafları yayınlamasından elde ettiği kârı dikkate almak gerektiğini belirtmiştir. Basınla ilgili konulardaki temel endişe haksız fiili caydırma motivasyonu ile hareket ederken basın özgürlüğünü sınırlama ihtimalidir. Kâra dayalı bakış açısının genel problemi ise kârın nasıl belirleneceği sorusudur. Kârın nasıl belirlenmesi gerektiği sorusuna öneri olarak, failin haksız fiilden elde ettiği kârı elinden

⁶⁸⁵Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 280.

⁶⁸⁶D. B. Dobbs (1989). Ending punishment in punitive damages deterrence-measured remedies. *Alabama Law Review*, Vol: 40., s.873.

⁶⁸⁷Dobbs, 1989, **a.g.k.**, 873.

⁶⁸⁸Dobbs, 1989, **a.g.k.**, 874.

⁶⁸⁹Schlueter and Redden, 2000, **a.g.k.**, 283.

⁶⁹⁰Gül, **a.g.k.**, 2015, 255.

⁶⁹¹*Douglass v. Hustler Magazine Inc.*, 769 F. 2d 1128 (7th Cir. 1985)

alırken, kendi emeği ve becerisi ile elde ettiklerinin dışarıda bırakılması getirilmektedir⁶⁹².

Davalının ekonomik durumunun mahkeme önüne getirilmesini eleştiren bir başka görüşe göre, davalının servetinin caydırıcılık ile bir ilgisi yoktur⁶⁹³. Caydırıcılık teorisi, kişinin gelecekteki eylemin beklenen maliyetlerini ve faydalarını tarttığı varsayımına dayanır. Davalı ister zengin ister fakir olsun maliyet-fayda hesabı aynıdır. Jürinin, zengin bir davalı aleyhine daha fazla cezaî tazminata karar verebileceği bunun da caydırıcı etkisi olduğu doğrudur; ancak aynı caydırıcılık daha yoksul davalılar için de geçerlidir. Ayrıca davalının servetinin mahkemeye sunulması, ekonomik gücü yüksek olan davalıları jüriye göstermek anlamına gelecektir. Bu durumda da jürinin, zengin davalı aleyhine gerektiğinden yüksek tazminat vermeye meyilli olduğu belirtilmektedir⁶⁹⁴.

5.4. Cezaî tazminat belirlenirken eylemin ağırlığının, cezaî tazminat ile telafi tazminatı arasındaki oranın ve benzer eylemlere uygulanan diğer yaptırımların gözetilmesi

Amerika Birleşik Devletleri Federal Yüksek Mahkemesi, cezaî tazminatın verildiği durumlarda tazminatın yüksek tutarlara ulaşmasına yönelik eleştirilere rağmen, kurumun tarihsel geçmişine dayanarak tazminatta sınırlamaya gitmeyi uzun bir süre reddetmiştir⁶⁹⁵. Daha sonra, 1990'ların ortalarından itibaren Yüksek Mahkeme, cezaî tazminatı sınırlayan ve mahkemeler için birtakım kurallar belirleyen kararlar⁶⁹⁶ vermeye başlamıştır.

Yüksek Mahkeme'nin, aşırı derecede yüksek olduğu ve anayasal sınırlara aykırı olduğu gerekçesi ile cezaî tazminat kararını geçersiz kıldığı ve birtakım ilkeler belirlediği önemli davalardan biri *BMW of North America Inc. v. Gore*⁶⁹⁷ davasıdır⁶⁹⁸.

⁶⁹²Dobbs, 1989, **a.g.k.**, 877.

⁶⁹³K.S. Abraham and J.C. Jeffries (1989). Punitive damages and the rule of law: the role of defendant's wealth. *The Journal of Legal Studies*, s. 418.

⁶⁹⁴K.S. Abraham and J.C. Jeffries, 1989, **a.g.k.**, 418.

⁶⁹⁵Gotanda, 2003-2004, **a.g.k.**, 424.

⁶⁹⁶*TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.*, 509 U.S. 443 (1993); *Honda Motor v. Co. Oberg*, 512 U.S. 415 (1994); *BMW of N. Am., Inc. V Gore*, 517 U.S. 559 (1996); *Cooper Indus v. Leatherman Tool Group, Inc.*, 532 U.S. 424 (2001); *State Farm Mut. Auto. Ins. Co v. Campbell*, 538 U.S. 408, 422-23 (2003).

⁶⁹⁷*BMW of North America., Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996).

⁶⁹⁸D.R. Kendrick (2004) *State Farm v. Campbell: Reforming punitive damages jurisprudence. American Journal of Trial Advocacy*, Vol:27, s. 607; Gotanda, 2003-2004, **a.g.k.**, 424.

Gore, BMW'nin yetkili satıcısından, satıştan önce hasar görmüş ve yeniden boyanmış bir arabayı bu durum kendisinden gizlendiği için haberi olmaksızın satın almış ve bunun üzerine BMW aleyhine sahtekarlık yaparak araba satışını sağladığı iddiası ile tazminat davası açmıştır. Jüri, BMW'nin fiilini ağır hileli davranış olarak niteleyerek Gore lehine 4000 dolar telafî, 4 milyon dolar cezaî tazminata karar vermiştir. Davalının, cezaî tazminat miktarının yüksekliğine ilişkin Alabama Eyaleti Yüksek Mahkemesi'ne yaptığı itiraz reddedilmiştir. Ancak Alabama Eyaleti Yüksek Mahkemesi, tazminat hesaplanırken BMW'nin ekonomik durumuna ilişkin yanlış değerlendirme yapıldığı kabulü ile tazminatı 2 milyon dolara indirmiştir. Ancak ABD Federal Yüksek Mahkemesi bu kararı bozmuştur⁶⁹⁹.

Yüksek Mahkeme, kararında, haksız fiili cezalandırmak ve caydırmak için cezaî tazminat uygulanabileceğini, cezaî tazminatın anayasal sınırı aşıp aşmadığının cezaî tazminat vermekteki amaçla değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir⁷⁰⁰. Federal Yüksek Mahkeme de BMW'nin ekonomik durumuna ilişkin yanlış değerlendirme yapıldığını kabul ederek azaltılan tazminatın yine de anayasal sınırları aşıp aşmadığını tartışmıştır. Yüksek Mahkeme, cezaî tazminata karar verilirken adil yargılanma kuralına aykırı olacak biçimde keyfiliğe ve aşırılığa kaçılmaması için yol gösterici nitelikte üç ilke belirlemiştir. Bunlar: Davalının davranışının kusurluluk derecesi, (*the degree of reprehensibility of the defendant's conduct*), telafî tazminatı ile cezaî tazminat arasındaki orantı (*the ratio between the plaintiff's compensatory damages and the amount of the punitive damages*), cezaî tazminat ile benzer durumlarda verilen para cezaları arasındaki fark (*the difference between the punitive damages and the civil or criminal penalties that could be imposed for comparable misconduct*)⁷⁰¹.

Belirlediği ilkeleri davaya uygulayan Federal Yüksek Mahkeme, cezaî tazminat verilirken ilk ilkenin tazminatın keyfilikten uzak olmasını sağlamak bakımından en önemlisi olduğunu belirtmiştir⁷⁰². İlk ilkeyi olaya uygulayan Yüksek Mahkeme, BMW'nin davranışının 2 milyon cezaî tazminata karar verilmesini gerektirecek ağır derecede kınanacak bir davranış olmadığına karar vermiştir. Yüksek Mahkeme,

⁶⁹⁹Gotanda, 2003-2004, **a.g.k.**, 425. Kendrick, 2004, **a.g.k.**, 607.

⁷⁰⁰BMW of North America, Inc. v. Gore, 517 U.S. 559 (1996).

⁷⁰¹Benzer ilkeler Browning- Ferris Indus. Of Vt. v. Kelco Disposal, 492 U.S. 257, 297-98 (1989) ve TXO Prod. Corp v. Alliance Res. Corp., 509 U.S. 443, 481 (1993) davalarında da belirtilmiştir. Gotanda, 2003-2004, **a.g.k.**, 426.

⁷⁰²BMW of North America, Inc. v. Gore, 517 U.S. 559 (1996).

BMW'nin sebep olduğu zararın tamamen ekonomik olduğunu ifade etmiştir. Aracın bazı kısımlarının satış öncesi yeniden boyanmasının, aracın performansına, güvenlik özelliklerine veya görünüşüne bir etkisi olmadığını, BMW'nin fiilinin başkalarının sağlığını ve güvenliğini umursamadığını ve sorumsuzca göz ardı ettiğini göstermediğini belirtmiştir. Mahkeme fiilin, yanlış olduğunu bile bile ya da mağdurun ekonomik olarak zayıf durumda olmasından yararlanılması suretiyle yapılması halinde ekonomik zarar için de yüksek miktarda tazminat verilebileceğini ifade etmiştir⁷⁰³.

İkinci ilkeye ilişkin Federal Yüksek Mahkeme, cezaî tazminatın davacıya verilen gerçek zararlar makul bir ilişki içinde olması gerektiğini belirtmiştir. Alabama Eyalet Mahkemesi'nin Gore'a verdiği 2 milyon dolar, uğradığı zararın 500 katıdır. Federal Yüksek Mahkeme, cezaî tazminatın anayasal olarak kabul edilebilirliğini belirlemek için her olaya uygulanabilecek matematiksel bir formülün olmadığını ancak bu kadar yüksek bir farkın kabul edilemez olduğunu belirtmiştir. Ayrıca *Pacific Mut. Life Ins. Co. v. Haslip* kararında⁷⁰⁴ telif tazminatı ile cezaî tazminat arasında anayasaya uygunluğu kabul gören bire karşı dört oranının bulunduğunu, *TXO Prod. Corp. v. Alliance Resources Corp.* kararında⁷⁰⁵ ise oranın bire karşı onu geçmediği ifade edilmiştir.

Üçüncü ilke, cezaî tazminat ile benzer davranışlara uygulanan diğer medeni hukuk kaynaklı yaptırımlar ile cezaî yaptırımları karşılaştırmaktır. Federal Mahkeme, Alabama eyaletinde ve diğer eyaletlerde, BMW'nin eylemine benzer nitelikteki bir eylemin milyon dolarlık bir yaptırıma tabi olmayacağını belirtmiştir. Alabama eyaletinde benzer nitelikte ticari bir davranışa 2000 dolar ceza uygulanacağını, verilen cezaî tazminatın, bunun bin kat fazlası olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme, BMW'nin daha önce hukuka aykırı bir davranış olmadığından, bu olayda uygulanacak az miktarda bir yaptırımın yeterli olacağını, caydırıcılık açısından yüksek tutarın az bir tutara göre daha etkili olacağını düşündürecek bir durum olmadığının altını çizmiştir⁷⁰⁶.

Federal Yüksek Mahkeme, *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell* kararında⁷⁰⁷, Gore davasında belirlediği ilkeleri daha da açıklığa kavuşturmuştur⁷⁰⁸.

⁷⁰³BMW of North America, Inc. v. Gore, 517 U.S. 559 (1996).

⁷⁰⁴Pacific Mut. Life Ins. Co. v. Haslip, 499, U.S. 1 (1991).

⁷⁰⁵TXO Prod. Corp. v. Alliance Resources Corp., 509 U.S. 443 (1993).

⁷⁰⁶BMW of North America, Inc. v. Gore, 517 U.S. 559 (1996).

⁷⁰⁷State Farm Mut. Auto. Ins. Co v. Campbell, 538 U.S. 408, 422-23 (2003).

⁷⁰⁸Gotanda, 2003-2004, **a.g.k.**, 427; Kendrick, 2004, **a.g.k.**, 610.

Davada *Campbell*, karıştığı bir trafik kazasından doğan sigorta uyuşmazlığının çözümünde sigortalı olduğu *State Farm*'ın eylemlerinin kötüniyetli ve hileli olduğu iddiasında bulunmuştur⁷⁰⁹. Jüri, *Campbell* lehine 2,5 milyon dolar telafi tazminatına, 145 milyon dolar cezaî tazminata hükmetmiştir. Hâkim telafi tazminatını 1 milyon dolara, cezaî tazminatı 25 milyon dolara düşürmüştür. Her iki taraf da Utah Yüksek Mahkemesi'ne başvurmuştur. Utah Yüksek Mahkemesi, 145 milyon dolarlık cezaî tazminata karar vermiştir⁷¹⁰. Ancak Federal Yüksek Mahkeme, kararı bozmuştur⁷¹¹.

Federal Yüksek mahkeme, çok yüksek cezaî tazminatların Anayasada düzenlenen adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini belirtmiştir. Mahkeme, cezaî tazminatın ceza hukuku yaptırımları ile benzer amaca hizmet ettiğini ama davalının cezaî tazminat yargılamasında ceza yargılaması usulünde sahip olunan haklara sahip olmadığını belirtmiştir. Mahkeme ayrıca cezaî tazminat miktarının belirlenmesinde geniş takdir hakkı bulunan jürilerin, yerel olmayan davalılara karşı önyargılı karar verebildiğini belirtmiştir⁷¹². Mahkeme Gore kararında belirlenen ilkeleri ele alarak ilk ilkeyi detaylandırmıştır⁷¹³. Yüksek Mahkeme, kusurun ağırlığını tespit etmeye çalışmanın kaçınılmaz olarak ahlâki yargılar içerdiğini ve bu nedenle ulaşılan sonucun keyfi, karışık ve orantısız olabileceğini ifade etmiştir. Bu nedenle Mahkeme, failin kusurlu davranışını değerlendirilirken dikkate alınması gereken ölçütler belirlemiştir. Bu ölçütlere göre, zararın fiziksel veya ekonomik (bedensel ya da eşyaya ilişkin) olup olmadığı, davranışın başkalarının güvenliğini veya sağlığını sorumsuzca tehlikeye atıp atmadığı, olay sırasında karşı tarafın ekonomik olarak zor durumda olup olmadığı, eylemin tek seferlik mi olduğu yoksa tekrar tekrar mı gerçekleştiği, zararın kasıtlı kötülük (*intentional malice*), düzenbazlık (*trickery*), aldatma (*deceit*) sonucu mu yoksa sadece kaza sonucu mu olduğu ele alınacaktır⁷¹⁴.

Federal Yüksek Mahkeme, failin kusurlu davranışı değerlendirilirken bu ölçütlerden sadece birkaçının gözetilmesinin cezaî tazminata hükmetmek bakımından yeterli olmayabileceğini, hiçbirinin dikkate alınmaması halinde cezaî tazminatın anayasal sınırı aşacağını belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, eğer telafi edici tazminat davalıyı

⁷⁰⁹Gotanda, 2003-2004, **a.g.k.**, 427; Kendrick, 2004, **a.g.k.**, 610.

⁷¹⁰Gotanda, 2003-2004, **a.g.k.**, 427; Kendrick, 2004, **a.g.k.**, 611.

⁷¹¹State Farm Mut. Auto. Ins. Co v. Campbell, 538 U.S. 408, 422-23 (2003).

⁷¹²State Farm Mut. Auto. Ins. Co v. Campbell, 538 U.S. 408, 422-23 (2003).

⁷¹³Gotanda, 2003-2004, **a.g.k.**, 428.

⁷¹⁴State Farm Mut. Auto. Ins. Co v. Campbell, 538 U.S. 408, 422-23 (2003).

cezalandırmak, davalıyı ve diğerlerini caydırmak için yeterli değilse cezaî tazminat verilmesi gerektiğini eklemiştir⁷¹⁵.

Federal Yüksek Mahkeme, sigorta şirketinin fillini koyduğu ölçütlere göre değerlendirdiğinde, şirketin sigorta poliçesi sahibine karşı sorumluluklarını yerine getirmediğini, bu durumun *Campbell*'i zihnen ve ruhen zor duruma soktuğunu, şirketin ekonomik olarak zor durumda bulunan *Campbell*'in içinde bulunduğu ruhsal duruma tamamen kayıtsız davrandığını, zararın şirketin kasıtlı, kötü ve aldatmaya dayanan davranışlarından kaynaklandığını belirlemiştir⁷¹⁶. Mahkeme telafi edici tazminat ile cezaî tazminat arasındaki orana ilişkin ilkeyi değerlendirdiğinde, mahkemelerin cezaî tazminat kararının hem davacıya verilen zarar miktarı hem de telafi edici tazminat miktarı ile orantılı ve makul olmasını sağlamaları gerektiğini belirtmiştir. Federal Mahkeme, cezaî tazminat belirlenirken bir formüle dayanmayı ilke olarak reddetse de *State Farm* kararında, cezaî tazminat belirlenirken telafi edici tazminat ile cezaî tazminat arasında tek haneli bir oranın olmasının uygun olacağını belirtmiştir⁷¹⁷. Mahkeme, eğer özellikle kötücül bir eylem ile küçük bir zarar verilmişse telafi edici tazminat ile cezaî tazminat arasındaki oranın yüksek olabileceğini, eğer telafi edici tazminat zaten çok yüksekse oranın daha düşük tutulması gerektiğini ifade etmiştir. Telafi edici tazminatın yeteri kadar yüksek olduğu durumlarda bire bir oranın adil olacağını belirtmiştir. Önemli bir gerekçe sunulmadığı sürece, telafi tazminatının en fazla on misli tutarında cezaî tazminat verilebileceğini belirtmiştir. Federal Yüksek Mahkeme, tazminatlar arası oran bire yüz kırk beş olduğu için cezaî tazminatı adil yargılanma ilkesine aykırı bulmuştur. Mahkeme üçüncü ilke olan “cezaî tazminat ile benzer davranışlara uygulanan cezaî yaptırımlar arasındaki farklılıklar”a göre de değerlendirmede bulunmuştur. Mahkeme, cezaî tazminatın ceza hukuku yaptırımı yerine kullanılmaması gerektiğinin altını çizmiştir. Şirketin eyalet yasalarına göre hileli davranış için 10 bin dolar ceza alacağını, bu yaptırım ile verilen cezaî tazminat arasında büyük farklılık olduğunu belirtmiştir⁷¹⁸.

ABD Federal Mahkemesi, *Philip Morris USA v. Williams* kararında⁷¹⁹ ise telafi tazminat ile cezaî tazminat arasında on misli aşan bir fark olmasına rağmen cezaî tazminat

⁷¹⁵State Farm Mut. Auto. Ins. Co v. Campbell, 538 U.S. 408, 422-23 (2003).

⁷¹⁶State Farm Mut. Auto. Ins. Co v. Campbell, 538 U.S. 408, 422-23 (2003).

⁷¹⁷Kendrick, 2004, **a.g.k.**, 613.

⁷¹⁸State Farm Mut. Auto. Ins. Co v. Campbell, 538 U.S. 408, 422-23 (2003).

⁷¹⁹Philip Morris USA v. Williams, 549 U.S. 346, 357-58 (2007).

kararını buna dayanarak reddetmemiş, tazminatı başka bir açıdan değerlendirmiştir⁷²⁰. Federal Mahkeme, tazminat davasında jürinin şirketin davacı mağdura verdiği zararı değil eyaletteki tüm sigara içenlere verdiği zararı dikkate aldığını, bu nedenle cezaî tazminatın anayasal sınırları ihlal ettiğini belirtmiştir. Mahkeme, davanın tarafı olmayanların uğradıkları zararın cezaî tazminat miktarının belirlenmesinde etkili olamayacağını ifade etmiştir. Ancak davanın tarafı olmayanlara verilen zararın kanıtlanmasının, mağdura zarar veren eylemin tüm toplum için ciddi bir zarar riski taşıdığını göstermesi bakımından önemli olduğu belirtilmiştir⁷²¹. Diğer bir deyişle, Federal Mahkeme böyle bir zarar riskinin kanıtlanmasını eylemin ağırlığını göstermesi bakımından önemli bulmuştur.

Federal Mahkemenin cezaî tazminatı sınırlama eğilimine rağmen, mahkemeler yüksek miktarda cezaî tazminat vermeye devam etmektedir⁷²². Dikkat çekici kararlardan biri *Ingham v. Johnson& Johnson* davasında⁷²³ verilmiştir. 22 tane davacının, *Johnson&Johnson* ve *Johnson&Johnson Consumer Companies Inc.* aleyhine, şirketin ürünü olan bebek pudrasının kendilerini yumurtalık kanseri yaptığı iddiası ile açtıkları davada jüri 22 davacının her biri için 25 milyon dolar telafi tazminatına (toplamda 550 milyon dolar), 4,1 milyar dolar cezaî tazminata karar vermiştir⁷²⁴. Eyalet Yüksek Mahkemesi, telafi tazminatını 500 milyon dolara, buna orantılı olarak da cezaî tazminatı 1,6 milyar dolara indirmiştir. *Johnson& Johnson* üç başlık altında ki bunlardan biri cezaî tazminatın çok yüksek olduğuna ilişkindir, ABD Federal Mahkemesi'ne itiraz dilekçesi vermiştir⁷²⁵. Ancak Federal Yüksek Mahkeme başvuruyu reddetmiştir⁷²⁶.

5.5. Cezaî tazminat verilmesi için açık ve inandırıcı delil aranması

Amerikan hukukunda, özel hukuk davalarında ispata ilişkin ölçüt delillerin üstünlüğü (*preponderance of the evidence*), ceza davalarında ise makul şüphenin ötesinde

⁷²⁰J. W. Lens (2017). Defective punitive damage awards. *Utah Law Review*, s. 1028; A. Sebok (2008). After Philip Morris v. Williams: what is left of the single-digit ratio. *Charleston Law Review*, Vol:2, s. 292.

⁷²¹Philip Morris USA v. Williams, 549 U.S. 346, 357-58 (2007); Lens,2017, **a.g.k.**, 1029.

⁷²²Ramirez v. TransUnion LLC, 3:12-cv-00632 JCS (N.D. Cal. Mar. 15, 2013); Moland v. McWane Inc., B285628 (Cal. Ct. App. Mar. 2, 2020); Dollen v. Wells Fargo Bank, N. A., 495. P. 3d 580 (N.M. Ct. App. 2020); In re: Volkswagen "Clean Diesel" Marketing, Sales, Practices, & Products Liability Litigation, MDL no. 2672 CRB (JSC9 (N.D. Cal. Sep. 8, 2020)

⁷²³Inghamv. Johnson& Johnson, 608 S.W. 3d 663 (Mo. Ct. App. 2020).

⁷²⁴Inghamv. Johnson& Johnson, 608 S.W. 3d 663 (Mo. Ct. App. 2020).

⁷²⁵https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/20/20-1223/170734/20210302153815743_Ingham%20Petition%20-%20203-2%20Final.pdf (Erişim tarihi: 19. 02.2022).

⁷²⁶<https://www.law360.com/articles/1389717>. (Erişim tarihi: 19. 02.2022).

olma (*beyond a reasonable doubt*) ölçütüdür⁷²⁷. Cezaî tazminatın ispatında esas olarak özel hukuk kuralları uygulanırken, açık ve inandırıcı delil (*clear and convincing evidence*) bir üçüncü ölçüt olarak eklenmiştir⁷²⁸.

Delillerin üstünlüğünde, ispat yükü üzerinde olan taraf, ispat etmeye çalıştığı olgunun varlığının, var olmamasından daha yüksek bir ihtimal olduğunu kanıtladığında olguyu kanıtlamış sayılır⁷²⁹. Makul şüphenin ötesinde olma, bir ceza davasında mahkumiyeti sağlamak için iddia makamının sanığın tüm makul şüphelerin ötesinde suçlu olduğunu kanıtlamasını ifade eder⁷³⁰. Açık ve inandırıcı delil, ispatlanmaya çalışılan olgunun yüksek bir ihtimalle var olduğu ve jürinin ya da hâkimin zihninde güçlü bir kanaat oluşturduğu anlamına gelir⁷³¹.

Delillerin üstünlüğü, özel hukuk davalarında yeterli bir ölçüt olarak kabul edilir⁷³². Bu doğrultuda, hâkim ve jürinin, davacının davasının temelini dayandırdığı olgunun var olmasının olmamasından daha yüksek olduğuna ikna olması yeterlidir⁷³³. Tazminat davalarında temel mesele, zararın davacı üzerinde mi davalı üzerinde mi bırakılacağıdır. Burada genel olarak, davalı lehine hatalı karar verilmesi davacı lehine hatalı karar verilmesinden daha kötü kabul edilmez⁷³⁴. Ceza davalarında geçerli olan makul şüphenin ötesinde olma ölçütü, davalının yaşam, özgürlük, mülkiyet haklarına şüpheli ve adaletsiz olarak el konulması riskini ortadan kaldırmak üzere kabul edilmiştir. Toplumun saygınlığını ve güvenini kazanmak için vazgeçilmez olarak görülen ve toplumun genel görüş birliği ile kabul ettiği “masum birinin suçlu bulunması, suçlu birinin serbest bırakılmasından çok daha kötüdür” değer yargısına dayanır⁷³⁵.

Cezaî tazminat, medeni hukuk ile ceza hukuku arasında ceza benzeri (*quasi-criminal*) bir yaptırım olarak tanımlandığından⁷³⁶, cezaî tazminatın gündeme geldiği

⁷²⁷Sebok 2009, **a.g.k.**, 184.

⁷²⁸V. E. Schwartz and M. A. Behrens (1993). Punitive damages reform- state legislatures can and should meet the challenge issued by the supreme court of the united states in haslip. *The American University Law Review*, Vol:42, s. 1381; Sebok 2009, **a.g.k.**, 184.

⁷²⁹Sebok 2009, **a.g.k.**, 184.

⁷³⁰D.D. Ellis (1989). Punitive damages, due process and the jury. *Alabama Law Review*, Vol:40, s. 991.

⁷³¹Sebok 2009, **a.g.k.**, 184.

⁷³²S. Daniels and J. Martin (1990). Myth and reality in punitive damages. *Minnesota Law Review*, Vol: 75., s. 9; 1 -64; Ellis, 1989, **a.g.k.**, 992.

⁷³³Ellis, 1989, **a.g.k.**, 992.

⁷³⁴Ellis, 1989, **a.g.k.**, 993.

⁷³⁵Ellis, 1989, **a.g.k.**, 992.

⁷³⁶Owen, 1994, **a.g.k.**, 365; D. Rendleman (2009). Common law punitive damages: something for everyone? *University of ST. Thomas Law Journal*, Vol: 7, No:1, s. 2.

davalarda hangi ispat ölçütünün kullanılması gerektiği meselesi ortaya çıkmaktadır. Cezaî tazminatın kendine has özellikleri, davalı bakımından, sorumluluğun belirlenmesi, telafi edici tazminatın miktarı, cezaî tazminatın yerindeliği ve büyüklüğü gibi konularda yanlış veya keyfi bir karara maruz kalma riski yaratmaktadır⁷³⁷. Jürinin delilleri değerlendirerek bir karara vardığı kabul edilirse, ispat yükünün ağırlaştırılması, jürinin cezaî tazminat verme konusunda tereddüt yaşadığı ya da davalıya karşı önyargılı olduğu durumlarda artan yersiz tazminat riskini azaltabilir⁷³⁸.

Masaki v. General Motors Corp. davasında⁷³⁹ Eyalet Yüksek Mahkemesi, cezaî tazminat davalarında neden açık ve inandırıcı delil ölçütünün kullanılması gerektiğini açıklamıştır. Mahkeme, özel hukuk davalarında genel olarak delillerin üstünlüğü ölçütü geçerli olsa da bazı hukuk davalarında (davalının eyleminin dolandırıcılık veya bunun gibi suç teşkil eden bir eylem olması halinde) daha kesin bir ölçüt kullanılması gerektiğini belirtmiştir. Bu davaları özellikli kılan, taraf menfaatinin para kaybından daha önemli olmasıdır. Bu nedenle davacının ispat yükü ağırlaştırılarak davalının itibarının yanlışlıkla zedelenmesi riski azaltılır⁷⁴⁰. Açık ve inandırıcı delil, delillerin üstünlüğünden daha güçlü, makul şüphenin ötesinde olma kuralından daha zayıftır⁷⁴¹. Dolayısıyla taraf üzerinde ciddi ve geniş kapsamlı sonuçları olacak davalarda ihtiyaç duyulan kesinliği sağlamaya daha uygun bir ölçüttür⁷⁴². Mahkemeye göre, cezaî tazminat, davacının zararını tazmin etmekten ziyade davalıyı cezalandırmak ve caydırmak amacıyla verildiği için davalı üzerindeki etkisi normal bir hukuk davasında verilen kararın etkisinden daha fazladır. Mahkeme, cezaî tazminatın bu özelliği gözetildiğinde, hukuk davalarında genel olarak kullanılan delillerin üstünlüğü ölçütü yerine açık ve inandırıcı delil ölçütü kullanılmasının daha yerinde olacağını ifade etmiştir⁷⁴³. *Masaki v. General Motors Corp.* davasında, Eyalet Yüksek Mahkemesi, eylemin ağırlaştırılmış nitelikte olduğunun (kasıtlı, kötücül, baskıcı, başkalarının sağlık ve güvenliğine karşı kayıtsız) açık ve inandırıcı delillerle ispat edilmediği gerekçesi ile cezaî tazminat verilemeyeceğine hükmetmiştir.

⁷³⁷M. E. Wheeler (1983). The constitutional case for reforming punitive damage. *Virginia Law Review*, Vol: 69., s.298.

⁷³⁸Wheeler, 1983, **a.g.k.**, 298.

⁷³⁹*Masaki v. General Motors Corp.*, 71 Haw. 1, 780, P. 2d. 566 (Haw 1989).

⁷⁴⁰*Addington v. Texas*, 441 U.S. 418 (1979).

⁷⁴¹*Addington v. Texas*, 441 U.S. 418 (1979).

⁷⁴²*Masaki v. General Motors Corp.*, 71 Haw. 1, 780, P. 2d. 566 (Haw 1989).

⁷⁴³*Masaki v. General Motors Corp.*, 71 Haw. 1, 780, P. 2d. 566 (Haw 1989).

Amerika Birleşik Devletleri Federal Yüksek Mahkemesi *Gertz v. Robert Welch, Inc.* kararında⁷⁴⁴, cezaî tazminatın kusurlu davranışları cezalandırmak ve gelecekte gerçekleşmesini engellemek için özel hukuk davalarında jüri tarafından verilen para cezası olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle, ceza davalarında geçerli olan makul şüphenin ötesi ölçütünün uygulanmasının arkasında yatan nedenlerin cezaî tazminat için de geçerli olduğunu ifade etmiştir⁷⁴⁵.

Federal Yüksek Mahkeme, daha sonraki *Pacific Mutual Insurance Co. v. Haslip* kararında⁷⁴⁶ ise, bazı eyalet yüksek mahkeme kararlarında yer alan cezaî tazminat davalarında delillerin üstünlüğü ilkesinden daha yüksek bir ispat ölçütün kabul edilmesi gerektiği fikrine katılmadığını belirtmiştir. Federal Yüksek Mahkemeye göre, adil yargılanma hükmü, delillerin üstünlüğü ölçütünden daha yüksek bir ölçüt gerektirmemektedir.

⁷⁴⁴Gertz v. Welch Inc., 418 U.S. 323 (1974).

⁷⁴⁵Gertz v. Welch Inc., 418 U.S. 323 (1974); Ellis ,1989, **a.g.k.**, 993.

⁷⁴⁶Pacific Mutual Insurance Co. v. Haslip, 499 U.S. 1. (1991).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

CEZAÎ TAZMİNAT KURUMUNA İLİŞKİN TARTIŞMALAR

1. Genel Olarak

Amerikan hukukunda cezaî tazminat doktrini, formüle edildiği ve uygulandığı şekliyle mahkemeler, yasa koyucular ve bilim insanları arasında yoğun bir tartışma konusu olmuştur⁷⁴⁷. Yargı kararlarında ve bilimsel çalışmalarda, doktrinin tarihi, teorisi ve uygulaması farklı yorumlanmış, amaçları farklı bakış açılarıyla tartışılmıştır⁷⁴⁸. Doktrinin adalet sistemi ve toplum üzerindeki etkilerini ekonomik, felsefi ve anayasal açıdan ele alan çok sayıda çalışma yapılmıştır⁷⁴⁹.

2. Kamu Hukuku/ Özel Hukuk Ayrımının Belirsizleşmesi

Cezaî tazminatın baskın amacı, 19. yüzyıldan itibaren mahkemeler ve bilim insanları arasında tartışmaya yol açmıştır⁷⁵⁰. Tartışmanın ilk ayağı cezaî tazminatın özel hukuk alanında yer alıp alamayacağına ilişkindir⁷⁵¹. Medeni hukukun özel, ceza hukukunun kamu hukuku alanında olduğu genel kabul görmüştür⁷⁵². Ancak cezalandırmanın kamu hukukuna, tatmin etmenin ise özel hukuka ait olduğu iddiası tartışılmıştır⁷⁵³. Haksız fiil

⁷⁴⁷J. V. Hallanhan (1995). Social interest versus plaintiffs' rights: the constitutional battle over statutory limitations on punitive damages. *Loyola University Chicago Law Journal Vol: 26, No: 3*, s. 413; J. D. Ghiardi, 1965, **a.g.k.**, 282; Pohlman, 1996, **a.g.k.**, 622; R. C. Burrell and M. S. Young (1978). Insurability of punitive damages. *Marquette Law Review, Vol:62, No: 1*, s. 4; Owen, 1994, **a.g.k.**, 382; Daniels and Martin, 1994, **a.g.k.**, 6.

⁷⁴⁸Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'nin önemli kararları: Browning- Ferris Industries of Vermont, Inc. v. Kelco Disposal, Inc., 492 U.S. 257 (1989); Pacific Mut. Life Ins. Co. v. Haslip, 499 U.S. 1 (1991); TXO production Corp. V. Alliance Resources Corp., 509 U.S. 443 (1993); BMW of North America, Inc. v. Gore, 517 U.S. 559 (1996); State Farm Mut. Auto. Ins. Co v. Campbell, 538 U.S. 408, 422-23 (2003); Philip Morris USA v. Williams, 549 U.S. 346, 357-58 (2007). Federal Yüksek Mahkeme'nin kararlarının anayasal açıdan incelenmesi hakkında bkz. P. Dawkins (2007-2008). Damage Control: a glimpse into punitive damage reform. *Law and Society Journal at the University of California, Santa Barbara Vol: 71*.

⁷⁴⁹Cezaî tazminatın anayasal düzeyde tartışılması hakkında genel olarak bkz.: M. H. Redish and A. L. Mathews (2004). Why punitive damages are unconstitutional. *Emory Law Journal Vol: 53*, s.1-54; J. C. Jeffries, Jr (1986). A comment on the constitutionality of punitive damages. *Virginia Law Review Vol: 72, No: 1*, s.139-158.

⁷⁵⁰M. J. Horwitz (1982). The history of the public/ private distinction. *University of Pennsylvania Law Review Vol: 130*, s. 1425; Owen, 1994, **a.g.k.**, 382.

⁷⁵¹A. P. Harris (1989). Rerading punitive damages: beyond the public/ private distinction. *Alabama Law Review Vol: 40*, s. 1090; Owen, 1994, **a.g.k.**, 382.

⁷⁵²Harris, 1989, **a.g.k.**, 1094; Horwitz, 1982, **a.g.k.**, 1425.

⁷⁵³G. Heriot (1996). An essay on the civil- criminal distinction with special reference to punitive damages. *Journal of Contemporary Legal Issues*, s. 47, 48; Harris, 1989, **a.g.k.**, 1094.

hukukunun ve özellikle cezaî tazminatın gelişmesi ile cezaî tazminat, cezalandırmanın yeri konusunda farklı düşünenlerin çatışma alanı olmuştur⁷⁵⁴.

Bu tartışmadaki her taraf, bakış açısını cezaî tazminatın tarihsel kökenine ilişkin farklı okumalar ve yargı içtihatlarının farklı yorumlarına dayandırmaktadır. Bu tartışmaların en ünlüsü Greenleaf- Sedgwick arasındaki tartışmadır⁷⁵⁵. Sedgwick'e göre, teorideki kamu hukuku-özel hukuk ayrımının⁷⁵⁶, pratikte bir önemi yoktur⁷⁵⁷. Yazara göre, uyuşmazlığa hile, kasıt, ağır ihmal, baskı unsurları karıştığında, tazminatın telafi işlevine bağlı kalmak yerine bambaşka bir kural benimsenmelidir⁷⁵⁸. Telafi edici tazminat mağdurun zararına odaklanırken, cezaî tazminat failin davranışına odaklanmalıdır⁷⁵⁹. Jüriye, toplumun menfaati ile mağdurun menfaatini birleştirip, sadece mağdurun zararını telafi için değil, faili cezalandırmak için tazminat belirleme izni verilmelidir⁷⁶⁰. Sedgwick, topluma verilen zarar ile mağdura verilen zarar arasında açık ve tam bir ayrım yapılamayacağını savunmaktadır⁷⁶¹. Ayrıca Sedgwick'e göre, mağdurun zararını telafi edecek tazminat miktarını ölçmek mümkün değildir⁷⁶². Greenleaf'e göre ise, hukuk, kamu hukuku ve özel hukuk diye ayrılmaktadır⁷⁶³. Bu iki hukuk dalının amaçları birbirinden farklıdır ve bir kurum ya kamu hukukuna ya da özel hukuka ait olabilir ama asla ikisine birden değil. Yazara göre, cezaî tazminat, kamu hukuku ile özel hukukun amaçlarını karıştırdığı için kabul edilemez. Özel hukuktaki tazminatın tek amacı zararı telafi etmektir⁷⁶⁴. Ayrıca yazar cezaî tazminatın, özel hukuk yaptırımını olduğuna dair doktrinde bir temeli olmadığını savunmaktadır. Tartışmanın özünde, iki hukukçu, tazminat hukukunun zararı telafi etmekten başka bir amacı olup olamayacağı sorusunu cevaplandırmaya çalışmaktadır⁷⁶⁵.

⁷⁵⁴Harris, 1989, **a.g.k.**, 1094. Cezaî tazminatı, ceza teorisi aracılığıyla analiz eden bir makale için bkz. L. M. Romeo (2008). Punitive damages, criminal punishment, and proportionality: the importance of legislative limits. *Connecticut Law Review*, Vol:41. 109-160.

⁷⁵⁵R. A. Brand (2004). Punitive damages revisited: taking the rationale for non- recognition of foreign judgments too far. *Journal of Law and Commerce*, Vol: 24 No: 2, s. 183; Zipursky, 2006, **a.g.k.**, 131.

⁷⁵⁶Bkz. Horwitz, 1982, **a.g.k.**, 1423- 1428.

⁷⁵⁷Rustad ve Koenig, 1992-1993, **a.g.k.**, 1300.

⁷⁵⁸Walther and Plein, 1965, **a.g.k.**, 379; Brand, 2004, **a.g.k.**, 184.

⁷⁵⁹Sebok 2009, **a.g.k.** 162.

⁷⁶⁰Walter and Plein, 1965, **a.g.k.**, 379; Sebok 2009, **a.g.k.** 161. Sedgwick'in bu görüşüne ABD Federal Mahkemesi de *Mo. Pacific Ry. V. Humes* davasında katılmıştır. *Mo. Pacific Ry. V. Humes*, 115 U.S. 512, 521 (1885).

⁷⁶¹Walther and Plein, 1965, **a.g.k.**, 379.

⁷⁶²Walther and Plein, 1965, **a.g.k.**, 379.

⁷⁶³Sebok 2009, **a.g.k.** 162; Brand, 2004, **a.g.k.**, 183.

⁷⁶⁴Sebok 2009, **a.g.k.** 161.

⁷⁶⁵Sullivan, 1976-1977, **a.g.k.**, 215.

Özel hukuk/ kamu hukuku ayrımı ve bunun anayasal boyutları, 19. yüzyılda bir dizi mahkeme kararında da tartışılmıştır⁷⁶⁶. Bazı kararlarda, cezaî tazminat doktrinine yalnızca hukukun ikili ayrımını ihlal ettiği için değil ceza hukukunda sanığı koruyan anayasal birtakım ilkeleri ihlal ettiği için karşı çıkıldığı ifade edilmiştir⁷⁶⁷.

Ceza hukuku ve medeni hukuk ayrımını esas alanların itiraz noktaları şunlardır⁷⁶⁸: Cezaî tazminat cezalandırma niteliği taşıdığına göre devlete ödenmelidir. Mağdura ödenen cezaî tazminat onu zengin etmeye yaramaktadır. Para cezası devlet tarafından belirlenirken, cezaî tazminat jüri tarafından belirlenir. Jürinin tazminat hakkındaki fikri her olayda değişiklik gösterebilir⁷⁶⁹. Ceza hukukunun sanığı koruma amacı taşıyan usul hükümleri, cezaî tazminat davasında fail açısından uygulanmaz⁷⁷⁰. Cezaî tazminat miktarları davadan davaya farklılık göstermektedir. Tazminatın benzer bir davranışa verilecek para cezası ile benzerlik göstereceğinin bir garantisi yoktur. Hatta aynı mahkemenin yargıladığı birbirine benzer iki davada aynı miktarda cezaî tazminata hükmedileceğinin de bir garanti yoktur. Davalının ekonomik durumu cezaî tazminat miktarını belirleyen faktörlerden biri olduğu için benzer iki davada verilecek cezaî tazminat miktarları birbirinden çok farklı olabilir. Ayrıca ceza hukukunda cezanın amaçlarından biri olan caydırma, cezaî tazminatta tam anlamıyla etkili değildir. Zira cezaî tazminatı tam anlamıyla bilen azdır oysa ceza hukukundaki yaptırımları tüm toplumun bilmesi caydırıcılık etkisi sağlar⁷⁷¹.

Kamu hukuku/özel hukuk ayrımı hâlâ Amerikan hukuk düşüncesinin temellerinden biridir⁷⁷². Ancak bireyin yararı, toplumun yararı, bunların içiçe geçmişliği gibi

⁷⁶⁶Murphy v. Hobbs, 5 P. 119, 125- 26 (Colo. 1884); Fay v. Parker, 53. N.H. 342, 342-43 (N.H. 1872).

⁷⁶⁷A. W. Marrero (2017). Punitive damages: why the monster thrives. *The Georgetown Law Journal*, Vol:105., s. 787.

⁷⁶⁸Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 28; Rustad and Koenig, 1993, **a.g.k.**, 1298-1302.

⁷⁶⁹Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**,28; Pohlman, 1996, **a.g.k.**, 624.

⁷⁷⁰J. C. Calvin, Jr. (1986). A comment on the constitutionality of punitive damages. *Virginia Law Review* Vol: 72, s. 139; Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 28; Rendleman, 2010, **a.g.k.**, 2; Ingram, 1988, 219; “if the punitive damages serve the criminal law function of punishing societal wrongs, it is difficult to understand why it is that the defendant is not permitted to avail itself of the various criminal procedural safeguards that the Constitution affords to those accused of public wrongs” (eğer cezaî tazminat, ceza hukukunun toplumsal yanlışları cezalandırma işlevine hizmet ediyorsa, davalının Anayasanın sanığa sağladığı çeşitli ceza muhakemesi güvencelerinden neden yararlanamadığını anlamak güç.) Colby, 2003, **a.g.k.**, 608.

⁷⁷¹Schlueter and Redden, 2000, **a.g.k.**, 28.

⁷⁷²Harris, 1989, **a.g.k.**, 1098.

tartışmalarla⁷⁷³ bugün artık aradaki çizgi eskisi kadar belirgin değildir⁷⁷⁴. Dolayısıyla geleneksel ayrıma göre cezaî tazminata yöneltilen eleştiriler devam etmekle beraber eleştirilerin dayandığı nokta sarsılmış gözükmemektedir⁷⁷⁵.

Amerika Birleşik Devletleri Federal Yüksek Mahkemesi, cezaî tazminat konusunda orta yolu izlemiştir⁷⁷⁶. Cezaî tazminatın ceza yaptırımlarına benzerliğini görmüş ama medeni hukuka ait özelliklerini de değerlendirerek bir uzlaşmaya varmaya çalışmıştır⁷⁷⁷. Yüksek Mahkeme, verdiği kararlarda, cezaî tazminatın, medeni hukukun işlevleri ile ceza hukukunun işlevleri arasında yarattığı örtüşmeye değinerek⁷⁷⁸, cezaî tazminatı, işlevlerine atıfta bulunarak cezaî benzeri (*quasi criminal*) olarak nitelendirmiştir. Mahkeme, cezaî tazminatın anayasaya aykırı olmadığını da beyan etmiştir⁷⁷⁹.

İkili ayrıma dayanarak, ceza hukukunun amacının cezalandırmak ve caydırmak, haksız fiil hukukunun amacının mağdurun zararını gidermek olduğu ve ceza hukukunun, cezaî tazminatın işlevini zaten fazlasıyla gördüğü fikrine, cezaî tazminat doktrininin önde gelen isimlerinden Owen karşı çıkmaktadır. Yazara göre, bu önermenin kabulü demek, hukukun iki alanı aynı amaca yöneldiğinde ceza hukukunun medeni hukuktan daha üstün olduğunu ve bu nedenle ceza hukukunun hukuka aykırılıkları gidermedeki eksiklikleri ele alacak şekilde genişletilebileceğini kabul etmektir. Yazar, bireyin özgürlükleri gözetilerek, böyle bir önermenin derhal reddedilmesi gerektiğini belirtmektedir⁷⁸⁰. Zira, ceza hukuku medeni hukuka göre çok daha fazla kişisel özgürlüklere müdahale eder. Yazara göre, ceza yaptırımları, kamu yararına açık şekilde zarar veren aşırı hukuka aykırılıklar için gündeme gelmelidir. Hapis cezası gibi ağır yaptırımların gerekmediği durumlarda medeni hukuk da cezalandırma ve caydırma işlevlerini yerine getirebilir⁷⁸¹. Ayrıca yazar, cezaî tazminat davasının kısmen fail tarafından finanse edilmesinin ve dava

⁷⁷³Harris, 1989, **a.g.k.**, 1095.

⁷⁷⁴Harris, 1989, **a.g.k.**, 1098; Owen, 1994, **a.g.k.**, 382.; Maine Eyalet Yüksek Mahkemesi, *Tuttle v. Raymond* davasında, Amerika Birleşik Devletleri hukukunda medeni hukuk/ ceza hukuku ayrımının net olmadığını, hukuka aykırı davranışları tespit etmek ve cezalandırmak konusunda medeni hukukun da rol oynadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre, bazen ceza yaptırımları kötüniyetli birinin eylemlerini caydırmak için yeterli değildir. Bunun için cezaî tazminat kamu düzeninin korunmasında önemli bir rol oynar. *Tuttle v. Raymond*, 494 A. 2d 1353, 1355-57 (Me. 1985).

⁷⁷⁵Harris, 1989, **a.g.k.**, 1098.

⁷⁷⁶Zipursky, 2006, **a.g.k.**, 133.

⁷⁷⁷Zipursky, 2006, **a.g.k.**, 133; A. Sebok (2007). Punitive damages: from myth to theory. *Iowa Law Review*, s. 990.

⁷⁷⁸State Farm Mut. Auto. Ins. Co v. Campbell, 538 U.S. 408, 422-23 (2003).

⁷⁷⁹Pacific Mutual Insurance Co. v. Haslip, 499 U.S. 1. (1991).

⁷⁸⁰Owen, 1994, **a.g.k.**, 383.

⁷⁸¹Owen, 1994, **a.g.k.**, 384.

sonunda verilecek muhtemel tazminatın, mağdurun, hukuka aykırı fiili mahkeme önüne getirmesi bakımından, teşvik edici olduğunu ifade etmektedir⁷⁸².

Cezaî tazminatın ceza hukuku ile ilişkilendirilmesini önlemek için, tazminatın işlevleri ve ismiyle ilgili değişikliğe gidilmesi önerilmiştir⁷⁸³. Tazminatın cezalandırma işlevinden vazgeçilerek, caydırıcılık işlevinin ayakta tutulması ve tazminata ağırlaştırılmış telafi tazminatı (*extracompensatory awards*) veya caydırıcı tazminat (*deterrence damages*) denilmesinin süregiden tartışmayı önleyeceği ifade edilmiştir⁷⁸⁴.

3. Davalının Yeteri Kadar Korunmadığı İtirazı

Cezaî tazminata yöneltilen itirazlardan bir başkası, yukarıda medeni hukuk/ ceza hukuku ayırımına dayananların itirazları arasında değindiğimiz, ceza muhakemesinde geçerli, sanığı korumaya yönelik usul hükümlerinin hukuk davasında geçerli olmamasıdır⁷⁸⁵. Bir ceza muhakemesinde sanık, Anayasaya ve sanığı yanlış bir ceza mahkumiyetine karşı korumayı amaçlayan yasalara dayalı bir dizi usuli güvence altındadır⁷⁸⁶. İspat yükünün makul şüphenin ötesinde olması (*beyond reasonable doubt*)⁷⁸⁷, kendi aleyhine tanıklık yapamama (*protection against self-incrimination*), aynı eylemden iki kere yargılanmama (*double jeopardy*) gibi güvenceler cezaî tazminat davasının görüldüğü hukuk muhakemesinde geçerli değildir⁷⁸⁸. Cezaî tazminatın bu yönden eleştirilmesine karşı çıkanlar, ceza muhakemesinde sanığı korumaya yönelik usul hükümlerine cezaî tazminat davalarında gerek olmadığını belirtmektedir. Zira ceza davalarında sanığın karşı karşıya olduğu meselenin devletin gücü olduğu, bu nedenle korunmaya ihtiyaç duyduğu ifade edilmektedir⁷⁸⁹. Devletin yaptırım gücü ve bu gücü

⁷⁸²Owen, 1994, **a.g.k.**, 384.

⁷⁸³D. B. Dobbs (1989). Ending punishment in punitive damages deterrence-measured remedies. *Alabama Law Review*, Vol:40, No: 3, s. 863.

⁷⁸⁴Cezaî tazminatın karşılığı olarak kullanılan, added damages, imaginary damages, presumptive damages, aggravated damages cezaî niteliğini geri plana iten başka isimlerdir.

⁷⁸⁵Ingram, 1988, **a.g.k.**, 219; Owen, 1994, **a.g.k.**, 382.

⁷⁸⁶Rendleman, 2010, **a.g.k.**, 2; Calvin, Jr.,1986, **a.g.k.**, 139

⁷⁸⁷Davalıyı korumaya yönelik ispat yükü meselesine cezaî tazminatın özellikleri başlığı altında değinmiş ve cezaî tazminat davaları bakımından eyaletlerin pek çoğunda, diğer özel hukuk davalarında aranandan daha ağır bir ispat yükü ölçütü olan açık ve inandırıcı delil ölçütünün kabul edildiğini belirtmiştik. Bkz. s. 98-101.

⁷⁸⁸Colby, 2003, **a.g.k.**, 597; J. W. Grass (1985). The penal dimensions of punitive damages. *12 Hasting Constitutional Law Quartely*, s.241-244. 241-314 arası; J. C. Jeffries, Jr. (1986). A comment on the constitutionality of punitive damages. *Virginia Law Review*, Vol: 72, s. 139-140; M. E. Wheeler (1983). The constitutional case for reforming punitive damages procedures. *Virginia Law Review*, Vol:69., s.269, 270.

⁷⁸⁹Galanter and Luban, 1993, **a.g.k.**, 1457.

kötüye kullanması ihtimali ceza muhakesesindeki özel korumaları gerektirir⁷⁹⁰. Cezaî tazminat davası hukukun kendilerine verdiği yetkiyi kullanan bireyler arasında olduğu için onlar bakımından böyle bir tehlike yoktur. Ayrıca cezaî tazminat, davalının yaşam ve özgürlüğüne yönelik tehdit içermez. Para da önemlidir ancak devletin yaptırım gücü ile yapabilecekleri ile kıyaslanamaz⁷⁹¹. Davalının, cezaî tazminat davalarında, usul hükümleriyle korunmasına ihtiyaç olmadığını savunan bir diğer görüşe göre de ceza yaptırımları topluma karşı işlenen suçlarla, cezaî tazminat ise kişiye yönelen haksız fiil ile ilgilidir⁷⁹². Kişiye yönelen haksız eylemi cezalandırıyor olsa bile cezaî tazminat ceza hukuku sahasına girmez⁷⁹³.

4. İki Kere Yargılama Yapıldığı İtirazı

Cezaî tazminata getirilen bir diğer eleştiri⁷⁹⁴, davalının fiilinin aynı zamanda suç teşkil etmesi durumunda hem ceza hem hukuk mahkemesince cezalandırılacak olmasıdır⁷⁹⁵. Cezaî tazminatın bu açıdan adil yargılanma hakkına aykırı olduğu ileri sürülmektedir. Fiilin hem ceza yaptırımı hem cezaî tazminat ile cezalandırılmasının, adil yargılanma hakkı içerisinde değerlendirilen “aynı fiilden dolayı iki kere yargılama yapılamaz”⁷⁹⁶ (*double jeopardy*) kuralını ihlal ettiği ifade edilmektedir⁷⁹⁷. Bazı eyaletler, fiilin suç teşkil ettiği durumlarda cezaî tazminat verilemeyeceğini kabul ederek bu konudaki itirazları ortadan kaldırmıştır⁷⁹⁸. Konuya ilişkin diğer bir bakış açısına göre, asıl mesele fiilin iki kere cezalandırılıp cezalandırılmadığı değil verilen toplam cezanın cezalandırma ve caydırma için gerekenden daha fazla olup olmadığıdır⁷⁹⁹. Bu yoruma göre, aşırı cezadan kaçınmanın yolu ceza hâkiminin, hukuk davasında verilen cezaî tazminatı dikkate almasıdır⁸⁰⁰.

⁷⁹⁰Galanter and Luban, 1993, **a.g.k.**, 1457.

⁷⁹¹Galanter and Luban, 1993, **a.g.k.**, 1458.

⁷⁹²T. Colby (2008). Clearing the smoke from Philip Morris v. Williams: the past, present and future of punitive damages. *The Yale Law Journal* 118, s. 448.

⁷⁹³Colby, 2008, **a.g.k.**, 448.

⁷⁹⁴Bu eleştiri de yine ceza hukuku/ medeni hukuk ayrımı ile ilişkilendirilebilir.

⁷⁹⁵D. W. M.-Bentley (2012). Law, economics and politics: the untold history of the due process limitation on punitive damages. *Roger Williams University Law Review*, Vol: 17, No: 3, s. 798.; D. Markel (2009). How should punitive damages work? *University of Pennsylvania Law Review*, Vol: 157, No: 5, s.1452; Ingram, 1988, **a.g.k.**, 217; Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 76; Morris, 1931, **a.g.k.**, 1195.

⁷⁹⁶*Non bis idem*.

⁷⁹⁷Ingram, 1988, **a.g.k.**, 217; Schlueter and Redden, 2000, **a.g.k.**, 76; Note, 1957, **a.g.k.**, 524.

⁷⁹⁸Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 76.

⁷⁹⁹Note, 1957, **a.g.k.**, 524.

⁸⁰⁰Note, 1957, **a.g.k.**, 525. Ancak hukuk davasında, ceza yaptırımlarının dikkate alınmasının jüriyi etkileyebileceği ifade edilmektedir. Hatta normal koşullarda, davalının, cezaî tazminat belirlenirken göz

Cezaî tazminatı, iki kere yargılama yapılamaz kuralına dayanarak eleştirenlere karşı çıkanlar, tazminat davasında fiilin kişiye verdiği zarar yönünden, ceza davasında ise topluma verdiği zarar bakımından ele alındığını savunmaktadırlar. Buna göre, farklı hukuk alanına ait yaptırımlar, kendi alanları içinde toplumsal düzene hizmet etmektedirler⁸⁰¹. Bir başka görüşe göre ise, cezaî tazminat, ceza hukuku yaptırımları ile yeteri kadar caydırıcılığın sağlanamadığı ya da ceza hukukunun elinden kaçan fiiller bakımından önemlidir⁸⁰². Ceza hukukunun, fiilden önce, alt ve üst sınırlarla belirlenmiş yaptırımları, etkili bir cezalandırma ve caydırma sağlayamayabilir. Dolayısıyla aynı zamanda suç teşkil eden bir fiile cezaî tazminat verilebilmesi imkânı bu açığı kapatabilir. Yazara göre, çifte cezalandırma eleştirisinden kaçabilmek için cezaî tazminatın, cezalandırıcı olmadığını söylemeye gerek yoktur. Ceza mahkemesi kararı ile hukuk mahkemesi kararının birbiri ile uyumlu verilmesinin sağlanması çifte cezayı önleyecektir⁸⁰³.

Bir başka eleştiri, çifte cezalandırmayı, failin hukuk davası sonunda iki farklı tazminat ödemesine dayandırır⁸⁰⁴. Haksız fiil doktrinde, telafi edici tazminatın sadece mağdurun zararını telafiye, cezaî tazminatın ise faili cezalandırma ve caydırma işlevine hizmet ettiği kabul edilmektedir. Ancak yazar, bu ayrımın o kadar net olmadığını, telafi tazminatının uygulamada cezaî tazminatın işlevleri ve etkisiyle önemli ölçüde örtüşebileceğini ileri sürmektedir. Yazar, davacının dava açmaktaki motivasyonundan ya da davada verilen hükmün davalı üzerindeki etkisinden bazen telafi edici tazminatın, cezaî tazminat gibi etki gösterdiğinin anlaşıldığını ileri sürmektedir. Yazara göre, failin ağırlaştırılmış fiiline dayanan telafi edici tazminat ve cezaî tazminat miktarları birbirinin içine geçebilir⁸⁰⁵. *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell* kararında⁸⁰⁶ Yüksek Mahkeme, telafi tazminatı belirlenirken mağdurun zararına ilişkin ele alınan unsurların, cezaî tazminat belirlenirken de hesaba katıldığını, failin davranışını kınamak cezaî tazminatın görevi olmakla beraber telafi tazminatının da bunu içerdiğini belirtmiştir.

önünde tutulması için aldığı cezayı mahkemeye sunması beklenirken, davacının jüriyi etkilemek için ceza mahkemesi kararını davaya getirdiği görülmektedir. Note, 1957, **a.g.k.**, 525; Morris, 1931, **a.g.k.**, 1197.

⁸⁰¹Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 77.

⁸⁰²Morris, 1931, **a.g.k.**, 1197.

⁸⁰³Morris, 1931, **a.g.k.**, 1197.

⁸⁰⁴Marrero, 2017, **a.g.k.**, 789.

⁸⁰⁵Marrero, 2017, **a.g.k.**, 789.

⁸⁰⁶State Farm Mut. Auto. Ins. Co v. Campbell, 538 U.S. 408, 422-23 (2003).

5. Davalıya Çoklu Ceza Verildiği İtirazı

Çağdaş cezaî tazminat davalarının önemli bir kısmında, failin fiilinden zarar gören sadece bir veya birkaç davacı değildir, davada taraf olmayan ama zarar görmüş ya da görmesi muhtemel başkaları da vardır⁸⁰⁷. Bu tip davalarda, davacının avukatı birçok mağdurdan birini veya birkaçını temsil etmesine rağmen, jüriden cezaî tazminatı belirlerken yalnızca davalının davacıya verdiği zararı değil, başkalarına dolayısıyla tüm topluma verdiği zararı değerlendirmesini ister⁸⁰⁸. Jüri, fiilin kapsamını belirlerken, eyalet dışındaki mağdurların zararını, aynı eyalette yaşayan dava açmamış gerçek veya potansiyel mağdurların zararını, fiilden kaynaklanan ama dava konusu olmayan zararları değerlendirme eğiliminde olduğundan cezaî tazminat miktarının artması ihtimali vardır⁸⁰⁹. Ayrıca davacı avukatı, sadece davacının uğradığı zarar dolayısıyla davalının elde ettiği kârı değil, davalının fiilden elde ettiği tüm kazançları jürinin dikkatine sunar⁸¹⁰. Bazı durumlarda jüri, cezaî tazminata ilişkin değerlendirme yaparken sadece davacının uğradığı zarardan davalının elde ettiği kârı değil, aynı zamanda davalının fiilden elde etmiş olabileceği davacı ile hiç ilgisi olmayan kazançları da dikkate alabilir. Aynı fiil hakkında farklı eyaletlerde dava açıldığında da her yargı yetkisinin verdiği telafi edici tazminatla beraber cezaî tazminatın toplamı, cezalandırma ve caydırma için makul sayılabilecek ölçüleri geçebilmektedir⁸¹¹. İşte bu durum, davalının birden fazla kez cezalandırıldığı eleştirisini getirmektedir⁸¹².

Çoklu ceza eleştirisini getirenler, birden fazla kişiye zarar veren bir fiil hakkında açılan davalarda dikkate alınması gereken noktaları belirtmektedir⁸¹³. Fiilden zarar gören her mağdurun, cezaî tazminatı gerektiren koşulları ispat edecek delili bulunmayabilir⁸¹⁴. Belirli bir davacının dava esası, bir diğerinkinden farklı olabilir, davalının bir mağdura ileri sürebileceği savunma imkanları diğer mağdurlar bakımından geçerli olmayabilir⁸¹⁵.

⁸⁰⁷Marrero, 2017, **a.g.k.**, 790, Colby, 2003, **a.g.k.**, 584.

⁸⁰⁸Colby, 2003, **a.g.k.**, 584.

⁸⁰⁹Marrero, 2017, **a.g.k.**, 791.

⁸¹⁰*Ford Pinto* davasında davacıların avukatı, *Ford*'un *Pinto* ve diğer küçük araba modellerinde, hatalı tasarımı değiştirmeyerek, 100 milyon dolar tasarruf ettiği iddiası ile bu tutarı cezaî tazminat olarak talep etmiştir. *Grimshaw v. Ford Motor Co.*, 119 Cal. App., 3d 757, 1981.

⁸¹¹Marrero, 2017, **a.g.k.**, 791.

⁸¹²D. N. Jones, S. B. Sutton and B. D. Greenwald (1991). Multiple punitive damages awards for a single course of wrongful conduct: the need for a national policy to protect due process. *Alabama Law Review Vol:* 43, No:1, s. 2; J. Jerry (1994). Multiple punitive damage awards. *Villanova Law Review Vol:* 39, No: 2, s. 436; Jeffries, Jr, 1986, **a.g.k.**, 146; Colby, 2003, **a.g.k.**, 588, Marrero, 2017, **a.g.k.**, 790.

⁸¹³Colby, 2003, **a.g.k.**, 600; Marrero, 2017, **a.g.k.**, 790.

⁸¹⁴Colby, 2003, **a.g.k.**, 600; Marrero, 2017, **a.g.k.**, 790.

⁸¹⁵Marrero, 2017, **a.g.k.**, 790.

Davalının davranışının kınanabilirlik derecesi, mağdurdan mağdura değişebilir⁸¹⁶. Bu noktada, bir kere cezaî tazminat talepleri kabul edildikten sonra mağdurlar arasında fark kalmadığı ileri sürülmektedir⁸¹⁷. Telafi edici tazminat bakımından her mağdur farklıdır. Aynı fiilden zarar görmüş her mağdurun zarar miktarı birbirinden çok farklı olabilir. Ancak cezaî tazminat bakımından değerlendirildiğinde, bakılması gereken tek şeyin davalının eylemi olduğu ileri sürülmektedir⁸¹⁸. Örneğin, piyasaya sürdüğü ürünün ayıbını bilen ve bunu gizleyen failin davranışı cezaî tazminat açısından değerlendirilirken üründen bazı mağdurların çok, bazı mağdurların az zarar görmüş olmasının önemi yoktur⁸¹⁹.

Çoklu tazminatın adil olmadığı, eğer amaç faili cezalandırmak ve caydırmak ise, mahkemelerin, bir kere cezaî tazminata karar verildikten sonra aynı fiilden kaynaklanan başka bir talebi reddetmeleri gerektiği ileri sürülmektedir⁸²⁰.

Bir eylemden doğan tüm zararların cezaî tazminat değerlendirmesinde ele alınması durumunda bunun ekonomik sonuçları olacağı ileri sürülmektedir⁸²¹. Büyük cezaî tazminat miktarları ödemek zorunda kalan işletmelerin iflasla karşı karşıya kalacağı ya da piyasadaki rekabet gücünü kaybedeceği belirtilmektedir⁸²². Ayrıca cezaî tazminat davası riski nedeniyle işletmelerin yeni ürün ve teknoloji geliştirmekten uzak duracağı iddia edilmektedir⁸²³.

Amerika Birleşik Devletleri Federal Yüksek Mahkemesi, *BMW* kararında⁸²⁴, davalının fiili ile zarar gören başka eyaletlerdeki kişilerin zararının, *Philip Morris* kararında⁸²⁵ ise, davacılar dışındaki herhangi bir mağdurun zararının cezaî tazminat değerlendirilirken hesaba katılamayacağına karar vermiştir. *Philip Morris* kararında

⁸¹⁶Örneğin, davalı piyasaya ayıplı bir ürün sunuyor ama bu ürünün ayıplı olduğunu, tüketiciler bakımından tehlikeli olduğunu bilmiyor. Daha sonra ürünün ayıplı olduğunu fark ediyor ama bunu gizliyerek ürünün satışına devam ediyor. İlk zaman diliminde davalı mağdura karşı telafi tazminat ile sorumlu olabilir ama cezaî tazminat sorumluluğu yoktur. İkinci zaman diliminde ürünü satın alan mağdura karşı cezaî tazminat sorumluluğu da vardır. Colby, 2003, **a.g.k.**, 601.

⁸¹⁷J. W. Lens (2017). Punitive damage awards. *Utah Law Review*, Vol: 2017, No: 5, s. 1045.

⁸¹⁸Lens, 2017, **a.g.k.**, 1045.

⁸¹⁹Lens, 2017, **a.g.k.**, 1045.

⁸²⁰Pohlman, 1996, **a.g.k.**, 658.

⁸²¹D. G. Owen (1982). Problems in assessing punitive damages against manufacturers of defective products. *The University of Chicago Law Review* Vol. 49, s. 6; Marrero, 2017, **a.g.k.**, 790.

⁸²²Owen, 1982, **a.g.k.**, 6; Marrero, 2017, **a.g.k.**, 790.

⁸²³Owen, 1982, **a.g.k.**, 6; Marrero, 2017, **a.g.k.**, 790.

⁸²⁴*BMW of N. Am., Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996).

⁸²⁵*Philip Morris USA v. Williams*, 549 U.S. 346, 357-58 (2007).

Yüksek Mahkeme, davanın tarafı olmayanların uğradıkları zararın göz önüne alınmasının, adil yargılanma hakkına aykırı olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, *Philip Morris*'in ne kadar sayıda insana zarar verdiği, insanlara ne şekilde zarar verdiği ne kadar zarar verdiği gibi konularda jüriye çok fazla spekülasyon alanı bırakıldığı, bunun cezaî tazminat miktarında keyfilik olasılığını arttırdığını, ayrıca davalının bu konularda kendini savunma imkânının olmaması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini belirtmiştir⁸²⁶.

6. Tazminatın Jüri Tarafından Belirlenmesi

Genel olarak bir medeni hukuk veya ceza hukuku davasında jürinin⁸²⁷ şu görevleri yerine getirmesi beklenir⁸²⁸: Olayın parçalarını birleştirerek gerçeği bulmak, toplumun vicdanını temsil ve ifade etmek, toplumsal olarak yasaklanmış davranışlara adil ve etkili bir şekilde yaptırım uygulamak, mümkün olduğu kadar fiil öncesi durumu sağlayacak tazminat miktarını belirlemek. Bu görevler değerlendirildiğinde, jürinin cezaî tazminata ilişkin yeterli donanımının olmadığı; bu nedenle cezaî tazminat kararının hâkim tarafından verilmesi gerektiği eleştirisi ileri sürülmektedir⁸²⁹. Bir görüş, cezaî tazminat verilip verilmeyeceğine ilişkin kararın hâkime ait olması gerektiğini ileri sürmektedir⁸³⁰. Diğer bir görüş ise, cezaî tazminatın verilip verilmeyeceğini jürinin belirleyebileceğini ancak tazminat miktarının hâkim tarafından belirlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁸³¹. İkinci görüşü savunanlara göre, hâkimin cezaî tazminatı belirlemesi durumunda aşırı

⁸²⁶Colby, 2008, **a.g.k.**, 408.

⁸²⁷Eyaletler arasında farklılık göstermekle beraber genel olarak her Amerika Birleşik Devletler vatandaşı jüri görevine seçilebilir. Çoğu eyalet, jüri adaylarını seçmen listesinden ya da sürücü belgesi ya da sürücü olmayan belgesi (*nondriver identification*) listelerinden rastgele seçmektedir. Jüri görevi için seçilen adaylar arasından mahkemede görev yapacak olanlar, davalı ve davacının avukatları tarafından belirlenmektedir. G. L. Priest (2002). The problem and efforts to understand it. Jurors and judges as risk managers. *Punitive damages, how juries decide* (Yazarlar: C.R. Sunstein vd.) Chicago: The Univesity of Chicago Press, s. 6.

⁸²⁸R. Hastie and W. K. Viscusi (1998). What juries can't do well: the jury's performance as as risk manager. *Arizona Law Review*, Vol: 40, No:3, s. 901. Medeni yargılamada jürinin etkisi üzerine bkz. J. S. Cecil, V.P. Hans and E. C. Wiggins (1991). Citizen Comprehension of difficult issues: lessons from civil jury trials. *American University Law Review*, Vol: 40, No: 2, 727- 774.

⁸²⁹Hastie and Viscusi, 1998, **a.g.k.**, 901; R. A. Klinck (2001). The punitive damage debate. *Harward Journal on Legislation*, Vol:38, No:2, s. 473; C. R. Sunstein, D. Kahneman and D. Schkade (1998). Assessing punitive damages (with notes on cognition and valuation). *Yale Law Journal*, Vol: 107, No:7, s. 2111.

⁸³⁰W. K. Viscusi (2000). Corporate risk analysis: a reckless act. *Stanford Law Review* Vol: 52, No: 3, s. 589, 590.

⁸³¹Sunstein, Kahneman and Schkade, 1998, **a.g.k.**, 2120; M. E. Wheeler (1989). A proposal for further common law development of the use of punitive damages in modern product liability litigation. *Alabama Law Review*, Vol: 40, No. 3, s. 942, 943; P. Mogin (1998). Why judges, not juries, should set punitive damages. *University of Chicago Law Review*, Vol: 65, No: 1, s. 212; Owen, 1976, **a.g.k.**, 1320.

yüksek miktarda cezaî tazminat sayısı azalacaktır. Cezaî tazminat öngörülebilir olacaktır⁸³². Tazminatın öngörülebilir olması caydırıcılığı arttıracaktır. Hâkimin tazminatı belirlemesi halinde, benzer davalarda farklı tazminat miktarlarına karar verilmesi olasılığı azalacaktır⁸³³. Kamu politikasına hem mesleki tecrübesi hem bilgisi nedeniyle fazlasıyla vakıf olan hâkimin, bu yöndeki hedefleri daha tutarlı bir şekilde gerçekleştireceği ileri sürülmektedir⁸³⁴

Jürinin duygusal kararlar verme ihtimali varken hâkimin nesnel değerlendirme yapabilmesinin cezaî tazminata hükmedilme oranlarını azaltacağı ileri sürülmektedir⁸³⁵. Tazminat sorumluluğu belirlenirken yargılama sürecini etkileyecek delillerin mahkemeye sunulmasına izin verilmektedir⁸³⁶. Bunun en yaygın ve en etkili örneği davalının servetinin ya da ödeme gücünün mahkemeye delil olarak sunulmasıdır. Jürinin, davalının zengin olması durumunda davalıyı tazminat ile sorumlu tutma olasılığı artmaktadır. Bir anlamda davacı davalının malvarlığını, jürinin kararını etkileyecek bir silah olarak kullanmaktadır⁸³⁷. Davalının zengin olması jürinin kararını etkilerken, hâkim cezaî tazminat kararını caydırıcılık ve cezalandırma işlevleri bakımından değerlendirecektir⁸³⁸. Jürinin, ceza ve medeni hukuk alanlarının ikisini de ilgilendiren caydırıcılık ve cezalandırma işlevlerini değerlendirebilmesi için bu kavramlara dair bir fikrinin olması gerektiği ileri sürülmektedir⁸³⁹. Bununla beraber, hâkim, cezaî tazminatın hesaplanmasında davalının ekonomik durumunu değerlendirmek bakımından jüriye göre daha donanımlı olacaktır⁸⁴⁰. Ayrıca hâkim, cezaî tazminat kararının davalı üzerindeki (özellikle işletmeler bakımından) olası etkilerini geniş bir perspektiften değerlendirmek konusunda jüriye göre daha yetkindir⁸⁴¹. Hâkimin cezaî tazminat miktarını belirlediği durumlarda yargılamanın daha kısa ve daha az masraflı olacağı ileri sürülmektedir⁸⁴².

⁸³²Sunstein, Kahneman and Schkade, 1998, **a.g.k.**, 2108; Owen, 1976, **a.g.k.**, 1320; Mogin, 1998, **a.g.k.**, 214.

⁸³³Mogin, 1998, **a.g.k.**, 212.

⁸³⁴P.M. Colleen (1993). Integrating the constitutional authority of civil and criminal juries. *George Washington Law Review*, Vol: 61, No: 3, s. 739, 740.

⁸³⁵Owen, 1976, **a.g.k.**, 1320; Mogin, 1998, **a.g.k.**, 208, 209.

⁸³⁶C. M. Sharkey (2008). Crossing the punitive- compensatory divide. *Civil juries and civil justice. Psychological & legal perspectives*. (Ed: B. H. Bornstein vd.) New York: Springer, s. 85.

⁸³⁷Sharkey, 2008, **a.g.k.**, 85.

⁸³⁸Owen, 1976, **a.g.k.**, 1320.

⁸³⁹R. Hastie, D. A. Schkade and J. W. Payne (2002). Judging corporate recklessness. *Punitive damages. How juries decide*. (Yazarlar: C.R. Sunstein vd.) Chicago: The University of Chicago Press, s. 78.

⁸⁴⁰Mogin, 1998, **a.g.k.**, 210.

⁸⁴¹Owen, 1976, **a.g.k.**, 1320.

⁸⁴²Mogin, 1998, **a.g.k.**, 215.

Cezaî tazminat miktarını hâkiminin belirlemesi gerektiği görüşünde olanlar, cezaî tazminatın iddia edildiği gibi etkin bir caydırıcılık (optimal deterrence) sağlaması isteniyorsa, jüri sisteminin kötü bir seçim olduğunu ileri sürmektedirler⁸⁴³. Bu görüşü, jürininin motivasyonu ve kapasitesi ile ilgili nedenlere dayandırmaktadırlar. Bu görüşe göre, sıradan insanlar caydırıcılık anlayışı içerisinde düşünmezler. İnsanlar genellikle jüri görevine intikam hissi ile gelirler ve mahkemelerin bu hissin üstesinden gelip gelemeyecekleri ya da ne ölçüde gelebilecekleri belirsizdir⁸⁴⁴. Jüriye caydırıcılık konusunda verilecek kesin talimatlarla⁸⁴⁵ dikkatin bu konuya yönlendirilebileceği ileri sürülebilir⁸⁴⁶; ancak cezaî tazminata ilişkin jüri talimatlarını takip etmek konusunda jürinin isteksizliğini ortaya koyan çalışmalar⁸⁴⁷ büyük oranda bir değişimin mümkün olamayacağını göstermektedir. Yüksek Mahkeme hâkimi Stevens *Honda Motor Co. Ltd. v. Oberg*⁸⁴⁸ kararında, jürinin talimatları takip etmemesinin hukuksuz, önyargılı veya keyfi kararlara yol açabileceğinin kendilerini endişelendirdiğini ifade etmiştir⁸⁴⁹. Ayrıca jüri caydırıcılığa odaklansa bile, ahlâki yargılardan etkilenecektir. Failin davranışının aşırı (*outrageous*) olduğu durumlarda (örneğin kasten ölüme sebebiyet ya da büyük bir çevre felaketi gibi) jürinin motivasyonu yüksek miktarda tazminat vermeye yönelik olacaktır⁸⁵⁰. Cezaî tazminat miktarını hâkiminin belirlemesi gerektiği görüşünde olanların ikinci gerekçesi, jürinin etkin caydırıcılığı sağlama motivasyonunda olsa bile bunu beceremeyecek olmasıdır⁸⁵¹. Bu görüşe göre, sıradan insanlar olay sonrası değerlendirme

⁸⁴³Sunstein, Kahneman and Schkade, 1998, **a.g.k.**, 2111.

⁸⁴⁴Sunstein, Kahneman and Schkade, 1998, **a.g.k.**, 2111.

⁸⁴⁵Davacı ve davalı taraf iddialarını sunduktan ve kapanış konuşmalarını yaptıktan sonra hâkim jüriye dava konusunu nasıl ele alıp müzakere etmeleri ve bir sonuca varmaları gerektiği konusunda talimatları verir. Talimatın içeriği jürinin delilleri nasıl değerlendirmesi gerektiği, davalının davacıya karşı sorumluluğu olup olmadığını nasıl belirleyeceği ve genel olarak telafi tazminatının nasıl belirleneceğidir. Bunlardan sonra cezaî tazminata dair talimat verilir. Cezaî tazminat rakamını belirleme ve hesaplama görevi talimat merkeze alınarak yapılır. Priest, 2002, **a.g.k.**, 11, 12.

⁸⁴⁶Örneğin *State Farm* kararında Yüksek Mahkeme, jüriye verilecek talimatın neden önemli olduğunun altını çizmiştir. Mahkemeye göre, özellikle davalının net servetinin jürinin dikkatine sunulduğu durumlarda açık olmayan talimatlar nedeniyle jüri geniş bir takdir yetkisine sahip olmaktadır. Mahkeme ayrıca jürinin büyük işletmelere özellikle de yerel bağlantıları kuvvetli olmayan işletmelere karşı önyargı ile karar verdiğini belirtmiştir. *State Farm Mut. Auto Ins. Co. v. Campbell*, 533 U.S. 408, 417 (2003).

⁸⁴⁷Yapılan çalışmada jüri üyelerine, hâkimin talimatlarını okuyup müzakere ettikten sonra karar verecekleri cezaî tazminatın önemli unsurları hakkında sorular sorulmuştur. Katılımcıların başarı oranı yüzde beş olarak ölçülmüştür. Bkz. R. Hastie, D. Schkade and J. Payne (1998). A study of juror and jury judgments in civil cases: deciding liability for punitive damages. *Law and Human Behavior*, Vol: 22, No: 3, 287- 314.

⁸⁴⁸*Honda Motor Co. Ltd. v. Oberg*, 512 U.S. 415, 114 S. Ct. 2331 (1994).

⁸⁴⁹Hastie, Schkade, Payne, 2002, **a.g.k.**, 78.

⁸⁵⁰Sunstein, Kahneman and Schkade, 1998, **a.g.k.**, 2111. Diğer taraftan burada bir çelişki olduğu da açıktır. Zira cezaî tazminat aşırı davranışları cezalandırmak için düzenlenmiş bir kurum ise davranışın aşırı olması elbette jürinin kararını etkileyecek bir faktördür.

⁸⁵¹Sunstein, Kahneman and Schkade, 1998, **a.g.k.**, 2112.

yapmak konusunda iyi değildir. Değerlendirme için insanların konunun detaylarına hakim olması gerekir. Cezaî tazminata hükmedebilmek için davalının özen yükümlülüğünü ihmalen yerine getirmemiş olması yeterli değildir. Davacı, davalının zarar vereceğini bilerek ve isteyerek ya da zarar vereceğinin bilincinde olarak pervasızca (*recklessness*) özen yükümlülüğünü ihlal ettiğini ispatlamalıdır⁸⁵². Pervasızlık önemli bir unsurdur. Zira davalının davranışı ihmalin ötesine geçmiş olmalıdır ki davranış özel bir cezalandırmayı gerektirsin. İşte bu noktada jürinin olayı değerlendirmesi önemlidir. Herkes gibi jüri üyelerinde de sonradan anlama önyargısı (*hindsight bias*) vardır: Geçmişte olanların büyük oranda gerçekleşmesi muhtemel olduğunu düşünme eğilimindedirler. Cezaî tazminat davalarında sorumluluğun belirlenmesi asıl mesele olduğu için geçmişte olan olayın “sonradan anlama önyargısı” ile değerlendirilmesi önemlidir. Önyargı sorumluluk hakkında hatalı sonuçlara vardırabilir, zira jüri davalının zarara sebep olan davranışında pervasızlık bulmaya meyilli olacaktır⁸⁵³. Etkin caydırıcılığın jüri sistemi ile sağlanamayacağını düşünenler, belirli bir görev için biraraya getirilmiş uzmanlardan oluşan idari bir kurulun daha iyi sonuç alacağını ileri sürmektedirler⁸⁵⁴.

Jürinin etkin caydırıcılık işlevini yerine getiremeyeceğini ileri sürenlerin dikkat çektiği bir başka konu da jürinin sosyal risk yönetimini yapıp yapamayacağıdır⁸⁵⁵. Bu görüşe göre, bazı jüri kararları riskli davranışları kontrol etme işlevine hizmet etmektedir. Bu nedenle, örneğin jüriden, toplum üyelerini başkalarına yönelik riskleri umursamaz bir şekilde göz ardı eden davranışlarda bulunmaktan caydırmak ve bu davranışları cezalandırmak üzere cezaî tazminat vermesi istendiğinde, jürinin kararı sosyal risk yönetimi ile ilgilidir. Ancak bu görüşe göre, risk analizi, çok iyi bilgilendirilmiş uzmanlar tarafından bile etkili bir şekilde yapılamayan zorlu bir iştir. Jüri böyle bir iş için yetersiz donanımdadır ve amacı sağlamaya yönelik sonradan bilgilendirilmesi oldukça güçtür. Ayrıca etkin bir risk yönetimi politikası, somut olaya yönelik olsa da başka vakaların, olasılıkların, fayda ve maliyetlerin çok yönlü değerlendirilmesi gerekir⁸⁵⁶. Jüri üyelerinin, risk yargısını güvenilir biçimde yapıp yapamayacakları, özellikle davalarda karşılaşılan

⁸⁵²C. R. Sunstein (2002). To punish or not? *Punitive damages. How juries decide*. (Yazarlar: C.R. Sunstein vd.) Chicago: The University of Chicago Press, s. 75.

⁸⁵³Sunstein, 2002, **a.g.k.**, 75.

⁸⁵⁴Sunstein, Kahneman and Schkade, 1998, **a.g.k.**, 2111.

⁸⁵⁵Hastie and Viscusi, 1998, **a.g.k.**, 902.

⁸⁵⁶Hastie and Viscusi, 1998, **a.g.k.**, 902.

durumlar bağlamında risk hakkında nasıl düşündüklerine açıkça bağlıdır⁸⁵⁷ Örnek olması bakımından bir davada⁸⁵⁸ verilen jüri talimatına bakacak olursak; jüri davalının, başkalarının haklarına karşı pervasızca veya açıkça saygısızca davranıp davranmadığını belirlerken her biri risk değerlendirmesi içeren dört faktörü göz önünde bulundurmalıdır: Davalı, belirli bir ciddi tehlike veya zarar riskinin subjektif olarak bilincinde olmalıdır ve tehlike veya risk, davranışın öngörülebilir ve olası etkisi olmalıdır, davalının subjektif olarak bilincinde olduğu belirli tehlike veya risk gerçekleşmiş olmalıdır, davalı nasıl davranacağına karar verirken riski göz ardı etmiş olmalıdır, davalının, tehlikeyi veya riski göz ardı etme davranışı, tüm koşullar dikkate alındığında, sıradan bir kişinin göstereceği özenden büyük bir sapmayı içermelidir.

Cezaî tazminat kararına ilişkin olarak hâkimlerin yaklaşımları ile jürinin yaklaşımını belirlemek üzere yapılan bir araştırma, 2002 yılında yayımlanan bir makalede yer almıştır⁸⁵⁹. Bir yıllık bir sürede kırk beş tane hâkim ve jüri yargılamasının sonuçlarını kapsayan yaklaşık dokuz bin davanın sonuçlarından elde edilen verilerle yapılan değerlendirmede, cezaî tazminat kararı vermede ve cezaî tazminat kararlarının miktarları arasındaki ilişkide kayda değer bir farklılık olmadığı görülmüştür⁸⁶⁰. Yazarlar, araştırma sonucunun şu bakımdan önemli olduğunu vurgulamaktadır: Eğer, hâkimler tarafından verilen kararlarla jüriler tarafından verilen kararlar arasında önemli bir fark ortaya çıksaydı, hâkimler ve jüriler hakkında yapılan geleneksel yorumlar özellikle jürilerin rastgele ve kaprisle ceza yağdırdıkları yorumu destek bulmuş olacaktı⁸⁶¹. Ancak sonraki yıllarda yapılan bir araştırma jürinin tazminat miktarına karar verdiği durumlarda tazminat miktarlarının, hâkimin tazminat miktarını belirlediği durumlara göre daha yüksek olduğunu ortaya koymuştur⁸⁶².

⁸⁵⁷W. K. Viscusi (2002). Judging risk and recklessness. *Punitive damages. How juries decide.* (Yazarlar: C.R. Sunstein vd.) Chicago: The University of Chicago Press, s. 172.

⁸⁵⁸Jardel Co., Inc. v. Huges, Del.Supr., 523 A.2d 518 (1987). Viscusi, 2002, **a.g.k.**, 172.

⁸⁵⁹T. Eisenberg vd., (2002). Juries, judges and punitive damages: an emprical study. *Cornell Law Review*, Vol: 87, No: 3, 743- 782.

⁸⁶⁰Eisenberg vd., 2002, **a.g.k.**, 746.

⁸⁶¹Eisenberg vd., 2002, **a.g.k.**, 746. Yine çok sayıda davadan toplanan verilerle 2006 yılında yayımlanan araştırmada ise jürilerin cezaî tazminat kararını malvarlığı zararına ilişkin davalarda, hâkimlerin ise bedensel yaralanmalara ilişkin davalarda daha fazla aldığı sonucuna varılmıştır. T. Eisenberg vd., (2006). Juries, judges and punitive damages: empirical analyses using the civiljustice survey of state courts 1992, 1996 and 2001 data. *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol: 3, No: 2, s. 263.

⁸⁶²T. Eisenberg vd., (2010). The decision to award punitive damages: an empirical study. *Journal of Legal Analysis*, Vol: 2, No: 2, s. 601.

7. Davacının Zenginleşmesi

Cezaî tazminat doktrinine getirilen bir başka eleştiri, davacının zararının telafisini aşan bir miktara hak kazanması, fazladan zengileşmesidir⁸⁶³. Bu zenginleşme, “*cezaî tazminat doktrininin odak noktası, davacının dava sonunda ne aldığından çok davalının davranışı ve bu davranışın cezalandırılmasıdır, bu nedenle davacının zenginleşmesi davalıyı yeterince caydırmak için kaçınılmazdır*” görüşüyle savunulmaktadır.⁸⁶⁴ Ancak zenginleşmenin gerekçesini caydırma olarak açıklayanların, caydırmanın gerçekleşebilmesi için ne kadar paranın yeterli olacağı ve paranın bir veya birkaç davalıya verilmesinin neden caydırma işlevini en adil ve etkili şekilde sağladığını cevaplayamadığı belirtilmektedir⁸⁶⁵.

Zenginleşme problemini kabul eden ancak bunu gerekçelendirmeye çalışan bir diğer görüş, telafi edici tazminatın miktar olarak çok az olması durumunda cezaî tazminatın mağduru dava açmak konusunda teşvik edeceğini ileri sürmektedir⁸⁶⁶. Cezaî tazminatın mağduru zengileştirmesinin, dava masrafları ve telafi edilemeyen diğer zararların karşılanması bakımından da önemli olduğu kabul edilmektedir⁸⁶⁷. Dava masraflarının, davadan elde edilecek tazminattan daha çok olduğu durumlarda dava açma olasılığı azalabilir, failler hukukun elinden kurtulabilir⁸⁶⁸. Bu nedenle, cezaî tazminat belirlenirken mağdurun mahkeme masrafının dikkate alınmasının dava açmayı teşvik edeceği ileri sürülmektedir⁸⁶⁹. Ancak bu görüş şu bakımdan eleştirilmektedir. Dava açmanın teşvik edilmesinin, devletin dava yükünü, ekonomik maliyetlerini arttırmak gibi bir sonucu vardır⁸⁷⁰. Bu nedenle dava masrafları dikkate alınırken temel gerekçe dava

⁸⁶³T. C. Galligan, Jr. (1990). Augmented Awards: the efficient evolution of punitive damages. *Louisiana Law Journal* Vol: 51, s. 58 3-85; S. L. Nunn (1995). The due process ramifications of punitive damages, continued: txo production corp. v. alliance resources corp. *University of Cincinnati Law Review*, Vol:63, s. 1038; Hallanhan, 1995, **a.g.k.**, s. 418; Breslo, 1992, **a.g.k.**, 1133; Sales and Cole, 1984, **a.g.k.**, 1154; Note, 1957, **a.g.k.**, 525; Qsair, 2018, **a.g.k.**, 15; Pohlman, 1996, **a.g.k.**, 623.

⁸⁶⁴C. M. Sharkey (2003). Punitive damages as societal damages. *The Yale Law Journal* Vol: 113., s. 370; Ellis, 1982, **a.g.k.**, 11.

⁸⁶⁵Marrero, 2017, **a.g.k.**, 797.

⁸⁶⁶Note, 1957, **a.g.k.**, 525.

⁸⁶⁷Ellis, 1982, **a.g.k.**, 11. Hatta bir mahkemenin zenginleşmeyi gerekçelendirmesi parayı verecek davacıdan başka kimse olmamasıdır. Spaur v. Owens- Corning Fiberglas Corp., 510 N.W. 2d 854, 869 (Iowa 1994); Marrero, 2017, **a.g.k.**, 796. Bazı mahkemeler davacının, dava masraflarının cezaî tazminat miktarı belirlenirken dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Ultimate Chem. Co. v. Surface Transp. Int’l. Inc., 658, P 2d 1008 (Kan. 1983); Fisher v. Johns- Manville Corp., 512 A. 2d. 466, 482 (N.J. 1986).

⁸⁶⁸A. Polinsky and S. Shavell (1998). Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Vol: 111, No: 4, s. 921.

⁸⁶⁹Schlueter and Redden, 2000 a, **a.g.k.**, 31.

⁸⁷⁰Polinsky and Shavell, 1998, **a.g.k.**, 921.

açmayı teşvik etmek olmamalı, failin dava edilmeme ihtimalini ortadan kaldırmak olmalıdır⁸⁷¹. Ayrıca mağdurun zenginleşme ihtimalinin dava açmaya teşvik bakımından olumsuz yanı, gereksiz dava açılmasına yol açmasıdır⁸⁷². Avukat masraflarının karşılanmasını gerektiği görüşüne karşı, zararın parasal karşılığını tam olarak ölçmenin güçlüğü ile jürinin karar verirken dikkate aldığı hususların belirsizliği birleşince, pek çok durumda, davacının elde ettiği cezaî tazminatın avukat masraflarını fazlasıyla aştığı itirazı ileri sürülmektedir⁸⁷³.

Zenginleşme meselesinin bir diğer yönü, cezaî tazminat belirlenirken sadece fiilin davacıya verdiği zararın değil, eylemden etkilenen üçüncü kişilerin fiilinin ve muhtemel zararlarının hesaba katılmasıdır⁸⁷⁴. Ancak bu durum Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi'nin *BMW*, *State Farm* ve *Philip Morris* kararları ile engellenmiştir⁸⁷⁵.

Davacıya yüksek miktarda cezaî tazminat verilmesinin, problemlili bir diğer yönü, aynı haksız fiil nedeniyle zarara uğrayan ama henüz dava açmamış olan üçüncü kişilerin hak kaybına uğraması riskidir. Zarara uğrayan ama henüz dava açmamış olan ya da zararı sonradan ortaya çıkan diğerleri dava açtığında, davalıdan aynı miktarda cezaî tazminat elde edemeyebilirler⁸⁷⁶.

Zenginleşmeye ilişkin ileri sürülen bir itiraz da paranın tamamının davacıya kalmasıdır⁸⁷⁷. Cezaî tazminat, faili toplum adına ve toplum için cezalandırıyorsa,

⁸⁷¹Polinsky and Shavell, 1998, **a.g.k.**, 921.

⁸⁷²Sharkey, 2003, **a.g.k.**, 371; Pohlman, 1996, **a.g.k.**, 628; Marrero, 2017, **a.g.k.**, 797; Ingram, 1988, **a.g.k.**, 215.

⁸⁷³Marrero, 2017, **a.g.k.**, 797.

⁸⁷⁴Marrero, 2017, **a.g.k.**, 797.

⁸⁷⁵*BMW of North America Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996); *State Farm Mut. Auto. Ins. Co v. Campbell*, 538 U.S. 408, 422-23 (2003); *Philip Morris USA v. Williams*, 549 U.S. 346, 357-58 (2007).

⁸⁷⁶Marrero, 2017, **a.g.k.**, 797.

⁸⁷⁷Ellis aksi görüştedir. “*If wealth taken from a defendant or achieve retribution or deterrence or for other reasons, we must do something with the money. It could be destroyed as is often done with confiscated contraband, deposited in the public treasury as are fines, donated to an object of our benevolence, or randomly distributed. That none of these uses has been chosen may reflect society’s decision that the best use of the wealth acquired through punitive damages -the use that will result in the greatest increase in welfare, utility or happiness- is to compensate plaintiffs for losses or attorneys’ fees*”. (Davalının serveti, intikam almak, caydırmak veya başka bir nedenle alınıyorsa, parayla bir şey yapmalıyız. El konulan kaçak mallara genellikle yapıldığı gibi yok edilebilir, para cezaları gibi kamu hazinesine yatırılabilir, bir amaca bağışlanabilir veya rastgele dağıtılabilir. Bunlardan hiçbirinin seçilmemiş olması, toplumun kararının cezaî tazminattan elde edilen zenginliğin, refah, fayda ve mutlulukla sonuçlanacak en iyi kullanım biçiminin davacının kayıplarını telafi etmek veya avukatının ücretini ödemek olduğunu gösterir). Ellis, 1982, **a.g.k.**, 11.

tazminatın en azından bir kısmının devlete kalması gerektiği ifade edilmektedir⁸⁷⁸. Cezaî tazminatın devlete kalması halinde jürinin davalının eylemi hakkında daha objektif bir değerlendirme yapacağı, davacı ya da davalıya duyduğu olumlu/olumsuz duyguların etkisinden uzak olacağı ileri sürülmektedir⁸⁷⁹. Cezaî tazminat tutarı belirlenirken mahkeme masraflarının dikkate alınması halinde, dava açma ihtimalin artacağını, bunun da devletin yükünü arttıracak ileri sürenler, bu nedenle de paranın bir kısmının devlete kalması gerektiğini ifade etmektedirler⁸⁸⁰.

Ancak cezaî tazminatın devlete kalması ihtimalinde, mağdurun zararının küçük olduğu ya da cezaî tazminat talebi için ekstra zaman ve para harcanması gereken durumlarda faili mahkemeye getirmek için uğraşmayacağı da ileri sürülmektedir⁸⁸¹.

Prensip olarak mahkemelerin herhangi bir miktarda cezaî tazminat verebilmesi davacının zenginleşmesi nedeni ile eleştirilirken, aşırı derecede yüksek cezaî tazminat miktarları, ekonomiye zarar verdikleri eleştirisine de hedef olmaktadır⁸⁸². Toplumun, yasa koyucuların ve bilim insanların dikkatini en çok çeken tazminatlar, miktar olarak sıradışı olanlardır. “Sıradışı” (*outlier*) adlandırması Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi’ne aittir ama Mahkeme bu ifadeyle ne kastettiğini tam olarak açıklamamıştır⁸⁸³. Doktrinde, 1 milyon doları aşan yargısal kararların dikkat çektiği ancak bundan daha fazla miktarların yaygınlaştığı ifade edilmektedir⁸⁸⁴. Doktrinde, 100 milyon doları aşan tazminatlar için, “*blockbuster*” (tahrip gücü çok yüksek bomba) ifadesi kullanılmaktadır⁸⁸⁵. Bu miktarda tazminatların, öngörülebilir olmadığı için caydırıcı

⁸⁷⁸Note, 1957, **a.g.k.**, 525. Hâkim Rehnquist: “*Punitive damages are generally seen as windfall to plaintiffs, who are entitled to receive full compensation for their injuries- but no more. Even assuming that a punitive “fine” should be imposed after a civil trial, the penalty should go to the State, not the plaintiff- who by hypothesis is fully compensated*” (Cezaî tazminat, zararının tamamının telafi edildiği davacı bakımından genellikle talih kuşu olarak görülür, daha fazlası değil. Bir hukuk davasından sonra para cezası verilebileceği kabul edilse bile, bu para zararı tamamen telafi edildiği varsayılan davacıya değil devlete gitmelidir). *Smith v. Wade*, 461 U.S. 30, 59 (1982).

⁸⁷⁹Note, 1957, **a.g.k.**, 525.

⁸⁸⁰Polinsky and Shavell, 1998, **a.g.k.**, 921.

⁸⁸¹Note, 1957, **a.g.k.**, 526.

⁸⁸²W. K. Viscusi (2004). The Blockbuster Punitive Damage Awards. *Emory Law Journal*, Vol:53, s.1407.

⁸⁸³Mahkeme, sıradışı cezaî tazminat kararlarına şimdiye kadar verdiği cevapların, anayasal sınırlarla ilgili taleplere ilişkin olduğunu, tazminatların adil yargılanma hakkını ihlal etmemesi için standartlar belirlediklerini ifade etmiştir. *Exxon Shipping Co. v. Baker*, 554 U.S. 41, 501 (2008).

⁸⁸⁴A. F. Del Rossi and W. K. Viscusi (2010). The changing landscape of blockbuster punitive damages awards. *American Law and Economics Review*, s.117.

⁸⁸⁵Blockbuster cezaî tazminatların, bireyler, şirketler ve tüm endüstri üzerinde çok büyük etkisi olduğu kabul edilmektedir. Bu cezaî tazminatlarla ilgili olarak bkz. Viscusi (2004), **a.g.k.**, 1405- 1456; B. J. McMichael and. W.K. Viscusi (2019). Taming blockbuster punitive damages awards. *University of Illinois Law Review*, s. 171-222; J. Hersch and. W. K. Viscusi (2004). Punitive damages: how judges and juries

etkisi olmadığı ileri sürülmektedir⁸⁸⁶. Öngörülebilirlik için, failinin fiile karar verdiği anda, fiil nedeniyle kendisini bekleyen sonucu tahmin edebilmesi gerekir⁸⁸⁷. Cezaî tazminatın hem belirlenip belirlenmeyeceği hem de belirlenecek ise ne miktarda belirleneceği konusunda açıklık olmadığı ifade edilmektedir⁸⁸⁸. Bu görüşe göre, telafi tazminatına esas alınacak zarar ile orantılı cezaî tazminat belirleneceğini bilmek öngörülebilirlik değildir⁸⁸⁹. Dolayısıyla davalılar bakımından öngörülmezlik vardır⁸⁹⁰. Sıradışı cezaî tazminat kararlarının, işletmeleri, sorumluluk almamak için, yeni ancak riskli ürünler geliştirmekten ve bunları piyasaya sürmekten alıkoyacağı ya da ürün geliştirirken, yeni teknolojiler denerken, iş kararı verirken cezaî tazminat riskine karşı korunma tedbiri almaya zorlayacağı ifade edilmektedir⁸⁹¹. Şirketlere yüklenen ekstra maliyetin eninde sonunda tüketiciye yansıtılacağı belirtilmektedir⁸⁹². Ayrıca sıradışı cezaî tazminatların, bazı işletmeleri iflasa sürükleyeceği, işletmelerin dış piyasada rekabet gücünü azaltacağı, bunun endüstrinin istikrarı üzerinde yıkıcı etkisi olacağı, sonuçta tüm toplumun zarar göreceği ileri sürülmektedir⁸⁹³. Cezaî tazminat miktarına bir üst sınır konulması halinde, kararlar arasında tam anlamıyla eşitlik sağlanamasa bile en azından eşitsizliğin azalacağı ileri sürülmektedir⁸⁹⁴. Yine öngörülebilirliği sağlamak bakımından, benzer haksız fiil tiplerinin derecelendirilmesi ve bu derecelendirmeye göre farklı üst limitler belirlenmesi önerilmektedir⁸⁹⁵.

perform. *The Journal of Legal Studies*, Vol: 33, s. 1-36; T. Eisenberg and M. T. Wells (2006). The significant association between punitive and compensatory damages in blockbuster cases: a methodological primer. *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol: 3; s.175-196; W. K. Viscusi and B. J. McMichael (2014). Shifting the fat-tailed distribution of blockbuster punitive damage awards. *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol.11, s. 350-377; Del Rossi and Viscusi, 2010, **a.g.k.**, 116-161.

⁸⁸⁶W. K. Viscusi (1998). Why there is no defence of punitive damages. *The Georgetown Law Journal*, Vol: 87, s. 385; Viscusi, 1998, **a.g.k.**, 288; McMichael and Viscusi, 2019, **a.g.k.**, 186.

⁸⁸⁷Viscusi, 1998, **a.g.k.**, 385; L. M. Romero (2008). Punitive damages, criminal punishment and proportionality: the importance of legislative limits. *Connecticut Law Review*, Vol: 41, No: 4, s. 117.

⁸⁸⁸A. M. Polinsky (1997). Are punitive damages really insignificant, predictable and rational- a comment on Eisenberg. *The Journal of Legal Studies*, s. 663-672.

⁸⁸⁹Viscusi, 1998, **a.g.k.**, 385; Romero, 2008, **a.g.k.**, 117.

⁸⁹⁰*Philip Morris Inc.*'e karşı iki farklı eyalette görülen davalarda, mahkemelere benzer iddialar ve benzer deliller sunulmuştur. Californiya'daki mahkemenin jürisi, davalı aleyhine 50 milyon dolar cezaî tazminat miktarı belirlerken, Oregon mahkemesinin jürisi 79,5 milyon dolar cezaî tazminat belirlemiştir. Romero, 2008, **a.g.k.**, 117.

⁸⁹¹Viscusi, 2004, **a.g.k.**, 1407; Pohlmann, 1996, **a.g.k.**, 626; Schwartz and Behrens, 1993, **a.g.k.**, 1371.

⁸⁹²Viscusi, 2004, **a.g.k.**, 1407.

⁸⁹³Owen, 1982, **a.g.k.**, 6; Pohlmann, 1996, **a.g.k.**, 626; Schwartz and Behrens, 1993, **a.g.k.**, 1371.

⁸⁹⁴Romero, 2008, **a.g.k.**, 117.

⁸⁹⁵Romero, 2008, **a.g.k.**, 117. *Exxon Shipping Co. v. Baker* kararı ile ABD Yüksek Mahkemesi deniz hukukunu ilgilendiren davalarda cezaî tazminatın telafi tazminata oranını maksimum 1:1 olarak ifade etmiştir. *Exxon Shipping Co. v. Baker*, 554 U.S. 471 (2008).

Browning- Ferris Industries of Vermont v. Kelco Disposal, Inc. kararında⁸⁹⁶, Federal Yüksek Mahkeme hâkimi *O'Connor*, büyük tazminat tehditlerinin, yeni ürünlerin araştırılması ve geliştirilmesi üzerinde zararlı bir etkiye sahip olacağını belirtmiştir. Örneğin, cezaî tazminat korkusuyla, bazı reçeteli ilaç üreticilerinin, piyasaya yeni bir ilaç ya da aşı sunmaktan kaçındıklarını, benzer şekilde, uçak ve motorlu taşıt tasarımcılarının yeni projelerden vazgeçtiklerini ileri sürmüştür.

Sıradışı cezaî tazminat miktarları konusunda bazı eyaletler cezaî tazminat miktarını sınırlama yoluna gitmiştir. Belirlenen sınırlar eyaletten eyalete farklılık göstermektedir⁸⁹⁷. Bir üst sınır konulması, telafi tazminatının belirli bir oranın dikkate alınması, belirli bir miktarla beraber bir oranın uygulanması, davalının gelirine, haksız fiilden elde edilen kâra, davalının malvarlığının net değerine göre belirlenmesi, bu sınırlandırmalardandır⁸⁹⁸. Bazı eyaletlerde ise cezaî tazminat tamamen yasaktır⁸⁹⁹.

Cezaî tazminata limit koymanın, şirketler yararına olduğu, cezaî tazminatın koruması gereken yarara hizmet etmediği ileri sürülmektedir⁹⁰⁰. Haksız fiil tazminatlarının sınırlandırılması, şirket için cezaî tazminat miktarını öngörülebilir kılar, böylece şirket buna ilişkin maliyeti ürüne veya iş planına yansıtabilir. Ancak diğer taraftan cezaî tazminatın öngörülemez olması ve caydırıcılık özelliği, şirketleri faaliyet alanlarında daha dikkatli davranmaya zorlamaktadır⁹⁰¹. Cezaî tazminatın ekonomik sonuçlarının farkında olan şirketler, tazminat korkusu ile hareket edeceklerdir. Böylece yeteri kadar test edilmemiş ürünlerin piyasaya sürülmesinden⁹⁰², çevreye zarar veren endüstrilerin faaliyetlerinden, şirketlerin hileli davranışlarının⁹⁰³ ya da ağır ihmallerinin

⁸⁹⁶*Browning- Ferris Industries of Vermont, Inc. v. Kelco Disposal Inc.*, 492 U.S. 257 (1989).

⁸⁹⁷Dawkins, 2007-2008, **a.g.k.**, 74; McMichael and Viscusi, 2019, **a.g.k.**, 173.

⁸⁹⁸Örneğin Virginia eyaletinde cezaî tazminat 350 bin doları geçemez. Nevada eyaletinde, telafi tazminatın 100 bin dolardan az olduğu durumlarda cezaî tazminat 300 bin doları geçemez, telafi tazminatın 100 bin dolardan çok olduğu durumlarda, telafi tazminat miktarının üç katını geçemez. Dawkins, 2007-2008, **a.g.k.**, 74; McMichael and Viscusi, 2019, **a.g.k.**, 173; Romero, 2008, **a.g.k.**, s. 116.

⁸⁹⁹Dawkins, 2007-2008, **a.g.k.**, 74; Romero, 2008, **a.g.k.**, 116.

⁹⁰⁰Dawkins, 2007-2008, **a.g.k.**, 75.

⁹⁰¹Dawkins, 2007-2008, **a.g.k.**, 75.

⁹⁰²Örneğin, Richardson Merrell ilaç şirketi tarafından 1960'larda piyasaya sürülen MER/29 isimli kolesterol ilacının çok ciddi yan etkileri olmasına rağmen, ilacın onayı için gereken testlerde şirketin değişiklikler yaptığı ortaya çıkmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. P. D. Rheingold (1968). The MER/29 story- an instance of succesful mass disaster litigation. *California Law Review*, 116- 148.

⁹⁰³Örneğin, *Volkswagen*'in ABD'de satışa sunduğu araçların emisyon testlerinde test sonuçlarını değiştirecek yazılım kullandığı ortaya çıkmıştır. 1000'den fazla araç sahibi *Volkswagen*'e dava açtıktan sonra şirket iki farklı anlaşma yapmıştır. In re: Volkswagen "Clean Diesel" Marketing, Sales Practices, and Products Liability Litigation, No. 19-16361 (9th. Cir.2020)

sonucu olan kazalardan⁹⁰⁴ doğan zararlar azalacaktır. Cezaî tazminatın üst limit ya da oran hesapları ile sınırlandırılmasına karşı çıkanlar, bu tip sınırlandırmaların, ağır ihmalden sorumlu tutulacak olası davalılara baştan geçiş izni vermek olduğunu ileri sürmektedir⁹⁰⁵. Bu geçiş izni ile, yüz milyonlarca veya yüz milyarlarca dolar net geliri olan şirketler, kârları için, maliyeti düşüren ama insan hayatını tehlikeye atan faaliyetleri sürdürebileceklerdir⁹⁰⁶.

Cezaî tazminat, kusurlu davranışı cezalandırmak ve caydırmak bakımından gerekli görülse de davalı bakımından öngörülemezliğin temel adalet duygusunu zedelediği eleştirilerine karşı, Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi, bu öngörülemezliği verdiği kararlarla gidermeye çalışmıştır⁹⁰⁷. Mahkeme, meseleyi çoklukla anayasaya uygunluk bağlamında ele almıştır. Yüksek Mahkeme'nin, cezaî tazminatın orantılılık ilkesine uyması gerektiği görüşünde olduğu verdiği kararlardan anlaşılmaktadır⁹⁰⁸. Mahkemeye göre, adalet, sadece kişinin davranışının karşılığı olarak cezalandırılması ile değil aynı zamanda davranışının ağırlığına uygun bir yaptırım ile cezalandırılması ile sağlanabilir⁹⁰⁹.

Browning- Ferris Industries of Vermont v. Kelco Disposal, Inc. kararında⁹¹⁰, Yüksek Mahkeme, 6 milyon dolarlık cezaî tazminat ödemesinin, Amerikan Anayasası Değişiklik 8⁹¹¹'e göre aşırılık yasağını ihlal edip etmediğini veya Değişiklik 14⁹¹²'e göre adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediğini incelemiştir. Yüksek Mahkeme, Değişiklik 8'in getirdiği, kişilerin aşırı şekilde cezalandırılmayacağı kuralının özel hukuk bakımından

⁹⁰⁴Örneğin, Exxon Valdez olayında, 11 milyon galon ham petrolün denize akmasına yol açan kazada tankeri idare eden gemi kaptanın alkol bağımlısı olduğunun ve bağımlılık tedavisi gördüğünün şirket yetkilileri tarafından bilindiği ortaya çıkmıştır. Bu olayda, çalışanın seçiminde gerekli özenin gösterilmemiş olduğu çok açıktır. Exxon Shipping Co v. Baker, 554 U.S. 471 (2008).

⁹⁰⁵Dawkins, 2007-2008, **a.g.k.**, 76.

⁹⁰⁶*Ford Pinto* davasında olduğu gibi, son derece tehlikeli bir tasarım hatasını yaklaşık 137,5 milyon dolara gidermek yerine tahmini 49,5 milyon dolar tutarındaki tazminatı ödemeyi seçebilirler. Grisham v. Ford Motor Co. 1, 19 Cal. App. 3d. 757, Rptr. 348 (1981). Dawkins, 2007-2008, **a.g.k.**, 76.

⁹⁰⁷McMichael and Viscusi, 2019, **a.g.k.**, 173.

⁹⁰⁸Romero, 2008, **a.g.k.**, s. 126.

⁹⁰⁹*BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996); Exxon Shipping Co v. Baker, 554 U.S. 471 (2008).

⁹¹⁰*Browning- Ferris Industries of Vermont, Inc. v. Kelco Disposal Inc.*, 492 U.S. 257 (1989).

⁹¹¹*Eighth Amendment: "Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishment inflicted.* (Aşırı kefalet istenemez, aşırı para cezası verilemez, zalimane ve olağandışı cezalar verilemez".

⁹¹²*Fourteenth Amendment: "...nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law..."* (...hiçbir eyalet, adil yargılanma kurallarına aykırı olarak hiçbir kişiyi yaşamından, özgürlüğünden veya malından yoksun bırakamaz...)

geçerli olmadığı sonucuna varmıştır. Bu kurala aykırılık olmadığından adil yargılanma meselesini ele almamıştır. Bu karardan iki yıl sonra verdiği *Pacific Life Mutual Insurance Co. v. Haslip* kararında⁹¹³ Yüksek mahkeme, 1,06 milyon dolar cezaî tazminatı adil yargılanma hakkına aykırı bulmuştur. Mahkeme, telafi tazminatın dört katını bulan cezaî tazminatların Değişiklik 14'e aykırı olacağına hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme, sonraki dikkat çeken *Honda Motor Company v. Oberg* kararında⁹¹⁴, eyaletin cezaî tazminat kararı miktarının yargısal denetimini yasaklayan yasa hükmünü, Anayasaya aykırı bulmuştur. Yüksek Mahkeme, *BMW of North America Inc. v. Gore* kararında⁹¹⁵ 2 milyon dolar cezaî tazminatı adil yargılanma (*due process*) kuralına aykırı bulmuş ve telafi tazminatın 500 katının son derece aşırı olduğuna karar vermiştir. Bu kararla Mahkeme, tazminatı sınırlı tutmak bakımından kurallar da getirmiştir⁹¹⁶. Federal Yüksek Mahkeme, *BMW* kararı ile, sıradışı tazminat miktarları tartışmasında, tarafını tazminatların sınırlandırılmasından yana belirlemiştir.

Yüksek Mahkeme, *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell* kararında⁹¹⁷ tutumunu devam ettirmiştir. Bu kararında Mahkeme, cezaî tazminat ile telafi edici tazminat arasındaki oranın 10:1'i geçemeyeceğini belirtmiştir. Halihazırda Mahkemenin, cezaî tazminata ilişkin anayasal doktrini, bu kararda belirlediği cezaî tazminatla telafi tazminatı arasındaki oranı merkeze almaktadır. Amerikan Federal Yüksek Mahkemesinin, cezaî tazminatı sınırlayarak, ceza ve caydırıcılıktan ziyade öngörülebilirliği tercih ettiği ileri sürülmektedir⁹¹⁸.

⁹¹³*Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, 499 U.S. 1 (1991).

⁹¹⁴*Honda Motor v. Co. Oberg*, 512 U.S. 415 (1994).

⁹¹⁵*BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996).

⁹¹⁶Bkz. s. 93-95.

⁹¹⁷*State Farm Mut. Auto. Ins. Co v. Campbell*, 538 U.S. 408, 422-23 (2003).

⁹¹⁸McMichael and Viscusi, 2019, **a.g.k.**, 173.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

KITA AVRUPASI HUKUKUNUN CEZAÎ TAZMİNATA BAKIŞI

1. Genel Olarak

Kıta Avrupası hukuk sistemi ile *Common Law* hukuk sistemini tazminat yaptırımı bakımından farklılaştıran unsur, *Common Law* sisteminin “*dualistic*” olması, davacıya hem telafi tazminatı hem cezaî tazminatın verilebilmesi, Kıta Avrupası sisteminin ise “*monistic*” olması, davacının sadece telafi tazminatı elde edebilmesidir⁹¹⁹. Tazminatın cezalandırma işlevini yerine getiren cezaî tazminat hakkındaki tartışmalar devam etmekle beraber, kurumun Amerikan hukukunda ve İngiliz hukukunda sağlam bir yere sahip olduğu söylenebilir⁹²⁰. Kıta Avrupası hukuk sistemine sahip ülkelerde ise, cezaî tazminat bir özel hukuk kurumu olmasına rağmen, ceza hukukunun amaçlarına odaklandığı, tazminat hukukunun telafi amacını aşip sebepsiz zenginleşmeye neden olduğu için katı şekilde eleştirilmektedir⁹²¹. Bazı Kıta Avrupası hukukçuları, cezaî tazminatı, “Amerikan hukukun istenmeyen garipliği”⁹²² ya da “Kıta Avrupası hukukun Amerikanlaştırılmasının Truva atı” olarak tanımlamaktadır.⁹²³ Aslında cezalandırma işlevi Kıta Avrupası hukuk sistemine yabancı değildir. Kıta Avrupası hukuk sisteminin temeli olan Roma hukukunda, haksız fiil-suç ayırımının netleşmediği dönemde özel hukuka ilişkin haksız fiilleri karşılayan özel suçlar (*delicta privata*) bakımından, yaptırım hem failin cezalandırılmasına hem zarar gören kişinin zararının giderilmesine yöneliktir⁹²⁴. Zamanla haksız fiil-suç ayırımının netleşmesi, haksız fiiller bakımından tazminatın cezalandırma işlevini kaybetmesine sebep olmuştur⁹²⁵. Günümüzde cezalandırma işlevi kişisel öç alma duygusu ile özdeşleştirildiği için çağdaş hukukta yer alamayacağı itirazı

⁹¹⁹Behr, 2003, **a.g.k.**, s. 105; G. Georgiades. Punitive damages in Europe and the Usa: doctrinal differences and practical convergence. *Revue Hellenique de Droit International*, Vol: 58 No: 1, 145; C. Vanleenhove (2015). The current European perspective on the exequatur of U.S. punitive damages: opening the gate but keeping a guard. *Polish Yearbook of International Law*, s. 236.

⁹²⁰Behr, 2003, **a.g.k.**, 105; L. Meurkens (2014). The punitive damages debate in continental Europe: food for thought. *Maastricht European Private Law Institute Working Paper No: 2014/ 01*, s. 3.

⁹²¹C. Vanleenhove (2016a). A normative framework for the enforcement of U.S. punitive damages in the European Union: transforming the traditional no pasaran. *Vermont Law Review*, Vol: 41 N: 2, s. 348.

⁹²²E. de Kezel (2012). The protection and enforcement of private interest by (the recognition of US) punitive damages in Belgium: limits and opportunities. *The Power of Punitive Damages- Is Europe Missing Out?* (Ed: L. Meurkens and E. Nordin). Vanleenhove, 2016 a, **a.g.k.**, 348. Aktarma.

⁹²³Y. Lambert-Faivre and S. Porcy-Simon (2009). *Droit du Dommage Corporel- Systemes D’indemnisation* 171. Vanleenhove, 2016 a, **a.g.k.**, 348. Aktarma.

⁹²⁴T. Ş. Uçaryılmaz ve H. Emiroğlu (2020). Roma hukukunda haksız fiil ve suç ilişkisi ışığında tazminatın cezalandırıcı fonksiyonu. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 69, Sayı: 2, s. 852.

⁹²⁵ Uçaryılmaz ve Emiroğlu, 2020, **a.g.k.**, 860.

ileri sürülmektedir. Öte yandan Avrupalı kanun koyucu ve akademisyenler arasında, haksız fiil sistemlerine cezaî tazminatı getirmenin olumlu yönleri olabileceği de tartışılmaktadır⁹²⁶. Özellikle, hukuk ve ekonomi teorilerinin etkisi ile haksız fiil hukuku yaptırımlarının önleyici olabileceği fikri ile cezaî tazminata ilgi artmaktadır⁹²⁷. Bir yandan, değişen hukuki ihtiyaçlar nedeniyle bazı hukuk alanlarında telafiye aşan miktarda tazminatın kabul edilmesi adaleti sağlamaya daha iyi hizmet etmektedir⁹²⁸. Diğer yandan, içinde yaşadığımız dünyada küresel iletişim, turizm ve ticaret çok hızlı ilerlerken, ulusal sınırların pratik önemi yavaş yavaş ortadan kalkmaktadır⁹²⁹. Böyle bir ortamda, doğal olarak iki hukuk sisteminin karşılaştığı uyumsuzluklar ortaya çıkmaktadır. Büyük ölçüde uluslararası işlemlerle birbirine bağlı olan küreselleşmiş bir dünyada, iki hukuk sistemindeki farklı kurumların ortaya çıkan anlaşmazlıklarda nasıl ele alınacağını çözüme kavuşturulması gerekmektedir⁹³⁰. Örneğin, davalı ABD vatandaşı değilse ya da malvarlığı ABD dışındaysa, davacı vekilinin, davalının ülkesinde cezaî tazminat kararlarının uygulanmasına ilişkin yaklaşımları değerlendirmesi gerekmektedir⁹³¹. Ayrıca her ne kadar iki hukuk sistemi birbirinden çok farklı gibi gözükse de bugünün dünyasında çözmeye çalıştıkları meseleler aynıdır ve birbirlerinden etkilenmeleri son derece doğaldır.

Avrupa Birliği üyesi ülkelerin çoğunda⁹³² sorumluluk, mağduru haksız fiilden önceki durumuna getirme ilkesine dayanmaktadır (*restitutio in integrum*)⁹³³. Bu ilke, Avrupa Haksız Fiil Hukuku Çalışma Grubu tarafından da onaylanmıştır. *Avrupa Haksız*

⁹²⁶Meurkens, 2014, **a.g.k.**, s. 3.

⁹²⁷Meurkens, 2014, **a.g.k.**, s. 3.

⁹²⁸H. Koziol (2008). Punitive damages- a European perspective. *Louisiana Law Review*, Vol: 68 No: 3, s. 749. Örneğin, Arjantin Common Law ülkesi olmamasına rağmen, 2008 yılında cezaî tazminatı kabul eden bir tüketiciyi koruma kanunu kabul etmiştir. Kanun, tüketiciye karşı yasadan ya da sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğün ihlali halinde, uygulanabilecek diğer para cezalarından bağımsız olarak cezaî tazminata karar verilebileceğini düzenlemektedir. V. E. Schartz and C. E. Appel (2011). Exporting United States tort law: the importance of authenticity, necessity, and learning from our mistakes. *Pepperdine Law Review*, Vol: 38, No: 2, s. 559.

⁹²⁹Vanleenhove, 2015, **a.g.k.**, 235.

⁹³⁰M. V. Saladino (2019). The enforcement of punitive damages awards between United States and Europe: an introduction for U.S. practitioners. *International Lawyer*, Vol: 52 No: 3, s. 469; T. Rouhette. The availability of punitive damages in Europe: growing trend or nonexistent concept? *Defence Counsel Journal*, Vol: 74 No: 4, s. 321.

⁹³¹Saladino, 2019, **a.g.k.**, 469.

⁹³²Avusturya hukukunda tazminatın kapsamı kusurun derecesine dayanmaktadır. H. Koziol (2001). Damages under Austrian law. *Unification of tort law: Damages* (Ed: U. Magnus). The Hague: Kluwer Law International, s. 7.

⁹³³Saladino, 2019, **a.g.k.**, 475; S. Baykal (2006). Avrupa Birliği hukukunda tazminat davası. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 103.

*Fill Hukuku İlkeleri m. 10: 101: “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 etmektedir”*⁹³⁴. Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri’ne göre, zarar gören, para ile olabilecek kadar zarar görmeden önceki durumuna getirilmelidir. Bu ilke, tazminatın amacının zararın telafisi olduğunu ifade etmektedir. Avrupa hukuk sistemlerinin bu temel amaç üzerinde hem fikir olduğu söylenebilir⁹³⁵. Tazminatın zararı önleme (caydırma) amacına da değinilmekte ama cezalandırma amacından bahsedilmemektedir. Cezalandırma amacından bahsedilmemesi, zararlar orantısız olan cezaî tazminatların zımni olarak reddedildiği anlamına gelmektedir⁹³⁶. Diğer yandan manevî tazminatı düzenleyen, Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri m. 10: 301 maddesinin ikinci fıkrasına göre, “Genel olarak, böyle tazminatların takdirinde, ihlalin ağırlığı, süresi ve sonuçları da dâhil olmak üzere durumun bütün koşulları dikkate alınmak zorundadır. Failin kusurunun ağırlığı yalnızca zarar görenin zararını önemli ölçüde ağırlaştırması halinde dikkate alınır”⁹³⁷. Failin kusur derecesinin cezaî tazminatta dikkate alınmasına benzer şekilde, Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri’nde de failin kusur derecesinin, manevî tazminat tutarının belirlenmesine etki etmesi benimsenmektedir.

2. Almanya

2.1.Genel olarak

On dokuzuncu yüzyıla kadar Alman hukukçuların cezaî tazminata ilişkin görüşleri, o tarihlerde Amerika Birleşik Devletleri’nde yürütülen tartışmalardaki görüşlere benzemektedir. Cezaî tazminat, Almanya’nın her yerinde olmasa da bazı yerlerinde uygulanmaktadır, ancak kurum hakkında bir fikir birliği yoktur⁹³⁸. Ancak Alman Medeni Kanunu (*Bürgerliches Gesetzbuch- BGB*) tartışmayı Amerikan hukukundan farklı

⁹³⁴T. Oral (Editör), M. E. Göka ve E. Gündüz (Katkıda Bulunanlar) (2021). *Avrupa Haksız Fiil Hukuku Çalışma Grubu Avrupa haksız fiil hukuku ilkeleri*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, s. 198.

⁹³⁵U. Magnus (2001). Comparative report on the law of damages. *Unification of tort law: Damages* (Ed: U. Magnus). The Hague: Kluwer Law International, s. 185.

⁹³⁶Sözleşme Dışı Yükümlülükler Uygulanacak Hukuk Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü [Regulation (EC) No 864/ 2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non- contractual obligations (Rome II)] madde 32, kamu yararına ilişkin hususlar, üye ülkelerin mahkemelerinin, istisnai durumlarda kamu düzenine dayalı istisnaları uygulama ve emredici hükümleri uygulamama halini haklı kılar. Özellikle, bu tüzükle belirlenen bir hükmün uygulanması cezaî ya da ibrelîk tazminatın uygulanmasına yol açacaksa, hükmün uygulanmasına davanın şartları ve üye devletin hukuk düzenine bağlı olarak karar verilebilir.

⁹³⁷Oral, Göka ve Gündüz, 2021, **a.g.k.**, 227.

⁹³⁸V. Behr (2004). Myth and reality of punitive damages in Germany. *Journal of Law and Commerce Vol: 24, No:2*, s. 198; Behr, 2003, **a.g.k.**, 127.

sonuçlandırmıştır. Kanun taslağını hazırlayanlar, medeni hukukta tazminatların tamamen telafi amacına yönelmesi gerektiğini, cezalandırma amacının sadece ceza hukukunda geçerli olduğunu ifade etmişlerdir. Kanunun taslak çalışmalarında, Prusya Medeni Kanunu gibi, kusurun türüne ve derecesine göre tazminat miktarının kademeli olarak belirlendiği düzenlemelerin reddedilmesi, haksız fiilin medeni hukuk bakımından sonuçlarına karar verirken fiilin ahlâki ve cezaî yönünün tazminat hukukuna dahil edilmemesi gerektiği belirtilmiştir. Kanun çalışmalarında, tazminatın mağduru zarardan önceki durumuna getirme işlevi olduğu kabul edilmiştir. Cezaî unsurların medeni hukuka dahil edilmesinin anayasal olup olmayacağı da tartışılmıştır. Nihayetinde *BGB* hazırlanırken, kanun öncesi Alman hukukunda yer alan tüm cezaî tazminat izleri silinmiştir⁹³⁹. Bin dokuz yüz tarihli *BGB*'ye göre tazminat hukuku “*monistic*” tir, tazminat sadece telafi amacına yönelmiştir. Tazminat başlığı altındaki hükümler, sadece mağduru eski haline getirmek üzere zararının giderilmesine yönelmiştir⁹⁴⁰.

Alman Medeni Kanunu etkisinde mahkemeler de hemen eski hale getirme ilkesini benimsemişlerdir⁹⁴¹. Yirminci yüzyıl boyunca cezaî tazminata ilişkin karar yoktur. Yirminci yüzyılın ikinci yarısına kadar Alman Federal Mahkemesi (*Bundesgerichtshof-BGH*) de defalarca tazminat hukukunun temel amacının zararı telafi etmek olduğunu, tazminatın mağduru zengin etmemesi gerektiğinin, altını çizmiştir. *BGH*, bu dönemdeki kararlarında acı ve elem için verilen tazminatın tamamen telafi edici tazminat olduğunu, fiilin özelliklerinin ve failin ekonomik durumunun tazminat belirlenirken gözardı edilmesi gerektiğini belirtmiştir⁹⁴².

2.2.Alman tazminat hukukunun temel ilkesi ve medeni hukuk-ceza hukuku ayırımı

Alman Medeni Kanunu § 823'e göre, bir başkasına kasten veya ihmalle hukuka aykırı olarak zarar veren kişi, verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. *BGB*'nin tazminatın biçimi ve kapsamı (*Art und Umfang des Schadensersatzes*) başlığını taşıyan § 249/1. fıkrasına göre, zararı tazminden sorumlu olan kişi, tazminat sorumluluğunu ortaya çıkaran hal hiç gerçekleşmeseydi mevcut olacak durumu tesis etmekle sorumludur. Alman tazminat hukukunun temel ilkesinin mağduru eski konumuna getirmek, yani zararı

⁹³⁹Behr, 2004, **a.g.k.**, 198.

⁹⁴⁰Behr, 2003, **a.g.k.** 106.

⁹⁴¹Behr, 2003, **a.g.k.** 129.

⁹⁴²Behr, 2003, **a.g.k.** 129.

telafi etmek olduğu kabul edilmektedir⁹⁴³. Davalı, mağdura verdiği zarardan ne daha azını ne daha çoğunu giderebilir⁹⁴⁴. Mağdurun tazminatla zengileşmesi kabul edilemez. Baskın görüşe göre, önleme (caydırma) tazminat hukukunun ayrı bir amacı değildir, telafi amacının yan unsurudur. Ancak hukukun ekonomik analizi görüşünün etkisi ile artan sayıda hukukçu, önleme amacının önemini vurgulamaktadır. Cezalandırma ise Alman özel hukukunda kabul edilen bir amaç değildir⁹⁴⁵. Faili cezalandırmak ancak ceza hukukunun konusu olabilir. Ayrıca Alman Anayasası'na (*Grundgesetz*) göre, cezanın ancak kanunda açık olarak yazıldığı hallerde uygulanabilmesi ve çifte cezalandırma yasağı, cezaî tazminatı anayasal açıdan da kabul edilemez kılmıştır⁹⁴⁶.

Bununla birlikte Alman hukuku, uluslararası özel hukuk bağlamında tanınabilecek tazminat miktarı konusunda daha esnek görünmektedir⁹⁴⁷. Örneğin, Alman Medeni Kanunu'nun Yürürlüğünü Düzenleyici Kanun (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche- EGBGB*)⁹⁴⁸ madde 40 (3), yabancılık unsurunun olduğu durumlarda, başka bir ülkenin hukukuna tabi taleplerin, talepler mağdurun zararını karşılayacak yeterli miktarda bir tazminatın önemli ölçüde ötesine geçiyorsa veya açıkça mağdurun zararını telafiden başka amaçlara hizmet ediyorsa, kabul edilemeyeceğini düzenlemektedir⁹⁴⁹. Dolayısıyla, tam tazmin ilkesine aykırı olarak zararın üzerinde bir tazmin mümkün görünmekte ancak zararın önemli ölçüde üstünde bir miktara izin verilmemektedir. Hükmün lafzi yorumlanması halinde, Alman mahkemelerine, yeterli bir tazminatın “önemli ölçüde ötesinde” veya “açıkça” telafi dışındaki amaçlara yönelik olmayan tazminat taleplerini tanıma izni veriliyor gibi görünmektedir. Bununla birlikte, Alman mahkemelerinin EGBGB hükmünü uygularken, “önemli ölçüde ötesi” ve “açıkça” kavramlarına ilişkin takdir yetkisini Almanya'nın geleneksel telafi görüşüne uygun kullanacağı söylenebilir⁹⁵⁰. Alman Mahkemeleri, özellikle Amerika Birleşik Devletleri

⁹⁴³N. Jansen and L. Rademacher (2009). Punitive Damages in Germany. *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*. (Ed: H. Koziol and V. Wilcox). Viena: SpringerWienNewYork, s. 75; Saladino, 2019, **a.g.k.**, 479; G. Fischer (1994). Recognition and enforcement of American tort judgements in Germany. *St. John's Law Review*, Vol: 68 No: 1, s. 202; U. Magnus (2001). Damages under German law. *Unification of Tort Law: Damages* (Ed: U. Magnus). The Hague: Kluwer Law International, s. 89.

⁹⁴⁴Magnus, 2001, **a.g.k.**, 90.

⁹⁴⁵Magnus, 2001, **a.g.k.**, 90.

⁹⁴⁶Jansen and Rademacher, 2009, **a.g.k.**, 76.

⁹⁴⁷Saladino, 2019, **a.g.k.**, 479.

⁹⁴⁸Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche, 21 September, 1994.

⁹⁴⁹Saladino, 2019, **a.g.k.**, 479.

⁹⁵⁰Saladino, 2019, **a.g.k.**, 479.

mahkemelerinin verdiği kararların tenfizi söz konusu olduğunda, telafi ilkesinin altını çizmektedir⁹⁵¹.

Alman Medeni Usul Kanunu (*Zivilprozessordnung- ZPO*) § 723 (2)'ye göre, 328. maddede yer alan sebeplerle kararın tanınması reddedilirse, icrasına ilişkin tenfiz kararı verilemez. ZPO § 328 (1) b. 4, Alman hukukunun temel ilkeleriyle, özellikle temel haklarla açıkça bağdaşmayan yabancı mahkeme kararının tanınmasını yasaklamıştır. Bu nedenle Alman hukuk sistemi, telafiyi az miktarda aşan tazminatları kabul etmiş görünse de kamu düzenine aykırılık nedeniyle cezaî tazminat kararlarının tenfizine mesafelidir. Ayrıca medeni hukukta ceza unsurlarının yer almaması gerektiği yönündeki görüş mahkeme kararlarına da yansımıştır⁹⁵².

Alman Federal Mahkemesi (BGH), cezaî tazminata ilişkin ilk kararını 1992 yılında vermiştir⁹⁵³. *John Doe v. Smith* davasına konu olayda hem Amerika Birleşik Devletleri hem Almanya vatandaşı olan davalı cinsel taciz davasından hüküm giymiş ancak Kaliforniya'da hiçbir mülk bırakmadan Almanya'ya kaçmıştır⁹⁵⁴. Davalı aleyhine açılan medeni hukuk davasında, Kaliforniya mahkemesi 750.260 dolar (260 dolar geçmiş tıbbi harcamalar için, 100.000 dolar gelecekte yapılacak tıbbi masraflar için, 50.000 dolar gelecekte bir eğitim kurumuna yerleştirme masrafı için, 200.000 dolar acı ve elem için ve 400.000 dolar cezaî tazminat olarak) parasal tutarın davacıya ödenmesine karar vermiştir⁹⁵⁵. Davacı, Alman mahkemelerinden kararın tenfizini talep ettiğinde alt mahkeme (Landesgericht), kararı tazminat tutarının tamamını faizi ile birlikte uygulanabilir olarak değerlendirmiştir. Ancak istinaf mahkemesi (Oberlandesgericht), tazminat miktarını aşırı bulduğu için 265.325 dolara indirmiştir. Son olarak, BGH uygulanabilir tazminat miktarını toplam tutardan cezaî tazminat miktarını çıkararak 350.260 dolar olarak belirlemiştir. BGH kararında, cezaî tazminatın ceza hukuku yaptırımını anlamında ceza olmadığını, özel hukuk yaptırımını olduğunu, özel ceza (*private*

⁹⁵¹Behr, 2003, **a.g.k.** 129.

⁹⁵²Jansen and Rademacher, 2009, **a.g.k.**, 76.

⁹⁵³BGHZ 118, 312. M. Tolani (2011). U.S. punitive damages before German courts: a comparative analysis with respect to ordre public. *Annual Survey of International and Comparative Law*, Vol: 17, No:1, s. 185; Kararın İngilizce çevirisi için bkz. G. Wegen and J. Sherer (1993). Germany: Federal Court of Justice decision concerning the recognition and enforcement of U.S judgment awarding punitive damages. *International Legal Materials*, Vol:32, No:5, 1320- 136.

⁹⁵⁴P. Hay (1992). The recognition and enforcement of American money- judgments in Germany- the 1992 decision of the German Supreme Court. *The American Journal of Comparative Law*, Vol: 40 No: 3, s. 730; Wegen and Sherer, 1993, **a.g.k.**, 1328.

⁹⁵⁵Hay, 1992, **a.g.k.**, 730; Wegen and Sherer, 1993, **a.g.k.**, 1328.

penalty) olduğunu belirtmiştir⁹⁵⁶. Ancak yine de cezaî tazminatın temel amacı, cezalandırma ve caydırma. Cezalandırma ve caydırma, bu amaçlar için özel prosedürlerin yanı sıra davalının korunmasına yönelik garantiler de içeren ceza hukukunun sınırları içerisinde⁹⁵⁷. Ayrıca cezaî tazminatın davacıya “özel savcı” gibi davranma imkânı vermesi, devletin tekel olduğu cezalandırma yetkisine müdahale etmektedir⁹⁵⁸. Bu nedenle, BGH, cezaî tazminatın, Alman kamu düzenine aykırı olması nedeniyle ZPO § 328 (1) b. 4 ve § 723’e dayanarak yabancı mahkeme kararının tenfizinin mümkün olmadığına karar vermiştir. BGH, yabancı mahkeme kararında telafi tazminat için belirlenen tutardan daha fazla cezaî tazminat miktarına karar verildiğinin altını çizerek, cezaî tazminat kararının tenfizi halinde tazminatın aşırı olacağını, oysa Alman Medeni Hukukunda tazminatın amacının mağduru zenginleştirmek değil, mağdurun zararını gidermek olduğunu belirtmiştir⁹⁵⁹. BGH, ayrıca, cezaî tazminat kararının tenfizi halinde, yabancı davacıların Alman faillerin malvarlıklarına, yerli davacılar daha fazla zarara uğramış olsa bile onlardan daha fazla erişim elde edeceklerini belirtmiştir⁹⁶⁰. BGH’ye göre bu durum eşitliği bozacaktır. BGH, aşırı miktarlardaki cezaî tazminat kararlarının sigorta endüstrisi üzerindeki önemli ekonomik sonuçlarının da altını çizmiştir⁹⁶¹. Bununla birlikte, BGH kararında, bir yabancı mahkemenin verdiği telafi tazminatı miktarı, Alman mahkemesinin aynı davada vereceği tazminat miktarını aşsa bile kararın tenfizinin gerektiğini belirtmiştir⁹⁶².

2.3.Alman hukukunda cezaî tazminat tartışmaları

2.3.1. Manevî tazminat

Alman hukukunda cezaî tazminata ilişkin tartışmalar, kurumun sisteme dahil edilip edilmemesi üzerine değil, halihazırda kimi mahkeme kararlarının zaten cezaî tazminat olarak nitelendirilebilecek düzeyde olup olmadığına ilişkindir⁹⁶³. Bir görüşe göre, Alman

⁹⁵⁶Hay, 1992, **a.g.k.**, 746; Vanleenhove, 2016 a, **a.g.k.**, 354; Wegen and Sherer, 1993, **a.g.k.**, 1338.

⁹⁵⁷Hay, 1992, **a.g.k.**, 746; Vanleenhove, 2016 a, **a.g.k.**, 354.

⁹⁵⁸Hay, 1992, **a.g.k.**, 746; Vanleenhove, 2016 a, **a.g.k.**, 354; Wegen and Sherer, 1993, **a.g.k.**, 1340.

⁹⁵⁹Hay, 1992, **a.g.k.**, 746; Vanleenhove, 2016 a, **a.g.k.**, 354; Wegen and Sherer, 1993, **a.g.k.**, 1322.

⁹⁶⁰Vanleenhove, 2016 a, **a.g.k.**, 355. Kararın bu yönü Federal Mahkemenin, Alman Endüstrisini Amerikan yargısına karşı korumaya çalıştığını ortaya koymaktadır. S. P. Baumgartner (2013). Understanding the obstacles to the recognition and enforcement of U.S. judgements abroad. *New York University of International Law and Politics*, Vol: 45 No:4, s. 994.

⁹⁶¹Vanleenhove, 2016 a, **a.g.k.**, 355.

⁹⁶²Saladino, 2019, **a.g.k.**, 480.

⁹⁶³Jansen and Rademacher, 2009, **a.g.k.**, 76; Tolani, 2011, **a.g.k.**, 193. Alman mahkeme kararlarında telafi edici olmayan unsurlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. P. Müller (2000). *Punitive damages und Deutsches schadensersatzrecht*. Berlin:de Gruyter.

tazminat hukuku içtihatları cezaî tazminatın varlığını gösterir nitelikte değildir. Bu görüşe göre, bazı mahkeme kararlarında tazminatın amacının sınırları bulanıklaşır. Örneğin, haksız fiilden davalının elde ettiği kârı mağdurun isteyebildiği davalarda tazminatın eski hale getirme ve telafi etme işlevleri aşılmaktadır. Ancak davalıya telafi tazminatına ilave bir yük getirilmesi davranışı cezalandırmak amacıyla değildir. Aksine eylemi cezalandırma düşüncesinden tamamen bağımsız olarak taraflar arasında bozulan eşitliği yeniden sağlama amacına yöneliktir⁹⁶⁴. Diğer görüş ise, telafi işlevi ile açıklanamayan tazminatların cezaî tazminat olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁹⁶⁵. Teoride telafi tazminatı ile cezaî tazminatı birbirinden ayırmak kolaydır. Amerikan ve Alman hukukçuların yorumuna göre, telafi tazminat sadece mağdurun kayıplarına odaklanır. Haksız fiil nedeniyle mağdurun uğradığı ya da uğrayacağı zararı telafi etmek, kaybettiği ya da kaybedeceği şeyi yerine koymak amacıyla mağdura tazminat verilir. Böylece mağdur haksız fiilden önceki durumuna getirilir. Diğer tarafta cezaî tazminatın amacı, faili davranışı nedeniyle cezalandırmak, faili ve diğerlerini gelecekte benzer davranışlardan caydırmak, hukuka uygun hareket edilmesini sağlamaktır. Teoride bir tazminatın cezaî tazminat olup olmadığını ayırmak çok basit görünürken, pratikte cezaî tazminatı reddeden bir hukuk sisteminde, mahkemeler verdikleri tazminat kararlarının cezaya yönelik bir amaç taşıdığını açıkça kabul etmediklerinde, bir tazminatın sadece telafi amacı ile mi verildiği yoksa cezalandırma amacı da taşıp taşımadığını belirlemek güçleşmektedir⁹⁶⁶. Bu nedenle Alman hukukçu Volker BEHR, sadece amaç üzerinden yorumlamak yerine telafi ve cezaî unsurları ayırt etmek gerektiğini belirtmektedir. İlk olarak tazminatın miktarı yol gösterici olabilir. Telafi edici tazminatın miktarı tamamen mağdurun zararına göre belirlenir. Cezaî tazminat ise mağdurun zararı ile ilgilenmeden, davalının davranışının ağırlığına, davalının ekonomik durumuna, davalının haksız fiilinden elde ettiği kâr, davalıyı ve diğerlerini ne ölçüde tazminat miktarının caydıracağına göre belirlenir. Diğer deyişle telafi tazminatı zarara, cezaî tazminat davranışa odaklanır. O nedenle, mağdura kaybettiğinden ya da kaybedeceğinden fazlasını veren ve davalının davranışını odak noktasına alan tazminat kararları, tamamen telafi edici değildir, cezalandırma amacına yönelmiştir⁹⁶⁷. Bir diğer ayırt edici nokta, telafi tazminatının mağdura odaklanmasıdır. Telafi tazminatı belirlenirken, fail, üçüncü kişi ya

⁹⁶⁴Jansen and Rademacher, 2009, **a.g.k.**, 77.

⁹⁶⁵Behr, 2003, **a.g.k.**, 109.

⁹⁶⁶Behr, 2003, **a.g.k.**, 110.

⁹⁶⁷Behr, 2003, **a.g.k.**, 111.

da toplum ayırt edici bir rol oynamaz. Çoğu zaman telafi tazminatı tutarı belirlenirken failin kasten ya da ihmalen davranmış olması büyük bir fark yaratmaz. Oysa cezaî tazminat özellikle davalının davranışına odaklanır⁹⁶⁸. Davalının davranışı hem cezaî tazminatın verilip verilmeyeceğini hem de tutarını belirler. Cezaî tazminat tutarı belirlenirken, davalının ekonomik durumu, haksız fiilden elde ettikleri, tazminatla benzer davranışlardan caydırılacak olması dikkate alınır. Üçüncü kişilere benzer davranışlardan kaçınmaları mesajının verilmesi de cezaî tazminat bakımından önemlidir. Kısacası, telafi tazminatı mağdura, cezaî tazminat fail ve topluma odaklanır. Ancak özel durumlarda kişi odaklı değerlendirme yanıltıcı olabilir. Alman hukukunda kişilik hakkının ihlali halinde mağduru tatmin etme (*Genugtuung*) buna örnek verilebilir. Davalının, mağdurun zararını giderirken kötü duyguların yerini iyi duyguların almasını sağlayacak miktarda tazminat ödemesi gerekir. Acı ve elem nedeniyle verilen tazminatta asıl odak mağdur gibi görünürken mahkemeler, davalının ekonomik durumunu, davranışın kasıtlı olup olmadığını dikkate alır. Bunun gerekçesini mağdurun memnun edilmesi olarak belirlediklerinde aslında cezalandırıcı unsur taşıyan tazminatı, telafi amacının arkasına saklamaktadırlar. Mahkemenin verdiği tazminat kararını değerlendirmek bakımından ele alınacak bir başka unsur, zamana ilişkindir. Telafi tazminatı, davranışı, zararı, olaya karışan kişileri geriye dönük ele alır. İleriye dönük tek unsur, mağdurun ileride ortaya çıkacak zararlarının tazminat miktarı belirlenirken ele alınmasıdır. Cezaî tazminat ise ileri yöneliktir. Mağduru ve diğerlerini gelecekteki haksız fiillerden caydırır⁹⁶⁹.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, BGB'ye ve doktrinde tazminat hukukunun amacına yönelik katı görüşlere rağmen mahkemeler, tamamen telafi tazminatı olarak nitelendirilemeyecek, içerisinde cezaî unsurlar bulunan kararlar vermektedirler.

Manevî tazminat ilk tartışılan alanlardandır. Cezaî tazminat gibi manevî tazminat da 19. yüzyılda kabul gören bir kurum değildir⁹⁷⁰. Almanya'nın büyük ve önemli bazı eyaletlerinde uygulanmazken, bazı eyaletlerinde uygulanmaktadır⁹⁷¹. Manevî tazminata karşı olan görüş, acı ve elemi para ile ölçülemeyeceğini, sadece maddi zararların para ile tazmin edilebileceğini kabul etmektedir⁹⁷². Ayrıca manevî tazminatın miktarını, failin

⁹⁶⁸Behr, 2003, **a.g.k.**, 111.

⁹⁶⁹Behr, 2003, **a.g.k.**, 113.

⁹⁷⁰Behr, 2003, **a.g.k.**, 131.

⁹⁷¹Behr, 2003, **a.g.k.**, 131.

⁹⁷²Behr, 2003, **a.g.k.**, 131; Jansen and Rademacher, **a.g.k.**, 78.

kusur derecesini dikkate almadan belirlemek imkânsızdır. Ancak kusurun derecesi tazminat sorumluluğu değerlendirilirken dikkate alınacak olmasına rağmen tazminat miktarı belirlenirken bir ölçü olamaz⁹⁷³. Bu görüş, BGB gerekçesine haksız fiilin sebep olduğu zararın miktarının, tazminat tutarını belirlemedeki tek güvenli prensip olduğu şeklinde yansımıştır⁹⁷⁴. Manevî tazminata karşı çıkanlar, kişinin itibarına verilen zararın para ile giderilmesi fikrini de kabul edilemez bulmaktadır⁹⁷⁵. Manevî tazminat, hakkındaki tartışmalara rağmen, sadece kanunun belirlediği sınırlar içinde uygulanmak üzere BGB'ye dahil edilmiştir. Acı ve elem için verilen tazminat, tazminatın sadece maddi kayıplar için verilebileceği kuralının istisnası olmuştur. Bedensel zarar ya da özgürlükten yoksun bırakma davalarında manevî tazminata izin verilmesinin belirleyici sebebi ceza hukuku ile uyumu sağlamaktır. Zira ceza davalarında kişisel değerleri korumak üzere mağdura bir miktar para ödenmesine karar verilmektedir (Busse)⁹⁷⁶. Ceza hâkimi ile hukuk hâkiminin hüküm verdikleri alanlar arasındaki uyumsuzluğu önlemek üzere Alman Medeni Kanunu Taslağı § 782'de yer alan manevî tazminat, BGB § 847'de düzenlenmiştir. Ceza hukukundaki ödemenin telafi amacıyla değil cezalandırma amacıyla olduğu açıktır. Bu nedenle, ceza hukukundaki para cezasının medeni hukuka tazminat olarak aktarılmasının aslında manevî tazminatın amacının tamamen telafi olmadığını gösterdiği ileri sürülmektedir⁹⁷⁷. Yürürlükten kalkan BGB § 847 hükmü yerine yürürlükte olan BGB § 253 (2)'ye göre, kişinin beden bütünlüğüne veya sağlığına zarar verilmesi ya da özgürlüğünün veya cinsel karar verme hakkının ihlal edilmesinden bir zarar doğması halinde, bu zarar malvarlığı niteliğinde olmasa bile makul bir tazminat talep edilebilir.

Mahkemeler, uzun yıllar boyunca telafi işlevine uygun olarak küçük tutarlı manevî tazminatlara hükmetmişlerdir. Bu yaklaşımdan kopuş, BGH'nin 1955 yılında verdiği ünlü kararlar⁹⁷⁸ başlamıştır. Federal Yüksek Mahkeme, BGB § 847'ye dayanılarak acı ve elem için talep edilen tazminatın iki amaç taşıdığını ifade etmiştir: Mağdurun maddi

⁹⁷³Behr, 2003, **a.g.k.**, 131.

⁹⁷⁴Behr, 2003, **a.g.k.**, 132.

⁹⁷⁵Behr, 2003, **a.g.k.**, 132; Jansen and Rademacher, **a.g.k.**, 78.

⁹⁷⁶Cermen hukukunda, zarar görene veya ailesine öç almasını önlemek için anlaşma ile ödenen bir miktar para olan Busse, 1871 tarihli Alman İmparatorluk Ceza Kanunu'nda para cezası olarak düzenlenmiştir. A. G. Aridemir (2008). Sözleşmeye aykırılıktan doğan manevî tazminat. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 18; O. G. Antalya (2017). Manevî zararın belirlenmesi ve manevî zararın hesaplanması. İstanbul: Legal Yayıncılık, s.4.

⁹⁷⁷Behr, 2003, **a.g.k.**, 132.

⁹⁷⁸BGHZ 18, 149 (1955), Hay, 1992, **a.g.k.**, 745; Behr, **a.g.k.**, 133.

olmayan zararını, yeterli miktarda para ile telafi etmek ve aynı zamanda mağdurun manevî tatmini (*Genugtuung*) sağlamak. Tatmin amacı, manevî zarar görenin, çektiği ruhsal ve fiziksel acıyı bir miktar para ile ortadan kaldırmaya veya azaltmaya çalışarak zarar görenin yaşama sevincini tekrar kazandırmaya yöneliktir⁹⁷⁹. Federal Yüksek Mahkeme'nin bu kararı ile 19. yüzyılda tartışılmış ancak geride bırakılmış tatmin amacı tekrar Alman hukukuna dönüş yapmıştır⁹⁸⁰.

2.3.2. *Kişilik hakkının ihlali nedeniyle manevî tazminat*

Alman hukukunda, mahkemelerin tazminatın telafi amacının ötesine geçen kararlar verdikleri başka bir alan da kişilik hakkına aykırılıktır⁹⁸¹. Kişilik hakkı, II. Dünya Savaşı'ndan sonra ilgi çeken bir konu haline gelmiştir⁹⁸². Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin, selefi İmparatorluk Mahkemesi'nin (*Reichsgericht-RG*) yerleşik kararlarından ayrılarak kişilik hakkını tanımaya yönelik kararlar almasında iki faktörün önemli etkisi olduğu kabul edilmektedir⁹⁸³. Birincisi Nasyonal Sosyalizm döneminde insani değerlerin alaşağı edilmesi nedeniyle, insan onuru ve kişisel özgürlük gibi temel değerlerin (ki 1949 Anayasası'nda yerlerini almışlardır) yeniden inşa edilmesi arzulanmaktadır. İkinci olarak da teknolojik ilerleme ve medyanın gücünün artması kişilerin özel alanlarına müdahale olasılığını arttırdığından, kişilik hakkının haksız fiille korunması düşünülmektedir⁹⁸⁴. Kişilik hakkına yönelik ihlallerin tazminat hukuku bakımından etkisi, tazminat miktarı belirlenirken önleme amacının da dikkate alınır hale gelmesidir⁹⁸⁵.

Alman Federal Mahkemesi (BGH), ilk defa 1954 yılında verdiği bir kararda (*Schachtbrief*)⁹⁸⁶ genel bir kişilik hakkı kavramından bahsetmiştir. Yüksek Mahkeme,

⁹⁷⁹Antalya, 2017, **a.g.k.**, 27; Hay, 1992, **a.g.k.**, 745.

⁹⁸⁰Behr, 2003, **a.g.k.**, 133.

⁹⁸¹C. Vanleenhove and J. De Bruyne (2018). Redefining the public policy exception in the context of punitive damages. *Strathclyde Law Review*, Vol:4; No:1, s. 12; Tolani, 2011, **a.g.k.**, 193.

⁹⁸²Vanleenhove and De Bruyne, 2018, **a.g.k.**, 12.

⁹⁸³T. U. Amelung (1999). Damage awards for infringement of privacy- the German approach. *Tulane European & Civil Law Forum*, Vol:14, s. 19.

⁹⁸⁴Amelung, 1999, **a.g.k.**, 19; Tolani, 2011, **a.g.k.**, 194.

⁹⁸⁵Tolani, 2011, **a.g.k.**, 194.

⁹⁸⁶Karara konu olayda davacı avukat, haftalık bir dergiye bir mektup göndererek Hitler dönemi Reichsbank'ın müdürü olan müvekkili Schacht hakkındaki bir yazıda bazı düzeltmeler yapılmasını talep etmiştir. Dergi, davacı avukata bir cevap vermeksizin, mektubu "Editöre Mektup" köşesinde, içeriğindeki görüşler avukatın görüşleriymiş izlenimi verecek şekilde yayınlamıştır. Davacı, kişilik haklarının ihlal edildiğini ileri sürerek bir düzeltme yazısı talep etmiştir. BGH 25 May 1954, BGHZ 13, 334. Amelung, 1999, **a.g.k.**, 19; Vanleenhove and De Bruyne, 2018, **a.g.k.**, 12.

Anayasa'nın insanlık onurunu ve kişiliğin özgürce gelişme hakkını tanıdığını belirterek, genel kişilik hakkının, anayasa ile güvence altına alınan, herkesin günlük hayatta saygı göstermesi gereken temel bir medeni hak olduğunu ifade etmiştir⁹⁸⁷.

Alman Federal Mahkemesi (BGH), kişilik hakkı kavramını tanımladığı kararından dört yıl sonra verdiği kararda (*Herrenreiter*)⁹⁸⁸, BGB § 847'nin sadece bedene, sağlığa ya da özgürlüğe zarar gelmesi halinde acı ve eleme gidermek üzere tazminat verilmesine izin verdiğini belirttikten sonra, örnekseme yoluyla hükmü geniş yorumlayarak, özgürlüğün ihlali ile kişilik hakkının ciddi şekilde ihlali arasında benzerlik kurmuş ve kişilik hakkının ciddi şekilde ihlal edilmesi halinde BGB § 847'ye dayanarak tazminata karar verilebileceğine karar vermiştir⁹⁸⁹. Mahkeme, kişilik hakkını anayasal temel bir değer olarak korumanın, özel hukuktaki tazminat yaptırımını olmaksızın bir anlamı olmayacağını ifade etmiştir⁹⁹⁰. Mahkeme'nin, tazminata hükmedebilmek için failin ciddi kusurlu davranışı, kişilik hakkının önemli ihlali gibi kriterler araması, cezaî tazminatın fail odaklı yaklaşımına benzemektedir⁹⁹¹. Zira cezaî tazminat ancak failin davranışının ağırlatıcı unsurları varsa söz konusu olmaktadır. Oysa telafi tazminatı sıkı şekilde mağdurun uğradığı zararla bağlantılıdır. Ayrıca Mahkeme, tazminatın kapsamını mağdurun ne kadar ve nasıl acı çektiği ile sınırlamamış, davalının davranışının nedenlerini de dikkate almıştır. Bu nedenlerle, kararda tartışılan tazminatın telafi tazminatı olduğunu söyleyebilmek zordur⁹⁹². Birkaç yıl sonraki bir başka kararında (*Ginseng*)⁹⁹³ BGH, yine davalının davranışının ağırlığının tazminata karar vermek bakımından öneminin altını çizmiş ve ilk defa kişilik hakkının ihlali halinde davalı

⁹⁸⁷Amelung, 1999, **a.g.k.**, 19; Vanleenhove and De Bruyne, 2018, **a.g.k.**, 12.

⁹⁸⁸Karara konu olayda, ünlü biri olan bira fabrikası sahibi davacının resmi izni olmaksızın cinsel gücü artırıcı ilaçların reklamında kullanılmıştır. Davacı, reklamların duygularını ve itibarını zedelediği iddiası ile dava açmıştır. BGH 14 February 1958, BHGZ 26, 349. Vanleenhove and De Bruyne, 2018, **a.g.k.**, 13.

⁹⁸⁹Vanleenhove and De Bruyne, 2018, **a.g.k.**, 13; Behr, 2003, **a.g.k.**, 134.

⁹⁹⁰Amelung, 1999, **a.g.k.**, 20.

⁹⁹¹Vanleenhove and De Bruyne, 2018, **a.g.k.**, 13; Behr, 2003, **a.g.k.**, 134.

⁹⁹²Behr, 2003, **a.g.k.**, 134.

⁹⁹³Karara konu olayda bir hukuk profesörü olan davacı, Kore seyahatinden getirdiği bir ginseng kökünü farmakoloji profesörü olan arkadaşına vermiştir. Daha sonra davacının adı ginseng kökleriyle ilgili bir araştırmada, "kökleri sağlayan kişi" olarak geçmiştir. Bu durum da davacının popüler bir bilimsel makalede Avrupa'nın en tanınmış ginseng araştırmacılarından biri olarak tanıtılmasına yol açmıştır. Davacı şirket, ginseng içeren toniğinin reklamında, davacıdan ürünlerinin değeri hakkında yorum yapan önemli bir bilim insanı olarak bahsetmiştir. Reklamla bağlantılı bir dergi yazısında ise ürünün afrodizyak etkisi olduğu belirtilmiştir. Hem dergi yazısı hem reklam ülke çapında yaygın bir şekilde dağıtılmıştır. Profesör, kişilik haklarının ihlali nedeniyle dava açmıştır. Davacı, şüpheli bir ürünün tanıtımında adının kullanılmasına izni vermiş ve alanı dışında bir konuda görüş bildirerek bundan gelir elde etmiş gibi bir algının oluşturulduğunu belirterek, halkın ve özellikle öğrencilerinin alay konusu olduğunu, itibarının zarar gördüğünü ileri sürmüştür. BGH 19 September 1961, BGHZ 35, 363. Vanleenhove and De Bruyne, 2018, **a.g.k.**, 13.

aleyhine hükmedilen tazminatın caydırıcılık işlevine değinmiştir⁹⁹⁴. Davalı, davacının kişilik hakkını maddi kazanç elde etmek için ihlal ettiğinden, Mahkeme tazminat belirlenirken bu durumun dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Federal Yüksek Mahkeme, bu tip bir medeni hukuk yaptırımı olmadan hukuk sisteminin, kişilik hakkına saygıyı korumak için en etkili ve bazen tek aracını kaybedeceğini ifade etmiştir⁹⁹⁵. Saygıyı koruyabilmek için bir yaptırıma başvurma anlayışı, telafi amacından çok cezalandırma amacına yakındır⁹⁹⁶.

Medeni Kanun § 253, acı ve elem için verilen tazminatı sadece kanunda düzenlenen hallerle sınırlamış, § 847 bedene, sağlığa, özgürlüğe saldırı olması halinde acı ve elemi gidermek üzere tazminat verilmesine izin vermiştir. Bu hükümlere rağmen Alman Federal Mahkemesi, önceki kararlarında kişinin şeref ve haysiyetine, toplum içindeki saygınlığına saldırı halinde manevî tazminat verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Alman Anayasa Mahkemesi, *Soraya* kararında⁹⁹⁷ BGH'nin bu kararlarını Alman Anayasası'nda yer alan kişilik hakkını koruma amacına yönelik kabul ettiğinden anayasaya aykırı bulmamıştır⁹⁹⁸. Anayasa Mahkemesi kararın gerekçesinde, BGH'nin kanunda bir boşluk tespit ettiğini ve Anayasa'nın özünü oluşturan değerlerin uygulanmasına ve etkili bir şekilde korunmasına hizmet etmek üzere karar verdiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, yasaların, kişilik hakkını korumadaki başarısızlığı göz önüne alındığında, mahkemelerin içtihat yoluyla bu korumayı sağlaması gerektiğini ifade etmiştir⁹⁹⁹.

Alman Federal Mahkemesi, *Caroline von Monaco I* kararında¹⁰⁰⁰ bir adım daha ileri giderek telafi amacından cezalandırma amacına geçiş yapmıştır¹⁰⁰¹. Davaya konu olayda, yaygın bir dağıtım ağı olan iki dergi Prenses Caroline ile yaptıklarını iddia ettikleri tamamen uydurma bir röportajı ve Prenses hakkında doğru olmayan ifadeler içeren bir makaleyi yayınlamışlardır. Prenses Caroline'in paparazziler tarafından çekilen bir

⁹⁹⁴Vanleenhove and De Bruyne, 2018, **a.g.k.**, 14.

⁹⁹⁵Behr, 2003, **a.g.k.**, 135.

⁹⁹⁶Behr, 2003, **a.g.k.**, 136.

⁹⁹⁷İran Şahının eski eşi Prenses Sürreyya haftalık bir gazeteye kendisi ile yapıldığı iddia edilen, çok özel konuları da içeren tamamen uydurma bir röportajı yayınladıkları için dava açmıştır. Tazminat ödemeye mahkûm edilen davalı, davayı Anayasa Mahkemesi önüne getirmiştir. BVerfGE 34, 269 (1973). Vanleenhove and De Bruyne, 2018, **a.g.k.**, 14; Behr, 2003, **a.g.k.**, 136.

⁹⁹⁸Behr, 2003, **a.g.k.**, 134.

⁹⁹⁹Vanleenhove and De Bruyne, 2018, **a.g.k.**, 14; Amelung, 1999, **a.g.k.**, 21.

¹⁰⁰⁰BGH 15 November 1994, BGHZ 128, 1. Vanleenhove and De Bruyne, 2018, **a.g.k.**, 14. Bu karar *Caroline I* olarak anılmaktadır. Zira bu kararı takip eden başka *Caroline* kararları vardır. Amelung, 1999, **a.g.k.**, 25.

¹⁰⁰¹Behr, 2003, **a.g.k.**, 136.

fotoğrafi da dergilerin kapağında yer almıştır. Prensese, dergilerin toplatılması, bir düzeltme yazısının yayınlanması ve kişilik hakkının ihlali nedeni ile tazminat talebiyle dava açmıştır. İlk derece mahkemesinin verdiği düzeltme ve 30.000 DM tutarındaki tazminat kararı Hamburg Temyiz Mahkemesi tarafından da onaylanmıştır. Alman Federal Mahkemesi tazminat tutarını düşük bulmuştur. Bunun üzerine Hamburg Temyiz Mahkemesi 180.000 DM tutarındaki tazminata karar vermiştir¹⁰⁰².

Alman Federal Mahkemesi, Prensese Caroline'in toplum içerisinde, özel alanına ilişkin kendi çizdiği sınırlarla varolma hakkının derginin yalan haberleri ile ciddi bir şekilde ihlal edildiğini belirtmiştir. Dergi, kazancını arttırabilmek için kasıtlı olarak Prensese'nin hayatını haber yapmıştır. Federal Mahkemeye göre, umursamaz bir şekilde davacının kişiliğinin zorla ticarileştirilmesi özel bir tazminatı gerekli kılmaktadır¹⁰⁰³. Mahkeme, davacının kişilik hakkına yapılan ihlalin ciddi olup olmadığı konusunda, davalının davranışının nedenini ve davranışının kusurluluk derecesini dikkate almıştır¹⁰⁰⁴. Bu tutum, özel hukukun mağdur odaklı yaklaşımından ayrılmaktadır. Mahkeme, davalının kazancının, davacının kişilik hakkının ihlalinin kaynaklandığının tazminat miktarı belirlenirken dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir¹⁰⁰⁵. Mahkemeye göre, tazminatın miktarı, davalının ve diğer basın organlarının ileride davacının kişilik hakkını tekrar ihlal etmesini önleyecek büyüklükte olmalıdır¹⁰⁰⁶. Federal Mahkeme'nin bu yaklaşımı genel bir kabul görmemiştir¹⁰⁰⁷. Kişilik hakkının ihlali davalarında tazminata caydırıcılık unsurunun eklenmesiyle, telafi amacı ile cezalandırma amacı arasındaki sınırın geçildiği, böylece ceza hukuku ile medeni hukuk ayrımının bulanıklaştığı eleştirisi getirilmiştir¹⁰⁰⁸. Aslında Federal Mahkeme, 1961 tarihli kararında da caydırma (önlem) amacından bahsetmiş, bu tür medeni hukuk yaptırımları olmaması halinde hukuk düzeninin kişiliğe saygıyı koruyan en etkili ve çoğunlukla tek aracından vazgeçmiş olacağını belirtmiştir. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi de *Soraya* kararında, manevî tazminatın caydırıcılık etkisinin, basının etik kurallara uymasını sağlayabileceğini ifade

¹⁰⁰²Amelung, 1999, **a.g.k.**, 22.

¹⁰⁰³Amelung, 1999, **a.g.k.**, 21.

¹⁰⁰⁴Vanleenhove and De Bruyne, 2018, **a.g.k.**, 16; Behr, 2004, **a.g.k.**, 211.

¹⁰⁰⁵Vanleenhove and De Bruyne, 2018, **a.g.k.**, 16; Amelung, 1999, **a.g.k.**, 22.

¹⁰⁰⁶Vanleenhove and De Bruyne, 2018, **a.g.k.**, 16; Amelung, 1999, **a.g.k.**, 22; Tolani, 2011, **a.g.k.**, 195; Behr, 2004, **a.g.k.**, 210.

¹⁰⁰⁷Vanleenhove and De Bruyne, 2018, **a.g.k.**, 16; Amelung, 1999, **a.g.k.**, 23.

¹⁰⁰⁸Vanleenhove and De Bruyne, 2018, **a.g.k.**, 16; Amelung, 1999, **a.g.k.**, 23; Behr, 2004, **a.g.k.**, 211.

etmiştir¹⁰⁰⁹. *Caroline I* davasında yeni olan, Federal Mahkeme'nin, tazminata karar verilirken ve tazminat hesaplanırken caydırıcılığın özellikle dikkate alınması gereken bir faktör olduğunu belirtmesidir¹⁰¹⁰. Bu nedenlerle, BGH'nin *Caroline I* kararının geleneksel tazminat hukuku çerçevesine uymadığı daha çok cezaî tazminatın arkasındaki fikirlerle uyumlu olduğu ifade edilmektedir¹⁰¹¹. Failin davranışına odaklanılması, faili ve diğerlerini caydırma isteği, zararın telafisine ve mağdura odaklı geleneksel yaklaşımdan uzaktır¹⁰¹². Kararda cezaî unsurların ele alınması, ceza hukuku ile medeni hukuk arasındaki duvarın yıkıldığını ve Alman hukukunda cezaî tazminata yakın ya da en azından aynı amaçları güden mekanizmaların varlığını göstermektedir¹⁰¹³.

2.3.3. *Fikri hakların ihlalinde verilen tazminat*

Fikri hakların ihlali halinde, davacının uğradığı zararın üç değişik yöntemle belirlenmesi Medeni Kanun öncesine dayanmaktadır. Alman İmparatorluk Mahkemesi tarafından telif ve patent hakkı ihlallerinde tazminat miktarının belirlenmesi için başvuru yöntemleri daha sonra Alman mahkemeleri ve Alman Federal Mahkemesi tarafından da kabul edilmiştir. Mahkemeler, telif hakkı davalarında kullanılan bu üç yöntemi zamanla, patent, tescilli tasarım, benzeri fikri hakların korunması ve haksız rekabet davalarında uygulamaya başlamışlardır¹⁰¹⁴.

Bu yöntemlere göre, davacı uğradığı zararı ispatlayarak veya hesaplanması zor olan kâr kaybını da içeren gerçek zararını ispat etmek yerine, davalının lisans istemesi halinde (davalı tarafından başlangıçta böyle bir talebin olmayacağı iddia edilse bile) ödemek zorunda kalacağı miktarı ya da davalının davacının fikri mülkiyet hakkını ihlal ederek elde ettiği kazancı talep edebilir¹⁰¹⁵. İlk hesaplama yöntemi, sıkı şekilde telafi tazminatı ile sınırlandırılan ve uğranılan zararın giderilmesini amaçlayan BGB § 251 ve BGB § 252'yi esas almaktadır¹⁰¹⁶. Bu yöntem mağdur ve zarar odaklıdır. Diğer iki yöntem ise, katı bir şekilde telafi edici değildir. Davacının lisans vermeye istekli olmadığı durumlarda, hatta davalının kazancının, davacının fikri mülkiyet hakkını kullanarak elde

¹⁰⁰⁹Amelung, 1999, **a.g.k.**, 23.

¹⁰¹⁰Amelung, 1999, **a.g.k.**, 23.

¹⁰¹¹Vanleenhove and De Bruyne, 2018, **a.g.k.**, 16; Behr, 2003, **a.g.k.**, 136;

¹⁰¹²Behr, 2004, **a.g.k.**, 211.

¹⁰¹³Vanleenhove and De Bruyne, 2018, **a.g.k.**, 16; Behr, 2004, **a.g.k.**, 211.

¹⁰¹⁴Behr, 2003, **a.g.k.**, 137.

¹⁰¹⁵Behr, 2003, **a.g.k.**, 137; Jansen and Rademacher, 2009, **a.g.k.**, 81.

¹⁰¹⁶Behr, 2003, **a.g.k.**, 137.

edebileceği makul kazancın üzerinde olduğu durumlarda bile, davacı farazi lisans ücretini veya davalının kazancını tazminat olarak alabilmektedir. Bu iki yöntem, mağdur ve zarar odaklı yöntemden farklı olarak, faile ve failin elde ettiği kazanç odaklanır, dolayısıyla tazminatın tek amacı zararın telafisi değildir¹⁰¹⁷. Ayrıca bu yöntemler, tazminat miktarını belirlemek için başvuru, mağdurun haksız fiilden önceki ve sonraki malvarlığı arasındaki farkın esas alındığı geleneksel fark teorisi ile uyumlu değildir¹⁰¹⁸.

Üçüncü yöntemle tazminat miktarının hesaplanmasında, davalının elde ettiği kazancın alınması konusunda mahkemelerin ileri sürdüğü gerekçe, telafi dışı bakış açısına farklı bir yön daha katmaktadır¹⁰¹⁹. İngiltere’de bir davada¹⁰²⁰, “*bu mahkeme haksızlıktan kâr elde edilmesine asla izin vermez*” sözleriyle ifade edilen anlayış Alman mahkemelerinin kararlarına da yansımıştır¹⁰²¹. Mahkemeler, tazminat hesaplanmasında alternatif hesaplama yöntemleri kullanılmasının dayanağının “fail haksızlıktan kâr elde etmemelidir” doğal hukuk görüşü olduğunu açıkça belirtmektedirler¹⁰²². Alman Federal Mahkemesi, zarar veren davranışa yaptırım uygulayabilmek için, failin elde ettiği kazanç kadar kazancı hak sahibinin de elde edebileceğini varsaydığını ifade etmiştir¹⁰²³. Bu yaklaşımla, Mahkeme, mağdurdan çok faile, zarardan çok fiile odaklanmaktadır.

Yine BGH’nin GEMA¹⁰²⁴ içtihadı¹⁰²⁵ ile müzik eserleri üzerindeki fikri hak ihlallerinde telafi tazminatını aşan miktarda tazminat ödenmektedir. GEMA, üyelerinin (besteciler, söz yazarları, müzik yayıncıları) telif haklarını ve ilgili konulardaki çıkarlarını koruyan bir organizasyondur. GEMA, üyelerinden birinin fikri hakkının ihlal edildiğini tespit ederse, fail telif ücretinin iki katını ödemek zorundadır. İki kat tazminat içtihadının arkasında yatan düşünce, GEMA’nın üyelerinin fikri haklarını korumak için yaptığı harcamaların bir kısmının, hakkı ihlal edene yüklenmesidir¹⁰²⁶. Failin fiili, GEMA’nın harcama yapmasına neden olmasa bile fail, belirlenen tazminatı ödemek zorundadır¹⁰²⁷.

¹⁰¹⁷Behr, 2003, **a.g.k.**, 137.

¹⁰¹⁸Jansen and Rademacher, 2009, **a.g.k.**, 82.

¹⁰¹⁹Behr, 2003, **a.g.k.**, 138; Müller, 2000, **a.g.k.**, 108.

¹⁰²⁰*Jegon v. Vivian*, L.R. 6. Ch. App., 742 761 (1871). Behr, 2003, **a.g.k.**, 137.

¹⁰²¹Behr, 2003, **a.g.k.**, 138.

¹⁰²²BGHZ 57, 116 (119). Behr, 2003, **a.g.k.**, 138.

¹⁰²³BGHZ 68, 90 (94). Behr, 2003, **a.g.k.**, 138.

¹⁰²⁴Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte. (Müzikal Performans ve Teknik Araçlarla Çoğaltma Birliği)

¹⁰²⁵BGHZ (22.011986) 97, 37. Müller, 2000, **a.g.k.**, 126; Vanleenhove, 2016, **a.g.k.**, 373.

¹⁰²⁶Vanleenhove, 2016 a, **a.g.k.**, 373; Jansen and Rademacher, 2009, **a.g.k.**, 82.

¹⁰²⁷Vanleenhove, 2016 a, **a.g.k.**, 373; Jansen and Rademacher, 2009, **a.g.k.**, 83.

Bu durum, iki misli tazminatın cezalandırma işlevini açıkça göstermektedir¹⁰²⁸. BGH'ye göre böyle bir yaptırım kişileri kurallara uymak konusunda da teşvik edecektir¹⁰²⁹. Diğer deyişle, üçüncü kişilere telif hakkına uymamaları halinde iki misli tazminat ödeyecekleri tehdidi caydırma işlevini yerine getirmektedir. Dolayısıyla iki misli tazminat hem caydırma hem cezalandırma işlevine sahiptir.

2.3.4. İş hukukunda ayrımcılığı önlemeye yönelik tazminat

Avrupa Konseyi 1976 yılında, istihdamda kadın ve erkek için eşit muameleyi öngören Direktif 76/207/EEC¹⁰³⁰, yi kabul etmiştir. Direktif'in amacı, istihdam edilirken ve istihdam sonrasında, terfi, mesleki eğitim, çalışma koşulları, sosyal güvenlik konularında cinsiyet eşitliğini sağlamaktır. Direktif, üye ülkelere eşitlik ilkesine aykırı bütün iç hukuk kurallarını yürürlükten kaldırmaları, eşitlik ilkesine aykırı muamele gören kişilerin haklarını yargı yolu ile takip edebilmeleri için gerekli düzenlemeleri yapmaları için Direktif'in bildiriminden itibaren 30 ay süre vermektedir¹⁰³¹. Direktif, üye devletlere belirli yaptırımları uygulamalarını emretmemektedir, üye devletler uygulayacakları yaptırımları kendileri belirlerler¹⁰³².

Alman yasa koyucu, 1980 yılında, Direktif'e uygun olarak, BGB'ye istihdamda cinsiyet ayrımcılığını yasaklayan 611a hükmünü koymuştur¹⁰³³. Bu hükümle, iş sözleşmelerine, sözleşmenin kurulması aşaması dahil olmak üzere ayrımcılık yasağı getirilmiştir. BGB § 611a (2)'ye göre, cinsiyet ayrımcılığına uğrayan çalışan, mevcut veya muhtemel işverenden tazminat talebinde bulunabiliyordu. Hükme göre, işverenin cinsiyet ayrımcılığı yapması nedeniyle sözleşmenin kurulamaması halinde, iş ilişkisinin kurulacağına güvenen işçinin uğradığı zarardan işveren sorumlu olur. İşverenin tazminat sorumluluğu telafi amacı ile sınırlıdır. Sorumluluk, mağdur ve uğradığı zarara odaklı, geçmişe dönüktür¹⁰³⁴. İş başvurusunda ayrımcılığa uğrayan adayın uğradığı zarar ne ise

¹⁰²⁸Vanleenhove, 2016 a, **a.g.k.**, 373; Jansen and Rademacher, 2009, **a.g.k.**, 82.

¹⁰²⁹Vanleenhove, 2016 a, **a.g.k.**, 373.

¹⁰³⁰Council Directive 76/207/EEC of February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions. Official Journal L039, 14.2.1976, p. 0040- 0042.

¹⁰³¹Behr, 2003, **a.g.k.**, 139.

¹⁰³²U. R. Kubal (1999). U.S. multinational corporations abroad: a comparative perspective on sex discrimination law in the United States and the European Union. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol: 25, No:1, s. 249.

¹⁰³³Behr, 2003, **a.g.k.**, 140.

¹⁰³⁴Behr, 2003, **a.g.k.**, 140.

(örneğin iş görüşmesi için seyahat etmiş, posta masrafı yapmış olabilir) ancak o kadarı telafi edilecektir.

Ancak Avrupa Adalet Divanı (*European Court of Justice*), 1984 tarihli kararında¹⁰³⁵, Alman hukukundaki düzenlemelerin Direktif'in amacını yerine getirmek konusunda yetersiz kaldığını belirtmiştir¹⁰³⁶. Adalet Divanı, eşitlik ilkesinin uygulanabilmesi bakımından, Direktif'in açıkça bir yaptırımdan bahsetmediğini, ancak çalışanlar bakımından gerçek ve etkili bir hukuksal koruma ve işverenlere yönelik gerçek bir caydırıcılık sağlayabilmek için bir yaptırım talep ettiğini ifade etmiştir¹⁰³⁷. Adalet Divanı, eğer tazminat yaptırımı uygulanacak ise tazminatın gerçek anlamda caydırıcılığı sağlayabilmesi için, seyahat masrafı gibi sembolik bir miktarın ötesine geçmesi, daha yüksek miktarda tazminat kararı verilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁰³⁸.

Adalet Divanı kararının önemi, "gerekli yaptırım" başlığı altında yaptırımın caydırıcı etkiye sahip olması gerektiğini belirtirken, tazminatın cezalandırma işlevi ile açıkça bağlantı kurmuş olmasıdır. Adalet Divanı'nın istediği, telafi tazminatının (ya da her türlü yaptırımın) doğasındaki bir miktar caydırıcılık değil, ilave (bir anlamda daha etkili) caydırıcılıktır. Bu nedenle Divan, fail odaklı bir tazminat hukuku anlayışının iç hukukta uygulanmasını talep etmiştir. Divan, Direktif'in amacına ulaşabilmesi için, üye ülkenin seçtiği yaptırımın, ayrımcılığı cezalandırmaya uygun olması gerektiğini belirtmiştir¹⁰³⁹.

Adalet Divanı kararından sonra, BGB § 611a'da değişikliğe gidilmiştir. Yeni hükümde, halihazırda çalışan veya aday işçi ayrımcılığa uğraması halinde üç aylık maaş miktarına kadar uygun bir tazminat talebinde bulunabilmektedir. İlk hükümde zararın telafisi (*Ersatz des Schadens*) ifadesi kullanılırken, değişiklikten sonra uygun bir miktar tazminat (*angemessene Entschädigung*) ifadesi kullanılmıştır¹⁰⁴⁰. 611a(2)'deki değişiklikle beraber, tazminat zarardan bağımsız hale gelmiştir¹⁰⁴¹. Hükmün gerekçesinde, tazminat miktarı belirlenirken, mahkemelerin zararın ağırlığını, eylemin

¹⁰³⁵Case14/83, Von Colson v. Land Nordrhein- Westfalen, 1986 E.C.R. 1891, [1986]. Behr, 2003, **a.g.k.**, 140.

¹⁰³⁶Behr, 2003, **a.g.k.**, 140.

¹⁰³⁷Behr, 2003, **a.g.k.**, 140; Kubal, 1999, **a.g.k.**, 249.

¹⁰³⁸Kubal, 1999, **a.g.k.**, 249.

¹⁰³⁹Behr, 2003, **a.g.k.**, 142.

¹⁰⁴⁰Behr, 2003, **a.g.k.**, 143.

¹⁰⁴¹Behr, 2003, **a.g.k.**, 143.

nedenini, failin niyetini, Direktif'in aradığı caydırıcılığı dikkate alması gerektiği belirtilmektedir. Bu noktada, tazminatın, cezaî tazminat olduğu ifade edilebilir.

BGB § 611a'da yapılan değişiklik tartışmaları sonlandırmamıştır¹⁰⁴². Avrupa Adelet Divanı, 1997 yılında verdiği kararda¹⁰⁴³, değişikliğin Direktif 76/207/EEC'ye uygunluk bakımından hâlâ yeterli olmadığını ifade etmiştir¹⁰⁴⁴. Divan kararında, medeni hukuktan doğan sorumluluğun da ayrımcılığı cezalandırmayı amaçlaması gerektiğini, tazminatın gerçek ve etkili hukuksal korumayı sağlaması, işveren üzerinde caydırıcılık etkisinin olması ve ortaya çıkan zararı gidermek bakımından yeterli olması gerektiğini tekrarlamıştır. Böylece Alman Mahkemeleri, tazminata hükmederken, BGB § 611a(2)'yi, işveren davalıyı ve diğer işverenleri cinsiyete dayalı ayrımcılık yapmaktan caydıracak miktarda tazminata izin verecek biçimde yorumlamışlardır¹⁰⁴⁵.

Avrupa Birliği'nin 2000 yılında kabul ettiği Direktif 2000/78/EEC¹⁰⁴⁶,nin 17. maddesi ve Direktif 2000/43/EEC¹⁰⁴⁷,nin 15. maddesi, üye ülkelerde, “etkili, orantılı ve caydırıcı” yaptırım talep etmiştir. Direktif 76/207/EEC'i yürürlükten kaldıran 2006 yılında çıkarılan Direktif 2006/54/ EC¹⁰⁴⁸,in cezalar başlıklı 25.maddesinde de mağdura ödenecek tazminatı da kapsayan cezaların, “etkili, orantılı ve caydırıcı” olması gerektiği belirtilmiştir.

BGB § 611a hükmü, 2006 tarihli Genel Eşit Davranma Kanunu (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz- AGG)¹⁰⁴⁹ ile yürürlükten kaldırılmıştır. AGG § 15 (2) hükmüne göre, zararın ekonomik bir kayıp teşkil etmediği durumlarda çalışan, uygun bir miktar tazminat talep edebilir. Kişinin işe alınmaması ayrımcılık teşkil ediyorsa, ancak ayrımcılık yapılmasaydı da kişi seçilmeyecekdiyse, tazminat üç aylık ücreti geçemez.

¹⁰⁴²Behr, 2003, **a.g.k.**, 143.

¹⁰⁴³Case C-180/95, Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG, 1997 E.C.R. I-2195.

¹⁰⁴⁴Behr, 2003, **a.g.k.**, 143.

¹⁰⁴⁵Behr, 2003, **a.g.k.**, 142.

¹⁰⁴⁶Council Directive 2000/78 EC of 27 November 2000, Establishing a General Framework Equal Treatment in Employment and Occupation. Official Journal L 303, 02.12.2000, p.0016- 0022. Direktif, iş yerinde din, inanç, engellilik, yaş veya cinsel yönelime dayanan doğrudan veya dolaylı ayrımcılık ve taciz yasağına ilişkindir.

¹⁰⁴⁷Council Directive 2000/43/EC, Implementing the Principle of Equal Treatment between Persons Irrespective of Racial or Ethnic Origin. Official Journal L 180, 19.07.2000, p. 0022- 0026. Direktif, ırk veya etnik kökene dayalı ayrımcılık yasağına ilişkindir.

¹⁰⁴⁸Council Directive 2006/54/EC of 5 July 2006, On the Implementation of the Principle of Equal Opportunities and Equal Treatment of Men and Women in Matters of Employment and Occupation.

¹⁰⁴⁹Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897).

Alman hukukunda ayrımcılık halinde hükmedilen tazminat, zararın telafi edilmesi kavramıyla açıklanamamaktadır. Avrupa Birliği Hukuku'na göre, iş bulma şansı olmayan pek az kalifiye biri bile, iş başvurusunun ayrımcılık nedeni ile reddedilmesi halinde, kişilik hakkının ihlalinde normal olarak verilen tazminatı aşan bir miktarda tazminat elde edebilir. Bu nedenle yaptırımın amacının toplumsal değerleri hiçe sayan işverene ceza vermek olduğu kabul edilmektedir. Bu durum, Alman tazminat hukukunun temeli olan telafi ilkesine, Avrupa Birliği ve Divan tarafından getirilen bir istisna olarak görülmektedir¹⁰⁵⁰.

3. İtalya

3.1.Genel olarak

Çağdaş İtalyan hukuk sisteminin, haksız fiil hukukunda iki farklı ve çelişkili eğilim ortaya koyduğu ileri sürülmektedir¹⁰⁵¹. Bir taraftan özellikle motorlu araçlardan doğan sorumluluk ve tıbbi uygulamalardan doğan sorumluluk davalarında, dava masraflarını düşürmeye ve tazminat miktarlarını¹⁰⁵² azaltmaya yönelik yasal düzenlemeler getirilmiştir¹⁰⁵³. Ayrıca yasa koyucu, davacının öncelikle alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmasına ilişkin ve ispat yüküne ait katı kuralları içeren düzenlemelerde değişikliğe giderek tazminat sürecini hızlandırıp, tazminat miktarlarını düşürmeyi amaçlamıştır¹⁰⁵⁴. Bu düzenlemeler, haksız fiil hukukunun hukuk ve ekonomi ilişkisi ile açıklanmaktadır¹⁰⁵⁵. Diğer taraftan motorlu araçlardan doğan sorumluluk ve tıbbi uygulamalardan doğan sorumluluk dışındaki alanlarda yaptırımların rolünü güçlendiren yasal düzenlemeler vardır¹⁰⁵⁶. Haksız fiil hukukunu önemli ölçüde değiştirebilecek bir

¹⁰⁵⁰Jansen and Rademacher, 2009, **a.g.k.**, 85.

¹⁰⁵¹D. Cerini (2018). The polyfunctional role of punitive damages and the conundrum of their insurability: an Italian perspective. *Scandinavian Studies in Law*, Vol: 64, s. 58.

¹⁰⁵²İtalya, Avrupa ülkeleri arasında ekonomik olmayan zarar tazminatlarında miktar olarak en yüksek tazminatları veren ülke olduğu için yasa koyucu, kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü etkileyen zararı (*danno biologico*) ve acı ve elemi (*danno morale*) telafi etmek için verilen tazminatların miktarına sınırlama getirmiştir.

¹⁰⁵³Cerini, 2018, **a.g.k.**, 58.

¹⁰⁵⁴Sağlık hizmetlerinde görevli profesyonellerin, hukukî ve cezaî sorumluluğuna ilişkin düzenleme (*Gelli Banco*), dava açmadan önce mahkeme dışı bir kurul önünde uyuşmazlığın görüşülmesini zorunlu kılmaktadır. Bu zorunluluk davalının sigorta şirketi için de geçerlidir. Cerini, 2018, **a.g.k.**, 58 dp.4.

¹⁰⁵⁵Cerini, 2018, **a.g.k.**, 58.

¹⁰⁵⁶Cerini, 2018, **a.g.k.**, 58. İtalyan hukuk sisteminde cezaî tazminata ilişkin olarak bkz. Basılmamış yüksek lisans tezi M. Betunio (2017-2018). Punitive damages in Italy. http://tesi.luiss.it/22097/1/124493_BETUNIO_MARTINA_Punitive%20Damages.pdf

unsur, İtalyan Yüksek Mahkemesi'nin (*Corte di Cassazione*), yabancı mahkemelerin verdiği cezaî tazminat kararlarının tenfizine kapı açan kararıdır¹⁰⁵⁷.

3.2.İtalyan Yüksek Mahkemesi'nin cezaî tazminata yaklaşımı

İtalyan tazminat hukukunun temel amacı zararın telafisidir¹⁰⁵⁸. İtalyan Medeni Kanunu (Codice Civile Italiano) madde 2043'e göre, kast veya ihmal suretiyle bir başkasına haksız olarak zarar veren kişi, sebep olduğu zararı gidermekle yükümlüdür. İtalyan hukukunda sorumluluk, eski hale getirme ilkesi üzerine kurulduğundan, telafi amacının ötesinde, mağdurun zararını aşacak miktarda tazminatın mümkün olduğu ve esas amacı faili cezalandırmak olan cezaî tazminat kurumu kabul edilemez olarak nitelendirilmiştir. Doktrin ve içtihat, cezalandırma amacının ceza muhakemesinde, ceza muhakemesinin ve anayasanın katı hükümleri altında en iyi biçimde gerçekleşeceğinin altını çizmiştir. İtalyan Yüksek Mahkemesi, 2017 yılına kadar, cezaî tazminat hükmü içeren yabancı mahkeme kararlarının tenfizini reddetmiştir. Yüksek Mahkeme, cezaî tazminatın telafi amacını esas alan İtalyan tazminat hukukunun temel esaslarına aykırı olduğunu; bu nedenle kamu düzeni ilkesini ihlal ettiğini ifade etmiştir¹⁰⁵⁹.

İtalyan Yüksek Mahkemesi'nin, cezaî tazminatın hukuk sisteminde kabul edilemez olduğunu açıkça ifade ettiği kararlarından biri, Fimez kararıdır¹⁰⁶⁰. Davaya konu olayda Alabama'da genç bir motosiklet sürücüsü bir kazada hayatını kaybetmiştir. Sürücünün annesi hem kazaya karışan araba sürücüsü aleyhine hem oğlunun kullandığı motosiklet kaskının ayıplı olduğu iddiası ile kaskı üreten İtalyan firması Fimez'e dava açmıştır. Mahkeme, davalı şirket aleyhine, özel olarak telafi ya da cezaî diye bir nitelendirme yapmadan 1 milyon dolar tazminata hükmetmiştir. Davacı Venedik Temyiz Mahkemesi'nden kararın tenfizini talep etmiştir¹⁰⁶¹. Alabama Mahkemesi'nin kararında açıkça cezaî tazminat ifadesi yer almamasına rağmen, Venedik Temyiz Mahkemesi kararında¹⁰⁶² Alabama Mahkemesi'nin tazminat kararında ne tür kayıpları telafi ettiğini

¹⁰⁵⁷Cass. Sez. Un 5.7.2017, 16601.

¹⁰⁵⁸F. D. Busnelli and G. Comandè (2001). Damages under Italian Tort Law. *Unification of Tort Law. Damages* (Ed: U. Magnus). The Hague: Kluwer Law International, s. 117.

¹⁰⁵⁹Cerini, 2018, **a.g.k.**, 61.

¹⁰⁶⁰Cass. Civ. sez. III, 19.1.2007. no.1183. Cerini, 2018, **a.g.k.**, 61.

¹⁰⁶¹F. Quarta (2008). Recognition and enforcement of U.S. punitive damages awards in continental Europe: the Italian Supreme Court's veto. *Hastings International and Comparative Law Review* Vol:31, No: 2, s. 756.

¹⁰⁶²Kararın İngilizce tercümesi için bkz. L. Ostoni (2004). Italian rejection of punitive damages in a U.S Judgment. *Journal of Law and Commerce*, Vol: 24, No:2, s. 251- 262.

açıklamadığını, davalı diğer tarafla dava öncesi yapılan anlaşmada daha az bir tazminat miktarı konusunda uzlaşıldığı, davalı İtalyan tarafın şirket olmasının kararı etkilediği gerekçeleri ile hükmedilen tazminatın cezaî olduğunu ileri sürmüştür¹⁰⁶³. Karara itiraz edilmesi üzerine dava İtalyan Yüksek Mahkemesi'ne gelmiştir. Yüksek Mahkeme, kararında tazminatın amacının herhangi bir istisna olmaksızın sadece mağdurun zararını gidermek olduğunu belirtmiştir¹⁰⁶⁴. İtalyan hukuk sisteminde tazminatın amacının faili cezalandırmak olmadığını belirtmiştir. Davalının, İtalyan hukuk sistemindeki ceza şartı ve manevî tazminatın cezaî nitelikte hükümler olduğu iddiasına cevap veren Yüksek Mahkeme, cezaî nitelikteki hükümlerin cezalandırma amacı taşımadığını ileri sürmüştür¹⁰⁶⁵. İtalyan hukuk sisteminde yer alan ceza şartının, sözleşmesel ilişkinin güçlendirilmesine ve tazminatın önceden belirlenmesine hizmet ettiğini belirtmiştir¹⁰⁶⁶. Mahkeme, ayrıca Medeni Kanun'un 1382. maddesinin hâkime, aşırı ceza şartını azaltma yetkisi verdiğini belirtmiştir¹⁰⁶⁷. Yüksek Mahkeme, manevî tazminat ile cezaî tazminat arasında da bir örtüşme olmadığını ifade etmiştir. Mahkeme, İtalyan hukuk sisteminde acı ve elem için verilen tazminatın miktarının mağdurun uğradığı zararla bağlantılı olarak değerlendirildiğini, cezaî tazminatın ise davacının uğradığı zarardan bağımsız olarak belirlendiğini ifade etmiştir¹⁰⁶⁸. İtalyan Yüksek Mahkemesi, Venedik Temyiz Mahkemesi'nin cezaî tazminat kurumunun İtalyan hukuk sistemine aykırı olduğu; bu nedenle cezaî tazminat kararının kamu düzenine aykırılık nedeniyle tanınamayacağı kararını onamıştır. İtalyan Yüksek Mahkemesi, İtalyan haksız fiil hukukunun amacının mağdurun zararını telafi etmek olduğunu, cezalandırma ve caydırma amaçlarının hukuk sistemine yabancı olduğunu ifade etmiştir¹⁰⁶⁹. Mahkeme, cezaî tazminatın failin davranışına odaklanmadığını ve zarar ile orantısız tazminat miktarları belirlendiğini, oysa haksız fiil hukukunun asıl odak noktasının mağdurun zararı olması gerektiğini

¹⁰⁶³Quarta, 2008, **a.g.k.**, 756.

¹⁰⁶⁴Quarta, 2008, **a.g.k.**, 757.

¹⁰⁶⁵Quarta, 2008, **a.g.k.**, 756.

¹⁰⁶⁶Quarta, 2008, **a.g.k.**, 758. Venedik Temyiz Mahkemesi de ceza şartının sözleşmeye dayalı özerklik temelinde belirlendiğini, ceza şartının önceden belirlenmiş bir yaptırım olduğunu ve nihai olarak zararlar ilgili olsa da zararın ispatına bağlı olmadığını ifade etmiştir. Ostoni, 2004, **a.g.k.**, 261.

¹⁰⁶⁷Quarta, 2008, **a.g.k.**, 758.

¹⁰⁶⁸Quarta, 2008, **a.g.k.**, 759.

¹⁰⁶⁹M. Cappelletti (2015). Punitive damages and the public/ private distinction: a comparison between the United States and Italy. *Arizona Journal of International & Comparative Law*, Vol:32, No:3, s. 822.

belirtmiştir. Son olarak Mahkeme, failin fiili ile ekonomik durumunun zararın telafisi fikri ile ve genel olarak İtalyan haksız fiil hukuku ile ilgili olmadığını belirtmiştir¹⁰⁷⁰.

Fimez kararından birkaç yıl sonra Yüksek Mahkeme benzer bir karar daha almıştır. Karara konu olan olayda, Torino’da üretilen ayıplı bir makine parçasından ciddi şekilde yaralanan işçinin açtığı davada Massachusetts Mahkemesi, 8 milyon dolar tazminata hükmetmiştir. Torino Temyiz Mahkemesi, yabancı mahkeme kararında tazminatın miktarının adlandırılmamış ve açıkça gerekçelendirilmemiş olmasının, kararın tenfizine engel olmadığını belirterek tenfiz kararı vermiştir. Ancak Yüksek Mahkeme, kararın kamu düzenine aykırılık nedeni ile tenfiz edilemeyeceğine karar vermiştir. Kararında, yabancı mahkemenin tazminat kararında cezaî tazminat ifadesi yer almasa da bu miktarda bir tazminatın faili cezalandırma anlamına geleceğini, İtalyan haksız fiil hukukunun failinin cezalandırılması ile ilgilenmediğini, cezalandırma işlevinin hukuk sistemine yabancı olduğunu ifade etmiştir¹⁰⁷¹.

Bu emsal kararlara rağmen, Yüksek Mahkeme’nin 2017 yılındaki cezaî tazminatı kabul eden kararı, beklenmedik bir karar değildir. Bu kararlara rağmen Yüksek Mahkeme’nin haksız fiil hukukunun telafi dışında da işlevleri olabileceğini kabul ettiği kararlar vardır¹⁰⁷². Yüksek Mahkeme 2015 yılında, bir Belçika Mahkemesi’nin verdiği “*astreinte*” (mahkemenin verdiği kararı yerine getirmeyen tarafın ödemek zorunda olduğu para cezası) içeren kararını tenfiz etmiştir¹⁰⁷³. Yüksek Mahkeme kararında, İtalyan hukuk sisteminde tazminatın mağdurun zararını telafi etme amacının ötesinde faili cezalandırma ve haksız fiilleri önleme amacı gibi başka amaçlar da taşıdığını ifade etmiştir. Bu kararla, Yüksek Mahkeme’nin medeni sorumluluğun cezalandırma ve caydırma işlevlerine evrilmesinin temelini attığı kabul edilmektedir¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁷⁰Cappelletti, 2015, **a.g.k.**, 822.

¹⁰⁷¹Cass., Sez. I, 8.2.2012, n. 1781. A. Venchiarutti (2018). The recognition of punitive damages in Italy: a commentary on Cass. Sez. Un 5 July 2017, 16601, Axo Sport, Spa v. Nosa Inc. *Journal of European Tort Law*, Vol:9, No:1, s. 109.

¹⁰⁷²Cass. Civ. sec III, 1.5.2010, no 11353 (2011); Cass. Civ. sec III, 15.3.2011, no 8730 (2011); Venchiarutti, 2018, **a.g.k.**, 110 dp.12. Yüksek Mahkeme bir kararında, yasa koyucunun zaman içerisinde cezaî unsurlar içeren birtakım düzenlemeler yapması nedeniyle tazminat kurumu ile bağlantılı cezalandırma fikrinin hukuk sistemi ile artık eskisi kadar uyumsuz olmadığını ifade etmiştir. Cass. United Sec(s) 6.5.2015, no 9100 (2015). L. Coppo (2017). The grand chamber’s stand on the punitive damages dilemma. *Italian Law Journal*, Vol:3, No:2, s. 598.

¹⁰⁷³Cass. Civ. sec I 15.3.2015, n. 7613, Venchiarutti, 2018, **a.g.k.**, 110.

¹⁰⁷⁴Venchiarutti, 2018, **a.g.k.**, 110.

İtalyan Yüksek Mahkemesi Büyük Genel Kurulu, 2017 yılında cezaî tazminata ilişkin bir içtihadı birleştirme kararı vermiştir¹⁰⁷⁵. Yüksek Mahkeme'nin kararına yol açan süreç, yine bir ayıplı kask ile ilgilidir. İtalyan kask üreticisi Axo Spa'nın ABD'li şirket Nova'ya sattığı ayıplı kask bir bisikletçinin ciddi şekilde yaralanmasına sebep olmuştur. Nova, asıl davacı ile sulh anlaşması yapmış, daha sonra Axo'ya karşı açtığı davada, anlaşmada uzlaşılan tazminat miktarını Axo'nun ödemesini talep etmiştir. Nova, Amerikan mahkemesinin verdiği kararın tenfizi için Venedik Temyiz Mahkemesi'ne başvurmuştur. Venedik Temyiz Mahkemesi, her ne kadar Axo tarafından ileri sürülen İtalyan kamu düzeninin ihlali iddiasını, sulh anlaşmasında uzlaşılan miktarın cezaî tazminat teşkil etmediğini ileri sürerek reddetmişse de yabancı mahkeme kararının iç hukukta uygulanması meselesini son derece önemli kabul ederek Genel Büyük Kurul'a başvurmuştur¹⁰⁷⁶.

Yüksek Mahkeme kararında¹⁰⁷⁷, cezaî tazminatın kamu düzenine aykırı olmadığını, yabancı mahkemelerin verdiği cezaî tazminat hükümlerinin iç hukukta uygulanabileceğini ifade etmiştir¹⁰⁷⁸. Ayrıca Yüksek Mahkeme, İtalyan hukuk sisteminde, haksız fiil hukukunun doğasında cezalandırma ve caydırma işlevleri de bulunduğundan, haksız fiil hukukunun amacının sadece mağduru eski hale getirmek olmadığını ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme'nin 16601/ 2017 nolu kararı, İtalyan haksız fiil hukukunun telafi işleviyle sınırlı olmadığı, daha geniş bir alanda rol alacağı mesajını vermiştir¹⁰⁷⁹. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme, genel bir kural olarak cezaî tazminatın hukuk sistemine girmesine kapı açmış değildir. Mahkeme, bu konuda önemli sınırlamalar getirmiştir¹⁰⁸⁰. Yüksek Mahkemeye göre, cezaî tazminatın kanunilik ilkesine (*principio di legalita*) uyması halinde İtalyan hukuk sisteminde yeri olabilir. Diğer deyişle, cezaî tazminat kararı tenfiz edilebilir; ancak yabancı ülke yasaları ya da Common Law'ın verdiği yargı yetkisi, hâkime cezaî tazminata hükmedebilme yetkisi vermiş olmalıdır. Öngörülebilirliği ve İtalyan Anayasası'nın 23 ve 25. maddeleri¹⁰⁸¹ ile uyumlu olmasını

¹⁰⁷⁵Cass. Sez. Un 5.7.2017, 16601.

¹⁰⁷⁶Cerini, 2018, **a.g.k.**, 65.

¹⁰⁷⁷Cass. Sez. Un 5.7.2017, 16601. Kararın İngilizce tercümesi için bkz. F. Quarta (2017). Italian Corte di Cassazione 5 July 2017 no 16601. *Italian Law Journal*, Vol:3, No:2, 593- 604.

¹⁰⁷⁸Cass. Sez. Un 5.7.2017, 16601. F. Maisto (2020). Punitive damages under the lens of constitutionality: the role of the hierarchy of values. *Italian Law Journal*, Vol: 6, No: 1, s. 167.

¹⁰⁷⁹Cerini, 2018, **a.g.k.**, 65.

¹⁰⁸⁰Cerini, 2018, **a.g.k.**, 66.

¹⁰⁸¹İtalyan Anayasası madde 23: Kanunda yer almayan kişisel ve mali nitelikte hiçbir yükümlülük kişiye yüklenemez. Madde 25: Dava kanunla belirlenmiş mahkemeden başka mahkemeye alınamaz. Suçun

sağlamak üzere cezaî tazminata belirli durumlarda ve yasanın öngördüğü sınırlar içinde (principio di tipicità) izin verilebilir. Cezaî tazminatın kabulü makul ve ölçülü olmasına bağlıdır.

Böylece İtalyan Yüksek Mahkemesi, telafi birincil amaç olarak kalsa bile tazminat hukukunun caydırıcılık ve cezalandırma dahil olmak üzere çok işlevli bir nitelik kazandığını kabul etmiştir¹⁰⁸².

3.3.İtalyan hukuk sisteminde cezaî tazminat benzeri düzenlemeler

İtalyan haksız fiil hukukunda 1960'lı yıllardan bu yana devam eden değişimler, haksız fiil hukukunun işlevleri konusunda yeni bakış açıları sunmuştur. Özel hukukta anayasa merkezli bir yorumun oluşturulması, kusursuz sorumluluk rejiminin hızla yaygınlaşması, haksız fiil hukuku yoluyla korunan menfaatlerin sayısının artması, Amerikan hukukunun verimlilik ve caydırıcılık odaklı yaklaşımının İtalyan hukukçulara etkisi ve haksız fiil hukukunun cezaî işlevleri üzerine yapılan tartışmalar kamu hukuku/özel hukuk ayırımına yeni bir ışık tutmuş ve İtalyan hukuk sisteminin tek işlevli bakış açısını değiştirmiştir¹⁰⁸³.

Haksız fiil tazminatının caydırıcı etkileri olabileceği iddiası ile yasa koyucunun haksız fiil tazminatını caydırıcılık sağlamak üzere düzenlediği iddiası arasında fark vardır¹⁰⁸⁴. Bir dizi İtalyan yasa hükmü, yasa koyucunun en azından bazı durumlarda haksız fiil hukuku yoluyla caydırıcılık sağlamak istediği görüşünü desteklemektedir¹⁰⁸⁵. Ayrıca kasıtlı işlenen haksız fiillerde, özellikle aşırı davranışlardan (*outrageous conducts*) sorumluluğa ilişkin hükümleri getirirken, yasa koyucunun cezalandırma işlevini de gözönüne aldığı söylenebilir¹⁰⁸⁶.

İtalyan Medeni Kanunu madde 2043'e göre, kast veya ihmal suretiyle bir başkasına haksız olarak zarar veren kişi, sebep olduğu zararı gidermekle yükümlüdür. Tazminatın amacı, ekonomik zararı (*danno patrimoniale*), kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü

işlendiği tarihte yürürlükte olan kanuna dayanmadıkça kişiye ceza verilemez. Yasanın öngördüğü durumlar dışında kişinin özgürlüğü sınırlanamaz. Cerini, 2018, **a.g.k.**, 66. dp. 26.

¹⁰⁸²Venchiarutti, 2018, **a.g.k.**, 113.

¹⁰⁸³Cappelletti, 2015, **a.g.k.**, 823.

¹⁰⁸⁴Cappelletti, 2015, **a.g.k.**, 824.

¹⁰⁸⁵Cappelletti, 2015, **a.g.k.**, 824; Cerini, 2018, **a.g.k.**, 63

¹⁰⁸⁶Cappelletti, 2015, **a.g.k.**, 824; Cerini, 2018, **a.g.k.**, 63.

etkileyen zararı (*danno biologico*), acı ve elemi (*danno morale*) telafi etmektir¹⁰⁸⁷. Kişisel bütünlüğe yönelik zarar ile acı ve elemenin tazmini farklı amaçlara yönelmiştir. Madde 2059'a göre, ekonomik olarak ölçülemeyen zararlar, ancak yasanın öngördüğü durumlarda giderilir¹⁰⁸⁸. İtalyan Yüksek Mahkemesi, yasada sınırlı sayıda düzenlenen durumlara ek olarak, Anayasada yer alan temel bir hakkın ihlal edilmesi durumunda manevî tazminata hükmedilebileceğine karar vermiştir¹⁰⁸⁹. Ancak herhangi bir ihlal, para ile ölçülemeyen zarar için tazminat ödenmesine yol açmaz. Yüksek Mahkeme'ye göre ihlal tolere edilebilirlik sınırını aşmış olmalıdır¹⁰⁹⁰.

Medeni Kanun'un 2043. maddesi ile 2059. maddesinin aynı amacı taşımadığı ifade edilmektedir. 2059. maddenin özellikle kınanması gereken davranışları cezalandırmak için düzenlendiği kabul edilmektedir. Böyle bir yaklaşımın göstergesi, yasanın yürürlüğe girmesine eşlik eden bakanlığın açıklayıcı raporlarından çıkarılabilir. Zira Adalet Bakanlığı raporlarında manevî tazminatın ceza benzeri olduğu, 2059. maddenin, faile caydırıcılık amacıyla daha güçlü bir ceza vermeye hizmet ettiği ifade edilmiştir¹⁰⁹¹. Ayrıca doktrinde, madde 2059'un prensipte mağdurun zararına odaklanması gerekirken uygulamada failinin davranışına odaklandığı belirtilmektedir¹⁰⁹².

Sınai Mülkiyet Kanunu (Codice della Proprietà Industriale) madde 125'e göre, tazminat miktarı belirlenirken davacının kâr kaybı, davalının haksız fiilden elde ettiği yararlar ve haksız fiil dolayısıyla davacının duyduğu acı ve elem dikkate alınır. Davacının uğradığı zararın ötesine geçerek, davalının haksız fiilden elde ettiklerinin tazminat hesabında dikkate alınmasının mağdurun zararını telafi işlevini aştığı, düzenlemede cezalandırma işlevinin de olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁹³.

İtalyan haksız fiil hukukunda cezaî unsurların varlığına ilişkin bir diğer örnek, gazete ve kitap yayımlanması ya da gazetecilik mesleğinin icrası ile haksız fiilden doğan sorumluluğa ilişkin düzenlemelerde vardır¹⁰⁹⁴. 8 Şubat 1948 tarihli 47 sayılı Kanun

¹⁰⁸⁷A. P. Scarso (2009). Punitive damages in Italy. *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*. (Ed: H. Koziol and V. Wilcox). Viena: SpringerWienNewYork, s. 104.

¹⁰⁸⁸Busnelli and Comandè, 2001, a.g.k., 117.

¹⁰⁸⁹Cass. N 8827 e 8828 of 2003. E. Büyüksağış vd., (2016). Punitive damages in Europe and plea for the recognition of legal pluralism. *European Business Law Review*, Vol: 27, No: 1, s. 147.

¹⁰⁹⁰Büyüksağış vd., 2016, a.g.k., 148.

¹⁰⁹¹Büyüksağış vd., 2016, a.g.k., 148.

¹⁰⁹²Cerini, 2018, a.g.k., 64.

¹⁰⁹³Scarso, 2009, a.g.k., 110; Cerini, 2018, a.g.k., 63.

¹⁰⁹⁴Cerini, 2018, a.g.k., 63.

(*Legge sulla Stampa*)’un 12. maddesi, basın yoluyla kendisine hakaret edilen davacıya, zararının telafisinin yanı sıra, davalının ceza yargılamasında aldığı cezadan bağımsız olarak, tazmin edici bir miktar para verilmesini düzenlemektedir¹⁰⁹⁵. Mahkeme, tazminatı belirlerken, davranışın ağırlığını (failin ruh halini özel olarak dikkate alarak) ve söz konusu basılı materyalin dağıtım yaygınlığını dikkate alır¹⁰⁹⁶. Fiilin aşırı olarak nitelendirildiği durumlarda, hâkim, davalının kazancının mağdura verilmesine hükmedebilmektedir¹⁰⁹⁷.

Açıkça cezalandırıcı bir hüküm iş hukuku mevzuatında vardır. İşçi Kanunu (*Statuto dei Lavoratori*) madde 18/2’ye göre işverenin işçisini haksız yere işten çıkarması durumunda, hâkim işçinin tekrar işe alınmasına ve işverenin, işçinin işten çıkarılması nedeniyle uğradığı ekonomik kayıptan bağımsız olarak, işçiye en az beş aylık maaşını ödemesine karar verebilir¹⁰⁹⁸.

İtalyan Usul Kanunu’na (*Codice di Procedura Civile*) 2009 yılında eklenen 96 §3 hükmüne göre, dürüstlük kuralına aykırı şekilde veya ağır ihmalle dava açan ya da davayı yürüten taraf aleyhine, diğer tarafın talebi üzerine hâkim tazminata hükmedebilmektedir. Madde, yargılama sürecinin kötüye kullanılmasını engellemek ve cezalandırmak üzere düzenlenmiştir¹⁰⁹⁹.

Bazı kanun hükümlerinin amacı ise tartışmalıdır. Örneğin, velayet sorumluluğunun kullanılması veya velayetin düzenlenmesi konusunda ebeveynler arasında açılan davalarla ilgili olarak İtalyan Medeni Usul Kanunu madde 709’da (2006 yılında Kanun’da yapılan değişiklikle madde 709 eklenmiştir) düzenlenen tazminatın amacı tartışmalıdır¹¹⁰⁰. Velayete ilişkin mahkeme kararına uyulmaması halinde, hâkim, çocuğun veya diğer tarafın uğradığı zararın tazminine karar verebilir. Hükümdeki tazminatın amacı tartışmalıdır. Bir mahkeme kararına göre, Usul Kanunu’ndaki düzenleme, haksız fiil hukukunun temel taşları olan Medeni Kanun madde 2043 ile madde 2059’dan ayrılmakta, ebeveyne yüklediği parasal yük bir çeşit cezaî tazminat oluşturmaktadır¹¹⁰¹. Bu görüşe başka bir mahkeme kararında, yaptırımın sadece mağdurun zararı ile orantılı

¹⁰⁹⁵Venchiarutti, 2018, **a.g.k.**, 114.

¹⁰⁹⁶Cerini, 2018, **a.g.k.**, 63; Venchiarutti, 2018, **a.g.k.**, 114.

¹⁰⁹⁷Venchiarutti, 2018, **a.g.k.**, 114.

¹⁰⁹⁸Cappelletti, 2015, **a.g.k.**, 827.

¹⁰⁹⁹Venchiarutti, 2018, **a.g.k.**, 116; Cerini, 2018, **a.g.k.**, 64.

¹¹⁰⁰Cappelletti, 2015, **a.g.k.**, 825.

¹¹⁰¹Trib. Messina, 5.4.2007, Fam.Edir., gennai 2008, 60 (It.). Cappelletti, 2015, **a.g.k.**, 825.dp. 101.

olmadığı aynı zamanda failin davranışının da dikkate alındığı yorumu eklenmiştir¹¹⁰². Doktrinde hükmün cezaî tazminat olarak nitelendirilebileceğini ileri sürenlerin gerekçesi, tazminat için zararın kanıtlanmasının gerekmediği ve tazminat miktarının mağdurun zararı ile ilgili değil failin davranışını ile bağlantılı olduğudur. Bu görüşe itiraz edenler, hükmün en fazla caydırıcı bir işlevi olabileceğini ama cezalandırma işlevi olmadığını ileri sürmektedir¹¹⁰³. Hükümde düzenlenen tazminatın cezaî tazminata örnek teşkil edip etmeyeceği tartışmalı olmakla beraber, baskın görüş söz konusu tazminatın sadece telafi amacı gütmeyeceği, caydırıcılık ve cezalandırma işlevlerini de taşıdığıdır¹¹⁰⁴.

İtalyan hukuk sisteminde, adlandırılması cezalandırma işlevini çağrıştırmasa da kendisi cezaî etkiye sahip başka birçok hüküm ortaya çıkarılabilir¹¹⁰⁵. Bu durumda İtalyan Yüksek Mahkemesi'nin 2017 tarihli kararında¹¹⁰⁶ belirttiği gibi, İtalyan haksız fiil hukukunun birden fazla işleve sahip olduğu kabul edilebilir.

4. Fransa

4.1.Genel olarak

Fransız Devrimi'nden önce tek bir hukuk sistemi yoktur¹¹⁰⁷. Fransız hukuku, Roma hukuku, kilise hukuku ve yerel yasaların bir karışımıdır. Fransız Devrimi'nden sonra Napolyon Bonapart Fransa'da yeni bir hukuk düzeni oluşturmak istemiştir. Bu yolda, hâlâ Fransız toplumunun çimentosu olarak nitelendirilen Medeni Kanun (*Code de Civil*) 1804 yılında yürürlüğe girmiştir. Fransız hukuk sisteminin temeli olan Kanun, Fransız Devrimi'nin ana fikirlerinin birçoğunun yanı sıra Krallık zamanında geçerli olan hukukun çeşitli unsurlarını barındırmaktadır. Kanun iki yüz yıldan fazla bir süre Kanun'a yapılan eklemeler yoluyla çok az değişikliğe uğramıştır. 1804 Medeni Kanunu'nda haksız fiil hukukunu düzenleyen sadece beş madde vardı (m. 1382- m.1386)¹¹⁰⁸. Kanunda fazla hüküm bulunmaması haksız fiil hukuku alanında yargı kararlarının ve öğretinin rolünü arttırmıştır¹¹⁰⁹. Medeni Kanun'un sınırlı sayıdaki düzenlemesinin haksız fiil hukukundaki

¹¹⁰²Trib. Venezia, 14.5.2009, n.9234 (It). Cappelletti, 2015, **a.g.k.**, 825.

¹¹⁰³Cappelletti, 2015, **a.g.k.**, 825.

¹¹⁰⁴Cappelletti, 2015, **a.g.k.**, 825; Venchiarutti, 2018, **a.g.k.**, 116.

¹¹⁰⁵Venchiarutti, 2018, **a.g.k.**, 116.

¹¹⁰⁶Cass. Sez. Un 5.7.2017, 16601. Coppo, 2017, **a.g.k.**, 598.

¹¹⁰⁷M. Parker (2013). Changing tides: the introduction of punitive damages into French legal system. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol: 41, No: 2, s.394.

¹¹⁰⁸Parker, 2013, **a.g.k.**, 394.

¹¹⁰⁹B. Baysal (2016). *Fransız sorumluluk hukuku reformu*. Sorumluluk Hukuku (Editör: B. Baysal). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 76.

önemli gelişmelerin ve içtihatla kabul edilen yeniliklerin gerisinde kaldığı eleştirileri üzerine reform çalışmaları yapılmıştır¹¹¹⁰.

4.2.Fransız Yüksek Mahkemesi'nin cezaî tazminata yaklaşımı

Fransız Yüksek Mahkemesi (*Cour de Cassation*)'nin cezaî tazminata bir itirazı yoktur. Yüksek Mahkeme, kurumun kendisini tamamen reddetmek yerine ABD mahkemeleri tarafından verilen tazminat miktarlarına odaklanmıştır¹¹¹¹.

Fransız mahkemelerinin, cezaî tazminat kararının tenfizi talebi ile ilk karşılaşmaları 2004 yılındadır¹¹¹². Söz konusu davada¹¹¹³ ilk derece mahkemesi, Kaliforniya mahkemesinin verdiği cezaî tazminat kararının tenfizini iki sebeple reddetmiştir: İlk olarak, cezaî tazminatın ceza olduğunu, cezalandırma tekelinin devletin elinde olduğunu, bu nedenle Fransız medeni hukukunda cezaî tazminatın tanınamayacağını belirtmiştir. İkinci olarak, caydırmak ve cezalandırmak üzere verilen cezaî tazminatın, Fransız sorumluluk hukukunun tam tazminat ilkesine (*principe de compensation integrale*) aykırı olduğunu ifade etmiştir¹¹¹⁴. Yüksek Mahkeme'nin mağdurun tazminatla zengileşmemesi gerektiğine ilişkin kararları olduğu için Paris Temyiz Mahkemesi ilk mahkemenin kararını onamıştır¹¹¹⁵.

Diğer yandan Fransız Yüksek Mahkemesi'nin cezaî tazminatı tanıyacağına ilişkin ipuçları da bulunmaktadır. Örneğin, Fransız mahkemeleri, sözleşmelerde yer alan, mahkeme kararına uyulmaması halinde, yabancı hukuk yaptırımları ya da cezaî şartların uygulanacağına ilişkin hükümleri kabul etmektedir¹¹¹⁶. Doktrin de cezaî tazminatın miktarı telafi tazminata göre orantısız ya da aşırı olmadığı sürece, cezaî tazminatın kamu düzenine aykırı olmadığı konusunda uzlaşmış görünmektedir¹¹¹⁷. Bunlar, Yüksek Mahkeme'nin cezaî tazminata ilişkin kararının yolunu açan gelişmelerdir¹¹¹⁸.

¹¹¹⁰Baysal, 2016, **a.g.k.**, 76.

¹¹¹¹Vanleenhove, 2015, **a.g.k.**, 250.

¹¹¹²B. W. Janke and F. X. Licari (2012). Enforcing punitive damages awards in France after Fountain Pajot. *American Journal of Comparative Law*, Vol: 60, No:3, s. 778; Vanleenhove, 2016 b, **a.g.k.**, 123.

¹¹¹³Tribunal de Grande Instance Paris, 15 July 2004, 1st chambre, no. 03/09481, Consorts Chappier v. Taitbout Prévoyance & B. Mesqui, 8. Vanleenhove, 2016 b, **a.g.k.**, 124.

¹¹¹⁴Janke and Licari, 2012, **a.g.k.**, 778; Vanleenhove, 2016 b, **a.g.k.**, 124.

¹¹¹⁵Vanleenhove, 2016 b, **a.g.k.**, 124.

¹¹¹⁶Janke and Licari, 2012, **a.g.k.**, 778; Vanleenhove, 2016 b, **a.g.k.**, 124.

¹¹¹⁷Vanleenhove, 2016 b, **a.g.k.**, 124.

¹¹¹⁸Janke and Licari, 2012, **a.g.k.**, 778; Vanleenhove, 2016 b, **a.g.k.**, 124.

Fransız Yüksek Mahkemesi, 2010 yılında verdiği Schlenzka & Langhorne v. Fountaine Pajot, S.A. kararında¹¹¹⁹ cezaî tazminatın kamu düzenine aykırı olmadığını kabul etmiştir¹¹²⁰. Karara konu olayda Amerikalı Schlenzka ve Langhorne, Fransız üretici Fountaine Pajot S.A.'nın Amerika'daki yetkili satıcı ve temsilcisinden bir katamaran satın almıştır. Katamaran henüz Fransa'dayken bir fırtınada hasar görmüştür. Ancak satıcı durumdan alıcıları haberdar etmemiş, katamarana yüzeysel tamirat yapmıştır. Katamaran Amerika'ya ulaştıktan kısa bir süre sonra sorunlar ortaya çıkmıştır. Kaliforniya Yüksek Mahkemesi, davacı lehine, 1.391.650 dolar tamirat masrafları, 402.084 dolar yargılama masrafları ve 1.460.000 dolar cezaî tazminat olmak üzere toplamda 3.253.734 dolar ödenmesine hükmetmiştir. Kaliforniya Mahkemesi, davalının satış sözleşmesinden doğan borcunu yerine getirirken hileli davrandığını ve yargılama sürecinde şirketin net değerini gizlemek, hesap vermektan kaçınmak üzere duruşmalara katılmadığının¹¹²¹ altını çizerek cezaî tazminata hükmetmek bakımından yeterli gerekçesinin olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, şirketi finansal olarak zor durumda bırakmak amacıyla cezaî tazminata hükmedilmediğini, amacın şirketi gelecekte benzer davranışlarda bulunmaktan caydırmak ve cezalandırmak olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, şirketin dava sırasındaki net değerinin 7.3 milyon dolar olduğunu, net değerın yaklaşık yüzde yirmisi tutarındaki cezaî tazminatın uygun olduğunu ileri sürmüştür¹¹²².

Davacı kararın tenfizi için Fransız ilk derece mahkemesine başvurmuştur¹¹²³. Mahkemenin tenfiz talebini reddi üzerine dava temyiz mahkemesi önüne gelmiştir. Temyiz Mahkemesi, Fransız haksız fiil hukukunun öncelikli amacının mağdurun zararının giderilmesi olduğunu, bu nedenle hükmedilen tazminatın davalının mali durumuna ya da kusurunun derecesine bağlı olamayacağını, tazminatın sadece davacının zararının kapsamına göre belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir¹¹²⁴. Temyiz Mahkemesi,

¹¹¹⁹Cass. Civ.1st, 1 December 2010, Schlenzka & Langhorne v. Fountaine Pajot S.A., no. 09-13303.

¹¹²⁰Janke and Licari, 2012, **a.g.k.**, 776.

¹¹²¹Davalı şirket, Medeni Kanun'un o zamanki 15. maddesini ileri sürerek Kaliforniya Mahkemesi'nin yargılama yetkisine itiraz etmiştir. Fransız mahkemeleri, 15. maddeyi sözleşmeden kaynaklanan bir uyuşmazlıkta davalı taraf Fransız ise Fransız mahkemelerinin uyuşmazlığı çözmek bakımından yetkili olduğu şeklinde yorumluyordu. Davalının bu itirazı kabul edilmemiştir. Davalı şirket, davacı tarafın yargılamada sunulacak delilleri dava başlamadan önce karşılıklı paylaşma teklifini (*discovery request*) de reddetmiş ve duruşmalara katılmamıştır. Janke and Licari, 2012, **a.g.k.**, 781.

¹¹²²Janke and Licari, 2012, **a.g.k.**, 781, 782.

¹¹²³Janke and Licari, 2012, **a.g.k.**, 782.

¹¹²⁴Janke and Licari, 2012, **a.g.k.**, 790; Parker, 2013, **a.g.k.**, 396.

failin cezalandırılması adına davacının zenginleşmesinin Fransız kamu düzenine aykırı olduğunu belirtmiştir.

Sonuçta mesele Yüksek Mahkemenin önüne gelmiştir. Fransız Yüksek Mahkemesi, 2010 yılında verdiği kararda, hükmedilen tutar maruz kalınan zarar ve borçlunun sözleşmeye dayalı ihlali¹¹²⁵ ile orantısız olmadığı sürece, cezaî tazminata hükmedilmesinin kamu düzenine aykırı olmadığını ifade etmiştir¹¹²⁶. Böylece cezaî tazminatın kamu düzenine uygunluğu tartışmasında ana mesele olan ceza hukuku-medeni hukuk ayrımı merkezinden tazminatın aşırılığı meselesine kayılmıştır¹¹²⁷.

Fransız Yüksek Mahkemesi, *Fountainine Pajot* kararında yabancı bir mahkemenin verdiği cezaî tazminat kararının tenfizinde tazminatın aşırı olup olmadığının nasıl belirleneceği konusunda somut yönergeler sunmamıştır. Yalnızca, cezaî tazminatın maruz kalınan zarar ve borçlunun sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin ihlali ile orantılı olması gerektiğini belirtmiştir. Bu durumda tazminatın orantılı olup olmadığını takdir hakkı mahkemelerindir¹¹²⁸.

Yüksek Mahkeme'nin cezaî tazminatın miktarına ilişkin kararında belirttiği maruz kalınan zararlar orantılı olmalı ifadesi, cezaî tazminatla telafi tazminatı arasında bir oran olması gerektiği şeklinde yorumlanabilir¹¹²⁹. Ayrıca cezaî tazminatın aşırılığını belirlerken davalının davranışının dikkate alınması gerektiği şeklinde de yorumlanabilir¹¹³⁰. Bu durumda tenfiz kararı verecek hâkim, failin davranışının kınanabilirliğine göre maksimum 1:1 oranını değiştirebilir¹¹³¹.

Yüksek Mahkeme, *Fountainine Pajot* kararında davacının cezaî tazminata ilişkin tenfiz talebini tazminat miktarının telafi tazminatı ile orantısız olması diğer deyişle aşırı yüksek olması nedeniyle reddetmiştir¹¹³².

¹¹²⁵Yüksek Mahkeme'nin kararındaki ifadeler, olaydaki uyuşmazlık sözleşme ihlalinden doğduğu için sözleşme hukuku ile ilgilidir. Ancak sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlık aynı zamanda haksız fiil hukukunu ilgilendirdiği için cezaî tazminatın gündeme geldiğini dikkate almak gerekir.

¹¹²⁶Vanleenhove, 2015, **a.g.k.**, 254, 255.

¹¹²⁷Vanleenhove, 2015, **a.g.k.**, 255.

¹¹²⁸Vanleenhove, 2015, **a.g.k.**, 255.

¹¹²⁹Vanleenhove, 2015, **a.g.k.**, 255.

¹¹³⁰Janke and Licari, 2012, **a.g.k.**, 800; Vanleenhove, 2015, **a.g.k.**, 257.

¹¹³¹Vanleenhove, 2015, **a.g.k.**, 257.

¹¹³²Vanleenhove, 2015, **a.g.k.**, 257.

4.3.Fransız hukuk sisteminde cezaî tazminat benzeri düzenlemeler

Fransız hukukçular, sorumluluk hukukunun tek amacının zararı telafi etmek olmadığı konusunda genel olarak anlaşılmaktadır¹¹³³. Caydırıcılık ve cezalandırma sorumluluğun diğer iki işlevi olarak kabul edilmektedir. Sorumluluk hukukuna ait olan veya en azından onunla birtakım bağlantıları olan bazı düzenlemelerin esas olarak zararı gidermeyi değil daha çok faili cezalandırmayı amaçladığı belirtilmektedir. Bu tip düzenlemeler bir çeşit özel cezalandırmadır (*peine privée*). Fransız hukukunda özel hukuk cezası olarak nitelendirilebilecek, aslında cezaî tazminata pek benzerlik göstermeyen ancak failin, cezaî tazminatta olduğu gibi sebep olduğu zararın üstünde tazminat ödemek zorunda kaldığı pek çok düzenleme mevcuttur.

La Clause pénale (cezaî şart), bir sözleşmede yer alan tarafların sözleşmenin ihlali halinde ihlal eden tarafın ödeyeceği tutarı önceden belirlemesine imkân verir. Fransız Medeni Kanunu'nun sözleşme hukukunu düzenleyen bölümünde madde 1231-5'de düzenlenmiştir. Hükme göre hâkim cezaî şartı arttırabilir ya da azaltabilir.

Cezaî şart bulunan bir sözleşmede sözleşmeyi ihlal eden taraf sebep olduğu zarardan daha fazlasını karşı tarafa ödemek zorunda kalabilir. Diğer bir deyişle önceden belirlenen miktar zarardan daha çok olabilir. Bu bakımdan cezaî tazminatla bir benzerlik göstermektedir. Ayrıca cezaî şartın amaçlarından birinin borçluyu cezalandırmak olduğu kabul edilmektedir. Bu bakımdan da cezaî tazminatla benzerlik göstermektedir. Cezaî tazminattan temel farkı, cezaî şart nedeniyle ödenmesi gereken tutarın mahkeme tarafından belirlenmemesi, taraflar arasında sözleşme ihlalinden önce kararlaştırılmış olmasıdır.

L'astreinte, bir mahkeme kararından kaynaklanan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde mahkemenin borçluya her gecikme günü için verdiği bir miktar para cezasıdır¹¹³⁴. *L'astreinte*, kişinin bir davranışta bulunmasından (örneğin, kişinin mahkeme yasağına rağmen bir başkasına ait mülke girmesi halinde) ya da hareketsiz

¹¹³³J. S. Borghetti (2009). Punitive damages in France. *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*. (Ed: H. Koziol and V. Wilcox). Vien: SpringerWienNewYork, s. 56; Parker, 2013, **a.g.k.**, 400.

¹¹³⁴Borghetti, 2009, **a.g.k.**, 57.

kalmasından (örneğin, mahkemenin yıkmasını emrettiği duvarı yıkmaması halinde) kaynaklanabilir¹¹³⁵.

Borçlu, asıl borcu ve mahkemenin belirlediği tazminata ek olarak mahkeme kararının yerine getirilmediği her günün karşılığı olarak belirlenen bir toplamı ödemek zorundadır¹¹³⁶. Dolayısıyla burada zararın karşılanması gibi bir durum yoktur¹¹³⁷. Cezaî tazminatta olduğu gibi alacaklıya zararını aşan bir miktarda ödeme yapılmaktadır. Cezaî tazminattan farkı ise *l'astreinte*'nin sözleşme ihlali ya da açık bir yasal görevin ihlali halinde gündeme gelmesidir. Haksız fiil hukukunda bu tip bir para cezası, fail aleyhine mahkeme tarafından bir tazminata hükmedilmiş ya da taraflar arasında ödenecek tazminat miktarı konusunda anlaşılmış olmasına rağmen failin ödemeyi yapmaması durumunda söz konusu olur. Fransız hukukunda *l'astreinte*'in varlığı özel hukukta cezalandırma işlevinin olabileceğini göstermektedir.

Fikri mülkiyet hukukunda da cezaî tazminat benzeri düzenlemeler vardır. Fransız Fikri Mülkiyet Kanunu (*Code de la propriété intellectuelle*) madde L. 331-1-4' göre mahkeme, telif hakkının veya veri tabanı üreticisinin hakkının ihlali ile elde edilen ve zarar gören tarafa verilecek gelirin tamamına veya bir kısmına el konulmasına karar verebilir¹¹³⁸. Bu gelir mağdura devredildiğinde, mağdur davalının hukuka aykırı fiili nedeniyle uğradığı fiili kaybın üzerinde para elde edebilir. Bu durum cezaî tazminata benzetilebilir ancak burada mağdurun elde edeceği miktar failin hukuka aykırı fiili ile elde ettiği miktar ile sınırlıdır¹¹³⁹.

Ayrıca Fikri Mülkiyet Kanunu madde L. 331-1-3, fikri mülkiyet hakkının ihlali halinde tazminat belirlenirken sadece davacının uğradığı zararın değil ihlalde bulunanın elde ettiği kazançların da dikkate alınması gerektiğini düzenlemektedir¹¹⁴⁰. Failin kazancı tek başına tazminatı belirleyecek bir unsur değildir, diğer birtakım hususlarla birlikte ele alınır. Ancak yine de bu düzenlemenin davacıya gördüğü zarar miktarından daha fazla tazminat elde etme imkânı vereceği açıktır¹¹⁴¹.

¹¹³⁵Vanleenhove, 2016 b, **a.g.k.**, 170.

¹¹³⁶Borghetti, 2009, **a.g.k.**, 57.

¹¹³⁷Vanleenhove, 2016 b, **a.g.k.**, 170.

¹¹³⁸Borghetti, 2009, **a.g.k.**, 58.

¹¹³⁹Borghetti, 2009, **a.g.k.**, 59.

¹¹⁴⁰Borghetti, 2009, **a.g.k.**, 59.

¹¹⁴¹Borghetti, 2009, **a.g.k.**, 59, 60.

Sigorta Kanunu (*Code des assurances*) madde L. 211-13'e göre, zorunlu trafik kazası tazminat planı kapsamında trafik kazası mağduruna yapmakla yükümlü olduğu tazminat teklifini geciktiren sigorta şirketi, mağdura teklifin yapılması gereken tarihten itibaren yasal faizin iki katı oranında faiz ödeyecektir¹¹⁴². Kanunda bu “cezanın” (*pénalité*) sigortacıya atfedilemeyen hallerde hâkim tarafından indirilebileceği düzenlenmektedir¹¹⁴³. Sigorta şirketinin gecikme nedeniyle yapacağı ödeme cezaî tazminat olarak nitelendirilemez. Ancak özel hukuk alanında cezalandırma işlevine açık bir örnek olarak gösterilebilir.

Fransız hukukunda hukuk mahkemelerinin para cezası (*amende civile*) verebildiği düzenlemeler vardır. Bunlar telafi tazminatından bağımsızdır, davacıya değil devlete ödenirler¹¹⁴⁴. Örneğin Ticaret Kanunu (*Code de commerce*) madde L. 442- 6, bir ürünün veya malın yeniden satış fiyatına, bir hizmetin fiyatına ya da ticari marja doğrudan ya da dolaylı yöntemlerle asgari bir şart koyan kişinin 15.000 euro ödeyeceğini düzenlemektedir¹¹⁴⁵.

¹¹⁴²Borghetti, 2009, **a.g.k.**, 60; Vanleenhoven, 2016 b, **a.g.k.**, 171.

¹¹⁴³Vanleenhoven, 2016 b, **a.g.k.**, 171.

¹¹⁴⁴Borghetti, 2009, **a.g.k.**, 61.

¹¹⁴⁵Vanleenhoven, 2016 b, **a.g.k.**, 175.

BEŞİNCİ BÖLÜM

CEZAÎ TAZMİNATIN TÜRK HUKUKUNDAKİ BAZI KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

1. Genel Olarak

Türk hukukunda ABD hukukundaki cezaî tazminata benzeyen genel bir düzenleme bulunmamakla birlikte cezaî tazminata benzer özellikleri bulunan özel hukuk yaptırımları değişik hukuk alanlarında vardır. Bu özel hukuk yaptırımları, zarar miktarını aştıkları, caydırma ve cezalandırma amaçlarına yöneldikleri için cezaî tazminat kurumu ile karşılaştırılmaktadır. Ancak bir yaptırımın zarar miktarı ile bağlı kalmaması ya da telafi amacı dışında amaçlara yönelmesi onu cezaî tazminat olarak nitelendirmeye yeterli değildir.

Doktrinde cezaî tazminat düzenlemesine ilişkin öneride bulunulmuştur. Bu öneriye göre cezaî tazminatta bulunması gereken özellikler şöyle sıralanmıştır: tazminat tutarı caydırıcı etkiyi sağlayacak miktarda olmalı, fiil nitelikli kusur barındırmalı, fiil toplum için kabul edilemez olmalı, cezaî tazminatın üst sınırı olmalı, aynı eyleme mükerrer cezaî tazminat yaptırımı olmamalı, cezaî tazminat tutarında indirim yapılmamalı ve ifade özgürlüğünün kullanımı nedeniyle cezaî tazminat verilmemelidir¹¹⁴⁶.

2. Tazminatın Amacı

Türk hukukunda tazminatın öncelikli amacı uğranılan zararın telafi edilmesidir¹¹⁴⁷. Kanun'daki şartlar gerçekleştiğinde zarar gören lehine bir alacak hakkı tanınmakta, bu hak zarar görenin fiil nedeniyle uğradığı zararı gidermektedir. Tazminat ile olabildiğince haksız fiilin yarattığı olumsuz sonuçlar giderilmeye, zarar gören eski haline getirilmeye çalışılmaktadır. Tazminatın amacı zararın giderilmesi olduğu için tazminatın kapsamı

¹¹⁴⁶İ. Gül (2019). Türk Hukukunda medeni ceza sorumluluğu nasıl olmalı? *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 18*, s. 361.

¹¹⁴⁷H.N. Nomer (1996). *Haksız fiil sorumluluğunda maddî tazminatın belirlenmesi*. İstanbul: Beta, s. 33; F. Eren (2021). *Borçlar hukuku genel hükümler* (26. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 591, 592; M. A. Gümüş (2021). *Borçlar hukuku genel hükümleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 420; K. Oğuzman ve T. Öz (2020). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2* (15. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 113; Y. M. Atamer (1996). *Haksız fiillerden doğan sorumluluğun sınırlandırılması, özellikle uygun nedensellik bağı ve normun koruma amacı kuramları*. İstanbul: Beta, s. 98; K. C. Sanlı (2007). *Haksız fiil hukukunun ekonomik analizi, hukuk ve ekonomi öğretisi*. İstanbul: Arıkan, s. 153; M. A. Budak (2021). *Haksız fiilde zararın tazmini*. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 7; M. S. Ergüne (2008). *Olumsuz zarar*. İstanbul: Beta, s. 329, 330; İ. Gül (2017). Türk Özel Hukuku'nda tazminatın caydırma işlevinin yetersizliği. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 33, Sayı: 3*, s. 103.

zarar miktarına göre belirlenir. Başka bir deyişle, haksız fiil sonucunda hükmedilecek tazminat, zararı geçemez (zenginleşme yasağı)¹¹⁴⁸. Bazı hallerde haksız fiil, mağdura ekonomik bir yarar sağlayabilir. Sağlanan bu yarar, mağdurun malvarlığında meydana gelen bir artış ya da bir eksilmenin önlenmesi şeklinde olabilir. Bu yararın zarardan düşülerek mağdurun zararının bulunması gerektiği kabul edilmektedir¹¹⁴⁹. Zira ekonomik yarar hesaba katılmaksızın zararın hesaplanması ve buna göre tazminat miktarının belirlenmesi halinde mağdurun zenginleşmesi söz konusu olacaktır¹¹⁵⁰. Mağdurun haksız fiil nedeniyle elde ettiği ekonomik yararın zarardan düşürülmesi işlemine denkleştirme denilmektedir¹¹⁵¹.

Telaflının asıl amaç olarak gösterilmesini eleştiren görüş, buradaki ilk çelişkinin kusur ilkesine dayanmak olduğunu ileri sürmektedir¹¹⁵². Tazminatın asıl amacı telafi olsaydı kusur ilkesine değil, kusursuz sorumluluk ilkesine dayanılması gerektiğini ileri sürmektedir¹¹⁵³. Zira madem amaç mağdurun zararını telafi etmek o zaman salt sonuca yani zarara odaklanmak, failin davranışının niteliğine bakmamak gerekir. Ayrıca bu görüşe göre, bazı durumlarda failin sebep olduğu zarardan daha azını gidermesinin mümkün olması, telafi amacının tazminat hukukunun asıl amacı olduğu fikri ile çelişmektedir. Örneğin failin kusurunun hafif olması ve ekonomik durumunun iyi olmaması mağdurun zararının kısmen karşılanmasına sebep olabilir. Oysa telaflının asıl amaç olması nedeniyle, her koşulda mağdurun zararının tamamen giderilmesi beklenirdi. Tazminatın asıl amacının telafi olarak gösterilmesine rağmen bu amaçla çelişen “üç kat tazminat” gibi düzenlemeler de vardır¹¹⁵⁴. Ayrıca telafi amacı ön plana alınırken esas olarak değerlendirilen maddi tazminattır. Zira manevî tazminatın amacı tartışmalıdır¹¹⁵⁵.

Tazminatın bir diğer amacı zararın önlenmesidir (caydırma)¹¹⁵⁶. Bu görüş taraftarlarınca, kişinin karşılaşacağı muhtemel tazminat sorumluluğunun, kişiyi daha

¹¹⁴⁸H. Tandoğan (2010). *Türk mes'uliyet hukuku (akıt dışı ve akdi mes'uliyet)* (2. Bası) İstanbul: Vedat kitapçılık, s. 261; Gümüş, 2021, **a.g.k.**, 1044; Ergüne, 2008, **a.g.k.**, 330; Sanlı, 2007, **a.g.k.**, 153; Oğuzman ve Öz, 2020, **a.g.k.**, 114.

¹¹⁴⁹Tandoğan, 2010, **a.g.k.**, 267; Eren, 2021, **a.g.k.**, 837; Oğuzman ve Öz, 2020, **a.g.k.**, 86.

¹¹⁵⁰Eren, 2021, **a.g.k.**, 837; Tandoğan, 2010, **a.g.k.**, 267.

¹¹⁵¹Eren, 2021, **a.g.k.**, 837.

¹¹⁵²Sanlı, 2007, **a.g.k.**, 161.

¹¹⁵³Sanlı, 2007, **a.g.k.**, 162.

¹¹⁵⁴Sanlı, 2007, **a.g.k.**, 162.

¹¹⁵⁵Sanlı, 2007, **a.g.k.**, 163.

¹¹⁵⁶Nomer, 1996, **a.g.k.**, 35; Eren, 2021, **a.g.k.**, 592; Atamer, 1996, **a.g.k.**, 98; Oğuzman ve Öz, 2020, **a.g.k.**, 114; Sanlı, 2007, **a.g.k.**, 153; Budak, 2021, **a.g.k.**, 8; Gül, 2017, **a.g.k.**, 112.

dikkatli ve özenli davranmaya sevk edeceği böylece haksız fiillerin yol açacağı zararların azalacağı ileri sürülmektedir¹¹⁵⁷. Önleyicilik görüşünde, telafi amacından farklı olarak tazminatın yöneldiği husus, zarar gören değil zarar verendir. Muhtemel tazminatın kişilerin saikleri ve davranışları üzerindeki etkisi esas alınmaktadır¹¹⁵⁸. Önleyicilik tazminatın tâli amacı olarak nitelendirilir¹¹⁵⁹. Önleyiciliğin temel amaç olarak kabul edilmeme nedeni olarak, kusur sorumluluğunda geçerli olduğu¹¹⁶⁰ kusursuz sorumluluk için etkisinin olamayacağı, haksız fiilden önce etkisinin olamayacağı¹¹⁶¹ ve sorumluluk sigortası ile bağdaşmayacağı ileri sürülmektedir¹¹⁶². Haksız fiil hukukunda önleyicilik amacının temel amaç olarak ele alınması gerektiğini ileri süren görüşe göre, kusur sorumluluğunda kişilerin özen gösterme güdülerinin daha kuvvetli olduğu kabul edilebilir ama bu kusursuz sorumsuzluk durumunda özensiz davranacakları anlamına gelmez. Zira kişinin özenli davranması muhtemel zarar miktarını ve buna bağlı olarak ödemek zorunda kalacağı tazminat miktarını azaltır. Bu nedenle kusursuz sorumluluk halinde de kişi özenli davranacaktır¹¹⁶³. Yine bu görüşe göre, önleyiciliğin haksız fiilden önce etkisi olmayacağı eleştirisi de yerinde değildir. Kamu hukukuna ait birtakım yaptırımların fail üzerinde olay öncesi etkisi olacağı açıktır. Zira açık ve net olarak davranışının sonucunun karşılığını diğer deyişle yaptırımı, örneğin para cezasını önceden biliyor olmak davranışı etkileyecektir. Ancak tazminat riski de diğer riskler gibi karar ve seçim aşamasında dikkate alınır¹¹⁶⁴. Eğer tazminat riskini azaltmak mümkünse kişiler davranışlarını değiştirirler. Ayrıca haksız fiil hukuku kurallarının mı kamu hukuku kurallarının mı daha etkili olduğu somut olaya göre değerlendirilmelidir¹¹⁶⁵. Sorumluluk sigortasının varlığı halinde tazminat borcunun zarar veren tarafından değil sigorta şirketi tarafından ödenmesinin önleyicilik amacı ile bağdaşmayacağı eleştirisine ise halefiyet prensibi ve sigorta sözleşmelerinin getirdiği kayıtlar ile cevap verilmektedir¹¹⁶⁶. Halefiyet prensibi ve sigorta şirketlerinde yer alan kayıtlar, zarar verenin davranışlarının sonuçlarından

¹¹⁵⁷Sanlı, 2007, **a.g.k.**, 153; Gümüş, 2021, **a.g.k.**, 420; Eren, 2021, **a.g.k.**, 592.

¹¹⁵⁸Sanlı, 2007, **a.g.k.**, 154; Gül, 2017, **a.g.k.**, 114.

¹¹⁵⁹Nomer, 1996, **a.g.k.**, 36 dpn.15; Atamer, 1996, **a.g.k.**, 98; Eren, 2021, **a.g.k.**, 592; Gümüş, 2021, **a.g.k.**, 420; Özden Merhacı, 2013, **a.g.k.**, 161; Gül, 2015, **a.g.k.**, 94; Oğuzman ve Öz, 2020, **a.g.k.**, 114.

¹¹⁶⁰Eren, 2021, **a.g.k.**, 592.

¹¹⁶¹Eren, 2021, **a.g.k.**, 593.

¹¹⁶²Sanlı, 2007, **a.g.k.**, 156-158.

¹¹⁶³Sanlı, 2007, **a.g.k.**, 156; Gül, 2017, **a.g.k.**, 113.

¹¹⁶⁴Sanlı, 2007, **a.g.k.**, 157.

¹¹⁶⁵Sanlı, 2007, **a.g.k.**, 158.

¹¹⁶⁶Sanlı, 2007, **a.g.k.**, 158; Eren, 2021, **a.g.k.**, 593.

kurtulmasını engellemektedir. Bu nedenle sigortanın varlığı her zaman kişinin özensiz davranacağını göstermez¹¹⁶⁷.

Türk Hukukunda, tazminatın cezalandırma işlevi olduğu kabul edilmemektedir¹¹⁶⁸. Bu durum, toplum düzenin gelişmesi, modern devletlerin kurulmasıyla cezaî sorumluluk ile hukukî sorumluluğun birbirinden ayrılması ile açıklanmaktadır¹¹⁶⁹. Toplum düzenini sağlamak, kişilerin menfaatlerini korumak üzere devletin ceza verme yetkisi kabul edilmiştir. Ceza verme yetkisinin devlete ait olduğu kabulü ile haksız fiil aynı zamanda suç teşkil ediyorsa ceza yaptırımına tabii olacaktır. Ancak haksız fiil hukukunda tazminat yaptırımı uygulanırken amacın faili cezalandırmak değil, faile zararı tazmin ettirmek olduğu kabul edilmektedir¹¹⁷⁰.

Doktrinde, kusurun tazminatın doğumunda ve tazminat miktarının belirlenmesinde rol oynaması nedeni ile tazminatın cezalandırma amacının olduğunun düşünülebileceğini ama kusur unsurunun oynadığı rolün farklı olduğu belirtilmektedir¹¹⁷¹: “*Amaç zararın telafisidir, ancak doğan zararın bir başkası tarafından karşılanması, bunu haklı kılacak bir sebebin varlığını gerektirmektedir. Kınanacak bir davranışta bulunmak, doğan zararın üstlenilmesi hususunda genel sebep olarak kabul edilmiştir. Kusurun buradaki rolü budur*”¹¹⁷².

Doktrinde tazminatın amacının telafi ile sınırlanamayacağını, mutlaka cezalandırma ve caydırma amaçlarının da kabul edilmesi gerektiğini ileri süren görüş, hukukun hayata geçirilmesinin sadece ceza hukukuna ilişkin veya onun tekelinde görülmemesi gerektiğini ifade etmektedir¹¹⁷³. Hukuki sorumluluğa ilişkin kuralların da normun hedeflediği kişilerin davranışlarını yönlendirme amacına hizmet edebileceği belirtilmektedir¹¹⁷⁴. Özel hukukun da sosyal bir sorumluluğu olduğu kabul edildiğinde,

¹¹⁶⁷Sanlı, 2007, **a.g.k.**, 158.

¹¹⁶⁸Nomer, 1996, **a.g.k.**, 35; Eren, 2021, **a.g.k.**, 587; Gümüş, 2021, **a.g.k.**, 420; Budak, 2021, **a.g.k.**, 19; Ergüne, 2008, **a.g.k.**, 330; Gül, 2017, **a.g.k.**, 117; B. Başoğlu (2016). Cezalandırıcı tazminat (punitive damages) yaptırımı ve bu yaptırımın Türk Hukukuna etkilerinin değerlendirilmesi. *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, Cilt:15, Sayı: 1, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan Cilt 2*, s. 625.

¹¹⁶⁹Eren, 2021, **a.g.k.**, 587; Özden Merhacı, 2013, **a.g.k.**, 162.

¹¹⁷⁰Eren, 2021, **a.g.k.**, 587.

¹¹⁷¹Nomer, 1996, **a.g.k.**, 35.

¹¹⁷²Nomer, 1996, **a.g.k.**, 35.

¹¹⁷³M. İstemi (2011). *Sözleşmenin cüretkârane ihlali ve cezalandırıcı tazminat*. Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan III. İstanbul: Beta Yayınları, s. 2703.

¹¹⁷⁴Y. Karayalçın (1962). Türk hukukunda şeref ve haysiyetin korunması. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 1*, s. 262; İstemi, 2011, **a.g.k.**, 2703.

tazminat yaptırımının sadece geçmişe dönük olarak zararı telafi etmek amacı değil, ileriye dönük cezalandırma ve caydırma amacı da taşıması anlam kazanmaktadır¹¹⁷⁵. Özellikle kitlesel sözleşmelerin, sözleşmenin “güçlü” tarafınca ihlâli halinde cezaî tazminat talebinin uygun olacağını savunan bu görüşe göre, tazminatı sadece zararla sınırlı tutmak “güçlü” tarafın işine yaramaktadır¹¹⁷⁶. Zira kısaca özetlersek, olur da kendisine karşı bir dava açmayı göze alan birkaç mağdur çıkarsa, bunların sadece zararını karşılayacağını bilen “güçlü” taraf, muhtemel sınırlı zararı tazmin etmeyi göze alarak geride kalan durumu kabullenmiş sözleşme taraflarına dilediği hükümleri dayatabilmektedir. Bu nedenle tazminat hukuku sadece zararın telafisi ile değil zararın önlenmesi ile de ilgilenmelidir¹¹⁷⁷. Aynı durum haksız fiil hukuku bakımından da geçerlidir. Davalının haksız fiilden elde ettiği menfaat, davacının fiil dolayısıyla uğradığı zarardan fazla olabilir. Bu durumda sadece zararı gözetmek ve buna göre tazminatı belirlemek, hukukun haksız fiilleri teşvik etmesi anlamına gelecektir¹¹⁷⁸. Diğer taraftan davalı, ödeyeceği tazminattan daha fazla menfaat elde etmemiş olsa bile tazminat miktarı yeteri kadar caydırıcı olmazsa, davalı ve diğerleri benzer fiilleri bir daha yapmaktan kaçınmayacaktır¹¹⁷⁹. Zararın telafisinden bağımsız tazminatın önleyicilik amacı kabul edildiğinde, faili zarar verecek davranışta bulunmaktan alıkoyacak uygun tedbirler düşünülmelidir. Bunun yolunun ise tazminat miktarının zarar miktarını geçecek, bir caydırıcılık miktarını içerecek şekilde belirlenmesi olduğu ileri sürülmektedir¹¹⁸⁰. Davalının malvarlığında haksız fiil dolayısıyla bir kazanç artışı olmasa bile sadece zararı ödemeye mahkûm edilmesi davalıyı ve diğerlerini haksız fiilden kaçınmak için yeteri kadar caydırmayacak ise davalının “hususî bir ceza” olarak bir miktar para ödemeye mahkûm edilmesi gerektiği belirtilmektedir¹¹⁸¹. Caydırıcılığın sağlanması için telafi tazminatından farklı olarak davalının hukuka aykırı davranışının özellikleri ve kusurunun gözönünde tutulması gerektiği de ileri sürülmektedir¹¹⁸². Failin haksız fiilden kazanç elde etmesi halinde bu hususun dikkate alınması gerektiği ve haksız fiil sonucu elde edilen kazancın iade edilmesi gerektiği belirtilmektedir¹¹⁸³. Ayrıca tazminatın caydırıcılık

¹¹⁷⁵İstemi, 2011, **a.g.k.**, 2703.

¹¹⁷⁶İstemi, 2011, **a.g.k.**, 2703.

¹¹⁷⁷İstemi, 2011, **a.g.k.**, 2703, 2704.

¹¹⁷⁸Karayalçın, 1962, **a.g.k.**, 262.

¹¹⁷⁹Karayalçın, 1962, **a.g.k.**, 262.

¹¹⁸⁰İstemi, 2011, **a.g.k.**, 2704; Gül, 2017, **a.g.k.**, 113, 114.

¹¹⁸¹Karayalçın, 1962, **a.g.k.**, 262.

¹¹⁸²Gül, 2017, **a.g.k.**, 114.

¹¹⁸³Karayalçın, 1962, **a.g.k.**, 262; Gül, 2017, **a.g.k.**, 114.

sağlayabilmesi için failin servetine göre belirlenmesinin etkili olacağı ileri sürülmektedir.¹¹⁸⁴.

3. Özel Hukuk Cezası Kavramı ve Cezaî Tazminatla Karşılaştırılması

Türk Hukukunda tazminat yaptırımının zarar ile sınırlı olması gerektiği, amacının cezalandırma olamayacağı genel olarak kabul edilmektedir. Bununla beraber, bazı özel hukuk kurallarına aykırılık halinde, zararı aşan veya zarardan bağımsız parasal yaptırım ya da başka yaptırımlara, telafi dışında bir amaçla hükmedilmesi mümkündür. Özel hukuk cezası, medeni hukuk cezası, hususî ceza ya da medenî ceza¹¹⁸⁵ olarak nitelendirilen bu yaptırımların ortak özelliği, önleme (caydırma) ve cezalandırma amaçlarının ön planda olmasıdır¹¹⁸⁶. Ayrıca özel hukuk cezasında zarar miktarı ile bağlı kalınmaz, kusurun oynadığı rol daha önemlidir¹¹⁸⁷.

Özel hukuk cezasının amacı malvarlığındaki eksilmeyi gidermek değildir¹¹⁸⁸. Özel hukuk cezasının amacı sorumlu kişiyi cezalandırmak, kişiyi davranışı yinelemekten, diğer kişileri de benzer davranışlarda bulunmaktan caydırmaktır¹¹⁸⁹. Örneğin mirası ret hakkının düşmesini düzenleyen hükme göre (TMK m.610), ret süresi sona ermeden yapılmaması gerekenler sıralanmıştır. Mirasçı bu düzenlemedeki kurala aykırı hareket ettiğinde mirası ret hakkını kaybetmektedir. Burada amaç kurala uymayanı cezalandırmaktır. Yine TMK m.510 ve 578’de düzenlenen durumlarda mirasçılıktan çıkarma ve mirastan yoksunluk özel hukuk cezalarıdır. TBK m. 81’de düzenlenen hukuka veya ahlâka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şeyin geri istenememesi de bir özel hukuk cezasıdır. TMK m. 81’de düzenlenen kurala ilişkin, hükmü savunmak için ileri sürüldüğü belirtilen¹¹⁹⁰, “*bir ceza kuralının önleyici gücü vardır*” görüşü özel hukuk cezasının caydırıcılık işlevini ifade etmektedir. Hukuka veya ahlâka aykırı bir

¹¹⁸⁴Gül, 2017, **a.g.k.**, 114.

¹¹⁸⁵Medenî ceza, “*punitive damage*”ın karşılığı olarak da kullanılmaktadır. Bkz. Gül, 2015, **a.g.k.**; B. Öcal Apaydın (2019). Konut ve çatılı işyeri kiralarında yeniden kiralama yasağı. *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1*, s. 83-88.

¹¹⁸⁶A. Hekim ve M. B. Kaplan (2017). Cezalandırıcı tazminat ve medeni ceza kavramlarının karşılaştırılması. Sorumluluk Hukuku, Seminerler- Makaleler (Editör: B. Baysal). İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 176, 177; Öcal Apaydın, 2019, **a.g.k.**, 83; K. Tunçomağ (1963). *Türk Hukukunda cezaî şart*. İstanbul: Baha Matbaası, s. 43.

¹¹⁸⁷Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, 43; Gümüş, 2021, **a.g.k.**, 1044.

¹¹⁸⁸O. G. Antalya (2019). Borçlar hukuku genel hükümler cilt V/1,2. (2. Baskı). Ankara: Seçkin, s.555.

¹¹⁸⁹Antalya, 2019, **a.g.k.**, 555; Hekim ve Kaplan, 2017, **a.g.k.**, 178; Öcal Apaydın, 2019, **a.g.k.**, 83; Başoğlu, 2016, **a.g.k.**, 626; B. Cömert Akbay (2018). Türk Rekabet Hukukunda özel hukuk cezası. *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 2*, s. 157.

¹¹⁹⁰H. Hatemi (1976). Hukuka ve ahlâka aykırılık kavramı ve sonuçları (özellikle BK 65 kuralı). İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 615

sözleşmede veren, verdiğini geri alamamaktan korkar. Bu ceza tehdidi onu hukuka veya ahlâka aykırı bir amaçla bir şey vermekten alıkoyar¹¹⁹¹. Özel hukuk cezası olan yaptırımların bazılarında bir zararın varlığı dahi aranmaz. Örneğin TBK m. 7 uyarınca, ısmarlanmamış bir şeyi gönderen taraf karşı taraftan malı geri göndermesini isteyemez. İsmarlanmamış şeyi gönderen kişi, bu davranışı ile karşı tarafa bir zarar veriyor değildir. Hükmün amacı, ekonomik açıdan zayıf kişileri, bir başkasının kapısına ısmarlamadığı şeyi gönderecek (gönderme ücretinin parasını da gözden çıkaracak) refahta kişilerin, temelinde ahlâka aykırılık da barındıran davranışlarından korumaktır¹¹⁹². Bu korumayı ısmarlanmamış malın gönderilmesi halinde malın geri gönderilmesinin istenememesi cezası ile sağlamaktadır. Karşı tarafı sözleşmeye ikna etmek umuduyla gönderilecek şeyin sözleşme kurmayı sağlamayacağı gibi geri dönmeme ihtimalinin de olması, kişiyi ısmarlanmamış şeyi göndermek konusunda düşünmeye sevk edecektir.

Her özel hukuk cezasının farklılık gösterdiğini gözönünde tutarak, özel hukuk cezası ile cezaî tazminatı karşılaştırdığımızda, cezalandırma ve caydırma amacı taşımaları, zarara değil zarar verene odaklanmaları, telafi edici tazminat miktarını aşabilmeleri özellikleri bakımından benzerlik gösterdiğini söyleyebiliriz:

İki kurum arasındaki farklılıklara bakacak olursak: Cezaî tazminata hükmedebilmek için zararın varlığı gerekmektedir. Bazı özel hukuk cezalarına hükmedebilmek için zarar şartı aranmaz. Cezaî tazminatın konusu paradır. Her özel hukuk cezasının konusu para değildir; paradan başka bir şeye hükmedilen özel hukuk cezaları da vardır.

Doktrinde özel hukukun çeşitli alanlarına yayılmış cezalandırma amacı taşıyan düzenlemeleri cezaî tazminat kurumu ile karşılaştıran görüşler vardır. Bir görüş, hukuk düzeninde cezaî tazminatın tespitinin genel olarak tazminatın işlevlerinin irdelenmesiyle değil, cezaî tazminata ilişkin tüm unsurların benzerlik gösteren hukuk kurumları açısından tek tek değerlendirmesi ile mümkün olacağını ileri sürmektedir¹¹⁹³. Bir başka görüş, özel hukuk cezalarını, cezaî tazminattan ayrı tutmaktadır¹¹⁹⁴. Bu görüşe göre, özel hukuk cezasında zarar gören değil, zarar veren hareket noktasıdır. Bu görüş, cezaî

¹¹⁹¹Hatemi, 1976, **a.g.k.**, 615.

¹¹⁹²H. Belen (2014). 6098 Sayılı Borçlar Kanunu genel hükümler (kısa şerh), sözleşmeden doğan borç ilişkileri, borç ilişkisinin hükümleri, (bazı) sona erme halleri. İstanbul: Beta, s. 45.

¹¹⁹³Özden Merhacı, 2013, **a.g.k.**, 172.

¹¹⁹⁴Antalya, 2019, **a.g.k.**, 555.

tazminatın cezalandırma amacının altını çizmekle beraber nihayetinde zararı karşılamaya da yöneldiğini, cezalandırma amacı nedeniyle tazminatın zararı aşmasının doğal olduğunu belirtmektedir¹¹⁹⁵. Bir diğer görüş, cezaî tazminatı özel hukuk cezasının bir türü olarak kabul etmektedir¹¹⁹⁶. Bu görüş, zararın varlığının yaptırıma hükmedilmesinde bir şart olarak aranmadığı özel hukuk cezalarının cezaî tazminat olarak nitelendirilemeyeceğinin altını çizmektedir¹¹⁹⁷. Kıta Avrupası hukuk sisteminde yer alan özel hukuk cezasının, cezaî tazminata işlevsel olarak denk olduğu da ileri sürülmektedir¹¹⁹⁸. Benzer bir görüşe göre, cezaî tazminat bir özel hukuk cezasıdır, özel hukuk cezası kavramı cezaî tazminatı da kapsayan bir üst kavramdır¹¹⁹⁹. Başka bir görüşe göre, Kıta Avrupası hukuk sistemi ile Common Law hukuk sistemi arasında belirgin bir doku uyumsuzluğu vardır¹²⁰⁰. Kıta Avrupası hukukunda özel hukuk cezası örneklerinin bulunması, tazminatın cezalandırma amacı taşıyacağı ve zenginleşme yasağı ilkesine aykırılık oluşturacağı şeklinde yorumlanmaz. Bu görüşe göre, özel hukuk cezası *sui generis* niteliktedir¹²⁰¹. Bu görüşün tersine, özel hukukun cezalandırma amacının ve özellikle cezaî tazminatın Türk hukuku ile doku uyumsuzluğu içinde olmadığı da ileri sürülmektedir¹²⁰².

Çalışmada cezaî tazminatın Türk hukukundaki cezaî tazminat benzeri birtakım kurumlarla karşılaştırılması yapılırken, bu hukuki kurumların doktrindeki nitelendirilmelerinde eserlerde kullanılan ifadelerle bağlı kalınmıştır. Örneğin, hukukî nitelendirmelere ilişkin aktarılan farklı görüşlerde “özel hukuk cezası” ile “medenî hukuk cezası” aynı anlamı karşılıyor bile olsa ayrı ayrı belirtilmiştir. Çalışmada cezaî tazminat olarak çevrilen *punitive damage* kavramı için başka bir karşılık kullanılmış ise o kullanıldığı hali ile bırakılmıştır.

¹¹⁹⁵Antalya, 2019, **a.g.k.**, 555.

¹¹⁹⁶E. Baş Süzel (2015). *Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme-menfaat devri yaptırımı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 170.

¹¹⁹⁷Baş Süzel, 2015, **a.g.k.**, 170.

¹¹⁹⁸Uçaryılmaz ve Emiroğlu, 2020, **a.g.k.**, 838.

¹¹⁹⁹Gümüş, 2021, **a.g.k.**, 1044.

¹²⁰⁰Hekim ve Kaplan, 2017, **a.g.k.**, 183.

¹²⁰¹Hekim ve Kaplan, 2017, **a.g.k.**, 183.

¹²⁰²Başoğlu, 2016, **a.g.k.**, 628.

4. Manevî Tazminat

Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde cezaî tazminat tartışılırken, karşılaştırma yapmak bakımından ilk akla gelen kurum manevî tazminattır¹²⁰³.

Manevî tazminat, zarar görenin kişilik mutlak hakkının koruduğu değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesidir¹²⁰⁴. Manevî tazminatın işlevi tartışmalıdır. Doktrinde telafi, tatmin etme, caydırma, denkleştirme ve cezalandırma işlevleri bulunduğu ifade edilmektedir¹²⁰⁵.

Telafi görüşüne göre, manevî tazminatın amacı, mağdurun uğradığı manevî zararı aynen veya nakden telafi etmektir¹²⁰⁶. Aynen tazmin şekline uygulamada zararın niteliği icabı pek rastlanmamaktadır¹²⁰⁷. Manevî zararın, zarar görene ödenecek bir miktar para ile tam olarak telafi edilmesi mümkün değilse de paradan daha uygun bir araç bulunamamıştır¹²⁰⁸. Kişilik değerlerine verilen zararın para ile ölçülemeyeceği fikri ile manevî zararın para ile telafi edilmesine karşı çıkılması halinde zarar görenin hukuki korumadan yoksun bırakılması söz konusu olacaktır¹²⁰⁹. Ayrıca kişilik değerlerinin ihlalinin para ile tazmininin ahlâken yanlış olduğu iddiasına karşı, kişilik değerlerinin

¹²⁰³Güteryüz ve Zorluoğlu Yılmaz, 2019, **a.g.k.**, s. 343.

¹²⁰⁴Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 893; Gümüş, 2021, **a.g.k.**, s. 533; H. Hatemi ve E. Gökyayla (2021). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (5. Bası) İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 196; H. Nomer (2021) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18.Bası) İstanbul: Beta, s. 284; Oğuzman ve Öz, 2020, **a.g.k.**, 263; F. Erlüle (2021). *Türk Borçlar Kanunu'na göre bedensel bütünlüğün ihlalinde manevî tazminat* (3. Bası). İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 62; Ş. Ertas (1990). *Manevî tazminatın hukuki niteliği ve miktarının tespiti*. Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 66; N. İ. Franko (1973). Şeref ve haysiyete tecavüzden doğan manevî zararın tazmini. Ankara: Ajans- Türk Matbaası, s. 3; M. Ünal (1978). Manevî tazminat ve bu tazminat çeşidinde kusurun rolü. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 35, Sayı: 1*, s. 401. K. M. Gürsoy 1973). Manevî zarar ve tazmini. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 30, Sayı: 1*, s. 7; G. T. Başara (2018). *Kişiliğin ihlalinde kaynaklanan maddi ve manevî tazminat ile haksız kazancın iadesi*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 234; A. D. Keskin (2016). *Objektif manevî zarar teorisi açısından manevî tazminat*. Ankara: Yetkin Yayınları, s.99.

¹²⁰⁵A. G. Arıdemir (2008). Sözleşmeye aykırılıktan doğan manevî tazminat. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 7 vd.; Gümüş, 2021, **a.g.k.**, 535; O. G. Antalya (2017). *Manevî zararın belirlenmesi ve manevî tazminatın hesaplanması*. İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 25; Erlüle, 2021, **a.g.k.**, 70 vd; Keskin, 2016; **a.g.k.**, 125vd; Başara, 2018, **a.g.k.**, 247.

¹²⁰⁶Eren, 2021, **a.g.k.**, 899; Franko, 1973, **a.g.k.**, 126; Ç. Kırca (1999). Manevî tazminatın fonksiyonu ve niteliği. *Yargıtay Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 3*, s. 252, 253; Erlüle, 2021, **a.g.k.**, 84; T. Oral (2018). *Tüzel kişilerin manevî zararının tazmini*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s.45; Y. G. Doğramacı (2022). Tıbbi uygulamadan kaynaklanan manevî tazminat. Ankara: Seçkin, s. 163; Keskin, 2016, **a.g.k.**, 141; Başara, 2018, **a.g.k.**, 254.

¹²⁰⁷Manevî tazminatın para ödenmesi dışındaki türleri için bkz. A. G. Arıdemir (2020). Manevî tazminatın bir miktar para ödenmesi dışındaki türleri. *Kişilik Haklarına İlişkin Güncel Sorunlar* (Editörler: S. A. Dursun ve A.G. Arıdemir). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 119- 164.

¹²⁰⁸Hatemi ve Gökyayla, 2021, **a.g.k.**, 196; Ünal, 1978, **a.g.k.**, 401; Eren, 2021, **a.g.k.**, 899; Erlüle, 2021, **a.g.k.**, 77.

¹²⁰⁹Eren, 2021, **a.g.k.**, 899, 900; Erlüle, 2021, **a.g.k.**, 77; Keskin, 2016, **a.g.k.**, 126.

iradi olarak para için devredilmediği, ihlal nedeniyle uğranılan zararın para ile giderildiği belirtilmektedir¹²¹⁰. Tazminat ile sağlanmak istenen kişinin yaşam sevincinin azalmasını engellemek, kısmen de olsa acısını gidermektir¹²¹¹. Telafi görüşü, manevî zararı objektif olarak kabul etmektedir¹²¹². Bu görüşe göre, kişilik değerlerine saldırı objektif olarak bir eksilmeyi ifade eder¹²¹³. Kişilik değerlerinin herhangi birinde, kişinin iradesi dışında meydana gelen her eksilme kişinin bu eksilmeyi acı ve elem şeklinde hissetmesinden bağımsız olarak manevî zararı meydana getir¹²¹⁴. Diğer bir deyişle manevî zarar, kişiden bağımsız olarak değerlendirilir¹²¹⁵. Zarar görenin kişilik değerinin zedelenmesini bilmesi gerekli değildir, kişilik değerlerine saldırının etkisinin ne olduğu önemli değildir¹²¹⁶. Telafi görüşüne göre, manevî zararın meydana gelmesi için, zarar görenin idrak etme ve hissetme yeteneğine sahip olup olmadığına bakılmadığından tüzel kişiler ve ayırt etme gücünden yoksun olanlar da manevî tazminat talep edebilirler¹²¹⁷.

Tatmin görüşüne göre, manevî tazminat mağduru teselli eden bir araçtır¹²¹⁸. Manevî tazminatın amacı zarar görenin çektiği ruhsal ve fiziksel acıyı parasal ödeme ile ortadan kaldırıp ya da hafifletip, onda bir tatmin duygusu yaratmaktır¹²¹⁹. Tatmin görüşünü savunanlar, sübjektif manevi zarar görüşünden hareket etmektedirler¹²²⁰. Sübjektif manevî zarar görüşüne göre, manevî zarar, bir kişinin kişilik hakkının ihlali nedeniyle katlanmak zorunda olduğu duygusal veya fiziksel acılardır¹²²¹. Her ne kadar kişilik hakkının ihlali sonucu duyulan acının, yaşanan sıkıntıların para ile giderilmesi mümkün olmasa da mağdura bir miktar para ödenmesi ona yapılan haksızlığın tanınması anlamına gelecektir¹²²². Mağdurun, hak ve adalet duygusu tatmin edilmiş olacaktır¹²²³. Manevî

¹²¹⁰Eren, 2021, **a.g.k.**, 900; Erlüle, 2021, **a.g.k.**, 79.

¹²¹¹Antalya, 2017, **a.g.k.**, 26; Erlüle, 2021, **a.g.k.**, 78.

¹²¹²Eren, 2021, **a.g.k.**, 900; Kırca, 1999, **a.g.k.**, 253; Erlüle, 2021, **a.g.k.**, 78; Keskin, 2016, **a.g.k.**, 126.

¹²¹³R. Serozan (1990). Manevî tazminat istemine değişik bir yaklaşım. Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hâtırasına Armağan. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 83; Eren, 2021, **a.g.k.**, 900; Kırca, 1999, **a.g.k.**, 253; Erlüle, 2021, **a.g.k.**, 78.

¹²¹⁴Eren, 2021, **a.g.k.**, 900; Kırca, 1999, **a.g.k.**, 253; Gümüş, 2021, **a.g.k.**, 534; Erlüle, 2021, **a.g.k.**, 78.

¹²¹⁵Antalya, 2017, **a.g.k.**, 17.

¹²¹⁶Antalya, 2017, **a.g.k.**, 17.

¹²¹⁷Eren, 2021, **a.g.k.**, 900, 901; Kırca, 1999, **a.g.k.**, 253; Gümüş, 2021, **a.g.k.**, 534; Erlüle, 2021, **a.g.k.**, 78.

¹²¹⁸Genç Arıdemir, 2008, **a.g.k.**, 9.

¹²¹⁹A. M. Kılıçoğlu (1984). Manevî tazminatın hukuksal niteliği. *Ankara Barosu Dergisi*, 1984/ 1, s. 21; Eren, 2001, **a.g.k.**, 897; Antalya, 2017, **a.g.k.**, 27; Gümüş, 2021, **a.g.k.**, 535; Gürsoy, 1973, **a.g.k.**, 10; Erlüle, 2021, **a.g.k.**, 72; Keskin, 2016, **a.g.k.**, 127; Başara, 2018, **a.g.k.**, 248.

¹²²⁰Kırca, 1999, **a.g.k.**, 247; Antalya, 2017, **a.g.k.**, 28; Erlüle, 2021, **a.g.k.**, 72.

¹²²¹Kırca, 1999, **a.g.k.**, 247; Antalya, 2017, **a.g.k.**, 28; Erlüle, 2021, **a.g.k.**, 72.

¹²²²Kırca, 1999, **a.g.k.**, 247; Erlüle, 2021, **a.g.k.**, 72; Oral 44

¹²²³Antalya, 2017, **a.g.k.**, 28; Kırca, 1999, **a.g.k.**, 247.

tazminat, tatmin amacı ile açıklandığında ayırt etme gücünden yoksun olanlar ve tüzel kişiler bakımından tazminat talep edebilmek mümkün olmayacaktır. Zira ödenen paranın bu kişilerde bir tatmin duygusu yaratması mümkün değildir. Ayrıca tatmin görüşü, failin kusurunu gerektirdiğinden, kusursuz sorumlulukta manevî tazminatı açıklamak mümkün olmaz¹²²⁴.

Manevî tazminatın, kişilik hakkını zedeleyecek fiilin tekrar edilmesini önlemek (caydırmak) amacı olduğu da kabul edilmektedir. Böylece kişilik değerlerine saygı duyulması sağlanacaktır¹²²⁵. Manevî tazminatın önleyici olduğunu kabul edenler, bunu asıl işlev olan zararı tazmin etmenin yanında ikinci bir işlev olarak kabul etmişlerdir¹²²⁶. Manevî tazminatın ikincil işlevi olarak caydırmayı kabul eden görüşlerden birine göre, bu işlev sosyal bir boyutla zenginleşmelidir¹²²⁷. Özellikle iş kazalarında işverenin işçiye, çevreyi kirletenin de komşularına ödemek zorunda kalacağı yüksek miktardaki tazminatların, üçüncü kişiler bakımından olumlu bir gözdağı etkisi yaratacağı belirtilmiştir¹²²⁸. Yine işçinin sosyal ve politik etkinliklerinin işverence yasaklanması ve cezalandırılması gibi düşünce ve örgütlenme özgürlüğünün ihlali halinde, işyerinde işçiye keyfi ayrımcılık yapılması halinde manevî tazminatın caydırıcı etkisinin önemli olduğu belirtilmiştir¹²²⁹. Önleyiciliği ikincil amaç olarak kabul eden bir başka görüş, manevî tazminatın tatmin etme işlevinin zarar veren, mağdur ve toplum üzerinde etkisi olduğunu ileri sürmektedir¹²³⁰. Bu görüşe göre, yüksek manevî tazminat miktarı ödeme korkusu toplumdaki kişilerin başkalarının kişilik haklarına daha saygılı davranmasını sağlar¹²³¹.

Denkleştirme görüşüne göre, manevî tazminatın amacı zararın giderilmesi değil, zarar görenin elem ve acısının elden geldiği ölçüde denkleştirilerek tatmin edilmesidir¹²³². Bu görüş uyarınca, manevî tazminat, mağdurun acı ve elemi unutturup, mutluluk imkânları elde etmesini sağlayacak şekilde malvarlığında bir artış meydana

¹²²⁴Eren, 2021, **a.g.k.**, 898.

¹²²⁵Karayalçın, 1962, **a.g.k.**, 268.

¹²²⁶Kırca, 1999, **a.g.k.**, 265; Serozan,1990, **a.g.k.**, 88; Antalya, 2017, **a.g.k.**, 34.

¹²²⁷Serozan,1990, **a.g.k.**, 88.

¹²²⁸Serozan, 1990, **a.g.k.**, 89.

¹²²⁹Serozan, 1990, **a.g.k.**, 89.

¹²³⁰Ertaş, 1990, **a.g.k.**, s. 82.

¹²³¹Ertaş, 1990, **a.g.k.**, s. 82; Erlüle, 2021, **a.g.k.**, 74; Kırca, 1999, **a.g.k.**, 265.

¹²³²Kırca, 1999, **a.g.k.**, 245; Erlüle, 2021, **a.g.k.**, 75; Genç Arıdemir, 2008, **a.g.k.**, 13; Antalya, 2017, **a.g.k.**, 30; Keskin, 2016, **a.g.k.**, 133; Başara, 2018, **a.g.k.**, 251; C. Kaya Kızıllırmak (2021). *Boşanmada maddi ve manevî tazminat*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 104.

getirmektedir¹²³³. Her ne kadar elem ve acının para ile ölçülmesi mümkün değilse de paranın sakinleştirme, rahatlatma fonksiyonunun, saldırı nedeniyle ortaya çıkan ruhsal sarsıntı ve çöküntüleri belli bir oranda gidereceği kabul edilmektedir¹²³⁴. Manevî tazminatla mağdurun elem ve acısı, yaratılan mutluluk duygusu ile denkleştirilerek tatmin edilmeye çalışılmaktadır¹²³⁵. Doktrinde, kişilik hakkı ihlalinin kişide öfke ve kızgınlık, bedensel acı ve ızdırap olmak üzere iki etkiye neden olduğu; öfke ve kızgınlığın giderilmesinin tatmin etme işlevi, bedensel acı ve ızdırabın giderilmesinin ise denkleştirme işlevi gördüğü ifade edilmektedir¹²³⁶.

Manevî tazminatın özel hukuk cezası niteliğinde olduğu da kabul edilmektedir. Buna göre, manevî tazminat özel hukuka ait bir yaptırımdır, özel hukuk cezası olarak adlandırılır¹²³⁷. Tazminatın amacı, zarar görene bir değer kazandırmak değil, failin malvarlığının eksilmesini sağlamaktır¹²³⁸. Manevî tazminat teknik anlamda cezadan farklı olarak, devlete değil manevî zarara uğrayana ödenir¹²³⁹. Cezalandırma görüşüne göre, manevî tazminatın amacı mağdurun intikam duygusunu giderme ve faili işlediği haksız fiil dolayısıyla cezalandırmaktır¹²⁴⁰. Bu görüş, manevî tazminatın belirlenmesinde zarar görenin durumunu değil, failin kusurunu dikkate alır¹²⁴¹. Zira failin kusurunu tespit etmek, zarar görenin elem ve acısını ölçmekten kolaydır¹²⁴². Bu nedenle, hâkim tazminat miktarını belirlerken, kusurun ağırlığını dikkate alır, kusurun derecesine göre tazminatı belirler¹²⁴³. Manevî tazminatın cezalandırma amacını kabul edenler, diğer amaçları tamamlayan bir yan amaç olarak kabul ederler¹²⁴⁴. Kişilik değerlerine ağır saldırı halinde veya zarar verenin ağır kusuru halinde, cezalandırma amacının olayın özelliğine göre tazminat miktarını arttırıcı olarak devreye girebileceği ileri sürülmektedir¹²⁴⁵. Bu görüşe

¹²³³Kırca, 1999, **a.g.k.**, 245.

¹²³⁴Erlüle, 2021, **a.g.k.**, 75, 76; Kırca, 1999, **a.g.k.**, 245; Kaya Kızıllırmak, 2021, **a.g.k.**, 105.

¹²³⁵Antalya, 2017, **a.g.k.**, 30; Genç Arıdemir, 2008, **a.g.k.**, 13; Gümüş, 2021, **a.g.k.**, 535; Kırca, 1999, **a.g.k.**, 245; Erlüle, 2021, **a.g.k.**, 76; Keskin, 2016, **a.g.k.**, 133.

¹²³⁶Ertaş, 1990, **a.g.k.**, 79, 80.

¹²³⁷F. H. Saymen (1940). Manevî zarar ve tazmini sureti. İstanbul: Cumhuriyet Matbaası, s. 83; Genç Arıdemir, 2008, **a.g.k.**, 8; Erlüle, 2021, **a.g.k.**, 70; Gümüş, 2021, **a.g.k.**, 535; Başara, 2018, **a.g.k.**, 247.

¹²³⁸Oral, 2018, **a.g.k.**, 45.

¹²³⁹Saymen, 1940, **a.g.k.**, 83; Kırca, 1999, **a.g.k.**, 250; Ertaş, 1990, **a.g.k.**, 73; Erlüle, 2021, **a.g.k.**, 70; Genç Arıdemir, 2008, **a.g.k.**, 8.

¹²⁴⁰Kılıçoğlu, 1984, **a.g.k.**, 15; Genç Arıdemir, 2008, **a.g.k.**, 8; Eren, 2021, **a.g.k.**, 898; Franko, 1973, **a.g.k.**, 124; Gürsoy, 1973, **a.g.k.**, 11; Gümüş, 2021, **a.g.k.**, 535; Erlüle, 2021, **a.g.k.**, 70.

¹²⁴¹Saymen, 1940, **a.g.k.**, 84; Genç Arıdemir, 2008, **a.g.k.**, 8; Antalya, 2017, **a.g.k.**, 29.

¹²⁴²Erlüle, 2021, **a.g.k.**, 71.

¹²⁴³Saymen, 1940, **a.g.k.**, 84; Erlüle, 2021, **a.g.k.**, 71; Genç Arıdemir, 2008, **a.g.k.**, 8.

¹²⁴⁴Tandoğan, 2010, **a.g.k.**, s. 330, 331; Gürsoy, 1973, **a.g.k.**, 11.

¹²⁴⁵Antalya, 2017, **a.g.k.**, 32.

göre, kişilik hakkı ihlallerinin piyasada değer ifade eder hale gelmesi durumunda, bunu engellemeye yönelik ve kişilik hakkı ihlalden yarar sağlamaya niyetli diğerleri üzerinde gerçek bir engelleme etkisi yapacak miktarda bir tazminat belirlenmelidir¹²⁴⁶.

Manevî tazminatın amacı, caydırma ve cezalandırma olarak kabul edildiğinde manevî tazminatın cezaî tazminata benzerlik gösterdiği kabul edilebilir. Ancak manevî tazminatın amacının cezalandırma olamayacağı ileri sürülmektedir. Ceza görüşünün, medeni hukuk ile ceza hukukunun amaçlarını birbirinden ayırt edemediği belirtilmektedir. Buna göre meydana gelen zararı tazmin etmek yerine faili cezalandırmayı amaçlayan özel hukuk cezası medeni hukukunun tazmin edici karakteri ile bağdaşmaz¹²⁴⁷. Cezalandırma amacına karşı çıkanlara göre, cezalandırma, hukukun gelişim süreci içinde haksız fiil alanının dışına çıkarılmışken, manevî tazminatın “zarar göreni tekrar ayağa kaldırmak” amacını bırakıp, failden intikam alma amacına dönmek sorumluluk hukukunun gelişimini yadsımak olacaktır¹²⁴⁸. Ayrıca cezalandırma amacı, failin kusurlu davranışına odaklanır. Oysa manevî tazminata hükmedilen kusursuz sorumluluk hallerinde kusurdan bahsedilmez¹²⁴⁹. Cezalandırmadaki “şahsilik ilkesi”, manevî tazminat açısından geçerli değildir¹²⁵⁰. Medeni hukukta haksız fiil faili dışında biri de manevî tazminattan sorumlu tutulabilir¹²⁵¹. Manevî tazminat cezaî nitelikte olsaydı sorumluluk için her zaman failin kusurunun aranması gerekirdi. Bu yönüyle ceza görüşü, sigortacının ödemek zorunda kaldığı manevî tazminatla da bağdaşmaz. Zira sigortacı, zararı kusurlu olduğu için değil sözleşme gereği borçlu olduğu için tazmin etmektedir¹²⁵². Ceza hukukunda geçerli “suç ve cezanın kanuniliği” ilkesi de manevî tazminat bakımından geçerli değildir. Manevî tazminat hâkim tarafından takdir edilir¹²⁵³.

Manevî tazminatın cezalandırma amacı kabul edilse bile manevî tazminatın özellikleri cezaî tazminat ile benzerlik bulunmasını zorlaştırmaktadır. Cezaî tazminata, telafi tazminatı ile orantılı olarak, kusurun ağırlaşmış hallerinde, tazminata ilişkin koşulların gerçekleştiğinin açık ve inandırıcı delillerle ispatlanması durumunda, nadiren

¹²⁴⁶Antalya, 2017, **a.g.k.**, 32.

¹²⁴⁷Erlüle, 2021, **a.g.k.**, 71; Keskin, 2016, **a.g.k.**, 139.

¹²⁴⁸Serozan, 1990, **a.g.k.**, 85.

¹²⁴⁹Eren, 2021, **a.g.k.**, 899; Erlüle, 2021, **a.g.k.**, 71; Antalya, 2017, **a.g.k.**, 29; Keskin, 2016, **a.g.k.**, 139; Oral, 2018, **a.g.k.**, 45

¹²⁵⁰Erlüle, 2021, **a.g.k.**, 71; Antalya, 2017, **a.g.k.**, 29; Keskin, 2016, **a.g.k.**, 139.

¹²⁵¹Erlüle, 2021, **a.g.k.**, 71; Keskin, 2016, **a.g.k.**, 139.

¹²⁵²Eren, 2021, **a.g.k.**, 899.

¹²⁵³Kırca, 1990, **a.g.k.**, 250; Keskin, 2016, **a.g.k.**, 139.

hükmedilir. Manevî zarar için bu tip koşullar aranmaz. Ayrıca manevî tazminata, cezaî tazminat gibi caydırıcılık işlevi görmesini sağlayacak miktarda hükmedilmediğinden, manevî tazminatın cezaî tazminat kadar etkili olması beklenemez.

5. Cezaî Şart (Ceza Koşulu)

Cezaî tazminatla benzerlik kurulabilecek kurumlardan biri de cezaî şarttır. Cezaî şart, sözleşme hukuku alanından bir kurum olmasına¹²⁵⁴ ve tarafların iradesi ile kararlaştırılmasına rağmen, zararı aşan miktarın verilmesinin ve cezalandırma işlevinin Türk hukuk düzenine yabancı olmadığını göstermek bakımından önemlidir.

Cezaî şart, mevcut borcun ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlunun ödemeyi üstlendiği hukukî işlemle belirlenmiş ekonomik değeri olan geciktirici koşul niteliğinde bir edimdir¹²⁵⁵.

Cezaî şartın işlevleri doktrinde asli ve ikinci işlevler olarak sıralanmaktadır. Asli işlevlerinin, borçluyu ifaya zorlama, tazminat ve cezalandırma olduğu kabul edilmektedir¹²⁵⁶. İkincil işlevler ise sözleşmeden dönülmesini kolaylaştırma, borçluyu tamamen veya kısmen sorumluluktan kurtarma, borçluyu her türlü zarardan sorumlu tutma olarak sayılmaktadır¹²⁵⁷. Cezaî tazminat kurumu ile yapacağımız karşılaştırma bakımından cezaî şartın asli işlevlerini ele alacağız.

Cezaî şart, tazminat miktarı üzerindeki anlaşmazlıkları giderme işlevi görür. Diğer bir deyişle, asıl borcun ihlali halinde alacaklının uğrayacağı muhtemel zararların tazmin edilmesini kolaylaştırır¹²⁵⁸. Normal koşullarda borcun ifa edilmemesi durumunda,

¹²⁵⁴Sözleşme hukuku alanından cayma parasının da medeni hukuk cezası olduğu yönünde bkz. Başoğlu, 2016, **a.g.k.**, 626 dpn. 41.

¹²⁵⁵Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, 6; Eren, 2021, **a.g.k.**, 1337; Oğuzman ve Öz, 2020, 536; Nomer, 2021, **a.g.k.**, 528; Gümüş, 2021, **a.g.k.**, Hatemi ve Gökyayla, 2021, **a.g.k.**, 399; B. Yağcıoğlu (2022) *Ceza koşulu (cezaî şart)* (2. Baskı) Ankara: Seçkin, s. 22, 23; K. Arıcı (1997). Hizmet akitlerine cezaî şart konulması. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1*, s. 32; İ. Yayvak Namlı (2019). İş Hukuku'nda cezaî şart. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 12; K. H. Gökçeoğlu (2007). Cezaî şart ve güncel içtihatlar. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınevi, s. 20; G. Dirican (2007). Eser sözleşmesinde temerrüde dayalı cezaî şart ve Yargıtay uygulaması. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 15, 16; E. Cansel ve Ç. Özel (2013). Türk borçlar hukukunda ceza koşulu. *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Cilt: 8, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan Özel Sayı*, s. 713, 714.

¹²⁵⁶Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, 48; Gümüş, 2021, **a.g.k.**, 1008; Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, 38; Gökçeoğlu, 2007, **a.g.k.**, s. 46; Cansel ve Özel, 2013, **a.g.k.**, 715.

¹²⁵⁷Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, 46. Eren'e göre cezaî şartın üç amacı vardır: teminatla birlikte ceza amacı, tazminat amacı ve sözleşmeden dönme amacı. Eren, 2021, **a.g.k.**, 1340; Gümüş'e göre cezaî şartın birincil işlevi borçluyu tam ve doğru ifa için baskı altına almaktır; ikincil ve üçüncül işlevi ise borçluyu bir şekilde cezalandırmak ve alacaklıya zararını ve tutarını ispat kolaylığı sağlamaktır. Gümüş, 2021, **a.g.k.**, 1008.

¹²⁵⁸Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, 48

alacaklı ilk önce borçluyu temerrüde düşürdükten sonra, uğradığı zararı ispat ederek zararının tazminini isteyecektir. Cezaî şartın varlığı halinde alacaklı, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmediğini ispat ederek kararlaştırılan miktarı talep edebilecektir. Alacaklının, kararlaştırılmış cezaî şart miktarından daha fazla bir zarara uğraması halinde borçlunun kusurunu ispat ederek bu aşan miktarı istemesi mümkündür (TBK m.180/2). Kanun koyucu tarafından cezaî şart ile karşılanan tutarı aşan bir zararın varlığı ihtimalinin değerlendirilmiş olması, öngörülen cezaî şartın kararlaştırılan miktar oranında alacaklının zararını karşılamaya yönelmiş olduğunun göstergesi olarak kabul edilebilir¹²⁵⁹. Cezaî şartın sadece alacaklıya ve yargılama sürecinde hâkime kolaylık getirmediği aynı zamanda borçlunun da çıkarına uygun düştüğü ileri sürülmektedir. Cezaî şartın kararlaştırılmasıyla borçlu için tazminatın bilinmezliğinin sona erdiği, borcunu yerine getirmemesi halinde sorumluluğunun ağırlığı konusunda bilgi sahibi olacağı belirtilmektedir¹²⁶⁰. Cezaî şartı aşan zararın istenebilmesi ve hâkimin cezaî şartta indirim yapabilmesinin (TBK m. 182/3), zarar ve tazminat konularını tekrar bir çekişme haline getirmesi nedeniyle, cezaî şartın tazminat miktarı üzerindeki anlaşmazlıkları giderme işlevini kısmen etkilediği kabul edilmektedir¹²⁶¹.

Cezaî şartın en önemli işlevinin borcun ifasını sağlamak olduğu söylenebilir¹²⁶². Borçlu, edimini ifa etmediği ya da gereği gibi ifa etmediği takdirde nasıl hesaplanacağı ve ne kadar tutacağı henüz belirsiz olan bir tazminat yükü altına girmekten çekinmeyebilir ve borcun ifası konusunda özensiz davranabilir¹²⁶³. Ancak borçlunun edimini ifa etmediği ya da gereği gibi ifa etmediği takdirde, alacaklı ile aralarında kararlaştırmış oldukları cezayı ödeyecek olmasının üzerinde oluşturduğu baskı, borçluyu borcunu ifaya teşvik edecektir¹²⁶⁴. Alacaklı hiçbir zarara uğramasa bile kararlaştırılan cezaî şartın ödenecek olması (TBK m.180/1) borçluyu asıl borcun ifası için çaba göstermeye yönelticidir. Özellikle cezaî şart miktarının yüksek tutulduğu durumlarda bunun borçlu üzerinde baskı

¹²⁵⁹A. Akkayan Yıldırım (2003). Cezaî şartın işlevi Türk ve Amerikan hukukları açısından karşılaştırmalı bir değerlendirme. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 61, Sayı:1-2, s. 382, 383.

¹²⁶⁰Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, 43.

¹²⁶¹Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, 49

¹²⁶²Hatemi ve Gökyayla, 2021, **a.g.k.**, 399; Gümüş, 2021, **a.g.k.**,1008; Eren, 2021, **a.g.k.**, 1337; Oğuzman ve Öz, 2020, **a.g.k.**, 536; Dirican, 2007, **a.g.k.**, 26; Gökçeoğlu, 2007, **a.g.k.**, 46; Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, 39; Akkayan Yıldırım, 2003, **a.g.k.**, 387.

¹²⁶³Oğuzman ve Öz, 2020, **a.g.k.**, 536

¹²⁶⁴Oğuzman ve Öz, 2020, **a.g.k.**, 536; Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, 49; Eren, 2021, **a.g.k.**, 1337; Hatemi ve Gökyayla, 2021, **a.g.k.**, 399

oluşturacağı açıktır¹²⁶⁵. Hâkimin, aşırı gördüğü cezaî şartı indirebilmesinin borçlunun ifa gayreti üzerinde olumsuz etki yapmayacağı kabul edilmektedir. Zira borçlunun ifa etmeme halinde cezaî şartı ödeyeceği kesinken, cezaî şartın aşırılık nedeni ile indirilmesi sadece bir ihtimaldir¹²⁶⁶.

Cezaî şartın cezalandırma işlevi olduğu da kabul edilmektedir¹²⁶⁷. Ancak sırf adında ceza kelimesi geçtiği için kurumun bir ceza niteliğinde kabul edilemeyeceği, bir an için ceza niteliğinde olduğu kabul edilse bile, bunun ancak özel ceza olduğu belirtilmektedir¹²⁶⁸. Özel hukuk cezası olarak nitelendirildiği¹²⁶⁹ gibi, götürü tazminat olarak da nitelendirilmiştir¹²⁷⁰. Bir görüş, cezalandırma işlevini, cezaî şartın borçlu üstünde yarattığı baskı yönüyle ele almaktadır¹²⁷¹. Cezalandırma işlevini, cezaî şartın borçluyu ifaya zorlayarak üstünde yarattığı baskı yönüyle ele alan görüş, cezalandırma işlevinden söz edebilmek için cezaî şart miktarının, alacaklının uğradığı zararı aşması ve kararlaştırılan cezaî şartın aşırı bulunarak zarar miktarına veya daha aşağısına indirilmemiş olması gerektiğini ileri sürmektedir. Zarar olmasa da cezaî şartın talep edilebilmesi, cezaî şarttaki ceza amacının doğrudan bir sonucu olarak kabul edilmektedir¹²⁷². Özellikle cezaî şartın miktarının yüksek belirlendiği durumlarda bu işlevin daha açık görüldüğü kabul edilmektedir¹²⁷³.

Cezaî tazminat ile cezaî şart arasında caydırma ve tazmin etme işlevi bakımından benzerlik bulunduğu kabul edilebilir. Ancak yine de bu iki kurum birbirinden tamamen farklıdır. Cezaî tazminat haksız fiil hukuku alanında yer alırken, cezaî şart sözleşme hukuku alanında yer almaktadır. Cezaî şart miktarını taraflar sözleşme ihlali öncesi aralarında anlaşılarak belirlemektedir. Cezaî şart için zararın bulunması şartı aranmazken, cezaî tazminat için zararın bulunması gerekir.

¹²⁶⁵Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, 49.

¹²⁶⁶Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, 50.

¹²⁶⁷Gümüş, 2021, **a.g.k.**,1008; Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, 38;

¹²⁶⁸Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, 25.

¹²⁶⁹Gümüş, 2021, **a.g.k.**,1008.

¹²⁷⁰Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, 29.

¹²⁷¹Akkayan Yıldırım, 2003, **a.g.k.**, 381; Yayvak Namlı, 2019; **a.g.k.**, 17.

¹²⁷²Akkayan Yıldırım, 2003, **a.g.k.**, 381.

¹²⁷³Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, 50.

6. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.68

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 68/1'e göre, *“Eseri, icrayı, fonogramı veya yapımları hak sahiplerinden bu Kanuna uygun yazılı izni almadan, işleyen, çoğaltan, çoğaltılmış nüshaları yayan, temsil eden veya her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletenlerden, izni alınmamış hak sahipleri sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilir”*. Madde 68/2'ye göre, *“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”*.

Telif tazminatı¹²⁷⁴ eser sahibine, yalnızca mali hakların ihlali halinde ve saldırının durdurulması (tecavüzün ref'i)¹²⁷⁵ davasında talep edilmek üzere tanınmış bir haktır¹²⁷⁶. Dolayısıyla telif tazminatı manevî hakların ihlalinde söz konusu olmaz; eser sahipliğinden doğan hakların ihlal edilmesi nedeniyle açılacak diğer hukuk davalarından, saldırının önlenmesi (tecavüzün men'i)¹²⁷⁷ veya tazminat davasında istenebilecek talepler arasında yer almaz¹²⁷⁸. Eser sahipliğinden doğan haklara saldırının ya da saldırının etkilerinin devam etmesi durumunda, eser sahibinin telif hakları ihlal edilmektedir. Bu nedenle durdurma davasının eser sahibinin telif haklarının tazmin edilmesine yönelik olması düşünülmüştür¹²⁷⁹. Kanun koyucu, eser sahibi ile mali hakları ihlal edilen kişi arasında bir sözleşme yapılmış olsaydı bu haklar için ödenmesi gereken bedel ne kadar olacak idiyse, durdurma davasını bu ücretin ödenmesine yönelik olarak düzenlemiştir. Ancak durdurma davasının sadece telif ücreti ile sınırlı tutulmasının mali

¹²⁷⁴Telif tazminatına varsayımsal sözleşme bedeli, telif bedeli, malî hak tazminatı da denilmektedir. P. Varlı (2021). *Fikri haklara saldırı ve üç kat tazminat sorunu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 193; C. Küçükali (2021). *Fikri hakların ihlalinde kaynaklanan tazminat davası* (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 76.

¹²⁷⁵FSEK'nun davayla ilgili olarak kullandığı “tecavüzün ref'i” ifadesi yerine niteliğini daha iyi anlatması ve daha uygun bir Türkçe olması nedeniyle “saldırının durdurulması davası”nı tercih etmek gerektiği hususunda bkz. A. M. Kılıçoğlu (2018). *Sınai haklarla karşılaştırmalı fikri haklar*. (4. Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi, s. 387.

¹²⁷⁶A. M. Kılıçoğlu (2004). *Fikri hakların ihlalinde hukuksal koruma yolları (sınai haklarla karşılaştırmalı olarak)*. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 54, s. 71; Küçükali, 2021, **a.g.k.**, s. 74; Varlı, 2021, **a.g.k.**, 193.

¹²⁷⁷FSEK'nun davayla ilgili olarak kullandığı “tecavüzün men'i” ifadesi yerine “saldırının önlenmesi” ifadesinin daha yerinde olduğu hususunda bkz. Kılıçoğlu, 2018, **a.g.k.**, 400.

¹²⁷⁸Varlı, 2021, **a.g.k.**, 193.

¹²⁷⁹Kılıçoğlu, 2004, **a.g.k.**, 71.

haklara yönelik saldırılar için caydırıcı olmayacağı düşüncesi ile, düzenlemede, telif ücretinin üç katının talep edilmesine olanak tanınmıştır¹²⁸⁰. FSEK m. 68'e göre, hak sahibi, eserden doğan haklarının ihlal edilmesi halinde sözleşme yapılmış olsaydı isteyebileceği bedelin en çok üç katını veya emsal yahut rayiç bedelin üç katını talep edebilir. Böylece eser sahibinin hakkını ihlal etmeye yönelenler, telif ücreti ödemek ile ihlalin dava konusu olması halinde sorumlu olacakları tutarı karşılaştırdıklarında, üç kat ödeme ihtimali caydırıcılık sağlayacaktır. Yargıtay'a göre, mahkemelerin bu konuda takdir hakkı yoktur¹²⁸¹; davacının talebi halinde mutlaka üç katı bedele hükmedilmesi gerekir¹²⁸². Kanundaki “*üç kat fazlasını isteyebilir*” ifadesi ile kastedilenin sözleşme olsaydı talep edilecek olan ücret dışında ayrıca bunun üç katı mı yoksa talep edilecek miktarın tamamının üç katı mı olduğu sorusunun cevabı, kastedilenin asıl ücret ve üç katı değil, sadece talep edilebilecek ücretin üç katı olduğudur¹²⁸³.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.68'de düzenlenen üç katı bedel talebine ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Sorumluluk hukukunda tazminat için geçerli olan genel kuralın, tazminatın zararla sınırlı olması ve zararın azami miktarını geçmemesi olması nedeniyle m.68'deki düzenlemenin tazminat olarak kabul edilemeyeceği ileri sürülmektedir¹²⁸⁴. Bir görüşe göre, bu bedel bir tazminat değildir; hak sahibine ödenen kanuni bir cezadır. Buradaki kanuni ceza, para cezası değildir, TBK'da düzenlenen cezaî şarta benzer bir düzenlemedir¹²⁸⁵. Diğer bir görüş ise, yine bedeli tazminat olarak kabul etmemekte, ancak cezaî şart olarak da nitelendirilemeyeceğini belirtmektedir¹²⁸⁶. Zira mali haklara tecavüz halinde kusura bağlı olarak haksız fiil hükümleri çerçevesinde tazminat davası FSEK'de düzenlenmiştir. Kusur aranmaksızın üç kat bedel ödenmesine ilişkin düzenleme, faili caydırmaya yönelik hak sahibine ödenen kanuni bir ceza hükmündedir¹²⁸⁷. Ancak buradaki ceza, ceza hukuku anlamında ya da cezaî şart

¹²⁸⁰Kılıçoğlu, 2004, **a.g.k.**, 71.

¹²⁸¹Yargıtay'ın son dönem konuya ilişkin kararlarına üç üye muhalefet şerhi koymaktadır. 11. HD. T. 18.03. 2013, E. 2012/ 15689, K. 2014/ 5290; 11. HD. T. 30.5.2017, E. 2015/ 4042, K. 2017/ 1973; 11. HD. T. 16.6.2014, E. 2014/ 5598, K. 2014/ 11532. Küçükali, 2021, **a.g.k.**, s. 87, 86, dñn. 288'den naklen.

¹²⁸²11. HD, 28. 09.2009, E. 2008/ 5307, K. 2009/ 9739. C. Suluk, R. Karasu ve T. Nal (2021). *Fikri Mülkiyet Hukuku*. (5. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 135 dp. 213; Varlı, 2021, **a.g.k.**, 214.

¹²⁸³Kılıçoğlu, 2018, **a.g.k.**, 399.

¹²⁸⁴Küçükali, 2021, **a.g.k.**, 74.

¹²⁸⁵Ü. Tekinalp (2012). *Fikri mülkiyet hukuku*. (5. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 319; Küçükali, 2021, **a.g.k.**, 76.

¹²⁸⁶S. Bozel (2012). *Fikir ve sanat eserleri hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 555.

¹²⁸⁷F. Öztan (2008). *Fikir ve sanat eserleri hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 649; Bozel, 2012, **a.g.k.**, 555; Küçükali, 2021, **a.g.k.**, 76; A. Arkan (2005). *Mukayeseli hukuk, uluslararası düzenlemeler ve Türk Fikri Hukuku alanında eser sahibinin haklarına bağlantılı haklar*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 278.

anlamında bir ceza değil, bir medeni cezadır¹²⁸⁸. Bir başka görüş, düzenlenmenin, tazminat miktarının zararlarla sınırlı olması kuralı ile çeliştiği vurgusu yaparak, açıkça cezalandırma amacı ve doğal olarak caydırıcı nitelik taşıdığını belirtip düzenlemeyi cezalandırıcı tazminat (cezaî tazminat) olarak nitelendirmektedir¹²⁸⁹.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.68'deki talep için failin kusuru aranmamaktadır¹²⁹⁰. Hak sahibi de uğradığı zararı ispat etmek zorunda değildir. Kişinin zararı olmasa bile telif ücretini üç kat fazlasıyla talep edebilir¹²⁹¹.

İstanbul 1. Fikrî ve Sınaî Haklar Mahkemesi, itiraz yoluyla 68. maddenin birinci fıkrasında yer alan “...*üç kat fazlasını isteyebilir*” ibaresinin Cumhuriyetin nitelikleri başlıklı Anayasa'nın 2. maddesine, kanun önünde eşitlik başlıklı 10. maddesine, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması başlıklı 36. maddesine aykırılığını ileri sürerek iptallerine karar verilmesini talep etmiştir. Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı olmadığına; kuralın, Anayasa'nın 10. ve 13. maddeleri ile ilgisi olmadığına karar vermiştir¹²⁹².

Telif tazminatının caydırma amacının cezaî tazminatta da olduğundan yola çıkarak aralarında benzerlik kurmak mümkündür. Ancak caydırıcılık etkisi bakımından telif tazminatının cezaî tazminatın etkisine sahip olduğu söylenemez. Zira telif tazminatında tazminatın azami miktarı bellidir. Cezaî tazminata yüksek miktarlarda hükmedilebilme ihtimali caydırıcılık etkisini arttırmaktadır. Telif tazminatı ile cezaî tazminat arasındaki en büyük fark, cezaî tazminatta tazminata hükmedebilmek için failin ağırlaşmış hali aranırken, telif tazminatında kusurun aranmamasıdır. Cezalandırma işlevi, failin kusuruna odaklanır. Dolayısıyla, telif tazminatı ile davacının gerçek zararının üstünde bir miktarı alması failin cezalandırılması amacı ile açıklanamaz.

¹²⁸⁸Özcan, 2008, **a.g.k.**, 649; Bozel, 2012, **a.g.k.**, 555; Küçükali, 2021, **a.g.k.**, 76; Antalya, 2019, **a.g.k.**, 555.

¹²⁸⁹İstemi, 2011, **a.g.k.**, 2705; Başoğlu, 2016, **a.g.k.**, 627; Baş Süzel, 2015, **a.g.k.**, 170.

¹²⁹⁰Küçükali, 2021, **a.g.k.**, 78; Tekinalp, 2012, **a.g.k.**, 319; Varlı, 2021, **a.g.k.**, 211; Arkan, 2005, **a.g.k.**, 278.

¹²⁹¹Küçükali, 2021, **a.g.k.**, 78; Kılıçoğlu, 2004, **a.g.k.**, 71.

¹²⁹²<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/07/20130712-13.htm> (Erişim tarihi: 17.01. 2022).

7. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 58

Rekabet Kanunu m. 58'e göre "Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlandırmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilirler. Rekabetin sınırlandırmasından etkilenen rakip teşebbüsler, bütün zararlarının tazminini rekabeti sınırlandıran teşebbüs ya da teşebbüslerden talep edebilir. Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün kârlar, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanır". Madde 58/2'ye 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".

Rekabet hukukundaki üç kat tazminatı düzenleyen bu hüküm, ABD rekabet hukukundaki "treble damage" sisteminden esinlenilerek kaleme alınmıştır¹²⁹³. Rekabet hukukunda, cezaî, idari ve hukuki olarak karşımıza çıkan yaptırımların temel amacının caydırıcılık olduğu ileri sürülmektedir¹²⁹⁴. Caydırılık da ikiye ayrılmaktadır: Rekabet kurallarını ihlal etmenin önlenmesi, yani kimsenin kanunu ihlal etmemesini sağlamaya yönelik genel caydırıcılık ve rekabet kurallarını ihlal eden kişinin ileride tekrar ihlal etmemesini sağlamaya yönelik özel caydırıcılık¹²⁹⁵. Bu amacın gerçekleşmesi için, idari para cezalarının yetersizliği nedeniyle, zarar görenlerin tazminat davası açmaları teşvik edilmektedir¹²⁹⁶. Zira idare hukuku uygulamasında, bir ihlale verilecek cezanın yüksek olması idare tarafından bu ihlalin üzerine daha çok gidilmesi sonucuna yol açmaz¹²⁹⁷. Oysa özel hukuk uygulamasında, dava sonunda ulaşılabilecek tazminat miktarı potansiyel davacıların dava açma kararlarını doğrudan etkiler¹²⁹⁸. Dolayısıyla üç kat tazminatın bir

¹²⁹³M. Şahin (2018). *Rekabet hukukunda tazminat talepleri*. (2. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 203; N. İnan (2004). *4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un özel hukuka ilişkin hükümlerine eleştirisel bir bakış*. Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II, 9 Nisan 2004, Kayseri, s. 52.

¹²⁹⁴H. Arı (2009). *Rekabet hukukunda etkin yaptırım politikası: Themis, kılıç ve terazi*. Rekabet Hukuku Yaptırım Politikasında Yeni Dönem: Ceza ve Pişmanlık Yönetmelikleri. (Editör: K. C. Sanlı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 11; Cömert Akbay, 2018, **a.g.k.**, s. 157; A.U. Şahbaz (2009). *ABD uygulaması ışığında rekabet ihlallerinden doğan zararların tayini ve tazmini*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayını, s. 5; İstemi, 2011, **a.g.k.**, 2706; Ö. Öz (2021). *Rekabet hukuku kapsamında üç kat tazminat sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 43.

¹²⁹⁵Arı, 2009, **a.g.k.**, 11; Cömert Akbay, 2018, **a.g.k.**, 158.

¹²⁹⁶Cömert Akbay, 2018, **a.g.k.**, 158.

¹²⁹⁷Şahbaz, 2009, **a.g.k.**, 21.

¹²⁹⁸Şahbaz, 2009, **a.g.k.**, 21; Öz, 2021, **a.g.k.**, 44.

yönü failleri caydırıcılık ise diğer yönü hakkı ihlal edilenleri haklarını aramak yönünde teşvik etmektir. Rekabet hukukundaki bir kuralın ihlali, kamu yararının yanında kişileri de zarara uğratar¹²⁹⁹. Rekabet hukukundaki tazminata ilişkin düzenlemeler, zarara uğrayan kişilerin zararını telafi amacına da yöneliktir¹³⁰⁰. Yaptırımların bir diğer amacı da cezalandırmadır.

Üç kat tazminatın niteliği hakkında çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, kanun koyucu üç kat tazminatı, kasten veya ağır ihmalle, rekabetin kısıtlanmasına dolayısıyla teşebbüslerin zarara uğramasına sebep olan kişileri caydırmak, zarara uğrayan kişileri de haklarını aramak bakımından cesaretlendirmek veya teşvik etmek amacıyla düzenlemiştir¹³⁰¹. Bu yönüyle üç kat tazminatın, teşebbüslerin rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlere girişmelerini önlemek bakımından, bir tür kanundan doğan “cezaî şart” olduğu kabul edilmektedir¹³⁰². Bir diğer görüş, üç kat tazminatı “cezaî tazminat” olarak tanımlamaktadır¹³⁰³. Üç kat tazminatı “medenî ceza” olarak tanımlayan görüş, çok ağır bir yaptırım olduğu eleştirisini de tanımına eklemektedir¹³⁰⁴. “Özel hukuk cezası” tanımı yapan görüş, tazminatın zararı aşan yanına vurgu yaparak, tazminatın amacının zararın giderilmesinden ziyade caydırıcılık olduğunu da belirtmektedir¹³⁰⁵. Diğer bir görüş, bazı özel kanunlarda haksız fiil oluşturan davranışların zarar görenin zararını aşan miktarda tazminat elde etmesine imkân tanınmasını, haksız fiilin olağan sonucu olmasından değil, bu hükümlerin “medeni hukuk cezası” olarak düzenlenmesinden kaynaklandığını ifade etmiştir¹³⁰⁶. Yine zararı aşan miktarına vurgu yapılarak “cezalandırıcı tazminat” olarak da nitelendirilmiştir¹³⁰⁷.

Üç kat tazminata karar verilebilmesi için zarar görenin talebi gerekir. Üç kat tazminata hükmedilebilmesi için kusurun kast ya da ağır ihmâl halinde olması gerekir. Üç kat tazminata ilişkin olarak Kanun’da geçen “hâkim...üç katı oranında tazminata

¹²⁹⁹Cömert Akbay, 2018, **a.g.k.**, 158.

¹³⁰⁰Cömert Akbay, 2018, **a.g.k.**, 158.

¹³⁰¹M. Topçuoğlu (2009). *Rekabet hukukunda üç kat tazminat*. Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu. Ankara: Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, s. 7.

¹³⁰²Topçuoğlu, 2009, **a.g.k.**, 7.

¹³⁰³İ. Y. Aslan (2014). *Rekabet hukuku dersleri*. (4. Baskı). Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, s. 300.

¹³⁰⁴İnan, 2004, **a.g.k.**, 52.

¹³⁰⁵K. C. Sanlı (2003). *Türk rekabet hukukunda haksız fiil sorumluluğu*. Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I, Kayseri, s. 269; Cömert Akbay, 2018, **a.g.k.**, 160.

¹³⁰⁶Antalya, 2019, **a.g.k.**, 555.

¹³⁰⁷Başoğlu, 2016, **a.g.k.**, 627; İstemi, 2011, **a.g.k.**, 2706; Öz, 2021, **a.g.k.**, 45; Baş Süzel, 2015, **a.g.k.**, 170; Gümüş, 2021, **a.g.k.**, 1045, 1046.

hükmedebilir” ifadesinin, hâkimin sadece üç kat tazminata mı yoksa üç katına kadar tazminata mı hükmedebileceği şeklinde farklı yorumlara sebep olmuştur. Bir görüşe göre, Kanun hâkime takdir hakkı tanımıştır; üç kat tazminatın şartları gerçekleşse bile hâkim, üç kat tazminata hükmetmek zorunda değildir¹³⁰⁸. Diğer görüşe göre, tazminat için aranan koşulların gerçekleşmesi halinde, hâkim üç katı oranında tazminata karar vermek zorundadır. Zira tarafların kasten veya ağır ihmalle yol açtıkları rekabet ihlallerinden dolayı üç kat tazminat ödenmesini hâkimin takdir yetkisine bırakmak bu tazminat sisteminden beklenen caydırıcılık ve zarar görenleri haklarını aramaları konusunda teşvik etme amacına ters düşer¹³⁰⁹. Özellikle, Rekabet Kurumu’nun haberdar olmadığı ihlallerin tespitinde veya kamu hukuku yaptırımlarının etkisiz kaldığı haller bakımından en caydırıcı hükmün üç kat tazminat olduğu belirtilmektedir¹³¹⁰.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da yer alan üç kat tazminat ile cezaî tazminat arasında benzerlik bulunduğu açıktır. Amaçları bakımından ele alındığında üç kat tazminatta caydırıcılık amacı öne çıkmakla beraber cezalandırma amacı içerdiği de rahatlıkla söylenebilir. Cezaî tazminatta ise cezalandırma amacı asıldır ancak caydırma amacı da en az cezalandırma kadar önemlidir. Tazminat hukukunun klasik tazminat anlayışından farklı olarak, her iki tazminatta da zararı aşan bir miktar davacıya ödenmektedir. Elbette bu noktada üç kat tazminatın azami miktarının belirli olduğunu, cezaî tazminatta ise miktarın sınırı konusunda üç kat tazminatta olduğu kadar bir netlikten bahsedemeyeceğimizi belirtelim. Ancak yine de her iki tazminat bakımından ortak nokta bir zararın varlığına bağlı olarak hükmedilebilmeleridir. Bir diğer benzerlik de her iki tazminat bakımından da kusurun ağırlığının dikkate alınıyor olmasıdır. Sonuç olarak, üç kat tazminat cezaî tazminata örnek olarak gösterilebilir.

8. Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş görmede Kazanç Devri Yaptırımı

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme, işgörenin yetkisiz olarak kendisinin veya üçüncü kişinin menfaatine veya iş sahibinin yasaklamasına aykırı olarak bir iş görmesi suretiyle başkasının hukuk alanına müdahale etmesidir¹³¹¹. Gerçek vekaletsiz iş

¹³⁰⁸Sanlı, 2003, **a.g.k.**, s. 270, 271; Gül, 2015, **a.g.k.**, 354.

¹³⁰⁹Topçuoğlu, 2009, **a.g.k.**, 25; Şahin, 2018, **a.g.k.**, 208.

¹³¹⁰Şahin, 2018, **a.g.k.**, 208.

¹³¹¹Baş Süzel, 2015, **a.g.k.**, s. 8,9.

görmeden farklı olarak işgörende başkasının işini görme iradesi yoktur, başkasının işini kendi işi olarak görme, dolayısıyla başkasının işini gaspetme iradesi vardır¹³¹².

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede uygulanacak temel yaptırım iş görenin elde ettiği kazancın iş sahibine aktarılmasıdır. Kazanç devri yaptırımının amacı; iş görenin bir başkasının hukuk alanına haksız müdahalede bulunarak elde ettiği kazancı kendi malvarlığında tutabilmesine engel olmaktır¹³¹³. Bu nedenle bu yaptırımın uygulanabilmesi için iş görenin malvarlığında bir artış olmalıdır. Kazanç devri, iş görenin elde ettiği kazancı konu aldığı için eylemin iş sahibinin malvarlığına etkisi ele alınmaz. Diğer bir deyişle, kazanç devri talebinde bulunabilmek için iş sahibinin bir zarara uğramış olması gerekmez¹³¹⁴. İş sahibinin bir zararının olması ve bu zararın kapsamının belirlenebilmesi durumunda da devrin kapsamının zararla sınırlı tutulması gibi bir durum söz konusu değildir¹³¹⁵. İş sahibinin, normal şartlarda kendi kişisel çabası ve becerisi ile bu kazancı elde edecek durumda olmaması, iş görenin iş sahibinin elde edebileceği kazançtan daha fazla kazanç elde etmesi veya gerekli özeni göstermeyerek daha az kazanç elde etmesi, iş sahibinin işi görmeyi düşünmemesi veya istememesi kazanç devrini etkilemez¹³¹⁶. İş sahibinin, iş görenin devretmesini isteyebileceği kazanç, işgörenin elde ettiği net kazançtır. İşin rayicinin ne olduğunun önemi yoktur. Ayrıca iş gören elde ettiği kazancı elinden çıkarsa bile kazancı devir yükümü ortadan kalkmaz ya da elinde kalan miktarla sınırlandırılmaz¹³¹⁷. İş görenin malvarlığının aktif ve pasif bir arada değerlendirildiğinde, iş görenin malvarlığının mevcut hali ile iş görme eylemi gerçekleşmeseydi sahip olacağı varsayılan malvarlığı arasındaki fark iş görenin elde ettiği net kazançtır¹³¹⁸. İş sahibi m.530'a göre, iş görenin masraflarını ödemek ve giriştiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür. İş görenin kişisel emeği piyasada karşılık ödenerek elde edilen bir hizmetse, bunun net kazanç hesabına dahil edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, iş gören normal koşullarda piyasada söz konusu hizmet için

¹³¹²F. Eren (2021). *Borçlar hukuku özel hükümler* (9. Baskı) Ankara: Yetkin Yayınları, s. 923.

¹³¹³B. Özen ve O. A. Yıldız (2021). Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye dayalı kazanç devri yaptırımının kapsamının belirlenmesi. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 2*, s. 1829.

¹³¹⁴H. Tandoğan (1957). *Mukayeseli hukuk ve hususiyle Türk- İsviçre hukuku bakımından vekaletsiz iş görme*. İstanbul: Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 193; H. Atlan Kazan (2014). Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme. *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı: 2*, s. 169; Özen ve Yıldız, 2021, **a.g.k.**, 1830; Serozan, 1990, **a.g.k.**, 75.

¹³¹⁵Özen ve Yıldız, 2021, **a.g.k.**, 1830.

¹³¹⁶Baş Süzel, 2015, **a.g.k.**, 144; Atlan Kazan, 2014, **a.g.k.**, 168; Gül, 2015, **a.g.k.**, 356.

¹³¹⁷Atlan Kazan, 2014, **a.g.k.**, 169.

¹³¹⁸Özen ve Yıldız, 2021, **a.g.k.**, 1830.

ödenmesi gereken bedeli iş sahibinden talep edebilir¹³¹⁹. Diğer görüşe göre ise, bir kimsenin hukuk alanına müdahale ederek kendi adına menfaat elde kişi, bunun karşılığında bir de ücret talep edememelidir¹³²⁰. İş sahibinin talep edebileceği net kazanç, brüt kazanca faiz eklenmesi ile bundan iş görenin masraflarının çıkarılması ile bulunan tutardır.

Zararı değil, hakkı ihlal edenin elde ettiği kazancı esas alması, hakkı ihlal edilen kişinin söz konusu kazancı elde edip edemeyeceğinin dikkate alınmaması gerekçeleri ile kazancın iadesi yaptırımının bir tazminat olmadığı ileri sürülmektedir¹³²¹. Yaptırımın asıl amacının çok açık bir şekilde cezalandırma olduğu, cezalandırma amacı ile yakın ilişkideki caydırma amacının da kazancın iadesi yaptırımında öne çıktığı belirtilmektedir¹³²². Kazancın iadesi bir özel hukuk yaptırımı olarak kabul edilmektedir¹³²³.

Kazancın iadesi ile cezaî tazminat arasında amaçlar bakımından benzerlik kurulabilir. Kazancın iadesi yaptırımında amacın haksızlığa uğrayanın zararını telafi etmek olmadığı açıktır. Zira kazancın iadesi için ne zararın ispatı aranır ne de zarar miktarının belirlenebilir olduğu durumlarda zararlar sınırlı kalır. Burada amacın cezalandırma ve caydırma olduğu rahatlıkla söylenebilir. Ancak kazancın iadesindeki cezalandırma cezaî tazminattaki ile aynı ağırlıkta değildir. Cezaî tazminatta zarar veren, fiilin sonucunda bir kazanç elde etsin ya da etmesin cezalandırılır. Kazancın iadesinde, hukuka aykırı davranışta bulunan kişi elde ettiği kazancı devreder. Hem cezaî tazminat hem kazancın iadesi bakımından caydırıcılık işlevi söz konusu olsa da kazancın iadesi yaptırımının daha etkili bir caydırıcılık sağlaması mümkündür. Zira hukuka aykırı kazanç elde etmeye meyilli kişi, hukuki yaptırımla karşılaşması ihtimalinde elinden kazancının alacağını bilir. Cezaî tazminatta failin haksız fiilden elde ettiği kazançtan daha az bir

¹³¹⁹A. Zevkliler ve K. Emre Gökyayla (2015). *Borçlar hukuku özel borç ilişkileri* (15. Bası) Ankara: Turhan Kitabevi, s. 669; H. K. Ercoşkun Şenol (2018). Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin sistematik açıdan borçlar kanundaki yeri ve 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki durum. *Ankara Hacı Bayram Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XXII, Sayı: 4*, s. 47; Baş Süzel, 2015, **a.g.k.**, 116; Tandoğan, 1957, **a.g.k.**, 276.; Atlan Kazan, 2014, **a.g.k.**, 173.

¹³²⁰M. A. Gümüş (2012). *Borçlar hukuku özel hükümler cilt II* (2. Bası) İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 240; Özen ve Yıldız, 2021, **a.g.k.**, 1831; Atlan Kazan, 2014, **a.g.k.**, 173; Gümüş, 2021, **a.g.k.**, 1045.

¹³²¹Baş Süzel, 2015, **a.g.k.**, 152.

¹³²²Baş Süzel, 2015, **a.g.k.**, 152.

¹³²³H. Hatemi, R. Serozan ve A. Arpacı (1992). *Borçlar hukuku özel hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 496 Baş Süzel, 2015, **a.g.k.**, 179, 180, 181; Atlan Kazan, 2014, **a.g.k.**, 168; Ercoşkun Şenol, 2018, **a.g.k.**, 46 Güleriyüz ve Zorluoğlu Yılmaz, 2019, **a.g.k.**, 354; Serozan ifa engelleri bak 324.

tazminat ödeme ihtimali vardır. Bu değerlendirmeler çerçevesinde kazancın iadesinin cezaî tazminat değil, özel hukuk cezası niteliği taşıdığı söylenebilir.

9. Yeniden Kiralama Yasağı

Türk Borçlar Kanunu m. 355/1'e göre kiraya veren, gereksinim amacıyla kiralananın boşaltılmasını sağladığında, haklı sebep olmaksızın, kiralananı üç yıl geçmedikçe eski kiracısından başkasına kiralayamaz. Madde 355/2'ye göre yeniden inşa ve imar amacıyla boşaltılan taşınmazlar, eski hâli ile, haklı sebep olmaksızın üç yıl geçmedikçe başkasına kiralanamaz. Eski kiracının, yeniden inşa ve imarı gerçekleştirilen taşınmazı, yeni durumu ve yeni kira bedeli ile kiralama konusunda öncelik hakkı vardır. Bu öncelik hakkı sona erdirilmedikçe, taşınmaz üç yıl geçmeden başkasına kiralanamaz. Kiraya veren söz konusu yasağı ihlal ederek üçüncü kişi ile kira sözleşmesi yaparsa sözleşme geçerlidir¹³²⁴. Ancak yasağa aykırı davranışın yaptırımı vardır. TBK m. 355/3'e göre, kiraya veren, eski kiracısına son kira yılında ödenmiş bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere tazminat ödemekle yükümlü olur.

Yasağın konusunu oluşturan eylem, kiralananın eski kiracıdan başka birine kiraya verilmesidir. Kiracının tahliyesi sağlandıktan sonra kiralananın boş tutulması ya da karşılıksız kullandırılması yeniden kiralama yasağı oluşturmaz¹³²⁵. Yeniden kiralama yasağı, gereksinim ya da yeniden inşa veya imar sebebiyle kiralananın boşaltılması hâllerinde uygulanmaktadır. Başka bir sebeple kiralananın boşaltılması halinde yeniden kiralama yasağının uygulanamayacağı kabul edilmektedir¹³²⁶.

Türk Borçlar Kanunu m. 354'de dava yoluyla kira sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkin hükümlerin kiracı aleyhine değiştirilemeyeceği düzenlenmektedir. Hükümün amacı, kiracıyı koruyarak, kiracının kiralananından kolayca çıkartılmasını önlemektir. Yeniden kiralama yasağındaki amaç da kiraya verenin kiracıyı tahliye etmesi konusunda kendisine tanınmış hakkı kötüye kullanmasını engellemektir¹³²⁷.

¹³²⁴M. A. Gümüş (2012b). *Kira sözleşmesi (TBK m. 299-356)* (2. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 323; C. Yavuz (2014). Borçlar hukuku dersleri özel hükümler. (13. Baskı) İstanbul: Beta, s. 340; Öcal Apaydın, 2019, **a.g.k.**, 60.

¹³²⁵N. Yavuz (2018) *Yeni TBK, HMK, İİK ve istinafa göre kira hukuku* (6. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, s. 876; U. Saruhan (2019) Yeniden kiralama yasağı (TBKm. 355). *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı:37, s. 353.

¹³²⁶M. Aydoğdu ve N. Kahveci (2013). Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri. İzmir: İleri Kitabevi, s. 606; Öcal Apaydın, 2019, **a.g.k.**, 63.

¹³²⁷Zevkliler ve Gökyayla, 2015, **a.g.k.**, 373; Saruhan, 2019, **a.g.k.**, 356.

Yasağın yaptırımını tazminat olarak belirlenmiştir. Tazminat miktarı son kira yılında ödenen bir yıllık kira bedelinden az olamaz. Dolayısıyla burada bir alt sınır belirlenmiştir. Kiracının zararının daha az olması sonucu değiştirmeyecektir. Kiracı, en az bir yıllık kira bedelinin yanı sıra haksız tahliyeden dolayı uğradığı zararı da isteyebilir¹³²⁸. Zararının daha fazla olduğunu ileri süren kiracı, bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür¹³²⁹.

Doktrinde baskın görüş, yeniden kiralama yasağının ihlali halinde verilecek tazminatı, eski kiracının zararını karşılamasının yanı sıra kiraya vereni caydırıcı bir özellik taşıması nedeniyle bir “medeni hukuk cezası” olarak kabul etmektedir¹³³⁰. Bir diğer görüş ise, bu tazminatı yasal “cezaî şart” olarak kabul etmektedir¹³³¹. Başka bir görüş ise “medeni ceza” olarak nitelendirmektedir¹³³². Ayrıca “cezaî tazminat” olarak da nitelendirilmektedir¹³³³. Bir diğer görüşe göre, yeniden kiralama yasağına ilişkin yaptırım, kanunda düzenlenen bir tazminattır; TBK m. 355/3 hükmünde kanundan doğan asgari götürü tazminat belirlenmiştir¹³³⁴.

Yeniden kiralama yasağının yaptırımını, cezaî tazminat olarak nitelendirilemez. Zira cezaî tazminata hükmedilmek bakımından kusurun ağırlaşmış nitelikte olması aranırken, TBK m.355/3’de düzenlenen yaptırım kiraya verenin kusurundan bağımsızdır. Tazminat miktarı sınırlıdır, hâkimin cezalandırma ve caydırma işlevlerine hizmet edecek miktarda tazminata hükmetmesi mümkün değildir.

10. Çek Tazminatı

Türk Ticaret Kanunu m. 783/3’ e göre “*Muhatap nezdinde karşılığı kısmen veya tamamen bulunmayan bir çek düzenleyen kişi, çekin karşılıksız kalan bedelinin yüzde onunu ödemekle yükümlü olduktan başka, hamilin bu yüzden uğradığı zararı da tazmin eder*”.

¹³²⁸Gümüş, 2012, **a.g.k.**, 325; Yavuz, 2018, **a.g.k.**, 889.

¹³²⁹F. Aral ve H. Ayrancı (2021). *Borçlar hukuku özel borç ilişkileri* (14. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 338.

¹³³⁰Gümüş, 2012, **a.g.k.**, 325; Yavuz, 2018, **a.g.k.**, 889; Baş Süzel, 2015, **a.g.k.**, 168.

¹³³¹E. Aydemir (2016). *Türk Borçlar Yasasına göre kira hukuku*. (4. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 295.

¹³³²İ. Gül (2021). Yeniden kiralama yasağına aykırılık nedeniyle tazminat ve hukuki niteliği. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 18, Sayı: 2, s. 947.

¹³³³Aydoğdu ve N. Kahveci, 2013, **a.g.k.**, 606.

¹³³⁴Öcal Apaydın, 2019, **a.g.k.**, 91.

Karşılıksız çekten söz edilebilmesi için, bütün şartları tamam olan bir çekin var olması (TTK m.780, m.781, Çek Kanunu m.2 f. 7 ve 8), çekin ibraz süresi içinde muhatap bankaya ibraz edilmiş olması (TTK m.796), ibraz anında muhatap bankadaki çekle işleyen hesapta (TTK m.787) karşılığın kısmen veya tamamen bulunmaması, karşılığın bulunmadığının banka tarafından çek üzerine yazılması (Çek Kanunu m.3 f.4) gerekir¹³³⁵. Karşılıksız çek düzenlenmesi halinde idarî, cezaî ve hukukî olmak üzere üç türlü yaptırım öngörülmüştür.

Türk Ticaret Kanunu m. 783/3, çek hamiline m. 810'da tanınan başvurma hakkına ilave olarak verilmiş bir haktır. Hükümde geçen yüzde onluk tutar uygulamada ve doktrinde çek tazminatı olarak adlandırılmaktadır¹³³⁶. Doktrinde “medeni ceza”¹³³⁷ ve “cezaî şart”¹³³⁸ olarak da nitelendirilmektedir.

Çek tazminatının talebi için çekin karşılıksız çıkması tek başına yeterlidir. Bu talep için çeki düzenleyen kusurunun bulunması gerekli değildir¹³³⁹. Çek tazminatının talep edilebilmesi için hamilin bir zarara uğramış olması da aranmaz¹³⁴⁰. Hamilin, çekin karşılıksız kalması nedeniyle uğramış olduğu zararlar varsa, bunlar yüzde onluk kısımdan mahsup edilemez¹³⁴¹. Çek tazminatını alabilmek için ayrıca bir dava açılmasına gerek yoktur, doğrudan icra yoluna başvurulabilir¹³⁴².

Hamilin zararının ve düzenleyen kusurunun aranmaması, hamilin zarara uğraması halinde bu zararın yüzde onluk tutardan mahsup edilmemesi, kanun koyucunun çek tazminatını düzenlemekteki amacını ortaya koymaktadır. Kanun koyucunun

¹³³⁵F. Bilgili ve E. Demirkapı (2021). Kıymetli Evrak Hukuku (11. Baskı) Bursa: Dora Yayıncılık, s. 197.

¹³³⁶A. Kendigelen (2007). Çek hukuku (4. Bası). İstanbul: Arıkan; A. H. Yıldırım (2014). Çek cezası. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Özel Sayı Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan*, s. 3452.

¹³³⁷F. Öztan (2017). Kıymetli Evrak Hukuku (21. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi, s.302; İ. Doğanay (2004). Türk Ticaret Kanunu şerhi (4. Bası). İstanbul: Beta Basım Yayım, s. 2118; M. Çoşkun (1994). Özel hukukta karşılıksız çek ve hamilin hakları. İstanbul: Kazancı Kitap, s. 54, 58. İ. Nurkut (1981). Çek rizikolarından doğan sorumluluk. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, s. 55; Yıldırım, 2014, **a.g.k.**, 3459; Bilgili ve Demirkapı, 2021, **a.g.k.**, 206.

¹³³⁸Kendigelen, 2007, **a.g.k.**, 306; A. Bozer ve. C. Göle (2018). Kıymetli Evrak Hukuku (8. Bası) Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 434; S. Öktem (2007). Çekte Müracaat Hakkı. Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan Cilt I, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 752.

¹³³⁹İnan, 1981, **a.g.k.**, 55; Kendigelen, 2007, **a.g.k.**, 278; Öztan, 2017, **a.g.k.**, 302; Bozer ve Göle, 2018, **a.g.k.**, 434; Doğanay, 2004, **a.g.k.**, 2119; Çoşkun, 1994, **a.g.k.**, 58; Bilgili ve Demirkapı, 2021, **a.g.k.**, 206; Yıldırım, 2014, **a.g.k.**, 3459.

¹³⁴⁰Bilgili ve Demirkapı, 2021, **a.g.k.**, 206, 207; Kendigelen, 2007, **a.g.k.**, 306; İnan, 1981, **a.g.k.**, 55; Çoşkun, 1994, **a.g.k.**, 58; Doğanay, 2004, **a.g.k.**, 2119; Yıldırım, 2014, **a.g.k.**, 3459.

¹³⁴¹İnan, 1981, **a.g.k.**, 55, 56; Yıldırım, 2014, **a.g.k.**, 3459.

¹³⁴²Yıldırım, 2014, **a.g.k.**, 3496.

amacının hamilin zararını telafi etmek olmadığı çok açıktır¹³⁴³. Kanun koyucu karşılıksız çek düzenlenmesini önlemek istemektedir. Yüzde onluk tutar çeki düzenleyeni caydırmayı amaçlamaktadır¹³⁴⁴. Özellikle bedeli yüksek çeklerde düzenleyen faiz, komisyon ve diğer zararlara ek olarak önemli bir tutarı daha hamile ödemek zorunda kalacaktır¹³⁴⁵. Caydırıcılık amacının yanında cezalandırma amacı da vardır¹³⁴⁶.

Çek tazminatı ve cezaî tazminat amaçları bakımından birbirine benzemektedir. Her ikisi de cezalandırma ve caydırma amaçlarına yönelmiştir. Ancak çek tazminatının çekin tedavül gücünü korumak amacına yönelik olması nedeniyle çek tazminatında cezalandırmadan ziyade caydırmanın ön planda olduğu söylenebilir. Çek tazminatının yargılama olmaksızın verilmesi, takdiri olmaması, azami limitinin olması ve kusur aranmaksızın verilmesi cezaî tazminattan ayrılan özellikleridir. Çek tazminatının cezaî tazminat benzeri olduğunu kabul etmek güçtür.

11. İş Kanunu'ndan Kaynaklanan Tazminatlar

İş Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin cezaî tazminat ile karşılaştırılması bakımından ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı ve sendikal tazminat ele alınmıştır.

İhbar tazminatı: İş Kanunu madde 17/4'e göre ister işçi olsun ister işveren bildirim sürelerine uymadan iş sözleşmesini fesheden taraf, karşı tarafa Kanun'da gösterilen bildirim sürelerine ilişkin ücret tutarını tazminat olarak ödemek zorundadır. Doktrinde bu tazminata ihbar tazminatı denilmektedir¹³⁴⁷.

İhbar tazminatı, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin usulsüz feshinde söz konusu olur¹³⁴⁸. İhbar tazminatının doğumu için sözleşmenin fesih bildirimi süresine uyulmadan feshedilmiş olduğunun ispatı yeterlidir, ayrıca zararın ispatına gerek yoktur¹³⁴⁹. İhbar tazminatı, iş sözleşmesini usulsüz feshedenin kusurlu olup olmadığına da bağlı

¹³⁴³Yıldırım, 2014, **a.g.k.**, 3460.

¹³⁴⁴Yıldırım, 2014, **a.g.k.**, 3459, 3460.

¹³⁴⁵Yıldırım, 2014, **a.g.k.**, 3460.

¹³⁴⁶Yıldırım, 2014, **a.g.k.**, 3460; Güleriyüz ve Zorluoğlu Yılmaz, 2019, **a.g.k.**, 349.

¹³⁴⁷M. Kılıçoğlu ve K. Şenocak (2008). *İş Kanunu şerhi cilt 1*. İstanbul: Legal, s. 312; N. Çelik, N. Caniklioğlu ve T. Canbolat (2020). *İş hukuku dersleri* (33. Bası). İstanbul: Beta, s. 495; S. Süzek (2019). *İş hukuku* (17. Baskı). İstanbul: Beta, 533; H. Mollamahmutoğlu, M. Astarlı ve U. Baysal (2020). *İş hukuku ders kitabı cilt 1: bireysel iş hukuku* (4. Bası). Ankara: Lykeion Yayınları, s. 292.

¹³⁴⁸Kılıçoğlu ve Şenocak, 2008, **a.g.k.**, 312; Süzek, 2019, **a.g.k.**, 534.

¹³⁴⁹Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, 2020, **a.g.k.**, 495; Süzek, 2019, **a.g.k.**, 534; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, 2020, **a.g.k.**, 293.

değildir¹³⁵⁰. İhbar tazminatı miktarı kesin ve sabit bir ödemedir¹³⁵¹. Tazminat ve cezaî şartta olduğu gibi hâkim indirimde bulunamaz¹³⁵². Doktrinde ihbar tazminatı götürü tazminat olarak nitelendirilmektedir¹³⁵³.

İhbar tazminatı, işçinin iş yerindeki hizmet süresine göre uyulması gereken bildirim süreleri (İK m.17/2, 4) dikkate alınarak hesaplanır¹³⁵⁴. Hesaplama işçinin fesih anındaki brüt ücreti esas alınır. Ayrıca İş Kanunu’nun 17. maddesinin son fıkrasına göre temel ücrete ek olarak para veya para ile ölçülmesi mümkün sözleşme ve Kanundan doğan menfaatler de tazminatın hesaplanmasında göz önünde tutulur¹³⁵⁵.

Kötüniyet tazminatı: İş Kanunu m.17/6 hükmüne göre, “18 inci maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir. Fesih için bildirim şartına da uyulmaması ayrıca dördüncü fıkra uyarınca tazminat ödenmesini gerektirir”. Bu hükme göre, İK 18-21. maddeleri dışında kalan diğer deyişle iş güvencesinden yararlanamayan işçiler, iş sözleşmelerinin işverence dürüstlük kuralına aykırı olarak feshedilmesi halinde Kanun’da belirtilen bildirim sürelerine ait ücretlerin üç katı tutarında bir tazminata hak kazanırlar. Üç katı tutarında ihbar tazminatını öngören bu hüküm kötüniyet tazminatı¹³⁵⁶ olarak nitelendirilmektedir¹³⁵⁷. Kötüniyet tazminatının verilebilmesi için iş sözleşmesinin belirsiz süreli olması gerekir¹³⁵⁸.

İşçinin kötüniyet tazminatından yararlanabilmesi için, işverenin fesih hakkını kötüniyetle kullanmış olduğunu ispat etmesi gerekir¹³⁵⁹. Bazı hallerde işveren fesih

¹³⁵⁰Kılıçoğlu ve Şenocak, 2008, **a.g.k.**, 313; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, 2020, **a.g.k.**, 293.

¹³⁵¹Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, 2020, **a.g.k.**, 293; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, 2020, **a.g.k.**, 495.

¹³⁵²Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, 2020, **a.g.k.**, 293.

¹³⁵³Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, 2020, **a.g.k.**, 495; Kılıçoğlu ve Şenocak, 2008, **a.g.k.**, 313; Süzek, 2019, **a.g.k.**, s. 534.

¹³⁵⁴Kılıçoğlu ve Şenocak, 2008, **a.g.k.**, 314.

¹³⁵⁵Kılıçoğlu ve Şenocak, 2008, **a.g.k.**, 314.

¹³⁵⁶Doktrinde kötüniyet tazminatı olarak adlandırılan tazminat, işverenin iş sözleşmesini fesih hakkını kötüye kullanması halinde gündeme gelmektedir. Medeni Kanun m.2/2 uyarınca hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Bu bağlamda tazminatın kötüniyet tazminatı olarak adlandırılması doğru değildir.

¹³⁵⁷Kılıçoğlu ve Şenocak, 2008, **a.g.k.**, 316, 317; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, 2020, **a.g.k.**, 500; Süzek, 2019, **a.g.k.**, s. 538; K. Tunçomağ ve T. Centel (2018). *İş hukukunun esasları* (9. Baskı). İstanbul: Beta, s. 208; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, 2020, **a.g.k.**, 300.

¹³⁵⁸Kılıçoğlu ve Şenocak, 2008, **a.g.k.**, 316; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, 2020, **a.g.k.**, 300.

¹³⁵⁹Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, 2020, **a.g.k.**, 300.

bildirimi yoluyla iş sözleşmesini Kanun’da gösterilen usul ve sürelerle uygun olarak sona erdirse de fesih hakkı kötüye kullanılmış olabilir¹³⁶⁰.

Fesih hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığının belirlenebilmesi için fesih hakkının kötüye kullanılmasının dayandığı ölçütün belirlenmesi gerekir. Doktrinde, hakkın kötüye kullanılmasının dayandığı birçok ölçüt ileri sürülmüştür¹³⁶¹. Fesih hakkının kötüye kullanılmasında en uygun ölçütü belirleyebilmek için, işçi-işveren dengesinde işçiden yana ancak işverenin ekonomik çöküşüne sebep olmayacak bir yaklaşımı gözönünde tutmak gerektiği ifade edilmiştir¹³⁶². “Objektif iyiniyet kurallarına aykırılık” ölçütü iş hukukunun işçiyi koruma amacına uygun düştüğünden, hakkın kötüye kullanıldığını belirlemek bakımından kullanılabilir bir ölçüt olduğu belirtilmektedir¹³⁶³. Bu ölçüt, fesih hakkının başkasına zarar verme kastı ile kullanılmasını, fesih hakkının kusurlu olarak kullanılmasını, fesih hakkının meşru bir menfaat bulunmaksızın ve sosyal gayesinden saptırılarak kullanılmasını ya da fesih hakkının kullanılmasının karşılıklı menfaatler arasında aşırı dengesizlik yaratılmasını kapsamaktadır¹³⁶⁴. İşveren bu ölçütlerden birine uygun davrandığında fesih hakkını kötüye kullandığı kabul edilmelidir. Kötüniyetli feshin bulunup bulunmadığı her somut olayın özellikleri dikkate alınarak belirlenmelidir¹³⁶⁵. Kanun’un madde gerekçesinde kötüniyetle feshe örnek olarak işçinin işvereni şikâyet etmesi, işveren aleyhine dava açması ya da tanıklık yapması halleri gösterilmektedir¹³⁶⁶. İşçinin evlenmesi nedeni ile iş sözleşmesinin feshedilmesi de doktrinde verilen örneklerden biridir¹³⁶⁷.

¹³⁶⁰Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, 2020, **a.g.k.**, 501.

¹³⁶¹Bu ölçütler sübjektif ve objektif ölçütler olarak ikiye ayrılmıştır. “Fesih hakkının başkasına zarar verme kastı ile kullanılması”, “fesih hakkının kusurlu olarak kullanılması” sübjektif ölçütlerdir. “Fesih hakkının meşru bir menfaat bulunmaksızın kullanılması ya da karşılıklı menfaatler arasında aşırı dengesizlik yaratılması”, “fesih hakkının sosyal gayesinden saptırılması”, “fesih hakkının işletme yararı dışında kullanılması”, “fesih hakkının objektif iyiniyet kurallarına aykırı olarak kullanılması” objektif ölçütler olarak sayılmıştır. S. Süzek (1976). *İş akdini fesih hakkının kötüye kullanılması, iş güvencesi konusunda karşılaştırmalı bir inceleme*. Ankara: Kazancı Yayınları, s. 75-86.

¹³⁶²Süzek, 1976, **a.g.k.**, 88.

¹³⁶³Süzek, 2019, **a.g.k.**, 539; Kılıçoğlu ve Şenocak, 2008, **a.g.k.**, 318.

¹³⁶⁴Süzek, 2019, **a.g.k.**, 539.

¹³⁶⁵Kılıçoğlu ve Şenocak, 2008, **a.g.k.**, 318.

¹³⁶⁶Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, 2020, **a.g.k.**, 501; Süzek, 2019, **a.g.k.**, 541; Kılıçoğlu ve Şenocak, 2008, **a.g.k.**, 320.

¹³⁶⁷Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, 2020, **a.g.k.**, 501; Süzek, 2019, **a.g.k.**, 543.

Fesih hakkı kötüniyetle kullanıldığında uygulanacak yaptırım bildirim sürelerine ait ücretin üç katı tutarında tazminattır. Kötüniyet tazminatına hak kazanmak için bir zarara uğranılmış olması gerekli değildir¹³⁶⁸.

Kötüniyet tazminatının düzenlenmesindeki amaç işvereni fesih hakkını kötüye kullanmaktan kaçınmaya zorlamaktır¹³⁶⁹. Doktrinde kötüniyet tazminatı, “götürü tazminat”¹³⁷⁰, ve “medeni ceza”¹³⁷¹ olarak nitelendirilmektedir.

Ayrımcılık tazminatı: İş Kanunu m.5/6’ya göre, “*İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanunun 31. maddesi (şimdiki 25) hükümleri saklıdır*”.

İş Kanunu m.5/1, mutlak ayrımcılık yasağını düzenlemektedir¹³⁷². İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz. İşveren iş ilişkisinde yönetim hakkını kullanırken de eşit durumda olanlara eşit davranma esasına uygun hareket etmek zorundadır. İşveren ayrımcılık yasağını ihlal ederse, işçi yoksun bırakıldığı haklarıyla beraber dört aya kadar ücreti tutarındaki ayrımcılık tazminatını da talep edebilir.

Ayrımcılık tazminatı işçinin dört aya kadar ücreti tutarında olduğundan, tazminatın miktarı olayın özelliğine göre işverenin ayrımcılığının ağırlığına, işçinin iş yerindeki işi ve konumuna, kıdemine uygun olarak hâkim tarafından belirlenecektir¹³⁷³. Tazminat, işverenin ayrımcılık teşkil eden davranışına yönelik bir yaptırımdır. Bu nedenle işçinin ayrımcılık tazminatı talep edebilmek için zarara uğramış olması gerekmez¹³⁷⁴. İşçinin tazminatı talep edebilmek için iş ilişkisinin bitmiş olması şart değildir, iş ilişkisi devam ederken de talep edebilir¹³⁷⁵.

¹³⁶⁸Süzek, 1976, **a.g.k.**, 162; Kılıçoğlu ve Şenocak, 2008, **a.g.k.**, 322; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, 2020, **a.g.k.**, 300.

¹³⁶⁹Süzek, 1976, **a.g.k.**, 163.

¹³⁷⁰Kılıçoğlu ve Şenocak, 2008, **a.g.k.**, 322; Süzek, 2019, **a.g.k.**, 543; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, 2020, **a.g.k.**, 300.

¹³⁷¹K. Oğuzman (1955). *Türk Borçlar Kanunu ve iş mevzuatına göre hizmet “iş” akdinin feshi*. İstanbul: Akgün, s. 282; M. Çenberci (1984). *İş kanunu şerhi* (5. Bası). Ankara, s. 261; F. H. Saymen (1954). *Türk iş hukuku*. İstanbul: Hak Kitabevi, s. 609.

¹³⁷²Kılıçoğlu ve Şenocak, 2008, **a.g.k.**, 142.

¹³⁷³Kılıçoğlu ve Şenocak, 2008, **a.g.k.**, 147.

¹³⁷⁴Kılıçoğlu ve Şenocak, 2008, **a.g.k.**, 147; Çelik, Canikoğlu ve Canbolat, 2020, **a.g.k.**, 449.

¹³⁷⁵Kılıçoğlu ve Şenocak, 2008, **a.g.k.**, 147.

İş Kanunu'nda öngörülen ayrımcılık yasağına benzer bir ayrımcılık yasağı da Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, işçilerin işe alınmaları, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği muhafaza veya üyelikten istifa etmeleri veya sendikaya girmeleri veya girmemeleri şartına bağlı tutulamaz. İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde, işçi sendika veya konfederasyonlarının faaliyetlerine katılmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya herhangi bir nedenle farklı muameleye tabi tutulamazlar. İşverenin bu yasaklara aykırı hareket etmesi halinde, işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere tazminata hükmedilir. Bir yıllık ücretin üzerinde tazminata hükmedilmesi hâkimi takdirindedir¹³⁷⁶. İşçi herhangi bir zarara uğramasa da tazminatı talep edebilir¹³⁷⁷.

Sendikal tazminat: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesine göre, işçiler sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya farklı işleme tabi tutulamaz. İşverenin bu yasağa aykırı hareket etmesi halinde, işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir.

İşçinin genel olarak feshe karşı korunmasındaki amaç, kişinin çalışma hakkının güvence altına alınmasıdır¹³⁷⁸. İşçinin sendikal nedenlerle feshe karşı korunmasında ise hem çalışma hakkını hem sendikal özgürlüğünü güvence altına almak amaçlanmaktadır¹³⁷⁹. Sendikal nedene dayalı fesih, fesih hakkının kötüye kullanılmasıdır¹³⁸⁰.

¹³⁷⁶Kılıçoğlu ve Şenocak, 2008, **a.g.k.**, 322.

¹³⁷⁷Kılıçoğlu ve Şenocak, 2008, **a.g.k.**, 322.

¹³⁷⁸S. Göktaş (2020). *Türk iş hukukunda haksız fesih*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 134.

¹³⁷⁹Göktaş, 2020, **a.g.k.**, 134.

¹³⁸⁰Süzek, 2019, **a.g.k.**, 547; Göktaş, 2020, **a.g.k.**, 134; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, 2020, **a.g.k.**, 302.

İşçinin sendikal tazminat talep edebilmesi için mutlaka işe iade davası açması gerekmez. İşe iade davası açılmadan doğrudan sendikal tazminat davası açılabilir¹³⁸¹. Ayrıca iş sözleşmesinin feshi söz konusu olmaksızın işçiler işe alınmalarında veya işin devamı süresince işveren tarafından sendikal nedenle ayrımcılığa tabi tutulursa sendikal tazminat talep edilebilir.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda sendikal tazminatın alt sınırı belirlenmiştir. İşçi, sendikal fesihden dolayı hiçbir zarara uğramasa bile ücretinin en az bir yıllık tutarında tazminata hak kazanır¹³⁸². Sendikal tazminat miktarına asgari sınır çizilerek, miktarın tespiti, ihlalin ağırlığına ve somut olayın özelliğine göre hâkimin takdirine bırakılmıştır; hâkim işçinin bir yıllık ücretinin üzerinde bir sendikal tazminata hükmedilebilir¹³⁸³. İş güvencesinden yararlanan veya yararlanmayan işçiler, sendikal nedenle ayrımcılık yasağının ihlali sebebiyle bu tazminatı talep edebilirler¹³⁸⁴.

Sendikal tazminat, kötü niyet tazminatında olduğu gibi, “götürü tazminat”¹³⁸⁵ ve “medenî ceza”¹³⁸⁶ olarak nitelendirilmiştir.

İhbar tazminatı, kötüniyet tazminatı, ayrımcılık tazminatı, sendikal tazminat ile cezaî tazminat kurumu arasındaki benzerliği değerlendirecek olursak, iş hukukuna ilişkin bahsi geçen tazminatlara hükmedilmek bakımından, cezaî tazminatta olduğu gibi kusurun ağırlaşmış hali aranır. Örneğin kötüniyet tazminatında işverenin sözleşmeyi fesih hakkını kötüye kullanması aranır. Ayrımcılık tazminatı ya da sendikal tazminat, işverenin işçiye yönelik bilinçli tercihleri sonrasında gündeme gelir. Ancak iş hukuku tazminatlarında, tazminat miktarında belirli bir sınır söz konusudur. Cezaî tazminatta olduğu gibi tazminat miktarı belirlenirken failin malvarlığının göz önüne alınması söz konusu değildir. Dolayısıyla bu tazminatların gündeme geldiği durumlarda, hâkim cezaî tazminatta olduğu gibi cezalandırma ve caydırma amacına yönelik yüksek miktarlara hükmedemez. Anılan iş hukuku tazminatlarına hükmedebilmek bakımından zararın varlığı gerekli değildir. Cezaî tazminata hükmedilmek bakımından kural olarak davacının zararının bulunması gerekir.

¹³⁸¹Süzek, 2019, **a.g.k.**, 546.

¹³⁸²Süzek, 2019, **a.g.k.**, 546

¹³⁸³Ö. Ekmekçi (2019). *Toplu iş hukuku dersleri* (2. Bası). İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 130; Süzek, 2019, **a.g.k.**, 546; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, 2020, **a.g.k.**, 302.

¹³⁸⁴Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, 2020, **a.g.k.**, 302.

¹³⁸⁵Kılıçoğlu ve Şenocak, 2008, **a.g.k.**, 322; Süzek, 2019, **a.g.k.**, 546.

¹³⁸⁶Süzek, 1976, **a.g.k.**, 179.

12. İcra İnkâr ve Haksız Takip Tazminatları

İcra ve İflâs hukukunda, alacaklının ve borçlunun hak arama özgürlüğü çerçevesinde sahip oldukları hukuksal kolaylıkları, dürüstlük kuralına aykırı şekilde kullanmaları halinde birtakım yaptırımlar öngörülmüştür¹³⁸⁷. Bu yaptırımların tamamını kapsayacak şekilde icra tazminatı ifadesi kullanılabilir¹³⁸⁸. İcra tazminatının Türk icra hukukunda geniş bir uygulama alanı vardır. Kanun'un çeşitli maddelerinde icra tazminatının türleri düzenlenmiştir. Cezaî tazminat kurumu ile karşılaştırma yapmak bakımından m.67/’de düzenlenen icra tazminatını değerlendirilecektir.

Para ve teminat alacakları için başvurulabilecek ilâmsız icrada, alacağın mahkeme ilâmı ile tespit edilip hüküm altına alınmış olması gerekmez¹³⁸⁹. Alacaklı doğrudan icra dairesine başvurarak takip yapabilir. Genel haciz yoluyla takipte alacaklının elinde alacaklı olduğunu gösterir bir belgenin bulunmasına dahi gerek yoktur. İlâmsız icrada daha önce yargılama yapılmamış olduğu için borçluya kendisine karşı yürütülen takibe itiraz imkânı tanınmıştır¹³⁹⁰.

İcra tazminatı İİK m. 67’de düzenlenmiştir. Hükme göre: “*Takip talebine itiraz edilen alacaklı, itirazın tebliği tarihinden itibaren bir sene içinde mahkemeye başvurarak, genel hükümler dairesinde alacağının varlığını ispat suretiyle itirazın iptalini dava edebilir. Bu davada borçlunun itirazının haksızlığına karar verilirse borçlu; takibinde haksız ve kötüniyetli görünürse alacaklı, diğer tarafın 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. İtiraz eden veli, vasi veya mirasçı ise, borçlu hakkında tazminat hükmolunması kötüniyetin sübutuna bağlıdır*”.

Kanunun 67. maddesinde inkâr tazminatı ve haksız takip tazminatından (kötüniyet tazminatı da denilmektedir) bahsedilmektedir. Kendisine gönderilen ödeme emrine karşı itiraz eden borçlunun itirazın iptali davasında haksız bulunması halinde ödeyeceği tazminat inkâr tazminatıdır. İtirazın iptali davasında alacaklının takip hakkını dürüstlük

¹³⁸⁷M. Atalı ve İ. Ermenek (2021). *İcra ve iflâs hukuku* (4. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 96.

¹³⁸⁸Atalı ve Ermenek, 2021, **a.g.k.**, 96.

¹³⁸⁹H. Pekcanitez vd., (2022) *İcra ve iflâs hukuku* (9. Bası). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 8.

¹³⁹⁰Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, 8.

kuralına aykırı olarak kullandığının ispatlanması halinde borçlu lehine ödeyeceği tazminat haksız takip tazminatıdır.

İnkâr tazminatına hükmedilebilmesi için gereken şartlar; alacaklının ilâmsız icra takibi yapması, borçlunun kendisine gönderilen ödeme emrine süresi içinde itiraz etmiş olması, itirazın iptali davasının süresi içinde açılmış olması, alacaklının inkâr tazminatı için talepte bulunması, borçlunun itirazının haksızlığına karar verilmesidir¹³⁹¹.

Alacaklının haklı olup olmadığı takip tarihi itibarıyla belirlenmelidir¹³⁹². Eğer borçlu takip tarihi itibarıyla haksız ise inkâr tazminatına hükmedilir. Tazminata karar verilebilmesi için borçlunun haksız olması gerekir¹³⁹³. Ancak borçlunun kötünietli olması aranmaz. Mahkeme, alacaklının talebi üzerine haksız itirazda bulunan borçlu aleyhine alacağın yüzde yirmisi oranında inkâr tazminatına hükmedecektir. Alacaklının zararını ispat etmesi gerekmez¹³⁹⁴. Alacaklı zararının daha fazla olduğunu iddia ediyorsa bunu ispat etmesi gerekir. Bu halde mahkeme yüzde yirmiden daha fazla inkâr tazminatına hükmeder¹³⁹⁵.

Mahkeme, takip konusu alacağın mevcut olmadığına kanaat getirirse itirazın iptali davası reddedilir. Borçlunun talep etmesi, alacaklının takibinde haksız ve kötü niyetli olması halinde, mahkeme, reddedilen miktarın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere alacaklı aleyhine haksız takip tazminatına hükmeder¹³⁹⁶.

İnkâr tazminatının amacı, alacağın tahsilini geciktirmek için takibe haksız olarak yöneltilen itirazları önlemektir¹³⁹⁷. Zira ilâmsız icra yoluyla takipte borçlunun ödeme emrine itiraz etmesiyle takip durmaktadır. Dolayısıyla borçlunun dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde itiraz hakkını kullanmasına olanak tanınması halinde ilâmsız icra yoluyla takip işlevsiz hale gelecektir. Kanun koyucu, borçlunun haksız yere süreci uzatmasına engel olarak, ilâmsız icra takibinin daha kısa sürede ve daha az masrafla sonuçlandırılmasını istemiştir¹³⁹⁸. Borçlunun ilâmsız icra takibine itiraz etmesi halinde

¹³⁹¹E. Yılmaz (2008). İcra inkâr tazminatı açısından “likid alacak” kavramı. *Bankacılar Dergisi*, Sayı: 67, s. 87.

¹³⁹²Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, 119.

¹³⁹³Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, 119.

¹³⁹⁴Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, 119.

¹³⁹⁵Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, 119.

¹³⁹⁶Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, 121.

¹³⁹⁷B. Kuru (2006). *Makaleler*. İstanbul: Arıkan, s. 649.

¹³⁹⁸B. B. Akyürek (2021). Borç inkâr tazminatı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 46.

alacaklı icra mahkemesinden itirazın iptalini isteyecektir. Böylece sürece mahkeme de dahi olacaktır. İcra inkâr tazminatı, borçluyu ödeme emrine haksız yere itiraz etmekten caydırarak mahkemelerin iş yükünü azaltmayı da amaçlamaktadır¹³⁹⁹.

Zararın varlığını gerektirmemesi ve inkârın yaptırımını olması nedeniyle, inkâr tazminatının cezalandırıcı ve caydırıcı nitelik taşıdığı kabul edilmektedir¹⁴⁰⁰. Borçlar hukuku anlamında bir tazminat olmayıp, şartları tamamen icra hukukunda düzenlenen bir yaptırım olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁰¹.

Zarar koşulu aranmayan inkâr tazminatı ve haksız takip tazminatlarının caydırma ve cezalandırma amacı taşıdığı açıktır. Dolayısıyla cezaî tazminat ve icra tazminatı amaçları bakımından benzerlik göstermektedir. Ancak cezaî tazminata hükmedebilmek için davacının zararı aranır, telafi tazminata ek olarak hükmedilir. Tazminatın miktarını takdiren belirlenir. Bu bakımlardan icra tazminatından farklılık göstermektedir.

¹³⁹⁹Akyürek, 2021, **a.g.k.**, 47.

¹⁴⁰⁰İstemi, 2011, **a.g.k.**, 2710.

¹⁴⁰¹Kuru, 2006, **a.g.k.**, 649; E. Yılmaz (2009). İcra tazminatı. Haluk Konuralp Anısına Armağan Cilt 2. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 684; A. Kılınç (2019). İcra tazminatına hükmedilebilmesinde talep koşulu ve taleple bağlılık ilkesi bakımından değerlendirilmesi. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 1*, s. 214, 215; C. Akil (2012). İtirazın iptali davasında icra inkâr tazminatının şartı olarak borçlunun itirazının haksızlığına karar verilmesi. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1*, s. 321; Akyürek, 2021, **a.g.k.**, 44; A. Deynekli ve S. Kısa (2002). *İtirazın iptali davaları, icra inkâr ve kötüniyet tazminatları*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 174; H. Yılmaz (2003). İtirazın iptali davası ve icra inkâr tazminatı. *Ankara Barosu Dergisi Sayı: 3*, 21-22.

SONUÇ

Common Law hukuk sistemi ile Kıta Avrupası hukuk sistemi tazminat hukukunda benzer yaklaşımlar içermektedir. Her iki hukuk sisteminde de asıl amaç zarar görenin zararını olabildiğince gidermektir. Bu anlamda telafi edici tazminat bakımından iki hukuk sistemi arasında çok büyük farklılık yoktur. Telafi tazminatına hâkim ilkeler, tazminatın mağdur odaklı olması, tazminat miktarının zararı aşmaması ve mağdurun haksız fiil nedeniyle elde ettiği faydaların tazminattan düşürülmesidir.

Common Law hukuk sistemini tazminat hukukunda farklı kılan en önemli kurum cezaî tazminattır. Cezaî tazminat, telafi tazminatından farklı olarak zararı aşan miktarda, failin davranışını ağırlaştıran unsurların varlığı nedeniyle faili cezalandırmak, faili ve üçüncü kişileri ileride benzer davranışlarda bulunmaktan caydırmak amacıyla hükmedilen tazminattır.

Cezaî tazminat İngiltere’de doğmakla beraber bugün asıl olarak Amerikan hukuk sistemi ile anılmaktadır. Amerikan hukukunda cezaî tazminat konusunda eyaletlerin düzenlemeleri farklı olmakla beraber genel bir cezaî tazminat fikri olduğu söylenebilir. Bu hukuk sisteminde haksız fiil tipleri yer almaktadır. Ancak cezaî tazminat bakımından, bu tazminata karar verebilmek için belirli haksız fiil tipindeki davranışın gerçekleşmesi aranmamıştır. Diğer deyişle cezaî tazminata hükmedilebilecek haksız fiil tipleri sınırlı olarak sayılmamıştır. Cezaî tazminata hükmedilmek bakımından esas olarak ele alınan unsur failin davranışının kusurunun derecesidir. Cezaî tazminata izin veren her eyalet zarar verme kastı aramaktadır. Failin kusurunun derecesi bakımından ihmal yeterli değildir ancak bazı durumlarda ağır ihmal halinde de cezaî tazminata hükmedilebilmektedir. Kusur derecesini belirtmek için mahkemeler *willfully* (isteyerek), *wantonly* (aşırı pervasız), *maliciously* (kötüniyetle kasıtlı olarak), *reckless* (umursamaz), *oppressive* (gaddarca), *gross negligence* (ağır ihmalle), *knowingly or conscious disregard of others rights or safe* (başkalarının haklarını ya da güvenliğini bile bile veya bilinçli olarak göz ardı etmek) gibi terimler kullanmaktadır. Amerikan hukukunda kural olarak davacının maddi zararı bulunmadığı sürece cezaî tazminat verilmez. Zira cezaî tazminat faili cezalandırmak üzere telafi tazminatına ek olarak verilmektedir. Mahkemeler cezaî tazminata hükmedebilmek bakımından nominal tazminatın varlığını da yeterli saymaktadır. Eyaletlere göre değişmekle beraber davalının serveti cezaî tazminatın belirlenmesinde göz önüne alınmaktadır. Tazminat miktarını jüri belirlemektedir. Ancak

pek çok eyalette cezaî tazminat miktarına sınırlama getirilmiştir ya da hâkimin tazminat miktarına müdahalesi mümkün kılınmıştır. Amerikan hukukunda, özel hukuk davalarında ispata ilişkin ölçüt, delillerin üstünlüğü (*preponderance of the evidence*), ceza davalarında ise makul şüphenin ötesinde olma (*beyond a reasonable doubt*) ölçütüdür. Cezaî tazminatın ispatında esas olarak özel hukuk kuralları uygulanırken, açık ve inandırıcı delil (*clear and convincing evidence*) bir üçüncü ölçüt olarak eklenmiştir.

Köklü geçmişine rağmen cezaî tazminat kurumu hâlâ doktrinde ve Amerikan kamuoyunda tartışılmaya devam eden bir kurumdur. Tartışma başlıkları kamu hukuku/ özel hukuk ayırımının belirsizleşmesi, davalıyı cezalandırma amacı güdülmesine rağmen, failin hukuk muhakemesinde, sanığın ceza muhakemesinde korunduğu gibi korunmadığı, failin iki kere yargılandığı, davalıya çoklu ceza verildiği, jürinin tazminata yer olup olmadığına ve tazminat miktarına karar vermek konusunda yeterli donanımına sahip olup olmadığı, jürinin davalıya karşı önyargısız karar verip veremeyeceği ve davalının zenginleşmesi meselesidir. Kamuoyunun en çok dikkatini çeken mesele olan tazminat miktarları ile ilgili olarak Amerikan Yüksek Mahkemesi, birden fazla karar vermiştir. Yüksek Mahkeme'nin cezaî tazminatın sınırlandırılmasına ilişkin iki önemli kararı 1996 yılında verdiği *BMW of North America Inc. v. Gore* kararı ve 2003 yılında verdiği *State Farm Mutual Automobile Ins. Co. v. Campbell* kararıdır. Yüksek Mahkeme, *BMW of North America Inc. v. Gore* kararında, cezaî tazminata karar verilirken adil yargılanma kuralına aykırı olacak biçimde keyfiliğe ve aşırılığa kaçılmaması için yol gösterici nitelikteki ilkeleri, davalının davranışının kusurluluk derecesi, telafi tazminatı ile cezaî tazminat arasındaki orantı, cezaî tazminat ile benzer durumlarda verilen para cezaları arasındaki fark olarak belirlemiştir.

Kıta Avrupası hukuku, cezaî tazminat kurumuna uzak kalamamıştır. Zira ülke sınırlarının ticaret, turizm ve iletişimle silikleşmesi iki hukuk sistemini birbiri ile ister istemez etkileşim halinde olmaya zorlamaktadır. Kurum, Amerikan mahkemelerinin verdiği kararların tenfiz talepleri ile tartışmaya açılmıştır. Kıta Avrupası mahkemelerinin verdiği ilk kararlar tenfiz taleplerinin kabulünün kamu düzenine aykırılık oluşturacağı yönündedir. Farklı ülkelerdeki mahkeme kararları, Kıta Avrupası hukuk sisteminde tazminatın amacının telafi olduğu, mağdurun zenginleşmesinin kabul edilemez olduğu, cezalandırma amacının özel hukuka ait olmadığı hususlarının altını çizmektedir. Doktrinde kurumun kendi ülke hukukları ile uyum sağlayıp sağlayamayacağını tartışan

hukukçular, mevzuatlarında telafi amacını aşan miktarlarda tazminatları ve bunların düzenleniş amaçlarını sorgulamaya yönelmiştir. Alman hukukunda, haksız rekabete, fikri haklara ilişkin düzenlemelerde faili cezalandırma amacı olduğu, manevî tazminatta caydırma amacının ön plana çıktığı kabul edilmektedir. İtalyan hukukunda tazminatın çok amaçlı olabileceği fikri uzun süre reddedildikten sonra caydırma ve cezalandırma amacına da sahip olabileceği kabul edilmiştir. Fransız hukuku ise cezaî tazminata daha yakın durmakta ancak aşırı yüksek miktarda tazminatların kamu düzenini bozacağını kabul etmektedir. Türk hukukunda da çeşitli alanlarda yer alan telafiyi aşan tazminatların caydırma ve cezalandırma amacı taşıdığı açıktır. Örneğin rekabet hukukundaki üç misli tazminat cezaî tazminata hayli benzemektedir.

Türk hukukunda tazminatın amacı maddi ve manevî tazminat açısından farklı ele alınmaktadır. Haksız fiil hukukunda maddi tazminatın amacının telafi olduğu telafi amacından bağımsız caydırma ve cezalandırma amacı olmadığı kabul edilmektedir. Telafi tazminatı mağdurun zararına odaklıdır, failin elde ettiği kazançla ve haksız fiilin topluma verdiği zararla ilgilenmez. Ayrıca geçmişe dönüktür, ileriye dönük olarak benzer davranışları önlemek gibi bir amacının olduğu söylenemez.

Caydırma ve cezalandırma amaçlarının sadece ceza hukukuna mı ait olduğu, tazminat hukukunda caydırma ve cezalandırma amaçlarının kabul edilip edilemeyeceği tartışılabilir. Cezalandırmayı failden intikam alma duygusuna indirgediğimizde, cezanın haksız fiiller alanından çıkarılarak ceza hukuku ile sınırlanması, sorumluluk hukukunun önemli gelişim aşamalarından biri olarak kabul edilebilir. Hukuka aykırı davranışların çok karmaşık olmadığı, illiyet bağının kolayca kurulabildiği, zararın net olarak hesaplanabildiği ve her şeyden öte tarafların gücünün eşit olduğu durumlarda cezalandırma amacı önem taşımayabilir. Zira tek başına telafi tazminatı da adaleti sağlamaya hizmet edebilir. Ancak bugün geline nokta haksız fiillerin bir kısmı basitçe içinden çıkılabilecek hukuki sorunlar değildirler, çok daha karmaşıktırlar. Çoğu zaman bu karmaşık hukuki uyuşmazlıklarda taraflar eşit güçte değildir. Çevre kirlentinin sorumluluğunda, üreticinin sorumluluğunda söz konusu karmaşıklığa çok sayıda örnek bulunabilmektedir. Çalışmada Amerikan hukukundan verilen örneklerde görüldüğü üzere gücü elinde bulunduran taraf, çok rahat ve umursamaz şekilde herhangi bir zarar ortaya çıkması ihtimalinde ki çoğu örnekte bu zararın ortaya çıkacağı kesine yakın şekilde bilinmesine rağmen, ödeyeceği telafi tazminatını hesap etmekte ve kâr- zarar dengesinde

tazminat ödemek daha kârlıysa üçüncü kişilere vereceği zararı umursamadan yoluna devam etmektedir. Gücü elinde bulunduran taraf çoğu zaman, karşı tarafın hukuki bir süreçle uğraşmayı göze almayacağını da bilmektedir. İşte bu gibi durumlarda hukukun elinde, haksız fiilde bulunmaya teşebbüs edeni durdurmaya yarayacak bir yaptırım olmalıdır.

Hukukun toplumsal düzeni sağlamak bakımından sadece ceza hukukuna güvenmesi kabul edilemez. Zira ceza hukuku karmaşıklaşan hayatta bugün dünden çok daha fazla mesele ile ilgilenmekte, haliyle suç tiplerini önem sırasına koymaktadır. Bu durumda da toplumsal refahın sürmesi bakımından dikkatle ele alınması gereken haksız fiillerde ceza hukukundan beklenen caydırma amacı gerçekleşmemektedir. Tazminatın caydırma ve cezalandırma amacı kabul edildiğinde, toplumda kişilerin davranışlarını yönlendirme mümkün olabilecektir. Cezaî tazminat adında cezayı barındırsa da teknik anlamda bir ceza değildir, özel hukuka ait bir yaptırımdır. Faili cezalandırma amacı taşıması ve zararı aşan miktarda tazminata hükmedilmesi, onu bir ceza hukuku kurumu yapmaz. Cezaî tazminatı, özel hukukta, zarar ortaya çıkmadan, zararı önlemeye yönelik kullanabileceğimiz bir araç olarak kabul edebiliriz. Gerek Kıta Avrupası hukuk sisteminden gerek bu hukuk sistemine dahil olan Türk hukukundan örneklerde gördüğümüz gibi cezalandırma amacı ve zararı aşan tazminat tamamen yabancı kavramlar değildir. Hukukun kişileri caydırmaya ihtiyaç duyduğu kimi alanlarda özel hukuk yaptırımları, telafi etme amacından ayrılmaktadır.

Tazminatın caydırma ve cezalandırma amacı kabul edilse bile zararı aşan kısmın mağdura ödenmesi eleştirilmektedir. Davacının, zararının giderilmesi dışında, cezaî tazminat yoluyla zararının üstünde bir miktarı almasını haksız kazanç olarak kabul etsek bile bu bizi giderilmesi gereken bir zararın tamamen giderilmemesi kadar rahatsız etmemelidir. Aynı şekilde mağdurun zararının giderilmesi için “güçlü” tarafla hukuki çekişmeye girmeye değmeyeceğini düşünerek hukuka aykırılığı mahkeme önüne getirmekten kaçınmasındansa, mağdurun zararının üstünde tazminat elde etmesi pahasına failin mahkeme önüne gelmesi tercih edilmelidir. Bazı durumlarda fail, mağdurun, zararı küçük tutarlı olduğundan tazminat davası ile uğraşmayacağını bildiği için eylemlerine rahatlıkla devam edebilmekte, bu sayede haksız fiilden ciddi kâr elde edebilmektedir. Örneğin bizimki gibi hak arama bilinci düşük toplumlarda, ayıplı olduğu çok açık ama fiyatı düşük bir ürün için hakkını arayacak tüketici sayısı muhtemelen çok fazla

olmayacaktır. Böyle bir durumda da failin rahatça hareket etmesindense, mağdurun zararının üzerinde tazminat alması tercih edilmelidir. Zira sadece zararı gözetmek ve buna göre tazminatı belirlemek, hukukun haksız fiilleri teşvik etmesi anlamına gelecektir. Tazminat miktarı yeteri kadar caydırıcı olmazsa, davalı ve diğerleri benzer fiilleri tekrarlamaktan kaçınmayacaktır. Mağdurun cezaî tazminat elde etmek amacıyla, zarardan kurtulmak veya zararı azaltmak için çaba göstermeyeceği ileri sürülebilir. Bu ihtimale karşı cezaî tazminat miktarı belirlenirken mağdurun birlikte kusuru dikkate alınabilir.

Türk hukukunda cezaî tazminat benzeri bir düzenleme yoktur. Cezaî tazminat benzeri özel hukuk yaptırımları ise birçok hukuk alanında değişik şekillerde düzenlenmiştir. Bu özel hukuk yaptırımları, zarar miktarını aştıkları, caydırma ve cezalandırma amaçlarına yöneldikleri için cezaî tazminat kurumu ile karşılaştırılmaktadır. Ancak bir yaptırımın zarar miktarı ile bağlı kalmaması ya da telafi amacı dışında amaçlara yönelmesi onu cezaî tazminat yapmaz. Cezaî tazminat kendine özgü bir kurumdur.

Hukuk sistemimizde, cezaî tazminatın belirli koşulları içerecek şekilde düzenlenebileceğini düşünmekteyiz. Amerikan hukukunda varolan cezaî tazminat gibi, telafi tazminata ek olarak, faili cezalandırmayı ve fail ile üçüncü kişileri ileride benzer davranışlardan bulunmaktan caydırmayı amaçlayan, mağdurun zararı ile sınırlı olmayan bir tazminat düzenlemesi yapılabilir. Caydırma ve cezalandırma amacına yönelik bu tazminat, Türk hukukunda toplumsal olarak zayıf olanı korumaya, çevrenin kirletilmesini, ayıplı ürünlerin rahatça piyasaya sunulmasını, iş yerinde keyfi ayrımcılık yapılmasını vb. engellemeye yardımcı olabilir.

Doktrinde cezaî tazminat düzenlemesine ilişkin öneride bulunan görüşe göre, cezaî tazminata belirli koşulların sağlanması halinde hükmedilebilmelidir. Bu görüşe göre, tazminat tutarı caydırıcı etkiyi sağlayacak miktarda olmalı, fiil nitelikli kusur barındırmalı, fiil toplum için kabul edilemez olmalı, cezaî tazminatın üst sınırı olmalı, bir kişi aleyhine birden fazla kez cezaî tazminat yaptırımı olmamalı, cezaî tazminat tutarında indirim yapılmamalı ve ifade özgürlüğünün kullanımı nedeniyle cezaî tazminat verilmemelidir.

Biz de “eylemin toplum için kabul edilemez olması” ve “cezaî tazminat tutarında indirim yapılamaması” ve “bir kişi aleyhine birden fazla kez ceza verilmemesi”

özellikleri dışında diğer özelliklerin cezaî tazminat düzenlemesi bakımından uygun olacağını düşünmekteyiz.

Fiilin ağırlaştırıcı hali aranırken, ayrıca “fiilin toplum için kabul edilemez olması” özelliğinin aranması durumunda, takdir hakkına geniş yer bırakılacağını ve cezaî tazminatın uygulanmasının sınırlanabileceğini düşünmekteyiz. Failin fiilinin nitelikli kusur barındırması yeterlidir. Amerikan hukukunda fiil, kasti, umursamaz, sorumsuz, kötülük yapma amacıyla, şeytani niyetle, baskıcı, aşağılayıcı, düşmanca hislerle, başkalarının haklarını ve güvenliğini bilinçli olarak bile bile göz ardı etme gibi terimlerle tanımlandığında kusurun nitelikli hali söz konusudur. Türk hukuku bakımından bu ifadeleri karşılayan, failin kasten ya da ağır ihmalle zarar vermesidir. Dolayısıyla olayda kast ya da ağır ihmal olması cezaî tazminata hükmedebilmek bakımından yeterli olmalıdır.

Mağdurun zararın artmasında etkili olduğu durumlarda hâkimin bu hususu tazminat miktarının indirilmesi bakımından dikkate alabileceğini düşünmekteyiz. Hâkimin ceza miktarında indirim gitmesi caydırıcılık etkisini azaltmayacaktır. Zira burada tazminat miktarını etkileyecek olan mağdurun davranışdır. Ayrıca mağdurun zararın artmasında etkili olduğu durumlarda hâkimin tazminat miktarını indirebilmeye yönelik takdir hakkına sahip olması, mağdurun cezaî tazminat elde etmek amacıyla zarardan kurtulmak veya zararı azaltmak için çaba göstermeyeceği eleştirilerini ortadan kaldıracaktır.

Bir kişi aleyhine birden fazla kez cezaî tazminat kararı verilebileceğini düşünmekteyiz. Cezaî tazminattaki amaç toplumsal düzene hizmet etmektir. Bir kişinin birden fazla cezalandırılmaması kuralı da toplumsal düzenin temel taşlarından biridir. Ancak cezaî tazminat caydırma işlevini hayli etkili yerine getiren bir yaptırımdır. Özellikle toplumda gücü elinde bulunduranlara karşı kullanılması amacıyla düzenlenecek kurumun caydırıcılık etkisini azaltmamak gerekir.

Cezaî tazminat miktarının yüksek olması caydırıcılık bakımından önemlidir. Failin hukuka aykırı eyleminin sonunda ödeyeceği tazminat miktarının, haksız fiille elde edeceği kârın yanında anlamsız kaldığı durumlarda faili hukuka aykırı davranmaktan caydırmayacağı açıktır. Dolayısıyla tazminat miktarı faili önleyecek miktarda olmalıdır. Ayrıca üçüncü kişilere örnek olacak büyüklükte olması da önemlidir. Zira caydırıcılık dediğimizde, hem failin hukuka aykırı davranış öncesi olası sonuçları hesaplayarak

davranıştan kaçınmasını hem üçüncü kişilerin, failin hukuka aykırı davranışı sonucunda katlanmak zorunda kaldığı sonuçları görerek benzer davranışlardan kaçınmasını kastediyoruz. Bu nedenle cezaî tazminat miktarı belirlenirken failin serveti ve haksız fiilden elde ettiği kazanç dikkate alınmalıdır.

Cezaî tazminat tutarına bir üst sınır konulması gereklidir. Bir üst sınırının olması hem keyfiliği önleyecektir hem fail bakımından belirsizliği giderecektir. Zira her somut olayda tazminat miktarını etkileyen unsurlar farklı olsa da fail tazminat tutarına ilişkin bir öngörüye sahip olmalıdır. Ayrıca üst sınırın olması benzer özellikler taşıyan olaylarda birbirine yakın tazminat tutarlarına karar verilmesini sağlar. Cezaî tazminatın üst sınırı telafi tazminatına göre belirlenebilir. Örneğin cezaî tazminat, telafi tazminatının on katını geçemez şeklinde bir sınırlama getirilebilir. Failin haksız fiilden elde ettiği kazanç belirlenen üst sınırı geçecek olursa cezaî tazminatın miktarı üst sınıra bağlı kalınmadan belirlenmelidir.

Cezaî tazminatın Türk hukukunda düzenlenmesi konusunda öneriler getiren görüşün, cezaî tazminatın ifade özgürlüğünün kullanıldığı durumlarda verilmemesi yönündeki uyarısına katılıyoruz. Bu görüş, ifade özgürlüğüne dahil olmayan hakaret, tehdit veya suçluyu övme gibi eylemler ile bariz biçimde basın özgürlüğünün veya ifade özgürlüğünün kötüye kullanılması eylemlerinde cezaî tazminatın verilebileceğini ileri sürmektedir. Basın ve ifade özgürlüğünün söz konusu olduğu alanların cezaî tazminata tamamen kapalı tutulup, caydırıcılık ve cezalandırma amacının manevî tazminat yoluyla sağlanmasının daha uygun olacağını düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

- Aberson, D. S. (2006). Note: a fifty-state survey of medical monitoring and approach the Minnesota Supreme Court should take when confronted with the issue. *William Mitchell Law Review* Vol: 32, No: 3, 1095- 1144.
- Abraham, K.S. and Jeffries, J. C. (1989). Punitive damages and the rule of law: the role of defendant's wealth. *The Journal of Legal Studies*, Vol: 18, No: 2, 415- 426.
- Abraham, S. K. (2002). The forms and functions of tort law. (2. Baskı), New York: Foundation Press.
- Akil, C. (2012). İtirazın iptali davasında icra inkâr tazminatının şartı olarak borçlunun itirazının haksızlığına karar verilmesi. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1*, 317- 337.
- Akkayan Yıldırım, A. (2003). Cezaî şartın işlevi Türk ve Amerikan hukukları açısından karşılaştırmalı bir değerlendirme. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 61, Sayı:1-2*, 357- 414.
- Akyürek, B. B. (2021). Borç inkâr tazminatı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Antalya, O. G. (2017). *Manevî zararın belirlenmesi ve manevî tazminatın hesaplanması*. İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 25.
- Antalya, O. G. (2019). Borçlar hukuku genel hükümler cilt V/1,2. (2. Baskı). Ankara: Seçkin.
- Amelung, T. U. (1999). Damage awards for infringement of privacy- the German approach. *Tulane European & Civil Law Forum*, Vol:14, 15- 48.
- Aral, F. ve Ayrancı, H. (2021). *Borçlar hukuku özel borç ilişkileri* (14. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Arı H. (2009). *Rekabet hukukunda etkin yaptırım politikası: Themis, kılıç ve terazi. Rekabet Hukuku Yaptırım Politikasında Yeni Dönem: Ceza ve Pişmanlık Yönetmelikleri*. (Editör: K. C. Sanlı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 5- 29.
- Arıcı, K. (1997). Hizmet akitlerine cezai şart konulması. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1*, 40- 54.
- Arıdemir, A. G. (2008). *Sözleşmeye aykırılıktan doğan manevî tazminat*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

- Arıdemir, A. G. (2020). *Manevî tazminatın bir miktar para ödenmesi dışındaki türleri. Kişilik Haklarına İlişkin Güncel Sorunlar* (Editörler: S. A. Dursun ve A.G. Arıdemir). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 119- 164.
- Arkan, A. (2005). *Mukayeseli hukuk, uluslararası düzenlemeler ve Türk Fikri Hukuku alanında eser sahibinin haklarına bağlantılı haklar*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Arslan, G. (2022). *Türk Hukuku ile karşılaştırmalı olarak Amerikan Haksız Filler Hukukunda tehlike sorumluluğu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Aslan, İ. Y. (2014). *Rekabet hukuku dersleri*. (4. Baskı). Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- Atalı, M. ve Ermenek, İ. (2021). *İcra ve iflâs hukuku* (4. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Atamer, Y. M. (1996). *Haksız fiillerden doğan sorumluluğun sınırlandırılması, özellikle uygun nedensellik bağı ve normun koruma amacı kuramları*. İstanbul: Beta.
- Atlan Kazan, H. (2014). Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme. *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı, 2*, 149- 186.
- Aydemir, E. (2016). *Türk Borçlar Yasasına göre kira hukuku*. (4. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Aydoğdu, M. ve Kahveci, N. (2013). *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. İzmir: İleri Kitabevi.
- Baumgartner, S. P. (2013). Understanding the obstacles to the recognition and enforcement of U.S. judgements abroad. *New York University of International Law and Politics, Vol: 45, No:4*, 965- 1002.
- Baş Süzel, E. (2015). *Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme-menfaat devri yaptırımı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Başara, G. T. (2018). *Kişiliğin ihlalinden kaynaklanan maddi ve manevî tazminat ile haksız kazancın iadesi*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Baçoğlu, B. (2016). Cezalandırıcı tazminat (punitive damages) yaptırımı ve bu yaptırımın Türk Hukukuna etkilerinin değerlendirilmesi. *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, Cilt:15, Sayı: 1, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan Cilt 2*, 617- 637.

- Baykal, S. (2006). *Avrupa Birliği hukukunda tazminat davası. AB kurumlarının ve üye devletlerin tazminat sorumluluğu çerçevesinde bir inceleme*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Baysal, B. (2016). *Fransız sorumluluk hukuku reformu*. Sorumluluk Hukuku (Editör: B. Baysal). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 61- 98.
- Behr, V. (2004). Myth and reality of punitive damages in Germany. *Journal of Law and Commerce Vol: 24, No:2*, 197- 224.
- Behr, V. (2003). Punitive damages in America and German law- tendencies towards approximation of apparently irreconcilable concepts. *Chicago- Kent Law Review Vol: 78 No: 1*, 105- 162.
- Behrens, M. A. and Appel, C. E. (2020). American Law Institute proposes controversial medical monitoring rule in final part of Torts Restatement. *Defense Counsel Journal Vol: 87, No: 4*, 1- 17.
- Belen, H. (2014). *6098 Sayılı Borçlar Kanunu genel hükümler (kısa şerh), sözleşmeden doğan borç ilişkileri, borç ilişkisinin hükümleri, (bazı) sona erme halleri*. İstanbul: Beta.
- Bell, G. B. and Pearce, P. E. (1987). Punitive damages and the tort system. *University of Richmond Law Review Vol: 22, No: 1*, 1- 18.
- Beven, T. (1889). *Principles of the law of negligence*. London: Stevens and Haynes Law Publisher.
- Bilgili, F. ve Demirkapı, E. (2021). *Kıymetli Evrak Hukuku* (11. Baskı) Bursa: Dora Yayıncılık.
- Borghetti, J. S. (2009). Punitive damages in France. *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*. (Ed: H. Koziol and V. Wilcox). Vien: SpringerWienNewYork, 55- 73.
- Bozel, S. (2012). *Fikir ve sanat eserleri hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Bozer, A. Ve Göle, C. (2018). *Kıymetli Evrak Hukuku* (8. Bası) Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Büyüksağış E., Ebert I., Fairgrieve D. and Meurke L., Quarta F. (2016). Punitive damages in Europe and plea for the recognition of legal pluralism. *European Business Law Review, Vol: 27, No:1*, 137- 157.

- Brand, R. A. (2004). Punitive damages revisited: taking the rationale for non- recognition of foreign judgments too far. *Journal of Law and Commerce*, Vol: 24, No: 2, 181- 197.
- Breslo, J. A. (1992), Taking the punitive damage windfall away from the plaintiff: an analysis. *Northwestern University Law Review* Vol: 86, No: 4, 1130- 1168.
- Broman, L.M. (1982) Punitive damage: an appeal for deterrence. *Nebraska Law Review* Vol:6, s. 673, 651-680.
- Brown, R.B. (1929). Breach of promise suits. *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register* Vol:77, No: 4, 474- 497.
- Budak, M. A. (2021). *Haksız fiilde zararın tazmini*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Burrell, R. C. and Young, M. S. (1978). Insurability of punitive damages. *Marquette Law Review* Vol: 62, No: 1, 1- 34.
- Busnelli, F. D. and Comandè, G. (2001). Damages under Italian Tort Law. *Unification of Tort Law. Damages* (Ed: U. Magnus). The Hague: Kluwer Law International. 117- 141.
- Calabresi, G. (1961). Some thoughts on risk distribution and the law of torts. *Yale Law Journal*, Vol:70, No:4, 499- 553.
- Cansel, E. ve Özel, Ç. (2013). Türk borçlar hukukunda ceza koşulu. *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, Cilt: 8, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan Özel Sayı, 713- 733.
- Cappelletti, M. (2015). Punitive damages and the public/ private distinction: a comparison between the United States and Italy. *Arizona Journal of International & Comparative Law*, Vol:32, No:3, 799- 848.
- Calvi, J.V. and Coleman, S. (2004). *American Law and Legal System* (Fifth Edition). New Jersey: Pearson Prentice Hall.
- Cavico Jr., F. J.C. (1990). Punitive damages for breach of contract- a principle approach. *St. Mary's Law Journal*, Vol:22, No: 2, 357- 454.
- Cambre, M. E. (2018). A single symbolic dollar: how nominal damages can keep lawsuits alive. *Georgia Law Review*, Vol: 52, No: 3, 933- 964.
- Cecil, J. S., Hans V.P. and Wiggins, E. C. (1991). Citizen Comprehension of difficult issues: lessons from civil jury trials. *American University Law Review*, Vol: 40, No: 2, 727- 774.

- Cerini, D. (2018). The polyfunctional role of punitive damages and the conundrum of their insurability: an Italian perspective. *Scandinavian Studies in Law*, Vol: 64, 57-72.
- Chernyavskaya, A. (2017). The penalty doctrine: protective or punitive? *Auckland Law Review* Vol:23, 147- 170.
- Colby, T. (2008). Clearing the smoke from Philip Morris v. Williams: the past, present and future of punitive damages. *The Yale Law Journal* 118, 392-479.
- Colby, T. B (2003). Beyond the multiple punishment problem: punitive damages as punishment for individual, private wrongs. *Minnesota Law Review* Vol:87, 592- 666.
- Coleman, P. G. (1981). Punitive damages for breach of contract: a new approach. *Stetson Law Review*, Vol:11, No:2, 250- 282.
- Colleen, P.M. (1993). Integrating the constitutional authority of civil and criminal juries. *George Washington Law Review*, Vol: 61, No: 3, 723- 805.
- Constitutional law- free speech clause- California Supreme Court upholds injunction against harassing speech in the workplace (2000). *Harvard Law Review* Vol: 113, No: 8, 2116- 2121.
- Coppo, L. The grand chamber's stand on the punitive damages dilemma. *Italian Law Journal*, Vol:3, No:2, 593- 622.
- Cömert Akbay, B. (2018). Türk Rekabet Hukukunda özel hukuk cezası. *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 2, 149- 175.
- Cramer, C. R. (1981). Loss of enjoyment of life as a separate element of damages. *Pacific Law Journal*, Vol: 12, No: 4, 965- 986.
- Çağlayan Aksoy, P. (2016). *Hukuka ve ahlâka aykırılık unsurları çerçevesinde salt malvarlığı zararlarının tazmini*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Çelik, N., Caniklioğlu, N. ve Canbolat, T. (2020). *İş hukuku dersleri* (33. Bası). İstanbul: Beta.
- Çenberci, M. (1984). *İş kanunu şerhi* (5. Bası). Ankara.
- Çoşkun, M. (1994). *Özel hukukta karşılıksız çek ve hamilin hakları*. İstanbul: Kazancı Kitap.
- Dainow, J. (1967). The civil law and the common law: some points of comparison. *American Journal of Comparative Law*, Vol: 15, No: 3, 419- 435.

- Daniels, S. and Martin, J. (1990). Myth and reality in punitive damages. *Minnesota Law Review* Vol: 75, 1-64.
- Dawkins, P. (2007-2008). Damage Control: a glimpse into punitive damage reform. *Law and Society Journal at the University of California, Santa Barbara*, 71- 88.
- de Larena, L. R. (2008). Re- evaluating declaratory judgment jurisdiction in intellectual property disputes. *Indiana Law Review*, Vol: 83, No:3, 957- 996.
- Del Rossi, A. F. and Viscusi, W. K. (2010). The changing landscape of blockbuster punitive damages awards. *American Law and Economics Review*, 116-161.
- DeMartini, V. M. (1958). Survival statute: punitive damages in survival actions. *University of Florida Law Review*, Vol: 11, No: 2, 259- 261.
- Denner, K. (2004). Taking one for the team: the roll of assumption of the risk in sports torts cases. *Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law* Vol: 14, No:1, 209- 238.
- Deynekli, A. ve Kısa, S. (2002). *İtirazın iptali davaları, icra inkâr ve kötünîyet tazminatları*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Dirican, G. (2007). *Eser sözleşmesinde temerrüde dayalı cezaî şart ve Yargıtay uygulaması*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Dobbs, D. B. (1989). Ending punishment in punitive damages deterrence-measured remedies. *Alabama Law Review* Vol: 40, 831- 919.
- Dodge, W. S. (1999). The case for punitive damages in contracts. *Duke Law Journal*, Vol: 48, No: 4, 629- 699.
- Doğanay, İ. (2004). *Türk Ticaret Kanunu şerhi* (4. Bası). İstanbul: Beta Basım Yayım.
- Doğramacı, Y. G. (2022). *Tıbbi uygulamadan kaynaklanan manevî tazminat*. Ankara: Seçkin.
- Eisenberg, T., LaFountain, N., Ostrom, B. and Rottman, D. (2002). Juries, judges and punitive damages: an emprical study. *Cornell Law Review* Vol: 87, No: 3, 743- 782.
- Eisenberg, T., Hannaford-Agor, P.L., Heise, M. And LaFountain, N. (2006). Juries, judges and punitive damages: empirical analyses using the civiljustice survey of state courts 1992, 1996 and 2001 data. *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol: 3, No: 2, 263- 296.

- Eisenberg, T. and Wells, M. T. (2006). The significant association between punitive and compensatory damages in blockbuster cases: a methodological premier. *Journal of Empirical Legal Studies* Vol:3, 175-196.
- Eisenberg, T., Heise, M., Waters, N.L., Wells, M. T. (2010). The decision to award punitive damages: an empirical study. *Journal of Legal Analysis*, Vol: 2, No: 2, 577- 620.
- Ekmekçi, Ö. (2019). *Toplu iş hukuku dersleri* (2. Bası). İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Ekmekçi, Ö., Baysal, B. ve Namlı, İ.Y. (2022). *Uygulamalı tazminat hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Elliott, D. (1933). Degrees of negligence. *Southern California Law Review* Vol: 6, 91-144.
- Ellis, D. D. Jr. (1989). Punitive damages, due process and the jury. *Alabama Law Review* Vol: 40, No: 3, 975- 1008.
- Ellis, D. D. Jr. (1982-1983). Fairness and efficiency in the law of punitive damages. *Southern California Law Review*, Vol: 56, No:1, 1- 78.
- Englard, I. (2012). Punitive damages- a modern conundrum of ancient origin. *Journal of European Tort Law* Vol:3, No:1, 1- 21.
- Ercoşkun Şenol, H. K. (2018). Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin sistematik açıdan borçlar kanundaki yeri ve 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki durum. *Ankara Hacı Bayram Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XXII, Sayı: 4*, 37- 65.
- Eren, F. (2021). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Eren, F. (2021). *Borçlar hukuku özel hükümler* (9. Baskı) Ankara: Yetkin Yayınları.
- Ergüne, S. (2008). *Olumsuz zarar*. İstanbul: Beta.
- Erişgin, N. (2005). *Çevre kirletenin hukuksal sorumluluğunda illiyet bağı*. Ankara: İmaj Yayınevi.
- Erlüle, F. (2021). *Türk Borçlar Kanunu'na göre bedensel bütünlüğün ihlalinde manevî tazminat* (3. Bası). İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Ertaş, Ş. (1990). *Manevî tazminatın hukuki niteliği ve miktarının tespiti*. Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Esquire, R. D. (2002). Rethinking private nuisance law: recognizing aesthetic nuisances in the new millennium. *South Carolina Environmental Law Journal*, Vol: 10, 1- 22.

- Ferguson, R. L. and Ebersole, J. K. (1991). Discovery of defendant's financial condition in cases claiming punitive damages. *Law Forum Vol: 21, No: 2, 3- 6*.
- Fleming, J. G. (1986). Tort damages for loss of future earnings. *American Journal of Comparative Law Supplement Vol: 34, 141- 156*.
- Fischer, G. (1994). Recognition and enforcement of American tort judgements in Germany. *St. John's Law Review, Vol: 68, No: 1, 199- 216*.
- Franko, N. İ. (1973). *Şeref ve haysiyete tecavüzden doğan manevî zararın tazmini*. Ankara: Ajans- Türk Matbaası.
- Friberg, R. (1960). Wrongful death, survival and loss of consortium. *South Dakota Law Review, Vol: 5, 125- 133*.
- Galanter, M. and Luban, D. (1993). Poetic justice: punitive damages and legal pluralism. *The American University Law Review, Vol:42, 1393-1464*
- Galligan, T. C. Jr. (2001) Deterrence: the legitimate function of the public tort. *Washington and Lee Law Review, Vol:58, No:3 1019-1052*.
- Galligan, T. C. Jr (1990). Augmented Awards: the efficient evolution of punitive damages. *Louisiana Law Journal, Vol: 51, 3-85*.
- Geisfeld, M. (1995). Placing price on pain and suffering: method for helping juries determine tort damages for nonmonetary injuries. *California Law Review, Vol: 83, No: 3, 773-852*.
- Georgiades, G. Punitive damages in Europe and the Usa: doctrinal differences and practical convergence. *Revue Hellenique de Droit International, Vol: 58, No: 1, 145- 164*.
- Ghiardi, J. D. (1965). Should punitive damages be abolished? A statement for the affirmative. *American Bar Association. Section of Insurance, Negligence and Compensation Law Proceedings, 282- 291*.
- Goldberg, J.C.P. (2003). Twentieth- century tort theory. *The Georgetown Law Journal, Vol:91, 513- 584*.
- Goldberg, J.C.P. (2008). Ten half- truths about tort law. *Valparaiso University Law Review Vol:42, 1221-1276*.
- Goldberg, J. C. P. (2011). Tort in three dimensions. *Pepperdine Law Review, Vol:38, No:2, 321- 336*.
- Goldberg, J. C. P. and Zipursky, B. C. (2016). The strict liability in fault and the fault in strict liability. *Fordham Law Review Vol: 85 No:2, 743- 788*.

- Gotanda, J.Y. (1998) *Supplemental damages in private international law*. The Hague: Kluwer Law International.
- Gotanda, J.Y. (2003-2004). Punitive damages: a comparative analysis. *Columbia Journal of Transnational Law*. Vol: 42, No: 2, 391- 444.
- Gökçeoğlu, K.H. (2007). *Cezaî şart ve güncel içtihatlar*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınevi.
- Göktaş, S. (2020). *Türk iş hukukunda haksız fesih*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Grass, J. W. (1985). The penal dimensions of punitive damages. *Hasting Constitutional Law Quarterly* Vol: 12, No: 2, 241-314.
- Gül, İ. (2015) *ABD ve Türk Hukukunda medeni ceza*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Gül, İ. (2017). Türk Özel Hukuku'nda tazminatın caydırma işlevinin yetersizliği. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 33, Sayı: 3*, 101- 125.
- Gül, İ. (2019). Türk Hukukunda medeni ceza sorumluluğu nasıl olmalı? *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 18*, 343- 372.
- Gül, İ. (2021). Yeniden kiralama yasağına aykırılık nedeniyle tazminat ve hukuki niteliği. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 2*, 931- 951.
- Güleryüz, M. T. ve Zorluoğlu Yılmaz, A. (2019). Bir Anglo- Amerikan hukuku müessesesi olarak cezalandırıcı tazminatın [punitive damage] bazı Türk hukuku müesseseleri ile mukayesi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 141*, s. 325- 362.
- Gümüş, M. A. (2012). *Kira sözleşmesi (TBK m. 299-356)* (2. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Gümüş, M. A. (2021). *Borçlar hukuku genel hükümleri*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Gürsoy, K. M. 1973). Manevî zarar ve tazmini. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 30, Sayı: 1*, 7- 56.
- Haas, J. B. (1978). Insurance contracts- bad faith and punitive damages. *Glendale Law Review, Vol:2, No: 2*, 135- 140.
- Hale, W. B. (1896). *Handbook on the law of damages*. St. Paul, Minnesota: West Publishing Co.
- Hallanhan, V. (1995). Social interest versus plaintiffs' rights: the constitutional battle over statutory limitations on punitive damages. *Loyola University Chicago Law journal* Vol: 26, 405-454.

- Harlan, B. P. (2008). The California Supreme Court should take a mulligan: how the court shanked by applying the primary assumption of risk doctrine to golf. *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review* Vol: 29, No: 1, 91- 132.
- Harman, S. J. (1974). Loss of future earnings: present worth versus wage growth. *Montana Law Review* Vol: 35, No: 2, 354- 361.
- Harris, A. P. (1989). Rereading punitive damages: beyond the public/ private distinction. *Alabama Law Review*, Vol: 40, No: 3, 1079- 1116.
- Hastie, R. and Viscusi, W. K. (1998). What juries can't do well: the jury's performance as as risk manager. *Arizona Law Review*, Vol: 40, No:3, 901- 922.
- Hastie, R., Schakade, D. and Payne, J. (1998). A study of juror and jury judgments in civil cases: deciding liability for punitive damages. *Law and Human Behavior*, Vol: 22, No: 3, 287- 314.
- Hastie, R. Schkade, D. A. and Payne, J. W. (2002). Judging corporate recklessness. *Punitive damages. How juries decide*. (Yazarlar: C.R. Sunstein vd.) Chicago: The University of Chicago Press.
- Hatemi, H. (1976). Hukuka ve ahlakâ aykırılık kavramı ve sonuçları (özellikle BK 65 kuralı). İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Hatemi, H. Serozan, R. ve Arpacı, A. (1992). *Borçlar hukuku özel hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Hatemi, H. ve Gökyayla, E. (2021). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (5. Bası) İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Hay, P. (1992). The recognition and enforcement of American Money- Judgments in Germany- the 1992 decision of the German Supreme Court. *The American Journal of Comparative Law*, Vol: 40, No: 3, 729- 750.
- Hekim, A. ve Kaplan, M. B. (2017). *Cezalandırıcı tazminat ve medeni ceza kavramlarının karşılaştırılması*. Sorumluluk Hukuku, Seminerler- Makaleler (Editör: B. Baysal). İstanbul: On İki Levha Yayınları, 165- 188.
- Heriot, G. (1996). An essay on the civil- criminal distinction with special reference to punitive damages. *Journal of Contemporary Legal Issues*, Vol: 7, No: 1, 43- 68.
- Hermes, P. J. (1987). Loss of enjoyment of life- duplication of damages versus full compensation. *North Dakota Law Review*, Vol: 63, No: 4, 561- 600.

- Hersch, J. and. Viscusi, W. K. (2004). Punitive damages: how judges and juries perform. *The Journal of Legal Studies* Vol: 33, No:1, 1-36.
- Herschorn, A. (2013). Awards of punitive damages for breach of contract. *The Advocates' Quartely*, Vol:41, No: 4, 464- 485.
- Holst, J. A. (1967). Measure of damages for injury to real surface property in Wyoming. *Land& Water Law Review*, Vol: 2, No: 1, 235- 243.
- Horner, S. M. and Slesnick, F. (1999). The valuation of earning capacity definition, measurement evidence. *Journal of Forensic Economics*, Vol:12 No:1, 13- 32.
- Horwitz, M. J. (1982). The history of the public/ private distinction. *University of Pennsylvania Law Review*, Vol: 130, No: 6, 1423-1428
- Hoversten, P. A. (2018). Punishment but not a penalty? punitive damages are impermissible under foreign substantive law. *Michigan Law Review*, Vol:116, No: 5, 759- 784.
- Hylton, K. N. (2016). *Tort law a modern perspective*. New York: Cambridge University Press.
- Ingram, J. D. (1988). Punitive damages should be abolished. *Capital University Law Review*, Vol: 17, No: 2, 205- 224.
- Ingram, J. D. (1991). Damages for loss of the enjoyment of life. *John Marshall Law Review*, Vol: 24, No:2, 423- 432.
- Ireland, T. R. (2013). Determining an earnings basis for a projection of past and future lost earning capacity. *Journal of Legal Economics*, Vol: 19, No:2, 47- 64.
- Ireland, T. R. (2016). Damage Standards for wrongful death/ survival actions: loss to survivors, loss to the estate, loss of accumulations to an estate and investment. *Journal of Legal Economics*, Vol: 22, No: 4, 5- 24.
- İnan, N. (1981). *Çek rizikolarından doğan sorumluluk*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü.
- İnan, N. (2004). 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un özel hukuka ilişkin hükümlerine eleştirisel bir bakış. *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II*, 9 Nisan 2004, Kayseri, 43- 67.
- İstemi, M. (2011). Sözleşmenin cüretkârane ihlali ve cezalandırıcı tazminat. *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan III*. İstanbul: Beta Yayınları, 2684- 2722.
- Jacoby, F.W. (1971). The relationship of punitive damages and compensatory damages in tort actions. *Dickinson Law Review*, Vol:75, No: 4, 585-607.

- Janke, B. W. and Licari, F. X. (2012). Enforcing punitive damages awards in France after Fountain Pajot. *American Journal of Comparative Law*, Vol: 60, No:3, 775-804.
- Jansen, N. and Rademacher, L. (2009). Punitive Damages in Germany. *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*. (Ed: H. Koziol and V. Wilcox). Viena: SpringerWienNewYork.
- Jeffries J.C., Jr. (1986). A comment on the constitutionality of punitive damages. *Virginia Law Review*, Vol: 72, No: 1, 139- 158.
- Jones, D. N., Sutton, S. B. and Greenwald, B. D. (1991). Multiple punitive damages awards for a single course of wrongful conduct: the need for a national policy to protect due process. *Alabama Law Review*, Vol: 43, No:1, 1-34.
- Jones, W. K. (1992). Strict liability for hazardous enterprise. *Columbia Law Review*, Vol:92, No: 7, 1705- 1779.
- Karayalçın, Y. (1962). Türk hukukunda şeref ve haysiyetin korunması. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 19, Sayı: 1, 251- 275
- Kaya Kızıllırmak, C. (2021). *Boşanmada maddi ve manevî tazminat*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Kendigelen, A. (2007). *Çek hukuku* (4. Bası). İstanbul: Arıkan.
- Keskin, A. D. (2016). *Objektif manevî zarar teorisi açısından manevî tazminat*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Kılıçoğlu, A. M. (1984). Manevî tazminatın hukuksal niteliği. *Ankara Barosu Dergisi*, 1984/ 1, 14- 21.
- Kılıçoğlu, A. M. (2004). Fikri hakların ihlalinde hukuksal koruma yolları (sınai haklarla karşılaştırmalı olarak). *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 54, 51- 104.
- Kılıçoğlu, M. ve Şenocak, K. (2008). *İş Kanunu şerhi cilt 1*. Legal.
- Kılınç, A. (2019). İcra tazminatına hükmedilebilmesinde talep koşulu ve taleple bağlılık ilkesi bakımından değerlendirilmesi. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 21, Sayı: 1, 205- 231.
- Kırca, Ç. (1999). Manevî tazminatın fonksiyonu ve niteliği. *Yargıtay Dergisi*, Cilt: 25, Sayı: 3, 242- 266.
- Klinck, R. A. (2001). The punitive damage debate. *Harvard Journal on Legislation*, Vol:38, No:2, 469- 486.

- Klass, A. B. (2009) Tort experiments in the laboratories of democracy. *William and Mary Law Review*, Vol: 50, No: 5, 1501-1576.
- Klayman, E. ve Klayman, S. (2001-2002). Punitive damages: Toward torah-based tort reform. *Cardozo Law Review*, Vol: 23, No: 1, 221- 252.
- Klein, J. (1898). Mandatory injunctions. *Harvard Law Review*, Vol: 12, No: 2, 95- 118.
- Koşar, G. G. (2020). Haksız fiil hukukunun amacı. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 69 Sayı: 3, 1437- 1473.
- Koziol, H. (2001). Damages under Austrian law. *Unification of tort law: Damages* (Ed: U. Magnus). The Hague: Kluwer Law International, 7- 26.
- Koziol, H. (2008). Punitive damages- a European perspective. *Louisiana Law Review*, Vol: 68, No: 3, 741- 764.
- Kubal, U. R. (1999). U.S. multinational corporations abroad: a comparative perspective on sex discrimination law in the United States and the European Union. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol: 25, No:1, 207- 270.
- Küçükali, C. (2021). *Fikri hakların ihlalinde kaynaklanan tazminat davası* (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Lens, J. W. (2017). Defective punitive damage awards. *Utah Law Review*, No: 5, 1019- 1060.
- Lens, J. W. (2020). Children, wrongful death and punitive damages. *Boston University Law Review*, Vol:100, No:2, 437- 500.
- Lenz, C. (1992). *Amerikanische punitive damages vor dem Schweizer Richter*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag.
- Leslie, E. J. (1986). Formulating standards for awards of punitive damages in the Borderland of Contract and tort. *California Law Review*, Vol:74, No: 6, 2033- 2060.
- Levine, H. R. (1979). Demonstrating and preserving the deterrent effect of punitive damage in insurance bad faith actions. *University of San Francisco Law Review*, Vol: 13, No: 3, 613- 638.
- Lewis, R., McNabb, R., Robinson, H. And Wass, V. (2002). Court awards of damages for loss of future earnings: a empirical study and an alternative method of calculation. *Journal of Law and Society*, Vol: 29, No: 3, 406- 435.

- Linden, A. M. (1973). Tort law as ombudsman. *Canadian Law Review*, Vol: 51, No:1, 155- 168.
- Magnus, U. (2001). Comparative report on the law of damages. *Unification of tort law: Damages* (Ed: U. Magnus). The Hague: Kluwer Law International, 185- 217.
- Magnus U. (2001). Damages under German law. *Unification of Tort Law: Damages* (Ed: U. Magnus). The Hague: Kluwer Law International, 89- 107.
- Mallor, J. and Robers, B. S. (1999). Punitive damages: on the path to a principled approach? *Hastings Law Journal*, Vol:50, No:4, 1001- 1014.
- Maisto, F. (2020). Punitive damages under the lens of constitutionality: the role of the hierarchy of values. *Italian Law Journal*, Vol: 6, No: 1, 165- 178.
- Markel, D. (2009). How should punitive damages work? *University of Pennsylvania Law Review*, Vol: 157, No: 5, 1383- 1484.
- Markham, C. (1984). The imposition of punitive damages in product liability actions in. Pennsylvania. *Temple Law Quarterly*, Vol:57, No: 2, 203- 238.
- Marrero, A. W. (2017). Punitive damages: why the monster thrives. *Georgetown Law Journal*, Vol:105, No: 3, 767- (iii).
- Marth, P. E. (1975). Loss of enjoyment of life- should it be a compensable element of personal injury damages. *Wake Forest Law Review*, Vol: 11, No: 3, 459- 472.
- Matheson, V. A., Rosenbaum, D. I. and Schap, D. (2016). Wrongful death: who recovers, what, where and how. *Journal of Legal Economics*, Vol: 22, No: 2, 25- 32.
- McMichael, B. J. and. Viscusi, W. K. (2019). Taming blockbuster punitive damages awards. *University of Illinois Law Review*, No: 1, 171-222.
- Mcnamara, M. F. (1984). Tortious breach of Contract in Oklahoma. *Tulsa Law Journal*, Vol:20, No: 2, 233- 254.
- Mechem, F. R. (1902). *Cases on the law of damages*. St. Paul, Minnesota: West Publishing Co.
- Meurkens, L. (2014). The punitive damages debate in continental Europe: food for thought. *Maastricht European Private Law Institute Working Paper*, No: 2014/ 01, 3- 47.
- Mishkin, J. R. (1969). Loss of enjoyment of life as an element of damages. *Dickinson Law Review*, Vol: 73, No: 4, 639- 646.
- Mogin, P. (1998). Why judges, not juries, should set punitive damages. *University of Chicago Law Review*, Vol: 65, No: 1, 179- 224.

- Mollamahmutoğlu, H., Astarlı, M. ve Baysal, U. (2020). *İş hukuku ders kitabı cilt 1: bireysel iş hukuku* (4. Bası). Ankara: Lykeion Yayınları.
- Morris, C. (1931). Punitive damages in tort cases. *Harvard Law Review*, Vol: 44, No: 8, 1173- 1209.
- Motron-Bentley, D. W. (2012). Law, economics and politics: the untold history of the due process limitation on punitive damages. *Roger Williams University Law Review*, Vol: 17 No:3, 791- 821.
- Murphy, C. P. (2009). What is specific about “specific restitution?”. *Hasting Law Journal*, Vol: 60, No: 4, 853- 880.
- Müller, P. (2000). *Punitive damages und Deutsches schadenersatzrecht*. Berlin:de Gruyter.
- Nichols, A. G. Jr. (1965) Punitive Damages in Mississippi- a brief survey. *Mississippi Law Journal*, Vol: 37, No:1, 131- 156.
- Nomer, H. N. (1996). *Haksız fiil sorumluluğunda maddî tazminatın belirlenmesi*. İstanbul: Beta.
- Nomer, H. (2021) *Borçlar hukuku genel hükümler* (18.Bası) İstanbul: Beta Basım Yayım.
- Note (1966). The imposition of punishment by civil courts: a reappraisal of punitive damages. *New York University Law Review*, Vol:41, No: 6, 1158- 1185.
- Nunn, S. L. (1995). The due process ramifications of punitive damages, continued: *Txo Production Corp. v. Alliance Resources Corp.* *University of Cincinnati Law Review*, Vol:63, No: 2, 1029- 1102.
- Oğuz, A. (2021). *Karşılaştırmalı Hukuk* (2. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Oğuzman, K. (1955). *Türk Borçlar Kanunu ve iş mevzuatına göre hizmet “iş” akdinin feshi*. İstanbul: Akgün.
- Oğuzman, K. ve Öz, T. (2020). *Borçlar hukuku genel hükümler Cilt 2* (15. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Oleck, H. L. (1962). *Cases on Damages*. Indianapolis: Bobbs- Merrill.
- Oral, T. (2018). *Tüzel kişilerin manevî zararının tazmini*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Oral, T. (Editör), Göka, M. E ve Gündüz, E. (Katkıda Bulunanlar) (2021). *Avrupa Haksız Fiil Hukuku Çalışma Grubu Avrupa haksız fiil hukuku ilkeleri*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları.

- Ostoni, L. (2004). Italian rejection of punitive damages in a U.S Judgment. *Journal of Law and Commerce*, Vol: 24, No:2, 245-262.
- Owen, D. G. (1982). Problems in assessing punitive damages against manufacturers of defective products. *The University of Chicago Law Review*, Vol. 49, 1-60.
- Owen, D. G. (2009). Aggravating punitive damages. *University of Pennsylvania Law Review*, Vol: 158, 181- 194.
- Owen, D.G. (1976). Punitive damages in products liability litigation. *Michigan Law Review*, Vol: 74, No: 7, 1257- 1371.
- Owen, D.G. (1994). A punitive damages overview: functions, problems and reform. *Villanova Law Review*, Vol:39, No: 2, 363- 414.
- Öcal Apaydın, B. (2019). Konut ve çatılı işyeri kiralalarında yeniden kiralama yasağı. *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 1, 57- 99.
- Öktem, S. (2007). Çekte Müracaat Hakkı. *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan Cilt I*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 741- 760.
- Öz, O. (2021). *Rekabet hukuku kapsamında üç kat tazminat sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özden Merhacı, S. (2012). Common Law haksız fiiler hukukuna genel bir bakış ve ihmale dayanan haksız fiiller. *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı:4, 177- 206.
- Özden Merhacı, S. (2013). *Karşılaştırmalı hukukta cezalandırıcı tazminat (punitive damages)*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Özden Merhacı, S. ve Erkan, V. U. (2018). Anglo- Amerikan hukukundan Kıta Avrupası hukukuna- özel hukukta *de minimis* kuralı. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Sayı: 2, 49- 70*.
- Özen, B. ve Yıldız, O. A. (2021). Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye dayalı kazanç devri yaptırımının kapsamının belirlenmesi. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 2, 1827- 1851.
- Özkan, Z. (2014). Amerikan haksız fiil hukukunda nedenselliğin tesisi çerçevesinde gerçek neden ve ispatı. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 2014/ 110, 33- 56.
- Öztan, F. (2017). *Kıymetli evrak hukuku (21. Bası)*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Paolini, M. (2019). NFL takes a page from the big tobacco playbook: assumption of risk in the CTE crisis. *Emory Law Journal*, Vol: 68, No: 3, 607- 642.

- Parker, M. (2013). Changing tides: the introduction of punitive damages into French legal system. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol: 41, No: 2, 389- 432.
- Payne, K. E. (1995). Linking tort reform to fairness and moral values. *Detroit College of Law Review*, No:4, 1207- 1246.
- Pekcanitez, H., Atalay, O., Sungurtekin Özkan M., Özekes, M. (2022). *İcra ve iflâs hukuku (9. Bası)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Peltzer, W. W. (1974). The American rule. *Journal of Contemporary Law* 1., 355- 365.
- Perry, S. R. (1992). The moral foundations of tort law. *Iowa Law Review*, Vol: 77, No:2, 449-514.
- Pfander, J. E. (2011). Resolving the qualified immunity dilemma: constitutional tort claims for nominal damages. *Columbia Law Review*, Vol: 111 No: 7, 1601- 1640.
- Phillips, J. J. (1994). Multiple punitive damage awards in product liability litigation. *Villanova Law Review*, Vol: 39, No: 2, 433-454.
- Pohlman, J.MK. (1996). Punitive damages in the American civil justice system: jackpot or justice? *Utah Law Review*, No:2, 613- 660.
- Polinsky, A. and Shavell, S. (1998). Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Vol: 111, No: 4, 869- 962.
- Polinsky, A. M. (1997). Are punitive damages really insignificant, predictable and rational- a comment on Eisenberg et al. *The Journal of Legal Studies*, Vol: 26, No: 2, 663-678.
- Popper, A. (2011). In defence of deterrence. *Albany Law Review*, Vol:75, No:1, 181- 204.
- Posner, E. A. and Sunstein, C. R. (2005). Dollars and death. *University of Chicago Law Review*, Vol: 72, No: 2, 537- 598.
- Posner, R. A. (1972). A theory of negligence. *Journal of Legal Studies*, Vol:1, No: 1, 29- 96.
- Preece, A. (2013). Joyless life and lifeless joy: the recovery of hedonic damages by plaintiffs in a persistent vegetative state. *San Diego Law Review*, Vol: 50, No: 3, 721- viii.
- Priest, G.L (2002). The problem and efforts to understand it. Jurors and judges as risk managers. *Punitive damages, how juries decide* (Yazarlar:Sunstein, C.R.,

- Hastie R., Payne, J.W., Schkade D. A., Viscusi, W.K.) Chicago: The University of Chicago Press.
- Prosser, W. L. (1941). *Handbook of the law of torts*. St. Paul: West Publishing Co.
- Prosser, W. L. (1955). False imprisonment: consciousness of confinement. *Columbia Law Review*, Vol: 55, No: 6, 847-850.
- Quarta, F. (2017). Italian Corte di Cassazione 5 July 2017 no 16601. *Italian Law Journal*, Vol:3, No:2, 593- 604.
- Quarta, F. (2008). Recognition and enforcement of U.S. punitive damages awards in continental Europe: the Italian Supreme Court's veto. *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol:31, No: 2, 753- 782.
- Qsair, A. J. K. and Sitaru, D. A. (2018). Punitive damages, multiple functions, multiple characteristics. *Analele Universitatii din Bucuresti: Seria Drept*. 145- 160.
- Rapp, G. C. (2011). Torts 2.0: The Restatement 3rd and the architecture of participation in American tort law. *William Mitchell Law Review*, Vol: 37, No: 3, 1582-1598.
- Redish, M. H. and Mathews, A. L. (2004). Why punitive damages are unconstitutional. *Emory Law Journal*, Vol: 53, No:1, 1-54.
- Reis, J. W. (2003). Measure of damages in property loss cases: the road less considered. *North Carolina State Bar Journal*, Vol: 8, No: 4, 12- 17.
- Rendleman, D. (2009). Common law punitive damages: something for everyone? *University of ST. Thomas Law Journal*, Vol: 7, No: 1, 1- 24.
- Rheingold, P.D. (1968). The MER/29 story- an instance of succesful mass disaster litigation. *California Law Review*, Vol: 56, No: 1, 116- 148.
- Richmond, D. R. (1994). An overview of insurance bad faith law and litigation. *Seton Hall Law Review*, Vol: 25, No:1, 74- 140.
- Robbennolt, J. K. and Hans, V. P. (2016). *The psychology of tort law*. New York: New York University Press.
- Romero, L. M. (2008). Punitive damages, criminal punishment, and proportionality: the importance of legislative limits. *Connecticut Law Review*, Vol:41, No: 1, 109-160.
- Rouhette, T. The availability of punitive damages in Europe: growing trend or nonexistent concept? *Defence Councel Journal*, Vol: 74, No: 4, 320- 342.

- Rustad, M. and Koenig, T. (1993). The historical continuity of punitive damages awards: reforming the tort reformers. *American University Law Review*, Vol:42, No: 4, 1269- 1334.
- Ryan, P. S. (2003). Revisiting the United States application of punitive damages: separating myth from reality. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol: 10, No: 1, 69- 94.
- Sales, J.B. and Cole, K.B. (1984). Punitive damages: a relic that has outlived its origins. *Vanderbilt Law Review*, Vol: 37, No: 5, 1117- 1174.
- Saladino, M. V. (2019). The enforcement of punitive damages awards between United States and Europe: an introduction for U.S. practitioners. *International Lawyer*, Vol: 52, No: 3, 469- 490.
- Samuel, L. B. (2014). The myth of the mild declaratory judgment. *Duke Law Journal*, Vol: 63, No: 5, s. 1091- 1152.
- Sanlı, K. C. (2003). Türk rekabet hukukunda haksız fiil sorumluluğu. *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I*, Kayseri, 211- 277.
- Sanlı, K. C. (2007). *Haksız fiil hukukunun ekonomik analizi, hukuk ve ekonomi öğretisi*, İstanbul: Arıkan.
- Sanlı, K. C. (2008). İhmal kavramının yorumu- Hand Formülü. *Uğur Alacakaptan'a Armağan Cilt 2* (Editör: M. M. İnceoğlu), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları. 561- 596.
- Santon, K. J. (2009). The worth of human life. *North Dakota Law Review*, Vol: 85, No:1, 123- 170.
- Saruhan, U. (2019) Yeniden kiralama yasağı (TBKm. 355). *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı:37, 353- 382.
- Saymen, F. H. (1940). *Manevî zarar ve tazmini sureti*. İstanbul: Cumhuriyet Matbaası.
- Saymen, F. H. (1954). *Türk iş hukuku*. İstanbul: Hak Kitabevi.
- Scarso, A. P. (2009). Punitive damages in Italy. *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*. (Ed: H. Koziol and V. Wilcox). Vien: SpringerWienNewYork. 103- 113.
- Schlueter, L. L. and Redden, K. R. (2000). Punitive Damage (Fourth Edition) Volume: 1, Abd: Lexis Publishing.
- Schlueter, L. L. and Redden, K. R. (2000). Punitive Damage (Fourth Edition) Volume 2, Abd: Lexis Publishing.

- Schmidt, T. A. (1987). Punitive damages in Arizona: the reports of their death are greatly exaggerated. *Arizona Law Review*, Vol:29, No: 4, 599-620.
- Schwartz, G. T. (1982) Deterrence and punishment in the common law of punitive damages: a comment. *Southern California Law Review*, Vol:56, No: 1, 133-154.
- Schwartz, G. T. (1981). Tort law and the economy in nineteenth- century America: a reinterpretation. *Yale Law Journal*, Vol: 90, No: 8, 1717- 1776.
- Schwartz, G. T. (1996-1997). Mixed theories of tort law: affirming both deterrence and corrective justice. *Texas Law Review*, Vol:75, No:7, 1801-1834.
- Schwartz, G. (2001). Damages under US law. *Unification of Tort Law: Damages* (Ed: U. Magnur). The Hague: Kluwer Law International.
- Schwartz, V. E, Behrens, M. A., Burton, E. K. and Groninger, J. L. (1999). Medical monitoring- should tort law say yes. *Wake Forest Law Review* Vol: 34, No: 4, 1057- 1082.
- Schwartz, V. E. and Behrens, M. A. (1993). Punitive damages reform- state legislatures can and should meet the challenge issued by the supreme court of the United States in Haslip. *The American University Law Review*, Vol:42, No: 4, 1365-1392.
- Schwartz, V. E., Behrens, M. A. and Mastrosimone, J. P. (1999). Reining in punitive damages run wild: proposals for reform by courts and legislatures. *Brooklyn Law Review*, Vol: 65, No: 4, 1003- 1036.
- Schartz, V. E. and Appel, C. E. (2011). Exporting United States tort law: the importance of authenticity, necessity, and learning from our mistakes. *Pepperdine Law Review*, Vol: 38, No: 2, 551- 578.
- Seavey, W. A. and Scott, A. W. (1938). Restitution. *Law Quarterly Review*, Vol: 54, No: 1, 29- 45.
- Sebok, A. (2007). Punitive damages: from myth to theory. *Iowa Law Review*, Vol:92, No: 3, 957- 1036.
- Sebok, A. J. (2003). What did punitive damages do? Why misunderstanding the history of punitive damages matters today? *Chicago- Kent Law Review*, Vol: 78, No: 1, 163- 206.
- Sebok, A. J. (2006). Translating the immeasurable: thinking about pain and suffering comparatively. *DePaul Law Review*, Vol: 55, No: 2, 379- 398.

- Sebok, A. J. (2009). Punitive Damages in the United States. *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*. (Ed: H. Koziol, V. Wilcox), SpringerWienNewYork.
- Sharkey, C. M. (2003). Punitive damage as societal damages. *Yale Law Journal*, Vol:113, No: 2, 347- 454.
- Serozan, R. (1990). Manevî tazminat istemine değişik bir yaklaşım. *Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hâtırasına Armağan*. Ankara: Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü.
- Sharkey, C. M. (2008). Crossing the punitive- compensatory divide. *Civil juries and civil justice. Psychological& legal perspectives*. (Ed: Bornstein, B. H., Wiener R. L., Schopp R. F., Willborn S.L.) New York: Springer.
- Shmueli, B. (2010). Tort litigation between spouses: let's meet somewhere in the middle. *Harvard Negotiation Law Review*, Vol:15, No:1, 195-260.
- Shmueli, B. (2015). Legal pluralism in tort law theory: balancing instrumental theories and corrective justice. *University of Michigan Journal of Law Reform*, Vol: 48, No:3, 745-812.
- Shuman, D. W. (1994). The psychology of compensation in tort law. *Kansas Law Review*, Vol:43, No:1, 39-78.
- Simpson, L.P. (1959). Punitive damages for breach of contract. *Ohio State of Journal*, Vol:20 No:2, 284- 288.
- Slesnick, F. (1990). Medical costs in tort cases: the role of the economist. *Journal of Forensic Economics*, Vol: 4, No: 1, 83- 99.
- Stanley, M. R. (2007-2008). When bad companies happen to good people. *Drake Law Review*, Vol:56, No:2, 517- 540.
- Steenken, B. and Brooks, T. M. (2019). *Sources of American law. An introduction to legal research*. (Fourth Edition). Kentucky: Cali eLangdell Press.
- Sugarman, S. D. (1985). Doing away with tort law. *California Law Review*, Vol: 73, No:3, 555-664.
- Sullivan, Timothy J. (1977). Punitive damages in the law of contract: the reality and the illusion of legal change. *Minnesota Law Review*, Vol: 61, No: 2, 207- 252.
- Suluk, C., Karasu, R. ve Nal, T. (2021). *Fikri Mülkiyet Hukuku*. (5. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- Sunstein, C. R., Kahneman, D. and D. Schkade (1998). Assessing punitive damages (with notes on cognition and valuation). *Yale Law Journal*, Vol: 107, No:7, 2071-2154.
- Sunstein, C.R (2002). *To punish or not? Punitive damages. How juries decide.* (Yazarlar: C.R. Sunstein vd.) Chicago: The University of Chicago Press, s. 75.
- Süzek, S. (1976). *İş akdini fesih hakkının kötüye kullanılması, iş güvencesi konusunda karşılaştırmalı bir inceleme.* Ankara: Kazancı Yayınları.
- Süzek, S. (2019). *İş hukuku* (17. Baskı). İstanbul: Beta.
- Şahbaz, A.U. (2009). *ABD uygulaması ışığında rekabet ihlallerinden doğan zararların tayini ve tazmini.* Ankara: Rekabet Kurumu Yayını.
- Şahin, M. (2018). *Rekabet hukukunda tazminat talepleri.* (2. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Taliadoros, J. (2016). The Roots of Punitive Damages at Common Law: A Longer History. *Cleveland State Law Review*, Vol:64, No: 2, 251- 302.
- Tandoğan, H. (1957). *Mukayeseli hukuk ve hususiyle Türk- İsviçre hukuku bakımından vekaletsiz iş görme.* İstanbul: Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Tandoğan, H. (2010) *Türk mes'uliyet hukuku (akit dışı ve akdi mes'uliyet).* İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Tejani, R. (2014). National Geographics: Towards a federalism function American tort law. *San Diego Law Review*, Vol:51, No: 1, 81-52.
- Tekinalp, Ü. (2012). *Fikri mülkiyet hukuku.* (5. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Teller, L. (1956). Restitution as an alternative remedy. *New York Law Forum*, Vol: 2, No: 1, 40-66.
- Tettenborn, A. (2004). Punitive damages- a view from England. *San Diego Law Review*, Vol: 41, No: 4, 1551- 1574.
- The Harvard Law Review Association (1957). Exemplary damages in the law of torts. *Harvard Law Review*, Vol: 70, No: 3, 517- 533.
- Theodore, R. (1990). Photojournalism and the infliction of emotional distress. *Privacy and Publicity*, 163-175.
- Tolani, M. (2011). U.S. punitive damages before German courts: a comparative analysis with respect to ordre public. *Annual Survey of International and Comparative Law*, Vol:17, No:1, 185- 207.

- Toney B. D. (1994). The chaotic and uncertain due process challenge to punitive damages. *Willamette Law Review*, Vol: 30, No:3, 635- 698.
- Topçuoğlu, M. (2009). Rekabet hukukunda üç kat tazminat. *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*. Ankara: Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, 5- 60.
- Tunçomağ, K. (1963). *Türk Hukukunda cezaî şart*. İstanbul: Baha Matbaası.
- Tunçomağ, K. ve Centel, T. (2018). *İş hukukunun esasları* (9. Baskı). İstanbul: Beta.
- Uçaryılmaz, T. Ş. ve Emiroğlu, H. (2020). Roma hukukunda haksız fiil ve suç ilişkisi ışığında tazminatin cezalandırıcı fonksiyonu. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 69, Sayı: 2, 835- 868.
- Understanding injunctions. *Insights on Law and Society*, Vol: 14, No: 2, 16- 17.
- Ünal, M. (1978). Manevî tazminat ve bu tazminat çeşidinde kusurun rolü. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 35, Sayı: 1, 397- 437.
- Vanleenhove, C. (2015). The current European perspective on the exequatur of U.S. punitive damages: opening the gate but keeping a guard. *Polish Yearbook of International Law*, 235- 263.
- Vanleenhove, C. (2016a). A normative framework for the enforcement of U.S. punitive damages in the European Union: transforming the traditional ‘No pasaran’. *Vermont Law Review*, Vol: 41, 348- 380.
- Vanleenhove, C. (2016b). *Punitive damages in private international law*. UK: Intersentia Ltd.
- Vanleenhove, C. and De Bruyne, J. (2018). Redefining the public policy exception in the context of punitive damages. *Strathclyde Law Review*, Vol:4, No:1, 1- 17.
- Varlı, P. (2021). *Fikri haklara saldırı ve üç kat tazminat sorunu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Venchiarutti, A. (2018). The recognition of punitive damages in Italy: a commentary on Cass. Sez. Un 5 July 2017, 16601, Axo Sport, Spa v. Nosa Inc. *Journal of European Tort Law*, Vol:9, No:1, 104- 122.
- Venour, D. E. R. (1988). Punitive damages in contract. *Canadian Journal of Law*, Vol:1, No: 1, 87-104.
- Viscusi, W. K. (1998). Why there is no defense of punitive damages. *Georgetown Law Journal*, Vol: 87 No: 2, 381-396.

- Viscusi, W. K. (2000). Corporate risk analysis: a reckless act. *Stanford Law Review*, Vol: 52, No: 3, 547- 598.
- Viscusi, W. K. (2002). Judging risk and recklessness. *Punitive damages. How juries decide*. (Yazarlar: C.R. Sunstein vd.) Chicago: The University of Chicago Press.
- Viscusi, W. K. (2004). The Blockbuster Punitive Damage Awards. *Emory Law Journal*, Vol:53, No: 3, 1405- 1456.
- Viscusi, W. K. and McMichael, B. J. (2014). Shifting the fat-tailed distribution of blockbuster punitive damage awards. *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol.11, No: 2, s. 350-377.
- Walgerin, P. T. (1993). Restitution for intangible gains. *Louisiana Law Review*, Vol: 54, No: 2, 339- 358.
- Walther, D. L. and Plein, T. A. (1965). Punitive damages: a critical analysis: Kink v. Combs. *Marquette Law Review*, Vol:49, No: 2, 369- 386.
- Wangerin, P. T. (1996). The strategic value of restitutionary remedies. *Nebraska Law Review*, Vol: 75, No: 2, 255- 277.
- Wegen, G. and Sherer, J. (1993). Germany: Federal Court of Justice decision concerning the recognition and enforcement of U.S judgment awarding punitive damages. *International Legal Materials*, Vol:32, No:5, 1320- 136.
- Weinrib, E. J. (2002) Corrective justice in a nutshell. *Toronto Law Review*, Vol: 52, No:4, 349-356.
- Weinrib, E. J. (1992). Corrective Justice. *Iowa Law Review*, Vol: 77, No: 2, 403-426.
- Weinrib, E. J. (2002). Deterrence and Corrective Justice. *UCLA Law Review*, Vol: 50, No: 2, 621-640.
- Weir, T. (2006). *An introduction to tort law*. (2. Edition), New York: Oxford University Press Inc.
- Wheeler, M. E. (1983). The constitutional case for reforming punitive damage. *Virginia Law Review* Vol: 69, No: 2, 269- 352.
- Wheeler, M. E. (1989). A proposal for further common law development of the use of punitive damages in modern product liability litigation. *Alabama Law Review*, Vol: 40, No. 3, 919- 974.
- White, G. E. (1977). The intellectual origins of torts in America. *The Yale Law Journal*, Vol: 86, No:4, 671- 694.

- Wilcox, V. (2009). Punitive Damages in England: *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*. (Ed: H. Koziol, V. Wilcox), SpringerWienNewYork. 7- 53.
- William, B. H. (1896) *Handbook on the law*. S.T. Paul, Minn: West Publishig Co.
- Williams, J. C. (1966). Pain and suffering- a practical approach. *Oklahoma Law Review*, Vol: 19, No: 3, 269- 291.
- Woodbury, S. E. (1985) Limiting of a defendant's wealth when punitive damages are alleged. *Duquesne Law Review*, Vol:23, No: 2, 349- 362.
- Woods, H. (1965). Earnings and earning capacity as elements of danger in personal injury litigation. *Arkansas Law Review*, Vol: 18, No: 4, 304- 320.
- Yağcıoğlu, B. (2022) *Ceza koşulu (cezaî şart)* (2. Baskı) Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Yavuz, N. (2018) *Yeni TBK, HMK, İİK ve istinafa göre kira hukuku* (6. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Yayvak Namlı, İ. (2019). İş Hukuku'nda cezaî şart. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Yıldırım, A. H. (2014). Çek cezası. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 16, Özel Sayı Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, 3449- 3506.
- Yılmaz, E. (2008). İcra inkâr tazminatı açısından "likid alacak" kavramı. *Bankacılar Dergisi*, Sayı: 67, 85- 93.
- Yılmaz, E. (2009). İcra tazminatı. *Haluk Konuralp Anısına Armağan Cilt 2*. Ankara: Yetkin Yayınları, 675- 754.
- Yılmaz, H. (2003). İtirazın iptali davası ve icra inkâr tazminatı. *Ankara Barosu Dergisi* Sayı: 3, 17- 50.
- Zevkliler, A. ve Gökyayla, K. Emre (2015). *Borçlar hukuku özel borç ilişkileri* (15. Bası) Ankara: Turhan Kitabevi.
- Zipursky, B. C. (2005). A theory of punitive damages. *Texas Law Review*, Vol: 84, No:1, 105- 172.
- Zipursky, B. C. (2009). Foreseeability in breach, duty, and proximate cause. *Wake Forest Law Review*, Vol: 44, No: 5, 1247-1276.
- <https://www.ali.org/projects/show/torts-concluding-provisions/> (Erişim tarihi: 23.3. 2022).
- <https://digital.wilsonelser.com/34/1258/uploads/wilson-elser-punitive-damages-review-2018.pdf> / (Erişim tarihi: 15. 02. 2021).

http://tesi.luiss.it/22097/1/124493_BETUNIO_MARTINA_Punitive%20Damages.pdf

(Erişim tarihi: 8. 5. 2021).

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/07/20130712-13.htm> (Erişim tarihi: 17. 01. 2022).



ÖZGEÇMİŞ

Adı Soyadı : Özden Özer Taşkın

Yabancı Dil : İngilizce, Almanca

Eğitim ve Mesleki Geçmişi:

- 2014, Yüksek Lisans, Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Bölümü, Medeni Hukuk Anabilim Dalı
- 2002- Halen, Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Araştırma Görevlisi
- 2001- 2002, Gürcan Hukuk Bürosu, İstanbul, Avukat
- 2000- 2001, Ergun Özer Hukuk Bürosu, İstanbul, Stajyer Avukat
- 1999, Lisans, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

Yayınları ve/veya Bilimsel Faaliyetleri

- Özer Taşkın, Ö. (2020). Velayet hakkının kullanılması, velayet hakkının değiştirilmesi. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 1, 239-262.
- 2017, Bildiri, Adoption of children in Turkish Civil Code, Annual International Conference on Humanities and Social Sciences, İspanya.
- Özer Taşkın, Ö. (2009). Emlak komisyonculuğu ve ticaret hukuku. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, 11- 28.
- Özer Taşkın, Ö. (2009). Emlak komisyonculuğu ve emlak müşavirliği sözleşmesinin sona ermesi. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, 87-96.
- Özer Taşkın, Ö. (2006). Velayette çocuğun yüksek yararı ilkesi. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi.
- 2006, Bildiri, Women in Turkey and Turkish Civil Code. Law and Society Association Annual Meeting, ABD.